

REDACTIONEEL

De betekenis van constitutionele toetsing voor én door de wetgever

L.C. Groen & S.A.J. Munneke

Het debat over constitutionele toetsing is terug van eigenlijk nooit helemaal weg geweest. In 2018 besteedde de Staatscommissie parlementair stelsel er al aandacht aan in haar rapport *Lage drempels, hoge dijken*, maar de discussie nam pas echt een hoge vlucht na de toeslagenaffaire.¹ Naar aanleiding daarvan nam de Tweede Kamer twee moties aan waarin de regering onder meer werd opgeroepen om nader onderzoek te doen naar de invoering van constitutionele, rechterlijke toetsing.² Het kabinet heeft hieraan gevolg gegeven: in een hoofdlijnenbrief geeft het aan dat constitutionele, rechterlijke toetsing van formele wetten uit een oogpunt van rechtsbescherming meerwaarde heeft voor burgers ten opzichte van toetsing tijdens het wetgevingsproces. In de brief staat ook dat het kabinet er de voorkeur aan geeft slechts toetsing aan klassieke vrijheidsrechten mogelijk te maken.³

Deze gang van zaken is om twee redenen opvallend. In de eerste plaats had de toeslagenaffaire naar alle waarschijnlijkheid niet kunnen worden voorkomen als constitutionele, rechterlijke toetsing van formele wetten destijds al mogelijk was geweest. Weliswaar was sprake van ‘harde’ wetgeving waarvan de toepassing in veel gevallen tot onevenredige uitkomsten leidde, maar die wetgeving was niet in strijd met grondwettelijke bepalingen.⁴ In de tweede plaats lijkt toetsing aan klassieke, grondwettelijke grondrechten weinig meerwaarde te bieden voor de rechtsbescherming van burgers: de formele beperkingssystematiek laat de rechter naar de letter van de wet geen ruimte om te toetsen aan criteria als proportionaliteit en evenredigheid.⁵ De rechter kan dat onder meer oplossen door beperkingmogelijkheden ‘verdragsconform’ te interpreteren – bijvoorbeeld in lijn met de criteria in het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) –, maar ook dan is de meerwaarde beperkt: formele wetten kunnen immers al door de rechter aan het EVRM worden getoetst (en ook dat heeft de toeslagenaffaire niet voorkomen).

- 1 Staatscommissie parlementair stelsel, *Lage drempels, hoge dijken. Democratie en rechtsstaat in balans. Eindrapport van de staatscommissie parlementair stelsel*, bijlage bij *Kamerstukken II 2018/19*, 34430, nr. 9. In 2018 werd trouwens ook het initiatiefvoorstel-Van Tongeren over de invoering van constitutionele, rechterlijke toetsing ingetrokken. *Kamerstukken II 2018/19*, 32334, nr. 12.
- 2 *Kamerstukken II 2020/21*, 28362, nr. 47; *Kamerstukken II 2021/22*, 35925 VII, nr. 43.
- 3 *Kamerstukken II 2021/22*, 35925 VII, nr. 169.
- 4 Behalve dan misschien met de algemene bepaling, maar die trad pas in 2022 in werking.
- 5 En vooralsnog zijn er geen plannen om de beperkingssystematiek van klassieke grondrechten in de Grondwet aan te passen: *Kamerstukken II 2021/22*, 35786, nr. 8.

Het voorgaande maakt duidelijk dat het belang van constitutionele toetsing *tijdens* het wetgevingsproces niet moet worden onderschat als het gaat om de bescherming van burgers tegen – bijvoorbeeld – ‘harde’ wetgeving. Die toetsing reikt verder dan toetsing aan (klassieke grondrechten in) de Grondwet alleen: het Beleidskompas, de Handreiking constitutionele toetsing en het Beoordelingskader gaan uit van een breed ‘constitutiebeprij’,⁶ waaronder bijvoorbeeld (ook in verdragen vastgelegde) sociale grondrechten en institutionele normen vallen, evenals ongeschreven staatsrecht. Het is dus van groot belang dat de formele wetgever en andere actoren die in het wetgevingsproces een rol spelen – zoals de Afdeling advisering van de Raad van State – vóórdat een wet in werking treedt, grondig beoordelen of een wetsvoorstel constitutioneel gezien door de beugel kan. Maar houdt het daarmee dan op? Of zou de invoering van rechterlijke toetsing van formele wetten aan de Grondwet een ‘stimulerend effect’ kunnen hebben op de wetgevingstoetsing *ex ante*?⁷ En zou dat effect wellicht kunnen worden versterkt als ook rechterlijke toetsing aan sociale grondrechten of institutionele bepalingen mogelijk zou worden gemaakt? Om die vragen te kunnen beantwoorden, is van belang na te gaan waar de meerwaarde voor de wetgever van constitutionele toetsing door de rechter zou kunnen zijn gelegen, en – in het verlengde daarvan – of de Grondwet voldoende aanknopingspunten biedt om zinvolle rechterlijke toetsing in dat opzicht mogelijk te maken.

