

# De constitutionele advisering door de Venice Commission

*B.P. Vermeulen & A. Jasiak*

## 1. Inleiding

In deze bijdrage gaan we in op de rol en betekenis van de *Venice Commission* als constitutioneel adviseur. De Venice Commission heeft zich sinds 1990 ontwikkeld tot een gezaghebbende raadgever voor alle lidstaten van de Raad van Europa (en een aantal staten daarbuiten) met betrekking tot de verenigbaarheid van (grond)wetgeving met de beginselen van de *rule of law*, mensenrechten en democratie. Achtereenvolgens gaan we in op ontstaan, grondslag en samenstelling van de Venice Commission (par. 2), wat zij doet en hoe zij dat doet (par. 3), en wat de maatstaven zijn die zij hanteert (par. 4). Vervolgens wordt ingegaan op de specifieke uitdagingen die de internationale positie van de Commissie met zich brengt in termen van de mate van terughoudendheid bij haar oordeelsvorming (par. 5) alsmede de gewijzigde politiek-juridische omstandigheden – het opkomende populisme en het spanningsveld tussen democratie en rechtsstaat (par. 6) – die vervolgens nader toegespitst worden op de ‘casus Polen’ (par. 7). Afgerond wordt met enkele afsluitende observaties en reflecties (par. 8).

## 2. Ontstaan, grondslag en samenstelling

De Venice Commission is in 1990, spoedig na de val van de Berlijnse Muur, opgericht.<sup>1</sup> Achtergrond vormde de omwenteling in Oost-Europa eind jaren tachtig, gesymboliseerd in de val van die muur in 1989. De voormalige Oostbloklanden onttrokken zich aan het communisme en de overheersing door de Sovjet-Unie, en verlangden zo spoedig mogelijk toelating tot de Europese mensenrechtenorganisatie, de Raad van Europa. Dit vereiste ingrijpende aanpassingen van hun rechtstelsels, onder meer in de vorm van grondwetten die het kader zouden bieden voor democratie, rechtsstaat en grondrechten, verder uit te werken in organieke wetgeving die daaraan nader handen en voeten zou geven. Deze commissie – formeel de *Commission for Democracy through Law* – heeft zich in de loop der tijd ontwikkeld tot het belangrijkste adviesorgaan van de Raad van Europa inzake constitutionele aangelegenheden. In dat proces heeft zij, vanwege de standplaats van haar plenaire vergaderingen in Venetië beter bekend als de *Venice Commission*, zich met haar advisering over een grote variëteit van constitutionele vraagstukken niet alleen in Oost-Europa, maar ook in andere lidstaten van de Raad van Europa en staten daarbuiten, een aanzienlijke invloed verworven. Het is een

1 Zie hierover P. van Dijk, ‘De Europese Commissie voor Democratie door recht (“Venetië Commissie”). Het stille geweten van de Raad van Europa’, *NJCM-Bulletin* 2006, p. 83-92.

goede zaak dat deze instelling – in Nederland nogal onbekend – nogmaals<sup>2</sup> voor het voetlicht gebracht wordt.

De Venice Commission (hierna ook: de Commissie) is in mei 1990 opgericht door het Comité van Ministers van de Raad van Europa.<sup>3</sup> Lang niet alle lidstaten van de Raad van Europa namen van aanvang af deel aan de Commissie. Zo is Nederland eerst twee jaar later, in 1992, toegetreden vanwege de aanvankelijke twijfel van de Nederlandse regering over het nut van de instelling, en ook vanwege de vrees dat de Commissie Nederland op de vingers zou tikken omdat wij geen rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet kennen.<sup>4</sup>

Sinds 2002 is de grondslag van de Commissie gelegen in een door het Comité van Ministers vastgesteld gewijzigd Statuut,<sup>5</sup> op grond waarvan sindsdien ook landen die geen lid zijn van de Raad van Europa, inclusief niet-Europese landen, kunnen toetreden (art. 2, vijfde lid, van het Statuut). Thans zijn alle 47 lidstaten van de Raad van Europa en 14 andere landen<sup>6</sup> lid van de Venice Commission. OSCE/ODIHR<sup>7</sup> en de Europese Unie (art. 2, zesde lid, van het Statuut) participeren als internationale organisatie die deelneemt in het werk van de Commissie (art. 3, tweede lid, van het Statuut).

Per aangesloten staat heeft één persoon zitting in de Commissie, met één plaatsvervanger, benoemd door de regering maar optredend zonder last en ruggenspraak. De (substituut-)leden zijn onafhankelijke experts, die hun vooraanstaande status hebben te danken aan hun ervaring in democratische instituties of hun bijdrage aan de versterking van het recht en politieke wetenschappen (art. 2, eerste en tweede lid, van het Statuut). Benoemingen gelden voor vier jaar; herbenoeming is – zonder limiet – mogelijk. Het merendeel van de (substituut-)leden is rechter in een constitutioneel hof of anderszins hoogste rechter, dan wel hoogleraar aan een juridische faculteit. Andere leden zijn in het dagelijks leven parlementariër, hoge ambtenaar,<sup>8</sup> ombudspersoon, mensenrechtenadvocaat, procureur-generaal of parlements lid.

2 Dat is al eerder gedaan in twee artikelen van Pieter van Dijk, van 1990 tot 2013 lid van de Raad van State, van 1996 tot 1998 lid van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en van 1999 tot 2011 lid van de Venice Commission. Zie Van Dijk 2006, en zijn 'Europees Hof voor de Rechten van de Mens en de Venetië Commissie: een praktijk van wederzijdse bevruchting', *NTM/NJCM-Bulletin* 2010, p. 884-896. Van Dijk is als expert nog steeds aan de Commissie verbonden.

3 Resolutie (90)6 van 10 mei 1990 van het Comité van Ministers.

4 Van Dijk 2006, p. 84.

5 Resolutie (2002)3, CDL(2002)27 van het Comité van Ministers, waarbij het gewijzigd Statuut (*Revised Statute of the European Commission for Democracy through Law*) aanvaard werd.

6 Algerije, Brazilië, Chili, Costa Rica, Israël, Kazachstan, Kosovo, Kirchizië, Marokko, Mexico, Peru, Tunesië, de Verenigde Staten en Zuid-Korea.

7 De Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE), waarbinnen de Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR) fungeert.

8 M. Kuijer, Nederlands substituut-lid van de Venice Commission (2015-), is raadadviseur bij het ministerie van Justitie en Veiligheid (en overigens ook bijzonder hoogleraar en rechter-plaatsvervanger).

De Venice Commission zou niet kunnen functioneren zonder een permanent secretariaat. Hoewel de plenaire vergaderingen van de Commissie en de daaraan voorafgaande vergaderingen van subcommissies plaatsvinden in Venetië, is het secretariaat (in dienst van de Raad van Europa) gevestigd in Straatsburg. Dat betekent, in de woorden van een *eminence grise* binnen de Commissie: ‘Vier maal per jaar vindt ook hier derhalve – geheel *à la mode européenne*, maar gedeeltelijk per *vaporetto* – een kleine verhuizing van secretariaatsmedewerkers en tolken plaats.’<sup>9</sup>

### 3. Werkzaamheden, doelstellingen, onderwerpen en werkwijze

#### 3.1 Functies

De Venice Commission heeft verschillende functies. De belangrijkste functie is het geven van opinies – adviezen – over (ontwerp)wetgeving van een specifiek land (art. 3, tweede lid, van het Statuut). Verzoeken om opinies kunnen worden gedaan door de organen van de Raad van Europa – het Comité van Ministers, de Parlementaire Assemblée, het Congres van Lokale en Regionale Autoriteiten en de Secretaris-Generaal – en de lidstaten,<sup>10</sup> alsmede door internationale organisaties zoals de Europese Unie en OSCE/ODIHR, die participeren in de werkzaamheden van de Commissie (art. 3, tweede lid, van het Statuut). Daarnaast staat de Venice Commission ten dienste van de constitutionele rechtspraak in de lidstaten van de Raad van Europa. Zo is het mogelijk voor constitutionele hoven<sup>11</sup> (art. 3, tweede en vierde lid, van het Statuut) om een *amicus curiae brief* aan de Commissie te vragen.

De Commissie doet naast het geven van opinies nog veel meer. Zo publiceert zij algemene studies, rapporten<sup>12</sup> alsmede – veelal samen met OSCE/ODIHR – generieke richtlijnen (Guidelines) ten aanzien van een bepaald thema (art. 3, eerste lid, van het Statuut). Ook publiceert de Commissie geregeld een compilatie van de meest relevante onderdelen van haar opinies op een bepaald terrein. Verder valt te denken<sup>13</sup> aan de activiteiten binnen de door de Venice Commission opgerichte

9 Van Dijk 2006, p. 85-86.

10 Bij monde van het parlement, de regering of het staatshoofd.

11 Inclusief het EHRM, mede op de voet van art. 36, derde lid (a), EVRM. Zie hierover Van Dijk 2010, p. 884-889.

12 Bijv. het vermaarde *Report on the Rule of Law*, CDL-AD(2011)003, waarin een min of meer abstracte analyse gegeven wordt van de principes die in de ‘rule of law’ besloten liggen, die een nadere uitwerking hebben gekregen in de (door de Venice Commission, maar ook door de Europese Commissie) veelgebruikte *Rule of Law Checklist*, CDL-AD(2016)007. Zie over *Report en Checklist*: P. van Dijk, ‘Toetsing aan de beginselen van de rechtsstaat: de Venetië Commissie’, in: M. Bosma, D. van Leeuwen & O. van Loon (red.), *Graag nog even bespreken. Liber amicorum Henk Lubberdink*, Leiden: Drukkerij van der Linden 2016, p. 139-148. Opinies, rapporten, studies en andere documenten van of inzake de Venice Commission zijn te vinden op de website van de Commissie, [www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int).

13 Dit is geenszins een uitputtende opsomming. Zo doet de Commissie nog meer op het terrein van aanleggen van jurisprudentieverzamelingen (CODICES database) en het onderwijs over mensenrechten en democratie (UniDem, Universities for Democracy).

Joint Council of Constitutional Justice (art. 3, vierde lid, van het Statuut), waarin samengewerkt wordt tussen de verschillende constitutionele hoven en de Commissie. Ten slotte is de Commissie de oprichter en penvoerder van de World Conference on Constitutional Justice (WCCJ), de organisatie die de juridische dialoog tussen constitutionele rechters over de gehele wereld wil bevorderen, en daartoe onder meer driejaarlijks een mondiaal symposium belegt waar deze rechters welkom zijn. Van de World Conference zijn op dit moment 112 constitutionele hoven en equivalente hoogste rechters lid.

