

Vergaderjaar 2001–2002

28 355

Constitutionele toetsing

Nr. 2

NOTA

NOTA CONSTITUTIONELE TOETSING VAN FORMELE WETTEN

1. Inleiding

In het voorjaar van 2000 bracht de Commissie «Grondrechten in het digitale tijdperk» haar advies uit. Hierin vroeg de commissie ook aandacht voor het onderwerp van constitutionele toetsing van formele wetgeving. De grootst mogelijke meerderheid van de commissie toonde zich voorstander van opheffing van het verbod van rechterlijke toetsing van wetten aan de Grondwet voor zover het gaat om toetsing aan grondrechten die naar hun aard een directe werking hebben. Naar aanleiding hiervan heeft het kabinet in zijn standpunt over grondrechten in het digitale tijdperk aangekondigd een nota aan beide kamers te zenden over het vraagstuk van constitutionele toetsing, waarbij tevens zal worden ingegaan op de verschillende modaliteiten van toetsing¹. Deze nota dient ter nakoming van die toezegging.

2. Korte voorgeschiedenis van de discussie over rechterlijke toetsing

De discussie over de wenselijkheid en onwenselijkheid van rechterlijke toetsing van wetten aan de Grondwet speelt hier te lande al sinds de invoering van de moderne begrippen van wet en Grondwet na de Franse inval van 1795. Hierdoor rees de vraag naar de onderlinge verhouding tussen wet en Grondwet en het toezicht op deze relatie. Meer recent is bij de laatste algehele grondwetsherziening (1983) uitvoerig van gedachten gewisseld over het standpunt van de regering om het minderheidsstandpunt van de Staatscommissie Cals-Donner te volgen en het rechterlijk toetsingsverbod van wetten aan de Grondwet te handhaven.² Een meerderheid in het parlement bleek eveneens voor handhaving van het toetsingsverbod zoals neergelegd in het huidige artikel 120 van de Grondwet.

Het toetsingsverbod werd opnieuw onderwerp van discussie na het zogenaamde Harmonisatiewetarrest van de Hoge Raad in 1989, voorafgegaan door een vonnis in het geding van de president van de Haagse rechtbank

¹ Kamerstukken II 1999/2000, 27 460, nr. 1, blz. 46.

² Bijlage Handelingen II 1969/70, 9181, nr. 13, blz. 62–63; Kamerstukken II 1970/71, 11 051, nr. 3, blz. 15–20; Kamerstukken II 1973/74, 12 944, nr. 2, blz. 33–36.

in 1988¹. Beide uitspraken leidden tot tal van publicaties die in meerderheid afschaffing van het toetsingsverbod bepleitten. Het ging daarbij in de kern steeds om een vergelijking met de sinds 1953 bestaande rechterlijke toetsing van wetten aan een ieder verbindende bepalingen in verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties op grond van (het huidige) artikel 94 van de Grondwet.

Vanaf het einde van de jaren zeventig van de twintigste eeuw heeft de rechter, anders dan in de daaraan voorafgaande decennia, zijn bevoegdheid wetten te toetsen aan een ieder verbindende bepalingen in verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties (hierna kortheidshalve aangeduid als verdragsbepalingen) daadwerkelijk benut. De Nederlandse rechter heeft zich in de afgelopen drie decennia vele honderden malen uitgesproken over in verdragen opgenomen grondrechten. De ontwikkeling in de praktijk heeft velen tot het standpunt gebracht dat met name de onschendbaarheid van wetten ten opzichte van nationale grondrechten niet langer kan worden verdedigd.

De vele publicaties rond het Harmonisatiewetarrest gaven wellicht mede aanleiding tot de aankondiging van een regeringsnota over de rechterlijke toetsing in de regeringsverklaring van het derde kabinet-Lubbers, dat in 1989 aantrad. Eind 1991 had het kabinet een nota voorbereid waarin zijn voorlopig standpunt was neergelegd. Dit hield in dat het toetsingsverbod zou worden opgeheven ten aanzien van direct werkende grondrechten in de Grondwet. Elke rechter zou de vraag naar verenigbaarheid van een formele wet met een direct werkende grondwetsbepaling moeten toetsen. Indien hij zou overwegen de vraag naar strijdigheid bevestigend te beantwoorden, zou hij hierover een prejudiciële vraag moeten voorleggen aan de Hoge Raad. Dit voorlopig standpunt werd aan de Raad van State voor advies voorgelegd, nadat advies was ingewonnen van de Hoge Raad, de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad en vijf externe adviseurs (mr. J. v.d. Hoeven, prof. mr. M. C. B. Burkens, prof. mr. C. Flinterman, mw. mr. A. M. Goudsmit en prof. mr. C. A. J. M. Kortmann). Het toenmalige kabinet heeft zich naar aanleiding van de ontvangen adviezen beraden op de vraag of zijn voorlopig standpunt zou moeten worden heroverwogen in het licht van de ingewonnen adviezen. Dit beraad heeft uiteindelijk niet kunnen leiden tot een definitief kabinetsstandpunt. Het onderwerp kwam daarna nog enige malen aan de orde in het parlement en in het rapport van de commissie-Deetman.² De commissie stelde behandeling van dit vraagpunt uit totdat het kabinet een voorstel zou doen. Zo ver is het echter niet gekomen. Onder het eerste kabinet Kok is in 1997 wel opnieuw advies gevraagd aan de Hoge Raad inzake een voorlopig kabinetsstandpunt over het toetsingsrecht.

De hiervoor genoemde concept-nota uit 1991 is met de daarover uitgebrachte adviezen bij brief van 29 april 1994 aan de Tweede Kamer gezonden. Bedoelde stukken treft u hierbij opnieuw als bijlage aan. Tevens zijn bijgevoegd de adviesaanvraag aan de Hoge Raad van 16 juni 1997 dat het voorlopig standpunt van het kabinet Kok I bevat en het advies van de Hoge Raad van 11 november 1997.

De uitgebrachte adviezen wijzen vrijwel allemaal in de richting van invoering van een rechterlijk toetsingsrecht aan de klassieke grondrechten in de Grondwet en wel op dezelfde voet als nu het geval is voor rechterlijke toetsing aan een ieder verbindende verdragsbepalingen op grond van artikel 94 van de Grondwet en voor toetsing van lagere regelgeving aan de Grondwet. Bijna alle adviezen wijzen concentratie van de toetsing bij één nationaal college van de hand. Alle adviseurs wijzen er op dat een dergelijke concentratie ten aanzien van toetsing van het Europese recht in elk geval wordt uitgesloten door de in artikel 234 van het EG-verdrag neergelegde bevoegdheid van de nationale rechter zich door middel van

¹ HR 14 april 1989, NJ 1989, 469, Rb. 's-Gravenhage 11 augustus 1988, AB 1988, 470.

² Handelingen II 1989/90, blz. 319, 353, 432, 1179, 1331–1332; Kamerstukken II 1989/90, 21 427, blz. 38–40; Handelingen II 1990/91, blz. 253–254, 362–363.

een prejudiciële procedure tot het Hof van Justitie te richten. Deze bevoegdheid komt toe aan alle nationale rechters voor wie een vraag over, kort gezegd, het EG-recht wordt opgeworpen.

De bijgevoegde stukken verschaffen een vrijwel uitputtend overzicht van de diverse aspecten van het toetsingsrecht, zoals de rechtsgeschiedenis, de rechtsvergelijking, de argumenten voor en tegen het toetsingsrecht en de verschillende modaliteiten daarvan. In de navolgende paragrafen worden daarom de belangrijkste elementen beknopt weergegeven, waar nodig aangevuld met enkele recente ontwikkelingen en de opvattingen van het huidige kabinet. In een bijlage wordt voorts een globaal overzicht gegeven van de organisatie van constitutionele toetsing in de overige lidstaten van de Europese Unie en in de Verenigde Staten.

