



Het toetsingsverbod gewogen

Een onderzoek naar de houdbaarheid van het verbod voor de rechter om formele wetgeving te toetsen aan de Grondwet.

Geert Olthuis

Universiteit Twente

Management & Bestuur

Bestuurskunde

Examencommissie

Mr. drs. M. Harmsen

Dr. M. Rosema

Het toetsingsverbod gewogen

Een onderzoek naar de houdbaarheid van het verbod voor de rechter om formele wetgeving te toetsen aan de Grondwet.

Bachelor opdracht

Naam: Geert Olthuis (s1020811)

Studie: Bestuurskunde, Universiteit Twente, Management & bestuur

Eerste begeleider: Mr. drs. M. Harmsen

Tweede begeleider: Dr. M. Rosema

Datum: 18 oktober 2013

Enschede

SAMENVATTING

Met de grondwetsherziening van 1848 werd er een bepaling opgenomen in de Grondwet die de rechter verbood om formele wetgeving te toetsen aan de Grondwet. Deze bepaling heeft vanaf het moment dat het werd opgenomen in de Grondwet veel discussie opgeleverd.

In deze scriptie worden de argumenten pro en contra rechterlijke toetsing opnieuw gewogen om de wenselijkheid van de handhaving van het toetsingsverbod te onderzoeken. Eerst wordt daarom onderzocht om welke redenen het toetsingsverbod in de Grondwet is opgenomen. Daarna zijn de argumenten die pleiten voor en tegen de instandhouding van het toetsingsverbod behandeld. Om het debat in een breder perspectief te plaatsen, en om de argumenten uit de Nederlandse toetsingsdiscussie kracht bij te zetten, beslaat een deel van deze scriptie een rechtsvergelijking met Frankrijk. Aan het einde van de scriptie zijn alle argumenten tegen elkaar afgewogen in een conclusie.

Uit het historisch analyse van de totstandkoming van het toetsingsverbod blijkt dat de tijd waarin deze bepaling werd opgenomen in de Grondwet gekenmerkt werd door de hoogachting van de onschendbaarheid van de wet, die een uitdrukking van de volkswil is. Na de grondwetsherziening van 1953 wordt het voor de rechter mogelijk om formele wetgeving te toetsen aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties; dit relativeert de onschendbaarheid van de wet. Dit leidt tot verschillende voorstellen voor de afschaffing van het toetsingsverbod en uiteindelijk tot de indiening van het initiatiefwetsvoorstel-Halsema in 2002.

Het rechtsgeleerde debat richtte zich tot aan de jaren '50 op het constitutionele-, rechtszekerheid-, democratische- en Trias politica argument. Het constitutionele argument wordt gebruikt tegen het toetsingsverbod, en stelt dat de Grondwet haar betekenis verliest als de rechter de wetgever niet op aan kan spreken op ongrondwettige wetgeving. Het rechtszekerheidsargument wordt, net als het democratische argument, en het Trias politica argument vaak gebruikt om het toetsingsverbod te verdedigen; de strekking van dit argument is dat rechterlijke toetsing de rechtszekerheid van de burger zou schaden doordat deze, tot aan een uitspraak van de rechter hierover, nooit zekerheid heeft over de grondwettigheid van de wet. Het democratische argument ziet de rechterlijke toetsing als een onwenselijke aantasting van de volkssoevereiniteit. Het Trias politica argument stelt dat rechterlijke toetsing een inbreuk maakt op het klassieke stelsel van de Trias politica.

Na de jaren '50 kwam er een wending in het debat door de introductie van het verdragsargument. Dit argument stelt dat rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan internationale verdragen al bij de grondwetsherziening van 1953 is mogelijk gemaakt; een beroep op de eerdergenoemde argumenten om het toetsingsverbod zijn sindsdien een gepasseerd station. Dit argument weegt zwaar in de beoordeling van de overtuigingskracht van de andere argumenten die in deze scriptie behandeld worden.

In de huidige toetsingsdiscussie wordt er ook op gewezen welke voordelen rechterlijke toetsing voor het Nederlandse staatsbestel zou kunnen hebben. Zo zou rechterlijke toetsing kunnen zorgen voor een opleving van de Grondwet, het zou voor een betere bescherming van de rechten van minderheden kunnen zorgen en zou de kwaliteit van wetgeving ten goede kunnen komen. De redenen voor de indiening van het wetsvoorstel-Halsema en de afschaffing van het toetsingsverbod in Frankrijk zijn voornamelijk te herleiden tot deze argumenten.

In de conclusie wordt gesteld dat het verdragsargument de handhaving van het toetsingsverbod op een overtuigende manier ter discussie stelt. De argumenten voor het toetsingsverbod hebben aan actualiteit ingeboet, en vormen niet langer voldoende reden om rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet tegen te houden. Bovendien kan rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet zorgen voor een opleving van de grondwet, betere bescherming van minderheden en de waarborging van de kwaliteit van wetgeving.

VOORWOORD

Deze scriptie is geschreven ter afsluiting van mijn bachelor Bestuurskunde aan de Universiteit Twente. Aanvankelijk wilde ik me richten op de het onderzoeken van de mate waarin de grondrechten door de wetgever in acht worden genomen bij de behandeling van een wetsvoorstel. Dit bleek echter moeilijk te operationaliseren en waarschijnlijk is het maar goed geweest dat mijn begeleider mr. drs. M. Harmsen me dit afgeraden heeft. Hoewel ik mijn onderzoeksvoorstel aan moest passen wilde ik toch graag over een juridisch onderwerp schrijven. Na goed overleg met mr. dr. Harmsen zijn we bij op het onderwerp van het toetsingsverbod gekomen.

Ik wil in de eerste plaats mr. drs. Harmsen dan ook hartelijk danken voor zijn bijdrage aan het vinden van een geschikt onderwerp voor mijn bachelor scriptie. Ook tijdens het proces van het schrijven heeft hij mij telkens de juiste richting gewezen door een gepaste kritische blik en een meedenkende houding. Ik wil dr. M. Rosema bedanken voor zijn behulpzame houding en dat hij mijn tweede begeleider wilde zijn.

Mijn ouders wil ik bedanken dat zij het voor mij mede mogelijk hebben gemaakt om te gaan studeren en mij hierin steunen. Ik wil mijn zus Dorien nog bedanken voor de laatste spellingcontrole die ze heeft gedaan. Als laatste wil ik overige familie en vrienden bedanken voor de belangstelling die zij toonden tijdens het afronden van mijn bachelor.

Geert Olthuis
Enschede, oktober 2013

INHOUDSOPGAVE

Samenvatting.....	4
Voorwoord.....	7
Hoofdstuk 1: Inleiding.....	13
1.1. Aanleiding.....	13
1.2. Probleemstelling.....	14
1.3. Onderzoeksvraag.....	14
1.4. Deelvragen.....	15
1.5. Opzet.....	15
1.6. Onderzoeksmethoden.....	15
1.7. Wetenschappelijke relevantie.....	15
Hoofdstuk 2: Het toetsingsverbod in historisch perspectief.....	17
2.1. Inleiding.....	17
2.2. Historische achtergrond.....	17
2.3. Grondwetsherziening 1848.....	18
2.4. Grondwetsherziening 1953.....	19
2.5. Grondwetsherziening 1983.....	20
2.6. Wetsvoorstel-Halsema.....	21
2.7. Behandeling wetsvoorstel-Halsema in het parlement.....	23
2.7.1. Behandeling Tweede Kamer.....	23
2.7.2. Behandeling Eerste Kamer.....	24
2.7.3. Kabinet.....	24
2.7.4. Actuele stand van zaken.....	25
2.8. Conclusie.....	25
Hoofdstuk 3: Toetsingsdiscussie van 1848 tot 2013.....	26
3.1. Inleiding.....	26
3.2. Het constitutionalisme van Thorbecke en Opzoomer.....	26
3.2.1. Thorbecke.....	26
3.2.2. Opzoomer.....	26
3.3. Beelaerts van Blokland.....	27
3.4. De pragmatische fase van Buys, De Savornin Lohman en Van der Burgh.....	27
3.4.1. Buys en De Savornin Lohman.....	27
3.4.2. Van der Burgh.....	28
3.5. Herleving van het ideologisch debat onder Krabbe en Struycken.....	28
3.5.1. Krabbe.....	28

3.5.2.	Struycken en Kranenburg.....	28
3.6.	Oud.....	29
3.7.	De fase van het verdragsargument.....	29
3.7.1.	Jeukens	29
3.7.2.	Prakke.....	30
3.8.	Conclusie	31
Hoofdstuk 4: Argumenten tegen rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet		32
4.1.	Inleiding.....	32
4.2.	Democratieargument	32
4.2.1.	Inleiding	32
4.2.2.	Voorstanders van het toetsingsverbod	32
4.2.3.	Tegenstanders van het toetsingsverbod	33
4.3.	Rechtszekerheidsargument.....	34
4.3.1.	Inleiding	34
4.3.2.	Voorstanders van het toetsingsverbod	34
4.3.3.	Tegenstanders van het toetsingsverbod	34
4.4.	Trias Politica argument.....	35
4.4.1.	Inleiding	35
4.4.2.	Voorstanders van het toetsingsverbod	35
4.4.3.	Tegenstanders van het toetsingsverbod	36
4.5.	Traditie-argument.....	37
4.5.1.	Inleiding	37
4.5.2.	Voorstanders van het toetsingsverbod	37
4.5.3.	Tegenstanders van het toetsingsverbod	37
4.6.	Incompetentie-argument	37
4.6.1.	Inleiding	37
4.6.2.	De voorstanders van het toetsingsverbod.....	38
4.6.3.	De tegenstanders van het toetsingsverbod.....	38
Hoofdstuk 5: Argumenten voor rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet.		40
5.1.	Verdragsargument	40
5.1.1.	Inleiding	40
5.1.2.	Voorstanders van rechterlijke toetsing	40
5.1.3.	Tegenstanders van rechterlijke toetsing.....	41
5.2.	Veranderde houding t.o.v. de wet argument.....	42
5.2.1.	Inleiding	42

5.2.2.	Voorstanders van rechterlijke toetsing	42
5.2.3.	Tegenstanders van rechterlijke toetsing.....	43
5.3.	Falende wetgever/slechte wetgeving argument.....	43
5.3.1.	Inleiding	43
5.3.2.	Voorstanders van rechterlijke toetsing	43
5.3.3.	Tegenstanders van rechterlijke toetsing.....	44
5.4.	Primaat van de grondrechten/bescherming van minderheden argument	45
5.4.1.	Inleiding	45
5.4.2.	Voorstanders van rechterlijke toetsing	45
5.4.3.	Tegenstanders van rechterlijke toetsing.....	45
5.5.	Opleving van de Grondwet argument	46
5.5.1.	Inleiding	46
5.5.2.	Voorstanders van rechterlijke toetsing	46
5.5.3.	Tegenstanders van rechterlijke toetsing.....	47
Hoofdstuk 6: Rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Grondwet in Frankrijk.....		48
6.1.	Inleiding.....	48
6.2.	Rechtelijke toetsing 1791-1958	48
6.3.	Rechterlijke toetsing 1958.....	49
6.4.	Institutionele wijziging 1974.....	50
6.5.	Invoering rechterlijke toetsing 2008.....	50
6.6.	Toetsingsdiscussie in Frankrijk.....	51
6.6.1.	Argumenten voor rechterlijke toetsing in Frankrijk.....	51
6.6.2.	Argumenten tegen rechterlijke toetsing in Frankrijk.....	52
6.7.	Conclusie	52
Hoofdstuk 7: Conclusie		53
7.1.	Inleiding.....	53
7.2.	Incompetentie-argument.....	53
7.3.	Traditie-argument	53
7.4.	Trias politica argument	54
7.5.	Rechtszekerheidsargument.....	55
7.6.	Democratieargument	55
7.7.	Veranderde houding t.o.v. de wet argument	56
7.8.	Het falende wetgever/slechte wetgeving argument	56
7.9.	Verdragsargument.....	56
7.10.	Opleving van de Grondwet argument.....	57

7.11. Bescherming van minderheden argument.....	57
7.2. Eindconclusie	58
Literatuurlijst.....	60

HOOFDSTUK 1: INLEIDING

1.1. AANLEIDING

Een anomalie, zo noemen de tegenstanders van het toetsingsverbod de bepaling in de Grondwet, (art.120) die het de rechter onmogelijk maakt om wetgeving in formele zin te toetsen aan de Grondwet.¹ Een anomalie in meerdere opzichten: enerzijds het toetsingsverbod als deel uit makend van een staatsrechtelijk systeem waarin rechterlijke toetsing van formele wetgeving al lang een plek heeft gevonden door de mogelijkheid voor de rechter om te toetsen aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen, anderzijds een anomalie omdat Nederland, met het toetsingsverbod, langzamerhand alleen komt te staan in de wereld. Volgens een survey van de VN zijn er nog maar vijf landen, waaronder Nederland, waar nog op geen enkele manier formele wetgeving door de rechter aan de Grondwet wordt getoetst.²

Het toetsingsverbod is in 1848 opgenomen in de Grondwet (art. 115; thans art. 120). Het achterliggende idee was dat het parlement soeverein is, en het primaat dient te hebben in het staatsbestel. Vanaf het moment dat het opgenomen werd in de Grondwet is het toetsingsverbod echter al onderwerp van discussie. Thorbecke, die een grote rol speelde bij het opstellen van de Grondwet, was een verklaard tegenstander van het toetsingsverbod. Sindsdien heeft dit onderwerp de gemoederen beziggehouden van staatsrechtgeleerden en politici. Vooral de grondwetsherziening van 1953, waarbij de Nederlandse rechter de mogelijkheid gegeven werd formele wetgeving aan internationale verdragen te toetsen, (de aanloop naar) de grondwetsherziening van 1983, het Harmonisatiewet-arrest en het wetsvoorstel-Halsema zorgden voor een opleving van de toetsingsdiscussie.

Tot het midden van de 20^e eeuw werd de toetsingsdiscussie geleid door de voorstanders van het toetsingsverbod.³ Echter toen, bij de grondwetsherziening van 1953, de rechter de mogelijk werd gegeven om ook formele wetgeving te toetsen aan internationale verdragen (art. 94 Grondwet) gingen er steeds meer stemmen op om het toetsingsverbod af te schaffen.⁴ Ook in de aanloop naar de grondwetsherziening van 1983, waarbij verschillende staatsrechtelijke vraagstukken opnieuw werden doordacht, werd serieus overwogen om het toetsingsverbod af te schaffen.⁵ Het Harmonisatiewet-arrest wordt wel het keerpunt in de discussie over het toetsingsverbod genoemd. Hoewel de Hoge Raad in dit arrest het toetsingsverbod handhaafde, werd door de uiteenzetting van de ontwikkeling in de rechtsopvattingen wel een signaal aan de wetgever gegeven om art. 120 van de Grondwet te heroverwegen.⁶

Begin jaren '90 leek dit signaal te worden opgepakt door de regering. In februari 1990 werd er op verzoek van de regering een Nota geschreven waarin de vraag centraal stond op welke wijze rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet (hierna: rechterlijke toetsing) zou moeten worden toegepast. Deze Nota werd ter advies voorgelegd aan de Raad van State, de Hoge

¹ Van Os 2008; Peters en Boogaard 2009, p. 4.

² Lambrecht 2012, p. 232.

³ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 331, nr. 3, p. 3.

⁴ Peters 2003, p. 19.

⁵ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 331, nr. 3, p. 4.

⁶ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 331, nr. 3, p. 7.

Raad en aan verschillende staatsrechtsgeleerden.⁷ Hoewel de adviezen eensluidend waren ten aanzien van de constatering dat opheffing van het toetsingsverbod past in de rechtsontwikkeling, besloot de regering om van het indienen van een voorstel tot wijziging van art. 120 Grondwet af te zien, omdat er verschil van inzicht bestond over de invulling van het toetsingsrecht.⁸ Ook de kabinetten Lubbers-III (1989-1994) en Kok I (1994-1998) hebben onderzocht welke vorm het toetsingsrecht moest krijgen, maar een voorstel tot wijziging werd door geen van beide kabinetten ingediend. Uiteindelijk is door een Tweede Kamerlid, Halsema, een initiatiefwetsvoorstel ingediend om de rechter de mogelijkheid te geven de formele wetgeving te toetsen aan de klassieke grondrechten.⁹

Op 16 april 2002 diende Halsema haar wetsvoorstel in. Nadat de Tweede Kamerfracties uitvoerig de pro's en contra's van het toetsingsverbod bediscussieerd hebben, tekende zich in de loop van de behandeling van het wetsvoorstel een meerderheid af in de Tweede Kamer. Op 14 oktober 2004 stemden, behalve het CDA, alle partijen in de Tweede Kamer voor het wetsvoorstel-Halsema. In de Eerste Kamer bleken meer reserves te bestaan; toch werd ook daar, zij het met een nipte meerderheid, op 1 december 2008 ingestemd met het wetsvoorstel. In lijn met de procedure voor wijziging van de Grondwet (art. 137 tot art. 142 Grondwet) kon Halsema na ontbinding van de Tweede Kamer, bij het samen komen van de nieuwe Tweede Kamer, haar wetsvoorstel indienen voor de tweede lezing.

In oktober 2010 kwam de nieuwe Tweede Kamer samen en kon het wetsvoorstel opnieuw worden ingediend; echter de behandeling van het wetsvoorstel laat nog steeds op zich wachten. Inmiddels ligt het wetsvoorstel al geruime tijd te verstoffen in de archieven van de Tweede Kamer. Dit is merkwaardig, omdat veel politici en staatsrechtsgeleerden voorstander zijn van het afschaffen van het toetsingsverbod. Bovendien vindt de roep, dat het toetsingsverbod een anomalie in het Nederlandse staatsbestel zou zijn, ook steeds meer weerklank. Zoals eerder vermeld, neemt Nederland ook steeds meer een uitzonderingspositie in ten opzichte van de rest van de wereld, door het toetsingsverbod te handhaven. Dit roept de vraag op: waarom is het toetsingsverbod nog steeds niet afgeschaft?

