

Vergaderjaar 2006–2007

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

C

MEMORIE VAN ANTWOORD

Ontvangen 16 mei 2007

Met genoegen heb ik kennis genomen van de grote belangstelling die de fracties van CDA, PvdA, VVD, SP, GroenLinks, D66, SGP en CU toonden voor het wetsvoorstel en de waardering die verschillende fracties uitspraken. Ik dank de fracties voor hun constructieve opmerkingen en vele vragen, vaak vervat in uitgebreide betogen. Deze stellen mij in de gelegenheid mijn beweegredenen nogmaals voor het voetlicht te brengen en nader toe te lichten. De leden van de fractie van de PvdA merken terecht op dat het belangrijk is dat over een onderwerp als constitutionele toetsing een indringend en open debat wordt gevoerd, waarbij alle relevante argumenten worden gehoord. In deze memorie volg ik zoveel mogelijk de indeling van het voorlopig verslag. Om nodeloze herhalingen te voorkomen heb ik echter vragen samengevoegd, ook al zijn de vragen gerangschikt onder verschillende paragrafen van het voorlopig verslag. In een paragraaf waar een reeds beantwoorde vraag in het voorlopig verslag is gesteld, noem ik de betreffende vraag wel en verwijfs ik naar de plaats waar het antwoord kan worden gevonden.

Inleiding

De leden van de fractie van het CDA vatten in de inleidende paragraaf van het voorlopig verslag mijn argumenten voor indiening van het wetsvoorstel samen. Deze leden zien het goed dat aan mijn voorstel verschillende motieven ten grondslag liggen. Naar aanleiding van vragen van diverse fracties kom ik op mijn motieven in deze memorie nog uitvoerig te spreken.

De leden van de fractie van de PvdA merkten op dat veelal wordt verondersteld dat de toepassing van het wetsvoorstel als dat zou worden aanvaard, onze constitutionele verhoudingen ingrijpend kan veranderen. Artikel 120, zo betogen deze leden, gaat er sinds 1848 van uit dat de wetgever in hoogste instantie de bepalingen van de Grondwet uitlegt en toepast. Het wetsvoorstel wil nu de mogelijkheid scheppen dat de rechter zich naar aanleiding van concrete gevallen beslissend uitsprekt over de vraag of een wetsbepaling, naar zijn oordeel, verenigbaar is met de klassieke grondrechten uit de Grondwet. Komt de rechter hierbij tot een nega-

tieve conclusie, dan zal hij de wetsbepaling buiten toepassing moeten laten. De leden van de andere fracties stelden in het vervolg van het voorlopig verslag eveneens vragen over de gevolgen van de voorgestelde wijziging van artikel 120 voor de verhouding tussen rechter en wetgever. De leden van de fractie van de VVD vroegen of uit het voorstel moet worden afgeleid dat ik meer vertrouwen heb in de rechter dan in de wetgever. Hieronder ga ik in op deze vragen. Daarbij betrek ik eveneens de vragen van de leden van de fractie van de VVD naar wat er mis is met het huidige systeem van constitutionele toetsing door de democratisch gekozen volksvertegenwoordiging en hoe het argument van liefde voor de Grondwet zich verhoudt tot liefde voor de democratische rechtsstaat waarin – ook bij toetsing aan de Grondwet – het laatste woord is aan de democratisch gekozen volksvertegenwoordiger.

In reactie op deze vragen stel ik voorop dat met het huidige systeem van toetsing van de wet aan de Grondwet tijdens de procedure van totstandkoming van de wet niets mis is. Betrokkenen bij de totstandkoming van wetgeving kan over het algemeen niet worden verweten dat zij te weinig aandacht hebben voor de vraag of de wet in overeenstemming is met het hogere recht dat in onze geschreven constitutie is vastgelegd. De toetsing van de wet in de fase van totstandkoming van de wet kan ook zeer beslist niet achterwege worden gelaten of op een lager pitje worden gezet na introductie van rechterlijke toetsing. De wetgever is gebonden aan de Grondwet. Dit impliceert dat regering en Eerste en Tweede Kamer moeten toetsen of een wetsvoorstel in overeenstemming is met de Grondwet en erop moeten toezien dat de wet conform de grondwettelijk voorgeschreven procedures tot stand komt. Het is dus allereerst de wetgever aan wie de beoordeling van de grondwettigheid van een wet toekomt en aan wie dit oordeel, daarbij terzijde gestaan door de Raad van State, kan worden toevertrouwd. Dat geldt overigens evenzeer voor de toetsing van wetten aan rechtstreeks werkende verdragsbepalingen. Een openbaar debat met een beslissing van de regering en de vertegenwoordigende organen biedt daarbij goede democratische waarborgen voor toetsing van de wet aan Grondwet en verdragen.

De toetsing in het wetgevingsproces kent echter wel beperkingen waardoor schending van grondrechten door toepassing van de wet onbedoeld aan de orde kan zijn. Dat dit laatste kan vóórkomen, laat de toetsing van de wet aan internationale grondrechten zien. Dit hangt er allereerst mee samen dat de wetgever *vooraf* en daarom abstract toetst, terwijl de rechter oordeelt over concrete casusposities. Het is eenvoudigweg niet mogelijk de betekenis van de wet voor alle individuele gevallen te voorzien. Zoals de Hoge Raad verwoordde in zijn advies van 31 oktober 1991 over constitutionele toetsing: «Het menselijk voorstellingsvermogen is beperkt. De belangen van de overheid of de gemeenschap zijn ten tijde van de voorbereiding van de wet vaak concreet en sprekend, die van de burger vooralsnog juist niet geconcretiseerd en dus moeilijker voor te stellen of minder sprekend. Dit maakt begrijpelijk dat men aanvankelijk geen reëel probleem ziet met betrekking tot wat later in scherp liggende gevallen toch een duidelijk ontoelaatbare schending van een grondrecht blijkt op te leveren.» Evenmin is het mogelijk met alle toekomstige feitelijke ontwikkelingen en verschuivingen in maatschappelijke opvattingen rekening te houden. De uitleg van de Grondwet en de wet evolueert. De leden van de PvdA-fractie geven in hun betoog aan dat zij mijn opvatting delen dat de maatschappelijke ontwikkelingen, en de daarbij behorende rechtsopvattingen, zich bewegen langs lijnen van voortschrijdend inzicht, en dat dit ook voor de uitleg van de grondrechten geldt. Dat betekent, zo merk ik op, dat de wetgever een alleszins gerechtvaardigde uitleg van de wet voor ogen kan hebben gehad die in het licht van nadien ontwikkelde rechtsopvattingen niet (meer) houdbaar blijkt. Dit wordt nog versterkt

doordat verdragsartikelen over grondrechten mede worden uitgelegd door internationale of supranationale organen. Een niet voorziene wending in de jurisprudentie van dergelijke organen kan ook gevolgen hebben voor de interpretatie van nationale grondrechten voor zover deze vergelijkbaar zijn met de internationale grondrechten.¹ Aanvulling van de toetsing van de wet in het wetgevingsproces met rechterlijke toetsing is bovendien nodig om te voorkomen dat onze eigen grondrechten worden gemarginaliseerd ten opzichte van internationaal vastgelegde grondrechten waaraan de wet wel kan worden getoetst. Mijn voorstel komt dus zeker niet voort uit wantrouwen jegens de wetgever of een te groot vertrouwen in de rechter. De toetsing door de rechter acht ik wel wenselijk en nodig in aanvulling op de toetsing door de wetgever. Rechtsbescherming tegen schending van grondrechten acht ik een essentieel element van de democratische rechtsstaat. Hier is sprake van liefde voor de Grondwet én voor de democratische rechtsstaat.

Rechterlijke toetsing van wetten aan de Grondwet zal de verhouding tussen wetgever en rechter niet ingrijpend wijzigen. Reeds door verdrags-toetsing is de wet immers niet onschendbaar, zodat toetsing van de wet aan in de Grondwet verankerde nationale grondrechten bepaald geen systematische breuk betekent met de huidige bevoegdheden van de rechter. De oud-president van de Hoge Raad, de heer Haak, heeft in een pleidooi in 2002 om constitutioneel toetsingsrecht in te voeren erop gewezen dat er talrijke mogelijkheden zijn om wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten.² Die ontwikkeling heeft in heel Europa plaatsgevonden. «Het zou», zo citeer ik met instemming mr. T. Koopmans, «verdrietig zijn als daarbij hoger recht voor de Nederlandse rechter slechts van internationale herkomst zou kunnen zijn, en de eigen grondwet zou uitsluiten. Zoveel slechter dan andere grondwetten is zij nou ook weer niet.»³ Mijn voorstel nu, beoogt juist de grondrechtenbescherming ook op nationaal niveau te brengen en niet alleen van internationale herkomst te doen zijn.

Het voorstel sluit niet alleen aan bij de toetsing van de wet aan internationale bepalingen maar ook bij de sterk toegenomen rechtsbescherming van de burger tegen overheidsoptreden in de afgelopen decennia. De voorgestelde constitutionele toetsing brengt daarom al met al geen wezenlijke verandering in de taken van de rechter en daarmee ook geen wezenlijke verandering in de constitutionele verhoudingen. Dit geldt te meer daar dit voorstel geen wijziging aanbrengt in andere vraagstukken die met artikel 120 Grondwet samenhangen, zoals de toetsbaarheid van de wet aan ongeschreven rechtsbeginselen. Het is slechts een lichte verschuiving in het stelsel van checks and balances. Ik wijs in dit verband op de verschuiving in ons constitutionele stelsel, die door velen wordt gezien als één van een trias politica naar een duas politica.⁴ In de woorden van de vice-president van de Raad van State, de heer Tjeenk Willink: «Waar volksvertegenwoordigers, bestuurders en ambtenaren onlosmakelijk met elkaar verstrengeld zijn geraakt, blijft de rechter over als tegenwicht tegen staat en markt.»⁵ Hiermee hangt het toegenomen belang van rechtsbescherming samen. Ik kom hier naar aanleiding van verschillende vragen nog op terug.

De leden van de PvdA-fractie vroegen naar een toelichting op de stelling, dat in een pluriforme samenleving «het risico groter wordt dat het collectieve belang dat de wetgever vertegenwoordigt in het individuele geval een tegengesteld, onrechtvaardig effect heeft», zeker als «dominante meerderheden snel wisselen». En voorts dat de rechter in dat kader «een publiek forum» zou bieden om debatten op «vreedzame en respectvolle wijze te voeren». De grondwetgever legt in algemene en abstracte formuleringen neer welke gevallen door de grondrechten worden bestreken, en welke beperkingen mogen worden aangebracht. Het is allereerst de

¹ In deze zin geeft ook het tweede kabinet Kok zijn standpunt over constitutionele toetsing, Kamerstukken II 2001/2002, 28 355, nr. 2, p. 4.

² W. E. Haak, «Judicial Review in Civil and Criminal Courts», in: E. J. H. Schrage e.a., *Judicial Review*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 21.

³ T. Koopmans, «Constitutionele toetsing», in: *Toetsing, preadviezen van L. Prakke, T. Koopmans & J. M. Barendrecht*, Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging, jaargang 122, dl. 1992-1, p. 84.

⁴ A. F. M. Brenninkmeijer, «De plaats van de rechter in onze constitutionele rechtsorde», in: J. M. Polak e.a., *De rechter als dictator (RAIO-congresbundel)*, Lochem: Van den Brink 1987, p. 51-70. Brenninkmeijer heeft dit herhaald in: «Rechtgever» in: *Rechter en wetgever*, Den Haag: Raad van State 2001, p. 93-118. De gedachte komt ook terug in: E. A. Alkema, *Gedifferentieerde rechtsvinding door de rechter in veranderende staatkundige verhoudingen*, NJB 2000, p. 1053-1058. T. Koopmans, «Courts and political institutions» Cambridge: Cambridge University Press 2003, p. 247-251 spreekt in dit verband van «bipolarity».

⁵ Jaarverslag Raad van State 2006, p. 20.

wetgever die de beperkingen nader uitwerkt. Maar ook dan moet worden geconstateerd, dat het voor de wetgever vaak moeilijk is om concrete uitwerking en de daarmee gepaard gaande rechtsvragen in alle gevallen te voorzien en vooraf vorm te geven. Rechterlijke correctie achteraf dient in dit verband slechts complementair te zijn. Met mijn stelling doel ik dus allereerst op de eerste interpretatie die de leden van de PvdA-fractie gaven: bij het stellen van algemene regels is het de wetgever niet altijd mogelijk te voorzien dat die regel in het individuele geval onbedoelde, want mogelijk met de Grondwet strijdige, consequenties kan hebben. Het kan echter evenzeer aan de orde zijn dat de rechter voortschrijdende inzichten in concrete gevallen vertaalt in de uitleg van grondrechten. Het is inherent aan de taak van de rechter om in het individuele geval en op korte termijn, maatwerk – in de vorm van het verdisconteren van veranderde maatschappelijke opvattingen in zijn interpretatie en toetsing – te leveren. De rechter kan rechtspreken in niet voorziene individuele kwesties. Vaak vormt de rechtszaal het forum waar traditionele waarden geconfronteerd worden met nieuwe waarden in de pluriforme samenleving. De door de leden van de PvdA-fractie geciteerde stelling ziet dan ook niet op een tegenstelling tussen het juridische forum en het politieke forum, maar veel meer op een «vreedzame en respectvolle» aanvulling op het eveneens «vreedzame en respectvolle» politieke domein.

