

Constitutionele toetsing in de rechtsstaat. Gespreide of geconcentreerde toetsing?

De vraag is of toetsing door de rechter van wetten aan de Grondwet, of meer algemeen aan de constitutie, een kernelement hoort te zijn van de democratische rechtsstaat. Bij de beantwoording van deze vraag is van belang welke plaats de rechter in het staatsbestel hoort in te nemen, en hoe het legaliteitsbeginsel van de rechtsstaat moet worden uitgelegd. De rechter heeft in de rechtsstaat tot taak erop toe te zien dat de overheid zich aan de wet houdt. Hij dient de burger rechtsbescherming te bieden tegen onrechtmatig overheidshandelen, en de grondrechten van de burgers te beschermen.¹

In de rechtstaat dient de wetgever zich te houden aan de Grondwet en aan andere hogere rechtsnormen, zoals algemene rechtsbeginselen. Hij dient daarnaast het Unierecht en verdragsbepalingen in acht te nemen. Het ligt voor de hand te veronderstellen dat de rechter in de rechtsstaat niet alleen de grondwettigheid van bestuurshandelen, maar ook van wetgeving controleert. Alleen op deze wijze kan de rechter zijn controlefuncties in de rechtsstaat ten volle vervullen.

Het toetsingsverbod van art. 120 Gw doet afbreuk aan het uitgangspunt dat de rechter in een rechtsstaat een controlefunctie heeft ten aanzien van al het overheidshandelen. Van oudsher wordt het toetsingsverbod verdedigd met een beroep op het democratieprincipe. Het laatste woord over de grondwettigheid van de wet dient te berusten bij de democratische wetgever. Daarnaast bestaat er de vrees voor een sterkere 'politieke rol' van de rechter, indien hij ruim gebruik maakt van de bevoegdheid wetgeving te toetsen.² Daartegenover staat dat de wetgever bij de totstandkoming van wetgeving niet altijd goed kan overzien of zich bij toepassing ervan in concrete gevallen problemen kunnen voordoen op het punt van grondwettigheid van wetgeving. De rechter kan bij de behandeling van geschillen concrete problemen van constitutionele aard voor de partijen in het geschil oplossen door wettelijke voorschriften die in hun toepassing in een concreet geval onmiskenbaar strijdig zijn met de Grondwet buiten toepassing te laten.

De ruime toetsingsbevoegdheid van de rechter ten aanzien van verdragsbepalingen en Unierecht leert intussen dat principiële bezwaren op grond van het democratieprincipe eigenlijk geen waarde meer hebben. Het toetsingsverbod van art. 120 Gw is in dat opzicht tot een anomalie geworden.

In Europees verband heeft de Venice Commission zich in haar rapportages over de 'Rule of law' herhaaldelijk in positieve zin uitgelaten over het belang van constitutionele toetsing door de rechter, maar mede met het oog op de grote verscheidenheid van rechtssystemen in Europa ziet de Venice Commission constitutionele toetsing (nog) niet als een vereiste voor de rechtsstaat. In een rapport uit 2016 overweegt de Venice Commission met een beroep op het legaliteitsbeginsel: *'State action must be in accordance with and authorised by the law. Whereas the necessity for judicial review of the acts and decisions of the executive and other bodies performing public tasks is universally recognised, national practice is very diverse on how to ensure conformity of legislation with the Constitution. While judicial review is an effective means to reach this goal, there may also be other means to guarantee the proper implementation of the Constitution to ensure respect for the Rule of Law, such as a priori review by a specialised committee.'*³

¹ Zie verder P.P.T. Bovend'Eert, Rechter, rechterlijke organisatie en rechtspraak in de democratische rechtsstaat, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 515-525.

² C.A.J.M. Kortmann, Constitutioneel recht, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 411.

³ Venice Commission, Rule of Law Checklist, 18 maart 2016, p. 21.

