

Constitutionele toetsing

Brief van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van 22 april 2022 aan de minister voor Rechtsbescherming met een zienswijze over de invoering van constitutionele toetsing.

's-Gravenhage, 22 april 2022

Aan Minister voor Rechtsbescherming
De heer F.M. Weerwind
Postbus 20301
2500 EH 'S-GRAVENHAGE

Betreft: Constitutionele toetsing

Excellentie,

Bij brief van 30 maart jl. heeft u, mede namens de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling bestuursrechtspraak) verzocht een zienswijze te geven over de invoering van constitutionele toetsing. De voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak voldoet graag aan dit verzoek en waardeert de mogelijkheid om al in dit stadium een beschouwing op dit onderwerp te kunnen geven. Vanwege de zeer korte tijd die beschikbaar was voor het geven van de zienswijze is deze uitsluitend opgesteld door de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak.

Bij deze zienswijze passen twee opmerkingen. Op dit moment is nog geen sprake van een concreet voorstel voor invoering van constitutionele toetsing. De Afdeling bestuursrechtspraak behoudt zich dan ook het recht voor om over eventuele toekomstige voorstellen over dit onderwerp een afzonderlijke zienswijze te geven. Daarbij merkt de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak op dat hij met deze zienswijze geenszins vooruitloopt, of kan lopen, op eventuele advisering over een concreet voorstel door de Afdeling advisering van de Raad van State.

In deze zienswijze wordt eerst stilgestaan bij de achtergrond van het huidige toetsingsverbod. Vervolgens komt aan bod de vraag hoe, indien zou worden besloten tot invoering van enige vorm van constitutionele toetsing, deze gestalte zou kunnen krijgen. Daarbij wordt ingegaan op de vraag aan welke constitutionele normen zou kunnen worden getoetst, welke rechterlijke instantie(s) deze toetsing zou(den) kunnen verrichten, en hoe het systeem van toetsing zou kunnen worden ingericht. Dit vanuit de bestuursrechtelijke context waarin de Afdeling bestuursrechtspraak opereert.

1. Achtergrond toetsingsverbod

De historische en juridische achtergronden van het toetsingsverbod, zoals dit in artikel 120 Grondwet is opgenomen, zijn de afgelopen decennia veelvuldig besproken. Het is desondanks van belang kort stil te staan bij deze achtergrond, omdat deze van belang is voor de vraag óf en zo ja, hoe constitutionele toetsing vorm zou kunnen krijgen.

Artikel 120 Grondwet staat aan toetsing van formele wetten aan de Grondwet, het Statuut voor het Koninkrijk en algemene rechtsbeginselen in de weg.¹ In de Nederlandse rechtsorde is de toetsingsbevoegdheid van de rechter in zoverre beperkt. De rechter kan en moet wetgeving in formele zin echter wel toetsen aan hoger recht waar het betreft rechtstreeks werkende bepalingen van verdragen en van het Unierecht.

In de kern gaat artikel 120 Grondwet over de vraag wie het laatste woord heeft over de interpretatie van met name de Grondwet. Sinds 1848 is die vraag telkens op dezelfde wijze beantwoord: het is aan de formele wetgever om te oordelen of en te waarborgen dat zijn wetten in overeenstemming zijn met hoger recht. In tegenstelling tot de rechter (en het bestuur) is de formele wetgever immers rechtstreeks democratisch gelegitimeerd. Constitutionele toetsing is daarmee een taak die door de wetgever bij de totstandkoming van wetgeving wordt verricht (ook wel constitutionele toetsing 'ex ante' genoemd). Hierin spelen de verschillende ministeries en de Eerste en Tweede Kamer de belangrijkste rol. Ook de Afdeling advisering van de Raad van State besteedt in haar wetgevingsadviesing nadrukkelijk aandacht aan de verhouding van wetsvoorstellen tot hoger recht, waaronder de Grondwet.

Over de wenselijkheid van het (opheffen van het) rechterlijk toetsingsverbod bestaat geen consensus. De discussie spitst zich voornamelijk toe op de vraag of de rechter de bevoegdheid zou moeten krijgen een wet in formele zin ná inwerkingtreding ('ex post') aan de Grondwet te toetsen. Daarvoor zijn verschillende argumenten. Het belangrijkste argument is dat die bevoegdheid kan leiden tot het versterken van de rechtsbescherming van burgers in concrete gevallen. Het is immers voor de wetgever niet mogelijk om bij de totstandkoming van een wet te voorzien hoe deze in alle concrete gevallen uitpakt. In die gevallen waarin toepassing van de wet in een individueel, concreet geval, vanwege de omstandigheden daarvan leidt tot een inbreuk op

bijvoorbeeld de grondrechten, kan de rechter een corrigerende en mitigerende rol spelen. In dit kader moet er wel op worden gewezen dat deze rechtsbescherming in relevante mate reeds wordt bereikt door toetsing van formele wetgeving – door iedere Nederlandse rechter – aan rechtstreeks werkende verdragsbepalingen zoals onder meer vervat in het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM) en het Unierecht (Handvest van de grondrechten). Deze bepalingen corresponderen in belangrijke mate met de (klassieke) grondrechten in hoofdstuk 1 van de Grondwet.

