

Vergaderjaar 2001–2002

28 331

Voorstel van wet van het lid Halsema houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot invoering van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet door de rechter

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING**Inleiding**

Sinds 1848 bepaalt de Grondwet dat de rechter wetten niet aan de Grondwet toetst¹. De «wetten zijn onschendbaar» luidt het adagium waarop in Nederland de staatsrechtelijke verhoudingen zijn gestoeld. Over de wenselijkheid van het verbod is ook sinds 1848 gediscussieerd². De ontwerper van onze Grondwet, Thorbecke, had als één van de eersten principiële bezwaren tegen de onschendbaarheidsbepaling in de Grondwet. De grondwettelijke bepaling uit 1848 dat de wetten onschendbaar zijn, was dan ook afkomstig van de regering en niet van de Staatscommissie waarvan Thorbecke deel uitmaakte.

Thorbecke vermocht niet in te zien waarom de rechter toetsing van de grondwettigheid van wetten moest worden onthouden. Volgens Thorbecke zou «de Grondwet (..) ophouden Grondwet te zijn; en de gewone wetgever, die zijn bestaan en zijn regt enkel uit de Grondwet ontleent, boven de Grondwet wezen». Hij gaf ook een veelzeggende waarschuwing af: «voor deze nieuwe spreuk zal, geloof ik, ieder als voor een gesloten deur blijven staan»³.

Ruim anderhalve eeuw later, in 2000, klinkt deze waarschuwing in wat voorzichtiger bewoordingen door in het advies *Grondrechten in het digitale tijdperk* van de Commissie Franken. De commissie bepleit daarin de techniekonafhankelijke formulering van de grondrechten⁴. Dat is noodzakelijk, zo stelt de Commissie, om de grondrechten ook in de informatiesamenleving als baken te laten functioneren voor wetgever, bestuur en rechter. De grondrechten dienen uitgelegd te kunnen worden op een, bij de ontwikkeling van de techniek passende wijze. De Commissie stelt daarbij dat aangezien de rechter tot die uitleg, meer dan andere instituties, geroepen zal zijn, rechterlijke toetsing tot de mogelijkheden moet behoren.

Met de grootst mogelijke meerderheid⁵ pleit de Commissie voor opheffing van het toetsingsverbod voor die grondrechten die naar hun aard directe werking hebben⁶.

Het argument van de Commissie Franken kan ook worden uitgebreid naar de klassieke grondrechten die niet techniekafhankelijk zijn. Niet alleen technische maar ook maatschappelijke en economische ontwikkelingen, en de daarbij horende rechtsopvattingen, bewegen zich langs lijnen van

¹ De bepaling dat de rechter niet treedt in de beoordeling van de grondwettigheid van verdragen is overigens eerst in 1953 in de Grondwet opgenomen, destijds in artikel 60, derde lid.

² Het proefschrift van M. L. P. van Houten is een interessante wetenschappelijke studie naar de vraag of rechterlijke toetsing van de wet aan de grondwet en de fundamentele rechtsbeginselen gewenst is. Dit werk bevat ook een overzicht van het verloop van het debat in een groot deel van de vorige eeuw. M. L. P. van Houten, *Meer zicht op wetgeving. Rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Grondwet en fundamentele rechtsbeginselen*, Zwolle, 1997.

³ J. R. Thorbecke, *Bijdrage tot de herziening van de Grondwet*, 's-Gravenhage 1921, p. 60 e.v..

⁴ Daarmee wordt bedoeld dat een grondrecht zodanig wordt geformuleerd dat de stand der techniek en de huidige kennis en mogelijkheden zo min mogelijk bepalend zijn voor de interpretatie en de reikwijdte ervan. Dit speelt bij uitstek op het gebied van de zogenaamde informatiegondrechten, omdat de snelle opkomst van de moderne media, de elektronische communicatie en het digitale tijdperk invloed uitoefenen op de samenleving en dus ook op het recht.

⁵ Er stemde 1 lid tegen, namelijk mr. J. P. H. Donner.

⁶ Zie het rapport van de Commissie *Grondrechten in het digitale tijdperk*, (Commissie Franken), De adviezen van de Commissie Franken, 2000.

voortschrijdend inzicht. In de uitleg van grondrechten dient hiermee rekening te kunnen worden gehouden.

Onze samenleving wordt namelijk telkens pluriformer van bevolkings-samenstelling, culturen en opvattingen. Daarbij wordt het risico groter dat het collectieve belang dat de wetgever vertegenwoordigt in het individuele geval een tegengesteld, onrechtvaardig effect heeft.

Als dominante meerderheden snel wisselen en minder vanzelfsprekend worden is het eens te meer van belang dat democratische minderheden en individuen zich beschermd weten. Zeker als het gaat om onvervreembare individuele grondrechten zoals het recht op gelijke behandeling, op de vrijheid van meningsuiting, van godsdienst en van pers valt dan moeilijk te verdedigen dat de wetgever, die meestal uitdrukking geeft aan de opvatting van de democratische meerderheid, altijd het enige en het laatste woord heeft.

Pluriformiteit van de samenleving leidt onherroepelijk ook tot debatten over botsende belangen, en soms zelfs botsende grondrechten. Zeker als in aanmerking wordt genomen dat de mondigheid van de burger ten opzichte van de overheid de laatste decennia fors is toegenomen. Meer burgers kiezen de weg naar de rechter om bescherming van hun belangen af te dwingen. Door constitutionele toetsing wordt een publiek forum geschapen om deze noodzakelijke debatten op respectvolle en vreedzame wijze te kunnen voeren. Onze culturele basisstructuur in de vorm van grondwet, rechtsbeginselen en wetten, kan dan op een open manier worden geconfronteerd met nieuwe waarden en opvattingen, voordat de wetgever dwingend optreedt en de uitkomst van die debatten in nieuwe wetgeving dicteert¹.

Grondrechten noch wetten behoren statisch te zijn. In een zich snel ontwikkelende, meer en meer internationaal georiënteerde samenleving, dient de verhouding tussen burgers en overheid, en de wetten en grondrechten die deze verhouding bepalen, te kunnen worden herijkt. Zeker waar het de rechtsbescherming van de burger jegens de overheid raakt, laat de noodzaak van toetsing van een individuele zaak aan grondrechten zich gevoelen. Door middel van constitutionele toetsing kunnen de grondrechten dynamiek krijgen, zodat de Grondwet een levende wet en een dragend beginsel in onze rechtstaat kan zijn.

Dit wetsvoorstel voorziet in de introductie van een beperkte bevoegdheid tot constitutionele toetsing door de rechter. De rechter zal de bevoegdheid krijgen formele wetten te toetsen aan een aantal, in een nieuw tweede lid van artikel 120 Grondwet met name genoemde grondrechten. In de onderhavige Memorie van Toelichting, in hoofdstuk 1, wordt ingegaan op de staatsrechtelijke verschuivingen die de aanleiding zijn voor dit wetsvoorstel. In hoofdstuk 2 worden de varianten van toetsingsrecht in Europa en de Verenigde Staten vergeleken en in hoofdstuk 3 worden de argumenten pro en contra gewogen.

In dit wetsvoorstel is gekozen voor een systeem van gespreide toetsing. Dat wil zeggen dat de toetsing gaat behoren tot de taakuitoefening van iedere rechter, die in een concreet geschil wordt geconfronteerd met mogelijke strijdigheid tussen een wet en een grondrecht. De keuze voor gespreide toetsing, die wordt toegelicht in hoofdstuk 4, is met name bepaald door de wenselijkheid om toetsing aan de grondwet en die aan internationaal recht op dezelfde wijze te regelen.

Ondergetekende heeft gekozen voor beperking van de rechterlijke bevoegdheid tot de klassieke grondrechten en de daarmee gelijk te stellen bepalingen. Het toetsingsverbod voor de sociale grondrechten, de overige grondwettelijke bepalingen en de ongeschreven fundamentele rechtsbeginselen, wordt dus in stand gelaten. De keuze om de sociale grondrechten voorlopig buiten beschouwing te laten, is gebaseerd op de gedachte dat deze een ander karakter hebben dan de klassieke. De onthoudingsplicht die het overheidsgedrag behoort te kenmerken bij de

¹ Dit argument is vooral naar voren gebracht door wijlen VVD-Kamerlid Philippe G. Brood, onder andere terug te vinden in de bundel die ter gelegenheid van zijn onverwachte overlijden is verschenen. D. Berg e.a.: *Brood in reflectie*, uitgave van de VVD-fractie Tweede Kamer, december 2000.

klassieke grondrechten geeft de rechter een scherper, indringender en meer begrensd toetsingskader dan het geval zou zijn bij de sociale grondrechten die inspanningsverplichtingen bevatten waarbij de overheid de vrijheid heeft deze nader in te vullen. Daarnaast staat ondergetekende op het standpunt dat van de wenselijkheid de rechter de bevoegdheid te geven te kunnen toetsen aan de overige, meer organisatorische en staatsrechtelijke bepalingen van de Grondwet, onvoldoende is gebleken. Hetzelfde geldt voor de toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen. In hoofdstuk 5 worden deze keuzes gemotiveerd.

De Memorie van Toelichting besluit met een artikelsgewijze toelichting (hoofdstuk 6), waarin met name de selectie van de grondrechten die voor toetsing in aanmerking dienen te komen, wordt gemotiveerd.

Opheffing van het toetsingsverbod voor de rechter, met de gelijktijdige beperking van die bevoegdheid tot een omschreven aantal klassieke dan wel daaraan gelijk te stellen grondrechten, leidt naar het oordeel van ondergetekende tot de verantwoorde uitbreiding van de individuele rechtsbescherming van de burger tegenover de overheid.

1. Het verloop van de discussie over het toetsingsverbod

1.1. Inleiding

Weliswaar was Thorbecke een uitgesproken tegenstander van het toetsingsverbod, de voorstanders waren de afgelopen anderhalve eeuw rijker in aantal. Thorbecke hanteerde het zogenaamde constitutionele argument. Hij oordeelde dat bij gebreke aan de mogelijkheid wetten aan de Grondwet te toetsen, de Grondwet aan juridische kracht zou verliezen: deze «houdt op Grondwet te zijn».

Voorstanders van het toetsingsverbod stelden daar tegenover dat de wetgever als democratisch gelegitimeerde institutie souverain behoort te zijn in het maken van formele wetten. Dit wordt het democratische argument genoemd. De belangrijkste vooronderstelling is dat als een wettelijke bepaling *en detail* afwijkt van de Grondwet, hierover in het parlement een uitgebreide discussie heeft plaatsgevonden, die door de rechter te allen tijde dient te worden gerespecteerd. Inhoudelijk is deze vooronderstelling verbonden met het argument dat het in ons staatsrechtelijk bestel niet past dat de rechterlijke macht de wetgevende macht achteraf op de vingers tikt. Dit zou afbreuk doen aan de triasgedachte (het trias-politica argument). Voorstanders zetten daarnaast ook het rechtszekerheidsargument in tegen opheffing van het toetsingsverbod: de mogelijkheid dat de rechter een door de wetgever vastgestelde wet terzijde kan schuiven, zou de rechtszekerheid van burgers ondermijnen¹.

Tot het midden van de twintigste eeuw bestond er een impasse in de discussie over het toetsingsverbod, doordat de voorstanders ervan zich overheersend wisten op de tegenstanders.

