

Vergaderjaar 2013–2014

**32 334**

## **Voorstel van wet van het lid Van Tongeren 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**

**Nr. 8**

### **NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG**

Ontvangen 20 augustus 2014

#### **Inleiding**

«Een nieuwe spreuk waarvoor ieder als voor een gesloten deur zal blijven staan» (Thorbecke).<sup>1</sup> Met deze beroemde uitspraak uitte Thorbecke in 1848 zijn bezwaren tegen de grondwettelijke zinsnede «De wetten zijn onschendbaar». Toentertijd zag Thorbecke reeds in dat deze bepaling invloed zou hebben op de elementaire rechtsbescherming van de Nederlandse burger. Met het ontstaan van de verplichting om wetgeving in formele zin te toetsen aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties is de gesloten deur waar Thorbecke over sprak al enigszins geopend. Nu, ruim anderhalve eeuw na de veelzeggende waarschuwing van Thorbecke, duurt de discussie over het verder openen van deze deur nog steeds voort.

De Grondwetsherziening van 1848 is van groot belang geweest voor de ontwikkeling van de democratische rechtsorde zoals wij deze nu in Nederland kennen. Deze Grondwetsherziening, die plaatsvond onder leiding van Thorbecke, vormt nog steeds de basis voor ons huidige stelsel van de parlementaire democratie. Sinds 1848 bepaalt de Grondwet dat de interpretatie ervan aan de wetgever is voorbehouden en verbiedt de Grondwet rechters om wetten in formele zin te toetsen aan de Grondwet. Hiertoe werd de bepaling «De wetten zijn onschendbaar» opgenomen in de Grondwet. Bij de Grondwetsherziening van 1983 heeft deze bepaling, ondanks serieuze voorafgaande discussie over gedeeltelijke opheffing van het toetsingsverbod, plaatsgemaakt voor het huidige toetsingsverbod in artikel 120 Grondwet. Over de wenselijkheid van het verbod wordt reeds sinds 1848 uitgebreid gediscussieerd. Thorbecke had als één van de eersten principiële bezwaren tegen de onschendbaarheidsbepaling. Volgens Thorbecke zou men hiermee de eenheid der wetgeving verbreken, de Grondwet zou ophouden Grondwet te zijn en de wetgever, die zijn bestaan en zijn recht enkel uit de Grondwet ontleent, zou boven de

<sup>1</sup> J.R. Thorbecke, *Bijdrage tot de herziening van de Grondwet*, 's-Gravenhage 1921, p. 60 e.v.

Grondwet komen te staan.<sup>2</sup> Ondanks deze bezwaren kwam de bepaling er toch. Ook in periodes na 1848 werd regelmatig uitgebreid van gedachten gewisseld over de wenselijkheid van constitutionele toetsing door de rechter, met name na de invoering van het huidige artikel 94 Grondwet in 1953. Dit artikel gebiedt de rechter namelijk wettelijke voorschriften, óók wetten om formele zin, wel te toetsen op verenigbaarheid met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Dit betekent dat de rechter sindsdien internationale grondrechtenbescherming biedt, maar geen bescherming tegen mogelijk onrechtmatige formele wetgeving kan bieden aan de hand van onze eigen nationale normen en waarden die onze Grondwet weergeeft. Ook het door de Hoge Raad gewezen Harmonisatie-arrest blies de discussie nieuw leven in.<sup>3</sup>

Ruim anderhalve eeuw na de Grondwetsherziening van 1848 en veel technische, economische en maatschappelijke ontwikkelingen later pleitte de Commissie Franken in het advies «Grondrechten in het digitale tijdperk» voor opheffing van het toetsingsverbod voor die grondrechten die naar hun aard directe werking hebben. De Commissie acht dit van belang voor de uitleg en toepassing van grondrechten in onze sterk veranderende samenleving.<sup>4</sup> De snel ontwikkelende en meer internationaal georiënteerde samenleving leidt tot veranderingen in rechtsopvattingen. Het is van groot belang dat hiermee rekening wordt gehouden bij de uitleg en toepassing van grondrechten. Grondrechten noch wetten behoren statisch in omvang en betekenis te zijn. Daarbij komt dat onze samenleving steeds meer pluriform wordt waardoor het risico toeneemt dat het door de wetgever vertegenwoordigde collectieve belang in een concreet geval een weliswaar onbedoeld, maar tegengesteld en onrechtvaardig effect heeft. Met name voor de onvervreembare individuele grondrechten waar dit wetsvoorstel op ziet, is het vandaag de dag van groot belang dat democratische minderheden en individuen zich beschermd weten. De rechter kan de toepassing van grondrechten in een concreet geval toetsen en daarmee een waardevolle complementaire rol vervullen die geenszins afdoet aan de voorafgaande abstracte toetsing door de wetgever. Het past niet in onze staatsrechtelijke traditie dat de rechter het primaat van de wetgever zal overnemen en dat is dan ook geenszins de bedoeling met dit wetsvoorstel. Middels constitutionele toetsing kunnen de grondrechten dynamiek krijgen, zodat de Grondwet een levend document in onze rechtsstaat kan zijn.

Dit wetsvoorstel omvat de introductie van een beperkte bevoegdheid tot constitutionele toetsing door de rechter. Hierbij is gekozen voor een systeem van gespreide toetsing, hetgeen inhoudt dat iedere rechter de voorgestelde bevoegdheid zal verkrijgen. Deze keuze wordt hierna nader toegelicht. Het verheugt mij dat het wetsvoorstel in eerste lezing is aanvaard door beide Kamers. Ook heb ik met belangstelling kennis genomen van het verslag. Graag maak ik van de gelegenheid gebruik om op de in het verslag gemaakte opmerkingen te reageren en de gestelde vragen te beantwoorden. Alvorens uitgebreid stil te staan bij de vragen die gesteld zijn door verschillende fracties wil ik mij excuseren voor de lange tijd die de Kamer heeft moeten wachten op deze schriftelijke beantwoording. Dit hangt onder meer samen met de snelle aaneenschakeling van verkiezingen voor de Tweede Kamer. De Raad van State heeft in een advies uit 2003 al eens aangegeven dat het feit dat er nieuwe verkiezingen hebben plaatsgevonden voor de voortzetting van de tweede

<sup>2</sup> P.B. Cliteur, *Constitutionele toetsing*, 's-Gravenhage: Teldersstichting, 1991, p. 32–33.

<sup>3</sup> HR 14 april 1989, NJ 469.

<sup>4</sup> Zie het rapport van de Commissie *Grondrechten in het digitale tijdperk*, (Commissie Franken), De adviezen van de Commissie Franken, 2000.

lezing geen belemmering vormt.<sup>5</sup> Ik hoop bovendien dat de leden er begrip voor hebben dat voor een Tweede Kamerlid een dergelijk wetsvoorstel een zware opgave is. Aan dit wetsvoorstel is een lange tijd van debat, van stilte, van oplaaiende en weer dovende controverse voorafgegaan. Een Grondwetswijziging vereist een zware wetgevingsprocedure. Toch ben ik ervan overtuigd dat dit wetsvoorstel ondanks de duur van de behandeling in deze snel ontwikkelende samenleving een belangrijke waarde vertegenwoordigt, te weten de uitbreiding van de elementaire rechtsbescherming van burgers. Met name de uitdijende en diffuus wordende overheidsbevoegdheden vergroten de wenselijkheid naar verdergaande rechtsbescherming van burgers, hetgeen met de invoering van constitutionele toetsing door de rechter bereikt kan worden. Tijdens de eerste lezing is uitgebreid van gedachten gewisseld over de voor- en nadelen van de voorgestelde constitutionele toetsing door de rechter. Voorstanders zien enkele nadelen, zoals ook tegenstanders enkele voordelen zien. Deze voor- en nadelen moeten zorgvuldig tegen elkaar worden afgewogen, waarna een weloverwogen keuze dient te worden gemaakt. Voor de volledigheid zal ik hier kort de voornaamste argumenten in het debat over constitutionele toetsing benoemen die later in de schriftelijke beantwoording uitgebreid aan bod komen. Een belangrijk onderwerp van discussie betreft de rechtseenheid en de rechtszekerheid. Tegenstanders betogen dat constitutionele toetsing door de rechter de rechtszekerheid ondermijnt vanwege uiteenlopende interpretaties. Ik erken de mogelijkheid dat lagere rechters in eerste instantie tot een verschillende uitleg van grondrechten kunnen komen, zoals dit bij wetsinterpretaties in het algemeen en bij toetsing aan verdragsbepalingen kan voorkomen. Hierbij moet echter worden opgemerkt dat het huidige rechtsbestel reeds beschikt over rechtseenheidsvoorzieningen, bijvoorbeeld de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad en informeel overleg tussen de hoogste rechtscolleges. Een ander centraal argument in deze discussie vormt het argument aangaande de trias politica, en meer in het bijzonder het primaat van de wetgever. De wetgever is democratisch gelegitimeerd en tegenstanders menen dat constitutionele toetsing het primaat van de wetgever aantast. Het wetsvoorstel leidt weliswaar tot een lichte verschuiving naar een meer evenwichtige verhouding tussen de wetgever en de rechter, maar tast het primaat van de wetgever niet aan. Constitutionele toetsing dient niet gezien te worden als een mogelijkheid van de rechter om de wetgever achteraf «op de vingers te tikken», maar als uitbreiding van de rechtsbescherming. Constitutionele toetsing door de rechter biedt rechtsbescherming in concreto en is daarmee complementair aan de rechtsbescherming in abstracto die de wetgever met zijn eigen constitutionele toetsing biedt. Daarbij komt dat de rechter een terughoudende plaats in ons rechtsbestel inneemt. Uit de jurisprudentie blijkt dat de rechter zich terdege bewust is van het primaat van de wetgever.<sup>6</sup> De rechter zal dan ook terughoudendheid betrachten en grote waarde toekennen aan de interpretatie van de wetgever. Dit zal zeker zo zijn in het geval de wetgever uitgebreid aandacht heeft besteed aan de grondwettelijke aspecten van zijn wetgeving. Een gevolg hiervan is dat de Grondwet een meer prominente rol in de parlementaire behandeling krijgt en daarmee een levend document wordt. Een veelgenoemd argument is bovendien het verdragsargument. Zoals hiervoor reeds is vermeld, heeft de rechter sinds 1953 de verplichting om wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten als deze niet verenigbaar zijn met een ieder verbindende bepalingen

<sup>5</sup> Kamerstukken II 2003/2004, 29 200 VII, nr. 36. Vgl. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel Recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 93, noot 88.

<sup>6</sup> Recente voorbeelden van deze terughoudendheid zijn onder meer: HR 23 maart 2003, *NJ* 2003/691 (Stichting Waterpakt/De Staat) en HR 1 oktober 2004, *NJ* 2004/679 (Faunabescherming/Friesland).

van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Hiermee ontstond de onevenwichtige situatie dat rechterlijke bescherming wel is gegeven voor grondrechten die zijn neergelegd in internationale verdragen, maar niet is geboden voor de grondrechten uit onze eigen Grondwet. Het wetsvoorstel beoogt de grondrechtenbescherming ook op nationaal niveau te brengen en niet slechts van internationale herkomst te doen zijn. Bovendien moet, zoals Thorbecke reeds opmerkte, onderkend worden dat het huidige toetsingsverbod uitzondering op de regel is. Dit wetsvoorstel herstelt de hoofdregel dat lagere normen aan hogere normen getoetst kunnen worden en doet daarmee ook meer recht aan de hiërarchie van onze wetten.