Als constitutionele, rechterlijke toetsing van formele wetten aan klassieke grondrechten mogelijk zal worden gemaakt, zal die vorm van toetsing gewoonlijk in concrete zaken aan de orde zijn. Gesteld dat de rechter over een formeel-wettelijke bepaling dan ook een materieel oordeel zal vellen (door inhoudelijke beperkings-eisen ‘in te lezen’ in grondwettelijke grondrechten), dan zal hij – om dat materiële oordeel vorm te geven – naar alle waarschijnlijkheid te rade gaan bij de parlementaire stukken die ten grondslag liggen aan de wet(sbepaling) die voorligt. Oordelen van de rechter in zulke zaken kunnen er vervolgens toe leiden dat in de loop van de tijd bij de samenstellende delen van de wetgevende macht een steeds scherper beeld ontstaat van de inhoud van die grondwettelijke normen en hun beperkingsmogelijkheden. Dat zou bij nieuwe wetgeving de explicitering van deze constitutionele dimensie van wetgeving eenduidiger en zichtbaarder maken, en het wetgevingsdebat kunnen verdiepen en begrenzen. Het zou, met andere woorden, de wetgever ertoe kunnen dwingen beter na te denken over de materiële normen in wetgeving, ook vanwege de dreiging van het buiten toepassing laten van die wetgeving door de rechter.

Constitutionele toetsing door de rechter zou op deze manier de dialoog tussen wetgever en rechter kunnen bevorderen. Naar alle verwachting zal dat, zoals hiervoor uiteengezet, in het bijzonder gelden voor de verhouding tussen de toetsing *ex ante* en de toetsing *ex post* zelf. Ook daar ontstaat in feite een dialoog. Daarbij kan de *brede* blik van de toetsing *ex ante* wellicht kleuring geven aan de rechterlijke toet-

6 Van het Beleidskompas en de Handreiking constitutionele toetsing wordt op de departementen gebruik gemaakt bij de voorbereiding van wetgeving; het Beoordelingskader is een product van de Afdeling advisering van de Raad van State.

7 Zoals de Staatscommissie parlementair stelsel suggereerde: *Lage drempels, hoge dijken*, p. 213-214.

sing *ex post*, en kan omgekeerd de juridisch *hardere* toetsing *ex post* sturing geven aan de grondwettigheidsbeoordeling vooraf.

De vraag die dan wel rijst, is hoe de rechter zijn rol ten opzichte van de wetgever zal invullen. Zal hij, met het oog op de trias, nog steeds een terughoudende positie innemen bij de toetsing van wetgeving in formele zin, of zal hij alle schroom laten varen, gegeven de nieuwe constitutionele verhoudingen? Wat ons betreft ligt het eerste meer voor de hand dan het tweede. Niet alleen omdat een vergaande interpretatie van grondwettelijke normen consequenties kan hebben die ver boven de individuele, aan de rechter voorgelegde, casus uitstijgen, maar ook omdat de Grondwet zelf de rechter op dit moment niet veel aanreikt om heel vergaande interpretaties op te baseren. De op dit moment al bestaande mogelijkheid van rechterlijke toetsing van lagere regelgeving aan de Grondwet wijst daarop, en geeft ons overigens geen reden tot grote zorgen omtrent al te vergaand 'rechterlijk activisme' op dit punt.

De geschiktheid van de grondwettelijke normen voor rechterlijke constitutionele toetsing is nog wel een aandachtspunt. Hiervoor wezen we al op de formele beperkingsystematiek van de grondrechten uit hoofdstuk 1, die de rechter naar de letter nauwelijks handvatten voor toetsing van formele wetgeving biedt. Voor toetsing aan andere bepalingen dan de klassieke grondrechten zou dat wel eens in nog sterkere mate het geval kunnen zijn. Dat geldt met name voor die bepalingen die veel minder het karakter dragen van subjectief recht, en die niet zozeer normen bevatten die gemakkelijk een-op-een in concrete situaties kunnen worden toegepast. Wel is denkbaar dat de zojuist genoemde dialoog tussen toetsing *ex ante* en toetsing *ex post* hier richting aan de rechter zou kunnen geven, maar hoe specifiek die sturing in concrete gevallen zal zijn, valt niet in zijn algemeenheid te voorspellen.

Kortom: over hoe de eventuele invoering van constitutionele, rechterlijke toetsing van belang kan zijn voor de wetgever, valt veel te zeggen. In dit themanummer passeren verschillende aspecten van dit vraagstuk daarom de revue.⁸

Solke Munneke vraagt zich in zijn bijdrage, bij wijze van gedachte-experiment, af tegen welke moeilijkheden de rechter zou (kunnen) aanlopen als constitutionele toetsing van formele wetgeving aan institutionele bepalingen mogelijk zou zijn. Hij doet dat aan de hand van een analyse van de institutionele normen in hoofdstuk 7 van de Grondwet (Gw), de bepalingen over decentralisatie. Juist op dat terrein staan (decentrale) overheden en de centrale overheid nogal eens tegenover elkaar en wordt geklaagd over de inbreuken die de wetgever maakt op de grondwettelijke eigen positie van gemeenten en provincies. Munneke constateert dat de institutionele normen van hoofdstuk 7 zich om verschillende redenen maar heel beperkt voor een concrete toetsing door de rechter lenen, wat voor een deel samenhangt met hun algemene karakter.