In 1953 is echter in de Grondwet de verplichting voor de rechter opgenomen om wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten als deze niet verenigbaar zijn met de, een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties (oorspronkelijk artikel 65, nu artikel 94). Op initiatief van de Tweede Kamer, die daartoe het amendement Serrarens² aannam, is toen aanvaard dat het beginsel van de onschendbaarheid der wetten uitsluitend betrekking had op de verhouding tussen wet en Grondwet en niet op die tussen wet en verdrag. Dit was overigens tegen de zin van de regering, die de kwestie van de toetsing aan verdragen «nog niet rijp achtte» voor de Grondwetgever³ en wilde overlaten aan de rechtsontwikkeling. Het debat destijds in het parlement concentreerde zich vooral op het democratische argument (het primaat van de wetgever) tegenover het argument van internationale rechtszekerheid. Voorstanders van verdragstoetsing door de rechter

¹ A. H. M. Dölle en J. W. M. Engels, Constitutionele rechtspraak, Groningen, 1989.

² Bijl. Hand. II 1951/52, 2374, nr. 17. Overigens kwam de eis dat sprake moet zijn van «een ieder verbindende bepalingen» niet voor in de aanvankelijke bepaling. Deze eis werd in 1956 op voorstel van de regering toegevoegd, zie Bijl. Hand. 1955/56, 4133 (R 19), nr. 3.

³ MvT, 1951/1952, 2374, nr 3, p. 4.

vonden dat de rechtszekerheid niet was gediend met nationaal recht waardoor bescherming tegen schendingen van internationale verdragen zou worden afgesneden. Het amendement werd in de Tweede Kamer aangenomen met 46 tegen 40 stemmen¹.

Logischerwijs zorgde aanvaarding van het amendement voor verdragstoetsing voor een ketenreactie, doordat het toetsingsverbod in een ander daglicht kwam te staan. Vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw ontstond een rechtsgeleerd debat over de onevenwichtigheid dat rechterlijke bescherming wel is gegeven voor de grondrechten die zijn neergelegd in verdragen, maar niet kan worden geboden voor de (klassieke) grondrechten uit de eigen Grondwet². Een nieuw argument vóór de rechterlijke toetsingsbevoegdheid zag het licht: het verdragsargument.

1.2. De aanloop naar de Grondwetsherziening van 1983

Bij de grondwetsherziening van 1983 is het toetsingsverbod bestendigd in het huidige artikel 120. Dit is vooraf gegaan door uitgebreid debat, beginnend bij de *Proeve van een nieuwe Grondwet* uit 1966³. Daarin werd constitutionele toetsing aan de klassieke grondrechten voorgesteld⁴. Het voorgestelde artikel 78 van de Proeve luidde aldus:

1. De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen;

2. Wettelijke voorschriften vinden, behoudens het bepaalde van artikel 73⁵, geen toepassing indien deze toepassing niet verenigbaar is met de bepalingen van hoofdstuk 1.

Volgens dit voorstel zou de rechter de betreffende wet buiten toepassing dienen te laten bij constatering van een schending van een van de bepalingen van hoofdstuk 1 van de Grondwet. De opstellers van de Proeve beargumenteerden het voorstel onder verwijzing naar de inwerkingtreding van het Verdrag van Rome. Zij constateerden dat de grondrechten in onze Grondwet een verdergaande en aanvullende betekenis hebben dan de rechtstreeks werkende verdragsrechtelijke grondrechten. Het kwam de opstellers ongerijmd voor dat de rechterlijke bescherming zich niet zou uitstreken over het meerdere dat de eigen grondrechten te bieden hebben, terwijl die bescherming ten aanzien van de verdragsrechten wel wordt geboden. Burgers dienden ook de bijzondere bescherming van de Grondwettelijke grondrechten te kennen.

Wel maakten de opstellers van de Proeve bij de introductie van de toetsingsbevoegdheid een onderscheid tussen de in de Grondwet neergelegde grondrechten en de overige grondwettelijke bepalingen. Men achtte de algemene regel dat de wetten onschendbaar zijn namelijk van onverminderd belang. In algemene zin bleef het toetsingsverbod dan ook van kracht. Omwille van de rechtsbescherming van burgers, ook in internationaal opzicht, werd voor de klassieke grondrechten een uitzondering gemaakt. Men had daarmee voor ogen dat de rechter de bevoegdheid zou hebben de betreffende wet in een concreet geval buiten toepassing te laten, wanneer deze in botsing zou komen met een klassiek grondrecht. In hun ogen bewerkstelligde deze opzet «een juist evenwicht tussen de staatsorganen»⁶.

In 1969 verscheen het *Tweede Rapport* van de «Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet», de commissie Cals/Donner⁷. Deze Commissie beoordeelde de, in de Proeve voorgestelde gedeeltelijke opheffing van het toetsingsverbod als één van de meest verstrekkende wijzigingsvoorstellen van de Proeve.

De Commissie signaleerde eerst een aantal bezwaren tegen de invoering van constitutionele toetsing. Men wees erop dat constitutionele toetsing soms dwingt tot beslissingen van politieke aard, waartoe uiteindelijk de Staten-Generaal meer dan de rechter gekwalificeerd is. Ook werd erop gewezen dat formele wetten en verdragen, anders dan lagere regelgeving,

¹ Zie J. F. M. Duynstee, *Grondwetsherziening 1953*, artikel 65 en artikel 66, tweede zin.

² Zie bijvoorbeeld *Proeve van een nieuwe Grondwet* (1966) en het Tweede rapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet, 1969 (hierna: het Tweede rapport van de Staatscommissie).

³ Bij de behandeling van de wetsvoorstellen die tot de grondwetswijziging van 1963 hadden geleid, was door de Staten-Generaal kritiek geuit op de Grondwet, die op verschillende punten niet meer bij de tijd zou zijn. In 1963 werd een nieuwe afdeling van het ministerie van Binnenlandse zaken, de afdeling grondwetszaken, belast met de opdracht om, in overleg met een werkgroep van niet-ambtelijke staatsrechtdeskundigen (waarvan ook A.M. Donner deel uitmaakte, de latere voorzitter van de Staatscommissie Cals/Donner), advies uit te brengen over de vraag naar de wenselijkheid van veranderingen in de Grondwet. Dit advies zou een gedachtenwisseling ter zake dienen te stimuleren. Het advies werd gegoten in de vorm van een concept van een nieuwe Grondwet en uitgebracht onder de naam *Proeve van een nieuwe Grondwet*. Zie de Proeve, pagina 21–23.

⁴ De Proeve kende alleen klassieke grondrechten, opgenomen in hoofdstuk 1.

⁵ Artikel 73 van de Proeve regelde dat bij wet de afkondiging van een zogenaamde uitzonderingssituatie kon worden geregeld, hetgeen onder meer tot gevolg kon hebben dat van bepalingen van hoofdstuk 1, waarin de grondrechten waren neergelegd, kon worden afgeweken.

⁶ De Proeve, p. 180.

⁷ Deze Commissie bestond uit J. M. L. Th. Cals (voorzitter), A. M. Donner (voorzitter) en 15 leden, te weten M. Albrecht, N. Cramer, H. Daudt, A. Fortanier-De Wit, J. P. A. Gruijters, J. van der Hoeven, H. J. M. Jeukens, J. M. Kan, D. H. M. Meuwissen, J. W. de Pous, J. H. Prins, Y. Scholten, D. Simons, A. J. Verbrugh en H. B. J. Witte.

tot stand komen in samenwerking tussen de Staten-Generaal en de regering. Formele wetten en lagere regelgeving verschillen aldus wezenlijk van karakter. De Commissie vond dat, alhoewel ons constitutionele recht voorziet in een toetsingsbevoegdheid ten aanzien van die lagere regelgeving, dit niet zonder meer een argument is om ook formele wetten toetsbaar te maken. Totstandkoming van formele wetten vergt immers een zwaardere procedure, die met meer waarborgen is omkleed, waardoor ongrondwettige wetgeving kan worden voorkomen.

Voor de tegenstanders van de toetsingsbevoegdheid in de Commissie¹ woog het politieke element in rechterlijke toetsingsbeslissingen zwaar. Zij achtten het gevaar niet denkbeeldig dat de rechter ook in individuele zaken politieke vragen zou moeten beantwoorden. Dit zou tot gevolg kunnen hebben dat de benoeming van rechters onder partijpolitieke druk komt te staan. Het zogenaamde verdragsargument overtuigde deze leden niet omdat zij de toetsing aan internationale verdragen, die bedoeld zijn om in uiteenlopende rechtstelsels een minimumniveau van rechtsbescherming te garanderen, van een geheel ander karakter achten dan de in de Grondwet neergelegde grondrechten. Het scheppen van een constitutionele toetsingsbevoegdheid beschouwden deze leden onvoldoende verantwoord, ook nu het verleden niet had uitgewezen dat het ontbreken van die bevoegdheid een leemte veroorzaakte².

Na nauwgezette afweging kwam een meerderheid van de Commissie (11 tegen 6) echter tot de conclusie dat de voordelen zwaarder wegen dan de nadelen. Voor deze meerderheid stond voorop dat de burger zoveel mogelijk in zijn vrijheid dient te worden beschermd. Aangezien juist de klassieke grondrechten de vrijheidssfeer van de burger tegenover de overheid waarborgen, beschouwden deze leden de invoering van rechterlijke toetsingsbevoegdheid als effectief en gerechtvaardigd. Zij oordeelden dat door het algemene karakter van een wettelijke regeling, de wetgever geen of onvoldoende rekening kan houden met de uitwerking ervan in een concreet geval. De rechter bevindt zich daarentegen bij uitstek in de positie om de toepassing van een wet *in concreto* op zijn grondwettelijke merites te kunnen beoordelen. Waar een wet in zijn uitwerking aan de burgerlijke vrijheden tegenover de staat onvoldoende recht doet, dient de rechter in te kunnen grijpen, aldus de meerderheid van de Commissie. Daarbij komt, en ook dat pleit voor uitbreiding, dat de toetsingsbevoegdheid van lagere regelgeving had bewezen een effectief instrument in individuele rechtsbescherming te zijn. Tot slot wees de (meerderheid van de) Commissie op het verdragsargument. Nu de onschendbaarheid van wetten *de facto* was doorbroken door de rechtstreekse werking van het Verdrag van Rome, is het grondwettelijke toetsingsverbod een anomalie geworden die uit het staatsrechtelijke systeem zou moeten worden verwijderd³.

De (meerderheid van de) Commissie kwam tot de aanbeveling om het toetsingsverbod op te heffen als de klassieke grondrechten in het geding zijn, overeenkomstig het voorstel in de Proeve. Evenals de opstellers van de Proeve maakte de Commissie Cals/Donner een onderscheid tussen de grondrechten en de overige grondwettelijke bepalingen bij de beoordeling van de wenselijkheid van constitutionele toetsing. Anders dan bij de overige grondwettelijke bepalingen, komt de rechter bij toetsing van de klassieke grondrechten namelijk niet in het vaarwater van de staatsorganisatie terecht, noch doorkruist deze het primaat van de wetgever. De Commissie benadrukte daarbij dat zij de toetsingsbevoegdheid toespitst op de klassieke grondrechten en de sociale grondrechten buiten beschouwing laat. Aangezien beide categorieën grondrechten een geheel andere juridische en politieke betekenis hebben, zou rechterlijke toetsingsbevoegdheid van sociale grondrechten geheel andere implicaties hebben voor de wetgever en voor burgers.

¹ Ingenomen door de leden Fortanier-De Wit, Donner, Van der Hoeven, Kan, Scholten en Witte.

² Zie het Tweede rapport van de Staatscommissie, p. 39 en 40.

³ De leden van deze meerderheid wegen de genoemde voor- en nadelen overigens niet gelijk af. Zie het Tweede rapport van de Staatscommissie, p. 38.