In het verslag is meermalen verzocht om een vergelijking tussen Nederland en andere landen waar constitutionele toetsing reeds is ingevoerd. De beantwoording voorziet dan ook in een uitgebreide rechtsvergelijking. Opmerkelijk is dat de discussies omtrent constitutionele toetsing in andere landen niet langer gaan over de vraag *of* constitutionele toetsing door de rechter moet worden ingevoerd, maar over de vraag *hoe* deze vorm te geven. In het buitenland ziet men dat na aanvaarding van constitutionele toetsing vaak nadere compromissen worden gesloten over de vormgeving hiervan om zowel de rechtsbescherming uit te breiden als de parlementaire soevereiniteit te waarborgen. Vooral in landen waar volkssoevereiniteit hoog in het vaandel staat, zoals Canada en Frankrijk, is deze zoektocht naar de optimale vormgeving van constitutionele toetsing van groot belang geweest. De uitkomst van deze zoektocht wordt in beide landen als positief ervaren. Zo wordt de constitutionele toetsing door de wetgever en door de rechter in Frankrijk gezien als elkaar versterkende mechanismen. In Canada is de theorie van dialoogmodellen ontwikkeld, waarin de complementaire taken van de rechter en de wetgever ter optimalisering van grondrechtenbescherming tot uitdrukking komen. Hierbij betracht de rechter terughoudendheid en biedt hij met zijn uitspraak de wetgever zoveel mogelijk de gelegenheid om een oplossing te formuleren. Op deze manier waarborgt de rechter het primaat van de wetgever. Ook in Nederland zal na aanvaarding naar alle waarschijnlijkheid een dergelijke optimalisering van *checks and balances* plaatsvinden.

In het denken over constitutionele toetsing door de rechter lijkt een ontwikkeling gaande die duidt op een bredere acceptatie van de in het wetsvoorstel voorgestelde constitutionele rol van de rechter. Zo concludeerde het toenmalige kabinet in 2002 in de nota «Constitutionele toetsing van formele wetten» dat handhaving van het toetsingsverbod een verdedigbare optie was, maar dat het een zekere voorkeur had voor de introductie van een beperkte toetsingsbevoegdheid van de rechter.<sup>7</sup>

Daarnaast luiden de aanbevelingen van de Nationale Conventie uit 2006 dat voorstellen van wet zorgvuldig aan de Grondwet getoetst moeten worden en dat daarna de mogelijkheid van toetsing van wetten door iedere rechter aan klassieke grondrechten uit de Grondwet geopend dient te worden.<sup>8</sup> Bovendien kan gewezen worden op de bevinding van de Staatscommissie Grondwet uit 2010: «Constitutionele toetsing kan de normativiteit van de Grondwet ten goede komen. De Staatscommissie meent dat er daarom goede redenen zijn het toetsingsverbod te heroverwegen».<sup>9</sup> Daarbij komt dat de rechter zich in het afgelopen decennium nog steeds terughoudend opstelt en laat zien zijn plaats in het constitutionele bestel te kennen.

Ik ben mij echter terdege bewust van het feit dat er ook ontwikkelingen in een andere richting gaande zijn. Op het ogenblik is naast dit wetsvoorstel ook een ander initiatiefwetsvoorstel aanhangig dat bij aanvaarding tot een

<sup>7</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 28 355, nr. 2.

<sup>8</sup> Aanbevelingen van de Nationale conventie voor de 21<sup>e</sup> eeuw, september 2006, p. 45.

<sup>9</sup> Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 6.

grote verandering in de constitutionele rol van de rechter zal leiden, te weten het wetsvoorstel van het lid Taverne. Dit wetsvoorstel ziet op een wijziging van de artikelen 93 en 94 Grondwet waarmee wetten in formele zin worden uitgezonderd van rechterlijke toetsing aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.<sup>10</sup> Ik betwijfel of dat wetsvoorstel recht doet aan ons nationale systeem van *checks and balances*. De initiatiefnemer gaat eraan voorbij dat de op zichzelf rechtvaardige wetgeving die door een democratisch gelegitimeerde wetgever tot stand komt in zijn uitwerking in concrete gevallen niet altijd tot een rechtvaardige uitkomst leidt. Indien dit wetsvoorstel wet zou worden is het in ieder geval onvermijdelijk dat toetsing aan onze nationale grondrechten uitgebreid wordt. Anders staat de rechtszoekende burger namelijk volledig in de kou wanneer het wetten in formele zin betreft en minderheden zijn dan overgeleverd aan meerderheidsbeslissingen van het parlement, dat net als vóór 1953 weer volledig onschendbare wetten vaststelt. Men kan zich dan afvragen of nog langer werkelijk sprake is van een rechtsstaat. De invoering van constitutionele toetsing is in overeenstemming met ons systeem van *checks and balances*, waarin de rechter een complementaire rol naast de wetgever vervult. Zoals de Raad voor de rechtspraak het reeds formuleerde in zijn advies dient het buiten toepassing laten van een wet door een rechter in een concreet geval niet te worden uitgelegd als een «tik op de vingers» van de wetgever, maar als rechtsbescherming in concreto die complementair is aan de rechtsbescherming in abstracto die de wetgever biedt. Op deze manier wordt de grondrechtenbescherming geoptimaliseerd.<sup>11</sup> Hier kom ik bij de beantwoording van de vragen op terug. Naar mijn mening biedt de veranderde opvatting van de VVD ten aanzien van toetsing door de rechter aan internationale grondrechten een reden te meer om het debat opnieuw aan te gaan en de behandeling van dit wetsvoorstel voort te zetten.

De leden van de D66-fractie waren benieuwd of ik in de ontwikkelingen die zich sinds indiening in 2002 hebben voorgedaan aanleiding zie om mijn wijzigingsvoorstel te heroverwegen of dat ik mij juist gesterkt zie in mijn opvatting. Met hetgeen in de voorgaande paragrafen over de ontwikkelingen omtrent constitutionele toetsing is geschreven, vertrouw ik erop deze vraag afdoende te hebben beantwoord. Ik wil graag benadrukken dat ik mij gesterkt zie in mijn opvatting en daarom des te meer reden zie om de behandeling van dit wetsvoorstel voort te zetten. Ik ga dan ook graag uitgebreid in op de in het verslag gestelde vragen en opmerkingen van de verschillende fracties.

### **Gespreide toetsing**

De leden van de VVD-fractie wensen allereerst te vernemen waarom in het wetsvoorstel de keuze is gevallen op gespreide toetsing. Hieronder wordt verstaan het systeem waarbij iedere rechter bevoegd is om ten aanzien van elk geschil waarin een grondrecht in het geding is wetten te toetsen aan de in het wetsvoorstel genoemde bepalingen van de Grondwet. De keuze voor gespreide toetsing is allereerst gemaakt omdat dit aansluit bij het bestaande rechtsstelsel waarbij iedere rechter lagere rechtsnormen toetst op verenigbaarheid met hogere rechtsnormen. Daarbij gaat het om zowel lagere regelgeving die getoetst wordt aan de Grondwet als om formele en materiële wet- en regelgeving die getoetst worden aan – kort gezegd – internationaal recht. Zoals bekend is reeds lange tijd de toetsing van nationale wetgeving aan een ieder verbindende verdragsbepalingen

<sup>10</sup> *Kamerstukken II 2013/14*, 33 359, nr. 6.

<sup>11</sup> Dit wordt onderkend door de Raad van State en Raad voor de rechtspraak in hun adviezen, respectievelijk: *Kamerstukken II 2013/14*, 33 359, nr. 6 en Advies Voorstel van rijkswet van het lid Taverne, Raad voor de rechtspraak, 17 mei 2013.

(met name die van het EVRM) een aan iedere rechter toekomende verplichting. Dit systeem van toetsing aan internationaal recht functioneert volgens een brede opvatting goed. Dit maakt de keuze voor gespreide toetsing logisch en dit valt dan ook het beste in te passen in het huidige rechtsbestel en de rechterlijke organisatie. Het is tijdelijk mogelijk dat rechters tot verschillende uitspraken zullen komen inzake de interpretatie van grondrechten. Rechtsonzekerheid door verschillende uitkomsten van rechterlijke oordelen is echter inherent aan de rechterlijke arbeid en speelt op alle terreinen van het recht, niet alleen daar waar de grondrechten in het geding zijn. Ook waar deze wel in het geding zijn, bijvoorbeeld bij toetsing aan het EVRM, leidt dit zelden tot bezwaarlijke situaties. De ervaringen met gespreide toetsing aan het EVRM zijn daarentegen over het algemeen positief te noemen. Uit rechtsvergelijkend onderzoek blijkt verder dat de invoering van gespreide toetsing in andere landen niet heeft geleid tot meer rechtsonzekerheid.<sup>12</sup> Op basis van deze overwegingen ligt de keuze voor geconcentreerde toetsing in de vorm van een constitutioneel hof dan ook niet voor de hand. Daarmee zou men als het ware twee stelsels naast elkaar introduceren: terwijl voor de toetsing aan internationaal recht het systeem van gespreide toetsing in stand wordt gelaten, zou voor constitutionele toetsing een systeem van geconcentreerde toetsing worden ingevoerd. Dat zou een spagaat in de rechterlijke competentie kunnen opleveren die de rechterlijke macht én de rechtspleging kan ontwrichten. Daarbij moet worden bedacht dat als een internationaal grondrecht in het geding is, dat in veel gevallen ook geldt voor een constitutioneel grondrecht van gelijke strekking en vice versa. Het bestaan van verschillende stelsels voor enerzijds nationale grondrechten en anderzijds internationale grondrechten kan leiden tot competentiegeschillen. In België bijvoorbeeld, waar een constitutioneel hof relatief recent is ingevoerd, zijn dergelijke bevoegdheidsgeschillen ontstaan tussen het Hof van Cassatie en het Constitutioneel Hof. Het verdient derhalve de voorkeur voor beide toetsingsgronden hetzelfde toetsingsstelsel te hanteren.

Ook wordt er vaak gewezen op het feit dat een constitutioneel hof het risico van gepolitiseerde benoemingen met zich meebrengt, getuige de ervaringen in bijvoorbeeld Frankrijk. De toetsingsbevoegdheid bevindt zich dan immers in handen van een beperkte groep rechters die vervolgens in eerste en enige instantie de Grondwet interpreteren. Daardoor komen deze rechters onder een vergrootglas te liggen en wordt hun benoeming een beslissing van groot politiek belang. Ik beschouw dit als onwenselijk.

Daarnaast zou een stelsel van geconcentreerde toetsing de rechtsgang waarschijnlijk aanzienlijk vertragen. Ieder rechtsgeding waarin een toetsingsvraagstuk aan de orde komt, zou dan moeten worden onderbroken teneinde die toetsing bij de bevoegde instantie te doen plaatsvinden. Niet alleen vanuit het oogpunt van rechtsbescherming, maar ook vanuit het oogpunt van snelle en efficiënte rechtspraak is dat ongewenst. In het geval van spoedprocedures zou dat zelfs tot een onaanvaardbare verlenging kunnen leiden. Op grond van het bovenstaande ben ik van mening dat gespreide toetsing het beste aansluit bij het huidige rechtsbestel en de meest voor de hand liggende wijze is waarop adequate grondrechtenbescherming voor de individuele burger gerealiseerd kan worden.