3. Huidige mogelijkheden om regelgeving te toetsen

Het rechterlijk toetsingsrecht betreft de vraag naar de verenigbaarheid van een regeling met een hogere regeling. Het behoort thans tot de taak van de rechter, indien dat in een concreet geval aan de orde is, over deze verenigbaarheid een oordeel te geven. Zo is een rechter verplicht om na te gaan of een lagere regeling strijdt met een bepaling in de Grondwet of wet. Voorts dient de rechter in voorkomende gevallen de toepassing van regelgeving, inclusief formele wetten, te toetsen aan een ieder verbindende verdragsbepalingen. Er is een omvangrijke jurisprudentie waarin toetsing van regelgeving aan de orde is. Het gaat het bestek van deze nota te buiten hiervan een volledig overzicht te geven. Volstaan wordt met enkele algemene noties.

Toetsing van lagere regelgeving aan hogere en toetsing van alle regelgeving aan verdragsbepalingen, vindt plaats door de strafrechter, de burgerlijke rechter en de bestuursrechter. Toetsing van lagere regelgeving door de strafrechter vindt het meest frequent plaats bij de toetsing van gemeentelijke verordeningen aan de in artikel 7, eerste lid, van de Grondwet neergelegde vrijheid van drukpers.

Sinds 1953 is in de Grondwet vastgelegd dat de rechter ook de bevoegdheid toekomt de toepassing van alle regelgeving, inclusief wetten in formele zin, te toetsen aan een ieder verbindende verdragsbepalingen. Waarom hiervan pas de laatste drie decennia veelvuldig gebruik is gemaakt, is niet eenvoudig aan te geven. In het algemeen groeide vanaf eind jaren zestig in het universitaire onderwijs de belangstelling voor de grondrechten in het algemeen en voor het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens in het bijzonder. Die belangstelling werkte door bij de advocatuur en de rechterlijke macht. Van invloed op de ontwikkeling naar toetsing van regelgeving aan verdragen zijn zonder meer geweest de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen en van het Europees Hof voor de Rechten van de mens, de uitspraken van de Europese Commissie voor de rechten van de mens en de inwerkingtreding voor Nederland in 1979 van twee belangrijke mensenrechtenverdragen: het internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) en het internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten.

Toetsing van regelgeving aan fundamentele algemene rechtsbeginselen is een fenomeen dat eveneens pas de laatste decennia tot ontwikkeling is gekomen. Onder algemene rechtsbeginselen worden verstaan de ongeschreven beginselen die de wetgever en de administratie in acht moeten nemen. Tamelijk algemeen worden bijvoorbeeld het rechtszekerheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel gerekend tot algemene rechtsbeginselen waaraan wetgeving moet voldoen. De rechter rekent deze rechts-

beginselen tot regels van hogere orde. Er is geen grondwettelijke regel die zich tegen toetsing van lagere regelgeving aan deze beginselen verzet. Dat ligt anders voor de formele wet: artikel 120 van de Grondwet verzet zich niet alleen tegen rechterlijke toetsing aan de Grondwet maar ook tegen toetsing aan algemene rechtsbeginselen. In het meergenoemde Harmonisatiewetarrest heeft de Hoge Raad dit ook aangegeven.

Al met al kan worden geconstateerd dat zich in de jurisprudentie een tamelijk volledig systeem van toetsing van regelgeving heeft ontwikkeld, met uitzondering van toetsing van wetten in formele zin aan de Grondwet en aan algemene rechtsbeginselen.

4. Constitutionele toetsing in het wetgevingsproces of door de rechter?

a. Algemeen

Optie 1: handhaving van artikel 120, alleen de wetgever toetst de wet aan de Grondwet

De discussie tussen voor- en tegenstanders van een rechterlijk toetsingsrecht die de afgelopen decennia uitvoerig is gevoerd, is uiteindelijk terug te voeren tot de vraag of men het laatste woord ten aanzien van de rechtsgeldigheid van de wet toevertrouwt aan de wetgever of aan de rechter. Het kabinet wil voor op stellen dat naar zijn oordeel het allereerst de wetgever is aan wie de beoordeling van de grondwettigheid van een wet toekomt en aan wie dit oordeel, daarbij terzijde gestaan door de Raad van State, kan worden toevertrouwd. Dat geldt overigens evenzeer voor de toetsing van wetten aan rechtstreeks werkende verdragsbepalingen. Een openbaar debat met een beslissing van de regering en de vertegenwoordigende organen biedt goede waarborgen voor toetsing van de grondwettigheid. Van een totstandgekomen wet mag worden verondersteld dat deze in overeenstemming is met de Grondwet (en met internationale verdragen waarbij Nederland partij is). Voor burger en rechter dient de wet het uitgangspunt te zijn. Artikel 120 drukt dit primaat van de wetgever uit. Handhaving van dit artikel is dan ook een verdedigbare optie.

Optie 2: Aanvullende toetsing van de wet aan de Grondwet door de rechter

Anderzijds ziet het kabinet onder ogen dat toetsing in het wetgevingsproces beperkingen kent. Het is niet mogelijk de betekenis van de wet voor alle individuele gevallen te voorzien. Evenmin is het mogelijk met alle toekomstige feitelijke ontwikkelingen en verschuivingen in maatschappelijke opvattingen rekening te houden. De uitleg van de Grondwet en de wet evolueert. De wetgever kan een alleszins gerechtvaardigde uitleg van de wet voor ogen hebben gehad die in het licht van nadien ontwikkelde rechtsopvattingen niet houdbaar blijkt. De Grondwet is immers bedoeld als een levend document. Dit wordt nog versterkt door het feit dat verdragsartikelen betreffende grondrechten vaak in de eerste plaats worden uitgelegd door internationale of supranationale organen. Een niet voorziene wending in de jurisprudentie van dergelijke organen kan ook gevolgen hebben voor de interpretatie van nationale grondrechten voor zover deze samenhangen met de internationale grondrechten.

Gelet op de beperkingen van toetsing in het wetgevingsproces kan *aanvulling* met toetsing door de rechter ter bescherming van de burger in een concreet geval, met het oog waarop ook toetsing aan verdragsbepalingen mogelijk is, worden verdedigd.

Naast deze meer algemene overwegingen over de vraag in welke fase toetsing van de wet aan de Grondwet is aangewezen, liggen ook andere argumenten ten grondslag aan het oordeel over de wenselijkheid van een rechterlijk toetsingsrecht.

b. Nadere argumenten voor en tegen een rechterlijk toetsingsrecht

Eenzijds kan worden betoogd dat een rechterlijk toetsingsrecht, waarbij de rechter een wet buiten toepassing kan verklaren, een onaanvaardbare inbreuk is op de soevereiniteit van de wetgever. Zoals hiervoor gesteld: de democratisch tot stand gekomen wet moet voor burger en rechter het uitgangspunt zijn.

