



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Constitutionele remedies bij schending van grondrechten : over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever

Uzman, J.

Citation

Uzman, J. (2013, December 5). *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten : over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever*. Meijers-reeks. Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/22740>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/22740>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/22740> holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Uzman, Jerfi

Title: Constitutionele remedies bij schending van grondrechten : over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever

Issue Date: 2013-12-05

10 | Constitutionele dialogen over grondrechten in Canada

10.1 INLEIDING

De grens tussen Canada en de Verenigde Staten van Amerika is de langste ter wereld. Vanaf de westkust strekt hij zich uit over de negenenveertigste breedtegraad, de *Rocky Mountains* doormidden klievend totdat hij uitmondt in de wateren van de Grote Meren die Ontario scheiden van vijf Amerikaanse staten. Geografisch noch cultureel heeft deze grens veel omhanden. Het landschap verandert niet van kleur. Aan beide zijden ervan staat een *Taco Bell* en kan men *Wendy's old fashioned hamburgers* bestellen. In de beide landen heerst de *common law*.¹ Beiden hebben een federale structuur en gespreide toetsing van wetgeving. Beide landen kennen een negenkoppig *Supreme Court*.

Maar schijn bedriegt. Waar de Verenigde Staten, samen met Duitsland, in de rechtsvergelijkende literatuur regelmatig wordt opgevoerd als het prototype van het 'constitutionele model', ziet men Canada vaak als exponent van een *Commonwealth* of 'dialoogmodel'.² Het verschil zou zijn, dat grondwetsinterpretatie in Amerikaanse en Duitse ogen primair een kwestie van de rechter is.³ In het Canadese staatsrecht aanwezige mechanismen zouden die kwestie daarentegen een gedeelde taak van rechter en wetgever maken. Volgens sommige auteurs leidt zo'n dialoogmodel ertoe dat de rechter zich wat 'vrijmoediger' op kan stellen in de toetsingsfase.⁴ De noodzaak tot terughoudendheid zou minder groot zijn nu de rechter weet dat hij niet het laatste woord heeft.

1 De uitzonderingen zijn Quebec en (in mindere mate) Louisiana, waar men geschillen aan de hand van *civil law* beslecht.

2 Vgl. voor de V.S.: Koopmans 2003, p. 8-12, en hst. 3; Zoethout 1995, p. 7. Voor Canada: Gardbaum 2001; Roach 2001.

3 Zie voor de Verenigde Staten in dat verband: USSC 12 september 1958, 358 U.S. 1 (*Cooper v. Aaron*); USSC 26 maart 1962, 369 U.S. 186 (*Baker v. Carr*); USSC 16 juni 1969, 395 U.S. 486 (*Powell v. McCormack*); USSC 24 juli 1974, 418 U.S. 683 (*United States v. Nixon*); USSC 29 juni 1995, 515 U.S. 900 (*Miller v. Johnson*), en USSC 15 mei 2000, 529 U.S. 598 (*United States v. Morrison*). Zie voor kritiek op deze houding o.m.: Meese 1987 en Tushnet 1999. In de Duitse context kan worden gewezen op BVerfG 23 oktober 1951, BVerfGE 1, 14 (*Südweststaat*), p. 36-37; BVerfG 15 januari 1985, BVerfGE 69, 112. BVerfG 30 mei 1990, BVerfGE 82, 126 (*Kündigungsfristen*), r.o. 112; BVerfG 26 april 1994, BVerfGE 90, 263 (*Ehelichkeitsanfechtung*), r.o. 42; BVerfG 18 februari 2004, 1 BvR 193/97 (*Ehemalige Ehepartner*), r.o. 46.

4 Vgl. o.a. Clayton 2004, p. 46-47; Tushnet 2008, p. 242-252; Van der Schyff 2010, §305.

In dit hoofdstuk zie ik of die hypothese klopt. Zorgen deze ‘dialoogbevorderende’ mechanismen er inderdaad voor dat de rechter meer ruimte heeft om rechtsbescherming te bieden? Kan hij, in de woorden van twee Canadese auteurs, de wetgever met zijn remedie een ‘constitutionele hint’ geven?⁵ Daartoe schets ik eerst het Canadese stelsel van constitutionele toetsing (§10.2). Vervolgens ga ik uitvoerig in op de constitutionele remedies die daarin figureren (§10.3). Bijzondere aandacht is er in dat verband voor de zogenaamde *suspended declaration of invalidity*, waarmee de Canadese wetgever door de rechter een *terme de grâce* wordt gegund. In §10.4 komen dan de procesrechtelijke remedies aan de orde. Tot slot bespreek ik de idee van *constitutional dialogue* en zie ik welke rol deze notie speelt in de vormgeving van de Canadese *terme de grâce* (§10.5).

10.2 WETGEVING EN GRONDRECHTENBESCHERMING

Alvorens toe te komen aan de vraag welke constitutionele remedies in Canada een rol spelen, ga ik in op het stelsel van grondrechtenbescherming. Ik zie eerst wát ter toetsing voorligt (§10.2.1) en hoe deze toetsing georganiseerd is (§10.2.2). Vervolgens ga ik in op de maatstaf van toetsing (§10.2.3 en 10.2.4).

10.2.1 Object van toetsing

Canada is een federale staat. De overheidsmacht is verdeeld tussen de provincies en de federale overheid in Ottawa. Deze werkverdeling wordt beheerst door het constitutionele recht. Eén basisdocument, zoals een grondwet, kent Canada formeel niet. Het constitutionele recht wordt gevormd door conventies en enkele wetten van constitutionele orde.⁶ De belangrijkste daarvan betreffen de *Constitution Acts* van 1867 en 1982.⁷ In de eerste wet treft men voornamelijk de institutionele structuur van het koninkrijk aan, in de tweede de grondrechtencatalogus.⁸

De wetgevende bevoegdheid op federaal niveau is ondergebracht bij het Canadese parlement (*Parliament of Canada*), dat conform de *Constitution Act*

5 Duclos & Roach 1991.

6 De ‘*Constitution of Canada*’ wordt volgens artikel 52 lid 2 *Constitution Act* 1982 omschreven als de *Constitution Acts* van 1867 en 1982, alsmede een aantal wetten zoals opgesomd in de bijlage bij de wet.

7 De *Constitution Act* 1867 werd voor de constitutionele hervorming van 1982 de *British North America Act* 1867 genoemd. Haar voorganger was de *Colonial Laws Validity Act* 1865.

8 De wetgeving van 1982 ging overigens gepaard met de uitvaardiging van de *Canada Act* 1982 van het Westminster parlement van het Verenigd Koninkrijk, waarin het gezag over Canada werd overgedragen aan de federale en provinciale parlementen in Canada zelf.

1867 bestaat uit het, met het Verenigd Koninkrijk gedeelde, staatshoofd (*The Queen*) en twee Kamers ('an upper house styled the Senate and the House of Commons').⁹ Wetten worden ondertekend door het staatshoofd (*The Royal Assent*), die in de praktijk vervangen wordt door de gouverneur-generaal. Naast de federale wetgever kennen de verschillende provincies een eigen parlement en een eigen kabinet. Ook deze wetgevers kunnen formele wetgeving uitvaardigen. In de Canadese terminologie wordt het federale parlement aangeduid als '*Parliament*' en de provinciale parlementen als '*the Legislatures*'. Tussen de verschillende wetgevende parlementen bestaat in beginsel geen rangorde, wel een werkverdeling: het strafrecht is exclusief opgedragen aan de federatie, het civiele recht doorgaans aan de provincies. Wetgeving van beide 'lagen' staat in dit hoofdstuk centraal.

10.2.2 De organisatie van de toetsing: het stelsel van rechtspraak

De rechterlijke organisatie is opgedeeld in een provinciale, een federale en een militaire kolom. In eerste aanleg wordt recht gesproken door zogenaamde *administrative tribunals*, door *trial courts* (op federaal niveau), door *superior*, respectievelijk *inferior courts* (op provinciaal of territoriaal niveau), en door *military courts*. In hoger beroep kennen de drie kolommen eigen *courts of appeal*. De provinciale beroepshoven zijn tevens de hoogste rechters van de verschillende provincies. Zowel tegen uitspraken van deze provinciale *courts of appeal*, als tegen uitspraken van het federale *court of appeal* en het (militaire) *court martial appeal court* staat beroep open op het *Supreme Court of Canada* (SCC).

Het SCC is geen constitutioneel hof en zijn bevoegdheden zijn dan ook algemeen van aard. Wel kent het een *reference procedure*.¹⁰ De gouverneur-generaal kan het Hof (op instigatie van het kabinet) abstracte vragen voorleggen. Dat kunnen *questions of law or fact* zijn. Doorgaans betreft het constitutionele vraagpunten. Veel gevoelige kwesties hebben het Hof via de referentie-procedure bereikt.¹¹ De provinciale overheden hebben niet de mogelijkheid het SCC zo'n vraag voor te leggen. Zij kennen echter allemaal eigen wetgeving die een soortgelijke bevoegdheid regelt met betrekking tot het eigen *court of appeal*.¹² Tegen dergelijke uitspraken staat hoger beroep open bij het SCC.¹³

9 Vgl. in algemene zin o.a. Docherty, 'Parliament: Making the Case for Relevance', in: Bickerton & Gagnon 2004, p. 166.

10 Vgl. artikel 53 van de Supreme Court Act.

11 Vgl. bijv. SCC 9 december 2004 [2004] 3 SCR 698 (*Reference re Same-Sex Marriage*), en SCC 20 augustus 1998 [1998] 2 SCR 217 (*Reference re secession Quebec*).

12 Zie daaromtrent Hogg 2007-I, p. 254-255.

13 Zie artikel 36 Supreme Court Act.

In dit hoofdstuk staat voornamelijk, zij het niet uitsluitend, de rechtspraak van het SCC centraal. Die keuze is geen principiële. Hoewel in Canada sprake is van gespreide toetsing, is de rechtsvormende rol van de hoogste rechter nu eenmaal het meest zichtbaar, zeker in een land, zoals Canada, dat een stelsel van *precedent* kent. Bovendien is het thema rechtsvorming in de rechtspraak van het SCC uitgebreider gedocumenteerd dan bij de *Courts of Appeal*.

10.2.3 Maatstaf van toetsing: van grondrechtencatalogi...

De constitutie van Canada wordt in de kern gevormd door twee wetten: de *Constitution Acts* van 1867 en 1982. Beide wetten zijn bekrachtigd door het Westminster parlement.¹⁴ Dat fungeerde lange tijd als grondwetgever voor het Canadese deel van het koninkrijk. Die situatie eindigde in 1982 met het uitvaardigen, op Canadees verzoek, van de *Canada Act* 1982. Daarin werd het gezag overgedragen aan de federale en provinciale parlementen en eindigde de soevereiniteit van het Westminster parlement over de voormalige kolonie.

Met het vertrek van de Britten is in zekere zin ook de parlementaire soevereiniteit uit Canada vertrokken. De *Constitution Act* 1867 modelleerde het Canadese staatsbestel nog naar Brits voorbeeld, zij het dat de uiteindelijke soevereiniteit in Westminster bleef liggen. De federale en de provinciale parlementen deelden hun bevoegdheden. Het resultaat was gefragmenteerde soevereiniteit. Om de daaruit voortvloeiende federale machtsverdeling te bewaken, nam de rechtspraak al vroeg de bevoegdheid aan om federale en provinciale wetgeving te toetsen aan de *Constitution Act* 1867.¹⁵

Aan grondrechten moest bij deze toetsingsbevoegdheid aanvankelijk nog niet gedacht worden. Wel toetste de rechter soms aan *common law principles*, maar ook dan alleen via een omweg. Provinciale wetgeving die daarop inbreuk maakte werd onverbindend geoordeeld omdat de rechter uitsluitend het federale parlement bevoegd achtte de kwestie te regelen.¹⁶

Na de Tweede Wereldoorlog groeide de aandacht voor grondrechtencatalogi. Canada trad toe tot mensenrechtenverdragen zoals het IVBPR, het IVESCR, het IVRD en het Vrouwenverdrag.¹⁷ Deze verdragen spelen een belangrijke

14 Respectievelijk door de *British North America Act* 1867 en de *Canada Act* 1982.

15 Hogg 2007-I, p. 347-348.

16 Hogg 2007-II, p. 110. Daar het in zulke gevallen meestal om nogal plaatselijk georiënteerde maatregelen ging, was deze praktijk effectief. De federale wetgever dacht er immers zelden aan soortgelijke wetgeving vast te stellen.

17 Het IVBPR en het IVESCR werden beide op 19 mei 1976 geratificeerd. Het IVRD iets eerder, op 14 oktober 1970 en het Vrouwenverdrag op 10 december 1981. Alleen bij het Amerikaanse mensenrechtenverdrag is Canada niet partij. Canada is traditioneel pleitbezorger van

rol in de Canadese rechtspraak.¹⁸ Direct inroepbaar voor de nationale rechter zijn zij echter niet. Verdragsrecht moet in het, op Britse leest geschoeide, Canadese bestel, getransformeerd worden om werking te krijgen in de nationale rechtsorde en dat is ten aanzien van de meeste mensenrechtenverdragen niet gebeurd.¹⁹ Weliswaar wordt wetgeving zoveel mogelijk conform de verdragen uitgelegd, maar dat is alleen mogelijk wanneer deze wetgeving meerdere interpretaties duldt.²⁰

Op nationaal niveau gold tot 1982 een soortgelijke situatie. Rond de vijftiger jaren vaardigden diverse provincies een eigen *Bill of Rights* uit. Een federale variant zag in 1960 het licht.²¹ Geen van deze wetten genoot een hogere status dan overige wetgeving. De rechtspraak kende hen wel een bescheiden vorm van voorrang toe op basis van *common law presumptions*, maar over het algemeen wordt de jurisprudentie onder de *Bills of Rights* als relatief timide aangemerkt.²² Vanaf de zeventiger jaren groeide daarom de behoefte aan een robuuster wet. Met het afscheid van de Britten in 1982 is die wet er ook gekomen. In de wet waarmee Canada verantwoordelijkheid voor de eigen constitutie opeiste, werd een grondrechtencatalogus opgenomen die een uiterst belangrijke rol zou gaan spelen in rechtspraak en politiek. Op dat *Charter of Rights and Freedoms* ga ik nu iets dieper in.

10.2.4 ... naar het *Charter of Rights and Freedoms*

Het Charter maakt, zoals gezegd, deel uit van de *Constitution Act* 1982. Het garandeert onder meer de geloofs-, uitings-, vergader- en verenigingsvrijheid

mensenrechten op het Amerikaanse continent. De regering zag echter strijd tussen de eigen opvattingen over abortus en het, in de Conventie opgenomen, recht op leven, dat ook de ongeboren vrucht beschermt. Vgl. de beantwoording van parlementaire vragen door de minister van Buitenlandse Zaken in 1999 (*Hansard* [Can.], No. 220 [3 mei 1999], p. 1520); rapport van de parlementaire Standing Committee on Human Rights, *Enhancing Canada's Role in the OAS: Canadian Adherence to the American Convention on Human Rights* (mei 2003), te vinden op de website van het parlement van Canada: www.parl.gc.ca.

18 Zo bijv. Roach 2005, p. 555.

19 Vgl. het rapport van de parlementaire Standing Committee on Human Rights, *Implementing Canada's Human Rights Obligations*, december 2001, nr. 2 (b) (ii), te raadplegen via www.parl.gc.ca.

20 De Canadese rechter vaart een relatief restrictieve koers waar het *reading down* en *reading in* betreft. Ik ga daar hierna, i.h.k.v. de bespreking van de constitutionele remedies nog uitvoeriger op in.

21 De federale *Bill of Rights* is nog altijd van kracht. Ze staat wel in de schaduw van het, nog te bespreken, *Charter of Rights and Freedoms*. Nu zij enkele grondrechten bevat die in het *Charter* niet zijn geregeld, heeft ze wel aanvullende werking.

22 Vgl. SCC 20 november 1969 [1970] SCR 282 (*The Queen v. Drybones*); Hogg 2007-II, p. 28.

(artikel 2), kiesrecht voor de federale organen (artikelen 3-5) en een – gelet op het federale karakter van de Canadese staat – relatief uitgebreid stelsel van mobiliteitsrechten (artikel 6). Het *Charter* regelt verder specifieke rechten met betrekking tot strafvervolgning en vrijheidsbeneming (artikelen 7-14). In artikel 15 is het gelijkheidsbeginsel opgenomen. Dat artikel regelt zowel het recht niet gediscrimineerd te worden, als het recht om in gelijke mate behandeld te worden met betrekking tot overheidsmaatregelen (*'equal benefit of the law'*). Positieve discriminatie wordt in lid 2 uitdrukkelijk toegestaan. De artikelen 16 tot en met 23 regelen tot slot de diverse specifieke taal- en onderwijsrechten van de verschillende minderheden in Canada.

Het Charter heeft drie belangrijke kenmerken. Dat is in de eerste plaats artikel 1, dat expliciteert dat geen van de rechten absoluut is. Beperkingen zijn toegestaan mits *'reasonable and demonstrably justified in a democratic society'*. Van belang is, ten tweede, dat het Charter deel uitmaakt van de *Constitution Act* 1982 en deelt in de voorrang die deze wet heeft boven andere wetgeving. Artikel 52 CA 1982 luidt:

‘The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect’.

Met name deze voorrang van het Charter was een heet hangijzer in de onderhandelingen tussen de federale regering en de provincies. Sommige van die provincies verzetten zich hevig tegen de, in hun ogen, blanco cheque die daarmee aan de rechter werd uitgeschreven.²³ Het kabinet heeft hen uiteindelijk wel aan boord gekregen. Allemaal? Nee, een kleine Franstalige enclave, Quebec, bleef moedig weerstand bieden. Wat voor de rest de doorslag gaf, was de introductie, in een betrekkelijk laat stadium van de onderhandelingen, van artikel 33 Charter, de zogenaamde *Notwithstanding Clause*. Deze bepaling geeft de federale en de provinciale wetgevers de bevoegdheid om bij gewone meerderheid te bepalen dat wetgeving gedurende vijf jaar geldig en toe te

23 Het ging met name om Quebec, Manitoba, Saskatchewan en Alberta. De bezorgdheid van de provincies lijkt met name ingegeven door de wijze waarop het Amerikaanse Supreme Court zich in die periode manifesteerde. Bovendien lag de voormalige hoogste rechter, de *Privy Council*, nog sterk in het geheugen. Die had zich in de jaren twintig en dertig van de vorige eeuw tegen socialezekerheidswetgeving gekeerd en daarvoor het instrument van de federale toetsing op zodanig grote schaal gebruikt dat Canada de rechtsmacht van de *Privy Council* had opgezegd ten gunste van het eigen Supreme Court. Een *Court Packing Plan à la Canadienne* dus, waarbij wél werd doorgebeten. Zie Roach 2001, p. 39-46.

passen is *niettegenstaande* (mogelijke) strijd met het Charter.²⁴ Die termijn kan na vijf jaar worden verlengd. De verklaring van het parlement dat van de clause gebruik wordt gemaakt moet expliciet zijn en bij gewone meerderheid worden genomen maar is verder vormvrij. In §10.5 ga ik nader op het gebruik en de werking van deze bevoegdheid in.

10.2.5 Resumerend

In deze paragraaf is een beeld geschetst van het object en de maatstaf van de toetsing, en de actoren die haar vormgeven. Het zal in dit hoofdstuk primair gaan om de toetsing van formele wetgeving afkomstig van het federale parlement in Ottawa en de wetgevers in de provinciale hoofdsteden. Zij wordt verricht door de rechtspraak in brede zin. Vrijwel elke rechter in Canada is gerechtigd, verplicht zelfs, tot toetsing van wetgeving. Ik ga voornamelijk in op de rechtspraak van het Supreme Court. Het kan worden bereikt door, mits verlot is verkregen, hoger beroep in te stellen tegen beslissingen van lagere rechters. Het Hof kan voorts door de federale regering, en indirect door de provinciale regeringen, om advies worden gevraagd in een zogenaamde *reference procedure*. Het Hof toetst wetgeving van oudsher aan de voorgeschreven federale verhoudingen. Sinds 1982 toetst het ook aan de grondrechten, opgenomen in het Charter of Rights and Freedoms. Dit Charter maakt deel uit van, wat artikel 52 lid 2 CA 1982 aanmerkt als, '*the Constitution of Canada*': een verzameling wetten van constitutionele orde. Het Charter is zelf van hogere orde en kent zowel een gekwalificeerde wijzigingsprocedure als een voorrangsbepaling. Wetgeving die onverenigbaar is met het Charter is van rechtswege onverbindend. Om de daaruit voortvloeiende sterke positie van de rechterlijke macht te temperen, introduceert artikel 33 Charter een mechanisme om parlementaire soevereiniteit te herstellen. Op de gevolgen van deze bepaling ga ik nog in. Eerst zie ik de constitutionele remedies waarmee de Canadese rechter de voorrang van het Charter effectueert.

10.3 CONSTITUTIONELE REMEDIES IN ENGE ZIN

In deel I beschreef ik, voor het Nederlandse recht, twee varianten van remedies waarmee voorrang kan worden geëffectueerd; constitutionele remedies in enge zin en procesrechtelijke remedies. Die tweedeling is ook hier te maken. De Canadese constitutie voorziet in twee manieren om een inconstitutionele situatie te beëindigen. De eerste heeft specifiek betrekking op normconflicten

24 Niet alle bepalingen vallen onder deze zgn. *override*: Het kiesrecht (artikel 3), de bewegingsvrijheid (artikel 6) en de bepalingen omtrent tweetaligheid van de werking van artikel 33 zijn o.m. uitgezonderd.

en is vastgelegd in artikel 52 CA 1982, dat de voorrang van ‘de constitutie’ boven andere wetgeving regelt. Daarnaast kent artikel 24 van het Charter de rechter de bevoegdheid toe om gedupeerden van een grondrechtenschending een remedie te bieden die hem passend lijkt. Deze bepaling biedt een grondslag voor een schadevergoeding of een rechterlijk bevel tot een handelen of nalaten. In deze paragraaf bespreek ik de constitutionele remedies in enge zin, waaronder de remedie van artikel 52. Op de procesrechtelijke remedies onder artikel 24 Charter ga ik in de volgende paragraaf in.

10.3.1 De hoofdregel: onverbindendheid

Is wetgeving in strijd met normen van constitutionele rang, dan is zij, zo verklaart artikel 52 van de Constitution Act 1982, onverbindend. Het remediërende karakter van deze bepaling zit hem er in dat de rechter hier wordt opgedragen het geschil te beslechten met voorbijgaan aan de aangevochten wetgeving.²⁵ Het SCC suggereert in dat verband zelfs regelmatig dat zo’n inconstitutioneel voorschrift nietig, *null and void*, is. In 2008 overweegt *Chief Justice McLachlin* bijvoorbeeld:

‘In either case, the remedy is a s. 52 remedy that renders the unconstitutional provision of no force or effect to the extent of its inconsistency. To the extent that the law is unconstitutional, it is not merely inapplicable for the purposes of the case at hand. It is null and void, and is effectively removed from the statute books.’²⁶

Niet lang geleden, gebruikte Sillen een lakmoesproef om te beoordelen of een voorschrift, strikt genomen, nietig kan worden genoemd.²⁷ Beslissend was, of het voorschrift kan herleven wanneer de onrechtmatigheid ophoudt te bestaan. Ik laat de kwestie rusten of de Canadese versie van ‘*null and void*’ aan dat criterium voldoet. Zij is voor dit onderzoek wat minder relevant. Ik neem de terminologie van het Hof hier over en spreek, dit *caveat* indachtig, soms van nietigheid. In dat verband zie ik de grondslag van deze nietigheid eerst wat uitgebreider. Vervolgens ga ik in op enkele aspecten ervan, zoals de rechtsgevolgen en de mogelijkheid van splitsing.

10.3.1.1 Grondslag voor en na 1982

Zoals gezegd vloeit de onverbindendheid van wetgeving tegenwoordig voort uit artikel 52 van de Constitution Act. Die grondslag is er echter pas sinds

25 Hogg 2007-II, p. 178.

26 SCC 29 februari 2008, [2008] 1 SCR 96 (*R. v. Ferguson*), r.o. 65.

27 Sillen 2010, p. 144.

1982, terwijl de rechter wetgeving ook al ver daarvoor aanmerkte als onverbindend. Het instituut is van oudsher onlosmakelijk verbonden met de Canadese toetsingspraktijk.²⁸ Net als dat in Duitsland het geval is, wordt haar grondslag traditioneel gezocht in het feit dat een constitutionele norm in wezen niet geldig tot stand is gekomen en daarmee dus ook de gelding van wet ontbeert. Het uitvaardigen van een norm in strijd met hoger recht is per definitie *ultra vires* en daarom onverbindend. Al in de negentiende eeuw zag de hoogste koloniale rechter, de *Privy Council*, het zo.²⁹ In de rechtspraak van de *Privy Council*, en later die van het SCC, kwam onverbindendheid voornamelijk aan de orde in het kader van verticale machtscheidingskwesties voortvloeiend uit Canada's federale structuur.³⁰ De geldigheid van wetgeving betrof dus vrijwel steeds bevoegdheidskwesties. De materie, dichotoom van aard als zij was, leende zich voor het uitspreken van de onverbindendheid van een wet. De rol van de rechter was, de constitutionele grenzen met betrekking tot de wetgevende bevoegdheid van de provincies en de federatie af te bakenen en te bewaken.³¹ Overschreed een wetgever zijn bevoegdheid, dan constateerde de rechter het ontbreken van de bevoegdheid. De onverbindendheid van de regeling volgde daar vanzelf uit. De toepassing van de regeling in het individuele geval was doorgaans niet van belang; elke toepassing was immers onverenigbaar met het grondwettelijk stelsel want zonder rechtsbasis. De wet was *void ab initio*.³²

Zoals reeds in de voorgaande paragraaf aan de orde kwam, heeft het feit dat de toetsing in federale geschillen doorgaans sterk procedureel van aard is, er niet aan in de weg gestaan dat ook voor de invoering van het Charter op indirecte wijze aan fundamentele rechten werd getoetst.³³ Hoewel er dus zeker ook voor de constitutionele hervorming van 1982 sprake was van inhoudelijke toetsing, bleef die steeds gebaseerd op de notie van *ultra vires*. Daarbij paste een voorkeur voor het vaststellen van de onverbindendheid als primaire remedie. Elke andere uitspraakvariant voor 1982 werd beschouwd als een inbreuk op de prerogatieven van de wetgever.³⁴ Rechterlijke maatregelen die minder vergaand waren dan het uitspreken van de onverbindendheid van een regeling (zoals conforme interpretatie of toetsing *as applied*, het onrechtmatig verklaren van toepassingen) brachten immers keuzes met zich ten aanzien van de vraag welke gedeelten van de wet dan wel of niet gelding kon

28 Hogg 2007-II, p. 745. Zie overigens ook reeds de *Colonial Laws Validity Act* 1865, die een soortgelijke voorrangbepaling bevatte.

29 Vgl. o.a. PC 21 januari 1882 [1882] UKPC 4 (*The Temporalities Case*), per Lord Watson. Nader: Wheare 1960, p. 67-68; Siebrasse 1993.

30 Vgl. bijv. Rogerson 1987, p. 245-253; Hogg 2007-II, p. 31.

31 Vgl. SCC 5 oktober 1976 [1977] 2 SCR 776 (*Amax Potash Ltd. v. Saskatchewan*), p. 590.

32 Vgl. Rogerson 1987, p. 271. Tevens Choudhry & Roach 2003, p. 211-212.

33 Zie daaromtrent Hogg 2007-II, p. 9-10.

34 Zie voor een analyse daaromtrent Rogerson 1987, p. 250-251.

worden ontzegd. Zulke keuzes werden onverenigbaar met de rechterlijke taak beschouwd.³⁵

Daarmee is overigens niet gezegd dat er zich voor 1982 geen alternatieve uitspraakvarianten hebben voorgedaan. Van een beperkte vorm van conforme interpretatie (*reading down*), splitsing, en het incidenteel buiten toepassing laten van een conflictueuze bepaling (*paramountcy*) was op zeer beperkte schaal sprake.³⁶ Dat neemt echter niet weg dat (algehele) onverbindendheid tot de invoering van de *Constitution Act* 1982, waarvan het Charter deel uitmaakte, evident de norm was. Hoewel de rechtspraak zich, zoals wij nog zullen zien, na die tijd sterk heeft ontwikkeld, zijn daarvan ook nu nog sporen te zien. Daarvan getuigt het feit dat onverbindendheid, hoezeer de verschillende nog te bespreken alternatieven ook zijn ingeburgerd, nog altijd door het SCC wordt beschouwd als de meest 'veilige' remedie. Simpler gezegd: weet het hof het echt niet meer, dan valt het 'veilig' terug op het uitspreken van de onverbindendheid van het voorschrift.

Zoals gezegd is de grondslag voor onverbindendheid tegenwoordig in artikel 52, eerste lid CA 1982 terug te vinden. Deze bepaling, ook wel de *supremacy clause* genoemd, luidt als volgt:

'The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect'.

De bepaling heeft een absoluut toepassingsbereik. Elke rechter, van de lagere *trial courts* tot het federale *Supreme Court of Canada* en van de civiele rechter tot de *administrative tribunals*, heeft de bevoegdheid en plicht om de voorrang van de *Constitution Act* 1982 te effectueren.³⁷ Het maakt daarbij niet uit in wat voor procedure een beroep wordt gedaan op de *supremacy clause*.³⁸ Anders dan het geval is bij artikel 24 Charter, dat de grondslag voor bijzondere procesrechtelijke remedies biedt, ziet artikel 52 niet uitsluitend op de toetsing aan de grondrechten van het Charter. Haar reikwijdte strekt zich uit over de gehele '*Constitution of Canada*'. Zoals gezegd wordt die door het tweede lid van artikel 52 gedefinieerd als, ruwweg, de *Constitution Acts* 1867 en 1982. Artikel 52 is bovendien objectiefrechtelijk geformuleerd. Het richt zich niet uitsluitend tot de rechter, hetgeen met zich brengt dat ook van de wetgever en het bestuur een rechtmatigheidstoets wordt verlangd. Tot slot laat artikel 52 lid 1 de rechter, anders dan de remediebepaling van artikel 24 Charter, geen discretionaire vrijheid. Wanneer de voorliggende wettelijke bepaling volgens de rechter

35 *Ibid.*

36 Vgl. Rogerson 1987, p. 246-247.

37 Vgl. Hogg 2007, p. 176-177.

38 *Ibid.*

in strijd komt met de constitutie, dan dient zij buiten toepassing gelaten te worden. Zoals wij nog zullen zien wordt intussen de soep minder heet gegeten dan hij wordt opgediend.