1.2. PROBLEEMSTELLING

Over het toetsingsverbod wordt al meer dan anderhalve eeuw gediscussieerd. Tot aan halverwege de 20^e eeuw zijn de belangrijkste argumenten uitvoerig behandeld door de staatsrechtsgeleerden die overwegend voorstander waren van het toetsingsverbod. In de laatste helft van de 20^e gaf de opkomst van het internationale recht een impuls aan het debat. Het toetsingsverbod werd sindsdien door steeds meer staatsrechtsgeleerden ter discussie gesteld, omdat formele wetgeving sinds de grondwetsherziening van 1953 getoetst mag worden aan internationale verdragen.¹⁰ Toch bestaat er zeker nog geen unanimitie onder staatsrechtsgeleerden en politici over het toetsingsverbod. Deze scriptie is gericht op het maken van een afweging tussen de pro's en contra's van het toetsingsverbod.

1.3. ONDERZOEKSVRAAG

⁷ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 331, nr. 3, p. 7.

⁸ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 331, nr. 3, p. 8.

⁹ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 331, nr. 2.

¹⁰ Peters en Boogaard 2009, p. 4.

In hoeverre is de grondwettelijke bepaling die toetsing door de rechter aan de Grondwet verbiedt, gerechtvaardigd?

1.4. DEELVRAGEN

Deze hoofdvraag wordt opgedeeld in vier deelvragen:

1. Wanneer en om welke redenen is het toetsingsverbod in de Grondwet opgenomen?
2. Welke argumenten pleiten voor de instandhouding van het toetsingsverbod?
3. Welke argumenten pleiten tegen de instandhouding van het toetsingsverbod?
4. Om welke redenen heeft Frankrijk in 2008 het toetsingsverbod afgeschaft?

In de eerste deelvraag wordt onderzocht welke overwegingen ten grondslag liggen aan de invoering van het toetsingsverbod. Dit is belangrijk, omdat op basis daarvan kan worden beoordeeld of de gebruikte argumenten nog actueel zijn. In de tweede en derde deelvraag wordt onderzocht wat de argumenten voor en tegen rechterlijke toetsing aan de Grondwet zijn. Dit is het hart van de scriptie, omdat het de belangrijkste bijdrage levert aan de beantwoording van de hoofdvraag. In de laatste deelvraag wordt ingegaan op de argumenten die in Frankrijk een rol speelden bij de afschaffing van het toetsingsverbod in 2008. Deze deelvraag draagt bij aan de beantwoording van de hoofdvraag, omdat een analyse van de argumenten voor afschaffing van het toetsingsverbod in Frankrijk de argumenten uit de Nederlandse toetsingsdiscussie kan versterken, of zelfs nieuwe perspectieven of oplossingen kan aandragen voor de Nederlandse toetsingsdiscussie.

1.5. OPZET

De scriptie bestaat uit zeven hoofdstukken. Het eerste hoofdstuk bevat de inleiding op de scriptie. In het tweede hoofdstuk zal het toetsingsverbod in een historisch perspectief geplaatst worden: de wetsgeschiedenis en het parlementaire debat over het toetsingsverbod worden geanalyseerd. In het derde hoofdstuk wordt de toetsingsdiscussie chronologisch behandeld aan de hand van vooraanstaande staatsrechtgeleerden van 1848 tot aan 2013. In het vierde hoofdstuk worden de argumenten tegen rechterlijke toetsing behandeld. In het vijfde hoofdstuk worden de argumenten voor rechterlijke toetsing behandeld. Het zesde hoofdstuk zal een rechtsvergelijking met Frankrijk bevatten, waar ingegaan wordt op de redenen waarom het toetsingsverbod in Frankrijk is afgeschaft. Het zevende hoofdstuk vormt de conclusie.

1.6. ONDERZOEKSMETHODEN

Het research design van deze scriptie is, zoals bij de meest scripties met een juridisch focus, een literatuurstudie. De volgende onderzoeksmethoden zijn gebruikt: literatuuronderzoek en documentanalyse. De gebruikte data voor het literatuuronderzoek zijn primaire bronnen en secundaire bronnen. De primaire bronnen bestaan uit wet- en regelgeving, verdragen en parlementaire stukken. De secundaire bronnen bestaan uit juridische handboeken, rechtswetenschappelijke artikelen en andere rechtswetenschappelijke teksten die reflecteren op rechterlijke toetsing.

1.7. WETENSCHAPPELIJKE RELEVANTIE

Het toetsingsverbod houdt de gemoederen van staatsrechtgeleerden sinds lange tijd bezig. Verschillende staatsrechtgeleerden hebben er zelfs hun proefschrift aan gewijd. Dit komt omdat het toetsingsverbod veel invloed heeft op de manier waarop ons staatsbestel is

opgebouwd. Het al dan niet invoeren van rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet verdient het daarom om rechtswetenschappelijk onderzocht te worden. Het moment waarop staatsrechtgeleerden opnieuw over dit onderwerp gaan schrijven, is wanneer zich ontwikkelingen voordoen, van welke aard dan ook, die van invloed zijn op de omstandigheden die voor of tegen het toetsingsverbod pleiten (bijvoorbeeld de invoering van rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan internationale verdragen). Ook bij de indiening van het wetsvoorstel-Halsema leefde de toetsingsdiscussie weer op. Opvallend is dat staatsrechtgeleerden naar aanleiding van het wetsvoorstel-Halsema vooral artikelen schreven die ingingen op één argument. Wanneer de toetsingsdiscussie echter gereduceerd wordt tot één argument, krijgt men een eenzijdig beeld van het debat. In deze scriptie wordt daarom gepoogd om een heldere weergave te geven van de toetsingsdiscussie die recht doet aan de onderlinge samenhang van de argumenten voor en tegen rechterlijke toetsing. Om het staatsrecht in het eigen land te verbeteren is het goed om het te vergelijken met het staatsrecht in andere landen. In de rechtswetenschappelijke literatuur over de toetsingsdiscussie wordt tegenwoordig echter bijna niet vergeleken met andere landen. Daarom wordt in deze scriptie een rechtsvergelijking met constitutionele toetsing in Frankrijk gemaakt.

HOOFDSTUK 2: HET TOETSINGSVERBOD IN HISTORISCH PERSPECTIEF

2.1. INLEIDING

In 1848 werd de Nederlandse grondwet ingrijpend herzien. De revoluties in Frankrijk en Duitsland noopten koning Willem II tot instemming met een democratisering van het staatsbestel. Belangrijke wijzigingen waren dat de ministers de verantwoordelijkheid voor het regeringsbeleid overnamen van de koning, en dat de Tweede kamer veel meer instrumenten kreeg om invloed uit te oefenen. Ook het toetsingsverbod is bij deze grondwetsherziening opgenomen in de Grondwet (art. 115). In de letterlijke tekst art. 115 lid 2 staat: 'de wetten zijn onschendbaar'¹¹ Het is van groot belang om te onderzoeken welke overwegingen aan de invoering van het toetsingsverbod ten grondslag liggen om te kunnen beoordelen of het toetsingsverbod gehandhaafd of afgeschaft zou moeten worden.

2.2. HISTORISCHE ACHTERGROND

Het opnemen van het toetsingsverbod in de grondwet kan niet los worden gezien van de historische achtergrond. Tot aan 1795 is rechterlijke toetsing helemaal niet ter sprake geweest.¹² Pas met de Franse bezetting vonden moderne ideeën over de staatsinrichting ingang in Nederland. Vooral de ideeën van Rousseau en de Montesquieu begonnen invloedrijker te worden. 'Volkssoevereiniteit en trias politica waren de godinnen van den dag' zo stelt Beelaerts van Blokland in zijn dissertatie over de onschendbaarheid van de wet.¹³ Bij de doorwerking van dit leerstelsel in de Grondwet in 1798 werd het vraagstuk van rechterlijke toetsing pas relevant.

In de Grondwet van 1798 was uit democratische overwegingen de rechter ondergeschikt aan de wetgevende macht. Van een vorm van rechterlijke toetsing was helemaal geen sprake. Toen de Grondwet van 1798 niet uitvoerbaar bleek heeft men in 1801 opnieuw een Grondwet opgesteld. Deze Grondwet bevatte een bepaling dat een Nationaal Syndicaat ingesteld diende te worden die een zaak kon aanbrenge bij het nationale gerechtshof, als het signaleerde dat er in strijd werd gehandeld met de Grondwet.¹⁴ Dit Nationaal Syndicaat had in de praktijk echter niet veel zeggenschap.¹⁵ Geruisloos verdween dit instituut in de Grondwet van 1805, en ook in de Grondwet van 1806 stond geen bepaling ter bescherming van de grondwettigheid van wetgeving.¹⁶

Bij de herwinning van de nationale onafhankelijkheid in 1813, kwam de soevereiniteit bij Willem I te liggen. In de grondwet van 1814 werd geregeld dat de koning regeerde in samenspraak met de Staten-Generaal. In deze Grondwet werd het de rechter niet vergund de wetgeving te toetsen aan de Grondwet, maar het werd ook niet verboden. Volgens Van Poelgeest zorgde het autocratische bewind van koning Willem I voor een klimaat waarin rechterlijke toetsing van wetten ook niet tot ontwikkeling kon komen.¹⁷ Ook werd de vraag naar rechterlijke

¹¹ Verkregen op 04-10-2013 van

<http://www.denederlandsegrondwet.nl/9353000/1/j9vvihlf299q0sr/vi7aaw8scynw>.

¹² Van Poelgeest 1991, p. 3.

¹³ Beelaerts van Blokland 1868, p. 125.

¹⁴ Van Houten 1997, p. 30.

¹⁵ Beelaerts van Blokland 1868, p. 155.

¹⁶ Beelaerts van Blokland 1868, p. 168.

¹⁷ Van Poelgeest 1991, p. 5.

toetsing tot aan 1848 nooit expliciet gesteld.¹⁸ Dit betekende in de praktijk dat staatsrechtsgeleerden en de rechtspraak het er over eens waren dat constitutionele toetsing de rechter niet toekomt.¹⁹

2.3. GRONDWETSHERZIENING 1848

In 1848 spoelde er opnieuw een golf van revoluties over West-Europa heen. Koning Willem II werd uit angst voor de revolutie in één nacht van een conservatief een liberaal.²⁰ Hij benoemde Thorbecke tot voorzitter van de grondwetscommissie, die bevoegd was hervormingen van het staatsbestel vast te leggen in de grondwet. Binnen een maand kon de grondwetscommissie een ontwerpgrondwet voorleggen; daarin werd nog niet voorgesteld om rechterlijke toetsing te verbieden. In november 1848 trad het kabinet-De Kempenaer-Donker Curtius aan om de grondwetsherziening uit te voeren. Hoewel het ontwerp, dat door de grondwetscommissie was opgesteld daar helemaal geen aanzet voor gaf, werd - vrij onverwacht -²¹ op voorstel van Minister van Justitie Donker Curtius een tweede lid toegevoegd aan art. 115 eerste lid: de wetten zijn onschendbaar.

In de Memorie van Toelichting op dit gedeelte van de ontwerpgrondwet maakt de toenmalige regering bekend wat zij bedoelen met deze bepaling: 'De onschendbaarheid der wetten heeft eene driedubbele beteekenis. Zij plaatst de wet boven alle bedenking; zij waarborgt haar tegen alle aanranding zoowel van de uitvoerende en rechterlijke magt, als van de plaatselijke autoriteiten, aan wie, alleen behoudens de wet, het vaststellen van plaatselijke verordeningen is toegekend.'²² Deze ontwerpgrondwet is vervolgens voorgelegd aan de commissie van Rapporteurs; de leden van de commissie stemden unaniem met de regering in 'dat zoolang de wetgeving niet tusschen beide treedt, de geldigheid der wetten boven alle bedenking verheven moet zijn, en dus ook geen andere macht in den Staat de bevoegdheid heeft, om eene bestaande wet, op grond van vermeende strijdigheid niet de Grondwet, of iets dergelijks, aan te randen.'²³ Wel was men kritisch over de formulering van de bepaling. Na uitleg van de regering is men hier echter niet verder op ingegaan.

Opvallend is dat, bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Staten-Generaal, er nauwelijks gediscussieerd is over deze bepaling. Ook de Tweede lezing in de Dubbele kamer, die bijeengeroepen was om de grondwetsherziening te beoordelen, leverde behalve de vraag naar de definitie van 'wetten', waaronder wetten afkomstig van Koning en Staten-Generaal gezamenlijk verstaan moest worden, niet veel commentaar op. Drie Kamerleden hebben er iets over gezegd: Storm en Albarda waren negatief over de bepaling en Stoel was uitgesproken positief.²⁴ De debatten concentreerden zich indertijd meer op het vraagstuk over de onschendbaarheid van de Koning en de ministeriële verantwoordelijkheid.²⁵ De indruk bestaat dat dit vraagstuk indertijd van groter belang werd gevonden dan het verbod van grondwettelijke toetsing door de rechter. Het geeft de indruk dat deze zaken van groter belang geacht werden en

¹⁸ Dölle en Engels 1989, p. 5; Van Houten 1997, p. 31; Beelaerts van Blokland 1868, p. 189.

¹⁹ Beelaerts van Blokland 1868, p. 189.

²⁰ Van Poelgeest 1991, p. 5.

²¹ Van Dommelen 2003, p. 18.

²² Handelingen van de Staten-Generaal over de Ontwerpen van Wet tot Herziening van de Grondwet 1847/48, p. 345, verkregen op 04-10-2013 van http://resource.sgd.kb.nl/SGD/18471848/PDF/SGD_18471848_0000222.pdf.

²³ *Kamerstukken II* 1847/48, XLIX, nr. 26, p. 482.

²⁴ Beelaerts van Blokland 1868, p. 206.

²⁵ Van Poelgeest 1991, p. 6.

daarom niet veel aandacht besteed is aan de bepaling 'De wetten zijn onschendbaar'. Het is daarom moeilijk te beoordelen op grond van de Kamerstukken welke motieven de regering had om deze bepaling in deze ontwerpgrondwet op te laten nemen.

Beelaert van Blokland citeert in dit verband Mr. J. M. de Kempnaer, lid van de grondwetscommissie, en minister van Binnenlandse Zaken ten tijde van de grondwetsherziening die de volgende woorden in de ministerraad heeft uitgesproken: 'De woorden, de wetten zijn onschendbaar, aan art. 115 der Grondwet toegevoegd, zijn van Mr. D. Donker Curtius afkomstig. Hij keurde het af wanneer rechters niet ex lege maar ex cerebrina quadam aequitate hunne uitspraken putteden; meer nog, wanneer zij zich boven den wetgever plaatsten, en in stede van recht te spreken tussen den men en zijnen naaste, zich opwierpen tot rechters over den wetgever, en zijne wetten beoordeelden en veroordeelden. Dikwerf hoorde ik hem zeggen: de rechterlijke tyrannie is de ergste van allen.' En: 'Met algemene stemmen werd het voorstel (opnemen van art. 115 lid 2: G.O.) door den Ministerraad aangenomen. Allen waren doordrongen van de noodzakelijkheid, om in een Grondwet die aan ieder gezag zijne bepaalde en juist afgebakende macht toedeelt, ook de grenzen der bevoegdheid van de rechterlijke macht aan te wijzen, en haar te beletten de wetgevende macht te overheersen. Met dit, en geen ander doel, zijn de bedoelde woorden in de grondwet geschreven.'²⁶

De motieven van de regering die deze bepaling heeft willen laten opnemen in de Grondwet zijn duidelijk. Allereerst komt naar voren uit de Memorie van Toelichting dat de onschendbaarheid van de wetten drie functies heeft: de wet wordt boven elke bedenking geplaatst, zij waarborgt de wet tegen aanranding van de uitvoerende en de rechterlijke macht en tegen inbreuk van de decentrale overheden, op de wetgeving. Later is door De Kempnaer meegedeeld dat de overwegingen die in de ministerraad ter sprake zijn geweest zich vooral richtten op de begrenzing van de bevoegdheden van de rechter, zodat haar zou worden belet te gaan heersen over de wetgevende macht. Volgens Stroink past de onschendbaarheid van de wet goed in de gedachtewereld van het negentiende-eeuwse West-Europa. Volgens hem vloeit deze gedachtegang rechtstreeks voort uit de eerder omschreven radicaaldemocratische traditie van de Franse revolutie.²⁷ Ook Jeukens herinnert ons eraan dat dat de onschendbaarheid van de wet tot ons kwam uit een tijd, 'welke gekenmerkt werd door een legistisch geloof in wet en wetgever'.²⁸ Hoewel ongetwijfeld het leerstelsel van de Trias Politica van Montesquieu ook van invloed geweest is op deze bepaling, is uit de verklaringen van de regering heel duidelijk af te leiden dat overwegend het eerder genoemde idee van volkssoevereiniteit doorwerkt in deze bepaling.

2.4. GRONDWETSHERZIENING 1953

De formulering 'de wetten zijn onschendbaar' bleef tot aan de grondwetsherziening van 1983 onveranderd in de Grondwet staan. Toch is het uiterst relevant voor de grondwetsgeschiedenis van het verbod op rechterlijke toetsing de grondwetsherziening van 1953 ook te noemen. In 1953 werd namelijk art. 65 (nu art. 94) in de Grondwet opgenomen. Dit artikel bepaalde dat bij strijd tussen internationale verdragen en de nationale wet, internationale verdragen de voorrang zouden moeten krijgen. Hiermee werd de onschendbaarheid van de wet, althans vanuit een internationaalrechtelijk perspectief, opgeheven. De wet is hiermee immers niet

²⁶ Beelaerts van Blokland 1868, p. 209,210.

²⁷ Stroink 1990, p. 14.

²⁸ Jeukens 1963, p. 14.

langer boven elke verdenking verheven. Stroink maakt hier terecht nog wel de kanttekening dat de Nederlandse regering ervan uit ging dat haar wetgeving in alle opzichten voldeed aan het EVRM.²⁹ Na verloop van tijd deden zich echter twee ontwikkelingen voor die het debat van rechterlijke toetsing in een ander licht zetten. Allereerst de ontwikkeling van de internationale rechtsorde die de onschendbaarheid van de wet relativeerde. Als tweede werd er steeds meer gezag toegekend aan grondrechten.

2.5. GRONDWETSHERZIENING 1983

In 1950 werd de staatscommissie-Van Schaik ingesteld die de opdracht had voorbereidingen te treffen om de verouderde grondwet te herzien. Deze algehele herziening vond plaats in 1983. Ter voorbereiding op de grondwetsherziening werd aan een werkgroep van staatsrechtsgeleerden gevraagd een advies uit te brengen over de vraag welke veranderingen in de Grondwet zouden moeten worden aangebracht.³⁰ Deze werkgroep heeft ook een advies uitgebracht over rechterlijke toetsing aan de Grondwet. De aanbevelingen van de werkgroep zijn opgetekend in 'Proeve van een nieuwe Grondwet' en aan de regering aangeboden in 1966.

