ADVIES

inzake

Voorstel van wet van het Tweede-Kamerlid 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

---

Inleiding

1. Het Tweede-Kamerlid mevrouw Halsema heeft de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) om advies gevraagd over het initiatiefwetsvoorstel tot wijziging van de Grondwet, strekkende tot de introductie van de verplichting voor de rechter wetten te toetsen aan een aantal bepalingen van de Grondwet[1].
   Voorts heeft de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal aan de Raad voor de rechtspraak verzocht advies over dit initiatiefvoorstel uit te brengen. De NVvR en de Raad voor de rechtspraak hebben besloten naar aanleiding van deze beide verzoeken hierbij gemeenschappelijk advies uit te brengen. Het onderhavige advies is voorbereid door leden van de vereniging en vertegenwoordigers van de gerechten.

Voorstel

2. In het initiatiefwetsvoorstel wordt voorgesteld om de rechter de bevoegdheid te verlenen formele wetten te toetsen aan een aantal, in een nieuw tweede lid van artikel 120 Grondwet te noemen, klassieke grondrechten. Gekozen wordt daarbij voor een systeem van gespreide toetsing, dat wil zeggen dat elke rechter de toetsingsverplichting toekomt, waarbij de gescheiden rechtsgangen met hun afzonderlijke hoogste rechtscolleges in stand worden gelaten.
   Naast het initiatief wetsvoorstel hebben de NVvR en de Raad voor de rechtspraak (onder andere ter vergelijking) kennis genomen van de nota van het vorige kabinet "Constitutionele toetsing van formele wetten (verder te noemen de kabinetsnota)[2]".
   Met uitzondering van enkele artikelen uit de Grondwet, welke in het initiatiefwetsvoorstel wel en in de kabinetsnota niet als toetsbaar worden opgenomen, komen het initiatiefwetsvoorstel en de genoemde kabinetsnota in hoofdlijnen overeen.

Commentaar

3. De NVvR en de Raad voor de rechtspraak hebben met waardering kennisgenomen van het initiatiefwetsvoorstel met de daarbij behorende Memorie van Toelichting.
   Op adequate en informatieve wijze wordt in de laatste een overzicht gegeven van het verloop van de discussie rondom het toetsingsverbod.
   Daarnaast worden de argumenten voor en tegen de constitutionele toetsing, en de gevolgen daarvan, op een heldere wijze uiteen gezet.
   In het wetsvoorstel blijft het verbod van toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet als zodanig bestaan. Dit heeft, zoals aan het slot van het algemene deel van de toelichting op het wetsvoorstel wordt onderkend, tot gevolg gehad dat een toetsing van formele wetgeving door de rechter aan de zogenaamde sociale grondrechten in de

[1] Het initiatiefwetsvoorstel is inmiddels bekend onder kamernummer 28 331;
[2] Tweede kamer, vergaderjaar 2001-2002, 28 355, nr.2;

Grondwet, aan bepalingen in de Grondwet die de organisatie van de staatsinrichting betreffen en aan ongeschreven rechtsbeginselen niet mogelijk zal zijn. De Hoge Raad en de P.-G bij dat college hebben reeds eerder geadviseerd het toetsingsverbod slechts op te heffen voor een aantal (klassieke) grondrechten[3]. De NVvR en de Raad voor de rechtspraak sluiten zich bij dat advies aan.
De keuze in het initiatiefwetsvoorstel om een toetsing door de rechter aan bepaalde (klassieke) grondrechten mogelijk te maken wordt door de NVvR en de Raad voor de rechtspraak positief ontvangen. De rechtstatelijke anomalie dat de rechter thans wel gehouden is formele wetten aan ieder verbindende verdragsbepalingen te toetsen (op grond van artikel 94 van de Grondwet), maar toetsing van die wetten aan met die verdragsbepalingen verwante bepalingen van de Grondwet achterwege moet laten, wordt hiermee opgeheven. De NVvR en de Raad voor de rechtspraak hechten er aan dat daardoor het belang van overeenstemming van formele wetten met de Grondwet, ook bij de voorbereiding van formele wetten, wordt geaccentueerd, waardoor het gezag van de Grondwet zal toenemen. Voorts vertonen in de Grondwet opgenomen klassieke grondrechten een zekere, zij het beperkte, meerwaarde ten opzichte van de in de verdragen opgenomen grondrechten. Weliswaar is deze meerwaarde van een toetsing aan grondwettelijke bepalingen beperkt in verhouding tot de toetsing aan een ieder verbindende verdragsbepalingen die naar geldend recht reeds plaatsvindt (artikel 94 Grondwet). Daartegenover staat echter dat het wetsvoorstel ertoe kan bijdragen dat in publicaties en pleidooien meer dan nu het geval is aandacht zal worden besteed aan de verenigbaarheid met de Grondwet. Bovendien is er een zekere meerwaarde te onderkennen.
De NVvR en de Raad voor de rechtspraak bespreken hieronder deze zekere meerwaarde van de constitutionele toetsing, de voorgestelde gespreide toetsing en de gevolgen voor de ambtsuitoefening. Verder gaan de NVvR en de Raad voor de rechtspraak in op enkele artikelen uit de grondwet waaraan al dan niet zou kunnen worden getoetst. Tenslotte komt kort het overgangsrecht ter sprake.