10.3.1.2 De rechtsgevolgen: retrospectieve werking

Net zoals het geval is in Duitsland, wij zagen dat reeds, is het uitgangspunt dat aan artikel 52 lid 1 CA 1982 ten grondslag ligt, dat constitutionele wetgeving *void ab initio* is.³⁹ De geldigheid van de regeling ontbreekt dus vanaf het moment waarop de wet constitutioneel werd en niet vanaf het moment waarop het probleem door de rechter wordt vastgesteld. De rechter vernietigt de regeling in kwestie niet, doch beperkt zich enkel tot het – declaratoir – vaststellen van de onverenigbaarheid en daarmee de automatische ongeldigheid van de problematische norm.⁴⁰ In de woorden van het Supreme Court:

“This Court has applied in many cases the “declaratory approach” to constitutional remedies, which implies that s. 52(1) remedies (...) are deemed to be fully retroactive because the legislature never had the authority to enact an unconstitutional law. In the words of Professor Hogg, a declaration of constitutional invalidity “involves the nullification of the law from the outset” (...). If the law was invalid from the outset, then any government action taken pursuant to that law is also invalid, and consequently, those affected by it have a right to redress which reaches back into the past’.⁴¹

Zuiver theoretisch ‘vormt’ de rechter met het uitspreken van een onverbindendheidsoordeel dan ook geen recht. De Canadese rechtspraak huldigt traditioneel de opvatting van de achttiende eeuwse auteur Blackstone dat ‘judges do not create law but merely discover it’.⁴² Anders dan bijvoorbeeld in de Verenigde Staten wel het geval is geweest, achtte de Canadese rechter zich nooit competent om een norm uitsluitend haar toekomstige geldigheid te ontnemen. Wel werd op dat uitgangspunt in 2007 een principiële nuance aangebracht.⁴³ In *Canada v. Hislop* betoogden rechters LeBel en Rothstein

39 Vgl. Rogerson 1987, p. 271. Tevens Choudhry & Roach 2003, p. 211-212.

40 SCC 3 oktober 2003 [2003] 2 SCR 504 (*Nova Scotia Workers Compensation Board v. Martin*).

41 SCC 1 maart 2007 [2007] 1 SCR 429 (*Canada v. Hislop*), per LeBel & Rothstein JJ, r.o. 83.

42 *Ibid*, r.o. 84. Zie Blackstone 1765, p. 69-70.

43 SCC 1 maart 2007 [2007] 1 SCR 429 (*Canada v. Hislop*). Voor interpretatie van wetgeving in het licht van de *common law* en de grondrechten van het Charter bestond er voor 2007 overigens al een beperkte praktijk van het Hof om wetgever en bestuur een korte overgangs-

namens de meerderheid dat de klassieke '*Blackstonian declaratory approach*' in de moderne tijd een fictie is geworden.⁴⁴

'Blackstone's declaratory approach has not remained unchallenged in modern law. Commentators and courts have pointed out that judges fulfill a legitimate law-making function. (...) These critics argue that Blackstone's view is a fiction (...). They say such a fiction should not be turned into an ironclad principle.

However, this acknowledgement does not require abandoning Blackstone's declaratory approach altogether. (...) In instances where courts apply pre-existing legal doctrine to a new set of facts, Blackstone's declaratory approach remains appropriate and remedies are necessarily retroactive. (...) There is, however, an important difference between saying that judicial decisions are generally retroactive and that they are necessarily retroactive. When the law changes through judicial intervention, courts operate outside of the Blackstonian paradigm. In those situations, it may be appropriate for the court to issue a prospective rather than a retroactive remedy. The question then becomes what kind of change and which conditions will justify the crafting of judicial prospective remedies'.⁴⁵

Het SCC verlaat, tenminste volgens zichzelf, het principe van Blackstone dus niet, maar aanvaardt daarop wel een uitzondering voor het geval 'new law' wordt ontwikkeld. Een belangrijke voorwaarde voor het aannemen van een dergelijke uitzondering is dat het hof 'new Law' ontwikkelt binnen de kneedbare kaders van het Charter. Het gaat dan overigens niet om een relatief onbeduidende wijziging, maar om een *substantial change* van rechterlijke makelij. Bij de beslissing om de terugwerkende kracht van de onverbindendverklaring te beperken, speelt bovendien een aantal andere factoren een rol zoals de aanwezigheid van gerechtvaardigd vertrouwen ('*good faith reliance*') aan de kant van de overheid, de gevolgen van beperking voor de klager in kwestie ('*fairness to the litigants*') en de vraag of het hof door de terugwerkende kracht van zijn uitspraak te beperken geen inbreuk maakt op de constitutionele positie van wetgever en bestuur.

De uitspraak van de meerderheid in *Hislop* ging vergezeld van een kritische (en overtuigende) *concurring opinion* van rechter Bastarache. Uitgangspunt van de kritiek van Bastarache vormt nu juist de, hier centraal staande, vaststelling dat het niet de rechter is die het rechtsgevolg van de onverbindendverklaring heeft te bepalen, maar artikel 52 van de Constitution Act zélf. Hij wijst er op dat terugwerkende kracht van de onverbindendverklaring steeds de norm

periode te gunnen. Choudhry en Roach merken deze lijn aan als een beperkte vorm van *prospective overruling* (vgl. Choudhry & Roach 2003, p. 214-225). Zie bijv. SCC 1 februari 1990 [1990] 1 SCR 190 (*R. v. Brydges*), en SCC 22 mei 1997 [1997] 2 SCR 13, resp. 21 november 1997 [1997] 3 SCR 1008 (*R. v. Feeney*). Nietigheid van wetgeving was in deze gevallen echter niet aan de orde.

44 *Canada v. Hislop*, §83 (*per* LeBel, Rothstein JJ's).

45 *Ibid.*, §85-86.

is geweest in de constitutionele geschiedenis van Canada.⁴⁶ Het feit dat het SCC, zoals wij hierna nog zullen zien, er zeer regelmatig toe overgaat zijn onverbindendverklaring op termijn uit te spreken, doet daar in de ogen van Bastarache niet vanaf. Hij wijst er op dat er een verschil zit tussen het opschorten van een, overigens terugwerkende, nietigverklaring, en het uitspreken van een onverbindendheidsoordeel met uitsluitend toekomstige gevolgen. Treedt immers de nietigverklaring in werking, dan werken de gevolgen ervan onmiddellijk door tot het intreden van de inconstitutionaliteit van de wet. De benadering van de meerderheid miskent, aldus Bastarache, het onderscheid tussen *change of constitutional interpretation* en *actual constitutional change*. Dat laatste is een kwestie voor de constitutionele wetgever. Dat *prospective overruling* in de huidige tijd noodzaak is, bestrijdt Bastarache niet, maar hij benadrukt dat met een dergelijke remedie uiterst terughoudend moet worden omgesprongen, al was het maar omdat het belang van de klager doorgaans met zuiver toekomstige remedies niet gediend is. Uitsluitend wanneer zeer zwaarwegende belangen van derden of van de gemeenschap in het spel zijn, is een beperking van de terugwerkende kracht van de uitspraak te overwegen, maar zo lijkt Bastarache te suggereren, enkel tijdelijk in de vorm van opschorting van de nietigverklaring of het afkondigen van een overgangstermijn ('*transitional period*').⁴⁷

Ondanks het feit dat de opinie van Bastarache beter lijkt te passen in de Canadese rechtstraditie en genuanceerder van aard is, lijkt de les van *Hislop* te moeten zijn dat het eeuwenoude uitgangspunt van de Canadese toetsingspraktijk, namelijk dat het nietigheidsoordeel van de rechter enkel declaratoire kracht heeft, in elk geval gedeeltelijk door het SCC is verlaten.

10.3.1.3 Methoden ter beperking van de nadelige gevolgen

Nietigheid van de wettelijke regeling brengt voorts met zich dat zowel het bestuur als de burger niet meer aan de norm zijn gebonden, ook als zij nog slechts door een lagere rechter werd vastgesteld. Wel bestaat dan uiteraard nog altijd de mogelijkheid dat die vaststelling in hoger beroep geen stand zal houden. Gebeurt dat, dan is uiteraard de regeling steeds constitutioneel geweest. Gaat het echter om een strafrechtelijk te handhaven norm, dan is het onwaarschijnlijk dat overtreding van de, tijdelijk nietig verklaarde, norm succesvol vervolgd wordt. Het beginsel dat men niet wordt vervolgd wegens het plegen van feiten die met terugwerkende kracht strafbaar zijn gesteld verzet zich daartegen.⁴⁸ Een enkele keer is het SCC overigens wel bereid om

46 *Canada v. Hislop*, per Bastarache J, §138-157.

47 Per Bastarache J, §158-159.

48 Vgl. Hogg 2007, p. 747.

de uitspraak van de lagere rechter bij wijze van voorlopige voorziening te schorsen totdat inzake de grondwettigheidskwestie in hoger beroep ten gronde is beslist, maar doorgaans is het daar niet toe geneigd.⁴⁹ Voordat de wet onverbindend wordt verklaard pleegt het SCC namelijk uit te gaan van de presumptie dat de wet een te beschermen publiek belang dient en dat het algemeen belang er dus bij gebaat is wanneer de wet zo lang mogelijk van kracht blijft.⁵⁰ Een vordering van appellanten tot het tijdelijk buiten werking stellen van de regeling is dan ook zelden kansrijk. Deze presumptie wordt uiteraard losgelaten wanneer de wet inmiddels door de lagere rechter onverbindend is verklaard: dan doet zich de omgekeerde situatie voor dat in beginsel *niet* wordt aangenomen dat de regeling een te beschermen belang heeft gediend.⁵¹ Een vordering van de Kroon tot opschorting van de onverbindend-verklaring is dan weliswaar mogelijk, maar eveneens zelden succesvol.

Een gevolg van nietigheid van wetgeving kan voorts zijn dat de toepassing van de wettelijke regeling door het bestuur in het verleden, niet meer door de regeling wordt gedekt. In beginsel is daarmee de onrechtmatigheid van het bestuurshandelen, zowel van de overheidsrechtspersoon als van de handelende natuurlijke persoon, gegeven. Een bijzondere exceptie voor overheidsdienaren of de Kroon die in het kader van hun – vermeende – wettelijke taak handelen kent het Canadese aansprakelijkheidsrecht niet.⁵² Deze vrij hardvochtige lijn jegens de overheid en zijn ambtsdragers, geldt overigens niet onverkort voor derden. De gerechtvaardigde verwachtingen van hen die op de toepassing van de wettelijke regeling door het bestuur hebben vertrouwd worden beschermd door de zogenaamde *de facto officer* doctrine.⁵³ Deze doctrine kwam oorspronkelijk tot ontwikkeling ten behoeve van burgers die redelijkerwijs, maar achteraf ten onrechte, hadden aangenomen te maken te hebben met een bevoegde overheidsfunctionaris. Bleek achteraf dat er iets mis was met de aanstelling van de overheidsfunctionaris in kwestie, dan schreef het SCC diens handelen aan de bevoegde overheid toe. De doctrine werd in 1910 op een gezaghebbende, en daarom regelmatig door het hof geciteerde wijze omschreven:

‘The *de facto* doctrine is a rule or principle of law which, in the first place, justifies the recognition of the authority of governments (...); secondly, which recognizes

49 Met voorlopige voorzieningen die de werking van wettelijke regelingen betreffen is het SCC sowieso terughoudend. Vgl. bijv. SCC 3 maart 1994 [1994] 1 SCR 311 (*RJR-MacDonald v. Canada I*), en SCC 10 november 2000 [2000] 2 SCR 764 (*Harper v. Canada I*). Wel schortte het hof de werking van een uitspraak van het federale Court of Appeal, bij wijze van uitzondering, op in SCC 25 mei 1995 [1995] 2 SCR 627 (*Thibault v. Canada*).

50 Vgl. o.m. *Harper v. Canada* (zie vorige voetnoot), per McLachlin CJ, §9.

51 Zie Hogg 2007, p. 750.

52 Vgl. SCC 13 juni 1985 [1985] 1 SCR 721 (*Re Manitoba Language Rights*), §76 e.v.

53 Hogg 2007, p. 756-757.

the existence of, and protects from collateral attack, public or private bodies corporate, which, though irregularly or illegally organized, yet, under color of law, openly exercise the powers and functions of regularly created bodies; and, thirdly, which imparts validity to the official acts of persons who, under color of right or authority, hold office under the aforementioned governments or bodies, or exercise lawfully existing offices of whatever nature, in which the public or third persons are interested, where the performance of such official acts is for the benefit of the public or third persons, and not for their own personal advantage (...). Again, the doctrine is necessary to maintain the supremacy of the law and to preserve peace and order in the community at large, since any other rule would lead to such uncertainty and confusion, as to break up the order and quiet of all civil administration. Indeed, if any individual or body of individuals were permitted, at his or their pleasure, to challenge the authority of and refuse obedience to the government of the state and the numerous functionaries through whom it exercises its various powers, or refuse to recognize municipal bodies and their officers, on the ground of irregular existence or defective titles, insubordination and disorder of the worst kind would be encouraged, which might at any time culminate in anarchy'.⁵⁴

De *de facto officer* doctrine beschermde aanvankelijk slechts tegen hiaten in de benoeming van de overheidsfunctionaris en niet tegen bevoegdheidsgebreken van correct benoemde ambtsdragers.⁵⁵ Niettemin toonde het SCC zich in *Manitoba Language Rights* bereid om de doctrine wat op te rekken teneinde ook bevoegdheidskwesties te dekken.⁵⁶ De doctrine beschermt overigens niet het overheidsorgaan zelf, maar enkel derden die niet de mogelijkheid hebben gehad zich te vergewissen van de rechtmatigheid van het overheidsoptreden.

Een andere manier waarop de nadelige gevolgen van de nietigverklaring enigszins beperkt worden, is de doctrine van *res judicata*, inhoudend dat een rechterlijke uitspraak waartegen geen rechtsmiddelen meer open staan bindende kracht heeft verkregen hetgeen in de weg staat aan nieuwe procedures omtrent hetzelfde onderwerp.

De doctrine van *res judicata* is met name in de sfeer van het strafrecht van belang geweest. In verschillende zaken deed zich de vraag voor of verdachten die waren veroordeeld op basis van wetgeving die achteraf inconstitutioneel bleek te zijn, alsnog hun detentie aan konden vechten. Daartoe waren verschillende rechtsmiddelen denkbaar. Wanneer niet de volledige rechtsgang is doorlopen, dan is denkbaar dat de veroordeelde alsnog hoger beroep instelt. Hij of zij zal dan doorgaans wel geconfronteerd worden met het feit dat inmiddels de beroepstermijn is verstreken. In *R. v. Thomas*, een zaak uit 1990,

54 Constantineau 1910, p. 3-4, geciteerd door o.m. SCC 13 juni 1985 [1985] 1 SCR 721 (*Re Manitoba Language Rights*), §76.

55 Vgl. Hogg 2007, p. 757.

56 SCC 13 juni 1985 [1985] 1 SCR 721 (*Re Manitoba Language Rights*), §79.

betoogde de veroordeelde appellant in dat verband dat zijn termijnoverschrijding verschoonbaar moest worden geacht omdat hij immers destijds niet had kunnen weten dat de wetgeving op basis waarvan hij was veroordeeld, constitutioneel was.⁵⁷ Het Supreme Court accepteerde dit verweer niet. Een verschoonbare termijnoverschrijding was aan de orde zolang de verdachte nog 'in the judicial system' was. Daarvan was in dit geval geen sprake. Weliswaar gold dat voor geen enkele appellant die zijn termijn had overschreden, maar – zo meende het hof – een uitzondering lag alleen voor de hand wanneer de verdachte reeds voor het verstrijken van de termijn de intentie had gehad om in hoger beroep te gaan.⁵⁸ De doctrine van *res judicata* speelde in deze zaak als zodanig geen rol, maar zou tot een vergelijkbare rol hebben geleid, zo concludeert Hogg in zijn standaardwerk over het Canadese constitutionele recht, wanneer de detentie bijvoorbeeld was aangevochten in het kader van een beroep op *habeas corpus* of wanneer schadevergoeding zou worden gevorderd wegens onrechtmatige detentie.⁵⁹

10.3.1.4 Resumerend

Wanneer een wettelijke regeling in strijd wordt verklaard met het Charter, dan is – conform de Canadese rechtstraditie en artikel 52 lid 1 CA 1982, de regeling nietig. Dat betekent in beginsel dat de wet van rechtswege haar geldigheid verliest vanaf het moment dat de strijd met de hogere regeling is ingetreden. Is de wet van latere datum dan het Charter, dan betekent dit dat de wet vanaf de inwerkingtreding verbindende kracht ontbeert. Sinds 2007 erkent het SCC expliciet dat het de mogelijkheid heeft om de retrospectieve gevolgen van de eigen nietigverklaring te beperken. *Prospective overruling* behoort daarmee tot de mogelijkheden, zij het dat dit instrument, gelet op het omstreden karakter ervan, vermoedelijk zeer terughoudend zal worden gebruikt. Daarbij speelt mee dat, zoals hierna nog aan de orde komt, de Canadese rechter doorgaans enkele minder vergaande alternatieven tot zijn beschikking heeft.

Wordt de nietigheid van de wettelijke regeling niet in tijd beperkt, dan heeft deze tot gevolg dat het recht door de rechter dient te worden toegepast als bestond de aangevochten regeling in het geheel niet. Dat betekent dat de weg vrij is gemaakt voor de rechter om de klager in kwestie die zich op het Charter heeft beroepen in beginsel rechtsherstel te kunnen verlenen. Het betekent echter ook dat de rechtsbasis voor de toepassing van de regeling in het verleden door rechter en bestuur plotseling is weggevallen. Het SCC probeert de gevolgen daarvan op procedurele wijze te beperken, bijvoorbeeld door middel van de *de facto officer* doctrine en de doctrine van *res judicata*. Deze

57 SCC 5 april 1990 [1990] 1 SCR 713 (R. v. Thomas).

58 *Ibid.*, per Sopinka J.

59 Hogg 2007, p. 756.

doctrines hebben echter een beperkte reikwijdte en verhinderden daarom het SCC niet om op zoek te gaan naar nieuwe remedies die de pijn van de algehele nietigheid enigszins zouden kunnen wegnemen. Het hof kwam met verschillende oplossingen: we lopen ze nu langs.

10.3.2 Opschorten van nietigheid (*suspended invalidity*)

Een van de meest gebruikte manieren van het hof om de nadelige gevolgen van de nietigverklaring te beperken betreft de uitgestelde nietigverklaring. Het hof merkt dan de wettelijke regeling weliswaar aan als nietig, maar schort de werking van die uitspraak op teneinde de wetgever de gelegenheid te geven voor reparatiewetgeving te zorgen. De uitgestelde nietigverklaring is in de loop der jaren uitgegroeid tot een prominent kenmerk van de constitutionele toetsingspraktijk onder het Canadese Charter. Het SCC heeft haar ontwikkeld van een instrument dat uitsluitend bedoeld is om ernstige consequenties van de nietigverklaring te vermijden, tot een instrument waarmee de constitutionele dialoog met de wetgever kan worden gefaciliteerd. Met behoud van een rudimentaire stok achter de deur ten behoeve van de rechtsbescherming van de appellant, geeft het hof de wetgever, nadat hij een wettelijke regeling onverenigbaar met het Charter heeft verklaard, zo veel mogelijk de ruimte om voor het rechtsherstel zorg te dragen. Na een korte schets van de ontstaansgeschiedenis van de *suspended declaration of invalidity* staat hierna de vraag centraal of dit instrument de beloften waar heeft gemaakt, en of de positie van succesvolle klagers met de gegroeide rol van de wetgever in het correctieproces niet onder druk is komen te staan.

10.3.2.1 De Manitoba Language Rights Reference en de rule of law

De eerste keer dat het *Supreme Court of Canada* de werking van een, door hem uitgesproken, nietigverklaring opschortte zullen er onder de staatsrechtgeleerden wel een paar wenkbrauwen zijn gefronst. Zoals in een latere uitspraak door *Chief Justice* Antonio Lamer ook weleens is erkend, betrof het – althans in die vroege jaren van het Charter – een omstreden en radicale zet van het hof.⁶⁰ Het was dan ook een unieke zaak, die het SCC er voor het eerst toe bracht om een wetgever de tijd te geven zich over de constitutionele kwestie te buigen: de datum was 13 juni 1985 en de zaak betrof een adviesaanvraag, een *reference*, van de federale regering over de *Manitoba Language Rights*.⁶¹

Het ging in de *Manitoba Language Rights Reference* om een gevoelige kwestie die zich al een lange tijd voortsleepte en al enkele jaren voor de uitspraak van het hof actueel was geworden. In 1870 was in de *Manitoba Act*, een wet van

60 SCC 9 juli 1992 [1992] 2 SCR 679 (*Schachter v. Canada*), per Lamer CJ.

61 SCC 13 juni 1985 [1985] 1 SCR 721 (*Re Manitoba Language Rights*).

constitutionele orde van de provincie Manitoba, een bepaling opgenomen die bepaalde dat wetgeving zowel in de Engelse, als in de Franse taal uitgevaardigd diende te worden, een weinig populaire regel in Manitoba want reeds in 1890 sprak het wetgevend orgaan van Manitoba in de *Official Language Act* uit dat wetgeving voortaan uitsluitend in het Engels zou worden vastgesteld. Daar kraaide lange tijd kennelijk niemand naar, maar in 1979 besloot het SCC in *Manitoba v. Forest* dat deze wet nietig was wegens strijd met de *Manitoba Act* van 1870.⁶² De geldigheid van wetgeving die na 1890 uitsluitend in het Engels was vastgesteld kwam in deze uitspraak niet aan de orde, maar het was een kwestie van tijd voordat het hof met die vraag zou worden geconfronteerd. Toen een zekere Roger Bilodeau zich wegens een snelheidsovertreding voor de rechter moest verantwoorden, beriep deze Franstalige zich op de nietigheid van de strafwet, die uitsluitend in het Engels was gesteld.⁶³ Nog voor deze zaak het Supreme Court bereikte, vroeg de federale regering in Ottawa het hof in een adviesprocedure over de kwestie te oordelen. Hogg meent dat de regering hier toe overging omdat men bang was dat de individuele zaak van Bilodeau anders in de weg zou staan aan een duidelijk antwoord van het hof.⁶⁴

Dat antwoord kwam, zoals gezegd, in 1985 en was bijzonder duidelijk. Het SCC herhaalde het, hiervoor besproken, uitgangspunt dat wetgeving die het in strijd met constitutionele normen verklaart, van rechtswege nietig is. Dat betekende dat alle wetgeving die in Manitoba vanaf 1890 was uitgevaardigd, nietig was. Problematisch was dat de overheid van Manitoba na de beslissing van het hof in *Forest* niet bepaald haast had gemaakt met de vertaling en de herinvoering van haar wetgeving. Sterker nog, ten tijde van de *Manitoba Language Reference* vaardigde zij haar wetgeving, in weerwil van *Forest*, nog altijd uitsluitend in het Engels uit. Het SCC werd daarmee voor de vraag gesteld hoe het juridische landschap er in Manitoba uit had te zien na de vaststelling van het hof. Niet alleen zou de herinvoering van de vertaalde wetgeving een lange tijd in beslag nemen – een periode waarin de provincie verstoken zou zijn van vrijwel al haar wetgeving – ook de regelmatige herinvoering van die wetgeving was problematisch. Sinds 1870 had het parlement van Manitoba een groot aantal organisatorische veranderingen ondergaan, en wel bij – uitsluitend Engelstalige – wet. Dat betekende volgens het hof dat weliswaar niet het bestaan van Manitoba's wetgever ter discussie stond, maar wel de samenstelling ervan.⁶⁵ Het was, kortom, de vraag of er in Manitoba nog wel een orgaan was dat in staat was aan de situatie van rechteloosheid iets te doen. Zelfs wijziging van de provinciale, of zelfs de federale, constitutie was niet aan de orde omdat ook hiervoor een correct samengestelde volksver-

62 SCC 13 december 1979 [1979] 2 SCR 1032 (*Manitoba v. Forest*).

63 SCC 1 mei 1986 [1986] 1 SCR 449 (*Bilodeau v. Manitoba*).

64 Hogg 2007, p. 764.

65 *Re Manitoba Language Rights*, §56-57.

tegenwoordiging vereist was. Weliswaar boden, hiervoor reeds kort aangestipte, mechanismen zoals *res judicata* en de *de facto* doctrine in sommige gevallen uitkomst, maar – zo overwoog het hof – lang niet in alle gevallen.⁶⁶

Het Supreme Court kwam er uiteindelijk uit door de werking van zijn nietigverklaring in de tijd uit te stellen. Als reden daarvoor voerde het aan dat handhaving van de *rule of law* in elk ander geval ondermijnd zou worden. De doctrine van *necessity*, kortweg inhoudend dat de bedoeling van de constitutionele wetgeving niet kan zijn dat het land tot chaos en anarchie vervalt, bood daarvoor inspiratie. *Necessity* legitimeert en wettigt overheidsoptreden dat anderszins onrechtmatig zou zijn wanneer sprake is van een noodsituatie.⁶⁷ Het hof verwees in dat kader uitvoerig naar uitspraken van rechters in andere *common law* jurisdicties, waar de doctrine in buitengewone omstandigheden waardevol was gebleken. Daarbij kwam een aantal criteria voor toepassing voor dit *ultimum remedium* bovendien: allereerst moest natuurlijk sprake zijn van *necessity in exceptional circumstances*, voorts mocht er geen andere remedie beschikbaar zijn, de maatregel in kwestie moest proportioneel zijn en een tijdelijk karakter dragen.⁶⁸ Problematisch was wel dat de doctrine doorgaans door het bestuur en de wetgever was gebruikt, en dat de rechter daarbij niet zozeer primair een rol had gespeeld, maar slechts een achteraf toetsende hoedanigheid had aangenomen. Het SCC gebruikte de doctrine van *necessity* dan ook niet in directe zin, maar baseerde de bevoegdheid om de werking van de nietigverklaring op te schorten rechtstreeks op de *rule of law*, zij het dat daarbij dezelfde – zojuist genoemde – criteria een rol speelden. Het hof had immers al vastgesteld dat sprake was van een uitzonderlijke en nijpende situatie waarvoor geen van de beschikbare doctrines een afdoende oplossing bood. Het hof overwoog vervolgens dat een tijdelijk voortduren van de geldigheid van alle wetgeving in Manitoba de enige zinvolle optie was die recht deed aan de *rule of law*.⁶⁹ Die eiste immers niet alleen handhaving van het constitutionele recht, maar ook dat er tenminste sprake was van een functionerende rechtsorde: twee elkaar tegensprekende aspecten van de *rule of law* derhalve. Nu de *rule of law* constitutionele status had en aan die constitutie zelfs ten grondslag lag – het hof verwees voor die claim naar de preambule van de Constitution Act 1982 – diende het overige constitutionele recht daarmee in overeenstemming te worden uitgelegd.⁷⁰

Aldus werd de *rule of law* tot de voornaamste rechtsbasis voor de bevoegdheid van het hof om de werking van zijn eigen nietigheidsoordeel op te schorten. Duidelijk was evenwel dat het hier ging om een zeer uitzonderlijk geval. De verwijzing en uitgebreide behandeling van de *doctrine on state*

⁶⁶ *Ibid.*, §75-82.

⁶⁷ *Ibid.*, §85-106.

⁶⁸ *Ibid.*, §95.

⁶⁹ *Ibid.*, §107.

⁷⁰ *Ibid.*, §63.

necessity impliceert dat reeds. Het viel dan ook niet te verwachten dat het instrument snel opnieuw zou worden gebruikt.

Die voorspelling kwam in elk geval niet uit, al was het maar omdat Manitoba kennelijk niet de enige provincie was die met een dergelijk taalprobleem in de wetgeving te kampen had. Soortgelijke kwesties deden zich voor in de provincies Saskatchewan en Alberta. Het SCC werd daarom nog zeker twee keer met dezelfde kwestie geconfronteerd en het koos in beide gevallen voor dezelfde oplossing.⁷¹ In *Sinclair v. Quebec* (1992) werd het hof bovendien geconfronteerd met de omgekeerde situatie, namelijk dat de provincie Quebec een wet nu juist uitsluitend in het Frans had uitgevaardigd. *Needless to say* – of wellicht beter *naturellement* – koos het hof ook hier consequent voor de weg die in de *Manitoba Language Rights Reference* was gewezen.⁷²

In de jaren na de taalkwesties groeide de *suspended declaration* snel uit tot een populaire regeling. Hoewel het hof bij gelegenheid benadrukte dat het zich ervan bewust was dat het om een vrij radicaal instrument ging, dat enerzijds vergaande rechterlijke bemoeienis met de agenda van de wetgever inhield, en anderzijds gedurende een periode een, met het Charter strijdige rechtstoestand liet voortbestaan, liet het zich daar niet door afschrikken.⁷³ Op de uitspraak in *Manitoba Language Rights* volgde in 1991 *R. v. Swain*, waarin het hof artikel 542 lid 2 van de *Criminal Code* onverenigbaar met het Charter verklaarde. Deze bepaling maakte het mogelijk dat verdachten van misdrijven die omwille van hun geestestoestand ontoerekeningsvatbaar waren verklaard voor onbepaalde tijd te detineren. Het hof constateerde een schending van de artikelen 7 (*right to life, liberty and security*) en 9 (*arbitrarily detention*), en verklaarde de bepaling nietig. Deze maatregel zou tot gevolg hebben gehad dat personen met een ernstige psychische stoornis, die op basis daarvan waren ontslagen van rechtsvervolging, zouden zijn vrijgelaten. Het SCC wilde een en ander niet voor zijn risico nemen en besloot ook hier de werking van zijn uitspraak met zes maanden op te schorten 'in het belang van de bescherming van het publiek'.⁷⁴

71 SCC 25 februari 1988 [1988] 1 SCR 234 (*R. v. Mercure*), voor wat betreft Saskatchewan, en SCC 2 oktober 1990 [1990] 2 SCR 1103 (*R. v. Paquette*) voor wat betreft Alberta.

