

Notitie rondetafelgesprek Constitutionele toetsing

Prof. mr. drs. J.J.J. Sillen*

De hoofdlijnenbrief noemt twee motieven voor invoering van rechterlijke toetsing van wetten aan de klassieke grondrechten uit de Grondwet: (a) verbetering van de rechtsbescherming van burgers tegen de overheid en (b) versteviging van rechtsstatelijke waarborgen. In deze notitie waarschuw ik tegen hooggespannen verwachtingen op deze punten en vraag ik aandacht voor de eigen rol van de Tweede Kamer.

A. Verbetering van de rechtsbescherming van burgers tegen de overheid

1. *'Onder de streep' kan constitutionele toetsing leiden tot een bescheiden verbetering van de rechtsbescherming tegen de overheid*
 - a. *Beperkte verbreding grondrechtencatalogus* - Naar geldend recht mag de Nederlandse rechter de wet niet toetsen aan de Grondwet, maar wel aan verdragen (art. 94 Gw). Deze bieden een uitgebreide grondrechtencatalogus. Als de rechter de bevoegdheid krijgt om wetten ook aan grondwettelijke klassieke grondrechten te toetsen, dan zou dat leiden tot een beperkte verbreding van de grondrechtencatalogus die de rechter kan gebruiken bij toetsing van de wet: met name het censuurverbod (art. 7 lid 1 Gw) en (aspecten van) de vrijheid van onderwijs (art. 23 Gw) kennen geen equivalent in verdragen.
 - b. *De Grondwet kent een andere beperkingssystematiek, maar voor de rechtsbescherming lijkt de betekenis daarvan niet groot* - Sommige grondwettelijke grondrechten mogen uitsluitend door de wetgever worden beperkt, terwijl verdragsrechtelijke grondrechten daartoe meestal ook lagere regelgevers bevoegd achten. De Grondwet is op dit punt dus soms strenger dan de verdragen. Daar staat tegenover dat de Grondwet weinig inhoudelijke eisen stelt aan zulke beperkingen. Soms bepaalt de Grondwet weliswaar dat een beperking van een grondrecht alleen met het oog op een bepaald doel mag worden gegeven (bijv. de 'openbare orde' bij de verenigingsvrijheid, art. 8) of dat daarbij bepaalde procedures moeten worden gevolgd (bijv. art. 12 lid 3), maar de Grondwet bepaalt niet dat beperkingen proportioneel moeten zijn, terwijl de verdragen dat doorgaans wél doen.¹ Vanuit een rechtsbeschermingsperspectief blijkt juist zo'n proportionaliteitstoets belangrijk.
 - c. *Conclusie* - 'Onder de streep' kan invoering van constitutionele toetsing dus leiden tot een bescheiden verbetering van de rechtsbescherming. Daarbij verdient het opmerking dat ik géén voorbeelden ken van Nederlandse wetten die overduidelijk in strijd zijn met een van de klassieke grondrechten uit onze Grondwet (zie hierover ook onder B).²
2. *De Toeslagenaffaire zou door constitutionele toetsing niet zijn voorkomen*

De Tweede Kamer heeft zich in twee moties uitgesproken vóór constitutionele toetsing. Daaraan lag het tekortschieten van de rechtsbescherming in de toeslagenaffaire ten grondslag.³ Naar mijn oordeel had constitutionele toetsing dat tekortschieten niet voorkomen.⁴ De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State wijt haar aanvankelijke 'alles of niets'-benadering namelijk aan onvoldoende zicht op wat feitelijk speelde in de getroffen gezinnen, niet aan haar rechterlijke toetsingsbevoegdheid.⁵ Toen de Afdeling wel zicht kreeg op de gevolgen van haar benadering voor de betreffende gezinnen, heeft zij haar rechtspraak aangepast, daarbij niet gehinderd door het toetsingsverbod.⁶ Tussen het ontstaan van de toeslagenaffaire en het verbod van constitutionele toetsing bestaat dus geen verband.

* Hoogleraar staatsrecht, Universiteit Maastricht.

¹ Wordt rechterlijke toetsing van de wet aan de Grondwet mogelijk, dan zou daarom ook de grondwettelijke beperkingssystematiek tegen het licht moeten worden gehouden. Vgl. *Kamerstukken II 2022/23*, 35786, nr. 8.

² Het buiten toepassing laten van de wet wegens strijd met een verdrag is eveneens zeldzaam. Ik vond voor de periode 2000-2010 negen gevallen.

³ *Kamerstukken II 2020/21*, 28 362, nr. 47 (motie-Kuik c.s.); *Kamerstukken II 2020/21*, 35 925 VII, nr. 43 (motie-Simons).

⁴ Zo ook G.J.M. Corstens, 'Naar een constitutioneel hof?', *NJB* 2022, p. 1914.

⁵ Zie bijv. B.J. van Ettekhoven, 'Tussen wet en recht', *NJB* 2021, p. 100, alsmede het reflectierapport van de Afdeling, p. 23

(https://www.raadvanstate.nl/publish/library/13/reflectierapport_lessen_uit_de_kinderopvangtoeslagzaken.pdf)

⁶ De Afdeling achtte dat overigens zelf een 'noodgreep' die 'niet zonder meer voor herhaling vatbaar' was (B.J. van Ettekhoven, 'Tussen wet en recht', *NJB* 2021, p. 100-101). Anderen zagen dat anders. Zie bijv. A.T. Marseille, 'Kinderopvangtoeslagen: wel of geen beleidsvrijheid voor de Belastingdienst/Toeslagen?', *AA* 2020, p. 393-399.

