Datum: 10 februari 2023

**Uitgangspunten**

In de hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing van 1 juli 2022 vat de regering haar voorkeur samen:

* Toetsing alleen aan de klassieke vrijheidsrechten;
* Gespreide toetsing door bestaande rechters (zelfde systeem als voor toetsing aan eenieder verbindende bepalingen van verdragen, dus geen constitutioneel hof en dus toetsing ex post);
* Bij onverenigbaarheid wordt het wettelijke voorschrift buiten toepassing gelaten (geen nietigheid, vernietiging o.i.d.).

Er lijkt een algemene consensus te zijn ontstaan binnen regering, parlement en rechterlijke macht dat het toetsingsverbod van art. 120 Gw in deze lijn opgeheven moet worden (althans voor zover het toetsing van wetten aan de grondwet betreft; over toetsing van verdragen aan de grondwet ziet de NOvA niets terug, zie ook hierna).

De door de regering voorgestelde richting lijkt vrijwel volledig in lijn met het initiatief wetsvoorstel Halsema/Van Tongeren uit 2004, dat in 2017/8 vervallen is verklaard c.q. is ingetrokken.

De NOvA had in een [wetgevingsadvies d.d. 2 februari 2004](https://www.advocatenorde.nl/juridische-databank/details/wetgevingsadviezen/1328?terug=%2Fjuridische-databank%2Fwetgevingsadviezen%3Flimiet%3D10%26q%3Dgrondwet%26vorige%3D%26voor%3D%26na%3D) al positief geadviseerd over een dergelijke afschaffing van het toetsingsverbod als voorgesteld door Halsema/Van Tongeren in 2004. De alinea uit de brief van 2 februari 2004 lijkt nog helemaal actueel:

*“De Algemene Raad kan zich vinden in de aangebrachte beperking tot de klassieke grondrechten, maar pleit voor de meest ruime opsomming van deze grondrechten in de bijlage bij het wetsvoorstel. De Algemene Raad onderschrijft de keuze voor een systeem van gespreide toetsing en vertrouwt er met de commissie op dat de rechter wetten zoveel mogelijk Grondwetconform zal uitleggen en ook overigens terughoudend van de nieuwe bevoegdheid om een wettelijke bepaling buiten toepassing te laten, gebruik zal maken.”*

De NOvA blijft voor rechterlijke toetsing van wetten aan de grondwet. De NOvA onderschrijft ook een stelsel van gespreide toetsing in gewone procedures (dus geen constitutioneel hof). De NOvA is het ook eens dat de rechter wettelijke voorschriften buiten toepassing laat (dus niet onverbindend verklaart of vernietigt).

Maar de NOvA vindt niet dat de toetsing beperkt moet worden tot de klassieke grondrechten. Dat was negentien jaar geleden nog een ambitieuze, betekenisvolle stap, maar nu niet meer.

Een wijziging van artikel 120 Grondwet zoals waar de regering aan denkt zal anno 2023 niet tot een wezenlijke versterking van de grondwet in de rechtspraktijk leiden. De regering stelt als een van haar doelen “dat de grondwettelijke grondrechten een levendiger onderdeel worden van de rechtspraak en burgers zich bewuster kunnen worden van de waarde en de betekenis van de Grondwet.” (p. 3 van de hoofdlijnenbrief) De NOvA onderschrijft dit doel. Maar om dit echt te verwezenlijken volstaat nu niet meer alleen de afschaffing van het toetsingsverbod voor klassieke grondrechten.

Daarvoor is ten eerste nodig dat de catalogus van grondrechten wordt uitgebreid, ook tot sociale grondrechten. Alleen dan zal de bescherming die de Grondwet biedt betekenisvol groter zijn dan de bescherming die nu al door internationale verdragen wordt geboden. Bedenk daarbij dat die verdragen, zoals in het bijzonder het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM), slechts bedoeld zijn om een absolute minimumbescherming te bieden. De Nederlandse standaard van grondrechtenbescherming zou steeds hoger moeten zijn.