72 SCC 27 februari 1992 [1992] 1 SCR 579 (*Sinclair v. Quebec*).

73 SCC 9 juli 1992 [1992] 2 SCR 679 (*Schachter v. Canada*), per Lamer CJ. Recenter o.m.: SCC 30 januari 2004 [2004] 1 SCR 76 (*Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada*), per Deschamps (dissenting), §244.

74 SCC 2 mei 1991 [1991] 1 SCR 933 (*R. v. Swain*). Zie tevens *Dixon v. British Columbia*, een zaak omtrent het kiesrecht, waarin het Court of Appeal van British Columbia de districten-indeling voor de provinciale verkiezingen onrechtmatig verklaarde. Het hof overwoog dat daarmee de rechtmatigheid van eerdere verkiezingen onder druk zou kunnen komen te staan en kwalificeerde dat als een noodsituatie waarin het opschorten van de nietigverklaring voor de hand lag. Vgl. CA (B.C.) 18 april 1989 [1989] 59 DLR (4th) 247 (*Dixon v. British Columbia*), p. 60.

10.3.2.2 Gebruik in anti-discriminatiekwesities: *Schachter v. Canada*

Een nieuw tijdperk werd ingeluid met de *landmark decision* in *Schachter v. Canada*.⁷⁵ In deze uitspraak ging het om een welhaast klassieke *Arbeidskosten-forfait*-achtige situatie, namelijk een situatie waarin sprake was van een wettelijke regeling met een legitiem doel die helaas – wat met een prachtig anglicisme wel wordt genoemd – *underinclusive* was vastgesteld: de reikwijdte van de regeling was onjuist vastgesteld waardoor een ongerechtvaardigde behandeling ontstond tussen groepen die nog wel onder de regeling vielen en groepen die buiten de boot vielen. Het ging in *Schachter* om een financiële voorziening voor (vermoedelijk jonge) ouders die enkele maanden thuis wilden blijven om voor hun kinderen te zorgen. Moeders kwamen in dat verband in aanmerking voor 15 weken uitkering in het kader van moederschapsverlof. Voor vaders bestond een dergelijke regeling niet. Een soortgelijke uitkering was er wel voor adoptieouders in de eerste 15 weken nadat het adoptiekind aan hun zorg was toevertrouwd. Anders dan bij het moederschapsverlof, was deze uitkering te ‘poolen’ tussen beide ouders. Schachter, vader van een zojuist geboren kind, wilde voor dat kind gaan zorgen nadat zijn vrouw voldoende hersteld was om aan het werk te gaan, maar hij moest het stellen zonder financiële tegemoetkoming. Hij meende dat de regeling voor adoptieouders ook in zijn geval van toepassing moest worden verklaard want anders was immers sprake van een ongelijke behandeling tussen adoptie- en biologische ouders.⁷⁶

De vordering van Schachter werd in eerste aanleg toegewezen en artikel 32 van de *Unemployment Insurance Act*, waarin de tegemoetkoming voor adoptiestellen was geregeld, werd ook op biologische ouders van toepassing verklaard.⁷⁷ Deze uitspraak werd door het federale Court of Appeal, onder verbetering van gronden, bevestigd.⁷⁸ De overheid zag haar budget snel slinken en betoogde in hoger beroep voor het SCC dat niet een uitbreidende interpretatie, maar juist een algehele nietigverklaring de enige correcte remedie kon zijn, ook al zou dat Schachter uiteraard niet baten. De lastige keuze tussen *extending* en *invalidating* komt hierna nog aan de orde. Hier is voornamelijk van belang dat het hof duidelijk de bedoeling had een principiële uitspraak te doen, zowel op het punt van de afbakening tussen conforme interpretatie (*extending*) en nietigverklaring, als op het punt van de toelaatbaarheid van de opgeschorte nietigverklaring. Het hof sprak, bij monde van zijn *Chief Justice* Lamer, een principiële voorkeur uit voor de nietigverklaring. Een uitbreidende interpretatie

75 SCC 9 juli 1992 [1992] 2 SCR 679 (*Schachter v. Canada*).

76 Schachter voerde in eerste instantie overigens aan dat juist de moederschapsverlofregeling ook op vaders moest worden toegepast, maar hij ruidde die claim, hangende de procedure, in voor een beroep op de regeling voor adoptieouders.

77 FC 7 juni 1988 [1988] 52 DLR (4th) 525, per Strayer J.

78 CA (Fed.) 16 februari 1990 [1990] 66 DLR (4th) 635 (*Schachter v. Canada*).

zou in dit geval, vrij vertaald naar de terminologie van de Nederlandse rechter, de rechtsvormende taak van het Supreme Court te buiten gaan. Daarbij speelde voornamelijk een rol dat de groep die van de bijdrage was uitgesloten, vele malen groter was dan de groep die de bijdrage wel genoot. De financiële implicaties voor de overheid zouden dan ook aanzienlijk zijn. Bovendien, zo onderstreepte Lamer, waren de opties voor het parlement hier legio, en was het voor de rechter lastig gissen welke koers het parlement dan voor ogen zou hebben. Beter was het daarom volgens Lamer om de bepaling nietig te verklaren. Daarmee zou hij echter een minstens zo ingrijpende en politieke beslissing hebben genomen, want nietigverklaring zou enkel met zich gebracht hebben dat de financiële tegemoetkoming voor de bevoordeelde groep zou komen te vervallen terwijl de eiser, Schachter in dit geval, daar niet van zou profiteren. Lamer meende daarom dat aangestuurd had kunnen worden op een uitgestelde nietigverklaring. Die bleek uiteindelijk niet nodig omdat het parlement de regeling na de uitspraak van het Court of Appeal zelf al had aangepast, maar Lamer nam niettemin de gelegenheid te baat om uiteen te zetten aan welke voorwaarden het hof opschorting van de nietigverklaring gebonden achtte.

Het hof benadrukte in *Schachter* de hiervoor genoemde vaststelling dat opschorting van de nietigverklaring om twee redenen precair is. Ten eerste omdat daarmee een inconstitutionele rechtstoestand – zij het tijdelijk – in stand bleef, en ten tweede omdat het hof zich daarmee als de agendabeheerder van de wetgever zou lijken op te stellen. Niettemin kon het opschorten in drie afzonderlijke gevallen aanvaardbaar zijn. Die gevallen zijn te herkennen aan de feitencomplexen van de hiervoor besproken zaken. Wanneer de onmiddellijke nietigverklaring een gevaar zou opleveren voor de handhaving van de *rule of law* (*Manitoba Language Rights*), of de veiligheid van het publiek (*R. v. Swain*), dan wel zou leiden tot het ontnemen van de rechten van derden (zoals in *Schachter* zelf), dan was een keuze voor het *ultimum remedium* van de uitgestelde nietigverklaring aanvaardbaar.⁷⁹

10.3.2.3 De periode na *Schachter*: naar het faciliteren van een dialoog met de wetgever

De uitspraak in *Schachter* wordt algemeen beschouwd als leidend op het terrein van constitutionele remedies in het algemeen en de uitgestelde nietigverklaring in het bijzonder. *Schachter* biedt een duidelijk overzicht en een herformulering van de voorgaande rechtspraak omtrent het heikele punt van de opschorting.⁸⁰ Toch heeft de rechtspraak de lijn van *Schachter* in de praktijk allesbehalve consistent gevolgd. Hoewel het SCC bij verschillende gelegenheden lippendienst bewijst aan de criteria zoals uiteengezet in *Schachter*, wijst de empirische

79 SCC 9 juli 1992 [1992] 2 SCR 679 (*Schachter v. Canada*), per Lamer.

80 Hoewel één uitspraak in de reeks niet lijkt te passen: vgl. SCC 23 januari 1992 [1992] 1 SCR 91 (*R. v. Bain*). De reden voor opschorting werd in die uitspraak niet gegeven.

praktijk uit dat het hof er eigenlijk al vrij snel na *Schachter* toe is overgegaan om opschorting van de nietigverklaring vooral te gebruiken als methode om rechtsvorming bij de handhaving van Charter rechten een zaak van rechter en wetgever gezamenlijk te maken.⁸¹ Door de nietigverklaring op te schorten lijkt het parlement de tijd te krijgen om de kwestie op te lossen voordat de rechter als zelfbenoemde olifant de porseleinkast in wandelt. Niet zozeer de pragmatische argumenten in de sfeer van *necessity*, zoals wij die in *Schachter* zien, spelen dan ook een rol bij de beslissing om een nietigverklaring op te schorten, maar democratische overwegingen. Of misschien kan dat beter anders geformuleerd worden: niet de *maatschappelijke effecten* van de nietigverklaring staan centraal in de argumentatie van het SCC, maar de relatieve rollen van rechter en wetgever in het proces van rechtsvorming.⁸² Dat is op zijn minst merkwaardig, gelet op het feit dat het hof in *Schachter* nu juist precies het tegengestelde voorschreef: niet de rol van de rechter behoorde van doorslaggevend belang te zijn, relevant waren alleen de effecten van de nietigverklaring voor de samenleving.⁸³

Zoals gezegd is opschorting van de nietigheidsverklaring na de *Manitoba Language Rights Reference* bijzonder populair geworden. Hoewel het uitzonderingskarakter van de nietigverklaring aanvankelijk sterk werd benadrukt en daaraan nog altijd lippendienst wordt bewezen, is de klassieke, onmiddellijk intredende, nietigheid bijna niet meer denkbaar. Van 1985 tot maart 2003 telden Choudhry en Roach in totaal 42 *suspended declarations*. Veertien daarvan waren afkomstig van het Supreme Court.⁸⁴ Na die datum heeft het Supreme Court nog zeker acht keer van het instrument gebruik gemaakt.⁸⁵ Zoals gezegd is onmiddellijk intredende nietigheid vrijwel niet meer denkbaar. Wel verfijsnde het SCC zijn rechtspraak in 2007 door de uitgestelde nietigheid niet meer in alle eerder genoemde gevallen van toepassing te achten. In *Canada v. Hislop* verwees de meerderheid opnieuw naar de criteria zoals het hof die eerder in *Schachter* had geformuleerd, en benadrukte het dat de mogelijkheid ook bestond dat de overheid gerechtvaardigd op de constitutionaliteit van de eigen wetgeving had vertrouwd, bijvoorbeeld vanwege vaste rechtspraak van het hof zelf. In een dergelijk geval achtte de meerderheid een uitgestelde nietigver-

81 Vgl. Choudhry & Roach 2003, p. 231-232.

82 *Ibid.*, p. 232.

83 *Schachter v. Canada*, §83.

84 Een opsomming treft men aan in Choudhry & Roach 2003, p. 228, voetnoot 84.

85 SCC 6 juni 2003 [2003] 1 SCR 835 (*Trociuk v. British Columbia*); SCC 3 oktober 2003 [2003] 2 SCR 504 (*Nova Scotia Workers Compensation Board v. Martin*); SCC 30 juni 2004 [2004] 2 SCR 489 (*R. v. Demers*); SCC 23 februari 2007 [2007] 1 SCR 350 (*Charkaoui v. Canada I*); SCC 8 juni 2007 [2007] 2 SCR 391 (*Health Services and Support v. British Columbia*); SCC 11 december 2008 [2008] 3 SCR 511 (*Conféd. Des syndicats nationaux v. Canada*); SCC 29 januari 2009 [2009] 1 SCR 181 (*Ravndahl v. Saskatchewan*), zij het dat het SCC de beslissing om al dan niet tot een uitgestelde nietigverklaring over te gaan overliet aan de feitenrechter; SCC 22 oktober 2009 [2009] 3 SCR 208 (*Nguyen v. Quebec*).

klaring onvoldoende voor de hand liggen en koos het, zoals wij in de paragraaf hiervoor reeds zagen, voor de variant van de *prospective overruling*.⁸⁶

Zoals in de volgende paragraaf nog aan de orde komt, speelt de uitgestelde nietigverklaring een belangrijke rol bij de pogingen van het hof om de constitutionele dialoog met de wetgever zoveel mogelijk te faciliteren. Wij zullen nog zien dat de wereldwijde literatuur omtrent dialoogtheorieën zich veelal richt op de institutionele mogelijkheden voor de wetgever om op rechterlijke uitspraken te reageren, en op de mogelijkheden van de rechter om zijn eigen rol in het rechtsvormingsproces zoveel mogelijk te minimaliseren.⁸⁷ Betoogd is echter dat ook de praktijk van het SCC om zoveel mogelijk te kiezen voor uitgestelde nietigverklaringen een vorm van dialoog bewerkstelligt.⁸⁸ Bij dialoogtheorieën gaat het er immers om dat de legitimatie van rechterlijke rechtsvorming in het kader van wetgevingstoetsing wordt vergroot doordat de rechter niet het laatste woord heeft inzake precare beleidskwesties.⁸⁹ Rechterlijke toetsing wordt in dat verband beschouwd als een verrijking van het democratische proces van rechtsvorming in de zin dat zij bijdraagt aan het markeren van bijzondere te beschermen belangen die in het wetgevingsproces onvoldoende aandacht hebben gekregen. In sommige dialoogmodellen wordt het rechterlijk oordeel omtrent de interpretatie van grondrechten gezien als een zeer gezaghebbend advies aan de wetgever, maar niet meer dan dat. De rechter laat dan de kwestie in haar geheel over aan regering en parlement. In andere modellen is plaats voor een robuuster rol van de rechter. Dan neemt de rechter bij de interpretatie van het grondrecht, behoudens een enkele uitzondering, het voortouw vanwege zijn bijzondere expertise op dat terrein, maar erkent hij tegelijkertijd zijn beperkte mogelijkheden om maatschappelijke veranderingen te bewerkstelligen en om politieke afwegingen te maken waarvoor sterk beleidsmatige keuzes vereist zijn. In een dergelijk model past het dat de rechter weliswaar bindend de onverenigbaarheid van de wettelijke norm met het Charter vaststelt, maar voor de remedie verwijst naar de wetgever. Deze is om verschillende redenen beter in staat om de wenselijke en minder wenselijke aspecten van een beleidskeuze te overzien en om, in het voor een jurist vreselijke politicologische beleidsjargon, zo nodig het gesprek daarover met de samenleving aan te gaan.⁹⁰

86 SCC 1 maart 2007 [2007] 1 SCR 429 (*Canada v. Hislop*), per LeBel en Rothstein JJ.

87 Vgl. daaromtrent Roach 2001; Choudhry & Roach 2003, p. 227-228.

88 Hogg & Bushell; Hogg, Bushell Thornton & Wright; Roach; Choudhry & Roach; Hogg 2007.

89 Zie voor een bespreking van dialoogtheorieën, hierna §10.4.1.

90 Vgl. SCC 20 mei 1999 [1999] 2 SCR 203 (*Corbiere v. Canada*), per L'Heureux-Dubé J (concurring), §116, waarin als reden voor de uitgestelde nietigverklaring werd opgevoerd dat een nieuwe regeling met betrekking tot de reservaten van *aboriginal* indianen noodzakelijk was, en dat deze het best tot stand kon worden gebracht door in overleg te treden met de, door de regeling direct geraakte, bevolkingsgroepen. Een dergelijke consultatieronde kon, aldus L'Heureux-Dubé, beter door het parlement worden uitgevoerd.

Probleem van een dergelijke eenzijdige gerichtheid op de wonderen van de dialoog, is dat daarmee twee fundamentele constitutionele belangen ondergesneeuwd dreigen te raken, namelijk de handhaving van recht dat van hogere orde is – een vereiste van rechtsstatelijkheid – en, daarmee samenhangend, de effectieve rechtsbescherming van eisers die zich op dat recht van hogere orde beroepen. Exponenten van de dialoogtheorie *à la Canadienne* verdedigen dat de uitgestelde nietigverklaring aan beide belangen zoveel mogelijk tegemoet komt. Enerzijds omdat het opschorten slechts tijdelijk is, en anderzijds omdat ook een uitgestelde nietigverklaring uiteindelijk terugwerkende kracht heeft.⁹¹ Dit laatste punt markeert het verschil met *prospective overruling*: een uitgestelde nietigverklaring betreft enkel de werking van de verklaring die tijdelijk wordt opgeschort: zodra de verklaring van kracht wordt heeft hij terugwerkende kracht. De eiser en eventuele lotgenoten kunnen dan, behoudens de gebruikelijke uitzonderingen als gevolg van doctrines zoals *res judicata*, van de onverbindendverklaring profiteren. De rechter absteineert dus niet wanneer hij de kwestie middels een uitgestelde nietigverklaring op het bord van de wetgever schuift, zijn remedie ligt in de koelkast te wachten tot het eventuele moment dat blijkt dat het bord van de wetgever verder leeg blijft. In diverse zaken hield het SCC de zaak bovendien aan teneinde jurisdictie over de zaak te behouden en haar niet uit het gerechtelijk systeem te laten verdwijnen.⁹² Partijen werd zo de mogelijkheid geboden om het hof gedurende de termijn te benaderen en zo nodig tussentijdse vorderingen in te stellen. De nadelige gevolgen voor de rechtsorde en voor de succesvolle eisers werden daarmee zoveel mogelijk geminimaliseerd.

Toch is de onverbindendverklaring op termijn in de praktijk nog niet zaligmakend. Choudhry en Roach wezen er in 2003 op dat de wetgever er kennelijk moeite mee heeft om nieuwe wetgeving ter correctie van onverbindend verklaarde wetgeving terugwerkende kracht te verlenen.⁹³ As zodanig is die opstelling niet vreemd: wetgeving heeft doorgaans uitsluitend prospectieve werking en zo behoort het veelal ook. Het onbehagen in de juridische discipline omtrent belastingheffing met terugwerkende kracht is daarvan slechts één voorbeeld. Maar wanneer men de reactie van de wetgever in termen van een quasi constitutionele remedie beschouwt, dan is het uitblijven van terugwerkende kracht uiteraard wèl problematisch. De bedoeling van het opschorten van de onverbindendverklaring is immers dat de wetgever de gelegenheid krijgt niet alleen de rechtstoestand van ná het oordeel van de rechter te reguleren, maar ook de rechtstoestand tussen het moment waarop de wettelijke norm ongeldig is geacht te zijn geworden en het moment van de uitspraak. Zoals gezegd neemt de wetgever die kans veelal niet te baat en

91 Zie daarover uitgebreider: Choudhry & Roach 2003.

92 Vgl. bijv. SCC 13 juni 1985 [1985] 1 SCR 721 (*Re Manitoba Language Rights*); SCC 2 mei 1991 [1991] 1 SCR 933 (*R. v. Swain*), en SCC 20 mei 1999 [1999] 2 SCR 203 (*Corbiere v. Canada*).

93 Choudhry & Roach 2003, p. 233-238.

opvallend is dat het hof zelf in de meeste gevallen geen aanwijzingen geeft voor het ontwerp van nieuwe regelingen.⁹⁴ Choudhry en Roach signaleerden wel dat de prospectieve werking van de wettelijke normen meestal niet expliciet in de nieuwe regelgeving was opgenomen, maar gold op basis van standaardpresumpties omtrent de werking van wetgeving in het algemeen.⁹⁵ Normaal gesproken wordt ter bescherming van de burger uit rechtsstatelijke overwegingen immers de retrospectieve werking van wetgeving met reserves begroet. Op basis van deze vaststelling bepleitten beide auteurs dat de rechter deze presumptie in gevallen van reparatiewetgeving na een uitgestelde nietigverklaring zou vervangen door de presumptie dat de wetgeving in kwestie juist wel retrospectieve werking had. Hoewel de bijdrage van Choudhry en Roach een zichtbaar grote invloed heeft gehad op de rechtspraak, is er nog onvoldoende jurisprudentie op dit terrein om te beoordelen of ook deze aanbeveling ter harte wordt genomen.⁹⁶

10.3.2.4 Resumerend

De onverbindendverklaring op termijn is ontstaan als antwoord op een unieke samenloop van omstandigheden in de procedure omtrent de *Manitoba Language Rights Reference*. Het hof werd geconfronteerd met een keuze tussen twee kwaden: het tolereren van een inconstitutionele rechtstoestand – een toestand die in elk geval de laatste jaren door de wetgever van Manitoba bewust in stand was gelaten – of het onverbindendverklaren van vrijwel alle vigerende wetgeving in de provincie, hetgeen een volstrekte chaos tot gevolg kon hebben gehad. Het hof leidde uit beginselen van de *rule of law* af dat handhaving van het constitutionele recht niet zóver kon gaan dat Manitoba door de rechterlijke uitspraak van de ene op de andere dag wetteloos zou worden, maar tevens dat het in stand laten van de wetgeving slechts een tijdelijk karakter kon hebben: een nieuw instrument was geboren. Het is van belang te onderkennen dat de onverbindendverklaring op termijn geen verklaring van onverbindendheid op termijn betekent. De werking van de verklaring is uitgesteld, maar zodra de verklaring in werking is getreden, heeft deze de volle terugwerkende kracht.

In de loop der jaren is het hof de *suspended declaration* steeds vaker gaan gebruiken als een methode om een rechtsvormende dialoog met de wetgever te bewerkstelligen. Dat was enigszins in tegenspraak met het standaardarrest van het hof in de zaak *Schachter*. Het SCC onderstreepte daarin nog het vergaan-

⁹⁴ *Ibid.*, p. 233.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 234-235.

⁹⁶ Een, wel bovendien, voorbeeld van die invloed van Roach en Choudhry betreft de duidelijker markering tussen *prospective overruling* en de *suspended declaration of invalidity* die zij bepleitten. In *Canada v. Hislop* (2007) maakte het hof daartussen inderdaad een duidelijker onderscheid dan het voorheen had gedaan, precies langs de lijnen zoals voorgesteld door beide auteurs.

de karakter van het opschorten van de nietigverklaringen en schreef nauwkeurig drie gevallen voor (nietigheid bedreigt het voortbestaan van de *rule of law*, schept gevaren voor de samenleving, of zou het ontnemen van rechten van derden inhouden) waarin de methode kon worden gebruikt. Deze criteria zijn tot op de dag van vandaag formeel geldend recht, maar het mag duidelijk zijn dat respect voor de rol van de wetgever als aanjager van noodzakelijk beleid daar inmiddels als gezichtspunt bij is gekomen. Middels de uitgestelde nietigverklaring schuift het SCC gevoelige grondrechtenthemata op het bord van de wetgever.

De mogelijkheid de nietigverklaring op te schorten is een belangrijke overweging voor de rechter geworden om voor nietigheid te kiezen in plaats van voor de aantrekkelijke alternatieven die hierna worden besproken – conforme interpretatie, gedeeltelijke nietigheid en het buiten toepassing laten van wetgeving in individuele gevallen. Al deze instrumenten hebben de charme dat zij relatief beperkt precisiewerk mogelijk maken en dat zij de eiser doorgaans een duidelijke remedie te bieden hebben. Het probleem is dat de Canadese rechter, zeker gelet op zijn verleden als federale geschillenrechter, het gebruik daarvan al snel aanmerkt als rechtsvorming waarvoor hij de wetgever de aangewezen instantie acht. Zij brengen, zo is althans zijn indruk, ‘*policy choices*’ met zich, die hij liever overlaat aan de wetgever. Aan de algehele nietigheid van een wettelijke norm lijkt dit probleem niet te kleven, maar daarvan was weer het probleem dat de botte bijl als medicijn nog weleens meer pijn kon doen dan de kwaal. Het opschorten van dit middel biedt de rechter de mogelijkheid eigen positieve rechtsvorming zoveel mogelijk te omzeilen zonder te zeer af te doen aan de ongehinderde voorrang van het Charter en de rechtsbescherming van hen die zich daarop succesvol beroepen. Hierbij past wel de kanttekening dat de praktijk soms weerbarstiger is dan de theorie: het enkele over de schutting gooien van het probleem naar de wetgever is lang niet altijd de oplossing van het probleem. Maatregelen als het behoud van jurisdictie, richtlijnen voor de wetgever omtrent het retrospectieve karakter van de reparatiewetgeving en de minimale eisen waaraan deze, gelet op het Charter dient te voldoen, en het stellen van heldere termijnen blijven noodzakelijk.

10.3.3 Gedeeltelijke nietigheid of ‘*severance*’

De partiële nietigheid heeft een ingrijpende ontwikkeling doorgemaakt sinds de invoering van het Charter in 1982. De traditionele opstelling van de Canadese rechter is bepaald argwanend ten opzichte van het ‘breken’ van wetgeving in geldige en ongeldige gedeelten (*severance*). Hoe anders leerden wij in een vorig hoofdstuk de Duitse benadering van *Teilnichtigkeit* kennen. Waar rechter en literatuur in Duitsland aannemen dat gedeeltelijke nietigheid een logisch gevolg is van het feit dat in veel gevallen niet de gehele regeling in strijd is

met het *Grundgesetz* – en de rechter niet meer mág nietigverklaren dan onrechtmatig is – zo beschouwt de Canadese rechter het scheiden van regelingen op zijn best als een kwestie van *judicial restraint* en benadert hij het leerstuk, in elk geval traditioneel, uiterst restrictief. Het merkwaardige daarbij is dat artikel 52 lid 1 CA 1982, net als overigens haar voorgangers (beginnend met artikel 2 van de *Colonial Laws Validity Act* 1865), uitdrukkelijk spreekt van ‘(...) to the extent of the inconsistency, of no force and effect’. Die zinsnede lijkt toch op zijn minst een basis te bieden voor de praktijk van *severance*. Niettemin nam de rechtspraak lange tijd een ander standpunt in, een standpunt dat sterk werd gekleurd door de federale toetsingspraktijk.

Zoals eerder al aan de orde kwam, heeft de toetsing van wetgeving in Canada zich tot 1982 ontwikkeld in het kader van de beslechting van federale competentiegeschillen. Aanvankelijk was de *Privy Council* in dat verband de hoogste beroepsrechter. De federale geschillen die voor de *Council* kwamen, hadden doorgaans een sterk formeel karakter. Zij gingen slechts over de vraag of de relevante wetgever de bevoegdheid had gehad om de wet uit te vaardigen of niet. Aangezien wetgeving in de meeste gevallen slechts één bepaalde doelstelling had, belichaamd in een kernbepaling omringd door accessoire bepalingen, was van enige scheidbaarheid van de wet vaak geen sprake. Nietigheid van de onbevoegd uitgevaardigde wet was dan ook automatisch het gevolg. De toetsingscultuur was er kortom een – wij zagen dat reeds in een vorige paragraaf – van *ultra vires*. In dat kader speelde voorts mee dat de *Privy Council* een sterk Brits stempel drukte op de methode van rechtsvinning. Het uitspreken van een onverbindendverklaring was in de ogen van de *Privy Council* en haar opvolger, het SCC, geen daad van rechtsvorming waarmee de rechter zich op het terrein van de wetgever waagde, maar enkel het uitvloeisel van de douanefunctie van de rechter die de grenzen van de wetgevende bevoegdheden bewaakte.⁹⁷

Dat wil niet zeggen dat *severance*, of haar – hierna te behandelen – interpretatieve tegenhanger ‘*reading down*’, nooit voor kwam. In het algemeen gold de presumptie dat wetgeving een integraal en onschendbaar geheel vormde opgebouwd uit, van elkaar afhankelijke, delen.⁹⁸ Maar die presumptie kon verlaten worden. Incidenteel was dat het geval.⁹⁹ In dat geval moest sprake zijn van duidelijk te scheiden tekstgedeelten zoals meerdere afzonderlijke afdelingen of artikelen, desnoods leden van hetzelfde artikel. Dat betekent dat het scheiden van toelaatbare en ontoelaatbare *toepassingen* niet aan de orde was.¹⁰⁰ Voorts mocht het residu, het ‘geredde’ deel, niet op gespannen voet

97 Rogerson 1987, p. 250-251.

98 Hogg 2007, p. 450-451.

99 Vgl. o.m. SCC 14 december 1948 [1948] SCR 1 (*Dairy Margarine Act*); SCC 30 januari 1976 [1977] 2 SCR 134 (*MacDonald et al v. Vapor*); SCC 19 januari 1978 [1978] 2 SCR 662 (*Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*); SCC 22 juli 1982 [1982] 2 SCR 9 (*Peel v. Mackenzie*).

100 Vgl. Rogerson 1987, p. 246-247.

staan met de bedoelingen van de wetgever.¹⁰¹ Het moest, met andere woorden, aannemelijk zijn dat de wetgever het overblijvende deel ook zou hebben uitgevaardigd zonder het *ultra vires* verklaarde tekstgedeelte.¹⁰² Deze voorwaarden maken duidelijk dat het, in Nederland bekende, buiten toepassing laten op individuele grondslag niet kon worden bereikt middels de doctrine van *severance*. Anders dan in Duitsland, waar men kwalitatieve¹⁰³ en kwantitatieve¹⁰⁴ *Teilnichtigkeit* onderscheidt, viel in Canada het enkele nietigverklaren van bepaalde toepassingen van de wettelijke regeling niet onder *severance*. Een dergelijk resultaat was wellicht te bereiken met andere middelen (zoals de constructieve interpretatiemethoden *reading down* en *reading in*), maar ook dan bleef de angst bestaan dat de rechter zich ongenood op het terrein van de wetgever zou wagen.

