

Vergaderjaar 2007–2008

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**

E

**NADERE MEMORIE VAN ANTWOORD**

Ontvangen 9 juni 2008

**Inleiding**

Ik dank de leden van de fracties van **CDA**, **PvdA** en **VVD** voor hun opmerkingen en hun vragen. Ik zie uit naar het plenaire debat in uw Kamer en verheug mij op de uitwisseling van argumenten. In het debat zullen de door de fractie van het **CDA** op pagina 1 van het nader voorlopig verslag opgesomde hoofdpunten zeker aan de orde kunnen komen.

**Rechtsvergelijking**

De leden van de **CDA**-fractie wensen te vernemen of men in Nederland, niet meer moet letten op staten die meer met de onze vergelijkbaar zijn: constitutioneel-monarchale gedecentraliseerde eenheidsstaten met een parlementair stelsel en een lange traditie van vertrouwen in het parlement als bewaker van de constitutie (bijvoorbeeld de Scandinavische landen). In antwoord hierop kan ik zeggen dat dit inderdaad heel nuttig is. In de gewijzigde memorie van toelichting ben ik dan ook al ingegaan op het rechterlijk toetsingsrecht in Zweden, Denemarken, Noorwegen en Finland.<sup>1</sup> Hieronder zal ik de systemen van constitutionele toetsing in de genoemde landen nog eens kort uiteenzetten.

*Zweden* kent niet één grondwet, maar vier: de Regeringsform van 1974, de Successionsordning van 1810 betreffende de troonopvolging, de Tryckfrihetsförordning van 1949 betreffende de vrijheid van drukpers en de Yttrandefrihetsgrundlag van 1991, met daarin bepalingen over de uitingsvrijheid door middel van de audiovisuele media.<sup>2</sup> Alle vier de documenten genieten de status van grondwet, maar de Regeringsform is gezien zijn algemene karakter waarschijnlijk het beste te vergelijken met de Nederlandse Grondwet.

Ondanks de veelheid aan constitutionele wetgeving heeft het tot 1979 geduurd eer een bepaling over constitutionele toetsing in de Regeringsform is opgenomen.<sup>3</sup> Vóór die tijd werd in de staatsrechtelijke literatuur veelal betoogd dat de rechter lagere bepalingen aan hogere diende te toetsen, wat met zich meebracht dat de rechter ook formele wetten diende te toetsen aan de grondwet(ten). Vragen van mogelijke strijdigheid van een wet met de grondwet lijken zich echter vóór 1979 maar weinig te hebben voorgedaan. In een uitspraak uit 1964 achtte de rechter een wet

<sup>1</sup> *Kamerstukken II 2002/03*, 28 331, nr. 9, p. 10–11.

<sup>2</sup> J.M. de Meij, «Het Koninkrijk Zweden», in: L. Prakke & C.A.J.M. Kortmann, *Het staatsrecht van de landen van de Europese Unie*, Deventer: Kluwer 2004, p. 926.

<sup>3</sup> J.M. de Meij, «Het Koninkrijk Zweden», in: L. Prakke & C.A.J.M. Kortmann, *Het staatsrecht van de landen van de Europese Unie*, Deventer: Kluwer 2004, p. 957–958.

over de sluitingstijden van winkels niet in strijd met de toen geldende Regeringsform, daarmee impliciet aangevend dat het toetsingsrecht bestond.

De nieuwe Regeringsform van midden jaren '70 bracht een aanzienlijke uitbreiding van het aantal grondrechten met zich mee. Als gevolg daarvan kwam een discussie op gang over een expliciete regeling van het toetsingsrecht. Uiteindelijk leidde dit tot een compromis tussen de voorstanders (de centropartijen en rechts) en de tegenstanders (met name de sociaal-democraten). Sinds 1979 bepaalt de Regeringsform namelijk:

**Art. 11:14 RF:**

If a court or other public body finds that a provision conflicts with a rule of fundamental law or other superior statute, or finds that a procedure laid down in law has been disregarded in any important respect when the provision was made, the provision may not be applied. If the provision has been approved by the Riksdag or by the Government, however, it shall be waived only if the error is manifest.<sup>1</sup>

Met andere woorden: de rechter dient lagere regelingen te toetsen aan hogere, maar wanneer de lagere regeling een wet in formele zin of een regeringsverordening betreft, kan hij die regeling alleen buiten toepassing laten wegens strijd met de Grondwet wanneer sprake is van een «kenmerklijk gebrek». Uit de tekst van artikel 11:14 RF blijkt overigens dat het toetsingsrecht niet alleen is toegekend aan rechterlijke instanties, maar ook aan «public bodies», waarmee in de regel (zelfstandige) bestuursorganen zijn bedoeld. Toetsing van formele wetten blijft betrekkelijk zeldzaam en de rechterlijke instanties lijken zich bij de toetsing terughoudend op te stellen.

In *Noorwegen* laat de grondwet zich niet uit over het rechterlijk toetsingsrecht, maar dit bestaat wel degelijk en het heeft inmiddels stevige wortels in het staatsbestel, zoals al in de gewijzigde memorie van toelichting was opgemerkt.<sup>2</sup>

In *Denemarken* is het toetsingsrecht niet in de Grundlov – de Deense grondwet – opgenomen, maar erkend in de rechtspraak. Tot 1996 was de vaste lijn in de jurisprudentie van de Deense Hoge Raad dat de rechter een formele wet alleen kon toetsen in het kader van een concreet geschil en deze pas ongrondwettig kon verklaren wanneer die ongrondwettigheid «manifest» was. Met arresten in 1996 en 1998 over de grondwettigheid van de ratificatie van het Verdrag van Maastricht lijkt de Deense Hoge Raad een andere koers te zijn gaan varen, een koers die meer in de richting van abstracte normtoetsing gaat en wat minder terughoudendheid vertoont.<sup>3</sup>

Wanneer men *Finland* tot de Scandinavische landen wil rekenen, is het eerste verschil met Zweden, Noorwegen en Denemarken dat het land geen monarchie is. Voor wat betreft het toetsingsrecht is Finland echter vooral goed vergelijkbaar met Zweden. In de gewijzigde memorie van toelichting is abusievelijk aangegeven dat in Finland de toetsing van wetten aan de grondwet exclusief aan de wetgever is opgedragen, net zoals dat in Nederland het geval is.<sup>4</sup> Dit is niet juist. In het Finse staatsrecht geldt net als in Nederland dat lagere regelingen niet in strijd mogen zijn met hogere. Wanneer de rechter of een ambtenaar strijd tussen een lagere regeling en de Grondwet of een formele wet constateert, dan dient hij de lagere regeling buiten toepassing te laten (artikel 107 Gw). Op grond van art. 106 Gw is de rechter thans – anders dan vroeger – ook bevoegd om formele wetten te toetsen aan de Grondwet, waarbij wel geldt dat hij de wet alleen buiten toepassing kan laten wanneer hij deze *onmiskienbaar* in strijd acht met de Grondwet.

<sup>1</sup> [http://www.riksdagen.se/templates/R\\_PageExtended\\_\\_\\_6328.aspx](http://www.riksdagen.se/templates/R_PageExtended___6328.aspx)

<sup>2</sup> *Kamerstukken II 2002/03*, 28 331, nr. 9, p. 10.

<sup>3</sup> J.G. Steenbeek (bewerkt door P.C. Gilhuis), «Het Koninkrijk Denemarken», in: L. Prakke & C.A.J.M. Kortmann, *Het staatsrecht van de landen van de Europese Unie*, Deventer: Kluwer 2004, p. 107–108.

<sup>4</sup> *Kamerstukken II 2002/03*, 28 331, nr. 9, p. 8, noot 4.

If, in a matter being tried by a court of law, the application of an Act would be in evident conflict with the Constitution, the court of law shall give primacy to the provision in the Constitution.

Section 107 – Subordination of lower-level statutes

If a provision in a Decree or another statute of a lower level than an Act is in conflict with the Constitution or another Act, it shall not be applied by a court of law or by any other public authority.<sup>1</sup>

In de literatuur wordt nog opgemerkt dat toetsing door de rechter niet veel zal voorkomen, aangezien de Constitutionele Commissie van het parlement de inhoud van wetten al preventief toetst aan de Grondwet.<sup>2</sup> Concluderend kan gesteld worden dat in alle vier de genoemde landen aan de rechter de bevoegdheid is toegekend wetten te toetsen aan de grondwet. In sommige landen is dat expliciet in de grondwet zelf vastgelegd (Zweden, Finland), in andere berust deze bevoegdheid op de jurisprudentie (Noorwegen, Denemarken). Tevens kan worden opgemerkt dat in alle vier de landen wordt benadrukt dat de rechter zich terughoudend dient op te stellen ten aanzien van de toetsing van formele wetgeving. Dit komt ofwel tot uitdrukking in de grondwettelijke bepaling die het toetsingsrecht toekent (Zweden, Finland), ofwel in de jurisprudentie (Denemarken), ofwel het blijkt uit de praktijk (Noorwegen). Het door mijzelf voor Nederland voorgestelde systeem lijkt sterk op het Scandinavische: aan de ene kant wens ik de rechtsbescherming voor burgers in concrete gevallen te vergroten door de rechter de bevoegdheid toe te kennen de toepassing van wetten te toetsen aan bepaalde grondwettelijke grondrechten, terwijl ik er aan de andere kant vanuit ga dat de rechter vasthoudt aan het respect dat hij tot nu aan de democratisch gelegitimeerde wetgever heeft betoond. De rechter dient groot gezag toe te kennen aan een weloverwogen grondwetsinterpretatie van de wetgever. In één opzicht gaat mijn voorstel zelfs minder ver dan de Scandinavische situaties: in de genoemde vier landen is in principe toetsing aan de gehele grondwet mogelijk, terwijl mijn voorstel zich beperkt tot toetsing aan limitatief opgesomde subjectieve rechten.

Wat betreft de vraag van de **CDA**-fractie of het bestaan van een federale staat of de toepassing van de transformatieleer in de verhouding tussen nationaal en internationaal recht, van belang is voor het toetsingsrecht, kan ik het volgende zeggen. Het ligt inderdaad voor de hand dat een federale staat zowel toetsingsrecht kent als een speciaal constitutioneel hof dat waakt over de grenzen van de bevoegdheden van de bond en van de deelstaten en dat geschillen over deze bevoegdheden beslecht. Daarmee is echter niet gezegd dat constitutioneel toetsingsrecht minder op z'n plaats is in eenheidsstaten. Integendeel, zeker wanneer het gaat om grondrechtenbescherming door de rechter kan dat niet volgehouden worden. Zo zijn Zweden, Noorwegen, Denemarken en Finland alle gedecentraliseerde eenheidsstaten – zoals de leden van de **CDA**-fractie ook constateerden – én kennen zij constitutionele toetsing door de rechter. Ook een «dualistisch stelsel» en de transformatieleer zijn niet beslissend voor de vraag of aan de rechter toetsingsrecht wordt toegekend. De genoemde Scandinavische landen kennen alle een dualistisch stelsel in combinatie met toetsingsrecht, maar in de memorie van antwoord is gewezen op de situatie in de Verenigde Staten. Daar bestaat een overwegend monistische verhouding tussen nationaal en internationaal recht, terwijl de rechter tevens over toetsingsrecht beschikt.<sup>3</sup>

De leden van de **CDA**-fractie wensen te vernemen of ik landen in Europa ken waar de toetsing van de wet aan de grondwet op vergelijkbare wijze

<sup>1</sup> <http://www.finlex.fi/pdf/saadkaan/E9990731.PDF>

<sup>2</sup> J.C.E. van den Brandhof, «De Republiek Finland», in: L. Prakke & C.A.J.M. Kortmann, *Het staatsrecht van de landen van de Europese Unie*, Deventer: Kluwer 2004, p. 198.