B. Versteving van rechtsstatelijke waarborgen

1. Constitutionele toetsing kan dienen als veiligheidsventiel

Diverse politieke partijen zijn kritisch over de soms vérgaande bescherming die mensenrechtenverdragen (en -hoven) bieden en de voorrang die zulke verdragen volgens de Grondwet hebben op het Nederlandse recht, in het bijzonder op de formele wet. Vanuit sommige politieke partijen klonk zelfs de roep de Grondwet op dit punt te wijzigen. Mocht ooit tot een dergelijke grondwetsherziening worden besloten of zouden de betreffende verdragen worden opgezegd, dan kan invoering van constitutionele toetsing voorkomen dat de rechter in een dergelijk geval de wet aan geen enkel grondrecht meer kan toetsen en de burger dus van rechtsbescherming verstoken blijft. Zo beschouwd kan invoering van constitutionele toetsing dienen als veiligheidsventiel.

2. Grondrechtenbescherming eindigt bij de rechter, maar begint bij (de regering en) het parlement

De rechter heeft (in het algemeen) tot taak het recht toe te passen in een concreet geval. Hij kan zo de (eventuele) te scherpe kantjes van de wet afslijpen, bijvoorbeeld door de wet grondrechtenconform uit te leggen of - in een uiterst geval - de wet buiten toepassing te laten. Het is echter aan de wetgever, en dus ook aan het parlement, om te voorkomen dat de rechter dat vaak moet doen. Op de wetgever rust de plicht om wetten te maken die – zo veel als hij kan voorzien – met grondrechten verenigbaar zijn. De rechtsstaat zou daarom versterkt worden als het parlement wetsvoorstellen actiever en zichtbaarder aan de Grondwet toetst.⁷ Grondrechtenbescherming eindigt immers bij de rechter, maar begint bij (de regering en) het parlement.

Hoe die parlementaire toetsing kan worden versterkt, verdient zelfstandige studie, maar gedacht kan worden aan:⁸

(a) meer aandacht voor het vergaren van de voor toetsing relevante feiten, zodat de vraag of een beperking proportioneel is, bewuster en zorgvuldiger kan worden gemaakt;

(b) een minderheid in het parlement de bevoegdheid geven voorlichting of advies van de Raad van State in te winnen over een wetsvoorstel, of

(c) invoering van een parlementaire commissie voor grondrechtentoetsing die verplicht wordt ingeschakeld als de Raad van State negatief adviseert over een wetsvoorstel.

3. Constitutionele toetsing versterkt de rechtsstaat alleen als 'de politiek' de rechter ruimte gunt en problemen niet op hem afschuift

Als gezegd ken ik geen voorbeelden van wetten die overduidelijk in strijd zijn met de klassieke grondrechten uit de Grondwet. Dat wil echter niet zeggen dat als constitutionele toetsing van wetten mogelijk wordt, rechters nooit, of hoogst zelden, een wet (of een bepaling daarvan) in strijd met de Grondwet zullen verklaren. De kwaliteit van wetgeving kan immers verminderen én de rechter kan uit de Grondwet strengere of andere eisen afleiden dan waarmee nu rekening wordt gehouden. Ik verwacht echter dat de voorgestelde gespreide toetsing - in combinatie met het verbieden van *dissenting* en *concurring opinions* – op de rechter een matigende invloed zal hebben.

Hoe de rechter zich zal opstellen als constitutionele toetsing mogelijk wordt, kan dus niet met zekerheid worden bepaald.⁹ Vaststaat slechts dat invoering van constitutionele toetsing zal leiden tot 'een verschuiving (klein of groot) in het machtsevenwicht tussen de centrale staatsorganen', zoals de hoofdlijnenbrief benadrukt. Of invoering ook zal leiden tot een versterking van de rechtsstaat, is vervolgens afhankelijk van, enerzijds, de ruimte die 'de politiek' – in het bijzonder de Tweede Kamer – de rechter zal laten en, anderzijds, de bereidheid van 'de politiek' om problemen niet op de rechter af te schuiven. Zal de Tweede Kamer rechterlijke beslissingen die zij onjuist acht afdoen als een machtsgreep van de ongekozen rechter? Of zal zij die beslissingen aanvaarden in de wetenschap dat redelijk denkende mensen van mening kunnen verschillen over wat de Grondwet in een concreet geval vordert? Zal de Tweede Kamer te strenge wetten maken omdat zij weet dat de rechter deze in voorkomende gevallen toch wel wegens strijd met Grondwet buiten toepassing zal laten? Of kan de Tweede Kamer die verleiding weerstaan en blijft zij haar toetsingstaak serieus nemen? Alleen als 'de politiek' de rechter ruimte gunt en problemen niet op hem afschuift zal constitutionele toetsing leiden tot een versterking van de rechtsstaat; in andere gevallen zal schrappen van het toetsingsverbod slechts leiden tot ondergraving van de rechtsstaat.

Maastricht, 16 januari 2023

⁷ Krijgt de rechter de bevoegdheid om de wet aan de Grondwet te toetsen, dan ligt het bovendien in de rede dat hij zich terughoudender opstelt naar mate de wetgever zelf intensiever aan de Grondwet heeft getoetst.

⁸ Vgl. J.J.J. Sillen, 'Toetsing van wetgeving door het parlement', *NJB* 2016, p. 2072-2077.

⁹ Tegelijkertijd grondt de Hoge Raad zijn rechterlijke terughoudendheid bij toetsing van wetgeving op het toetsingsverbod van art. 120 Gw (de zogenaamde 'traditionele plaats van de rechter in het staatsbestel'). Zie HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (Harmonisatiewet), r.o. 3.5. Wordt dat verbod (gedeeltelijk) geschrapt, dan zou dat – omgekeerd – dus reden kunnen zijn voor een minder terughoudende houding van de rechter.