Met de komst van het Charter groeide de behoefte aan subtielere remedies dan de algehele nietigverklaring. Al vrij snel werd duidelijk dat het *ultra vires* toetsingsmodel – waarin van de rechter slechts verlangd werd dat hij optrad tegen formele overschrijdingen van de wetgevende bevoegdheid – volstrekt ongeschikt was voor het soort toetsing dat plaatsvond onder het Charter.¹⁰⁵ Stond bij de federale toetsingspraktijk doorgaans het doel van de wettelijke regeling centraal, in de praktijk onder het Charter ging het vooral om de effecten van wetgeving.¹⁰⁶ Zoals gezegd is het aantal doelen dat met wetgeving wordt nagestreefd vaak relatief beperkt. De effecten van wetgeving kunnen echter talrijk en veelzijdig zijn. Van verschillende zijden werd daarom reeds vlak na invoering van het Charter een meer op de *toepassing* van de wet gerichte benadering voorgestaan.¹⁰⁷ Het gevaar van deze benadering was echter wel dat het oorspronkelijke karakter van *severance*, als een doctrine die niet bedoeld was om de betekenis van een regeling te wijzigen, onder druk zou kunnen komen te staan.

Hoewel het theoretisch kader (en daarmee dus ook de voorwaarden van toepassing) nooit expliciet zijn gewijzigd, is de partiële nietigheid inmiddels uitgegroeid tot een populair instrument. Vrijwel geen enkele wet wordt meer algeheel nietig verklaard. De uitzondering op de regel betrof *R. v. Big M Drug Mart*, waarin een wettelijke regeling die beoogde de zondagsrust te beschermen algeheel nietig werd bevonden, ook al betekende de toepassing van de wet

101 *Ibid.*, p. 247.

102 PC 24 juli 1947 [1947] AC 503 (*Reference re Alberta Bill of Rights Act*), per Viscount Simon.

103 In het geval van kwalitatief partiële nietigheid worden aanvaardbare toepassingen van de rechtsregel gescheiden van onaanvaardbare toepassingen. De regeling wordt nietig verklaard 'voor zover...'.

104 Wanneer kwantitatief partieel nietig wordt verklaard, worden specifiek aan te wijzen tekstgedeelten van de wettekst nietig verklaard.

105 Zie daaromtrent reeds Rogerson 1987.

106 Hogg 2007, p. 451.

107 Zo bijv. Côté 1984; Rogerson 1987.

niet in alle gevallen een schending van het Charter.¹⁰⁸ De Canadese rechter schrikt er tegenwoordig zelfs niet meer voor terug om *severance* te gebruiken wanneer de tekst van de wet feitelijk niet te scheiden is en bij de kwalitatieve afbakening van de wel of niet toelaatbare toepassingen vergaande keuzes moeten worden gemaakt. Zo koos het hof er in *R. v. Hess & Nguyen* voor om een bepaling gedeeltelijk nietig te verklaren die gemeenschap met minderjarigen strafbaar verklaarde ongeacht de vraag of de dader wist of kon weten dat zijn tegenspeelster (of tegenspeler) minderjarig was.¹⁰⁹ De bepaling was volgens het hof onverenigbaar met het recht op een eerlijk proces omdat het ontbreken van opzet geen enkele rol meer speelde. Het hof verklaarde daarop dat de zinsnede ‘whether or not he believes that she is fourteen years of age or more’ nietig moest worden verklaard. Het moge duidelijk zijn dat het hof de betekenis van de bepaling significant wijzigde, een wijziging die niet in de rede van de wetgever zal hebben gelegen. Ook in gevallen waarin wetgeving ‘*underinclusive*’ was vastgesteld hanteerde het hof de partiële nietigverklaring zonder schroom. Dat was bijvoorbeeld het geval in *Benner v. Canada*, een zaak uit 1997 die zich enigszins laat vergelijken met het arrest ‘*Optierecht Nederlanderschap*’ van de Nederlandse Hoge Raad. In *Benner* ging het om de ongelijke behandeling van kinderen die in het buitenland waren geboren uit een Canadese moeder, respectievelijk vader. Alleen de laatste groep maakte automatisch aanspraak op de Canadese nationaliteit. Eén optie was uiteraard om de automatische aanspraak geheel te laten vervallen. Dit resultaat zou worden bereikt wanneer de regeling in haar geheel nietig zou worden verklaard. Een andere optie was om de benadeelde groep ook het voordeel van de automatische aanspraak te gunnen. Het SCC meende dat deze optie het best recht deed aan het wettelijk stelsel en de daarin geregelde analoge gevallen. Door slechts enkele zinsneden nietig te verklaren kon het hof dit resultaat vervolgens bereiken.¹¹⁰ Op deze lastige keuze voor de rechter, tussen een extensieve benadering van schendingen van het gelijkheidsbeginsel en een restrictieve benadering (nietigheid) wordt hierna nog teruggekomen.

10.3.4 Conforme interpretatie (‘*reading down*’ en ‘*reading in*’)

Reading down moet worden onderscheiden van de partiële nietigverklaring, al kan het fenomeen in sommige gevallen tot dezelfde uitkomst leiden. *Reading down* is uitsluitend een interpretatiemethode. Dat betekent dat het gebruik

108 SCC 24 april 1985 [1985] 1 SCR 295 (*Big M Drug Mart*).

109 SCC 4 oktober 1990 [1990] 2 SCR 906 (*R. v. Hess & Nguyen*).

110 SCC 27 februari 1997 [1997] 1 SCR 358 (*Benner v. Canada*). Zie tevens SCC 6 juni 1991 [1991] 2 SCR 22 (*Tétreault-Gadoury v. Canada*), waarin de leeftijdsgrens voor een werkloosheidsuitkering nietig werd verklaard waardoor de regeling van toepassing werd op een grotere groep.

van deze methode gebonden is aan de spelregels van de rechterlijke interpretatievrijheid. Die spelregels zijn lang niet even duidelijk, maar vast staat dat de tekst van de wettelijke regeling verschillende interpretaties moet toelaten. Is dat het geval dan kiest de rechter volgens de doctrine van *reading down* voor die interpretatie die geen strijd oplevert met het Charter. De grondslag voor de doctrine is gelegen in de presumptie dat de wetgever niet de bedoeling zal hebben gehad om wetgeving vast te stellen die in strijd met het Charter is.¹¹¹ Deze *common law presumption* dient ertoe de wetgever op zijn minst te dwingen om eventuele grondrechtenschendingen zo expliciet mogelijk te verwoorden zodat daarover politieke verantwoording kan worden afgelegd. *Reading down* heeft ruwweg dezelfde achtergrond in de federale toetsingsstrategie als *severance*. Ook deze interpretatiemethode is in het verleden wel beschouwd als omstreden figuur. Toch is *reading down* normaal gesproken een minder vergaande optie dan *severance* of het nog te bespreken *reading in*. Ten eerste gaat het om een interpretatiemethode en niet om een zuivere remedie. Dat betekent zoals gezegd dat de regelen der kunst van de interpretatie moeten worden nageleefd: de bepaling moet tekstueel verschillende interpretaties toelaten. Voorts wordt met *reading down* doorgaans bereikt dat de reikwijdte van de wettelijke regeling ingeperkt wordt. De beide andere instrumenten kunnen in elk geval potentieel ook het tegendeel bewerkstelligen: de reikwijdte van de wet wordt dan juist vergroot. Wanneer het gaat om wetgeving met financiële consequenties kan een dergelijke schaalvergroting leiden tot ernstige consequenties.

Zijn *reading down* en *severance* vooral in het verleden wel met argusogen bezien, de remedie '*reading in*' is nog altijd het meest omstreden. Gaat het bij *severance* en *reading down* om negatieve instrumenten in de zin dat zinsneden uit de tekst worden geschrapt of een restrictieve betekenis krijgen toegedicht, in het geval van *reading in* worden juist zinsneden in de tekst ingelezen. Ook hier is overigens geen sprake van een waterscheiding: een restrictievere uitleg van een bepaling kan uiteraard worden bereikt door daarin woorden 'in te lezen'. In die zin kunnen *reading in* en *down* samenvallen. Niettemin lijkt *reading in* verder te gaan dan *reading down*. Hoewel het in beide gevallen formeel gaat om interpretatieve technieken, wordt voor *reading down* nog altijd aangenomen dat de tekst van de wet zich niet tegen restrictieve interpretatie dient te verzetten, terwijl een dergelijke eis in het geval van *reading in* niet lijkt te kunnen worden gesteld. Er bestaat in de literatuur dan ook nog enige discussie over de vraag of het hier een interpretatiemethode betreft, dan wel dat het gaat om een figuur waarvoor de grondslag moet worden gezocht in de *supremacy clause* van artikel 52 lid 1 CA 1982. Met *reading in* wordt immers de voorrang van het constitutionele recht bewerkstelligd. *Reading in* lijkt bovendien complementair aan de gedeeltelijke nietigverklaring nu het een oplossing biedt voor

111 Hogg 2007, p. 192-193.

gevallen waarin de bepaling niet strijdig is met het Charter vanwege wat er in staat, maar juist vanwege wat er *niet* in staat. *Reading in* zorgt er, met andere woorden, voor dat de rechtsbescherming van het individu niet de speelbal wordt van wetgevingstechniek.

Komen *severance* en *reading down* voort uit de vroegere federale toetsingspraktijk, *reading in* is van recenter origine. De bevoegdheid van de rechter om woorden of zinsnedes in te lezen in wettelijke bepalingen teneinde die bepalingen een Charterconforme uitleg te kunnen geven, werd door het hof voor het eerst expliciet aangenomen in *Schachter v. Canada*.¹¹² In deze uitspraak legde het hof ook een aantal criteria neer om te bepalen wanneer tot *reading in* kon worden overgegaan. Allereerst diende uiteraard de omvang van de onverenigbaarheid met het Charter te worden vastgesteld. Het SCC gebruikte daarvoor de test die het toepast in de toetsingsfase, dus bij de vraag of de wettelijke regeling een ongerechtvaardigde inbreuk maakt op een in het Charter opgenomen recht. Deze test richt zich op de vraag of het doel van de wet gerechtvaardigd was, en of de wettelijke regeling een proportioneel middel was om dat doel te bereiken. Die laatste vraag viel uiteen in de deelvragen of het middel rationeel was, zo min mogelijk schade aan het grondrecht toebracht en of het in enge zin proportioneel was. Vervolgens overwoog Lamer dat *reading in* slecht voorstelbaar was wanneer de unconstitutionaliteit van een norm gelegen was in het doel van de wet. Onder verwijzing naar *Big M Drug Mart* stelde hij dat in dergelijke gevallen algehele nietigheid voor de hand lag.¹¹³ Evenmin leek er ruimte voor *reading in* wanneer de rationaliteit van het middel ter discussie stond. Ook in dat geval diende het middel als zodanig nietig te worden verklaard. Meer ruimte was er voor *reading in* wanneer het ging om de vraag of het middel zo min mogelijk schade toebracht aan het grondrecht in kwestie, en of het geen onevenredige effecten sorteerde in verhouding tot het nagestreefde doel. Voor die gevallen noemde het hof enkele factoren die bepalend waren voor de toepasselijkheid van *reading in* als instrument. Met name voor het inlezen van voorwaarden of beperkingen op de tekst van de bepaling was van belang dat het problematische deel, of het problematische karakter van de regeling met voldoende precisie kon worden aangewezen. In het geval van *severance* kon bijvoorbeeld het problematische testgedeelte worden aangewezen, althans volgens de – nooit expliciet verlaten – theorie. In het geval van *reading in* moest daarom met voldoende precisie kunnen worden aangegeven wat precies de remedie moest zijn. Voorts was van belang

112 SCC 9 juli 1992 [1992] 2 SCR 679 (*Schachter v. Canada*), per Lamer CJ. Het hof verwees daarbij overigens naar een uitspraak kort voor *Schachter* waarin het reeds impliciet van een dergelijke bevoegdheid was uitgegaan. Zie SCC 2 februari 1989 [1989] 1 SCR 143 (*Andrews v. Law Society of British Columbia*). De bevoegdheid was eerder ook al aangenomen door het Court of Appeal van British Columbia in CA (B.C.) 30 augustus 1991 [1991] 58 BCLR (2nd) 356 (*Knodel v. British Columbia*).

113 SCC 24 april 1985 [1985] 1 SCR 295 (*Big M Drug Mart*).

of met het inlezen (dan wel partieel onverbindend verklaren) een inbreuk zou worden gemaakt op het doel van de regeling, of het overblijvende deel van de regeling niet zodanig fundamenteel van aard zou zijn veranderd dat niet meer kon worden gezegd dat de wetgever het zo zou hebben uitgevaardigd, en tot slot of de bepaling als zodanig voldoende gewicht droeg om te worden gered. Was het, met andere woorden, wel de moeite waard om deze hele exercitie te doorlopen?¹¹⁴

Hoewel het hof de bevoegdheid tot inlezen voor het eerst in *Schachter* formuleerde, duurde het nog enkele jaren voordat het hof de juiste gelegenheid vond om haar ook toe te passen. In 1994 combineerde het hof *reading in* met gedeeltelijke nietigheid.¹¹⁵ In *R. v. Laba* stond een strafbepaling ter discussie die de koop en verkoop van mineralen verbood tenzij de verkoper 'establishes that he is the owner or agent of the owner or is acting under lawful authority'. De klacht was dat met deze bepaling de onschuldpresumptie terzijde was gesteld. Het hof meende dat de wetgever in dergelijke gevallen terecht de bewijslast op de verkoper kon leggen, maar vond het te ver gaan om van de verkoper te eisen dat hij onweerlegbaar bewijs moest leveren ('full legal burden'). Het doel van de wetgever was ook bereikt wanneer men slechts van de verkoper eiste dat hij aannemelijk kon maken dat hij ook de eigenaar van de mineralen was. Op de vervolgingsinstanties rustte dan vervolgens de taak om die aannemelijkheid te weerleggen. Als oplossing koos het hof ervoor om het woordje 'establishes' nietig te verklaren en te vervangen door de zinsnede 'in the absence of evidence which raises a reasonable doubt that he is the owner (...)'. Namens het, op dit punt unanieme, hof verklaarde Sopinka J dat de nieuwe regeling voldoende duidelijk was en, gelet op de parlementaire behandeling van de aangevochten wet, geen wezenlijke doorkruising van de doelen van de wetgever opleverde. De oplossing sloot bovendien aan bij het stelsel van de strafwet omdat, zo benadrukte Sopinka, in een groot aantal bepalingen voor een dergelijke constructie was gekozen.

Op *Laba* volgde al snel een nieuwe gelegenheid voor het hof om zich in de toepassing van *reading in* te oefenen. In de geruchtmakende zaak *Miron v. Trudel* ging het om de vraag of samenwonende partners als 'spouse' konden worden aangemerkt voor wetgeving die het mogelijk maakte dat echtgenoten in het geval van een auto-ongeluk gebruik maakten van elkanders verzekering.¹¹⁶ Het was duidelijk dat de wettelijke regeling 'spouse' definieerde als 'husband and wife'. Daarmee maakte de wet volgens het hof ongerechtvaardigd onderscheid tussen gehuwde en samenwonende stellen. Het SCC stond vervolgens voor de vraag of het de wettelijke regeling algeheel of gedeeltelijk nietig

114 Terzijde zij opgemerkt dat het wellicht wat merkwaardig aandoet dat het hof een dergelijk aandachtspunt als laatste behandelt. De argeloze lagere rechter heeft, wanneer hij bij deze stap aankomt, de hele exercitie toch al doorlopen?

115 SCC 8 december 1994 [1994] 3 SCR 965 (*R. v. Laba*).

116 SCC 25 mei 1995 [1995] 2 SCR 418 (*Miron v. Trudel*).

zou verklaren, dan wel dat het een nieuwe definitie van *spouse* in de wettekst zou lezen. Het koos voor de laatste variant. Daarbij speelde een belangrijke rol dat de wetgever er inmiddels in nieuwe, prospectieve en daarom op het voorliggende geschil niet van toepassing zijnde, wetgeving voor had gekozen om de verzekeringsclaim ook aan samenwonende stellen toe te kennen.

Het meest tot de verbeelding sprekende voorbeeld van *reading in* tot dusver treft men aan in *Vriend v. Alberta*.¹¹⁷ De klager in deze zaak was ontslagen omdat hij homoseksueel was. Hij wilde dat ontslag aanvechten bij de mensenrechtencommissie van de provincie Alberta, maar deze verklaarde zijn klacht niet-ontvankelijk omdat de *Individual Rights Protection Act* van Alberta weliswaar bescherming bood tegen discriminatie op een veelheid aan gronden, maar niet op basis van seksuele geaardheid. De klager wendde zich vervolgens tot de reguliere rechter met de klacht dat de grondrechtencatalogus van Alberta op dit punt onverenigbaar was met het Charter. Het was een gevoelige kwestie omdat seksuele geaardheid ook in het Charter niet genoemd werd. Bij de invoering van het Charter was uitdrukkelijk overwogen om een dergelijke grond op te nemen, maar dat was niet gebeurd.¹¹⁸ Aan het eind van de jaren negentig en het begin van de eenentwintigste eeuw werd het hof geconfronteerd met een reeks van zaken waarin wetgeving op *gay-issues* werd aangevochten.¹¹⁹ Gevoelig of niet, in Ottawa kreeg Vriend van het SCC gelijk. Seksuele geaardheid moest worden beschouwd als een verboden grond van discriminatie onder het Charter en bijgevolg was de lijst van verboden gronden in de wetgeving van Alberta incompleet. Het hof meende dat dit probleem kon worden verholpen door '*sexual orientation*' in te lezen in de relevante bepaling van de *Individual Rights Protection Act*. Het hof liep in dat verband alle *Schachter*-criteria langs en concludeerde dat de maatregel voldoende precies was, zou bijdragen in plaats van afdoen aan het doel van de wet, en dat de maatregel een minder grote inbreuk op de prerogatieven van de wetgever zou betekenen. Voor dat laatste argument pleitte dat nietigheid van de regeling in zou grijpen in de rechten van een zeer grote groep (alle burgers van Alberta) terwijl de beperktere remedie van *reading in* uitsluitend een vergroting van de rechten van een veel kleinere groep (homoseksuelen in Alberta) betrof.¹²⁰

Met de uitspraak van het hof in *Vriend* ging het hof aanmerkelijk verder dan in *Miron* en *Laba*. In beide eerdere zaken lag de oplossing eigenlijk al wel besloten in het wettelijk stelsel, in het ene geval omdat het hof naar soortgelijke

117 SCC 2 april 1998 [1998] 1 SCR 493 (*Vriend v. Alberta*).

118 Zie voor een bespreking van dit punt: Roach 2001, p. 132-133.

119 Vgl. bijv. SCC 20 mei 1999 [1999] 2 SCR 3 (*M. v. H.*), waarin het – net als in *Miron v. Trudel* – ging om de definitie van *spouse* in sociale zekerheidswetgeving, en de uitspraken over het homohuwelijk van verschillende provinciale hoven (beginnend met het Court of Appeal van Ontario) en het Supreme Court. Vgl. CA (Ont.) 12 juli 2002 [2002] 215 DLR (4th) 223 (*Halpern v. Canada*), en SCC 9 december 2004 [2004] 3 SCR 698 (*Reference re Same-Sex Marriage*).

120 *Vriend v. Alberta*, §162-163 (per Iacobucci J).

bepalingen kon wijzen waarin voor de voorgestane oplossing was gekozen, en in het andere geval omdat de wetgever voor de toekomst zelfs voor die specifieke oplossing had gekozen. In beide zaken reageerden parlement en publiek dan ook mild. Dat was niet het geval in *Vriend*, waar de spanningen maatschappelijk zo hoog opliepen dat regering en parlement overwogen de *notwithstanding clause* van artikel 33 Charter aan te grijpen voor een *override* van de rechterlijke uitspraak.¹²¹ Niettemin wijst Hogg er, naar mijn smaak terecht, op dat nietigverklaring in zaken als deze doorgaans leidt tot een veel grotere inbreuk op de rol van de wetgever in het rechtsvormingsproces. Totdat de wetgever op *Vriend* had kunnen reageren, had geen enkele burger in Alberta toegang gehad tot de mensenrechtencommissie. Het is bovendien sterk de vraag of dat niet een situatie was geweest die, zoals het Duitse BVerfG het nog weleens uitdrukt '*die Verfassung ferner gewesen wäre*'. Het hof heeft in *Vriend* wel de kritiek gekregen dat het te snel was met het willen bieden van een oplossing en dat het beter af was geweest als het een onverbindendverklaring op termijn had uitgesproken om aldus de wetgever de kans te geven iets aan de situatie te doen. Hier doen zich echter verschillende problemen voor. Zou de wetgever inactief blijven, dan komt het vorige punt weer bovendrijven: nietigheid is in dit verband een buitengewoon onaantrekkelijke optie. Het belang van de klager bij een relatief snelle remedie was bovendien groot, gegeven het feit dat hij de procedure voerde om het, in zijn ogen onrechtmatige, ontslag aan te vechten. Welke oplossing men ook op termijn had verkozen, het enkele gunnen van die termijn zou afbreuk doen aan de effectiviteit van de bescherming van Delwin Vriend. Dialoogmodellen zijn een verrijking van de discussie over de legitimiteit van rechterlijke rechtsvorming, maar zoals het hof in *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia* al benadrukte: zij moeten niet de status worden toegekend van constitutionele regels.¹²²

10.3.5 Resumerend

In deze uitvoerige paragraaf is stilgestaan bij de verschillende remedies die de Canadese rechter de gedupeerde klager te bieden heeft wanneer hij deze gelijk geeft. Getracht is een beeld te schetsen van de manier waarop de rechter invulling geeft aan de discretionaire ruimte die hij heeft bij de afweging welke remedie te kiezen. De bevindingen worden hier kort samengevat, en nogmaals kort besproken in het licht van de vraag hoe bij de invulling van die ruimte

121 Zie voor een bespreking van de gebeurtenissen tijdens die hete zomer van '98: Roach 2001, p. 195-196. Roach wijst er overigens op dat het wellicht wel meeviel met de publieke afkeer van *Vriend v Alberta*. Zowel uit uitspraken van de premier, als uit *polls* zou blijken dat men wel accepteerde dat claims bij de mensenrechtencommissie op basis van seksuele oriëntatie mogelijk moesten zijn. Dat neemt niet weg dat gebruik van de *override* door het parlement van Alberta serieus werd overwogen.

122 SCC 6 november 2003 [2003] 3 SCR 3 (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia*).

rekening wordt gehouden met de beginselen van effectieve rechtsbescherming én het primaat van de democratische staatsinstellingen.

Traditioneel wordt aangenomen dat nietigheid het automatische rechtsgevolg is van strijdigheid met het Charter. Dat betekent dat de uitspraak van de rechter, hoewel declaratoir, de gelding van de wet ontnemt. Van oudsher wordt aangenomen dat aan dit rechtsgevolg geen discretionaire beslissing van de rechter ten grondslag ligt. De voorrang van hoger recht en het beginsel dat gedupeerden van grondrechtenschendingen rechtsbescherming moet worden geboden, ligt daaraan ten grondslag. De geschiedenis laat echter zien dat het SCC in toenemende mate moeite krijgt met die passieve rol van de rechter. Het hof is zich met de rechtsgevolgen gaan bemoeien, eerst voorzichtig en impliciet – zoals in de *Manitoba Language Rights Reference* – en later ronduit expliciet – zoals in *Hislop*, waarin het de bevoegdheid aannam om *prospective* te overrulen. Het hof was bereid te erkennen dat er fundamentele belangen in het spel kunnen zijn die nopen tot het aannemen van belangrijke uitzonderingen op de *ipso iure* nietigheid van onverenigbare wetgeving. Die belangen kunnen van de overheid zijn, bijvoorbeeld als de staatskas een gevoelige klap dreigt te krijgen of als de handhaving van de rechtsorde in het geding komt. Zij kunnen ook van derden zijn, wanneer met de nietigheid van de wetgeving rechten teniet zouden gaan. Dat zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn wanneer socialezekerheidswetgeving onverbindend wordt verklaard en daarmee de rechtsbasis onder de uitkeringen aan bepaalde groepen zou wegvallen. In zekere zin heeft zelfs de klager in een dergelijk geval belang bij een andere remedie dan de nietigheid omdat hij van deze nietigheid doorgaans zelf niet beter wordt. De zoektocht van het hof naar alternatieven is een lange geweest. Aanvankelijk werd de oplossing vooral gezocht in procedurele doctrines zoals *res judicata*. In de uitzonderlijke zaak van de *Manitoba Language Rights* erkende het hof dat dit niet voldoende was en bleek het bereid de eigen bevoegdheid wat op te rekken door de werking van zijn eigen onverbindendverklaring op te schorten. Voor deze noodmaatregel werden de rechtsstaat en de doctrine van *necessity* van stal gehaald. Het te beschermen belang was dat van de samenleving als geheel bij de handhaving van het recht als zodanig. In het zicht van een zo groot belang moest het belang van eventuele klagers bij nietigheid wijken. Niettemin was het hof in beginsel alleen bereid tot een tijdelijk opschorten. Een al te vergaand ingrijpen in het traditionele denken over nietigheid en rechtsvorming ging de rol van het hof te buiten.

In de zaak *Schachter* was het bereid een stapje verder te gaan en te erkennen dat het opschorten van een nietigheidsoordeel ook voor de hand lag als door die nietigheid de rechten van derden in het geding zouden komen. Daarmee liet het hof zien rekening te willen houden met de positie van derden, maar *Schachter* liet tevens zien dat het hof voorzichtig was om zelf middels creatieve interpretatie of het hanteren van de knipschaar (*severance*) tot een oplossing te komen. Het erkende weliswaar de bevoegdheid om een regeling die in strijd kwam met het Charter zelf *level-up* te interpreteren zodat de wet Charter-

conform kon worden toegepast zonder dat derden daarvan de dupe behoeften te worden, maar het bond die bevoegdheid aan strikte grenzen. Het problematische karakter van de onverenigbaarheid moest met voldoende precisie kunnen worden vastgesteld en de wetgever mocht met zijn interpretatie niet het, met de wet beoogde, doel van de wetgever doorkruisen. De toepassingspraktijk van het concept *reading in* laat zien dat het SCC daartoe veelal alleen overgaat als bijna zeker is dat de wetgever zich in de nieuwe interpretatie kan vinden, bijvoorbeeld omdat de wetgever de wet al in soortgelijke zin heeft aangepast of omdat de interpretatie aansluit bij andere delen van de wet. Dat wil niet zeggen dat het hof in het verleden niet af en toe moedige beslissingen heeft genomen. In *Vriend v. Alberta* was het bijvoorbeeld bereid om ver te gaan, hoewel het met die beslissing duidelijk bleef in de kaders zoals het die in *Schachter* had geformuleerd.

Bij de keuze tussen algehele nietigheid enerzijds en gedeeltelijke nietigheid of een creatieve interpretatie anderzijds speelt de afweging tussen effectieve rechtsbescherming en het verre blijven van het territoire van de wetgever een grote rol. Algehele nietigheid is lange tijd beschouwd als staatsrechtelijk ongevaarlijk. Hoewel (een deel van) de wet in het geval van conforme interpretatie en gedeeltelijke nietigheid in stand blijft en daarom de wetgever minder geschoffeerd wordt, dient de rechter in dergelijke gevallen keuzes te maken met betrekking tot de grenzen die hij wenst aan te houden. Die grensbepaling laat hij liever aan de wetgever over.

Toch lijkt de beslissing in *Vriend* te laten zien dat de rechter in Canada vrijmoediger aan het worden is. Zo vrijmoedig als bijvoorbeeld zijn Britse tegenhanger lijkt hij echter niet snel te worden. Daarbij speelt vermoedelijk mee dat hij, als het gaat om het bieden van rechtsherstel, een duidelijk alternatief heeft. Door de onverbindendverklaring op te schorten kan de Canadese rechter het bieden van rechtsherstel een zaak maken van de wetgever. Laat die de zaken op zijn beloop, dan resteert van rechtswege nog de 'klassieke' remedie van de nietigheid. Een nadeel van opschorting is soms wel dat de rechter daarmee de kwestie overlaat aan de wetgever terwijl die het probleem alleen voor toekomstige gevallen oplost. De literatuur signaleert dat het hof zich van dergelijke gevallen niet altijd bewust is. Het gevaar bestaat dan dat klagers tussen de wal en het schip terecht komen. Zij dienen dan een beroep te doen op de klassieke nietigheidsremedie. Dat die klassieke remedie soms buitengewoon vervelende kanten heeft voor derden zonder dat de klager daarmee veel opschiet wordt in de huidige rechtspraak dan maar voor lief genomen. Niettemin is denkbaar dat het SCC het opschortingsmechanisme niet alleen toepast op de onverbindendverklaring, maar ook op de andere instrumenten. Hij doet dat reeds in het geval van gedeeltelijke nietigheid en erkende in *Hislop* dat dit ook mogelijk was met betrekking tot conforme interpretatie.

Met het instrument van het opschorten lijkt het hof aan te sturen op een dialoog met de wetgever. Een dialoog waarin niet alleen de rechterlijke uitspraak en zijn remedie een rol speelt, maar ook de reactie van de wetgever

en diens mogelijkheid de uitspraak van de rechter te overrulen met een beroep op artikel 33 van het Charter. De vraag dringt zich op of deze dialoog de rechter in de gelegenheid stelt om wat vrijmoediger om te gaan met zijn interpretatieve mandaat en zijn discretionaire ruimte in het kiezen van remedies. Om die vraag te beantwoorden moet eerst een nadere blik worden geworpen op het fenomeen 'constitutionele dialoog', op de manier waarop daaraan in Canada vorm wordt gegeven en op de rol die artikel 33 van het Charter daarbij speelt.