<sup>3</sup> *Kamerstukken I 2006/07*, 28 331, C, p. 8.

als in dit voorstel is geregeld. Daarmee doelen zij op een systeem waarin de toetsing van de formele wet aan de grondwet gespreid aan de gewone rechterlijke macht is toegekend. In antwoord op deze vraag kan ik deze leden wijzen op hetgeen hierover in de gewijzigde memorie van toelichting, alsmede in de memorie van antwoord is opgemerkt. Noorwegen, Zweden, Denemarken, IJsland en Griekenland kennen een systeem van gespreide toetsing door de rechter in de gewone rechtsgang en hetzelfde geldt voor Zwitserland. Daaraan kan op grond van het voorgaande Finland nog worden toegevoegd, terwijl voor wat betreft landen buiten Europa is gewezen op de Verenigde Staten en Japan<sup>1</sup>, waaraan Australië, Canada en India kunnen worden toegevoegd.<sup>2</sup> De conclusie dat gespreide toetsing wijdverbreid is, lijkt gerechtvaardigd.

### Constitutionele toetsing

De leden van de **VVD**-fractie vragen mij waar de scheidslijn ligt tussen klassieke en sociale grondrechten, op het moment dat toetsing aan bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel tevens toetsing aan een sociaal grondrecht, zoals het recht op bijstand met zich meebrengt. Het antwoord op deze vraag ligt besloten in de tekst van het door mij voorgestelde nieuwe artikel 120 lid 2 Grondwet. De rechter kan wetten uitsluitend aan de daar opgesomde artikelen toetsen. Onder die artikelen bevindt zich artikel 1 Grondwet, waarin het gelijkheidsbeginsel is vastgelegd. Artikel 20 lid 3 Grondwet, waarin een bij de wet te regelen recht op bijstand van overheidswege wordt toegekend, is niet in de limitatieve opsomming opgenomen. Rechtstreekse toetsing van wetgeving aan het recht op bijstand is dus niet mogelijk. Op zichzelf is het niet ondenkbaar dat de rechter in een concrete casus wordt geconfronteerd met de vraag of de toepassing van bijstandswetgeving zich wel verdraagt met artikel 1 Grondwet. De rechter zal dan echter wel moeten kunnen vaststellen dat geval A anders wordt behandeld dan geval B. Kortom: hij zal moeten nagaan of daadwerkelijk van een rechtens relevante ongelijke behandeling sprake is (bijvoorbeeld dat in geval A geen bijstand wordt toegekend en in geval B wel). Komt hij tot de conclusie dat daarvan inderdaad sprake is, dan zal hij moeten nagaan of van een objectieve en redelijke rechtvaardiging voor het gemaakte onderscheid sprake is. Op zichzelf verschilt deze toetsing niet van de toetsing aan verdragsartikelen als artikel 14 EVRM en artikel 26 IVBPR die al sinds jaar en dag in Nederland gebruikelijk is, ook als het gaat om bijstandswetgeving. Er is geen enkele reden om aan te nemen dat introductie van het toetsingsrecht tot politiek meer gekleurde oordelen van de rechter leiden. Integendeel: ik verwacht dat de rechter zijn terughoudende en respectvolle opstelling ten opzichte van de wetgever voortzet.

De leden van de **VVD**-fractie wensen ook te vernemen waarom de voordelen van geconcentreerde toetsing (rechtszekerheid, rechtseenheid, concentratie van deskundigheid) niet opwegen tegen de voordelen van gespreide toetsing. In antwoord op deze vragen kan ik opnieuw verwijzen naar de gewijzigde memorie van toelichting, waarin ik mijn keuze voor gespreide toetsing heb beargumenteerd.<sup>3</sup> Gespreide toetsing past mijns inziens het beste in het huidige stelsel waarin iedere rechter lagere normen aan hogere toetst. Dit geldt ook voor toetsing aan het internationale recht: ingevolge artikel 94 Grondwet is iedere rechter bevoegd én verplicht om wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen of besluiten van volkenrechtelijke organisaties. In zaken waarin fundamentele rechten een rol spelen gaat het vaak om grondrechten die zowel in de Grondwet als in internationale verdragen zijn vastgelegd. Er zou mijns inziens sprake zijn van een spagaat wanneer voor toetsing aan bijvoorbeeld de vrijheid van meningsuiting ex artikel 10

<sup>1</sup> *Kamerstukken II 2002/03*, 28 331, nr. 9, p. 8, noot 7; *Kamerstukken I 2006/07*, 28 331, C, p. 8.

<sup>2</sup> S.T. van Dommelen, *Constitutionele rechtspraak vanuit rechtsfilosofisch perspectief*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 13.

<sup>3</sup> *Kamerstukken II 2002/03*, 28 331, nr. 9, p. 16–17.

EVRM het «gewone» stelsel van gespreide toetsing zou gelden en voor toetsing aan de vrijheid van meningsuiting ex artikel 7 Grondwet een stelsel van geconcentreerde toetsing door een speciale instantie. Dat zorgt voor een onnodig ingewikkelde rechtsgang, die niet wenselijk is, zeker wanneer men bedenkt dat het huidige stelsel van gespreide toetsing aan internationaal recht naar behoren functioneert. Gespreide toetsing aan grondwettelijke bepalingen kan eenvoudig in de huidige structuur en organisatie van de rechterlijke macht worden ingevoerd en voorkomt procedurele vertraging. Met het oog op het bieden van snelle, effectieve rechtsbescherming is dat laatste van groot belang.

De voordelen van gespreide toetsing zijn groot. De door de leden van de **VVD**-fractie opgesomde voordelen van geconcentreerde toetsing moeten naar mijn bescheiden mening enigszins gerelativeerd worden. Persoonlijk zie ik geen bedreigingen voor de rechtseenheid in een stelsel van gespreide toetsing. Het is natuurlijk mogelijk dat verschillende (hoogste) rechters in aan hen voorgelegde geschillen tot verschillende oordelen komen ten aanzien van grondwettelijke grondrechten. Dat is echter niet nieuw: ook ten aanzien van door verdragen gewaarborgde grondrechten kan dat voorkomen. De Afdeling bestuursrechtspraak en het Hof Den Haag lijken er bijvoorbeeld in de bekende «SGP-zaak» elk een eigen interpretatie van artikel 7 Vrouwenverdrag op na te houden.<sup>1</sup> Het is niet uitgesloten dat de drie hoogste bestuursrechters in Nederland – de Afdeling bestuursrechtspraak, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de Centrale Raad van Beroep – verschillende interpretaties hebben van bestuursrechtelijke begrippen als «belanghebbende» en «zelfstandig schadebesluit».

Zoals in de gewijzigde memorie van antwoord is aangegeven, heeft de praktijk uitgewezen dat als de rechtsoordelen van de hoogste rechters uiteenlopen, uiteindelijk één van de rechters zijn jurisprudentie aanpast.<sup>2</sup> In de tussentijd kan een in mijn optiek gezond systeem van *dissenting opinions* ontstaan waarbij de verschillende hoogste rechters van elkaar leren en met elkaar de discussie aangaan. Op zichzelf kan het inderdaad een voordeel zijn om de toetsing te concentreren bij een speciale instantie bestaande uit ter zake zeer deskundigen. Maar daar staat tegenover dat politisering van benoemingen in een dergelijke instantie lastig te voorkomen lijkt te zijn, zoals ook al in de gewijzigde memorie van antwoord en de memorie van antwoord werd opgemerkt. Men denke hier aan de politieke benoemingen in het Amerikaanse Supreme Court, het Duitse Bundesverfassungsgericht of de Franse Conseil Constitutionnel.<sup>3</sup> Gespreide toetsing vermindert de politisering van de rechtspraak zeer. Ik wijs er tenslotte op dat de Hoge Raad zich in zijn advies van 31 oktober 1991 geen voorstander toonde van geconcentreerde toetsing bij hemzelf als «prejudiciële instantie», maar de voorkeur gaf aan gespreide toetsing. Dit standpunt was in het advies van de Hoge Raad van 11 november 1997 nog niet veranderd. Ook het tweede kabinet-Kok gaf in de nota «Constitutionele toetsing van formele wetten» aan voorstander te zijn van gespreide toetsing.<sup>4</sup> Mijns inziens bestaat voor gespreide toetsing een breed draagvlak.

### *Machtenscheiding*

De leden van de **CDA**-fractie vragen mij – onder verwijzing naar het Harmonisatiewet arrest – of de werkelijke betekenis van mijn wetsvoorstel wel zit in het kunnen optreden in situaties waarin de nationale wetgever niet heeft kunnen voorzien, dat de toepassing van de bepalingen van zijn «product» een schending van de Grondwet oplevert. Deze leden wensen te vernemen of ik niet vooral met dit wetsvoorstel de rechter – ook waar de wetgever de bedoelde casus wel degelijk heeft voorzien – de bevoegdheid wil verschaffen c.q. de verplichting op wil leggen om wetsbepalingen onverbindend te verklaren, indien en voor zover deze naar het oordeel van

<sup>1</sup> Zie ABRvS 5 december 2007, AB 2008, 35 vs. Hof Den Haag 20 december 2007, NJ 2008, 133.

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2002/03, 28 331, nr. 9, p. 17.

<sup>3</sup> Kamerstukken II 2002/03, 28 331, nr. 9, p. 17; Kamerstukken I 2006/07, 28 331, C, p. 9.

<sup>4</sup> Zie voor vindplaatsen van de adviezen van de Hoge Raad en de regeringnota *Kamerstukken II 2002/03, 28 331, nr. 9, p. 7–8.*



de rechter in deze en vergelijkbare casus in strijd zijn met grondrechten, zoals bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel van artikel 1.

Mijns inziens gaan deze leden in de eerste plaats uit van een verkeerde lezing van het Harmonisatiewetarrest.<sup>1</sup> In dit arrest wees de Hoge Raad toetsing van formele wetten aan ongeschreven rechtsbeginselen zonder meer af. Ook wanneer de wetgever bij het maken van de wet geheel niet aan deze rechtsbeginselen heeft gedacht, dan wel zijn wet een evidente schending van een of meer beginselen oplevert, kan de rechter niet in deze situatie ingrijpen. Wel laat de Hoge Raad in r.o. 3.9 van het arrest ruimte voor de door hem reeds eerder ontwikkelde leer dat onder omstandigheden strikte toepassing van de wet in die mate in strijd kan komen met een of meer beginselen van behoorlijk bestuur dat die toepassing achterwege dient te blijven. Hier gaat het niet om toetsing van de wet zelf – dat is de rechter te allen tijde verboden – maar om toetsing van de toepassing daarvan door het bestuur in het concrete geval (dus om toetsing van een bestuursbeslissing). Dit laatste raakt niet aan de verbindende kracht van de wet, zoals de Hoge Raad in het Harmonisatiewetarrest ook zelf opmerkt. R.o. 3.9 van dit arrest bouwt voort op de zogenaamde «contra legem» jurisprudentie die de Hoge Raad voor het eerst in het Agrarische Waardebepalingsarrest<sup>2</sup> heeft geïntroduceerd. In dit arrest moest strikte toepassing van de Successiewet achterwege blijven omdat het bestuur – in dit geval de fiscus – bij de belanghebbende het gerechtvaardigde vertrouwen had opgewekt dat de agrarische waarde van haar nalatenschap tot uitgangspunt zou worden genomen, en niet de in de wet vastgelegde (en veel hogere) verkoopwaarde. Strikte toepassing van de wet zou hier een schending van het vertrouwensbeginsel opgeleverd hebben. Maar zoals gezegd: de uitspraak raakt niet aan de verbindende kracht van de Successiewet. De geldigheid van de Successiewet stond in het geheel niet ter discussie. Het ging enkel om de vraag of de fiscus deze wet in het concrete geval mocht toepassen gelet op de beginselen van behoorlijk bestuur.