### **Rechtseenheid en rechtszekerheid**

In het kader van deze keuze voor gespreide toetsing vroegen de leden van de VVD-fractie of daardoor niet de mogelijkheid ontstaat dat rechters

<sup>12</sup> W. van der Woude, L.F.M. Verhey & Ph. Kiiver, *Institutionele aspecten van constitutionele toetsing*, Deventer: Kluwer 2012, p. 32.

straks uiteenlopende uitspraken zullen doen. Na de eventuele aanvaarding van dit wetsvoorstel is het mogelijk dat rechters tot verschillende interpretaties van een grondwettelijk grondrecht zullen komen. Dat geldt echter niet alleen voor interpretaties van dergelijke grondrechten, maar voor wetsinterpretaties in het algemeen. Tot op heden is dat, noch ten aanzien van de wetsinterpretatie, noch ten aanzien van de al bestaande constitutionele toetsing en toetsing aan verdragen reden geweest de rechterlijke organisatie anders in te richten. Uitgangspunt van de rechterlijke macht is immers het streven naar rechtszekerheid en rechtseenheid. Daarbij hebben de diverse hoogste rechtscolleges (de Hoge Raad, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven) een corrigerende werking ten aanzien van lagere rechters en ten aanzien van elkaar. De leden van de fractie van de VVD wierpen in dat verband de vraag op of er naast deze algemene waarborg geen nadere rechtseenheidsvoorzieningen gecreëerd zouden moeten worden in geval van gespreide constitutionele toetsing. Hierbij moet worden opgemerkt dat het huidige rechtsbestel reeds beschikt over dergelijke rechtseenheidsvoorzieningen. Zo is recentelijk de mogelijkheid van een prejudiciële procedure bij de Hoge Raad in het leven geroepen. Daardoor kan iedere rechter in geval van twijfel omtrent de interpretatie van wet- en regelgeving een relevante rechtsvraag aan de Hoge Raad voorleggen alvorens tot een definitieve uitspraak te komen.<sup>13</sup> Hiermee kan dan ook worden voorkomen dat er geruime tijd onzekerheid bestaat over de inhoud en reikwijdte van grondrechtelijke bepalingen. De volledige rechtsgang hoeft dan immers niet meer doorlopen te worden. Daarnaast bestaat er ook een ongeschreven rechtseenheidsvoorziening in de vorm van informeel overleg tussen de verschillende hoogste rechtsorganen. Het is bekend dat de leden van bijvoorbeeld de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State contentieuze rechtskwesaties met elkaar bespreken en zo hun rechtsopvattingen op elkaar afstemmen. Verder moet hier gewezen worden op het feit dat met name de hoogste bestuursrechters regelmatig «van plek wisselen». Men denke bijvoorbeeld aan een rechter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State die eerder werkzaam is geweest bij de Centrale Raad van Beroep. Bovendien zijn de voorzitters en presidenten van de bestuursrechtelijke Colleges doorgaans ook plaatsvervangers in andere Colleges. Zodoende vindt er tussen deze magistraten een constante uitwisseling van ervaring en expertise plaats. Een rechter bij een bepaald college weet dan uit hoofde van zijn vorige functie immers hoe zijn collega's bij dat andere college over een bepaalde rechtsvraag denken. Daardoor is het eenvoudigweg waarschijnlijker dat deze rechter zijn oordeel in overeenstemming zal brengen met de elders heersende rechtsopvattingen. Uiteraard kan ondanks bovengenoemde waarborgen volledige rechtseenheid nooit helemaal geboden worden. Men denke bijvoorbeeld aan de SGP-zaak waarin de eerder genoemde colleges tot uiteenlopende conclusies kwamen. Hoewel dat misschien een onwenselijke situatie is, leidde dat in deze concrete casus overigens niet tot onaanvaardbare gevolgen op het gebied van rechtseenheid. Daarnaast lijkt het hier te gaan om een uitzondering aangezien talloze andere preciaire rechtsvragen op dezelfde wijze worden beantwoord door de verschillende organen. De conclusie is dan ook dat het huidige bestel goede waarborgen biedt voor een gedeeltelijke opheffing van het toetsingsverbod. Een nadere rechtseenheidsvoorziening wordt naar mijn mening dan ook niet nodig geacht teneinde dit wetsvoorstel te kunnen invoeren. In dat kader zij ook opgemerkt dat het aantal wetten dat buiten toepassing gelaten kan worden en het aantal instanties dat die wetten buiten toepassing kan laten

<sup>13</sup> Zie artikel 81a van de Wet op de rechterlijke organisatie en artikel 392 e.v. van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

niet verandert. Het enige wat verandert, zijn de argumenten die kunnen leiden tot het buiten toepassing laten.

Ook de leden van de CDA-fractie hebben een aantal vragen over de invloed van het wetsvoorstel op de rechtszekerheid. Zo vragen zij naar de werking van een wet, wanneer tegen diezelfde wet, of bepaalde artikelen van die wet, een toetsingsprocedure loopt. Zij vragen zich af of de wet dan onverkort kan worden uitgevoerd conform het oordeel van de wetgever of dat er dan de facto sprake is van opschorting totdat de procedure is afgerond. Voorts vragen zij wat het gevolg is van bijvoorbeeld het onverbindend verklaren van een wetsbepaling. Wordt de wetgever zo niet gedwongen tot aanpassing van het wetsartikel of heeft hij de mogelijkheid de rechterlijke uitspraak naast zich neer te leggen, zo vragen genoemde leden.

De rol van de rechter is, zodra constitutionele toetsing mogelijk wordt, een beperkte. De inzet is altijd een concreet geschil tegen de achtergrond van de aan de orde zijnde wetsbepaling(en). Zoals hiervoor reeds is besproken oordeelt de rechter niet over de eventuele strijdigheid van een wet met de Grondwet in zijn algemeenheid, maar beoordeelt de rechter de vraag of een bepaalde wijze van toepassing van een wetsbepaling of meerdere wetsbepalingen in het concrete geval toelaatbaar moet worden geacht. Een rechterlijk oordeel van de civiele rechter geldt alleen tussen de procespartijen. Het oordeel dat een wetsbepaling buiten toepassing dient te blijven, betekent dus dat die wetsbepaling slechts in het concrete geval niet van toepassing kan zijn. Dat betekent niet dat de betreffende bepaling in het algemeen haar gelding heeft verloren. Ook betekent het niet dat de wet heeft opgehouden te bestaan. Daarnaast bestaat de mogelijkheid van onverbindendverklaring. Met «onverbindendverklaren» wordt bedoeld dat de (civiele, bestuurs- of straf)rechter in zijn vonnis constateert dat een wettelijk voorschrift ongeldig is wegens strijd met een hogere norm<sup>14</sup>. Bovendien kan de rechterlijke uitspraak van de civiele rechter niet automatisch met terugwerkende kracht veranderingen teweeg brengen in situaties van anderen. De wet en de rechtsgevolgen die deze tot dan toe heeft gehad worden niet teniet gedaan. Degenen die menen in dezelfde omstandigheden te verkeren, dienen zich eveneens tot de civiele rechter te wenden voor een rechterlijk oordeel. Dat geldt ook als de wetgever naar aanleiding van de rechterlijke uitspraak reden ziet de wet aan te passen of te veranderen. De uitspraak van de rechter blijft immers voor de procespartijen gelden, ook als de wetgever nadien de wet heeft aangepast. Tijdens het eventuele nieuwe wetgevingsproces bestaat aldus geen vacuüm. Vanzelfsprekend is een uitspraak nog niet definitief als daartegen nog een rechtsmiddel open staat. De enkele mogelijkheid van constitutionele toetsing door de rechter doet aan de algemene gelding van een wet dus niet af. Dat zou een miskennis van de taak van de wetgever en de complementaire rol van de rechter zijn. Wanneer tegen bepaalde wetsbepalingen een toetsingsprocedure loopt, kan de wet derhalve onverkort worden uitgevoerd conform het oordeel van de wetgever. De rechter dient wetsbepalingen zoveel mogelijk grondwetsconform uit te leggen. Zoals reeds eerder is benadrukt, stelt de rechter zich volgens de Nederlandse rechtstraditie terughoudend op en hecht hij grote waarde aan de interpretatie van de wetgever. De rechter is zich terdege bewust van het primaat van de wetgever. Dit neemt niet weg dat de rechter in een concreet geval tot een andere interpretatie kan komen dan de wetgever aanvankelijk heeft bedoeld. Indien de rechter oordeelt dat sprake is van strijdigheid met de Grondwet, kan de aan de orde zijnde wetsbepaling buiten toepassing worden gelaten. In dat geval heeft de wetgever te allen tijde de mogelijkheid om de wet aan te passen of te veranderen. Dit hoeft vanuit het oogpunt van de wetgever natuurlijk niet altijd bezwaarlijk te zijn. Het kan echter voorkomen dat de rechter tot een interpretatie komt

<sup>14</sup> R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving*, Deventer: Kluwer, 2009, p. 9.



die de wetgever niet wenselijk acht. Ook dan staat het de wetgever vrij om de wet te wijzigen. Of en op welke wijze de wetgever gevolg wil geven aan een rechterlijke beslissing is en blijft een politieke vraag. De wetgever wordt in principe dus niet gedwongen tot aanpassing van het wetsartikel, maar zal zich in bepaalde gevallen genoodzaakt zien om de wetgeving naar zijn wens aan te passen. Dat de wetgever soms geen gebruik maakt van de mogelijkheid van wetswijziging is naar mijn mening geen steekhoudend argument tegen constitutionele toetsing door de rechter. De rechter beïnvloedt de interpretatie van de nationale grondrechten door de wetgever reeds door toetsing aan van lagere regelgeving aan de Grondwet en rechterlijke uitspraken waarin internationale grondrechten worden geïnterpreteerd. Echter meer dan nu het geval is, zal de interpretatie van grondrechten door invoering van constitutionele toetsing door de rechter in dialoog tussen wetgever en rechter worden vastgesteld. De wetgevende macht en de rechterlijke macht kunnen elkaar wederzijds versterken. Het initiatief tot het opheffen van een geconstateerde strijdigheid, tot het schrappen dan wel wijzigen van de in het geding zijnde wetsbepaling(en) of in het uiterste geval de Grondwet, blijft echter te allen tijde primair bij de wetgever. Hierbij dient opgemerkt te worden dat de wetgever meer ruimte heeft om corrigerend op te treden tegen rechterlijke uitspraken over nationale grondrechten dan tegen rechterlijke uitspraken over internationale grondrechten. Het wijzigen van de Grondwet verloopt weliswaar volgens een zware procedure, maar dit is beslist eenvoudiger dan het wijzigen van een (mensenrechten)verdrag.

### **Verhouding met verdragsbepalingen en het EHRM**

De PvdA-fractie vraagt of met de invoering van constitutionele toetsing de gang naar Straatsburg mogelijk blijft. Aangezien dit inderdaad het geval is, zal ik met name uitgebreid ingaan op de vraag van genoemde leden of daarmee het EHRM in voorkomende gevallen dan niet alsnog het laatste woord houdt en wat daarmee de meerwaarde is van de toetsing aan de Grondwet.