10.4 PROCESRECHTELIJKE REMEDIES (GEBODEN EN SCHADEVERGOEDING)

Het zwaartepunt van de rechtsbescherming tegen wettelijke voorschriften ligt in Canada, net als in Duitsland, bij de voorrangsregel van artikel 52 CA en dus bij de constitutionele remedies. Dat heeft te maken met het feit dat de voorrangsregel een kwestie van rechtsvinding is. De rechter kan daar in beginsel niet omheen. Hij zal, wat de vordering ook is, steeds eerst moeten bezien of het wettelijk voorschrift geldend recht is. Concludeert hij dat sprake is van strijd tussen wet en grondwet, dan probeert hij die strijd langs de voorgeschreven weg van artikel 52 CA weg te nemen. In beginsel is samenloop met een andere remedie (zoals een gebod, een verbod of schadevergoeding) dan uitgesloten. Lamer C.J. maakte dat uit in de eerder genoemde zaak van *Schachter*:

'An individual remedy under s. 24(1) of the Charter will rarely be available in conjunction with an action under s. 52 of the Constitution Act, 1982. Ordinarily, where a provision is declared unconstitutional and immediately struck down pursuant to s. 52, that will be the end of the matter. No retroactive s. 24 remedy will be available'.¹²³

Daaruit is in latere rechtspraak wel geconcludeerd dat:

'Although it cannot be said that damages can never be obtained following a declaration of constitutional invalidity, it is true, as a general rule, that an action for damages under s. 24(1) of the Charter cannot be coupled with a declaratory action for invalidity under s. 52'.¹²⁴

Civielrechtelijke bevelen en schadevergoeding zijn daarom minder gebruikelijk in de context van onrechtmatige wetgeving, maar ze bestaan wel. Ik ga er daarom kort op in.

123 SCC 9 juli 1992 [1992] 2 SCR 679 (*Schachter v. Canada*), per Lamer CJ.

124 SCC 3 oktober 1996 [1996] 3 SCR 347 (*Guimond v. Quebec*), per Gonthier J, r.o. 19.

De bevoegdheid voor rechters om in een procesrechtelijke remedie te voorzien, vloeit voort uit artikel 24 lid 1 van het Charter, dat stelt:

‘Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances’.

Artikel 24 Charter laat de rechter op twee punten een aanzienlijke vrijheid. In de eerste plaats is het aan de rechter om te bepalen óf hij in een specifiek geval van de bevoegdheid ex artikel 24 Charter gebruik maakt. In de tweede plaats wordt het aan zijn beoordeling overgelaten *welke* remedie hij passend acht. Dit betekent dat aan hem het gehele arsenaal aan gebruikelijke *common law and equity* ter beschikking staat. De rechter is dus bevoegd om schadevergoeding toe te kennen, maar hij kan er ook voor kiezen om een zogenaamde *injunction* uit te vaardigen, een gebod of een verbod voor de overheid om iets te doen.¹²⁵

In de volgende paragraaf sta ik bij die *injunctions* wat uitvoeriger stil als ik het heb over de mogelijkheden voor de rechter om een dialoog met de wetgever aan te gaan op het punt van de rechtsbescherming. Daarnaast kan met name de procesrechtelijke remedie van schadevergoeding interessant zijn voor de klager die niet onmiddellijk rechtsherstel geboden kan worden via de beschikbare constitutionele remedies. Zoals we zagen verklaart het SCC een regeling ook weleens nietig op termijn. Kan de klager die op de nieuwe regeling niet wil wachten, of die bang is dat de nieuwe regeling op zijn geval niet van toepassing zal zijn, dan schadevergoeding vorderen?

Het antwoord op die vraag is in beginsel positief, maar moet onmiddellijk genuanceerd worden. Het is geen eenvoudige opgave om die schadevergoeding toegekend te krijgen. In de eerste plaats is een directe actie tegen de Kroon wegens het *uitvaardigen* van een onrechtmatige wet doorgaans niet mogelijk.¹²⁶ Wel is het mogelijk de *uitvoering* van wetgeving aan de orde te stellen, het zij door de rechter, hetzij door het bestuur. In zulke gevallen wordt door het Hof echter een zeer restrictieve maatstaf aangelegd. Voor een dergelijke aansprakelijkheid is een bijzondere vorm van *mens rea*, toerekenbaarheid vereist. Het is niet voldoende voor aansprakelijkheid dat een wettelijke regeling onverbindend is. ‘*Invalidity is not the test of fault and it should not be the test of liability*’, aldus Laskin J. in *Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg*.¹²⁷ In *Mackin v. New Brunswick* werkt het Hof dat nader uit:

125 Pilkinton 1986, p. 307-310. Zie voor een ingrijpend voorbeeld van zo’n *injunction*: SCC 6 november 2003 [2003] 3 SCR 3 (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia*).

126 Vgl. SCC 17 december 1970 [1971] SCR 957 (*Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg*), per Laskin J.; SCC 3 oktober 1996 [1996] 3 SCR 347 (*Guimond v. Quebec*), per Gonthier J.

127 SCC 17 december 1970 [1971] SCR 957 (*Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg*).

‘The limited immunity given to government is specifically a means of creating a balance between the protection of constitutional rights and the need for effective government. (...) Thus, the government and its representatives are required to exercise their powers in good faith and to respect the “established and indisputable” laws that define the constitutional rights of individuals. However, if they act in good faith and without abusing their power under prevailing law and only subsequently are their acts found to be unconstitutional, they will not be liable. Otherwise, the effectiveness and efficiency of government action would be excessively constrained. Laws must be given their full force and effect as long as they are not declared invalid. Thus it is only in the event of conduct that is clearly wrong, in bad faith or an abuse of power that damages may be awarded’.¹²⁸

Tot het moment waarop de wettelijke regeling dus daadwerkelijk onverbindend wordt verklaard, is de toepassing ervan door rechter en bestuur geen grond voor aansprakelijkheid. Spreekt het Hof dus uit dat zijn eigen oordeel over de verbindendheid van een regeling pas in werking treedt op een toekomstig tijdstip, dan is dus de naleving van die wet ná die inwerkingtreding pas een reden voor schadevergoeding.¹²⁹ Voor dit alles geldt uiteraard de uitzondering dat niet reeds boven elke twijfel verheven was dat de regeling onverbindend was. Daarvan zal vaak echter geen sprake zijn. Het SCC is zeer beducht om aansprakelijkheid aan te nemen: regering en parlement moeten zich niet geremd voelen om zich van hun wetgevende taak te kwijten.¹³⁰

De conclusie is hier dus dat schadevergoeding als alternatieve remedie bij een *terme de grâce à la Canadienne* in beginsel niet mogelijk is.

10.5 DE DIALOOG ALS LEGITIMATIE VAN RECHTERLIJKE RECHTSVORMING?

Zoals wij in paragraaf 10.3 reeds zagen wordt het denken over constitutionele toetsing in Canada sterk beheerst door het bestaan van de zogenaamde ‘*notwithstanding clause*’ van artikel 33 Charter. Niet alleen in Canada drukt deze bepaling haar stempel op de discussie. In toenemende mate duikt het mechanisme op in de theorie en de praktijk van het constitutionele recht van andere landen.¹³¹ Die aandacht is mede ingegeven door het feit dat inmiddels door

128 SCC 14 februari 2002 [2002] 1 SCR 405, *per* Gonthier J., r.o. 79.

129 Zie in dat verband SCC 1 maart 2007 [2007] 1 SCR 429 (*Canada v. Hislop*), r.o. 117.

130 Anand 2009, p. 162.

131 Het meest rechtstreekse voorbeeld vormt Israël, dat het Canadese voorbeeld volgde en een soortgelijke *notwithstanding* bepaling formuleerde in artikel 8 van de *Basic Law: Freedom of Occupation*. Vgl. Navot 2007, p. 206 en uitgebreider Dor 2000. Zoals in de inleiding van dit hoofdstuk reeds werd aangestipt, lijkt het er op dat artikel 33 een rol heeft gespeeld bij de vormgeving van diverse grondrechtencatalogi waaronder de Bill of Rights van Nieuw-Zeeland en de Human Rights Act 1998 in het Verenigd Koninkrijk. Zie daaromtrent o.m. Gardbaum 2001 (m.n. p. 719). Verwijzingen naar en besprekingen van de *notwithstanding clause* zijn voorts regelmatig voorwerp van ‘*scholarly debate*’ in de internationale en rechtsver-

een groeiend aantal auteurs wordt benadrukt dat de bepaling bijdraagt aan het faciliteren van een dialoog tussen de rechtspraak en de verschillende parlementen die Canada rijk is. Het faciliteren van een vorm van dialoog is van belang omdat daarmee zou worden voorkomen dat de rechter in de samenleving het laatste woord heeft.¹³² Het onverbindendverklaren en interpreteren van wetgeving wegens strijd met het Charter zou immers gemakkelijk tot het verwijt kunnen leiden dat het de ongekozen rechter is die binnen het overheidsverband de dienst uitmaakt. Met name rechtspraak van het Amerikaanse Supreme Court geeft met de regelmaat van de klok aanleiding tot hevige debatten over de vraag of de rechter verweten kan worden zich te activistisch op te stellen. Het leerstuk van de constitutionele dialoog probeert aan die discussie een invalshoek toe te voegen. Het leerstuk zelf kent intussen diverse, duidelijk van elkaar te onderscheiden, benaderingen. In deze paragraaf wordt eerst een beeld geschetst van de theoretische achtergrond van het concept en de metafoor 'constitutionele dialoog' (§10.5.1). Bezien wordt vervolgens welke benadering lijkt aan te sluiten bij het gros der Canadese literatuur (§10.5.2). De paragraaf sluit vervolgens af met de vraag of en hoe de instrumentele bepalingen van het Charter een dergelijke constitutionele dialoog daadwerkelijk faciliteren (§10.5.3 en §10.5.4).

10.5.1 Theorieën omtrent de constitutionele dialoog

Het verhaal van de constitutionele dialoog begint bij de steeds opnieuw te stellen vraag naar het waarom van rechterlijke toetsing van wetgeving en de daarmee gepaard gaande rechtsvorming. Waarom zou het een beperkte groep benoemde – en zelden representatieve – rechters toegestaan zijn om op basis van vage normen zelfstandig recht te vormen met voorbijgaan aan wilsuitingen van de democratisch tot stand gekomen volksvertegenwoordiging? Deze kwestie is allesbehalve nieuw en doet zich voor in alle landen die een vorm van rechterlijke toetsing van wetgeving kennen. Ongekozen rechters die de democratisch gelegitimeerde wetgever de voet dwars zetten, dat levert een legitimatieprobleem op: een *countermajoritarian difficulty*.¹³³

Toetsing van wetgeving aan fundamentele rechten en vrijheden is in het verleden op verschillende manieren verdedigd. Zo zagen wij bij de bespreking van het Duitse recht reeds dat men er in de Bondsrepubliek traditioneel vanuit gaat dat rechterlijke toetsing een logisch gevolg is van de voorrang die het

gelijkende literatuur inzake grondrechtenbescherming. Het hiervoor genoemde artikel van Gardbaum uit 2001 en het vervolg er op in 2010 zijn hiervan prominente voorbeelden. Enkele voorbeelden betreffen voorts: Harding 2003; Clayton 2004; Roach 2005; Tremblay 2005; Hiebert 2006; Tushnet 2008. In Nederland figureerde artikel 33 Charter onder meer summier in de dissertatie van Van Dommelen (2003), en de oratie van De Lange (1999).

¹³² Zie nader § 10.5.1 en 10.5.2.

¹³³ Vgl. Bickel 1962, p. 16.

Grundgesetz nu eenmaal heeft ten opzichte van overige wetgeving. De rechterlijke constatering dat een wettelijke regeling nietig is wegens strijd met de grondwet wordt daarom niet als problematisch beschouwd. Het is de rechter nu eenmaal niet toegestaan om onrechtmatige wetgeving toe te passen: een dergelijke praktijk zou de legitimatie van de rechterlijke arbeid ernstig ondermijnen.¹³⁴ Een soortgelijke redenering vormt sinds *Marbury v. Madison* ook in de Verenigde Staten de basis voor toetsing van wetgeving.¹³⁵

Dergelijke redeneringen deden het goed in de negentiende eeuw toen de rechterlijke toetsing van wetgeving in verschillende landen nog vooral in het teken stond van het waarborgen van de positie van volksvertegenwoordigingen jegens de executieve en van bepaalde ‘lagen’ in het federale systeem jegens inbreuken van andere regelgevers. In beide gevallen beperkt de rol van de rechter zich tot de bewaking van formele grenzen van overheidsmacht, waarbinnen de wetgever vrij is zich naar believen te bewegen.¹³⁶ Met de groei van toetsing aan materiële rechten en vrijheden is de toetsingspraktijk van aard veranderd. Zij richt zich inmiddels minder op de bescherming van bevoegdheden van gekozen ambten, maar keert zich juist tegen de onrechtmatige of weinig legitieme uitoefening daarvan. Daarbij komt dat de toetsingsmaatstaf minder duidelijk omljnd is dan het geval was bij de bescherming van wetgevingsbevoegdheden. In de moderne tijd is er kortom meer aandacht voor het feit dat rechters discretionaire ruimte hebben bij het vaststellen van wat het constitutionele recht precies inhoudt.

Met die vaststelling kan op verschillende manieren worden omgegaan. Men kan de uitoefening van rechterlijke discretie in bepaalde gevallen bestempelen als *judicial policy making* en haar in verband brengen met rechterlijk activisme.¹³⁷ Dat suggereert dat rechterlijke discretie in beginsel een slechte zaak is die zoveel mogelijk geminimaliseerd moet worden. Manieren om dat te bereiken zouden er in kunnen bestaan de rechter te binden aan specifieke interpretatiemethoden of aan morele standaarden, of hem slechts een rol te geven bij de toetsing van zeer formele maatstaven.¹³⁸ Maar wat deze benaderingen gemeenschappelijk hebben is dat zij uitgaan van de finaliteit van rechterlijke rechtsvorming. De rechter heeft in dergelijke benaderingen het

134 Zie bijv. Tremblay 2003.

135 5 U.S. (1 Cranch), 137 (1803).

136 De metafoor treft men aan in de Oliver Wendell Holmes Lectures van Hand (1958). Vgl. voor een parallele redenering tevens: Duclos & Roach 1991, p. 4-5.

137 De literatuur omtrent rechterlijk activisme is omvangrijk en hier niet weer te geven. Vgl. voor een relatief recente beschouwing: De Waele 2009, hst. 3. Zie in de context van het Canadese debat omtrent rechterlijk activisme versus constitutionele dialoog: Roach 2001.

138 Bekende voorbeelden in de Amerikaanse context betreffen de theorieën omtrent *original understanding* (vgl. Bork 1990 en Scalia 1997), de morele benadering van Dworkin (1978, resp. 1996, p. 1-38), en de theorie van Ely (1980) die de *countermajoritarian difficulty* – kort gezegd – probeert op te lossen door rechterlijke toetsing van wetgeving gelegitimeerd te achten wanneer deze bijdraagt aan het politieke proces. Een zuiver formele toets treft men aan in de geschriften van Hand (1958).

laatste woord, iets dat sommigen problematisch vinden omdat de rechter niet gekozen is, en anderen accepteren op basis van het morele uitgangspunt dat de rechter minderheden beschermt tegen de politieke meerderheid.

De theorieën die uitgaan van een constitutionele dialoog tussen rechters en wetgevers bieden een geheel andere invalshoek. In dergelijke theorieën wordt niet zozeer het bestaan en vermijden van rechterlijke discretie vooropgesteld, maar staat het institutionele proces centraal waarin constitutionele normen uitgelegd en geëffectueerd worden.¹³⁹ Bezien wordt dan doorgaans in hoeverre uitoefening van rechterlijke discretie vanuit het perspectief van politieke meerderheden (belichaamd door de wetgever) problematisch is. De interactie tussen rechter en wetgever en de finaliteit van rechterlijke rechtsvorming staat daarbij centraal.¹⁴⁰ Dialoogmodellen zijn echter veelsoortig van aard. Zij laten zich niet in een enkele zin samenvatten. Aangezien het Canadese Supreme Court geregeld uitdrukkelijk naar de dialoog tussen rechter en wetgever verwijst bij het invullen van de eigen discretie – zowel voor wat betreft interpretatie als voor wat betreft de te bieden remedie – wordt hierna kort uiteengezet hoe het denken over de constitutionele dialoog zich heeft ontwikkeld en welk model door de Canadese literatuur en, in haar voetspoor, de rechtspraak is omarmd. Vervolgens wordt gezien welke gevolgen deze omslag in het denken heeft gehad voor de praktijk van de Canadese rechter om rechtsherstel te verlenen bij grondrechtenschendingen.

10.5.1.1 Dialoogmodellen: van 'authoritative' naar 'persuasive authority'

Wat de verschillende dialoogtheorieën kenmerkt is een afkeer van de claim dat rechterlijke rechtsvorming finaal is.¹⁴¹ Soms wordt die claim empirisch ontkend: het werk van Barry Friedman biedt daarvan een voorbeeld.¹⁴² In andere gevallen wordt de kwestie meer normatief benaderd. In dat geval wordt er bijvoorbeeld op gewezen dat het bij rechterlijke interpretaties van grondrechten niet om de *enig mogelijke* uitleg gaat.¹⁴³ De afkeer van de finaliteitsclaim markeert een geleidelijke ontwikkeling in het denken over het recht als zodanig. Neemt de klassieke juridische benadering aan dat uitspraken van hoogste rechters finaal zijn als gevolg van de bindende kracht van de uitspraak, dialoogmodellen lijken in veel – zij het niet alle – gevallen een meer sociologische benadering voor te staan waarbij de finaliteit van rechterlijke of legislatieve beslissingen vooral afhankelijk is van de kwalitatieve inhoud van de beslissing. Hoe juridisch bindend een rechterlijke uitspraak ook is, de naleving is

139 Vgl. Bateup 2006, p. 1118.

140 Zie bijvoorbeeld Friedman 1993, p. 580-581.

141 Bateup 2006, p. 1118.

142 Vgl. Friedman 1993. Voor Canada tevens o.m.: Hogg & Bushell Thornton 1997; Roach 2001.

143 Zo bijvoorbeeld Tushnet 1999, en Manfredi 2001.

in sociaal-wetenschappelijke zin afhankelijk van diverse politieke factoren en de bereidheid van het publiek om zich naar de uitspraak te schikken.¹⁴⁴ In een tijd van toenemende ontzuiling is gezag immers geen vanzelfsprekendheid meer. De reeds genoemde uitspraak *Brown v. Board of Education* van het Amerikaanse Supreme Court wordt in dat verband vaak genoemd: hoewel het Hof de autoriteiten verplichtte om ‘*with all deliberate speed*’ maatregelen te nemen om witte scholen te desegregeren, duurde het nog een zeer geruime tijd – en verschillende vervolguitspraken – voordat de Zuidelijke staten aan dat gebod gevolg gaven.¹⁴⁵ In de recentere Nederlandse context zou de casus van het rookverbod in de horeca mogelijk als voorbeeld kunnen dienen. Het enkele feit dat de wetgever een bindende regeling uitvaardigde waarin horecagelegenheden verplicht werden een rookverbod te handhaven leidde er bepaald niet toe dat er in de verschillende kroegen en restaurants niet meer gerookt kon worden. Theorieën die zich baseren op het dialoogmodel stellen de overtuigingskracht, in plaats van de bindende kracht, van het recht centraal.¹⁴⁶ Daarin vertonen zij sterke verwantschap met andere dialoogachtige theorieën zoals de deliberatieve democratie en het constitutioneel pluralisme dat in de context van de doorwerking van internationaal en transnationaal recht is opgekomen.

10.5.1.2 Uiteenlopende dialoogmodellen

Het feit dat de meeste dialoogtheorieën een gemeenschappelijke nuanceringsaanbrenging op de finaliteit van rechterlijke rechtsvorming kan niet verhullen dat er tussen die theorieën grote verschillen bestaan. Het zou te ver voeren om daarvan in het kader van dit hoofdstuk over het Canadese recht een uitputtend overzicht te geven. Teneinde inzicht te krijgen in de achtergronden van verwijzingen van het Canadese Supreme Court naar zijn eigen rol in de constitutionele dialoog, wordt volstaan met een korte beschrijving van de belangrijkste modellen.¹⁴⁷

Een eerste onderscheid kan worden gemaakt tussen modellen die de rechter een zekere normatieve handelwijze voorschrijven en modellen die een meer

144 Politieke factoren kunnen er bijvoorbeeld in bestaan dat de rechtspraak van de andere staatsmachten een corrigerende tik op de neus krijgt. Dat was in Canada bijvoorbeeld het geval toen de wetgever de bevoegdheid van de Privy Council om in hoogste aanleg recht te spreken overhevelde naar het Supreme Court of Canada in een directe reactie op politiek impopulaire rechtspraak van de Privy Council omtrent de zogenaamde *New Deal Cases* in de jaren dertig van de vorige eeuw. Vgl. Roach 2001, p. 41-44.

145 Vgl. Patterson 2001.

146 Roach 2005, p. 539.

147 Daarbij wordt geleund op het theoretisch kader zoals Bateup dat relatief recent maakte om de normatieve overtuigingskracht van de verschillende modellen te vergelijken en te beoordelen (vgl. Bateup 2006). Uitsluitend de categorisering van Bateup wordt hier – behoudens enkele kleine wijzigingen – overgenomen en niet de bespiegelingen omtrent het normatieve potentieel. Zie voor een soortgelijke, zij het beperktere, bespreking voorts: Roach 2001, p. 239-251, en Hickman 2005, p. 316-326.

descriptief uitgangspunt hanteren. In het eerste geval staat de rol van de rechter als zodanig centraal. Wij zagen reeds de verzuchting van Bickel langskomen dat rechterlijke toetsing van wetgeving in essentie een *countermajoritarian difficulty* met zich brengt.¹⁴⁸ Zuiver vanuit het perspectief van de rechter bezien zou een manier om aan dat probleem tegemoet te komen, een terugtred van de rechter kunnen zijn om de politieke organen de ruimte te geven gevoelige constitutionele kwesties zelf aan de orde te stellen. Bickel stak in dat verband de loftrumpet over de zogenaamde *passive virtues* van de rechtspraak: concepten als *mootness*, *ripeness*, *standing* en de *political question doctrine* als jurisprudentiële leerstukken die de rechter in staat stellen om controverse onderwerpen tijdelijk aan de politieke staatsmachten over te laten.¹⁴⁹ Middels dergelijke technieken zou de rechter in gevoelige kwesties een subtiel signaal kunnen afgeven aan de wetgever zonder deze middels een onacceptabele uitspraak voor het hoofd te stoten. De aanbeveling om spanning tussen wetgeving en grondrechten subtiel te signaleren zonder zich daar feitelijk over uit te spreken en aldus de wetgever ruimte laten voor een eigen verhaal wordt wel aangeduid met de term *judicial minimalism*. Dit concept is recent uitgewerkt door Sunstein die rechters in dat verband de mogelijkheid voor heeft gehouden dat zij er in sommige zaken beter vanaf kunnen zien om meer te beslissen dan strikt noodzakelijk om de uitkomst van het voorliggende geschil te motiveren.¹⁵⁰ Rechterlijke rechtsvorming wordt hier beschouwd als legitiem, maar gereserveerd voor uitzonderlijke gevallen waarin *judicial restraint* niet de aangewezen weg betreft.

Eveneens normatief van aard zijn theorieën die de rechter een bepaalde handelwijze voorschrijven bij het onverbindend verklaren van wetgeving. *Judicial Advice*-theorieën lijken het tegendeel van minimalisme te betogen in de zin dat de rechter in een dergelijke optiek bij de toetsing van wetgeving aangeeft welke knelpunten in de wetgeving aanpassing behoeven en welke oplossingen daarbij mogelijk zijn.¹⁵¹ De mogelijkheid dat de rechter wetgeving daarbij niet onmiddellijk onverbindend verklaart maar de wetgever middels relatief vrijblijvende overwegingen opmerkzaam maakt op de spanning tussen wet en grondwet staat daarbij centraal. Een parallel met de, in de Duitse context sporadisch voorkomende, *Appellentscheidungen* van het *Bundesverfassungsgericht* dringt zich op. Het oordeel van de rechter is in een dergelijk model niet finaal in de zin dat het er op gericht is een reactie van de wetgever uit te lokken.

148 Bickel 1962, p. 16.

149 Bickel 1962, hst. 4.

150 Sunstein 1996; 1999. Voorts: Heise 2000, p. 77-79.

151 Zo bijv. Katyal 1998. Een minder vergaande variant betreffen theorieën inzake *process-centered rules*, waarin de rechter zich ertoe beperkt het constitutionele probleem te signaleren en zich niet uitlaat over mogelijke oplossingen. De rechter roept hier de wetgever op tot een 'second look' met betrekking tot de wetgeving in kwestie. Zie bijv. Calabresi 1991.

Bij de tweede categorie van dialoogmodellen staat niet slechts de rol van de rechter en diens handelwijze met betrekking tot de wetgever en zijn producten centraal, maar de aanname dat het constitutionele systeem verschillende institutionele en politieke mechanismen bevat die het rechter, wetgever en bestuur mogelijk maken om op elkanders beslissingen te reageren en deze zo nodig te corrigeren.¹⁵² *Structural theories of dialogue* zijn zij ook wel genoemd.¹⁵³ De belangrijkste varianten betreffen de theorie van *coordinate construction*, verschillende theorieën die uitgaan van de complementaire rol die rechter en wetgever in het proces van rechtsvorming spelen, en theorieën die vooral de *accountability* van de rechtspraak benadrukken.¹⁵⁴

De oudste vorm van constitutioneel dialoogdenken in de Angelsaksische wereld, de theorie van *coordinate construction*, gaat terug op de beginperiode van de Amerikaanse federatie. Zij vindt haar oorsprong bij niemand minder dan de vroege presidenten Thomas Jefferson en Andrew Jackson, die meenden dat de interpretatie van de grondwet niet uitsluitend aan de rechtspraak kon worden opgedragen.¹⁵⁵ Zowel de executieve macht, als de wetgever kwam volgens beide presidenten een eigen oordeel toe omtrent de constitutionaleiteit van wetgeving en bestuursoptreden. Zo motiveerde Jackson zijn besluit om een wetsvoorstel te vetoën omtrent de verlenging van een Charter voor de nationale bank met het argument dat het Congres de bevoegdheid daartoe zijns inziens ontbeerde, niettegenstaande het feit dat het Supreme Court in een eerdere uitspraak had geoordeeld dat dit wel het geval was. Over de binding van de staatsmachten aan elkanders oordeel over de grondwet zei hij het volgende:

‘The opinion of the judges has no more authority over Congress than the opinion of Congress has over the judges, and on that point the President is independent of both’.¹⁵⁶

Een latere president, Abraham Lincoln, koos een soortgelijke – zij het genuanceerder – benadering na de omstreden uitspraak van het, door Zuidelijke conservatieven gedomineerde, Supreme Court in de zaak *Dred Scott v. Sandford*.¹⁵⁷ In die uitspraak bevestigde het hof dat slavernij een grondwettelijk beschermde status genoot en daarom niet door het Congres kon worden aangetast. Lincoln accepteerde de bindende kracht van de uitspraak voor zover het de beslissing in de zaak van Scott tegen zijn eigenaar betrof, maar onder-

¹⁵² Bateup 2006. Zie ook Goldsworthy 2003, p. 451.

¹⁵³ Vgl. Bateup 2006.

¹⁵⁴ Zie voor een soortgelijke driedeling: Roach 2001, p. 240-250.

¹⁵⁵ Zie daaromtrent Tushnet 1999, p. 15. Ook *founding father* en *Jeffersonian* James Madison wordt met de theorie in verband gebracht, zie Roach 2001, p. 241.

¹⁵⁶ Geciteerd in Tushnet 1999, p. 15.

¹⁵⁷ 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

streepte dat de bredere politieke gevolgen van de uitspraak hem als president niet bonden:

'The People have ceased to be their own rulers if the policy of government upon vital questions affecting the whole people, is to be irrevocably fixed by the Supreme Court'.¹⁵⁸

De theorie van *coordinate construction* borduurt op deze stellingnames voort en gaat er inmiddels vanuit dat de staatsmachten een eigen interpretatie van de grondwet toekomt, en dat het proces van interpretatie een '*joint enterprise*' van wetgever, bestuur en rechter is. De meest recente en invloedrijke auteur in deze traditie is Mark Tushnet, die in zijn boek uit 1999, *Taking the Constitution Away from the Courts*, verdedigt dat rechterlijke interpretatie van de grondwet geen bijzonder gewicht toekomt en dat de andere twee staatsmachten een eigen afweging toekomt voor zover zij dat doen op basis van 'reasonable interpretations of the abstract principles of the Bill of Rights'.¹⁵⁹ Daarbij speelt mee dat rechterlijke toetsing volgens Tushnet en zijn Canadese protagonist Christopher Manfredi het proces van morele deliberatie vooral 'vervuilt' met legalistische en onnodig juridiserende noties.¹⁶⁰

Een belangrijk kenmerk van de theorie van *coordinate construction* is dat geen enkele staatsmacht een bijzondere positie heeft ten opzichte van de anderen als het om de interpretatie van constitutionele normen gaat. Zij is sterk verbonden met het typisch Amerikaanse adagium dat macht op haar best is als zij zoveel mogelijk gefragmenteerd is.¹⁶¹ Niet alleen heeft de rechter niet het laatste woord, zijn woord komt zelfs geen bijzondere positie toe. Om het in een, tegenwoordig zeer gangbare, zinsnede samen te vatten: het is ook maar *een* mening, een concurrerende uitleg op de politieke markt van interpretaties.¹⁶² De interpretatie die prevaleert is volgens *coordinate construction* *listers*, de interpretatie van de staatsmacht die haar wil het best kan doorzetten middels politieke middelen.¹⁶³

Een andere benadering van de dialoogmetafoor, is het model dat uitgaat van de *accountability* van rechters ten opzichte van de wetgever.¹⁶⁴ Zij is ontwikkeld door de Amerikaanse politicoloog Robert Dahl aan de hand van de vaststelling dat de stellingnames van de rechterlijke macht zelden lang uit de pas lopen met de opvattingen van de kiesgerechtigde meerderheid van de bevolking.¹⁶⁵ Dahl argumenteerde dat dit ook zo behoort te zijn omdat

158 Geciteerd in Tushnet 1999, p. 8-9.

159 Tushnet 1999, p. 175, 186.

160 Vgl. Tushnet 1995; Manfredi & Kelly 1999, p. 522-523.

161 Vgl. Bateup 2006, p. 36.

162 Manfredi spreekt in dat verband van '*just another voice*': Manfredi 2001, p. 1999.

163 Bateup 2006, p. 39-40.

164 Zie voor een bespreking van deze benadering: Roach 2001, p. 243-245.

165 Vgl. Dahl 1957, p. 283-291.

popular sovereignty, het democratische ideaal, anders te zeer onder druk zou komen te staan. De dialoog tussen rechter en wetgever zou er in bestaan dat rechterlijke uitspraken gevolgd worden door signalen van de wetgever die aangeven of de rechterlijke uitspraak niet te ver is verwijderd van een *mainstream* interpretatie van het constitutionele recht. Was dat niet het geval, dan zou rechterlijke rechtsvorming gelegitimeerd zijn. Was dat wel het geval, dan was het signaal van de wetgever aanleiding voor een koerswijziging. De theorie van Dahl heeft in Canada enkele volgelingen gemaakt, vooral onder politicologen.¹⁶⁶ Daarnaast is de vaststelling van Dahl dat de rechter niet slechts invloed heeft op de politieke organen, maar zich op zijn beurt zelf ook laat beïnvloeden door de publieke opinie en signalen van de politieke organen, ook van belang geweest voor recentere dialoogtheorieën die, zoals men dat noemt, een *equilibrium* nastreven.¹⁶⁷ In deze nieuwere benadering wordt meer dan in de benadering van Dahl de nadruk gelegd op de rol van de rechtspraak in het faciliteren en teweegbrengen van een nationale discussie omtrent de reikwijdte en de betekenis van grondrechten. Met Dahl spreken ook de nieuwe benaderingen echter van een dialoog wanneer zij benadrukken dat niet onderschat mag worden hoezeer de rechtspraak van met name het Amerikaanse Supreme Court, in empirische zin wordt bepaald door de publieke opinie.