Deze «contra legem» jurisprudentie kan overigens alleen toepassing vinden als sprake is van «niet verdisconteerde omstandigheden». Heeft de wetgever een duidelijke beslissing genomen, dan zou het buiten toepassing laten van de wetsbepaling op grond van dezelfde omstandigheden die de wetgever nu juist uitdrukkelijk onder ogen heeft gezien en heeft meegewogen, neerkomen op toetsing van de wet zelf, en dat is de rechter verboden. Maar ook als van een bewuste afweging door de wetgever geen sprake is, kan de «contra legem» leer niet vaak toepassing vinden. Dat kan namelijk alleen als de bezwaren tegen de toepassing van de wet niet te herleiden zijn tot bezwaren tegen de wet zélf.<sup>3</sup> Dat betekent dat een burger pas een succesvol beroep op de «contra legem» leer zal kunnen doen als hij kan wijzen op feiten en omstandigheden van ná de totstandkoming van de wet. In de woorden van de Hoge Raad in het Harmonisatiewetarrest, «de wijze waarop de overheid is opgetreden» maakt dat toepassing daarvan in strijd komt met bijvoorbeeld het vertrouwensbeginsel of het gelijkheidsbeginsel.<sup>4</sup> Dit geeft mijn wetsvoorstel ook toegevoegde waarde: het staat de rechter toe de wet zélf te toetsen in het concrete geval.

Daarbij zijn twee situaties denkbaar. In het eerste geval krijgt de rechter te maken met een casus waarin de uitwerking van een formele wet in een concreet geval een door de wetgever niet bedoelde schending van de Grondwet oplevert. In deze casus heeft de wetgever simpelweg niet kunnen voorzien dat zijn «product» in strijd was of zou komen met de Grondwet. Dat is begrijpelijk, aangezien het nu eenmaal onmogelijk is de uitwerking van de wet in alle toekomstige situaties te voorzien. De aanvullende rol die de rechter hier – zij het terughoudend – speelt, is het leveren van maatwerk in individuele gevallen.

In het tweede geval krijgt de rechter te maken met een casus die de wetgever wel degelijk heeft voorzien. Ook in dit geval kan de rechter in

<sup>1</sup> HR 14 april 1989, NJ 1989, 469.

<sup>2</sup> HR 12 april 1978, AB 1979, 262.

<sup>3</sup> Aldus ook M.L.P. van Houten, *Meer zicht op wetgeving: rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Grondwet en fundamentele rechtsbeginselen* (diss. UvT), Deventer: Tjeenk Willink 1997, p. 94–95. Zie tevens van dezelfde auteur «Verboden toetsing», in: J.B.J.M ten Berge (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg* (Burkens-bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 464.

<sup>4</sup> Zie voor een geval van contra legem toepassing van het gelijkheidsbeginsel HR 15 juli 1988, NJ 1989, 714.

principe de wet wegens strijd met de in artikel 120 lid 2 Grondwet opgesomde rechten buiten toepassing laten. Men denke bijvoorbeeld aan de situatie dat een wettelijke bepaling in de Mediawet het categorische verbod van voorafgaand toezicht op de inhoud van een radio- of televisie-uitzending (artikel 7 lid 2 Grondwet) schendt. Ook is het inderdaad denkbaar dat de rechter een wettelijke bepaling in strijd met artikel 1 Grondwet acht omdat hij de rechtvaardiging die de wetgever voor een gemaakt onderscheid aanvoert, onvoldoende acht. Ik merk echter direct op dat de rechter in de hier bedoelde gevallen niet snel tot buitentoepassinglating over zal gaan. Zoals al in de gewijzigde memorie van toelichting en de memorie van antwoord opgemerkt zal de rechter aan de weloverwogen toetsing door de wetgever tijdens het wetgevingsproces een grote waarde toekennen.<sup>1</sup> Als in de parlementaire stukken en debatten uitgebreid op de relevante casus is ingegaan en uitdrukkelijk is gemotiveerd waarom de voorgestelde wet verenigbaar is met de Grondwet, dan zal de rechter niet snel zijn eigen oordeel in de plaats stellen van dat van de wetgever. De verwachting is gerechtvaardigd dat de Nederlandse rechters dezelfde terughoudende opstelling kiezen die zij sinds jaar en dag bij toetsing aan internationale verdragen innemen. Deze opstelling wordt in de jurisprudentie in verband gebracht met «de positie van de rechter in ons staatsbestel», «de traditionele plaats van de rechterlijke macht in ons staatsbestel», «de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen», de «aard van de wetgevende functie» enz.<sup>2</sup> Niet valt in te zien waarom de rechterlijke macht nu zijn principiële en in de rechterlijke traditie verankerde *opstelling* zou veranderen.

In dit verband wijs ik u graag op een artikel van de heer Corstens, lid van de Hoge Raad en toekomstig president van dit college, die duidelijk de rol van de rechter omschrijft. Hij stelt dat een rechter niet is aangesteld om te oordelen op basis van een programma over de inrichting van de samenleving en de mate van bemoeienis van de staat met het leven van burgers, hetgeen bij politici wel het geval is. De taak van de rechter is het vormgeven aan rechtvaardigheid in een concreet geval. De rechter volgt de wetgever echter wel als leidsman. De wetgever reikt hem de kaders aan waarbinnen hij moet beslissen. Vaak reikt de wet niet een op het voorliggende geval toegesneden oplossing aan. De wetgever kan immers niet alles voorzien of heeft de oplossing juist aan de rechter willen overlaten. De rechter zal in een dergelijke situatie niet te biecht gaan bij het programma van de politieke partij die hem het meest na staat. Zijn opdracht bestaat erin argumenten te zoeken voor oplossingen in verschillende richtingen.<sup>3</sup> De rechter wordt geacht niet te beslissen overeenkomstig zijn persoonlijke overtuigingen maar overeenkomstig een geobjectiverde en gedepersonaliseerde visie op de stand van de rechtsontwikkeling.

De leden van de **CDA**-fractie willen weten of ik van mening ben dat het een wezenlijke functie van de rechter is om de Grondwet «bij de tijd te brengen». Ik kan deze leden antwoorden dat ik inderdaad die mening toegedaan ben. Grondrechten, ook die welke in de Grondwet zijn vastgelegd, zijn niet «voor eens en voor altijd» vaststaand. De betekenis van grondrechten is afhankelijk van maatschappelijke omstandigheden en in de maatschappij levende opvattingen. In de maatschappij is voortdurend sprake van voortschrijdende inzichten. Voor de grondrechten geldt hetzelfde. Zij zijn niet statisch, noch behoren zij dat te zijn. Het is een belangrijke taak van de rechter de grondrechten van een eigentijdse interpretatie te voorzien. Deze taak doet overigens niets af aan de taak van de wetgever om precies datzelfde te doen. In een rechtsvergelijkend onderzoek naar grondrechten en nieuwe technologieën wordt geconcludeerd dat in andere landen de grondwet wordt geactualiseerd en levend wordt gehouden door de rechtspraak van constitutionele en andere rechters. Daarom bestaat er minder noodzaak om de grondrechten in de grondwet

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2002/03, 28 331, nr. 9, p. 14; Kamerstukken I 2006/07, 28 331, C, p. 4.

<sup>2</sup> Zie o.a. HR 16 mei 1986, NJ 1987, 251; HR 14 april 1989, NJ 1989, 469; HR 12 mei 1999, NJ 2000, 170.

<sup>3</sup> G.J.M. Corstens, «Waarin rechters anders zijn dan politici», NJB 2008, p. 751–752.

aan te passen aan nieuwe technologieën, zoals in Nederland noodzakelijk is.<sup>1</sup> Hoe lastig dat laatste is, blijkt eruit dat zoveel jaren na het rapport van de Commissie Franken over grondrechten in het digitale tijdperk<sup>2</sup> van enige aanpassing nog geen sprake is. Al eerder constateerden Koops e.a. dat Nederland met zijn toetsingsverbod internationaal een geïsoleerde positie inneemt.<sup>3</sup>

De leden van de **CDA**-fractie vragen of het een verplichting van iedere commissie voor bezwaar en/of beroepschriften en voor iedere rechter is om de verenigbaarheid van een bepaalde wetstoepassing te toetsen aan de geschreven grondrechten in de constitutie. Deze vraag kan in beginsel bevestigend beantwoord worden. Daarmee wordt zeker niet het «eigen karakter» van de constitutionele toetsing miskend. Ook de internationale mensenrechtenverdragen als het EVRM en het IVBPR maken deel uit van de Nederlandse constitutie (in ruime zin), die daarmee veel breder is dan de Grondwet alleen. Toetsing aan in verdragen verankerde grondrechten is daarmee in hoge mate vergelijkbaar met de toetsing aan grondrechten die in de Grondwet zijn vastgelegd. Het is dan ook uitdrukkelijk mijn bedoeling dat artikel 120 lid 2 Grondwet analoog aan artikel 94 Grondwet zal worden toegepast. De rechter krijgt dus geen juridisch monopolie om wetten buiten toepassing te laten wegens strijd met de Grondwet.<sup>4</sup> Dat neemt echter niet weg dat wel van een feitelijk monopolie sprake kan zijn. Ik ken geen voorbeelden van bestuursorganen die in bezwaar- of beroepsprocedures wetten of zelfs lagere regelgeving buiten toepassing lieten wegens strijd met een ieder verbindende bepalingen van verdragen. Artikel 94 Grondwet lijkt dus alleen door rechters te worden toegepast en het is aannemelijk dat het bestuur op een uitspraak van de rechter zal wachten alvorens een wet buiten toepassing te laten. Voor wat betreft artikel 120 lid 2 Grondwet kan redelijkerwijs hetzelfde worden aangenomen.