Rechterlijke toetsing van wetten aan de Grondwet kan leiden tot een grotere relevantie van de Grondwet. Het is inderdaad van belang dat de positie van de Grondwet in de Nederlandse rechtsorde wordt versterkt. De ontwikkeling van het internationale recht en het Unierecht hebben ertoe geleid dat de Grondwet in de nationale rechtsorde in zekere zin op achterstand is geplaatst. Een vorm van constitutionele toetsing kan ertoe bijdragen dat de Grondwet het voornaamste grondslagdocument van de democratische rechtsstaat blijft. Dit is overigens niet de enige manier om de Grondwet aan relevantie te laten winnen. In dit verband kan gedacht worden aan het aanvullen van de grondrechtencatalogus, en het aanpassen en actualiseren van grondwettelijke bepalingen.

Van groot belang is om bij het vormgeven van een stelsel van constitutionele toetsing de balans tussen de drie staatsmachten (het parlement, het bestuur en de rechter) goed in het oog te houden. Elk van deze staatsmachten kent een eigen functie, een eigen legitimatie en eigen verantwoordelijkheden binnen de rechtstaat. Deze zullen in een concreet voorstel tot invoering van constitutionele toetsing tot uiting moeten komen.

Alles overziend ziet ondergetekende meerwaarde in (een vorm van) rechterlijke constitutionele toetsing. Gelet op ons huidige rechtsstelsel ligt het meest voor de hand een vorm van constitutionele toetsing waarbij alle rechters c.q. alle rechterlijke instanties na inwerkingtreding van de wet in formele zin die wet, of een bepaling uit die wet, in een concreet geschil kunnen toetsen aan (een gedeelte van) de Grondwet. Voor de bestuursrechtspraak betekent dit dat na inwerkingtreding van de wet een rechtzoekende een beroep kan doen op strijdigheid van de wettelijke regeling, die aan een concreet voor beroep vatbaar besluit ten grondslag ligt, met de Grondwet.

2. Materiële aspecten: aan welke constitutionele normen kan worden getoetst?

De Grondwet heeft meerdere functies: zij stelt de verschillende staatsorganen in (constituerende functie), zij deelt bevoegdheden toe aan die verschillende organen (attribuerende functie) en zij stelt grenzen aan de staatsmacht (regulerende functie). Deze functies komen tot uiting in verschillende typen bepalingen, met name de klassieke en sociale grondrechten en institutionele

bepalingen. Bij het (al dan niet gedeeltelijk) opheffen van het toetsingsverbod zal de grondwetgever moeten bepalen ten aanzien van welke grondwetsbepalingen rechterlijke toetsing wenselijk is. Daarbij ligt het voor de hand dat, indien de rechter de bevoegdheid krijgt wetgeving te toetsen, deze toetsing zich in eerste instantie zal toespitsen op de klassieke grondrechten. Toetsing aan sociale grondrechten is niet ondenkbaar, maar dit verdient, gezien het karakter van deze grondrechten, een nadere beschouwing. Speciale aandacht wordt in dit kader gevraagd voor bepalingen uit de Grondwet die elementen bevatten van zowel klassieke als sociale grondrechten, zoals artikel 23 Grondwet (onderwijs).

Hierbij geldt voor zowel klassieke als sociale grondrechten dat de formulering van deze grondrechten zich ook moet lenen voor toetsing door de rechter. Indien gekozen wordt voor het toestaan van constitutionele toetsing kan daarom niet worden volstaan met het enkel (geheel of gedeeltelijk) schrappen van het toetsingsverbod, maar dient tevens specifiek te worden bepaald welke bepalingen van de Grondwet geschikt zijn voor toetsing door de rechter. Daarbij moet de grondwetgever niet alleen aandacht besteden aan de inhoud van die grondrechten (bijvoorbeeld of de betreffende bepalingen modernisering behoeven), maar ook aan de beperkingssystematiek:

- wat betekent beperking bij wet? Is dit louter een formele eis²¹ of liggen daarin ook inhoudelijke maatstaven besloten?
- mag de wet in formele zin door de rechter ook getoetst worden aan algemeen aanvaarde, deels ongeschreven rechtsbeginselen? (vgl het Harmonisatiewetarrest)

3. Organisatorisch-institutionele aspecten: toetsing door welke rechter(s)?

De grondwetgever zal tevens de vraag moeten beantwoorden welke rechter(s) bevoegd zou(den) zijn tot toetsing aan de Grondwet. Daarbij is er (grofweg) een keuze uit twee varianten: enerzijds een variant waarbij alle individuele rechters en alle rechterlijke colleges aan (een deel van) de Grondwet kunnen toetsen (gespreide of gedecentraliseerde toetsing) en anderzijds een variant waarbij de bevoegdheid tot toetsing aan (een deel van) de Grondwet wordt belegd bij een daarvoor ingesteld constitutioneel hof (gecentraliseerde toetsing).