De laatste, hier te bespreken, groep *structural theories of constitutional dialogue* betreft theorieën die ervan uitgaan dat rechter en wetgever een gezamenlijke bijdrage leveren aan het constitutionele rechtsvormingsproces, elk vanuit een eigen – complementaire – rol. Deze groep is zonder meer het meest invloedrijk geweest in Canada. Hoewel in deze groep genuanceerde verschillen zijn aan te brengen – voor een beschrijving en evaluatie ervan zij verwezen naar de bijdrage van Bateup – staan hier vooral de overeenkomsten van deze modellen centraal.¹⁶⁸ Het vertrekpunt van modellen die gebaseerd zijn op *partnership* en *judicial principle* is het hier reeds eerder genoemde werk van Alexander Bickel en zijn verzuchting dat rechterlijke toetsing in essentie een *countermajoritarian difficulty* met zich brengt. Zoals gezegd, wees Bickel op de mogelijkheden van rechters om zich, door middel van *passive virtues* bescheiden op te stellen. Bickel beschouwde de rechterlijke uitspraak echter ook als het vertrekpunt van een dialoog tussen rechter en wetgever. De rechter, aldus Bickel, heeft in die dialoog de taak om uit het recht abstracte principes af te leiden. De identificatie en het vaststellen van de reikwijdte van rechten is, aldus

¹⁶⁶ Morton & Knopff 2000.

¹⁶⁷ Vgl. o.m. Friedman 1993, en Post 2003. Zie voor een kritische bespreking tevens Bateup 2006, p. 57.

¹⁶⁸ Dat doet impliciet ook Roach 2001, p. 246-250. Bateup maakt een principieel onderscheid tussen modellen die uitgaan van een *partnership* en modellen die gebaseerd zijn op *judicial principle*. Binnen die laatste categorie wordt vervolgens onderscheiden tussen modellen die de wetgever een eigen en unieke expertise toedichten bij het proces van constitutionele interpretatie, en modellen die dat niet doen. Zie Bateup 2006.

nog steeds Bickel, vooral een zaak van de rechter die immers het voordeel heeft van de relatieve rust van de rechtszaal.¹⁶⁹ Zoals gezegd, dient de rechter daarbij behoedzaam te werk te gaan. Dat de rechter het primaat heeft bij het identificeren en vaststellen van de reikwijdte van grondrechten wil immers niet zeggen dat hij in die taak onfeilbaar is. Wijkt hij te zeer af van hetgeen voor de politieke staatsmachten aanvaardbaar is, dan zijn er mechanismen om de rechtspraak te corrigeren.¹⁷⁰ Uitspraken van de rechter hebben dus noodzakelijkerwijs een tijdelijk en voorwaardelijk karakter. De Canadese bijdrage aan dit debat, met name van Hogg en Bushell Thornton, Hiebert en Roach, is dat zij ook de unieke rol van de wetgever in het interpretatieproces duidelijker voor het voetlicht hebben gebracht. Niet alleen kan de wetgever feitelijk politiek ingrijpen, een dergelijke ingreep is ook normatief gerechtvaardigd gelet op zijn bijzondere expertise. Komt de rechter het primaat toe bij de identificatie en het vaststellen van de reikwijdte van grondrechten, de wetgever heeft bij uitstek de expertise om de noodzaak van beperkingen van die grondrechten te beoordelen. De rol van de rechter is op dat punt vooral die van kritische vragensteller. Rechter en wetgever worden in deze leer als gelijke partners in het constitutionele proces beschouwd, ieder vanuit de eigen rol en expertise. In de (vertaalde) woorden van Roach: herinnert de rechter de wetgever aan het belang van fundamentele waarden, de wetgever kan antwoorden door de rechter het belang van beperkingen op die waarden in herinnering te roepen.¹⁷¹

10.5.1.3 Resumerend

Dialogomodellen zijn er in soorten en maten. Gemeenschappelijk hebben zij de gezamenlijke afkeer het rechterlijk oordeel te beschouwen als de finale stand van zaken met betrekking tot de interpretatie van een grondrecht. Dialogomodellen bezien dat oordeel niet zozeer vanuit een juridisch-positivistisch perspectief – de bindende kracht van het rechterlijk oordeel – maar vanuit een meer sociaal-wetenschappelijk getint perspectief: de overtuigende kracht van het rechterlijk oordeel. Kenmerkend voor dialogomodellen is dat de rechterlijke oordeelsvorming niet geïsoleerd wordt beschouwd, maar wordt bezien in het licht van de relatie met de wetgever.

Daarin kunnen twee hoofdstromingen worden onderscheiden. Enerzijds kan worden gewezen op modellen die zich richten op het rechtsvindingsproces in brede zin. Zulke normatieve dialoogtheorieën roepen de rechter dan op zich terughoudend op te stellen met het vernietigen of onverbindendverklaren

¹⁶⁹ Bickel 1962, p. 25-26, 188.

¹⁷⁰ Vgl. Bateup 2006, p. 43-44.

¹⁷¹ Uiteraard zijn er nuanceverschillen: Hiebert erkent niet, zoals bijvoorbeeld Roach lijkt te doen, dat de rechter een bijzondere expertise bezit bij het identificeren van grondrechten. Primaten erkent zij op dit punt dan ook niet.

van wetgeving, en de wetgever in plaats daarvan in niet-bindende termen te adviseren over te nemen stappen teneinde spanning tussen wetgeving en grondrechten te vermijden (*advicegiving theories*). Sommige varianten gaan echter nog minder ver, en roepen de rechter op zich niet meer dan strikt noodzakelijk uit te laten over constitutioneel gevoelige onderwerpen (*judicial minimalism*) of het te laten bij het aanstippen van een gevoeligheid teneinde de wetgever de gelegenheid te geven een tweede blik te werpen op de wetgeving in kwestie (*process-centered theories*). Anderzijds kan worden gewezen op theorieën die een meer empirisch uitgangspunt kiezen. Daarop bestaan, grof gezegd, drie varianten. De oudste en bekendste theorie gaat ervan uit dat constitutionele interpretatie een gezamenlijke verantwoordelijkheid is van rechter, bestuur en wetgever. Geen van de staatsmachten heeft het monopolie, of zelfs maar een geprivilegieerde rol in dat proces. Welke wending de grondrechtenbescherming uiteindelijk krijgt, hangt af van de vraag welke staatsmacht uiteindelijk de overhand krijgt in het constitutionele concurrentiespel (*coordinate construction*). In andere modellen wordt vooral het empirische gegeven benadrukt dat de rechter zich meestal lijkt te richten naar opinies die op de lange termijn door de meerderheid van het publiek lijken te worden gedragen. Wanneer rechters zich daarin zouden vergissen, dan zijn in het constitutionele systeem doorgaans mechanismen aanwezig die ervoor zorgen dat de gekozen staatsorganen de rechter kunnen waarschuwen (*accountability*, resp. *equilibrium theories*). Voorstanders van dergelijke theorieën benadrukken soms de normatieve plicht voor rechters om zich van die signalen iets aan te trekken. De laatste groep theoretici onderstreept de verschillende en complementaire rollen die rechter en wetgever in het constitutionele rechtsvormingsproces vervullen. Rechters, zo wordt aangenomen, komt het primaat toe rechten te identificeren en te formuleren. Wetgevers daarentegen bezitten een bijzondere expertise bij het vaststellen van de noodzaak tot het stellen van beperkingen aan grondrechten. Deze dialoogmodellen richten zich dan ook vooral op de mogelijkheden van wetgevers om op rechterlijke uitspraken te reageren teneinde beperkingen op grondrechten te rechtvaardigen of, zo nodig, zelfs door te zetten tegen de rechterlijke uitspraak in. Zoals wij hierna zullen zien zijn het vooral deze modellen die in Canada school hebben gemaakt.

10.5.2 De constitutionele dialoog in Canada

Het idee dat toetsing van wetgeving aan grondrechten in Canada te beschrijven is in termen van een dialoog tussen rechter en wetgever stamt van een invloedrijk artikel uit 1997 van Peter W. Hogg en Allison A. Bushell (tegenwoordig Thornton).¹⁷² Hun bijdrage poogde een antwoord te geven op het aanzwel-

172 Hogg & Bushell Thornton 1997. Zie tevens Hogg, Bushell Thornton & Wright 2007.

lende koor van critici, met name uit politicologische hoek, die meenden dat het eerste decennium rechtspraak onder het Charter voornamelijk tot rechterlijke suprematie had geleid. De titel van hun bijdrage was dan ook veelzeggend: 'The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter Isn't Such A Bad Thing After All)'. Het ging Hogg en Bushell Thornton er destijds niet om een alomvattende normatieve theorie te ontwikkelen. Wie, met de gestaag groeiende stapel rechtstheoretische literatuur over *constitutional dialogue* op schoot, meent dat het oorspronkelijke artikel pareltjes van normatief-theoretische wijsheden bevat, komt bedrogen uit. Eigenlijk kan de bijdrage het best worden omschreven als een typische reactie van de juristerij op kritiek vanuit vooral de sociaalwetenschappelijke hoek. Het artikel bevat een uitvoerige positiefrechtelijke analyse van de rechtspraak waarin het SCC wetgeving (al dan niet op termijn) onverbindend heeft verklaard en richt zich met name op de reactie van de wetgever op dergelijke uitspraken. De boodschap van Hogg en Bushell Thornton: de praktijk laat zien dat het wel meevalt met de claim dat constitutionele toetsing aan grondrechten ervoor heeft gezorgd dat de rechter het in Canada voor het zeggen heeft gekregen.

Op een grote meerderheid van de geanalyseerde zaken volgde een reactie van de wetgever. Een enkele keer bestond die reactie er in dat de wetgever de oorspronkelijke wet, in weerwil van de uitspraak van het SCC, vrijwel ongewijzigd nogmaals vaststelde, de zogenaamde *in-your-face-reply*.¹⁷³ Eveneens incidenteel maakte de wetgever gebruik van de grondwettelijke mogelijkheid zijn wetgeving onaantastbaar te maken voor rechterlijke uitspraken middels de *notwithstanding clause* van artikel 33 Charter. Vaker kwam het echter voor dat de wetgever zich positief opstelde jegens de rechterlijke uitspraak en haar ofwel codificeerde, ofwel gebruik maakte van de geboden mogelijkheid om zelf een remediërende regeling vast te stellen binnen de kaders van de rechterlijke uitspraak.¹⁷⁴ Een middenweg bewandelde de wetgever wanneer hij opnieuw wetgeving introduceerde die het aanvankelijk beoogde beleidsdoel op andere, minder vergaande, manieren probeerde te verwezenlijken, of wanneer hij het doel op een vergelijkbare manier probeerde te verwezenlijken, maar de motivering van de belangen die met dat doel gemoeid waren beter tot uitdrukking bracht, bijvoorbeeld in de preambule van de regeling.¹⁷⁵ Uit deze praktijk trokken Hogg en Bushell Thornton de conclusie dat de wetgever zijn beleidsdoelen doorgaans wel wist door te zetten. Soms moest hij daarvoor andere middelen zoeken, soms moest hij de zaken beter uitleggen en in een enkel geval moest hij zijn heil zoeken bij het paardenmiddel van de *nothwith-*

173 Dat gebeurde bijvoorbeeld na SCC 30 september 1994 [1994] 3 SCR 63 (*R. v. Daviault*).

174 Vgl. bijv. SCC 3 maart 1994 [1994] 1 SCR 311 (*RJR-MacDonald v. Canada I*), waarin het hof een algeheel verbod op reclame voor tabaksproducten te ver vond gaan, en de wetgever daarop reageerde door het verbod te beperken tot reclame die was gericht op kinderen en *lifestyle* reclame. Vgl. voorts SCC 22 augustus 1991 [1991] 2 SCR 577 (*R. v. Seaboyer & Gayme*), en SCC 12 oktober 2000 [2000] 2 SCR 443 (*R. v. Darrach*).

175 Dit was bijvoorbeeld het geval in SCC 25 november 1999 [1999] 3 SCR 668 (*R. v. Mills*).

standing clause (artikel 33 Charter). De claim dat regering en parlement het niet meer voor het zeggen hadden in het land was in elk geval niet gefundeerd.

10.5.2.1 Constitutionele dialoog in de literatuur

Het artikel van Hogg en – toen nog studente – Bushell Thornton heeft een enorme impact gehad in Canada, zowel op de constitutionele praktijk als op de literatuur. Met name het gebruik van de metafoor ‘dialoog’ heeft de gemoe-deren bezig gehouden. Zoals wij zagen bestond deze metafoor reeds voor 1997, maar de ontwikkelingen in Canada trokken de aandacht van constitutionalisten wereldwijd en de geschiktheid van het etiket dialoog voor het proces dat Hogg en Bushell Thornton hadden beschreven werd onderwerp van onderzoek van Israël tot India en van het Verenigd Koninkrijk tot de Verenigde Staten. Het zegt misschien iets over de hijgerigheid van de hedendaagse rechtsgeleerdheid dat de enkele vluchtige zinnen die Hogg en Bushell Thornton aan het gebruik van de metafoor dialoog in de titel van hun bijdrage wijdden, geleid hebben tot doorwrochte beschouwingen in het prestigieuze *International Journal of Constitutional Law* over sociologische en filosofische noties van het concept ‘dialoog’.¹⁷⁶ Moest de dialoog tussen wetgever en rechter worden opgevat als een ‘*conversation*’, of als een ‘*deliberation*’? Was wel sprake van een dialoog? Moest het dan niet gaan om een discussie tussen twee gelijken, en konden wetgever en rechter dan wel als gelijk worden beschouwd? Er kon trouwens op gewacht worden, recent verscheen een bijdrage met de titel ‘*Taking Dialogue Seriously*’.¹⁷⁷ En al die bijdragen verwezen serieus en op de eerste plaats naar het artikel van Hogg en Bushell Thornton. De inhoudelijke stelling van beide auteurs, namelijk dat *in de Canadese context* sprake was van, wat zij – wellicht treffender – ook wel noemden, *legislative sequels*, die lieten zien dat rechtspraak niet zo’n dramatisch effect had op het maatschappelijk leven als sommige theoretici geneigd waren te geloven, die stelling kwam in de reacties nauwelijks nog terug. In internationaal verband lijkt de metafoor inmiddels de inhoud te zijn gaan overheersen.

Niettemin heeft de, aanvankelijk bescheiden, bijdrage van Hogg en Bushell Thornton wel een aanzet gegeven tot nadere inhoudelijke gedachtevorming over de dialoog tussen wetgever en rechter. De handschoen is met name door Kent Roach en Janet Hiebert opgepakt.¹⁷⁸ De Canadese literatuur over het thema kan zeer ruwweg worden onderverdeeld in twee hoofdstromingen waarvoor beide auteurs respectievelijk model kunnen staan. De ene stroming, waartoe Hiebert behoort, benadrukt het belang van het mechanisme van de *parliamentary override* voor de legitimatie van rechterlijke rechtsvorming. Zolang gebruik van de *override* door de wetgever een reële optie is, kan het bestaan

¹⁷⁶ Vgl. bijv. Tremblay 2005.

¹⁷⁷ Cartabia 2009.

¹⁷⁸ Vgl. o.m. Roach 2001; Roach 2005; Roach 2006; Hiebert 2006.

van rechterlijke toetsing, interpretatie en rechtsvorming verdedigbaar zijn. Rechter en wetgever dienen zich bij het nemen van hun beslissingen dan ook het bestaan en de waarde van artikel 33 Charter te realiseren. Voor de praktijk van de rechterlijke remedies betekent dat concreet dat de rechter een voorkeur zou moeten uitspreken voor algemene, liefst niet bindende, verklaringen voor recht. Vergaande conforme interpretatie ('*remedial interpretation*') en individuele remedies zoals het creëren van uitzonderingen op basis van artikel 24 van het Charter dienen in dit model zoveel mogelijk vermeden te worden. De rechter doet principiële uitspraken die vervolgens door de wetgever op hun waarde en hun implementeerbaarheid kunnen worden beoordeeld. Er moet, met andere woorden, wel iets zijn om te '*override*'.

De tweede stroming, vertegenwoordigd door Kent Roach en Peter Hogg beziet de dialoog tussen rechter en wetgever niet enkel in termen van artikel 33 Charter, maar in een serieschakeling van de artikelen 1 en 33 van het Charter in combinatie met de discretionaire vrijheid die de rechter heeft bij het modelleren van de beste remedie. In dit model begint de dialoog met een rechterlijke uitspraak die de wetgever zoveel mogelijk de ruimte geeft tot reparerende of corrigerende rechtsvorming. Het opschorten van een rechterlijke remedie, of dat nu een onverbindendverklaring of een conforme interpretatie betreft, kan daartoe bijdragen. Wel kan de rechter de wetgever middels zijn uitspraak voorlichten over de constitutionele grenzen van diens handelingsvrijheid. Een 'constitutionele hint' is dat wel genoemd.¹⁷⁹ De wetgever heeft vervolgens een reeks aan mogelijke reacties om uit te kiezen. Gebruikmaking van artikel 33 dient in deze filosofie in dit stadium nog zoveel mogelijk vermeden te worden. In de woorden van Roach: '*Using section 33 is like shouting to win an argument*'. De algemene beperkingsclausule geeft de wetgever de ruimte om de beperking van het grondrecht nogmaals na te streven maar nu met verbeterde motivering of een lichtelijk gewijzigd middel. Het is vervolgens weer aan de rechter om het nieuwste product aan het Charter te toetsen. In de analyses van zowel Roach, als Hogg en Bushell Thornton, stoppen de meeste dialogen in dat stadium omdat hetzij de wetgever, hetzij de rechter (in tweede instantie) zich heeft laten overtuigen.

Is de rechter niet overtuigd, en verklaart hij de norm opnieuw in strijd met het Charter, dan is het aan de wetgever om zich achter de oren te krabben en desnoods een beroep te doen op artikel 33 Charter. Roach wijst er echter op dat ook de wetgever geacht kan worden overtuigd te zijn. Dat is het geval wanneer hij niet meer op de uitspraak van de rechter reageert. Is hij niet overtuigd, dan dient de wetgever – aldus Roach – wel duidelijk te kiezen voor de *override* en niet, zoals hij nog weleens doet, voor een zogenaamde *in your face reply*.¹⁸⁰ Daarvan is sprake wanneer de wetgever de regeling nogmaals

179 Duclos & Roach 1991.

180 Roach 2001, p. 281-282.

– en vrijwel ongewijzigd – vaststelt om duidelijk te maken dat men het met de rechter oneens is, zonder de *override* van artikel 33 te gebruiken.¹⁸¹ Volgens Roach biedt artikel 33 een afgewogener structuur voor ‘*shouting*’ tussen wetgever en rechter. Het voordeel van artikel 33 is, zoals wij nog zullen zien, dat het machtswoord van de wetgever tijdelijk is – gebonden aan een hernieuwbare termijn van vijf jaar – en dat met het gebruik van artikel 33 expliciet worden erkend dat de wetgever in strijd handelt met het Charter.

10.5.2.2 *Inpassing in de bestaande dialoogtheorie*

Met dit laatste argument wordt wel duidelijk dat in elk geval de opvatting van Roach (en tevens Hogg en Bushell Thornton) zich niet laat verenigen met klassieke dialoogtheorieën als *coordinate construction* die de wetgever een eigen afweging gunnen ten aanzien van de vraag of de wetgeving in strijd is met het grondrecht. Roach erkent zelf ook ruiterlijk dat deze theorie niet de zijne is.¹⁸² De opvatting van Hiebert komt daarbij dichterbij, zij het dat ook Hiebert de rol van de rechter bij het identificeren en definiëren van rechten niet marginaliseert. Maar anders dan Roach erkent zij niet een bijzonder primaat van de rechter bij de interpretatie van grondrechten. Theorieën die de rechter oproepen zich meer aan te trekken van signalen uit de samenleving (gedefinieerd als de meerderheid) met betrekking tot de interpretatie van grondrechten lijken nog minder goed te passen bij de hiervoor behandelde Canadese literatuur. Hiebert noch Roach (en evenmin Hogg en Bushell Thornton) roepen de rechter op tot meer terughoudendheid ten opzichte van de wetgever. In tegendeel, zij onderstrepen veelal dat ‘*dialogue isn't deference*’.¹⁸³ Wel lijken Canadese dialoogmodellen enigszins op theorieën inzake *accountability* in de zin dat gewezen wordt op parlementaire mechanismen die de rechter indien nodig terecht kunnen wijzen. Zowel Hiebert als Roach benadrukken echter dat dit niet betekent dat de rechter zijn rechtspraak moet wijzigen: gebruikmaking van artikel 33 door de wetgever ligt dan voor de hand. Zowel Roach als Hiebert, en in mindere mate Hogg en Bushell Thornton, lijken het best geplaatst te kunnen worden in theorieën die het rechtsvormingsproces zien als een samenwerking tussen rechter en parlement, waarbij beiden een bijzondere expertise inbrengen (*structural dialogue*). De vraag is of de rechtspraak zich door deze modellen heeft laten inspireren.

181 Daarvan was bijvoorbeeld sprake na SCC 30 september 1994 [1994] 3 SCR 63 (*R. v. Daviault*). Zie voorts Roach 2006.

182 Roach 2001, p. 242-244.

183 Hogg 2007-II; Roach 2001.

10.5.2.3 Constitutionele dialoog in de rechtspraak

Het zal een auteur ongetwijfeld grote voldoening geven wanneer zijn opvattingen doorklinken in de rechtspraak van de hoogste rechter. Als dat zo is, dan lacht het leven Peter Hogg en Allison Bushell Thornton toe. Zoals hiervoor al werd beschreven heeft hun opstel een grote impact gehad, niet alleen op de literatuur maar ook op de rechtspraktijk. Het SCC verwijst regelmatig naar de constitutionele dialoog ter rechtvaardiging van een bepaalde koers, met name wanneer het de keuze voor een remedie betreft. Bij deze praktijk wordt nu stilgestaan. Nadat een overzicht is gegeven van de invloed die het dialoogdenken op de rechtspraak van het hof heeft gehad, wordt wederom getracht deze rechtspraak te vangen in één van de verschillende dialoogmodellen. Bovendien wordt getracht te achterhalen of het dialoogdenken van invloed is op de vraag hoe ver de rechter zichzelf ziet gaan bij het nemen van het initiatief in de rechtsvorming. Met andere woorden: gaat de rechter nu eigenlijk verder dan hij normaal gesproken zou gaan bij het bieden van een eigen oplossing omdat hij weet dat hij onderdeel is van een groter geheel en de wetgever hem op verschillende wijzen kan corrigeren of hem de helpende hand kan toesteken?

10.5.2.4 Constitutionele dialoog als bron van legitimatie

In de rechtspraak van het Supreme Court komt de dialoogmetafoor, zoals gezegd, veelvuldig en in een variërende context voor. Gebruik van de metafoor komt voor in vier typen argumenten.¹⁸⁴ Ten eerste is de metafoor wel ingezet ter rechtvaardiging van rechterlijke toetsing en, in het verlengde daarvan, rechtsvorming. Dat deed het hof voor het eerst in de, hier al vaker aangehaalde, uitspraak *Vriend v. Alberta*.¹⁸⁵ Zoals de lezer zich wellicht zal herinneren ging het in deze zaak om de vraag of seksuele geaardheid moest worden ingelezen als verboden discriminatiegrond in de *Human Rights Code* van Alberta. Twee preciaire constitutionele kwesties deden zich in dat verband voor. Ten eerste had het hof te beslissen of seksuele geaardheid wél werd beschermd door het Charter. Dat was geen uitgemaakte zaak want de grond was zeer uitdrukkelijk overwogen en niettemin weggelaten bij de totstandkoming van het Charter. Niettemin had de Charterwetgever destijds de deur wel op een kier gezet: het was mogelijk dat de rechtsontwikkeling een loop zou nemen die ertoe kon leiden dat wél aangenomen moest worden dat seksuele geaardheid onder de bescherming van artikel 15 Charter viel. Dat deed de kwestie op het bord van de rechter belanden. Was de rechtsontwikkeling inderdaad in die specifieke richting voortgeschreden? Een tweede complicerende factor

¹⁸⁴ Althans, zo identificeren Hogg en Bushell Thornton, samen met co-auteur Wright, het zelf. Zie Hogg, Thornton & Wright 2007, p. 7.

¹⁸⁵ SCC 2 april 1998 [1998] 1 SCR 493 (*Vriend v. Alberta*), per Iacobucci J, §138-142.

was de te bieden remedie. Het hof koos ervoor om seksuele geaardheid niet alleen in te lezen in het eigen Charter, maar – bij wege van remedie – óók in de *Alberta Human Rights Code*. Dat lag gevoelig want anders dan de Charter-wetgever had het parlement van Alberta geen enkele deur opengelaten en seksuele geaardheid zeer beslist afgewezen als verboden grond van onderscheid. Het hof stevende dan ook af op een controversiële beslissing. Namens de meerderheid betoogde Iacobucci J dat rechterlijke rechtsvorming¹⁸⁶ moest worden beschouwd als een onlosmakelijk onderdeel van het democratische proces. Dat omvatte meer dan slechts meerderheidsbesluitvorming. In de analoge woorden van Vranken: rechter en wetgever als *partners in the business of law*.¹⁸⁷ Hij wees er met name op dat rechtsvorming door het hof niet het eind van het verhaal behoefde te zijn: de wetgever kan op verschillende manieren op de arrangementen van het hof reageren. Zo kan hij voor een andere regeling kiezen mits die conform het Charter is of, in het uiterste geval, gebruik maken van de *notwithstanding clause* van artikel 33 Charter. Zoals wij in §10.4.3 hierna nog zullen zien heeft de wetgever in Alberta overwogen om deze bepaling in te roepen maar daarvan uiteindelijk afgezien. Of hij dat deed omdat hij toch nog wat warme gevoelens wist te ontwaren voor de uitspraak van het hof in *Vriend*, dan wel dat hij het niet aandurfde kan hier buiten beschouwing blijven. Wij komen daarop nog terug in de volgende paragraaf.

In *Vriend* ging het om de legitimatie van conforme interpretatie als remedie. In die andere homorechtenzaak, *M. v. H.* werd door rechters Bastarache en Iacobucci JJ eveneens de dialoogmetafoor ingeroepen. Deze keer niet om de remedie te rechtvaardigen, maar om de ingrijpende conclusie van het hof te rechtvaardigen dat de bijzondere behandeling van getrouwde heteroseksuele stellen onder artikel 1 van het Charter niet proportioneel was.¹⁸⁸ De conclusie kan derhalve zijn dat de constitutionele dialoog door het hof aangehaald wordt, zowel om zijn rol bij de interpretatie van het Charter en de beoordeling van de, door de wetgever gemaakte, belangenafweging te beoordelen (*M. v. H.*)

186 De term die Iacobucci letterlijk gebruikte was '*judicial review*'. De letterlijke vertaling daarvan is niet rechtsvorming maar toetsing. Niettemin heb ik er hier voor gekozen de term als rechtsvorming te vertalen omdat *review* in dit geval meer in de context van rechtsvorming wordt gebruikt dan in de procedurele context van toetsing. Iacobucci gebruikte de term niet in het kader van de vraag of de rechter de wetgeving aan het Charter mocht toetsen, die vraag was niet in het geding. Hij gebruikte de term evenmin in de context van de vraag hoe ver de rechter bij die toetsing mocht gaan. Die toets was reeds afgerond en het hof was reeds tot het oordeel gekomen dat de wet met het Charter in strijd was. Hij gebruikte de term enkel in het kader van de remedie, dus bij beantwoording van de vraag of de rechter de wet zodanig mocht vervormen dat sprake was van een verenigbare wet. In de Nederlandse rechtscultuur wordt dan n.m.m. niet van toetsing maar van rechtsvorming gesproken.

