
RECHTERLIJKE GRONDWETSTOETSING: VOORWAARDEN VOOR SUCCES

POSITION PAPER

JANNEKE GERARDS, MONTAIGNE CENTRUM VOOR RECHTSSTAAT EN
RECHTSPLEGING, UNIVERSITEIT UTRECHT

INLEIDING

Over rechterlijke constitutionele toetsing in Nederland is de afgelopen decennia veel gezegd en geschreven. Veel discussies gaan daarbij over de *modaliteit* van constitutionele toetsing: moet sprake zijn van gespreide toetsing of juist van geconcentreerde, moet een constitutioneel hof worden ingericht, aan welke bepalingen van de Grondwet moeten rechters of een constitutioneel hof kunnen toetsen, wat kunnen de rechtsgevolgen zijn van de vaststelling dat een wettelijke regeling in strijd is met de Grondwet, etc. Dat zijn belangrijke vragen, maar in dit position paper wil ik me daar niet op richten. In plaats daarvan stel ik twee onderwerpen aan de orde:

- (1) Is het nodig en zinvol om rechterlijke grondwetstoetsing in te voeren?
- (2) Onder welke voorwaarden kan invoering van rechterlijke grondwetstoetsing meerwaarde hebben?

IS ER EEN PROBLEEM?

Vanuit puur juridisch perspectief bezien is het niet nodig om rechters de bevoegdheid te geven om formele wetgeving te toetsen aan de Grondwet. Ook nu al zijn alle overheidsorganen, inclusief regering en het parlement, gebonden aan de Grondwet. Zij hebben hun bevoegdheden gekregen op basis van de Grondwet en ze moeten die ook uitoefenen in overeenstemming met de Grondwet.

Er zijn talrijke mechanismen om ervoor te zorgen dat overheidsorganen hun grondwettelijke verplichtingen en de begrenzingen van hun taken serieus nemen. Adviescolleges zoals de Raad van State hebben een belangrijke taak om – voordat wetgeving wordt aangenomen – te controleren of aan de eisen van de Grondwet is voldaan. Schieten uitvoeringsorganisaties of andere bestuursorganen tekort, dan kan dat via toezicht worden aangepakt. Mechanismen voor politieke en publieke controle en verantwoording kunnen helpen als grootschalige rechtsstatelijke problemen aan het licht komen, zoals bij de toeslagenaffaire. Bij de inzet van al die mechanismen kan de Grondwet een belangrijke rol spelen. Hoe dat werkt, werd bijvoorbeeld zichtbaar tijdens de coronapandemie. Met de Grondwet in de hand is toen veel maatschappelijke en politieke discussie gevoerd over de wettelijke grondslag voor grondrechtenbeperkende maatregelen. Die discussie heeft ervoor gezorgd dat een wettelijke basis er inderdaad kwam. En als het een keer misgaat, bijvoorbeeld omdat de wetgever nu eenmaal niet alle gevolgen kan overzien of bepaalde wetten onevenredig uitpakken voor de burger, is de rechter beschikbaar als vangnet.

De rechter kan die vangnetrol ook nu al spelen, ook al kan hij wetten die door regering en parlement zijn gemaakt niet aan de Grondwet toetsen. De rechter mag op grond van artikel 120 Grondwet alle andere regels, zoals amvb's, ministeriële regelingen en verordeningen, wel degelijk aan de Grondwet toetsen. Hetzelfde geldt voor bestuursbesluiten en beleidsregels. Bovendien mag de rechter formele wetgeving toetsen aan internationale verdragen, zoals het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Er zijn veel voorbeelden bekend van situaties waarbij rechters op grond van een toetsing aan die verdragen wetgeving buiten toepassing hebben gelaten of op een specifieke manier hebben geïnterpreteerd om grondrechten te beschermen.

Met het bestaande systeem is dus eigenlijk niet zoveel mis, in die zin dat het ontbreken van constitutionele toetsing in de praktijk niet leidt tot grote tekortkomingen in de bescherming van grondwettelijke waarden en rechten.

MEERWAARDE VAN RECHTERLIJKE GRONDWETSTOETSING

Toch is er veel te zeggen voor het invoeren van rechterlijke constitutionele toetsing. Dat heeft er vooral mee te maken dat de Nederlandse rechter formele wetgeving wel aan internationale verdragen kan toetsen, maar niet aan onze eigen Grondwet. De mensenrechtenverdragen hebben daardoor in de praktijk een erg grote betekenis gekregen. Dat is op zichzelf geen probleem, maar hierdoor is wel een bijzondere dynamiek ontstaan. Nederlandse rechters (maar ook beleidsmakers en politici) 'hangen' namelijk erg aan de uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) over de invulling van het EVRM. Dat is begrijpelijk, want die uitspraken zijn vaak heel goed en ze bieden heldere en bruikbare criteria om aan de grondrechten te toetsen.

Het probleem is alleen dat het EVRM niet meer dan minimumbescherming biedt. Het gaat om een beschermingsniveau dat haalbaar moet zijn in alle 46 lidstaten van de Raad van Europa, variërend van IJsland tot Azerbeidzjan en van Liechtenstein tot Oekraïne. Dat beschermingsniveau is daardoor niet altijd even hoog of ambitieus. Vaak kunnen we daar best iets aan toevoegen om de grondrechten beter te beschermen, op een niveau dat past bij de Nederlandse situatie en consensus. Bovendien kunnen we bepaalde grondrechten verfijnen en specificeren, en we kunnen ook andere of nieuwe grondrechten toevoegen.