8 In *RegelMaat* 2012, afl. 4 is aandacht besteed aan de constitutionele toetsing tijdens het wetgevingsproces.

Gijsbert Vonk bespreekt in zijn bijdrage de rechterlijke toetsing aan sociale grondrechten. Hij doet dat aan de hand van een bespreking van het recht op bestaanszekerheid, dat hij aanduidt als ‘het kernartikel van de presterende overheid in de verzorgingsstaat’. Vonk meent dat de invoering van constitutionele toetsing op dit punt ertoe kan leiden dat artikel 20 Gw als ijkpunt voor een inhoudelijke dialoog tussen de staatsmachten gaat fungeren. Hij ziet in die toetsing dus een belangrijke staatsrechtelijke functie voor de andere staatsmachten. Vonk wijst er bovendien op dat toetsing aan sociale rechten van een heel andere orde is dan toetsing aan de klassieke vrijheidsrechten uit het EVRM. Het stellen van alle vertrouwen in het EVRM noemt hij een ‘denkfout’ en ‘een dwaalspoor op weg naar een verkeerde bestemming voor sociale grondrechten’.

Paul van Sasse van IJsselt gaat in zijn bijdrage na of constitutionele toetsing *ex ante* door de invoering van constitutionele, rechterlijke toetsing aan formele wetten zal worden versterkt en wat daar overigens voor nodig is. Hij schetst daartoe het constitutionele kader tijdens het wetgevingsproces en inventariseert welke oproepen en voorstellen recent zijn gedaan om de *ex ante*-toetsing te versterken en in hoeverre daaraan gevolg is gegeven. Om tot verdere versterking van de constitutionele toets tijdens het wetgevingsproces te komen, is het volgens Van Sasse van IJsselt belangrijk om te onderkennen dat het uitvoeren van die toets tijd en aandacht vergt, en dat dus voldoende capaciteit en prioriteit aanwezig moet zijn bij de entiteiten die hem verrichten. Onderhoud en doorontwikkeling van een constitutionele cultuur zijn hiervoor een vereiste.

Luc Verhey en Lisanne Groen gaan in hun bijdrage in op de betekenis van constitutionele advisering door de Afdeling advisering van de Raad van State in het wetgevingsproces. Zij beschrijven hoe die advisering zich in de loop der jaren heeft ontwikkeld en welk kader de Afdeling aanlegt bij de constitutionele beoordeling van wetsvoorstellen. Ook belichten zij de functie die de constitutionele advisering vervult: de Afdeling beoogt niet alleen bij te dragen aan de totstandkoming van weloverwogen, kwalitatief goede wetgeving, maar tevens aan een geordende, constitutionele dialoog tussen de staatsmachten en het verder versterken van de Grondwet. Verhey en Groen betogen dat de beoordeling van wetgeving *ex ante* en rechterlijke toetsing *ex post* weliswaar duidelijk te onderscheiden activiteiten zijn, maar dat ze elkaar kunnen versterken. Een zorgvuldige afweging en motivering van constitutionele elementen tijdens het wetgevingsproces helpt daarbij.

Hugo Doornhof schrijft – vanuit zijn ervaring als Eerste Kamerlid – aan de hand van concrete voorbeelden over hoe de Eerste Kamer invulling geeft aan haar rol als *chambre de réflexion*. Hij concludeert dat de juridische toets door de Eerste Kamer soms te wensen overlaat. Dat hangt enerzijds samen met het feit dat de Eerste Kamer uiteindelijk een politiek orgaan is, hetgeen tot gevolg heeft dat juridische argumenten soms vooral worden gebruikt om een politiek punt te maken. Anderzijds hebben senatoren soms te weinig kennis van wat in de Grondwet staat of zijn zij zich onvoldoende bewust van het belang van de Grondwet. Volgens Doornhof zou de juridische toets door de Eerste Kamer kunnen worden versterkt, onder meer door het instellen van een Commissie rechtmatigheidstoetsing, uitbreiding

van de juridische ondersteuning en de invoering van een voorwaardelijk terugzendrecht.

De mogelijkheid van invoering van constitutionele, rechterlijke toetsing aan formele wetten is in lange tijd niet zo ‘dichtbij’ geweest als vandaag de dag. Zij roept, zo zagen we, tal van vragen op, óók voor de wetgever. De diverse artikelen in dit themanummer van *RegelMaat* maken duidelijk hoe veelomvattend het vraagstuk in wezen is, zélfs als het kabinet bij zijn voornemen blijft om alleen rechterlijke toetsing aan klassieke grondrechten mogelijk te maken. De auteurs bieden waardevolle aanknopingspunten voor verdere doordenking ervan, en dat kan, zeker aan het begin van een nieuwe kabinetsperiode, alleen maar bijzonder nuttig zijn.