4. De meerwaarde van het initiatiefwetsvoorstel en het behoud van internationale rechtseenheid

Sedert de introductie van artikel 94 in de Grondwet is verdragstoetsing mogelijk. Sindsdien zijn allerlei met de Grondwet corresponderende individuele vrijheidsrechten voortspruitende uit de internationale verdragen op effectieve wijze beschermd. Met name het EHRM interpreteert op een extensieve wijze de verdragsbepalingen van het EVRM, hetgeen rechtstreeks doorwerkt in het Nederlandse rechtsstelsel. Voorts kan de rechter indirect invulling geven aan een aantal grondrechtelijke waarden door de interpretatie van de in de wet opgenomen open normen, zoals bijvoorbeeld de redelijkheid en billijkheid, de goede trouw of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het blijft in dit verband de vraag wat de meerwaarde van constitutionele toetsing is.
Onder andere in paragraaf 3.1 van de Memorie van Toelichting wordt nader ingegaan op de meerwaarde van de constitutionele toetsing. Aangegeven wordt daar dat de waarde van de Grondwet ten opzichte van verdragsgrondrechten niet mag worden onderschat, daar het EVRM en andere mensenrechtenverdragen minimumnormen behelzen. Tevens wordt daar in dit verband aangegeven dat de constitutionele toetsing ook recht doet aan het vertrouwen in de integriteit van de Nederlandse rechtspraak.
Ook in de kabinetsnota wordt in paragraaf 5 sub b de meerwaarde van toetsing aan de nationale grondrechten besproken. Daar wordt gewezen op de clausule uit hoofdstuk 1 van de Grondwet waarin is opgenomen “behoudens ieders verantwoordelijkheid voor de wet”(in de Grondwet staat “volgens de wet”). In de corresponderende bepalingen in de internationale verdragen is een dergelijke bepaling niet opgenomen, aldus de kabinetsnota. Daarnaast wordt er daar gewezen op de artikelen 7, 8 en 12 van de Grondwet, welke artikelen een duidelijke meerwaarde vertegenwoordigen.

[3] Advies nr. 96 d.d. 31 oktober 1991 en advies nr. 110 d.d. 11 november 1997;

De NVvR en de Raad voor de rechtspraak delen niet de vrees van hen die menen dat toetsing aan de nationale grondrechten, naast de reeds bestaande toetsing aan in verdragen als het EVRM gewaarborgde grondrechten de internationale rechtseenheid, die met de betrokken verdragen wordt beoogd, in gevaar zou kunnen brengen. Hier geldt, dat de verdragen waarom het hier gaat, slechts in zoverre internationale rechtseenheid beogen dat zij een *minimum* standaard voorschrijven. Zij laten de deelnemende staten vrij intern een hogere standaard te hanteren[4]. Of het thans voorliggende wetsvoorstel ertoe zal leiden dat de Nederlandse rechters op het gebied van de klassieke grondrechten in de Grondwet op onderdelen inderdaad een hogere standaard zullen gaan hanteren dan de internationale rechtscolleges, is niet met zekerheid te voorspellen. De huidige toetsing door de rechter aan de Grondwet van voorschriften van materiële wetgeving, zoals gemeenteraadsverordeningen en dergelijke, doet niet vermoeden dat hier ingrijpende veranderingen te verwachten zijn.

5. Gespreide toetsing

Gekozen is in het initiatiefwetsvoorstel voor het systeem van de gespreide toetsing, dat wil zeggen dat de toetsing gaat behoren tot de taakuitoefening van iedere rechter die in een concreet geschil wordt geconfronteerd met mogelijke strijdigheden tussen een wet en een artikel uit de Grondwet. In de bij het initiatiefwetsvoorstel behorende Memorie van Toelichting worden diverse argumenten besproken die van doorslaggevend belang zijn voor deze keuze. Voorop staat hier dat de gespreide toetsing past in het bestaande rechtsstelsel waarbij iedere rechter lagere rechtsnormen toetst aan het internationale recht.
De NVvR en de Raad voor de rechtspraak ondersteunen de keuze voor de gespreide toetsing, onder meer daar rechters thans al zijn belast met de toetsing van lagere wetgeving aan de Grondwet. Daarnaast past dit stelsel (met name gezien de verwevenheid tussen de Grondwet en de verdragsgrondrechten) goed naast het stelsel van gespreide toetsing aan de internationale verdragen. Op de argumenten voor en tegen gespreide toetsing is de Hoge Raad in de in noot 2 genoemde adviezen uitgebreid ingegaan. De NVvR en de Raad voor de rechtspraak sluiten zich daarbij aan.
De NVvR en de Raad voor de rechtspraak adviseren wel in dit geval (in het licht van artikel 6 van het EVRM) om in de Memorie van Toelichting specifieke aandacht te schenken aan de speciale positie van de Raad van State en de aldaar aanwezige combinatie van rechtspraak en advisering met betrekking tot wetgeving. Deze combinatie van bevoegdheden binnen één college zal na de introductie van de constitutionele toetsing alleen nog maar nijpender worden.