Bij wijze van voorbeeld wezen de leden van de fractie van de PvdA op wetsvoorstel 28 221 waarmee de wetgever met strafbaarstelling van discriminatie op grond van handicap uitwerking wil geven aan het gelijkheidsbeginsel van artikel 1 van de Grondwet. Bij de behandeling van dit voorstel heeft de Tweede Kamer «als publiek forum» vanzelfsprekend «op vreedzame en respectvolle wijze» getoetst of dit wetsvoorstel in overeenstemming is met artikel 1 van de Grondwet, zo brachten deze leden naar voren. Deze leden vroegen met welke argumenten de rechter een eventuele beslissing dat deze wettelijke uitwerking in een individueel geval met artikel 1 in strijd zou zijn, kan motiveren. Voor zover de rechter bij de toetsing in een concrete individuele zaak moet beoordelen of de wetsbepaling in strijd is met artikel 1 van de Grondwet, spreekt voor zich dat de rechter aan de weloverwogen toetsing door het parlement in de voorbereidende fase grote waarde zal toekennen. Naarmate de wetgever duidelijker en gemotiveerder aangeeft op welke wijze hij gebruik heeft gemaakt van de hem gegeven afwegingsruimte zal de rechter zich terughoudender opstellen. De rechter zal, zoals nu al gebeurt wanneer strijd met internationaal recht wordt aangevoerd, in het algemeen voor de interpretatie van wetsbepalingen zoveel mogelijk aansluiting zoeken bij de interpretatie die de wetgever voor ogen heeft gehad. Deze is te vinden in de parlementaire geschiedenis. De daarin gevoerde discussie en overwegingen bieden de rechter handvatten bij de interpretatie en uitleg van de wet. Daarbij is ook van betekenis of de parlementaire besluitvorming recent heeft plaatsgevonden. Schutgens noemt dit in een begin dit jaar verschenen artikel het beginsel «van de actuele besluitvorming».¹ Het ligt in het gegeven voorbeeld daarom niet voor de hand dat de rechter zijn oordeel over de juiste uitwerking van artikel 1 in de plaats van die van de wetgever stelt, laat staan dat voor wat betreft dit fictieve geval de argumenten gegeven kunnen worden die de rechter zou hanteren als hij dat toch zou doen.²

De leden van de fractie van GroenLinks vroegen wat ik bedoelde met de opmerking dat de betekenis van de Grondwet een symbolische dreigt te worden. Zij wijzen aan de hand van verscheidene voorbeelden naar de aandacht die voor de Grondwet bestaat. Met de leden van de fractie van GroenLinks constateer ik dat de laatste jaren de Grondwet een belangrijke rol speelt in het parlementaire debat. Daarbij gaat het niet in de laatste plaats om de grondrechten, al dan niet in hun onderlinge verhouding. Het debat over de nota *Grondrechten in de pluriforme samenleving* is daarvan een sprekend voorbeeld.³ Ook buiten het parlement, bijvoorbeeld op de

¹ R. J. B. Schutgens, «Het voorstel-Halsema en de toetsbaarheid van de wet», *RegelMaat* 2007/1, p. 22.

² Overigens vraag ik mij af of het bij het genoemde wetsvoorstel niet eerder gaat om een toetsing aan artikel 7 Grondwet, dat de vrijheid van meningsuiting beschermt. Het voorstel – dat inmiddels reeds tot wet is verheven – beoogt immers beledigende uitlatingen jegens gehandicapten en uitlatingen die aanzetten tot haat, discriminatie of geweld tegen deze mensen strafbaar te stellen. Deze strafbaarstelling houdt een beperking van de vrijheid van meningsuiting in en behoort dus de toets aan artikel 7 Grondwet te kunnen doorstaan. Ik zie niet goed in hoe strafbaarstelling van deze uitlatingen in strijd met artikel 1 Grondwet zou kunnen zijn.

³ Kamerstukken II 2003/2004, 29 614.

opiniepagina's van kranten, is de aandacht voor de Grondwet en de betekenis die de Grondwet in de samenleving heeft of zou moeten hebben, gegroeid. In de rechtspraak echter speelt de Grondwet een ondergeschikte rol, naar mijn mening niet in de laatste plaats doordat de mogelijkheid van toetsing van de wet aan de Grondwet ontbreekt. Zo wordt door de wetgever soms meer gelet op de houdbaarheid van bepaalde beperkingen van grondrechten ten opzichte van het EVRM dan ten opzichte van de eigen Grondwet.¹ Ik ben ervan overtuigd dat dit zal veranderen door de introductie van rechterlijke constitutionele toetsing. De discussie over de Nederlandse grondrechten zal verlevendigen en het belang van de eigen nationale grondrechtencatalogus zal dan toenemen. Na een maatschappelijk debat over een concreet geval naar aanleiding van een uitspraak van de rechter, kunnen burgers de inhoud van de grondrechten beter begrijpen en verinnerlijken. In die zin kan toetsing leiden tot een grotere dynamiek.

De leden van de GroenLinks-fractie vroegen naar mijn opvattingen over de dynamiek van het deel van de Grondwet dat ziet op de architectuur van de democratische rechtsstaat. Zij wezen op de procedure tot wijziging van de Grondwet. Dit voorstel heeft op dat deel van de Grondwet geen betrekking. Hoe ik aankijk tegen de dynamiek van de bepalingen van de Grondwet die geen subjectieve rechten bevatten, doet daarom in het kader van dit voorstel niet terzake. De relatie van de grondwetsherzieningsprocedure tot het onderhavige voorstel, waarnaar de leden van de fractie van GroenLinks eveneens vroegen, is niet rechtstreeks.

Vereenvoudiging van de procedure tot verandering van de Grondwet kan tot gevolg hebben dat de inhoud van de Grondwet vaker verandert en in die zin leidt tot een dynamischer Grondwet. Dat betreft echter wel een andersoortige dynamiek dan toetsing aan subjectieve rechten uit de Grondwet. Het onderhavige voorstel is bovendien niet alleen of vooral ingegeven om de dynamiek rond de Grondwet te vergroten, maar ook om burgers rechtsbescherming te bieden tegen onverhoopte schending van hun grondrechten bij de toepassing van een formele wet en om de verhouding tussen nationale en internationale grondrechten te normaliseren. Introductie van rechterlijke toetsing biedt daarom iets anders dan een wijziging van de grondwetsherzieningsprocedure. Het een kan het ander niet vervangen.

De leden van de fractie van GroenLinks toonden zich benieuwd naar voorbeelden van wetgeving die op gespannen voet staan dan wel strijdig zijn met de Grondwet en hoe de indienster denkt over preventieve middelen om de kwaliteit van de wetgeving te verbeteren. Ook de leden van fracties van CDA en VVD stelden vragen in deze zin. Voor de vraag naar de wenselijkheid van rechterlijke toetsing van wetten aan grondrechten, is het in wezen niet zo relevant of er op dit moment wetten zijn die in hun toepassing die grondrechten schenden. Ik heb geen aanleiding te veronderstellen dat de wetgever bewust wetten tot stand heeft gebracht die in praktijk grondrechten schenden. Wanneer er sprake is van grondrecht-schendingen door de wetgever dan zal dat onbedoeld zijn gebeurd. Immers, er bestaat nu eenmaal een spanningsveld tussen de bescherming van grondrechten en de beperkingen die vaak noodzakelijkerwijs daarop aangebracht worden. Hier dringt de vergelijking zich op met toetsing aan het EVRM. Ook bij ratificatie van dit verdrag werd aangenomen dat de Nederlandse wetgeving in overeenstemming met het verdrag was.² Ook nu komt geen wetgeving tot stand waarbij de wetgever meent dat deze in strijd is met het EVRM. Toch hebben we geleerd dat ook Nederlandse wetgeving soms in strijd wordt geacht met het EVRM, zowel door het EHRM als door onze eigen nationale rechter. Hetzelfde geldt voor andere internationale verdragen. In het bekende Handboek van het Nederlandse staatsrecht wordt hierover opgemerkt: «Na een aarzelend begin hebben Nederlandse rechters inmiddels vele malen formeel-wettelijke bepalingen

¹ Een goed voorbeeld hiervan vormt het Wetsontwerp bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid, Kamerstukken II 2005/2006, 30 566, nr. 1-2; zie hierover C. L. G. F. H. Albers en R. J. N. Schlössels, «Terrorismebestrijding: het bestuursrecht aan zet, de rechtsstaat in gevaar?», NJB 2006, p. 2526. De auteurs merken op: «Wat hierbij opvalt, is dat vrijwel uitsluitend aandacht uitgaat naar de verdragsrechten. Tevergeefs zoekt men naar gedegen beschouwingen over de beperking van nationale grondrechten.»

² Zie o.a. R. A. Lawson, «50 jaar EVRM in vogelvlucht», NJCM-bulletin 2000-1, p. 18.

wegens strijd met verdragsgrondrechten buiten toepassing gelaten. Zo valt te wijzen op een ingrijpende herziening van het familierecht door de Hoge Raad en een rigoureuze doorvoering van de gelijkheid van mannen en vrouwen door de Centrale Raad van Beroep bij sociale uitkeringen.»¹ Denkbaar is het dat in enkele van deze gevallen zou kunnen worden geconstateerd dat er ook sprake zou zijn van strijd met onze Grondwet. Veel grondrechten – bijvoorbeeld het recht op gelijke behandeling, de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van godsdienst – kennen immers zowel een grondwettelijke als een internationaalrechtelijke variant.

Op de mogelijkheden en beperkingen van de toetsing van de grondwettigheid in de wetgevingsprocedure ben ik hiervoor al ingegaan. Dat neemt niet weg dat alle mogelijkheden om de kwaliteit van de wetgeving te verbeteren moeten worden benut. De door de leden van de fractie van GroenLinks genoemde voorbeelden dienen serieus te worden overwogen. Zij kunnen echter toetsing door de rechter niet vervangen. In de paragraaf *rechtsvergelijking* besteed ik nog aandacht aan preventieve toetsing door een onafhankelijk orgaan, zoals in Frankrijk gebeurt.

De leden van de SP-fractie zijn van opvatting dat dit voorstel om de rechter besluiten van de volksvertegenwoordiging te laten toetsen, getuigt van een opvatting van democratie waarin de nadruk wordt gelegd op de rechten van individuele burgers. Zij zien dit als een breuk met het huidige functioneren van de parlementaire democratie. Zij vroegen of ik hun zorg deel dat het voorstel afbreuk doet aan onze representatieve democratie. Die zorg deel ik niet. Op de geringe gevolgen van het voorstel voor de verhouding tussen wetgever en rechter ben ik al ingegaan. Tot afbreuk van de representatieve democratie zal dit voorstel niet leiden, zomin als rechterlijke toetsing van de wet aan verdragen daartoe heeft geleid. Verder wijs ik er op dat in tal van representatieve democratieën constitutionele toetsing bestaat. Niet is gebleken dat het karakter van democratie in andere landen in negatieve zin gewijzigd is. Bovendien is onze parlementaire democratie steeds meer ingebed in de rechtsstaatgedachte zoals niet alleen blijkt uit het toenemend belang van grondrechtenbescherming, ook internationaal, maar veeleer van rechtsbescherming in het algemeen. Democratie en rechtsstaat kunnen niet zonder elkaar. Eigenlijk overlappen ze elkaar wanneer we democratie niet alleen opvatten als beslissingen van meerderheden maar ook als de bescherming van minderheden. Velen spreken daarom ook liever over de democratische rechtsstaat. Ons constitutioneel stelsel kenmerkt zich daardoor. De subjectieve rechten in de Grondwet dienen bij uitstek tot bescherming van het individu. Voorts vroegen de leden van deze fractie of ik het gevaar zie dat sommige mensen meer mogelijkheden hebben om een bepaling ter toetsing voor te leggen aan de rechter dan anderen. Ik ontken niet dat in praktijk voor de een het aangaan van een juridische procedure gemakkelijker zal zijn dan voor de ander. Echter mijn voorstel voorkomt dat Nederlandse burgers zich tegenover de wetgever alleen op grondrechten in verdragen kunnen beroepen en dan soms tot Straatsburg door moeten procederen. De drempel voor alle burgers wordt eerder iets lager. Bovendien neem ik aan dat de leden van deze fractie burgers ook niet in andere gevallen rechtsbescherming willen onthouden omdat voor de een de drempel om die bescherming daadwerkelijk te gaan halen hoger is dan voor de ander.

Met vreugde heb ik kennis genomen van de positieve houding die de leden van de fractie van D66 hebben ten aanzien van het voorstel. Met hen ben ik van opvatting dat er aanleiding is voor een hernieuwde afweging van de verhouding tussen rechter en wetgever en tussen wet en Grondwet.

¹ Van der Pot, Handboek van het Nederlandse staatsrecht, Deventer: Kluwer 2006, p. 274.

De leden van de fracties van SGP en CU toonden zeer grote twijfels over de meerwaarde van constitutionele toetsing door de rechter. Zij constateerden dat er in de wetenschappelijke wereld geen consensus bestaat over de wenselijkheid van deze vorm van rechterlijke toetsing. Deze leden vroegen mij te erkennen dat (ook) de Grondwet niet slechts een juridisch maar ook een politiek geladen document is. Voorts vroegen zij welk principieel begrip van democratie c.q. democratische rechtsstaat naar mijn mening aan de Grondwet ten grondslag ligt en waarop het politieke gezag van de rechter zou moeten berusten. Ik erken ten volle dat de Grondwet niet alleen een technisch juridisch maar ook een politiek geladen document is in de zin dat het gekenmerkt wordt door normen en waarden. Dat geldt natuurlijk ook voor andere wetten, maar het lijkt mij goed om hierbij vast te stellen dat de Grondwet weliswaar politiek geladen is, maar niet arbitrair: de Grondwet is het gewone politieke conflict al lang overstegen, aangezien er grote rechtsstatelijke en langdurige democratische consensus over bestaat. Ook de keuze welke rechten wel en niet als grondrecht aan burgers worden toegekend is een keuze die door de grondwetgever gemaakt moet worden. Indien die keuze is gemaakt en de catalogus van grondrechten vastligt, dan hebben die rechten uiteraard wel een belangrijke juridisch normatieve werking. De rechter wordt in dit voorstel dan ook niet gevraagd zelf een grondwet op te stellen, noch wordt het zijn taak om in de plaats van de wetgever te treden. In dit voorstel gaat het uitsluitend om het voorzien in een effectief rechtsmiddel tegen dikwijls onbedoelde toepassingen van een formele wet. Die is niet meer of minder «politiek» dan de rechtsbescherming waarin op dit moment al voorzien is, en waarbij de rechter zich terughoudend blijkt op te stellen ten aanzien van zijn rechtsvormende taak.

Indien de SGP en CU met hun vraag over het principiële begrip van democratie c.q. democratische rechtsstaat dat aan de Grondwet ten grondslag ligt, bedoelen te zeggen dat artikel 120 van de Grondwet postuleert dat het oordeel van de wetgever over de grondwettigheid van een wet doorslaggevend is, dan hebben zij gelijk. De wetgever heeft in het huidige systeem het eerste en laatste woord. Door middel van artikel 120 laat de grondwetgever zich uit over de verhouding tussen de rechter en de wetgever. Naar mijn opvatting is er aanleiding dit uitgangspunt enigszins bij te stellen door toetsing van de wet aan subjectieve grondwettelijke rechten – dus een zeer beperkt maar wel belangrijk deel van de Grondwet – mogelijk te maken. Dit leidt – ik zei het al eerder – tot een lichte verschuiving in de verhouding tussen de wetgever en de rechter. Wel eerder hebben veranderde omstandigheden en opvattingen aanleiding gegeven het juiste evenwicht tussen de staatsinstellingen te herijken. Soms gebeurt dat zonder wijziging van de Grondwet. Zo is de verhouding tussen overheidsorganen en rechter gewijzigd doordat de rechtsbescherming van de burger tegen overheidsoptreden sterk is vergroot. Soms vond een herijking van het evenwicht plaats door wijziging van de Grondwet waarvan het huidige artikel 94 van de Grondwet een voorbeeld is. Juist door dit artikel stelt de Grondwet al decennialang de wetgever niet in absolute zin boven de rechter bij de interpretatie van bepalingen waaraan ook de wetgever is gebonden.