In 2021 bracht de Venice Commission naar aanleiding van de toeslagenaffaire op verzoek van de Tweede Kamer een rapport uit over de rechtsbescherming van burgers in Nederland. De Venice Commission merkt in deze rapportage op dat Nederland de enige lidstaat van de Raad van Europa is, waar 'constitutional review' door de rechter uitgesloten is. Dat is overigens nogal kort door de bocht gelet op de ruime bevoegdheid van de Nederlandse rechter om wetten te toetsen aan verdragsbepalingen die ook deel kunnen uitmaken van de Nederlandse (materiële) constitutie. In haar rapportage erkent de Venice Commission dat in de meeste gevallen de toetsingsbevoegdheid van de rechter op grond van art. 94 Gw uitkomst biedt, maar in bepaalde gevallen bieden verdragen, zoals het EVRM, en de rechtspraak van EHRM geen soelaas om rechtsbescherming te bieden. De Venice Commission doet tenslotte wel enkele suggesties betreffende herziening van het toetsingsverbod in Nederland, maar laat helaas ook in deze rapportage na om als zodanig uitbreiding van de rechterlijke toetsingsbevoegdheid in Nederland te bepleiten.

Ontwikkelingen rond het toetsingsverbod

Het toetsingsverbod is omstreden. De discussie over handhaving of afschaffing van het toetsingsverbod is inmiddels een gebed zonder einde. In 2002 werd een initiatiefvoorstel in de Tweede Kamer aanhangig gemaakt dat beoogde het toetsingsverbod deels op te heffen.⁴ Volgens dit initiatiefvoorstel-Halsema bleef het de rechter verboden te treden in de grondwettigheid van wetten. Het basisprincipe van de bestaande regeling bleef dus gehandhaafd. De rechter moest wetten echter buiten toepassing laten, indien die toepassing niet verenigbaar was met een aantal bepalingen van de Grondwet, opgesomd in het voorgestelde art. 120 Gw. De opsomming omvatte voornamelijk klassieke grondrechten.

Het initiatiefvoorstel-Halsema bevatte een beperkte toetsingsbevoegdheid voor de rechter, nu het alleen toetsing aan grondrechten of grondrechtachtige bepalingen mogelijk maakte. De rechter werd niet belast met de oplossing van geschillen over institutionele kwesties.

Na een lijdensweg van zestien jaar sneuvelde het voorstel uiteindelijk doordat de Tweede Kamer het (in strijd met de Grondwet!) vervallen verklaarde.

Constitutioneel Hof of gespreide toetsing

In 2018 bepleitte de Staatscommissie parlementaire stelsel (commissie-Remkes) de afschaffing van het toetsingsverbod van art. 120 Gw. Bovendien stelde deze commissie de instelling van een constitutioneel hof voor. Daarmee zou de uitleg van de Grondwet door de rechter in een hand komen te liggen en de rechtseenheid en rechtszekerheid worden bevorderd. In de voorstellen van de Staatscommissie zou de rechter verplicht zijn om prejudiciële vragen betreffende de grondwettigheid van wetten voor te leggen aan het constitutionele hof. Dat hof zou overigens wetten slechts mogen toetsen aan (klassieke) grondrechten en enkele andere grondrechtelijke bepalingen. De (gewone) rechter zou in deze opzet wetten onverkort kunnen toetsen aan een ieder verbindende verdragsbepalingen, waaronder de bepalingen in het EVRM en IVBPR.

De Staatscommissie parlementair stelsel kwam met een wonderlijk en weinig overtuigend voorstel van geconcentreerde toetsing bij een constitutioneel hof. Opvallend is het gekunstelde onderscheid tussen de grondrechten in de Grondwet, waarover slechts het constitutioneel hof een oordeel zou mogen geven, en de fundamentele rechten in het EVRM en andere verdragen, waarover elke rechter mag oordelen. Het voorstel zou leiden tot het bizarre verschijnsel dat iedere rechter bevoegd is aan mensenrechten in een ieder verbindende verdragsbepalingen te toetsen, terwijl voor toetsing aan de grondrechten in de Grondwet slechts een speciaal hof bevoegd zou zijn. Corstens wijst bovendien op het risico van ingewikkelde complicaties, nu de rechter reeds