In de aanloop naar de grondwetsherziening van 1983 schaarden de achter-eenvolgende kabinetten (De Jong en Den Uyl) zich achter het minderheidsstandpunt van de Commissie Cals/Donner¹. Naast de door de commissie-minderheid aangevoerde argumenten, worden daarbij onder andere genoemd de mogelijkheid van langslepende rechtsonzekerheid, van uiteenlopende interpretaties over de grondwettelijkheid van wetten door verschillende hoogste rechterlijke colleges en van vertraging en verzwaring van rechtsprocedures. Het rechtszekerheidsargument kan ook worden teruggevonden in het tweede advies van de Hoge Raad aan de regering, naar aanleiding van het rapport van de Commissie Cals/Donner². Bij de mondelinge behandeling van dit onderwerp in het kader van de grondwetsherziening van 1983 werd door de regering aan de bezwaren toegevoegd dat het wetgevingsproces voldoende instrumenten bevat om te voorkomen dat ongrondwettige wetgeving het licht ziet. Instrumenten die genoemd werden zijn de ambtelijke voorbereiding en de controle van de bewindslieden op het wetsvoorstel, de advisering door de Raad van State, de behandeling door het parlement en de inbreng op het wetsvoorstel van maatschappelijke zijde.

In de aanloop naar de grondwetsherziening van 1983 is, met name halverwege de jaren '70 in het parlement verschillende keren mondeling en schriftelijk met de regering van gedachten gewisseld over rechterlijke toetsing. De politieke partijen waren verdeeld. Hoewel men gevoelig bleek voor het argument dat de bescherming van de vrijheidssfeer van de burger voorop dient te staan, accepteerde men in beide Kamers der Staten Generaal toch uiteindelijk in meerderheid de besteding van het bestaande stelsel. Amendementen of moties vóór invoering van een rechterlijk toetsingsrecht werden niet ingediend³.

1.3. *Het Harmonisatiewet-arrest als keerpunt in de discussie*⁴

Na de grondwetsherziening van 1983 bleef in de politiek en onder juristen de vraag leven of de nieuwe formulering van het toetsingsverbod betekende dat het de rechter wel was toegestaan de wet te toetsen aan fundamentele rechtsbeginselen. Immers, waar het de rechter duidelijk was verboden om de verenigbaarheid van wetten met de Grondwet te toetsen, was niet vanzelfsprekend het toetsen van wetten aan ongeschreven fundamentele beginselen uitgesloten. Onduidelijk bleef of een wet bijvoorbeeld mocht worden getoetst aan de, niet in de Grondwet opgenomen, beginselen van rechtszekerheid of vertrouwen. Ook was er verschil van mening of het een rechter was toegestaan om bij geconstateerde strijdigheid met deze beginselen, hieraan gevolgen te verbinden. De gekozen formulering van het nieuwe artikel 120 van de Grondwet, waarin wordt gesproken van de «grondwettigheid der wetten», gaf daarover onvoldoende uitsluitsel.

Met het Harmonisatiewet-arrest kwam een voorlopig einde aan deze discussie. In dit arrest kwam de Hoge Raad tot het oordeel dat artikel 120 van de Grondwet toetsing van de wet aan elke hogere nationale regeling verbiedt, waaronder ook de toetsing aan algemene rechtsbeginselen diende te worden begrepen. Interessant is evenwel dat de Hoge Raad er blijk van gaf zich te realiseren dat de rechtsontwikkeling zich sinds 1983 zodanig heeft ontwikkeld dat de argumenten voor een beperkte opheffing van het toetsingsverbod aan belang hadden gewonnen. De Hoge Raad noemde het toegenomen belang van de rechterlijke toetsing van wetten aan verdragen door het groter wordende beroep op internationale bepalingen ter bescherming van de mensenrechten tegen de overheid. Ook wees de Hoge Raad op de ontwikkeling van de zogenaamde *contra-legem* jurisprudentie: als strikte toepassing van de wet te zeer tegen fundamentele rechtsbeginselen

¹ Zie de Nota betreffende het beleid inzake Grondwet en Kieswet van het kabinet De Jong van 24 november 1969, Bijl. Hand. II 1969–1970, 9181, nr 13 en de Nota inzake het grondwetsherzieningsbeleid van het kabinet Den Uyl, Bijl. Hand. II 1972–1973, 12 944, nr. 2, en de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel 1975/1976, 13 872, p. 13–14.

² Advies van de Hoge Raad naar aanleiding van het Tweede Rapport van de Commissie Cals/Donner, in *Adviezen van politieke en maatschappelijke organen*, 's-Gravenhage 1970. De Hoge Raad noemt het voorstel «onwenselijk», daar waar hij eerder, in een reactie op de Proeve, nog sprak van een «aanvaardbaar stelsel», zie *Adviezen van politieke en maatschappelijke organen*, 's-Gravenhage, 1969. Ook de Raad van State kan zich vinden in het regeringsstandpunt.

³ Daarbij zij aangetekend dat PvdA, KVP, ARP en GPV meer twijfels hadden bij de juistheid van het regeringsstandpunt dan VVD, CHU en PPR. Voor een uitgebreidere weergave van de diverse standpunten en parlementaire behandeling zie M.L.P. van Houten, *Meer zicht op wetgeving, Rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Grondwet en fundamentele rechtsbeginselen*, Zwolle 1997, p. 140 e.v..

⁴ HR 14 april 1989, NJ 469.

indruist in het concrete geval, blijft toepassing in dat geval achterwege¹. Tot slot wees de Hoge Raad er op dat de veronderstelling die aan het toetsingsverbod ten grondslag ligt – namelijk dat de parlementaire procedure voor het tot stand brengen van wetten voldoende waarborg biedt voor hun rechtsgehalte – niet meer per definitie opgaat. De Hoge Raad verwees in dat verband naar literatuur waarin de ontwikkeling van het parlementaire stelsel in monistische richting, en de daarmee gepaard gaande toenemende invloed van de uitvoerende macht op de totstandkoming van wetten, wordt beschreven.

Tegenover het voorgaande stelde de Hoge Raad echter dat, gelet op de parlementaire geschiedenis, bij de grondwetswijziging van 1983 de argumenten voor de afschaffing dan wel beperking van het toetsingsverbod door de wetgever onder ogen zijn gezien, en kennelijk te licht waren bevonden. De Hoge Raad kwam daarom tot de conclusie dat hij de hem gestelde grenzen zou overschrijden door bevestigend te antwoorden op de vraag of aan rechtsbeginselen mag worden getoetst.

Hoewel de Hoge Raad er in het Harmonisatiewet-arrest expliciet voor koos om de rechtsvormende taak aan de wetgever over te laten, gaf hij met zijn weergave van de ontwikkeling in de rechtsopvattingen aan diezelfde wetgever een duidelijk signaal af de wet te heroverwegen. Na, in eerdere adviezen aan de regering over de wenselijkheid van de afschaffing van toetsingsverbod telkens tot een negatief advies te zijn gekomen, lijkt het Harmonisatiewet-arrest er op te wijzen dat de Hoge Raad «om» is. In de jaren daarna bleek dit inderdaad het geval te zijn.

1.4. Regeringsinitiatieven in de jaren 1990

Het Harmonisatiewet-arrest blies de discussie over het toetsingsverbod in rechtsgeleerde kring en in de nationale politiek nieuw leven in. Ook de regering bleek het signaal van de Hoge Raad op te pakken. In 1989 kondigde de toenmalige regering bij haar aantreden aan de Tweede Kamer een notitie te zenden over de wenselijkheid van constitutionele toetsing. In februari 1991 kwam de regering met een voorlopig standpunt in de *Nota inzake rechterlijke toetsing* dat zij voor advies voorlegde aan de Raad van State, de Hoge Raad en diens procureur-generaal, en aan verschillende rechtsgeleerden². De vraag die in deze nota centraal stond was niet langer of er een vorm van constitutionele toetsing moest worden ingevoerd maar op welke wijze deze gestalte zou moeten krijgen. Meer in het bijzonder ging het de regering om de omvang van de toetsingsbevoegdheid en de tot toetsing bevoegde rechterlijke instanties. De voorkeur van de regering leek uit te gaan naar de toevoeging van een tweede lid aan artikel 120 van de Grondwet, waarin wordt bepaald dat een wet buiten toepassing blijft als dit in strijd is met een ieder verbindende bepalingen van de Grondwet. De regering stond voor ogen dat iedere rechter die zou overwegen een wet buiten toepassing te laten op grond van het bepaalde in dit lid, een prejudiciële vraag zou dienen voor te leggen aan de Hoge Raad.

De Hoge Raad en de procureur-generaal brachten bij monde van mr. J. Remmelink een gezamenlijk advies uit³. Daarin werd de regering geadviseerd het toetsingsverbod op te heffen voor een aantal uitdrukkelijk op te sommen, overwegend klassieke grondrechten. In de hem toebedachte exclusieve positie als prejudiciële instantie zag de Hoge Raad echter niets. Hij stelde voor om de toetsing, net zoals bij de toetsing aan verdragen, over te laten aan iedere individuele rechter die daartoe wordt geroepen: de gespreide of diffuse toetsing. De Hoge Raad functioneert dan als hoogste appèlinstantie (ook in bestuursrechtelijke geschillen). De overige, gevraagde en ongevraagde adviezen die in 1991 en 1992 aan de regering ter zake werden uitgebracht, waren grotendeels van gelijke strekking⁴. Over het algemeen werd aangenomen dat het voorstel van de rege-

¹ De toepassing van de wet, de uitwerking dus in een concreet geval – en niet de wet zelf – wordt aan het betreffende beginsel getoetst, hetgeen leidt tot het buiten toepassing laten van die wet in dat geval. Dit is dus geen zuivere toetsing van de wet zelf en wordt als zodanig in de jurisprudentie niet in strijd met artikel 120 van de Grondwet geacht.

² Zie NJCM-bulletin, jrg 17 (1992), nr. 3, p. 233 – 307 en Handelingen NJV 1992-I, pre-adviezen van prof. mr. L. Prakke, mr. T. Koopmans en mr. J.M. Barendrecht, *Toetsing*, Zwolle 1992.

³ Advies van 31 oktober 1991 in NJCM-bulletin jrg. 7 (1992), p. 243–257..

⁴ De Nederlandse Juristen Vereniging wijdde aan het onderwerp in 1992 haar jaarvergadering, zie Handelingen NJV, 122e jaargang/1992, waarin de preadviezen van prof. mr. L. Prakke, mr. T. Koopmans en mr. J. M. Barendrecht, a.w..

ring tot (beperkte) opheffing van het toetsingsverbod past in de rechtsontwikkeling en terecht de al eerder gesignaleerde anomalie met de toetsingsplicht van de rechter aan verdragen (artikel 94 van de Grondwet) opheft. Verschillen van inzicht concentreerden zich met name op de, ook door de regering in haar nota opgeworpen vragen. De verschillen van inzicht leidden er ten slotte toe dat de regering van het indienen van een wijzigingswet afzag en, opnieuw, besloot de rechtsontwikkeling haar beloop te laten.

De geschiedenis herhaalde zich bij het aantreden van het kabinet Lubbers-III. De regering kondigde aan het onderwerp opnieuw te willen onderzoeken en vroeg opnieuw advies aan onder andere de Hoge Raad en de Raad van State. Maar ook dit kabinet kon niet tot een standpunt komen en in 1994 meldt de regering dat de discussie van de baan is.

Ook in 1997 was het onderwerp weer aan de orde en vroeg het kabinet om advies aan de Hoge Raad¹. Een kabinetsstandpunt bleef echter weer uit. De Commissie *Grondrechten in het digitale tijdperk* zette in 2000 het onderwerp opnieuw op de agenda.