Daar staat tegenover dat de wetgever gezien artikel 94 van de Grondwet ten aanzien van de rechtsgeldigheid van de wet ook nu reeds niet steeds het laatste woord heeft: de rechter kan de wet buiten toepassing laten wegens strijdigheid met een verdragsbepaling. De toetsing aan verdragsbepalingen kan ingrijpender gevolgen voor de nationale rechtsorde hebben dan toetsing aan de Grondwet. Allereerst omdat in dat geval ook de Grondwet niet buiten schot blijft. In de tweede plaats omdat in dat geval de wetgever weinig mogelijkheden heeft om de rechterlijke uitspraak bij te sturen. De Nederlandse wetgever kan verdragen immers niet eenzijdig wijzigen en opzegging is veelal niet wenselijk. Theoretisch is het eenvoudiger de Grondwet te wijzigen naar aanleiding van rechterlijke uitspraken. In dit verband is ook van belang dat de formele wet niet zelden slechts een kader biedt en normatieve bepalingen in hoofdzaak zijn opgenomen in uitvoeringsregelgeving, die wel aan de Grondwet kan worden getoetst.

Eenzijds kan worden betoogd dat toetsing door de wetgever die, althans gedeeltelijk, democratisch is gekozen, in beginsel meer waarborgen biedt dan toetsing door de rechter die wordt benoemd voor het leven. Anderzijds moet rekening worden gehouden met het feit dat de Grondwet wordt gegeven door organen die ook de wetgeving tot stand brengen. Dat betekent dat dezelfde organen zowel de Grondwet interpreteren als de verenigbaarheid van wetgeving met de Grondwet vaststellen. Dit impliceert een vergaande bevoegdheid voor de wetgevende organen. Aan die bevoegdheid kunnen, ook ter bescherming van minderheden, grenzen worden gesteld, door een onafhankelijke derde, te weten een rechter, op die machtsuitoefening te laten toezien.

Verder kan worden verdedigd dat de finale grondwettigheidstoets niet alleen juridische maar ook politieke elementen bevat en daarom uitsluitend behoort toe te komen aan de democratisch gekozen volksvertegenwoordiging. Daartegenover staat dat deze argumenten veel van hun betekenis hebben verloren sinds de invoering in 1953 van het rechterlijk toetsingsrecht van wetten aan een ieder verbindende verdragsbepalingen en sinds de voorrang van het Europese recht boven het nationale recht. In veel gevallen gaat het bij de toetsing aan verdragsbepalingen om toetsing aan grondrechten die ook in de Grondwet zijn opgenomen¹. De stap naar rechterlijke toetsing aan de nationale grondrechten, is vanuit dit gezichtspunt logisch en beperkt van omvang.

Een nadeel van rechterlijk toetsingsrecht is op het eerste gezicht dat het tot meer rechtsonzekerheid leidt. Een rechterlijk oordeel inzake de ongrondwettigheid blijft totdat dat oordeel er is, als zwaard van Damocles boven de wet hangen. Het maatschappelijk verkeer heeft zich ingesteld op de rechtstoestand zoals die door de wet in het leven is geroepen, en moet dan ondervinden dat, soms jaren later, deze wet onverbindend blijkt te zijn geweest wegens strijd met de Grondwet. Daartegenover kan worden gesteld dat de aantasting van de rechtszekerheid als zodanig geen argu-

¹ Gelijkheidsbeginsel in het IVBPR-verdrag en het EG-verdrag, klassieke grondrechten in het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).

ment is tegen constitutionele toetsing maar tegen toetsing in het algemeen. Dezelfde problemen doen zich voor bij de reeds bestaande toetsingsmogelijkheden aan verdragsbepalingen en het EG-recht, en voor wat lagere regelgeving betreft ook bij de toetsing aan de Grondwet. De ervaring hiermee leert dat de rechter oog heeft voor de ongewenste gevolgen die toetsing zou kunnen hebben. Op de technieken die de rechter hanteert om al te plotselinge of te ingrijpende wijzigingen in het wettelijk stelsel te temperen wordt ingegaan in paragraaf 7.

Een voordeel van rechterlijke toetsing is dat de Grondwet als eerste bron van nationaal recht in de rechtspraak aan gezag zal winnen. In het kabinetsstandpunt «grondrechten in het digitale tijdperk» is al aangegeven dat vanwege de wél plaatsvindende rechterlijke interpretatie van internationale mensenrechten een steeds groter verschil in ontwikkeling is ontstaan tussen de internationale mensenrechten en de in de Grondwet vastgelegde grondrechten¹. De Grondwet wordt van veel groter belang voor de burger als constitutionele toetsing wordt ingevoerd. Nu doet de burger eerder een beroep op de bescherming die internationale verdragen hem bieden dan op de Grondwet. Dat laatste kan hem immers niet baten (althans voor zover het om toetsing van wetten in formele zin gaat). Bovendien geldt dat grondrechtenbescherming in mensenrechtenverdragen veelal een minimumbeschermingsniveau bevat en de nationale bescherming verder kan gaan (dit is bijvoorbeeld tot uitdrukking gebracht in artikel 1 van het EVRM).

5. De omvang van een rechterlijk toetsingsrecht

a. Algemeen

Vanuit het perspectief van een eventuele bevoegdheid voor de rechter om de formele wet te toetsen aan bepalingen uit de Grondwet, laten deze bepalingen zich grofweg in drie categorieën onderverdelen, namelijk institutionele bepalingen, grondrechten (sociaal en klassiek) en een ieder verbindende bepalingen (klassieke grondrechten in hoofdstuk 1 van de Grondwet en enkele daaraan verwante bepalingen).

Voor de omvang van een toetsingsrecht zijn daarom globaal genomen drie opties denkbaar:

1. toetsing aan de hele Grondwet;
2. toetsing aan de grondrechten van hoofdstuk 1 (en eventueel nog enkele daaraan verwante bepalingen) en
3. toetsing aan een ieder verbindende bepalingen (klassieke grondrechten en daaraan verwante bepalingen).

Optie 1. Toetsing aan de hele Grondwet

Zoals eerder naar voren is gebracht is toetsing van wetgeving aan de Grondwet in de westerse wereld min of meer gemeengoed. Het gaat in het algemeen om toetsing aan de gehele Grondwet, niet zelden door een bijzondere, daartoe ingestelde rechter. Achtergrond van een dergelijk toetsingsrecht is veelal dat er behoefte is de verhoudingen tussen verschillende overheden of overheidsorganen, zoals vastgelegd in de constitutie, door een onafhankelijke derde te laten beschermen. (In Duitsland bijvoorbeeld de bevoegdheidsverdeling tussen Bondsstaat en landen, in Frankrijk die tussen president en parlement). Daarnaast speelt ook de bescherming tegen inbreuken door de wetgever op grondrechten een rol. Het is zeer de vraag of aan een dergelijk vergaand model in een decentrale eenheidsstaat als de Nederlandse – waarin de verhouding tussen de verschillende overheidsorganen een andere is dan in federale staten en in staten met een presidentieel stelsel – behoefte is. Het perspectief zou dan in elk geval primair een ander perspectief zijn dan dat van bescherming van de burger.

¹ Kamerstukken II 1999/2000, 27 460, nr. 1, blz. 42.