De vraag naar ambthalf toetsing van bepalingen in formele wetten door het college van B&W van Alkmaar gedurende de bezwaarfase beantwoord ik aan de hand van het geldende procesrecht. Artikel 7:11 Awb bepaalt dat *op grondslag van het bezwaar* een heroverweging van het bestreden besluit plaatsvindt. Daarmee wordt bedoeld dat de bezwaarde zelf de grenzen van het geschil bepaalt. In de heroverweging van het bestreden besluit wordt in beginsel slechts ingegaan op de klachten en argumenten die de bezwaarde in zijn bezwaarschrift naar voren heeft gebracht, waarbij ook nadere stukken en op de hoorzitting naar voren gebrachte argumenten kunnen worden meegenomen door het bestuursorgaan.<sup>5</sup> Het lijkt mij daarom aannemelijk dat het college alleen op de verenigbaarheid van de toepassing van een wet met de Grondwet zal ingaan wanneer de belanghebbende daar specifiek over geklaagd heeft. Dezelfde leden willen weten of ik kan aangeven hoe de wetgever op zijn beurt kan opkomen tegen een beslissing van de rechter die een deel van zijn wetgeving onverbindend heeft verklaard in een bestuursrechtelijke procedure. Mijn inziens kan dat op dezelfde manier als wanneer een wettelijke bepaling onverbindend is verklaard wegens strijd met een ieder verbindende bepaling van een verdrag of een besluit van een volkenrechtelijke organisatie op grond van artikel 94 Grondwet. Wordt bijvoorbeeld in een bestuursrechtelijke procedure een deel van de Vreemdelingenwet in strijd met artikel 3 EVRM geacht, dan zal de staatssecretaris van Justitie hoger beroep kunnen instellen. De situatie is niet wezenlijk anders als een deel van de Vreemdelingenwet in strijd met een bepaling van de Grondwet wordt verklaard. Telkens wanneer een bepaling van een formele wet ongrondwettig wordt verklaard zal het betrokken bestuursorgaan op centraal of decentraal niveau hoger beroep kunnen instellen. Het lijkt mij niet aannemelijk dat de wetgever als zodanig – dus de regering en de Staten-Generaal als samengesteld orgaan – hoger beroep kunnen instellen. Ik ken daarvan geen voorbeelden en aangezien

<sup>1</sup> B.J. Koops, R.E. Leenes en P. de Hert, «Grondrechten en nieuwe technologieën. Een rechtsvergelijkend overzicht», NJB 2008, p. 1157–1164.

<sup>2</sup> Het rapport werd op 24 mei 2000 aan de regering aangeboden; <http://www.minbzk.nl/actueel/publicaties?ActImlDt=6427>

<sup>3</sup> B.J. Koops, R.E. Leenes en P. de Hert, «Grondrechten en nieuwe technologieën. Een rechtsvergelijkend overzicht», NJB 2008, p. 1158.

<sup>4</sup> Zie in dit verband ook A.W. Hins, «Constitutionele toetsing, proportionaliteit en Verhältnismäßigkeit», in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler & C.M. Zoethout, *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 78: «Onder het regime van het wetsvoorstel [daarmee is mijn voorstel bedoeld, FH] zouden naar mijn mening ook bestuursorganen verplicht zijn een wet buiten toepassing te laten als die toepassing in strijd is met de Grondwet. Net zoals zij dat nu moeten doen bij strijd met het EVRM.»

<sup>5</sup> L.J.A. Damen e.a., *Bestuursrecht Deel 2*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006, nr. 539.



de Algemene wet bestuursrecht de wetgevende macht met zoveel woorden uitsluit van het begrip «bestuursorgaan» (artikel 1:1 lid 2 sub a Awb) ligt dat ook niet voor de hand.

Heeft de rechter eenmaal in hoogste instantie vastgesteld dat de toepassing van een formele wet inderdaad in strijd komt met de Grondwet, of is inmiddels de beroepstermijn verstreken, dan rest de wetgever niets anders dan tot wijziging van de desbetreffende wet over te gaan. In veel gevallen zullen er dan nog diverse mogelijkheden zijn om nieuwe wettelijke bepalingen te ontwerpen die wel met de Grondwet in overeenstemming zijn. Moeten er rechtspolitieke keuzes worden gemaakt, dan zal de rechter dat in de regel eerst aan de wetgever overlaten (zie ook hieronder).

Zie ik meer ruimte voor rechters om af te wijken van de interpretatie van de wetgever van de Grondwet naar gelang de wet ouder is, zij met kleinere meerderheden is aanvaard en/of parlementaire minderheden of de wetenschap de constitutionaliteit van de wet sterker in twijfel trokken, zo wensen de leden van de **CDA**-fractie te vernemen. In de memorie van antwoord heb ik hierover opgemerkt dat van communicerende vaten sprake is: wanneer de interpretatie van de wetgever eenduidig, gemotiveerd en van recente datum is zal de rechter zich terughoudender opstellen, terwijl daar waar over de interpretatie veel discussie was (en is), de motivatie summier en de afweging langer geleden heeft plaatsgevonden er meer ruimte is voor rechterlijke activiteit.<sup>1</sup> De door de leden van de **CDA**-fractie genoemde omstandigheden kunnen daarbij alle van belang zijn, maar het is aan de rechter zelf om te bepalen welke omstandigheden hij meeweegt en welk gewicht hij daar aan toekent.

De leden van de **CDA**-fractie vragen mij ook – kort gezegd – of ik het juist acht dat de rechter, als hij een bepaling in een wet in strijd met de Grondwet acht, aan de wetgever een termijn stelt om zich te conformeren aan de uitleg van de Grondwet die de rechter heeft gegeven. In antwoord op deze vraag kan ik u mededelen dat mij weliswaar veel rechterlijke uitspraken bekend zijn waarin de rechter formele wetgeving in strijd met internationale verdragen oordeelde, maar dat ik weinig uitspraken ken waarin de rechter een concrete termijn noemde waarbinnen de wetgever de wet moest hebben aangepast.

In het Arbeidskostenforfaitarrest<sup>2</sup> overwoog de Hoge Raad in r.o. 3.18 dat hij ervan uitging «dat de regering met de nodige spoed een wetsontwerp zal indienen dat recht doet aan de op de Nederlandse Staat rustende verdragsverplichtingen op dit punt». De sanctie op het niet met de nodige spoed indienen van een wetsvoorstel is volgens dit arrest niet dat de rechter alsnog een concrete termijn stelt, maar dat de rechter mogelijkerwijs zelf in het rechtstekort voorziet. In de uitspraak van het Hof Den Haag inzake de SGP<sup>3</sup> werd zelfs overwogen: «De vordering om de Staat te verbieden om binnen een door de rechter in goede justitie te bepalen termijn de in de dagvaarding omschreven onrechtmatige situatie te laten voortbestaan is evenmin toewijsbaar, aangezien dit in wezen ook zou neerkomen op een bevel tot de Staat om wetgeving in formele zin tot stand te brengen.» Die overweging liet het hof voorafgaan door de regel dat «verwacht mag worden dat de Staat, die rechterlijke beslissingen pleegt na te komen, daaraan de juiste gevolgtrekking zal verbinden door, ook zonder daartoe door dwangmiddelen of sancties te zijn gedwongen, de nodige wetgeving tot stand te brengen.»

Alleen in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak is een voorbeeld van een soort termijn te vinden. In een uitspraak van 21 november 2006<sup>4</sup> veronderstelde dit college in een zaak waarin een bepaling uit de Kieswet in strijd met het communautaire gelijkheidsbeginsel werd geacht, «dat de wetgever dat (= het maken van de in casu

<sup>1</sup> Kamerstukken I 2006/07, 28 331, C, p. 16.

<sup>2</sup> HR 12 mei 1999, NJ 2000, 170.

<sup>3</sup> Hof Den Haag 20 december 2007, NJ 2008, 133.

<sup>4</sup> ABRvS 21 november 2006, AB 2007, 80.

relevante rechtspolitieke keuzes, FH) dusdanig tijdig zal doen dat voormelde strijdigheid voor de volgende verkiezing van de leden van het Europees Parlement is weggenomen».

Het lijkt er dus op dat Nederlandse rechters de wetgever niet snel een concrete termijn stellen om geconstateerde rechtstekorten door middel van het tot stand brengen van formele wetgeving te verhelpen. De jurisprudentie terzake moet mijns inziens nog uitkristalliseren. Het lijkt mij aannemelijk dat het aannemen van mijn wetsvoorstel in deze situatie geen wijzigingen zal brengen. Wanneer de rechter constateert dat de toepassing van een formele wet in een concreet geval strijd met de Grondwet oplevert, dan zal hij in de regel – indien dat soelaas biedt – de formele wet buiten toepassing laten en in veel andere gevallen met het constateren van die strijd volstaan en erop vertrouwen dat de regering (of de Tweede Kamer) met gezwinde spoed een wetsvoorstel maakt om de wet weer in lijn met de Grondwet te brengen.

De leden van de fractie van het **CDA** hadden verder nog enige vragen over de ontwikkeling van een eigenstandige rechterlijke dogmatiek over de grondrechten. Zij betogen dat het onvermijdelijk is dat deze eigen dogmatiek er komt en dat de Nederlandse rechter aan bepaalde grondwettelijke grondrechten een inhoudelijke invulling zal moeten geven. Ik ben het voor wat betreft dat laatste met deze leden eens. Ook als bepalingen in de Grondwet slechts voorschrijven dat het grondrecht bij of krachtens de wet kan worden beperkt – zie bijvoorbeeld artikel 2 lid 4, artikel 4, artikel 6 lid 1, artikel 7 lid 3 Grondwet en artikel 10 lid 1 Grondwet – zal de rechter moeten toetsen of de toepassing van de in het geding zijnde formele wet zich in een concreet geval wel inhoudelijk verdraagt met de Grondwet. Daarbij speelt, zoals al in de memorie van antwoord opgemerkt, een belangrijke rol of het grondrecht al dan niet illusoir wordt gemaakt, of de beperking proportioneel is en of deze voldoet aan het beginsel van de subsidiariteit.<sup>1</sup>

Ik zie niet in waarom het ontstaan van een Nederlandse rechterlijke grondrechtendogmatiek gevreesd zou moeten worden, noch waarom deze dogmatiek «tussen wetgever en grondwet zal worden geschoven». Het is vanzelfsprekend dat deze dogmatiek ontwikkeld zal worden binnen de heersende rechterlijke terughoudendheid, en dat daarbij nauw aansluiting wordt gezocht bij de bestaande toetsing aan bepalingen van verdragen.<sup>2</sup> Ik merk verder op dat de dogmatiek die de rechter ontwikkelde inzake de persvrijheid van artikel 7 Grondwet de grondwetgever zo zeer tevreden stemde dat bij de grondwetswijziging van 1983 deze als uitgangspunt werd genomen bij het vormgeven van het nieuwe artikel 7 Grondwet. Overigens lijkt de kans op de ontwikkeling van een eigenstandige, de wetgever onwelgevallige dogmatiek veel groter als gekozen zou worden voor toetsing door een constitutioneel hof. Het gaat bij de rechterlijke toetsing voorts om het beantwoorden van juridische vragen die de Nederlandse rechter al sinds jaar en dag dient te beantwoorden. De eigen Nederlandse grondrechtendogmatiek kan tenslotte een toegevoegde waarde hebben ten opzichte van het EVRM. De grondrechten in dat verdrag zijn immers formeel minimumnormen (artikel 53 EVRM) en de – ook door de rechter te waarborgen – grondwettelijke grondrechten mogen de burger méér bescherming geven dan het EVRM doet. Toch hecht ik eraan ook hier weer op te merken dat dit een uitbreiding van de taak van de rechter is, maar geen uitnodiging om de algemene terughoudende opstelling te veranderen.