De Proeve van een nieuwe Grondwet stelt voor het verbod op rechterlijk toetsing, voor wat betreft de grondrechten, af te schaffen. Als argument voeren de leden van de werkgroep aan dat het ongerijmd lijkt 'de burgers voor dit meerdere (nationale grondrechten bieden meer rechtsbescherming volgens de auteurs: G.O.) dat de grondwetsbepalingen bieden een beroep op de rechter te onthouden dat zij ten aanzien van schending van verdragsbepalingen door de wetgever bezitten.'³¹ De Hoge Raad en de Raad van State hebben advies gegeven over het voorstel. De Hoge Raad vond het voorstel aanvaardbaar, maar de Raad van State vond dat de onschendbaarheid van de wet moest worden aangehouden; alleen in een geval van volstreekte noodzaak zou inbreuk mogen worden gemaakt op het beginsel van onschendbaarheid.³²

De staatscommissie-Cals/Donner, (1967) die eveneens de regering moest adviseren over de grondwetswijzigingen, sloot zich aan bij het oordeel van de werkgroep. Aanvullende argumenten die de commissie aandroeg zijn dat rechterlijke toetsing de mogelijkheid schept om de vrijheidssfeer van de burger concreter te beschermen en de commissie wees er ook op dat er positieve ervaringen zijn opgedaan met het toetsen van lagere wetgeving aan de Grondwet. Een kleine minderheid van de leden was tegen het afschaffen van het toetsingsverbod, omdat zij niet overtuigd zijn door deze argumenten. Tevens wezen zij erop dat het primaat bij de politiek ligt en dat rechterlijke toetsing hier een inbreuk op maakt. De Hoge Raad was ook van mening dat rechterlijke toetsing niet aanvaardbaar is, omdat het de rechtszekerheid in gevaar zou brengen.³³

De regering wees echter de, door de commissie voorgestelde, bepaling af op grond van een verwijzing naar het rechtszekerheidsargument dat behandeld werd in de Memorie van Toelichting.³⁴ Nieuwe argumenten werden niet aangedragen. De Kamercommissie bleef aanvankelijk met de vraag zitten waarom de rechter wetten wel aan internationale verdragen, maar niet aan de Grondwet mag toetsen. Vooral de fracties van de KVP, ARP, CHU, PvdA en de

²⁹ Stroink 1990, p. 15; Van Poelgeest 1991, p. 11.

³⁰ Donner, Van der Hoeven en Jeukens 1966, p. 5.

³¹ Donner, Van der Hoeven en Jeukens 1966, p. 55.

³² Van Dommelen 2003, p. 21.

³³ Dölle en Engels 1989, p. 17.

³⁴ Kortmann 2008, p. 30.

PPR waren niet overtuigd door de argumentatie van de regering.³⁵ De memorie van antwoord is zeer kort: de regering herhaalde daarin haar eerder aangevoerde argumenten. In het plenaire debat werd er ook opvallend weinig gedebatteerd over het standpunt van de regering ten aanzien van het toetsingsverbod.

Kamerlid Van Mierlo probeerde met een alternatieve vorm van rechterlijke toetsing de pijnpunten weg te nemen van de tegenstanders van het toetsingsverbod. Zijn voorstel was om de Hoge Raad de bevoegdheid te geven om in gevallen waar strijd met de Grondwet evident is, dit te melden bij het parlement en de regering, die zich hier vervolgens op zouden moeten bezinnen.³⁶ Dit voorstel heeft echter geen meerderheid behaald. In de Eerste Kamer liet de CDA fractie nog duidelijk merken dat ze het regeringsstandpunt, dat de rechter met rechterlijke toetsing in politiek vaarwater zou komen, overtrokken vond. Uiteindelijk verzetten de fracties zich niet tegen het regeringsstandpunt en werd het toetsingsverbod opnieuw bevestigd.

2.6. WETSVOORSTEL-HALSEMA

De toetsingsdiscussie leefde bij de indiening van het initiatiefwetsvoorstel van Halsema weer op. De aanleiding voor de indiening van het wetsvoorstel berust, zoals blijkt uit de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel, vooral op pragmatische en niet op principiële argumenten.³⁷ Kort behandelt Halsema de principiële argumenten voor en tegen constitutionele toetsing: het constitutionele argument, het democratische argument, het Trias Politica argument en het rechtszekerheidsargument. Ze besluit de verhandeling van de principiële argumenten door er op te wijzen dat het principiële debat over het toetsingsverbod in een impasse raakte in de jaren '50 van de vorige eeuw. De argumenten die voor Halsema de aanleiding vormden voor het indienen van een wetsvoorstel zijn pragmatisch van aard; twee staatsrechtelijke ontwikkelingen zijn wat Halsema betreft doorslaggevend in het debat over het toetsingsverbod.³⁸

Het eerste argument om het toetsingsverbod af te schaffen is het zogeheten verdragsargument. De grondwetsherziening van 1953, die de rechter de mogelijkheid gaf de formele wetgeving te toetsen aan internationale verdragen (toen art. 64 GW; thans art. 94 GW), zette een debat in gang over de wenselijkheid van het in leven roepen van een toetsingsrecht aan verdragen en tegelijkertijd het handhaven van een toetsingsverbod.³⁹ Zoals eerder gezegd stoelt het wetsvoorstel-Halsema vooral op dit argument. Ondanks het feit dat het de rechter al aan internationale verdragen kon toetsen werd bij de grondwetsherziening van 1983 het toetsingsverbod opnieuw bestendigd.

Het tweede argument dat Halsema aanleiding heeft gegeven tot het indienen van haar wetsvoorstel is de jurisprudentie die is vastgelegd in het Harmonisatiewet-arrest. De aanleiding tot dit arrest was de nieuwe formulering van het toetsingsverbod van art. 120 GW: 'De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen.' Dit sluit niet uit dat de rechter wetten en verdragen aan fundamentele rechtsbeginselen mag toetsen. In dit arrest stelde de Hoge Raad dat toetsing aan algemene rechtsbeginselen door de rechter is uitgesloten. Halsema belicht in haar wetsvoorstel vier opmerkelijke aspecten van de uitspraak van de Hoge Raad:

³⁵ Kortmann 2008, p. 31.

³⁶ Dölle en Engels 1989, p. 19.

³⁷ Onderscheid tussen principiële en pragmatische argumenten ontleent aan: Cliteur 1989, p. 1369.

³⁸ *Kamerstukken II 2001/02, 28 331, nr. 3, p. 3-6.*

³⁹ *Kamerstukken II 2001/02, 28 331, nr. 3, p. 3-4.*

1. De Hoge Raad gaf er blijk van 'zich te realiseren dat de rechtsontwikkeling zich sinds 1983 zodanig heeft ontwikkeld dat de argumenten voor een beperkte opheffing van het toetsingsverbod aan belang hadden gewonnen';
2. De Hoge Raad wees op het toegenomen belang van rechterlijk toetsing aan internationale verdragen (het verdragsargument);
3. De Hoge Raad verwees naar de zogenaamde contra legem jurisprudentie: wetgeving dat te zeer tegen fundamentele rechtsbeginselen indruist in het concrete geval, blijft in dat geval buiten toepassing, dus wordt de wet zelf niet getoetst;
4. De Hoge Raad wees erop dat de veronderstelling, dat de huidige procedure voor het tot stand brengen van wetten voldoende waarborg biedt voor hun rechtsgehalte, niet per definitie opgaat.⁴⁰

Hoewel de Hoge Raad hiermee duidelijk aangaf niet buiten art. 120 GW te treden, gaf het wel een duidelijk signaal aan de wetgever om deze bepaling in de Grondwet te heroverwegen.⁴¹

Uit een analyse van de parlementaire stukken van het debat over de afschaffing van het toetsingsverbod blijkt dat Halsema bij de Memorie van Toelichting nog niet al haar kaarten op tafel heeft gelegd. Pas wanneer ze haar algemene inleiding houdt bij haar eerste debat met de Tweede Kamer expliciteert ze haar motieven waarvan vage sporen zichtbaar zijn in de Memorie van Toelichting. Gestructureerd somt ze tijdens het eerste Kamerdebat op wat haar motieven zijn om het wetsvoorstel in te dienen. Ze opent de uiteenzetting van haar motieven met de vraag: waarom zou je rechterlijke toetsing wensen?

Haar derde argument (maar het eerste in dit debat) is dat de invoering van rechterlijke toetsing er voor zou kunnen zorgen dat er nieuw leven geblazen wordt in de Grondwet. Halsema noemt de Grondwet, zoals die nu functioneert in ons staatsbestel, ontoegankelijk. De Grondwet zou louter een symbolische betekenis hebben voor de Nederlandse burger. Om haar argument kracht bij te zetten presenteert ze de Kamer een bloemlezing uit de artikelen van prominente staatsrechtsgeleerden. De oplossing volgens Halsema is om de rechter de mogelijkheid te geven om te toetsen aan de klassieke grondrechten zodat de burger een beroep kan doen op de rechter op grond van de grondrechten.⁴²

Het vierde argument van Halsema is dat de invoering van rechterlijke toetsing een positief effect kan hebben op de kwaliteit van wetgeving. Volgens Halsema 'laat de kwaliteit van onze wetgevende arbeid helaas nog wel eens te wensen over'.⁴³ Halsema betoogt dat verschillende politici in het verleden gepleit hebben voor invoering van rechterlijke toetsing om de kwaliteit van wetgeving te verbeteren.

Het vijfde argument van Halsema is dat de invoering van rechterlijke toetsing, de rechtsbescherming van de Nederlandse burger ten goede zou komen. De wetgever, hoe goed hij zijn best ook doet, is vanwege de aard van zijn werk niet gegeven om alle toekomstige individuele gevallen die voortvloeien uit de wet te voorzien. 'Hij kan niet uitsluiten dat de wetten die hij daartoe maakt in het individuele geval een tegengesteld en soms zelfs onrechtvaardig effect kunnen hebben.'⁴⁴ Hoewel het uiteindelijke doel volgens Halsema wel is om het collectieve en het individuele belang zo goed mogelijk te verenigen in een superieure wet, denkt zij dat de

⁴⁰ *Kamerstukken II 2001/02, 28 331, nr. 3, p. 6-7.*

⁴¹ *Kamerstukken II 2001/02, 28 331, nr. 3, p. 7.*

⁴² *Handelingen II 2003/04, 28 331, nr. 97, p. 3.*

⁴³ *Handelingen II 2003/04, 28 331, nr. 97, p. 3.*

⁴⁴ *Handelingen II 2003/04, 28 331, nr. 97, p. 4.*

rechter een aanvullende betekenis kan hebben om voor individuele gevallen te beoordelen of er sprake is van een schending met de grondrechten.⁴⁵

Het laatste argument van Halsema is dat rechterlijke toetsing een manier kan zijn om de conflicten die voortvloeien uit de pluriforme samenleving, die Nederland geworden is, kan bezweren. Politici zouden nooit verplicht mogen of kunnen zijn om hun constitutionele argumenten te expliciteren zo stelt zij. De constitutionele rechtsspraak kan constitutionele argumenten wel expliciteren en zou dan kunnen dienen als een 'vreedzaam forum' voor het bediscussiëren van conflicterende opvattingen; dat kan zorgen voor een vitaal en levendig publiek debat.⁴⁶

Op deze zes argumenten is het wetsvoorstel-Halsema gebaseerd. De eerste twee argumenten zijn vooral manifest in de Memorie van Toelichting. De laatste vier argumenten zijn door Halsema aangevoerd tijdens het eerste debat dat ze met de Tweede Kamer voerde. Deze vier argumenten richten zich ook meer op de voordelen van rechterlijke toetsing; deze argumenten zijn dus niet zozeer argumenten tegen het toetsingsverbod, maar in feite argumenten voor rechterlijke toetsing. Rouvoet formuleert dit heel treffend in reactie op de inleiding van Halsema: 'Zie ik het juist dat een groot aantal van de argumenten die zij aanvoerde niet specifiek zien op opheffing van het toetsingsverbod voor zover het grondrechten betreft, maar een algemenere strekking hebben?'⁴⁷ Halsema beoogt met het wetsvoorstel een opleving van de Grondwet, een verbetering van de kwaliteit van wetgeving, meer rechtsbescherming voor de burger en een publiek debat over de onderlinge verhoudingen van de grondrechten.

2.7. BEHANDELING WETSVOORSTEL-HALSEMA IN HET PARLEMENT

2.7.1. BEHANDELING TWEDE KAMER

Het wetsvoorstel-Halsema werd ingediend bij de Tweede Kamer op 16 april 2002.⁴⁸ Tevens werd advies ingewonnen over het wetsvoorstel bij de Hoge Raad, de Raad voor de rechtspraak en de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak.⁴⁹ De adviezen van deze instanties luiden, behoudens enkele kritische kanttekeningen, positief. Ook werd, zoals gebruikelijk, advies gevraagd aan de Raad van State: zij adviseerde positief ten aanzien van het wetsvoorstel-Halsema.⁵⁰ Het verdragsargument heeft in deze adviezen een prominente rol gekregen: het toetsingsverbod van wetten aan de Grondwet in combinatie met het toetsingsrecht van wetten aan een ieder verbindende bepalingen van internationale verdragen wordt een 'rechtstatelijke anomalie'⁵¹ genoemd. Deze kritische kanttekeningen zijn door Halsema verwerkt in een nieuw wetsvoorstel inclusief Memorie van Toelichting.

Door de val van Kabinet-Balkenende I werd het wetsvoorstel pas in april 2004 in behandeling genomen door de Tweede Kamer. Politieke partijen namen in het verleden wisselende standpunten in tegen rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet. Op het moment dat het wetsvoorstel werd ingediend hadden veel partijen nog geen eenduidig standpunt. Ten gevolge hiervan namen vooral de Tweede Kamerleden van het CDA, de PvdA en

⁴⁵ *Handelingen II* 2003/04, 28 331, nr. 97, p. 4.

⁴⁶ *Handelingen II* 2003/04, 28 331, nr. 97, p. 4.

⁴⁷ *Handelingen II* 2003/04, 28 331, nr. 97, p. 4.

⁴⁸ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 331, nr. 1.

⁴⁹ *Kamerstukken II* 2003/04, 28 331, nr. 6.

⁵⁰ *Kamerstukken I* 2003/04, 28 331, nr. A.

⁵¹ *Kamerstukken II* 2003/04, 28 331, nr. 6, p. 2.

de VVD, die zitting hadden in de commissie voor Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, belast met het voorbereidend onderzoek het wetsvoorstel, een afwachtende houding aan.⁵² SP, D66, CU en de SGP betoonden zich tijdens de commissievergadering al voorstander van het voorstel.

Bij de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer werden uitvoerig de veel bediscussieerde argumenten uit de literatuur behandeld. Een groot deel van de behandeling van het wetsvoorstel werd in beslag genomen door de afweging van de principiële argumenten: het democratieargument, het rechtszekerheidsargument en het Trias politica argument. Van de pragmatische argumenten werd het verdragsargument veruit het meest aangedragen in het debat; het verdragsargument wordt door sommige woordvoerders ook als argument tegen het wetsvoorstel aangedragen: wat voor nut heeft het wetsvoorstel als toch al aan een ieder verbindende bepalingen van internationale verdragen getoetst mag worden?. Verder wordt er veel gediscussieerd over de omvang van het aantal artikelen waaraan men de rechter wil laten toetsen; dit heeft geresulteerd in verschillende suggesties om het wetsvoorstel te amenderen. Uiteindelijk werd besloten dat niet getoetst zou worden aan het recht op bijstand, nationaliteitsbeginsel en recht op bescherming van persoonsgegevens. Na verloop van enkele debatten werden ook de grotere partijen steeds positiever over het wetsvoorstel en tekende zich een meerderheid voor het wetsvoorstel-Halsema. Op 14 oktober 2004 stemden, behalve het CDA, alle partijen in de Tweede Kamer voor het wetsvoorstel-Halsema.⁵³

2.7.2. BEHANDELING EERSTE KAMER

In 2004 werd, na de instemming van de Tweede Kamer, het wetsvoorstel ook ingediend bij de Eerste Kamer. Uit het verslag van het voorbereidend onderzoek, door de vaste commissie van Binnenlandse Zaken en Hoge colleges van Staat, blijkt duidelijk dat de fracties zeker niet zonder meer het standpunt overnemen van de fracties van hun partij in de Tweede Kamer. Veel leden van deze commissie geven te kennen dat hun fracties reserves hebben bij het wetsvoorstel.⁵⁴ Het wetsvoorstel-Halsema werd pas in 2008 door de Eerste Kamer in behandeling genomen. Ook bij de behandeling bleken veel fracties erg kritisch te zijn; vooral aan het democratieargument werd veel gewicht gegeven. Uiteindelijk spande het erom of het wetsvoorstel-Halsema het zou halen in de Eerste Kamer. Met een nipte meerderheid werd het wetsvoorstel op 1 december 2008 toch aangenomen. CDA, VVD en SGP waren overtuigde tegenstanders van het voorstel.⁵⁵ Hiermee werd de Wijzigingswet een feit en kon er, na ontbinding van het parlement, in een tweede lezing, waarbij twee derde meerderheid nodig is, de Grondwetsherziening worden bekrachtigd.

2.7.3. KABINET

Al tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer gaf minister de Graaf, namens het kabinet-Balkenende II, te kennen dat de regering geen bezwaren heeft tegen de rechterlijke toetsing. Uit zijn betoog valt op te maken dat het kabinet voorstander was van het voorstel, dit bleek onder meer uit een reactie die de minister gaf op de vraag van een Kamerlid naar het standpunt van het kabinet: minister de Graaf zei dat de leden van het kabinet: 'in de balans tussen pro's en contra's de contra's iets minder zwaar vinden wegen dan de pro's'.⁵⁶ Toch

⁵² *Kamerstukken II 2003/04*, 28 331, nr. 10.

⁵³ *Kamerstukken/Handelingen II 2003/04,2004/05*, 28 331, nr. 10-99.

⁵⁴ *Kamerstukken I 2008/09*, 28 331, nr. B.

