

Constitutionele toetsing opnieuw in de schijnwerpers

Een evaluatie van de hoofdlijnenbrief van het kabinet over de invoering van constitutionele toetsing in Nederland

Student:	J.B. Tanke
Studentnummer:	2011996
Tilburg University:	Tilburg Law School
Masterthesisbegeleider	dr. G. van der Schyff
Datum van afstuderen:	mei 2023
Aantal woorden:	13.433

Voorwoord

Voor u ligt de masterscriptie ‘Constitutionele toetsing opnieuw in de schijnwerpers’. Centraal in deze scriptie staat de hoofdlijnenbrief over constitutionele toetsing die het kabinet op 1 juli 2022 naar de Tweede Kamer stuurde, waarin is uitgewerkt hoe constitutionele toetsing in Nederland vorm kan krijgen. In deze scriptie zal beschreven worden hoe deze hoofdlijnenbrief past binnen de ontwikkeling van het toetsingsverbod, hoe de invoering van constitutionele toetsing zich verhoudt tot verschillende in de literatuur genoemde argumenten voor en tegen constitutionele toetsing en hoe de inrichting van de constitutionele toets, zoals wordt beoogd door het kabinet, moet worden beoordeeld.

Deze scriptie is geschreven ter afronding van mijn master Rechtsgeleerdheid, met als profiel ‘publiekrecht: rechtstaat en bestuur’ aan de Tilburg University. Tijdens de opleiding Rechtsgeleerdheid ontstond mijn interesse in het verbod op constitutionele toetsing, zoals in de Nederlandse Grondwet is vastgelegd. Aangezien Nederland vaak wordt beschouwd als buitenbeentje in Europa vanwege het ontbreken van een constitutioneel toetsingsrecht, wilde ik mij graag verder in dit onderwerp verdiepen.

Bij deze wil ik graag mijn begeleidend docent dr. G. van der Schyff bedanken voor zijn waardevolle feedback en fijne begeleiding tijdens het gehele traject. Daarnaast bedank ik mijn vrienden en familie voor hun aanmoediging en steun gedurende mijn studie.

Jan Tanke

Breda, mei 2023

Inhoudsopgave

Voorwoord	1
Hoofdstuk 1: Inleiding	3
1.1. Aanleiding	3
1.2. Probleemanalyse	3
1.3. Onderzoeksvraag	6
1.4. Wetenschappelijke relevantie	6
1.5. Maatschappelijke relevantie	7
1.6. Methode	8
1.7. Leeswijzer	9
Hoofdstuk 2: De ontwikkeling van het toetsingsverbod	10
2.1. Invoering van het toetsingsverbod in 1848	10
2.2. Grondwetsherzieningen 1953	12
2.3. Grondwetsherzieningen 1983	13
2.4. Aanbevelingen na 1983	16
2.5. Initiatiefwetsvoorstel Halsema	16
2.6. Staatscommissie parlementair stelsel	18
2.7. Hoofdlijnenbrief Constitutionele toetsing	19
Hoofdstuk 3: De hoofdlijnenbrief in relatie tot het primaat van de wetgever, rechtsbescherming van burgers en verdragstoetsing	21
3.1. Inleiding	21
3.2. Primaat van de wetgever:	21
3.3. Rechtsbescherming van burgers:	26
3.4. Argument met betrekking tot verdragstoetsing:	31
3.5. Overwegingen omtrent argumenten voor en tegen constitutionele toetsing	35
Hoofdstuk 4: De inrichting van de constitutionele toets	37
4.1. Inleiding	37
4.2. Toetsing aan klassieke grondrechten	37
4.3. Gedeconcentreerde toetsing	38
4.4. Ex post toetsing in concreto	40
4.6. Overwegingen omtrent de inrichting van de constitutionele toets	43
5. Conclusie & Discussie	46
6. Literatuurlijst:	50

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1. Aanleiding

Artikel 120 van de Nederlandse Grondwet bepaalt dat de rechter wetten in formele zin niet mag beoordelen op de verenigbaarheid met de Grondwet.¹ Dit artikel is afgeleid van de bepaling die in 1848 in de Grondwet is opgenomen dat de wetten onschendbaar zijn.² Al sinds het bestaan van de bepaling is veel discussie gevoerd of het wenselijk is dat de rechter zich niet kan uitlaten over de vraag of een wet in overeenstemming is met de Grondwet.³ Thorbecke voorzag al bij de invoering van deze bepaling dat deze een lacune in de rechtsbescherming van Nederlandse burgers zou veroorzaken. Immers, een burger die van mening is dat een wet in formele zin in strijd is met de Grondwet, staat met lege handen.⁴ Daarnaast zou, volgens Thorbecke, de wetgever die zijn bestaansrecht aan de Grondwet ontleent op deze manier boven de Grondwet komen te staan en zou de Grondwet zelf aan waarde verliezen.⁵ In de tweede helft van de vorige eeuw is de absolute onschendbaarheid van de wetten deels verloren gegaan door de bevoegdheid van rechters om wetten te toetsen op hun verenigbaarheid met eenieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties.⁶ Ondanks dat de onschendbaarheid van wetten door deze aanpassing niet meer absoluut is, is de discussie over de vraag of wetten in formele zin mogen worden getoetst aan de Grondwet nooit geëindigd.

1.2. Probleemanalyse

Ruim anderhalve eeuw na de invoering van het toetsingsverbod is de discussie over de wenselijkheid daarvan nog steeds actueel. Ook in het huidige coalitieakkoord is aandacht voor het toetsingsverbod: het kabinet volgt het advies van de Staatscommissie parlementair stelsel en heeft opgenomen te zullen onderzoeken hoe constitutionele toetsing het best kan worden vormgegeven in Nederland.⁷ Deze passage uit het coalitieakkoord heeft verdere uitwerking gekregen in de Kamerbrief over hoofdlijnen constitutionele toetsing (hierna:

¹ Meer specifiek bepaalt artikel 120 van de Grondwet dat de rechter niet in de beoordeling treedt over de grondwettigheid van wetten en verdragen.

² Van Oort 2020, p. 42.

³ Kortmann 2001, p. 356-358.

⁴ Thorbecke 1921, p. 60-61.

⁵ Thorbecke 1921, p. 60-61.

⁶ Van Houten 1997, p. 25; Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 3, p. 3.

⁷ Coalitieakkoord VVD, D66, CDA en ChristenUnie 'Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst' (Kamerstukken II 2021/22, 35788, nr. 77), p. 6; Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 214.

hoofdpijnenbrief).⁸ Rijksoverheid.nl kopte boven haar nieuwsbericht hierover “Eerste stap naar constitutionele toetsing door de rechter gezet”.⁹ Dit doet vermoeden dat er na bijna 175 jaar een doorbraak in deze discussie is bereikt, maar gelet op de geschiedenis rondom dit thema is deze titel wellicht wat voorbarig.

In het verleden zijn al vele verschillende adviezen en voorstellen gedaan om tot een of andere vorm van constitutionele toetsing te komen. De Commissie Grondrechten in het Digitale Tijdperk adviseerde in mei 2000 om artikel 120 Grondwet aan te passen.¹⁰ Negen jaar later pleitte de Staatscommissie Grondwet, die in het leven was geroepen om een mogelijke herziening van de Grondwet te onderzoeken, voor een heroverweging van het toetsingsverbod.¹¹ In de tussentijd had ook de Nationale Conventie, die zich moest buigen over de inrichting van het Nederlandse politieke bestel, de aanbeveling gedaan om rechters de bevoegdheid te geven wetten aan klassieke grondrechten te laten toetsen en een Constitutioneel Hof in te stellen.¹²

Een initiatiefwetsvoorstel voor het wijzigen van de Grondwet werd in 2002 ingediend door toenmalig GroenLinks-Kamerlid Femke Halsema.¹³ Dit voorstel beoogde artikel 120 Grondwet zodanig aan te passen dat de rechter in bepaalde gevallen zich zou mogen uitlaten over de verenigbaarheid van een wet in formele zin met de Grondwet in een systeem van gespreide toetsing.¹⁴ In 2008 werd dit voorstel, nadat het in 2004 was behandeld in de Tweede Kamer, in eerste lezing aangenomen door de Eerste Kamer.¹⁵ Een tweede, noodzakelijke lezing werd meerdere malen doorgeschoven, waardoor de Tweede Kamer zich uiteindelijk de vraag stelde of zij nog wel bevoegd was het voorstel in tweede lezing te behandelen.¹⁶ In 2017 adviseerde de Afdeling Advisering van de Raad van State het voorstel als vervallen te beschouwen omdat het intussen al behandeld had kunnen zijn.¹⁷ Om deze reden trok GroenLinks-Tweede Kamerlid Kathalijne Buitenweg het voorstel op 18 september 2018 in.¹⁸ In hetzelfde jaar pleitte de Staatscommissie parlementair stelsel in haar eindrapport voor het

⁸ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169.

⁹ ‘Eerste stap naar constitutionele toetsing door de rechter gezet’, rijksoverheid.nl.

¹⁰ Commissie Grondrechten in het Digitale Tijdperk 2000, p. 219.

¹¹ Staatscommissie Grondwet 2010, p. 47.

¹² Nationale Conventie 2006, p. 46-47; Sap 2007, p. 590-602.

¹³ Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 1, p. 1.

¹⁴ Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 3, p. 2.

¹⁵ Handelingen II 2004/05, 28331, nr. 12, p. 643; Handelingen I 2008/09, nr. 11, p. 541-543.

¹⁶ Kamerstukken II 2017/18, 32334, nr. 10, p. 1.

¹⁷ Kamerstukken II 2017/18, 32334, nr. 11, p. 2.

¹⁸ Kamerstukken II 2017/18, 32334, nr. 12, p. 1.

instellen van constitutionele toetsing middels een Constitutioneel Hof.¹⁹ Het toenmalige kabinet was er echter niet van overtuigd dat de voordelen in alle gevallen zouden opwegen tegen de nadelen en besloot geen voorstel tot wijziging van de Grondwet te doen.²⁰ Slechts een paar jaar later staat het onderwerp toch weer op de politieke agenda, zoals blijkt uit het coalitieakkoord en de naar de Tweede Kamer gestuurde hoofdlijnenbrief.²¹

Veel landen hebben geworsteld met de vraag of constitutionele toetsing ingevoerd zou moeten worden. Uit een rechtsvergelijkend onderzoek dat in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties door de Universiteit Maastricht is uitgevoerd, blijkt dat bijna alle onderzochte rechtsstelsels in het verleden het uitgangspunt hanteerden dat formele wetten onschendbaar waren.²² Nieuwe inzichten hebben er echter in de tweede helft van de vorige eeuw toe geleid dat de meeste van deze landen een vorm van constitutionele toetsing hebben ingesteld.²³ Nederland is een van de weinige landen waar nog geen constitutionele toetsing mogelijk is en wordt in die zin ook als buitenbeentje van Europa beschouwd.²⁴

Gezien het feit dat eerdere adviezen van de verschillende commissies en het initiatiefwetsvoorstel Halsema na uitvoerig beraad bewust in de prullenbak zijn beland, is het volgens Van Sasse van IJsselt erg optimistisch om te verwachten dat een nieuw voorstel tot een andere afweging zal leiden, enkel vanwege politieke verschuivingen.²⁵ Hij is van mening dat een nieuw voorstel ten minste nieuwe argumentatie moet bevatten om te kunnen leiden tot een aanpassing van artikel 120 Grondwet.²⁶ Kortmann constateerde echter in 1991 al dat er in de voorgaande 25 jaar geen inhoudelijk nieuwe argumenten voor en tegen constitutionele toetsing voorbij waren gekomen.²⁷ Ook na 1991 lijkt dit inzicht van Kortmann nog altijd op te gaan.²⁸ Het toegenomen belang van internationaal en EU-recht leidt er volgens Boogaard en Uzman wel toe dat aan de bestaande argumenten een ander gewicht wordt toegekend.²⁹

¹⁹ Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 195.

²⁰ Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2019, p. 20.

²¹ Coalitieakkoord VVD, D66, CDA en ChristenUnie 'Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst' (Kamerstukken II 2021/22, 35 788, nr. 77), p. 2; Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169.

²² Claes, Heringa, van der Sluis & Stremler 2021, p. 3.

²³ Claes, Heringa, van der Sluis & Stremler 2021, p. 3.

²⁴ Corstens 2017, p. 57.

²⁵ Van Sasse van IJsselt 2019, p. 458.

²⁶ Van Sasse van IJsselt 2019, p. 458.

²⁷ Kortmann 1991, p. 305.

²⁸ Boogaard & Uzman 2016.

²⁹ Boogaard & Uzman 2016.

De wens om tot een vorm van constitutionele toetsing te komen is op te maken uit de hernieuwde aandacht voor het vraagstuk vanuit het kabinet. Het kabinet heeft een variant voor ogen van gespreide toetsing waarbij de rechter een wet of wetsbepaling buiten toepassing kan laten wegens strijd met de Grondwet.³⁰ Deze variant verschilt wezenlijk van het advies van de Staatscommissie parlementair stelsel in 2018, waarin een Constitutioneel Hof werd bepleit.³¹

1.3. Onderzoeksvraag

De centrale onderzoeksvraag van deze masterthesis luidt:

Hoe moet het voornemen van het kabinet uit de hoofdlijnenbrief om constitutionele toetsing mogelijk te maken, worden beoordeeld?

Deelvragen:

- 1. Hoe moet de hoofdlijnenbrief worden geplaatst binnen de historische context van het toetsingsverbod?*
- 2. Hoe verhoudt de hoofdlijnenbrief zich tot argumenten met betrekking tot het primaat van de wetgever, rechtsbescherming van burgers en verdragstoetsing?*
- 3. Hoe kan de inrichting van de constitutionele toetsing, zoals deze wordt beoogd in de hoofdlijnenbrief, worden beoordeeld?*

1.4. Wetenschappelijke relevantie

Sinds de invoering van het toetsingsverbod bestaat er discussie over de wenselijkheid ervan. Afgelopen decennia hebben verschillende commissies betoogd dat artikel 120 van de Grondwet afgeschaft of ten minste veranderd zou moeten worden.³² In de Tweede Kamer leeft het onderwerp momenteel opnieuw: recent heeft het kabinet aangegeven met de Kamer in gesprek te gaan over constitutionele toetsing.³³ Al eerder was met het initiatiefwetsvoorstel Halsema geprobeerd de rechter de bevoegdheid te geven om formele wetten te toetsen aan een

³⁰ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 2.

³¹ Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 203-204.

³² Commissie Grondrechten in het Digitale Tijdperk 2000, p. 219; Staatscommissie Grondwet 2010, p. 47; Nationale Conventie 2006, p. 46-47; Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 195.

³³ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169.

bepaald aantal grondrechten.³⁴ Ondanks het steeds terugkerend pleidooi vóór constitutionele toetsing, is een wijziging van de Grondwet hiertoe tot op heden uitgebleven.

In de voorstellen en adviezen hebben verschillende vormen van constitutionele toetsing de revue gepasseerd. Wereldwijd is er een grote verscheidenheid in de inrichting van de constitutionele toets, vermoedelijk terug te voeren op de onderliggende constitutionele context van het land. Zo hecht Duitsland, als reactie op de dictatuur van het naziregime, veel waarde aan de bescherming van grondrechten en aan de scheiding der machten en dit heeft zich vertaald in een sterk Constitutioneel Hof met aanzienlijke bevoegdheden.³⁵ Heel anders is dit in het Verenigd Koninkrijk. Hier wordt veel waarde gehecht aan de soevereiniteit van het parlement. De rechter dient zich hierdoor terughoudend op te stellen jegens het parlement.³⁶

1.5. Maatschappelijke relevantie

Het feit dat de discussie over de wenselijkheid van constitutionele toetsing al sinds 1848 in Nederland bestaat en nog altijd voortduurt, betekent dat dit een maatschappelijk zeer relevant onderwerp is. Het toetsingsverbod veroorzaakt een lacune in de rechtsbescherming van burgers: een burger die zich door een wet in formele zin aangetast voelt in een van zijn grondrechten, heeft geen mogelijkheid om dit door de rechter te laten toetsen.³⁷

Barkhuysen stelt dat de toeslagenaffaire wel eens als katalysator zou kunnen werken voor de invoering van constitutionele toetsing, hoewel niet gezegd is dat deze hiermee voorkomen had kunnen worden.³⁸ Ouders die ten onrechte werden bestempeld als fraudeur werd niet de rechtsbescherming tegen de overheid geboden die nodig was.³⁹ Naar aanleiding van de toeslagenaffaire heeft de Tweede Kamer de Venetië-commissie verzocht de rechtsbescherming in Nederland te onderzoeken.⁴⁰ Een van de aanbevelingen uit het rapport van deze commissie is om na te denken over de wijziging van artikel 120 Grondwet.⁴¹ In reactie hierop zei de voorzitter van de Raad voor de rechtspraak: “Grondrechten worden dan

³⁴ Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 3, p. 2.

³⁵ Claes, Heringa, van der Sluis & Stremmer 2021, p. 20.

³⁶ Claes, Heringa, van der Sluis & Stremmer 2021, p. 62.

³⁷ Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 199-201.

³⁸ Barkhuysen 2021; Corstens 2022, p. 1914.

³⁹ Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 2021, p. 8.

⁴⁰ Venice Commission 2021, p. 3.