De leden van de **VVD**-fractie vragen mij of ik concrete voorbeelden kan noemen van een verschuiving in maatschappelijke opvattingen, die tot gevolg heeft gehad dat een wet in strijd was met de Grondwet en buiten toepassing had moeten worden gelaten. Ik kan op dit punt denk ik het beste verwijzen naar hetgeen ik hierover in de memorie van antwoord heb

<sup>1</sup> *Kamerstukken I 2006/07, 28 331, C, p. 13 en 27.*

<sup>2</sup> Daarmee doel ik bijvoorbeeld op de «noodzakelijkheidstoets» die in veel bepalingen van het EVRM is neergelegd. Onderdeel van deze noodzakelijkheidstoets is een proportionaliteitstoets: beperkingen moeten «proportionate to the legitimate aim pursued» zijn. Wanneer de rechter bij de toetsing van de beperking van een grondwettelijk grondrecht zich voor de vraag gesteld ziet of deze beperking proportioneel is, zal hij al gauw aansluiting zoeken bij de jurisprudentie inzake het EVRM, zowel van Nederlandse rechters als van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

opgemerkt. Daar citeerde ik uit het Handboek van het Nederlandse staatsrecht, waarin werd opgemerkt dat Nederlandse rechters al vele malen bepalingen van formele wetten buiten toepassing hebben gelaten wegens strijd met verdragsgrondrechten. Als voorbeelden werden hier genoemd zaken in het familierecht en de gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij sociale uitkeringen. Ik voegde aan het citaat toe dat het denkbaar is dat in enkele van deze gevallen de rechter ook strijd met de Grondwet had kunnen vaststellen, aangezien veel verdragsgrondrechten ook door de Grondwet gewaarborgd worden. Ik acht het aannemelijk dat in de genoemde zaken, veranderde maatschappelijke opvattingen een rol hebben gespeeld. Het zou mij zelfs verbazen als dat in zaken over het familierecht en gelijke behandeling van mannen en vrouwen niet het geval was geweest.

De leden van de **VVD**-fractie stellen ook een aantal vragen over – kort weergegeven – veranderde maatschappelijke opvattingen en het maken van politieke afwegingen door de rechter. Ik ben het met deze leden eens dat verschuivingen in maatschappelijke opvattingen een politiek karakter kunnen hebben, maar deel niet de mening dat de rechter altijd buiten politieke en beleidsafwegingen kan blijven. En wat nog belangrijker is: de Hoge Raad deelt die mening ook niet. Zoals al in de gewijzigde memorie van toelichting is aangegeven, heeft de Raad zich in zijn advies van 31 oktober 1991 op het standpunt gesteld dat het een misverstand is om te denken dat vragen van groot maatschappelijk belang, waarbij men in politiek vaarwater terecht kan komen, eerder door de wetgever dan door de rechter behoren te worden beantwoord als de bescherming van de burger in een concreet geschil in het geding is.<sup>1</sup> De jurisprudentie geeft veel voorbeelden van politiek geladen zaken te zien waarin de Nederlandse rechter zich zeer terughoudend opstelt ten aanzien van de wetgever en diens wetten. Zo overwoog de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag<sup>2</sup> ten aanzien van de no-claim teruggave van de Zorgverzekeringswet dat «deze regeling een politieke kwestie (vormt), die onderwerp is geweest – en nog is – van politiek debat. (...) Afwegingen op deze gebieden behoren bij uitstek tot het politieke domein». Met dit laatste werd bedoeld op de taak van de wetgever, die slechts in uitzonderlijke gevallen door de rechter gecorrigeerd kan worden.

Ook in die gevallen waarin de rechter wél overgaat tot het corrigeren van de wetgever, stelt hij zich terughoudend op bij het vormgeven van zijn rechtsvormende taak. Het betreft hier gevallen waarin de rechter tot de conclusie komt dat de toepassing van een formele wet in strijd komt met een, een ieder verbindende bepaling van een verdrag. De rechter staat dan voor de vraag hoe in het geconstateerde rechtstekort moet worden voorzien. Hierbij moet hij een afweging maken tussen het direct bieden van effectieve bescherming aan de belanghebbende en het belang «dat in de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen de rechter bij zulk ingrijpen in een wettelijke regeling een terughoudende opstelling past», zoals de Hoge Raad het in het Arbeidskostenforfaitarrest uitdrukte. De Raad voegde daar aan toe dat «de rechter aanstonds zelf in het rechtstekort voorziet indien zich uit het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of de wetsgeschiedenis, voldoende duidelijk laat afleiden hoe zulks dient te geschieden. In gevallen echter waarin *verschillende oplossingen denkbaar zijn en de keuze daaruit mede afhankelijk is van algemene overwegingen van overheidsbeleid of belangrijke keuzes van rechtspolitieke aard* moeten worden gemaakt, is aangegeven dat de rechter die keuze *vooral*snog aan de wetgever laat, zulks zowel in verband met de in 3.14 bedoelde staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid van de rechter als wegens zijn beperkte mogelijkheden op dit gebied [curs. FH].» Met andere woorden: de rechter is wel degelijk in staat én bevoegd om politieke vragen te beantwoorden, maar de staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid verlangt van hem dat hij een beleid voert waarbij rechtspolitieke vragen in de eerste plaats door de wetgever

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2002/03, 28 331, nr. 9, p. 14–15.

<sup>2</sup> V.zr. Rb. Den Haag 7 juli 2006, LJN AY1710. Dit vonnis is onlangs bekrachtigd door Hof Den Haag 3 april 2008, LJN BC8719.

worden beantwoord. Daarbij gaat de rechter er, zoals hiervoor besproken is, vanuit dat de wetgever met gepaste spoed een wetsvoorstel voorbereidt en in behandeling neemt. Concrete termijnen worden gezien het vertrouwen dat de rechter in de wetgever heeft niet vaak gesteld, terwijl een concreet wetsgeviingsbevel zelfs door de Hoge Raad constitutioneel-rechtelijk onmogelijk is geoordeeld.<sup>1</sup>

Ik verwacht niet dat als gevolg van het aannemen van mijn wetsvoorstel de rechters in Nederland zich veel activistischer zullen gaan opstellen of vaker de rol van wetgever-plaatsvervanger gaan spelen. Integendeel, ik verwacht dat de rechters hun huidige koers van terughoudendheid ten aanzien van formele wetgeving voortzetten. Aan weloverwogen oordelen van de wetgever ten aanzien van de grondwettigheid van formele wetten zal veel gewicht worden toegekend, zeker in politiek geladen kwesties. Tegelijkertijd zal in veel gevallen waarin wel tot ongrondwettigheid van formele wetten wordt geconcludeerd aan de wetgever de mogelijkheid worden geboden het rechtstekort te verhelpen door uit de verschillende oplossingen een (rechtspolitieke) keuze te maken en die keuze in nieuwe wetgeving om te zetten.

Ik ben het met de leden van de **VVD**-fractie eens dat over veranderende maatschappelijke omstandigheden verhitte debatten gevoerd kunnen worden. Het enkele feit dat de wetgever hier een taak heeft niet zeggen, wil niet zeggen dat een dergelijke taak niet ook aan de rechter toe kan komen. Het één sluit het ander niet uit. Mijns inziens bieden zowel het parlement als de rechtszaal een geschikt forum om over veranderende maatschappelijke omstandigheden te discussiëren. Rechterlijke rechtsvorming over abortus, stakingsrecht en euthanasie bewijst dat. Het verschil kan veel beter gezocht worden in de onderscheiden rollen die wetgever en rechter spelen. De een is gericht op het stellen van algemene regels, de ander biedt concrete rechtsbescherming. Wanneer een uitspraak van de rechter in strijd komt met de wensen van de wetgever, wil dat niet zeggen dat de rechter daarmee ook de rol van de wetgever overneemt. De jurisprudentie wijst – zoals eerder gesteld – het tegendeel uit. De rechter blijkt zich uitermate bewust van zijn positie ten opzichte van de wetgever zoals ook uit de eerder genoemde bijdrage van Corstens blijkt.<sup>2</sup> Dit wetsvoorstel kan worden opgevat als een uiting van een soortgelijk bewustzijn van de zijde van de grondwetgever, namelijk als een erkenning van de rol van de rechter bij het beschermen van grondwettelijke rechten.

De leden van de **PvdA**-fractie constateren een discrepantie tussen mijn opvattingen in de (gewijzigde) memorie van toelichting en die in de memorie van antwoord. Zij willen weten of ik nu wel of niet in het functioneren van de wetgever aanleiding zie om tot constitutionele toetsing te komen. Ik kan deze leden antwoorden dat het functioneren van de wetgever inderdaad een van de aanleidingen vormt om tot constitutionele toetsing te komen. Aan de ene kant is het voor de wetgever onmogelijk om in de toekomst te kijken en alle mogelijke toepassingen van zijn wetten te voorzien. Dat kan ertoe leiden dat een formele wet in een concreet geval in strijd komt met een door de Grondwet gewaarborgd grondrecht. In dit geval kan de wetgever moeilijk een verwijt worden gemaakt. Het is nu eenmaal niet mogelijk een wet te maken die voor een eeuwigheid 100% waterdicht is. Dat neemt niet weg dat de onschendbaarheid van de wet in dit soort gevallen onrechtvaardige resultaten kan opleveren. Introductie van toetsingsrecht kan daar verandering in brengen. Aan de andere kant moet geconstateerd worden dat de vraag naar de grondwettigheid van wetten tijdens de parlementaire behandeling van die wetten niet altijd even goed uit de verf komt. Hoewel dit zeker niet in alle gevallen geconstateerd kan worden, ligt hier wel een probleem dat ook door de Hoge Raad in zijn advies van 31 oktober 1991<sup>3</sup> en in de literatuur is gesignaleerd.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> HR 21 maart 2003, NJ 2003, 691.

<sup>2</sup> Zie noot 3, pag. 7.

<sup>3</sup> Zie ook de gewijzigde memorie van toelichting, *Kamerstukken II 2002/03*, 28 331, nr. 9, p. 13.

<sup>4</sup> Ik heb in dit verband reeds verwezen naar C.L.G.F.H. Albers en R.J.N. Schlössels, «Terrorismebestrijding: het bestuursrecht aan zet, de rechtsstaat in gevaar?», *NJB* 2006, p. 2526. Tevens kan ik wijzen op H.R.B.M. Kummeling, «Proliferatie van proportionaliteit», in: *Grensverleggend staatsrecht* (Kortmann-bundel), Deventer: Kluwer 2001, p. 248–249 en L.F.M. Verhey, «Het grondwettelijk beperkingssysteem: handhaving of herbezinning», *NJCM-bulletin* 2003, p. 222. Verhey verwijst naar door Gerbranda en Kroes verricht onderzoek waaruit blijkt dat van een inhoudelijk goed gemotiveerde en consistente belangenafweging van wettelijke beperkingen in het licht van de Grondwet veelal geen sprake is.

Men kan nooit met honderd procent zekerheid garanderen dat de wetgever voldoende zorg besteedt aan de beantwoording van de vraag naar de grondwettigheid van zijn eigen product. Rechterlijke toetsing kan hier een nuttige en aanvullende rol spelen, zowel in de gevallen waarin de wetgever verwijtbaar tekort schiet, als in die gevallen waarin daarvan geen sprake is. Rechtvaardigheid voor de burger in het individuele geval staat hierbij centraal. Na introductie van het rechterlijk toetsingsrecht kan de toetsing door de wetgever inderdaad niet op een lager pitje worden gezet, integendeel. Ik verwacht van de wetgever dat hij ook na invoering van het nieuwe artikel 120 lid 2 Grondwet veel tijd en aandacht besteedt aan de constitutionele toetsing en dat de parlementaire stukken en debatten blijk geven van een dergelijke zorg. Verwacht kan misschien zelfs worden dat de wetgever – wetende dat zijn grondwetsinterpretatie bij de rechter een belangrijke rol speelt – juist meer aandacht besteedt aan grondwettelijke aspecten van zijn wetgeving.