⁵⁵ *Handelingen I 2004/05*, 28 331, nr. 11.

⁵⁶ *Handelingen II 2003/0404*, 28 331, nr. 97, p. 17.

deed de minister nog geen definitieve uitspraken over het wetsvoorstel, omdat het kabinet eerst de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer en de Eerste Kamer wilde afwachten.

Tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer liet minister ter Horst, namens Kabinet-Balkenende III, weten dat voor het kabinet de nadelen van rechterlijke toetsing zwaarder wogen dan de voordelen (dit tot verbazing van enkele Eerste Kamerleden). Volgens haar zou de rechterlijke toetsing van wetgeving het primaat van de politiek, en de rechtszekerheid van de Nederlandse burger, ondermijnen; bovendien heeft rechterlijke toetsing geen enkele meerwaarde, omdat ook al aan internationale verdragen getoetst kan worden.⁵⁷

2.7.4. ACTUELE STAND VAN ZAKEN

Op dit moment heeft men al geruime tijd gewacht met het in behandeling nemen van het wetsvoorstel-Halsema. De Grondwet schrijft voor⁵⁸ dat, nadat de verklaringswet, die door de meerderheid van het parlement wordt aangenomen, is bekendgemaakt en de Tweede Kamer is ontbonden, het wetsvoorstel in behandeling kan worden genomen. Sinds de jaren '70 van de vorige eeuw is het gebruikelijk dat het wetsvoorstel ook in tweede lezing door één of meer leden van de Tweede Kamer in procedure wordt gebracht.⁵⁹ Enkele dagen nadat kabinet-Rutte I beëdigd was, en de Tweede Kamer ontbonden was, ging de commissie voor Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van de Tweede Kamer hier voortvarend mee aan de slag; de vragen die er binnen deze commissie rijzen ten aanzien van het wetsvoorstel moeten dan beantwoord worden door de indieners van het wetsvoorstel, alvorens de commissie het wetsvoorstel geschikt vindt om te behandelen in de Tweede Kamer. Dat is nog steeds niet gebeurd.

2.8. CONCLUSIE

Het historisch perspectief op het toetsingsverbod laat zien dat het toetsingsverbod is ingevoerd zonder veel deliberatie over de wenselijkheid ervan. De aanleiding voor de regering om deze bepaling op te laten nemen in de Grondwet wordt door hedendaagse staatsrechtsgeleerden geduid als een voortvloeiende uit een legistisch geloof in wet en wetgever en het staan in een tijd waarin de radicaaldemocratische traditie krachtig was. Na de grondwetsherziening van 1953 werd het voor de rechter mogelijk om formele wetgeving aan internationale verdragen te toetsen. Dit relativeert de onschendbaarheid van de wet. In de jaren '80 en '90 werden er daarom verschillende pogingen ondernomen om het toetsingsverbod af te schaffen. In deze tijd ontwikkelden zich ook aanvullende argumenten, als dat rechterlijke toetsing de burgers meer rechtsbescherming zou kunnen bieden. Deze ontwikkeling heeft geculmineerd in het wetsvoorstel Halsema. De argumenten die Halsema geeft bij de verdediging van haar wetsvoorstel vallen samen met de argumenten die in de huidige toetsingsdiscussie een grote rol spelen. Zij focust vooral op het verdragsargument, maar wijst er ook op dat rechterlijke toetsing voor een opleving van de Grondwet kan zorgen, een betere rechtsbescherming van de burger kan bieden en dat rechterlijke toetsing een positief effect kan hebben op de kwaliteit van wetgeving.

⁵⁷ *Handelingen I* 2008/09, 28 331, nr. 10, p. 37-38.

⁵⁸ Art. 137 GW.

⁵⁹ *Kamerstukken I* 1971/72, 11302, nr. 7a, p. 2; *Kamerstukken II* 1976/77, 14213, nr. 3, p. 7.

HOOFDSTUK 3: TOETSINGSDISCUSSIE VAN 1848 TOT 2013

3.1. INLEIDING

In dit hoofdstuk worden de argumenten die in de staatsrechtelijke literatuur zijn aangevoerd in het debat over rechterlijke toetsing op chronologische wijze behandeld. Zo kunnen de argumenten die een grote rol spelen in het debat op een manier worden geïntroduceerd die recht doet aan de historische context en kan tevens worden geanalyseerd of er ontwikkeling zit in de argumenten. Het voert te ver voor deze scriptie om de betogen van de auteurs uitputtend te behandelen; daarom wordt volstaan met het presenteren van de uitkomst van hun bewijsvoering. In de toetsingsdiscussie kunnen verschillende fasen worden onderscheiden. Thorbecke en Opzoomer gaan vooral in op het constitutionele argument; Cliteur noemt deze fase: het constitutionalisme van Thorbecke en Opzoomer.⁶⁰ Daarna komt er een periode waarin het staatsrechtgeleerden ideologisch gezien niet veel uitmaakt wie de toetsingsbevoegdheid aan de Grondwet krijgt, maar wordt rechtelijke toetsing op pragmatische gronden afgewezen; Cliteur noemt dit: de pragmatische fase. Buys, Van den Burgh en De Savornin Lohman worden in deze periode ingedeeld. Struycken en Krabbe besteden veel aandacht aan het democratieargument. Het ideologisch debat leeft weer op bij deze auteurs. In de laatste fase komt er een nieuw argument in het debat; Jeukens presenteert in 1963, bij zijn inaugurele rede, het verdragsargument. Hoe wel deze fases de lading niet dekken geven zij wel de grove lijnen aan die zichtbaar zijn in de toetsingsdiscussie.⁶¹

3.2. HET CONSTITUTIONALISME VAN THORBECKE EN OPZOOMER

3.2.1. THORBECKE

Thorbecke (1798-1872) zag niet veel goeds in de grondwettelijke bepaling 'De wetten zijn onschendbaar'. 'Voor deze nieuwe spreuk zal, geloof ik, ieder als voor eene gesloten deur blijven staan', zo schrijft Thorbecke.⁶² Hij kon niet inzien met welke bedoeling deze bepaling werd opgenomen in de Grondwet. Door de formele wetgeving te immuniseren van de Grondwet brak men met de eenheid van wetgeving, volgens Thorbecke, en daarmee zou de Grondwet ophouden Grondwet te zijn. De gemeentelijke en provinciale verordening stonden volgens Thorbecke in dezelfde verhouding tot de formele wet als de formele wet tot de Grondwet. De burger zou 'bij den rechter even eens regt kunnen vragen en krijgen uit de Grondwet tegen de wet, als uit de wet tegen de plaatselijke verordening'. Daarom concludeert Thorbecke: 'Eene plaatselijke of provinciale verordening, welke de wet schendt, kan zoo min onschendbaar zijn als de wet, welke de Grondwet schendt.'

3.2.2. OPZOOMER

Ook Opzoomer (1821-1892) heeft zich kritisch uitgelaten over het toetsingsverbod. Opzoomer onderschrijft de kritiek van Thorbecke dat de Grondwet aan betekenis zou verliezen met deze bepaling. De Grondwet zou van 'alle kracht beroofd' worden.⁶³ 'Het is dan geen Grondwet meer, die zelfs den gewonen wetgever bindt, maar een gewone wet, die hij kan afschaffen.'⁶⁴ Het

⁶⁰ Cliteur 1991, p. 28.

⁶¹ De opzet van de fasen is mede ontleend aan de indeling van de toetsingsdiscussie door Cliteur 1991, p. 28 en ook op de toekenning van argumenten aan auteurs door Dölle en Engels 1989, p. 12.

⁶² Thorbecke 1848, p. 60.

⁶³ Van Houten 1997, p. 121.

⁶⁴ Dölle en Engels 1989, p.5.

standpunt van Opzoomer moet worden gezien in het licht van zijn opvatting dat een ongrondwettige wet geen wet is. De rechter is dus verplicht om een ongrondwettige wet buiten werking te laten. Daarvoor moet de rechter de mogelijkheid hebben om de formele wet te toetsen aan de Grondwet. Tot grote spijt van Opzoomer hebben de opstellers van deze bepaling, de rechter deze mogelijkheid echter ontnomen.⁶⁵

3.3. BEELAERTS VAN BLOKLAND

Beelaerts van Blokland (1843-1897) gaat niet mee het constitutionalisme van Thorbecke en Opzoomer; hij introduceert verschillende nieuwe argumenten tegen rechterlijke toetsing in zijn proefschrift. Allereerst brengt hij tegen de stelling van Opzoomer (dat een ongrondwettige wet geen wet is) in dat de rechter om tot dat oordeel te komen al moet toetsen; dat is de rechter verboden en dus bestaan er voor de rechter geen ongrondwettige verdragen.⁶⁶ Ook betreft Beelaerts van Blokland in zijn proefschrift voor het eerst heel duidelijk het toetsingsverbod op het leerstelsel van de Trias Politica. Hoewel hij zelf niet veel opheeft met dit leerstelsel verdedigt hij dat het toetsingsverbod en de Trias Politica harmoniëren: ‘onmogelijk kan hieruit voortvloeien (leerstelsel van de Trias Politica: G.O.) dat de eene macht te beslissen heeft, in welk geval de beide andere haar grenzen hebben overschreden’.⁶⁷ De rechter zou ‘met de bevoegdheid om te toetsen’ te grote macht krijgen over de wetgever en de onpartijdigheid van de rechter zou in het geding raken; bij toetsing van wetten aan de Grondwet zou de rechter zich in politiek vaarwater begeven.⁶⁸ Als derde argument tegen rechterlijke toetsing voert Beelaerts van Blokland aan dat de toetsing van wetten aan de Grondwet beter gewaarborgd is bij de wetgever dan bij de rechter. Met dit argument ontsluit Beelaert van Blokland het centrale punt van het klassieke debat rondom rechterlijke toetsing: ‘in welk geval bestaat het geringste gevaar voor dwaling, de grootste kans op eene juiste beslissing, wanneer aan de wetgevende of wanneer aan de rechterlijke macht de uitlegging der Grondwet is toevertrouwd?’⁶⁹

3.4. DE PRAGMATISCHE FASE VAN BUYS, DE SAVORNIN LOHMAN EN VAN DER BURGH

3.4.1. BUYS EN DE SAVORNIN LOHMAN

Buys (1826-1893) zou ‘met even weinig bekommering het toetsingsrecht aan den rechter opdragen als aan hem onthouden’.⁷⁰ Toch denkt hij dat er meer argumenten zijn die pleiten tegen rechterlijke toetsing dan voor. Hij houdt de voorstanders van rechterlijke toetsing voor dat ook de rechterlijke macht ongrondwettig kan handelen en dat het proces van wetgeving allerlei controles bevat die de wetgever ervoor moet behoeden, ongrondwettige wetten te maken. Het doorslaggevende argument voor Buys is dat rechterlijke toetsing ervoor zorgt dat ‘allerlei uitspraken de kracht van allerlei wetten komen verzwakken’.⁷¹ De burger verkeert dus in onzekerheid ten aanzien van de wetgeving, totdat de rechter zich heeft uitgesproken over de wet. Ook De Savornin Lohman (1837-1924) benadrukt dat rechterlijk toetsing rechtsonzekerheid in de hand werkt: ‘vooreerst omdat zeer lang kan duren voordat de rechter in

⁶⁵ Cliteur 1991, p. 37.

⁶⁶ Cliteur 1991, p. 42.

⁶⁷ Beelaert van Blokland 1868, p. 100.

⁶⁸ Cliteur 1991, p. 46; Van Houten 1997, p. 124.

⁶⁹ Beelaert van Blokland 1868, p. 77.

⁷⁰ Buys 1883-1888, p. 636.

⁷¹ Buys 1883-1888, p. 637.

de gelegenheid is uitspraak te doen, en ten anderen, omdat de rechter zelden over de geheele wet, maar slechts over een enkele bepaling in verband met een enkel geval te beslissen heeft'.⁷²

3.4.2. *VAN DER BURGH*

Van der Burgh stelt in zijn proefschrift (1905) dat rechterlijke toetsing juridisch goed te verdedigen is; al was het alleen al omdat de rechter wel verordeningen aan de Grondwet mag toetsen en het daarom inconsequent zou zijn als hij de formele wet niet aan de Grondwet mag toetsen.⁷³ Om praktische redenen moet volgens Van der Burgh rechterlijke toetsing echter worden afgewezen. Allereerst stelt hij in lijn met Beelaert van Blokland en Buys dat hij de wetgever beter in staat acht de Grondwet op de juiste wijze te interpreteren dan de rechter. In lijn met Buys en De Savornin Lohman vreest hij dat rechterlijke toetsing zorgt voor rechtsonzekerheid. Ook sluit Van der Burgh zich bij het eerder genoemde argument van Beelaert van Blokland aan dat de rechter zich met politieke zaken gaat bemoeien, terwijl hij niet democratisch gekozen is. Dit overwegende concludeert Van der Burgh dat het toetsingsverbod gehandhaafd moet blijven.⁷⁴

3.5. HERLEVING VAN HET IDEOLOGISCH DEBAT ONDER KRABBE EN STRUYCKEN

3.5.1. *KRABBE*

Krabbe (1857-1936) was voorstander van rechterlijke toetsing. Als argumenten voor de afschaffing van het toetsingsverbod droeg hij twee argumenten aan. Allereerst stelt hij in lijn met Thorbecke en Van der Burgh dat het onlogisch is dat de rechter wel verordeningen mag toetsen aan de Grondwet maar formele wetgeving niet.⁷⁵ Ten tweede stelt hij in lijn met Thorbecke en Opzoomer dat de eenheid van wet wordt gebroken wanneer de rechter wetten niet mag toetsen aan de Grondwet.⁷⁶ Ook had Krabbe twee argumenten tegen rechterlijke toetsing. Allereerst achtte hij het niet wenselijk dat de rechter politieke beslissingen zou nemen indien een wet getoetst zou worden aan de Grondwet. Ten tweede vreesde hij dat door de vage formulering van de grondwettelijke bepalingen een weloverwogen interpretatie, die recht doet aan de opvattingen in de maatschappij, in de weg zou staan.⁷⁷ Deze bezwaren zouden worden weggenomen, zo stelde Krabbe, als de Grondwet minder rigide zou worden gemaakt. Op die manier kan de wetgever gemakkelijk een ongewenste uitspraak van de rechter achterhalen.⁷⁸

3.5.2. *STRUYCKEN EN KRANENBURG*

Volgens Struycken (1873-1923) is de 'naleving van de Grondwet, zonder toezicht van de rechterlijke macht, aan den wetgever toevertrouwd'. Het betoog van Struycken kenmerkt zich door een groot vertrouwen in de wetgever: 'op grond van de samenstelling dier organen en den eisch hunner samenwerking in den wetgevenden arbeid vertrouwt onze Grondwet, dat hare regelen door den wetgever naar behooren zullen worden geëerbiedigd'.⁷⁹ Duidelijk is de overeenkomst te zien met Buys die ook betoogde dat het staatsbestel voldoende controles bevat

⁷² De Savornin Lohman 1926, p. 284.

⁷³ Van Houten 1997, p. 126.

⁷⁴ Van Houten 1997, p. 127.

⁷⁵ Van Houten 1997, p. 128.

⁷⁶ Cliteur 1991, p. 58; Dölle en Engels 1989, p. 8 merken terecht op dat de redenering die Krabbe gebruikt voor deze conclusie wel verschilt met die van Thorbecke en Opzoomer maar dat de uitkomst hetzelfde is.

⁷⁷ Zie Van Houten 1997, p. 129.

⁷⁸ Zie Van Houten 1997, p. 129.

⁷⁹ Struycken 1928, p. 107.

om wetten te toetsen aan de Grondwet. Om deze reden wijst Struycken rechterlijke toetsing resoluut af. Ook Kranenburg (1880-1956) sluit hier bij aan; hij vergelijkt het Nederlandse staatsbestel met het Amerikaanse, waar de rechter wetgeving toetst aan de Grondwet, en komt tot de volgende conclusie: 'In het algemeen is de wetgever, naar mijn indruk, niet verder gegaan dan de Amerikaansche rechter.'⁸⁰ Kranenburg zag dus 'vooralsnog geen reden tot verandering van stelsel'.⁸¹ Wel stemde hij ermee in dat de wetgever soms ongrondwettige wetgeving maakt, maar volgens bleef het constitutioneel recht daar lenig bij.⁸²

3.6. OUD

Oud (1886-1968) vindt dat de vraag of een voorschrift al dan niet algemeen verbindend moet worden verklaard, thuishoren bij de wetgever en niet bij de rechter. Hij vindt het tot de taak van de rechter behoren om het recht in het bijzondere geval toe te passen, en de taak van de wetgever is om algemeen verbindende voorschriften op te stellen. 'Principieel is het daarom het meest juist de bevoegdheid om een wet wegens strijd met de Grondwet buiten toepassing te verklaren alleen aan de grondwetgever toe te kennen.'⁸³

3.7. DE FASE VAN HET VERDRAGSARGUMENT

3.7.1. JEUKENS

Na de Tweede Wereldoorlog kreeg de rechtsbescherming van de burger steeds meer gestalte in de grondrechten. Deze grondrechten werden ook opgenomen in internationale verdragen. Ze werden door de Nederlandse overheid zo belangrijk gevonden dat men bij de grondwetsherziening van 1953 een bepaling op liet nemen (huidige art. 94 Grondwet) die de rechter de mogelijkheid gaf formele wetgeving te toetsen aan de grondrechten die werden opgenomen in internationale verdragen. Tegen deze achtergrond moeten we de argumenten zien die Jeukens (1922-1992) aandraagt in zijn inaugurele rede gehouden aan de universiteit van Tilburg in 1963.

De onschendbaarheid van de wet paste in de goed in de gedachtewereld van de 19^e eeuw, betoogt Jeukens aan het begin van zijn oratie. Er bestond rond 1848 namelijk veel vertrouwen 'in de als wetgevende orgaan geconstitueerde samenwerking tussen Koning en Staten-Generaal'.⁸⁴ Dit vertrouwen in de wetgever had men allereerst vanwege de samenstelling van de Staten-Generaal. Men vertrouwde op de capaciteiten van de leden van de Staten-Generaal. Ten tweede had men vertrouwen in de werkwijze van de Staten-Generaal. Het debat werd zo gevoerd dat 'de best mogelijke beslissingen werden genomen'.⁸⁵ Ten derde had men vertrouwen in de wetgevende macht door 'het geloof in de abstracte norm, de uitdrukking van de menselijke rede als bron van recht'.⁸⁶ Tegen deze achtergrond verscheen volgens Jeukens het toetsingsverbod als een 'natuurlijke consequentie'.⁸⁷

Deze achtergrond heeft echter belangrijke wijzigingen ondergaan. De werkwijze van het parlement heeft een ander aanzien gekregen door het ontstaan van politieke partijen, de functie

⁸⁰ Kranenburg 1924-1925, p. 20.