⁴¹ Venice Commission 2021, p. 26.

meer dan alleen tekst op papier, mensen hebben er echt wat aan. De Grondwet wordt zo ook meer een levend instrument ten dienste van de rechtsstaat.”⁴²

1.6. Methode

Deze scriptie betreft een onderzoek dat hoofdzakelijk beschrijvend van aard is, maar ook kenmerken heeft van een evaluatieve studie.⁴³ De onderzoeksvragen zullen worden beantwoord aan de hand van een literatuur- en jurisprudentieonderzoek.

Deelvraag 1: Hoe moet de hoofdlijnenbrief worden geplaatst binnen de historische context van het toetsingsverbod?

Voor de beantwoording van deze vraag zal in relevante literatuur en jurisprudentie onderzoek worden gedaan naar de herkomst en ontwikkeling van het toetsingsverbod in Nederland. Ook zal worden gekeken naar verschillende voorstellen tot wijziging van het toetsingsverbod, onder andere het initiatiefwetsvoorstel Halsema en het advies van de Staatscommissie parlementair stelsel. In het licht van de historische context en de ontwikkeling van het toetsingsverbod zal tot slot de hoofdlijnenbrief worden geanalyseerd.

Deelvraag 2: Hoe verhoudt de hoofdlijnenbrief zich tot argumenten met betrekking tot het primaat van de wetgever, rechtsbescherming van burgers en verdragstoetsing?

Om tot een beantwoording van deze vraag te komen, zullen de drie genoemde argumenten aan de hand van literatuur worden bestudeerd. Besproken zal worden hoe deze argumenten voor en tegen constitutionele toetsing kunnen worden gebruikt. Ook zal worden geëxploreerd óf en zo ja, op welke wijze het primaat van de wetgever, rechtsbescherming van burgers en verdragstoetsing terug te zien zijn in de hoofdlijnenbrief. Deze deelvraag zal uitmonden in een overweging omtrent de waarde van de verschillende argumenten.

Deelvraag 3: Hoe kan de inrichting van de constitutionele toetsing, zoals deze wordt beoogd in de hoofdlijnenbrief, worden beoordeeld?

Voor de laatste deelvraag zal de inrichting van de constitutionele toets, zoals wordt beoogd in de hoofdlijnenbrief, aan de hand van literatuur worden beoordeeld. Het gaat hierbij om de volgende punten: 1) wie de constitutionele toets uitvoert, 2) op welke manier en op welk

⁴² ‘Rapport Venetië-commissie maakt duidelijk dat we werk moeten maken van de rechtsstaat’, rechtspraak.nl.

⁴³ Van Dijk, Snel & Van Golen 2018, p. 56-60.

moment de rechter toetst, 3) welk rechtsgevolg er wordt verbonden aan strijdigheid van de wet met de Grondwet.

Het onderzoek is opgezet vanuit de combinatie van een rechtshistorisch en een rechtstheoretisch perspectief. Relevante literatuur zal worden gezocht aan de hand van kernwoorden, waarbij vervolgens de sneeuwbalmethode wordt gehanteerd.⁴⁴ In beginsel zal worden gezocht in databases zoals Google Scholar, Kluwer Navigator en Worldcat. Er is sprake van een iteratief proces.⁴⁵

1.7. Leeswijzer

In hoofdstuk 2 worden de historische context en de ontwikkeling van het toetsingsverbod geschetst. In hoofdstuk 3 komt aan de orde hoe de hoofdlijnenbrief zich verhoudt tot de belangrijkste argumenten uit het toetsingsdebat, waarna in hoofdstuk 4 de inrichting van de constitutionele toets, zoals uiteengezet door het kabinet, wordt besproken. De conclusies die uit dit onderzoek getrokken kunnen worden, staan beschreven in hoofdstuk 5. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een inhoudelijke discussie.

Met constitutionele toetsing wordt in deze scriptie verstaan: de rechterlijke toetsing van wetten in formele zin aan de Grondwet. De termen ‘wet in formele zin’ en ‘wet’ worden door elkaar gebruikt. In alle gevallen zal echter hetzelfde worden bedoeld: een regeling die tot stand gebracht is door regering en Staten-Generaal via de wetgevingsprocedure van artikel 81 tot en met artikel 88 van de Grondwet. Waar ‘wet in formele zin’ of ‘wet’ geschreven staat, kan ook een wetsbepaling worden bedoeld.

⁴⁴ Van Dijk, Snel & Van Golen 2018, p. 39-40.

⁴⁵ Weber 2011, p. 177-202.

Hoofdstuk 2: De ontwikkeling van het toetsingsverbod

2.1. Invoering van het toetsingsverbod in 1848

Artikel 120 van de Nederlandse Grondwet bepaalt: ‘De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen’. Dit artikel is in de huidige formulering in de Grondwet opgenomen bij de grondwetsherziening van 1983.⁴⁶ De oorsprong van deze bepaling dateert echter van meer dan 150 jaar geleden.⁴⁷ Rellen en revoluties in West-Europa hebben koning Willem II ertoe bewogen om de Nederlandse Grondwet in 1848 ingrijpend te herzien, waarbij de macht van ministers en parlement werd uitgebreid ten koste van de macht van de koning.⁴⁸ Deze herziening zou de basis vormen voor het huidige staatsbestel in Nederland.⁴⁹ Een van de nieuwe bepalingen in de herziene Grondwet was dat de wetten onschendbaar zijn.⁵⁰ Dit betekende dat de rechter wetten niet mocht toetsen op hun verenigbaarheid met de Grondwet.⁵¹ Het is onzeker of de rechter deze bevoegdheid voor 1848 wel had.⁵² De Grondwet van 1815 bevatte geen bepaling waarin toetsing van wetten aan de Grondwet expliciet werd toegestaan of verboden en het (autocratische) bewind van Willem I zorgde niet voor het juiste klimaat om dit leerstuk tot ontwikkeling te laten komen.⁵³

Het was niet vanzelfsprekend dat het toetsingsverbod in 1848 in de Grondwet werd opgenomen. De staatscommissie, onder leiding van de liberaal Thorbecke, die de Grondwetsherziening moest voorbereiden, had in het concept voor de herziene Grondwet geen bepaling toegevoegd waarin rechterlijke toetsing van wetten werd verboden.⁵⁴ Het voorstel kwam van de regering, meer specifiek van de minister van Justitie Mr. Donker Curtius en werd met algemene stemmen door de ministerraad, waarin Thorbecke om politieke redenen geen zitting in had, aangenomen.⁵⁵

In de literatuur zijn verschillende ideeën te vinden over de reden waarom de bepaling is opgenomen in de Grondwet.⁵⁶ Beelaerts van Blokland stelt dat er behoefte was een einde te

⁴⁶ Fleuren 2018, p. 255-256.

⁴⁷ Fleuren 2018, p. 241.

⁴⁸ Fleuren 2018, p. 241-243.

⁴⁹ Fleuren 2018, p. 241.

⁵⁰ Fleuren 2018, p. 241.

⁵¹ Fleuren 2018, p. 241.

⁵² Van Poelgeest 1991, p. 5.

⁵³ Van Poelgeest 1991, p. 5.

⁵⁴ Van Houten 1997, p. 33.

⁵⁵ Van Dommelen 2003, p. 19; Van Poelgeest 1991, p. 6.

⁵⁶ Van Houten 1997, p. 33.

maken aan de onduidelijkheid of de rechter wel of niet bevoegd was wetten te toetsen aan hun verenigbaarheid met de Grondwet.⁵⁷ Anderen zagen de bepaling vooral als codificatie van de bestaande rechtstoestand.⁵⁸ De regering geeft in de memorie van toelichting bij de herziening van de Grondwet uitsluitel over de reden achter de toegevoegde bepaling: de bevoegdheid van de drie staatsmachten moest duidelijk worden afgebakend.⁵⁹ De tekst uit de memorie van toelichting luidt:

*“De onschendbaarheid der wetten heeft eene driedubbele beteekenis. Zij plaatst de wet boven alle bedenking, zij waarborgt haar tegen alle aanranding, zoowel van de uitvoerende en rechterlijke macht, als van de plaatselijke autoriteiten, aan wie, alleen behoudens de wet, het vaststellen van plaatselijke verordeningen is toegekend.”*⁶⁰

Volgens De Kempenaer, minister van Binnenlandse Zaken in het kabinet Donker Curtius, had de bepaling vooral ten doel de bevoegdheid van de rechter te begrenzen, omdat “de rechterlijke tyrannie de ergste van allen” zou zijn en voorkomen moest worden dat de rechterlijke macht de wetgevende macht zou overheersen.⁶¹ Ook Buijs meent dat de bepaling een duidelijk doel dient, namelijk dat het alleen aan de wetgever toekomt om te bepalen of een wet in overeenstemming is met de Grondwet.⁶² De gedachtegang van de regering dat de wet onschendbaar zou moeten zijn, past volgens Stroink duidelijk in het perspectief van de 19^{de} eeuw en vloeit voort uit het gedachtegoed van de Franse Revolutie waarin voor de rechter slechts een kleine rol was weggelegd.⁶³ In deze traditie wordt de gedachte van de volkssoevereiniteit sterk op de voorgrond geplaatst en constitutionele toetsing werd hiermee strijdig geacht.⁶⁴ Niet de rechter, maar de wetgever, waar de volksvertegenwoordiging deel van uitmaakt, representeert immers het soevereine volk en zou daarom het laatste woord over de uitleg van bepalingen van de Grondwet moeten hebben.⁶⁵

⁵⁷ Beelaerts van Blokland 1868, p. 210; Van Houten 1997, p. 33.

⁵⁸ Struycken & Van der Pot, in: Van Houten 1997, p. 33.

⁵⁹ Beelaerts van Blokland 1868, p. 203.

⁶⁰ Beelaerts van Blokland 1868, p. 203.

⁶¹ Beelaerts van Blokland 1868, p. 209.

⁶² Buijs, in: Van Houten 1997, p. 36.

⁶³ Stroink 1990, p. 13-15.

⁶⁴ Stroink 1990, p. 13-15; Cliteur 1989, p. 1371.

⁶⁵ Stroink 1990, p. 13-15; Cliteur 1989, p. 1371.

Thorbecke was een van de eersten die kritiek had op de onschendbaarheidsbepaling die door de regering zelf aan het grondwetsvoorstel was toegevoegd.⁶⁶ In aanloop naar de parlementaire behandeling noemde hij de toegevoegde bepaling “een nieuwe spreuk” waardoor “ieder als voor eene gesloten deur [zal] blijven staan”.⁶⁷ Thorbecke vond het onbestaanbaar dat de rechter geen uitspraak mocht doen over de verenigbaarheid van wetten met de Grondwet. De bepaling creëert immers een schild voor de wet tegen de Grondwet, waarmee de eenheid van wetten wordt doorbroken en de Grondwet ophoudt een Grondwet te zijn.⁶⁸ Gemeentelijke en provinciale verordeningen staan, aldus Thorbecke, in eenzelfde relatie tot de formele wet als de formele wet tot de Grondwet. Om deze reden zou een burger bij de rechter net zo goed rechten moeten kunnen ontleen uit de Grondwet tegen de wet, als uit de wet tegen bijvoorbeeld een plaatselijke verordening.⁶⁹ Daarnaast zou de wetgever, die zijn bestaansrecht enkel aan de Grondwet zelf ontleent, hierdoor boven de Grondwet komen te staan.⁷⁰

Zoveel discussie als het toetsingsverbod vandaag de dag teweegbrengt, zo geruisloos is deze bepaling aangenomen door de Staten-Generaal in 1848. De onschendbaarheid van wetten werd niet zo belangrijk gevonden als andere herzieningen.⁷¹ Debatten over vraagstukken omtrent ministeriële verantwoordelijkheid en onschendbaarheid van de koning overschaduwden de aandacht voor het toetsingsverbod.⁷²

2.2. Grondwetsherzieningen 1953

De grondwetsherziening van 1953 bracht een belangrijke nuancering aan op de onschendbaarheid van wetten door de toevoeging van artikel 65 aan de Grondwet.⁷³ Dit artikel, het huidige grondwetsartikel 94, bepaalt dat bij strijdigheid tussen eenieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties en de binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften, deze laatste geen toepassing vinden.⁷⁴

⁶⁶ Van Poelgeest 1991, p. 6-7.

⁶⁷ Thorbecke 1921, p. 60.

⁶⁸ Thorbecke 1921, p. 60-63.

⁶⁹ Thorbecke 1921, p. 60-63.

⁷⁰ Thorbecke 1921, p. 60-63.

⁷¹ Van Poelgeest 1991, p. 6.

⁷² Van Poelgeest 1991, p. 6.

⁷³ Van Houten 1997, p. 25; Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 3, p. 3.

⁷⁴ Van Houten 1997, p. 25; Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 3, p. 3.

Deze bepaling betekende het einde van de absolute onschendbaarheid van wetten en plaatste daarmee het toetsingsverbod in een ander licht, aangezien een wet wel buiten toepassing gelaten kan worden wegens strijdigheid met een verdrag, maar niet wegens strijdigheid met hogere nationale bepalingen.⁷⁵

Eenzijds is met de grondwetsherziening van 1953 de absolute onschendbaarheid van de wet verdwenen, anderzijds heeft de Hoge Raad in 1961 de onschendbaarheid van de wet nogmaals bevestigd en ook verder uitgewerkt in het Van den Bergh-arrest.⁷⁶ De vraag in dit arrest was of het toetsingsverbod ook overeind blijft wanneer onzeker is of de juiste (grondwettelijke) procedure is gevolgd bij de totstandkoming van een wet.⁷⁷ Volgens de Hoge Raad was dit wel het geval, omdat er geen redenen zijn om verschil te maken tussen de toetsing van een wet aan de Grondwet naar vorm of inhoud. Het is uitsluitend aan de wetgever om de Grondwet te interpreteren en te beoordelen of en hoe rekening wordt gehouden met grondwettelijke bepalingen.⁷⁸ Voor toetsing aan procedurevoorschriften bestaan, aldus de Hoge Raad, slechts twee criteria: uit de handelingen moet blijken dat het wetsvoorstel is aanvaard door de Staten-Generaal en het voorstel moet door de koning bekrachtigd zijn door bekendmaking in het Staatsblad.⁷⁹ Deze minimale toetsing is enkel bedoeld om na te gaan of überhaupt sprake is van een wet en indien beide vragen positief beantwoord kunnen worden, is het niet relevant of de procedurevoorschriften in acht zijn genomen.⁸⁰ Zolang er geen bezwaar is gemaakt door de Eerste of Tweede Kamer tegen de totstandkoming van de wet, zal de geldigheid van de wet niet betwist kunnen worden.⁸¹

2.3. Grondwetsherzieningen 1983

In 1983 vond een algehele herziening van de Grondwet plaats.⁸² De formulering van het toetsingsverbod voor wetten werd hierbij gelijkgetrokken met de in 1953 toegevoegde

⁷⁵ Boogaard & Uzman 2016.

⁷⁶ HR 27 januari 1961, ECLI:NL:HR:1961:AG2059 (Van den Bergh/Staat) NJ 1963/248, m.nt. D.J. Veegens.

⁷⁷ HR 27 januari 1961, ECLI:NL:HR:1961:AG2059 (Van den Bergh/Staat) NJ 1963/248, m.nt. D.J. Veegens p. 8; Schutgens 2009, p. 158-160.

⁷⁸ HR 27 januari 1961, ECLI:NL:HR:1961:AG2059 (Van den Bergh/Staat), NJ 1963/248, m.nt. D.J. Veegens, p. 4; Schutgens 2009, p. 158-160.

⁷⁹ HR 27 januari 1961, ECLI:NL:HR:1961:AG2059 (Van den Bergh/Staat), NJ 1963/248, m.nt. D.J. Veegens, p. 4; Schutgens 2009, p. 158-160.

⁸⁰ HR 27 januari 1961, ECLI:NL:HR:1961:AG2059 (Van den Bergh/Staat), NJ 1963/248, m.nt. D.J. Veegens, p. 4; Schutgens 2009, p. 158-160.

⁸¹ HR 27 januari 1961, ECLI:NL:HR:1961:AG2059 (Van den Bergh/Staat); Schutgens 2009, p. 158-160.