De leden van de **PvdA**-fractie vragen of het argument dat wetswijzigingen tijdrovend zijn en het met constitutionele toetsing mogelijk is snel op maatschappelijke en rechtsstatelijke veranderingen te reageren standhoudt, aangezien rechterlijke uitspraken voor beroep vatbaar zijn. Ik ben van mening dat dit inderdaad het geval is. In de eerste plaats is het zowel in het burgerlijk procesrecht als het bestuursprocesrecht mogelijk om een uitspraak in kort geding, respectievelijk een voorlopige voorziening te krijgen. Daarmee kan de burger op korte termijn in ieder geval voorlopige duidelijkheid krijgen over zijn rechtspositie. In een kort geding en in een bodemprocedure kan de civiele rechter bovendien een uitspraak uitvoerbaar bij voorraad verklaren, zodat niet de uitkomsten van het hoger beroep hoeven te worden afgewacht. Vooral als het gaat om wettelijke verboden kan de burger bij de rechter snel duidelijkheid krijgen: worden deze in het concrete geval in strijd met de Grondwet geoordeeld, dan heeft een voorlopige voorziening of een uitvoerbaar bij voorraad verklaarde uitspraak direct tot gevolg dat het grondrecht in volle omvang herleeft, in ieder geval totdat de rechter definitief uitspraak heeft gedaan. Maar het belangrijkste argument is misschien wel dat een burger met het vereiste procesbelang te allen tijde naar de burgerlijke rechter kan stappen en te allen tijde bezwaar kan maken en beroep kan instellen tegen overheidsbesluiten, terwijl hem geen dwangmiddelen ter beschikking staan om de wetgever aan het werk te zetten. De leden van de PvdA-fractie wijzen erop dat «indien concrete omstandigheden daartoe aanleiding geven, tot wetswijziging kan worden overgegaan». Of van dergelijke concrete omstandigheden sprake is, beslist de wetgever echter zelf. Juist daarom vind ik het in het licht van de individuele rechtsbescherming zo belangrijk dat de burger naar de rechter kan stappen en aan deze onafhankelijke en onpartijdige instantie de vraag kan voorleggen of de geldende wetgeving wel in overeenstemming is met de Grondwet. Beantwoordt de rechter die vraag ontkennend, dan kan de wetgever als gevolg van de rechterlijke uitspraak tot activiteiten worden aangespoord.

De leden van de **PvdA**-fractie vroegen mij verder of het geen bezwaar is om bij bepaalde delen van wetgeving wél en bij andere delen géén rekening te houden met later ontwikkelde rechtsopvattingen. Mijns inziens dient de rechter bij de interpretatie van wetgeving *altijd* rekening te houden met veranderde rechtsopvattingen. De betekenis van wetten ligt immers niet voor eens en voor altijd vast maar kan veranderen naarmate de tijd voortschrijdt. Bij de vraag in welke gevallen de rechter een wet buiten toepassing kan laten wegens strijd met de Grondwet, beperkt mijn wetsvoorstel zich tot die grondwetsbepalingen die aan individuele personen (of eventueel groepen) een subjectief recht toekennen. Deze lenen zich ook het beste voor rechterlijke toetsing en zijn van doorslaggevend belang voor de individuele rechtsbescherming.



De vraag van de leden van de **PvdA**-fractie of het niet in alle gevallen aan de wetgever moet worden gelaten om op basis van voortschrijdend inzicht tot aangepaste of nieuwe wetgeving te komen, beantwoord ik zonder meer ontkennend. Als ik die opvatting was toegedaan, was ik niet met dit wetsvoorstel gekomen. In antwoord op de vraag van deze leden over het pleidooi van bijvoorbeeld de oud-president van de Hoge Raad, Haak, om ook ten aanzien van de sociale grondrechten het toetsingsverbod op te heffen, kan ik zeggen dat ik dit pleidooi interessant vind, maar voor mijn eigen wetsvoorstel minder relevant. Ik heb er zoals gezegd voor gekozen een voorstel aanhangig te maken dat toetsing van formele wetgeving aan bepaalde, limitatief opgesomde subjectieve rechten mogelijk maakt. Toetsing aan sociale grondrechten is daarmee voor het grootste gedeelte bewust uitgesloten, daar het merendeel van de grondrechten die men als «sociaal» pleegt aan te duiden niet direct aan de burger een subjectief recht toekennen. Met toetsing aan sociale grondrechten zou bovendien de kans groter zijn dat de rechter zich op het terrein van de politiek begeeft.

De stelling dat de rechter zich terughoudender opstelt naarmate de wetgever duidelijker en gemotiveerder aangeeft op welke wijze hij gebruik heeft gemaakt van de hem gegeven afwegingsruimte, riep bij de leden van de **PvdA**-fractie een aantal vragen op. Zij wilden onder meer weten welke garanties voor zo'n terughoudende opstelling gegeven kunnen worden. In antwoord hierop verwijs ik naar de hiervoor al aangehaalde rechtspraak van de Hoge Raad. Ik heb geen enkele aanwijzing dat de rechters na aanneming van mijn voorstel tot rechterlijk activisme zouden willen overgaan. Ik denk dat het gepast is de rechter op dit punt het vertrouwen te schenken dat hij verdient. Bovendien kan de vrees voor een constitutionele uitbraak van de rechter zich niet of nauwelijks tegen dit voorstel richten. Deze vrees veronderstelt namelijk een wijziging in *rol* en *opstelling* van de rechter, ook ten opzichte van de al bestaande verdrags-toetsing. Daar is geen sprake van.

De **PvdA**-leden vragen of het risico bestaat dat de wetgever door de rechter tot een motiveringsplicht kan worden gedwongen. Uiteraard rust op de wetgever de verantwoordelijkheid in de parlementaire stukken en debatten uiteen te zetten waarom de voorgestelde wetgeving in overeenstemming is met de Grondwet, daaraan wordt in dit wetsvoorstel geen «dwang» toegevoegd. Mochten de leden een morele plicht tot motivering bedoelen, dan lijkt mij dat – ongeacht dit wetsvoorstel – vanzelfsprekend. Dezelfde leden vragen mij naar toetsing aan het evenredigheidsbeginsel en naar toetsing van de wet aan (naar ik aanneem: ongeschreven) rechtsbeginselen. Toetsing aan het evenredigheids- of proportionaliteitsbeginsel kan, zoals in de memorie van antwoord en ook hierboven is uiteengezet, plaatsvinden aan de hand van de bij het grondrecht behorende beperkingsclausule. Stelt de rechter bijvoorbeeld in een bepaalde casus vast dat sprake is van een beperking van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, dan dient hij niet alleen te toetsen of die toetsing bij of krachtens de wet gesteld is (artikel 10 lid 1 Grondwet), maar tevens of toepassing van deze wet in het voorliggende geval het grondrecht illusoir maakt en of toepassing in strijd komt met beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit. Is van proportionaliteit geen sprake, dan zal toepassing van de wet in het concrete geval in strijd met artikel 10 lid 1 Grondwet zijn.

Zoals ik ook in de gewijzigde memorie van toelichting uiteenzette, ben en blijf ik van mening dat toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen verboden moet blijven. Mijn voorstel heeft uitdrukkelijk alleen betrekking op door de Grondwet gewaarborgde, limitatief opgesomde subjectieve rechten.

De veronderstelling van de leden van de fractie van de **PvdA** dat bij verdragstoetsing sprake is van een geheel andere (en ook veel algemenere) vorm van toetsing van wetten dan bij de klassieke grondrechten uit de Grondwet, onderschrijf ik niet. Ook bij toetsing aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen ex artikel 94 Grondwet wordt de rechter de vraag voorgelegd of de toepassing van een bepaalde formele wet in een concreet geval verenigbaar is met een verdragsbepaling. Een dergelijke toetsing verschilt niet wezenlijk van grondwetstoetsing. De overeenkomsten worden nog duidelijker wanneer men bedenkt dat het in veel gevallen om dezelfde grondrechten, zoals godsdienstvrijheid en vrijheid van meningsuiting zal gaan. Anders dan deze leden suggereren, ken ik niet teveel waarde toe aan de mogelijkheid van verdragstoetsing. Dit wetsvoorstel is juist gebaseerd op de gedachte dat verdragstoetsing zeer waardevol is, maar dat hiermee niet kan worden volstaan. Juist in die gevallen waarin de Grondwet waarborgen kent die niet in internationale mensenrechtenverdragen besloten liggen of verdergaande bescherming biedt, kan de rechter een zeer waardevolle aanvullende rol spelen. Men denke hier aan het censuurverbod van artikel 7 Grondwet – dat geen tegenhanger kent in EVRM en IVBPR – en het typisch Nederlandse artikel 23 Grondwet inzake de onderwijsvrijheid.

De leden van de fractie van de **PvdA** willen voorts weten waaruit blijkt dat de rechter zich terdege bewust is dat het primaat van de rechtsvorming ligt bij de democratisch gelegitimeerde wetgever. Ik verwijs hiervoor naar de bespreking van enige vragen van de fractie van de **VVD**. Daarbij heb ik onder andere gewezen op de jurisprudentie van de Hoge Raad sinds het Arbeidskostenforfaitarrest. De vraag waarom niet te verwachten is dat de rechter op grote schaal wetsbepalingen buiten toepassing zal laten, heb ik daarmee ook beantwoord. Ik zou willen benadrukken dat dit geen kwestie is van «wie vertrouwt wie». Het gaat er veel meer om dat wij een consistent systeem van «checks and balances» ontwerpen en uitbouwen dat recht doet aan de beginselen van de democratische rechtsstaat. Maar ook als dit wetsvoorstel wordt geplaatst in het teken van vertrouwen is de vraag waarom wij bij het beoordelen van onze nationale wetgeving een internationaal gerechtshof als het EHRM meer vertrouwen schenken dan onze nationale rechters? Het komt dan vreemd voor dat bijvoorbeeld een Russische of een Roemeense rechter in de positie is te oordelen over Nederlandse wetgeving en de Hoge Raad, die in onze rechtstraditie staat, niet. Dit was ook één van de redenen voor de aanneming van de Britse Bill of Rights. Juist het vertrouwen in de «eigen» Britse rechters in vergelijking met een internationaal hof was de reden voor de introductie van deze wet. Daarbij neemt volgens onderzoek het vertrouwen van Tweede Kamerleden in de rechterlijke macht toe<sup>1</sup>. Dat zal voor Eerste Kamerleden toch niet anders liggen?

Ik heb, in tegenstelling tot de bewering van de heer Schutte in RegelMaat, niet gepleit voor constitutionele rechtspraak enerzijds en voorrang voor de parlementaire uitleg anderzijds. De rechter kan formele wetten buiten toepassing laten en de uitleg van de Grondwet door de wetgever *overrulen*. De rechter zal daartoe niet snel overgaan als de interpretatie van de wetgever eenduidig, gemotiveerd en van recente datum is. Aan de uitleg van de wetgever komt derhalve groot gewicht toe, maar geen automatische voorrang.