Vooropgesteld dient te worden dat de rechterlijke toetsing aan de Grondwet afgebakend dient te worden van andere toetsingsvormen. De gang naar het EHRM blijft gewoon bestaan met de invoering van constitutionele toetsing. Eén van de ontvankelijkheidsvoorwaarden voor het individu die in artikel 35 EVRM wordt genoemd is dat de nationale rechtsmiddelen uitgeput zijn. Het is dan niet van belang of tijdens de nationale procedure sprake is geweest van constitutionele toetsing. Ook is het niet noodzakelijk dat in de nationale procedure expliciet een beroep op een artikel uit het EVRM is gedaan. Voldoende is dat een individu beroep heeft gedaan op een grondrecht dat ook aanwezig is in het EVRM. Als uitgangspunt wordt genomen dat toetsing aan de Grondwet op onderdelen tot een betere rechtsbescherming zal leiden. Op grond van artikel 53 EVRM bevat het verdrag namelijk minimumnormen, die niet mogen worden gebruikt om mensenrechten uit andere bronnen restrictief uit te leggen. De toetsing aan de Grondwet heeft een andere inhoud en aard dan toetsing aan het EVRM. Enerzijds staan er bepaalde rechten in de Grondwet die niet in het EVRM voorkomen, zoals het petitierecht. Anderzijds staan er ook rechten in het EVRM die niet terug te vinden zijn in onze Nederlandse Grondwet, zoals het recht op leven en het recht om te huwen. Daarnaast verschillen de grondrechten ook qua formulering. Zo worden de grondrechten in het EVRM doorgaans ruimer geformuleerd met het oog op de toepassing in veel verschillende landen. Dit zorgt in bepaalde artikelen voor verschillen. Zo is het eerste artikel van onze Grondwet, waarin het recht op gelijke behandeling wordt uitgedrukt, anders geformuleerd dan artikel 14 EVRM of het twaalfde protocol bij het EVRM. Bovendien verschilt ook het beperkingsstelsel van de grondrechten. Over het algemeen wordt aangenomen dat de Nederlandse

Grondwet op bepaalde punten meer waarborgen kent bij de beperking van grondrechten dan het EVRM. Zo is de Grondwet scherper in haar bevoegdheidstoedeling. Aan de andere kant zijn in het EVRM vaak scherpere doelcriteria te vinden die in de Nederlandse Grondwet minder vaak en minder scherp geformuleerd voorkomen. Wel kent de Nederlandse Grondwet enkele extra waarborgen die niet in het EVRM terug te vinden zijn, zoals het censuurverbod van artikel 7 en de procedurele eisen omtrent de bescherming van het briefgeheim van artikel 13. Met de invoering van constitutionele toetsing ontstaat de mogelijkheid voor de burger om een beroep te doen op de meest vergaande wets- en uitzonderingsbepalingen van Europese maar daarnaast ook nationale grondrechten, hetgeen leidt tot een verbetering van de grondrechtenbescherming.

Het EVRM zorgt voor de waarborging van het minimumniveau van grondrechtenbescherming. Hoewel onze Grondwet op onderdelen verder reikt dan het EVRM, achten Nederlandse rechters zich door het toetsingsverbod tot navolging van de interpretaties in Straatsburg gedwongen. Ook bij lagere regelgeving valt bij de rechter terughoudendheid te constateren vanwege het toetsingsverbod en het besef van zijn plaats in ons staatsbestel. De grenzen die het EHRM aangeeft, waaronder de *margin of appreciation*, worden door Nederlandse rechters in hun jurisprudentie overgenomen. Dit heeft tot gevolg dat onze Grondwet steeds meer door het EVRM wordt vervangen, waardoor het toetsingsverbod in de Nederlandse Grondwet verwordt tot anomalie.<sup>15</sup> Het EHRM benadrukt echter geregeld het subsidiaire karakter van de internationale grondrechtenbescherming. Eerst en vooral moet op nationaal niveau effectieve rechtsbescherming worden georganiseerd. Het mogelijk maken van een beperkte vorm van constitutionele toetsing draagt daar zeker aan bij. Door het toetsingsverbod missen wij de kans om op nationaal niveau onze grondrechtenbescherming te ontwikkelen en om rechtsvorming te creëren ten aanzien van rechten die niet in het EVRM staan of in onze wetgeving anders zijn geformuleerd.

De leden van de PvdA-fractie vragen zich af of het EHRM in voorkomende gevallen toch niet het laatste woord houdt. Het EHRM heeft inderdaad de bevoegdheid om nationale wetgeving te toetsen, maar hierbij wordt ruimte gelaten voor bepaalde nationale overwegingen. Dit wordt de *margin of appreciation* genoemd. Hoe ver deze marge reikt, is afhankelijk van vele verschillende factoren. De marge is bijvoorbeeld kleiner bij grondrechten die de kern van de democratische rechtsstaat raken. Daarnaast kunnen bijzondere nationale factoren aanleiding geven om af te wijken van de Straatsburgse rechtspraak en er zelfs toe leiden dat het EHRM terugkomt op eerdere oordelen.

Een voorbeeld hiervan speelde zich enkele jaren geleden af in het Verenigd Koninkrijk. Door het EHRM werd een belangrijk onderdeel van het Britse bewijsstelsel in strijd verklaard met het EVRM.<sup>16</sup> Gezien de grote gevolgen die deze uitspraak voor het Verenigd Koninkrijk met zich zou meebrengen, werd in nationale zaken bepleit dat het EHRM te weinig rekening had gehouden met het bijzondere common law stelsel van het Verenigd Koninkrijk en dat met een dergelijke uitspraak de Straatsburgse rechter zijn rechtsvormende taak ver te buiten zou gaan.<sup>17</sup> Vervolgens honoreerde de Grote Kamer van het EHRM enkele argumenten van de Britse rechters en trad daarmee in dialoog met de nationale rechtsprekende macht van het Verenigd Koninkrijk.<sup>18</sup> Aangezien het EHRM een stap terug deed en rekening hield met de heersende nationale opvatting kon

<sup>15</sup> Zie bijvoorbeeld: N. Jak en J. Vermont (2007), «De Nederlandse rechter en de margin of appreciation», *NJCM-Bulletin*, 32(2), p. 125–141.

<sup>16</sup> EHRM 20 januari 2009, nr. 26766/05 en nr. 22228/06 (*Al-Khawaja & Tahery v. UK*).

<sup>17</sup> UKSC 9 december 2009 [2009] UKSC 14 (*R. v. Horncastle*), per Lord Phillips.

<sup>18</sup> EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05 en nr. 22228/06 (*Al-Khawaja & Tahery v. UK*).

het Verenigd Koninkrijk blijven vasthouden aan haar eigen nationale bewijsstelsel.

Een ander voorbeeld waarin de nationale rechter een andere afweging van grondrechten maakte en daaraan vasthield, vormen de zaken die Prinses Caroline von Hannover tegen Duitsland had aangespannen.<sup>19</sup> In deze zaken stonden botsende grondrechten, namelijk het recht op privacy en het recht op vrijheid van meningsuiting, centraal. In Duitsland wordt veel waarde gehecht aan de vrijheid van meningsuiting waardoor daar een andere belangenafweging werd gemaakt dan bij het EHRM. Toen Duitsland aan dit standpunt bleef vasthouden, trad de Straatsburgse rechter in dialoog met de nationale rechter en hield zij uiteindelijk rekening met dit expliciete Duitse standpunt.<sup>20</sup> Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat het EHRM onder bepaalde omstandigheden rekening houdt met specifieke nationale omstandigheden en de dialoog met de nationale wetgever niet ontwijkt. Wanneer de Nederlandse rechter aan de bepalingen van de Grondwet gaat toetsen, kan dit ertoe leiden dat de Straatsburgse rechter meer rekening zal houden met de Nederlandse rechtspraak. Zo kan de Nederlandse rechter dus leidend zijn in zijn uitspraken in plaats van dat hij gedwongen wordt tot slaafse navolging van Straatsburgse rechtspraak.

Naar mijn mening heeft de invoering van constitutionele toetsing zeker meerwaarde. De constitutionele toetsing moet niet worden gezien als vervanging of doublure van de procedure in Straatsburg, maar als een complementaire vorm van rechtsbescherming voor de burger. Zeker in de gevallen waarin de Nederlandse Grondwet in verdergaande rechtsbescherming voorziet, is het voor het individu van toegevoegde waarde wanneer hij zich hierop in een procedure voor de nationale rechter kan beroepen. Deze procedure zal daarnaast een stuk sneller, goedkoper en dichter bij huis plaatsvinden dan de procedure in Straatsburg, waardoor de toegang tot grondrechtenbescherming wordt verbeterd. Zelfs wanneer de Nederlandse rechter terughoudend zal toetsen, zal het individu een betere bescherming genieten dankzij de verdergaande bepalingen waarin met de specifieke nationale omstandigheden rekening wordt gehouden. Ik wil niet beweren dat Straatsburg nooit meer het laatste woord zal hebben, maar wel kan door een goede nationale procedure van grondrechtenbescherming het aantal Nederlandse zaken minder en de *margin of appreciation* breder worden. Ook andere lidstaten worden wel eens op de vingers getikt, maar dat is voor deze landen geen reden geweest om de meerwaarde van constitutionele toetsing te ontkennen. Tot slot zijn de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Raad voor de rechtspraak van mening dat de invoering van het toetsingsrecht naast het reeds bestaande toetsingsrecht aan het EVRM er niet toe zal leiden dat de internationale rechtseenheid in gevaar komt, onder andere aangezien de lidstaten vrij zijn om op nationaal niveau een hogere standaard te hanteren.<sup>21</sup>

De leden van de SGP-fractie hebben ook vragen gesteld omtrent de verhouding tussen grondwetsartikelen en verdragsbepalingen in geval van constitutionele toetsing. In dat kader wensen zij te vernemen hoe de rechter in de praktijk moet bepalen welke van de twee de voorkeur dient te hebben. Het gaat dan ook mede om de vraag of de meest of de minst vergaande uitzonderingsgronden op het grondrecht gevolgd moeten worden. Ten eerste moet worden opgemerkt dat de rechtszoekende uiteraard recht heeft op de meest omvangrijke rechtsbescherming die hem ter beschikking is gesteld.<sup>22</sup> In dat verband is het zo dat per grond-

<sup>19</sup> EHRM 14 juni 2004, nr. 59320/00 (*Von Hannover v. Germany (1)*).

<sup>20</sup> EHRM 7 februari 2012, nr. 40660/08 (*Von Hannover v. Germany (2)*).

<sup>21</sup> *Kamerstukken II* 2002/03, 28 331, nr. 6.

<sup>22</sup> In art. 53 EVRM wordt deze norm ook tot uitdrukking gebracht. Dit ligt wat gecompliceerder in geval van het EU-Grondrechtenhandvest, vgl. HvJ Mellnoi en HvJ Akerberg.

recht moet worden gezien welke bepaling de meeste bescherming biedt of, anders geformuleerd, welke uitzonderingsgrond het minst vergaand is. Deze bepaling kan zowel een grondwetsartikel als een verdragsbepaling zijn. De leden van de SGP-fractie wijzen er terecht op dat formuleringen van grondwetsartikelen en verdragsbepalingen, en van de uitzonderingsgronden die erin worden genoemd, niet in alle gevallen parallel lopen. Daarop kan worden aangevuld dat er niet in zijn algemeenheid geconcludeerd kan worden dat ofwel de grondwetsbepalingen ofwel verdragen (zoals het EVRM) altijd de meeste rechtsbescherming bieden. Dat hangt steeds af van de specifieke casus. Kortom, de rechter zal steeds zien welke bepaling de meeste bescherming biedt.