⁸² Barkhuysen, van Emmerik & Voermans e.a. 2009, p. 43-46.

bepaling van het toetsingsverbod voor verdragen.⁸³ Beide bepalingen werden geformuleerd in artikel 120 Grondwet: “De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen”.⁸⁴

Ter voorbereiding op de algehele herziening van de Grondwet werd enkele staatsrechtgeleerden verzocht te adviseren over eventuele veranderingen die in de Grondwet zouden moeten worden aangebracht.⁸⁵ Het advies werd neergelegd in een concept Grondwet met de naam *Proeve van een nieuwe Grondwet*.⁸⁶ Ook de Staatscommissie van Advies inzake de Grondwet en de Kieswet gaf advies over de algehele herziening van de Grondwet.⁸⁷

De werkgroep Proeve van een nieuwe Grondwet adviseerde om het toetsingsverbod af te schaffen ten aanzien van klassieke Grondrechten.⁸⁸ Toetsing aan klassieke grondrechten werd noodzakelijk geacht, aangezien deze grondrechten verder gaan dan de grondrechten in verdragen.⁸⁹ Daarbij was het volgens de werkgroep niet logisch dat rechtsbescherming wel zou gelden voor rechten die worden gewaarborgd in verdragen en niet voor nationale grondrechten.⁹⁰ Ook de Staatscommissie van Advies inzake de Grondwet en de Kieswet pleitte voor een gedeeltelijke opheffing van het toetsingsverbod.⁹¹ Zij vond de voordelen van het opheffen van het toetsingsverbod zwaarder wegen dan de nadelen ervan.⁹² Voor de staatscommissie stond hierbij op de eerste plaats dat burgers zo veel mogelijk in hun vrijheid beschermd dienen te worden en dat de mogelijkheid om wetten te toetsen aan de Grondwet daaraan bijdraagt.⁹³ Binnen de staatscommissie was geen unanimititeit over het wel of niet (gedeeltelijk) opheffen van het toetsingsverbod.⁹⁴ Voor de meerderheid wogen de voordelen zwaarder dan de nadelen, maar een minderheid vreesde dat een (gedeeltelijke) opheffing van het toetsingsverbod afbreuk zou doen aan het primaat van de wetgever en stelde dat niet was gebleken dat het toetsingsverbod in de Grondwet een lacune in de rechtsbescherming voor

⁸³ Van Houten 1997, p. 25; Boogaard & Uzman 2016.

⁸⁴ Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 3, p. 4.

⁸⁵ Van Poelgeest 1991, p. 11; Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 3, p. 4-5.

⁸⁶ Van Poelgeest 1991, p. 11; Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 3, p. 4-5.

⁸⁷ Van Poelgeest 1991, p. 11; Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 3, p. 4-5.

⁸⁸ Van Houten 1997, p. 142.

⁸⁹ Van Houten 1997, p. 142.

⁹⁰ Van Houten 1997, p. 142.

⁹¹ Staatscommissie van Advies inzake de Grondwet en de Kieswet 1967, p. 40-41.

⁹² Staatscommissie van Advies inzake de Grondwet en de Kieswet 1967, p. 34-41; Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 3, p. 5.

⁹³ Van Houten 1997, p. 143-144; Staatscommissie van Advies inzake de Grondwet en de Kieswet 1967, p. 37.

⁹⁴ Van Houten 1997, p. 144-145; Staatscommissie van Advies inzake de Grondwet en de Kieswet 1967, p. 34-41.

burgers veroorzaakte.⁹⁵ De regering besloot uiteindelijk het standpunt van de minderheid te volgen en geen voorstel te doen om het toetsingsverbod in de Grondwet te beperken. Daarna is in de Staten-Generaal nog veel gedebatteerd over de wenselijkheid van het toetsingsverbod, maar tot een meerderheid voor afschaffen of beperking van verbod is het nooit gekomen.⁹⁶

Ondanks twijfels over het toetsingsverbod en de verschillende adviezen voor versoepeling van het toetsingsverbod, heeft de Hoge Raad in 1989 in het Harmonisatiewet-arrest het toetsingsverbod nogmaals bevestigd en ook verstevigd.⁹⁷ In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat de rechter niet alleen de wet niet aan de Grondwet mag toetsen, maar ook niet aan het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden en algemene rechtsbeginselen. Dit betekent een ruime interpretatie van het toetsingsverbod en het vasthouden aan de onschendbaarheid van wetten in nationale verhoudingen. Volgens de Hoge Raad is niet gebleken dat de (grond)wetgever met de grondwetswijziging van 1983 het toetsingsverbod heeft willen beperken en is een ruime interpretatie van artikel 120 Grondwet fundamenteel om de traditionele plaats van de rechterlijke macht in ons staatsbestel te waarborgen.⁹⁸ Daarbij wordt in het arrest benoemd dat er in brede kring geen overeenstemming bestaat over de wenselijkheid om te tornen aan de traditionele plaats van de rechterlijke macht.⁹⁹ De Hoge Raad erkent wel dat argumenten voor een beperkte opheffing van het toetsingsverbod aan betekenis hebben gewonnen, maar stelt dat het niet aan hem, maar aan de (grond)wetgever, is om het toetsingsverbod te beperken.¹⁰⁰

Contra-legem toetsing wordt door de Hoge Raad genoemd als middel om af te zien van een strikte toepassing van de wet, in het geval een wet onmiskenbaar in strijd is met een fundamenteel rechtsbeginsel in een situatie die door de wetgever niet onder ogen is gezien bij het opstellen van de wet.¹⁰¹ Schutgens stelt in zijn proefschrift dat het Harmonisatiewet-arrest het toonaangevende arrest is met betrekking tot het toetsingsverbod na de grondwetswijziging van 1983.¹⁰²

⁹⁵ Staatscommissie van Advies inzake de Grondwet en de Kieswet 1967, p. 39-40; Van Houten 1997, p. 144-145; Van Dommelen 2003, p. 21.

⁹⁶ Van Poelgeest 1991, p. 12.

⁹⁷ HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (Harmonisatiewet).

⁹⁸ HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (Harmonisatiewet), r.o. 3.5.

⁹⁹ HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (Harmonisatiewet), r.o. 3.5.

¹⁰⁰ HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989, 469 (Harmonisatiewet), r.o. 3.6.

¹⁰¹ HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989, 469 (Harmonisatiewet), r.o. 3.9.

¹⁰² Schutgens 2008, p. 160.

2.4. Aanbevelingen na 1983

Na de grondwetswijziging van 1983 ging de discussie over het toetsingsverbod verder. Meerdere regeringen hebben aandacht besteed aan het onderwerp, maar er werd nooit een wijzigingswet ingediend.¹⁰³ In 2000 liet de Commissie Grondrechten in het Digitale Tijdperk zich uit over dit onderwerp.¹⁰⁴ De commissie meende dat het toetsingsverbod moest worden opgeheven voor grondrechten die directe werking hebben.¹⁰⁵ Ook de Staatscommissie Grondwet, die in het leven was geroepen om een mogelijke herziening van de Grondwet te onderzoeken, pleitte negen jaar later dan de Commissie Grondrechten in het Digitale Tijdperk voor een heroverweging van het toetsingsverbod.¹⁰⁶ Constitutionele toetsing zou namelijk het normatieve karakter en de betekenis van de Grondwet voor de burger vergroten.¹⁰⁷ In de tussentijd had ook de Nationale Conventie zich gebogen over de inrichting van het Nederlandse politieke bestel en geadviseerd om toetsing aan klassieke grondrechten mogelijk te maken en een Constitutioneel Hof in te stellen.¹⁰⁸ Dit zou immers de positie van de Grondwet in de samenleving verstevigen.¹⁰⁹

2.5. Initiatiefwetsvoorstel Halsema

Een concreet wetsvoorstel voor het wijzigen van de Grondwet werd in 2002 ingediend door toenmalig GroenLinks-Kamerlid Femke Halsema.¹¹⁰ In de memorie van toelichting bij dit initiatiefwetsvoorstel (hierna: wetsvoorstel Halsema) stelt zij dat de discussie rondom het handhaven of aanpassen van het toetsingsverbod in een impasse is geraakt, omdat geen van de belangrijkste argumenten van doorslaggevende aard is gebleken.¹¹¹ Halsema betoogt dat het verdragsargument, ontstaan met de grondwetswijziging van 1953, genoeg reden geeft om het toetsingsverbod aan te passen: het is immers niet te verklaren dat een rechter geen oordeel mag geven over de verenigbaarheid van een wet met de Grondwet, maar wel over de verenigbaarheid van een wet met internationale verdragen.¹¹² In haar ogen creëert deze bepaling een onwenselijke anomalie in de Grondwet en het beperken van het toetsingsverbod

¹⁰³ Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 3, p. 8.

¹⁰⁴ Commissie Grondrechten in het Digitale Tijdperk 2000, p. 219.

¹⁰⁵ Commissie Grondrechten in het Digitale Tijdperk 2000, p. 219.

¹⁰⁶ Staatscommissie Grondwet 2010, p. 46.

¹⁰⁷ Staatscommissie Grondwet 2010, p. 46.

¹⁰⁸ Nationale Conventie 2006, p. 46-47; Sap 2007, p. 590-602.

¹⁰⁹ Nationale Conventie 2006, p. 46.

¹¹⁰ Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 1.

¹¹¹ Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 3, p. 3.

¹¹² Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 3, p. 12.

zal bijdragen aan een betere rechtsbescherming voor burgers.¹¹³ Het Harmonisatiewet-arrest vormt voor haar een keerpunt in de discussie, vanwege de erkenning van de Hoge Raad voor het toegenomen belang van de argumenten vóór een gedeeltelijke opheffing van het toetsingsverbod.¹¹⁴ Wetten worden immers steeds vaker getoetst aan internationale bepalingen, waardoor een verruiming van de mogelijkheden om wetten te toetsen aan de Grondwet meer vanzelfsprekend is geworden.¹¹⁵

In het wetsvoorstel stelt Halsema voor dat iedere rechter, die nu al bevoegd is om wetten aan eenieder verbindende verdragsbepalingen te toetsen, een beperkte bevoegdheid krijgt om wetten te toetsen op hun verenigbaarheid met de Grondwet.¹¹⁶ Om dit te realiseren zal aan artikel 120 van de Grondwet een tweede lid moeten worden toegevoegd, waarmee voor bepaalde grondrechten een uitzondering wordt gemaakt op het eerste lid waarin het toetsingsverbod is vastgelegd.¹¹⁷ Lid 2 betreft de klassieke grondrechten en grondrechten die daaraan volgens de Hoge Raad gelijkgesteld kunnen worden en daarom dezelfde rechterlijke bescherming verdienen.¹¹⁸ Voor sociale en organisatorische grondrechten en ongeschreven rechtsbeginselen blijft het toetsingsverbod in het wetsvoorstel gehandhaafd. Sociale en organisatorische grondrechten bieden immers een minder scherp en indringend toetsingskader dan de klassieke grondrechten en zijn eerder resultaat van politieke keuzes.¹¹⁹ Waar de klassieke grondrechten namelijk een onthoudingsplicht opleggen, scheppen sociale grondrechten een inspanningsplicht van de overheid die door nadere wetgeving wordt ingevuld.¹²⁰ Toetsing aan ongeschreven fundamentele rechtsbeginselen is voor Halsema net zo min wenselijk, aangezien deze naar hun aard op meerdere manieren te interpreteren zijn en er ook geen overeenstemming lijkt te zijn over de plaats die zij innemen in de normenhiërarchie.¹²¹ In de memorie van toelichting wordt een opsomming gegeven van de grondwettelijke grondrechten waaraan de rechter zou mogen toetsen.¹²²

¹¹³ Kamerstukken II 2017/18, 32334, nr. 3, p. 12.

¹¹⁴ Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 3, p. 6-7; HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989, 469 (Harmonisatiewet), r.o. 3.4-3.6.

¹¹⁵ Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 3, p. 6-7; HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989, 469 (Harmonisatiewet), r.o. 3.4-3.6.

¹¹⁶ Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 3, p. 2.

¹¹⁷ Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 3, p. 19.

¹¹⁸ Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 3, p. 19.

¹¹⁹ Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 3, p. 2-3.

¹²⁰ Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 3, p. 2-3.

¹²¹ Kamerstukken II 2017/18, 32334, nr. 3, p. 18-19.

¹²² Kamerstukken II 2017/18, 32334, nr. 3, p. 21-24.

In 2008 werd het voorstel in eerste lezing aangenomen in de Eerste Kamer.¹²³ Toch adviseerde de Afdeling Advisering van de Raad van State in 2017 het voorstel als vervallen te beschouwen, omdat een tweede, noodzakelijke lezing nooit had plaatsgevonden.¹²⁴ Om deze reden trok GroenLinks-Tweede Kamerlid Kathalijne Buitenweg het wetsvoorstel op 18 september 2018 in.¹²⁵

2.6. Staatscommissie parlementair stelsel

Nog in hetzelfde jaar dat het wetsvoorstel Halsema werd ingetrokken, pleitte de Staatscommissie parlementair stelsel in haar eindrapport voor het instellen van constitutionele toetsing.¹²⁶ Volgens de staatscommissie veroorzaakt het huidige systeem een lacune in de rechtsbescherming voor burgers.¹²⁷ Voor een burger die vindt dat de wet een aantasting betekent van een van zijn grondwettelijke rechten, is een gang naar de rechter namelijk bij voorbaat tevergeefs, omdat artikel 120 Grondwet een beoordeling van de wet in de weg staat.¹²⁸ Het opheffen of beperken van het toetsingsverbod zou niet alleen deze lacune opvullen, maar kent volgens de staatscommissie nog andere voordelen.¹²⁹ Zo zou dit evenwicht brengen in de huidige situatie dat alleen de wetgever bevoegd is om te beoordelen of een wet in overeenstemming is met de Grondwet, de weerbaarheid van de democratische rechtsstaat vergroten en de normatieve en maatschappelijke betekenis van de Grondwet versterken.¹³⁰ De staatscommissie benoemt in haar eindrapport expliciet dat het tegengaan van machtsconcentratie en de behoefte om te voorzien in een betere rechtsbescherming doorslaggevend zijn om te pleiten voor een beperking van het toetsingsverbod.¹³¹ De staatscommissie stelt, in navolging van het wetsvoorstel Halsema, voor om toetsing alleen mogelijk te maken ten aanzien van de klassieke vrijheidsrechten uit de grondwet.¹³² Organisatorische en sociale grondrechten acht zij minder geschikt voor toetsing, omdat hiervoor een geschikt toetsingskader ontbreekt.¹³³ Daarnaast adviseert de staatscommissie om

¹²³ Handelingen I 2008/09, nr. 11, p. 541-543.

¹²⁴ Kamerstukken II 2017/18, 32334, nr. 11, p. 2.

¹²⁵ Kamerstukken II 2017/18, 32334, nr. 12, p. 1.

¹²⁶ Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 195-213.

¹²⁷ Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 196.

¹²⁸ Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 196.

¹²⁹ Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 196.

¹³⁰ Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 196.

¹³¹ Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 199.

¹³² Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 202.

¹³³ Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 202.

de algemene bepaling, op het moment dat deze wordt opgenomen in de Grondwet, toe te voegen aan de bepalingen waaraan kan worden getoetst.¹³⁴

Wat betreft de vraag wie de toetsing dient uit te voeren verschilt het voorstel van de staatscommissie van het wetsvoorstel van Halsema. De staatscommissie adviseert een geconcentreerde toetsing door een op te richten Constitutioneel Hof, waaraan lagere rechters prejudiciële vragen kunnen stellen.¹³⁵ Het is voor de staatscommissie van belang om een Constitutioneel Hof centraal te stellen in de procedure, omdat hiermee rechtseenheid en rechtszekerheid het beste kunnen worden gewaarborgd.¹³⁶

Het kabinet volgde het advies van de Staatscommissie parlementair stelsel niet en deed geen voorstel tot wijziging van de Grondwet, omdat het er niet van overtuigd was dat de voordelen in alle gevallen zouden opwegen tegen de nadelen.¹³⁷ Stilgevallen is het debat over dit onderwerp echter niet. Slechts enkele jaren na het afwijzen van het advies van de staatscommissie is in het coalitieakkoord van het kabinet Rutte-IV opgenomen dat de mogelijkheden van constitutionele toetsing zullen worden onderzocht.¹³⁸

2.7. Hoofdpijnenbrief Constitutionele toetsing

De hoofdpijnenbrief van het kabinet aan de Kamer is de uitwerking van deze passage uit het coalitieakkoord. De brief houdt geen concreet voorstel voor een grondwetswijziging in, maar maakt inzichtelijk hoe het kabinet denkt over constitutionele toetsing. Door middel van rechterlijke constitutionele toetsing van wetten beoogt het kabinet de positie van de burger ten opzichte van de overheid te versterken, maar ook een grotere maatschappelijke betekenis te geven aan de Grondwet en zo rechtsstatelijke waarborgen verder te verstevigen.¹³⁹ Dit laatste zou verwezenlijkt kunnen worden door de Grondwet meer centraal te stellen als juridisch basisdocument van de Nederlandse rechtsstaat.¹⁴⁰ Met het oog op het belangrijkste doel, namelijk het verbeteren van de rechtsbescherming van burgers, én de wens om niet te veel te tornen aan het huidige staatsbestel, heeft het kabinet verschillende vormen van constitutionele

¹³⁴ Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 203.

¹³⁵ Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 205-206.

¹³⁶ Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 203-204.

¹³⁷ Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2019, p. 20.

¹³⁸ Coalitieakkoord VVD, D66, CDA en ChristenUnie 'Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst' (Kamerstukken II 2021/22, 35 788, nr. 77), p. 2.

¹³⁹ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 1.

¹⁴⁰ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 3.

toetsing tegen elkaar afgewogen.¹⁴¹ In lijn met de recente zienswijzen van de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State spreekt het kabinet in de hoofdlijnenbrief een voorkeur uit voor een vorm van constitutionele toetsing waarbij iedere rechter de bevoegdheid heeft om de wet te toetsen aan vooraf bepaalde vrijheidsrechten en zo nodig een bepaald wettelijk voorschrift buiten toepassing te laten.¹⁴² De invulling van sociale en organisatorische bepalingen is naar het oordeel van het kabinet bij uitstek een taak voor de politiek en zodoende is rechterlijke toetsing hiervan onwenselijk.¹⁴³ Het kabinet schrijft dat het niet op voorhand elke vorm van toetsing aan (ongeschreven) algemene rechtsbeginselen afwijst.¹⁴⁴ Eerder werd de toetsing aan algemene rechtsbeginselen wel nadrukkelijk afgewezen, omdat hierbij, door het ongeschreven karakter, geen enkele dialoog tussen rechter en wetgever plaatsvindt.¹⁴⁵ Onduidelijk blijft echter of het kabinet toetsing aan de algemene bepaling mogelijk wil maken. Het kabinet benoemt de algemene bepaling wel, maar spreekt, alles afwegende, een voorkeur uit voor toetsing aan enkel de klassieke vrijheidsrechten.¹⁴⁶ Oprichting van een Constitutioneel Hof heeft volgens het kabinet, gelet op het doel van constitutionele toetsing, geen toegevoegde waarde.¹⁴⁷

¹⁴¹ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 5.