2. Rechtsvergelijking

2.1. Inleiding

Een korte blik over de landsgrenzen leert dat Nederland op dit moment nagenoeg het enige land is in West-Europa dat een totaalverbod kent op constitutionele toetsing. Vrijwel alle ons omringende landen kennen inmiddels constitutionele rechtspraak in één of andere vorm². Er zijn landen waar de grondwet zwijgt over constitutionele toetsing, maar waar zich in de doctrine en de jurisprudentie toch een vorm van constitutionele rechtspraak heeft ontwikkeld (bijvoorbeeld Noorwegen en Denemarken). Ook zijn er landen die een meer of minder verstrekkende toetsingsplicht grondwettelijk hebben vastgelegd, meestal opgedragen aan de hoogste rechter (bijvoorbeeld Ierland en Zweden). Daarnaast is er een aantal landen dat een speciaal daartoe aangewezen gerecht heeft belast met de grondwettelijke toetsing. De omvang van de toetsing kan verschillen, net als de wijze waarop wordt getoetst (preventief, vooraf en abstract, of repressief en achteraf) of de selectie van degenen die zich tot het constitutionele gerecht mogen richten (iedere burger, een lagere rechter of alleen het parlement). Maar in al deze landen (bijvoorbeeld Frankrijk, Duitsland, Spanje, Oostenrijk en België) kan een wet door de rechter vanwege strijdigheid met de grondwet worden gepasseerd.

Dölle en Engels³ schrijven de diversiteit in constitutionele toetsing toe aan een aantal factoren. Landen die een uitgebreide en zwaarwegende variant van toetsing kennen, delen dikwijls een federale of semi-federale opbouw van de staat, een turbulent staatkundig verleden en een grondwet die pas na de 19e-eeuwse verheerlijking van de wet en van de rechter als mechanische wetstoepasser (*«la bouche de la loi»*), tot stand is gekomen. In eenheidsstaten met een lang en relatief rustig staatkundig verleden is de traditie van grondwettelijke toetsing of in lichtere mate aanwezig of zelfs afwezig, zoals in Nederland.

Internationaal wordt wel grofweg een onderscheid gemaakt tussen het Europese en het Amerikaanse systeem van constitutionele toetsing. Het meest in het oog springende verschil zou het Constitutionele Hof in het Europese systeem zijn dat de exclusieve bevoegdheid heeft wetten aan de grondwet te toetsen, terwijl het oordeel over de grondwettigheid van formele wetten in het Amerikaanse systeem tot de discretie van iedere rechter behoort. Dat dit onderscheid niet zuiver is, blijkt wel uit de hierboven weergegeven diversiteit van Europese toetsingsmodellen. Ook in een aantal Europese landen is het oordeel over de grondwettigheid van wetten aan de rechter in de gewone rechtsgang toegekend⁴, terwijl in

¹ Advies van de Hoge Raad van 11 november 1997. De Hoge Raad is van oordeel dat de situatie sinds zijn advies van 31 oktober 1991 niet is veranderd en blijft bij de uitkomsten van dat advies.

² Naast Nederland is Finland het enige land dat constitutionele toetsing exclusief aan de wetgever opdraagt. Zie A. H. M. Dölle en J. W. M. Engels, *Constitutionele rechtspraak*, Groningen, 1989.

³ A. H. M. Dölle en J. W. M. Engels, a.w..

⁴ Genoemd kunnen worden Noorwegen, Zweden, Denemarken, IJsland en Griekenland.

andere Europese landen een mengvorm bestaat van geconcentreerde toetsing bij een apart Hof en gespreide toetsing door lagere rechters¹. In die Europese landen waar een Constitutioneel Hof opereert, worden de leden van dat hof over het algemeen door politieke instituties gekozen en benoemd, wat vaak betekent dat de samenstelling van het Hof politiek gekleurd is. De benoeming van rechters en officieren van justitie in de Verenigde Staten is ook een politieke aangelegenheid, waardoor het onderscheid tussen het Europese en het Amerikaanse systeem verder aan helderheid inboet.

Alle Europese landen die constitutionele toetsing in enigerlei vorm kennen blijven niet verschoond van de meer of minder fundamentele discussie over de verhouding tussen de rechter en de politiek (of democratie), zoals die ook het debat over de rechterlijke toetsing in ons land sinds lang domineert. Het uitgangspunt in die landen is echter niet de vraag naar de wenselijkheid van beperking, of zelfs afschaffing van constitutionele toetsing. Veeleer ligt de nadruk op de gerechtvaardigde vraag naar de wenselijke vormgeving van die toetsing in een evenwichtig systeem van *checks and balances*.

2.2. Duitsland

In Duitsland is één van de meest duidelijke varianten van geconcentreerde constitutionele toetsing te vinden, opgedragen aan het *Bundesverfassungsgericht*. De rechter is verplicht wettelijke bepalingen van federaal of deelstaatsrecht toe te passen in overeenstemming met de grondwet, de *Verfassung*. Als hij in een concreet geschil stuit op mogelijke grondwetschending, dient hij om het oordeel van het *Bundesverfassungsgericht* te verzoeken. Bij wege van deze prejudiciële procedure wordt de lopende rechtsgang onderbroken. Als er sprake lijkt van een schending van grondrechten door de overheid in een concreet geval bestaat er ook voor burgers de mogelijkheid om rechtstreeks het oordeel van het *Bundesverfassungsgericht* in te roepen². Tot slot hebben ook staatsorganen de mogelijkheid om bij interpretatiegeschillen over grondwettelijke bepalingen deze voor te leggen aan dit gerecht.

Behalve deze vormen van grondwetstoetsing, is aan het *Bundesverfassungsgericht* ook de taak opgedragen om de verenigbaarheid van het bondsrecht en het deelstaatsrecht met de grondwet, los van een concreet geschil, te beoordelen. Deze abstracte toetsing kan worden ingeroepen door burgers (de «*Popularklage*») en door (een deel van) een staatsorgaan zoals de Bondsregering, een deelstaatsregering, een aantal parlementsleden gezamenlijk (een derde deel) of een gemeente (de «*Parteiklage*»)³. Als het *Bundesverfassungsgericht* in alle bovengenoemde gevallen strijdigheid met de grondwet constateert dan is het bevoegd de betreffende wet te vernietigen. Dit oordeel is voor een ieder, dus ook voor de wetgever, bindend.

2.3. Frankrijk

Frankrijk kent sinds 1958 (de totstandkoming van de vijfde republiek) de *Conseil Constitutionnel*. Met de oprichting daarvan is gebroken met een lange traditie, die teruggaat tot de Franse revolutie, waarin voor rechterlijke constitutionele toetsing geen plaats was. Deze traditie wortelde in de, nog niet geheel verstomde opvatting van de rechter als «*la bouche de la loi*». Van oudsher bestond, en bestaat er nog altijd, de angst dat toetsing de rechter op de stoel van de wetgever zou plaatsen («*gouvernement des juges*»).

In de Constitutie van 4 oktober 1958 is een toetsingsstelsel gecreëerd dat is getekend door de historische omstandigheden⁴. Slechts een beperkte vorm van grondwettelijke toetsing werd verantwoord geacht ter bescherming van de scheiding tussen parlement en regering. Het Franse

¹ Bijvoorbeeld Zweden, dat een aparte instantie kent voor de preventieve toetsing, en de repressieve toetsing overlaat aan iedere rechter.

² Deze vorm van concrete toetsing wordt ingeleid door een «*Verfassungsbeschwerde*».

³ A. H. M. Dölle en J. W. M. Engels, a.w., p. 33.

⁴ J. H. Reestman, *Constitutionele toetsing in Frankrijk*, Nijmegen 1996.

toetsingsmodel is preventief (en dus abstract) en geconcentreerd bij de *Conseil constitutionnel*. De *Conseil* heeft de bevoegdheid om (formele) wetten op hun grondwettigheid te beoordelen maar doet dit preventief: vòòr dat de wet in kwestie wordt uitgevaardigd door de regering en vòòr dat deze verbindende kracht krijgt. Eenmaal uitgevaardigde wetten zijn voor iedereen, dus ook voor de rechter, onaantastbaar. De *Conseil* kan slechts door politieke organen, namelijk door de president, de eerste minister, de voorzitters van beide kamers van het parlement en – sinds 1974 – door een minimumaantal van 60 afgevaardigden of senatoren van de *Assemblée*, worden geactiveerd. Ondanks deze beperkingen, is het bereik van de constitutionele toetsing, als een gevolg van het gepolariseerde Franse politieke klimaat en het gebruik dat parlementariërs hiervan maken, sterk toegenomen. Vrijwel ieder omstreden wetsvoorstel van de regering dat door haar parlementaire meerderheid is aanvaard, wordt door de gebundelde oppositie aan de *Conseil* ter toetsing voorgelegd. Deze rol als scheidsrechter tussen de parlementaire meerder- en minderheid heeft aan het werk van de *Conseil* onmiskenbaar politieke lading gegeven. Het behoeft dan ook weinig verbazing te wekken dat nu in Frankrijk de discussie wordt gevoerd of de *Conseil* als rechter of als politiek orgaan moet worden aangemerkt.

Ongetwijfeld vervult de *Conseil* een politieke rol in het Franse bestel. Zijn werkwijze, ingebed in de totstandkomingsprocedure van formele wetgeving, draagt daar aan bij. Toch heeft de *Conseil* in zijn toetsende arbeid een beduidend andere rol dan de wetgever. Hij dient slechts de grondwettigheid, en niet bijvoorbeeld de wenselijkheid, van wetten te beoordelen en houdt zich in zoverre slechts met rechtsvragen bezig. Door de benoemingsprocedure is de samenstelling van de *Conseil* echter in elk geval politiek gekleurd. Deze voorziet namelijk in een drietal benoemingsgerechtigden, alle politieke organen, die volledige discretie hebben ten aanzien van de door hen te benoemen leden, en daarnaast in het lidmaatschap van rechtswege van de oud-presidenten van de republiek¹.

2.4. Scandinavië

In Zweden is men bij de grondwetsherziening in de jaren zeventig van de vorige eeuw overgegaan tot codificatie van het in de rechtspraak erkende principe dat toetsing van de wet aan de grondwet tot de mogelijkheid dient te behoren². Uitgangspunt in de Zweedse wetgeving is dat bepalingen die strijdig zijn met een hogere regeling (waar onder derhalve ook de grondwet) voor die hogere regeling dienen te wijken en buiten toepassing dienen te blijven. Als het echter wetten of regeringsverordeningen betreffen, kan buiten-toepassing-verklaring slechts volgen als de inbreuk «*obvious and apparent*» is³. Deze beperkte vorm van constitutionele toetsing is het resultaat van een compromis tussen de verdedigers van het primaat van de democratisch gekozen wetgever en degenen die individuele rechtsbescherming van de burger voorop wensten te stellen en daartoe de rechter optimaal wensten toe te rusten. De Zweedse rechtspraak heeft uitgewezen met deze enigszins open norm goed uit te voeren te kunnen⁴.