187 Vgl. Vranken 2005, p. 10.

188 SCC 20 mei 1999 [1999] 2 SCR 3 (*M. v. H.*), per Bastarache J, §286, 328. Tevens per Iacobucci J, §78.

als om een relatief vergaande constitutionele remedie te rechtvaardigen (Vriend).¹⁸⁹

10.5.2.5 Constitutionele dialoog als ideaal

Aan de dialoogmetafoor wordt ook gerefereerd in de context van *reading down*, die andere vorm van conforme interpretatie. De lezer zal van de vorige paragraaf herinneren dat de Canadese doctrine een verschil maakt tussen *reading down* en *reading in*. Dat verschil gaat er niet alleen om dat in het geval van *reading in* woorden aan de bepaling worden toegevoegd en dat in het geval van *reading down* aan de bepaling een zodanig restrictieve uitleg wordt gegeven dat toepassing in het concrete geval geen schending van het Charter meer oplevert.¹⁹⁰ Het karakter van de beide instrumenten is wezenlijk anders. Sommige Canadese auteurs menen dan ook dat *reading down* een interpretatiemethode is terwijl *reading in* dat niet is en slechts gelegitimeerd kan worden met een beroep op de voorrangbepaling van artikel 52 lid 1 CA 1982.¹⁹¹ In die optiek is *reading down* een relatief 'rustige' en veilige remedie. Zij wordt vaak in verband gebracht met een terughoudende opstelling van de rechter, met *judicial restraint*.¹⁹²

Niettemin is *reading down* niet altijd de voor de hand liggende oplossing. In *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada* nam Iacobucci J. stelling tegen *reading down* als oplossing omdat hij meende dat nietigverklaring, uiteraard uitgesteld, de dialoog tussen de rechter en de wetgever beter zou faciliteren.¹⁹³ Het ging in deze zaak om douanewetgeving die discrimineerde tussen pornografisch materiaal van homoseksuele en heteroseksuele aard. De bron van de discriminatie was gelegen in de toepassing van de term '*obscenity*'. Het bestuur paste die term vrijwel uitsluitend toe op homoseksueel materiaal. De meerderheid besloot uiteindelijk dat de term neutraal diende te worden uitgelegd. Iacobucci meende dat die oplossing onvoldoende duidelijkheid schiep voor het bestuur en meende dat het hof er beter aan deed de wetgeving nietig te verklaren. Daarmee zou de wetgever in de gelegenheid worden gesteld – of worden gedwongen zo men wil – om een nieuwe regeling te ontwerpen. De dialoogmetafoor werd hier niet aangehaald als rechtvaardiging, maar als te bereiken ideaal: het hof moest zijn remedie zodanig vormgeven dat de wetgever ook daadwerkelijk zou 'terugspreken'.

189 Zie voorts SCC 10 oktober 2002 [2002] 3 SCR 309 (*R. v. Hall*), per McLachlin CJ, §68, per Iacobucci (dissenting), §126-127.

190 *Reading down* kan daarom situaties opleveren die vergelijkbaar zijn met de Nederlandse praktijk van buiten toepassing laten.

191 Zie bijv. Hogg 2007-II, p. 193.

192 *Ibid.*

193 SCC 15 december 2000 [2000] 2 SCR 1120 (*Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada*), per Iacobucci (dissenting), §268.

Deze gedachte werkte Iacobucci uit tot een algemene regel. Volgens Iacobucci diende de rechter slechts aan *reading down* te doen wanneer de wettelijke bepaling werkelijk ambigu was. Een ‘*remedial use*’ van de interpretatiemethode zou de dialogische balans (*dialogic balance*) verstoren. Wanneer een wet in zijn toepassing in strijd kwam met het Charter lag nietigverklaring eerder voor de hand.¹⁹⁴ Deze lijn doet wel wat denken aan discussies in het Verenigd Koninkrijk voor invoering van de HRA 1998. Ook daar was de gedachte dat conforme interpretatie enkel mogelijk was wanneer de wettekst ambigu was. Deze lijn is met de HRA verlaten, maar een belangrijk verschil tussen de Britse rechter en Iacobucci J is dat de laatste beschikte over een belangrijk wapen in de vorm van de (opgeschorte) nietigverklaring teneinde de appellant te beschermen. Die mogelijkheid heeft zijn Britse evenknie vooralsnog niet. Alvorens verder te gaan is het nog wel van belang te benadrukken dat de argumentatie van Iacobucci uitsluitend betrekking heeft op *reading down* en niet op *reading in*. Zoals gezegd wordt de laatste variant niet beschouwd als interpretatie, maar als – aan de partiële nietigheid complementaire – remedie op basis van artikel 52 lid 1 CA 1982. Hoe begrijpelijk ook, merkwaardig is dit verschil intussen wel. Iacobucci presteert het namelijk om de constitutionele dialoog enerzijds in te roepen om te betogen dat *reading in* – het inlezen in de wettekst van woorden die er niet in staan – niet problematisch behoeft te zijn (in *Vriend*), terwijl hij anderzijds met diezelfde dialoog in de hand betoogt dat het inlezen van een bepaalde betekenis van de wettekst bepaald onverstandig is (*Little Sisters* en *Bell ExpressVu*). De verklaring dient wellicht te worden gezocht in het feit dat voor Iacobucci het inlezen van nieuwe woorden een andere exercitie is dan het wijzigen van de betekenis van bestaande woorden. Het is echter de vraag of dat onderscheid houdbaar is.

10.5.2.6 Constitutionele dialoog als ideaal II: als ratio voor opschorting van de nietigverklaring

Een variant van het hiervoor besproken fenomeen dat de rechter de dialoog-metafoor inroept om te motiveren waarom hij niet voor *reading down* kiest maar voor nietigheid, betreft de praktijk van het hof om onverbindendverklaringen op te schorten onder verwijzing naar de constitutionele dialoog. Wij zagen reeds dat het hof het opschorten van nietigheid aanvankelijk slechts wilde overwegen wanneer sprake was van gevaar voor het voortbestaan van de *rule of law*, een gevaar zou opleveren voor de veiligheid van het publiek of de openbare orde, of de rechten van derden ingrijpend zou aantasten.¹⁹⁵ Wij zagen ook dat het hof die praktijk langzamerhand heeft ontwikkeld tot een methode om gevoelige constitutionele kwesties inzake het rechtsherstel ‘over te doen’ aan de wetgever. Deze praktijk is zeer bewust gemotiveerd met een

194 Zie SCC 26 april 2002 [2002] 2 SCR 559 (*Bell ExpressVu Ltd v. Rex*).

195 Zie SCC 9 juli 1992 [1992] 2 SCR 679 (*Schachter v. Canada*).

beroep op de dialoog tussen rechter en wetgever. Dit dialoogdenken lijkt de originele *Schachter*-criteria te hebben vervangen als ratio voor de uitgestelde onverbindendverklaring.¹⁹⁶ Niettemin wordt de dialoog zelden als ratio genoemd. Een uitzondering betrof de zaak *Corbiere v. Canada*.¹⁹⁷ In deze zaak ging het om de verenigbaarheid van artikel 77 van de *Indian Act*, dat toegang tot verkiezingen in het kader van indianenstammen slechts openstelde voor *ordinarily residents* die woonachtig waren in het reservaat. Het argument was dat daardoor een ongelijke behandeling optrad, nu minder dan een derde van de stamleden nog in het reservaat woonde. Het hof ging daarmee akkoord, maar stelde niet zelf een nieuwe regeling voor. Evenmin wilde het de kiesregeling nietig verklaren. Namens het hof verklaarde rechter L'Heureux-Dubé J dat de beste oplossing zou zijn dat regering en parlement met de betrokken indianenstammen rond de tafel zouden gaan voor een consultatieronde. Dat zou de meest democratische oplossing zijn om tot een nieuwe regeling te komen. Letterlijk werd overwogen:

'The principle of democracy underlies the Constitution and the Charter, and is one of the important factors guiding the exercise of a court's remedial discretion. It encourages remedies that allow the democratic process of consultation and dialogue to occur'.¹⁹⁸

10.5.2.7 Constitutionele dialoog als reden voor judicial restraint in 'second-look' zaken

Een laatste manier waarop de constitutionele dialoog in de rechtspraak van het hof figureert als redengeving voor een bepaalde koers van het hof, treft men aan in *R. v. Mills*.¹⁹⁹ Deze zaak betreft de reactie van het SCC op een zogenaamde *in your face reply*, hetgeen – zoals wij hiervoor reeds zagen – betekent dat de wetgever op een, hem onwelgevallige, uitspraak van de rechter reageert door precies dezelfde of soortgelijke wetgeving opnieuw vast te stellen. *In casu* had het hof in een eerdere zaak besloten dat verdachten van misdrijven in hun strafzaak toegang dienden te krijgen tot vertrouwelijke stukken die het slachtoffer aangingen (zoals rapporten van psychologen aanwezig bij het verhoor).²⁰⁰ Gebruik van dergelijk materiaal kon daarentegen pijnlijk zijn voor het slachtoffer. De wetgever reageerde daarom op deze zaak met wetgeving die rechtstreeks in ging tegen hetgeen de meerderheid van het hof had vastgesteld. Daarbij maakte de wetgever dankbaar gebruik van de voorzet die de minderheid van het hof in de eerdere uitspraak had gegeven.²⁰¹ Het SCC had deze wet dan ook onverbindend kunnen verklaren onder

196 Vgl. Choudhry & Roach 2003, p. 232-233; Hogg, Bushell Thornton & Wright 2007, p. 15.

197 SCC 20 mei 1999 [1999] 2 SCR 203 (*Corbiere v. Canada*), per L'Heureux-Dubé, §116.

198 *Ibid.*

199 SCC 25 november 1999 [1999] 3 SCR 668 (*R. v. Mills*).

200 SCC 14 december 1995 [1995] 4 SCR 411 (*R. v. O'Connor*).

201 Zie daarover Roach 2001, p. 278-279.

verwijzing naar de eerdere uitspraak, maar deed dat niet. In *Mills* overwoog het hof dat het met de eerdere uitspraak, *O'Connor*, niet noodzakelijkerwijs het laatste woord had gehad en dat het recht zich nu eenmaal ontwikkelde in een dialoog tussen rechter en wetgever. Het wees daarbij, wat timide wellicht, op de uitvoerige consultatieronde die het parlement had gehouden en het tijdsverloop dat het parlement de ruimte had gegeven in alle rust over de kwestie na te denken. Bovendien:

‘While the rule from that case was of course informed by the Charter, it should not be read as a rigid constitutional template. As discussed above, the relationship between the courts and legislatures allows a range of constitutional options. While this Court may have considered it preferable not to consider privacy rights at the production stage, that does not preclude Parliament from coming to a different conclusion, so long as its conclusion is consistent with the Charter in its own right’.

Het hof haalde hier derhalve de dialoog aan ter rechtvaardiging van de keuze om de wetgever voor te laten gaan. *Mills* zette daarmee een nieuwe trend, die inhield dat het hof in zogenaamde *second look cases* slechts een zeer marginale toets zou aanhouden.²⁰² Niettemin was de mate van terughoudendheid in de zaken die volgden steeds een heet hangijzer. Ook in deze discussie speelde de constitutionele dialoog een rol versus, in dit geval, het verlangen effectieve rechtsbescherming te kunnen bieden. Wij komen daarop hierna nog terug.

Alvorens dat te doen, dient er nog op gewezen te worden dat de terughoudende opstelling van het hof in *second look cases* zich niet beperkt tot gevallen van *in your face replies*. Ook wanneer de wetgever zoekt naar de mogelijkheden om de eigen beleidsdoelen te bereiken binnen de kaders die het SCC in de eerste uitspraak heeft gesteld, kan het hof terughoudendheid betrachten. Dat deed het bijvoorbeeld in *R. v. Darrach*, waarin het onderwerp *sexual history* centraal stond. Een onderwerp dat wij niet alleen nog kennen van de uitspraak van de Britse Law Lords in de zaak *R. v. A.*, maar ook van haar Canadese tegenhanger *R. v. Seaboyer & Gayme*.²⁰³ In *Darrach* overwoog het hof dat de wetgever de regeling die het hof had ontworpen feitelijk gecodificeerd had op enkele verschillen na. Die verschillen kon het echter billijken omdat het uitging van een relatie tussen rechtspraak en wetgever die was gebaseerd op wederzijds respect in plaats van slaafse gehoorzaamheid.²⁰⁴

202 Vgl. Hogg, Bushell Thornton & Wright 2007, p. 21-22. Zie tevens: SCC 18 mei 2004 [2004] 1 SCR 827 (*Harper v. Canada II*), en SCC 30 september 1994 [1994] 3 SCR 63 (*R. v. Daviault*).

203 SCC 12 oktober 2000 [2000] 2 SCR 443 (*R. v. Darrach*), resp. SCC 22 augustus 1991 [1991] 2 SCR 577 (*R. v. Seaboyer & Gayme*).

204 *Darrach v. Canada*, per Gonthier J, §34.

10.5.2.8 De 'limits of dialogue': effectieve rechtsbescherming

De loyaliteit van het hof jegens de dialoogmetafoor is niet onbeperkt. Er is een dunne grens tussen een dialoog tussen gelijke '*partners in the business of the law*' – als die beeldspraak overigens ooit opgaat – en een overtrokken vertrouwen in regering en parlement. Het hof trekt de grens waar het nastreven van een zinvolle dialoog een te grote inbreuk maakt op de eigen mogelijkheden om effectieve rechtsbescherming aan succesvolle klagers te verlenen. In dat kader zij allereerst gewezen op de marginale toets die het hof aan de dag legt in de zogenaamde *second look* zaken. Zoals gezegd heeft zich binnen het hof strijd voorgedaan omtrent de vraag hoe marginaal die toets precies dient te zijn. In *R. v. Hall*, een vervolgszaak op *R. v. Morales* –waarin het ging om het beperken van de mogelijkheden om op borgtocht vrij te komen – stond een regeling centraal die het hof eerder wegens vaagheid had nietig verklaard. De wet werd wel aangepast, maar was nog steeds rijkelijk vaag.²⁰⁵ In de eerste regeling was de weigering van vrijlating op borgtocht toelaatbaar geacht wanneer dat in het 'algemeen belang' was. In de latere regeling werd in plaats daarvan gesproken van 'noodzakelijk teneinde het vertrouwen in de rechtshandhaving te bewaken'. Het hof was verdeeld over de vraag of de wetgever hiermee ver genoeg was gegaan. De meerderheid meende dat de wetgever een prachtige volgende stap in de dialoog tussen rechter en wetgever had gezet. De minderheid, met Iacobucci J aan het hoofd, meende dat hier de dialoog verworpen was tot abdicatie.²⁰⁶ Een soortgelijke discussie deed zich voor in *Sauvé v. Canada*, een zaak die op het Europese continent met interesse zal zijn gevolgd omdat een soortgelijke kwestie, namelijk het kiesrecht voor gedetineerden, daar in hetzelfde tijdvak onderwerp van een klacht bij het EHRM vormde.²⁰⁷ In 1993 verklaarde het hof een regeling onverbindend die alle gedetineerden het kiesrecht weigerde.²⁰⁸ De regeling werd daarop door de wetgever aangepast in de zin dat voortaan alleen gedetineerden die veroordeeld waren tot een gevangenisstraf van meer dan twee jaar het kiesrecht werd ontzegd. De vraag was of deze bepaling nu wel de proportionaliteitstoets kon doorstaan. Het hof was daarover zeer verdeeld. De minderheid baseerde zich op de constitutionele dialoog tussen rechter en wetgever en betoogde dat het hof zijn mening niet moest opleggen aan regering en parlement, die immers tot een afgewogen oordeel waren gekomen in een speelveld van verschillende opvattingen over detentie en kiesrecht. De wetgever had in een democratie het laatste woord.²⁰⁹ De meerderheid, met McLachlin CJ en Iacobucci J in

205 SCC 19 november 1992 [1992] 3 SCR 711 (*R. v. Morales*), resp. SCC 10 oktober 2002 [2002] 3 SCR 309 (*R. v. Hall*).

206 *R. v. Hall*, per McLachlin CJ, §43, resp. per Iacobucci J, §127.

207 Vgl. EHRM (*Grand Chamber*) 6 oktober 2005, no. 74025/01 (*Hirst v. Verenigd Koninkrijk*). De Canadese zaak betreft SCC 31 oktober 2002 [2002] 3 SCR 519 (*Sauvé v. Canada II*).

208 SCC 27 mei 1993 [1993] 2 SCR 438 (*Sauvé v. Canada I*).

209 *Sauvé v. Canada II*, per Gonthier, §104.

haar midden, nam daarvan fel afstand. In een bekend geworden overweging stelt de eerste:

‘Finally, the fact that the challenged denial of the right to vote followed judicial rejection of an even more comprehensive denial, does not mean that the Court should defer to Parliament as part of a “dialogue”. Parliament must ensure that whatever law it passes, at whatever stage of the process, conforms to the Constitution. The healthy and important promotion of a dialogue between the legislature and the courts should not be debased to a rule of “if at first you don’t succeed, try, try again”’.²¹⁰

Tot slot dient nog gewezen te worden op een, geheel anderssoortige, bijzondere zaak waarin de dialoogmetafoor werd aangehaald in het kader van de zoektocht naar een geschikte remedie. In *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia* werd het SCC geconfronteerd met een klacht van de overheid omtrent de, door een lagere rechter gekozen remedie.²¹¹ De zaak ging inhoudelijk over de bouw en de ontwikkeling van vijf scholen waarin Frans talenonderwijs kon worden gegeven. De klacht was dat de overheid van de provincie Nova Scotia hiertoe verplicht was, maar zich er sinds jaren gemakkelijk vanaf had gemaakt. De rechter in eerste aanleg was het kennelijk zat en veroordeelde de provincie bij tussenuitspraak reeds tot de bouw van de scholen en de ontwikkeling van de curricula. Waarom bij tussenuitspraak? De rechter hield zo de jurisdictie om te beoordelen of de provincie wel voldoende progressie boekte. Regelmatig nodigde de rechter de partijen ter zitting uit om de voortgang van de projecten te bespreken. Ter voorbereiding van die zittingen verplichtte hij de provincie tevens hem periodiek een rapportage toe te sturen. De provincie bouwde de scholen, maar appelleerde bij het Supreme Court met de klacht dat de rechter in eerste aanleg zijn constitutionele taak ver te buiten was gegaan. De meerderheid van het hof wees deze klacht echter van de hand. Hoewel het – kennelijk – nog nooit was voorgekomen in Canada dat de staat of de provincies een rechterlijke uitspraak niet waren nagekomen, meende het hof dat vrees voor het achterwege blijven daarvan de – wellicht wat merkwaardige – rechterlijke koers wel kon rechtvaardigen.²¹² De meerderheid onderstreepte dat respect voor de wetgever, *judicial restraint* en metaforen zoals ‘constitutionele dialoog’ niet op het voetstuk van strikte constitutionele regels moesten worden geplaatst.²¹³ Kennelijk is er een grens aan de dialoog en die is bereikt wanneer de rechter niet meer in staat is op effectieve wijze rechtsbescherming te verlenen aan de individuele klager. Niettemin is de dialoogmetafoor fluïde: volgens Roach, een warm pleitbezorger van het dialoogmodel, kan juist deze

210 *Sauvé v. Canada II*, per McLachlin CJ, §17.

211 SCC 6 november 2003 [2003] 3 SCR 3 (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia*).

212 Vgl. Hogg, Bushell Thornton & Wright 2007, p. 19, die er op wijzen dat rechterlijke uitspraken door de Canadese overheid plegen te worden nagekomen.

213 *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia*, per Iacobucci en Arbour JJ, §53.

opstelling van de meerderheid beschouwd worden als dialoog in optima forma.²¹⁴ Waar de meerderheid enkel kon denken in dichotome termen (was de rechter wel of niet bevoegd tot de maatregel?), koos de meerderheid in de ogen van Roach juist voor het faciliteren van een doorgaande dialoog met het bestuur over de implementatie van een complex grondrecht. Die kwalificatie doet wellicht vreemd aan wanneer men de dialoogmetafoor letterlijk neemt en vereist dat sprake is van een conversatie tussen gelijken. Een visie die dan weer niet gedeeld wordt door Hogg, Bushell Thornton en Wright die menen dat het dialoogmodel hier onnodig geweld is aangedaan.²¹⁵ Maar vanuit het perspectief van effectieve geschillenbeslechting en de achterliggende waarden van het grondrecht in kwestie, is het wellicht toch niet zo'n merkwaardige gedachte.

10.5.2.9 Resumerend

De constitutionele dialoogtheorie is in 1997 in Canada geïntroduceerd door Peter Hogg en Allison Bushell Thornton. Hun oogmerk was niet om tot een alomvattende theorie van constitutionele toetsing op grondslag van de dialoogmetafoor te komen, maar om een antwoord te formuleren op een aantal bezwaren tegen rechterlijke toetsing van wetgeving aan het Charter. Dat antwoord was er in gelegen dat de rechter volgens beide auteurs in de meeste zaken niet het laatste woord had. Daaraan werd, vrij nonchalant, de metafoor dialoog gekoppeld. Deze metafoor is in de literatuur ontwikkeld langs verschillende lijnen, die evenwel gemeen hebben dat zij in de theorie van *structural dialogue* passen. Ook in de rechtspraak van het Supreme Court duikt de metafoor veelvuldig op. Het hof beroept zich in drieërlei context op de dialoog tussen rechter en wetgever. Ten eerste om de legitimatie van rechterlijke rechtsvorming te identificeren. Ten tweede om een keuze vóór een onverbindendverklaring en tegen *reading down* te motiveren. Ten derde als reden voor een zeer terughoudende opstelling in *second look* zaken. Het hof heeft aldus een beeld voor ogen van de dialoog waarin het zelf gerechtigd is om de aftrap te verzorgen middels het interpreteren of nietigverklaren van de wet. Daarbij hoeft hij zich niet zozeer zorgen te maken over het feit dat hij minder democratisch gelegitimeerd is dan de wetgever. Van groter belang is dat hij zich er bij de keuze voor de remedie rekenschap van geeft dat de wetgever zoveel mogelijk in de gelegenheid is om een antwoord te formuleren op het rechtersrecht in kwestie. Reageert de wetgever, dan vereist de dialoog dat de rechter die reactie met de vereiste eerbied behandelt. Het primaat van de politiek brengt met zich dat, meer dan in eerste instantie, afwegingen en overwegingen van de wetgever voorrang krijgen boven de eigen opvattingen van het hof. Niettemin kent deze terughoudendheid grenzen. Wanneer de

214 Vgl. Roach 2005, p. 551.

215 Hogg, Bushell Thornton & Wright 2007, p. 19.

effectieve rechtsbescherming in het geding dreigt te komen, dan verlaat de rechter het dialoogdenken en valt hij terug op de, meer klassieke, perceptie van de rechter als hoeder van de rechten van het individu en de handhaver van hoger recht. Anders dan bij de diverse dialoogmodellen in de literatuur is er niet een specifieke dialoogtheorie aan te wijzen waaraan het hof zich conformeert. Het hof lijkt soms aan te sturen op de theorie van *coordinate construction*, bijvoorbeeld wanneer het, zoals in *R. v. Mills*, overweegt dat de wetgever een eigen rol toekomt bij de uitleg van het Charter. Soms lijkt het ook te refereren aan theorieën omtrent *judicial accountability*, namelijk wanneer het – zoals in *Vriend* – spreekt van de mogelijkheid van het parlement om controle op de rechtspraak uit te oefenen. Dan weer lijkt het uit te gaan van *judicial minimalism* of van *structural theories*, bijvoorbeeld wanneer het – zoals in *M. v. H.* wijst op de verschillende, elkaar aanvullende rollen van parlement en rechter. Wel is duidelijk dat het dialoogdenken bepalend – of in elk geval de bepalende taal – is geworden voor de manier waarop het hof zijn positie tegenover de andere staatsmachten bepaalt. Het dialoogdenken heeft die positie veranderd: het SCC voelt enerzijds meer ruimte tot het nemen van initiatief, maar is tegelijk ook zeer bereid de kwestie (tijdelijk) aan de wetgever over te laten, mits de positie van de klager dan maar enigszins is gewaarborgd. Anderzijds is duidelijker geworden dat de wetgever het laatste woord heeft. Deze kan dat laatste woord op verschillende manieren effectueren: onder meer door het uitvaardigen van *in your face replies* of door gebruik te maken van artikel 33 Charter. Het is tot die bepaling dat wij ons nu wenden.

10.5.3 De 'Notwithstanding Clause' van artikel 33 Charter

In het debat omtrent de legitimatie van rechterlijke rechtsvorming en de daarbij ingeroepen constitutionele dialoog, speelt artikel 33 Charter een belangrijke rol. Hoewel de bepaling in sommige dialoogmodellen niet van doorslaggevende betekenis is, en daarin artikel 1 een minstens zo belangrijke rol vervult, vormt zij in ieder geval het sluitstuk van de dialoog tussen rechter en wetgever. In het uiterste geval van onenigheid kan de wetgever het machtswoord spreken en de kwestie in elk geval tijdelijk afsluiten en overlaten aan het publieke debat.²¹⁶ Zelfs in theorieën die de nadruk op artikel 1 en *remedial discretion* van de rechter leggen, speelt artikel 33 als *ultimum remedium* een legitimerende rol.²¹⁷ Zoals wij zagen lijkt het artikel ook in de rechtspraak

²¹⁶ Hoewel overigens zelfs in dat geval de rechter het laatste woord heeft bij de interpretatie van artikel 33 Charter en de toepassing ervan in het individuele geval. Zoals wij zagen bij de bespreking van het Britse recht, kan de rechter zijn rechtsstatelijke plicht om vrijheden te beschermen zodanig middels presumpties invullen dat zelfs een beroep op artikel 33 ineffectief wordt. Vgl. daaromtrent in de Britse context het werk van de Britse theoreticus T.R.S. Allan (Allan 2002; Allan 2003).

²¹⁷ Vgl. Roach 2001, p. 53-68; Roach 2005; Hogg 2007-II.

te spelen.²¹⁸ Hoog tijd derhalve om het artikel aan een nadere beschouwing te onderwerpen.

Artikel 33 luidt als volgt:

- '1. Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.
2. An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.
3. A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.
4. Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).
5. Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).'

De bepaling geeft zowel de federale wetgever, als de wetgevers van de verschillende provincies de bevoegdheid om bij gewone meerderheid te bepalen dat wetgeving tijdelijk geldig is, ook wanneer deze in strijd komt met één of meer van de bepalingen in het Charter. Een dergelijke verklaring geldt voor maximaal vijf jaar en kan tussentijds worden ingetrokken. De vijfjaarstermijn is bedoeld als een afkoelingsperiode.²¹⁹ De termijn kan weliswaar met wederom maximaal vijf jaar worden verlengd, maar daarvoor is een expliciet besluit nodig. Reageert de wetgever na vijf jaar niet, dan verloopt de termijn van rechtswege en herleven eventuele rechterlijke nietigverklaringen. Onduidelijk is of verlenging slechts één keer mogelijk is, dan wel dat lid 4 steeds opnieuw te gebruiken is.²²⁰ Of hernieuwde verlenging volgens de doctrine mogelijk is of niet, feit is dat er in de praktijk al meerdere malen sprake is geweest van hernieuwde verlenging.²²¹ Rechtspraak over deze praktijk is niet voorhanden.

10.5.3.1 Specifiek gebruik van s. 33

Uit de bepaling vloeit logischerwijs voort dat een dergelijke verklaring expliciet moet zijn.²²² Zij dient bij wet te worden uitgevaardigd en moet deel uitmaken van de wettelijke regeling die zij immuun verklaart.²²³ Dit vereiste stond

218 Vgl. Iacobucci J in SCC 2 april 1998 [1998] 1 SCR 493 (*Vriend v. Alberta*), §139.

219 Roach 2001.

220 Hogg 2007-II, p. 167 gaat van dat laatste uit, hoewel hij er op wijst dat de tekst van artikel 33 dubbelzinnig is.

221 Zie daarvoor het wetgevingsoverzicht van Kahana 2001.

222 Vgl. Hogg 2007-II, p. 168.

223 *Ibid.*

er overigens niet aan in de weg dat de provincie Quebec haar reeds bestaande wetten met één pennenstreek kon amenderen door het toevoegen van een verklaring ex artikel 33.²²⁴ Aangenomen wordt voorts dat de verklaring moet specificeren niettegenstaande welke bepalingen van het Charter de wetgeving in kwestie te gelden heeft.²²⁵ In de enige zaak waarin de geldigheid van een s. 33-verklaring tot dusver ter discussie werd gesteld, *Ford v. Quebec* – een zaak uit 1988, toonde het hof echter begrip voor het feit dat de wetgever niet goed kon voorspellen welke grondrechten in de toekomst precies in het geding zouden kunnen zijn.²²⁶ Het hof wilde kennelijk de situatie vermijden dat het zelf een bepaling onverbindend zou verklaren wegens strijd met, bijvoorbeeld, de vrijheid van meningsuiting terwijl de wetgever een soortgelijk probleem voor ogen had gehad bij het immuniseren van de wettelijke regeling tegen inbreuken op de geloofsvrijheid. Het accepteerde daarom dat de wetgever zijn wetgeving van verschillende, of zelfs alle Charterbepalingen zou immuniseren.

10.5.3.2 Preventief gebruik en retrospectieve werking

Deze stellingname van het hof is bekritiseerd.²²⁷ Artikel 33 dwingt het parlement niet meer tot een zinvolle discussie over de vraag of en in hoeverre grondrechten in het geding zijn wanneer het bij de vaststelling van wetgeving eenvoudig preventief de gehele wet immuun voor alle Charterbepalingen kan verklaren. Deze kritiek is verbonden met een andere discussie in de literatuur, namelijk over de vraag of het preventieve gebruik van artikel 33 is toegestaan.²²⁸ Hoewel de tekst van artikel 33 dergelijk gebruik niet lijkt te verbieden, past een preventief gebruik ervan niet goed bij een perceptie van artikel 33 als weerwoord tegen onwelgevallige uitspraken. Vanuit het perspectief van de dialoog tussen wetgever en rechter is een preventief *quid non* van het parlement uiteraard niet bevorderlijk voor de discussie. Maar daarmee behoeft uiteraard dit preventieve gebruik vanuit positiefrechtelijk oogpunt niet als onrechtmatig te worden gekwalificeerd. Hoewel ook recent nog wel is betoogd dat preventief gebruik van artikel 33 oneigenlijk is, ziet de praktijk er op dit moment wel zo uit. Op één na zijn alle verklaringen waarin artikel 33 is ingeroepen preventief van aard.²²⁹ Bovendien moet er sinds *Ford v. Quebec* vanuit worden gegaan dat preventief gebruik althans door de rechter niet onverbindend zal worden verklaard. Hoe onwenselijk de zeer globale en preventieve gebruikmaking van artikel 33 ook is, aangenomen moet worden

224 Vgl. SCC 15 december 1988 [1988] 2 SCR 712 (*Ford v. Quebec*).

225 Hogg 2007-II, p. 168-169.

226 *Ford v. Quebec*, §33.