¹⁴² Brief van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak aan de minister voor Rechtsbescherming met een zienswijze over de invoering van constitutionele toetsing van 22 april 2022; Brief van de president van de Hoge Raad aan de minister voor Rechtsbescherming met een zienswijze over de invoering van constitutionele toetsing van 14 april 2022.

¹⁴³ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 8.

¹⁴⁴ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 9.

¹⁴⁵ Kamerstuk II 2001/02, 28355, nr. 2, p. 9; Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 9.

¹⁴⁶ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 8-9.

¹⁴⁷ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 11-12.

Hoofdstuk 3: De hoofdlijnenbrief in relatie tot het primaat van de wetgever, rechtsbescherming van burgers en verdragstoetsing

3.1. Inleiding

In dit hoofdstuk zullen drie argumenten, te weten het primaat van de wetgever, rechtsbescherming van burgers en verdragstoetsing, aan de hand van literatuur worden besproken. Beschreven wordt hoe deze argumenten gebruikt kunnen worden vóór en tegen constitutionele toetsing en hoe zij terugkomen in de hoofdlijnenbrief. Aan het einde van dit hoofdstuk worden de argumenten tegen elkaar afgewogen.

3.2. Primaat van de wetgever:

Een van de argumenten tegen constitutionele toetsing van wetten is dat deze inbreuk maakt op het primaat van de wetgever. Het zou de wetgever moeten zijn die de belangrijkste keuzes over de inhoud van het recht in wetten behoort te maken.¹⁴⁸ Omdat alleen de wetgever democratisch gelegitimeerd is, kunnen deze keuzes niet aan een andere staatsmacht (het bestuur of de rechter) worden overgelaten.¹⁴⁹ Dit argument wordt in de literatuur ook wel het democratie-argument genoemd: het is de volksvertegenwoordiging (i.e. de wetgever, in een klassieke visie van de trias politica) die de rechten en plichten van burgers mag bepalen.¹⁵⁰ Door voor te schrijven dat de belangrijkste rechtsnormen in beginsel in wetten in formele zin worden neergelegd, wordt, volgens Eijlander en Voermans, rechtsvorming democratisch gelegitimeerd.¹⁵¹ Het primaat van de wetgever creëert hierbij de verbinding tussen functie van wetgeving, de noodzakelijke democratische grondslag voor wetten en het legaliteitsvereiste.¹⁵²

Zeer strikt vasthouden aan het primaat van de wetgever zou betekenen dat in beginsel alle algemeen verbindende voorschriften bij wet moeten worden vastgesteld.¹⁵³ De Commissie Wetgevingsvraagstukken benoemt in haar rapport dat dit om praktische redenen, zoals doelmatigheid, flexibiliteit en slagvaardigheid, niet haalbaar is.¹⁵⁴ In praktijk betekent het primaat van de wetgever daarom dat de hoofdelementen van een regeling, waaronder de

¹⁴⁸ Eijlander & Voermans 2000, p. 42.

¹⁴⁹ Cliteur 1989, p. 1369.

¹⁵⁰ Cliteur 1989, p. 1369.

¹⁵¹ Eijlander & Voermans 2000, p. 42.

¹⁵² Eijlander & Voermans 2000, p. 42.

¹⁵³ Van Gestel & Vleugel 2013, p. 38; Voermans 1998, p. 35.

¹⁵⁴ Commissie Wetgevingsvraagstukken 1985, p. 43.

reikwijdte, structurele elementen en de belangrijkste normen, in een wet in formele zin moeten worden neergelegd, waarna lagere regelgevers, binnen het kader dat de wetgever stelt, verdere regelgeving kunnen opstellen.¹⁵⁵ Zoals in de aanwijzingen voor de regelgeving is opgenomen, is het dan ook geen noodzakelijke voorwaarde dat het parlement bij de vaststelling van een regeling op alle onderdelen direct invloed heeft. De mogelijkheid dat het parlement het beleid achteraf kan controleren, is in dergelijke situaties voldoende.¹⁵⁶

Tegenstanders van constitutionele toetsing die zich beroepen op het democratie-argument noemen het een inbreuk op het democratisch gehalte van wetten wanneer een rechter, als niet democratisch gelegitimeerd orgaan, wetgeving zou toetsen.¹⁵⁷ Het laatste woord over de inhoud van wetten en de verenigbaarheid van de wet met de Grondwet zou namelijk bij de volksvertegenwoordiging moeten liggen.¹⁵⁸

Rechtsfilosoof Waldron deelt deze visie. Hij stelt dat constitutionele toetsing van wetten geen juiste manier is om definitieve beslissingen te nemen in een vrije en democratische samenleving.¹⁵⁹ In een democratische samenleving, waarin waarde wordt gehecht aan de betrokkenheid van burgers in besluitvorming, is het aan de wetgever om zich bezig te houden met de uitleg en reikwijdte van grondrechten.¹⁶⁰ Ook andere auteurs, onder wie Van den Bergh en Prakke, betogen dat een wetgever die het laatste woord heeft over de interpretatie van wetten en de Grondwet een van de kernelementen is in een democratische samenleving. Zo lijkt volgens Prakke rechterlijke toetsing van wetten onverenigbaar met democratische beginselen en stelt Van den Bergh dat enkel de wetgever in staat is de Grondwet te interpreteren in het licht van de wil van het volk.¹⁶¹ Het beginsel van de onschendbaarheid van wetten noemt Van den Bergh daarom een ‘dankbaar aanvaarde verworvenheid’ die volgens hem behoort tot het diepste wezen van een democratie.¹⁶² Tegenstanders van constitutionele toetsing op grond van dit argument houden vast aan een strikte opvatting van de trias politica, waarbij slechts de wetgever vanwege zijn democratische legitimiteit, mag bepalen aan welke verplichtingen burgers zijn gebonden.

¹⁵⁵ Eijlander & Voermans 2000, p. 42.

¹⁵⁶ Aanwijzingen voor de regelgeving 2022, aanwijzing 2.19.

¹⁵⁷ Cliteur, 1989, p. 1369.

¹⁵⁸ Stroink 1990, p. 15; Van Houten 1997, p. 175.

¹⁵⁹ Waldron 2006, p. 1348.

¹⁶⁰ Waldron 2006, p. 1375-1376.

¹⁶¹ Prakke 1972, p. 52; Van den Bergh, in: Van Houten 1997, p. 131.

¹⁶² Van den Bergh, in: Van Houten 1997, p. 131.

Andere auteurs betogen daarentegen dat de invoering van constitutionele toetsing het primaat van de wetgever niet volledig ondermijnt, ondanks het feit dat de rechter niet democratisch gelegitimeerd is en in een strikte opvatting van de trias daarom niet de wil van het volk zou moeten corrigeren.¹⁶³ Zo stelt Asscher dat Nederland geen absolute, maar eerder een zachte machtenscheiding kent waarbij de verschillende staatsmachten elkaar in evenwicht houden door elkaar te controleren.¹⁶⁴ De rechterlijke macht die toezicht houdt op de wetgevende macht is daarvan een onderdeel. Bovendien, zo stelt Asscher, is het belangrijk om een beperkt toetsingsrecht niet te vergelijken met rechterlijk activisme waarbij de wetgever zich gepasseerd moet voelen.¹⁶⁵

Ook in de hoofdlijnenbrief die recent door het kabinet naar de Tweede Kamer is gestuurd, wordt aandacht besteed aan de constitutionele verhoudingen in Nederland.¹⁶⁶ In de brief wordt beschreven dat constitutionele toetsing, ongeacht de vorm, een verschuiving in het evenwicht tussen de verschillende staatsmachten teweegbrengt, maar dat dit niet hoeft te betekenen dat de wetgever volledig buitenspel wordt gezet.¹⁶⁷ Volgens het kabinet zou de invoering van constitutionele toetsing in Nederland slechts een lichte verschuiving in het machtsevenwicht betekenen, op de eerste plaats omdat Nederland geen absolute machtenscheiding kent.¹⁶⁸ Daarnaast blijft ook na invoering van constitutionele toetsing de wetgever verantwoordelijk voor de inhoud van de Grondwet. Deze behoudt namelijk de mogelijkheid om de Grondwet aan te passen, nadat de interpretatie door de rechter onjuist of onwenselijk is geacht.¹⁶⁹ Hoewel de interpretatie van de Grondwet na de invoering van constitutionele toetsing deels bij de rechterlijke macht zal komen te liggen, acht het kabinet de bezwaren verbonden aan deze lichte machtsverschuiving ondergeschikt aan het achterliggende doel, het bieden van aanvullende rechtsbescherming voor burgers.¹⁷⁰

Afgezien van de vraag of en in hoeverre constitutionele toetsing het primaat van de wetgever aantast, staat het argument van het primaat van de wetgever zelf ook ter discussie. Al in 1998

¹⁶³ Asscher 2003, p. 18-22.

¹⁶⁴ Asscher 2003, p. 18-22.

¹⁶⁵ Asscher 2003, p. 18-22.

¹⁶⁶ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 4-5.

¹⁶⁷ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 4-5.

¹⁶⁸ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 5.

¹⁶⁹ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 5.

¹⁷⁰ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 5.

schreef Voermans een artikel met de titel *Toekomstperspectieven voor het primaat van de wetgever*.¹⁷¹ Hierin stelt hij dat het primaat van de wetgever in meerdere opzichten “een kind van zijn tijd” is en beschrijft hij een aantal tendensen die noodzakelijkerwijs leiden tot een nuancering van de legitimiteit die toegeschreven wordt aan het primaat van de wetgever.¹⁷²

Zo zet Voermans ten eerste vraagtekens bij de democratische legitimiteit van de inhoud van wetgeving.¹⁷³ Niet alleen de afstand tussen kiezers en verkozenen is toegenomen, maar ook de schaalgrootte, complexiteit en omvang van wetgeving.¹⁷⁴ Dit heeft tot gevolg (gehad) dat de volksvertegenwoordiging geen wezenlijke betrokkenheid heeft bij grote delen van wetgeving en ook dat aan een inhoudelijke overweging door de wetgever over de concrete inhoud van rechten en verplichtingen veelal niet wordt toegekomen.¹⁷⁵ Uit doelmatigheidsoverwegingen worden volgens Voermans meestal slechts de hoofdlijnen van beleid en bevoegdheidsverdelingsvraagstukken in wetgeving vastgelegd.¹⁷⁶ Rechtsschepping wordt hiermee voor een groot deel overgelaten aan niet rechtstreeks democratisch gelegitimeerde bestuursorganen.¹⁷⁷

Ook merkt Voermans op dat het idee dat rechtsvorming primair en uitsluitend bij de wetgever thuishoort zijn vanzelfsprekendheid verloren heeft.¹⁷⁸ Beginselen als rechtsgelijkheid en rechtszekerheid, die normaal gesproken door algemene, abstracte rechtsvorming in wetten worden gewaarborgd, worden lang niet altijd gerealiseerd, stelt hij onder verwijzing naar onder andere het Harmonisatiewet-arrest.¹⁷⁹ Volgens Voermans zijn het de rechter en het bestuur die de wetgever te hulp moeten schieten om alsnog deze rechtsstatelijke beginselen in wetgeving te kunnen waarborgen. Bestuursorganen maken hierbij gebruik van beleidsregels, plannen, of contra legem-interpretaties, terwijl rechters dit rechtsstatelijke tekort in wetten compenseren door wetgeving indringender aan fundamentele rechtswaarborgen, mensenrechten en grondrechten te toetsen.¹⁸⁰

¹⁷¹ Voermans 1998.

¹⁷² Voermans 1998, p. 35-40.

¹⁷³ Voermans 1998, p. 36.

¹⁷⁴ Voermans 1998, p. 36.

¹⁷⁵ Voermans 1998, p. 36.

¹⁷⁶ Voermans 1998, p. 36-37.

¹⁷⁷ Voermans 1998, p. 37.

¹⁷⁸ Voermans 1998, p. 37.

¹⁷⁹ Voermans 1998, p. 37.

¹⁸⁰ Voermans 1998, p. 37.

Het primaat van de wetgever moet tot slot ook worden gerelativeerd door een toenemende internationalisering van het recht.¹⁸¹ De belangrijkste normen van wetgeving hebben steeds vaker hun oorsprong in internationaal recht, waardoor de mogelijkheid voor de nationale wetgever om recht te scheppen wordt beperkt.¹⁸² Slechts waar Europees of internationaal recht ruimte over laat, heeft de wetgever de mogelijkheid om inhoudelijke keuzes te maken en zijn primaat te laten gelden.¹⁸³ Het primaat van de wetgever heeft om deze reden sterk aan betekenis ingeleverd.¹⁸⁴

Ook in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Halsema wordt benoemd dat de klassieke taakstelling van de overheid is veranderd. Halsema beschrijft dat de overheid, met name door de ontwikkeling van de verzorgingsstaat, vele nieuwe taken heeft gekregen wat geleid heeft tot een verandering in de hoeveelheid en aard van de wetgeving.¹⁸⁵ Zij beschouwt het als paradoxaal dat de uitbreiding van het takenpakket gepaard is gegaan met een terugtrek van de wetgever.¹⁸⁶ Evenals Voermans stelt Halsema dat formele wetten doorgaans niet meer dan weinig concrete inhoudelijke normen bevatten en dat verdere inhoudelijke normstelling veelal wordt overgelaten aan uitvoerende bestuursorganen, die weliswaar onder democratische controle staan, maar niet democratisch gelegitimeerd zijn.¹⁸⁷ Hirsch Ballin stelt dat deze situatie leidt tot een rechterlijk vacuüm, omdat zowel de wetgever zelf als de rechter geen controle uitoefent op het bestuur binnen de speelruimte die door de wetgever aan het bestuur gegeven is.¹⁸⁸ Volgens Halsema is dit type wetgeving mede verantwoordelijk voor de groeiende behoefte van burgers aan aanvullende rechtsbescherming tegen de overheid.¹⁸⁹

In het verlengde hiervan stellen Esser en Schuurmans dat in een samenleving waarin de taken van de overheid zijn veranderd, de wetgever steeds meer terugtreedt en de uitvoerende macht meer invloed krijgt, moet worden bekeken of de klassieke positie van de rechterlijke macht binnen de trias politica nog past.¹⁹⁰ In de hedendaagse "administrative state" is de uitvoerende macht sterk betrokken bij het bepalen van inhoudelijk normen en neemt zij beslissingen in het

¹⁸¹ Voermans 1998, p. 38.

¹⁸² Voermans 1998, p. 38.

¹⁸³ Voermans 1998, p. 38.

¹⁸⁴ Voermans 1998, p. 38.

¹⁸⁵ Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 3, p. 12.

¹⁸⁶ Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 3, p. 12.

¹⁸⁷ Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 3, p. 12; Voermans 1998, p. 37.

¹⁸⁸ Hirsch Ballin 2015, p. 26-27.

¹⁸⁹ Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 3.

¹⁹⁰ Esser & Schuurmans 2022, p. 51.

individuele geval, waarmee zij zelf een sterk rechtsvormende taak heeft gekregen, echter zonder democratische legitimatie.¹⁹¹

Vanuit een klassieke visie op de trias politica is constitutionele toetsing te beschouwen als een inbreuk op de scheiding van machten. De wetgever dient het laatste woord te hebben over de inhoud van wetten, aangezien uitsluitend hij democratisch gelegitimeerd is. In de huidige tijd is deze democratische legitimatie echter geen rechtvaardiging meer voor de instandhouding van het toetsingsverbod in de Grondwet. Nederland heeft nooit een strikte machtenscheiding gekend - regering en Staten-Generaal zijn samen wetgever - en door de terugtrek van de wetgever brokkelt deze machtenscheiding verder af. De uitvoerende macht krijgt meer en meer een rechtsvormend karakter nu de inhoudelijke normstelling van wetten steeds vaker buiten de formele wetgever om plaatsvindt. Hierdoor vervalt niet alleen de onderliggende grondslag van het toetsingsverbod, maar wordt het ook belangrijk, zo niet noodzakelijk, om de rechter meer bevoegdheden te geven om de onevenwichtige verschuiving van macht tegenwicht te kunnen bieden.