Ten tweede zullen de voorwaarden waaronder de grondrechten mogen worden ingeperkt moeten worden aangevuld. Nu is het vaak zo dat de Nederlandse grondrechten mogen worden beperkt bij wet, zonder verdere beperkingen voor de wetgever. Dat biedt nauwelijks houvast voor inhoudelijke toetsing van die wet door de rechter. De rechter moet ook de kwaliteit van de wetgeving inhoudelijk kunnen toetsen. Daarvoor kunnen inhoudelijke toetscriteria worden toegevoegd aan de beperkingsclausules, zoals al gebruikelijk is in verdragen en grondwetten van andere landen. Denk bijvoorbeeld een criterium van proportionaliteit (‘is deze beperking noodzakelijk in een democratische samenleving’).

*Verhouding grondwet en verdragen*

Veel van de in de Grondwet opgenomen vrijheden en grondrechten worden al (en vaak veel verdergaand) beschermd door internationale instrumenten (EVRM, IVBPR, EU-Handvest etc.) waar de rechter wettelijke bepalingen aan moet toetsen (art. 93 en 94 Gw).

Op sommige punten echter, heeft onze grondwet een regeling die specifieker is dan internationale verdragen. In dat opzicht zou het loslaten van het toetsingsverbod binnen de huidige constellatie enige verbeteringen kunnen opleveren. Ook waar de Grondwet geen tot weinig extra bescherming (b)lijkt te bieden, kan dat een aanleiding vormen voor nader debat en mogelijke grondwetswijzigingen, waar dat nu in de praktijk grotendeels irrelevant is (omdat lagere wetgeving ook maar heel weinig aan de grondwet wordt getoetst).

De NOvA ziet opheffing van het verbod op constitutionele toetsing door de rechter daarom wel als een belangrijke en positieve eerste stap. Maar niet meer dan dat: een eerste stap.

*Discussievragen over constitutionele toetsing*

De NOvA brengt onderstaande punten in voor verdere discussie.

De vraag die zich aandient: is het schrappen van artikel 120 Gw genoeg? Of zijn er daarnaast aanvullende hervormingen noodzakelijk, zoals:

* Uitbreiding van de catalogus van grondrechten in de Nederlandse grondwet zodat ten minste ook alle door verdragen gewaarborgde fundamentele vrijheden en grondrechten door de grondwet worden beschermd, en liefst op een eigen Nederlands en dus significant hoger niveau. Wellicht kan het gehele verbod worden afgeschaft. De Nederlandse rechter weet zelf wel hoe hij moet omgaan met verschillende soorten bepalingen die zich in meerdere of mindere mate direct laten toepassen;
* Aanpassing van de clausulering van de grondrechten, opdat ook inhoudelijke c.q. materiële toetsing van (de kwaliteit van) wetten kan plaatsvinden (zie ook brief van 22 april 2022, punt 2, van de Afdeling bestuursrechtspraak van de RvS) én die toetsing verder gaat dan die bij toetsing aan het EVRM.
* Mogelijk maken van rechterlijke toetsing van verdragen aan de Grondwet.

Wat dat laatste betreft,: om de grondwettelijke grondrechten een levendiger onderdeel te laten worden van de rechtspraktijk en burgers bewuster te maken van de waarde en betekenis van de grondwet is het van groot belang dat de effectieve werking van de grondwet als eerste en hoogste garantie voor de bescherming van grondrechten wordt gepercipieerd en gewaardeerd. Wat dient dus precies de betekenis en status te zijn van de grondwet ten opzichte van verdragen?

* Zowel de wetgever als de rechter in Nederland hanteren het EVRM als de belangrijkste toets voor de handhaving van grondrechten. Is de interpretatie daarvan door het EHRM als een gewone rechterlijke toets, voldoende? (“Als het volgens het EHRM kan, is het goed”)
* Of dient het EVRM te worden beschouwd als de absolute, minimale ondergrens voor alle Europese rechtsstaten, waar de Nederlandse rechtsbescherming altijd ruimschoots geacht wordt bovenuit te torenen?

Als dat laatste het geval is, zou de invoering van constitutionele toetsing ertoe moeten leiden dat de Nederlandse rechtsbescherming naar een hoger niveau getild wordt. Als dat hogere niveau er eenmaal is, brengt dat ook mee dat aandacht zal moeten uitgaan naar de toetsing van verdragen aan de grondwet.