### 3.2 Uitleg van nationale constituties (?)

Meestal zien de adviezen van de Commissie alleen op de verenigbaarheid met Europese standaarden: in Europa geldend verdragsrecht en min of meer Europa-breed aanvaarde *soft law*-normen, *best practices* en *policy guidelines* (zie daarover verder par. 4). Het is evenwel niet uitgesloten dat ook getoetst wordt aan nationaal constitutioneel recht. Soms wordt bijvoorbeeld een grondwetswijziging tevens beoordeeld in het licht van de betreffende grondwettelijke herzieningsregels.

Zo speelde de Venice Commission een belangrijke constitutionele arbiterrol ten aanzien van een tijdelijke wijziging, voor de parlementaire zittingsperiode 2010-2014, van het herzieningsartikel 195 in de Belgische Grondwet.<sup>14</sup> Die tijdelijke wijziging – die zelf via de reguliere procedure van wijziging van de Grondwet was aanvaard – hield onder meer in dat voor wijziging van bepaalde grondwettelijke kiesrechtbepalingen niet meer een ontbinding van het Parlement en een daarop volgende tweede stemming in het parlement vereist zouden zijn: volstaan kon worden met aanvaarding van een verklaring tot wijziging, en vervolgens (zonder ontbinding en verkiezingen) aanvaarding van de wijziging met twee derde meerderheid. Na protesten van de Nieuw-Vlaamse Alliantie (N-VA)<sup>15</sup> werd door de Parlementaire Assemblée aan de Venice Commission onder meer gevraagd of deze tijdelijke wijziging van de wijzigingsprocedure in overeenstemming was met de Belgische Grondwet. De Commissie kwam tot de conclusie dat dat het geval was. De wijziging van de wijzigingsprocedure zelf had plaatsgevonden in overeenstemming met de reguliere grondwetsherzieningsprocedure, dus inclusief ontbinding, verkiezingen en stemming in tweede lezing. Er was daarnaast geen schending van de geest van de Grondwet: de wijzigingsprocedure was slechts partieel aangepast, het verklaringsvereiste en het twee-derdemeerderheidsvereiste waren gehandhaafd, de partiële revisie was tijdelijk en deze had slechts betrekking op een beperkt aantal onderdelen van de Grondwet. Om dezelfde redenen was er ook geen sprake van een ‘schorsing van de Grondwet’, zoals verboden door artikel 187 Grondwet. Verder was geen sprake van strijd met artikel 3 Eerste Protocol bij het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) noch was een grondwetswijzigingsprocedure zonder tussentijdse ontbinding van het parlement problema-

14 *Opinion on the Revision of the Constitution of Belgium*, CDL-AD(2012)010.

15 De grootste Vlaamse politieke partij, onder leiding van Bart de Weever.

tisch, mede gezien vergelijkbare herzieningsprocedures in andere Europese grondwetten, waar de eis van tussentijdse ontbinding niet gesteld wordt.<sup>16</sup>

De vraag of een ontwerpwet al dan niet in overeenstemming is met de nationale grondwet wordt nogal eens aan de Venice Commission gesteld en beantwoord. Zo concludeerde zij in een viertal opinies over Poolse wetgeving die de onafhankelijkheid van de rechtspraak beperkte, dat dit niet alleen in strijd is met principes van de ‘rule of law’, maar ook met de Poolse grondwet. Een belangrijke factor hierbij was de uitholling van de positie van het Poolse constitutionele hof (het Constitutional Tribunal). Veel lastiger is het uitleggen van de grondwet evenwel, wanneer de Venice Commission tot een opvatting komt die afwijkt van de interpretatie gegeven door de bevoegde constitutionele rechter. Waar haalt de Commissie die bevoegdheid vandaan? Die vraag speelde bijvoorbeeld bij een opinie waarin de Commissie, anders dan het grondwettelijk hof van Venezuela dat grondwettigheid had aangenomen, oordeelde dat er strijd was met de grondwet. Het instellen van een *constituante*, een grondwetgevende vergadering die een nieuwe grondwet zou moeten ontwerpen, op basis van verkiezingen aan de hand van door president Maduro eenzijdig vastgestelde criteria voor die verkiezingen, had volgens de Commissie slechts bij referendum mogen plaatsvinden, en de regels inzake de verkiezing voor de constituanten hadden door het parlement vastgesteld moeten worden. Dat de constituanten werd verkozen op basis van arbitraire door de president vastgestelde territoriale en sectorale criteria, zonder voorafgaand referendum en verkiezingen op basis van door het parlement bepaalde regels, achtte de Commissie in strijd met democratische beginselen, mede vastgelegd in de Venezolaanse grondwet.<sup>17</sup> De Commissie achtte zichzelf derhalve bevoegd en in staat om de in de Venezolaanse constitutionele orde geldende normen en beginselen uit te leggen contrair aan de interpretatie van het Venezolaanse constitutionele hof. Dit was wel te begrijpen, gezien de uitzonderlijkheid van Maduro’s besluiten en de bijzonder partijdige opstelling van het constitutionele hof ten gunste van zijn onderdrukkende bewind.

Niettemin is een dergelijke pretentie, waarbij de Venice Commission meent het beter te weten dan het constitutionele hof van het betreffende land, problematisch. Uitgangspunt dient toch te zijn dat het aan de (nationale) constitutionele rechter is om te bepalen wat de ‘eigen’ constitutie betekent. In een opinie gegeven in antwoord op vragen van de president van Slowakije over de benoeming van rechters in het constitutionele hof, over de verhouding tussen de president (die de rechters benoemt) en het parlement (dat een voordracht doet van twee kandidaten per post), concludeerde de Commissie dan ook dat het exclusief aan het

16 Mede dankzij dit positieve oordeel van de Commissie kon de Zesde Staatshervorming – waaronder de splitsing van kiesarrondissement Brussel-Halle-Vilvoorde – worden gerealiseerd. Nog de middag waarin de Venice Commission de opinie aannam, was premier Di Rupo op de Belgische tv om glunderend uiteen te zetten dat zijn beide ministers voor staatshervorming (uiteraard de een Vlaams, de ander Waals) de grondwetsherziening voor de Commissie ‘con brio’ – en met succes – hadden verdedigd.

17 *Venezuela – Opinion on the Legal Issues raised by Decree No. 2878 of 23 May 2017 of the President of the Republic on calling Elections to a National Constituent Assembly*, CDL-AD(2017)024.

constitutionele hof was om die kwestie finaal te beslissen. En nu die kwestie door het hof was beslist – namelijk dat de president gezien de grondwettelijke regeling uit een voordracht van het parlement van twee kandidaten er een *moest* kiezen en benoemen, ook al meende hij dat geen van beiden aan de vereiste kwalificaties voldeed –, achtte de Commissie zich niet bevoegd een ander standpunt in te nemen. Aangetekend zij, dat de opvatting van de president (dat hij in het geval beide kandidaten naar zijn opvatting niet gekwalificeerd waren geen van beiden mocht benoemen) niet onredelijk was en er een discrepantie was tussen de mondelinge uitspraak van het constitutionele hof – die ruimte liet aan de president om te weigeren – en de latere schriftelijke versie van die uitspraak – die die ruimte niet liet! Maar niettemin stelde de Commissie:

‘According to the Constitution of the Slovak Republic, the Slovak Constitutional Court is the final arbiter in constitutional matters. It is not the task of the Venice Commission to review decisions of Constitutional Courts in interpreting “their” Constitution in the same way a higher Court does. Therefore, in replying to the questions of the President of the Slovak Republic, the Venice Commission cannot decide in place of the Constitutional Court. While the President of the Slovak Republic has an essential position and considerable powers under the Constitution, only the Constitutional Court can ultimately decide constitutional disputes in a manner that binds all parties.’<sup>18</sup>

Het moge duidelijk zijn dat de hiervoor geschetste opinies zich niet harmonieus tot elkaar verhouden. Dit is, naast de vraag of Unierecht onderdeel zou moeten zijn van het toetsingskader van de Commissie (zie paragraaf 4), een tweede kwestie die de Venice Commission de komende tijd zal moeten doordenken, en waarin zij een gebalanceerde beleidslijn zal moeten formuleren. Zo zal vermoedelijk de vraag rijzen, wat de Venice Commission aan zal moeten met een vraag van grondwetsuitleg door het Poolse constitutionele hof, samengesteld op grond van criteria, regels en een handelwijze die de Commissie eerder ongrondwettig en in strijd met het internationale recht heeft geoordeeld ...

Constitutionele hoven en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) kunnen *amicus curiae*-opinies vragen.<sup>19</sup> Soms stellen constitutionele hoven tijdens een bij hen lopende procedure vragen aan de Venice Commission; vragen die niet alleen betrekking hebben op Europese standaarden, voortvloeiend uit bijvoorbeeld EVRM-jurisprudentie of rechtsvergelijkende analyses, maar ook vragen inzake de eigen grondwet en de eigen constitutionele principes.<sup>20</sup> Zo heeft de Commissie bij wege van *amicus curiae briefs* uitleg gegeven over de betekenis

18 *Opinion on Questions relating to the Appointment of Judges of the Constitutional Court*, CDL-AD(2017)001, par. 73.

19 Zie recent de *Amicus Curiae Brief for the Constitutional Court of Georgia on the non ultra petita rule in criminal cases*, CDL-AD(2015)016 en de *Amicus Curiae Brief for the Constitutional Court of Moldova on the Right of Recourse by the State against Judges*, CDL-AD(2016)015.

20 De weergave van *Commission’s activities* op de website van de Venice Commission, in de zin dat *amicus curiae opinions* geen betrekking hebben op grondwetsuitleg, is dan ook niet correct.

van bepalingen in de Moldavische grondwet inzake de ontbinding van het parlement in samenhang met de verkiezing van de president.<sup>21</sup> Ook heeft zij mede in het licht van het stelsel van de grondwet geadviseerd over de compatibiliteit van een in het kader van de economische crisis opgelegde forse loonsverlaging (10 procent) van rechters van het constitutionele hof van Macedonië, terwijl de gewone rechterlijke macht buiten schot bleef.<sup>22</sup> Vermoedelijk zal een constitutioneel hof dergelijke vragen veelal stellen als het zichzelf niet aan een netelige kwestie wil 'branden', en de Venice Commission inroept als een neutrale scheidsrechter.

