

Raad voor de rechtspraak  
PRO  
Postbus 90613  
2509 LP DEN HAAG

**Datum**  
8 april 2022

**Contactpersoon**  
J.M.E. Smilde

**Onderwerp**  
Overwegingen over constitutionele toetsing

Geacht college,

Op 12 januari 2022 presenteerde de Raad voor de rechtspraak het document “*De Grondwet. Wat kan de rechter ermee? Een verkenning van de verschillende vormen van rechterlijke constitutionele toetsing.* Via INTRO werd een ieder uitgenodigd hier nader over na te denken en gedachten te delen. De Wetenschappelijke Commissie (WeCo) van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) heeft een aantal overwegingen geformuleerd die aan de verdere discussie kunnen bijdragen. Het bestuur en de ledenraad van de NVvR zullen zich nog nader over het onderwerp buigen. Duidelijk is dat het onderwerp zich leent voor nadere bespiegelingen. De overwegingen van de WeCo zijn dan ook slechts een eerste aanzet tot verdere gedachtebepaling.

De WeCo overweegt het volgende:

Kort gezegd wordt voorgesteld dat elke individuele rechter mag toetsen aan de (klassieke) grondrechten die in de Grondwet zijn opgenomen. Dat is de kern van het advies in het genoemde document.

De WeCo is het daar geheel mee eens. Dit voorstel sluit namelijk het beste aan bij het bestaande stelsel van rechtsbescherming in Nederland. Dat stelsel houdt kort gezegd in dat elke rechter algemeen verbindende voorschriften mag toetsen op formele rechtsgeldigheid, aan algemene rechtsbeginselen en aan hoger recht, inclusief de Grondwet (waarbij overigens geen beperking geldt tot alleen de daarin opgenomen grondrechten). Dat kan zowel leiden tot onverbindend verklaring van een algemeen verbindend voorschrift als het in een concreet geval buiten toepassing laten van een algemeen verbindend voorschrift.

De uitzondering op deze toetsingsbevoegdheid betreft wetten in formele zin, die op grond van artikel 120 Grondwet van inhoudelijke toetsing zijn uitgezonderd. Een uitzondering die tegelijkertijd ook niet al teveel meer om het lijf heeft. De in de Grondwet opgenomen klassieke grondrechten zijn immers allemaal opgenomen in internationale verdragen en zijn daarmee bepalingen in de zin van artikel 93 Grondwet, waaraan elke Nederlandse rechter

wel mag toetsen. Daarnaast kennen we de zogenoemde “doorbraak”-jurisprudentie<sup>1</sup> die inhoudt dat een dwingendrechtelijke bepaling toch buiten toepassing gelaten kan worden op grond van een algemeen rechtsbeginsel (waaronder de beginselen van behoorlijk bestuur). Dat kan ook een wet in formele zin betreffen. De bestuursrechter past sommige materiële beginselen van behoorlijk bestuur (het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel) contra legem toe in concrete gevallen. De civiele rechter kan op grond van de redelijkheid en billijkheid de werking van wettelijke regels in concrete gevallen corrigeren.

De toetsing aan internationale, rechtstreeks werkende verdragsbepalingen als bedoeld in artikel 93 Grondwet kan volgens artikel 94 Grondwet alleen leiden tot buiten toepassing laten van een algemeen verbindend voorschrift (inclusief een bepaling uit een wet in formele zin). Maar de toetsing aan eenieder verbindende bepalingen in het EVRM verloopt volgens een vast toetsingsstramien, ontwikkeld door het EHRM, waarbij in stap 1 wordt nagegaan of er een voldoende deugdelijke wettelijke basis is voor en inbreuk op een beschermd recht of vrijheid (in wezen een rechtsgeldigheidstoets), in stap 2 de aanvaardbaarheid van de wettelijke regeling in abstracto wordt beoordeeld (toetsing op regelingsniveau) en in stap 3 de uitwerking van de wettelijke regeling op het individuele niveau (“individual and excessive burdens”). Als een wettelijke regeling in stap 2 onaanvaardbaar wordt bevonden, is de consequentie dat die regeling in geen enkel geval meer rechtmatig kan worden toegepast. Materieel komt dat neer op een onverbindend verklaring van de betrokken regeling.

Zo gezien hoeft er voor de invoering van constitutionele toetsing in dit stelsel inderdaad niet meer te gebeuren dan het bepalen dat de rechter ook wetgeving in formele zin mag toetsen aan de (klassieke) grondrechten, zoals voorgesteld in het initiatiefwetsvoorstel Halsema.