6. Gevolgen voor de ambtsuitoefening

De NVvR en de Raad voor de rechtspraak stellen dat het in de eerste plaats de verantwoordelijkheid van de wetgever zelf blijft, ervoor te zorgen dat de nationale wetgeving in overeenstemming is met de grondrechten en bepalingen in de Grondwet en met de in Nederland verbindende bepalingen van verdragen.
De voorgestelde constitutionele toetsing kan ertoe leiden dat de wetgever deze verantwoordelijkheid meer dan tot nu toe expliciet waarmaakt, omdat uitdrukkelijke beschouwingen in de toelichtende stukken over de vraag of wetsvoorstellen geen schending opleveren van de (klassieke) grondrechten, richting kunnen geven aan de toetsing die na de inwerkingtreding door de rechter zal kunnen plaatsvinden. In elk geval zal moeten worden voorkomen dat de wetgever zich van zijn verplichting om in dit opzicht zorgvuldig te werk te gaan, ontslagen acht omdat naderhand toch toetsing door de rechter zal kunnen plaatsvinden.
De NVvR en de Raad voor de rechtspraak zijn van mening dat niet behoeft te worden gevreesd voor ernstige maatschappelijke gevolgen van de in het wetsvoorstel beoogde toetsing.

[4] In gelijke zin: het advies van de Hoge Raad nr. 110, onderdeel 10;

Dergelijke gevolgen hebben zich bij de toetsing aan de mensenrechtenverdragen ook niet voorgedaan. In de praktijk blijkt de rechter zich van dergelijke gevolgen heel goed bewust te zijn, beschikt hij over voldoende adequate technieken en methoden om schokken in de rechtsontwikkeling of de maatschappij te voorkomen en maakt hij daar in de praktijk ook gebruik van, zoals door de Hoge Raad in de genoemde adviezen is uiteengezet.

7. Juridisch inhoudelijk commentaar

Vergelijking met het initiatief wetsvoorstel en de kabinetsnota leert dat het initiatief wetsvoorstel artikel 23 lid 2 wel opneemt in het nieuwe tweede lid van artikel 120 Grondwet, terwijl de kabinetsnota dit artikellid uitsluit van toetsing. De keuze om het mogelijk te maken om te toetsen aan artikel 23 lid 2 spreekt de NVvR en de Raad voor de rechtspraak aan.

De samenhang van dit fundamentele recht met de andere leden van dit artikel achten de NVvR en de Raad voor de rechtspraak niet zodanig dat toetsing aan dit lid achterwege zou moeten blijven. Ook het ontbreken van een pendant in het EVRM achten de NVvR en de Raad voor de rechtspraak geen sterk argument nu de politieke organen in de jaren 50 van de vorige eeuw zonder veel moeite hebben aangedurfd met het EVRM een hele catalogus van grondrechten waarbij toetsingsrecht werd ingevoerd, te accepteren zonder dat daarvoor enige precedent bestond.

Tenslotte adviseren de NVvR en de Raad voor de rechtspraak nog te voorzien in toetsing aan artikel 129 lid 1 Grondwet nu artikel 54 Grondwet ook is opgenomen.

8. Overgangsrecht

De NVvR en de Raad voor de rechtspraak adviseren de indiener van het initiatiefwetsvoorstel (bijvoorbeeld in de Memorie van Toelichting) nadere aandacht te schenken aan het overgangsrecht, nu ze constateren dat geen overgangsrecht is opgenomen. Dit brengt met zich mee dat de Grondwetswijziging zogeheten exclusieve werking zal hebben. In de Memorie van Toelichting is hieraan ten onrechte geen aandacht besteed. De NVvR en de Raad voor de rechtspraak ondersteunen de gemaakte keuze, nu de formele wetgeving in het verleden ook al aan de normen van de Grondwet en internationale verdragen diende te voldoen. Voorts is van belang dat als de voorgestelde Grondwetswijziging alleen zogeheten eerbiedigende werking zou hebben, de minder gelukkige situatie ontstaat dat bij wijziging van thans bestaande wetten alleen de gewijzigde (artikel) onderdelen aan de Grondwet getoetst zouden kunnen worden. Binnen een samenhangend regelcomplex kan dat ook tot ongewenste fricties leiden.

Den Haag, 22 november 2002

Namens het Hoofdbestuur van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak,

W. Tonkens - Gerkema,
voorzitter

Namens de Raad voor de rechtspraak,

A.H. van Delden