### **Primaat van de wetgever**

De leden van de PvdA-fractie merkten op dat als argument tegen constitutionele toetsing wordt aangevoerd dat de rechter daarmee als het ware op de stoel van de wetgever gaat zitten. De wetgever wordt immers bij de totstandkoming van wetten al geacht deze op verenigbaarheid met de Grondwet te toetsen. De leden vragen naar aanleiding daarvan of de wetgever zijn rol ten aanzien van constitutionele toetsing in de praktijk optimaal vervult en, indien dit niet het geval is, op welke wijze dit naar mijn mening zou kunnen worden verbeterd. Ook de leden van de SGP-fractie vragen naar de manier waarop de toetsing door de wetgever als gevolg van het beëindigen van het toetsingsverbod voor de rechter beter kan functioneren. Daarbij vragen ze naar mijn visie op de te verwachten effecten van gedeeltelijke opheffing van het toetsingsverbod op de zorgvuldigheid van de parlementaire toetsing van wetten aan de Grondwet.

In reactie op deze vragen stel ik graag voorop dat het huidige systeem van constitutionele toetsing door de wetgever gedurende de procedure van totstandkoming van de wet behoorlijk functioneert. In het huidige constitutionele stelsel worden wetten vastgesteld door de aan de Grondwet gebonden regering en Staten-Generaal gezamenlijk via een met de nodige waarborgen omkleed wetgevingsproces. De wetgever dient de verenigbaarheid van een wetsvoorstel met de Grondwet te toetsen en moet erop toezien dat de wet conform het grondwettelijk voorgeschreven proces tot stand komt. De beoordeling van de grondwettigheid van een wet komt dus in de eerste plaats toe aan de wetgever. Een openbaar debat met de beslissing van de regering en de Staten-Generaal biedt hiervoor democratische waarborgen. Het kan de wetgever over het algemeen niet worden verweten dat tijdens het wetgevingsproces te weinig aandacht wordt besteed aan grondrechten. Dit gaat echter veelal om grondrechten uit het EVRM en te weinig om grondrechten uit onze nationale Grondwet. Opgemerkt zij ook dat zeer uiteenlopende maatschappelijke en politieke belangen onder meer bijdragen tot de materiële inhoud van een wetsvoorstel en dat de parlementaire procedure met name politiek van aard is. Hierbij wil ik wijzen op een aantal meer algemene politicologische ontwikkelingen die in de wetenschap en het parlement nauwelijks worden betwist, zoals de toegenomen betekenis van regeerakkoorden (en de overige akkoorden), coalitietrouw en fractiediscipline. De toetsing door de wetgever kan echter zeer beslist niet achterwege worden gelaten of minder zorgvuldig worden uitgevoerd indien rechterlijke toetsing wordt ingevoerd.

De constitutionele toetsing door de wetgever kent wel een aantal beperkingen waardoor toepassing van de wet onbedoeld in strijd kan zijn met de Grondwet. De bestaande praktijk van verdragstoetsing biedt hiervan enkele voorbeelden. Dit hangt samen met het feit dat de wetgever de grondwettigheid van een wet voorafgaand aan de inwerkingtreding beoordeelt en dus slechts in abstracto toetst. Het is bovendien de taak van de wetgever om het collectieve belang te vertegenwoordigen. Zelfs indien

het wetgevingsproces zeer zorgvuldig en met voldoende aandacht voor de Grondwet plaatsvindt, is het voor de wetgever gezien de aard van zijn taak onmogelijk om voor ieder individueel geval de betekenis, toepassing en uitwerking van de wet te voorzien en vooraf vorm te geven. Het is dan ook niet uitgesloten dat de wetgever door het algemene karakter van wetgeving niet voorziet dat de toepassing van een wet in een concreet geval strijdig kan zijn met de Grondwet. De wet kan in een individueel geval een tegengesteld en zelfs onbillijk effect hebben. Daarbij komt dat de wetgever op voorhand evenmin rekening kan houden met veranderende maatschappelijke opvattingen en eventuele toekomstige ontwikkelingen. De uitleg van wetten en de Grondwet ontwikkelt zich geleidelijk. De wetgever kan een alleszins gerechtvaardigde uitleg van een wet beoogd hebben, die nadien in concrete gevallen tot een onrechtvaardige uitkomst leidt. Hoewel de wetgever tijdens de totstandkoming van de wet de verenigbaarheid met de Grondwet toetst, kan het dus voorkomen dat deze toets niet toereikend is. Constitutionele toetsing door de rechter kan in die gevallen de toetsing door de wetgever aanvullen. De rechterlijke toetsing is namelijk anders van aard dan de constitutionele toetsing door de wetgever. De rechter toetst na inwerkingtreding van de wet op grond van rechtmatigheidscriteria of toepassing van de wet in een concreet geval verenigbaar is met de Grondwet. Kortom, een belangrijke meerwaarde is dat de rechter, anders dan de wetgever, rekening kan houden met alle bijzondere omstandigheden van het geval.

Het wetsvoorstel komt zeker niet voort uit een gebrek aan vertrouwen in de wetgever. De constitutionele toetsing door de wetgever in abstracto functioneert naar mijn mening goed, maar ik acht de constitutionele toetsing door de rechter in concreto wenselijk en nodig in aanvulling daarop. Invoering van rechterlijke toetsing doet niets af aan het belang en de noodzaak van de toetsing in de fase van de totstandkoming van de wet. De rechterlijke toetsing is zoals hiervoor uiteengezet van een andere orde en kan alleen daarom al de beoordeling van de wetgever niet vervangen. Zowel de wetgever als de rechter spelen een rol bij de bescherming van grondrechten, maar de rollen verschillen van elkaar. Zoals hiervoor reeds benadrukt is, ziet het wetsvoorstel niet op een verandering van de rol van de wetgever ten aanzien van constitutionele toetsing. Constitutionele toetsing door de wetgever kan naar mijn mening beslist niet minder zorgvuldig worden uitgevoerd indien rechterlijke toetsing wordt ingevoerd. Ik verwacht van de wetgever dat hij ook na de invoering van het nieuwe artikel 120 lid 2 van de Grondwet adequaat aandacht blijft besteden aan de constitutionele toetsing en dat de parlementaire stukken en debatten blijf geven van een dergelijke zorg. Verwacht kan misschien zelfs worden dat de wetgever, wetende dat de rechter zeer veel waarde hecht aan zijn grondwetsinterpretatie, juist méér zorgvuldigheid betracht en méér aandacht besteedt aan de grondwettelijke aspecten van zijn wetgeving. Hoewel het wetsvoorstel geen verandering in de rol van de wetgever beoogt, meen ik wel dat het in het algemeen kan leiden tot een versterking van het constitutionele besef en de parlementaire controle op de grondwettigheid van wetgeving. Dit blijkt onder meer uit het feit dat de wetgever in de praktijk bij de totstandkoming van wetten uitgebreid aandacht besteedt aan de verenigbaarheid met het EVRM, wetende dat de nationale rechter of het EHRM hier daadwerkelijk aan zal toetsen.

Naar mijn mening moeten alle mogelijkheden om de kwaliteit van wetgeving te verbeteren worden benut. Constitutionele toetsing door de rechter biedt geen garantie voor een beter functionerende wetgever. Dit heeft de wetgever immers zelf in de hand. Rechterlijke toetsing kan echter wel bijdragen aan een groter publiek bewustzijn van het belang van de Grondwet. Overigens betwist het wetsvoorstel niet dat de wetgever al het nodige doet om optimaal te functioneren. Het omvat een beperking van het toetsingsverbod voor de rechter en dat impliceert geenszins een

toetsingsverbod voor de wetgever. Bovendien maakt een verbetering van het functioneren van de wetgever ten aanzien van constitutionele toetsing de aanvullende toetsing door de rechter niet overbodig. Over suggesties voor verbetering van de grondwetsvoetsing door de wetgever, zou ik dan ook graag op een ander moment meedenken. Ik beperk mij in deze schriftelijke beantwoording graag tot de behandeling van het wetsvoorstel inhoudende de invoering van aanvullende constitutionele toetsing door de rechter.

Een andere vraag aangaande het primaat van de wetgever komt van de leden van de CDA-fractie. Zij beseffen dat toetsing beperkt blijft tot een aantal grondrechten in de Grondwet, maar in hun ogen vindt hiermee een onwenselijke verschuiving van het primaat van de wetgever naar een wijze van rechtsvorming door de onafhankelijke rechterlijke macht plaats. De leden vragen naar concrete voorbeelden waarmee deze verschuiving gelegitimeerd wordt.

Constitutionele toetsing tast het primaat van de wetgever niet aan, maar het versterkt juist de balans binnen de trias politica. Afgaande op de ervaringen in andere Europese landen kan niet geconcludeerd worden dat er ingrijpende verschuivingen plaatsvinden. De bevoegdheid van de rechter verandert, maar dit tast het primaat van de wetgever niet aan. Het is geschreven vanuit de verschillende rollen die wetgever en rechter in onze trias politica hebben. In het wetsvoorstel is slechts bedoeld om de verhouding tussen de wetgever en de rechter meer evenwichtig te maken uit een oogpunt van *checks and balances*. De rechter oordeelt niet in abstracto, maar beoordeelt met name de vraag of een bepaalde wijze van toepassing in het concrete geval toelaatbaar moet worden geacht. Het gaat hierbij om beslechting van rechtsvragen waarbij de rechter louter juridische afwegingen maakt. Hieruit blijkt bovendien het andere en aanvullende karakter van de constitutionele toetsing door de rechter. De rechter is hierbij onafhankelijk, onpartijdig en zal gezien de Nederlandse rechtstraditie een grote mate van terughoudendheid betrachten. De rechter zal aan de weloverwogen toetsing en de gegeven interpretatie door de wetgever gedurende het wetgevingsproces grote waarde toekennen en zal wetsbepalingen dan ook zo veel als mogelijk grondwetsconform uitleggen. Daarbij is van belang in hoeverre die interpretatie eenduidig, gemotiveerd en actueel is. Waar de wetgever hier minder aandacht aan heeft besteed, zal de rechter meer invulling en uitleg geven. Uit de rechtspraak over de toetsing van wetgeving blijkt dat de rechter zich terdege bewust is dat het primaat van rechtsvorming dient te berusten bij de democratisch gelegitimeerde wetgever. Tot nu toe hebben rechters bij verdragstoetsing dan ook niet getreden in het politieke primaat van de wetgever en ook bij lagere regelgeving tasten de Hoge Raad en de hoogste bestuursrechters het primaat van de wetgever niet aan.

In dit wetsvoorstel blijft het primaat bij de wetgever. De wetgever toetst als eerste voorafgaand aan de inwerkingtreding en daarmee abstract de grondwettigheid van wetten. Na deze totstandkomingsfase zou een rechter in een concreet geval toch kunnen oordelen dat toepassing van een wetsbepaling in strijd is met een beperkt aantal artikelen van de Grondwet. In dat geval kan de rechter de betreffende wetsbepaling buiten toepassing laten. Daarna is het woord opnieuw aan de wetgever die moet besluiten of, hoe en wanneer hij de wetsbepaling of in het uiterste geval de grondwettelijke bepaling aanpast. Het initiatief hiertoe ligt te allen tijde bij de wetgever. Wel kan ik mij een dialoog tussen rechter en wetgever voorstellen.