Optie 2. Toetsing aan hoofdstuk 1 van de Grondwet

De in hoofdstuk 1 van de Grondwet opgenomen grondrechten moeten worden gekwalificeerd als fundamentele norm voor de bescherming en ontplooiing van de mens. Het is denkbaar toetsing van de formele wet aan al die fundamentele normen mogelijk te maken. De grondrechten van hoofdstuk 1 laten zich, althans dogmatisch gezien, onderscheiden in zogenaamde klassieke en sociale grondrechten. Klassieke grondrechten vestigen een rechtens afdwingbare aanspraak voor de burger, terwijl sociale grondrechten instructienormen voor de overheid bevatten. Betoogd kan worden dat klassieke grondrechten in de praktijk veelal ook een sociale dimensie hebben en omgekeerd. Zo wordt artikel 1 van de Grondwet (gelijke behandeling) wel aangeduid als klassiek grondrecht, omdat het een aanspraak geeft aan een ieder die zich in Nederland bevindt. Het recht beoogt echter ook de Nederlandse samenleving te ordenen volgens het beginsel van gelijke behandeling van een ieder. Soms ook bevat een artikel van hoofdstuk 1 van de Grondwet onmiskenbaar zowel klassieke als sociale elementen. Ook in internationale verdragen is het onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten niet steeds haarscherp. Zo komt in jurisprudentie over artikel 6 EVRM (recht op een eerlijk proces) naar voren dat dit recht ook een sociale dimensie heeft. Het vereist het instandhouden van voorzieningen binnen het stelsel van rechtsbescherming.¹ In het licht van het vorenstaande is, zo wordt wel betoogd, het onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten moeilijk te hanteren. Het maken van onderscheid zou bovendien de indruk kunnen wekken dat het ene grondrecht meer betekenis heeft dan het andere. Alle grondrechten maken echter deel uit van het rechtssysteem en dienen, zo kan wel worden gesteld, op gelijke wijze een rol te kunnen spelen in een juridische procedure.

Anderzijds is onmiskenbaar dat daar waar de bepalingen in hoofdstuk 1 van de Grondwet de wetgever een opdracht geven, blijkens de bedoeling van de grondwetgever, deze organen een grote vrijheid is gegeven te beslissen in welke mate en in welk tempo zij op dat terrein wetgevend wil optreden. De ruime beleidsmarge die deze bepalingen inhouden voor de wetgever (en besturende organen), maakt dat zij zich niet of nauwelijks tot toetsingscriterium in een individueel geval lenen. In die zin is het maken van een onderscheid tussen meer klassieke en meer sociale grondrechten, soms binnen één artikel van de Grondwet, goed mogelijk.

Optie 3: Toetsing aan een ieder verbindende bepalingen

Hiervoor kwam aan de orde dat toetsing van de wet aan de Grondwet in het wetgevingsproces beperkingen kent. Deze beperkingen doen zich met name gelden bij de grondwettelijke bepalingen die onmiskenbaar een ieder bindend zijn, die rechten en vrijheden toekennen aan burgers waarop zij in een concreet geval een beroep kunnen doen. Dit zijn allereerst de zogenaamde klassieke grondrechten zoals opgenomen in hoofdstuk 1 en daarnaast nog enkele bepalingen met een vergelijkbaar karakter, zoals artikel 113, derde lid, van de Grondwet (geen vrijheidsstraf zonder voorafgaande rechterlijke uitspraak). Juist immers door schending van deze bepalingen kan het individu – ter bescherming waarvan zij dienen – worden getroffen op een wijze die mogelijk niet kon worden voorzien door de wetgever. Hier doet zich dus de behoefte aan rechterlijke, op rechtsbescherming gerichte toetsing veel meer voelen, dan bij de overige bepalingen in de Grondwet die veelal betrekking hebben op de organisatie van de overheid, de verdeling van bevoegdheden over verschillende overheidsorganen danwel zich tot de overheid richten met bijvoorbeeld een zorgplicht.

¹ EHRM 9 oktober 1979, Arey t. Ierland, Series A, vol. 32, NJ 1980, 376, m.nt. Alkema.

Een eventuele toetsing aan een ieder verbindende bepalingen, hierna gemakshalve aangeduid als klassieke grondrechten, heeft als voordeel dat

daarmee de anomalie dat wel kan worden getoetst aan een ieder verbindende bepalingen in verdragen en niet aan vergelijkbare bepalingen in de Grondwet wordt opgeheven¹.

De invoering van rechterlijke toetsing van wetten aan nationale klassieke grondrechten kan worden beschouwd als een stap die in de lijn van de rechtsontwikkeling ligt en een bescheiden uitbreiding inhoudt van het bestaande rechterlijke toetsingsrecht.

b. Meerwaarde van toetsing aan nationale grondrechten

Toetsing van de formele wet aan klassieke grondrechten zou het meest aansluiten bij de al bestaande toetsingsmogelijkheden. Indien toetsing aan klassieke grondrechten wordt overwogen, is het zinvol na te gaan of een dergelijke toetsing betekenis kan hebben naast de bestaande toetsing aan verdragsbepalingen.

In het kabinetsstandpunt «grondrechten in het digitale tijdperk» is reeds gewezen op de meerwaarde van de nationale grondrechten in internationaal perspectief.² In bepaalde opzichten biedt de Grondwet meer bescherming dan verdragen. Ter illustratie hiervan wordt het volgende overzicht gegeven.

Diverse vrijheidsrechten (levensovertuiging, meningsuiting en vergadering en betoging) in hoofdstuk 1 van de Grondwet worden gegarandeerd onder de clause «behoudens ieders verantwoordelijkheid voor de wet». Deze clause betekent niet alleen dat delegatie niet is toegestaan, maar houdt tevens een instructie aan de wetgever in dat hij niet door het gebruik van vage formuleringen ten aanzien van het betreffende onderwerp de hem opgedragen taak in feite aan een lager orgaan overlaat³. De corresponderende mensenrechtenbepalingen in verdragen⁴ bevatten niet een zodanige instructie aan de wetgever in formele zin. Constitutionele toetsing kan op dit punt dus een meerwaarde opleveren. Ook het verbod op preventieve censuur in artikel 7 van de Grondwet biedt een meerwaarde ten opzichte van de in mensenrechtenverdragen opgenomen vrijheid van meningsuiting omdat daarin een dergelijk verbod niet is opgenomen. De in artikel 8 van de Grondwet neergelegde vrijheid van vereniging kan uitsluitend in het belang van de openbare orde worden beperkt. Internationale mensenrechtenbepalingen over dit onderwerp kennen meer doelcriteria⁵. Artikel 12 van de Grondwet (huisrecht) stelt procedurele eisen aan binnentreding (voorafgaande legitimatie en doelvermelding) die ontbreken in corresponderende mensenrechtenverdragen.

c. Tussenconclusie over een eventueel rechterlijk toetsingsrecht en de omvang daarvan

Toetsing van de wet aan de Grondwet vindt allereerst plaats door de wetgever, die daartoe goed in staat is. Aanvullende toetsing door de rechter ter bescherming van de burger kan wel worden verdedigd. Aan een dergelijk rechterlijk toetsingsrecht kleven echter zowel voor- als nadelen die elkaar min of meer in evenwicht houden. Dit betekent dat handhaving van artikel 120 van de Grondwet een verdedigbare optie is. Alles afwegend heeft het kabinet toch een zekere voorkeur voor introductie van de bevoegdheid van de rechter formele wetten te toetsen aan klassieke grondrechten. Doorslaggevende argumenten hiervoor zijn dat toetsing in het wetgevingsproces beperkingen kent die zich met name doen gelden bij deze bepalingen en dat hierdoor de anomalie dat de wet niet kan worden getoetst aan nationale klassieke grondrechten en wel aan vergelijkbare rechten in verdragsbepalingen kan worden weggenomen. Bijkomend voordeel van introductie van een rechterlijk toetsingsrecht is

¹ Er vindt wel toetsing plaats aan zogenaamde sociale grondrechten in verdragen, bijvoorbeeld het stakingsrecht. Deze laten zich echter naar aard en omschrijving niet goed vergelijken met de nationale sociale grondrechten die aanmerkelijk ruimer zijn.