Noorwegen en Denemarken kennen beiden rechterlijke toetsingsbevoegdheid op basis van het ongeschreven recht dat zich in de jurisprudentie heeft ontwikkeld en intussen stevige wortels in het staatsbestel heeft. De rechter heeft zich de bevoegdheid in deze landen zelf toegedicht want de grondwet zwijgt erover. De toetsing is gespreid (iedere gewone rechter komt de bevoegdheid toe) en concreet (alleen toetsing in voorliggende geschillen). Toetsing kan zowel op formele gronden (de totstandkoming van wetten bijvoorbeeld) plaatsvinden, maar ook op materiële gronden. Denemarken is daarin iets behoudender dan Noorwegen en beperkt de bevoegdheid van de rechter om een wet of de toepassing daarvan, niet constitutioneel te verklaren tot die gevallen waarin sprake is

¹ Zie voor meer over het Franse stelsel het in noot 32 genoemde proefschrift van Reestman.

² Zweden kent geen grondwet in de eigenlijke zin van het woord, doch drie zogenaamde «fundamentele wetten» (Grundlag) die hier gemakshalve met grondwet worden aangeduid, omdat aan deze Grundlag de status toekomt van een constitutie.

³ Hoofdstuk 11, artikel 14 van de Regeringsform (Instrument of Government), een van de drie fundamentele wetten.

⁴ Zweden kent naast de hier weergegeven vorm van repressieve toetsing, ook nog een vorm van preventieve toetsing. Daartoe is een speciale juridische raad in het leven geroepen die uit rechters van de hoogste rechtscolleges bestaat en die door de regering of het parlement om advies kan (en in sommige gevallen moet) worden gevraagd.

van grove fouten in de totstandkoming van die wet, of van manifeste schending van de grondwet.¹

2.5. De Verenigde Staten

In het Amerikaanse constitutionele bestel is de «judicial review», de toetsing door de rechter van wetgeving aan de Constitutie, een essentieel en dragend onderdeel. Bij gebleken strijdigheid met de Constitutie kan de rechter de betreffende wet ongrondwettig verklaren. Deze bevoegdheid komt iedere federale rechter toe, maar het *Supreme Court* heeft het laatste woord. Gegeven de belangrijke plaats die de constitutionele toetsing in het bestel van de Verenigde Staten inneemt, is het verbazingwekkend dat de Amerikaanse Constitutie niet expliciet in deze mogelijkheid voorziet². Het *Supreme Court* heeft zich deze bevoegdheid aangemeten door interpretatie van de Constitutie in de belangwekkende uitspraak *Marbury vs Madison* (1803). Sindsdien is constitutionele toetsing niet meer weg te denken uit het Amerikaanse constitutionele systeem en uit de rechterlijke taakopvatting. Het staat voor de bescherming van het primaat van de wil van het volk, en de bescherming tegen inbreuken door de overheid daarop, zoals die is neergelegd in de Constitutie. Hoewel de behoefte aan bescherming tegen een almachtige overheid diep wortelt in de geschiedenis van de Verenigde Staten en haar Constitutie³ is de wijze waarop de Amerikaanse rechter de toetsingsbevoegdheid uitoefent, niet onomstreden. In de loop van de twintigste eeuw heeft het *Supreme Court* in toenemende mate blijk gegeven van grondwettelijk en politiek activisme, wat het functioneren van het instituut van constitutionele toetsing niet ten goede komt⁴. De voorbeelden waarbij het *Supreme Court* stuurt in grote maatschappelijke kwesties (met name ten aanzien van burgerrechten zoals de rassenscheiding en abortus), zijn legio. Dit heeft van velerlei zijde geleid tot het verwijt dat het *Supreme court* aan «*law-making*» of «*policy-making*» doet, een fundamentele inbreuk op het beginsel dat het primaat daartoe bij «*the people*» ligt. Geleidelijk brengt het Hof hiermee zijn bestaansrecht onder vuur, ondanks dat lippendienst wordt bewezen aan de noodzaak van terughoudendheid en er een flink aantal jurisprudentiële criteria zijn ontwikkeld die de uitoefening van de rechterlijke taak beperken. Onmiskenbaar is het *Supreme Court* echter uitgegroeid tot een politieke factor van betekenis. De politieke benoeming van magistraten in de Verenigde Staten is hieraan debet. De politieke kleur van de magistraat bepaalt namelijk mede of hij in een Federaal Hof, dan wel door de President van de Verenigde Staten in het *Supreme Court* wordt benoemd.

3. Naar constitutionele toetsing in Nederland

3.1. In tred met de Europese Unie

Een belangrijk argument voor constitutionele toetsing is gegeven in 1953 met de introductie van (het huidige) artikel 94 in de Grondwet, de mogelijkheid van verdragstoetsing. Sindsdien wordt het voortbestaande verbod op grondwettelijke toetsing door velen als een anomalie in ons staatsrechtelijke systeem beschouwd. De toetsing aan internationale verdragen is de afgelopen decennia bovendien een effectief instrument gebleken ter bescherming van de individuele vrijheidsrechten van de burger tegen de overheid. Dit blijkt ook wel uit de vlucht die de jurisprudentie op het terrein van de grondrechten de laatste decennia heeft genomen. Door het in stand houden van het grondwettelijke toetsingsverbod heeft het internationale recht een centrale positie gekregen in de nationale rechtsontwikkeling van de grond- en mensenrechten. In plaats van de Nederlandse Grondwet is in toenemende mate het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) van belang voor de

¹ A. H. M. Dölle en J. W. M. Engels, a.w., p. 27–29.

² Gesteld wordt wel dat de bevoegdheid ligt besloten in de «supremacy clause» van artikel VI (section 2) in samenhang met artikel III (section 2), zie o.m. J.H. Ferguson, *The American federal government*, p. 458.

³ Zie daarvoor uitgebreid C. M. Zoethout, *Constitutionalisme*, Arnhem 1995, p. 173–251.

⁴ C. M. Zoethout, a.w, p. 216 e.v..

inrichting van onze rechtsorde. Ongewild vermindert daarmee ook het rechtstatelijke belang van de grondwet voor onze samenleving. Witteveen stelt in dit verband zelfs: «Het toetsingsverbod is niet zozeer zelf een anomalie, het maakt de Grondwet tot een anomalie»¹. De rechtsfilosoof Cliteur verwoordde het zo mogelijk nog steviger: «het grondwettelijk recht wordt symbolisch recht of hoogstens een handleiding voor het erfelijk koningschap; een dode letter, grondwettelijk recht dat op een bepaald moment eenvoudigweg geen recht meer is. (...) Een interessante vraag is natuurlijk hoe lang het nog zal duren voordat de grondwet definitief zal wegglijden in vergetelheid. (...) Zij ligt aan het infuus, zieltogend»². Daar waar fundamentele vragen van rechtsbescherming aan de orde zijn, wordt vaker rechtstreeks verwezen naar het EVRM en naar andere verdragen waarin grond- en mensenrechten zijn neergelegd, zoals het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR). De uitleg van de (Europese) mensenrechten door internationale of supranationale organen zoals het EHRM en het Europese Hof van Justitie werkt rechtstreeks door in ons nationale rechtstelsel door overname ervan door de nationale rechter.

In navolging van Witteveen en Cliteur kan gesteld worden dat Thorbecke gelijk heeft gekregen toen hij stelde dat door het toetsingsverbod de Grondwet aan juridische kracht zou inboeten en, daarmee zou ophouden Grondwet te zijn. De beperkte betekenis van de Grondwet in de rechtsontwikkeling doet zich eens te meer voelen nu in de Europese Unie de aandacht zich concentreert op de constitutionele benadering van grondrechten. Het op 7 december 2000 in Nice geproclameerde Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie illustreert dit. Opheffing van het grondwettelijke toetsingsverbod past in de Europese ontwikkeling van vergroting van de rechtsbescherming van de burger, die door de Nederlandse overheid als wenselijk wordt beschouwd. In het bijzonder dient dit te gelden voor de klassieke grondrechten die naar hun aard beogen de burger te beschermen tegen ongeoorloofde inmenging door de overheid. De waarde van onze Grondwet ten opzichte van verdragsgrondrechten mag ook niet gemakkelijk worden onderschat. Het EVRM en andere mensenrechtenverdragen behelzen slechts minimumnormen van rechtsbescherming. Het staat alle verdragsstaten vrij in hun nationale wetgeving méér waarborgen te bieden.

Constitutionele toetsing doet daarbij ook recht aan het vertrouwen in de integriteit van de Nederlandse rechtspraak. Het is moeilijk te rechtvaardigen dat de Nederlandse rechter geen oordeel mag vellen over de grondwettigheid van de eigen wetten terwijl internationaal-rechterlijke colleges met rechters uit landen met zeer afwijkende rechtstelsels, die soms deels nog rechtstatelijk in ontwikkeling zijn en pas onlangs tot de Raad van Europa zijn toegetreden (zoals Moldavië en Georgië), bevoegd zijn verklaard om de rechtstatelijkheid en de eerbiediging van mensenrechten van Nederlandse wettelijke bepalingen te toetsen.

3.2. Uitdijende en diffuus wordende overheidsbevoegdheden

De afgelopen decennia is de klassieke taakstelling van de overheid, met name door de ontwikkeling van de verzorgingsstaat, veranderd. De overheid heeft er vele nieuwe taken bij gekregen met aanzienlijke effecten op de hoeveelheid en de aard van wetgeving.

Paradoxaal is de verzwaring van het takenpakket van de overheid hand in hand gegaan met een terugtred van de wetgever³. Het overheidsoptreden wordt minder door formele wetten gereguleerd, in ruil voor een vloedgolf aan (beleids)instrumentele wet- en regelgeving. In formele wetten worden doorgaans geen, enkel open of vage materiële normen neergelegd, waarbij de materiële normstelling wordt overgelaten aan uitvoerende bestuursorganen. Delegatie van regelgevende bevoegdheid en het toekennen van discretionaire bevoegdheden door de wetgever aan het

¹ W. J. Witteveen, *Evenwicht der machten*, Zwolle, 1991, p. 85–86.

² P. Cliteur: «grondwet ligt op sterven door toetsingsverbod», NRC-handelsblad, 15 februari 1993.

³ H. D. Stout, *De betekenissen van de wet*, Zwolle 1994.

bestuur, zijn aan de orde van de dag. Instrumentele kader- en ordeningswetgeving met open normen die door lagere overheden en andere bestuursorganen met de hen toegekende beleids- en beoordelingsruimte worden ingevuld, dragen bij aan een groeiende roep van de burger om rechtsbescherming tegen de overheid¹. De rechter is daardoor nadrukkelijker zijn stempel gaan drukken op de invulling van open bestuurlijke normen en wettelijke termen als «redelijkheid» en «billijkheid». Een deel van de rechtsvormende taak die bij de wetgever hoort is daarmee verschoven naar de rechter die veel interpretatieve vrijheid heeft gekregen. Deze ontwikkeling manifesteert zich vooral in het bestuursrecht maar ook in het straf- en het privaatrecht.

Met de veranderende aard van wetgeving is de kracht van het democratieargument tegen constitutionele toetsing sterk afgenomen. De soevereiniteit van de formele wetgever is namelijk onder druk komen te staan. De wetgever die de totstandkoming van wet- en regelgeving toetst op de verenigbaarheid met de Grondwet en de uitkomst daarvan die door de rechter dient te worden geaccepteerd, blijkt in de praktijk meer en meer een, moeilijk houdbare, formele veronderstelling te zijn. Een groot deel van de, voor burgers bindende normen en regels komt immers buiten de wetgever om tot stand. Daarmee is de formele wetgever op afstand gezet van de grondwettelijke gevolgen van een belangrijk deel van nieuwe wetgeving.

Het staat de rechter vrij lagere wet- en regelgeving te toetsen aan de wet en de Grondwet. Maar bij die toetsing zal hij zich moeten onthouden van een grondwettelijke interpretatie van de wet die er aan ten grondslag ligt. Bovendien zal hij doorgaans in het concrete geval zich verstoken weten van de opvatting van de formele wetgever over de grondwettigheid van die wet aangezien de wetgever aan die discussie dikwijls niet of onvoldoende is toegekomen.