Tegen toetsing wordt wel het bezwaar geopperd dat de rechter door de wijze van zijn benoeming en onafhankelijkheid minder gelegitimeerd is om te oordelen over bij de wetgeving betrokken politieke vragen dan de wetgever. Ik acht dit bezwaar ongegrond. Bij toetsing, die zich beperkt tot de grondrechten en waarbij de bescherming van de burger in een concreet geschil de inzet is, gaat het namelijk om de beslechting van rechtsvragen en dat behoort bij uitstek tot het domein van de rechter. Het huidige artikel 120 Grondwet maakt een inbreuk op dit stelsel van de rol van de rechter en invoering van constitutioneel toetsingsrecht maakt aan deze ongerijmdheid juist een einde.

De leden van de SGP- en CU-fractie vroegen verder of ik beargumenteerd de vrees kan wegnemen dat de internationalisering en Europeanisering van het recht voor een enorme toename van procedures zullen zorgen en dat door opheffing van het toetsingsverbod veel – vaak overbodige – procedures zullen worden geëntameerd. Voor zover de mogelijkheid tot constitutionele toetsing het aantal procedures al doet toenemen, zal het niet om grote aantallen gaan. Van belang in dit verband is dat klagers vermeende grondrechtsschendingen doorgaans al aan de rechter kunnen voorleggen op basis van internationale verdragen, die materieel gezien grotendeels overeenkomen met de Nederlandse grondrechten. Mijn voorstel tot invoering van constitutionele toetsing staat overigens los van de toename van procedures als gevolg van de Europeanisering en internationalisering van het recht.

Rechtsvergelijking

Het argument dat «heel Europa» constitutionele toetsing kent overtuigde de leden van de CDA-fractie niet van hun ernstige twijfel terzake. De leden van deze fractie vroegen aandacht voor verschillen tussen het staatsbestel van Nederland en dat van andere landen waar men wel constitutionele toetsing kent. Zij wezen onder andere op het al dan niet bestaan van de transformatieleer. In het eerste geval moet internationaal recht worden omgezet in nationaal recht waardoor de toetsing door de rechter van nationale wetgeving aan dit aldus getransformeerde recht als het ware «verplicht» is. In Nederland bestaat die situatie niet, zo merkten deze leden op onder verwijzing naar de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. Voorts vroegen zij of andere landen een zo uitbundig gespreid toetsingsrecht kennen als in dit wetsvoorstel vervat en of ik staten kan noemen waar het toetsingssysteem gelijk is aan het door mij voorgestelde. In veel Europese landen moet de nationale wetgever internationale rechtsnormen inderdaad omzetten naar nationale normen voordat zij werking verkrijgen in het nationale recht (dualistisch stelsel). Deze landen hebben daarnaast een systeem van constitutionele toetsing. Er bestaat naar mijn mening echter geen relatie tussen beide constitutionele uitgangspunten. Constitutionele toetsing is evenzeer passend en mogelijk in stelsels met een monistisch systeem zoals het Nederlandse waar internationaal recht rechtstreeks doorwerkt in de nationale rechtsorde. In een dualistisch stelsel toetst de rechter de aangevochten norm aan nationaal recht, dat mogelijk afkomstig is van een internationaal normenkader. De Nederlandse rechter toetst, indien de internationale verdragsbepaling een ieder verbindend is, rechtstreeks aan internationale normen. Monisme en dualisme zeggen dus iets over de verhouding tussen nationaal en internationaal recht, maar de vraag naar de aanwezigheid van constitutioneel toetsingsrecht staat daar geheel los van. In dit verband kan verwezen worden naar de Verenigde Staten, waar een voornamelijk monistisch systeem en een systeem van constitutionele toetsing naast elkaar bestaan.¹

In Groot-Brittannië is de Human Rights Act in 1998 juist ingevoerd «to bring rights back home».² Rechtstreeks beroep op het EVRM was alleen maar mogelijk via Straatsburg. Hoewel in Nederland wel een rechtstreeks beroep op de nationale rechter mogelijk is ten aanzien van het EVRM is de achterliggende gedachte van dit voorstel hetzelfde: doel is om grondrechtenbescherming niet geheel afhankelijk te doen zijn van de rechters in Straatsburg maar om gewicht te geven aan de nationale grondrechtenbescherming. Mijn voorstel vormt daarin een cruciaal element. Ten overvloede wil ik er nog op wijzen, dat het door de leden van het CDA kennelijk gevoeld belang bij een barrière die verplicht tot omzetting van internationale regels in het nationale recht enigszins wordt gerelativeerd door het EG-recht. De EG-Verdragen en Verordeningen maken volgens

¹ Ingevolge artikel 6 van de US Constitution gelden verdragen als «supreme Law of the Land». Transformatie is dus niet nodig.

² Zie C. M. Zoethout, «Mensenrechten na vijftig jaar thuisgebracht», NJB 1998, p. 1067 en. C. M. Zoethout, «A Bill of Rights for Britain? Alweer?», NJB 2006, p. 2532–2535.

vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen zonder omzetting deel uit van het recht van de Lidstaten. Voor wat betreft de vraag naar een ander rechtssysteem dat het gespreide toetsingsmodel kent, kan hier worden verwezen naar de Verenigde Staten. De toetsing vindt daar plaats door iedere rechter, uitsluitend aan de hand van concrete gevallen. Ook in een aantal Europese landen is het oordeel over de grondwettigheid van wetgeving aan de rechter in de gewone rechtsgang toegekend – bijvoorbeeld Noorwegen, Denemarken, Zweden, IJsland en Griekenland. Tenslotte kan worden gewezen op Japan. Ook in dat land is iedere rechter bevoegd wetten te toetsen op hun grondwettigheid.¹ Bij het voorgaande moet wel worden opgemerkt dat ieder stelsel zijn eigen modaliteiten kent, hetgeen een precieze vergelijking ingewikkeld maakt.

De leden van de VVD-fractie merkten terecht op dat ik voorstander ben van een systeem van gespreide toetsing. Zij vroegen of met name uit het oogpunt van rechtszekerheid toetsing conform het Franse model niet beter zou zijn geweest. Het Franse stelsel van toetsing reflecteert de historische staatkundige verhoudingen in Frankrijk: ter bescherming van de scheiding tussen parlement en regering werd gekozen voor preventieve toetsing. Voordeel van deze vorm van toetsing is dat eenmaal uitgevaardigde wetten in abstracto al zijn getoetst en daarna onaantastbaar zijn, hetgeen de rechtszekerheid ten goede komt. Daar staat een aantal bezwaren tegenover. In de eerste plaats spoort de gekozen methode niet met die welke geldt bij strijd van de wet met het Europese recht. Deze conclusie heeft de Franse rechter ook getrokken waardoor ook de Franse wet niet meer onaantastbaar is voor rechterlijk ingrijpen achteraf. Een tweede bezwaar is dat de wet niet meer op grondwettigheid kan worden getoetst wanneer de opvattingen over de inhoud en reikwijdte van grondrechten intussen gewijzigd zijn. Een wet kan indachtig de doorwerking van internationale verdragen en de eerder genoemde voortschrijdende ontwikkelingen in de samenleving, later alsnog op onderdelen in strijd blijken met de nationale Grondwet. Het komt mij ongewenst voor dat het rechtszekerheidsargument dan prevaleert boven de grondrechten van de individuele burger, terwijl de rechter een passende oplossing kan bieden. Een derde bezwaar is dat het Franse toetsingsmodel geen rechtsbescherming biedt tegen een inbreuk op grondrechten door toepassing van een wet die in zijn opzet in abstracto de Grondwet eerbiedigt. De burger kan niet klagen bij de Conseil Constitutionnel. Deze methode versterkt dus niet de positie van de burger die grondrechtelijke bescherming zoekt tegen de overheid. De Conseil Constitutionnel toetst zoals reeds opgemerkt in abstracto vooraf. Het Hof is politiek samengesteld en om benoemd te worden hoeft men geen jurist te zijn.

De leden van de fracties van SGP en CU vroegen hoe ik verklaar dat constitutionele rechtspraak over wetgeving in de meeste landen met een vergelijkbare napoleontische rechterlijke traditie (België, Duitsland, Spanje en Italië) niet aan de gewone rechterlijke macht is opgedragen. De door deze leden genoemde landen hebben met Nederland een napoleontische traditie gemeen, maar daartegenover staan dat zij in veel opzichten een andere geschiedenis en andere staatsinrichting hebben dan Nederland. Bij wijze van voorbeeld noem ik het federale karakter van België en Duitsland die de bijzondere positie van een constitutioneel hof verklaren. Nederland kent anders dan de vier genoemde landen al decennialang de mogelijkheid van toetsing van de wet aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen door de rechter. Gelet op onze eigen traditie ligt het daarom in de rede aan die gewone rechter ook de toetsing aan de eigen grondrechten op te dragen. Anders zouden ook parallelle beroepen die gedaan worden op grondrechten in onze Grondwet en bijvoorbeeld het EVRM via verschillende sporen moeten worden afgedaan: voor wat betreft het

¹ W. Pintens, Inleiding tot de rechtsvergelijking, Leuven: Universitaire Pers 1998, p. 213.

EVRM zou men zich tot de gewone rechterlijke macht moeten wenden, voor wat betreft de Grondwet tot bijvoorbeeld een constitutioneel hof. Dat zou enorm compliceren («a lawyers paradise») en de duidelijkheid voor de burger allerminst vergroten. Het moet voor de burger helder zijn hoe hij aan zijn recht kan komen. Dat lijkt me een minimum eis. Bovendien bestaat de kans dat competentiegeschillen ontstaan tussen de rechterlijke macht en een nieuw te vormen constitutioneel hof.¹

Constitutionele toetsing

De leden van de CDA-fractie wilden graag weten of het gedeeltelijk overbrengen van de vraag naar de hiërarchie van de nationale grondrechten van het parlement naar de rechters niet de wezenlijk politieke elementen miskent die daarbij aan de orde zijn. Voor wat betreft de grondrechten en hun onderlinge verhouding bestaat er geen hiërarchie. Dat is recentelijk in het regeringsstandpunt, zoals verwoord in de al eerder genoemde nota Grondrechten in de Pluriforme Samenleving, nadrukkelijk naar voren gebracht. De Tweede Kamer kon zich daar goed in vinden. Er zal ook geen «hiërarchisering» optreden met het invoeren van constitutionele toetsing. Tot dusverre heeft de toetsing aan een ieder verbindende verdragsbepalingen hiertoe ook niet geleid. Wel kan het voorkomen dat moet worden bepaald welk grondrecht in een concreet geschil prevaleert. Dat is nu al het geval is bij toetsing van lagere regelgeving aan de Grondwet en aan verdragsbepalingen of van de wet in formele zin aan verdragsbepalingen, maar het komt ook aan de orde in bijvoorbeeld strafzaken of in civiele zaken waarin sprake is van botsende grondrechten (bijvoorbeeld vrijheid van meningsuiting van de journalist tegenover bescherming van de privacy van zgn. Bekende Nederlanders). In die zin is er niets nieuws onder de zon. De leden van de CDA-fractie wezen in dit verband ook naar de in hun ogen unieke Nederlandse formulering van het gelijkheidsbeginsel in artikel 1 van de Grondwet sinds de aanvaarding van het amendement-Bakker bij gelegenheid van de algemene Grondwetsherziening van 1983. Met name het discriminatieverbod daarin («op welke grond ook») zou uniek zijn. Deze leden zijn van opvatting dat door deze formulering het Nederlandse gelijkheidsbeginsel een veel groter bereik heeft dan artikel 14 EVRM en artikel 26 BUPO. Naar mijn mening verandert de betekenis van het discriminatieverbod met de invoering van constitutionele toetsing niet, in die zin dat het plotsklaps een ruimer (of enger) bereik zal toekomen. De toevoeging «op welke grond dan ook» laat zoals de leden van het CDA stellen, inderdaad erkenning van andere dan de in artikel 1 van de Grondwet opgesomde gronden toe, maar dat is niet uniek. Deze formulering is eveneens terug te vinden in art. 14 EVRM («such as»). Art. 14 EVRM kende naar zijn bewoording aanvankelijk een toetsingskader met een iets beperkter bereik vanwege de eis dat de klager zich op ander verdragsrecht moest beroepen. Met de inwerkingtreding van Protocol 12 (1 april 2005) is het vereiste van samenhang met andere verdragsrechten echter opgeheven. De Nederlandse regering heeft dit Protocol ondertekend en geratificeerd.

Ik verwacht niet dat er met de toetsing een dynamiek zal optreden waarin artikel 1 van de Grondwet gaat fungeren als sluis voor klachten die niet aanknopen bij concrete grondrechten. Indien blijkt dat sociale zekerheids-wetgeving of belastingwetgeving op onderdelen in strijd is met het recht op gelijke behandeling, dan dient die wetgeving buiten toepassing te worden gelaten. Aan een toetsing van wetgeving moet wel steeds een concrete individuele klacht ten grondslag liggen. In die zin verschilt toetsing aan het Nederlandse artikel 1 van de Grondwet niet wezenlijk van toetsing aan internationale bepalingen zoals genoemd door de leden van de CDA-fractie. Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt bijvoorbeeld dat het EHRM klachten over de toepassing van het sociale zekerheidsrecht heeft kunnen beoordelen via het eigendomsrecht in combinatie met het

¹ Zie hierover W. Sadurski, *Rights before Courts, A Study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*, Springer 2005, p. 21. De auteur wijst ook op het wantrouwen dat in ex-dictatoriale landen bestond tegenover de gewone rechterlijke macht, hetgeen één van de oorzaken kan zijn voor het ontstaan van constitutionele hoven.

gelijkheidsbeginsel.¹ Het kan inderdaad voorkomen, zoals de leden van de CDA-fractie betoogden, dat concrete toetsing in een individueel geval ook gevolgen heeft voor andere gevallen. Ook hierin onderscheidt toetsing van de wet aan de Grondwet zich niet van toetsing van de wet aan verdragen. Wel bieden de internationale verdragen minimumnormen waarboven de grondwettelijke bescherming van grondrechten uit mag gaan.