⁸¹ Kranenburg 1924-1925, p. 20.

⁸² Kranenburg 1924-1925, p. 20.

⁸³ Oud 1970, p. 13.

⁸⁴ Jeukens 1963, p. 9.

⁸⁵ Jeukens 1963, p. 9.

⁸⁶ Jeukens 1963, p. 9.

⁸⁷ Jeukens 1963, p. 9.

van de fracties in de Kamers en de aanwezigheid van fractiespecialisten. De wijze van besluitvorming wordt hierdoor 'minder beheerst door het openbare debat'⁸⁸, maar wel door 'tallose commissievergaderingen, fractie-besprekingen en deskundigenoverleg'.⁸⁹ Bovendien is het accent van regelgeving verschoven van het parlement naar de regering. Deze ontwikkelingen resulteren in een andere parlementaire werkwijze maar ook in een ander soort wetgeving. De wetgever die algemene normen stelt 'doen de wet meer het karakter verkrijgen van een akkoordverklaring met een te voeren beleid' dan 'van het stellen van de burgers bindende regels, het oude wetsbegrip'.⁹⁰

Het vertrouwen in de wetgever is gerelativeerd, 'omdat het niet meer de eigen creatieve betekenis van andere organen in het proces van de rechtsvorming passeert'⁹¹, zo stelt Jeukens. Daarnaast spelen belangen een grotere rol bij de interpretatie van de Grondwet door de gewijzigde samenstelling en werkwijze van het parlement. De rechter echter, die men in 1848 met het toetsingsverbod in wilde tomen, ontwikkelde zich tot een representatief orgaan. Zij is zonder ophouden in contact met 'proces-partijen, collega's en andere juridische vakgenoten, met de beoefenaren der wetenschap en met de openbare mening een voortdurend gesprek voert over de waarde en de juistheid van zijn rechtspraak'.⁹² Terwijl de wetgever inboet aan democratische legitimiteit wint de rechterlijke macht deze. Jeukens ziet ook de bepaling, (huidige art 94 Grondwet) die in 1953 werd opgenomen in de Grondwet, die de rechter de mogelijkheid gaf om formele wetgeving te toetsen aan internationale verdragen, als onderdeel van deze ontwikkeling. In het verlengde van deze ontwikkelingen pleit Jeukens ervoor om het toetsingsverbod af te schaffen.

3.7.2. PRAKKE

Prakke (1938-heden) spreekt zich in een preadvies voor de Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking in 1971 nog expliciet uit tegen rechterlijke toetsing.⁹³ De argumenten die Prakke in dit preadvies aandraagt zijn dat het toetsingsrecht de 'aandacht van de wetgever ter zake van de grondwettigheid der wetgeving zal doen verslappen; daarnaast is het onzeker of de kwestie, van de ongrondwettigheid van een wet, ooit voor de rechter zal komen; ook zou het toetsingsrecht overspannen verwachtingen wekken omdat er altijd wetten zullen blijven die voelen alsof zij onderdrukkend zijn, maar die formeel wel grondwettelijk zijn. Verder vond hij de rechter om verschillende redenen niet geschikt voor de taak om formele wetgeving te toetsen aan de Grondwet.

In 1992 schreef Prakke opnieuw een preadvies; hij is in dit preadvies minder stellig dan in het vorige. Hij is van mening dat het verdragsargument steeds meer relevantie heeft gekregen, omdat de rechter en ook de Hoge Raad een stuk activistischer zijn geworden. 'En dat is een factor van kardinale betekenis', aldus Prakke.⁹⁴ Hoewel hij in dit preadvies zich niet expliciet uitspreekt voor rechterlijke toetsing is hij wel veel gematigder in zijn opvattingen over rechterlijke toetsing.

⁸⁸ Jeukens 1963, p. 10.

⁸⁹ Jeukens 1963, p. 10.

⁹⁰ Jeukens 1963, p. 11.

⁹¹ Jeukens 1963, p. 13.

⁹² Jeukens 1963, p. 17.

⁹³ Prakke 1972, p. 147.

⁹⁴ Prakke 1992, p. 30.

3.8. CONCLUSIE

Zoals in de inleiding vermeld is, wordt met de behandeling van de opvatting van een aantal vooraanstaande staatsrechtgeleerden beoogd om een inzage in de argumenten te geven die een rol spelen in het debat over rechterlijke toetsing; dit geeft tevens de mogelijkheid om na te gaan welke ontwikkelingen er zitten in het debat over rechterlijke toetsing. In de behandelde literatuur zijn duidelijk categorieën met argumenten te onderscheiden. Deze zijn al eerder gesystematiseerd door staatsrechtgeleerden.

Grosso modo komt men uit op de volgende typen van argumenten. Allereerst bestaat er het constitutionele argument (recente literatuur brengt dit argument in verband met het 'opleving van de Grondwet argument'; dit argument komt later in de scriptie aan de orde): de Grondwet verliest betekenis als de rechter de wetgever er niet op aan kan spreken. Dit argument is vooral naar voren gebracht door Thorbecke en Opzoomer. Ten tweede is er het belangrijke argument dat door Buys sterk benadrukt werd: het rechtszekerheidsargument. Dit argument houdt in dat rechterlijke toetsing de rechtszekerheid van de burger schaadt, doordat deze, tot aan een uitspraak van de rechter hierover, nooit zekerheid heeft over de geldigheid van de wet. Ten derde is er het democratische argument. Dit argument stelt de soevereiniteit van het volk voorop, en ziet rechterlijke toetsing als een aantasting daarvan. Ten vierde kun je het Trias Politica argument onderscheiden: de machten mogen elkaar niet overheersen. En ten slotte heeft Jeukens nog een nieuw argument aangedragen naar aanleiding van de bepaling die bij de grondwetsherziening van 1953 de rechter de mogelijkheid gaf te toetsen aan internationale verdragen: het verdragsargument.⁹⁵

De ontwikkeling die te zien is in de argumenten, is dat tot aan de Tweede Wereldoorlog de kern van het debat zich richt op de vraag of de rechterlijke macht of de wetgevende macht bekwamer is om wetgeving te toetsen aan de Grondwet. Na de Tweede Wereldoorlog (specifieker: na 1953) heeft het verdragsargument een wending aan het debat gegeven; de argumenten die sindsdien aangedragen worden spitsen zich toe op toetsingsverbod in verhouding tot de grondrechten, het democratisch gehalte van een systeem waarin rechterlijke toetsing gehanteerd wordt en de rechterlijke toetsing aan internationale verdragen.⁹⁶ De toetsingsdiscussie versmalt zich na 1953 dus tot rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan de grondrechten.

⁹⁵ Voor deze systematisering is de indeling van verschillende auteurs gebruikt: Dölle en Engels 1989, p. 12; Cliteur 1991, p. 28, 39-41; Cliteur 1989, p. 1369-1375.

⁹⁶ Cliteur 1991, p. 89.

HOOFDSTUK 4: ARGUMENTEN TEGEN RECHTERLIJKE TOETSING VAN FORMELE WETGEVING AAN DE GRONDWET

4.1. INLEIDING

In het vorige hoofdstuk zijn de belangrijkste argumenten die in het toetsingsdebat een rol spelen geïntroduceerd aan de hand van de auteurs die zich in het debat gemengd hebben. Door deze auteurs in chronologische volgorde te behandelen konden de ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan in de argumentatie in kaart worden gebracht. Aan het eind van het vorige hoofdstuk worden de geïntroduceerde argumenten gesystematiseerd. Deze argumenten worden in dit hoofdstuk verder uitgewerkt. De opzet van dit hoofdstuk is dus niet, zoals in het vorige hoofdstuk, chronologisch, maar is thematisch van aard. Het doel van dit hoofdstuk is om de actuele fronten van de toetsingsdiscussie op te zoeken en een standpunt in te nemen.

4.2. DEMOCRATIEARGUMENT

4.2.1. INLEIDING

Zoals eerder vermeld had het leerstelsel van de volkssoevereiniteit veel invloed toen de grondwet in 1848 werd herzien. Op de vraag wie er bekwamer was om formele wetgeving te toetsen, past het antwoord dat de wetgever daar beter toe in staat is dan de rechter goed in die tijd. Dit argument heeft tot aan de grondwetsherziening van 1953 een dominante rol gehad in het toetsingsdebat. Dit argument houdt in dat de soevereiniteit van het volk, dat vertegenwoordigd is in het parlement, niet mag worden beperkt. Rechterlijke toetsing maakt een inbreuk op het democratische bestel, omdat de rechter niet democratisch gekozen is. De beslissingen van de rechter zijn dus niet democratisch gelegitimeerd. Aan het democratieargument ligt dus ten grondslag dat men vindt dat de volksvertegenwoordiging het laatste woord zou moeten hebben over de verenigbaarheid van de formele wetgeving met de Grondwet.

4.2.2. VOORSTANDERS VAN HET TOETSINGSVERBOD

In de literatuur wordt het democratieargument door alle tegenstanders van rechterlijke toetsing aangehaald; bij de één krijgt het meer dan nadruk dan bij de ander. Minister Donker Curtius, die de bepaling van het toetsingsverbod indertijd introduceerde, stelt dat rechterlijke toetsing 'rechterlijke tirannie' in de hand zou werken.⁹⁷ Beelaerts van Blokland betoogt dat de rechter de wil van de staat moet toepassen; hij is er fel op tegen dat de rechter boven de wetgever wordt geplaatst.⁹⁸ Ook Van der Burgh pleit voor het toetsingsverbod om de rechter de mogelijkheid om beslissingen, die niet democratisch gelegitimeerd zijn, te ontnemen.⁹⁹ Voor Kranenburg was het toetsingsverbod ook een middel om de rechter buiten de politiek te houden. Van den Bergh herleidde de toetsingsdiscussie in het licht van de democratie tot de vraag: 'Welke autoriteit in de staat is nu geroepen deze interpretatie met bindende kracht te geven?'¹⁰⁰ Van den Bergh betoogt met een beroep om het democratiebeginsel dat de wetgever geroepen is voor deze interpretatie: 'De ongeschreven rechtsregel, die aan art. 124, lid 2 (thans: art. 120 GW) ten grondslag ligt is van zeer grote importantie. 'Interpretatie door Kroon en Staten-Generaal

⁹⁷ Beelaerts van Blokland 1868, p. 209 – 210.

⁹⁸ Beelaerts van Blokland 1868, p. 209 – 210.

⁹⁹ Van Houten 1997, p. 127.

¹⁰⁰ Van den Bergh 1951, p. 417.

praevaleert boven interpretatie door de rechter. Deze regel behoort tot het diepste wezen van der democratie. Iedere democratie moet hem huldigen of althans – na afdwaling – tot hem terugkeren.¹⁰¹ Ook Prakke vindt rechterlijke toetsing absoluut niet te combineren met zijn opvatting over wat democratie zou moeten zijn: ‘Judicial review seems hardly compatible with democratic principles.’¹⁰² De overweging die aan deze opvatting ten grondslag ligt is dat de rechters niet democratisch gekozen zijn.

4.2.3. *TEGENSTANDERS VAN HET TOETSINGSVERBOD*

Door veel tegenstanders van het toetsingsverbod is dit argument bestreden. Volgens de tegenstanders is voor de relevantie van dit argument bepalend welke opvattingen je over democratie hebt. De opvattingen verschillen van elkaar over het vraagstuk in hoeverre de wetgevingsmacht beperkt moet worden.¹⁰³ Deze opvattingen variëren van een radicaaldemocratische gedachte tot aan de limited government gedachte. De eerste stelt een groot vertrouwen in de wetgever en kent haar de absolute soevereiniteit toe, de tweede wantrouwt de wetgever en wil haar zoveel mogelijk beperken door haar te binden aan grondrechten die de vrijheid van de burgers moeten waarborgen. De tegenstanders van het toetsingsverbod neigen vaak meer naar het laatste.

Stroink ziet het toetsingsverbod als iets dat goed past in de gedachtegang die voortvloeit uit de radicaaldemocratische traditie van de Franse revolutie.¹⁰⁴ Ook Cliteur en Jeukens constateren dat de wortels van radicaaldemocratische denken terug te voeren zijn op de Franse Revolutie en beschouwen de onschendbaarheid van wet als een uitvloeisel daarvan.¹⁰⁵ Echter in Nederland heeft zich een rechtsstaat ontwikkeld die erop gericht is de overheid te beteugelen. Volgens Van Houten roept deze combinatie van rechtsstaat en democratie spanningen op; vooral het beginsel dat grondrechten de vrijheid tegenover de staat waarborgen, tegenover de democratische opvatting dat een meerderheid wetten kan maken waar een minderheid het niet mee eens is.¹⁰⁶ Prakke ziet het dan ook als een dilemma tussen ‘values of majority rule and minority rights’.¹⁰⁷

In het licht van de spanningen die tussen deze leerstelsels bestaan, zijn de tegenstanders van het toetsingsverbod gemakkelijk te plaatsen. Jeukens geeft aan weinig vertrouwen te hebben in de wetgever vanwege de procedure die gevolgd wordt bij het maken van wetgeving. Ook is volgens hem de representativiteit van de rechter toegenomen. Beide argumenten zijn erop gericht de scherpe kantjes van het democratieargument te halen.¹⁰⁸ Hier moet worden opgemerkt dat dit meer pragmatische argumenten zijn dan principiële argumenten; deze zijn echter wel sterk met elkaar verbonden. Stroink heeft ook weinig vertrouwen in de wetgever om dezelfde redenen als Jeukens.¹⁰⁹ Cliteur verwijt degenen die zich beroepen op het democratieargument dat deze zich niet ‘bewust lijken te zijn van de veelheid van democratiebegrippen die in de loop der tijd ontwikkeld zijn en de problemen die verbonden zijn met een bepaald soort democratie’.¹¹⁰ Daarnaast verwijt hij hun dat ze ‘geen respect opbrengen voor de principes die ten grondslag

¹⁰¹ Van den Bergh 1951, p. 420.

¹⁰² Prakke 1972, p. 52.

¹⁰³ Cliteur 1991, p. 12.

¹⁰⁴ Stroink 1990, p. 14.

¹⁰⁵ Cliteur 1991, p. 19; Jeukens 1963, p. 8.

¹⁰⁶ Van Houten 1997, p. 172.

¹⁰⁷ Prakke 1972, p. 53.

¹⁰⁸ Jeukens 1963, p. 12-15.

¹⁰⁹ Stroink 1990, p. 22.

¹¹⁰ Cliteur 1989, p. 1369.

liggen aan de rule of law, of rechtsstaat, omdat het hierbij gaat om principes die een beperking op de wetgevingsmacht'.¹¹¹

4.3. RECHTSZEKERHEIDSARGUMENT

4.3.1. INLEIDING

Het rechtszekerheidsargument wordt vaak ingezet als argument tegen rechterlijke toetsing. Rechtszekerheid is een beginsel dat mede ten grondslag ligt aan ons staatsbestel. De burger moet er op kunnen vertrouwen dat het recht geen abrupte wijziging ondergaat.¹¹² De voorstanders van het toetsingsverbod betogen dat rechterlijke toetsing een inbreuk maakt op dit beginsel. Doordat het lange tijd kan duren voordat de rechter in de gelegenheid is zich uit te spreken over de grondwettigheid van formele wetgeving, blijft er voor de burger tot dat moment een dreiging bestaan, dat de wet toch ongrondwettig wordt verklaard. De rechterlijke toetsing zou dus als een zwaard van Damocles boven de formele wetgeving hangen en de burger durft minder initiatief te nemen, omdat hij of zij weet dat het risico bestaat dat de regels tijdens het spel veranderd zullen worden. Als rechterlijke toetsing aan elke rechter wordt toegekend, leidt de verscheidenheid van rechtspraak ook nog eens tot extra veel onzekerheid totdat de Hoge Raad er uitspraak over heeft gedaan.

4.3.2. VOORSTANDERS VAN HET TOETSINGSVERBOD

De Bosch Kemper was één van de eerste auteurs die het argument van de rechtszekerheid gebruikte. Hij had er oog voor dat rechterlijke toetsing de vrijheid van burgers hielp te beschermen, maar volgens Bosch Kemper 'ondermijnt de mogelijkheid, dat de rechter eene wet ongrondwettig kan verklaren, veel meer de rechtszekerheid dan dat zij de vrijheid beschermd'.¹¹³ Volgens Buys wordt een deugdelijke interpretatie van de Grondwet evenveel gewaarborgd door de wetgever als door de rechter. Daarvan uitgaande stelt hij dat het belang van de rechtszekerheid een argument is 'dat krachtig komt pleiten voor handhaving van het thans geldende beginsel'.¹¹⁴ Buys denkt dat door rechterlijke toetsing 'allerlei uitspraken de kracht van allerlei wetten komen verzwakken'.¹¹⁵ Bovendien duurt het, in het geval dat rechterlijke toetsing aan iedere rechter wordt toegekend, lang voordat de Hoge Raad eenheid brengt in een verscheidenheid aan uitspraken. Deze overweging is voor Buys doorslaggevend wanneer hij concludeert dat het toetsingsverbod gehandhaafd moet worden. Ook voor De Savornin Lohman was dit een cruciaal argument in de toetsingsdiscussie.¹¹⁶ Verder gebruiken zo goed als alle voorstanders van het toetsingsverbod het rechtszekerheidsargument, hoewel het bij hen minder op de voorgrond treedt als bij bovengenoemde auteurs.¹¹⁷

4.3.3. TEGENSTANDERS VAN HET TOETSINGSVERBOD

De tegenstanders van het toetsingsverbod erkennen vaak de kracht van het rechtszekerheidsargument,¹¹⁸ maar veel auteurs vinden ook argumenten om het

¹¹¹ Cliteur 1989, p. 1370.

¹¹² Verkregen op 04-10-2013 van: <http://www.juridischwoordenboek.nl/>

¹¹³ De Bosch Kemper 1865, p. 220.

