

## Wel constitutionele toetsing, geen constitutioneel hof<sup>1</sup>

*mr. drs. T.G.M. Simons*

### Inleiding

Geachte aanwezigen,

Vandaag richt ik mijn toespraak niet alleen tot u, maar ook tot politiek, juridisch, journalistiek en overig geïnteresseerd Nederland. Het door mij gekozen thema rechtvaardigt dat. Dat thema is: constitutionele toetsing en de institutionele vormgeving (de organisatie) daarvan. Een actueel thema. In het hoofdlijnenakkoord van de vier betrokken Tweede Kamerfracties en het regeerprogramma van het kabinet-Schoof staat namelijk dat het in artikel 120 van de Grondwet neergelegde verbod voor de rechter om te toetsen of een door de regering en de Staten-Generaal gezamenlijk vastgestelde wet (een wet in formele zin) dan wel de toepassing daarvan in strijd is met de Grondwet, gedeeltelijk zal worden opgeheven én dat er een nieuwe rechterlijke instantie komt die als enige bevoegd zal zijn om die toetsing aan de Grondwet uit te voeren (een constitutioneel hof). Het thema is ook urgent. In de “procesbrief” die de verantwoordelijke bewindspersonen op 17 september 2024 aan de Tweede Kamer hebben gestuurd<sup>2</sup> staat dat vóór het einde van dit jaar een contourennota zal worden uitgebracht die bedoeld is om met de Tweede en de Eerste Kamer en andere betrokken actoren, in het bijzonder de rechtspraak, van gedachten te wisselen. Verder wordt aangekondigd dat in de eerste helft van volgend jaar wetgeving in internetconsultatie zal gaan.

Het begrip “constitutionele toetsing”<sup>3</sup> wordt zowel in een beperkte als in een ruime betekenis gebruikt. In de beperkte betekenis heeft het betrekking op het toetsen door de rechter van een wet in formele zin dan wel de toepassing daarvan aan de Grondwet. In de ruime betekenis heeft het betrekking op het toetsen door de rechter van wettelijke voorschriften (wetten in formele zin én andere algemeen verbindende voorschriften) aan de Grondwet én aan ander geschreven of ongeschreven hoger recht.

### Kern van het betoog

Dit is de kern van mijn betoog:

- Het is wenselijk dat het toetsingsverbod in artikel 120 van de Grondwet gedeeltelijk wordt opgeheven. Dit kan, in elk geval voorlopig, beperkt blijven tot de klassieke grondrechten. Het is wenselijk dat de rechter tegelijkertijd de bevoegdheid krijgt om wetten in formele zin en de toepassing daarvan ook te toetsen aan ongeschreven algemene rechtsbeginselen en ander ongeschreven recht.
- Het is niet nodig en niet wenselijk om een constitutioneel hof in te stellen.
- Het is wenselijk dat wetgevingsvoorstellen over constitutionele toetsing en de institutionele vormgeving daarvan afzonderlijk in procedure worden gebracht.

---

<sup>1</sup> Dit is de bewerkte versie van de toespraak van de president van het College van Beroep voor het bedrijfsleven op de buitengewone zitting van 26 september 2024 bij gelegenheid van de installatie van drie nieuwe rechters.

<sup>2</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2024-2025, 36 344, nr. 5.

<sup>3</sup> Het gaat hier alleen over toetsing *ex post*. Rechterlijke toetsing *ex ante* lijkt niet aan de orde te zijn.

## Constitutionele toetsing

Dat het wenselijk is dat het toetsingsverbod gedeeltelijk wordt opgeheven, wordt sinds de toeslagenaffaire in brede kring erkend, zeker ook in de politiek. Voor dat laatste verwijs ik, behalve naar het hoofdlijnenakkoord en het regeerprogramma, naar de hoofdlijnenbrief van het vorige kabinet van 1 juli 2022<sup>4</sup>. De rechtspraak is al sinds jaar en dag voorstander van gedeeltelijke opheffing van het toetsingsverbod. Voor de meest recente documenten verwijs ik naar de brieven van de Hoge Raad van 14 april 2022<sup>5</sup>, van de Raad van State van 22 april 2022<sup>6</sup> en van de Raad voor de rechtspraak van 27 mei 2022<sup>7</sup>.