De leden van de CDA-fractie vroegen in hoeverre commissies voor bezwaarschriften en bestuursorganen bij hun heroverweging van primaire besluiten naar aanleiding van bezwaarschriften een oordeel toekomt over de constitutionnalité van een wetsbepaling, met name in het licht van rechterlijke jurisprudentie over vergelijkbare casus. In het voorgestelde tweede lid van artikel 120 is in algemene zin bepaald dat wetten geen toepassing vinden indien deze toepassing niet verenigbaar is met de in dit lid opgesomde artikelen. Wat dit aangaat is de situatie volledig analoog aan artikel 94 Grondwet, dat luidt: *Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.* Hoewel men aanneemt dat dit artikel – dat geen normadressaat kent – geen monopolie aan de rechter toekent voor wat betreft de toetsing van de wet aan verdragsbepalingen², heeft het artikel in de praktijk niet tot problemen geleid. Redelijkerwijs mogen we dat dus ook aannemen van ons voorstel. Bestuursorganen en ambtenaren zijn, zo wordt ook in het slotformulier van een wet benadrukt, verplicht aan de nauwkeurige uitvoering van de wet de hand te houden. Dit neemt niet weg dat wanneer in een concrete casus door de rechter wordt geoordeeld dat een wet buiten toepassing blijft, het bestuur in een vergelijkbare latere casus binnen de grenzen van de wet rekening zal houden met de uitspraak van de rechter.

Verder vroegen deze leden of de rechter na wijziging van artikel 120 ook bevoegd is de wijze van totstandkoming van de wet aan de Grondwet te toetsen. Dit is niet het geval. In zoverre verandert het wetsvoorstel de huidige situatie niet. Wetten zullen slechts getoetst kunnen worden aan de in het wetsvoorstel opgesomde grondwettelijke bepalingen. Toetsing aan de bepalingen over de totstandkoming van wetten, en dan in het bijzonder aan de artikelen 81 tot en met 88 van de Grondwet, is niet mogelijk.

Naar aanleiding van de vraag van de leden van de VVD-fractie over de verwijzing naar een citaat van de heer F. Korthals Altes en het jaarverslag van de Raad van State merk ik op dat deze passages inderdaad niet specifiek zien op de strijdigheid van wetten met de Grondwet. Dat neemt niet weg dat bij de parlementaire behandeling zeer uiteenlopende belangen, zowel maatschappelijk als politiek, mede bijdragen tot de materiële inhoud van het voorstel van wet en dat de parlementaire procedure vooral politiek van aard is.

De vragen van de VVD-fractie over het zich daadwerkelijk voordoen van strijdigheid van de wet met de Grondwet heb ik beantwoord in de inleidende paragraaf. In diezelfde paragraaf komt naar voren waarom soms tijdens de voorbereiding van een wet strijd met een grondwettelijke bepaling niet wordt onderkend of voorzien. In de inleidende paragraaf ben ik ingegaan op de vraag van deze leden of, als er meer vertrouwen is in de Nederlandse rechter dan in de Nederlandse volksvertegenwoordiging, opheffing van het toetsingsverbod niet eerder een vorm van symptoombestrijding is. Verder komt in de inleiding naar voren waarom de wetgever niet onder curatele komt te staan van de rechter door de voorgestelde wijziging van artikel 120. De wetgever en de rechter hebben een verschillende taak en rol, van waaruit zij elkaar aanvullen in plaats van beconcurreren.

¹ Zie onder meer *Wessels-Bergervoet t. Nederland*, EHRM 4 juni 2002, EHRC 2002/60 en *Willis t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 11 juni 2002, EHRC 2002/62.

² Zie C. A. J. M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 189.

Ook de leden van de fractie van GroenLinks stelden vragen over de verschuiving in de verhouding tussen rechter en wetgever, waarvoor ik eveneens verwijs naar de inleiding. In dat verband vroegen de leden van de fractie van GroenLinks naar mijn reactie op het artikel van C. B. Schutte in RegelMaat 2004/3. De leden van de SP-fractie stelden hierover eveneens vragen. In genoemd artikel stelt de heer C. B. Schutte zich kort gezegd op het standpunt dat de rechter – als bijzonder soort ambtenaar – de wet moet toepassen en zich niet moet mengen in hoogst politieke beslissingen. Volgens de heer Schutte zal het bij toetsing van de wet aan de Grondwet altijd gaan om grensgevallen. Gevallen van evidente ongrondwettigheid zullen zich immers – zo betoogt hij – niet voordoen. De opvatting van de rechter gaat in die grensgevallen prevaleren boven de opvatting van de wetgever. Schutte is van mening dat correctie van de democratisch tot stand gekomen wetgeving door een niet-democratisch gekozen orgaan niet wenselijk is. In wezen verdedigt hij aldus het adagium van de onschendbaarheid van de wet. Er is echter door verdrags-toetsing geen sprake meer van dat de rechter in alle gevallen eenvoudig de wet toepast, zo daarvan in de meest zuivere vorm ooit al sprake van is geweest. Daarbij komt, zoals ik in de memorie van toelichting heb aangegeven, dat de rechter in toenemende mate wordt geconfronteerd met vage normen en kaderwetten, waardoor het voor de rechter soms onmogelijk is de wet zonder meer toe te passen. Toch heeft de rechterlijke macht het bestaan van open en vage normen niet omgezet in het rechterlijk activisme waarvoor gevreesd wordt. In plaats daarvan heeft de rechter zich doorgaans terughoudend opgesteld en zich bewust getoond van de grenzen van de rechtsvormende taak. Ik ben het overigens met de heer Schutte eens dat toetsing van de wet aan verdragen en toetsing aan de Grondwet niet hetzelfde is. Toetsing aan verdragbepalingen speelt zich af in een internationale context. De rechter heeft in die context een belangrijke taak bij de handhaving van die bepalingen op een zeker minimum niveau. Anderzijds wordt veelal aan de nationale autoriteiten een «margin of appreciation» gelaten. Dit is ook precies de reden waarom het verdragsargument niet het enige maar wel een belangrijk argument is voor mijn voorstel. Een grotere bescherming van grondrechten dan op minimum internationaal niveau, ook door de rechter, zou van nationaal belang moeten zijn. Niet alleen internationale rechters zouden een oordeel mogen hebben over nationale wetgeving, maar ook en juist onze eigen nationale rechters. Het kan niet zo zijn, lijkt mij, dat wij de voorkeur geven aan internationale boven nationale rechters. Bij de invoering van de Human Rights Act in Groot-Brittannië gaf men ook de voorkeur aan een oordeel van de Britse rechter over Britse wetgeving boven uitsluitend het oordeel van de internationale rechter. De burger zou voor de bescherming van grondrechten niet alleen afhankelijk moeten zijn van Straatsburg. Door het constitutioneel toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet wordt onze rechter bij zijn interpretatie van het EVRM tot slaafse navolging gedwongen van de interpretaties van het EHRM. Verder dan die interpretatie gaat hij niet. Theoretisch blijft hij daarmee zitten op een minimum-beschermingsniveau.¹

Anders dan de heer Schutte ben ik van opvatting dat de subjectieve rechten zo wezenlijk zijn voor de burger dat hij zich op onze nationaal grondwettelijke grondrechten – ook ten opzichte van de wetgever – moet kunnen beroepen. Ik heb eerder al betoogd dat er geen aanleiding is te veronderstellen dat dit zal leiden tot fundamentele veranderingen in de constitutionele verhoudingen. Ten slotte naar aanleiding van het artikel van de heer Schutte nog dit. Met hem ben ik van opvatting dat het feit dat men elders in Europa vormen van toetsing kent, op zichzelf onvoldoende reden is daartoe ook in Nederland over te gaan. Die voorbeelden geven echter wel aan dat constitutionele toetsing ook in representatieve democratieën gebruikelijk is zonder dat hierdoor de rol van het parlement wezenlijk wordt aangetast, laat staan ondermijnd. Het feit dat Nederland

¹ J. A. Peters, *Wie beschermt onze grondwet?* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers 2003, p. 22. Zie over het klakkeloos overnemen van de «margin of appreciation» van het EHRM door onze rechter: N. Jak en J. Vermont, «De Nederlandse rechter en de margin of appreciation», NJCM-Bulletin, jrg. 32 (2007), nr. 2, p. 125–141.

zo langzamerhand een unieke uitzondering vormt ten aanzien van constitutioneel toetsingsrecht kan wel een goede reden zijn onze argumenten daartoe nog eens te bezien en ons af te vragen of die nog wel steekhoudend zijn.

De leden van de GroenLinks-fractie vroegen wat de materiële inhoud is van de toetsing als de Grondwet wettelijk bepaalde afwijkingen van het grondrecht mogelijk maakt. Zij wezen op de formulering van de artikelen 4 en 6 tot en met 14 van de Grondwet. Het is juist dat de wetgever grondrechten vaak kan beperken. De rechten zijn niet absoluut. Als de wetgever van die mogelijkheid gebruik heeft gemaakt dan kan de rechter bij toetsing van de formele wet aan de Grondwet onderzoeken in welke mate de beperking is toegestaan en hoe de beperking zich verhoudt tot de inhoud van het grondrecht, en met de standaards zoals die zijn ontwikkeld in de internationale, de Europese en nationale jurisprudentie. Beperkingen van grondrechten zullen in het geval van toetsing van wetgeving in formele zin worden getoetst op het competentieprincipe uit de Grondwet¹, op de vraag of het grondrecht niet illusoir gemaakt wordt, op proportionaliteit en op subsidiariteit.² Het feit dat de wetgever grondrechten kan beperken betekent dus niet dat voor de rechter geen rol meer is weggelegd. Wel beperkt de rechter zich steeds tot de vraag of de beperking in een concreet geval geoorloofd is. De jurisprudentie rond de vrijheid van drukpers zoals die door de Hoge Raad is ontwikkeld ten aanzien van lagere regelgeving vormt een voorbeeld van wat van de rechter verwacht kan worden.

Voorts vroegen deze leden hoe vaak lagere regelgeving wordt getoetst aan de Grondwet. In 2004 werd in totaal 17 keer bij de hoogste rechterlijke instanties – Hoge Raad, CRvB, ABRvS, CBB – door de klagers een beroep gedaan op de Grondwet met als doel de voorliggende regeling of het voorliggende andere besluit aan te vechten. In de meeste gevallen (12) werd een beroep op artikel 1 Grondwet gedaan. De artikelen 7, 10, 14, 16 en 22 Grondwet werden 1 keer ingeroepen. De rechters achtten in 6 gevallen het beroep op de grondrechtelijke bepaling gegrond. In 2005 werd 22 keer een beroep gedaan op de Grondwet. In 14 gevallen werd een beroep op artikel 1 Grondwet gedaan. De andere artikelen die werden ingeroepen waren artikel 7 (2 keer), artikel 10 (3 keer), artikel 16, artikel 19 en artikel 89 Grondwet. Slechts 1 keer had het beroep succes.

De SP meende dat de invoering van constitutionele toetsing niet zonder gevolgen kan blijven voor de positie van de Eerste Kamer. Deze opvatting deel ik niet. De noodzaak van toetsing van de wet aan de Grondwet in de procedure van totstandkoming van de wet blijft bestaan. De wetgever blijft immers gebonden aan de Grondwet en moet zich steeds afvragen of de wet die zij tot stand wil brengen met de Grondwet in overeenstemming is. Juist ook de Eerste Kamer rekent het mede tot haar taak toe te zien op de grondwettigheid van een wet. Zij doet dat vooraf en in abstracto. De rechter doet het achteraf en in concreto. Daarbij is de rol van de Eerste Kamer in het wetgevingsproces zeker niet beperkt tot grondwetstoetsing. De toetsing van de wet door de rechter is van een andere orde en kan alleen daarom al de toetsing door de Eerste Kamer niet vervangen. Ook is er daarom geen sprake van dubbele toetsing, maar van aanvulling. Verder wijs ik erop dat dit voorstel met een belangrijke maar beperkte strekking, geen aanleiding vormt om het tweekamerstelsel hier ter discussie te stellen.

De leden van de fractie van D66 toonden zich verbaasd over een deel van mijn argumentatie voor wijziging van artikel 120 van de Grondwet en vroegen mij mijn redenering nog eens te verduidelijken met een meer algemeen staatsrechtelijk-politologische analyse. De leden van de fractie van D66 plaatsten vooral vraagtekens bij de argumentatie van de rechts-

¹ Hierbij gaat het vooral om de vraag of de wetgever een eventueel grondwettelijk delegatieverbod heeft geschonden. De Grondwet kent een vaste terminologie die aangeeft in welke gevallen delegatie door de wetgever (niet) geoorloofd is.

² Zie verder hierover R. J. B. Schutgens, Het voorstel-Halsema en de toetsbaarheid van de wet, RegelMaat afl. 2007/1, p. 12–27.

bescherming en versterking van de Grondwet. Zij waren van opvatting dat met name het verdragsargument aan betekenis heeft gewonnen en verbaasden zich over het feit dat ik de nadruk leg op de bescherming van individuele burgers en versterking van de functie van de Grondwet. Het staat buiten kijf dat door de introductie van de mogelijkheid van toetsing van de wet aan een ieder verbindende bepalingen in verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties uiteindelijk heeft geleid tot de discussie die we nu voeren. Het feit dat wettelijke bepalingen buiten toepassing kunnen worden gelaten wegens strijd met een internationale bepaling heeft de afgelopen decennia keer op keer de vraag opgeroepen waarom de wet wel wijkt voor, kort gezegd, internationale grondrechten en niet voor onze eigen grondrechten. De wetgever lijkt zich nu soms meer te bekreunen over de vraag of wetgeving «houdbaar» is onder het EVRM dan dat men veel aandacht besteedt aan de eigen Grondwet. Men mag verwachten dat dit verandert door dit wetsvoorstel. Het feit dat de wet kan worden getoetst aan internationale verdragen heeft afbreuk gedaan aan een aantal argumenten dat traditioneel tegen toetsing van de wet aan de Grondwet is ingebracht, zoals ook door de leden van de fractie van D66 naar voren is gebracht. Dat geldt in de eerste plaats het argument van de rechtszekerheid en daarnaast de argumenten van de machten-scheiding en democratie. Daarmee is het verdragsargument ook voor mij een belangrijk motief voor dit voorstel. Ik meen echter dat er ook andere argumenten zijn die voor toetsing van de wet aan de subjectieve rechten in de Grondwet pleiten. Eén van die argumenten is dat van het belang van de individuele rechtsbescherming tegen aantasting van een subjectief grondwettelijk recht door de wetgever. In mijn overwegingen speelt ook het volgende een rol. Grondrechten dienen ook en bij uitstek ter bescherming van minderheden, die niet altijd of niet uitsluitend kunnen vertrouwen op politieke meerderheidsbesluitvorming. In een multireligieuze, multi-etnische of multiculturele samenleving is dat een grotere opgave dan in een min of meer monoculturele samenleving. Hiermee is niet gezegd dat er thans sprake is van miskenning van rechten van minderheden. Wel moet ons dit extra waakzaam maken en is het belangrijk maatregelen te nemen om (onbedoelde) aantasting van de grondrechten te voorkomen en minderheden tegen die aantasting te beschermen. Ik deel overigens de opvattingen van de leden van de fractie van D66 dat de (grond)wetgever de eerst aangewezen is om een levende constitutie te waarborgen.