Zoals hiervoor is aangegeven vindt er een lichte verschuiving in de verhouding tussen de wetgever en de rechter plaats. Reeds eerder hebben veranderde omstandigheden en opvattingen aanleiding gegeven het juiste evenwicht tussen de verschillende machten te herijken. In dit verband wijs ik op de verschuiving in ons constitutionele stelsel die door

velen wordt gezien als één van een trias politica naar een duas politica. Waar de wetgevende macht en de uitvoerende macht steeds meer verweven zijn geraakt, blijft de rechterlijke macht over als tegenwicht. Hiermee hangt het toegenomen belang van rechtsbescherming van de burger tegen de overheid samen. Een ander belangrijk voorbeeld van een herijking van het evenwicht betreft de invoering van het huidige artikel 94 van de Grondwet. Juist door verdragstoetsing is de wet al niet meer onschendbaar, zodat toetsing van wetten aan een aantal grondrechten in de Grondwet geen systematische breuk betekent met de huidige bevoegdheden van de rechter. De uitbreiding van de bevoegdheid van de rechter bij constitutionele toetsing is namelijk geen andere dan de bevoegdheid die de rechter reeds heeft bij verdragstoetsing. Mijn wetsvoorstel beoogt de grondrechtenbescherming ook op nationaal niveau te brengen en niet slechts van internationale herkomst te doen zijn. Daarbij komt dat de rechterlijke uitspraken over onze nationale grondrechten voor de wetgever reparabel zijn, omdat zij zijn ingebed in een nationaal systeem van *checks and balances*. Het staat de wetgever altijd vrij een hem onwelgevallige ingreep van de rechter te corrigeren met wetgeving die ook recht doet aan het grondrecht dat volgens de rechter in het geding is. Bovendien impliceert dit wetsvoorstel consequente toepassing van de hoofdregel die reeds geldt in de trias politica, te weten dat lagere normen aan hogere normen mogen én moeten worden getoetst. De voorgestelde constitutionele toetsing brengt vanwege de hiervoor benoemde ontwikkeling van het evenwicht tussen de verschillende machten al met al geen wezenlijke verandering in de taken van de rechter en daarmee ook geen wezenlijke veranderingen in de constitutionele verhoudingen. Het wetsvoorstel zorgt voor meer *checks and balances* om de wetgeving in overeenstemming te houden met de Grondwet zonder de rechter de plaats van de wetgever te laten innemen. Het gaat erom te waarborgen dat beide hun onderscheiden rol met betrekking tot de bescherming van grondrechten behoorlijk vervullen en daarin zijn zij complementair.

De leden van de VVD-fractie vragen zich voorts af hoe kan worden bereikt dat de rechter terughoudender toetst nu de wetgever al goed en uitgebreid toetst aan de Grondwet. Hierbij kan worden aangetekend dat de Nederlandse rechter traditioneel een terughoudende plaats inneemt in ons rechtsbestel. Dat is door Hoge Raad ook in verschillende arresten tot uitdrukking gebracht. Het is belangrijk om hierbij op te merken dat deze traditionele terughoudendheid een zelfstandige plaats inneemt ten opzichte van artikel 120 van de Grondwet. Deze terughoudendheid is met andere woorden niet louter en alleen gebaseerd op het constitutioneel toetsingsverbod. De jurisprudentie geeft aan dat de rechter zich zeer bewust is van het feit dat het primaat altijd bij de wetgever behoort te liggen.<sup>23</sup> Daarom valt ook niet te verwachten dat de rechter na een gedeeltelijke opheffing van het toetsingsverbod alle teugels zal laten vieren en volop politieke keuzes zal maken. Dat gebeurde immers ook niet nadat de mogelijkheid van verdragstoetsing werd ingevoerd. De Hoge Raad toont ook bij toetsing aan het EVRM buitengewoon veel respect voor de wetgever.<sup>24</sup> Anders dan het EHRM geeft de Hoge Raad geen aanwijzingen of instructies aan de wetgever bij constatering van strijdigheid met het EVRM.

Het geven van een oplossing wordt aan de wetgever overgelaten en de rechter grijpt niet in het proces van politieke besluitvorming in. Daarnaast is tijdens de parlementaire behandeling van dit wetsvoorstel uitvoerig

<sup>23</sup> Recente voorbeelden van deze terughoudendheid zijn onder meer de zaak over de langstudeermaatregel (Rb. 's-Gravenhage 11 juli 2012, *LJN BX0977*) en de zaak over het ESM-noodfonds (Rb. 's-Gravenhage, 1 juni 2012, *LJN BW7242*).

<sup>24</sup> Dit blijkt onder meer uit een recent arrest over navorderingsaanslagen (HR 22 november 2013, *ECLI:NL:GHSGR:2012:BY8971*).

benadrukt dat rechterlijke terughoudendheid in geval van constitutionele toetsing zeer gewenst is. Dit vormt dan ook een duidelijk signaal naar de rechter dat de reeds bestaande terughoudendheid gehandhaafd dient te worden. Aangezien rechters bij de interpretatie van wetgeving altijd kijken naar de totstandkomingsgeschiedenis vormt een uitgebreide motivering van de keuzes die door de wetgever zijn gemaakt ook in zijn algemeenheid een middel waarmee de rechter tot terughoudendheid gemaand kan worden. Hoe meer de wetgever tijdens de totstandkomingsfase aandacht besteedt aan de verhouding met de Grondwet, hoe terughoudender de rechter zich zal opstellen. De wetgever geeft dan namelijk duidelijk aan dat hij de mogelijkheid van eventuele strijdigheid met de Grondwet bestudeerd heeft en tot de conclusie is gekomen dat dit niet het geval is. Er moeten zich dan wel zeer zwaarwegende gronden voordoen of er moet sprake zijn van zeer exceptionele gevallen wil de rechter daar tegenin gaan. De rechter zoekt immers, zoals nu al gebeurt wanneer strijd met internationaal recht wordt aangevoerd, altijd zoveel mogelijk aansluiting bij de interpretatie die de wetgever voor ogen heeft gehad.

Dit wetsvoorstel dient dan ook zeker niet als een blijk van wantrouwen jegens de wetgever aangemerkt te worden, maar veeleer als een aansporing om uitgebreid aandacht te besteden aan de Grondwet. Nu ziet men dat bij de totstandkoming van wetsvoorstellen de verhouding met het EVRM uitvoerig belicht wordt. Dit is begrijpelijk omdat de nationale of internationale rechter daadwerkelijk zal toetsen aan het EVRM. In het geval van strijdigheid met de Grondwet bestaat deze mogelijkheid op dit moment uiteraard niet. Het gevolg daarvan is dat het EVRM in toenemende mate een rol speelt bij de totstandkoming van wetgeving terwijl de Grondwet als constitutioneel toetsingskader een steeds minder prominente plaats inneemt.<sup>25</sup> Dit wetsvoorstel beoogt dan ook de Grondwet opnieuw de kern van de parlementaire grondrechtendiscussie te maken. Naar mijn mening verdient onze eigen grondrechtentraditie, tot uitdrukking gebracht in de Grondwet, in ieder geval evenveel aandacht als de grondrechtentraditie die afkomstig is uit internationale verdragen. De VVD-fractie wil verder weten of het de marginale toetsing is die door de indiener wordt beoogd. «Marginale toetsing» is een term afkomstig uit het bestuursrecht en betekent dat de rechter onderzoekt of het bestuur in redelijkheid tot een bepaalde beslissing heeft kunnen komen. Daarmee wordt beoogd de discretionaire ruimte van bestuursorganen niet zodanig te beperken dat de rechter wezenlijk de bestuurlijke verantwoordelijkheden overneemt. Eenzelfde soort benadering sta ik voor bij de door mij voorgestelde toetsing. Daarbij zal de rechter overigens eenvoudig de lijn hoeven doortrekken die al ontwikkeld is bij de toetsing van lagere regelgeving. Ook daar waakt de rechter er bij de toetsing voor de discretionaire ruimte van regelgevers niet in te vullen met een eigen oordeel.

## **Rechtsvergelijking**

Nederland is op dit moment het enige land in Europa dat toetsing aan de nationale Grondwet door de rechter geheel verbiedt. In ieder land is de constitutionele toetsing anders geregeld, hetgeen inhoudt dat enkel binnen Europa reeds vijftig verschillende vormen van constitutionele toetsing bestaan. Hoewel het onmogelijk is om de exacte gevolgen van invoering van constitutionele toetsing in Nederland af te leiden uit de

---

<sup>25</sup> L.F.M. Verhey, *Wetgever en constitutie: enkele beschouwingen over de mug en de olifant*, Preadvies Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 1–41.



ervaringen in andere landen, kunnen wij wel lering trekken uit de constitutionele toetsing in het buitenland<sup>26</sup>.

De leden van de PvdA-fractie wensen dan ook te vernemen of mij andere landen bekend zijn waar de constitutionele toetsing aanvankelijk niet bestond en waar die later wel is ingevoerd. Ik zal hierop antwoord proberen te geven middels een analyse van de manier waarop de constitutionele toetsing in andere landen is vormgegeven, waardoor de eventuele gevolgen van dit wetsvoorstel meer op waarde kunnen worden geschat. Om dit zo volledig mogelijk te doen, zal ik eerst de twee voornaamste modellen van constitutionele toetsing beschrijven.

Vervolgens zal ik ingaan op enkele landen die later tot invoering van constitutionele toetsing zijn overgegaan, respectievelijk de Scandinavische landen, Frankrijk, het Verenigd Koninkrijk en Canada. Tot slot worden de gevolgen hiervan belicht.

Zoals hiervoor benoemd, zijn er grofweg twee modellen van constitutionele toetsing te onderscheiden. Het ene model is het continentaal-Europese model. Dit model is vooral te vinden in Zuid-, Midden- en Oost-Europese landen, zoals Duitsland, maar ook in België en sinds kort in Frankrijk en Luxemburg. Het model wordt gekenmerkt door een toetsing die geconcentreerd is in een Constitutioneel Hof. Als gevolg van deze concentratie moeten lagere rechters wanneer zij met grondrechtenproblematiek worden geconfronteerd middels een prejudiciële vraag het probleem voorleggen aan het Constitutioneel Hof. Daarnaast is ook abstracte toetsing op verzoek van daartoe aangewezen organen mogelijk. Naast dit model bestaat een decentraal model dat is gebaseerd op de constitutionele toetsing in de Verenigde Staten. Dit model wordt onder andere gehanteerd in Scandinavische landen en in Canada. Het belangrijkste kenmerk van dit model is de gespreide toetsing, hetgeen inhoudt dat alle rechters bevoegd zijn om uitspraken te doen over de grondwettigheid van bepaalde zaken. Daarnaast is bij dit model enkel concrete toetsing mogelijk, zodat alleen personen die direct in hun grondrechten menen te worden geschaad, naar de rechter kunnen gaan.