### 3.3 Doelen en taken

Bij het formuleren van haar opinies is de Venice Commission gebonden aan het mandaat neergelegd in artikel 1 van het Statuut. Het eerste lid definieert als werkgebied 'the guarantees offered by law in the service of democracy', en formuleert als doeleinden 'strengthening the understanding of the legal systems of participating states, notably with a view to bringing these systems closer; promoting the rule of law and democracy; examining the problems raised by the working of democratic institutions and their reinforcement and development'. Ingevolge het tweede lid van deze bepaling zal de Commissie prioriteit geven aan:

'a. the constitutional, legislative and administrative principles and techniques which serve the efficiency of democratic institutions and their strengthening, as well as the principle of the rule of law; b. fundamental rights and freedoms (...); c. the contribution of local and regional self-government to the enhancement of democracy'.

Het derde lid, dat de Commissie oproept tot het opzetten van vergelijkbare organisaties in andere regio's dan Europa en tot het samenwerken daarmee, noemt daarbij de kernopdracht van de Commissie: 'spreading the fundamental values of the rule of law, human rights and democracy'.<sup>23</sup>

21 *Amicus Curiae Brief for the Constitutional Court of Moldova on the interpretation of Article 78.5 and 85.3 of the Constitution of Moldova*, CDL-AD(2010)002; *Amicus Curiae Brief on three questions related to Article 78 of the Constitution of the Republic of Moldova*, CDL-AD(2011)014.

22 *Amicus Curiae Brief for the Constitutional Court of the Former Yugoslav Republic of Macedonia' on amendments to the system of salaries and remunerations of elected and appointed officials*, CDL-AD(2010)038. De Commissie concludeerde dat een generieke salarisverlaging in een situatie van ernstige economische crisis niet in strijd is met de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, maar dat in het geval er sprake zou zijn van een grondwettelijk verbod op een dergelijke salarisverlaging ten aanzien van rechters, een dergelijk verbod ook van toepassing geacht moet worden op het constitutionele hof.

23 Deze waarden zijn ook verwoord in de preambules van het Statuut van de Raad van Europa en het EVRM.

Deze doeleinden, prioriteiten en waarden corresponderen met een drietal kernthema's:

- democratische instituties en fundamentele rechten;
- constitutionele en gewone rechtspraak/rechtsbescherming;
- verkiezingen, referenda en politieke partijen.

Wat betreft de door de Venice Commission in haar opinies behandelde onderwerpen binnen deze kernthema's: die zijn sinds 1990 *grosso modo* steeds dezelfde gebleven, met door de tijd heen echter wel zekere accentverschuivingen. De opinies van de Commissie zien nog steeds op het constitutionele recht in brede zin: grondwetsontwerpen en kwesties ter zake van specifieke grondwetsbepalingen; verenigbaarheid van organieke wetgeving met het EVRM en de grondwet, in het bijzondere de vrijheidsrechten; houdbaarheid van kiesstelsels in het licht van democratiebeginselen; de balans in de positie van het parlement en de regering/president ten opzichte van elkaar; de eisen vanuit de *trias politica* en het recht op een eerlijk proces; minderhedenbescherming; decentralisatie enzovoort.

Belangrijke thema's in dit verband zijn steevast de klassieke vrijheden en gelijkheidsnormen (vrijheid van meningsuiting, vrijheid van godsdienst en kerk-staat-verhoudingen, vrijheid van vereniging, vergadering en betoging, partijverboden, non-discriminatie, positieve actie enzovoort); de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht; de positie van het openbaar ministerie; de status van de president ten opzichte van het parlement; hoe te handelen in een politieke crisis waarin een machtsvacuüm dreigt te ontstaan, of een noodtoestand optreedt; kieswetherziezingen; toelaatbaarheid van referenda; doorwerking van het internationale recht. Verder adviseert de Venice Commission, al is dat wat minder dan in de jaren negentig, nog steeds over grondwetsontwerpen *tout court*.<sup>24</sup> Sinds 2000 betrof dit de grondwetten van Moldavië, Luxemburg, Hongarije, IJsland, Armenië en als klapstuk Tunesië.<sup>25</sup>

De betrokkenheid van de Venice Commission bij de totstandkoming van de Tunesische grondwet (2014) was wel bijzonder groot, in de zin dat zij niet alleen een opinie gaf over de eindversie, maar ook actief bijdroeg aan het eerdere proces van het ontwerpen van de grondwet. De Tunesische grondwet behoort tot de meest liberale constituties van Afrika. Zij is het product van een compromis tussen de toenmalige heersende islamitische politieke partij *Ennahdha* en de krachtige seculiere oppositie. De Tunesische grondwet is in belangrijke mate gebaseerd op het Franse constitutionele recht, en slaagt er in het algemeen in een balans te vinden

24 Sinds de jaren negentig was de Venice Commission betrokken bij nagenoeg alle constitutionele hervormingen in Europa, zie G. Buquicchio & S. Granata-Menghini, 'The Venice Commission Twenty Years on. Challenge Met, but Challenges Ahead', in: M. van Roosmalen, B. Vermeulen e.a. (red.), *Fundamental Rights and Principles. Liber Amicorum Pieter van Dijk*, Cambridge: Intersentia 2013, p. 242.

25 *Co-operation between the Venice Commission and the Republic of Moldova on Constitutional Reform*, CDL-INF(2001)003; *Interim Opinion on the Draft Constitutional Amendments of Luxembourg*, CDL-AD(2009)057; *Opinion on the new Constitution of Hungary*, CDL-AD(2011)016; *Opinion on the Draft New Constitution of Iceland*, CDL-AD(2013)010; *First Opinion on the Draft Amendments to the Constitution (Chapters 1 to 7 and 10) of the Republic of Armenia*, CDL-AD(2015)037; *Opinion on the Final Draft Constitution of the Republic of Tunisia*, CDL-AD(2013)032.



tussen de dominante maatschappelijke positie van de islam en de grondrechten van seculiere en religieuze minderheden. Zo wordt enerzijds, in artikel 1 van de Grondwet, geproclameerd dat de islam de godsdienst is van Tunesië: ‘La Tunisie est un État libre, indépendant et souverain, l’Islam est sa religion’ (maar niet van de Tunesische staat, zoals in een eerdere versie stond); anderzijds stelt artikel 2 dat Tunesië een civiele rechtsstaat is: ‘La Tunisie est un État civil, fondé sur la citoyenneté, la volonté du peuple et la primauté du droit.’ Gezien de voorgeschiedenis en de gevonden balans is het niet verwonderlijk dat de opinie van de Commissie over het definitieve grondwetsontwerp grosso modo positief was. De beperkte kritische opmerkingen in de opinie van de Commissie zijn grotendeels verwerkt in de definitieve grondwetstekst.

De laatste jaren komen kwesties als de autonomie van decentrale overheden slechts *en marge* aan de orde. Opvallende afwezigingen zijn daarnaast kwesties die samenhangen met de economische, sociale en culturele basisrechten (daargelaten taalkwesties<sup>26</sup>). Zo komen vraagstukken in verband met sociale rechtvaardigheid en solidariteit – zeer relevant in een tijdperk waarin de verzorgingsstaat verder ontmanteld wordt – en kwesties in verband met het onderwijs – wezenlijke vraagstukken in de multiculturele samenleving – niet vaak aan de orde. Ook een groot juridisch en moreel probleem waarmee Europa sinds jaar en dag, en in toenemende scherpere, geconfronteerd wordt, de rechtspositie van en humanitaire zorg voor asielzoekers, speelt in de opinies van de Commissie nauwelijks een rol. Eerst recent is een opinie uitgebracht die daar wezenlijk aan raakt.<sup>27</sup>

### 3.4 Procedure van advisering

De opinies van de Venice Commission worden in het algemeen via een vaste procedure, neergelegd in de *Guidelines on Working Methods*, tot stand gebracht. Als een aanvraag voor een opinie is binnengekomen, wordt er een *working group* van rapporteurs ingesteld, bestaande uit enkele (substituut-)leden van de Commissie. Met name in de sfeer van kwesties inzake fundamentele rechten/vrijheden en kiesrecht worden veelal *joint opinions* opgesteld tezamen met OSCE/ODIHR, in welk geval ook representanten van die organisatie in de werkgroep benoemd worden. Aan de werkgroep wordt een jurist vanuit het Commissie-secretariaat toegevoegd, die een tijdsplanning opstelt en de rapporteurs de relevante stukken toezendt – de (ontwerp)wetgeving, relevante nationale en internationale normen, eerdere opinies, een schets van de politieke en maatschappelijke situatie in het betreffende land, enzovoort; veelal wordt door de jurist ook een lijst van vragen en aandachtspunten opgesteld. Aan de hand van genoemde stukken worden de rapporteurs geacht ieder voor zich een eerste visie te geven over de uit te brengen

26 Zie voor een recente opinie over een Oekraïense taalkwestie (het terugdringen van het Russisch als instructietaal in het basis- en voortgezet onderwijs): *Ukraine – Opinion on the provisions of the Law on Education of 5 September 2017 which concern the Use of State Language and Minority and other Languages in Education*, CDL-AD(2017)030.

27 In zoverre vormt Venice Commission & OSCE/ODIHR, *Joint Opinion on the provisions of the so-called ‘Stop Soros’ draft legislative package which directly affect NGO’s*, CDL-AD(2018)013, waarin de asielproblematiek uitdrukkelijk aan de orde is, een uitzondering.

opinie, op basis waarvan de medewerker vanuit het secretariaat een eerste ontwerp-opinie opstelt, waarop commentaar kan komen en waarover zo mogelijk consensus tussen de rapporteurs wordt bereikt. Uiteraard is dit de ideale situatie. Nogal eens is de tijdsdruk echter zo hoog, dat de rapporteurs moeten volstaan met summieri aantekeningen en de jurist van het secretariaat min of meer zelfstandig een eerste ontwerp-opinie formuleert.<sup>28</sup> Ook kan het zijn dat het te beoordelen wetgevende stuk zo omvangrijk of complex is, dat ieder van de individuele rapporteurs een specifiek deel daarvan voor zijn rekening neemt.<sup>29</sup>