3.3. Rechtsbescherming van burgers:

Het kabinet stelt in de hoofdlijnenbrief dat “de rechtsbescherming van burgers juist waar het gaat om de meest fundamentele rechten van burgers ten opzichte van de overheid, verbetering behoeft”.¹⁹² Zoals de Staatscommissie parlementair stelsel al eerder in haar eindrapport schreef, bestaat er een lacune in de rechtsbescherming: burgers die menen dat een wet in formele zin hun grondrechten schendt, kunnen zich bij de rechter immers niet beroepen op hun rechten uit de Grondwet.¹⁹³

Het kabinet verwoordt in de hoofdlijnenbrief dat het toetsingsverbod gaat om de vraag bij wie in laatste instantie de bevoegdheid ligt om de Grondwet te interpreteren.¹⁹⁴ Dit debat heeft sinds 1848 steeds hetzelfde antwoord opgeleverd: het is de formele wetgever die bepaalt of wetten in overeenstemming zijn met de Grondwet. In dit systeem vindt constitutionele toetsing plaats vóór de inwerkingtreding van een wet door de regering en Staten-Generaal, waarbij zij worden geadviseerd door de Afdeling advisering van de Raad van State.¹⁹⁵

¹⁹¹ Esser & Schuurmans 2022, p. 51-52.

¹⁹² Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 1.

¹⁹³ Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 196; Kamerstukken II 2001/02, 28355, nr. 2, p. 5.

¹⁹⁴ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 4-5.

¹⁹⁵ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 2.

Aanhangers van rechterlijke constitutionele toetsing vinden dit onvoldoende, omdat het voor de wetgever moeilijk, soms zelfs onmogelijk, is om vooraf de concrete uitwerking van een wet in alle gevallen te voorzien.¹⁹⁶ Het toekennen van een (beperkt) toetsingsrecht aan de rechter zou een burger de mogelijkheid geven om een vermeende schending van zijn grondrechten te laten toetsen. Dit zou de Grondwet als bescherming voor burgers effectiever maken.¹⁹⁷ Gebruikmaking van het toetsingsrecht zal er tevens toe leiden dat grondrechten actief deel worden van de rechtspraak en burgers zich meer bewust worden van de waarde van de Grondwet.¹⁹⁸

Het kabinet geeft aan een voorkeur te hebben voor toetsing aan klassieke vrijheidsrechten en niet aan sociale grondrechten en institutionele bepalingen.¹⁹⁹ Volgens het kabinet volstaat het toetsen aan klassieke vrijheidsrechten om het doel van constitutionele toetsing, namelijk het waarborgen van de rechtspositie van de burger, te kunnen bereiken.²⁰⁰ Klassieke vrijheidsrechten bevatten immers rechten die de overheid dient te eerbiedigen, tenzij er geldige redenen zijn om deze rechten te beperken. Bovendien zijn klassieke vrijheidsrechten goed te hanteren door de rechter, omdat deze kan beoordelen of de overheid binnen haar bevoegdheid is gebleven bij de vraag of er een eventuele schending van het grondrecht heeft plaatsgevonden.²⁰¹ In tegenstelling tot klassieke vrijheidsrechten zijn sociale grondrechten volgens het kabinet, alhoewel het de rechter daar wel toe in staat acht, minder geschikt voor toetsing door de rechter. De reden hiervoor is dat de inspanning die de overheid moet leveren om bepaalde doelen te halen niet precies is omschreven en de beoordeling hiervan een politieke kwestie is.²⁰²

Sillen stelt dat het verbeteren van de rechtsbescherming voor burgers op zichzelf niet voldoende reden is om het toetsingsverbod in de Grondwet te wijzigen, omdat ongrondwettige wetten een zeldzaamheid zijn.²⁰³ In de periode tussen 2000 en 2010 zijn slechts twee voorbeelden van ongrondwettige wetten bekend, die bovendien niet ernstig genoeg zijn om een wijziging van het toetsingsverbod te rechtvaardigen.²⁰⁴ Sillen wijst daarbij ook op het feit

¹⁹⁶ Van Houten 1997, p. 186; Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 3, p. 13.

¹⁹⁷ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 3.

¹⁹⁸ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 3.

¹⁹⁹ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 7-10.

²⁰⁰ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 10.

²⁰¹ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 7-10.

²⁰² Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 7-10.

²⁰³ Sillen 2010, p. 3.

²⁰⁴ Sillen 2010, p. 3.

dat rechters slechts beperkt wetsartikelen buiten toepassing verklaren wegens strijdigheid met het EVRM of het IVBPR. Dit suggereert eveneens dat ongrondwettige wetten niet vaak voorkomen en dat de wetgever zich aan de Grondwet houdt, zelfs als zijn vergissingen niet door de rechter kunnen worden gesanctioneerd.²⁰⁵ Het probleem waarvoor constitutionele toetsing een oplossing biedt, zou dan ook aanzienlijk moeten worden gerelativeerd en de meerwaarde staat niet in verhouding tot de nadelen. De rechter is minder goed dan de wetgever in staat is om de grondwettigheid van wetten te beoordelen en hij zal politieke beslissingen moeten nemen.²⁰⁶

Een belangrijke factor die invloed heeft op de uitwerking van rechtsbescherming voor burgers, is de formele beperkingssystematiek die de Grondwet kent.²⁰⁷ Een aanzienlijk deel van de beperkingssystematiek is gericht op de vraag wie gerechtigd is een grondrecht te beperken, ook wel bekend als competentievoorschriften.²⁰⁸ In de meeste gevallen verwijst de Grondwet hier naar de formele wetgever als bevoegde autoriteit om grondrechten te mogen beperken.²⁰⁹ Naast competentievoorschriften stelt de Grondwet bij enkele grondrechten andere eisen aan het beperken van het grondrecht, namelijk doelcriteria en procedureregels.²¹⁰ Doelcriteria vereisen dat de beperking van een grondrecht een specifiek voorgeschreven doel dient en procedureregels verplichten bepaalde formaliteiten.²¹¹

In het verleden hebben onder andere de Staatscommissie Grondwet en de Staatscommissie parlementair stelsel zich beziggehouden met deze formele beperkingssystematiek van de Nederlandse Grondwet.²¹² In het eindrapport van de Staatscommissie Grondwet wordt voorgesteld om de beperkingssystematiek uit te breiden door middel van de toevoeging van een algemene, aanvullende beperkingsclausule die het proportionaliteitsvereiste en de bescherming van het kernrecht vastlegt.²¹³ Een inhoudelijke voorwaarde voor beperking van grondrechten zou de rechter namelijk een aanknopingspunt geven voor de toetsing van de toelaatbaarheid van een inbreuk op een grondrecht in het concrete geval.²¹⁴ De

²⁰⁵ Sillen 2010, p. 3.

²⁰⁶ Sillen 2010, p. 3.

²⁰⁷ Kamerstukken II 2022/23, 35786, nr. 8, p. 3.

²⁰⁸ Kamerstukken II 2022/23, 35786, nr. 8, p. 3.

²⁰⁹ Nieuwenhuis, Den Heijer & Hins 2021, p. 134.

²¹⁰ Kamerstukken II 2022/23, 35786, nr. 8, p. 3.

²¹¹ Kamerstukken II 2022/23, 35786, nr. 8, p. 3.

²¹² Staatscommissie Grondwet 2010, p. 54-55; Staatscommissie parlementair stelsel 2018.

²¹³ Staatscommissie Grondwet 2010, p. 54-55.

²¹⁴ Staatscommissie Grondwet 2010, p. 54-55.

Staatscommissie parlementair stelsel benoemde in 2018 een belangrijk nadeel van de huidige beperkingssystematiek, namelijk het feit dat de wetgever veel vrijheid heeft om naar eigen inzicht een beperking te stellen aan de uitoefening van een vrijheidsrecht, voor zover dit gebeurt bij een formele wet en dat de rechterlijke toetsing voornamelijk beperkt is tot de controle van de delegatiegrondslag.²¹⁵

De formele beperkingssystematiek brengt met zich mee dat de democratisch gelegitimeerde wetgever de spil vormt bij het beperken van grondrechten.²¹⁶ Deze heeft immers de bevoegdheid om een belangenafweging te maken en te bepalen onder welke materiële voorwaarden het grondrecht mag worden beperkt.²¹⁷ Het idee hierachter is dat het politieke domein de juiste plaats is om de discussie te voeren over de geoorloofdheid van een beperking van grondrechten.²¹⁸ Om met constitutionele toetsing werkelijk de rechtsbescherming voor burgers te verbeteren, lijkt het noodzakelijk een materiële toetsingsnorm te hanteren.²¹⁹ Gebeurt dit niet, dan zou rechterlijke toetsing weinig meer inhouden dan het controleren van competentievoorschriften en in enkele gevallen doelcriteria en procedurevoorschriften.²²⁰

Mede om deze reden is het te betreuren dat het kabinet in de hoofdlijnenbrief niet expliciet vermeldt of en hoe toetsing aan de algemene bepaling mogelijk zou worden. De algemene bepaling zou immers een rol kunnen spelen bij de interpretatie van beperkingen op grondrechten, omdat deze de contouren schetst waarbinnen het grondrecht gelezen en begrepen dient te worden.²²¹ Gerards betoogde dat de algemene bepaling een nuttig juridisch instrument kan bieden om de rechter te helpen bij de toetsing van wettelijke bepalingen aan grondrechten, meer specifiek in combinatie met de algemene, aanvullende beperkingsclausule zoals door de Staatscommissie Grondwet is voorgesteld.²²² Een aanpassing van de beperkingssystematiek heeft nooit plaatsgevonden, waardoor het onduidelijk blijft of en op welke manier de algemene bepaling de rechter tot nut kan zijn.

²¹⁵ Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 209.

²¹⁶ Van der Schyff 2011, p. 2.

²¹⁷ Gerards 2016, p. 219; Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 209.

²¹⁸ Kamerstukken II 2022/23, 36200 VII, nr. 143, p. 4.

²¹⁹ Van der Schyff 2011, p. 2.

²²⁰ Van der Schyff 2011, p. 2.

²²¹ Hoogers 2022, p. 279; Kamerstukken II 2015/16, 34516, nr. 3, p. 7.

²²² Gerards 2013, p. 20-22.

Een alternatief om alsnog een materiële toetsingsnorm te creëren, is het mogelijk maken van toetsing van de wet aan rechtsbeginselen. Barkhuysen benoemt dat toetsing aan rechtsbeginselen grote meerwaarde heeft naast toetsing aan de grondwettelijke vrijheidsrechten, omdat daarmee ook aan proportionaliteit getoetst kan worden.²²³

De beoogde wijziging van artikel 120 Grondwet zoals in de hoofdlijnenbrief is uiteengezet, zal op dit punt geen verandering brengen.²²⁴ Alhoewel het kabinet aangeeft niet op voorhand elke toetsing aan rechtsbeginselen af te wijzen, is op te maken dat het hier zinspeelt op de al bestaande - en in het Harmonisatiewet-arrest gehandhaafde -²²⁵ mogelijkheid tot contra-legem toepassing.²²⁶

Ook Schutgens is van mening dat een belangrijk deel van de klassieke vrijheidsrechten niet voor toetsing geschikt is, omdat de Grondwet de wetgever de bevoegdheid verleent om grondrechten te beperken zonder enige materiële voorwaarde aan de uitoefening van die bevoegdheid te stellen (een bijna blanco beperkingsclausule).²²⁷ Hierdoor zijn er nauwelijks concrete aanknopingspunten om te bepalen of een formele wet verenigbaar is met grondrechten.²²⁸ Om het toetsingsrecht betekenis te geven, is het noodzakelijk dat de rechter enkele ongeschreven hulpnormen erkent.²²⁹ Proportionaliteit is volgens Schutgens zo essentieel dat het vanzelfsprekend is dat de rechter dit als hulpnorm erkent en beperkingen daaraan kan toetsen.²³⁰

Het verbeteren van de rechtsbescherming is de belangrijkste reden om de mogelijkheden van constitutionele toetsing opnieuw tegen het licht te houden en over de wenselijkheid hiervan is weinig discussie. Juist daarom is het belangrijk te onderzoeken of de constitutionele toetsing zoals wordt voorgesteld door het kabinet hier een substantiële bijdrage aan kan leveren. Het kabinet heeft de voorkeur uitgesproken voor enkel toetsing aan klassieke grondrechten. Echter, de bestaande, formele beperkingssystematiek verhindert dat de rechter op materiële gronden de beperking kan toetsen en werkelijk effectieve rechtsbescherming kan worden geboden. De wetgever blijft immers zeggenschap houden over de toelaatbaarheid van de

²²³ Barkhuysen 2021.

²²⁴ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 9, voetnoot 20.

²²⁵ HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989, 469 (Harmonisatiewet) r.o. 3.9.

²²⁶ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 9, voetnoot 20.

²²⁷ Schutgens 2007, p. 12.

²²⁸ Schutgens 2007, p. 12.

²²⁹ Schutgens 2007, p. 12.

²³⁰ Schutgens 2007, p. 27.

beperking van het grondrecht. In deze constructie blijft het primaat van de wetgever het uitgangspunt.

Om het toetsingsrecht inhoud te geven, zou de rechter ongeschreven hulpnormen moeten kunnen hanteren met proportionaliteit als een sine qua non. De hoofdlijnenbrief gaat hieraan voorbij en onduidelijk is of de rechter in praktijk mogelijkheden zal zien om gebruik te maken van een materiële toetsingsnorm. Is dit niet het geval, dan zullen de verwachtingen ten aanzien van het doel van constitutionele toetsing, namelijk het bieden van aanvullende rechtsbescherming, in aanzienlijke mate moeten worden gerelativeerd.

3.4. Argument met betrekking tot verdragstoetsing:

Met de grondwetsherziening van 1953 is het mogelijk geworden dat de rechter de wet of de toepassing daarvan kan toetsen aan bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties die voor eenieder verbindend zijn (het huidige artikel 94 Grondwet).²³¹ Deze bevoegdheid staat op gespannen voet met artikel 120 Grondwet, waarin het de rechter verboden wordt om de wet te toetsen aan de Grondwet.²³² Het toetsingsverbod zou hiermee een rechtsstatelijke anomalie vormen of, zoals Witteveen stelt, van de Grondwet zelf een anomalie maken.²³³ In de literatuur wordt dit het verdragsargument genoemd en in de kern komt dit erop neer dat het ongerijmd is dat een rechter wel aan verdragsbepalingen mag toetsen, maar niet aan hun grondwettelijke tegenhanger.

Terwijl de bevoegdheid van de rechter om wetgeving aan internationale verdragen te toetsen aanvankelijk van beperkte betekenis was, heeft het internationaal recht inmiddels een belangrijke rol gekregen in het Nederlands recht. Nederlandse rechters toetsen steeds vaker aan internationaal recht, met name aan het EVRM en het IVBPR.²³⁴ Prakke, die zich in 1972 nog uitsprak tegen toetsing van wetten aan de Grondwet, ging om deze reden voorzichtig overstag.²³⁵ Doelend op de toenemende frequentie van toetsing aan het EVRM stelde hij dat de rechter er duidelijk zin in heeft gekregen.²³⁶

Het verdragsargument komt ook nadrukkelijk naar voren in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Halsema. Halsema betoogt dat het toetsingsverbod medebepalend is geweest

²³¹ Van Houten 1997, p. 25; Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 3, p. 3.

²³² Cliteur 1989, p. 1374.

²³³ Witteveen, in: Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 3, p. 12.

²³⁴ Sillen 2010, p. 2742.

²³⁵ Prakke 1972, p. 52; Prakke, in: Sillen 2010, p. 2744.

²³⁶ Prakke, in Sillen 2010, p. 2744.

voor de belangrijke rol die het internationaal recht heeft gekregen in Nederland met betrekking tot de ontwikkeling van grondrechten.²³⁷ Zij beaamt dat het toetsingsverbod een anomalie is in het staatsbestel en dat het opheffen hiervan kan bijdragen aan de versterking van de betekenis van de Grondwet en een betere bescherming van de rechten van burgers.²³⁸

Door de mogelijkheid van verdragstoetsing zou het argument dat betrekking heeft op het primaat van de wetgever zijn betekenis hebben verloren en niet langer verdedigbaar zijn.²³⁹ Door de invoering van rechterlijke toetsing aan verdragen en de voorrang van het Europese recht boven het nationale recht, is de wet niet meer in absolute zin onschendbaar.²⁴⁰ Vasthouden aan de onschendbaarheid van de wet in nationale verhoudingen maakt volgens Cliteur een halfslachtige indruk.²⁴¹ Het gelijktijdig bestaan van het toetsingsverbod en de mogelijkheid om wetten te toetsen aan internationale verdragen, betekent dat enerzijds wordt vastgehouden aan een strikte machtenscheiding, terwijl anderzijds deze machtenscheiding al is losgelaten. Tegelijkertijd heeft de ervaring geleerd dat het primaat van de wetgever niet (ernstig) is ondermijnd door het toetsen van de wet aan eenieder verbindende bepalingen van internationale verdragen.²⁴² Het invoeren van constitutionele toetsing zal hier naar alle waarschijnlijkheid ook geen verandering in brengen. De hoofdlijnenbrief benadrukt dat het kabinet zo min mogelijk wil veranderen aan de huidige verhouding tussen de drie staatsmachten.

In de literatuur blijft de vraag of het toetsingsverbod werkelijk een anomalie oplevert een punt van discussie. Besselink is van mening dat het feit dat een rechter kan toetsen aan verdragsrechten en Europees recht niet betekent dat hij ook zou moeten kunnen toetsen aan de Grondwet.²⁴³ Voor hem zijn dit twee geheel verschillende zaken.²⁴⁴ Grondwettelijke grondrechten kunnen de burger meer bescherming bieden dan verdragen, waarmee toetsing aan deze grondwettelijke bepalingen een zuiver nationale aangelegenheid is en de parallel met toetsing aan verdragsrecht niet opgaat.²⁴⁵ Het bestaan van artikel 120 naast artikel 94

²³⁷ Kamerstukken II 2001/02, 28 331, nr. 3, p. 11.