### **Nadere overwegingen**

Naar aanleiding van de in het document gestelde vragen maakt de WeCo nog de volgende opmerkingen:

De WeCo onderschrijft de wenselijkheid van constitutionele toetsing ter versterking van de rechtsbescherming van de burger in het individuele geval. Het is ook – en wellicht vooral – wenselijk omwille van de Grondwet zelf. Beroepsbeoefenaren zijn gewend aan toetsing van formele wetten aan het EVRM en het Grondrechtenhandvest, en weten dat je daarmee (ongeveer) hetzelfde kunt bereiken als met toetsing van formele wetten aan de Grondwet. Een en ander kan aanleiding geven tot de – onjuiste – gedachte dat de Grondwet er welbeschouwd niet heel erg toe doet. Toetsing aan de Grondwet zal niet vaker leiden tot het onverbindend verklaren of buiten toepassing laten van formele wetten, maar maakt vooral de Grondwet zelf belangrijker. Dat acht de WeCo hoogst relevant in deze roerige tijden. Daarmee wordt ook het streven versterkt dat de wetgever zich houdt aan de Grondwet en aan internationale bepalingen. De WeCo onderschrijft ook dat het vooral om toetsing aan de klassieke grondrechten gaat, maar wijst er wel op dat hier ook een spanningsveld ligt: het EHRM schaart bijvoorbeeld milieubescherming onder de klassieke grondrechten (artikel 8 EVRM), terwijl dat belang in de Grondwet eerder onder de sociale grondrechten valt.

De WeCo is het eens met de stelling dat de constitutionele toetsing bij iedere individuele rechter kan worden belegd, zoals hiervoor al vermeld. In een voorkomend geval kan een individuele rechter altijd beoordelen of een zaak zich leent voor het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad of, in overleg met partijen, voor prorogatie.

---

<sup>1</sup> Bijvoorbeeld HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679 (Bosentan)


Over de verdere modaliteiten van deze toetsing, waarop de vragen 4 tot en met 7 betrekking hebben, merkt de WeCo het volgende op:

Anders dan vraag 4 suggereert, is er volgens de WeCo geen tegenstelling tussen abstracte en concrete toetsing (zie hiervoor onder 2.1 en 2.3). Toetsing van een wet kan leiden tot de conclusie dat deze op regelingsniveau in strijd is met een klassiek grondrecht, zodat deze in geen enkele geval rechtmatig toegepast kan worden. Dat komt neer op abstracte toetsing en leidt tot onverbindendverklaring van de betreffende wettelijke bepaling of regeling.

Doorstaat de wet op regelingsniveau de toets, maar pakt de toepassing van de regeling in het concrete geval strijdig met een grondrecht uit, dan is het buiten toepassing laten in het concrete geval voldoende uit het oogpunt van rechtsbescherming. Er is geen noodzaak tussen beide opties te kiezen, omdat die nu al naast elkaar bestaan in het huidige stelsel van rechtsbescherming. De toetsing aan bepalingen in het EVRM verloopt langs die lijn volgens de rechtspraak van het EHRM: eerst wordt op regelingsniveau getoetst, daarna de uitwerking ervan in het concrete geval. Anders dan vraag 7 suggereert, hoeft er dus ook niet gekozen te worden tussen onverbindendverklaring of buiten toepassing laten; welke van de twee het wordt, hangt af van wat er mankeert aan de getoetste regeling. Nietigheid of vernietigbaarheid is sowieso niet aan de orde bij constitutionele toetsing, dat komt neer op onverbindendverklaring.

De WeCo is van mening dat in beginsel eenieder die belang heeft de rechter om constitutionele toetsing kan vragen, dus ook een belangenorganisatie op grond van artikel 3:305a BW. Een constitutioneel hof kan richting geven aan een bepaalde ontwikkeling, dat zullen individuele rechters niet doen, maar hun uitspraken kunnen wel maatschappelijke impact hebben. Soms kan een belangenorganisatie proberen van te voren een bepaalde regeling te blokkeren door middel van een kort geding bij de rechter. Dat leidt dan tot een toetsing ex ante, terwijl toetsing ex post naar de mening van de WeCo de voorkeur verdient, ook omdat dan niet alleen in abstracto (op regelingsniveau) kan worden getoetst, maar ook op het niveau van de concrete toepassing van de regeling in het individuele geval, zoals hiervoor uiteengezet. Per 1 januari 2020 zijn de ontvankelijkheidsvereisten voor het instellen van een collectieve actie aangescherpt. Het verdient aanbeveling om na te gaan of deze nieuwe vereisten de rechter in geval van constitutionele toetsing voldoende handvatten bieden.

De Wetenschappelijke Commissie van de NVvR,

  
prof. mr. Th. A. de Roos  
voorzitter