Echter ook in die, nog altijd talrijke gevallen dat de formele wet de belangrijkste rechtsbron is voor de rechter, is er aanleiding om de exclusiviteit van de toetsing aan de grondwet door de wetgever te relativiseren. In veel gevallen wordt de mogelijkheid van strijd met een grondwettelijke bepaling tijdens de voorbereiding van een wet namelijk niet onderkend of voorzien, waardoor bij de totstandkoming van een wet toetsing aan de grondwet achterwege blijft².

Voor de wetgever is het bovendien vaak moeilijk, zo niet onmogelijk, om de concrete uitwerking van een wet en de rechtsvragen die daaruit kunnen voortkomen in alle concrete gevallen te voorzien en vooraf vorm te geven. Het instrument van wetswijziging schiet tekort in de individuele rechtsbescherming in concrete, bij de rechter voorliggende geschillen. Als geconstateerde ongrondwettigheid van een wet enkel door de wetgever via tijdrovende wetswijziging kan worden gerepareerd, blijft voor langere tijd de rechtsbescherming tekortschieten. Tot de wijziging wet wordt behoudt de oude wet zijn ongrondwettige uitwerking in concrete gevallen; ongrondwettigheid die door de wetgever bij de voorbereiding dikwijls niet is voorzien. Constitutionele toetsing biedt de mogelijkheid van een (relatief) snelle aanpassing van wetten op gewijzigde maatschappelijke en rechtstatelijke omstandigheden. Het staat de wetgever bovendien altijd vrij een hem onwelgevallige ingreep van de rechter te corrigeren met wetgeving die ook recht doet aan het grondrecht dat volgens de rechter in het geding is.

3.3. De machtenscheiding

Het rapport van de Commissie Franken en het daarin vervatte advies ten aanzien van het toetsingsverbod (dat in de inleiding is besproken), heeft het debat opnieuw op de politieke agenda geplaatst. Het rapport was voor de Tweede Kamer aanleiding om bij de schriftelijke behandeling ervan op dit punt vele vragen aan de regering voor te leggen. De regering laat in

¹ *Wetgeven en de maat van de tijd*, Ph. Eijlander e.a. (redactie), Zwolle 1994.

² Zie het advies van de Hoge Raad van 31 oktober 1991, in o.m. NJCM bulletin 17 (1992), p. 243–257 en het preadvies van mr. L. Prakke in *Toetsing*, preadviezen van mr. L. Prakke, mr. T. Koopmans en mr. J. M. Barendrecht, handelingen Nederlandse Juristen Vereniging 1992-1, a.w..

haar beantwoording¹ opmerken dat opheffing van het toetsingsverbod het afgelopen decennium nog niet rijp is gebleken voor besluitvorming, maar dat de beschouwingen van de Commissie voor het kabinet aanleiding zijn om een en ander opnieuw te overwegen.

Aangezien de regering de discussie over het vraagstuk van de constitutionele toetsing op haar eigen merites en gestructureerd wil voeren heeft zij in de beantwoording van genoemde vragen een afzonderlijke notitie over dit onderwerp aangekondigd. Deze nota was aangekondigd na het zomereces van 2001 maar blijft tot dusver uit.

De traagheid van de regering is jammerlijk. Wij kijken terug op ruim dertig jaar intensief rechtsgeleerd en politiek debat dat telkens sterker tendeert naar opheffing van het toetsingsverbod. Als daarbij de toenemende onevenredige invloed van de internationale rechter op de nationale rechtsorde, de groeiende macht van de overheid tegenover de burger en de nieuwe eisen van de informatiesamenleving worden genomen, dan wordt slecht houdbaar dat de wetgever nog het alleenrecht heeft op grondwettelijke toetsing. Grondwettelijke toetsing vindt op deze wijze alleen vóóraf en *in abstracto* plaats, áls de toetsing al plaatsvindt.

Toetsingsrecht door de rechter *in concreto* vergroot de actuele betekenis van een wet en de grondrechten. Rechterlijke toetsingsbevoegdheid naast de toetsing door de wetgever zal dan ook uit een oogpunt van rechtsbescherming een belangrijke aanvulling zijn.

Dit neemt niet weg dat ook in een stelsel van rechterlijke constitutionele toetsing, de grondwettelijke beoordeling van een wet allereerst de taak blijft van de wetgever. Toetsing door de rechter in voorkomende, concrete gevallen zal daaraan steeds complementair zijn. Daarbij spreekt vanzelf dat de rechter aan de weloverwogen toetsing door het parlement in de voorbereiding van een wet grote waarde zal (moeten) toekennen. Hij dient zich terughoudender op te stellen naarmate de wetgever actiever gebruik heeft gemaakt van de hem gegunde afwegingsruimte.

Tegelijkertijd verdient het argument dat de onafhankelijke, voor het leven benoemde en niet democratisch gekozen rechter op de stoel zou gaan zitten van de democratisch gekozen en aan politieke controle onderworpen wetgever, relativering.

Anders dan dikwijls wordt gesuggereerd kent het Nederlandse staatsrecht geen absolute scheiding der machten. Onze staatsorganen functioneren niet gescheiden van elkaar, maar in een zorgvuldig gebalanceerd machts-evenwicht². De inrichting van de overheid staat niet stil en daarmee is ook de verhouding van de wetgevende, uitvoerende en de rechterlijke macht een dynamische. Het noodzakelijke evenwicht lijkt de laatste jaren echter te verminderen als gevolg van de toenemende verschuiving van de macht van de wetgever naar het bestuur (als klassieke vertegenwoordiger van de uitvoerende macht). Een belangrijke aanwijzing hiervoor is de, eerder genoemde, terugtrekking van de wetgever (en dus ook van de democratisch gelegitimeerde volksvertegenwoordiging) ten gunste van het bestuur door middel van verregeande delegatie. In een systeem van machts-evenwicht dienen de *checks and balances* aan onevenwichtige verschuivingen tegenwicht te bieden. Waar de macht van de klassieke volksvertegenwoordiging dreigt te verminderen, dient de rechter een taak toe te komen in individuele rechtsbescherming.

Ook het vaak geschetste gevaar dat de rechter die zich mengt in vragen van groot maatschappelijk belang daarmee in politiek vaarwater terechtkomt, tegen de staatsrechtelijke verhoudingen in, is betrekkelijk. De Hoge Raad heeft in zijn advies van 31 oktober 1991 erkend dat het een vergissing is te veronderstellen dat dergelijke vragen eerder bij de wetgever dan bij de rechter thuishoren, als de bescherming van de burger in een concreet geschil in geding is. De betrokken belangen bij een grondwettelijke toetsing hoeven ook niet altijd zwaarder te wegen of verder strekkend te zijn dan die welke deel uitmaken van de rechtsvormende taak van de rechter op andere gebieden, aldus de Hoge Raad. Daarbij kunnen ook bij

¹ TK 2000–2001, 27 460, nr. 2.

² W. J. Witteveen, *Evenwicht der machten*. Zwolle, 1991.

de toepassing en interpretatie van gewone wet- en regelgeving zwaarwegende maatschappelijke belangen in het geding zijn.

In de Nederlandse rechtstraditie blijkt de rechter over het algemeen bescheiden vorm te geven aan zijn plaats in het machtsevenwicht door grenzen te stellen aan zijn rechtsvormende taak bij de interpretatie van wetten. Naarmate de wetgever meer met open en gelede normstellingen werkt verschuift die taak wel meer naar de rechter. De rechter heeft die taak in ingewikkelde maatschappelijke discussies opgepakt, maar voornamelijk in die gevallen waarin de wetgever dat meer of minder expliciet aan hem heeft overgelaten. Te denken valt aan de jurisprudentie op het gebied van euthanasie en het stakingsrecht.

Naar de opvatting van de ondergetekende schept opheffing van het constitutionele toetsingsverbod voor de rechter dan ook geen competentiestrijd tussen de wetgever en de rechter over de beoordeling van de grondwettelijkheid van een wet. Een voorwaarde is evenwel dat de wetgever blijft doen wat hij altijd al deed en dit wellicht zelfs intensiever doet dan voorheen: namelijk er voor te waken dat ongrondwettelijke wetgeving het licht ziet.

3.5. De rechtszekerheid

Tegen opheffing van het toetsingsverbod wordt vaak ingebracht dat dit de rechtszekerheid van burgers niet ten goede komt. Van een eenmaal in werking getreden wet zal dan de onzekerheid kunnen blijven bestaan dat de rechter deze op enig moment alsnog in strijd met de grondwet acht. Deze onzekerheid is met de invoering van een vorm van constitutionele toetsing onvermijdelijk maar raakt eerder het principe van rechterlijke toetsing in het algemeen, dan dat het een overtuigend argument tegen constitutionele toetsing in het bijzonder is¹. Dezelfde vorm van rechtsonzekerheid bestaat namelijk al doordat de rechter wetten aan verdragsgrondrechten toetst. Tot op heden heeft dit niet tot onaanvaardbare, voortdurende rechtsonzekerheid over de geldingskracht van nationale wetgeving geleid. Het ligt niet in de rede aan te nemen dat toetsing aan onze eigen grondrechten veel verder strekkende gevolgen zal hebben. En hetzelfde geldt voor de al bestaande bevoegdheid van de rechter om lagere wet- en regelgeving te toetsen. Wel dient uitdrukkelijk de schijn te worden vermeden dat een wet «vogelvrij» is zolang deze niet de grondwettelijke zegen van de rechter heeft. De enkele mogelijkheid van rechterlijke toetsing doet aan de geldingskracht van een wet niet af. Dat zou onderschatting van de taak en de arbeid van de wetgever zijn en miskenning van de complementaire taak van de rechter. In het geval dat een rechter in een voorliggende zaak een (onderdeel van) een wet toch strijdig met een grondrecht oordeelt, betekent dit ook niet dat de wet en alle rechtsgevolgen die deze tot dan toe heeft gehad, te niet worden gedaan. De rechter krijgt immers niet de mogelijkheid de wet te vernietigen. De wet wordt slechts aangetast voor zover de geconstateerde strijdigheid dat vereist. De rechter zal dan in een concreet geval de wet in zoverre buiten toepassing kunnen laten. In de rechtspraak zijn inmiddels verschillende technieken ontwikkeld om aan een geconstateerde strijdigheid beperkte rechtsgevolgen te verbinden. Deze variëren bijvoorbeeld van het categoriaal buiten toepassing laten van een wet in bepaalde, specifiek genoemde gevallen, terwijl de wet voor het overige volledig van kracht blijft, tot het stellen van een termijn aan de wetgever om het probleem zelf op te lossen alvorens aan strijdigheid met een grondrecht gevolgen te verbinden². Verwacht mag worden dat de rechter, met inachtneming van zijn rol in het staatsbestel, deze instrumenten zal inpassen. Het initiatief tot het structureel opheffen van een geconstateerde strijdigheid, tot vernietiging of verandering van een wet, blijft te allen tijde primair bij de wetgever. Gelet op de rechterlijke vrijheid die ons rechtstelsel kent is denkbaar dat verschillende rechters tot verschillende oordelen zullen komen over de

¹ Zo merkt ook de Hoge Raad op in zijn meergenoemde advies van 31 oktober 1991.