Ook al achten sommigen de meerwaarde van toetsing van de wet aan subjectieve rechten in de Grondwet vanuit het oogpunt van rechtsbescherming gering, dan nog moet de waarde ervan niet worden onderschat. Het geeft er immers uitdrukking aan dat we onze nationale grondrechten even beschermwaardig achten als de internationale. Juist in een internationale omgeving waar bescherming van communicatievrijheid door veel facetten wordt beïnvloed, is het van belang voor een daadwerkelijke betekenis van de Grondwet als neerslag van nationale normen, dat ook onze Grondwet een «living instrument» wordt. De toevoeging van nationale grondrechten aan het debat voor de rechter zal aan de verlevendiging zeker bijdragen.

Ik ben mij ervan bewust dat – zoals de leden van de fractie van D66 naar voren brengen – dit een vooral normatief argument is. Dat diskwalificeert dit argument echter geenszins. Eerder het tegenovergestelde. Zoals de rechterlijke macht zich zoveel mogelijk moet onthouden van politiek-normatieve argumentatie, zo is het juist de bedoeling dat de politiek zich ervan bedient.

Ook vroegen de leden van de D66-fractie nader te onderbouwen waarom juist rechterlijke toetsing ertoe leidt dat de Grondwet (weer) een levende

wet en een dragend beginsel wordt. Door het toetsingsverbod in stand te laten heeft het internationale recht voor wat betreft de mensenrechtenbescherming een centrale positie verworven in de nationale rechtsontwikkeling. In plaats van de Nederlandse Grondwet zijn het EVRM en het BUPO maatgevend geworden voor de inrichting van dit aspect van de rechtsorde, waarmee ongewild het rechtsstatelijke belang van de Grondwet voor onze samenleving is verminderd. Met invoering van de toetsingsbevoegdheid herkrijgt de Grondwet voor wat betreft bepaalde mensenrechten een fundamentele betekenis in de rechtsorde. Burgers zullen aan de eigen Grondwet direct rechtsbescherming kunnen ontlenu tegenover de wetgever en dat plaatst de Grondwet centraal in het debat over individuele rechtsbescherming. In dit verband verwijs ik naar het advies van de commissie Franken *Grondrechten in het digitale tijdperk* waarin zij stelde dat: «het risico bestaat dat bepalingen in de Grondwet, vergeleken bij verdragrechten, vooral als *soft law* of als symboolwetgeving worden gezien, hetgeen niet in overeenstemming is met de waarde die een nationale Grondwet in de rechtsbescherming van een democratische rechtsstaat behoort te hebben.»¹ De grootst mogelijke meerderheid van de commissie stelde daarom afschaffing van het rechterlijk toetsingsverbod voor.

De leden van de SGP- en CU-fractie vroegen of aan de hand van voorbeelden kan worden duidelijk gemaakt dat het niveau van rechtsbescherming van burgers in concrete gevallen toeneemt door rechterlijke toetsing. Verderop in het verslag vroegen de leden van deze fracties evenals de leden van de PvdA en de SP naar de meerwaarde van (toetsing aan) de Grondwet boven (toetsing aan) het EVRM.

Rechterlijke toetsing draagt op een aantal punten bij aan verhoging van het rechtsbeschermingsniveau tegen aantasting van grondrechten. In de nota naar aanleiding van het verslag heb ik hierbij uitvoerig stilgestaan.² Ik volsta daarom hier met het volgende. Het EVRM en het BUPO bieden weliswaar al een hoge graad van rechtsbescherming, maar op enkele punten kan de rechtsbescherming met toetsing aan de Grondwet nog worden verbeterd. Daarnaast is eerder opgemerkt, dat het EVRM een minimumbeschermingsniveau beoogt te bieden waarboven uitgegaan mag worden. Er zijn overeenkomsten tussen de internationale grondrechten en de nationale, maar ook verschillen. Zo zijn grondrechten in het EVRM doorgaans ruimer geformuleerd maar kennen zij vaak ook ruimere beperkingsclausules. De Grondwet biedt op onderdelen een betere rechtsbescherming aan de burger. Beperking van de nationale grondrechten is vaak enkel bij wet mogelijk. Op dit punt stellen BUPO en EVRM minder harde eisen. De Grondwet verbiedt voorafgaand toezicht (censuur) bij de vrijheid van meningsuiting. Dit verbod is niet opgenomen in het EVRM of in het BUPO. Verder is bijvoorbeeld een inbreuk op het recht op bescherming van het briefgeheim enkel toegestaan op last van de rechter. Noch EVRM, noch BUPO kennen deze restrictie voor de overheid. Het petitie-recht en belangrijke onderdelen van artikel 23 (vrijheid van onderwijs) ontbreken in het EVRM. Ten slotte wijs ik er op dat het definitieve oordeel over een eventuele strijd met het EVRM bij het EHRM ligt. Daar kan men pas terecht als de nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput en door overbelasting van het Hof duurt een procedure in Straatsburg lang. Toetsing aan de Grondwet kan veel sneller uitsluitel bieden. Ook dat kan worden beschouwd als verbetering van de rechtsbescherming.

Voorts vroegen de leden van de fracties van SGP en CU naar mijn reactie op de opvattingen van de oud-president van de Hoge Raad, mr. Haak, zoals verwoord in zijn afscheidsrede, gepubliceerd in NJB 2004, p. 881 e.v. onder punt 7.2. De heer Haak stelt zich in dit artikel, in tegenstelling tot in een eerdere publicatie van hem³, op het standpunt dat het van achterhaald provincialisme zou getuigen als het toetsingsrecht nu nog in Neder-

¹ Kamerstukken II 2000/2001, 27 460, nr. 1, p. 45.

² Kamerstukken II 2003/2004, 28 331, nr. 11, p. 4 e.v.

³ W. E. Haak, «Judicial Review in Civil and Criminal Courts», in: E. J. H. Schrage e.a., *Judicial Review*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 19: «Let me say straight away that I believe the ban on judicial review should be abolished for all fundamental rights, including social rights. By now the Netherlands is just about the only country in Europe in which such a ban exists.»

land zou worden ingevoerd. Volgens de heer Haak is er sprake van een novum dat voor hem de doorslag geeft tegen toetsing te zijn (waar eerder de Hoge Raad drie maal op rij positief adviseerde over het toetsingsrecht waarvan één maal onder zijn presidentschap). Het novum is voor de heer Haak de internationalisering en Europeanisering van het recht met een enorme toename aan procedures. Het zou – aldus de heer Haak – een overkill zijn om ook nog over te gaan tot regionale constitutionele toetsing. Ik zie niet in waarom hier sprake is van een novum. De internationalisering en Europeanisering van het recht hebben immers niet pas hun intrede gedaan na verschijnen van het advies van de Hoge Raad d.d. 1 november 2002 over het onderhavige wetsvoorstel. Deze ontwikkeling heeft reeds een lange geschiedenis. Verder betekent dat men ook bescherming ontleent aan het EVRM, en indirect aan het EU-grondrechtenhandvest, niet dat bescherming door de eigen grondrechten niet belangrijk meer is. Abdicatie van nationale grondrechtenbescherming laat de Nederlandse burger in vergelijking met andere Europese burgers relatief in de kou staan. De mogelijkheid van toetsing aan de eigen grondrechten kan juist ook de betekenis van dit wezenlijke deel van het nationale recht doen toenemen. Nederland functioneert weliswaar in Europees verband, maar beslist niet als een ondergeschikte regio van de Europese Unie, maar als een soevereine staat. Voor een grote toename van procedures als gevolg van toetsing aan de grondrechten behoeft, zoals ik hiervoor al betoogde, niet te worden gevreesd.

Machtenscheiding

De leden van het CDA wezen er op dat het vaak de wetgever in formele zin is die bevoegd is een grondrecht, al dan niet met het oog op met name genoemde belangen, te beperken. Dit betekent toch, zo vroegen deze leden, dat het dikwijls de wetgever in formele zin is die dat grondrecht concreet vorm geeft. De rechter zal dan toch bij de toetsing van nationale wetten aan de nationale Grondwet ook een eigen dogmatiek over de uitleg van het nationale grondwetsartikel moeten ontwikkelen die vervolgens feitelijk dwingend is voor de nationale wetgever. Benadrukt moet worden, zo antwoord ik deze leden, dat ook hier aandacht moet zijn voor het verschil tussen taak en functie van de wetgevende macht en de rechtsprekende macht. Daarbij is van belang dat de rechter zich in het algemeen terughoudend opstelt ten opzichte van de wetgever en de interpretatie die de wetgever voor ogen heeft gehad leidend zal zijn voor de rechter bij de interpretatie van wetsbepalingen, zeker wanneer die interpretatie eenduidig, gemotiveerd en van recente datum is. Daarbij is van belang in welke mate de wetgever de specifieke situatie voorzien heeft. Is daarvan duidelijke sprake, dan biedt dit de rechter houvast bij de interpretatie en uitleg van de wet. Ook de achterliggende motieven waarom een beperking van een grondrecht door de wetgever acceptabel wordt genoemd is daarbij van belang. Daar waar de wetgever in het wetgevingsproces minder aandacht heeft besteed aan deze vragen, zal de rechter automatisch meer invulling en uitleg hieraan geven. Het zijn als het ware communicerende vaten. Er valt daarom niet te verwachten dat de rechter een nieuwe dogmatiek zal ontwikkelen – eerder zal hij voortborduren op de bestaande dogmatiek met inachtneming van de primordiale plaats van de wetgever bij de uitleg van de Grondwet. De ervaring met de op verdragen berustende grondrechten leert dat het in de praktijk weinig voorkomt dat een rechter vaststelt dat een formele wet in strijd komt met een grondrecht op een punt waarvan blijkt dat het bij de totstandkoming van die wet onder ogen is gezien. Indien de rechter tot een andere interpretatie komt in een concreet geval dan kan de rechter de bepaling onverbindend verklaren of voor een concreet geval buiten toepassing laten. De wetgever is dan weer aan zet bij de vraag hoe de wet het best aangepast kan worden. Dat betekent bijna nooit dat de gehele wet moet worden

aangepast, laat staan dat de Grondwet moet worden gewijzigd. De HR toont ook bij toetsing aan het EVRM buitengewoon veel respect voor de wetgever. Anders dan het EHRM geeft de HR geen aanwijzingen of instructies aan de wetgever bij constatering van strijdigheid met het EVRM. Hij acht dit zijn «rechtsvormende taak te buiten te gaan».¹ Het geven van een oplossing wordt aan de wetgever overgelaten en hij grijpt niet in in het proces van politieke besluitvorming. Het EHRM toetst wat dit aangaat veel minder terughoudend. Vlemminx vreest zelfs dat de Nederlandse rechter door zoveel terughoudendheid de kans loopt zichzelf buiten spel te zetten.² De wetgever kan zelf de wet of in uiterste geval de Grondwet aanpassen. Of daarvoor aanleiding bestaat zal sterk afhangen van de omstandigheden van het geval. De Grondwet aanpassen is een bewerkelijke procedure gezien de rigiditeit van onze Grondwet maar op zichzelf niet lastiger dan het aanpassen van het EVRM wanneer de interpretaties van het EHRM of van de nationale rechter moeilijk te verteren zijn voor de wetgever.

De leden van de CDA-fractie toonden zich benieuwd naar een meer uitgewerkte visie over aard en methode van rechterlijke interpretatie in het geval van constitutionele toetsing. Hiervoor ben ik al ingegaan op de interpretatiemethoden van de rechter en de rol die de wetgever speelt bij de interpretatie van grondrechten en wetsbepalingen die deze rechten beperken. Overigens staan ook bij de interpretatie van grondrechten en de toetsing van wetsbepalingen aan die grondrechten de rechter de gebruikelijke interpretatiemethoden ter beschikking waar de wetgeschiedenis onvoldoende aanknopingspunten voor interpretatie biedt. Ik verwijs hierbij nogmaals naar het artikel van Schutgens. In het licht van voorgaande vragen van de leden van de CDA-fractie – de interpretatie door de rechter en de gevolgen voor de wetgever van een rechterlijke uitspraak – is ook het volgende van belang. De ervaringen met toetsing van lagere regelgeving en wetgeving in formele zin aan verdragen, leren dat het oordeel dat een wettelijke bepaling in strijd is met hoger recht, in beginsel twee soorten gevolgen kan hebben: deze kunnen beperkt blijven tot het concrete geval dan wel doorwerken in de verbindendheid van de regeling in het algemeen. Slechts voor zover de wet in strijd is met hoger recht, kan zij onverbindend worden verklaard. Zoals reeds eerder is gesteld betekent dit niet per definitie dat de onverbindendheid de gehele wettelijke regeling betreft. In veel gevallen kan zij beperkt blijven tot een bepaald gedeelte van die wet of een bepaalde bepaling. Een botsing van de wet met een grondrecht tast die wet alleen aan, voor zover het grondrecht dat eist. Het oordeel dat een wettelijke bepaling in een voorliggend geval in strijd is met de Grondwet, brengt met zich dat die bepaling in dat concrete geval niet van toepassing kan zijn. Daarmee is nog niet gezegd dat de bepaling in het algemeen haar gelding heeft verloren, maar slechts dat die bepaling in het voorliggende geval geen toepassing mag hebben. De rechter kan beslissen dat de wet voortaan niet meer op dat specifieke geval mag worden toegepast maar overigens zijn gelding behoudt.

De rechter kan echter verder gaan en de onverbindendheid van de wettelijke bepaling in het algemeen constateren. Een dergelijk oordeel heeft verderstrekkende consequenties. De rechter heeft daar ook oog voor en past daarom wel zogenaamde temperingstechnieken toe, waarvan hieronder een globaal beeld wordt geschetst.³

Zoals ook de Hoge Raad in zijn advies van 31 oktober 1991 aangeeft, blijft voor de rechter het wettelijk stelsel uitgangspunt bij de rechtsvinding. De rechter zal daarom altijd eerst proberen te komen tot een grondwetsconforme uitleg. Verder blijft veelal de mogelijkheid van corrigerend optreden door de wetgever bestaan: vaak zijn het bepaalde implicaties

¹ Zie bijvoorbeeld HR 12 mei 1999, BNB 1999, 271 (Arbeidskostenfortait).

² F. M. C. Vlemminx, «Hirst en Broniowski, De tandem waarmee het EHRM de nationale wetgever in de wielen rijdt?», NJB 2007, p. 327.

³ Zie over modaliteiten van toetsing uitvoerig: M. L. P. van Houten, Meer zicht op wetgeving: Rechterlijke toetsing van wetten aan de Grondwet en fundamentele rechtsbeginselen, Deventer: Tjeenk Willink 1997.

van bepalingen die tot het oordeel van ongrondwettigheid leiden, en een nieuwe regeling kan de situatie rechttrekken.