²³⁸ Kamerstukken II 2001/02, 28331, nr. 3, p. 14.

²³⁹ Kamerstukken II 2001/02, 28355, nr. 2, p. 2.

²⁴⁰ Kamerstukken II 2001/02, 28355, nr. 2, p. 5; Boogaard & Uzman 2016.

²⁴¹ Cliteur 1989, p. 1374.

²⁴² Sap 2007, p. 602.

²⁴³ Besselink 2003, p. 94.

²⁴⁴ Besselink 2003, p. 94.

²⁴⁵ Besselink 2003, p. 94.

Grondwet is daarom volgens Besselink dan ook niet als anomalie te beschouwen.²⁴⁶ Door het toetsingsverbod blijft de interpretatie van de Grondwet de verantwoordelijkheid van de democratisch gelegitimeerde wetgever.²⁴⁷

Ook Van der Schyff stelt dat toetsing aan de Grondwet en verdragstoetsing niet over één kam kunnen worden geschoren.²⁴⁸ Zo hebben deze volgens hem niet eenzelfde doel en lenen zij zich niet in gelijke mate voor rechterlijke toetsing: internationale verdragen zijn ontworpen met de bedoeling een instrument te creëren voor onafhankelijke toetsing, terwijl de Nederlandse Grondwet veel eerder moet worden gezien als de bevestiging van een constitutionele praktijk.²⁴⁹ Het feit dat de rechter wetten aan internationaal recht kan toetsen, maakt het daarom niet vanzelfsprekend dat hij ook wetten aan nationaal constitutioneel recht kan toetsen.²⁵⁰ Van der Schyff betoogt daarnaast dat het handhaven van grondrechten anders is dan het handhaven van mensenrechten. Mensenrechten hebben voornamelijk het karakter van beginselen, die tegen elkaar afgewogen kunnen worden, terwijl grondrechten meer beschouwd mogen worden als heldere regels.²⁵¹

Los van de vraag of een verbod op constitutionele toetsing een anomalie is, is van belang of constitutionele toetsing naast verdragstoetsing een meerwaarde biedt, aangezien de meeste klassieke grondrechten ook zijn vastgelegd in verdragen.²⁵² Daarbij kennen verdragsbepalingen, zoals bijvoorbeeld opgenomen in het EVRM, in tegenstelling tot grondwettelijke grondrechten, duidelijke vereisten voor het beperken van een grondrecht, waardoor ze goed geschikt zijn voor rechterlijke toetsing.²⁵³

Volgens Peters en Boogaard moet de toegevoegde waarde van constitutionele toetsing vooral worden gezocht in het opwaarderen en revitaliseren van de Grondwet.²⁵⁴ De Nederlandse rechter is volgens hen op dit moment gehouden tot min of meer slaafse navolging van de uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en hoewel het Hof soms tot

²⁴⁶ Besselink 2003, p. 94.

²⁴⁷ Besselink 2003, p. 94.

²⁴⁸ Van der Schyff 2009, p. 2-3.

²⁴⁹ Van der Schyff 2009, p. 2-3.

²⁵⁰ Van der Schyff 2009, p. 3.

²⁵¹ Van der Schyff 2009, p. 3.

²⁵² Van der Schyff 2009, p. 4.

²⁵³ Gerhards 2016, p. 220.

²⁵⁴ Peters & Boogaard 2009, p. 2.

vernieuwende uitspraken kan komen, gaan daar vaak jaren overheen.²⁵⁵ Door middel van constitutionele toetsing kan de rechter de Grondwet actueel houden, wat een groot voordeel is gelet op de complexiteit en langdurigheid van grondwetswijzigingen in Nederland.²⁵⁶

Daarnaast zien Peters en Boogaard dat in een aantal gevallen de Nederlandse Grondwet daadwerkelijk meer bescherming biedt aan burgers dan het EVRM.²⁵⁷ Ook in de kabinetsnota 'Constitutionele toetsing', geschreven naar aanleiding van het wetsvoorstel Halsema, werd geconcludeerd dat rechterlijke constitutionele toetsing een meerwaarde heeft. De Grondwet biedt ten aanzien van een aantal klassieke grondrechten meer bescherming dan overeenkomstige mensenrechtenbepalingen in verdragen, die slechts een minimumbescherming bieden.²⁵⁸ Bij specifieke grondrechten kan een beperking slechts bij wet worden vastgesteld en delegatie van deze bevoegdheid is niet toegestaan.²⁵⁹ Dit vereiste is niet opgenomen in overeenkomstige mensenrechtenbepalingen in verdragen.²⁶⁰ Zo kent de eis 'bij wet voorzien' uit het EVRM een andere, minder strikte betekenis: er moet weliswaar sprake zijn van een wettelijke grondslag, maar dit hoeft niet per definitie een wet in formele zin te zijn.²⁶¹ Ook bevat de Grondwet enkele Grondrechten die niet worden gedekt in het EVRM (zoals het verbod op preventieve censuur), zijn doelcriteria in de Grondwet beperkter (zo kan het recht op vrijheid van vereniging slechts in het belang van openbare orde worden beperkt) en bevat de Grondwet procedurele voorschriften die niet zijn terug te vinden in het EVRM.²⁶²

De vraag of het verbod op constitutionele toetsing moet worden gezien als een anomalie naast de mogelijkheid van verdragstoetsing, is een opzichzelfstaande discussie geworden. In het licht van het belangrijkste doel van het invoeren van het toetsingsrecht, namelijk het verbeteren van de rechtsbescherming van burgers, is deze discussie echter weinig relevant, omdat hiermee voorbijgegaan wordt aan de vraag naar de onderscheidende waarde van constitutionele toetsing naast verdragstoetsing.

²⁵⁵ Peters & Boogaard 2009, p. 2.

²⁵⁶ Peters & Boogaard 2009, p. 2.

²⁵⁷ Peters & Boogaard 2009, p. 2;

²⁵⁸ Kamerstukken II 2001/02, 28355, nr. 2, p. 6.

²⁵⁹ Kamerstukken II 2001/02, 28355, nr. 2, p. 8.

²⁶⁰ Kamerstukken II 2001/02, 28355, nr. 2, p. 8.

²⁶¹ Kamerstukken II 2001/02, 28355, nr. 2, p. 8.

²⁶² Kamerstukken II 2001/02, 28355, nr. 2, p. 8.

De meeste grondrechten waaraan het kabinet toetsing mogelijk zou willen maken, zijn opgenomen in internationale verdragen en in die zin moet de meerwaarde van constitutionele toetsing worden gerelativeerd. Toch kan door het verschil in nadruk, van verdragsbepalingen, zoals die van het EVRM, op noodzakelijkheid en proportionaliteit, en die van constitutionele toetsing op competentievoorschriften, constitutionele toetsing niet zonder meer als onnodig of overbodig worden bestempeld.

3.5. Overwegingen omtrent argumenten voor en tegen constitutionele toetsing

In dit hoofdstuk zijn verschillende argumenten voor en tegen constitutionele toetsing besproken. Het belangrijkste argument voor het toetsingsverbod is het beschermen van het primaat van de wetgever. Uitgaande van een strikte machtenscheiding ligt het voor de hand dat enkel een democratisch gelegitimeerd orgaan zich bezighoudt met de inhoud van wetten. In de praktijk is deze machtenscheiding in Nederland nooit zo strikt geweest en de tendens van de terugtrek van de wetgever maakt dat het in stand houden van het primaat van de wetgever als argument tegen constitutionele toetsing niet houdbaar is. Tegelijkertijd kan worden betoogd dat de invoering van constitutionele toetsing het primaat niet geheel doorkruist. Zo blijft door de nadruk van de beperkingssystematiek op competentievoorschriften de bevoegdheid om te bepalen onder welke materiële voorwaarden het grondrecht mag worden beperkt bij de wetgever. Daarnaast heeft ook de mogelijkheid van verdragstoetsing geen merkbare afbreuk gedaan aan het primaat van de wetgever.

Het verbeteren van de rechtsbescherming van burgers, het voornaamste doel van constitutionele toetsing, zal door weinigen als onwenselijk worden beschouwd. De voorkeur voor constitutionele toetsing zoals het kabinet die uitspreekt in de hoofdlijnenbrief, zal echter weinig bijdragen aan dit doel. Hoewel de beoogde vorm van constitutionele toetsing een meerwaarde kan bieden naast verdragstoetsing, is het ontbreken van materiële handvatten voor de rechter een fundamentele tekortkoming. De rechter zal namelijk geen oordeel kunnen geven over de inhoudelijke toelaatbaarheid van de beperking van het grondrecht, waardoor rechterlijke toetsing van de wet aan de Grondwet niet meer inhoudt dan het controleren van competentievoorschriften en in enkele gevallen doelcriteria en procedurele voorschriften. Constitutionele toetsing als middel ter verbetering van de rechtsbescherming van burgers zal meer om het lijf moeten hebben dan het kabinet nu voorstelt in de hoofdlijnenbrief. Als het

kabinet vasthoudt aan deze vorm van constitutionele toetsing, is het verstandig ten aanzien van het verbeteren van de rechtsbescherming niet te grote verwachtingen te hebben.

Hoofdstuk 4: De inrichting van de constitutionele toets

4.1. Inleiding

In dit hoofdstuk zal de inrichting van de constitutionele toets, zoals deze is vormgegeven in de hoofdlijnenbrief, worden besproken. Eerst zal uiteengezet worden aan welke rechten het kabinet toetsing mogelijk wil maken, waarna de volgende punten worden behandeld: 1) wie voert de constitutionele toets uit, 2) op welke manier en op welk moment toetst de rechter, 3) welk rechtsgevolg wordt er verbonden aan strijdigheid van de wet met de Grondwet.

4.2. Toetsing aan klassieke grondrechten

In de hoofdlijnenbrief sluit het kabinet aan bij adviezen die eerder zijn uitgebracht door onder andere de Hoge Raad, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Staatscommissie parlementair stelsel om uitsluitend toetsing aan de klassieke vrijheidsrechten mogelijk te maken.²⁶³ De voorkeur hiervoor onderbouwt het kabinet door te stellen dat enerzijds de rechtsbescherming van burgers hiermee voldoende gewaarborgd wordt en anderzijds dat deze grondrechten goed toetsbaar zijn vanwege het duidelijke toetsingskader.²⁶⁴ Als het gaat om klassieke grondrechten dient de rechter slechts te beoordelen of de overheid binnen de grenzen van haar bevoegdheid is gebleven bij een vermeende aantasting van het grondrecht.²⁶⁵ Toetsing aan sociale grondrechten daarentegen zou kunnen leiden tot een politisering van de rechterlijke macht: de overheid heeft een inspanningsverplichting ten aanzien van sociale grondrechten en wanneer de rechter zich hierover zou uitlaten, zou dit een inmenging in een politieke belangenafweging betekenen.²⁶⁶ In het geval van toetsing aan organisatorische en institutionele bepalingen zou de rechter een oordeel moeten geven over het functioneren van andere staatsinstellingen. Dit kan niet alleen leiden tot veranderingen in het huidige parlementaire stelsel, maar betreft de rechter eveneens in een politieke afweging van belangen.²⁶⁷

Wat betreft toetsing aan algemene rechtsbeginselen en de algemene bepaling blijft het kabinet in zekere mate vaag. Het geeft aan dat het niet op voorhand alle toetsing aan algemene rechtsbeginselen wil uitsluiten, maar verwijst hierbij naar de al bestaande mogelijkheid van

²⁶³ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 10.

²⁶⁴ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 9-10.

²⁶⁵ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 9-10.

²⁶⁶ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 8.

²⁶⁷ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 8.

contra-legem toepassing.²⁶⁸ Over toetsing aan de algemene bepaling wordt slechts terloops gesproken en de mogelijkheid van toetsing hieraan blijft onduidelijk doordat het kabinet, alles afwegende, slechts verwijst naar toetsing aan klassieke grondrechten.²⁶⁹

4.3. Gedeconcentreerde toetsing

In de hoofdlijnenbrief pleit het kabinet voor een systeem van gespreide constitutionele toetsing, wat inhoudt dat burgers bij elke rechter terecht kunnen.²⁷⁰ De belangrijkste reden voor de keuze voor gespreide toetsing is de inpasbaarheid ervan binnen het huidige rechtssysteem.²⁷¹ Geconcentreerde constitutionele toetsing zou volgens het kabinet tot materiële en procedurele samenloopproblemen kunnen leiden en is om die reden onwenselijk.²⁷²

Op materieel gebied zal er volgens het kabinet een samenloopprobleem kunnen ontstaan doordat grondrechten in veel gevallen een equivalent hebben in mensenrechtenverdragen.²⁷³ Wanneer verschillende rechtsinstanties in feite dezelfde normen toetsen, kunnen er interpretatieverschillen ontstaan, die volgens de Raad voor de rechtspraak het vertrouwen van burgers in de rechtspraak aantasten. Rechtspraak zou immers minder voorspelbaar worden.²⁷⁴ Procedureel gezien ontstaat een samenloopprobleem wanneer de rechter het geschil moet splitsen in een deel dat hij zelf kan afdoen en een deel dat hij niet zelf kan afdoen.²⁷⁵ Dit zou niet alleen tot vertraging in de procedure leiden, maar ook tot verwarring bij de burgers.²⁷⁶ Het oplossen van deze samenloopproblemen door toetsing aan eenieder verbindende bepalingen en toetsing aan Grondwet onder te brengen bij één rechtsinstantie, is vanuit het doel om aanvullende rechtsbescherming te bieden niet aan te bevelen. Sterker nog, dit zou nadelig zijn voor de rechtsbescherming van burgers: een systeem waarin iedere rechter de wet kan toetsen biedt immer de meest effectieve rechtsbescherming.²⁷⁷ Los van de samenloopproblemen zoals hierboven benoemd, zijn samenloopproblemen die ontstaan door

²⁶⁸ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 9.

²⁶⁹ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 10-11.

²⁷⁰ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 11.

²⁷¹ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 12.

²⁷² Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 11-12.

²⁷³ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 11.

²⁷⁴ Raad voor de rechtspraak 2022, p. 4.

²⁷⁵ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 11.

²⁷⁶ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 11.

²⁷⁷ Peters & Boogaard 2009, p. 4; Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 3, p. 16.

toepassing van EU-recht helemaal onvermijdelijk. Geconcentreerde toetsing aan EU-recht is juridisch gezien niet mogelijk, omdat elke rechter hieraan toepassing moet geven.²⁷⁸

Hoewel gespreide toetsing het instellen van een Constitutioneel Hof niet in de weg staat, vindt het kabinet het niet nodig om een nieuwe instantie in het leven te roepen voor datgene waar alle rechters al mee vertrouwd zijn.²⁷⁹ Geldof geeft een interessante visie op het al of niet instellen van een Constitutioneel Hof. Hij stelt dat het niet het Constitutioneel Hof is dat de lacune in de rechtsbescherming kan dichten, maar de constitutionele toets zelf.²⁸⁰

Het handhaven van de rechtseenheid en rechtszekerheid was voor de Staatscommissie parlementair stelsel een belangrijke reden om juist wél een Constitutioneel Hof in te willen stellen.²⁸¹ Het kabinet wijst dit argument van de hand op basis van een recent uitgevoerd rechtsvergelijkend onderzoek, waaruit blijkt dat landen die gespreide toetsing kennen geen gebrek aan rechtseenheid ervaren.²⁸² Uit hetzelfde onderzoek blijkt bovendien dat ‘gewone rechters’ zich bij het toetsen van wetgeving terughoudender opstellen dan constitutionele hoven, die zich in het algemeen vrijer voelen om de Grondwet te interpreteren en de wetgever te corrigeren.²⁸³ Met het oog op de wens van het kabinet om de huidige machtsverhoudingen tussen de staatsorganen zo veel mogelijk ongemoeid te laten, lijkt de oprichting van een Constitutioneel Hof uitgesloten. In Nederland stelt de rechterlijke macht zich van oudsher terughoudend op tegenover de wetgever.²⁸⁴

Hoogers is van mening dat het kabinet voor de inrichting van constitutionele toetsing te veel is uitgegaan van het bestaande systeem van verdragstoetsing en dat de mogelijkheden voor het instellen van een Constitutioneel Hof onvoldoende zijn geëxploreerd.²⁸⁵ Zo gaat het kabinet er, volgens hem, ten onrechte vanuit dat geconcentreerde toetsing onvermijdelijk leidt tot aanzienlijke samenloopproblemen.²⁸⁶ Hij refereert hierbij aan het Duitse verfassungsklage-systeem. In dat model beslist een ‘gewone rechter’ over de verenigbaarheid van een wet met een verdragsbepaling, terwijl een Constitutioneel Hof oordeelt over de verenigbaarheid van

²⁷⁸ Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 3, p. 16.

²⁷⁹ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 12.

²⁸⁰ Geldof 2019.

²⁸¹ Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 203.

²⁸² Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 13; Claes, Heringa, Van der Sluis & Stremmer 2021, p. 63.

²⁸³ Claes, Heringa, Van der Sluis & Stremmer 2021, p. 62.

²⁸⁴ Corstens 2022, p. 1916; Besselink 2022, p. 131; Claes, Heringa, Van der Sluis & Stremmer 2021, p. 65.