¹¹⁴ Buys 1883-1888, p.637.

¹¹⁵ Buys 1883-1888, p. 637.

¹¹⁶ Van Houten 1997, p. 126.

¹¹⁷ Van der Burgh in: Van Houten, 1997, p. 127, Struycken 1928, p. 112, Oud 1970, p. 21, Prakke 1972, p. 17.

¹¹⁸ Cliteur 1991, p. 148; Jeukens 1963, p.20; Van Houten 1997, p. 294.

rechtszekerheidsargument van kracht te beroven of zelf als argument tegen het toetsingsverbod op te werpen. De kritiek richt zich vooral op het feit dat de voorstanders het toetsingsverbod met dit argument eigenlijk het beginsel van de rechtszekerheid boven de 'gerechtigheid' plaatsen.¹¹⁹ Jeukens stelt dat 'onder omstandigheden, dat overwegingen van rechtvaardigheid mede in het geding komen, moet men er rekening mee houden, dat het belang van de rechtszekerheid daarvoor zal moeten wijken'.¹²⁰ Van Houten pleit er zelf voor dat de verbindende kracht van de wet in twijfel moet kunnen worden getrokken als in het wetgevingsproces 'beleidsmatige of politieke overwegingen hebben geprevaleerd boven juridische of wanneer bepaalde vragen niet onder ogen zijn gezien'.¹²¹ Bovendien stelt Van Houten dat de wetten ook zonder een uitspraak van de rechter gewoon effect hebben, dus niet hoeven te leiden tot rechtsonzekerheid. De rechter heeft de mogelijkheid om bij een uitspraak over een wet de rechtszekerheid mee te nemen in zijn overweging om een wet al dan niet te vernietigen.¹²² Van Houten voert tegen de auteurs, die de rechtsonzekerheid als gevolg van rechterlijke toetsing vooral terugzien in een verscheidenheid aan uitspraken door verschillende rechters, aan dat dit probleem kan worden ondervangen door te kiezen voor één orgaan dat rechtsprekt over de grondwettigheid van wetten.¹²³ Cliteur voegt nog enkele tegenargumenten toe door te stellen dat juist ongrondwettige wetgeving de rechtszekerheid ondermijnt van burgers die zich oriënteren op de grondrechten.¹²⁴ Ook heeft de mogelijkheid van de rechter om lagere wetgeving aan hogere te toetsen niet geleid tot een onaanvaardbare aantasting van de rechtszekerheid. Het één en ander roept bij Cliteur de vraag op waarom voorstander van rechterlijke toetsing niet vaker het rechtszekerheidsargument gebruiken om hun standpunt te verdedigen.¹²⁵

4.4. TRIAS POLITICA ARGUMENT

4.4.1. INLEIDING

De Trias Politica is het uitgangspunt van het Nederlandse staatsbestel. De Trias Politica is een leerstelsel dat de taken en bevoegdheden die aan de overheid toekomen, verdeelt over drie verschillende machten: de wetgevende, de uitvoerende en de rechterlijke macht. Het idee van Montesquieu, die de Trias Politica bedacht heeft, beoogde machtsmisbruik, door de overheid, te voorkomen door de taken en bevoegdheden over verschillende organen te verdelen. Hierdoor krijgen de rechter en de wetgever een eigen plaats in het staatsbestel. De rechter past de algemene norm toe, die de wetgever heeft vastgesteld, in een concrete situatie. Volgens de voorstanders van het toetsingsverbod gaat de rechter zijn boekje te buiten als hij formele wetgeving gaat toetsen aan de Grondwet; volgens de leer van de Trias Politica zou het de rechter niet toekomen uitspraken te doen over politieke kwesties.

4.4.2. VOORSTANDERS VAN HET TOETSINGSVERBOD

Hoewel Beelaert van Blokland niet veel eerbied had voor de Trias Politica leer heeft hij deze toch gebruikt om de het toetsingsverbod te verdedigen. Volgens hem kon uit een leerstelsel, dat beoogde de grenzen van de staatsmachten aan te geven, onmogelijk voortvloeien 'dat de ene

¹¹⁹ Cliteur 1989, p. 1371.

¹²⁰ Jeukens 1963, p.20.

¹²¹ Van Houten 1997, p. 295.

¹²² Van Houten 1997, p. 297.

¹²³ Van Houten 1997, p. 296.

¹²⁴ Cliteur 1989, p. 1371.

¹²⁵ Cliteur 1991, p. 151.

machte te beslissen heeft, in welk geval de beide andere hare grenzen hebben overschreden'.¹²⁶ Volgens Struycken is de rechterlijke macht niet samengesteld om over de betekenis van de Grondwet voor het staatkundige en sociale leven van het volk uitspraken te doen, maar is samengesteld om recht te spreken in straf- en burgerlijke zaken.¹²⁷ Ook Krabbe achtte het onwenselijk dat de rechter politieke beslissingen neemt.¹²⁸ Dölle en Engels zien de betrokkenheid van de rechter bij politieke vragen, als het toetsingsverbod wordt afgeschaft, als een zwaarwegend bezwaar tegen rechterlijke toetsing.¹²⁹ Barendrecht ziet het Trias Politica argument zelfs het eerbiedwaardigste argument tegen rechterlijke toetsing. De rechter en de wetgever hebben hun eigen plaats in het staatsbestel en daarom moet de rechter zich niet in politieke strijdvragen begeven.¹³⁰ Prakke kan de toetsingsdiscussie niet los zien van de visie op de staatsrechtelijke positie van de rechter en in het bijzonder in diens aandeel in de rechtsvorming. Volgens Prakke vloeien de grenzen van de rechterlijke rechtsvorming voort uit de beperkingen van de rechterlijke procedure en uit de onafhankelijke positie van de rechter.¹³¹

4.4.3. TEGENSTANDERS VAN HET TOETSINGSVERBOD

Eén van de eerste auteurs die het Trias Politica argument gebruikte was Du Quesne van Bruchem. Hij gebruikte het argument echter juist om rechterlijke toetsing te verdedigen. Volgens Du Quesne van Bruchem is de voornaamste taak van de overheid de 'naleving der bestaande Constitutie'. Dit geeft de rechterlijke macht 'het regt van weigering om de ongrondwettige wet toe te passen'. Volgens Du Quesne van Bruchem draagt rechterlijke toetsing er zorg voor dat 'het echte begrip van de scheiding der 3 Staatsmagten worde gehandhaafd'.¹³² De bevoegdheid van de rechter om te toetsen vloeit voort uit 'den aard der Maatschappij als een regtswezen, uit de natuur der werkzaamheden van de R.M. (rechterlijke macht: G.O.) zelve' en 'uit de gelijkheid der verschillende magten'.¹³³ Opmerkelijk aan dit argument is, en ook aan het democratieargument en het rechtszekerheidsargument, dat het door de voorstanders van rechterlijke toetsing ook gebruikt wordt om hun standpunt te verdedigen. Cliteur geeft duiding aan deze tegenstrijdigheid door erop te wijzen dat het er maar net vanaf hangt op welke variant van de Trias Politica leer men zich wenst te oriënteren. Cliteur onderscheidt een Franse en een Amerikaanse variant van de Trias Politica leer. De Franse variant plaatst onder invloed van Rousseau de volkssoevereiniteit, en daarmee het primaat van de politiek, op de voorgrond; de Amerikaanse variant heeft zich laten inspireren door de filosofie van de federalisten. Beide kampen beroepen zich op de Trias Politica leer maar trekken daar verschillende conclusies uit.¹³⁴ Jong en Thomassen maken een onderscheid tussen de klassieke en de moderne Trias Politica leer. De eerste zou een hele strikte opvatting hebben over de scheiding van machten terwijl de laatste er de voorkeur geeft aan een 'stelsel van wederzijdse afhankelijkheden (checks and balances) bij de uitoefening van de drie publieke functies'.¹³⁵ Peters stelt dat er meer sprake is van een evenwicht tussen de verschillende machten dan van een scheiding van machten. De machten

¹²⁶ Beelaert van Blokland 1868, p. 101.

¹²⁷ Dölle en Engels 1989, p. 9.

¹²⁸ Van Houten 1997, p. 129.

¹²⁹ Dölle en Engels 1989, p. 71.

¹³⁰ Barendrecht 1992, p. 89.

¹³¹ Prakke, 1972, p. 79-80.

¹³² Du Quesne van Bruchem 1867, p. XVI-XVII.

¹³³ Du Quesne van Bruchem 1867, p. 205 (selectie van de citaten overgenomen van Van Houten, p. 122).

¹³⁴ Cliteur 1989, p. 1371.

¹³⁵ Jong en Thomassen 1992, p. 250.

staan in een coördinatieverhouding tot elkaar en niet als onverenigbare competenties.¹³⁶ Bij de laatstgenoemde interpretaties van de Trias Politica leer vormt rechterlijke toetsing in ieder geval geen inbreuk op het leerstelsel.

4.5. TRADITIE-ARGUMENT

4.5.1. INLEIDING

In Nederland heeft de grondwetgever al in 1848 de voorkeur voor de wetgever als interpretator van de Grondwet boven de rechter. Voorstanders van het toetsingsrecht betogen dat het toetsingsverbod zich sindsdien heeft genesteld in het Nederlandse staatsbestel. Rechterlijke toetsing zou een anomalie in het Nederlandse staatsbestel zijn, als dat zou worden ingevoerd.

4.5.2. VOORSTANDERS VAN HET TOETSINGSVERBOD

Dit argument wordt door veel voorstanders van het toetsingsverbod in allerlei vormen gebruikt. Dölle en Engels geven een beschrijving van dit argument die recht doet aan de literatuur die hier over geschreven is. Zij stellen dat Nederland in de loop der tijden niet is 'gefederaliseerd, noch zijn regionale, etnische, religieuze of politieke spanningen zó opgelopen dat de continuïteit van ons staatsbestel ernstig is bedreigd. Kortom, de historisch-politieke factoren die vooral in Midden- en Zuid Europa tot de institutionalisering van constitutionele rechtspraak hebben geleid, ontbreken hier'.¹³⁷

4.5.3. TEGENSTANDERS VAN HET TOETSINGSVERBOD

Cliteur brengt hier echter tegen in dat veel landen die rechterlijke toetsing kennen, aanvankelijk ook niet gedacht hadden dat het op rechterlijke toetsing uit zou lopen. Hij wijst in dit verband naar de geleidelijke ontwikkeling van rechterlijke toetsing in de Verenigde Staten die in gang gezet is door de jurisprudentie in de kwestie *Marbury vs. Madison*.¹³⁸ Ook zijn er tal van andere landen die geen federale staatsvorm hebben maar wel rechterlijke toetsing hebben ingevoerd. Wanneer je dit in acht neemt zou je op zijn minst voorzichtig moeten zijn met de stelling dat rechterlijke toetsing in Nederland niet past op historische gronden.¹³⁹ Ook verwijst Cliteur er nog naar dat rechterlijke toetsing, naast het handhaven van de Grondwet in een federaal systeem, ook de functie heeft gekregen van het verlenen van rechtsbescherming van de burger tegenover de wetgever. Voor deze functie zijn de genoemde historische gronden minder van belang.

4.6. INCOMPETENTIE-ARGUMENT

4.6.1. INLEIDING

Het argument dat de rechter niet competent is om te toetsen wordt door Cliteur opgedeeld in twee varianten. Als eerste dat de rechter zich onprettig zou voelen in de rol van activistisch rechter. De rechter heeft traditioneel de algemene bepaling, die is vastgesteld door de wetgever, toe te passen in een concrete situatie. De tweede variant is nauw verwant aan de eerste: anderhalve eeuw een verbod op het toetsen van formele wetgeving aan de Grondwet zou de rechter niet in de koude kleren zijn gaan zitten. De rechter zou het er niet op wagen om van het toetsingsrecht gebruik te maken om zijn onafhankelijkheid en gezag niet op het spel te zetten.

¹³⁶ Peters 2003, p. 19.

¹³⁷ Dölle en Engels 1989, p. 71.

¹³⁸ Cliteur 1989, p. 1372.

¹³⁹ Cliteur 1989, p. 1372.

Dit argument onderscheidt zich van het democratieargument, doordat dit meer een pragmatische kijk is op de competenties van de rechter, terwijl het democratieargument gaat over de plek die de rechter zou moeten hebben. Dit argument onderscheidt zich van het traditieargument, doordat dit meer over de competentie van de rechter zelf gaat, terwijl het traditieargument over de eigenschappen van het staatsbestel gaat.

4.6.2. DE VOORSTANDERS VAN HET TOETSINGSVERBOD

Belaert van Blokland betoogt in zijn proefschrift dat de taken en competenties van de rechter zich beperken tot de toepassing van de wet in een concrete situatie. Hij concludeert dat rechterlijke toetsing van buitengewone aard is, en dat het met de gewoonten van de rechter in strijd is.¹⁴⁰ Het toetsingsrecht ligt dus buiten de normale werkzaamheid van de rechter. Deze visie wordt breed gedragen in de rechtswetenschappelijke literatuur.¹⁴¹ Rechterlijke toetsing zou, door het politieke karakter van de uitspraken van de rechter, leiden tot conflicten tussen de wetgever en de rechter. Dit zou de onafhankelijkheid, onpartijdigheid en het gezag van de rechter aantasten.¹⁴² De rechter hecht volgens Prakke echter veel aan deze kwaliteiten en zal zich, ondanks een afschaffing van het toetsingsverbod, terughoudend opstellen om te voorkomen dat hij deze verworvenheden verliest.¹⁴³

4.6.3. DE TEGENSTANDERS VAN HET TOETSINGSVERBOD

De voorstanders van rechterlijke toetsing hebben dit argument fel bekritiseerd. Cliteur stelt dat er geen enkele aanleiding bestaat om te veronderstellen dat de rechter niet in staat zou zijn om wetgeving te toetsen aan de Grondwet. De rechter heeft immers al veel ervaring in het toetsen van lagere wetgeving aan hogere wetgeving en aan het toetsen van formele wetgeving aan verdragen. Hij stelt zelfs dat de rechter meer ervaring heeft met toetsing dan de wetgever.¹⁴⁴ Jeukens betoogt dat de argumenten die in het verleden gebezigd zijn, om de rechter de mogelijkheid tot toetsen te onthouden, niet meer in overeenstemming zijn met de situatie zoals die nu is. Hij schetst in zijn inaugurele rede dat de positie van de rechter gewijzigd is. De moderne wetgeving zou steeds meer overlaten aan de rechter ter toetsing aan de Grondwet; de uitspraken die de rechter doet lijken in toenemende mate de wetgever te beïnvloeden in het geven van een oordeel; de rechter heeft zelfs de mogelijkheid om de formele wetgeving te toetsen aan internationale verdragen. In dit gedeelte verbindt Jeukens aan deze ontwikkelingen de voorzichtige conclusie dat er op zijn minst een toenadering van de alternatieven heeft plaatsgevonden.¹⁴⁵ Stroink onderkent dat de positie van de rechter in gevaar kan komen door toetsing, maar wijst er ook op dat de rechter de laatste jaren veel activistischer is geworden; het gehele overheidsoptreden wordt door de rechter gecontroleerd behalve de formele wetgever. Dit lijkt volgens Stroink niet te leiden tot een afnemend vertrouwen in de rechter, maar de rechter lijkt, in tegenstelling tot de wetgever aan vertrouwen te winnen.¹⁴⁶ De voorstanders van rechterlijke toetsing bestrijden dus de veronderstelling dat de rechter niet de competenties

¹⁴⁰ Beelaert van Blokland 1868, p. 69.

¹⁴¹ Van Houten 1997, p. 126, 131 (Van Houten voert hier aan dat De Savornin Lohman en Oud zich erop beriepen dat het niet binnen de bevoegdheid van de rechter ligt om formele wetgeving aan de Grondwet te toetsen); Prakke 1972, p. 24.

¹⁴² Van Houten 1997, p. 128, 129, 131 (Van Houten voert hier aan dat Krabbe, Struycken, Van den Bergh zich erop beriepen dat rechterlijke toetsing de onafhankelijkheid, onpartijdigheid en het gezag van de rechter zou aantasten).

¹⁴³ Prakke 1972, p. 24.

¹⁴⁴ Cliteur 1989, p. 1372.

¹⁴⁵ Jeukens 1963, p. 15-19.

¹⁴⁶ Stroink 1990, p.11-12.

heeft om formele wetgeving aan de Grondwet te toetsen en ook de vooronderstelling dat het gezag van de rechter wordt aangetast door rechterlijke toetsing.

HOOFDSTUK 5: ARGUMENTEN VOOR RECHTERLIJKE TOETSING VAN FORMELE WETGEVING AAN DE GRONDWET

5.1. VERDRAGSARGUMENT

5.1.1. INLEIDING

Zoals in het historisch perspectief al is vermeld, maakt rechterlijke toetsing van wetten aan internationale verdragen, sinds 1953, deel uit van het Nederlandse staatsbestel. Tijdens de grondwetsherziening in dit jaar werd art. 65 (nu art. 94) in de Grondwet opgenomen. Dit artikel bepaalde dat bij strijd tussen internationale verdragen en de nationale wet, de laatste buiten toepassing moet worden gelaten. Daarmee werd de deur voor rechterlijke toetsing, van formele wetgeving, opengezet. Voorstanders van rechterlijke toetsing voeren dit als belangrijkste argument aan in hun pleidooi voor afschaffing van het toetsingsverbod. Zij stellen dat het toetsingsverbod een anomalie is geworden, doordat rechterlijke toetsing aan internationale verdragen wel mogelijk is en aan de Grondwet niet. Ook vinden zij dat het ongerijmd is, om de burgers een beroep op de ruimere rechtsbescherming, die de grondrechten ten opzichte van de internationale verdragen bieden, te onthouden.¹⁴⁷ Dit argument wordt ook ingezet om de argumenten tegen rechterlijke toetsing te relativiseren. De voorstanders van rechterlijke toetsing wijzen erop dat in het licht van rechterlijke toetsing aan internationale verdragen de argumenten die zijn aangevoerd tegen rechterlijke toetsing aan de Grondwet niet langer hout snijden. Het democratieargument verliest zeggingskracht doordat de formele wet niet langer onschendbaar is. Het rechtszekerheidsargument, het Trias Politica argument en het traditieargument zijn stations die gepasseerd zijn, omdat rechterlijke toetsing al is ingevoerd.