² Kamerstukken II 1999/2000, 27 460, nr. 1, par. 2.4.

³ Naar een nieuwe Grondwet, Algehele grondwetsherziening, deel 1b Grondrechten (Eerste Kamer). Documentatiereeks deel 18, Den Haag 1979, p. 23.

⁴ Artikelen 9 EVRM en 16 IVBPR (godsdienstvrijheid), 10 EVRM en 19 IVBPR (vrijheid van meningsuiting), 11 EVRM en 19 IVBPR (vrijheid van vergadering en betoging).

⁵ Artikel 11 EVRM en 22 IVBPR.

dat de Grondwet aan gezag kan winnen ten opzichte van internationale verdragen.

Een dergelijk toetsingsrecht is een bescheiden uitbreiding van de bevoegdheid te toetsen aan een ieder verbindende verdragsbepalingen. Zij zal naar verwachting dan ook niet leiden tot verdergaande juridisering nu reeds (internationale) grondrechten kan worden getoetst. Doorgaans zal in een gerechtelijke procedure die toch al wordt gevoerd, vermeende strijdigheid met de Grondwet een extra argument zijn.

Onduidelijkheden over de vraag aan welke bepalingen van de Grondwet kan worden getoetst moeten worden vermeden. Dit betekent dat in de Grondwet de toetsbare bepalingen moeten worden opgesomd. Deze systematiek is ook door de Hoge Raad geadviseerd. Tot de een ieder verbindende bepalingen in de Grondwet kunnen worden gerekend de bepalingen uit hoofdstuk 1 die een waarborg bevatten en enkele bepalingen uit andere hoofdstukken van de Grondwet die trekken van een – klassiek – grondrecht bevatten. Gedacht kan worden aan de volgende opsomming: de artikelen 1 tot en met 8, 9, eerste lid, 10, eerste lid, 11 tot en met 17, 18, eerste lid, 19, derde lid, 54, 99, 113, derde lid, 114, 121 en 129, eerste lid. Overwogen is de opsomming uit te breiden met artikel 23, tweede lid. Artikel 23 heeft een uitgesproken gemengd karakter: het bevat zowel klassieke (zoals de in het tweede lid gegarandeerde onderwijsvrijheid) als sociale aspecten (bijvoorbeeld de zorg voor het onderwijs in het eerste lid), soms worden beide aspecten in één lid gecombineerd (bijvoorbeeld het derde lid). Daarnaast is het vierde lid moeilijk aan te merken als een uitsluitend sociaal of klassiek aspect van de onderwijsvrijheid. Ook in andere artikelen van de hoofdstuk 1 van de Grondwet komt een gemengd karakter wel voor. Artikel 23 onderscheidt zich in zoverre van andere grondrechten met een gemengd karakter, dat de te onderscheiden leden nauwe onderlinge samenhang vertonen. Daar komt bij dat artikel 23 geen pendant in het Europese en internationale verdragsrecht kent, hetgeen bij de andere grondrechten wel het geval is. Ook het klassieke tweede lid leent zich daarom minder goed voor rechterlijke toetsing. Daar komt bij dat artikel 23 meer dan de andere grondrechten uit hoofdstuk 1 politiek van karakter is en rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan bedoeld artikel in een individueel geval minder voor de hand ligt.

Constitutionele toetsing wordt vaak in verband gebracht met toetsing aan fundamentele rechtsbeginselen. In de kern gaat het er bij toetsing aan deze beginselen om, dat de rechter de inhoud van het ongeschreven recht bepaalt. Bij de formulering van deze beginselen, de beperkingen daarop en de onderlinge rangorde ervan ontbreekt elke dialoog tussen rechter en wetgever. Een correctie van de normen waaraan is getoetst door de wetgever is, anders dan bij toetsing aan grondwettelijke normen nauwelijks meer mogelijk. Aan rechterlijke toetsing van wetgeving aan fundamentele rechtsbeginselen zijn dan ook meer nadelen verbonden dan aan toetsing aan de Grondwet. Het kabinet wijst een zodanige toetsing dan ook nadrukkelijk af.

6. Tot toetsing bevoegde rechterlijke instantie en gevolgen van invoering van toetsing voor het staatsbestel

a. Opties

In het verlengde van de hierboven besproken vraag naar de omvang van het rechterlijk toetsingsrecht ligt de vraag naar de instantie(s) die bevoegd moet(en) zijn om in voorkomende gevallen wetten in formele zin te toetsen aan de Grondwet. Tevens doet zich de vraag voor of introductie van een toetsingsrecht moet leiden tot wijzigingen in het staatsbestel.

Zoals in de vorige paragraaf naar voren is gebracht heeft het kabinet een zekere voorkeur voor rechterlijke toetsing van de wet aan klassieke grondrechten waardoor nauw wordt aangesloten bij de mogelijkheden die de rechter al heeft om de wet te toetsen aan verdragbepalingen. Dit gegeven is naar de opvatting van het kabinet van belang voor de wijze waarop uitbreiding van het toetsingsstelsel wordt vormgegeven. Dit neemt niet weg dat het zinvol is mogelijke varianten in overweging te nemen, waarbij toetsing aan klassieke grondrechten het kader is van waaruit de verschillende opties worden beoordeeld. Opnieuw laat zich een aantal opties onderscheiden:

1. Toetsing door een constitutioneel hof en een doordenking van de verhoudingen in het staatsbestel
2. Geconcentreerde toetsing door een of enkele hoogste rechters
3. Gespreide toetsing overeenkomstig de wijze waarop thans wetten en lagere regelgeving wordt getoetst.

Optie 1. Een bijzondere constitutionele rechter en overige wijzigingen in het staatsbestel

Het zou denkbaar zijn een bijzondere rechterlijke instantie de bevoegdheid van constitutionele toetsing van wetten in formele zin toe te kennen. In verschillende buitenlandse rechtsstelsels is voor deze mogelijkheid gekozen. In die stelsels is echter veelal (juist) sprake van toetsing aan institutionele grondwettelijke bepalingen en heeft de totstandkoming van de bijzondere instantie een specifieke met het desbetreffende rechts- en politieke systeem samenhangende wordingsgeschiedenis. In die stelsels is de constitutionele rechter een machtsfactor van betekenis in het staatsbestel. Ook dat hangt samen met het feit dat die rechter, gezien de ruime omvang van zijn toetsingsrecht, als constitutionele arbiter in conflicten tussen overheidsorganen functioneert. Bij een bescheiden toetsingsrecht ligt een apart constitutioneel hof minder voor de hand, mede gezien de mogelijkheden die de Nederlandse rechter al heeft om wetten te toetsen. Zowel de burgerlijke rechter, de strafrechter als de bestuursrechter zijn vertrouwd met de toetsing van regelgeving. Deze omstandigheid vormt een belangrijk argument om bij de aanwijzing van het tot toetsing bevoegde orgaan aansluiting te zoeken bij de bestaande praktijk en de toetsing niet op te dragen aan een bijzonder daartoe in het leven te roepen college. De partiële opheffing van het toetsingsverbod vormt vanuit het gezichtspunt van de rechterlijke taakuitoefening immers geen wezenlijke, maar slechts een graduele wijziging in het bestaande rechtssysteem.

Zou echter een ruimere toetsing worden overwogen, bijvoorbeeld aan heel de Grondwet, dan komt de instelling van een constitutioneel hof wel in zicht. Tevens zou in dat geval het staatsbestel in meer ruime zin onder de loep moeten worden genomen. Zo zou instelling van een constitutionele rechter gevolgen kunnen hebben voor de positie van de Eerste Kamer en de Raad van State.