²⁸⁵ Hoogers 2022, p. 282.

²⁸⁶ Hoogers 2022, p. 281.

een wet met een grondrecht. Dit is alleen geoorloofd in het geval dat alle andere rechtsmiddelen zijn uitgeput.²⁸⁷ Door de interpretatie van het Constitutioneel Hof bindend te maken voor andere rechters, zoals in de meeste landen met een Constitutioneel Hof gebeurt, wordt het risico van samenloopproblemen verkleind.²⁸⁸

Hoogers merkt verder op dat het argument van het kabinet dat er geen belang is bij geconcentreerde toetsing omwille van meer rechtseenheid, niet steekhoudend is.²⁸⁹ Het rechtsvergelijkend onderzoek waarnaar het kabinet verwijst, betreft enkel de Scandinavische landen (als voorbeelden van landen met gespreide toetsing) en gaat niet expliciet in op het al of niet bestaan van problemen rondom rechtseenheid en rechtszekerheid.²⁹⁰ Het feit dat constitutionele toetsing in de onderzochte landen slechts zeer zelden wordt toegepast, kan betekenen dat deze problemen verborgen zijn gebleven.²⁹¹ Het is daarom wellicht te kort door de bocht om te stellen dat gespreide constitutionele toetsing ook in Nederland niet zal leiden tot dergelijke problemen. De tijd zal dit moeten uitwijzen. Mogelijk is het feit dat Nederlandse rechters de afgelopen decennia steeds vaker wetten aan eenieder verbindende bepalingen zijn gaan toetsen, een indicatie voor de frequentie van eventuele toekomstige constitutionele toetsing in Nederland.²⁹²

4.4. Ex post toetsing in concreto

Rechterlijke toetsing van de wet kan in theorie op twee momenten plaatsvinden: ex ante en ex post.²⁹³ Nauw verbonden aan de keuze voor het toetsingsmoment, is de vraag of toetsing in concrete of abstracte zin plaatsvindt.²⁹⁴ Bij ex ante toetsing oordeelt de rechter niet over een specifieke zaak, maar over de grondwettigheid van de wet voordat deze van kracht wordt.²⁹⁵ Ex ante toetsing is om deze reden een vorm van abstracte toetsing omdat deze niet gerelateerd wordt of kan worden aan een concreet rechtsgeding. Dit in tegenstelling tot ex post toetsing, waarbij het logischerwijze gaat om toetsing in concreto.²⁹⁶ De toetsing betreft een specifiek geval waarin de toepassing van een wet leidt tot een vermeend conflict met de Grondwet.

²⁸⁷ Hoogers 2022, p. 281.

²⁸⁸ Hoogers 2022, p. 281.

²⁸⁹ Hoogers 2022, p. 281.

²⁹⁰ Hoogers 2022, p. 281.

²⁹¹ Hoogers 2022, p. 281.

²⁹² Hoogers 2022, p. 281-282.

²⁹³ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 6.

²⁹⁴ Claes, Heringa, van der Sluis & Stremmer 2021, p. 7.

²⁹⁵ Raad voor de rechtspraak 2022, p. 6

²⁹⁶ Raad voor de rechtspraak 2022, p. 6

Het kabinet geeft in de hoofdlijnenbrief de voorkeur aan ex post constitutionele toetsing.²⁹⁷ Alleen ex post toetsing maakt het mogelijk om in een concreet geval burgers aanvullende rechtsbescherming te bieden, wanneer na de invoering van een wet in praktijk blijkt dat deze in strijd is met de Grondwet.²⁹⁸ Ex ante toetsing wordt op dit moment in het wetgevingsproces al uitgevoerd door het kabinet, de Afdeling advisering van de Raad van State en het parlement.²⁹⁹ Omdat er geen concreet geschil is waarover de rechter oordeelt, beschouwt het kabinet ex ante toetsing niet als echte rechtspraak.³⁰⁰ De optie van een rechterlijke ex ante toets, waarbij de rechter in het wetgevingsproces een bindende uitspraak doet over de verenigbaarheid van de wet met de Grondwet, zou volgens de Raad van State niet passen binnen het huidige staatsbestel.³⁰¹ De wetgevende bevoegdheid behoort toe aan de regering en de Staten-Generaal en niet aan de rechter.³⁰²

Ook in het eindrapport van de Staatscommissie parlementair stelsel en in de zienswijze van de Raad voor de rechtspraak wordt een voorkeur uitgesproken voor constitutionele toetsing ex post omdat alleen deze aanvullende rechtsbescherming kan bieden in concrete gevallen.³⁰³ De staatscommissie benadrukt verder dat ex post constitutionele toetsing aanzet tot een goede ex ante toetsing en daarmee tot betere waarborging van grondrechten in het wetgevingsproces. Ook brengt ex post constitutionele toetsing evenwicht in de huidige situatie waarin alleen de wetgever een oordeel mag geven over de grondwettigheid van wetten.³⁰⁴ De Raad voor de rechtspraak stelt dat op systeemniveau ex post toetsing om deze redenen bijdraagt aan het geheel van checks & balances.³⁰⁵

4.5. Buiten toepassing laten

Met betrekking tot de rechtsgevolgen die verbonden moeten worden aan de constatering dat een wet strijdig is met de Grondwet, benoemt het kabinet verschillende opties: nietigverklaring, vernietiging, onverbindend-verklaring en het buiten toepassing laten van de wet.³⁰⁶ Nietigverklaring heeft de meest ingrijpende gevolgen omdat dit alle

²⁹⁷ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 12.

²⁹⁸ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 14.

²⁹⁹ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 6.

³⁰⁰ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 12.

³⁰¹ Raad van State 2010, p. 47.

³⁰² Raad van State 2010, p. 47.

³⁰³ Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 203.

³⁰⁴ Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 213.

³⁰⁵ Raad voor de rechtspraak, p. 4.

³⁰⁶ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 7.

rechtsverhoudingen die op grond van de wet zijn ontstaan, gewijzigd of teniet gegaan beïnvloedt.³⁰⁷ Een wet die nietig is verklaard, wordt namelijk beschouwd als niet te hebben bestaan. Vernietiging is een minder vergaand rechtsgevolg omdat hier geen sprake is van een terugwerkende kracht.³⁰⁸ Een wet die zelf onrechtmatig is, kan onverbindend verklaard worden. Deze zal dan geen juridische werking meer hebben, maar wel blijven bestaan. Wanneer niet de wet zelf onrechtmatig is, maar alleen de toepassing ervan, bestaat de mogelijkheid om de wet buiten toepassing te laten.³⁰⁹

Hoewel in de hoofdlijnenbrief de vier verschillende rechtsgevolgen benoemd worden, zijn slechts nietigverklaring en buiten toepassing laten serieuze opties voor het kabinet.³¹⁰ Buiten toepassing laten van een wet verdient volgens het kabinet de voorkeur, omdat het goed mogelijk is dat niet elke toepassing van de wet grondwettelijke bezwaren oplevert.³¹¹ Het kabinet is van mening dat nietig verklaren aanzienlijk negatieve gevolgen heeft voor de rechtszekerheid.³¹² Met de keuze voor buiten toepassing laten, zal het rechtsgevolg bij constitutionele toetsing daarnaast in lijn liggen met het rechtsgevolg verbonden aan onverenigbaarheid van de wet met eenieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties.³¹³ De Staatscommissie parlementair stelsel adviseerde eerder al om buiten toepassing laten als rechtsgevolg te hanteren vanwege de verregaande gevolgen van nietigverklaring en vernietiging.³¹⁴

Hoogers merkt op dat de voorkeur van het kabinet voor buiten toepassing laten, wijst op een gebrek aan inzicht in de relatie tussen normen en de mogelijkheden om onderlinge strijdigheid tussen normen op te lossen.³¹⁵ In Nederland heeft de rechter niet de mogelijkheid om een wet nietig te verklaren wegens strijdigheid met hoger recht. Wel mag een rechter die in een concreet geschil een lagere norm onverenigbaar acht met een hogere norm, de eerste onverbindend verklaren.³¹⁶ Het gevolg hiervan is dat, formeel tussen partijen maar in praktijk veelal erga omnes, de lagere norm geen juridische werking (meer) heeft.³¹⁷

³⁰⁷ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 7.

³⁰⁸ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 7.

³⁰⁹ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 7.

³¹⁰ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 14.

³¹¹ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 14.

³¹² Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 14.

³¹³ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 14.

³¹⁴ Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 207-208.

³¹⁵ Hoogers 2022, p. 283.

³¹⁶ Hoogers 2022, p. 283-284.

³¹⁷ Hoogers 2022, p. 284.

Buiten toepassing laten van een norm is volgens Hoogers een rechtsgevolg dat niet past bij de relatie tussen onverenigbare hogere en lagere normen, maar bij normen die beide rechtsgeldig maar onderling onverenigbaar zijn.³¹⁸ In dat geval zal de rechter aan één van die normen de voorrang moeten geven en de andere buiten toepassing laten.³¹⁹ Voorrangsregels bepalen dan aan welke norm toepassing gegeven dient te worden. Artikel 94 Grondwet schept een dergelijke voorrangsregel in de verhouding tussen wetgeving en eenieder verbindende bepalingen.³²⁰ Het juiste rechtsgevolg van strijdigheid van de wet met de Grondwet is volgens Hoogers dan ook zeker niet buiten toepassing laten, maar onverbindendheid.³²¹

4.6. Overwegingen omtrent de inrichting van de constitutionele toets

In dit hoofdstuk is gekeken naar de inrichting van de constitutionele toets zoals deze wordt beoogd in de hoofdlijnenbrief van het kabinet. Het kabinet spreekt de voorkeur uit voor een model van gespreide toetsing, waarin de rechter een wet die reeds in werking is getreden kan toetsen aan de klassieke grondrechten en de bevoegdheid heeft deze buiten toepassing te laten.

Hoewel Hoogers betoogt dat de mogelijkheid van een Constitutioneel Hof in de hoofdlijnenbrief onvoldoende is onderzocht, ligt de keuze voor gespreide toetsing voor de hand gelet op de wens om niet te veel te tornen aan het huidige staatsbestel. Het systeem van gespreide toetsing is in Nederland bekend van het toetsen van wetten aan eenieder verbindende verdragsbepalingen. Constitutionele toetsing zou in dezelfde lijn kunnen worden ingericht. Geconcentreerde constitutionele toetsing, eventueel middels een Constitutioneel Hof, zou daarentegen verregaande wijzigingen aanbrengen in het geheel van bestaande instituties en de bestaande verhoudingen tussen de drie staatsmachten. Had het kabinet een toetsing van de wet aan meer dan alleen klassieke grondrechten willen invoeren, dan zou de mogelijkheid tot het instellen van een Constitutioneel Hof zeker meer aandacht hebben verdiend. Het toetsen van wetten aan sociale grondrechten en eventueel institutionele bepalingen brengt, zoals de hoofdlijnenbrief beschrijft, het risico met zich mee dat uitspraken politiek gekleurd zijn. Het is daarom niet wenselijk om deze toetsing bij iedere rechter te leggen.

³¹⁸ Hoogers 2022, p. 284.

³¹⁹ Hoogers 2022, p. 285.

³²⁰ Hoogers 2022, p. 285.

³²¹ Hoogers 2022, p. 285.

In de hoofdlijnenbrief worden niet veel woorden besteed aan de keuze voor het toetsingsmoment. Dat rechterlijke toetsing ex post zal plaatsvinden is vanzelfsprekend. Juist deze toetsing ontbreekt in het huidige stelsel en zou kunnen bijdragen aan het verbeteren van de rechtsbescherming van burgers. Toetsing ex ante, hoe zorgvuldig en uitgebreid ook, zal niet kunnen voorkomen dat in alle gevallen de uitwerking van een wet in het concrete geval kan worden voorzien. Daarnaast past een bindend rechterlijk oordeel over de verenigbaarheid van een wet met de Grondwet vóór de inwerkingtreding niet in het huidige wetgevingsproces. Dit zou namelijk de rechterlijke macht een niet onbelangrijke rol geven in het wetgevingsproces.

Het gewenste rechtsgevolg ‘buiten toepassing laten’ is een verdedigbare optie vanuit het idee dat dit het minst ingrijpend is en aansluit bij het rechtsgevolg na geconstateerde onverenigbaarheid tussen een wet en eenieder verbindende verdragsbepalingen. Hoogers uit kritiek op deze gedachtegang. Het juiste rechtsgevolg van strijd met de Grondwet is volgens hem niet buiten toepassing laten, maar de onverbindendheid van het wettelijk voorschrift. Het is een gemis dat het kabinet in de hoofdlijnenbrief deze optie niet verder heeft uitgewerkt. Ook vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid zou onverbindendheid wellicht de voorkeur moeten krijgen boven buiten toepassing laten, vanwege de erga omnes werking in praktijk. Door het noodzakelijke verschil in rechtsgevolg gaat volgens Hoogers de vermeende parallel tussen verdragstoetsing en constitutionele toetsing hoe dan ook niet op en zou gespreide toetsing niet de enige te overwegen optie moeten zijn.³²²

Met het Harmonisatiewet-arrest heeft de Hoge Raad een opening gecreëerd voor zwakke constitutionele toetsing.³²³ Zwakke constitutionele toetsing, zoals het afgeven van een rechterlijke verklaring van onverenigbaarheid met de Grondwet, heeft als voordeel dat de rechter wel een uitspraak doet over de verenigbaarheid van een wet met de Grondwet, terwijl het primaat van de wetgever in stand blijft.³²⁴ Het is aan de wetgever zelf om aan de hand van de rechterlijke uitspraak de wet te herformuleren zodat deze wel in overeenstemming is met de Grondwet.³²⁵ Hoewel in de hoofdlijnenbrief terloops wordt benoemd dat de rechter de mogelijkheid zou moeten krijgen om bij meerdere verdedigbare oplossingen de keuze aan de

³²² Hoogers 2022, p. 285.

³²³ Van der Schyff 2020, p. 887.

³²⁴ Claes, Heringa, van der Sluis & Stremmer 2021, p. 68.

³²⁵ Jansen 2022, p. 104.

wetgever over te laten, is het begrijpelijk dat het kabinet grotendeels aan deze vorm van toetsing voorbij is gegaan.³²⁶ Vanuit het doel om met constitutionele toetsing aanvullende rechtsbescherming te bieden, is het ontbreken van een bindend instrument waarmee de rechter de wetgever kan corrigeren een fundamentele tekortkoming.

³²⁶ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 15.

5. Conclusie & Discussie

5.1. Conclusie

Het onderwerp van deze masterscriptie is de beoordeling van de hoofdlijnenbrief waarmee het kabinet invulling geeft aan de mogelijkheid van constitutionele toetsing in Nederland.

Beschreven is hoe de hoofdlijnenbrief past in de ontwikkeling van het toetsingsverbod. In de Grondwet van 1848 is het toetsingsverbod voor het eerst opgenomen vanuit het idee dat de gelegitimeerde wetgever het laatste woord zou moeten hebben over de interpretatie van de Grondwet. Rechterlijke toetsing van wetten zou afbreuk doen aan de democratische legitimiteit van wetten. De introductie van het toetsingsverbod in de Grondwet heeft onmiddellijk een discussie op gang gebracht over de wenselijkheid ervan en deze discussie duurt tot op heden voort. Verschillende staatscommissies hebben zich over dit onderwerp uitgesproken en met het wetsvoorstel Halsema zijn concrete stappen gezet om artikel 120 Grondwet aan te passen. Tot een beperking of afschaffing is het nooit gekomen, enkel tot een aanpassing in de formulering.

De hoofdlijnenbrief moet gezien worden als een uitwerking van een passage uit het coalitieakkoord van het kabinet Rutte-IV waarin is overeengekomen dat de mogelijkheden van constitutionele toetsing in Nederland zullen worden onderzocht. Het kabinet spreekt zich in de hoofdlijnenbrief uit voor de invoering van constitutionele toetsing, met name omwille van de rechtsbescherming voor burgers.

Er lijkt geen discussie over de vraag of het verbeteren van de rechtsbescherming van burgers wenselijk is. Het opvullen van de lacune in de rechtsbescherming, namelijk de onmogelijkheid voor een burger om een wet in formele zin te laten toetsen aan zijn grondwettelijke rechten, is de rechtvaardiging voor de invoering van een vorm van constitutionele toetsing. Tegelijkertijd kan geconcludeerd worden dat het belangrijkste argument voor handhaving van het toetsingsverbod en tevens de oorspronkelijke reden voor opname van dit verbod in de Grondwet, namelijk het primaat van de wetgever, zodanig aan waarde heeft ingeboet dat dit het toetsingsverbod niet langer kan rechtvaardigen. Het idee dat de wetgever de belangrijkste beslissingen zou moeten nemen over de inhoud van het recht in wetten, is ingehaald door de tijd.

Hoewel de beoogde vorm van constitutionele toetsing naast verdragstoetsing een meerwaarde heeft voor de rechtsbescherming van burgers, is het verstandig ten aanzien hiervan niet te

grote verwachtingen te hebben. Het ontbreken van materiële handvatten voor de rechter is een fundamentele tekortkoming in het voorstel van het kabinet. De formele beperkingssystematiek die de Nederlandse Grondwet kent en het feit dat het alleen gaat om toetsing van klassieke grondrechten, verhinderen dat de rechter een inhoudelijk oordeel kan geven over de toelaatbaarheid van de beperking van het grondrecht. Rechterlijke toetsing van de wet aan de Grondwet gaat hierdoor niet verder dan het controleren van competentievoorschriften en in enkele gevallen doelcriteria en procedurele voorschriften. Wil constitutionele toetsing als middel ter verbetering van de rechtsbescherming van burgers effectief zijn, zal deze meer om het lijf moeten hebben dan het kabinet nu voorstelt in de hoofdlijnenbrief.