Vervolgens wordt door enkele rapporteurs, tezamen met de secretaris-jurist, een bezoek aan het betreffende land gebracht, waar in een dag of twee een zeer intensief vergaderschema doorlopen wordt, en niet alleen regering en parlementsleden (inclusief de oppositie) gehoord worden, maar ook maatschappelijke organisaties (ngo's, belangenorganisaties), en voor zover zinvol ook representanten vanuit de rechterlijke macht en de advocatuur. Deze onderzoeksmissies worden door het secretariaat uitstekend voorbereid, en de bereidheid van de autoriteiten van het land om medewerking te verlenen is in het algemeen heel groot – ook wanneer de opinie niet door de lidstaat zelf is gevraagd – hetgeen tekenend is voor het internationale prestige dat de Venice Commission heeft opgebouwd. Dergelijke missies zijn buitengewoon nuttig en geven door het horen van de verschillende betrokkenen – ook al geschiedt dat in zeer korte tijd en in zeer hoog tempo – veelal een min of meer adequaat beeld van de nationale context, wetgeving, conflictpunten enzovoort. Daarbij kan de werkgroep inzicht krijgen in zowel het perspectief van de autoriteiten van de lidstaat als dat van ngo's, belangenorganisatie en oppositie. Na het onderzoek ter plaatse wordt een definitieve ontwerp-opinie opgesteld, die een of twee weken voor de plenaire besluitvormende vergadering aan zowel de leden van de Venice Commission als de autoriteiten van de lidstaat wordt gezonden. De lidstaat is aldus in de gelegenheid om vooraf aan de bijeenkomsten in Venetië zijn zienswijze te geven. Veelal wordt de ontwerp-opinie op de donderdag

28 Zie voor een voorbeeld van een hoog werktempo de hiervoor reeds genoemde Venice Commission & OSCE/ODIHR, *Joint Opinion on the provisions of the so-called 'Stop Soros' draft legislative package which directly affect NGO's*, CDL-AD(2018)013. Eerder was een pakket aan Hongaarse ontwerp-wetgeving aan de Venice Commission ter advisering voorgelegd door de Hongaarse regering, toen op 25 mei 2018 door de regering werd meegedeeld dat dit pakket niet verder zou worden behandeld. Op 29 mei 2018 werd het betreffende wetsvoorstel ingediend. Op 31 mei 2018 werd duidelijk dat over dit wetsvoorstel door de Parlementaire Assemblée een verzoek om een opinie was ingediend; op 15 juni 2018 was de Engelse vertaling van de ontwerp-wet beschikbaar. Op 18 juni 2018 werd de concept-opinie aan de leden toegezonden, op 21 juni werd deze in de Sub-commission on fundamental rights besproken en op 22 juni 2018 werd deze met een beperkt aantal amendementen door de plenaire vergadering van de Venice Commission aangevaard. Niettemin waren de Hongaarse autoriteiten, die van het tijdschema van de Venice Commission op de hoogte waren, niet bereid om de parlementaire besluitvorming enigszins te temporeren: op 20 juni 2018 is het wetsvoorstel aangenomen.

29 Dat was onder meer het geval bij de totstandkoming van de opinie over de ontwerp-grondwet van Tunesië, waaraan elf rapporteurs gewerkt hebben (*Opinion on the Final Draft Constitution of the Republic of Tunisia*, CDL-AD(2013)032).

voorafgaande aan de plenaire vergadering in een subcommissie besproken.<sup>30</sup> Zo worden kiesrecht-opinies bijna altijd besproken in de Council for Democratic Elections (CDE),<sup>31</sup> waarin ook OSCE/ODIHR, dat meestal meewerkt aan die opinies, participeert. Die besprekingen kunnen leiden tot aanpassingen in de ontwerpopinies, die vervolgens op de vrijdag of zaterdag in de plenaire vergadering behandeld wordt: eerst is er een toelichting door één of meer rapporteurs, waarna de lidstaat waarop de opinie betrekking heeft, kan reageren, en vervolgens een plenaire discussie kan plaatsvinden. Veelal is van een dergelijke discussie nauwelijks sprake, bijvoorbeeld omdat er reeds een *de facto*-consensus in de subcommissie is bereikt, en de lidstaat de opinie heeft verzocht en zich daar goed in kan vinden. Wanneer de opinie door een ander dan de lidstaat – meestal een orgaan van de Raad van Europa – is gevraagd en deze opinie scherpe kritiek op die lidstaat bevat, zal er vaak wel discussie zijn.

Ten slotte vindt vaststelling van de opinie, zo nodig met amendementen, plaats. Slechts zeer zelden is daartoe een formele stemming nodig. De opinie wordt daarna zo spoedig mogelijk op de website van de Venice Commission geplaatst, soms nog op de dag van vaststelling.

#### 4. Maatstaven

In haar werkzaamheden hanteert de Venice Commission verschillende maatstaven met onderscheidende juridische gelding. Bij de identificatie van die maatstaven is zij blijkens de in het Statuut neergelegde, in paragraaf 2.3 geschetste brede doelstellingen niet aan stringente criteria gebonden. Artikel 1 van het Statuut komt er in de kern op neer dat de Commissie met haar werk de *rule of law*, mensenrechten en democratie (inclusief de rol daarin van decentralisatie) moet bevorderen. Waar de relevante waarden en normen – veelal korthedshalve aangeduid als ‘European standards’<sup>32</sup> – op gebaseerd zijn, wordt niet gespecificeerd. In ieder geval verzetten deze doelstellingen zich er niet tegen dat de Commissie ook andere standaarden dan louter positiefrechtelijke normen hanteert. Bovendien zou een louter uit positief recht bestaand toetsingskader ‘te kaal’ kunnen zijn om een zinvolle opinie te formuleren. Dat doet zich met name voor bij kieswetgeving, waar de Commissie het dan zou moeten doen met een enkele abstracte norm

30 De Venice Commission kent subcommissies inzake Democratic Elections; Fundamental Rights; Judiciary; Democratic Institutions; Constitutional Justice; Working Methods; Rule of Law; Federal State and Regional State; International Law; Protection of Minorities; Latin America; Mediterranean Basin. Sommige subcommissies zijn door gebrek aan aanbod nauwelijks actief; andere subcommissies, zoals de Council for Democratic Elections, waar altijd wel enige opinies aan bod komen, hebben juist zeer veel werk.

31 Anders dan de andere subcommissies, waarin alleen leden en substituu-leden deelnemen, bestaat de CDE niet alleen uit leden vanuit de Venice Commission, maar ook uit de Parlementaire Assemblée en het Congres van Lokale en Regionale Autoriteiten van de Raad van Europa.

32 Deze term is in zoverre te beperkt, dat de Venice Commission bij het opstellen van haar opinies en *amicus curiae briefs* soms ook toetst aan nationale constituties, zie par. 3.

zoals artikel 3 Derde Protocol bij het EVRM,<sup>33</sup> waarover bovendien slechts zeer beperkte jurisprudentie van het EHRM voorhanden is. Bedacht dient ook te worden dat met name OSCE/ODIHR, de vaste partner van de Commissie in kieswet-opinies, veel belang stelt in het opstellen van gedetailleerde *soft law*-regels en uiteenzettingen van *good practices*, omdat deze zeer bruikbaar zijn als toetsingsmaatstaven voor hun waarnemers bij verkiezingen.

Zoals gezegd zijn er verschillende soorten maatstaven te onderscheiden, variërend in juridische binding en hardheid.<sup>34</sup> Ten eerste zijn er de harde positiefrechtelijke normen ('hard law'), met name neergelegd in mensenrechtenverdragen – waarbij het EVRM en de daarop gebaseerde jurisprudentie van het EHRM een dominante rol spelen – alsmede relevant nationaal recht, in het bijzonder de nationale constitutie en indien aan de orde ook organieke en gewone nationale wetgeving (als de Commissie geroepen/gerechtigd is om daaraan te toetsen). Wanneer de te beoordelen regeling of zaak een land betreft dat niet aan het EVRM gebonden is, verwijst de Commissie waar mogelijk naar toepasselijk VN-recht, met name naar het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) en de opinies ter zake van het Human Rights Committee.<sup>35</sup> Een kwestie waar de Commissie nog niet een duidelijk standpunt over heeft ingenomen, betreft de vraag in hoeverre zij ook aan het Unierecht zou mogen en moeten toetsen. Tot nu toe is de Commissie – uit overwegingen van bescheidenheid en taakverdeling – uiterst terughoudend waar het verwijzingen naar het Unierecht betreft. Zo werd in de recente opinie over een 'Stop Soros'-wet,<sup>36</sup> welke wet – onder meer – het door juridische advisering en procedures ondersteunen van asielzoekers criminaliseert, geen toetsing verricht aan asiel(procedure)relevante normen uit het EU-Handvest van de grondrechten en relevante secundaire EU-regelgeving noch gerefereerd aan jurisprudentie van het Hof van Justitie ter zake.<sup>37</sup> Een dergelijke standpuntbepaling door de Venice Commission zou wel zinvol zijn. Zo bevat het Unierecht nogal eens meer precieze normen die nadere concretisering geven van globaal geformuleerde mensenrechten, en spelen anderzijds opinies en rapporten van de Venice Commission in toenemende mate een rol bij

33 Luidend: 'De Hoge Verdragsluitende Partijen verbinden zich om met redelijke tussenpozen vrije, geheime verkiezingen te houden onder voorwaarden die de vrije meningsuiting van het volk bij het kiezen van wetgevende macht waarborgen.'

34 W. Hoffmann-Riem, 'The Venice Commission of the European Council – Standards and Impact', *European Journal of International Law* (25) 2014, afl. 2, p. 579-597.

35 Zo bijv. de *Opinion on the Final Draft Constitution of the Republic of Tunisia*, CDL-AD(2013)032; *Venezuela – Opinion on the Legal Issues raised by Decree No. 2878 of 23 May 2017 of the President of the Republic on calling Elections to a National Constituent Assembly*.

36 De Hongaars-Amerikaanse miljardair en filantroop George Soros wordt sinds een aantal jaren in de Hongaarse politiek en media afgeschilderd als kwade kracht die de soevereiniteit van het land wil ondermijnen, onder meer doordat hij massale (asiel)migratie naar en infiltratie in Hongarije met politiek correct liberaal gedachtegoed zou bevorderen. Zie inzake het streven om de door Soros in de jaren negentig gestichte Central European University (CEU) te Budapest het leven onmogelijk te maken: *Opinion on Act XXV of 4 April 2017 on the Amendment of Act CCIV of 2011 on national tertiary education*, CDL-AD(2017)022.

37 Venice Commission & OSCE/ODIHR, *Joint Opinion on the provisions of the so-called 'Stop Soros' draft legislative package which directly affect NGO's*, CDL-AD(2018)013.

de pogingen van de Europese Commissie om lidstaten aan te spreken op hun plicht onder het Unierecht om democratisch-rechtsstatelijke waarden.