Als de rechtsontwikkeling er langzamerhand toe leidt dat strijd ontstaat waar deze voordien niet aanwezig werd geacht, bijvoorbeeld door de voortgang in het denken over gelijkheid, heeft de rechter de mogelijkheid in zijn jurisprudentie aan te geven dat gaandeweg de tijd is gekomen voor wetswijziging. Hij kan dan terughoudendheid betrachten in afwachting van ingrijpen door de wetgever. Soms constateert de rechter expliciet een verdragsschending, maar laat hij de opheffing daarvan over aan de wetgever, bijvoorbeeld als er verschillende manieren zijn waarop de schending kan worden opgeheven. De Hoge Raad heeft zich op het standpunt gesteld dat indien verschillende oplossingen denkbaar zijn en de keuze daaruit mede afhankelijk is van algemene overwegingen van overheidsbeleid of belangrijke keuzen van rechtspolitieke aard, de rechter die keuze vooralsnog aan de wetgever moet overlaten. Deze rechtspraak treft men ook bij de andere hoogste rechtscolleges aan. Een goed voorbeeld hiervan is de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 29 oktober 2003. Hierin werd vastgesteld dat het, in het licht van veranderde opvattingen over ondercuratelestelling, in strijd is met het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten dat een ieder die wegens wilsonbekwaamheid onder curatele is gesteld niet kiesgerechtigd is. De Afdeling laat het aan de (grond)wetgever over dit te corrigeren. De rechter is minder terughoudend, indien er slechts één oplossingsrichting denkbaar is, of wanneer de wetgever al enige tijd in gebreke is bij het ongedaan maken van de verdragsschending.¹

De houding van terughoudendheid tot ingrijpen wordt ook wel ingenomen als de rechter de tijd gekomen acht voor een nieuwe interpretatie van bestaande wettelijke voorschriften; ook dan gebeurt het wel dat hij die interpretatie niet meteen omhelst wanneer wetswijziging in aantocht is.

Voorts kan de rechter onder omstandigheden bepalen, dat buiten toepassinglating of onverbindendheid wegens strijd met de Grondwet uitsluitend ex nunc werkt en dus geen terugwerkende kracht heeft. Een zelfde benadering kan voor de hand liggen bij een wijziging van de interpretatie. Zowel het Hof van Justitie van de EG, het EHRM als de Nederlandse rechter hebben deze techniek gehanteerd.

Er kunnen en worden kortom diverse technieken door de rechter toegepast om ongewenste schokken in de rechtsontwikkeling te voorkomen.

De leden van de PvdA-fractie vroegen of het te verwachten is dat Nederlandse rechters zich een activistische houding zullen aanmeten, waardoor zij een uitgesproken politieke rol gaan vervullen of dat het eerder in de rede ligt dat Nederlandse rechters bij toetsing van wet aan Grondwet zich terughoudend zullen opstellen. Deze leden wezen op de ervaringen in Duitsland en de VS. Zullen de rechters het bestuurlijke en het politieke primaat zoveel mogelijk aan de wetgever overlaten, zoals is gebleken bij toetsing van wetten aan het EVRM, zo vroegen deze leden voorts. Ook de leden van de SP-fractie stelden vergelijkbare vragen. De vragen van de leden van de fracties van SGP en CU naar mogelijke verschuivingen in de verhoudingen binnen de trias politica en de terughoudendheid van de rechter zich uit te spreken over politiek gevoelige kwesties liggen in het verlengde van voorgaande vragen. In de inleidende paragraaf ben ik al ingegaan op de gevolgen van het voorstel voor de verhouding tussen rechter en wetgever. Ik voeg daar nog het volgende aan toe. Wat betreft het argument van de trias politica merk ik op dat er in ons stelsel geen strikte vorm van machtenscheiding bestaat. Sommigen spreken tegen-

¹ HR 12 mei 1999, BNB 1999, 271 (Arbeidskostenforfait).

woordig zelfs over een *duas politica* in Nederland aangezien de regering sterk verstrengeld is met de meerderheid in de Tweede Kamer die de regering steunt. Daarnaast vormt de regering, de uitvoerende macht, een onderdeel van de wetgever terwijl Tweede Kamer en regering betrokken zijn bij respectievelijk de voordracht en benoeming van de leden van de Hoge Raad. Een strikte machtscheiding hebben we kortom nooit gekend, wel een op *machtsevenwicht* gericht systeem van *checks and balances* waarin de rechter ook een belangrijke rol vervult, volgens sommigen een steeds belangrijkere door het gebrek van voldoende andere tegenwichten. Daar staat tegenover dat de rechter niet de innerlijke waarde of billijkheid van de wet beoordeelt. De jurisprudentie in het bestuursrecht houdt in zoverre rekening met de eigen, bijzondere positie van de overheid dat de rechter het bestuur daarbij, afhankelijk van de casus en de toepasselijke wetgeving, beoordelings- en beleidsvrijheid laat. Uit de rechtspraak over de toetsing van wetgeving blijkt dat de rechter zich er terdege van bewust is dat het primaat bij de rechtsvorming dient te berusten bij de democratisch gelegitimeerde wetgever.

Omdat het voorstel geheel in het verlengde ligt van wat de rechter al kan, mag worden verwacht dat de opstelling van de rechter niet sterk zal veranderen en hij zich dus geen activistische houding zal aanmeten. De Nederlandse rechtspraak wordt gekenmerkt door een integrale afweging van alle belangen in een geding. Men zou zelfs kunnen stellen dat de Nederlandse rechter anders dan het Europese Hof van Justitie en het EHRM geen eigen agenda heeft zoals de integratie van Europa of de bescherming van grondrechten. Over matigingstechnieken die de rechter hanteert – en waaruit een terughoudende opstelling blijkt – sprak ik al. Juist omdat de rechter al ervaring heeft met het toetsen van de wet kunnen met een redelijke mate van zekerheid voorspellingen worden gedaan over hoe hij om zal gaan met toetsing van de wet aan grondrechten, zo antwoord ik de leden van de fractie van PvdA naar aanleiding van hun vragen. Er is dan ook geen reden te vrezen voor constitutionele problemen als gevolg van de introductie van deze vorm van toetsing. Wat dit aangaat vormt mijn voorstel een heel wat minder gewaagde exercitie dan de introductie van (de voorloper van) artikel 94 Grondwet in 1953. Mogelijk zou een verdergaand voorstel om toetsing aan de gehele Grondwet mogelijk te maken, zoals in de Tweede Kamer wel is geopperd, wél aanleiding kunnen geven te vrezen voor een meer politieke rol van de rechter. Die lijkt dan meer voor de hand te liggen, omdat de rechter daarmee min of meer de rol van een constitutionele arbiter zal krijgen. Het gaat echter het bestek van deze memorie te buiten daarop nader in te gaan.

Voorts wilden de leden van de fractie van de PvdA vernemen of de bepalingen waaraan kan worden getoetst zich qua formulering lenen voor constitutionele toetsing door de rechter. Op deze vraag ben ik al ingegaan en ik kom erop terug in de paragraaf «In hoeverre leent de tekst van de Grondwet zich voor toetsing».

De leden van de PvdA-fractie vroegen verder aandacht voor de relatie tussen de wijzigingsprocedure en de bevoegdheid van de rechter om wetsbepalingen die in strijd zijn met de Grondwet buiten toepassing te laten. Ook de fracties van SGP en CU vroegen naar de mogelijkheden van de wetgever en grondwetgever indien politieke organen ongelukkig zijn met een rechterlijke uitspraak. Niet genoeg kan ik benadrukken dat er geen enkele aanleiding is te veronderstellen dat op grote schaal wetsbepalingen buiten toepassing zullen worden gelaten wegens strijd met de Grondwet. Indien een wetsbepaling in strijd met de Grondwet wordt geacht dan zal dat voor de wetgever aanleiding kunnen zijn de wet aan te passen. Dat hoeft ook vanuit het oogpunt van de wetgever niet altijd

bezwaarlijk te zijn. Zo zijn bijvoorbeeld in het familierecht mede onder invloed van rechterlijke uitspraken wetten aangepast waarvan achteraf ook door de politiek kon worden geconstateerd dat ze onvoldoende rekening hielden met gewijzigde omstandigheden en opvattingen. In het voorafgaande heb ik hieraan reeds gerefereerd. Het kan ook voorkomen dat de rechter tot een interpretatie komt die de wetgever niet wenselijk acht. Ook dan staat het de wetgever vrij om de wet te wijzigen. Dat de wetgever soms geen gebruik maakt van de mogelijkheid van wetswijziging – de leden van de PvdA-fractie wezen op de uitspraak over beunhazerij in het autorijschoolwezen – is geen argument tegen toetsing door de rechter. In het uiterste geval kan de grondwetgever de Grondwet wijzigen. Ik ben mij ervan bewust dat dat niet eenvoudig is. Het is echter wel mogelijk, ook bij de zware herzieningsprocedure die wij kennen. In vergelijking daarmee: het opzeggen van een internationaal mensenrechtenverdrag is al helemaal geen sinecure en biedt derhalve nog minder mogelijkheden voor reparatie. Of en op welke wijze de wetgever gevolg wil geven aan een rechterlijke beslissing blijft een politieke vraag. Wel gaat de rechter een grotere rol spelen bij de interpretatie van de eigen grondrechten. Het is geen nieuwe rol want de rechter interpreteert die grondrechten al bij de toetsing van lagere regelgeving. Bovendien beïnvloeden rechterlijke uitspraken waarbij internationale grondrechten worden geïnterpreteerd nu al de interpretatie van de nationale grondrechten door de wetgever. Maar meer nog dan nu het geval is, zal de beslissing over de strekking en reikwijdte van de grondrechten en de mogelijkheden van beperking in dialoog tussen wetgever en rechter worden vastgesteld.

Voorts gingen de leden van de fractie van de PvdA in op de positie van de Eerste Kamer. Hiervoor heb ik naar aanleiding van opmerkingen van de SP-fractie al opgemerkt dat het onderhavige wetsvoorstel geen gevolgen heeft voor de positie van de Eerste Kamer. Het werk van deze Kamer omvat – zo zeg ik de leden van de fractie van de PvdA na – inderdaad aanzienlijk meer dan uitsluitend de toetsing van wetsvoorstellen aan de Grondwet. Maar ook die taak, die deel uitmaakt van de wetgevende functie van de Eerste Kamer, blijft volledig in stand na introductie van rechterlijke toetsing.

De leden van de VVD-fractie vroegen naar mijn opvattingen over toetsing door de rechter aan andere grondwettelijke bepalingen dan nu worden voorgesteld. Zij vroegen voorts of het voorliggende wetsvoorstel en de mogelijkheid van verdere uitbreiding van het toetsingsrecht door de rechter niet onontkoombaar tot een verdere juridisering van de politiek zal leiden. Ik wijs er voor de goede orde op dat de Tweede Kamer mij heeft gevraagd dit voorstel in uw kamer te verdedigen, maar dat dit voorstel door aanvaarding inmiddels het voorstel van de Tweede Kamer is. Alleen al daarom doen mijn persoonlijke opvattingen over verdergaande toetsing er hier niet toe. Wat ik daarvan dus ook zou vinden, toetsing van wetten aan subjectieve rechten in de Grondwet in concrete geschillen zijn van wezenlijk andere orde, dan toetsing van de wet aan andere grondwettelijke bepalingen, inclusief de bepalingen die sociale grondrechten bevatten. Die andere bepalingen beschermen niet primair het individu tegen overheidsoptreden, noch kennen ze hem rechtstreeks een recht toe. Voor zover die bepalingen zich goed lenen om wetgeving aan te toetsen, wijzen ze vaak eerder op toetsing door kamers en regering dan door de rechter. Bij toetsing aan de gehele Grondwet zal de rechter eerder worden betrokken bij conflicten tussen instituties en bestaat de kans dat politieke geschillen gejuridificeerd worden. Juist voor zulke conflicten heeft men in andere landen constitutionele hoven geschapen.

Voor de beantwoording van de vragen van de leden van de fractie van SP, SGP en CU over de verhouding tussen wetgevende en de rechterlijke

macht als gevolg van de invoering van toetsing verwijs ik naar de inleidende paragraaf. De vraag van de leden van de SP-fractie over het gevaar van politisering van de rechterlijke macht is hiervoor al aan de orde gekomen. Datzelfde geldt voor de vraag van de fracties van SGP en CU naar de kans dat de terughoudendheid van de gewone rechter om zich in politiek gevoelige kwesties in te laten, zal afnemen, als het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet (gedeeltelijk) wordt opgeheven. Voor de vraag van de fracties van SGP en CU naar de mogelijkheden van de wetgever en de grondwetgever indien zij ongelukkig zijn met de gevolgen van een rechterlijke uitspraak verwijs ik naar de inleidende paragraaf. Ik voeg daar nog aan toe dat de nationale (grond)wetgever niet buiten spel staat als bij toetsing van de wet aan de Grondwet de rechter tot een hem onwelgevallige uitspraak komt. In het uiterste geval kan de Grondwet worden aangepast. Gelet op de moeilijkheid om te komen tot een verdragswijziging is de nationale wetgever, zoals eerder opgemerkt, veel machtelozer wanneer de rechter een wet in strijd oordeelt met een verdrag.

Rechtszekerheid, rechtsbescherming en rechtsbeginselen

De leden van de fractie van CDA vroegen waarom ik van mening ben dat rechtelijke toetsing niet leidt tot ernstige rechtsonzekerheid. Een nadeel van rechterlijk toetsingsrecht is op het eerste gezicht dat dit tot meer rechtsonzekerheid leidt. Een rechterlijk oordeel inzake de ongrondwettigheid blijft totdat dat oordeel er is, als zwaard van Damocles boven de wet hangen. Het maatschappelijk verkeer heeft zich ingesteld op de rechtstoestand zoals die door de wet in het leven is geroepen, en moet dan ondervinden dat, soms jaren later, deze wet onverbindend blijkt te zijn. Ik merk echter op dat de aantasting van de rechtszekerheid als zodanig geen argument is tegen constitutionele toetsing maar veel meer tegen toetsing in het algemeen. Dezelfde problemen doen zich voor bij de reeds bestaande mogelijkheden van toetsing van lagere regelgeving aan hogere en van toetsing van de wet aan verdragsbepalingen en het EG-recht. Ook daarbij geldt dat iedere civielrechtelijke, strafrechtelijke of bestuursrechtelijke procedure in iedere instantie nog gedurende een lange periode in elke casus kan leiden tot het buiten toepassing laten van wetsbepalingen wegens strijd met een verdragsbepaling of EG-recht. Zoals ik al eerder in deze memorie verwoordde leert de ervaring met de al bestaande toetsingsmogelijkheden dat de rechter oog heeft voor de ongewenste gevolgen die toetsing zou kunnen hebben.