Opties 2 en 3. Geconcentreerde of gespreide toetsing

Naast de vraag of de toetsing van formele wetten aan de Grondwet kan worden ondergebracht in de bestaande rechterlijke organisatie, speelt de vraag of er aanleiding is de toetsing geconcentreerd bij één hoogste rechtscollege onder te brengen of aansluiting te zoeken bij het nu gebruikelijke stelsel van toetsing door de rechter voor wie de concrete zaak speelt. Geconcentreerde toetsing zou vorm kunnen worden gegeven door elke rechter die overweegt de hem voorgelegde vraag of een wet in formele zin in strijd is met nationale klassieke grondrechten of met een verdragsbepaling bevestigend te beantwoorden, op te dragen hierover een prejudiciële beslissing te vragen aan een hoogste college, bijvoorbeeld de Hoge Raad, of ieder hoogste rechterlijke colleges in de te onder-

scheiden kolommen (Hoge Raad, Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, Centrale Raad van Beroep, College van Beroep voor het bedrijfsleven¹. Een voordeel is dat snel en definitief zekerheid kan worden verkregen over de grondwettigheid van een wet. Hier kan tegen worden ingebracht dat er weliswaar eerder een beslissing over de grondwettigheid van een hoogste rechter wordt verkregen, maar dat het langer duurt voordat een rechterlijke uitspraak in het concrete geschil c.q. de concrete strafvervolgning is gedaan. Dit kan vanuit het oogpunt van rechtsbescherming van de burger met name in spoedprocedures, tot onoverkomelijke bezwaren leiden vanuit het oogpunt van de burger. Tevens is onzeker of geconcentreerde toetsing niet zal leiden tot een flessenhalsproblematiek omdat aan de rechterlijke instantie waaraan de prejudiciële beslissing is opgedragen, veel vragen worden voorgelegd.

Als ander voordeel van geconcentreerde toetsing wordt wel gezien dat deze de rechtseenheid ten goede komt. Over het vraagstuk van rechtseenheid in het algemeen wordt reeds in ander verband gediscussieerd. Verwezen wordt naar de brief van de minister van Justitie van 18 mei 2001 en de daarbij meegezonden nota over de derde fase van de rechterlijke organisatie². In het kader van deze nota wordt wat betreft het aspect van de rechtseenheid daarom volstaan met de volgende opmerkingen. Er is in de ogen van het kabinet geen bijzondere reden om voor constitutionele toetsing van formele wetten, met als uitgangspunt dat deze beperkt zou moeten blijven tot toetsing aan klassieke grondrechten, andere eisen aan rechtseenheid te stellen dan voor andere gevallen. Het argument dat het gaat om toetsing van formele wetgeving pleit niet vanzelfsprekend voor een bijzondere voorziening, bijvoorbeeld prejudiciële toetsing of cassatie bij één instantie, want formele wetten worden ook nu al getoetst. Daarbij moet worden bedacht dat op grond van het EG-recht *iedere* rechter zal moeten toetsen aan het EG-recht. Het is dus niet mogelijk de toetsing van formele wetten geheel in handen van één rechtscollege te leggen. Verplichte geconcentreerde toetsing zal immers geen betrekking kunnen hebben op het gemeenschapsrecht.

Het huidige stelsel van gespreide toetsing heeft voordelen. Deze hangen in de eerste plaats samen met het feit dat rechterlijke toetsing met name is gericht op de rechtsbescherming van de burger. Bij een eventuele uitbreiding van de toetsingsmogelijkheden van de rechter tot klassieke grondrechten en vergelijkbare bepalingen verandert dat blikveld niet³. De rechter dient te oordelen over de rechtsgeldigheid van de toepassing van een regel in het concrete geval. De aangewezen plaats om de rechtsbescherming te verwezenlijken is de rechter in eerste aanleg. Dat kan de strafrechter, de bestuursrechter of de burgerlijke rechter zijn. Het ligt niet direct voor de hand deze rechters over één bepaald aspect in de zaak geen zelfstandige bevoegdheid tot oordelen te geven. Met name in kort gedingen en strafzaken kan het vragen van een prejudiciële beslissing in strijd komen met de vereiste spoed. Vooral in strafzaken hangt dit samen met het feit dat de prejudiciële beslissing vaak betrekking zal hebben op een deelaspect en er niet aan in de weg hoeft te staan dat in alle voorhanden zijnde instanties door zal worden geprocedeerd. Het vragen van de prejudiciële beslissing kan dan een zodanige vertraging tot gevolg hebben dat de zaak niet meer, zoals artikel 6, eerste lid, van het EVRM eist, binnen een redelijke termijn kan worden behandeld.

Als nadeel van prejudiciële toetsing wordt ook wel gezien dat de vraag over één aspect van de zaak min of meer wordt losgeweekt van het concrete geval waarop de rechter die de zaak onder zich heeft het best zicht heeft. Hiervoor is er al op gewezen dat het rechterlijk toetsingsrecht ziet op het beoordelen van de toepassing van een wettelijke bepaling in een concreet geval. Wanneer blijkt dat die toepassing in dat concrete geval in strijd is met hoger recht, wordt de bepaling voor dat geval in

¹ Volledigheidshalve: en het Hof Leeuwarden ingevolge de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften.

² Kamerstukken II 2000/01, 26 352, nr. 47.

³ Dat zou anders kunnen zijn indien de rechter ook zou toetsen aan bijvoorbeeld de institutionele bepalingen en (ook) zou gaan fungeren als een constitutionele rechter.

beginsel buiten toepassing gelaten¹. Dit behoeft voor de toepassing van de bepaling in andere gevallen geen gevolgen te hebben. Het beoordelen van de vraag over de grondwettigheid van een wettelijke bepaling door een andere rechter dan de rechter bij wie de zaak aanhangig is, kan eerder aanleiding geven tot een abstracte beoordeling. Dat wil zeggen dat min of meer los van het concrete geval een oordeel wordt gegeven over de grondwettigheid van een bepaling. Een dergelijk oordeel strekt zich al snel uit tot andere zaken dan de zaak die aanleiding gaf tot de procedure. Het prejudiciële oordeel kan dus verdergaande gevolgen hebben voor de regeling waaraan wordt getoetst, dan het geval zou zijn bij een meer op het concrete geval gerichte toetsing.

Het is niet wenselijk als in de praktijk voor nauw samenhangende toetsingsgronden verschillende stelsels gelden. Bij geconcentreerde toetsing zal hieraan, zoals hiervoor al aangegeven, niet geheel kunnen worden ontkomen gelet op het feit dat op grond van het EG-verdrag iedere rechter zal moeten toetsen aan het gemeenschapsrecht en daarover eventueel een prejudiciële vraag kan voorleggen aan het EG-Hof van Justitie². Dit wordt problematischer naarmate grondrechten een belangrijker deel van het EG-recht gaan uitmaken. Een zeker voordeel van gespreide toetsing is dat het verlies aan onmiddellijke rechtseenheid wordt gecompenseerd doordat verschillende rechters gelegenheid hebben de juiste uitleg van de Grondwet in een specifiek geval te zoeken. Door de mogelijkheid van hoger beroep en beroep in cassatie biedt het stelsel van gespreide toetsing meer waarborgen voor een diepgaande analyse en beoordeling van de grondwettigheid.

b. Tussenconclusie over de vraag aan wie een eventueel recht de formele wet te toetsen aan klassieke grondrechten moet worden opgedragen

Een rechterlijk toetsingsrecht kan op diverse manieren worden vormgegeven. Bij een toetsingsrecht dat is beperkt tot de klassieke grondrechten, past echter het best het model van gespreide toetsing, zoals dat nu al functioneert voor toetsing aan verdragsbepalingen. Een verdergaand toetsingsrecht, bijvoorbeeld aan heel de Grondwet, zou wel aanleiding kunnen geven instelling van een constitutioneel hof in overweging te nemen. Dit zou gevolgen kunnen hebben voor het evenwicht van de machten in het staatsbestel en kunnen leiden tot het verder doordenken van bijvoorbeeld de positie van de Eerste Kamer en de Raad van State.