Naast deze 'hard law'-normen hanteert en ontwikkelt de Venice Commission standaarden die een minder sterke juridische status hebben. Als 'soft law'-standaarden gelden onder meer de aanbevelingen van Raad van Europa-organen zoals het Comité van Ministers, de Parlementaire Assemblée en Comités van de Raad van Europa.<sup>38</sup> Ook VN-Resoluties, OSCE-documenten en opinies/rapporten van de Venice Commission zelf kunnen soms worden aangemerkt als een reflectie van 'soft law'. Daarnaast zijn er de – niet in een formeel-institutionele context tot stand gekomen – formuleringen van zogenaamde 'best practices', door onder meer de Venice Commission (veelal in coöperatie met OSCE/ODIHR) als optimaal en aanbevelingswaardig aangemerkte praktijken en handelwijzen, veelal ontleend aan rechtsvergelijking.<sup>39</sup> Ten slotte worden vuistregels geformuleerd – 'policy guidelines' – inzake de werkbaarheid en werkzaamheid van mogelijke opties, modellen en keuzes. In de woorden van president Buquicchio en adjunct-secretaris Simona Granata-Menghini van de Commissie:

'In addition to hard law standards, the Venice Commission also assesses the compliance of constitutional and legal texts with soft law standards (e.g. recommendations of the Committee of Ministers of the Council of Europe) or best practices (for example, the guidelines prepared by the Venice Commission together with the Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE)/Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR) on freedom of assembly, political parties and freedom of religion; these are a combination of hard law standards, their interpretation and best practices). It also examines the expediency and workability of the constitutional or legal models actually chosen. These are areas where the standards are not fully binding and are not formulated in clear, univocal terms. States dispose therefore of a much broader margin of appreciation and are free to choose their own model. When there are several options equally in line with the standards, as is often the case, it is not the role of the Commission to express its preference, but only to indicate which option in its view better fits the situation in the country and whether it may function in practice.'<sup>40</sup>

Toepassing door de Venice Commission van 'soft law' en 'softer law', zoals *best practices* en *policy guidelines*, is evenwel niet onomstreden. Zo reageren lidstaten die een kritische opinie 'krijgen' daar veelal negatief op. We komen hierop terug in paragraaf 8.

38 Zie voor de verdragsbasis van de aanbevelingen van het Comité van Ministers respectievelijk de Parlementaire Assemblée art. 15 en 20 respectievelijk art. 23 van het Statuut van de Raad van Europa.

39 *Opinion on Constitutional and Legal Provisions relevant to the Prohibition of Political Parties in Turkey*, CDL-AD(2009)006.

40 Buquicchio & Granata-Menghini 2013, p. 244.

## 5. Terughoudendheid, marges, oude en nieuwe democratieën<sup>41</sup>

Bij de Venice Commission is een groot aantal staten aangesloten – de 47 landen (lidstaten) van de Raad van Europa en de 14 landen die geen lid van de Raad van Europa zijn. Deze landen verschillen fundamenteel, qua historie en cultuur, rijkdom, maatschappelijke structuur, rechtsstelsel enzovoort. De Venice Commission is zich er zeer van bewust dat zij niet klakkeloos en onverkort de eigen interpretatie van de in paragraaf 4 besproken normatieve kaders aan de opinievragende landen dient op te leggen. Haar positie vereist een zekere neutraliteit, terughoudendheid en bescheidenheid, die rekening houdt met de variëteit in stelsels en ideologieën, de geschiedenis en de huidige concrete omstandigheden. De Commissie weigert dan ook consequent om universele of zelfs maar Europese modellen te presenteren: elk systeem heeft zijn eigen karakteristieken die binnen een bepaalde – veelal ruime – bandbreedte toelaatbaar zijn. De Commissie accepteert dan ook dat er veelal verschillende aanvaardbare staatsrechtelijke regimes en modellen voorhanden zijn.

Zo zal de Commissie geen voorkeur uitspreken voor een presidentieel, semipresidentieel of parlementair systeem,<sup>42</sup> en geen blauwdruk geven voor de inrichting van een constitutionele monarchie.<sup>43</sup> Evenmin zal een abstract model worden voorgeschreven dat bepaalt hoe de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, bijvoorbeeld door een raad voor de rechtspraak, bewaakt zou moeten worden.<sup>44</sup> Ook zal niet één specifiek model van scheiding van kerk en staat worden voorgedragen: de lidstaten dient bij de vormgeving van kerk-staatrelaties een ruime *margin of appreciation* gelaten te worden,<sup>45</sup> op grond waarvan er bijvoorbeeld ruimte is voor begunstigende regimes ten behoeve van historisch bepalende religieuze stromingen.<sup>46</sup> En evenmin zal worden voorgeschreven welke mate van regulering van politieke partijen plaats zou moeten vinden. De Venice Commission acht zowel het liberale ‘marktmodel’ acceptabel, dat uitgaat van een formeel democratiebegrip, waarbij alleen formeel-procedurele eisen aan politieke partijen gesteld worden en verwacht wordt dat de onderlinge concurrentie om de kiezers het kaf van het koren wel zal scheiden, als een model dat uitgaat van een materieel democratiebegrip, waarbij aan politieke partijen inhoudelijke eisen gesteld worden ter zake van hun doelstellingen en werkzaamheden (het Duitse concept van een ‘wehrhafte Demokratie’) en/of aan hun interne functioneren en kandidaatstelling (egalitarisme; interne democratie).<sup>47</sup>

41 Buquicchio & Granata-Menghini 2013, p. 243 e.v.

42 *Report on Electoral Systems*, CDL-AD(2004)003, par. 103-113.

43 Opinion No. 695/2012, CDL-AD(2013)018, *On the balance of powers in the Constitution and legislation of the Principality of Monaco* (18 June 2013), par. 16, 17 en 26.

44 *Report on the independence of the judiciary*, CDL-AD(2010)004, par. 32.

45 *Opinion on the Draft Law on the insertion of amendments on Freedom of Conscience and Religious Organisations in Ukraine*, CDL-AD(2006)030, par. 12.

46 *Joint Guidelines on the Legal Personality of Religious or Belief Communities*, CDL-AD(2014)023, par. 40.

47 *Report on the Method of Nomination of Candidates within Political Parties*, CDL-AD(2015)020.

Het is in dit verband van belang om te benadrukken dat de Venice Commission formeel gezien slechts adviseert, en aanbevelingen doet om wetsteksten meer in overeenstemming te brengen met ‘European standards’: de Commissie is geen (supra)nationale rechter die bindende uitspraken doet. Dat brengt met zich dat zij bij het formuleren van haar opinies op zichzelf niet gebonden is aan de door het EHRM gehanteerde ‘margin of appreciation’, de beoordelingsmarge die het Hof de autoriteiten van de lidstaat laat bij de naleving van het EVRM. De ruimte voor de Commissie – in vergelijking met bijvoorbeeld het EHRM – om meer inhoudelijk in plaats van terughoudend te beoordelen is beduidend groter: juist omdat haar opinies niet rechtens bindend zijn, heeft zij meer mogelijkheden om indringend kritisch te toetsen. Bovendien vindt de advisering door de Commissie plaats aan de hand van meer criteria dan de louter positiefrechtelijke maatstaven (‘hard law’) van het EVRM; anders dan het Hof is de toetsing door de Commissie daartoe niet beperkt, en kunnen ook andere standaarden toepassing vinden, in de vorm van ‘soft law’, alsmede overwegingen van ‘best practices’ en haalbaarheid (*viability*).

Verder is van betekenis dat de Commissie meestal door de betrokken lidstaat zelf is verzocht om een opinie die diep op de concrete situatie ingaat, en in dit kader van de Commissie een ‘volle’ toetsing/beoordeling vraagt. De legitimiteit van een integrale toetsing geldt dan ook te meer wanneer de Commissie uitdrukkelijk geroepen wordt om in een nationaal interne lastige situatie definitief uitsluitel te bieden, dus als arbiter zonder terughoudendheid te bepalen ‘hoe het constitutioneel-rechtelijk zit’. Dat is bij uitstek aan de orde in zaken waarin constitutionele hoven lopende de procedure aan de Commissie vragen stellen ter zake van de aan het betreffende hof voorgelegde rechtsvragen (zie par. 3.2). Zo heeft de Commissie in het kader van grondwetsklachten voor het constitutionele hof van Bosnië en Herzegovina nogal indringend geoordeeld over het al dan niet handhaven van een (vanuit etnische-minderhedenperspectief) controversiële feestdag in het licht van in de grondwet geïncorporeerde EVRM-maatstaven.<sup>48</sup>

Hoewel de Venice Commission dus een zekere terughoudendheid betracht en formeel slechts adviseert en aanbeveelt, neemt dat niet weg dat zij harde grenzen stelt en in feite niet zozeer adviseert, maar (ver)oordeelt, daar waar naar haar mening ‘harde’ positiefrechtelijke standaarden worden aangetast. Dat lijkt de afgelopen jaren in toenemende mate te gebeuren. De belangrijkste reden daarvoor is de opkomst in Europa van meer autoritaire, antiliberaal stromingen. We werken dit uit in de paragrafen 6 tot en met 8.

Een lastig punt is in hoeverre onderscheid gemaakt zou mogen worden tussen enerzijds de nieuwe democratieën (de voormalige Oostbloklanden en de staten uit Afrika en Azië) en de oude, gevestigde, West-Europese democratieën anderzijds. Moeten aan beide groepen altijd dezelfde uniforme maatstaven worden gesteld of is het denkbaar en soms zelfs noodzakelijk om in bepaalde gevallen verschillende maatstaven – strengere voor de nieuwe democratieën – aan te leggen

48 Opinion No. 736/2013, CDL-AD(2013)027, *On the compatibility with the non-discrimination principle of the selection of the Republic Day of the Republika Srpska*.

(‘double standards’)? Dat soms hogere standaarden moeten worden aangelegd, in de vorm van precieze, meer gedetailleerde normen en zwaardere waarborgen, ligt gezien de op de concrete situatie in het betreffende land toegespitste benadering van de Venice Commission wel voor de hand. Bedacht moet worden dat de Venice Commission oorspronkelijk is opgericht met het oog op ondersteuning en advisering van de nieuwe democratieën, de voormalige Oostbloklanden die zich aan de Sovjet-Unie en het communisme hadden onttrokken en streefden naar vestiging van een stabiele constitutionele democratie. Nog steeds hebben verreweg de meeste vragen om opinies betrekking op deze landen; nog steeds zijn het vooral deze landen waar de meeste EVRM-schendingen plaatsvinden; en *soft law*-regels zijn met name ontwikkeld met deze landen voor ogen. Het is niet onlogisch om risico’s voor terugval in dergelijke landen eerder te vrezen, en aanvullende zekerheidssloten te vergen. West- en Zuid-Europese landen daarentegen zijn niet geneigd om opinies te vragen: zo heeft Nederland dat zelfs nog nooit gedaan. Blijkbaar wordt door deze landen voorondersteld dat zij gezien hun blijkbaar stabiele rechtsstaat en democratie ongetwijfeld zullen (blijven) voldoen aan de ‘European standards’. Diezelfde vooronderstelling is ook dominant binnen de Raad van Europa: slechts bij uitzondering vraagt een orgaan van de Raad een opinie inzake een van deze landen.