Voorts vroegen de leden van de CDA-fractie of het wetsvoorstel met zich brengt dat rechters zullen kunnen toetsen aan zogenaamde grondwettelijke beginselen, zoals de machtenscheiding en het legaliteitsbeginsel. Ook de leden van de fracties van SGP en CU vroegen naar de mogelijkheid van de rechter om de wet te toetsen aan fundamentele rechtsbeginselen. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad, meer in het bijzonder het Harmonisatiewet-arrest¹, blijkt dat het huidige artikel 120 van de Grondwet in de weg staat aan toetsing van wetten aan fundamentele rechtsbeginselen. Het wetsvoorstel brengt in deze situatie geen verandering. Toetsing zal slechts mogelijk zijn aan de in het wetsvoorstel opgesomde grondwettelijke bepalingen. Toetsing aan bijvoorbeeld het legaliteitsbeginsel is dan ook alleen mogelijk voorzover die bepalingen dit beginsel hebben vastgelegd. In artikel 16 Grondwet is het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel verankerd. De rechter zal de toepassing van formele wetten daaraan dus kunnen toetsen.

De leden van de PvdA-fractie stelden de vraag aan de orde in hoeverre toetsing iets wezenlijks toevoegt aan de rechtsbescherming van burgers naast de bescherming die al wordt geboden door EVRM en andere

¹ HR 14 april 1989, NJ 1989, 469.

verdragen met een minder uitgewerkt handhavingsmechanisme. De leden van de VVD-fractie informeerden naar een nadere onderbouwing van de stelling dat de rechtsbescherming van de burger door dit wetsvoorstel wordt versterkt. Waarom, zo vroegen deze leden, zou de rechtsbescherming van de burger beter gewaarborgd zijn bij de rechter dan bij het parlement? In de paragraaf *constitutionele toetsing* ben ik naar aanleiding van vragen van diverse fracties al ingegaan op de extra rechtsbescherming die wordt geboden door rechterlijke toetsing. In de inleidende paragraaf ben ik ingegaan op de verschillen tussen toetsing door de wetgever en toetsing door de rechter. Ik herhaal dat het er niet om gaat dat de rechtsbescherming van de burger beter bij de rechter wordt gewaarborgd dan bij het parlement. Veeleer zie ik een optimalisering van de rechtsbescherming omdat de rechter in een concreet geval toetst en rekening kan houden met de omstandigheden van het bijzondere geval terwijl de wetgever in abstracto toetst en niet alle concrete gevallen kan voorzien. Zowel de rechter als de wetgever spelen een rol bij de bescherming van grondrechten. De rollen verschillen echter van elkaar. Hieraan voeg ik toe dat we ons voor grondrechtenbescherming niet geheel afhankelijk zouden moeten maken van internationale verdragen en internationale rechters. Het EHRM heeft meermaals aangegeven dat het EVRM een «living instrument» is en tot leven komt door rechterlijke interpretatie.¹ Tot nu toe kent de interpretatie door het EHRM een ontwikkeling naar grotere bescherming van grondrechten. Echter, niet is uit te sluiten dat deze interpretatie ook een andere kant op kan gaan door allerlei ontwikkelingen zoals bijvoorbeeld de invloed van Oost-Europese rechters of angst voor terrorisme. Kortom, waarom zouden we de grondrechtenbescherming niet ook «terugbrengen naar Nederland»?

De leden van de fractie van D66 toonden zich gelukkig met de keuze voor toetsing aan subjectieve rechten. Naar aanleiding van de vraag van de leden van de D66-fractie naar de mogelijkheid om over de band van een subjectief recht als het gelijkheidsbeginsel, feitelijk een toetsing aan sociale grondrechten af te dwingen merk ik het volgende op. Het is vanzelfsprekend mogelijk dat de toepassing van een wet die betrekking heeft op een sociaal grondrecht wordt voorgelegd aan de rechter wegens strijd met bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel. Dat geldt immers voor alle wetgeving. Het is nu ook mogelijk om wetgeving in formele zin die dient ter uitvoering van een sociaal grondrecht, te toetsen aan verdragsbepalingen. Zo heeft bijvoorbeeld het EHRM, en ik verwijs voor de voorbeelden naar boven, in een aantal geschillen de uitvoering van sociale zekerheids-wetgeving getoetst aan artikel 1, eerste lid, van het Eerste Protocol bij het EVRM (het eigendomsrecht). Een ander sociaal grondrecht – het recht op een schoon leefmilieu – is ook al eens door het EHRM beoordeeld langs de weg van het recht op respect voor het privé leven ex art. 8 EVRM. Verder wijs ik op de kwesties voor het Straatsburgse Hof waarin werd geklaagd over ernstige stankoverlast², milieuvervuiling³ of geluidhinder.⁴

De vraag van de leden van de fracties van SGP en CU naar toetsing aan fundamentele rechtsbeginselen beantwoordde ik hiervoor reeds.

Gespreide toetsing

Naar aanleiding van de keuze voor gespreide toetsing stelden de leden van de fracties van CDA en D66 een aantal vragen. De leden van de CDA-fractie vroegen of het mogelijk is om het nadeel dat verbonden is aan het voorgestelde stelsel van uiteenlopende finale interpretaties te ondervangen. Deze leden vroegen zich verder af in hoeverre de formele wetgever daarop dan in toekomstige wetgeving kan anticiperen. De leden van de fractie van D66 vroegen eveneens aandacht voor het vraagstuk van

¹ Zie reeds *Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 25 april 1978, Serie A vol 26: «The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions.»

² *Lopez Ostra t. Spanje*, EHRM 9 december 1994, Serie A vol. 303-C.

³ *Rayner en Powell t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 21 februari 1990, Serie A vol. 172; *Guerra en anderen t. Italië*, 19 februari 1998, JB 1998/49.

⁴ *Moreno Gómez t. Spanje*, EHRM 16 november 2004, nr. 4143/02.

verschillende interpretaties en meenden bovendien dat meer dan in het geval van toetsing van materiële wetgeving aan de Grondwet, zich bij de toetsing van formele wetten belangrijke en complexe vraagstukken van constitutionele aard kunnen voordoen, die een specifieke deskundigheid en/of ervaring vergen. Deze leden meenden dat men in dit type vraagstukken al snel terecht kan komen in het spanningsveld tussen recht en politiek. Als voorbeeld noemden zij toetsing van ingrijpende wetgeving op het terrein van sociale zekerheid of volksgezondheid aan artikel 1 van de Grondwet.

Vooropgesteld moet worden dat het inderdaad niet denkbeeldig is dat verschillende rechters aanvankelijk tot verschillende interpretaties van een grondrecht zouden komen. Dat geldt echter niet alleen voor interpretaties van 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 verdagen overigens reden geweest de rechterlijke organisatie anders in te richten. Uitgangspunt in de rechterlijke macht is het streven naar rechtseenheid. Daarbij hebben de diverse hoogste rechtscolleges een corrigerende werking op elkaar. Door aan alle hoogste rechtscolleges de bevoegdheid te laten tot constitutionele toetsing wordt ruimte gelaten aan een natuurlijk proces van evenwichtige rechtsontwikkeling zoals we dat in Nederland kennen.

De opvatting van de leden van de fractie van D66 dat zich bij de toetsing van formele wetten aan de Grondwet vraagstukken van constitutionele aard kunnen voordoen die een specifieke deskundigheid en ervaring vergen – die naar het oordeel van deze leden kennelijk niet noodzakelijk zijn voor de toetsing van lagere wetgeving – deel ik niet. Daarbij teken ik aan dat rechterlijke toetsing van formele wetten, zij het aan verdragsbepalingen, nu reeds mogelijk is. Ook bijv. sociale zekerheidswetgeving kan al worden getoetst aan het (internationaal verankerde) gelijkheidsbeginsel.

Verdrag

De leden van de fracties van CDA, PvdA, VVD, SGP en CU plaatsten vraagtekens bij het zogenaamde anomalieargument. Enkele fracties wezen op belangrijke verschillen tussen internationale verdragen en de Nederlandse Grondwet. De leden van de fractie van de PvdA wezen op de bijzondere achtergrond van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. De leden van de fracties van SGP en CU vroegen of ik het met hen eens ben dat de mogelijkheid van toetsing aan internationale verdragen nauwelijks tot geen zelfstandige rol kan spelen in de discussie over de wenselijkheid van invoering van rechterlijke toetsing van de wet aan de Grondwet. Aan het anomalieargument besteedde ik reeds elders in deze memorie aandacht, onder meer in de reactie op het artikel van C. B. Schutte in RegelMaat. Ik ging in die reactie ook erop in dat de rol van de rechter bij verdragstoetsing tot op zekere hoogte een andere is dan bij toetsing aan de Grondwet. Tussen internationaal bindende bepalingen en de Nederlandse Grondwet bestaan verschillen. Verdragen laten doorgaans een ruimere beoordelingsmarge aan de lidstaten. De rechtspraak van het EHRM die voor de Nederlandse rechter richtinggevend is, toont dat eveneens aan. Het anomalieargument is dan ook niet het enige argument dat aan het voorstel ten grondslag ligt. Ik verwijs wat dit betreft ook naar mijn reactie op de opvatting van de leden van de fractie van D66 dat juist het anomalieargument het belangrijkste argument is voor introductie van rechterlijke constitutionele toetsing (paragraaf *constitutionele toetsing*).

Ik merk wel op dat de Nederlandse en de EHRM-maatstaven naar elkaar kunnen toegroeien. Zo moet worden onderkend, dat het EHRM de beoordelingsmarges voor de staten ziet als flexibele maatstaven. De

beoordelingsmarge is in de EHRM-jurisprudentie geen gefixeerd gegeven. Het komt voor dat het EHRM constateert dat een Europese consensus is ontstaan ten aanzien van een bepaalde rechtsopvatting en dat als gevolg daarvan de beoordelingsmarge dient te worden gereduceerd. Ik denk dan aan de zaak *Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*¹, waarin het EHRM op basis van een door het Hof geconstateerde, groeiende Europese consensus niet langer tolereerde dat het Verenigd Koninkrijk zich beriep op een ruime beoordelingsruimte en mitsdien vaststelde dat het VK een inbreuk maakte op de persoonlijke levenssfeer van de klaagster. De beoordelingsmarge wordt smaller indien het EHRM een groeiende consensus constateert, en waar het rechten en vrijheden betreft die raken aan de kern van de democratische samenleving.² Maar in theorie blijven het minimumnormen waar de lidstaten boven uit mogen gaan, zoals het EVRM ook zelf in artikel 53 uitdrukkelijk stelt.

Overigens ben ik het met Cliteur en Witteveen eens dat het toetsingsverbod niet zozeer een anomalie is, maar dat het toetsingsverbod ertoe leidt dat onze Grondwet zelf verwordt tot een anomalie, een dode letter. Het toetsingsverbod heeft tot dusverre niet in de weg gestaan aan de voortschrijdende ontwikkeling van de normen, maar het moment is gekomen om te onderkennen dat de twee sporen, te weten het internationaalrechtelijke en het grondwettelijke kader, omwille van de rechtszekerheid, eenduidigheid, de betekenis van de Grondwet en rechtsbescherming beide hun eigen waarde hebben en complementair aan elkaar zijn.

Het van kracht worden van het Verdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa is na de referenda over dit Verdrag in Frankrijk en Nederland, tamelijk theoretisch geworden. Een eventueel van kracht worden van het Verdrag heeft echter, zo antwoord ik de leden van de CDA-fractie geen gevolgen voor dit wetsvoorstel. De bepalingen van het grondrechtenhandvest die onderdeel uitmaken van de «Europese Grondwet» richten zich tot de instellingen en organen van de Unie alsmede tot de lidstaten, maar uitsluitend voorzover zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen. Deze grondrechten kunnen weliswaar ingeroepen worden in een nationale procedure tegen de staat, maar alleen voorzover deze handelt ter uitvoering van communautaire regelgeving.

Zij doen alleen al daarom geen afbreuk aan de waarde en beschermingswaardigheid van onze eigen grondrechten die de Nederlandse wet altijd in acht moeten nemen, noch leiden zij tot een opeenstapeling van toetsing.

De vragen van de leden van de fracties van PvdA, SP, SGP en CU naar de meerwaarde van (toetsing aan) de Grondwet boven (toetsing aan) het EVRM heb ik al beantwoord in de paragraaf *constitutionele toetsing*. Ook ben ik al ingegaan op de vermeende opeenstapeling van grondrechtenbescherming.

Overige opmerkingen

Op de vraag naar voorbeelden van ongrondwettige wetten van de leden van de fractie van CDA ben ik al in de inleidende paragraaf van deze memorie ingegaan. Ook de vraag naar de gevolgen van een rechterlijke uitspraak waarmee politieke organen ongelukkig zijn, bijvoorbeeld omdat zij van opvatting zijn dat de rechter er naast zit, heb ik eerder in de paragraaf *machtenscheiding* beantwoord. Dat de waarde van de Grondwet wordt verhoogd door introductie van rechterlijke toetsing houdt geen verband met de opvatting dat de bewaking van de Grondwet bij de rechter in betere handen is, zoals de leden van de CDA-fractie menen. Korthedshalve verwijs ik naar de inleidende paragraaf.

¹ *Christine Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 11 juli 2002, EHRC 2002/74.

² Daartoe behoren onder meer het recht op vrije meningsuiting en betoging, het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, het recht op godsdienstvrijheid en het recht op een eerlijk proces, vergelijk ook de reeds eerder genoemde Nota grondrechten in een pluriforme samenleving (Kamerstukken II 2003/2004, 29 614, nr. 2, p. 40).

De leden van de fractie van CDA vroegen naar de mogelijkheden van de overheid om tegen een ongunstige uitspraak in beroep te komen. Het wetsvoorstel bevat op dit punt geen bijzondere regeling en ook geen aanvulling op de nu reeds bestaande beroepsmogelijkheden, waarvan een aantal ook worden genoemd door de aan het woord zijnde leden. De vraag van leden van de CDA-fractie naar constitutionele toetsing in een tuchtrechtelijke procedure is reeds beantwoord in de paragraaf *Constitutionele toetsing*.

