

Gespreksnotitie t.b.v. rondetafelgesprek over constitutionele toetsing, vaste commissie voor Binnenlandse Zaken van de Tweede Kamer, 25 januari 2023.

Prof. dr. Monica Claes, hoogleraar Europees en vergelijkend constitutioneel recht aan de Universiteit van Maastricht

Rechterlijke toetsing aan de Grondwet invoeren?¹ Ja

Met de invoering van rechterlijke toetsing aan de Grondwet (Gw) wordt een einde gemaakt aan de **anomalie** dat de rechter niet kan toetsen aan de basisnorm van de Nederlandse rechtsstaat, de Gw, maar wel aan verdragen en Unierecht. De formele wetgever is nu wel aan de Gw gebonden, maar de rechter mag hem daar niet aan houden. Dit is vreemd in een **democratische rechtsstaat**. Het is immers niet ondenkbaar dat de formele wetgever grondwettelijke normen schendt, bijvoorbeeld omdat hij niet heeft voorzien dat een formele wet bijvoorbeeld op gespannen voet kan komen te staan met grondrechten. Maar het kan ook voor komen dat de wetgever dat wel heeft voorzien, en dat ook heeft gewild.

Rechterlijke constitutionele toetsing kan dan de **rechtsbescherming van de burger** tegen de overheid versterken. De rechter moet dan niet langer zijn toevlucht nemen tot internationale normen voor het beschermen van grondrechten, en kan dan ook een eigen, nationale invulling geven aan die grondrechten. Bovendien kan de rechter dankzij toetsing bijdragen aan de **versterking van de democratische rechtsstaat**. Nu de democratische rechtsstaat ook in Nederland geen rustig bezit meer is, kan toezicht op de grondwettigheid van wetten niet langer worden overgelaten aan de politiek alleen.²

Gespreide of geconcentreerde toetsing?³ Gespreide toetsing

Gespreide toetsing past het best bij de **Nederlandse rechtstraditie** en **sluit naadloos aan bij de toetsing aan verdragen en het EU-recht**. Ingewikkelde kwesties als samenloop (met verdragen en EU recht) en bevoegdheidskwesties (tussen een constitutioneel hof en andere rechters) worden daarmee vermeden, evenals complexe vraagstukken m.b.t. de benoeming van de leden van het constitutioneel hof (zie ervaringen elders, óók in robuuste democratische rechtsstaten), de verhouding tot andere nationale rechters, en de verhouding tot de andere staatsmachten. Constitutionele hoven toetsen bovendien vaak intensiever dan gewone rechters die zich doorgaans terughoudender opstellen. Ook in die zin past gespreide toetsing beter bij de Nederlandse opvattingen over de plaats van de rechter t.o.v. de politiek.

Aan welke normen kan worden getoetst?⁴ Toetsing aan de Grondwet én aan algemene rechtsbeginselen

De rechter zou moeten kunnen toetsen aan **alle bepalingen van de Gw voor zover zij zich daartoe lenen**, d.w.z. voor zover zij **voldoende helder, duidelijk en onvoorwaardelijk** zijn. Niet alle bepalingen van de Gw lenen zich altijd goed voor rechterlijke toepassing. Dit is niet nieuw voor de rechter: ook andere normen, zoals bepalingen van internationale verdragen en het EU-recht, zijn soms moeilijk toepasbaar. De rechter kan daarmee goed uit de voeten en past die normen slechts toe voor zover zij **voldoende helder, duidelijk en onvoorwaardelijk** zijn, mede in het licht van de plaats van de rechter in het staatsbestel. Als een norm onvoldoende handvatten geeft voor rechterlijke toepassing, en verdere invulling behoeft, stelt de rechter zich terughoudend op. **Dit maakt het beperken van toetsing tot een bepaalde categorie van grondwettelijke normen overbodig.**

Ook aan **sociale grondrechten** moet kunnen worden getoetst, **voor zover zij zich lenen voor rechterlijke toepassing, d.w.z. voldoende helder, duidelijk en onvoorwaardelijk zijn**. Het onderscheid tussen klassieke vrijheidsrechten en sociale en economische rechten is immers achterhaald: ook klassieke grondrechten hebben vaak een sociale dimensie; klassieke grondrechten zijn niet alleen 'vrijheidsrechten', maar omvatten ook positieve verplichtingen en vereisen soms overheidsoptreden; en sommige bepalingen in de Gw bevatten

¹ Het kabinet beantwoordt de vraag positief.

² Een kanttekening: de invoering van rechterlijke toetsing van de grondwettigheid van formele wetten is geen panacee. Zo is het nog maar de vraag of rechterlijke grondwettigheidstoetsing (in strikte zin, d.w.z. toetsing aan de bepalingen van de Gw) de kindertoeslagenaffaire zou hebben voorkomen.

³ Het kabinet kiest voor gespreide toetsing.