De Venice Commission heeft hierin tot nu toe niet een duidelijke, geëxpliciteerde koers geformuleerd. Het is ook niet eenvoudig om een algemene lijn te formuleren. ‘Double standards’ zijn kwetsbaar waar het de kernwaarden van het EVRM betreft. Het ligt voor de hand dat de Commissie op een scherpe liberaal-rechtsstatelijke koers ligt, wat betreft inachtneming van vrijheidsrechten, legaliteit, rechtsbescherming en machtenscheiding. Ten aanzien van *soft law*, *best practices* enzovoort zou mogelijk wel onderscheid kunnen worden gemaakt, vanuit het perspectief dat dergelijke regels in staten waarin rechtsstaat en democratie nog niet zo geworteld zijn van pas kunnen komen om een op hen toegesneden stelsel van minimumstandaarden te vormen. Niettemin zal dat bij staten die niet zelf om een opinie gevraagd hebben zelden in goede aarde vallen. Zij zullen al snel aanvoeren dat het alleen ten aanzien van hen stellen van hogere eisen aanmatigend en discriminerend is: zo voert de Poolse regering tegen de kritiek op de toenemende invloed van de politiek op rechtersbenoemingen aan dat de rechters in Nederland ook door ‘de politiek’ – de regering – benoemd worden. We komen hierop terug in paragraaf 8.

## 6. Wijzigende omstandigheden<sup>49</sup>

De eerste twintig jaren heeft de Venice Commission in betrekkelijke luwte, maar effectief, kunnen optreden. Het ging daarbij voornamelijk om *gevraagde* advisering inzake ontwerpgrondwetten en organieke wetgeving. De afgelopen jaren

49 Zie hierover L. Pech & K. Lane Scheppelle, ‘Illiberalism Within: Rule of Law Backsliding in the EU’, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* (19) 2017, p. 3-47; Adviesraad Internationale Vraagstukken (AIV), *De wil van het volk? Erosie van de democratische rechtsstaat in Europa*, nr. 104, 2017.



heeft een wezenlijke verandering van het politiek-juridische klimaat in Europa plaatsgevonden, die ook invloed heeft op de positie en het werk van de Commissie. Zo zijn vormen van extern internationaal toezicht op Europese lidstaten in toenemende mate, ook in Nederland, onder felle kritiek komen te staan. Die kritiek ziet op organen van de Europese Unie, zoals de Europese Commissie en het Hof van Justitie. Zij ziet ook op het EHRM, een kritiek die haar schaduw tevens over de Venice Commission werpt. De kern daarvan is dat het EHRM te activistisch is. Het EHRM legt volgens de critici de EVRM-rechten, onder het motto dat het verdrag een 'living instrument' is, te extensief uit, veel ruimer dan oorspronkelijk beoogd, en toetst te indringend, ten onrechte pretenderend dat het als een soort hogerberoepsrechter integraal mag en kan (her)beoordelen. Daarmee – met die extensieve en onvoorziene uitleg, en die intensieve toetsing – treden internationale en supranationale instanties te zeer in de soevereiniteit, de autonomie van de nationale staat, zo wordt gesteld. In essentie: Luxemburg en Brussel, Straatsburg en Venetië tasten de nationale democratie aan.

Aan deze kritiek ligt een fundamentele spanningsverhouding tussen democratie en rechtsstaat ten grondslag. Te zeer wordt 'de democratische rechtsstaat' als een *homogeen* concept gezien. Uiteraard is er een sterk verband tussen democratie en rechtsstaat, maar het is niettemin zuiverder om 'de democratische rechtsstaat' als een overkoepelende en pluriforme term te zien, die uiteenlopende beginselen en normen omvat, die elkaar weliswaar veelal versterken, maar ook met elkaar in strijd kunnen komen. Dat geldt niet alleen voor intern met elkaar wringende rechtsstatelijke beginselen als vrijheid en gelijkheid. Dat geldt ook voor de uitgangspunten van de democratie – die zien op besluitvormingsmechanismen – en van de rechtsstaat, die zien op de begrenzing en normering van die mechanismen en daarmee dus op het in toom houden van ongebreidelde meerderheidsbesluitvorming. Niet alleen begripsmatig moeten beide concepten uit elkaar worden gehouden, maar ook vanuit historisch perspectief. De West-Europese staten hebben zich in de aanvang, zo'n twee eeuwen geleden, ontwikkeld in de vorm van uitbouw van rechtsstatelijke principes – wetmatigheid, grondrechten, machtenscheiding, rechterlijke toetsing – en pas daarna door een geleidelijke, stapsgewijze uitbreiding van het kiesrecht naar ten slotte een volwaardige democratie. Zo is Nederland in de negentiende eeuw al in de buurt van een rechtsstaat, maar nog geen democratie; dat wordt het pas in de twintigste eeuw.

Het gaat dus om twee conglomeraten van begrippen die van elkaar onderscheiden moeten worden, en die elkaar soms in de weg kunnen zitten. Er kan zich dan ook een spanningsverhouding voordoen, en dat ligt met name *daar* voor de hand waarin de externe toetsing aan rechtsstatelijke normen door onder meer het EHRM, maar ook door de Venice Commission, sterk ingaat tegen door de nationaal democratisch gelegitimeerde wetgever vastgelegde uitgangspunten. Het gaat dus om een potentiële en soms daadwerkelijke conflictverhouding: tussen internationale rechtsstatelijke waarden en nationale democratie; tussen als Europese waarden opgevatte beginselen, door de rechter te handhaven, en lokale afwegingen door de wetgever gemaakt; tussen supranationale of internationale toetsing enerzijds en de pretentie van nationale soevereiniteit anderzijds.

De geschetste kritiek op externe juridische controle heeft een ideologische onderbouwing gekregen in populistische visies. Nu zijn er vele vormen en varianten, soorten en maten van populisme. Maar er zijn ten minste enkele basiskenmerken.<sup>50</sup>

- 1 Zo plaatst het populisme 'het volk' als moreel zuivere eenheid tegenover het als corrupt aangemerkte establishment, de politieke en juridische 'elite'. Alleen populistten vertegenwoordigen dit ware volk en zijn derhalve werkelijk democratisch; de traditionele politieke partijen zijn dat niet. In het algemeen pretendeert de voorman van de populistische beweging dat hij – over de vertegenwoordigende 'democratie' heen – rechtstreeks met het volk communiceert<sup>51</sup> en diens wil vertolkt. Dit uitgangspunt vertaalt zich in een afzetten tegen de gevestigde elites (die niet weten 'wat er onder het volk speelt'), met name tegen de traditionele partijen en vooral de elite in optima forma: de Brusselse bureaucratie, maar ook bijvoorbeeld het EHRM.
- 2 Het moreel zuivere volk is één en moet behoed worden voor het verlies van zijn eigen karakter en aard. Vaak wordt verwezen naar de homogene eenheid van het 'ware' volk, hetgeen leidt tot afwijzing van (massa-)immigratie, waardoor die eenheid immers ondergraven wordt. Dat loopt veelal uit op een streven naar een restrictief vreemdelingenbeleid en het stellen van strenge eisen aan nieuwkomers, feitelijk met name gericht tegen moslims.
- 3 Nu populistische machtsuitoefening de democratische uitdrukking is van de wil van het ene volk (althans pretendeert dat te zijn), zijn rechtsstatelijke eisen zoals controle door de rechterlijke macht en inachtneming van grondrechten niet legitiem wanneer zij aan die machtsuitoefening in de weg staan.

De geschetste tendensen doen zich al lang voor in het Rusland van Poetin en het Turkije van Erdogan. Zij hebben onder meer geleid tot scherpe opinies van de Venice Commission, die evenwel geen effect gehad hebben. Zo oordeelde de Commissie dat een door de 'autonome' Republiek van de Krim georganiseerd referendum over aansluiting van de Krim bij Rusland in strijd was met de Grondwet van Oekraïne, en dat een Russische (ontwerp)wet die de aansluiting van de Krim bij Rusland legitimeerde in strijd was met het volkenrecht (*principes van territoriale integriteit, nationale soevereiniteit, pacta sunt servanda*).<sup>52</sup> Evenzo oordeelde de Commissie negatief over de repressieve wetgeving die – veelal onder de noemer van noodrecht – in Turkije is ingevoerd in antwoord op de aan de Gülenbeweging toegerekende opstand in juli 2016. Dichter bij huis zijn genoemde tendensen in

50 Instructief zijn J-W. Müller, *What Is Populism?*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press 2016; C. Mudde, *Populism. A Very Short Introduction*, Oxford: Oxford University Press 2017; I. Krastev, *After Europe*, Philadelphia: University of Pennsylvania Press 2017.

51 Vandaar een zekere voorkeur voor referenda en social media, middelen om rechtstreeks met het volk in contact te komen.

52 Resp. *Opinion on 'whether the Decision taken by the Supreme Council of the Autonomous Republic of Crimea in Ukraine to organise a Referendum on becoming a constituent territory of the Russian Federation or restoring Crimea's 1992 Constitution is compatible with Constitutional Principles'*, CDL-AD(2014)002 en *Opinion on 'whether Draft Federal Constitutional Law No. 462741-6 on amending the Federal Constitutional Law of the Russian Federation and Creation of a new subject within the Russian Federation is compatible with International Law'*, CDL-SD(2014)004.

het bijzonder uitgekristalliseerd in Hongarije en Polen. Sinds Viktor Orban in 2010 weer aan de macht is gekomen, wordt daar onder Orbans motto dat Hongarije een 'illiberal democracy' is een antiliberaal agenda uitgevoerd. De greep op de media is versterkt; de bevoegdheden van het constitutionele hof en de rechter zijn beperkt; de mediavrijheid is aanzienlijk ingeperkt; de positie van minderheidskerken is aangetast, evenals de verenigingsvrijheid van ngo's; de positie van de CEU (de Central European University – de 'Soros'-universiteit) is dusdanig onzeker geworden dat de universiteit overweegt naar een ander land te verkassen; hulpverlening aan asielzoekers is gecriminaliseerd. De Venice Commission heeft daarover tal van opinies uitgebracht, meestal op verzoek van organen van de Raad van Europa. Onlangs heeft de Commissie Burgerlijke vrijheden (LIBE) het ontwerp-rapport van rapporteur Judith Sargentini aanvaard om de Europese Raad op te roepen om tegen Hongarije de procedure van artikel 7 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU)<sup>53</sup> te activeren, waardoor het uiteindelijk zijn stemrecht in de Raad zou kunnen kwijtraken. Het rapport steunt sterk op de opinies van de Venice Commission.<sup>54</sup> Vanwege de beperkte omvang van dit artikel werken we deze drie casus niet verder uit, en volstaan we ermee dat wel te doen met de casus die in termen van juridische ontwikkelingen en tegenacties het verst gevorderd is: Polen.