5.1.2. VOORSTANDERS VAN RECHTERLIJKE TOETSING

Van Poelgeest merkt op dat de ontwikkeling van rechterlijke toetsing van wetgeving aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen velen ervan overtuigd heeft dat er geen bezwaar hoeft te bestaan tegen een opheffing van het toetsingsverbod.¹⁴⁸ Jeukens is de auteur die dit argument in de toetsingsdiscussie heeft gebracht bij zijn inaugurele rede aan de Universiteit Tilburg. Hij wijst erop dat de rechter, sinds de grondwetswijziging van 1953, grondwettelijk verplicht is om formele wetgeving die in strijd is met internationale verdragen buiten toepassing moet laten, de rechter de bevoegdheid om te toetsen heeft gekregen. Aanvankelijk had deze bevoegdheid nog niet veel te betekenen, maar naar verloop van tijd nam het internationale recht een steeds groter plaats in het Nederlandse staatsbestel in. Daarom pleit Jeukens ervoor om het toetsingsverbod op te heffen.¹⁴⁹

Bij de voorbereiding op de eerdergenoemde Proeve van een nieuwe Grondwet werd dit punt door Jeukens en Oud ook aangekaart. De werkgroep die deze Proeve van een nieuwe Grondwet opstelde vond het ongerijmd 'de burgers voor dit meerdere (nationale grondrechten bieden meer rechtsbescherming volgens de auteurs: G.O.) dat de grondwetsbepalingen bieden een beroep op de rechter te onthouden dat zij ten aanzien van schending van verdragsbepalingen door de wetgever bezitten'.¹⁵⁰ De gevolgtrekking van de werkgroep werd overgenomen door de

¹⁴⁷ Van Houten 1997, p. 154.

¹⁴⁸ Van Poelgeest 1991, p. 48.

¹⁴⁹ Jeukens 1963, p. 19.

¹⁵⁰ Donner, Van der Hoeven en Jeukens 1966, p. 55.

staatscommissie-Cals/Donner.¹⁵¹ Op grond van de rechtszekerheid wees de regering het voorstel van de commissie echter af. Bij de verschillende regeringsinitiatieven in de jaren '90 was het verdragsargument voor een steeds grotere meerderheid van politici en staatsrechtgeleerden van doorslaggevend belang.

Het wetsvoorstel dat Halsema in 2002 indiende, leunt sterk op het verdragsargument. Halsema wijst erop dat, sinds de rechter bevoegd is om formele wetgeving aan internationale verdragen te toetsen, het toetsingsverbod door velen als een anomalie in het staatsbestel wordt beschouwd. Bovendien heeft, door het in stand houden van het grondwettelijke toetsingsverbod, het internationale recht een centrale positie gekregen in de nationale rechtsontwikkeling van de grond- en mensenrechten.¹⁵² Rechterlijke toetsing zou volgens Halsema een oplossing kunnen zijn voor de afnemende betekenis van de Grondwet, de kwaliteit van wetgeving die soms te wensen overlaat en zou zorgen voor een betere rechtsbescherming van de burger.¹⁵³

Peters, die Halsema heeft bijgestaan bij de verdediging van haar wetsvoorstel, voert ook het verdragsargument aan in zijn betoog voor afschaffing van het toetsingsverbod. Hij stelt dat er in juristenland bijna geen aanhangers van het toetsingsverbod meer te vinden zijn, omdat wetten in formele zin, sinds de invoering van rechterlijke toetsing aan internationale verdragen, niet langer onschendbaar zijn. Volgens Peters zijn echter politici nog altijd onder de indruk van de argumenten tegen rechterlijk toetsing. Om dezelfde redenen die Halsema in haar wetsvoorstel noemt, vindt Peters dat het toetsingsverbod moet worden afgeschaft.¹⁵⁴

5.1.3. TEGENSTANDERS VAN RECHTERLIJKE TOETSING

Hoewel de kracht van het verdragsargument door veel staatsrechtgeleerden onderkend wordt, zijn er ook auteurs die het argument bestrijden. Van der Schyff ontmaskert, naar eigen zeggen, verschillende mythes waarop het verdragsargument gebaseerd zou zijn. Allereerst wijst hij erop dat de Grondwet en internationale verdragen niet dezelfde doelen dienen: internationale verdragen zijn ontworpen als instrument om staten te onderwerpen aan onafhankelijke toetsing door een supranationale instantie, en de Grondwet is veel meer een document dat een bepaalde constitutionele praktijk bevestigt. Daarom lenen internationale verdragen zich beter voor toetsing dan de Grondwet. Als tweede noemt Van der Schyff dat het handhaven van de grondrechten niet te vergelijken is met handhaven van bepalingen uit internationale verdragen. Van der Schyff stelt dat mensenrechten meer het karakter hebben van beginselen en grondrechten meer het karakter hebben van heldere regels. Het is daarom een mythe om te denken dat rechterlijke interpretatie van de grondrechten op dezelfde wijze kan geschieden als het uitleggen van verdragsbepalingen. De derde mythe die het wetsvoorstel-Halsema volgens Van der Schyff bevat is dat de grondrechten een grote toegevoegde waarde bezitten ten opzichte van mensenrechten die zijn vastgelegd in de internationale verdragen. De toegevoegde waarde die het wel zou hebben, zou bovendien moeten opwegen tegen de nadelen van de invoering van rechterlijke toetsing. De laatste mythe die Van der Schyff aan de kaak stelt, is dat het helemaal niet vanzelfsprekend is dat de rechter even deskundig is in het toepassen van nationaal recht als van internationaal recht.¹⁵⁵ Ook Sillen kan niet inzien voor welk probleem de afschaffing van het toetsingsverbod een oplossing biedt. Hij wijst erop dat de angst dat de wetgever ongrondwettige

¹⁵¹ Van Poelgeest 1991, p. 11.

¹⁵² *Kamerstukken II* 2001/02, 28 331, nr. 3, p. 11.

¹⁵³ *Handelingen II* 2003/04, 28 331, nr. 97, p. 3-4.

¹⁵⁴ Peters 2003, p. 17-31.

¹⁵⁵ Van der Schyff 2009.

wetgeving maakt, als hij niet wordt gecontroleerd, ongegrond is. Volgens Sillen komt het bijna niet voor dat de Grondwet flagrant wordt geschonden bij het maken van wetgeving. Tegen de stelling dat de rechter al sinds 1953 de mogelijkheid heeft om formele wetgeving te toetsen wat het toetsingsverbod tot een anomalie zou maken brengt Sillen in dat de rechter zelden gebruik zou maken van deze mogelijkheid.¹⁵⁶

Boogaard en Peters verdedigen het wetsvoorstel-Halsema in reactie op Van der Schyff. Zij stellen dat de Grondwet niet alleen een document is dat de bestaande constitutionele praktijk bevestigt, maar de Grondwet is er ook op gericht om 'checks en balances' in te bouwen om de burger tegen de overheid te beschermen. In reactie op de stelling van Van der Schyff dat rechterlijke toetsing vereist, dat het handhaven van grondrechten hetzelfde moet zijn als het handhaven van mensenrechten, zeggen Boogaard en Peters dat het voor de burger geen verschil maakt of men het grondrecht of mensenrecht noemt. Ook toetst de rechter nationale voorschriften aan beide artikelen, met uitzondering van de formele wetgeving. Boogaard en Peters bestrijden ook de bewering dat rechterlijke toetsing geen toegevoegde waarde zou hebben voor het Nederlandse staatsbestel. Zij wijzen erop dat rechterlijke toetsing voor een opwaardering van de Grondwet zou kunnen zorgen. Van der Schyff voerde als laatste mythe aan dat succesvolle rechterlijke toetsing aan internationale verdragen niet garandeert dat rechterlijke toetsing aan de Grondwet een succes wordt. Boogaard en Peters weerleggen dit argument, door naar voren te brengen dat er al een lange succesvolle traditie bestaat van rechterlijke toetsing van lagere wetgeving aan de Grondwet. Dat maakt het aannemelijk dat ook rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet een succes zou kunnen worden.¹⁵⁷

5.2. VERANDERDE HOUDING T.O.V. DE WET ARGUMENT

5.2.1. INLEIDING

Zoals in het historisch perspectief is vermeld, paste het idee van de onschendbaarheid van de wet goed in de gedachtewereld van de negentiende eeuw. De gedachte van de volkssoevereiniteit heeft de opstellers van de Grondwet van 1848 in bijzonder mate beheerst. Rechterlijke toetsing maakt inbreuk op de onschendbaarheid van de wet; het toetsingsverbod vloeit daarmee direct voort uit de soevereiniteit van het volk. Tegenstanders van het toetsingsverbod stellen echter dat deze argumenten uit het verleden aan geldingskracht hebben verloren. De tegenstanders wijzen erop dat de achtergrond waartegen de onschendbaarheid als een natuurlijke consequentie verscheen, belangrijke wijzigingen heeft ondergaan.¹⁵⁸ Het ongelimiteerde vertrouwen in de wetgever is sterk afgenomen en het oude wetsbegrip, het stellen van de voor burgers rechtvaardige regels, heeft plaatsgemaakt voor een wetgever die brede normen uitzet.

5.2.2. VOORSTANDERS VAN RECHTERLIJKE TOETSING

Van de auteurs voor rechterlijke toetsing heeft vooral Jeukens zich bediend van dit argument. Hij wijst erop dat de huidige wetgeving anders is dan de wetgeving in de tijd dat het toetsingsverbod werd ingevoerd. De wetgever van nu treedt terug als een 'schepper van algemene normen en doen de wet meer het karakter verkrijgen van een akkoordverklaring met een te voeren beleid, van een beslissing op het hoogste niveau dan van het stellen van de burgers

¹⁵⁶ Sillen 2010.

¹⁵⁷ Peters en Boogaard 2009.

¹⁵⁸ Jeukens 1963, p. 8.

bindende regels, het oude wetsbegrip'.¹⁵⁹ De bredere normstelling leidt ertoe dat meer ter toetsing aan de Grondwet wordt overgelaten door de rechter. De onschendbaarheid van de wetgever wordt daarmee in toenemende mate relatief, doordat het oordeel van de rechter over grondwettelijke bepalingen van invloed is op de opvattingen van de wetgever over de Grondwet, en in het bijzonder door mogelijkheid voor de rechter om onschendbare wetten te toetsen aan internationale verdragen.¹⁶⁰ Ook Cliteur gebruikt dit als argument om te pleiten voor rechterlijke toetsing aan de Grondwet. Het verzet van de voorstanders van het toetsingsverbod zou geïnspireerd zijn door een verouderde houding ten opzichte van de wet. We zijn nu anders gaan denken over de onschendbaarheid van de wet die gebaseerd is op een overmatig vertrouwen op de wetgever en de wet als bron van het recht.¹⁶¹

5.2.3. TEGENSTANDERS VAN RECHTERLIJKE TOETSING

De kritiek op het beroep op de onschendbaarheid van de wet lijkt de voorstanders van het toetsingsverbod niet te verhinderen om zich te beroepen op het democratieargument. Daarnaast zijn er maar weinig tegenstanders van rechterlijke toetsing die expliciet zijn ingegaan op het argument dat de vorm van de huidige wetgeving reden geeft om rechterlijke toetsing aan de Grondwet in te voeren.

5.3. FALENDE WETGEVER/SLECHTE WETGEVING ARGUMENT

5.3.1. INLEIDING

Een veelgehoorde klacht van voorstanders van rechterlijke toetsing is dat de wetgever niet altijd goed functioneert. De kritiek op de wetgever richt zich op meerdere onderdelen van de wetgevingsprocedure. Allereerst zou het zwaartepunt van wetgeving verschoven zijn van de wetgever naar de regering; deze heeft ruime mogelijkheden tot delegatie en stelt een minutieus regeringsakkoord vast. Partijen die belang hebben bij het in stand houden van de regering stellen zich minder kritisch tijdens de behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer. Er is een verschuiving zichtbaar naar een monistisch stelsel waarin de regering moeiteloos haar wetsvoorstellen door de Tweede Kamer heen sluisst. De oppositiepartijen laten vaak fractiespecialisten het woord voeren over specifieke wetgeving. Verder volgt de wetgever lang niet altijd het advies van de Raad van State bij de behandeling van het wetsvoorstel en onder druk van bezuinigingen wordt vaak snel besloten. Dit alles wijst erop dat de wetgever vaak andere belangen laat prevaleren boven de grondwettigheid van wetgeving. Bovendien kan bij wetgeving vaak niet worden voorzien of de ontwikkelingen na de totstandkoming van de wet leiden tot een situatie waarin de wet onverenigbaar is met de Grondwet. Om de onvolkomenheden in de wetgeving, die door deze ontwikkelingen in de hand zouden worden gewerkt, op te vangen zou men de rechter de mogelijkheid moeten geven om formele wetgeving aan de Grondwet te toetsen.

5.3.2. VOORSTANDERS VAN RECHTERLIJKE TOETSING

Voorals auteurs uit het recente verleden zijn ingegaan op dit argument. Jeukens wijst erop dat de parlementaire werkwijze is veranderd. Hij stelt dat de opkomst van politieke partijen, de functies van fracties in de Tweede Kamer, de aanwezigheid van fractiespecialisten een geheel ander aanzien geven dan vroeger. De wetgevingsprocedure wordt minder beheerst door het

¹⁵⁹ Jeukens 1963, p. 11.

¹⁶⁰ Jeukens 1963, p. 19.

¹⁶¹ Cliteur 1989, p. 1374.

openbaar debat en de fractiediscipline zorgt ervoor dat de standpunten in het openbare debat in mindere mate een weergave zijn van de persoonlijke mening van de volksvertegenwoordigers. De daadwerkelijke beslissingen worden steeds meer genomen in de 'achterkamertjes'. Daarbij is het accent van de parlementaire behandeling verschoven van de volksvertegenwoordiging naar de regering. Deze ontwikkelingen relativiseren het onbegrensd vertrouwen in de wetgever die ten grondslag ligt aan het toetsingsverbod.¹⁶² Stroink betoogt in zijn oratie eveneens dat de wetgevingsprocedure niet optimaal is. Hij noemt in dit verband de regeerakkoorden die een belemmering opwerpen voor een kritische houding van parlementariërs van de regeringspartijen; de druk waaronder wetgeving moet worden gemaakt gaat ten koste van de kwaliteit, en van de advisering van de Raad van State wordt vaak afgeweken.¹⁶³ Hij concludeert dat een politieke meerderheid altijd, als zij dat wil, haar zin kan doordrukken.¹⁶⁴ Van Houten heeft zich ook intensief beziggehouden met dit argument. Zij is van mening dat de wetgevingsprocedure onvoldoende waarborgen biedt voor een juiste beoordeling voor de grondwettigheid van een wet. Van Houten voert hiervoor dezelfde argumenten aan als de andere auteurs. Aanvullend geeft ze aan dat voor de invoering van het toetsingsrecht pleit, dat de wetgever, bij het maken van wetgeving, niet alles kan over- en voorzien en daardoor niet in staat is om de verenigbaarheid van de wet met de Grondwet te waarborgen.¹⁶⁵

Het 'falende wetgever argument' wordt ook gebruikt door Halsema. De kwaliteit van wetgeving laat volgens haar nog wel eens te wensen over. Daarbij is het voor de wetgever onmogelijk, 'hoeveel rekenschap hij zich ook geeft van de grondwettelijke bepalingen, eenvoudigweg door de aard van zijn werk niet gegeven om alle toekomstige individuele gevallen te voorzien'.¹⁶⁶ Zij verwijst in de Memorie van Toelichting ook, zoals veel andere auteurs die zich van dit argument bedienen, op het Harmonisatiewet-arrest. In een eerder hoofdstuk is het Harmonisatiewet-arrest behandeld. In dit arrest wees de Hoge Raad er onder meer op dat de veronderstelling, dat de huidige procedure voor het tot stand brengen van wetten voldoende waarborg biedt voor hun rechtsgehalte, niet per definitie opgaat.¹⁶⁷ Halsema is van mening dat rechterlijke toetsing dienstbaar zou kunnen zijn aan de kwaliteit van wetgeving.

5.3.3. TEGENSTANDERS VAN RECHTERLIJKE TOETSING

Dölle en Engels vinden niet dat dit argument doorslaggevend is om rechterlijke toetsing in te voeren. Zij wijzen er op dat de wetten zelf, door hardheidsclausules, veelal mogelijkheden tot bevredigende oplossingen bieden. Ook kan de uitvoering van wetten, zoals blijkt uit jurisprudentie, zich niet onttrekken aan administratiefrechtelijke normen. Dit overwegende, vinden Dölle en Engels dit argument geen rechtvaardiging voor rechterlijke toetsing.¹⁶⁸ Sillen en Prakke geven stevige kritiek op dit argument door erop te wijzen dat in de praktijk nauwelijks gevallen zijn waarin evidente strijdigheid bestaat tussen de formele wetgeving en de Grondwet.¹⁶⁹ Van Houten brengt tegen de redenering, dat de rechter verschillende wetten in strijd met het EVRM of het IVBPR heeft geoordeeld, in dat dit nog niet bewijst dat de wetgever

¹⁶² Jeukens 1963, p. 9-15.

¹⁶³ Van Houten 1997, p. 183 (Van Houten wijst erop dat in 63% van de gevallen het advies van de RvS wordt overgenomen).

¹⁶⁴ Stroink 1990, p. 16-25.

¹⁶⁵ Van Houten 1997, p. 181-184.

¹⁶⁶ *Handelingen II* 2001/02, 28 331, nr. 97, p. 4.

¹⁶⁷ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 331, nr. 3, p 6-7.

¹⁶⁸ Dölle en Engels 1989, p. 73.