In de hoofdlijnenbrief spreekt het kabinet de wens uit om de rechtsbescherming te verbeteren, maar niet te veel te tornen aan de bestaande instituties en machtsverhoudingen tussen de drie staatsmachten. De keuze voor een gespreide toets ex post is daarom een logische. Gespreide toetsing sluit aan bij de al bestaande mogelijkheid van verdragstoetsing en ex post toetsing is bij uitstek een middel om in het concrete geval rechtsbescherming te kunnen bieden. De voorkeur voor buiten toepassing laten, is vanuit dezelfde wens ook verdedigbaar. Buiten toepassing laten voorkomt dat in gevallen waarin de toepassing van een wet wél in overeenstemming is met de Grondwet, onnodig inbreuk wordt gemaakt op het primaat van de wetgever. Voor het doel om in concrete gevallen de ongewenste uitwerking van een wet te kunnen corrigeren, is buiten toepassing laten een geschikt middel.

5.2. Discussie

Het is een goed streven om altijd te onderzoeken hoe de rechtsbescherming van burgers verbeterd kan worden. Hoewel constitutionele toetsing in theorie bijdraagt aan dit doel, kan de vorm waarin deze toetsing door het kabinet gegoten wordt ertoe leiden dat de waarde ervan in de praktijk gering is. Wil constitutionele toetsing een substantiële bijdrage leveren aan de rechtsbescherming van burgers, dan is het noodzakelijk dat de rechter een materiële toetsingsnorm kan hanteren, hetgeen bereikt kan worden hetzij via een andere beperkingssystematiek, hetzij via toetsing aan (ongeschreven) algemene rechtsbeginselen.

De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties heeft in een recente kamerbrief naar aanleiding van het opnemen van de algemene bepaling in de Grondwet, aangegeven dat

de beperkingssystematiek naar behoren functioneert.³²⁷ In de context van het in stand houden van het primaat van de wetgever is deze constatering juist. Echter, met het oog op het verbeteren van de rechtsbescherming kunnen hier vraagtekens bij gezet worden. De minister geeft aan dat het te verwachten is dat de discussie over de beperkingssystematiek zal toenemen als constitutionele toetsing eenmaal mogelijk is.³²⁸ Het gevaar van deze gedachtegang is dat constitutionele toetsing niet verder komt dan de conceptuele fase. Het is van essentieel belang om vooraf inzichtelijk te maken welke concrete bijdrage de voorgestelde vorm van constitutionele toetsing levert aan de rechtsbescherming van burgers. Pas dan kunnen voor- en tegenargumenten inhoudelijk tegen elkaar worden afgewogen om te bepalen of wijziging van de Grondwet te rechtvaardigen is.

Het mogelijk maken van toetsing aan (ongeschreven) algemene rechtsbeginselen is ook een manier om de rechter materiële handvatten aan te reiken om de inhoudelijk beperking van grondrechten te beoordelen. In de hoofdlijnenbrief geeft het kabinet aan dat zij niet op voorhand elke vorm van toetsing hiervan afwijst, maar de ontwikkelingen in de rechtspraak op dit gebied volgt.³²⁹ Het kabinet verwijst hierbij naar de conclusie van A-G Snijders die ingaat op de vraag in welke mate het mogelijk is om wetten te toetsen aan rechtsbeginselen, meer specifiek het evenredigheidsbeginsel. Snijders stelt dat het toetsingsverbod uit de Grondwet de toetsing van wetten aan het evenredigheidsbeginsel in de weg staat.³³⁰ Het evenredigheidsbeginsel kan echter contra-legen worden toegepast in het geval de wetgever bepaalde gevolgen niet behoorlijk heeft overwogen bij de totstandkoming van de wet.³³¹ Dit moet volgens Snijders echter niet te snel worden geconcludeerd. Het primaat van de wetgever en het verbod op constitutionele toetsing brengen namelijk met zich mee, dat een rechter in principe ervan uit moet gaan dat een wet is gebaseerd op een zorgvuldige afweging van belangen.³³² De ruimte om wetten te kunnen toetsen aan (ongeschreven) algemene rechtsbeginselen is volgens Snijders dan ook zeer beperkt.

De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State volgt in haar uitspraken van 1 maart 2023 grotendeels de conclusie van Snijders en stelt dat het niet mogelijk is om wetten te

³²⁷ Kamerstukken II 2022/23, 35786, nr. 8, p. 5-6.

³²⁸ Kamerstukken II 2022/23, 35786, nr. 8, p. 5-6.

³²⁹ Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169, p. 9.

³³⁰ ABRvS 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441 (concl. A-G G. Snijders), r.o. 12.2.

³³¹ ABRvS 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441 (concl. A-G G. Snijders), r.o. 7.7.

³³² ABRvS 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441 (concl. A-G G. Snijders), r.o. 7.7.

toetsen aan algemene rechtsbeginselen, tenzij er sprake is van bijzondere omstandigheden die de wetgever bij het vaststellen van de wet niet onder ogen heeft gezien.³³³ Deze uitspraak betekent dat bijna 35 jaar na het Harmonisatiewet-arrest de visie die daarin is uitgezet nog leidend is voor de rechter. Het initiatief voor verruiming van toetsingsmogelijkheden van formele wetten blijft dientengevolge bij de grondwetgever.

³³³ ABRvS 1 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2023:772, r.o. 2.

6. Literatuurlijst:

Tijdschriftartikelen:

Asscher 2003.

L.F. Asscher, 'Reanimeer de Grondwet', *Socialisme en Democratie* 2003/60 afl. 3, p. 18-22.

Barkhuysen 2021.

T. Barkhuysen, 'Toetsing aan de Grondwet: uitweg of uitvlucht?', *NJB* 2021/2810, afl. 38.

Barkhuysen 2022.

T. Barkhuysen, 'Toetsing van formele wetgeving aan rechtsbeginselen: de rechter moet de harmonisatiewetblokkade opheffen', *NJB* 2022/2095, afl. 30.

Besselink 2003.

L.F.M. Besselink, 'Constitutionele toetsing in internationaal perspectief', *Ars Aequi* 2003/2 afl. 52, p. 89-95.

Besselink 2022.

L.F.M. Besselink, 'Rechter en politiek: Machtenscheiding in de Urgenda-zaak', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2022/11 afl. 2, p. 128-151.

Cliteur 1989.

P.B. Cliteur, 'Argumenten voor en tegen constitutionele toetsing', *NJB* 1989/38, p. 1369-1375.

Corstens 2022.

G. Corstens, 'Naar een Constitutioneel Hof?' *NJB* 2022/1594, afl. 24, p. 1913-1917.

Gerards 2016.

J. Gerards, 'The Irrelevance of the Netherlands Constitution, and the Impossibility of Changing It', *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2016/2 afl. 77, p. 207-233.

Hoogers 2022.

H.G. Hoogers, 'Kroniek van een aangekondigde revolutie: de hoofdlijnenbrief inzake constitutionele toetsing', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2022/13 afl. 4, p. 274-294.

Kortmann 1991.

C.A.J.M. Kortmann, 'Advies over constitutionele toetsing', *NJCM* 1991/17 afl. 3, p. 305-307.

Peters & Boogaard 2009.

J.A. Peters & G. Boogaard, 'De mythes van Van der Schyff over het initiatiefwetsvoorstel Halsema', *NJB* 2009/84 afl. 40, p. 2628-2630.

Sap 2007.

J.W. Sap, 'De aanbeveling van de Nationale Conventie om een Constitutioneel Hof in te stellen', *NJCM-bulletin* 2007/32 afl. 5, 590-602.

Schutgens 2007.

R.J.B. Schutgens, 'Het voorstel-Halsema en de toetsbaarheid van de wet' *RegelMaat* 2007/1, p. 12-27.

Sillen 2010.

J.J.J. Sillen, 'Tegen het toetsingsrecht', *NJB* 2010/2231 afl. 43, p. 2742-2748.

Van der Schyff 2009.

G. Van der Schyff, 'Waarom het wetsvoorstel-Halsema tekortschiet Mythes rondom het verdragsargument', *NJB* 2009/1852 afl. 37, p. 2408-2414.

Van der Schyff 2020.

G. Van der Schyff, 'The Prohibition on Constitutional Review by the Judiciary in the Netherlands in Critical Perspective: The Case and Roadmap for Reform', *German Law Journal* 2020/21 afl. 5, p. 884-903.

Van Oort 2020.

S.P. van Oort, 'Dirk Donker Curtius en de Intellectuele Voorgeschiedenis van het Toetsingsverbod', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2020/11 afl. 1, p. 42-59.

Van Sasse van IJsselt 2019.

P. Van Sasse van IJsselt, 'Constitutionele toetsing in een weerbare democratische rechtsstaat' *NJB* 2019/363 afl. 7, p. 452-461.

Voermans 1998.

W.J.M. Voermans, 'Toekomstperspectieven voor het primaat van de wetgever', *RegelMaat* 1998/1, p. 35-40.

Vonk & Brinkman 2022.

G. Vonk, O. Brinkman, 'Constitutionele toetsing? Jazeker, maar dan ook aan de sociale grondrechten', *NJB* 2022/1595, afl. 24, p. 918-1919.

Waldron 2006.

J. Waldron, 'The Core of the Case against Judicial Review' *The yale law journal* 2006/115 afl. 6, p. pp. 1346-1406.

Boeken en proefschriften**Barkhuysen, Van Emmerik, Voermans, e.a. 2009.**

T. Barkhuysen, A.L. Dimitrova, M.L. van Emmerik, J.H. Gerards, H.M. Griffioen, M.M. Groothuis, T. de Jong, J.P. Loof, H.M.Th.D. ten Napel, B. Steunenbergh & W.J.M. Voermans, *De Nederlandse Grondwet geëvalueerd*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009.

Beelaerts van Blokland 1868.

G.J.Th. Beelaert van Blokland, *De onschendbaarheid der wet* (diss. Leiden), Leiden: S.C. van Doesburgh 1868.

Corstens 2017.

G. Corstens, *Understanding the Rule of Law*, Londen: Bloomsbury Publishing Plc 2017.

Eijlander & Voermans 2000.

P. Eijlander & W. Voermans, *Handboek wetgevingsleer*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2000.

Esser & Schuurmans 2022.

J.E. Esser & Y.E. Schuurmans, 'Gedeelde tafel, eigen stoel: rechter en rechtsvorming in het bestuursrecht', in: J. Goossens, J. de Poorter, G. van der Schyff, T. Geldof, & C. van Oirsouw (Eds.), *Publikaties van de Staatsrechtkring*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2022, p. 25-60.

Fleuren 2018.

J.W.A. Fleuren, 'De wordingsgeschiedenis van het grondwettelijk toetsingsverbod in 1848', in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Het verhaal van de rechter. Over de plaats van de rechter in literatuur, samenleving en rechtszaal. Liber amicorum voor Hans den Tonkelaar*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 241-258.

Hirsch Ballin 2015.

E.M.H. Hirsch Ballin, 'Dynamiek in de bestuursrechtspraak', in: *Rechtsontwikkeling door de bestuursrechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 7-60.

Jansen 2022

J.J.M. Janssen, 'Is constitutionele toetsing door de rechter wenselijk?', in: P. P. H. J. Essers, M. F. R. Herreveld, M. D. J. J. M. Jansen, P. D. L. G. M. Stevens, & M. W. J. M. Vennix RB (Eds.), *Verschuivende machtsverhoudingen in de fiscaliteit: Jubileumbundel ter gelegenheid van 150 jaar Weekblad Fiscaal Recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 99-105

Kortmann 2001.

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer, 2001.

Nieuwenhuis, Den Heijer & Hins 2021

A.J. Nieuwenhuis, M. den Heijer & A.W. Hins, *Hoofdstukken grondrechten*, Nijmegen: Ars aequi libri 2021.

Prakke 1972.

L. Prakke, *Toetsing in het publiekrecht* (diss. Amsterdam UvA), Assen: Van Gorkum 1972.

Schutgens 2009.

R. J. B, Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009.

Stroink 1990.

F.A.M. Stroink, *De plaats van de rechter in het staatsbestel* (oratie Maastricht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

Thorbecke 1921.

J.R. Thorbecke, *Bijdrage tot de herziening van de Grondwet*, 's-Gravenhage: Nijhoff, 1921.

Van Dijck, Snel & Van Golen 2018.

G. van Dijck, M. Snel & T. Van Golen, *Methoden van rechtswetenschappelijk onderzoek*, Den Haag: Boom Juridisch 2018.

Van Dommelen 2003.

S.T. van dommelen. *Constitutionele rechtspraak vanuit rechtsfilosofisch perspectief* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Van Houten 1997.

M.L.P. van Houten, *Meer zicht op wetgeving. Rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Grondwet en fundamentele rechtsbeginselen* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Van Poelgeest 1991.

L. van Poelgeest, Toetsing van de wet aan de Grondwet in Nederland, in: *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 1-49.

Weber 2011.

M. Weber, *Handboek ontwerpgericht wetenschappelijk onderzoek*, Amsterdam: Boom Lemma 2011.

Rapporten:

Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State 2021.

Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, *Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken*, Den Haag 2021.

Claes, Heringa, van der Sluis & Stremmer 2021.

M. Claes, A.W. Heringa, M. van der Sluis & M. Stremmer, *Rechtsvergelijkend onderzoek constitutionele toetsing* (onderzoeksrapport Maastricht University), 2021.

Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk 2000.

Staatscommissie Grondrechten in het digitale tijdperk, *Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk*, Den Haag 2000.

Commissie Wetgevingsvraagstukken 1985.

Commissie Wetgevingsvraagstukken, *Orde in regelgeving*, Den Haag 1985.

Gerards 2013.

J.H. Gerards, 'een algemene bepaling in de Grondwet?', in: *De Grondwetsherziening van 1983: 30 jaar oud of 30 jaar jong?* Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2013.

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2019.

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Kabinetsstandpunt over het advies van de staatscommissie parlementair stelsel*, Den Haag 2019.

Nationale Conventie 2006.

Nationale Conventie, *Hart voor de publieke zaak*, Den Haag 2006.

Raad van State 2010.

Raad van State 2010, *Verslag van het symposium van de Raad van State op 25 mei 2010*, Den Haag 2010.

Raad voor de Rechtspraak 2022.

De Rechtspraak, *Zienswijze van de Rechtspraak op rechterlijke constitutionele toetsing*, Den Haag 2022.

Staatscommissie Grondwet 2010.

Staatscommissie Grondwet, *Rapport Staatscommissie Grondwet*, 2010d

Staatscommissie parlementair stelsel 2018

Staatscommissie parlementair stelsel, *Lage drempels, hoge dijken. Democratie en rechtsstaat in balans. Eindrapport van de Staatscommissie Parlementair Stelsel*, Amsterdam: Boom 2018.

Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet 1967.

Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en Kieswet, *Tweede rapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet*, Den Haag 1967.

Van Gestel & Vleugel 2013.

R.A.J. van Gestel & A. Vleugel, *Herijking van het primaat van de wetgever: de betekenis van kaderwetgeving en delegatie*, Den Haag: Raad van State 2013.

Venice Commission 2021.

Venice Commission, *The Netherlands Opinion on the Legal Protection of Citizens* (Opinion No. 1031/2021), Strasbourg 2021.

Wetenschappelijke commentaren:**Boogaard & Uzman 2016**

G. Boogaard en J. Uzman, Commentaar op artikel 120 Grondwet, in: E.H.M. Hirsch Ballin en G. Leenknegt (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie: 2017 (www.nederlandrechtsstaat.nl).

Geldof 2019.

T. Geldof, 'Remkes en de rechtsstaat #4: De noodzaak van een constitutioneel hof', www.nederlandrechtsstaat.nl, 18 januari 2019.

Parlementaire stukken:

Coalitieakkoord 2021 – 2025: 'Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst'.

Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 1.

Kamerstukken II 2001/02, 28331 nr. 3.

Kamerstukken II 2001/02, 28355, nr. 2.

Kamerstukken II 2017/18, 32334, nr. 11.

Kamerstukken II 2017/18, 32334, nr. 12.

Kamerstukken II 2018/19, 34430, nr. 10.

Kamerstukken II 2019/20, 34430, nr. T.

Kamerstuk II 2021/22, 28355, nr. 2.

Kamerstukken II 2021/22, 35 788, nr. 7.

Kamerstukken II 2021/22, 35925 VI, nr. 169.

Kamerstukken II 2022/23, 35786, nr. 8.

Handelingen II 2004/05, 28 331, nr. 12, p. 643.

Handelingen I 2008/09, nr. 11, p. 541-543.

Gebruikte jurisprudentie:

ABRvS 1 maart 2022, ECLI:NL:RVS:2023:772.

HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989, 469 (Harmonisatiewet).

HR 27 januari 1961, ECLI:NL:HR:1961:AG2059 (Van den Bergh/Staat) NJ 1963/248, m.nt. D.J. Veegens.