7. Uitkomst van de toetsing

a. Door de rechter gehanteerde technieken

In het licht van het vraagstuk van constitutionele toetsing is het van belang aandacht te besteden aan de gevolgen van het rechterlijk oordeel dat een wettelijke bepaling in strijd is met de Grondwet. Die gevolgen kunnen worden ontleend aan de wijze waarop de rechter omgaat met zijn huidige toetsingsrechten.

Het in kaart brengen van de mogelijke gevolgen is vooral van belang in verband met de vrees voor aantasting van de rechtszekerheid door invoering van constitutionele toetsing van de formele wet. Al eerder is opgemerkt dat de vrees voor aantasting van de rechtszekerheid een argument is tegen toetsing van regelgeving in het algemeen en niet zozeer tegen constitutionele toetsing van formele wetgeving in het bijzonder. De ervaringen met toetsing van lagere regelgeving leren dat het oordeel dat een wettelijke bepaling in strijd is met hoger recht, in beginsel twee soorten gevolgen kan hebben: de gevolgen kunnen beperkt blijven tot het concrete geval dan wel doorwerken in de verbindendheid van de regeling

¹ Het kan voorkomen dat de rechter een minder vergaande uitspraak doet. Hij hanteert dan een zogenaamde temperingstechniek, zie hierover nader paragraaf 7.

² Toetsing aan andere internationale bepalingen kan wel geconcentreerd plaatsvinden.

in het algemeen. Een belangrijke meerwaarde van constitutionele toetsing door de rechter is dat hij, anders dan de wetgever, rekening kan houden met de concrete omstandigheden van het geval. Dit voordeel blijkt met name ook uit de gevolgen van de rechterlijke toetsing. Het oordeel dat een wettelijke bepaling in een voorliggend geval in strijd is met de Grondwet, brengt met zich dat die bepaling in dat concrete geval niet van toepassing kan zijn. Daarmee is nog niet gezegd dat de bepaling in het algemeen haar gelding heeft verloren, maar slechts dat die bepaling in het voorliggende geval geen toepassing mag hebben.

De rechter kan echter verder gaan en de onverbindendheid van de wettelijke bepaling in het algemeen constateren. Een dergelijk oordeel heeft verstrekkende consequenties. De rechter heeft daar ook oog voor en past daarom wel zogenaamde temperingstechnieken toe, waarvan hieronder een globaal beeld wordt geschetst¹. Daarbij dient bedacht te worden dat slechts voor zover de wet in strijd is met hoger recht, zij onverbindend kan worden verklaard. Dit betekent dat de onverbindendheid niet de gehele wettelijke regeling behoeft te betreffen, doch beperkt kan blijven tot een bepaald gedeelte van die wet of een bepaalde bepaling. Een botsing van de wet met een grondrecht tast die wet alleen aan, voor zover de strijdigheid met het grondrecht dat eist.

Zoals ook de Hoge Raad in zijn advies van 31 oktober 1991 aangeeft, blijft voor de rechter het wettelijk stelsel uitgangspunt bij de rechtsvinding. Dit heeft tot gevolg dat de rechter zal proberen om te komen tot een grondwetsconforme uitleg. In de Duitse rechtspraak is hiermee veel ervaring opgedaan². Verder blijft veelal de mogelijkheid van corrigerend optreden door de wetgever bestaan: vaak zijn het bepaalde implicaties van bepalingen die tot het oordeel van ongrondwettigheid leiden en een nieuwe regeling kan de situatie rechttrekken.

Als de rechtsontwikkeling er langzamerhand toe leidt dat strijd ontstaat waar deze voordien niet aanwezig werd geacht, bijvoorbeeld in verband met de voortgang in het denken over gelijkheid, heeft de rechter de mogelijkheid in zijn jurisprudentie aan te geven dat gaandeweg de tijd is gekomen voor wetwijziging. Hij kan dan terughoudendheid betrachten in afwachting van ingrijpen door de wetgever. Soms constateert de rechter expliciet een verdragsschending, maar laat hij de opheffing daarvan over aan de wetgever, bijvoorbeeld als er verschillende manieren zijn waarop de schending kan worden opgeheven. De Hoge Raad heeft zich wel op het standpunt gesteld dat indien verschillende oplossingen denkbaar zijn en de keuze daaruit mede afhankelijk is van algemene overwegingen van overheidsbeleid of belangrijke keuzen van rechtspolitieke aard, de rechter die keuze vooralsnog aan de wetgever moet overlaten.

De houding van terughoudendheid tot ingrijpen wordt ook wel ingenomen als de rechter de tijd gekomen acht voor een nieuwe interpretatie van bestaande wettelijke voorschriften; ook dan gebeurt het wel dat hij die interpretatie niet meteen omhelst wanneer wetwijziging in aantocht is.

Voorts kan de rechter onder omstandigheden bepalen, dat buitentoevoering of onverbindendheid wegens strijd met de Grondwet uitsluitend ex nunc werkt en dus geen terugwerkende kracht heeft. Een zelfde benadering kan voor de hand liggen bij een wijziging van de interpretatie. Zowel het Hof van Justitie, het EHRM als de Nederlandse rechter hebben deze techniek gehanteerd.

Er kunnen en worden kortom diverse technieken door de rechter toegepast om ongewenste schokken in de rechtsontwikkeling te voorkomen. De

¹ Zie over modaliteiten van toetsing uitvoerig: M. L. P. van Houten; Meer zicht op wetgeving, Rechterlijke toetsing van wetten aan de Grondwet en fundamentele rechtsbeginselen.
² Zie bijv. K. Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen, München 2001, par. 428 e.v. In dit verband is interessant dat de op 2 oktober 2000 in werking getreden Human Rights Act 1998 de Engelse rechter nadrukkelijk opdraagt wetgeving zoveel mogelijk in overeenstemming met de in de Human Rights Act geïncorporeerde mensenrechten te interpreteren.

wijze waarop de rechter om gaat met toetsing is derhalve geen reden niet tot constitutionele rechterlijke toetsing over te gaan.

b. Niet bindend oordeel van de rechter

De mogelijkheid de rechter niet de bevoegdheid te geven een wettelijke bepaling buiten toepassing te laten, maar zijn bevoegdheid te beperken tot een verklaring van onverenigbaarheid, verdient aan het slot van deze paragraaf enige aandacht. Met deze verklaring richt de rechter zich tot de wetgever, voor wie het een aansporing of een verplichting betekent zich te buigen over de omstreden wettelijke bepaling. Bij de algehele herziening van de Grondwet in 1983 heeft het toenmalige kamerlid Van Mierlo een dergelijke toetsingsvariant naar voren gebracht. Deze hield in dat wanneer de Hoge Raad de uitspraak doet dat een bepaalde wet evident in strijd is met een grondrecht of in de praktische toepassing voortdurend leidt tot situaties die strijdig zijn met een grondrecht, die uitspraak geen rechtsgevolg meebrengt voor de aan de Hoge Raad voorgelegde zaak zelf. De uitspraak doet wel een verplichting ontstaan voor parlement en regering om binnen een bepaalde termijn met elkaar een discussie over de betekenis en de gevolgen van die uitspraak te houden.¹ De wetgever heeft derhalve de uiteindelijke beslissing over de vraag of de door de rechter ongrondwettig bevonden wet al dan niet in strijd moet worden geacht met de Grondwet.