Een belangrijke vraag van de leden van de **PvdA**-fractie was tot welk concreet verschil aanneming van dit wetsvoorstel leidt. Zoals ik in eerdere correspondentie met Tweede en Eerste Kamer en tijdens de plenaire behandeling in de Tweede Kamer heb betoogd, verwacht ik dat aanneming van mijn voorstel in de eerste plaats een bijdrage levert aan de rechtsbescherming van de individuele burger tegen de overheid. De rechter zal in concrete casus de toepassing van formele wetten kunnen toetsen aan bepaalde subjectieve rechten uit de Grondwet. Daarbij gaat

---

<sup>1</sup> Zie het onderzoek van Rudy Andeweg en Jacques Thomassen, *Binnenhof van binnenuit, Tweede Kamerleden over het functioneren van de Nederlandse democratie*, Universiteit Leiden en Universiteit Twente 2007, p. 47 e.v..

het niet alleen om een inhoudelijke toets: de rechter kan ook controleren of de wetgever een grondwettelijk delegatieverbod heeft overtreden door wetgevende bevoegdheid over te dragen aan een lager orgaan of door aan een dergelijk orgaan discretionaire bestuursbevoegdheid toe te kennen. Deze toetsing is niet zonder belang, nu in de literatuur regelmatig wordt opgemerkt dat de wetgever grondwettelijke delegatieverboden te nauw interpreteert en het begrip «uitvoering» juist heel ruim uitlegt.<sup>1</sup> Maar vooral in die gevallen waarin de Grondwet meer bescherming biedt dan internationale verdragen wordt daardoor de rechtsbescherming aanzienlijk vergroot. Hierbij kan gedacht worden aan het verbod van censuur van artikel 7 Grondwet, het huisrecht in artikel 12 Grondwet (het artikel kent de nodige procedurele waarborgen die artikel 8 EVRM niet kent), de beperkte doelcriteria in artikel 8 Grondwet, vrijheid van vereniging, in vergelijking met de uitgebreidere doelcriteria in het EVRM, en natuurlijk artikel 23 Grondwet, de onderwijsvrijheid. Bovendien zijn de normen uit bijvoorbeeld het EVRM formeel minimumnormen (artikel 53 EVRM) en in de literatuur zijn al klachten te horen dat als gevolg van de toetreding van rechters uit landen zonder lange rechtsstatelijke tradities de rechtsbescherming van individuen door het EHRM aan het verminderen is.<sup>2</sup>

Ook al zal de rechter een formele wet niet snel buiten toepassing laten, het enkele feit dat de burger zijn zaak aan een onafhankelijke en onpartijdige instantie kan voorleggen kan al als een uitbreiding van de rechtsbescherming worden gezien. Bovendien brengt de mogelijkheid dat de rechter de toepassing van een wet achterwege kan laten met zich mee dat de wetgever nog meer dan nu het geval is aandacht zal besteden aan de vraag hoe de voorgestelde wetgeving zich verhoudt tot de subjectieve rechten uit de Grondwet. Dat komt ook de kwaliteit van de wetgeving ten goede. Als de rechter constateert dat een formele wet in een concreet geval onrechtvaardig uitpakt, zo onrechtvaardig dat de Grondwet geschonden moet worden geacht, dan kan hij dat corrigeren en daarmee tot een oplossing komen die het rechtsgevoel bevredigt.

Voorts maakt mijn voorstel een einde aan de merkwaardige situatie dat rechters lagere regelingen mogen én moeten toetsen aan hogere regelingen, behalve de wet in formele zin. Rechtssystematisch is dat slecht te verdedigen, terwijl de aangevoerde rechtvaardiging – het democratieargument – steeds minder overtuigt. Wetten zijn – voornamelijk als gevolg van de mogelijkheid van verdragstoetsing ex artikel 94 Grondwet – in Nederland al decennia lang niet meer onschendbaar.

Tot slot draagt het wetsvoorstel ook bij aan de verlevendiging van de Nederlandse Grondwet, zoals ik ook in de memorie van toelichting heb beargumenteerd.<sup>3</sup> Daarop doel ik als ik spreek van het «terugbrengen naar Nederland» van de grondrechten. Nu de minister van Binnenlandse Zaken zich bezorgd toont over de onbekendheid van de Grondwet bij de bevolking kan de werfkracht en daarmee de kenbaarheid van de Grondwet vergroot worden door mijn voorstel.<sup>4</sup> Een grondwet waarop de burgers tegenover de wetgever geen beroep kunnen doen heeft veel minder kans om een levend document te worden.

### *Rechtsbescherming en rechtszekerheid*

De leden van de **CDA**-fractie merken op dat de Hoge Raad in zijn jurisprudentie het verbod op toetsing van wetten aan ongeschreven rechtsbeginselen nadrukkelijk baseerde op het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet. Nu in dit voorstel het toetsingsverbod voor een wezenlijk deel wordt opgeheven zou die opstelling toch kunnen veranderen, zo betogen zij. Zij wensen mijn opvatting ter zake te vernemen. Zoals ik in deze nadere memorie van antwoord en ook in eerdere parlementaire stukken heb aangegeven, staat mij voor ogen dat de rechter de toepassing van

<sup>1</sup> Zie bijvoorbeeld C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 354–355. Een grondwettelijk delegatieverbod verzet zich niet tegen het toekennen van uitvoeringsbevoegdheden, mits deze bescheiden en/of gebonden zijn. Over de vraag of van verboden delegatie, dan wel toegestane uitvoering sprake is, is uiteraard discussie mogelijk. De klacht van Kortmann komt erop neer dat de wetgever het uitvoeringsbegrip zo ver oprekt dat het delegatieverbod sterk wordt uitgehold.

<sup>2</sup> Zie bijvoorbeeld H. Snijders-Borst, «Het Hof in Straatsburg brengt zichzelf in diskrediet», *NJB* 2008, p. 638–641. De auteur schrijft in haar artikel (over een tweetal uitspraken inzake abortuskwesties): «Evenals met de uitbreiding van de Europese Unie, leeft in de ontwikkelde noordwestelijke landen van de Raad van Europa de hoop dat de andere landen die qua economie, welvaart, mensenrechten en moraliteit hun peil nog niet hebben bereikt zich zullen richten naar wat mogelijk is gebleken in het noordwesten. Steeds duidelijker blijkt echter dat zulks niet geschiedt, maar dat de andere landen meer en meer de dienst gaan uitmaken; ten detrimente van het aanzien van de Raad van Europa en het Hof in Straatsburg, alsmede van de Europese Unie.» Zij klaagt tevens over vooringenomenheid van rechters in het Hof.

<sup>3</sup> *Kamerstukken I* 2006/07, 28 331, C, p. 22.

<sup>4</sup> Zie hierover het onderzoek van B.M. Oomen en H.T. Lelieveldt, «Onbekend maar niet onbemand, Wat weet en vindt de Nederlander van de Grondwet», *NJB* 2008, p. 577–578. Overigens spreekt een meerderheid van de respondenten zich uit voor constitutionele toetsing.

wetten toetst aan limitatief opgesomde subjectieve rechten in de Grondwet en niet aan ongeschreven rechtsbeginselen. In het Harmonisatiewetarrest baseerde de Hoge Raad zijn afwijzing van toetsing aan dergelijke beginselen op het feit dat bij de Grondwetsherziening van 1983 uitgebreid is gediscussieerd over de vraag of het toetsingsverbod geheel of ten dele moest worden opgeheven en dat deze vraag ontkennend werd beantwoord. Weliswaar wordt nu voorgesteld het toetsingsverbod gedeeltelijk op te heffen, maar dan ook uitsluitend voor wat betreft de genoemde limitatief opgesomde subjectieve rechten. Er is geen reden om aan te nemen dat de rechter in mijn voorstel aanleiding zou kunnen zien het toetsingsverbod verdergaand op te heffen en voortaan formele wetten te toetsen aan ongeschreven rechtsbeginselen. Aangezien dit pertinent niet de bedoeling van de grondwetgever is en de Hoge Raad daaraan ook blijkens het Harmonisatiewetarrest veel waarde toekent, ligt dat ook helemaal niet voor de hand.<sup>1</sup>

Ik merk op dat de Hoge Raad ook zonder mijn voorstel zou kunnen besluiten «om» te gaan. In het Harmonisatiewetarrest noemde hij immers in r.o. 3.4 een groot aantal argumenten ten gunste van toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen: aansluiting bij de al bestaande verdragstoetsing, de groeiende behoefte aan rechtsbescherming tegen de overheid, de zogenaamde «contra legem» toepassing van rechtsbeginselen en de toetsing van lagere regelgeving aan ongeschreven rechtsbeginselen zoals aanvaard in het Landbouwwliegersarrest. De Hoge Raad merkte verder op dat in de literatuur aan deze argumenten nog toegevoegd werd «dat ten gevolge van verschillende ontwikkelingen, waaronder die van ons parlementaire stelsel in monistische richting en de daarmee gepaard gaande toeneming van het overwicht van de uitvoerende macht op de totstandkoming van wetten, de veronderstelling waarop het toetsingsverbod berust – dat in de voor het tot stand brengen van wetten voorgeschreven parlementaire procedure een afdoende waarborg is gelegen voor hun rechtsgehalte – niet altijd meer opgaat, waardoor de behoefte aan de mogelijkheid van rechterlijke toetsing vooral ook aan fundamentele rechtsbeginselen toeneemt. Tóch concludeerde de Hoge Raad dat toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen moest worden afgewezen. Daaruit kan worden geconcludeerd dat voortschrijdend inzicht de Hoge Raad tot een ander oordeel brengt<sup>2</sup>, maar ook hoezeer dit rechtscollege hecht aan de bedoelingen van de grondwetgever. Juist het Harmonisatiewetarrest is een goed voorbeeld van rechterlijke terughoudendheid.

De leden van de fractie van het **CDA** stelden nog een vraag over – kort gezegd – de impact van de onverbindendverklaring van een formele wet. Zij stellen dat onverbindendverklaring van een bepaling in een APV wel wat anders is dan onverbindendverklaring van een bepaling van een (belangrijke) formele wet en dat reparatie van een «leke» wet tijdrovender is dan aanpassing van een lagere regeling. Zij vragen naar mijn reactie hierop. Ik merk in de eerste plaats op dat ik in de memorie van antwoord niet alleen heb verwezen naar de toetsing van lagere regels aan de Grondwet, maar ook aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen en aan rechtstreeks werkend EG-recht (op pagina 21). De rechter kan in iedere civielrechtelijke, strafrechtelijke of bestuursrechtelijke procedure wetsbepalingen wegens strijd met een verdragsbepaling of EG-recht buiten toepassing laten, en dit in beginsel voor onbepaalde tijd. Met de aanneming van mijn voorstel kan de rechter dat straks ook als het gaat om toetsing aan de Grondwet. Ik heb er het volste vertrouwen in dat de rechter oog blijft houden voor eventuele ongewenste gevolgen van het ongrondwettig verklaren en buiten toepassing laten van formele wetten.

De leden van de **VVD**-fractie vragen mij concrete voorbeelden te geven van wetten, die belangen van individuele burgers ondermijnen omdat ze niet getoetst mogen worden door de rechter aan de Grondwet. Ik verwijs

<sup>1</sup> Zie ook A.W. Hins, «Constitutionele toetsing, proportionaliteit en Verhältnismäßigkeit», in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler & C.M. Zoethout, *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 78. De auteur spreekt hier over het belang van de «wil» van de grondwetgever voor de rechter.