## 7. Polen, de Venice Commission en de Europese Unie<sup>55</sup>

Sinds de verkiezingen in oktober 2015 heeft de conservatieve nationalistisch-populistische partij Recht en Rechtvaardigheid (PiS) zowel in de Poolse *Sejm* (de Tweede Kamer) als in de Senaat een absolute meerderheid. De PiS streeft ernaar zo lang mogelijk aan de macht te blijven. Onafhankelijke en dus grenzen stellende rechtspraak is in het licht van de agenda van deze partij een obstakel dat geëlimineerd moest worden.<sup>56</sup> Het parlement heeft daarom een aantal wetten aangenomen

53 Op grond van deze procedure kan na een aantal stappen te hebben genomen ten slotte door de Europese Raad worden besloten de betreffende lidstaat wegens ernstige en voortdurende schending van democratisch-rechtsstatelijke en solidariteitswaarden (art. 2 VEU) bepaalde rechten, waaronder stemrechten, te onthouden.

54 *Draft Report on a proposal calling on the Council to determine, pursuant to Article 7(1) of the Treaty on European Union, the existence of a clear risk of a serious breach by Hungary of the values on which the Union is founded* (2017/2131(INL)).

55 Zie hierover U. Jaremba, 'The Rule of the Majority vs. the Rule of Law: How Poland Has Become the New Enfant Terrible of the European Union', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2016, p. 262-274; A. Govers, 'Bedreiging van de rechtsstaat in Polen. Recht en misbruik van recht', *Nederlands Juristenblad* 2016, p. 2960-2964; W. Sadurski, 'How Democracy Dies (in Poland): A Case Study of Anti-Constitutional Populist Backsliding', *Sydney Law School Legal Studies Research Paper* no. 18/01, januari 2018; The Chancellery of the Prime Minister of Poland, *White Paper on the Reform of the Polish Judiciary*, Warschau 2018; Iustitia, Polish Judges Association, *The Response of the Polish Judges Association 'Iustitia' to the White Paper on the Reform of the Polish Judiciary*, Warschau 2018.

56 Over de populistische agenda van de PiS en de gevolgen daarvan voor de democratische rechtsstaat, zie bijv. A. Bień-Kacała, 'Poland within the EU. Dealing with the Populist Agenda', *Osteuroparecht* (4) 2017, p. 428 e.v.

men die, in onderling verband beschouwd, tot onderschikking van de rechtspraak aan regering en parlement leiden en een effectieve rechterlijke controle op deze staatsmachten in feite onmogelijk maken. Deze ondermijning van de positie van de rechters in Polen valt uiteen in twee fasen: (1) het verlammen van het grondwettelijk hof, het Constitutioneel Tribunaal (2015/2016) en (2) het onder controle van de president en de minister van Justitie brengen van de Hoge Raad, de presidenten van de gewone rechtbanken en de Raad voor de Rechtspraak (vanaf begin 2017).

De voordracht aan de president van vijf nieuwe rechters van het Constitutioneel Tribunaal door de toen zittende parlementaire meerderheid, vlak voor het einde van de zittingstermijn van het vorige parlement, vormde de aanleiding voor de eerste fase. Het Constitutioneel Tribunaal oordeelde dat twee voordrachten in strijd waren met de Grondwet,<sup>57</sup> nu het vorige parlement daarmee als het ware over zijn eigen graf heen wilde regeren door vacatures te vervullen die pas in de volgende zittingsperiode van de *Sejm* zouden ontstaan. Drie van de vijf benoemingen waren echter rechtmatig, nu deze voor het einde van die zittingsperiode werden vervuld. De nieuwe parlementaire meerderheid was het daar niet mee eens en droeg vijf ‘eigen’ rechters voor. Zo begon het conflict tussen de regerende partij en het Constitutioneel Tribunaal, gevolgd door een zestal wetten met talrijke maatregelen die beoogden de rechters van het Constitutioneel Tribunaal ondergeschikt te maken aan de politiek en overigens het functioneren van het Hof uiterst moeizaam zouden maken, doordat een minderheid van de rechters *de facto* de voortgang van procedures zou kunnen frustreren.<sup>58</sup> De belangrijkste wijzigingen betroffen:

- 1 de verplichting om zaken op zitting op volgorde van binnenkomst te behandelen, waarmee er dus geen mogelijkheid is om belangrijke zaken te prioriteren;
- 2 de regel om de behandeling van de zaak pas drie maanden (of zes maanden wanneer de zaken door het voltallige Tribunaal dienen te worden behandeld) na de notificatie aan de partijen over de procedure in behandeling te nemen;
- 3 een verplichte wachtperiode tussen de aanvaarding van een wet en de constitutionele controle daarvan, waarbij een groep van vier rechters om verlenging van deze termijn mag verzoeken;
- 4 de eis om de procedure uit te stellen wanneer de procureur-generaal niet op de zitting komt opdagen;
- 5 de verhoging van het stemquorum;
- 6 de verplichting om de zaak in een voltallig panel te behandelen als drie rechters daarom vragen;
- 7 de bevoegdheid van de *Sejm* om over disciplinair ontslag van de rechters te beslissen;
- 8 het verhogen van het aantal kandidaten dat voorgedragen kan worden voor de functie van de president van het Tribunaal, hetgeen in combinatie met de

57 Uitspraak van 3 december 2015, K 34/15.

58 Deze wetten stamden uit de tijd dat de PiS-rechters in het Hof nog in de minderheid waren.

stemmethode verkiezing van de kandidaat die niet de instemming van de meerderheid van de rechters geniet, toch mogelijk maakt.<sup>59</sup>

In een aantal arresten oordeelde het Constitutioneel Tribunaal dat deze wetten in strijd waren met de Poolse Grondwet, onder meer omdat zij de rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid aantastten. De regering kon deze uitspraken niet waarderen en besloot ze, om gepretendeerde procedurele redenen en in weerwil van de grondwettelijke plicht daartoe, niet te publiceren. Daardoor bestonden deze arresten formeel-juridisch dus niet.

De Venice Commission heeft twee opinies uitgebracht over de hierboven genoemde maatregelen.<sup>60</sup> De eerste opinie werd gevraagd door de Poolse minister van Buitenlandse Zaken, de tweede door de Secretaris-Generaal van de Raad van Europa, met het verzoek aan de Commissie om te beoordelen of met de ontwerpen die op dat moment in het parlement behandeld werden, adequaat werd gereageerd op de kritiek in de eerste opinie. Als beoordelingsmaatstaf gebruikte de Commissie de standaarden inzake de onafhankelijkheid van de rechtspraak als mede de standaarden ten aanzien van constitutionele hoven, zoals deze door de Commissie zijn uitgewerkt in de *Rule of Law Checklist*.<sup>61</sup> Deze standaarden houden onder meer in dat wetgeving en ander overheidsoptreden in overeenstemming dienen te zijn met de Grondwet en dat dat overheidsoptreden door onafhankelijke rechters moet kunnen worden gecontroleerd, zowel met betrekking tot de grondwettigheid als met betrekking tot overige eisen van rechtmatigheid. Onafhankelijkheid vereist afwezigheid van externe druk en manipulatie door met name de uitvoerende macht, ook ten aanzien van benoeming en ontslag van rechters: rechterlijk handelen mag niet worden onderworpen aan toezicht door de executieve of andere publieke organen. Wat betreft de positie van een constitutioneel hof gaat het er specifiek om dat de samenstelling van dat college evenwichtig is, dat dit college effectief kan opereren en dat zijn uitspraken worden nageleefd. Het oordeel van de Commissie was zeer kritisch: de Poolse wetgever handelt in strijd met de beginselen van rechterlijke onafhankelijkheid – inclusief de eis van effectiviteit – en ondermijnt de positie van het Constitutioneel Tribunaal als hoeder van de Grondwet. Daarmee worden de principes van ‘rule of law’ geschonden, aldus de Commissie.

59 Deze opsomming is ontleend aan een gedetailleerde beschrijving van de rechtsstatelijke crisis in Polen door Sadurski 2018, p. 26 e.v.

60 *Opinion on Amendments to the Act of 25 June 2015 on the Constitutional Tribunal of Poland*, CDL-AD(2016)001; *Opinion on the Act on the Constitutional Tribunal*, CDL-AD(2016)026.

61 *Rule of Law Checklist*, CDL-AD(2016)007, waarnaar verwezen wordt in de *Opinion on the Act on the Constitutional Tribunal*, CDL-AD(2016)026, par. 10-11.

Een tweede pakket aan wetgevende maatregelen, geïntroduceerd vanaf begin 2017, ziet op het onder controle van de president en de minister van Justitie brengen van de Hoge Raad, de rechtbankpresidenten en de Raad voor de Rechtspraak. De belangrijkste maatregelen zijn:

- 1 het bij wet beëindigen van de zittingstermijn van alle leden van de Raad voor de Rechtspraak, het orgaan dat de grondwettelijke taak heeft om de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de rechters te bewaken, en het benoemen van de nieuwe rechterlijke leden in de Raad voor de Rechtspraak door het parlement;
- 2 het recht van de minister van Justitie om (vice)presidenten van gerechten te benoemen en te ontslaan (in de eerste zes maanden na de inwerkingtreding van de wet zonder opgave van redenen);
- 3 de verlaging van de pensioengerechtigde leeftijd van zittende rechters van 70 naar 65 jaar, waardoor velen van hen vervroegd met pensioen moeten (in het geval van het Hoogerechtshof leidt dit tot de verkorting van de grondwettelijke termijn van zes jaar van de president van dat gerecht);
- 4 het samenvoegen van de functie van minister van Justitie met die van procureur-generaal, waarbij deze vergaande bevoegdheden krijgt en zelfs in concrete lopende zaken kan ingrijpen;
- 5 de introductie van een nieuwe rechtsfiguur, de zogenaamde bijzondere klacht inclusief een eis tot herziening, in te dienen bij het Hoogerechtshof, welke herziening van onherroepelijke rechterlijke uitspraken van de afgelopen twintig jaar mogelijk maakt. Potentieel gaat het om 60 miljoen uitspraken! Over deze maatregelen heeft de Venetië Commissie wederom kritische opinies uitgebracht, onder verwijzing naar dezelfde globale maatstaven van rechterlijke onafhankelijkheid (inclusief de Rule of Law Checklist) als genoemd in de eerdere opinies.<sup>62</sup>

De Poolse autoriteiten hebben zich weinig rekenschap gegeven van de kritiek van de Venice Commission, al bevatte latere wetgeving een aantal concessies ten opzichte van de eerste wet uit december 2015.<sup>63</sup> In een *position paper* inzake de conceptopinie van de Commissie inzake de Wet op het Constitutioneel Tribunaal van 2016 bestreden zij de benadering van de Commissie ten gronde, op meerdere punten (we komen daar in par. 8 op terug).