In de Engelse Human Rights Act 1998 komt een vergelijkbare toetsingsvariant voor. Een aantal hoogste rechtscolleges kan op grond van die wet een «declaration of incompatibility» uitspreken. Een dergelijke verklaring tast de rechtsgeldigheid van de bestreden wet niet aan, maar dient uitsluitend als een signaal aan het parlement. Het verplicht het parlement niet tot aanpassing van de omstreden wetgeving. Het parlement heeft het laatste woord in dezen, hetgeen in overeenstemming is met de Engelse staatsrechtelijke leer van de «Sovereignty of Parliament».

Vanuit het perspectief dat invoering van een rechterlijk toetsingsrecht wordt overwogen vanwege de rechtsbescherming van de burger in concrete gevallen, kleeft aan deze toetsingsvariant als belangrijk nadeel dat de uitspraak van de rechter een burger in zijn zaak geen soelaas biedt, terwijl de ongrondwettigheid is vastgesteld. Dit zal het rechtsgevoel in hoge mate frustreren. Verder is het de vraag wat een dergelijke variant toevoegt aan de huidige mogelijkheden van de rechter. Indien uit een uitspraak blijkt dat de rechter van oordeel is dat een wettelijke bepaling in strijd is met de Grondwet, zal dit in het algemeen aanleiding zijn voor discussie in het parlement.

c. Tussenconclusie over de wijze waarop de rechter toetst

Ervaring met de bestaande toetsing door de rechter leert dat hij oog heeft voor de gevolgen van zijn oordeel. Er is daarom niet direct aanleiding een eventuele bevoegdheid de formele wet te toetsen aan klassieke grondrechten te beperken tot een aan de wetgever gerichte verklaring omtrent de verenigbaarheid van de wet met de Grondwet. De burger, op wiens rechtsbescherming een tot klassieke grondrechten beperkt toetsingsrecht is gericht, zou bij een dergelijke bevoegdheid met lege handen staan. Een verdergaand toetsingsrecht zou tot een andere conclusie aanleiding kunnen geven.

¹ Handelingen II 1974/75, blz. 2325, 2404, 2431 en 2443.

8. De belangrijkste conclusies samengevat

Na een drietal inleidende paragrafen is in paragraaf 4 de vraag gesteld of invoering van de bevoegdheid van de rechter de formele wet te toetsen aan de Grondwet wenselijk is. Aan invoering van constitutionele toetsing door de rechter blijken verschillende voor- en nadelen verbonden die elkaar min of meer in evenwicht houden. Handhaving van artikel 120 van de Grondwet is daarom een verdedigbare optie.

Anderzijds is met name vanuit het oogpunt van rechtsbescherming van het individu in gevallen die niet door de wetgever konden worden voorzien en vanuit het oogpunt dat de formele wet wel kan worden getoetst aan internationale bepalingen, invoering van constitutionele toetsing door de rechter ook verdedigbaar.

Vervolgens is onderzocht wat de omvang van een eventueel toetsingsrecht zou kunnen zijn (paragraaf 5). Daarbij zijn drie opties onderscheiden:

- toetsing aan de hele Grondwet;
- toetsing aan hoofdstuk 1 van de Grondwet (klassieke en sociale grondrechten) en
- toetsing aan klassieke grondrechten.

Alles afwegende heeft het kabinet niettegenstaande zijn oordeel dat handhaving van artikel 120 een verdedigbare optie is, een zekere voorkeur voor invoering van een rechterlijk toetsingsrecht aan klassieke grondrechten en enkele daaraan verwante bepalingen in de Grondwet. Doorslaggevende argumenten hiervoor zijn dat toetsing in het wetgevingsproces beperkingen kent die zich met name doen gelden bij deze bepalingen en dat hierdoor de anomalie dat de wet niet kan worden getoetst aan nationale klassieke grondrechten en wel aan vergelijkbare rechten in verdragsbepalingen kan worden weggenomen. Bijkomend voordeel van introductie van een rechterlijk toetsingsrecht is dat de Grondwet aan gezag kan winnen ten opzichte van internationale verdragen. De bepalingen waaraan kan worden getoetst dienen in de Grondwet te worden opgesomd. Gedacht kan worden aan de volgende opsomming: de artikelen 1 tot en met 8, 9, eerste lid, 10, eerste lid, 11 tot en met 17, 18, eerste lid, 19, derde lid, 54, 99, 113, derde lid, 114, 121 en 129, eerste lid.

Een dergelijk toetsingsrecht is een bescheiden uitbreiding van de bevoegdheid te toetsen aan een ieder verbindende verdragsbepalingen.

De beperking van het toetsingsrecht tot genoemde bepalingen acht het kabinet van wezenlijke betekenis. Een rechterlijk toetsingsrecht aan de grondwettelijke voorschriften over kort gezegd de staatsinrichting en de tot de overheid gerichte zorgplichtbepalingen, levert niet op dezelfde wijze als rechterlijke toetsing aan grondrechten een bijdrage aan de rechtsbescherming van de burgers in een concreet geval. Bij toetsing aan de gehele Grondwet zou de rechter bovendien een wezenlijk andere functie in het staatsbestel gaan innemen, omdat hij zich dan als een constitutionele arbiter begeeft in de interne organisatie van de andere staatsinstellingen en hun onderlinge verhoudingen. Toetsing aan de fundamentele rechtsbeginselen wijst het kabinet nadrukkelijk af.

Ten slotte is, vanuit de optie van toetsing aan klassieke grondrechten, beoordeeld aan wie een dergelijk toetsingsrecht het beste kan worden opgedragen (paragraaf 6). Ook hier doen zich drie voor de hand liggende opties voor:

1. toetsing door een constitutionele rechter;
2. geconcentreerde toetsing middels een prejudiciële procedure door één of meer bestaande hoogste rechtscolleges en
3. gespreide toetsing (toetsing door die rechter waar de vraag naar de grondwettigheid van een wet zich voordoet).

Overwogen is dat instelling van een constitutioneel hof gevolgen zou kunnen hebben voor het evenwicht der machten en aanleiding kan geven tot een doordenking van het staatsbestel. Bij zowel de opties 1 en 2 zou kunnen worden gedacht aan de mogelijkheid de bevoegdheid van de rechter te beperken tot het afgeven van een verklaring aan de wetgever omtrent de verenigbaarheid van de wet met de Grondwet. Het is dan aan de wetgever te beoordelen of aanpassing van de wet noodzakelijk is (zie paragraaf 7).

Bij een rechterlijk toetsingsrecht dat is beperkt tot de klassieke grondrechten, past vanwege de weergegeven mogelijkheden het best het model van gespreide toetsing, zoals dat nu al functioneert voor toetsing aan verdragsbepalingen. Ervaring met de bestaande toetsing door de rechter leert dat hij oog heeft voor de gevolgen van zijn oordeel. Een verdergaand toetsingsrecht, bijvoorbeeld aan heel de Grondwet, zou wel aanleiding kunnen geven instelling van een constitutioneel hof in overweging te nemen. Dit zou gevolgen kunnen hebben voor het evenwicht van de machten in het staatsbestel en aanleiding kunnen zijn voor het verder doordenken van bijvoorbeeld de positie van de Eerste Kamer en de Raad van State.