² Zie ook hiervoor het buitengewoon nuttige advies van de Hoge Raad van 31 oktober 1991.

grondwettigheid van een wet. Op het oog valt dit het meest eenvoudig te verhelpen door te kiezen voor een vorm van geconcentreerde toetsing, waarbij deze wordt opgedragen aan één daartoe aangewezen – al dan niet nog in het leven te roepen – rechterlijk college. Dit wetsvoorstel voorziet daarin echter niet. Gekozen is voor een systeem van gespreide toetsing waarbij iedere rechter zelfstandig kan oordelen over de verenigbaarheid van een wet met een van de genoemde grondrechten. In de volgende paragraaf zal deze keuze worden toegelicht.

4. Gespreide toetsing

Een systeem van gespreide toetsing behelst de keuze voor de toetsingsbevoegdheid van iedere rechter. Daarbij worden, ook bij constitutionele toetsing, de gescheiden rechtsgangen (straf-, civiel-, bestuurs-, en fiscaalrecht) met hun afzonderlijke hoogste rechtscolleges in stand gelaten. Nadrukkelijk wordt dus niet gekozen voor een systeem waarin de constitutionele toetsing in handen wordt gelegd van een nog in het leven te roepen constitutioneel hof of een daartoe aan te wijzen reeds bestaand rechterlijk college. Evenmin wordt gekozen voor het systeem dat de regering in de besproken conceptnota *Inzake rechterlijke toetsing* van februari 1991 voor ogen stond: een lagere rechter dient zich bij een geconstateerde schending te wenden tot een daartoe aan te wijzen rechterlijk college voor prejudicieel advies alvorens zelf vonnis te wijzen.

Voor de keuze van gespreide toetsing zijn verschillende argumenten van doorslaggevend belang. Voorop staat dat gespreide toetsing past in het bestaande rechtsstelsel waarbij iedere rechter lagere rechtsnormen (en daarmee vanzelf ook algemeen verbindende voorschriften) toetst op verenigbaarheid met hogere. Ook de toetsing aan internationaal recht valt al in dit kader en is, zoals eerder werd opgemerkt, een aan iedere rechter toekomende bevoegdheid. Ondergetekende beschouwt het als onwenselijk om twee stelsels naast elkaar te introduceren: terwijl voor de toetsing aan internationaal recht het systeem van gespreide toetsing in stand wordt gelaten, zou voor constitutionele toetsing een geconcentreerd toetsingsstelsel worden geïntroduceerd. Dat zou namelijk een spagaat in de rechterlijke competentie kunnen opleveren die de rechterlijke macht en de rechtspleging kan ontwrichten. Daarbij moet bedacht worden dat als een verdragsgrondrecht in het geding is, in veel gevallen ook een constitutioneel grondrecht van gelijke strekking in geding is of kan zijn en vice versa. Er is dan ook geen sprake van zuiver van elkaar te onderscheiden toetsingsgronden. Het verdient de voorkeur voor beide toetsingsgronden hetzelfde toetsingsstelsel te hanteren.

Het systeem van gespreide toetsing aan internationaal recht functioneert bovendien naar behoren. Er zijn geen inhoudelijke redenen aan te voeren om die toetsing bij de lagere rechters weg te halen. Integendeel, het argument dat het juist deze rechter is die het beste in staat is tot het bieden van effectieve individuele rechtsbescherming aan de burger doet hier opgeld. Voor de toetsing aan een belangrijk deel van internationaal recht, namelijk aan het EU-recht, geldt zelfs dat geconcentreerde toetsing juridisch onmogelijk is. Dat zou in strijd komen met het Europeesrechtelijke stelsel zoals dat wordt uitgelegd door het Europese Hof van Justitie. Dat heeft namelijk uitgemaakt dat *elke* nationale rechter verplicht is bepalen van gemeenschapsrecht toe te passen en daarmee strijdige nationale wetgeving, eventueel na prejudicieel advies, buiten toepassing te laten¹. Zelfs als zou het wenselijk worden bevonden, kan deze bevoegdheid de lagere rechter niet worden ontnomen. Indien geopteerd zou worden voor één geconcentreerd toetsingsstelsel zou voor toetsing aan Europees gemeenschapsrecht dus een uitzondering moeten worden gemaakt. Dat zou alsnog leiden tot naast elkaar functionerende toetsingsstelsels.

Eén stelsel van geconcentreerde toetsing voor zowel de constitutionele

¹ HvJ EG 9 maart 1978, Jur. 1978, p. 629 (Tweede Simmenthal-arrest).

toetsing als die aan internationaal recht zou daarnaast het belangrijke nadeel hebben dat dit de feitelijke beslechting van geschillen in de gewone rechtsgang, vertraagt. Ieder rechtsgeding waarin een toetsingsvraagstuk aan de orde komt zal immers moeten worden onderbroken teneinde die toetsing bij de bevoegde instantie te doen plaatsvinden. Daar waar het spoedeisende procedures betreft of de redelijke termijn van een berechting in het geding dreigt te raken, klemt dit eens te meer. Bovendien valt te voorzien dat de hoeveelheid zaken waarin toetsing aan internationaal recht een rol speelt, en waarvan mag worden verwacht dat dit in de toekomst slechts in belang en omvang zal toenemen, de toetsingsinstantie zwaar zal belasten, wat tot verdere vertragingen zal leiden en uiteindelijk wellicht aan behoorlijke rechtspleging in de weg kan staan. Tot slot kan worden opgemerkt dat de keuze voor gespreide toetsing het meest soepel kan worden ingepast in de bestaande rechterlijke organisatie. Iedere rechter is al vertrouwd met de verdragstoetsing en de stap naar constitutionele toetsing is dan ook inhoudelijk voor de rechter goed te overzien. Daarnaast vergt gespreide toetsing geen aanpassing van de structuur en de organisatie van de rechterlijke macht. In het licht van de recente veranderingen in de organisatie als een gevolg van de Wet op de Raad voor de Rechtspraak en de Wet Organisatie en bestuur gerechten, waardoor de verhoudingen zich nog opnieuw moeten zetten, zal gespreide toetsing op een voor de rechterlijke macht verder weinig belastende manier op een korte termijn gestalte kunnen krijgen.

Als argument tegen deze toetsingsvariant wordt wel ingebracht dat de rechtseenheid daaronder zou kunnen leiden. Zoals eerder is opgemerkt is inderdaad niet denkbeeldig dat verschillende rechters aanvankelijk tot verschillende interpretaties van een grondrecht, en haar verenigbaarheid met een wet, zouden komen. Rechtsonzekerheid door verschillende uitkomsten van rechterlijke oordelen is echter inherent aan de rechterlijke arbeid en speelt op alle terreinen van het recht, niet alleen daar waar de grondrechten in geding zijn. Uitgangspunt in de rechterlijke macht is het streven naar rechtseenheid. Daarbij hebben de diverse hoogste rechtscolleges (de Hoge Raad, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven) een corrigerende werking op elkaar. De praktijk heeft uitgewezen dat als de oordelen van de hoogste burgerlijke, en de strafrechter enerzijds en de administratieve rechter anderzijds uiteenlopen, één der rechters zijn jurisprudentie ter zake aanpast¹. Door aan alle hoogste rechtscolleges de bevoegdheid te laten tot constitutionele toetsing wordt ruimte gelaten aan een natuurlijk proces van evenwichtige rechtsontwikkeling, vergelijkbaar met een vorm van «*dissenting opinions*».² Daarbij kan elk rechtscollege zijn bijzondere expertise aanwenden. Aanvankelijke verscheidenheid in rechtsoordelen kan juist de kracht van het systeem blijken te zijn als het eindresultaat stevig maatschappelijk verankerde rechtseenheid is.

De bij sommigen levende angst voor een *gouvernement des juges* wordt voorkomen als de macht van het laatste woord niet in handen van één rechterlijk college wordt gelegd³. De praktijk leert dat in landen die een constitutioneel hof kennen, politisering nauwelijks is te voorkomen. Al was het alleen maar in het benoemingenbeleid. Rechterlijke onafhankelijkheid en een onafhankelijk rechterlijk oordeel blijven het beste gewaarborgd in een systeem van gespreide toetsing.

5. Sociale grondrechten, de overige bepalingen van de Grondwet en de fundamentele rechtsbeginselen

Naar het oordeel van de ondergetekende verdient het de voorkeur het toetsingsverbod ten aanzien van de sociale grondrechten voorlopig te handhaven. De grenzen tussen de klassieke en sociale grondrechten zijn

¹ M. L. P. van Houten, *Meer zicht op wetgeving*, a.w., p. 297.

² C. J. A. M. Kortmann, Advies over de concept-nota van de regering van februari 1991, NJCM-bulletin 17 (1992), p. 305 e.v..

³ Zie nogmaals C.J.A.M. Kortmann, a.w..

weliswaar niet altijd even scherp meer te trekken en in hun maatschappelijke betekenis doen de sociale grondrechten niet onder voor de klassieke. In Europees verband wordt de aandacht voor de sociale grondrechten groter en verschillende grondrechten zijn inmiddels ook in internationaal recht gecodificeerd, zoals in het eerder genoemde Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. Vanzelfsprekend zal dit een toetsingskader bieden voor de internationaal-rechtelijke colleges.

Niettemin is er wel sprake van een relevant juridisch onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten, zeker vanuit nationaal-rechterlijk perspectief. Klassieke grondrechten bakenen de vrijheidssfeer van de burger jegens de overheid af en scheppen daarmee een onthoudingsplicht van de overheid zich in die vrijheidssfeer te mengen. Onze sociale grondrechten daarentegen creëren, met name door de manier waarop deze zijn geformuleerd, veeleer een inspanningsverplichting van de overheid jegens de burger en de samenleving in het algemeen. Bij de sociale grondrechten dient de overheid zich in te spannen de vrijheid van burgers actief vorm te geven door de welvaart te spreiden, werkgelegenheid te scheppen, het leefmilieu te bewaken, maatschappelijke ontplooiing mogelijk te maken en wat dies meer zij. De sociale grondrechten kunnen enkel door nadere wetgeving worden gerealiseerd en daarbij is de overheid een grote mate van politieke en beleidsmatige vrijheid gegund.

Het verschil tussen de klassieke en de sociale grondrechten, het onderscheid tussen de onthoudings- en de inspanningsplicht, heeft gevolgen voor de mate van rechtsbescherming die de rechter de burger kan geven. De klassieke grondrechten geven de rechter een scherper en indringender toetsingskader dan de sociale grondrechten. Door de ruimte die de overheid heeft bij de verwezenlijking van de sociale rechten en de politieke belangenafweging van het parlement daarbij, kan toetsing door de rechter aan sociale grondrechten slechts marginaal zijn.

Terwijl toetsing aan de klassieke grondrechten bij uitstek past in de groeiende behoefte aan rechtsbescherming tegen de overheid valt dit bij de sociale grondrechten ook minder gemakkelijk te verdedigen. De politieke vrijheid die de wetgever bij de realisering van sociale grondrechten heeft, zet de rechter noodgedwongen op grote afstand. De wijze van verwezenlijking van sociale grondrechten is, veel meer dan bij de klassieke grondrechten, een resultante van politieke keuzes, afwegingen en compromissen. De vraag, bijvoorbeeld, of een wet voldoende tegemoet komt aan de, in artikel 21 van de Grondwet opgenomen plicht van de overheid zorg te dragen voor bescherming en verbetering van het leefmilieu, komt ondergetekende voor als een vraag waarop het antwoord ook door de wetgever (regering en volksvertegenwoordiging) moet worden gegeven. Niet wordt ontkend dat ook een marginale toets aan de sociale grondrechten, met eerbiediging van het primaat van de politiek, de rechter een handvat kan bieden om effectieve rechtsbescherming te bieden. Ondergetekende meent echter dat het debat over de noodzaak en de wenselijkheid van toetsing aan de sociale grondrechten nader zou moeten worden gevoerd, alvorens te beslissen de rechter ook deze bevoegdheid te geven.