Het belangrijkste argument is dat de rechtsbescherming van de burger hiermee wordt gediend doordat zijn rechten en vrijheden beter worden beschermd. Bijkomende voordelen zijn dat de zichtbaarheid en de maatschappelijke betekenis van de Grondwet worden vergroot, dat de Grondwet meer een levend document wordt dat de ontwikkelingen in de maatschappij volgt en ook dat er bij het maken van wetten nog meer aandacht zal zijn voor het rechtsstatelijke gehalte ervan. Op zichzelf geen argument maar wel illustratief is dat er in de Europese Unie geen enkele andere lidstaat is waarin niet op enigerlei wijze constitutionele toetsing mogelijk is en dat tot de weinige landen in de rest van de wereld die geen constitutionele toetsing kennen onder meer Cuba, Irak, Noord-Korea en Saoedië-Arabië behoren.

De Grondwet kent verschillen soorten bepalingen. De belangrijkste zijn de bepalingen over klassieke grondrechten, de bepalingen over sociale grondrechten en de bepalingen die de bevoegdheden van en de verhoudingen tussen de staatsmachten en -organen regelen (de interinstitutionele bepalingen). Iedereen is het er inmiddels wel over eens dat het toetsingsverbod in elk geval moet worden opgeheven voor zover het de bepalingen over klassieke grondrechten betreft, en wel ongeveer zoals neergelegd in het initiatiefvoorstel-Halsema<sup>8</sup>. Dat sommige in de Grondwet opgenomen klassieke grondrechten, bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel/het verbod op discriminatie in artikel 1 van de Grondwet, ook zijn geregeld in verdragen<sup>9</sup> en het recht van de Europese Unie<sup>10</sup>, levert geen argument daartegen op. Toetsing aan de Grondwet kan namelijk soms een meerwaarde hebben. Dat heeft onder meer te maken met de systematiek van de beperkingenclausules en met het gegeven dat de nationale rechter bij de uitleg van vergelijkbare nationale grondrechten niet is gebonden aan de minimumstandaarden die, bijvoorbeeld, het Europees Hof voor de Rechten van de Mens moet hanteren. Het is bovendien ook ongerijmd dat de nationale rechter bij vergelijkbare grondrechten wel aan verdragen en het recht van de Europese Unie mag toetsen, maar niet aan de nationale Grondwet. Aan opheffing ook van het toetsingsverbod aan de bepalingen over sociale grondrechten zitten wat mij betreft nog teveel haken en ogen. Laten we eerst maar ervaring opdoen met de klassieke grondrechten. Sociale grondrechten kunnen overigens wel

---

<sup>4</sup> Tweede Kamer, vergaderjaar 2021-2022, 35 925 VII, nr. 169.

<sup>5</sup> Brief van de president van en de procureur-generaal bij de Hoge Raad, te vinden op de website van de Hoge Raad.

<sup>6</sup> Brief van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, te vinden op de website van de Raad van State.

<sup>7</sup> Brief van de voorzitter van de Raad voor de rechtspraak, te vinden op de website van de Raad voor de rechtspraak.

<sup>8</sup> Wet van 25 februari 2009 (Stb. 2009, 120), ingetrokken bij brief van de overnemende initiatiefnemer van 18 september 2018 (Tweede Kamer, vergaderjaar 2018-2019, 32 334, nr. 12).

<sup>9</sup> In het bijzonder, maar zeker niet uitsluitend, in het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten.

<sup>10</sup> Waaronder het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

een rol spelen bij de uitleg en de toepassing van klassieke grondrechten en zullen daarom toch wel een eigen plaats krijgen in de praktijk van de constitutionele toetsing. Het borgen dat de interinstitutionele bepalingen worden nageleefd ligt wat mij betreft bij de andere staatsmachten zelf.