⁴ Standpunt kabinet: enkel toetsing aan klassieke 'vrijheidsrechten', niet aan sociale grondrechten, niet aan institutioneel-organisatorische bepalingen, en ook niet aan algemene beginselen.

elementen van zowel klassieke als sociale grondrechten. Wel is het zo dat sociale en economische grondrechten in de Gw niet altijd 'helder, duidelijk en onvoorwaardelijk' zijn en zich daarom slechts in beperkte mate voor rechterlijke toepassing lenen. Zij behoeven dan verdere invulling, waarbij keuzes moeten worden gemaakt die herverdelingsvraagstukken opwerpen. Die keuzes behoren in eerste instantie tot de politiek. Echter, **ook hier stelt het recht in een democratische rechtsstaat grenzen aan de vrijheid van de politiek**, in elk geval voor wat betreft de ondergrenzen die raken aan de menselijke waardigheid. Daarop zou de rechter wel toezicht kunnen en moeten uitoefenen. De ervaring in landen waar de rechter nu al kan toetsen aan sociale en economische grondrechten leert overigens dat is dat de rechter zich hier doorgaans zeer terughoudend opstelt.

Het kabinet geeft als belangrijkste argument voor de uitsluiting van toetsing aan **institutioneel-organisatorische bepalingen** dat de rechter daarmee een wezenlijk andere functie in ons staatsbestel zou krijgen: hij zou geen wetten meer toetsen aan de Gw, maar als een soort constitutionele arbiter fungeren in de interne organisatie van de andere staatsinstellingen bevoegdheden. Deze zienswijze overtuigt niet: de rechter zou *enkel* bevoegd worden om *formele wetten* te toetsen aan de institutioneel-organisatorische bepalingen van de Gw. Daarmee blijft de rechter wetten toetsen aan de Gw, en zal hij niet anderszins bevoegd worden om zich te mengen in de verhoudingen tussen staatsmachten.⁵ De toetsing van wetgeving aan institutioneel-organisatorische bepalingen kan in voorkomend geval helpen bijdragen aan de **bescherming van de democratische rechtsstaat**.

Het verbod van toetsing van formele wetten aan **algemene rechtsbeginselen** vindt zijn basis in een (te) ruime interpretatie van de uitzondering van artikel 120 Gw en een (te) beperkte opvatting over de taak van de rechter. Niet goed valt in te zien waarom na schrappen van het toetsingsverbod aan de Gw, de rechter de formele wet niet ook zou mogen toetsen aan rechtsbeginselen. Bovendien noopt het sobere karakter van de Gw tot het betrekken van rechtsbeginselen in de toetsing aan de bepalingen van de Gw: **algemene beginselen kunnen de (sobere) Gw operationeel maken**.

Tijdstip: ex ante of ex post?⁶ **Ex post**

De keuze voor rechterlijke toetsing *ex post* ligt voor de hand, om redenen genoemd door het kabinet. Als wordt gekozen voor gespreide toetsing is bovendien onduidelijk welke rechter *ex ante* zou moeten kunnen worden verzocht om de grondwettigheid van wetten te toetsen, en door wie. Toetsing *ex ante* gebeurt al in ministeries, de Eerste en Tweede Kamer en de Raad van State. Juist de toetsing *ex post* ontbreekt in het huidige stelsel. Dat is de lacune die moet worden opgevuld. Wel zou tegelijk **de toetsing vooraf moeten worden versterkt**, en zou de wetgever signalen dat een voorstel van wet op gespannen voet staat met de Gw moeten opvolgen. Verwacht kan worden dat de invoering van rechterlijke constitutionele toetsing *ex post* het gezag van de *ex ante* toetsing zal versterken, omdat de signalen vooraf dan kunnen leiden tot daadwerkelijke toetsing achteraf. Dit is een bijkomend voordeel van rechterlijke toetsing *ex post*.

Rechtsgevolgen?⁷ **Bindend – strijdige bepaling buiten toepassing**

Het ligt in de rede dat de uitspraken van de rechter **bindend** zijn. Niet goed valt in te zien waarom zij dat niet zo zou zijn, zeker in geval van samenloop, nu de uitspraken gebaseerd op toetsing aan verdragen en EU recht al bindend zijn.

De rechter zou in elk geval de strijdig bevonden bepaling **buiten toepassing** moeten kunnen laten in het aanhangige geval. Opnieuw past dit het best bij wat de rechter al doet bij toetsing aan verdragen en EU recht. De wetgever is dan weer aan zet, en moet beslissen op welke manier de relevante bepalingen kunnen worden aangepast om aan de rechterlijke uitspraak tegemoet te komen in toekomstige zaken.

De meest eenvoudige en minst disruptieve variant, die het beste past bij de Nederlandse rechtstraditie, is daarom: schrappen van artikel 120 Gw. Daarmee wordt de rechter bevoegd om formele wetten te toetsen aan de gehele Gw én aan algemene rechtsbeginselen (de meeste bepalingen van de Gw zullen overigens zelden of nooit aan de orde komen in procedures voor de rechter, omdat zij onvoldoende helder, duidelijk en onvoorwaardelijk zijn, en zich niet lenen voor rechterlijke toepassing).

⁵ Dat zou anders zijn als nieuwe rechtsgangen zouden worden geïntroduceerd (cf 'Organstreitverfahren'), maar dat beoogt het kabinet niet, en is ook niet nodig.

⁶ Het kabinet kiest voor toetsing *ex post*.

⁷ Kabinet: bindend en buiten toepassing laten.