Beide modellen kennen zowel voor- als nadelen. Het continentaal-Europese model komt vooral voor in staten met een federaal stelsel. Het is logisch dat dergelijke landen, zoals Duitsland, hebben gekozen voor een geconcentreerd hof dat de grensgevechten tussen deelstaat en federatie tot een einde moet brengen. Een nadeel van een dergelijk hof is dat het gevaar van politisering van benoemingen met zich meebrengt. In de Scandinavische staten is de staatsrechtelijke situatie anders. De Scandinavische staten zijn net als Nederland gedecentraliseerde eenheidsstaten en hanteren een gespreid toetsingsmodel. Dit is ook het model dat dit wetsvoorstel beoogt in te voeren. Dit model heeft ook enkele potentiële nadelen. Zo neemt door gespreide toetsing de kans op uiteenlopende opvattingen tussen de verschillende rechterlijke instanties toe. Zoals hiervoor is bepleit, wordt dit in deze landen niet als een probleem ervaren. Uiteenlopende opvattingen zijn inherent aan de rechterlijke arbeid en kunnen onder andere door gerechtelijke hiërarchie worden vereffend. Aangezien in dit wetsvoorstel een systeem van gespreide toetsing wordt beoogd en de rechter slechts concreet toetst, lijkt dit het meest op het model dat onder andere in Scandinavië en Canada voorkomt. In de Nadere Memorie van Antwoord in de Eerste Kamer is vooral aan Scandinavië uitgebreid aandacht besteed.<sup>27</sup> Ik zal een en ander kort samenvatten. Constitutionele toetsing was in deze landen geen vanzelfsprekend fenomeen. Toch werd uiteindelijk de invoering van toetsing wenselijk geacht om het systeem van *checks and balances* in de democratische rechtsstaat optimaal tot zijn recht te laten komen. In Noorwegen en

<sup>26</sup> Waarbij ik hier dankbaar gebruik maak van: W. van der Woude, L.F.M. Verhey & Ph. Kiiver, *Institutionele aspecten van constitutionele toetsing*, Deventer: Kluwer 2012

<sup>27</sup> *Kamerstukken I* 2007/08, 28 331 E.

Denemarken is de ontwikkeling van constitutionele toetsing tot stand gekomen in de jurisprudentie. In Zweden is er lange tijd discussie geweest over de invoering van constitutionele toetsing die grote overeenkomsten vertoonde met het Nederlandse debat. Uiteindelijk is in 1979 een compromis tussen beide partijen tot stand gekomen en is het toetsingsrecht expliciet vastgelegd in artikel 11:14 van de *Regeringsform*. Het compromis hield in dat de rechter de bevoegdheid kreeg formele wetten of regeringsverordeningen te toetsen aan hoger recht, maar dat deze wetten of verordeningen enkel buiten toepassing mochten worden gelaten wanneer er sprake is van een «kennelijke breuk». Hiermee werd bereikt dat toetsing inderdaad mogelijk werd en daarnaast werd met de zinsnede «kennelijke breuk» het primaat van de wetgever benadrukt. Ook in Finland is de mogelijkheid om te toetsen aan formele wetgeving pas later in de Grondwet neergelegd. Net als in Zweden geldt dat er sprake is van een verzwaarde bewijslast voor de rechter, aangezien formele wetten in Finland enkel buiten toepassing kunnen worden gelaten wanneer deze «onmiskkenbaar» in strijd zijn met de Grondwet. Uit het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat er in de Scandinavische landen tijd overheen is gegaan voordat constitutionele toetsing ingebed was in het staatsbestel en dat de rechter bij de toetsing van formele wetgeving een zeer terughoudende positie inneemt. Dit stelsel dient dan ook als een representatief voorbeeld van hoe de positie van de Nederlandse rechter, die doorgaans terughoudendheid betracht en veel respect voor de wetgever toont, eruit zou kunnen zien.

Ook Frankrijk kende aanvankelijk geen constitutionele toetsing. Het Franse staatsbestel is namelijk gebaseerd op de begrippen volkssoevereiniteit en de trias politica. Deze vinden hun grondslag in de ideeën van de Franse verlichtingsfilosoof Montesquieu. De wet werd eerst en bovenal gezien als «*expression de la volonté générale*» en dit belette aanvankelijk elke vorm van toetsing. In 1958 werd een abstracte vorm van *ex ante* toetsing door de Conseil Constitutionnel ingevoerd, waarbij men zich ter verantwoording beriep op de scheiding tussen parlement en regering. Een halve eeuw later drong toch het besef door dat er ook een vorm van constitutionele toetsing zou moeten bestaan nadat de wet in werking is getreden. Dit had als gevolg dat per 2010 een continentaal-Europese vorm van toetsing is toegevoegd aan de reeds bestaande *ex ante* toetsing. De Conseil Constitutionnel heeft de bevoegdheid gekregen om prejudiciële vragen te beantwoorden over de grondwettigheid van formele wetgeving die reeds in werking is getreden.<sup>28</sup> In Frankrijk is de invoering van deze continentaal-Europese toetsing over het algemeen als positief ervaren. De bevoegdheden van de Conseil Constitutionnel worden niet als een problematische doublure gezien, maar als wederzijds versterkende mechanismen.

In het Verenigd Koninkrijk staat de *sovereignty of parliament* hoog in het vaandel. Daarnaast vond het concept van in een Grondwet gecodificeerde mensenrechten geen vruchtbare bodem in de Britse rechtsorde. Voornamelijk vanwege deze twee factoren was het lange tijd ondenkbaar dat constitutionele toetsing mogelijk zou worden. Uiteindelijk heeft in het Verenigd Koninkrijk echter een grote verandering plaatsgevonden, waarbij de toetreding tot de Europese Gemeenschap en tot het EVRM van groot belang is geweest. De wisselwerking tussen deze Europese wetgeving en de Britse wetgeving verliep namelijk moeizaam. In 1998 is het EVRM in de Britse rechtsorde geïmplementeerd door middel van de Human Rights Act, waardoor toetsing aan grondrechten mogelijk werd. Naast grondrechtenbescherming is bij het vormgeven van constitutionele toetsing ook rekening gehouden met de soevereiniteit van het Westminster parlement. Wanneer een rechter namelijk een wet in strijd acht met een of meerdere

<sup>28</sup> F. Fabbrini, «Kelsen in Paris: France's Constitutional Reform and the Introduction of A Posteriori Constitutional Review of Legislation», *German Law Journal* 9(10), p. 1297–1312.

grondrechten, wordt de wet niet vernietigd maar blijft de wetgeving in stand. De uitspraak van de rechter kan daarom beter gezien worden als een signaal aan de wetgever dat er sprake is van incompatibiliteit met grondrechten. Uit de praktijk blijkt dat de wetgever in vrijwel alle gevallen aan deze signalen van de rechter gevolg geeft. De wetgever bepaalt uiteindelijk zelf op welke wijze deze incompatibiliteit moet worden opgelost. Hiervoor heeft hij onder andere een spoedprocedure tot zijn beschikking waardoor hij in dergelijke gevallen sneller tot nieuwe wetgeving kan komen.

In Canada is vanwege de Britse invloed de *sovereignty of parliament* ook één van de grondbeginselen. Toch is een aantal decennia geleden in dit land ook de discussie ontstaan over het invoeren van constitutionele toetsing. Een vergelijking met Canada op dit punt is zeer relevant, aangezien de argumenten die in de Canadese discussie naar voren kwamen voor een groot deel overeenkomen met de argumenten die reeds in Nederland tijdens de eerste lezing aan bod zijn gekomen. Net als in Nederland was de grootste weerstand in Canada gericht op het feit dat de democratisch gelegitimeerde wetgever soeverein behoort te zijn in zijn wetgevende taak, met als gevolg dat constitutionele toetsing als onwenselijk wordt gezien. Uiteindelijk is er in Canada een systeem van constitutionele toetsing gekomen waarin de rol van de wetgever bij de grondrechtenbescherming nog steeds van eminent belang is, waardoor zowel de voor- als tegenstanders het wetsvoorstel konden aanvaarden. Sinds 1982 zijn Canadese rechters bevoegd om wetgeving die in strijd wordt bevonden met het *Charter of Rights and Freedoms*, onderdeel van de Canadese constitutie, nietig te verklaren. Naar aanleiding van deze verandering is er in de rechtspraak een zoektocht ontstaan naar een balans tussen effectieve grondrechtenbescherming enerzijds en het primaat van democratische instellingen anderzijds. Ik zal een kort overzicht van deze zoektocht geven. Om de tegenstanders tegemoet te komen, is tegelijkertijd met de invoering van constitutionele toetsing artikel 33 aan de *Charter* toegevoegd. In dit artikel is een mechanisme ontwikkeld waarin zowel de federale wetgever als de wetgevers van de verschillende provincies de mogelijkheid krijgen om met een gewone meerderheid te bepalen dat wetgeving voor een periode van vijf jaar geldig is, ook wanneer deze in strijd wordt verklaard met één van de bepalingen van de *Charter*. Dit wordt ook wel de *notwithstanding clause* genoemd. De periode van vijf jaar blijkt in de praktijk inderdaad de daarmee beoogde afkoelingsperiode te zijn. Hiervan maakt de wetgever echter zelden gebruik. Dit is interessant aangezien dit mechanisme het sluitstuk van het waarborgen van de parlementaire soevereiniteit is. In de praktijk blijkt het artikel voornamelijk een fictieve waarde te hebben, hetgeen laat zien dat de wetgever geen problemen heeft met de rechterlijke toetsing.

Naast de *notwithstanding clause* heeft de Canadese rechter ook enkele middelen tot zijn beschikking om ervoor te zorgen dat de wetgever in de meeste zaken het laatste woord heeft. Voorbeelden hiervan zijn de onverbindendverklaring op termijn, grondwetsconforme interpretatie, gedeeltelijke nietigheid en het buiten toepassing laten van wetgeving in concrete gevallen. Al deze middelen komen tot uitdrukking in de theorie van dialoogmodellen die in Canada ontwikkeld is.<sup>29</sup> Deze theorie bepleit dat men niet verontrust behoort te zijn over het gebrek aan democratische legitimatie van de rechter, maar dat het van groter belang is dat de rechter door de vormgeving van zijn uitspraak de wetgever zoveel mogelijk de gelegenheid biedt om een oplossing te formuleren. De complementaire taken van de rechter en de wetgever bij het waarborgen van grond-

<sup>29</sup> P.W. Hogg & A.A. Bushell, «The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or perhaps the *Charter of Rights* Isn't Such a bad Thing after All)», *Osgoode Hall Law Journal* 35(1), p. 75–124.

rechtenbescherming komen hierin tot uitdrukking. Het rechterlijk oordeel wordt dan ook niet gezien als een finale doodslag van wetgeving, maar moet worden gezien vanuit het licht van de onderlinge relatie met de wetgever. De theorie van dialoogmodellen probeert als zodanig een antwoord te geven op bepaalde bezwaren van constitutionele toetsing die tegenstanders vaak naar voren brengen. Het respect voor de wetgever blijkt uit de terughoudende opstelling van de Canadese rechter. In 95 procent van de gevallen was de uitkomst namelijk gelijk aan wat de wetgever voor ogen had. Anderzijds toont de wetgever ook respect voor de uitspraak van de rechter. Zo heeft de wetgever in meer dan 80 procent van de zaken waarin de rechter strijdigheid met de *Charter* aantoonde gereageerd met een adequate en snelle verandering van wetgeving. Deze balans tussen de parlementaire soevereiniteit en constitutioneel toetsingsrecht is uniek in de wereld. Hoewel niet in alle zaken het dialoogmodel toegepast kan worden en de rechter in enkele gevallen nog het laatste woord heeft, blijkt dat het in de meeste zaken toch lukt om een dialoog tussen de rechter en wetgever te bewerkstelligen.<sup>30</sup>