Maar hiermee zijn we er als het gaat om de omvang van de constitutionele toetsing (hier gebruikt in de ruime betekenis) wat mij betreft nog niet. Volgens de vaste rechtspraak van de hoogste Nederlandse rechters, die in een uitspraak van 1 maart 2023 van (de grote kamer van) de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State nog eens is bevestigd<sup>11</sup>, volgt uit het toetsingsverbod in artikel 120 van de Grondwet ook dat de rechter een wet in formele zin niet mag toetsen aan algemene rechtsbeginselen en (ander) ongeschreven recht, waaronder het vertrouwensbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. Dat geldt ook voor de toepassing van een wet in formele zin in een concreet geval, tenzij in het concrete geval sprake is van bijzondere omstandigheden die door de wetgever bij zijn afweging niet of niet ten volle zijn verdisconteerd. In die uitspraak wordt uitdrukkelijk overwogen dat dit allemaal zo is “bij de huidige stand van de rechtsontwikkeling” en wordt de wetgever min of meer uitgenodigd om (ook) deze beperkingen op te heffen. Ik hoop van harte en bepleit ook dat de wetgever deze uitnodiging nu aanvaardt. Niet omdat de rechter het beter weet of beter wil weten dan de wetgever. Maar in de eerste plaats omdat de wetgever soms, onbewust of meer of minder bewust, wetten tot stand brengt die in de ongunstige betekenis van dat begrip grensoverschrijdend zijn. Een bekend en berucht voorbeeld is de situatie die aan de orde was in het Harmonisatiewet-arrest van de Hoge Raad van 14 april 1989<sup>12</sup>. De betrokken wettelijke bepalingen waren naar het oordeel van de Hoge Raad duidelijk in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel, maar de Hoge Raad kon daar niet “aankomen”. Het is belangrijk om te zien dat het enkele opheffen van het toetsingsverbod aan de klassieke grondrechten hier niet zou hebben gebaat. Dat geldt ook voor de wetten in formele zin die aan de orde waren in de toeslagenaffaire. Alleen toetsing aan het evenredigheidsbeginsel had daar (mogelijk) uitkomst kunnen bieden. Een beroep op de toeslagenaffaire ter onderbouwing van de noodzaak van constitutionele toetsing is daarom tegelijkertijd een pleidooi voor het mogelijk maken van toetsing aan algemene rechtsbeginselen en (ander) ongeschreven recht. En in de tweede plaats omdat de toepassing in een concreet geval van een op zichzelf rechtmatige dwingende wetsbepaling in een specifieke individuele situatie toch in strijd kan zijn met een algemeen rechtsbeginsel of (ander) ongeschreven recht, ook als het gaat om omstandigheden die door de wetgever wel zijn verdisconteerd. Alleen op die manier kan, bijvoorbeeld, worden voorkomen dat een dwingende wetsbepaling die op zichzelf niet in strijd is met het evenredigheidsbeginsel, in een specifiek individueel geval niettemin onnodig harde gevolgen heeft. Aldus wordt “contra-legemtoepassing” of “contra-legemwerking” van algemene rechtsbeginselen en ander ongeschreven recht, anders dan onder het huidige recht, ook bij wetten in formele zin<sup>13</sup> altijd mogelijk. Het voorgaande is naar mijn mening een zinvolle toevoeging aan het stelsel van “checks and balances” tussen de staatsmachten, waarvan ook een preventieve werking zal uitgaan. Ik zie geen reden om te vrezen dat de rechter anders dan uiterst spaarzaam van deze (toetsings)bevoegdheden gebruik zal maken.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> ECLI:NL:RVS:2023:772.

<sup>12</sup> ECLI:NL:HR:1989:AD5725.