227 Vgl. o.m. Weinrib 1990.

228 Vgl. Greschner & Norman 1987; Manfredi 2001, p. 192-193; Kahana 2001, p. 276-277. Zie voorts impliciet: Weiler 1984, p. 64-65, en Russell 1991, p. 295-299.

229 Zie voor een bespreking van de verschillende verklaringen hierna.

dat enkel het politieke proces daarop een reactie kan bieden, tenzij het SCC zich de kritiek vanuit de literatuur in de toekomst gaat aantrekken. Gelet op het kleine aantal verklaringen dat onder artikel 33 is afgegeven, lijkt het hof die kans in de nabije toekomst in elk geval niet te krijgen.

De neiging van wetgevers om vooral te kiezen voor een preventief gebruik van de *notwithstanding clause* is wellicht de onwil van het SCC om de terugwerkende kracht van een verklaring ex artikel 33 toe te staan. Eveneens in *Ford v. Quebec* overwoog het hof dat wetgeving waarin artikel 33 in stelling werd gebracht niet anders behandeld dient te worden dan gebruikelijk, hetgeen met zich brengt dat doorgaans een presumptie van zuiver prospectieve werking wordt aangenomen.²³⁰ Dergelijke presumpties kunnen uiteraard worden doorbroken, maar dat het hof in het geval van artikel 33 niet snel bereid zal zijn die te aanvaarden, blijkt wel uit het feit dat Quebec de *notwithstanding clause* expliciet met terugwerkende kracht had doen ingaan. De conclusie dient derhalve te zijn dat het SCC een dergelijke werking niet accepteert. Die vaststelling is van belang voor klagers die door het hof in het gelijk zijn gesteld en die een remedie hebben verkregen, bijvoorbeeld een algehele nietigverklaring, een nietigverklaring op termijn of een verklaring dat de aangevochten bepaling op een bepaalde manier dient te worden uitgelegd. Maakt de wetgever in een dergelijk geval gebruik van zijn bevoegdheid ex artikel 33, dan kan hij de rechtstoestand uitsluitend voor de toekomst herstellen. Hij dient dan de wet opnieuw en ongewijzigd vast te stellen (zij werd immers nietig verklaard en heeft derhalve geen gelding meer) en daaraan een *notwithstanding clause* toe te voegen. Maar dergelijke wetgeving heeft dan geen terugwerkende kracht. Door aldus deze terugwerkende kracht uit te sluiten beschermt het hof in essentie de remedie die het de eiser heeft geboden. Vanuit het perspectief van het politieke primaat is een dergelijke conclusie wellicht te betreuren en vanuit het perspectief van het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel wellicht ook – andere gedupeerden worden immers niet door de uitspraak beschermd – maar vanuit het perspectief van de effectieve rechtsbescherming van de individuele klager kan een dergelijke houding alleen maar toe te juichen zijn. De dialoog tussen wetgever en rechter, die voor hem een abstractie zal betekenen, komt dan niet voor zijn rekening.

10.5.3.3 Het gebruik van s. 33 in de praktijk

Het geringe aantal verklaringen werd reeds aangestipt. De *notwithstanding clause* is tot dusver zeventien keer gebruikt. Veertien keer daarvan door de provincie Quebec en ieder een keer door, respectievelijk de provincies Alberta en Saskatchewan, en het territorium Yukon. De eerste verklaring was afkomstig van Quebec en werd reeds twee maanden na de inwerkingtreding van het

230 SCC 15 december 1988 [1988] 2 SCR 712 (*Ford v. Quebec*), §36.

Charter uitgevaardigd. Dit betrof *Bill 62: An Act respecting the Constitution Act 1982*.²³¹ In tegenstelling tot wat de titel van de wet suggereert, was er in deze wet weinig te bespeuren dat respect voor het Charter ademde. Quebec introduceerde de wet als reactie op de totstandkoming van het Charter waarmee het, als enige provincie, niet had ingestemd. Als – symbolische²³² – daad van protest amendeerde de provincie bij één enkele wet alle wetgeving die in Quebec ten tijde van de invoering van het Charter gold en voegde de verklaring dat de wetgeving in kwestie was beschermd op basis van artikel 33 Charter. Deze wet wordt ook wel de *omnibus override* genoemd. Dit gebruik werd aangevuld met de gewoonte om elke nieuwe wet standaard van een *notwithstanding clause* te voorzien.

Na een regeringswissel, waarbij de populistisch-nationalistische *Parti Québécois* werd afgelost door een liberale regering, liet men deze gewoonte varen. Na afloop van de vijfjaarstermijn met betrekking tot de *omnibus override* verlengde de nieuwe liberale regering de termijn niet waardoor zij kwam te vervallen en de wetgeving in Quebec binnen het toetsingsbereik van het SCC kwam. Wel vaardigde de liberale regering een twaalfstal specifieke *notwithstanding clauses* uit, voornamelijk om te voorkomen dat de pensioenwetgeving door het hof in strijd met het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen zou worden geoordeeld, en om te voorkomen dat het SCC zich zou gaan bemoeien met het religieuze onderwijs in de provincie.²³³ Deze verklaringen waren allemaal preventief en zij werden verschillende keren hernieuwd. Daarnaast reageerde de liberale regering van Quebec éénmaal op de uitspraak van het SCC in *Ford v. Quebec* waarin het ging om een wet die het gebruik van de Engelse taal op commerciële borden verbood.²³⁴ Zoals wij zagen ging het in deze uitspraak óók over de geldigheid van de *omnibus override* die Quebec in 1982 had ingevoerd. De werking van die wet was daarom tot 1987 gegarandeerd, zo oordeelde het hof. Maar in 1987 was de *omnibus override*, zoals wij zagen, uitgewerkt en nu de wetgever haar niet had verlengd kon de geldigheid van de taalwet opnieuw ter discussie worden gesteld. Het hof oordeelde de regeling nietig en de wetgever reageerde daarop door opnieuw een *notwithstanding clause* in te voeren, zij het dat niet de gehele strekking van de uitspraak van het hof teniet werd gedaan, maar enkel voor zover die borden *buiten* de beslotenheid van gebouwen betrof.²³⁵ De invoering van deze bepaling was in Quebec zelf populair, maar daarbuiten zeer omstreden. De Engelstalige minderheid in Quebec reageerde onthutst op de invoering – drie Engelstalige

231 Zie voor een uitvoeriger bespreking Roach 2001.

232 Symbolisch omdat de wetgever zijn wetten enkel immuniseerde jegens het federale Charter en niet jegens de eigen grondrechtencatalogus van Quebec.

233 Daarnaast was er nog één verklaring die de landbouwsector betrof. Zie voor een uitvoerige bespreking: Kahana 2001, p. 258-261.

234 SCC 15 december 1988 [1988] 2 SCR 712 (*Ford v. Quebec*).

235 Zie voor een uitvoeriger bespreking: Roach 2001, p. 189-191.

ministers in het kabinet stapten op – en de federale regering van Canada sprak bij monde van premier Mulroney haar afkeuring uit over het gebruik van de *notwithstanding clause* in Quebec.²³⁶ Het gebruik van de *notwithstanding clause* leidde bovendien tot een – gegrond verklaarde – klacht bij het Mensenrechtencomité van de Verenigde Naties.²³⁷ Na afloop van de vijfjaarstermijn werd de verklaring niet hernieuwd. In plaats daarvan stelde de regering wetgeving voor die het gebruik van andere talen toestond, mits óók het Frans als dominante taal op het desbetreffende bord voorkwam. Deze wetgeving volgde de opening die het hof zelf in *Ford v. Quebec* had geboden en was daarmee uit de gevarenzone.²³⁸

Buiten Quebec is de *notwithstanding clause* zoals gezegd zelden gebruikt. Wanneer dat het geval was, zoals in bijvoorbeeld in Yukon en Saskatchewan, dan bleek dat bovendien achteraf onnodig te zijn geweest. De bescherming van de wet in Yukon betrof een weinig tot de verbeelding sprekende wet die uiteindelijk nooit in werking trad waardoor de *notwithstanding clause* in feite zinloos werd. De *notwithstanding clause* die de overheid van Saskatchewan uitvaardigde met betrekking tot haar *Labour Management Dispute Act*²³⁹ was bedoeld om een staking van overheidsambtenaren te verbieden nadat de onderhandelingen tussen de vakbonden en het kabinet over een nieuwe CAO waren stukgelopen. Nadat een soortgelijke wet door het Court of Appeal van Saskatchewan in strijd met het Charter was verklaard, voegde de wetgever aan de nieuwe wet een *notwithstanding clause* toe. In hoger beroep tegen het oordeel van het Court of Appeal bij het Supreme Court bleek de hoogste rechter de inbreuk op het stakingsrecht echter te accepteren als gerechtvaardigd. De noodzaak voor de *notwithstanding clause* kwam daarmee te vervallen. Uit latere analyses bleek dat een publiek debat over het gebruik van de *notwithstanding clause* in Yukon en Saskatchewan min of meer was uitgebleven.²⁴⁰ Alleen in de grote steden in Saskatchewan, waar de vakbonden traditioneel hun leden rekruteren, was enige aandacht voor de inzet van artikel 33. Dat verhinderde echter niet dat de conservatieve regering die gebruikmaking van de bepaling had voorgesteld, bij de eerstvolgende verkiezingen een verkiezingszege kon boeken. De inzet van artikel 33 was in beide gevallen zeker niet fataal.

Meer controversie was er rondom de inzet van artikel 33 in Alberta. Daar trachtte het kabinet in 1998 een omstreden wet door het parlement te loodsen waarmee de overheid haar eigen aansprakelijkheid trachtte te beperken ten aanzien van claims die de gedwongen sterilisatie van geestelijk gehandicapten

236 *Ibid.*, p. 191.

237 HRC 31 maart 1993, *comm. nrs.* 359 en 385/1989 (*Ballantyne, Davidson & McIntyre v. Canada*).

238 Vgl. Roach 2001, p. 192-193.

239 Voluit: An Act to Provide for Settlement of a Certain Labour-Management dispute between the Government of Saskatchewan and the Saskatchewan Governments Employees Union.

240 Kahana 2001, p. 269-270.

in de jaren twintig betroffen.²⁴¹ In het wetsvoorstel was ook een *notwithstanding* bepaling opgenomen. Het voornemen haalde de voorpagina's en maakte woedende reacties los. Als gevolg daarvan trok het kabinet het wetsvoorstel in en maakte de premier zelf bekend in het vervolg geen gebruik meer te maken van de *overriding clause* zonder daarvoor op de een of andere wijze het publiek te raadplegen. In diezelfde week deed het Supreme Court uitspraak in de, hiervoor reeds besproken, zaak *Vriend v. Alberta*.²⁴² Het hof was het eens met de stelling dat de *Human Rights Code* van Alberta ten onrechte geen discriminatie op basis van seksuele voorkeur verbood en schreef voor dat deze grond in de relevante bepaling moest worden ingelezen. Onduidelijk is hoe de publieke en politieke reacties op deze uitspraak moeten worden geduid. Homoseksualiteit was in Alberta op dat moment niet populair, maar kabinet noch parlement maakte aanstalten om een nieuw wetsvoorstel te introduceren dat beschermd kon worden door artikel 33. Roach wijt deze passiviteit aan de politieke gebeurtenissen die aan de uitspraak in *Vriend* vooraf gingen. Het was voor het kabinet wellicht ongeloofwaardig om zó snel na het echec rondom de sterilisatiewet weer met een *notwithstanding clause* te komen.²⁴³ Hij signaleert echter ook dat het publiek in Alberta niet zozeer tegen de uitspraak in *Vriend* was, als wel tegen een mogelijke rechterlijke vaststelling dat het huwelijk ook voor homostellen zou worden opengesteld. De reacties op *Vriend* moeten daarom in samenhang worden beschouwd met die andere bekende homorechtenzaak, *M. v. H.*²⁴⁴

In *M. v. H.* ging het om een lesbisch stel dat inmiddels uit elkaar was gegaan. Zoals in het verleden vaak het geval was bij de meer traditionele stellen, was één van beide partners vooral werkzaam in het huishouden terwijl de ander de kost verdiende. De *Ontario Family Act* regelde in een dergelijk geval dat de minder verdienende echtgenoot recht had op een tijdelijke bijdrage in het onderhoud van de grootverdiener van beiden. De vraag die zich voordeed was of de wet, door enkel te spreken over echtgenoten, geen onge-rechtvaardigd onderscheid maakte. Anders dan in de, eerder besproken, zaak *Miron v. Trudel*, wilde het hof er nu niet aan om de term '*spouse*' Chartercon-form uit te leggen, en verklaarde het de regeling nietig zij het dat het de wetgever een termijn van een half jaar gaf om de regeling te wijzigen.²⁴⁵ De provincie Ontario, die verantwoordelijk was voor de wetgeving in kwestie, reageerde morrend maar in essentie voorbeeldig door niet slechts de nietigver-klaarde wet te wijzigen maar ook nog zestig andere wetten waarin een soort-gelijk probleem speelde.²⁴⁶ Verder nog ging men in British Columbia, waar

241 Vgl. voor een bespreking: Roach 2001, p. 195-196.

242 SCC 2 april 1998 [1998] 1 SCR 493 (*Vriend v. Alberta*).

243 Roach 2001, p. 195-196.

244 SCC 20 mei 1999 [1999] 2 SCR 3 (*M. v. H.*).

245 SCC 25 mei 1995 [1995] 2 SCR 418 (*Miron v. Trudel*).

246 Vgl. Roach 2001, p. 197-198.

prompt alle wetgeving werd gewijzigd om eventuele voordelen ook aan homostellen toe te kennen en het kabinet de federale regering opriep om het homohuwelijk wettelijk mogelijk te maken.²⁴⁷ Anders lagen de zaken in Alberta, waar men van dergelijke ontwikkelingen langzamerhand nerveus begon te raken. In reactie op *M. v. H.* – die zich als zodanig niet tot Alberta richtte en evenmin het homohuwelijk betrof – vaardigde de wetgever in Alberta de *Marriage Act* uit die stipuleerde dat het huwelijk een zaak was van één man en één vrouw. De wet werd afgesloten met een *notwithstanding clause*. De vraag is niet alleen waarvoor deze wet bedoeld was, maar ook waarom artikel 33 ingeroepen moest worden. Wanneer de rechter de wet nietig zou willen verklaren dan kan hij dat, ook met de *notwithstanding clause* in stelling, gewoon doen. Het huwelijk behoort namelijk tot de bevoegdheid van de federale overheid en de wet uit Alberta was reeds om die reden nietig.²⁴⁸ Zowel de wet, als het gebruik van de *notwithstanding clause* moeten daarom als symbool-wetgeving worden beschouwd.

De wet beëindigde echter niet het debat over het homohuwelijk en in 2003 volgden enkele Court of Appeal uitspraken in andere provincies waarin de uitsluiting van het homohuwelijk in strijd met artikel 15 Charter werd geoordeeld.²⁴⁹ Het federale parlement in Ottawa overwoog vervolgens een reactie op deze uitspraken maar verwierp uiteindelijk, zij het zeer nipt, een motie waarin het kabinet werd opgeroepen alle noodzakelijke maatregelen te nemen teneinde te verzekeren dat de traditionele definitie van het huwelijk zou blijven bestaan.²⁵⁰ Het kabinet stelde uiteindelijk wetgeving voor waarin het huwelijk werd opengesteld voor homostellen, maar religieuze groeperingen de vrijheid kregen dergelijke huwelijken niet te erkennen. Het legde dit concept voor aan het Supreme Court, dat de concept-wetgeving uiteindelijk conform het Charter verklaarde, maar weigerde te oordelen of zij ook noodzakelijk was.²⁵¹

Tot besluit van deze paragraaf dient nog kort in te worden gegaan op één andere gelegenheid waarin het gebruik van artikel 33 wellicht voor de hand had gelegen, maar waarin regering en parlement die gelegenheid aan zich voorbij hebben laten gaan. Wij zagen reeds dat het federale parlement er uiteindelijk vanaf zag om de koers van de verschillende provinciale hoven inzake het homohuwelijk te corrigeren. Op een ander heet hangijzer, de abortuskwestie, bleef het eveneens stil aan de parlementaire overzijde. In *Morgenthaler II* ging het hof op het punt van abortus om en verklaarde het wetgeving die abortus strafbaar stelde nietig.²⁵² Niettemin liet het hof nadruk-

247 *Ibid.*

248 Kahana 2001, p. 268.

249 CA (Ont.) 12 juli 2002 [2002] 215 DLR (4th) 223 (*Halpern v. Canada*); CA (Queb.) 6 september 2002 [2002] RJQ 2506 (*Henricks c. Québec*).

250 *Hansard (Can.)* 138/120, p. 7379 en p. 7438-7439 (16 september 2003).

251 SCC 9 december 2004 [2004] 3 SCR 698 (*Reference re Same-Sex Marriage*).

252 SCC 28 januari 1988 [1988] 1 SCR 30 (*R. v. Morgenthaler II*).

kelijk ruimte voor een minder vergaande regeling.²⁵³ Het parlement stonden dan ook twee wegen ter beschikking: men kon het eens worden over een minder vergaande wet, of de bestaande wet amenderen door toevoeging van een *notwithstanding clause*. Het federale kabinet besloot echter geen politiek drama van de zaak te maken en kondigde aan de kwestie aan het parlement over te laten.²⁵⁴ Dat betekende in de praktijk dat de fractiediscipline werd losgelaten. Verschillende amendementen, samen het gehele spectrum bestrijkend van hernieuwde vaststelling van de wet tot afschaffing ervan, werden ingediend en verworpen. Aan het eind van het debat was er geen winnaar of verliezer aan te wijzen. Het kabinet besloot daarop alsnog een wetsvoorstel in te dienen waarin voor een strenge, zij het op basis van één van de *dissents* geoorloofde, lijn werd gekozen. Hoewel het wetsvoorstel een nipte meerderheid in het Lagerhuis haalde, genoot het de twijfelachtige eer uiteindelijk de eerste wet in dertig jaar te zijn die niet door het Hogerhuis was aangenomen. Het resultaat was, en is, dat Canada momenteel in het geheel geen abortuswetgeving kent. Hoewel het hof de mogelijkheid daartoe expliciet opende, en de wetgever het instrument van artikel 33 Charter had kunnen gebruiken wanneer het vond dat zelfs die opening niet voldoende was, lukte het de volksvertegenwoordiging niet om een effectieve reactie te geven. De zaak laat zien dat de effectiviteit van parlementaire reacties veelal afhankelijk is van de mogelijkheden om als eenheid te opereren. Een institutionele bepaling zoals artikel 33 is niet voldoende.

10.5.3.4 De dialoog samengevat

Wij bezagen artikel 33 wat nader. De bepaling kent zowel de provinciale wetgevers, als het federale parlement de bevoegdheid toe om bij gewone meerderheid in strijd met het Charter wetgeving uit te vaardigen. Daarmee kan worden gereageerd op onwelgevallige uitspraken van de rechter, maar de bepaling kan ook preventief worden ingezet. De praktijk laat zien dat dit vrijwel steeds het geval is. Slechts in één geval reageerde de wetgever van Quebec op een uitspraak van het SCC die hem niet zinde. Deze uitspraak betrof wetgeving die het gebruik van Engels op aanduidingsborden verbood en bij uitsluiting Frans als taal voorschreef. In een ander geval reageerde de provincie Alberta weliswaar op een reeks uitspraken waarin homorechten aan de orde waren, maar deze uitspraken waren niet tegen Alberta gericht en de wetgeving die het huwelijk voorbehield aan gemengde stellen behoorde niet tot de competentie van de provincie. Dat wetgevers er meestal toe overgaan om preventief gebruik te maken van artikel 33 kan een gevolg zijn van de enige beperking die het SCC heeft willen opleggen aan het gebruik ervan, namelijk dat geen terugwerkende kracht aan de verklaring kan worden toegekend.

253 *R. v. Morgenthau (II)*, per Lamer J, p. 82.

254 Vgl. voor een analyse van de gebeurtenissen: Roach 2001, p. 193-194.

Daarmee beschermt het hof klagers wier klachten het gegronnd heeft verklaard en die niet de dupe dienen te worden van een eventuele correctie door de wetgever.

Wetgeving die onder de bescherming van artikel 33 wordt gebracht, verkrijgt slechts tijdelijke gelding. Na vijf jaar dient de wetgever opnieuw te bezien of voortzetting van de bescherming gewenst is. De termijn geldt als afkoelingsperiode en de praktijk laat zien dat dit ook veelal het geval is. Verschillende *notwithstanding clauses* werden na één of twee termijnen niet hernieuwd. De toepassingspraktijk van artikel 33 laat voorts een wat gemengd beeld zien. Enerzijds moet worden vastgesteld dat de verklaring zelden wordt gebruikt, zeker buiten Quebec. De federale overheid en het merendeel van de provincies heeft ofwel geen behoefte aan de bepaling, ofwel schrikt ervoor terug deze te gebruiken. Uit de besproken gevallen blijkt echter niet dat regeringen die de verklaring wél hebben gebruikt, door de kiezer zijn afgerekend. In Saskatchewan boekte de regering een verkiezingszege nadat zij artikel 33 in stelling had gebracht tegen ambtenarenbonden die aanstuurden op een staking. Wel speelde de publieke verontwaardiging een rol bij de beslissing in Alberta om af te zien van het gebruik van artikel 33 ten aanzien van wetgeving die claims vanwege gedwongen sterilisatie trachtte tegen te houden. Deze verontwaardiging keerde zich echter niet slechts tegen het gebruik van artikel 33, maar tegen de wetgeving als zodanig. Geconcludeerd kan daarom worden dat het gebruik van artikel 33 als zodanig geen publiek debat oproept, maar dat dit afhankelijk van de context van het wetsvoorstel is.

De praktijk laat bovendien zien dat in het parlement niet automatisch overeenstemming kan worden bereikt over toepassing van artikel 33. De waarde van het artikel zit hem er dan ook niet zozeer in dat daarmee steeds effectieve oppositie kan worden gevoerd tegen uitspraken van de rechter, maar meer in de gedachte, wellicht zelfs de fictie, dat als het ècht te gortig wordt, de wetgever aan de noodrem kan trekken. De toepassingspraktijk van de bepaling in de homohuwelijk- en abortuskwesties laat prachtig zien dat de weerzin tegen rechterlijke rechtsvorming en het al te gemakkelijke wegwuiven van de stelling dat de wetgever sommige kwesties bewust overlaat aan de rechter, vaak misplaatst is. In beide kwesties hadden Canadese wetgevers verschillende mogelijkheden om te reageren en zij kozen er zeer bewust voor om die niet te gebruiken. Om nog één keer op de abortuskwestie terug te komen: had de regering niet besloten om de fractiediscipline los te laten, dan – zo betoogt Roach – was er vermoedelijk wel een nieuwe wet tot stand gekomen. Zo werkt immers het parlementaire proces.

10.5.4 Resumerend

Het Canadese recht is sinds eind jaren negentig doortrokken van het dialoogdenken. Deze filosofie kenmerkt zich door een afkeer van finaliteitsdenken

in de juridische discipline. De rechter heeft, wanneer hij wetgeving aan hoger recht toetst, niet het laatste woord. De dialoog-metafoor wordt echter voor een veelheid aan begrippen en modellen gebruikt. Om enig inzicht te krijgen in de manier waarop de metafoor in Canada vaste voet aan de grond heeft gekregen is getracht tot een nadere categorisering van dialoogmodellen te komen. De oudste variant, die van *coordinate construction* wordt in Canada althans in de literatuur niet breed aangehangen. Men neemt toch over het algemeen wel aan dat uitspraken van rechters over de reikwijdte en de inhoud van rechten gezaghebbend zijn. De wetgever komt vooral een rol toe bij het voorlichten van de rechter over het bestaan van relevante belangen die deze grondrechten gerechtvaardigd kunnen beperken, en bij het invullen van discretionaire ruimte die ontstaat wanneer de rechter wetgeving wel in strijd met het Charter verklaart maar voor het rechtsherstel verwijst naar de wetgever. Uiteraard doet een en ander niet af aan de bevoegdheid van de wetgever om zijn mening omtrent de interpretatie van wetgeving kenbaar te maken. Dat kan door het vaststellen van *in your face reply* wetgeving en gebruikmaking van artikel 33 Charter. Die laatste mogelijkheid veronderstelt echter niet een taak van de wetgever om mede te bepalen of wetgeving in strijd is met het Charter, maar zorgt er enkel voor dat het parlement de gevolgen van de wet kan veiligstellen in het aangezicht van een mogelijk kritische rechter.

De rechtspraak voelt zich intussen thuis bij de dialoogmetafoor. Haar positie is er enerzijds door versterkt, daar waar zij zich zelfbewuster jegens de wetgever opstelt omdat deze mogelijk onwelgevallige uitspraken toch kan corrigeren, en waar zij zelfbewuster met de eigen rechtsvormende rol omgaat. De grotere vrijheid die de rechter zich veroorlooft om af te wijken van de traditionele nietigverklaring is daar een voorbeeld van. De keerzijde daarvan is dat de rechter zich terughoudender is gaan opstellen ten aanzien van wetgeving die is vastgesteld naar aanleiding van eerdere uitspraken van het hof: als de wetgever antwoord heeft gegeven dan volgt de rechter dat antwoord doorgaans. Niettemin is die volgzaamheid niet absoluut. Ook hier doet zich het dialoogdenken nog gevoelen. Zelfs een *in your face reply* kan de rechter naast zich neerleggen. Dan bestaat immers nog altijd de mogelijkheid voor de wetgever om zich te bedienen van de *override clause* van artikel 33 Charter. De praktijk laat echter zien dat de wetgever dit niet vaak doet. Dit ligt gedeeltelijk aan het feit dat het parlement zich lang niet altijd als eenheid tegenover de rechter kan opstellen. Bovendien kan angst voor de electorale gevolgen een rol spelen, al levert de praktijk daarvoor maar weinig empirisch bewijs. Het feit dat de *override clause* zo weinig gebruikt wordt levert een probleem op voor auteurs en rechters die menen dat artikel 33 de hoeksteen van de Canadese constitutionele dialoog is. Die rol kan de bepaling niet waarmaken. Beter is het daarom een bescheidener versie van dialoogdenken te propageren. Eén waarin de dialoog in Canada wordt beschouwd als een samenspel van de artikelen 1 en 33 in serie geschakeld en de relatieve vrijheid van de rechter om een passende remedie te vinden voor het hem voorgelegde geschil.

10.6 UITGELEIDE

In dit hoofdstuk werd gezien hoe de grondrechtenbescherming door de rechter in Canada heeft vormgekreken na de invoering van het *Charter of Rights and Freedoms* in 1982. Dat is voornamelijk gebeurd in het teken van een dialoog tussen rechter en wetgever. Die dialoog is kenmerkend voor de hedendaagse rechtspraktijk en theorie in Canada en is, gelijk de *Maple Syrup*, uitgegroeid tot waar exportproduct. Uniek voor het Canadese staatsrecht is de balans die men heeft trachten te treffen tussen de modellen van parlementaire soevereiniteit en rechterlijke toetsing van wetgeving. Formele wetgeving van de federale overheid en van de provincies kan door elke rechter in Canada worden getoetst. De wetgever komt evenwel de bevoegdheid toe om te bepalen dat wetgeving die onverenigbaar is met het Charter niettemin gedurende een, te verlengen, termijn van vijf jaar gelding heeft ondanks een eventuele uitspraak van de rechter waarin de onverbindendheid van die wetgeving is geconstateerd. Deze bepaling, artikel 33 Charter, is uniek en heeft het denken in termen van een dialoog tussen rechter en wetgever zeker gestimuleerd. Maar zij is daarvoor geen noodzakelijke voorwaarde, enkel het sluitstuk. Zeker zo belangrijk is dat de wetgever – ook zonder de *notwithstanding clause* – kan reageren op uitspraken van de rechter. Deze laatste neemt inmiddels aan dat hem daardoor een zekere ruimte toekomt bij het bieden van rechtsbescherming van individuele klagers. Doet hij het immers niet goed, dan fluit de wetgever hem wel terug. De rechtspraak omtrent constitutionele remedies staat dan ook vrijwel geheel in het teken van het faciliteren van deze dialoog. Zoals wij hebben gezien speelt met name het opschorten van de onverbindendverklaring, de traditionele remedie in Canada, daarbij een zeer voorname rol. De rechter poogt zo de wetgever de ruimte en de tijd te geven om het constitutionele probleem op te lossen. Doet de wetgever dat niet, of doet hij het enkel voor de toekomst, dan treedt alsnog de nietigheid van de bepaling – in elk geval voor het verleden – in. De wetgever kan er echter ook voor kiezen om zich op artikel 33 te beroepen. Het is echter lastig voor de wetgever om een individueel geval aan te tasten als gevolg van de onwil van het SCC om aan een verklaring op basis van artikel 33 terugwerkende kracht toe te kennen. Zo bezien koppelt het SCC het streven naar een zo harmonieus mogelijke dialoog aan het streven naar volledige rechtsbescherming van het individu. Daarin slaagt het lang niet altijd. De beide idealen zijn vaak ook niet met elkaar te verenigen. Toch zijn veel Canadese auteurs schaamteloos trots op hun, nog jonge, model van constitutionele rechtspraak. En met reden: het constitutionele experiment ging de wereld over, en het lijkt nog niet mislukt.