Wat mij betreft behoeft invoering van constitutionele toetsing zoals voorgesteld in dit wetsvoorstel geen gevolgen te hebben voor de positie van de Raad van State, zo merk ik op naar aanleiding van vragen van de leden van de CDA-fractie terzake. In de eerste plaats wijs ik erop dat het advies van de Raad van State over wetsvoorstellen veel meer omvat dan toetsing van het voorstel aan de Grondwet. Los daarvan doet invoering van rechterlijke toetsing, zoals ik ook hiervoor al betoogde, niets af aan het belang van toetsing in de fase van totstandkoming van de wet. Het kan voorkomen dat bij de toetsing van een wetsvoorstel in abstracto de Raad van State tot de conclusie komt dat een voorstel in overeenstemming is met de Grondwet, terwijl de Afdeling bestuursrechtspraak van diezelfde Raad in een concreet geval als bestuursrechter tot het oordeel komt dat de toepassing van de wet in strijd is met de Grondwet. Dat is niet anders dan bij toetsing van wetten en amvb's aan verdragen en bij de toetsing van amvb's aan de Grondwet. In alle gevallen moet uiteraard worden voorkomen dat de schijn van partijdigheid wordt gewekt doordat aan de behandeling van een beroepszaak wordt deelgenomen door een staatsraad die ook heeft deelgenomen aan de advisering over een kwestie die in de beroepszaak aan de orde is. De leden van de CDA-fractie merken terecht op dat de Afdeling bestuursrechtspraak naar aanleiding van de uitspraak van het EHRM in de zaak Procola maatregelen heeft getroffen om deze schijn te voorkomen. Naar aanleiding van de recentere uitspraak van het EHRM in de zaak Kleyn¹ heeft de Afdeling bestuursrechtspraak overigens nog een aantal aanvullende maatregelen getroffen.² Bovendien is momenteel ook een wetsontwerp aanhangig bij de Tweede Kamer dat beoogt de schijn van partijdigheid uit te sluiten.³

De leden van de fractie van CDA vroegen naar de kosten van invoering van toetsing. Tijdens de mondelinge behandeling van het voorstel in de Tweede Kamer meende toenmalig minister De Graaf voor Bestuurlijke Vernieuwing en Koninkrijksrelaties met mij dat geen kosten van enige omvang behoeven te worden verwacht. Gezien de relatie tussen nationale en internationale grondrechten, mag worden verwacht dat veelal een beroep op beide typen grondrechten wordt gedaan. De mogelijkheid van toetsing van een wet aan de Grondwet zal daarom naar mijn stellige overtuiging niet leiden tot een groot aantal procedures die zonder de mogelijkheid van toetsing niet zouden zijn gevoerd.

Gesteld nu dat een kiesrechtelijke bepaling ongrondwettig wordt geacht, wat zouden dan de gevolgen zijn voor de uitslag van de verkiezingen, zo wilden de leden van de fractie van CDA weten. Op zichzelf is het antwoord op deze vraag niet anders dan wanneer een bepaling uit de Kieswet onverbindend wordt geacht wegens strijd met het EVRM of het EG-recht, bijvoorbeeld omdat een bepaalde categorie personen op grond van de Kieswet niet als kiezer geregistreerd kon worden. Het blijkt dat in zo'n geval de rechter er niet snel toe overgaat de verkiezingen ongeldig te verklaren. Doorgaans zal hij de wetgever de tijd geven om voor de volgende verkiezingen met reparatiewetgeving te komen. Hiervan zijn enkele voorbeelden uit het meer recente verleden te geven, te weten de hiervoor reeds genoemde uitsluiting van onder curatele gestelden van het kiesrecht voor de Tweede-Kamerverkiezingen en de uitsluiting van Arubanen voor de verkiezingen voor het Europees Parlement.⁴

¹ Kleyn t. Nederland, EHRM 6 mei 2003, JB 2003, 119.

² Kamerstukken II 2003/04, 25 425, nr. 7.

³ Wijziging van de Wet op de Raad van State in verband met herstructurering van de Raad van State, Kamerstukken II 2005/2006, 30 585.

⁴ Zie respectievelijk ABRvS 29 oktober 2003, LJN AM5435 en ABRvS 21 november 2006, LJN AZ3202.

Op de vraag van de leden van de fractie van de PvdA naar de mogelijke verandering in de opvattingen van Thorbecke over rechterlijke toetsing, moet ik het antwoord schuldig blijven. Voor zover mij bekend heeft Thorbecke zich niet in het openbaar uitgelaten over een verandering van zijn standpunt. Het zou best interessant zijn om te weten of de veronderstellingen van de PvdA-fractie juist zijn, maar voor de behandeling van dit voorstel minder relevant. De verwijzing naar de opvattingen van Thorbecke in de memorie van toelichting is bedoeld als sprekende illustratie van het gegeven dat het toetsingsverbod – of in de woorden van die tijd: de onschendbaarheid van de wet – geen vanzelfsprekendheid was in 1848. Op de vragen van de SP-fractie naar aanleiding van het artikel van de heer C. B. Schutte in *RegelMaat* ben ik in de paragraaf *Constitutionele toetsing* al ingegaan. Dat dit voorstel niet wordt ingegeven door een gebrek aan vertrouwen in de volksvertegenwoordiging heb ik uiteengezet in de inleiding. De leden van deze fractie vroegen waarom ik er niet voor heb gekozen te zoeken naar meer mogelijkheden om de uitleg van grondwetsartikelen meer onderwerp te maken van parlementair debat. In de inleiding heb ik naar voren gebracht dat de uitleg van grondwetsbepalingen wel degelijk onderwerp moet zijn van parlementair debat, maar dat de mogelijkheden van toetsing in het wetgevingsproces naar hun aard beperkt zijn en dat deze toetsing meestal in abstracto zal plaatsvinden. Vooral de wetenschap dat de rechter wetten ook kan toetsen aan de grondwettelijke grondrechten zal het parlementair debat over de Grondwet kunnen verlevendigen.

De leden van de SGP- en CU-fractie vroegen naar mijn opvattingen over een niet-bindende vorm van toetsing van door de rechter. Ik ga ervan uit dat de leden van deze fracties denken aan een variant waarbij de rechter geen beslissingmacht heeft, maar wel op een bepaalde voorgeschreven wijze kan signaleren dat de wet in strijd is met een grondrecht. Dit werd door het toenmalige Tweede-Kamerlid Van Mierlo voorgesteld in de aanloop naar de herziening van de Grondwet in 1983.¹ Het Engelse recht kent sinds 1998 een dergelijke vorm van niet bindende toetsing in de Human Rights Act 1998. Naar mijn mening past dit minder goed in de Nederlandse context waar, anders dan in het Engelse recht, de rechter al bindende uitspraken kan doen over de verenigbaarheid van de wet met hoger recht. Bovendien kleeft aan deze toetsingsvariant als belangrijk nadeel dat de uitspraak van de rechter een burger in zijn zaak geen soelaas biedt, terwijl de ongrondwettigheid is vastgesteld. Dit zal het rechtsgevoel in hoge mate frustreren. Verder is het de vraag wat een dergelijke variant toevoegt aan de huidige mogelijkheden van de rechter. Indien uit een uitspraak blijkt dat de rechter van oordeel is dat een wettelijke bepaling in strijd is met de Grondwet, dan zal dit in het algemeen aanleiding zijn voor discussie in het parlement. Vergelijk in dit opzicht de commotie na het meergenoemde Harmonisatiewetarrest. Overigens merk ik op dat in de praktijk tot nu toe de Britse wetgever altijd na het oordeel van de rechter dat de wet in strijd is met een grondrecht uit de Human Rights Act, de wet aanpast. Mede zal dit wel veroorzaakt worden doordat anders de in het gelijkgestelde, maar geen recht verkregen hebbende burger zijn recht in Straatsburg moet halen. Een gedwongen gang naar Straatsburg wordt op deze wijze ook niet voorkomen. Het EHRM beschouwt bovendien de «declaration of incompatibility» van de Engelse rechter niet als een effectief rechtsmiddel met als gevolg dat het niet de eis stelt dat eerst alle nationale rechtsmiddelen moeten worden uitgeput alvorens in Straatsburg kan worden geprocedeerd.² Ten slotte merk ik op dat een dergelijke variant niet tegemoet komt aan de wenselijkheid dat nationale grondrechten dezelfde bescherming verdienen als de internationale grondrechten.

¹ Handelingen II 1974/75, p. 2325, 2404, 2431 en 2443.

² *Burden en Burden t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 12 december 2006, appl.nr. 13378/05.

In hoeverre leent de tekst van de Grondwet zich voor toetsing?

De leden van de PvdA-fractie vroegen zich af in hoeverre de tekst van de Grondwet zich leent voor toetsing. Zij merkten op dat het overgrote deel van de artikelen waaraan kan worden getoetst hetzij alleen een opdracht aan de wetgever, hetzij een korte omschrijving van het grondrecht gevolgd door een brede bevoegdheid van de wetgever om ervan af te wijken bevatten. Zij wezen erop dat de beperkingsclausule «behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen» zelfs de lagere wetgever de mogelijkheid geeft een grondrecht te beperken mits daartoe gemachtigd door de wetgever. Daarnaast wezen zij erop dat soms een beperkingsclausule geheel ontbreekt terwijl het grondrecht toch niet absoluut is. Zij vroegen mij of herziening van de betrokken bepalingen aan de orde is. Daarnaast erkenden zij dat een aantal artikelen door de rechter geschikt zijn geacht voor toetsing. De leden van de PvdA-fractie vroegen zich voorts af aan welke criteria de rechter nog kan toetsen, indien de wetgever in een wetsbepaling het grondrecht nader uitwerkt en beperkt. De Grondwet stelt aan de beperkingsmogelijkheid immers vaak geen grenzen. Ik antwoord hierop als volgt. Het grondrecht kan door de wetgever niet teniet worden gedaan en mag niet illusoir worden gemaakt. In reactie op eerdere vragen over de rol van de rechter indien de wetgever gebruik maakt van zijn recht een grondrecht te beperken, ben ik ingegaan op de mogelijke inhoud van die rol (paragraaf *machtenscheiding*). Kortheidshalve verwijs ik daarnaar. Daarbij heb ik ook aangegeven, welke interpretatiemethoden en toetsingsmodaliteiten de rechter hanteert, en welke factoren de marge van de rechterlijke toetsing en interpretatie mede bepalen. Zo moet bijvoorbeeld bij toegelaten delegatie de delegatie specifiek zijn: uit de delegerende wet moet voldoende blijken dat de wetgever bewust een beperkingsbevoegdheid heeft willen toekennen, en ten aanzien van welk grondrecht hij dat heeft gewild.¹ Daarnaast zal het proportionaliteitsbeginsel naast het subsidiariteitsbeginsel altijd bij de afweging door de rechter een rol spelen. Reeds eerder noemde ik in navolging van Schutgens de toetsingscriteria van «actuele afweging» en «weloverwogenheid». Tenslotte noem ik nog de verwachting dat de rechter de grondrechten die een pendant hebben in het EVRM zoveel mogelijk verdragsconform zal uitleggen. Deze interpretatie- en toetsingsmethoden zijn beproefd en vormen het kader voor elk van de 27 grondrechtsartikelen waaraan het voorstel rechterlijke toetsing mogelijk wil maken. Dat geldt ook voor de gevallen waarin niet van een beperkingsmogelijkheid wordt gerept, terwijl het grondrecht niet absoluut is. Herziening van (een deel van) de bepalingen die zijn opgesomd in het nieuw voorgestelde artikel 120 is met het oog op rechterlijke toetsing dan ook niet nodig. Noch de Hoge Raad noch de Raad van State hebben zich in verschillende adviezen over rechterlijke toetsing ooit op het standpunt gesteld dat de bepalingen zich niet voor toetsing lenen.

Limitatieve opsomming van grondwetsbepalingen (omvang toetsingsrecht)

De leden van de CDA-fractie vroegen of toetsing van rijkswetten en begrotingswetten aan de Grondwet (en Statuut) mogelijk is. Het past niet binnen de structuur van het Koninkrijk dat wetgeving van het hiërarchisch hoger gelegen Koninkrijksniveau wordt getoetst aan de wetgeving van de landen, inclusief de Grondwet.² Rijkswetten zullen daarom niet getoetst kunnen worden aan de Grondwet. Om dezelfde reden kan Koninkrijksrecht ook door de rechter op Aruba, waar reeds een constitutioneel toetsingsrecht bestaat, niet worden getoetst aan de Arubaanse Staatsregeling. Indien de rechter strijd constateert tussen een rijkswet en een Grondwetsbepaling die bij rijkswet is vastgesteld (en derhalve eveneens de status van rijkswet bezit), zal hij zich moeten verlaten op de normale voorrang-

¹ Kamerstukken II 1976/1977, 13 872, nr. 7, p. 4.

² Kamerstukken II 1984/85, 18 747 (R 1271), nr. 6.

regels die gelden bij strijd tussen wettelijke regels van gelijk niveau. Voor andere vormen van rijksregelgeving dan rijkswetten (algemene maatregelen van rijksbestuur, koninklijke rijksbesluiten en ministeriele rijksregelingen) geldt dat deze wel getoetst kunnen worden aan de bepalingen van de Grondwet die bij rijkswet zijn vastgesteld, maar niet aan de overige Grondwetsbepalingen. Toetsing door de rechter van rijkswetten aan het Statuut is evenmin toegestaan. Het Statuut kent geen bepaling die dit mogelijk maakt. Begrotingswetten kunnen in praktijk niet aan de Grondwet worden getoetst. In een begrotingswet wordt de regering gemachtigd om geld uit te geven. Burgers kunnen hieraan geen rechten ontnemen, noch kunnen aan hen door dergelijke wetten plichten worden opgelegd die mogelijk inbreuk maken op grondwettelijke grondrechten.

De leden van de VVD-fractie wilden graag vernemen of het mogelijk is onderscheid te maken tussen klassieke en sociale grondrechten. Dat is niet goed mogelijk, zo antwoord ik deze leden. De Raad van State heeft hierover in zijn advies behartigenswaardige opmerkingen gemaakt.¹ Kortheidshalve verwijs ik daarnaar. Juist omdat dit onderscheid niet goed kan worden gemaakt, is het criterium voor de aanwijzing van bepalingen waaraan kan worden getoetst dan ook niet de veronderstelde aard van het grondrecht (klassiek of sociaal) geweest, maar de juridische werking van de bepaling (vestigt de bepaling een subjectief recht?).

Welbewust heb ik ervoor gekozen een voorstel aanhangig te maken dat uitsluitend ziet op de toetsing van de wet door de rechter aan een beperkt aantal met name genoemde bepalingen in de Grondwet, die zonder uitzondering een subjectief recht bevatten. Toetsing aan subjectieve rechten is echter wel van een andere orde dan toetsing aan andere bepalingen in de Grondwet. Eerder in deze memorie heb ik bij de verschillen al uitvoerig stilgestaan. Ik zie invoering van constitutionele toetsing als een noodzakelijke verbetering van de rechtsbescherming van burgers. Het ligt daarom voor de hand de toetsing te beperken tot toetsing aan de grondwettelijke bepalingen die de burger een rechtstreeks recht toekennen. Of in de nabije toekomst regering of Tweede-Kamerleden het initiatief zullen nemen de mogelijkheden voor toetsing van de wet aan grondwettelijke bepalingen te verruimen laat zich bezien, zo antwoord ik de leden van de SGP- en CU-fractie. Wel kan ik met mijn inmiddels opgedane ervaring melden dat ook zij dan een lange maar inspirerende weg hebben te gaan.

Femke Halsema,
Lid Tweede Kamerfractie GroenLinks

¹ Kamerstukken II 2002–2003, 28 331, A, p. 4.