<sup>13</sup> Voor algemeen verbindende voorschriften die geen wet in formele zin zijn volgt dit uit de uitspraak van (de grote kamer van) het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 26 maart 2024 (ECLI:NL:CBB:2-24:190).

<sup>14</sup> Bijkomend, ook praktisch, voordeel is dat hiermee de verdisconteringsrechtspraak overbodig wordt.

Ik bepleit daarom om in de Grondwet op te nemen dat wettelijke voorschriften geen toepassing vinden<sup>15</sup> indien deze toepassing niet verenigbaar is met ongeschreven algemene rechtsbeginselen of ander ongeschreven recht.<sup>16</sup>

### De institutionele vormgeving van constitutionele toetsing

De volgende vraag is die naar de institutionele vormgeving van deze constitutionele toetsing.

Het vorige kabinet en de rechtspraak waren het erover eens dat constitutionele toetsing gespreid (dat wil zeggen: door de bestaande gerechten en in elke fase van de rechtsgang) kan en moet plaatsvinden<sup>17</sup>. Buiten enige twijfel op instigatie van Nieuw Sociaal Contract en geïnspireerd door de initiatiefnota-Omtzigt<sup>18</sup> wordt in het hoofdlijnenakkoord en het regeerprogramma echter onomwonden gekozen voor geconcentreerde toetsing bij een in te stellen constitutioneel hof. Dat is een onnodige en onwenselijke koerswijziging.

Het is mij overigens opgevallen, en dat stoort me, dat pleitbezorgers van een constitutioneel hof ons vrijwel altijd voorspiegelen dat constitutionele toetsing een constitutioneel hof vereist. Dat is niet zo. Dat Nederland een van de weinige landen in de Europese Unie is zonder constitutioneel hof is feitelijk juist<sup>19</sup>, maar dat gegeven levert geen zelfstandig argument op voor het instellen van een constitutioneel hof bij invoering van constitutionele toetsing. Voorstanders van een constitutioneel hof willen ook nog wel eens verwijzen naar het *United States Supreme Court*. Dat is echter geen constitutioneel hof, maar de top van de federale rechterlijke macht van de Verenigde Staten, die verder bestaat uit *United States Courts of Appeal* en de *United States District Courts*. Al deze gerechten “doen” aan constitutionele toetsing. Van geconcentreerde toetsing is dus geen sprake.

### *Waarom is het instellen van een constitutioneel hof onnodig?*

In de initiatiefnota-Omtzigt wordt als een van de, overigens niet concreet onderbouwde, argumenten voor geconcentreerde toetsing genoemd dat de gewone rechter daarvoor niet zou zijn toegerust. Dat is geen geldig argument. Alle gerechten “doen” nu al aan constitutionele toetsing (hier gebruikt in de ruime betekenis). Zij kunnen immers toetsen of een algemeen verbindend voorschrift dat geen wet in formele zin is, in strijd is met de Grondwet. Dat geldt ook voor de toepassing daarvan. Ook waar de gerechten op grond van artikel 94 van de Grondwet toetsen of een wettelijk voorschrift (een wet in formele zin of een ander algemeen verbindend voorschrift) geen toepassing kan vinden vanwege strijd met eenieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, “doen” zij aan constitutionele toetsing. Dergelijke bepalingen maken immers deel uit van de Nederlandse constitutie, die meer omvat dan alleen de Grondwet. In de praktijk is bij dit alles niet gebleken

---

<sup>15</sup> Deze terminologie ontleen ik aan artikel 94 van de Grondwet, dat betrekking heeft op de situatie dat een wettelijk voorschrift of de toepassing ervan onrechtmatig is vanwege strijd met eenieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

<sup>16</sup> Voor een dieper gaande beschouwing over dit onderwerp verwijs ik naar het advies van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 23 juli 2024 over de consultatieversie van het wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, te vinden op de website van het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Daarin wordt betoogd dat de weg van wijziging van de Grondwet beter is dan die van de daarin voorgestelde wijziging van artikel 3:4, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht.