Naar het oordeel van ondergetekende zijn er tot dusver onvoldoende argumenten aangedragen die pleiten voor opheffing van het toetsingsverbod op de organisatorische, de staatsinrichting betreffende bepalingen van de Grondwet. Bovendien valt moeilijk in te zien dat de rechter uit oogpunt van individuele rechtsbescherming in het kader van concrete geschillenbeslechting snel zal worden geroepen daarover een oordeel te geven.

Tot slot dient rechterlijke toetsing aan ongeschreven fundamentele rechtsbeginselen, naar de mening van ondergetekende, verboden te blijven. Deze beginselen worden over het algemeen gekenmerkt door betrekkelijk

grote vaagheid en zij lenen zich bij uitstek voor meerdere, van elkaar afwijkende, interpretaties. Over de plaats van rechtsbeginselen in de normenhierarchie bestaat bovendien nog onvoldoende rechtsgeleerde eensgezindheid¹. De ongeschreven rechtsbeginselen bieden onvoldoende basis om de ver strekkende bevoegdheid van de rechter om wetten te passeren, te introduceren. Bovendien lijkt hiervoor, anders dan de toetsingsbevoegdheid waarin dit wetsvoorstel wel voorziet, onvoldoende draagvlak te bestaan. Om met Prakke te spreken: «als rechtsbeginselen zo belangrijk zijn dat zelfs de wet ervoor moet wijken, dan moeten zij maar in de Grondwet worden opgenomen»². Met andere woorden, dan ligt daar een schone taak voor de (grond)wetgever.

Artikelsgewijs

Artikel II

A

De huidige tekst van artikel 120 Grondwet wordt neergelegd in een eerste lid. Daarin blijft de hoofdregel vervat dat de rechter niet treedt in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen.

B

Een tweede lid wordt toegevoegd waarin, bij wijze van uitzondering op de hoofdregel van het eerste lid, een toetsingsbevoegdheid wordt neergelegd voor iedere rechter aan de in dit artikellid genoemde grondwettelijke bepalingen. In het voorgaande is reeds uitgebreid ingegaan op de keuzes die in de gekozen formulering besloten liggen.

De selectie van de grondwettelijke bepalingen die in dit wetsvoorstel voor toetsing in aanmerking komen is tot stand gekomen op basis van de omstandigheid dat al de genoemde artikelen ofwel van oudsher worden geschaard onder de klassieke grondrechten (1 tot en met 17) dan wel als zodanig kunnen worden opgevat (de overige genoemde artikelen). Zij komt vrijwel overeen met de opsomming van de artikelen die de Hoge Raad in het eerder genoemde advies aan de regering van 31 oktober 1991 voor ogen stond³. Met de Hoge Raad moet worden geoordeeld dat een limitatieve opsomming van de voor toetsing in aanmerking komende bepalingen de voorkeur verdient boven het opnemen van een omschrijvende karakteristiek (zoals bijvoorbeeld «een ieder verbindende bepalingen»). Dit laatste zou onnodige vaagheid kunnen laten bestaan en de rechter onwenselijke interpretatieve vrijheid laten over de omvang van zijn toetsingsbevoegdheid.

Naar het oordeel van de ondergetekende behoeft, gelet op al het voorgaande, de opname van de artikelen 1 tot en met 17 (de klassieke grondrechten) in dit wetsvoorstel geen nadere toelichting. Aan deze opsomming zijn bepalingen toegevoegd die naar hun aard onvervreemdbare rechten (behoudens de in de Grondwet reeds voorziene beperkingen) aan burgers toekennen. Deze bepalingen vertonen de trekken van een grondrecht – zoals de Hoge Raad het verwoordde – en verdienen dezelfde rechterlijke bescherming als de klassieke grondrechten. Kort gezegd betreft het, het recht op rechtsbijstand (artikel 18, eerste lid) het recht van iedere Nederlander op de vrije keuze van arbeid en daarmee het verbod op dwangarbeid (artikel 19, derde lid), de vrijheid van onderwijs (artikel 23, derde lid), het kiesrecht (artikel 54), het recht op vrijstelling van militaire dienstplicht wegens ernstige gewetensbezwaren (artikel 99)⁴, de garantie dat een vrijheidsbenemende straf slechts door de rechter mag worden opgelegd (artikel 113, derde lid), het verbod op de doodstraf (artikel 114)

¹ Preadvies van mr. L. Prakke, in *Toetsing*, handelingen NJV 1992-I, a.w..

² Zie zijn preadvies in *Toetsing*, a.w., p. 32.

³ In dit wetsvoorstel zijn de artikelen 54 en 99 aan de opsomming toegevoegd.

⁴ Weliswaar kennen wij thans geen militaire dienstplicht, maar de toekomst valt niet te voorspellen.

en het recht op openbare terechtzittingen en gemotiveerde, openbare rechterlijke vonnissen en uitspraken (artikel 121).

Deze rechten worden door de ondergetekende van zodanig belang geacht tegen inmenging door de overheid in de fundamentele vrijheden van burgers dat zij dezelfde status en daarmee dezelfde bescherming dienen te hebben als de klassieke grondrechten.

Artikel 1

Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.

Artikel 2

1. De wet regelt wie Nederlander is.
2. De wet regelt de toelating en de uitzetting van vreemdelingen.
3. Uitlevering kan slechts geschieden krachtens verdrag. Verdere voorschriften omtrent uitlevering worden bij de wet gegeven.
4. Ieder heeft het recht het land te verlaten, behoudens in de gevallen, bij de wet bepaald.

Artikel 3

Alle Nederlanders zijn op gelijke voet in openbare dienst benoembaar.

Artikel 4

Iedere Nederlander heeft gelijkelijk recht de leden van algemeen vertegenwoordigende organen te verkiezen alsmede tot lid van deze organen te worden verkozen, behoudens bij de wet gestelde beperkingen en uitzonderingen.

Artikel 5

Ieder heeft het recht verzoeken schriftelijk bij het bevoegd gezag in te dienen.

Artikel 6

1. Ieder heeft het recht zijn godsdienst of levensovertuiging, individueel of in gemeenschap met anderen, vrij te belijden, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.
2. De wet kan ter zake van de uitoefening van dit recht buiten gebouwen en besloten plaatsen regels stellen ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden.

Artikel 7

1. Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.
2. De wet stelt regels omtrent radio en televisie. Er is geen voorafgaand toezicht op de inhoud van een radio- of televisieuitzending.
3. Voor het openbaren van gedachten of gevoelens door andere dan in de voorgaande leden genoemde middelen heeft niemand voorafgaand verlof nodig wegens de inhoud daarvan, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. De wet kan het geven van vertoningen toegankelijk voor personen jonger dan zestien jaar regelen ter bescherming van de goede zeden.
4. De voorgaande leden zijn niet van toepassing op het maken van handelsreclame.

Artikel 8

Het recht tot vereniging wordt erkend. Bij de wet kan dit recht worden beperkt in het belang van de openbare orde.

Artikel 9

1. Het recht tot vergadering en betoging wordt erkend, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.
2. De wet kan regels stellen ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden.

Artikel 10

1. Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer.
2. De wet stelt regels ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens.
3. De wet stelt regels inzake de aanspraken van personen op kennisgeving van over hen vastgelegde gegevens en van het gebruik dat daarvan wordt gemaakt, alsmede op verbetering van zodanige gegevens.

Artikel 11

Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op onaantastbaarheid van zijn lichaam.

Artikel 12

1. Het binnentreden in een woning tegen de wil van de bewoner is alleen geoorloofd in de gevallen bij of krachtens de wet bepaald, door hen die daartoe bij of krachtens de wet zijn aangewezen.
2. Voor het binnentreden overeenkomstig het voorgaande lid zijn voorafgaande legitimatie en mededeling van het doel van het binnentreden vereist, behoudens bij de wet gestelde uitzonderingen. Aan de bewoner wordt een schriftelijk verslag van het binnentreden verstrekt.

Artikel 13

1. Het briefgeheim is onschendbaar, behalve, in de gevallen bij de wet bepaald, op last van de rechter.
2. Het telefoon- en telegraafgeheim is onschendbaar, behalve, in de gevallen bij de wet bepaald, door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen.

Artikel 14

1. Onteigening kan alleen geschieden in het algemeen belang en tegen vooraf verzekerde schadeloosstelling, een en ander naar bij of krachtens de wet te stellen voorschriften.
2. De schadeloosstelling behoeft niet vooraf verzekerd te zijn, wanneer in geval van nood onverwijld onteigening geboden is.
3. In de gevallen bij of krachtens de wet bepaald bestaat recht op schadeloosstelling of tegemoetkoming in de schade, indien in het algemeen belang eigendom door het bevoegd gezag wordt vernietigd of onbruikbaar gemaakt of de uitoefening van het eigendomsrecht wordt beperkt.

Artikel 15

1. Buiten de gevallen bij of krachtens de wet bepaald mag niemand zijn vrijheid worden ontnomen.
2. Hij aan wie anders dan op rechterlijk bevel zijn vrijheid is ontnomen, kan aan de rechter zijn invrijheidstelling verzoeken. Hij wordt in dat geval door de rechter gehoord binnen een bij de wet te bepalen termijn. De rechter gelast de onmiddellijke invrijheidstelling, indien hij de vrijheidsontneming onrechtmatig oordeelt.
3. De berechting van hem aan wie met het oog daarop zijn vrijheid is ontnomen, vindt binnen een redelijke termijn plaats.
4. Hij aan wie rechtmatig zijn vrijheid is ontnomen, kan worden beperkt in de uitoefening van grondrechten voor zover deze zich niet met de vrijheidsontneming verdraagt.

Artikel 16

Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling.

Artikel 17

Niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent.

Artikel 18

1. Ieder kan zich in rechte en in administratief beroep doen bijstaan.

Artikel 19

3. Het recht van iedere Nederlander op vrije keuze van arbeid wordt erkend, behoudens de beperkingen bij of krachtens de wet gesteld.

Artikel 23

2. Het geven van onderwijs is vrij, behoudens het toezicht van de overheid en, voor wat bij de wet aangewezen vormen van onderwijs betreft, het onderzoek naar de bekwaamheid en de zedelijkheid van hen die onderwijs geven, een en ander bij de wet te regelen.

Artikel 54

1. De leden van de Tweede Kamer worden rechtstreeks gekozen door de Nederlanders die de leeftijd van achttien jaar hebben bereikt, behoudens bij de wet te bepalen uitzonderingen ten aanzien van Nederlanders die geen ingezetenen zijn.
2. Van het kiesrecht is uitgesloten:
 - a. hij die wegens het begaan van een daartoe bij de wet aangewezen delict bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak is veroordeeld tot een vrijheidsstraf van ten minste een jaar en hierbij tevens is ontzet van het kiesrecht;
 - b. hij die krachtens onherroepelijke rechterlijke uitspraak wegens een geestelijke stoornis onbekwaam is rechtshandelingen te verrichten.

Artikel 99

De wet regelt vrijstelling van militaire dienst wegens ernstige gewetensbezwaren.

Artikel 113

3. Een straf van vrijheidsontneming kan uitsluitend door de rechterlijke macht worden opgelegd.

Artikel 114

De doodstraf kan niet worden opgelegd.

Artikel 121

Met uitzondering van de gevallen bij de wet bepaald vinden de terechtzittingen in het openbaar plaats en houden de vonnissen de gronden in waarop zij rusten. De uitspraak geschiedt in het openbaar.