Niettemin hebben de opinies van de Venice Commission wel op andere wijzen effect. Zo buigt de Europese Raad zich op dit moment over voortzetting van de procedure voorzien in artikel 7 van het VEU tegen Polen, op basis van een voorstel van de Europese Commissie van 20 december 2017.<sup>64</sup> Dit voorstel put rijkelijk uit de hier besproken vier opinies. Daarnaast heeft het Ierse High Court, geïntro-

62 *Opinion on the draft act amending the Act on the National Council of the Judiciary, on the draft act amending the Act on the Supreme Court, proposed by the president of Poland, and on the act on the organization of ordinary courts*, CDL-AD(2017)0031 en de *Opinion on the Act on the Public Prosecutor's office as amended*, CDL-AD(2017)0028.

63 *Opinion on the Act on the Constitutional Tribunal*, CDL-AD(2016)026, par. 122.

64 Europese Commissie, *Reasoned Proposal in Accordance with Article 7(1) of the Treaty on European Union Regarding the Rule of Law in Poland*, COM(2017)835 final.

spireerd door het voorstel van de Europese Commissie en de daarin vervatte verwijzingen naar de opinies van de Venice Commission, bij tussenuitspraak<sup>65</sup> een aantal prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie gesteld inzake de kwestie in hoeverre een Europees aanhoudingsbevel met betrekking tot een aan Polen over te leveren persoon niet uitgevoerd mag worden, omdat vanwege de aantasting van rechtsstatelijke beginselen in dit land het beginsel van wederzijds interstatelijk vertrouwen uitzondering moet lijden. Het arrest van het Hof van Justitie wordt op korte termijn verwacht.

## 8. Reflectie

Naarmate de Commissie meer opinies zal moeten geven over landen die deze niet gevraagd hebben,<sup>66</sup> ten aanzien van lidstaten die uit nationaal-populistische motieven de (schijnbare?) liberaal-rechtsstatelijke consensus uit de eerste twintig jaar van hun bestaan willen afbreken, zullen die opinies meer omstreden zijn, vaker niet gevolgd worden, bekritiseerd worden. Die kwetsbaarheid hangt nauw samen met de onduidelijkheid van de door de Commissie te hanteren maatstaven en de indringendheid waarmee zij aan de hand van die maatstaven beoordeelt. Formeel is de Commissie adviseur, materieel velt zij veelal een oordeel, waarvan de naleving sterk afhankelijk is van haar gezag. Dat gezag lijkt in zoverre de afgelopen jaren versterkt, dat het EHRM in toenemende mate naar opinies, richtlijnen en rapporten verwijst,<sup>67</sup> en de Europese Commissie en het Europees Parlement zich vaker beroepen op de Venice Commission in het kader van hun streven om het rechtsstatelijk afglijden van sommige lidstaten tegen te gaan. Tegelijkertijd heeft dat als gevolg dat de boos doende lidstaten de Venice Commission nog meer zullen beschouwen als handlanger van de vijandige Europese instituties (de beide hoven, de Europese Commissie).

Bovendien is de positie van de Venice Commission vanuit methodologisch oogpunt kwetsbaar. Dat hangt zoals gezegd met name af van onduidelijkheden in het beoordelingskader. Sommige vraagstukken zijn daarbinnen minder problematisch dan andere. Zo is niet uitgekristalliseerd wanneer de Commissie een interpretatie van een grondwet zou kunnen geven die ingaat tegen de uitleg daarvan door het constitutionele hof van het betreffende land. Dat de Commissie dat in beginsel niet moet doen, is overigens helder; onduidelijk is slechts in welke uitzonderingsgevallen zij dat wél kan en moet doen. Er is daarnaast nog geen expliciete lijn ten aanzien van toetsing aan EU-normen (Handvest van de Grondrechten; secundaire EU-regelgeving die uitwerking geeft aan mensenrechten) die min of meer equivalent zijn aan, maar soms preciezer zijn dan EVRM-normen. We menen voorshands dat het mandaat van de Commissie zich er niet tegen verzet

65 High Court 12 maart 2018, *Minister for Justice & Equality and Artur Celmer*.

66 Meestal zullen deze opinies door organen van de Raad van Europa gevraagd zijn.

67 Zie voor vindplaatsen de website van de Venice Commission ([www.venice.coe.int](http://www.venice.coe.int)), onder 'References', en daarbinnen 'European Court of Human Rights'.

om op dergelijke normen een beroep te doen. Ook hier zal zij haar koers nader moeten bepalen.

Lastiger is de verhouding tussen *hard law*- en *soft law*-standaarden, en de daaraan gerelateerde kwestie of met dubbele standaarden gewerkt mag worden. Zo heeft bijvoorbeeld de Poolse regering de kritische opinies uit 2016 en 2017 over de wetgeving inzake de rechtspraak nagenoeg onverkort afgewezen, niet alleen met de argumentatie dat de Commissie het Poolse recht niet begreep, maar ook met het betoog dat zij de Poolse wetgever afrekende op standaarden die geen steun vinden in het positieve recht, maar hooguit 'soft law' zijn, waaraan de wetgever niet gebonden is.<sup>68</sup> Daarnaast verweet de Poolse regering de Commissie dat zij met twee maten – *double standards* – mat. De Commissie zou verzwijgen dat bepaalde, door Polen gekozen oplossingen betreffende de organisatie en het functioneren van het Constitutioneel Tribunaal ook in andere landen prima functioneren (bijvoorbeeld de behandeling van zaken op volgorde van binnenkomst, of door de grote kamer – 'full bench'). Als andere landen zelf mogen kiezen welke inrichting van hun rechtssysteem, gezien de constitutionele context, het beste uitkomt, waarom zou Polen dat dan niet mogen? De analyse van de Poolse wetgeving en de conclusies die de Commissie daaraan verbond, werden dan ook gezien als een ongerechtvaardigde en onaanvaardbare inbreuk op de soevereiniteit van Polen. Het zal overigens niet verbazen dat soortgelijke kanttekeningen thans ook door sommige leden van de Venice Commission in de subcommissie en de plenaire vergadering geplaatst worden.

Vanuit de wetenschap klinkt een – subtieler geformuleerde – variant van deze kritiek. Zo heeft Maartje de Visser betoogd dat de wijze waarop de Venice Commission gebruik maakt van de notie van een 'common heritage' van constitutionele standaarden problematisch is, het mandaat van de Commissie te buiten gaat en riekt naar te optimistisch constitutioneel universalisme.<sup>69</sup> De Commissie zou dan ook een veel scherper onderscheid moeten maken tussen (1) 'common constitutional standards' (*hard law*) en (2) 'constitutional best practices or guidelines' (*soft law*). De eerste categorie zou zich op het niveau van beginselen bevinden, de tweede op het niveau van de concrete vormgeving.

De Venice Commission zal zich hierover moeten gaan beraden. Het klinkt inderdaad aantrekkelijk om een scherper onderscheid te maken tussen 'hard law', waar de lidstaten aan gehouden zijn, en 'soft law', dat meer het karakter heeft van vrijblijvend inspirerende modaliteiten; dat onderscheid maakt zij mogelijk onvolgende. Wel merken we op dat de 'common constitutional standards' van De Visser – in het algemeen mensenrechtennormen – veelal te abstract zijn om los van een nadere concretisering in opinies die wetgeving *ex ante* moeten beoordelen, gehanteerd te worden: eerder wezen we al op een globale norm als de kiesrechtbe-

68 Zie de reactie van de regering op het concept van de tweede opinie van de Venice Commission – *Position regarding draft Opinion of the Venice Commission on the Act on the Constitutional Tribunal of 22 July 2016* – te vinden op de website van de Commissie: [www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-REF\(2016\)060-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-REF(2016)060-e).

69 M. de Visser, 'A Critical Assessment of the Role of the Venice Commission in Processes of Domestic Constitutional Reform', *American Journal of Comparative Law* (63) 2015, p. 999-1004.



paling in artikel 3 Eerste Protocol bij het EVRM. Daarnaast zijn er terreinen zoals de verhouding tussen de politieke organen die nauwelijks door genoemde standaarden gereguleerd zijn. *Soft law* kan dan buitengewoon behulpzaam en zelfs onmisbaar zijn. Daarnaast poogt de Commissie – waar aan de orde – aan te geven dat de normen die zij hanteert niet de harde binding van een verdrag hebben en geen voor alle situaties toepasbaar model voorschrijven. Verder is het nog steeds zo dat de meeste opinies van de Commissie door de lidstaten gevraagd zijn omdat men hulp en begeleiding wenst. Daarbij hoort ook het concretiseren van abstracte standaarden. Het succes van de *Rule of Law Checklist* (2016) illustreert dat dat internationaal zeer op prijs gesteld wordt.

We ronden af. In dit artikel hebben we een overzicht gegeven van de grondslag en functies van de Venice Commission. De Venice Commission heeft zich ontwikkeld tot een vooraanstaande adviseur ter zake van constitutionele kwesties die spelen in de lidstaten van de Raad van Europa, en in toenemende mate ook ten behoeve van bij haar aangesloten landen buiten de Raad van Europa, zowel in haar opinies ten aanzien van concrete (ontwerp)wetgeving als in het formuleren van veelal op rechtsvergelijking en *best practices* gebaseerde algemene richtlijnen. De opinies worden veelal (in grote lijnen) gevolgd, met name wanneer zij door de betreffende lidstaat gevraagd zijn, en de algemene richtlijnen hebben gezag. Dat is een prestatie van formaat, zeker gezien de beperkte middelen die de Commissie ter beschikking staan: een begroting van € 4 miljoen, twaalf (gelukkig uitmunten) juristen, tien zeer dienstbare ondersteunende stafleden en onbezoldigde (substituut-)leden die uit liefde voor het recht veel tijd en inzet in het werk van de Commissie steken. Het is een groot genoegen daaraan ook zelf een bijdrage te (hebben mogen) leveren.