<sup>17</sup> Ik verwijs naar de documenten in de noten 4 tot en met 7.

<sup>18</sup> Initiatiefnota van het lid Omtzigt over tien voorstellen ter verbetering van de constitutionele toetsing (Tweede Kamer, vergaderjaar 2022-2023, 36 344, nr. 2).

<sup>19</sup> En in de huidige situatie ook voor de hand liggend.

van problemen en ook niet dat daarvoor andere kennis, ervaring en vaardigheden zijn vereist dan bij rechterlijke oordeelsvorming in het algemeen.

Het argument dat bij gespreide toetsing het risico op uiteenlopende rechtspraak van de hoogste rechters<sup>20</sup> (te) groot is, kan worden gerelativeerd. Het is nu al zo dat er nogal wat rechtsvragen zijn waarover rechtspraak van twee of meer van de hoogste Nederlandse rechters mogelijk is. In de laatste tien tot vijftien jaren hebben de wetgever en de hoogste rechters zelf een goed instrumentarium voor het verzekeren van de rechtseenheid tot stand gebracht. Dat heeft ertoe geleid dat er niet of nauwelijks nog sprake is van divergentie tussen de hoogste rechters. Dat zal bij constitutionele toetsing niet anders zijn. Ik weet bovendien uit jarenlange eigen ervaring dat de individuele rechters en de hoogste rechterlijke colleges als geheel zich daarvan heel goed bewust zijn. Het ontstaan van rechtsonzekerheid door divergerende rechtspraak van lagere rechters kan in belangrijke mate worden voorkomen door in alle categorieën zaken het stellen van prejudiciële vragen aan de bevoegde hoogste rechter mogelijk te maken.

*Waarom is het instellen van een constitutioneel hof onwenselijk?*

In de eerste plaats omdat het grote risico van politisering bestaat. In nogal wat landen die een constitutioneel hof hebben, is en wordt gestreden over de samenstelling en over het benoemingsrecht. Moeten er alleen “echte” rechters in of ook politici, wetenschappers of vertegenwoordigers van “het volk”. Ligt het primaat bij de benoemingen bij “de politiek” of bij de rechterlijke macht of bij de kiezer? Benoemingen kunnen afhankelijk worden van wisselende politieke meerderheden en van het verwerven van de kiezersgunst. Dat zet de onafhankelijkheid en de onpartijdigheid van de leden van een constitutioneel hof onder druk en bedreigt de kwaliteit van de rechtspraak. Het vergroot ook het risico dat een constitutioneel hof een nieuw instrument wordt in de toch al (te) ver gaande juridisering van het politieke discours.

Een tweede wezenlijk bezwaar is dat een keuze voor concentratie van de constitutionele toetsing bij één institutie noodzakelijkerwijs meebrengt dat als in een procedure bij een van de “gewone” gerechten, met inbegrip van de hoogste rechters, strijdigheid met de Grondwet wordt opgeworpen (en dat zal vaak gebeuren), dat gerecht die rechtsvraag door middel van een prejudiciële verwijzing ter beantwoording moet overdragen aan het constitutionele hof. Dat zal, zeker bij de te verwachten grote aantallen, leiden tot een aanzienlijke vertraging in de afdoening van zaken. Dat moet echt worden voorkomen. Ik heb in Oostenrijk gezien tot welke gevolgen zo’n stelsel leidt. Veel procedures bij het *Bundesgerichtshof* en het *Verwaltungsgerichtshof* (de hoogste rechters) duren daardoor onnodig lang.

Deze twee bezwaren van principiële aard zijn wat mij betreft al voldoende om van een constitutioneel hof af te zien.

Daarnaast zijn er verschillende controversiële, complexe en politiek beladen vragen die beantwoord moeten worden.