Uit de bovenstaande rechtsvergelijking zijn enkele voor dit wetsvoorstel relevante gevolgtrekkingen af te leiden. In alle landen waar pas later constitutionele toetsing is ingevoerd, is een verschuiving te zien van de vraag of constitutionele toetsing gerechtvaardigd is naar de vraag hoe constitutionele toetsing vormgegeven kan worden zodat er een evenwichtig systeem van *checks and balances* ontstaat. Zeker in de landen waar de *sovereignty of parliament* voor grote terughoudendheid over de invoering van constitutionele toetsing zorgde, is veel aandacht besteed aan theorieën en mogelijkheden van de rechter om de soevereiniteit van de wetgever te waarborgen en een zo goed mogelijk machts-evenwicht tussen de verschillende staatsrechtelijke machten te bereiken. Dat het tijd kost om tot een uitgebalanceerd machts-evenwicht te komen, spreekt voor zich. Zo is de zoektocht in Canada naar het evenwicht tussen constitutionele toetsing en het primaat van de wetgever niet zonder slag of stoot geweest. Toch is uiteindelijk daar een model van constitutionele toetsing ontstaan dat in steeds meer landen voet aan de grond krijgt.<sup>31</sup> Daarnaast is uit de rechtsvergelijking met Scandinavië en Canada gebleken dat in deze landen, waar de rechter altijd een terughoudende opstelling heeft gehad ten opzichte van wetgevingsvraagstukken, de rechter deze terughoudende opstelling heeft behouden. Het enkele feit dat de rechter meer mogelijkheden tot toetsing heeft gekregen, heeft dus niet geleid tot een meer activistische houding van de rechter. Dit ondersteunt de gedachte dat ook in ons land een meer activistische rechterlijke opstelling niet in de lijn der verwachting ligt. Tot slot is de kritiek na de invoering van constitutionele toetsing gering geweest, ook in landen waar van tevoren behoorlijke weerstand tegen constitutionele toetsing bestond. Constitutionele toetsing is namelijk in alle landen geen rechterlijk monopolie. Andere instituties, zoals de Raad van State en de wetgever, hebben namelijk ook een eigen onderscheiden taak. Daarnaast vergroot constitutionele toetsing het samenspel tussen de verschillende machten. In verscheidene landen komt dan ook naar voren dat de invoering van constitutionele toetsing wordt gezien als een versterkend mechanisme tussen de verschillende entiteiten binnen het toetsingsmodel in plaats van als een gevaar voor de soevereine wetgevende macht. Het enkele feit dat na de aanvaarding van dit wetsvoorstel getoetst kan worden aan nationale grondrechten die aan individuen een subjectief recht toekennen, realiseert reeds een grotere rechtsbescherming. Terwijl de burger eerst naar de rechter in Straatsburg moest voor de ontwikkeling

<sup>30</sup> J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten*, diss. Universiteit Leiden, Deventer: Kluwer 2013, p. 521–595.

<sup>31</sup> K. Roach, «Constitutional, Remedial, and International Dialogues About Rights: The Canadian Experience», *Texas International Law Journal*, 40(3), p. 537–576.

van de grondrechtenbescherming, kan dit nu ook dichterbij huis. In het Verenigd Koninkrijk is dit de belangrijkste reden geweest voor invoering van toetsing aan grondrechten. «*Bringing human rights back home*» was het doel van de invoering. Dit is tevens een belangrijk argument in de Nederlandse discussie over de invoering van constitutionele toetsing. Het vertrouwen in de nationale rechter, die de rechtstraditie kent en daarmee rekening houdt, is groter dan het vertrouwen in bijvoorbeeld de Russische of Roemeense rechter bij het EHRM. Daarnaast is een goede nationale grondrechtenbescherming van eminent belang voor de verbetering van rechtsbescherming van de burgers. Dit is af te leiden uit het feit dat er onder andere in Duitsland en Spanje, waar de grondrechtenbescherming goed op orde is, relatief weinig zaken in Straatsburg worden aangespannen. Indien dit wetsvoorstel wordt aanvaard, zal naar alle waarschijnlijkheid het aantal Nederlandse klachten in Straatsburg ook afnemen. Daarnaast is in een rechtsvergelijkend onderzoek naar constitutionele toetsing uit 2008 weer vastgesteld dat de Grondwet door constitutionele toetsing levend wordt gehouden en wordt geactualiseerd.<sup>32</sup> De Grondwet als levend document zorgt ervoor dat de Grondwet een daadwerkelijke betekenis heeft in het politieke, maatschappelijke en juridische verkeer. Het gevolg hiervan is dat het belang van de Grondwet als basis en kader groter is dan in een land zonder constitutionele toetsing, hetgeen de rechtsbescherming van het individu ook ten goede komt. Tot slot wil ik benadrukken dat het enkele feit dat vele landen constitutionele toetsing kennen, op zichzelf geen argument is om ook in Nederland tot constitutionele toetsing over te gaan. Wel geven de genoemde voorbeelden aan dat constitutionele toetsing ook bestaat in representatieve democratieën en in landen waar de soevereiniteit van het parlement één van de basisbeginselen van de staat is. Met de invoering van constitutionele toetsing is de parlementaire soevereiniteit niet verdwenen. Zo zal niemand beweren dat met de komst van constitutionele toetsing het Westminster parlement zijn soevereiniteit heeft verloren. De bovenstaande rechtsvergelijking ondersteunt de argumentatie voor dit wetsvoorstel.

### **Invloed op de rechtsgang**

De leden van de D66-fractie hebben de indiener verzocht in te gaan op de mogelijke gevolgen voor de doorlooptijd van rechtszaken na aanvaarding van dit wetsvoorstel. Het ligt in ieder geval niet in de lijn der verwachting dat de doorlooptijd fors zal toenemen. Het wetsvoorstel biedt weliswaar meer mogelijkheden aan de rechtszoekende burger om voor zijn grondrechten op te komen, maar het is niet zo dat hij significant meer kans heeft om in het gelijk gesteld te worden dan in het geval hij een beroep doet op vergelijkbare bepalingen uit het EVRM, hetgeen overigens ook subsidiair gedaan kan worden. Het gaat er vooral om dat hij ook een beroep kan doen op bepalingen van nationaal recht in plaats van enkel op verdragsbepalingen. Daarom valt niet te voorzien dat het aantal rechtszaken, en dus ook de doorlooptijd daarvan, exponentieel zal toenemen. Men zou zelfs kunnen stellen dat de doorlooptijd van rechtszaken waarin een mogelijke grondrechtenschending in het geding is zal afnemen. De rechtszoekende hoeft dan namelijk niet langer helemaal tot aan Straatsburg te procederen om zekerheid te verkrijgen omtrent zijn rechtspositie. Wanneer immers de Hoge Raad of een van onze andere hoogste rechtscolleges van oordeel is dat er geen schending van de Grondwet heeft plaatsgevonden, moet nog maar worden afgewacht of het EHRM alsnog zal oordelen dat er wél een schending van het EVRM heeft plaatsgevonden. Hoewel de beroepsmogelijkheid bij het Straatsburgse

<sup>32</sup> B.J. Koops, R.E. Leenes en P. de Hert, «Grondrechten en nieuwe technologieën. Een rechtsvergelijkend overzicht», *NJB* 2008(19), p. 1157–1164.

Hof natuurlijk blijft bestaan, zal de burger op grond van het voorgaande daar minder snel voor opteren. Het voordeel daarvan is zoals gezegd dat een uitputting van de nationale rechtsmiddelen aanzienlijk minder tijd kost dan de lange gang naar het EHRM. Dit instituut kampt immers met overbelasting waardoor het jaren kan duren alvorens er een definitieve uitspraak ligt. Een ander voordeel op macro-niveau dat gerealiseerd wordt wanneer een Nederlandse burger besluit niet verder te procederen dan de hoogste nationale rechterlijke instantie is dat daarmee de rechtsontwikkeling ten dele zal verschuiven van Straatsburg naar ons eigen land. De Nederlandse rechter kan dan met andere woorden leidend zijn in de interpretatie van grondrechten. Omdat veel Nederlanders thans na een uitspraak van bijvoorbeeld de Hoge Raad een beroep wensen te doen op de grondrechten van het EVRM heeft het Straatsburgse Hof vrijwel altijd het laatste woord. Dit verandert uiteraard wanneer het aantal Nederlandse klagers afneemt. Dit valt, zoals eerder besproken, na de invoering van dit wetsvoorstel te verwachten, simpelweg omdat een procedure bij het EHRM dan weinig meer toevoegt ten opzichte van de nationale rechtsgang.

De D66-fractie heeft ook gesteld vragen omtrent de voorbereidingshandelingen en de daarmee gepaard gaande kosten. Wanneer constitutionele toetsing ingevoerd zou worden, zou dit gemakkelijk opgenomen kunnen worden in onze huidige rechterlijke organisatie. Alle rechters zijn op dit moment, zoals eerder genoemd, reeds bevoegd om lagere wetgeving aan de Grondwet te toetsen en om aan ieder verbindende verdragsbepalingen te toetsen. De voorbereidingshandelingen zullen daarom gering zijn. Wat de financiële implicaties zijn, is op voorhand lastig te voorspellen. De verwachting luidt in ieder geval dat de toename van het aantal zaken gering zal zijn. Toen in 1953 toetsing aan internationale verdragen mogelijk werd, is het aantal rechtszaken toegenomen. De stijging van het aantal zaken zal met de invoering van constitutionele toetsing naar alle waarschijnlijkheid een stuk kleiner zijn. Immers, bij een beroep op het EVRM zal het doorgaans gaan om vergelijkbare grondrechten als die men vindt in onze Grondwet. Er zijn namelijk niet veel grondwetsbepalingen te noemen die niet in het EVRM voorkomen. Daarom zal een beroep op een bepaling uit de Grondwet in vrijwel alle gevallen samenvallen met een beroep op een bepaling uit het EVRM. De belasting voor de rechtspraak zal dan ook nauwelijks toenemen. Aan een wetsvoorstel zullen altijd enige kosten verbonden zijn, maar gezien het bovenstaande zullen de kosten alleszins te overzien zijn. Dit weegt dan ook ruimschoots op tegen de verbeterde rechtsbescherming die met dit wetsvoorstel gerealiseerd zal worden.

### **Nationaal Instituut voor de Rechten van de Mens**

De D66-fractie heeft tot slot aangegeven graag een toelichting te ontvangen over de vraag hoe het onderhavige voorstel zich verhoudt tot (de bevoegdheden) van het sinds 1 oktober 2012 bestaande College voor de rechten van de mens. Doel van het college is de rechten van de mens, waaronder het recht op gelijke behandeling, in Nederland te beschermen en de naleving daarvan te bevorderen. Dit kan door gevraagd en ongevraagd advies uit te brengen, door aanbevelingen te doen en door voorlichting te geven. Het gaat hier om de opvolger van de Commissie gelijke behandeling. Hoewel het instituut evenals het onderhavige wetsvoorstel de grondrechtenbescherming beoogt te verbeteren, gaat het hier uitdrukkelijk niet om een rechterlijk college. Het instituut beschikt, net als destijds de Commissie gelijke behandeling, over niet-bindende bevoegdheden. Bovendien beschikt het College niet over een oordeelsbevoegdheid inzake andere mensenrechten dan gelijke behandeling en non-discriminatie. Het bestaan van deze instelling doet geen afbreuk aan

de noodzaak om wetten toetsbaar te maken aan de meest fundamentele grondwettelijke bepalingen.

Van Tongeren