Die extra bescherming kunnen we juist in de Grondwet heel goed tot uitdrukking brengen. Dat is niet alleen symbolisch van belang. Als er rechterlijke toetsing aan de Grondwet wordt ingevoerd, kunnen we die meerwaarde boven de verdragen ook echt munten. Daardoor kunnen we ervoor zorgen dat onze staatsmachten, inclusief de rechter, de Grondwet als belangrijkste ijkpunt gaan zien, in plaats van steeds maar weer terug te vallen op het EVRM.

VOORWAARDE 1: AANVULLING GRONDRECHTENCATALOGUS

Rechterlijke constitutionele toetsing kan dus een zinvolle manier zijn om meer betekenis aan de Grondwet toe te kennen. Maar die meerwaarde kunnen we alleen bereiken als aan een aantal voorwaarden wordt voldaan. Allereerst moet de Grondwet inhoudelijk echt iets toevoegen aan de bestaande internationale en Europese verdragen. Dat is op dit moment niet overal het geval. De formulering van veel grondwetsbepalingen is verouderd en allerlei grondrechten ontbreken. Zo is al jaren bekend dat artikel 7 van de Grondwet – dat de vrijheid van meningsuiting beschermt – weinig houvast biedt als het gaat om digitale uitingen. Het niet gek dat rechters, maar ook beleidsmakers, dan vaak op internationale bepalingen terugvallen. Op een soortgelijke manier bleek tijdens de coronaperiode, maar ook in discussies over bijvoorbeeld abortus of organdonatie, dat ons artikel 11 Grondwet over lichamelijke integriteit erg onduidelijk is. Bovendien zijn er regelmatig oproepen gedaan om nieuwe grondrechten toe te voegen, zoals een recht op leven of een recht op behoorlijk bestuur.

Als we de grondrechtencatalogus van hoofdstuk 1 van de Grondwet op dit soort punten aanvullen en versterken, maken we de Grondwet daarmee relevanter en actueler dan veel internationale verdragen. Naar aanleiding van het rapport van de Staatscommissie Grondwet uit 2010 is de afgelopen jaren ook al een goed begin gemaakt met deze actualisering. Zo is in 2022 een recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces toegevoegd aan artikel 17 en zijn de communicatierechten van artikel 13 verduidelijkt en versterkt. Dat laat zien dat er zeker mogelijkheden bestaan om aan deze eerste voorwaarde te voldoen.

VOORWAARDE 2: MATERIËLE BEPERKINGSVOORWAARDEN

Een tweede voorwaarde is dat we de rechter meer houvast moeten bieden bij zijn toetsing aan de Grondwet. Een van de redenen waarom rechters zo graag terugvallen op het EVRM is dat daar duidelijke, materiële vereisten in staan om grondrechten te beperken. In de Grondwet hebben we dat soort vereisten bijna niet. Bij de meeste grondrechten staat alleen vermeld wie ze mag beperken (alleen de formele wetgever of ook lagere wetgevers) en heel soms met welk doel dat mag gebeuren. Wat stelselmatig ontbreekt, is een duidelijke formulering van de grenzen van beperking van grondrechten. In Europese verdragen is zo'n formulering wel terug te vinden in de vorm van een proportionaliteitsvereiste en soms een kernrechtbepaling. Een proportionaliteitsvereiste maakt het een rechter mogelijk om te bepalen of een beperkende maatregel geschikt en noodzakelijk is om een bepaald maatschappelijk doel te bereiken. Bovendien kan hij nagaan of de bevoegde organen de betrokken belangen voldoende hebben geïdentificeerd en er een redelijke afweging tussen hebben gemaakt. Een kernrechtbepaling biedt dan nog een extra waarborg door te stellen dat wettelijke bepalingen nooit zover mogen gaan dat ze het wezen van een grondrecht tenietdoen.

In 2010 heeft de Staatscommissie Grondwet al voorgesteld om een algemene beperkingsclausule op te nemen waarin deze eisen zijn opgenomen. Er is discussie mogelijk over de precieze inhoud van zo'n bepaling, maar het is essentieel om er een in te voeren. Alleen dan hebben rechters (maar ook andere overheidsorganen) namelijk voldoende richting om aan de grondwettelijke grondrechten te kunnen toetsen, en alleen dan kan de Grondwet meerwaarde bieden boven de Europese en internationale grondrechtenverdragen.

CONCLUSIE

Rechterlijke toetsing aan de Grondwet is niet strikt noodzakelijk, maar kan wel waardevol zijn. We kunnen hierdoor de eigenheid van de grondrechtenbescherming in Nederland benadrukken en de bescherming van grondrechten versterken. Om deze meerwaarde te kunnen bereiken, zijn er wel twee voorwaarden: (1) Het is nodig om de grondrechtencatalogus te moderniseren en aan te vullen en (2) we moeten een algemene, materiële beperkingsclausule opnemen. Het invoeren van rechterlijke grondwetstoetsing alleen is dus onvoldoende voor succes: verdere modernisering van de Grondwet is noodzakelijk.