⁴ Kamerstukken II 2001/02, 28 331

geconfronteerd wordt met een veelheid aan prejudiciële procedures, zoals bij het Hof van Justitie EU en het EHRM, waarbij kwesties inzake fundamentele rechten kunnen worden voorgelegd. Ook de samenstelling van zo'n constitutioneel hof kan problematisch zijn. *'Wie geen voorstander is van politisering van de rechter, zal toch wel enigszins de wenkbrouwen fronsen, als het gaat om de samenstelling van een constitutioneel hof,* aldus Corstens.⁵

Ten slotte kan nog opgemerkt worden dat de instelling van een constitutioneel hof, gelet op de ervaringen elders, naar alle waarschijnlijkheid tot gevolg heeft dat de toetsing van wetten aan de Grondwet met minder terughoudendheid plaatsvindt dan wanneer de gewone rechter met die toetsing belast is. Het risico bestaat dat de instelling van een constitutioneel hof leidt tot een ongewenst 'gouvernement des juges'.

In het verlengde van de bestaande toetsingsbevoegdheid van de (gewone) rechter in art. 94 Gw heeft het aldus verre de voorkeur om eveneens gespreide toetsing te bepleiten bij het schrappen van het toetsingsverbod van art. 120 Gw.

Hoofdpijnennotitie

In de nasleep van de toeslagenaffaire heeft het kabinet-Rutte IV in 2022 in een hoofdpijnennotitie het voornemen geuit om art. 120 Gw te wijzigen en toetsing van wetten aan grondrechten in de Grondwet mogelijk te maken. Het kabinet plaatst deze uitbreiding van de toetsingsbevoegdheid nadrukkelijk in het kader van de democratische rechtsstaat. *"Invoering van rechterlijke toetsing van wetten aan grondwetsbepalingen, juist waar het gaat om de meest fundamentele rechten van burgers ten opzichte van de overheid, beoogt bij te dragen aan verbetering van de rechtsbescherming van burgers en daarmee een versterking van de rechtspositie van de burger ten opzichte van de overheid...Invoering van de rechterlijke toetsing beoogt daarnaast bij te dragen aan de versteviging van de rechtsstatelijke waarborgen, door een versterkte maatschappelijke betekenis van de Grondwet als juridisch staatkundig basisdocument van onze rechtsstaat,"* aldus de hoofdpijnennotitie.

Het kabinet volgt daarbij (gelukkig) niet het voorstel van de Staatscommissie parlementair stelsel om een constitutioneel hof in te stellen. Het kabinet wil primair verbetering brengen in de individuele rechtsbescherming zonder vergaande wijzigingen in het geheel van bestaande instituties en bestaande verhoudingen tussen de drie staatsmachten. Alles afwegende spreekt het kabinet in de hoofdpijnennotitie op evenwichtige wijze een voorkeur uit voor gespreide toetsing aan de klassieke vrijheidsrechten in de Grondwet.

Het is afwachten of een verdere verruiming van de toetsingsbevoegdheid van de rechter door herziening van art. 120 Gw daadwerkelijk gestalte zal krijgen. En mocht een 'klein wonder' geschieden waarbij art. 120 Gw daadwerkelijk wordt gewijzigd en toetsing aan de Grondwet mogelijk wordt, dan is het vervolgens de vraag hoe de rechter zijn nieuwe toetsingsbevoegdheid zal gaan gebruiken. Zal de rechter overgaan tot introductie van 'hulptoetsingsnormen', zoals 'subsidiariteit', 'proportionaliteit' en de 'kern van grondrechten', die zelfs de wetgever, ook al is hij bevoegd tot beperking van een grondrecht, niet mag aantasten?

⁵ G. J.M. Corstens, Naar een constitutioneel hof?, NJB 2022, afl. 24, p. 1913 e.v.