Ondergetekende merkte hiervoor reeds op dat een systeem van gespreide of gedecentraliseerde toetsing goed aansluit bij het huidige Nederlandse rechtsstelsel. Iedere Nederlandse rechter is immers reeds bevoegd wetten te toetsen aan belangrijke delen van hoger recht, zoals rechtstreeks werkende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties waaronder het Unierecht. Aansluiting bij deze systematiek betekent dat de

structuur en organisatie van de rechterlijke macht niet hoeft te worden aangepast. Wel zal de wetgever zich bij een keuze voor een gedecentraliseerd stelsel rekenschap moeten geven van de mogelijke samenloop tussen verdragsbepalingen, of het Unierecht, inclusief het Handvest voor de grondrechten van de Europese Unie, en vergelijkbare bepalingen uit de Grondwet.

Gelet op het voorgaande ligt de instelling van een constitutioneel hof naar de mening van ondergetekende niet voor de hand. Niet alleen zou een constitutioneel hof een noviteit zijn in het Nederlandse rechtsstelsel. Voor ogen moet ook worden gehouden dat alle Nederlandse rechters al lang als constitutionele rechters optreden, in de zin dat zij kunnen en moeten toetsen aan rechtstreeks werkende bepalingen van verdragen en Unierecht. Verder dienen de belangen van de rechtzoekenden goed in het oog te worden gehouden. Voorkomen moet worden dat een systeem van constitutionele toetsing leidt tot een stapeling van procedures, tot afbakeningsproblemen tussen een constitutioneel hof enerzijds en de bestaande (hoogste) rechtscolleges anderzijds, en tot grote vertragingen in de rechtsgang(en). Hiermee zou de mogelijke meerwaarde van constitutionele toetsing, gelegen in aanvullende rechtsbescherming voor de burger, worden ondergraven.

Indien toch zou worden overwogen een constitutioneel hof in te stellen dan dienen in ieder geval de volgende aspecten door de grondwetgever te worden bekeken.

Hoe worden de bevoegdheden van een constitutioneel hof afgebakend ten aanzien van bevoegdheden van andere rechterlijke instanties? Dit is onder meer relevant daar waar het toetsing aan eenieder verbindende verdragsbepalingen betreft. Artikel 94 van de Grondwet geeft die bevoegdheid immers aan iedere rechter, en er bestaat een aanzienlijke overlap tussen deze verdragsbepalingen en de (klassieke) grondrechten. Verder is elke Nederlandse rechter ook Unierechter. Het schrappen van artikel 120 Grondwet noch de instelling van een constitutioneel hof wijzigt de taak van elke rechter om zo nodig een wet in formele zin onverbindend te verklaren of buiten toepassing te laten bij strijd met het Unierecht. In het verlengde hiervan kan de vraag worden gesteld hoe de rechtseenheid zal worden geborgd. Daarnaast dienen zich uiteraard vragen aan betreffende de benoeming van de leden van een constitutioneel hof. Onder andere zal moeten worden besloten of het zwaartepunt bij deze benoeming bij de regering of het parlement ligt. Daarbij speelt de balans tussen de verschillende staatsmachten, zoals ook hierboven genoemd, een belangrijke rol.

4. Afsluitend

Deze zienswijze beoogt een bijdrage te leveren aan het verdere debat over constitutionele toetsing. De Afdeling bestuursrechtspraak ziet zowel de hoofdlijnenbrief als de eventuele verdere uitwerking met belangstelling tegemoet. Hier wordt herhaald dat de Afdeling bestuursrechtspraak een

zienswijze wil uitbrengen indien de regering zou besluiten om te komen tot een concreet voorstel ten aanzien van de invoering van (enige vorm) van constitutionele toetsing.

Hoogachtend,
de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak
van de Raad van State,
B.J. van Etekoven

[1] Rechterlijke toetsing van lagere regelgeving is overigens niet door artikel 120 Grondwet beperkt.

[2] De meeste grondrechtenbepalingen maken het mogelijk het betreffende grondrecht bij formele wet te beperken. Als de toetsing door de rechter enkel ziet op de vraag of sprake is van zo een wet, dan lijkt het opheffen van het toetsingsverbod in zoverre een lege huls.

Zie:

<https://www.raadvanstate.nl/publicaties/consultaties/constitutionele-toetsing/>