<sup>2</sup> Voorlopig lijkt het daar echter niet op. De Hoge Raad heeft het verbod om formele wetten aan ongeschreven rechtsbeginselen te toetsen in 2000 en 2001 bevestigd. Zie HR 14 april 2000, *NJ* 2000, 713 en HR 16 november 2001, *NJ* 2002, 469.

hier nogmaals naar hetgeen ik hierover in de memorie van antwoord heb opgemerkt: in een aantal gevallen waarin een Nederlandse rechter of het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de toepassing van een Nederlandse wet in strijd met het EVRM achtte, had ook strijd met de Nederlandse Grondwet geconstateerd kunnen worden. Grondrechten als het gebod van gelijke behandeling, de vrijheid van meningsuiting, de vrijheid van godsdienst en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer zijn immers zowel in Grondwet als EVRM verankerd.

De leden van de **PvdA**-fractie willen weten of vooral in het tempo de meerwaarde van toetsing aan de Grondwet moet worden gezien boven toetsing aan bijvoorbeeld het EVRM. Inderdaad is het zo dat een burger die in hoogste instantie in Nederland in het ongelijk wordt gesteld, nog jaren moet wachten alvorens het EHRM een oordeel over de zaak kan geven. Hoe belangrijk ook, dit is niet de belangrijkste meerwaarde van mijn voorstel. De Nederlandse rechter kan immers de toepassing van formele wetten toetsen aan verdragsbepalingen en daarmee redelijk snel een (voorlopig) oordeel in een grondrechtenzaak geven. De meerwaarde boven toetsing aan verdragen zit mijns inziens vooral in die zaken waarin de Nederlandse Grondwet extra bescherming biedt, zoals ik hierboven heb aangegeven. Het toetsingsrecht van de rechter dwingt de wetgever bovendien tot gemotiveerde beslissingen over de verenigbaarheid van zijn wetten met de Grondwet en laat het laatste woord daarover aan een onafhankelijke en onpartijdige instantie. Zou de bescherming door «Straatsburg» ooit te kort schieten, dan kan de burger in elk geval nog voor zijn rechtsbescherming bij de Nederlandse rechter terecht. Daarnaast bestaat de mogelijkheid dat de nationale rechter als gevolg van mijn voorstel de bepalingen van het EVRM wat ruimer uit zal leggen en niet vanzelfsprekend aanhaakt bij de minimumbescherming die wordt geboden door het EHRM.<sup>1</sup> Voor de Nederlandse burger betekent dit dat hij voor meer dan de minimumbescherming zelf niet langer naar Straatsburg hoeft.

#### *Hiërarchie van grondrechten*

De leden van de fractie van het **CDA** stellen dat ik zelf heb aangegeven in de memorie van toelichting dat «sinds Fortuyn» de noodzaak daar is om volgorde en hiërarchie van grondrechten te doordenken en dat ik dat desideratum gebruik als een van de motieven om constitutionele toetsing te bepleiten. Het door de leden gestelde heb ik echter niet in de memorie van toelichting kunnen terugvinden. Wel heb ik tijdens de behandeling van mijn voorstel in de Tweede Kamer verwezen naar de «wens van velen om opnieuw de volgorde en de hiërarchie van de klassieke vrijheidsrechten te doordenken, in het bijzonder de vrijheid van meningsuiting, het discriminatieverbod en de vrijheid van godsdienst».<sup>2</sup> Wens en noodzaak zijn niet hetzelfde en de wens waar ik naar verwees is niet de mijne. Ik geef er de voorkeur aan dat de rechter in het concrete geval door weging van alle relevante omstandigheden vaststelt welk grondrecht in casu het zwaarste weegt. Dat is de lijn in de jurisprudentie tot nu toe en mijn voorstel brengt daar geen verandering in aan.

Dezelfde leden wijzen erop dat de wetgever een hem onwelgevallige uitspraak van de rechter inzake de Grondwet alleen kan corrigeren door de Grondwet te wijzigen in twee lezingen, met het vereiste van een tweederde meerderheid in tweede lezing. Inderdaad wordt zo «de rechterlijke interpretatie van de grondwet door zware veiligheidsspallen beveiligd», om met de leden van de **CDA**-fractie te spreken. Ik wil deze leden echter voorhouden dat wanneer de rechter de toepassing van een formele wet in strijd acht met een verdragsbepaling, de wetgever maar één manier heeft om onder de interpretatie van de rechter uit te komen: hij zal dan het desbetreffende verdrag moeten opzeggen. Dat is bepaald geen sinecure en ook onwenselijk.<sup>3</sup> De rechterlijke interpretatie van verdragen is dus

<sup>1</sup> Zie voor een voorbeeld van het te vanzelfsprekend aanhaken bij het EHRM HR 10 augustus 2001, NJ 2002, 278.

<sup>2</sup> *Handelingen II* 2003/04, nr. 97, p. 6229.

<sup>3</sup> In de jaren '80 is binnen de regering overwogen het IVBPR op te zeggen naar aanleiding van rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep over gelijkheid van mannen en vrouwen inzake sociale wetgeving. Nodeloos te zeggen dat dit voornemen nimmer ten uitvoer is gebracht. Zie Van der Pot, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 316–317.



door nog veel zwaardere veiligheidspallen beveiligd en ik heb niet de indruk dat dit als problematisch wordt ervaren bij verdragstoetsing.

### *Internationale verdragen*

De leden van de fractie van de **VVD** constateerden een essentieel verschil tussen het handhaven van internationale afspraken en het interpreteren van constitutionele normen. Zij wilden weten of ik dat verschil ook zie. Het antwoord luidt ontkennend. De bepalingen waaraan de rechter op grond van artikel 94 Grondwet toetst – de zogenaamde een ieder verbindende bepalingen – hebben in de overgrote meerderheid van de gevallen betrekking op fundamentele rechten en vrijheden. Verdragen als het EVRM en het IVBPR zijn veel méér dan alleen maar «internationale afspraken». Het gaat hier om documenten met mensenrechten die als constitutionele normen zijn aan te merken. Het EVRM en het IVBPR maken dan ook deel uit van de Nederlandse constitutie (in ruime zin) en vormen belangrijke bronnen van Nederlands constitutioneel recht.

### **Overig**

De leden van de fractie van het **CDA** vroegen of, in het geval dat het wetsvoorstel (Grond-)wet wordt, ook meer aandacht zal moeten uitgaan naar de selectie van de rechters voor de hoogste instanties (Hoge Raad, Centrale Raad van Beroep, College Beroep Bedrijfsleven, Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State), waarbij wordt gelet op hun ideologisch/levensbeschouwelijke bedding nu zij o.a. geroepen zijn om het «voortschrijdende denken over gelijkheid» te vertolken. Daartoe zie ik geen enkele aanleiding. Rechters dienen kundige juristen te zijn die zich verre houden van politiek activisme. Zoals ik hiervoor en in eerdere stukken reeds heb gesteld heb ik bewust gekozen voor gespreide toetsing omdat de ervaring leert dat bij toetsing die is geconcentreerd bij een speciaal constitutioneel hof politieke benoemingen nauwelijks te voorkomen zijn. Dat rechters voor het leven worden benoemd verkleint ook de kans op politisering van het rechtersambt. Politieke benoemingen van rechters zijn ook achterwege gebleven bij de invoering van de mogelijkheid wetten te toetsen aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen. Mochten deze leden juist pleiten voor ideologische inbedding, dan zou ik willen waarschuwen voor politisering van het benoemingenbeleid en het selecteren van rechters op basis van hun ideologische achtergrond in plaats van hun juridische kwaliteiten.

De leden van **CDA** en **VVD** menen dat op hun vraag of in retrospectief kan worden vastgesteld welke wetten de grondwet schonden, geen antwoord kwam. Ik meen dat ik wel degelijk aan die vraag aandacht heb besteed door in de memorie van antwoord te verwijzen naar zaken waarin de rechter een schending van een verdragsnorm heeft geconstateerd en te stellen dat in enkele van deze gevallen de rechter ook strijd met de Grondwet had kunnen vaststellen, gezien het feit dat veel verdragsgrondrechten ook door de Grondwet gewaarborgd worden.<sup>1</sup> Tegelijkertijd is het niet aan mij om in retrospectief specifieke wetten als ongrondwettig te kwalificeren, aangezien ik juist voorstel om deze verantwoordelijkheid aan de rechter te laten. Echt zicht op de eventuele strijdigheid van wettelijke bepalingen met grondwettelijke grondrechten is pas mogelijk als de rechter het toetsingsrecht krijgt toegekend. De toetsing door de wetgever kan uit de aard der zaak alleen maar algemeen zijn. En ook als blijkt dat geen enkele wet strijd oplevert met de Grondwet, dan nog laat dit wetsvoorstel zich goed verdedigen. Het is immers bedoeld om toepassing van ongrondwettige wetten te verminderen en uit te sluiten, door burgers bescherming te bieden tegen beweerde schendingen. Het lijkt mij dat juist de grondwetgever vermindering van het risico van grondwetsschending aangelegen zou moeten zijn.

---

<sup>1</sup> Kamerstukken I 2006/07, 28 331, C, p. 5–6.

De leden van de fractie van de **VVD** vragen of ik aanleiding zie om te veronderstellen dat wetsbepalingen op grote schaal worden toegepast, omdat het aantal rechtssubjecten dat een beroep kan doen op de wetsbepalingen exponentieel stijgt als gevolg van toetsing aan de Grondwet, zoals het gelijkheidsbeginsel. Ik begrijp niet geheel waarop deze leden doelen met hun vraag. Zoals gezegd is er geen reden aan te nemen dat de Nederlandse rechters op grote schaal bepalingen in formele wetten buiten toepassing zullen laten: de rechter zal aan het weloverwogen oordeel van de wetgever veel gewicht toekennen. Dat betekent omgekeerd dus dat deze wettelijke bepalingen in verreweg de meeste gevallen gewoon zullen worden toegepast. Ik zie niet goed in waarom dit samen zou hangen met een exponentiële stijging van het aantal rechtssubjecten, noch welke «wetsbepalingen» deze leden op het oog hebben wanneer zij de term voor de tweede maal gebruiken. Wellicht kunnen wij daarover tijdens het plenaire debat in uw Kamer van gedachten wisselen.

De leden van de fractie van de **VVD** vragen tenslotte of het gebrek aan vertrouwen in de volksvertegenwoordiging niet voorwerp van zorg zou moeten zijn. Als er inderdaad sprake is van gebrek aan vertrouwen in het (functioneren van het) parlement, dan is dat zeker zorgelijk. Deze kwestie staat echter los van mijn voorstel. In dat voorstel staat niet gebrek aan vertrouwen in de volksvertegenwoordiging centraal, maar liefde voor de Grondwet en vertrouwen in de waardevolle aanvullende rol die de nationale rechter hier vanuit de rechtsstaatgedachte kan spelen. Wetgever en rechter hebben ieder een eigen rol te spelen. De wetgever toetst in abstracto vooraf, de rechter in een concreet geval achteraf. Toetsing achteraf door de rechter zal de wetgever mogelijk tot nog grotere zorgvuldigheid verleiden. Dat komt de rechtsbescherming van burgers en de «checks and balances» in onze democratische rechtsstaat ten goede.

Femke Halsema