Wat moet bijvoorbeeld de plaats van een constitutioneel hof in ons staatsbestel en onze rechterlijke organisatie zijn? Wordt het een tot de rechterlijke macht behorend gerecht, een

---

<sup>20</sup> De Hoge Raad, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

eigensoortig gerecht of misschien zelfs een Hoog College van Staat?<sup>21</sup> Welk ministerie is (primair) verantwoordelijk voor een constitutioneel hof (Justitie en Veiligheid of Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties)? En hoe wordt de interne organisatie, met inbegrip van het toezicht, geregeld?

Een andere “systeemvraag” is of het mogelijk moet zijn om ook buiten procedures bij de “gewone” rechter om vragen aan het constitutioneel hof voor te leggen en, zo ja, door wie dan.

En dan zijn er ook nog de nodige technische en praktische complicaties.

Onvermijdelijk zullen zich afbakenings- en samenloopvragen voordoen. In veel gevallen zal worden bepleit dat er strijd is met de Grondwet, een verdrag en het recht van de Europese Unie. Wat de moet de (hoogste) “gewone” rechter dan doen: prejudicieel verwijzen naar het constitutioneel hof, een advies vragen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens<sup>22</sup> of prejudicieel verwijzen naar het Hof van Justitie van de Europese Unie? En wat als daar een geschil over ontstaat?

Het lijkt, ter voorkoming van overbelasting van het constitutioneel hof, nodig om wettelijk te regelen dat de “gewone” gerechten een zaak niet hoeven te verwijzen naar het constitutioneel hof als het gaat om een rechtsvraag die door het constitutioneel hof eerder al is beantwoord (“acte éclairé”) of waarop het antwoord op voorhand duidelijk is (“acte clair”). Ook over de vraag of dat zo is, kunnen weer geschillen ontstaan. Nog krasser wordt het als in de wet zou worden geregeld dat de “gewone” rechter niet hoeft te verwijzen als een zaak spoedeisend is. Ik heb in Suriname gezien wat daarvan het gevolg kan zijn. De “gewone” gerechten verwijzen daar zelden een zaak naar het *Constitutioneel Hof van de Republiek Suriname*.

#### Afzonderlijke wetsvoorstellen wenselijk

Gelet op de geschiedenis van de gedachtevorming over een constitutioneel hof in Nederland en op het gegeven dat de vier betrokken partijen elkaar hun “speeltje(s)” lijken te (moeten) gunnen, is duidelijk dat het kabinet het voornemen om een constitutioneel hof in te stellen doorzet. Daarvan uitgaande pleit ik er met klem voor om de omvang van de constitutionele toetsing en de institutionele vormgeving ervan in twee afzonderlijke wetsvoorstellen onder te brengen. Zo kan worden voorkomen dat als er in de eerste of in de tweede parlementaire lezing niet de vereiste meerderheid voor het instellen van een constitutioneel hof blijkt te zijn (en die kans acht ik reëel), ook de wetgeving over de breed gewenste constitutionele toetsing aan (in elk geval) de klassieke grondrechten de eindstreep niet haalt. Dat moet worden voorkomen. Daar komt bij dat het aannemelijk is dat de behandeling van een wetsvoorstel dat alleen gaat over de omvang van de constitutionele toetsing, betrekkelijk snel de wetgevingsprocedure zal kunnen doorlopen.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Bij het beantwoorden van die vraag moet de wetgever zich (ook) bewust zijn van artikel 112, tweede lid, van de Grondwet.

<sup>22</sup> Op grond van Protocol 16 bij het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden.

<sup>23</sup> In de “procesbrief” van 17 september 2024 staat “Of deze voorstellen in één wijzigingsvoorstel of twee afzonderlijke wetsvoorstellen worden vervat, is een keuze waarover het kabinet zich nog buigt.”

## Slot

Ik hoop dat ik u met deze uiteenzetting ervan heb overtuigd dat constitutionele toetsing echt moet en een constitutioneel hof echt niet. Maar meer nog hoop ik dat deze uiteenzetting eraan bijdraagt dat “de politiek” daarvan breed overtuigd raakt!