¹⁶⁹ Prakke 1992, p. 8; Sillen 2010, p. 3.

ongrondwettig heeft gehandeld of andere belangen heeft laten prevaleren boven de grondwettigheid van een wet. Men gaat er dan immers van uit dat het oordeel van de rechter over de grondwettigheid van wetgeving doorslaggevend is terwijl de wetgever anders kan denken over hoe de Grondwet geïnterpreteerd dient te worden.¹⁷⁰

5.4. PRIMAAT VAN DE GRONDRECHTEN/BESCHERMING VAN MINDERHEDEN ARGUMENT

5.4.1. INLEIDING

Na de Tweede Wereldoorlog is men zich veelvuldig af gaan vragen of het vanuit de rechtsbeschermingsoptiek niet wenselijk zou zijn om rechterlijke toetsing aan de klassieke grondrechten mogelijk te maken.¹⁷¹ Daarbij hebben de culturele conflicten in Nederland zich het laatste decennium verhevigd. Zoals behandeld bij het vorige argument kan de wetgever vaak niet voorzien wat de gevolgen voor het individu zijn bij de behandeling van wetgeving. Bovendien wordt de interpretatie van de Grondwet door de wetgever vaak door partijpolitieke belangen bepaald en minder door juridische overwegingen. Dit kan ten koste gaan van rechten van minderheden. Veel auteurs zien rechterlijke toetsing als een middel om de minderheden de nodige aanvullende rechtsbescherming te bieden.

5.4.2. VOORSTANDERS VAN RECHTERLIJKE TOETSING

Dit argument wordt vooral gebruikt door Peters. Hij wijst erop dat de wetgever de Grondwet politiek interpreteert. Het sluiten van compromissen is de normale gang van zaken bij het maken van wetgeving. Doordat de interpretatie van de Grondwet wordt gekleurd door opportunistische motieven kan het zijn dat minderheden hier de dupe van worden. Voor een optimale grondrechtenbescherming zou het gewenst zijn om de rechter de mogelijkheid te geven om formele wetgeving te toetsen aan de Grondwet. De rechter heeft in tegenstelling tot de wetgever geen belang en is daarom onpartijdiger.¹⁷² Van Houten gaat ook in op dit argument, maar doet dit meer van uit het oogpunt dat de wetgever, zoals betoogd bij het vorige argument, niet in staat is om een eventuele onverenigbaarheid van de formele wet met de Grondwet te voorzien. Dit kan ertoe leiden dat minderheden geraakt worden in hun grondrechten.¹⁷³ Ook Halsema is bij de behandeling van haar wetsvoorstel uitgebreid ingegaan op dit argument. Voor Halsema is het 'meer dan al het andere de verbetering van de rechtsbescherming van Nederlandse burgers'¹⁷⁴ die haar gemotiveerd heeft om het wetsvoorstel in te dienen. In aanvulling op Van Houten, stelt Halsema dat het de wetgever, 'eenvoudigweg door de aard van zijn werk niet gegeven' is 'om alle toekomstige individuele gevallen te voorzien'.¹⁷⁵ De wetgever kan niet uitsluiten dat een wet in de praktijk een onrechtvaardig effect kan hebben op individuen of minderheden. Bovendien wordt de noodzaak van aanvullende rechtsbescherming ook vergroot, doordat de samenleving pluriformer wordt. Sinds de jaren '90 zijn de culturele scheidslijnen in Nederland scherper geworden. De rechtszaal kan een vreedzaam forum bieden dat een vitaal publiek debat garandeert.¹⁷⁶

5.4.3. TEGENSTANDERS VAN RECHTERLIJKE TOETSING

¹⁷⁰ Van Houten 1997, p. 181.

¹⁷¹ Cliteur 1991, p. 89.

¹⁷² Peters 2003, p. 21.

¹⁷³ Van Houten 1997, p. 186.

¹⁷⁴ *Handelingen II* 2001/02, 28 331, nr. 97, p. 4.

¹⁷⁵ *Handelingen II* 2001/02, 28 331, nr. 97, p. 4.

¹⁷⁶ *Handelingen II* 2001/02, 28 331, nr. 97, p. 4.

De voorstanders van het toetsingsverbod wijzen erop dat dat 'door invoering van het toetsingsrecht overspannen verwachtingen kunnen worden gewekt, die noodzakelijk on vervuld zullen moeten blijven'.¹⁷⁷ Volgens Prakke zullen er altijd wetten blijven bestaan die op ernstige weerstand stuiten, maar waarvan de grondwettigheid ervan buiten kijf staat. Minderheden moeten niet de valse hoop gegeven worden dat rechterlijke toetsing hen van deze wetgeving zou verlossen.¹⁷⁸ Een ander argument van voorstanders van het toetsingsverbod is dat rechterlijke toetsing het mogelijk maakt om de argumenten, die de minderheid heeft aangedragen bij de behandeling van een wetsvoorstel, opnieuw geldig te maken. Vanuit het democratiebeginsel zou het onwenselijk zijn als de rechter zich over hetzelfde vraagstuk zou buigen als de wetgever en daarbij het minderheidsstandpunt zou laten prevaleren boven het meerderheidsstandpunt.¹⁷⁹

5.5. OPLEVING VAN DE GRONDWET ARGUMENT

5.5.1. INLEIDING

Vanaf de invoering van het toetsingsverbod zijn er auteurs die erop wijzen dat men, doordat de rechter de mogelijkheid om te toetsen aan de Grondwet ontnemt, ervoor zorgt dat de betekenis van de Grondwet uitholt. Wanneer de rechter formele wetgeving niet mag toetsen aan de Grondwet wordt het middel om de Grondwet levend te houden, door middel van de interpretatie van grondwettelijke beginselen, weggenomen. Sinds de invoering van rechterlijke toetsing aan internationale verdragen richt dit argument zich meer op de grote rol die het EVRM speelt in de bescherming van burgers ten opzichte van de overheid en de gemarginaliseerde rol die de grondrechten in de Grondwet hebben. Om de Grondwet weer een rol van betekenis te geven, is het noodzakelijk om de rechter de mogelijkheid te geven de formele wetgeving te toetsen aan de Grondwet.

5.5.2. VOORSTANDERS VAN RECHTERLIJKE TOETSING

Zoals gezegd is, speelt dit argument al een rol in de discussie over het toetsingsverbod, vanaf de invoering ervan. Thorbecke beschouwde het toetsingsverbod als een spreuk waarvoor 'ieder als voor eene gesloten deur blijven staan'.¹⁸⁰ De burger zou bij de rechter net zo goed recht moeten kunnen vragen voor een strijdigheid tussen een verordening en een wet als voor een wet met de Grondwet.¹⁸¹ Ook Opzoomer wees erop dat door het toetsingsverbod de Grondwet van 'alle kracht beroofd' zou worden. 'Het is dan geen Grondwet meer, die zelfs den gewonen wetgever bidt, maar een gewonen wet, die hij kan afschaffen'.¹⁸² De rechter zou daarom de mogelijkheid moeten hebben om de formele wet te toetsen aan de Grondwet. Ook in recente literatuur wordt uitgebreid ingegaan op dit argument. De focus ligt hierdoor op de marginale rol die de grondrechten uit de Grondwet spelen ten opzichte van de bepalingen uit het EVRM bij de rechtsbescherming van de burger. Peters heeft de invloed van het toetsingsverbod op de betekenis van de Grondwet uitgediept. Hij wijst erop dat de rechter sinds de jaren '80 veelvuldig formele wetgeving toetst aan het EVRM.¹⁸³ De rol van de grondrechten worden daardoor gemarginaliseerd en de Grondwet verliest daardoor aan betekenis voor de Nederlandse burger. Door de rechter de mogelijkheid te geven formele wetgeving te toetsen aan de Grondwet wordt

¹⁷⁷ Prakke 1972, p. 143.

¹⁷⁸ Prakke 1972, p. 143.

¹⁷⁹ Van Houten 1997, p.137.

¹⁸⁰ Thorbecke 1848, p. 60.

¹⁸¹ Van Houten 1997, p. 121.

¹⁸² Dölle en Engels 1989, p.5.

¹⁸³ Peters 2003, p. 19.

hem een middel gegeven om de Grondwet 'levend te houden door middel van interpretatie van grondwettelijke beginselen'.¹⁸⁴ Ook Halsema gebruikt voert dit argument aan tijdens de behandeling van haar wetsvoorstel in de Tweede Kamer. Ze wijst erop dat verschillende staatsrechtsgeleerden hebben aangegeven dat de ontoegankelijkheid van de Grondwet risicovol is. De burgers wordt hiermee de mogelijkheid ontnomen om een beroep te doen op de klassieke grondrechten uit de Grondwet. Om de Grondwet te laten herleven zou rechterlijke toetsing moeten worden ingevoerd.¹⁸⁵

5.5.3. TEGENSTANDERS VAN RECHTERLIJKE TOETSING

Cliteur wijst erop dat tegenstanders van rechterlijke toetsing het primaat van de Grondwet onverlet laten, maar staatsrechtsgeleerden als Struycken, Oud en Donner geven aan dat zij erop vertrouwen dat de wetgever de Grondwet niet zal schenden. De Grondwet zou dus functioneren zonder dat er een sanctie op de overtreding ervan staat.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Peters 2003, p. 6.

¹⁸⁵ *Handelingen II* 2001/02, 28 331, nr. 97, p. 3.

¹⁸⁶ Cliteur 1991, p. 149.

HOOFDSTUK 6: RECHTERLIJKE TOETSING VAN WETGEVING AAN DE GRONDWET IN FRANKRIJK

6.1. INLEIDING

Rechtsvergelijking is een goede methode om een rechtswetenschappelijke discussie in een breder perspectief te zetten.¹⁸⁷ Door het Nederlandse staatsbestel te vergelijken met een staatsbestel van een ander land kan de staatsrechtelijke discussie gezien worden vanuit een ander perspectief, met andere argumenten en wellicht nieuwe oplossingen. Rechtsvergelijking heeft vaak als doel om de kwaliteit van het eigen recht te verbeteren. Om deze reden wordt in deze scriptie het Nederlandse stelsel van toetsing vergeleken met een buitenlands stelsel van toetsing. Voor een goede rechtsvergelijking is het van belang om het land, waarmee vergeleken wordt, te selecteren op de kenmerken van een staatsbestel die overeenkomen met het Nederlandse staatsbestel. Zo is het van belang dat de politieke, economische, culturele en juridische achtergrond overeenkomsten hebben. Frankrijk is om verschillende redenen een interessant land om rechtsvergelijkend onderzoek mee te doen. Frankrijk is net als Nederland een eenheidsstaat, wat in de toetsingsdiscussie een cruciale factor is. In federale staten wordt door de rechter de verhouding tussen de federale en de lokale overheid getoetst aan de Grondwet. Een vergelijking tussen een federale staat en een eenheidsstaat zou dus al snel mank gaan. Daarbij heeft het rechtstelsel van Frankrijk altijd al een grote invloed gehad op het Nederlandse rechtstelsel. Het doorslaggevend argument om voor Frankrijk als land te kiezen om rechtsvergelijkend onderzoek mee te doen is dat het in 2008 een verregaande vorm van rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Grondwet ingevoerd heeft, terwijl het voorheen, net als in Nederland, geen krachtige vorm van rechterlijke toetsing kende. Dit hoofdstuk zal eerst ingaan op de historische achtergrond van rechterlijke toetsing in Frankrijk en daarna worden de overwegingen die geleid hebben tot de invoering van rechterlijke toetsing in 2008 behandeld.

6.2. RECHTERLIJKE TOETSING 1791-1958

Voorafgaand aan de periode van de Franse revolutie, in 1789, speelde het vraagstuk van de rechterlijke toetsing geen grote rol in Frankrijk. Tijdens de Franse Revolutie werd de rechter onderworpen aan de wet; vanuit het oogpunt van de soevereiniteit van het volk was het niet gewenst, dat een ondemocratisch orgaan de wetgeving zou beïnvloeden.¹⁸⁸ Dit sloot echter niet uit dat er wel behoefte was aan controle op de grondwettigheid van wetgeving. In 1799 werd daarom het Sénat Conservateur ingesteld dat preventief toezicht hield op de grondwettigheid van wetgeving. Dit orgaan stond echter volledig ten dienst aan de volksvertegenwoordiging; zij sprak zich alleen uit over wetgeving wanneer zij door het Tribunaat hierom gevraagd werd.¹⁸⁹ Deze Sénat Conservateur heeft bestaan tot in het Eerste Keizerrijk (1804-1815). Het had net als het Senaat van de Tweede Keizerrijk (1852-1871) en het Comité constitutionnel in de Vierde Republiek (1946-1958) nauwelijks een rol van betekenis. De jurisprudentie bleef tijdens deze periode het standpunt behouden dat de rechterlijke toetsing de rechter niet toekomt. Vanaf de jaren '20 van de 20^e eeuw gingen er in de literatuur echter steeds meer stemmen op om rechterlijke toetsing in te voeren.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Dölle en Engels 1989, p. 23.

¹⁸⁸ Prakke 1971, p. 55.

¹⁸⁹ Prakke 1971, p. 55.

¹⁹⁰ Prakke 1971, p. 55.

6.3. RECHTERLIJKE TOETSING 1958

De huidige Grondwet in Frankrijk is ontstaan op het breukvlak tussen de Vierde Republiek (1946-1958) en de Vijfde Republiek (1958-heden).¹⁹¹ Deze Grondwet besteedt een groot gedeelte aan de, met de nieuwe Grondwet ingestelde, Conseil Constitutionnel (hierna: CC). Dit orgaan heeft, naast veel andere taken, de bevoegdheid om toe te zien op de grondwettigheid van de wetgeving. De CC heeft 9 gewone leden; deze leden hebben negen jaar zitting en om de drie jaar komen er drie nieuwe leden. Deze worden benoemd door de President van de republiek en de voorzitters van beide Kamers. Ook hebben alle oud-presidenten van de Republiek zitting in de CC.¹⁹²

De vorm van dit toezicht kan worden aangeduid als preventief-geconcentreerd.¹⁹³ Dat betekent dat er wordt getoetst nadat de wet is aanvaard maar voordat de wet is afgekondigd. De CC heeft de bevoegdheid om wetten, Reglementen van Orde en internationale overeenkomsten te toetsen aan formele en materiële criteria.¹⁹⁴ Er wordt dus niet alleen op de verenigbaarheid van de wetgeving met de Grondwet gelet maar ook op schending van beginselen uit de Préambule van de Constitutie en daarmee aan de Déclaration van 1789, de Préambule van de Constitutie van 1944 en de fundamentele rechtsbeginselen van de Derde Republiek.¹⁹⁵ Ook rekent de CC organieke wetten (wet in formele zin) en organieke ordonnances (wetgeving afkomstig van de Raad van Ministers) tot het begrip constitutie.¹⁹⁶

Organieke wetten worden altijd na de aanvaarding ervan door de volksvertegenwoordiging, aan de CC voorgelegd door de minister-president om getoetst te worden. Dit geldt voor alle organieke wetten, behalve voor wetten die zijn vastgesteld bij referendum. De Reglementen van Orde van de Kamers moeten eveneens aan de rechter ter toetsing worden voorgelegd. Gewone wetten worden alleen op instigatie van de president, minister-president, de voorzitters van de Assemblée en de Senaat of zestig leden van een van de beide Kamers ter toetsing voorgelegd. Internationale overeenkomsten kunnen ter toetsing worden voorgelegd aan de CC door de president, de minister-president, de voorzitters van de Kamers of door zestig parlementsleden.¹⁹⁷

Als de CC een wet onverenigbaar vindt met de Grondwet of met materiële criteria dan mag deze wet niet worden afgekondigd. Als de wet splitsbaar is mag het gedeelte dat niet te verenigen is met de Grondwet, niet worden afgekondigd. Reglementen van Orde mogen niet worden toegepast indien ze strijdig zijn met de Grondwet. Bij internationale overeenkomsten wordt geen fiat gegeven om de goedkeuringswet te maken. Ratificatie of machtiging tot sluiten van de overeenkomst is dan pas mogelijk als de Grondwet wordt aangepast.¹⁹⁸

Zoals bij de Verenigde Staten, Duitsland en andere federale staten rechterlijke toetsing is ingesteld om de rechter te laten bemiddelen tussen federale staten en de centrale overheid, zo is rechtelijke toetsing in Frankrijk ingesteld om te bemiddelen tussen de drie staatsmachten. De CC

¹⁹¹ Dölle en Engels 1989, p. 35.

¹⁹² Prakke 1971, p. 60.

¹⁹³ Prakke 1971, p. 58.

¹⁹⁴ Kortmann 2009, p. 311.

¹⁹⁵ Dölle en Engels 1989, p. 35.

¹⁹⁶ Kortmann 2009, p. 313.

¹⁹⁷ Kortmann 2009, p. 312.

¹⁹⁸ Kortmann 2009, p. 313.

is alleen opgericht om als scheidsrechter op te treden tussen de president en het parlement.¹⁹⁹ Aanvankelijk was de CC dus niet gericht op het beschermen van rechten van minderheden ten opzichte van de overheid, maar moest als intermediair optreden tussen de grote politieke organen.²⁰⁰

6.4. INSTITUTIONELE WIJZIGING 1974

De grootste institutionele wijziging van de CC vond plaats in 1974. Toen werden parlementariërs, van de Senaat of van de Nationale Vergadering, de mogelijkheid gegeven om een wet ter toetsing aan de CC voor te leggen als meer dan 60 parlementariërs hier achter zouden staan. Dit gaf minderheden de mogelijkheid om wetgeving constitutioneel te laten toetsen door de CC. Sinds die tijd is het altijd mogelijk geweest dat ten minste één oppositiepartij de wet ter toetsing kon voorleggen aan de CC. Daarmee is de constitutionele hervorming van 1974 één van de grootste geweest in de geschiedenis van de vijfde republiek.²⁰¹ Het heeft ervoor gezorgd dat de Grondwet beter onderzocht werd in het wetgevingsproces, een nieuwe mogelijkheid om iets aan de Grondwet te toetsen, andere onderwerpen die constitutioneel getoetst worden en andere resultaten en betekenis voor de uitspraken van het CC. Ook is het aantal wetten dat getoetst wordt door de CC sinds 1974 flink gestegen; daarnaast werd de grondwettigheid van wetten beter onderzocht, vond er een verandering plaats in de inhoud die ter toetsing werd voorgelegd aan de CC en veranderden de resultaten en de betekenis van de uitspraken van de CC.²⁰²

6.5. INVOERING RECHTERLIJKE TOETSING 2008

Hoewel de CC al op grote schaal toetste aan de Grondwet, was dat voor de Franse overheid nog niet voldoende. Men vond het ongerijmd dat de burger bij een strijdigheid van de wet met internationale verdragen hier mee wel naar de rechter kon, maar bij een strijdigheid van wetgeving met de rechten uit de Grondwet met lege handen stond. In 1990 werd daarom in de Nationale Vergadering een constitutioneel amendement aangenomen dat de burger de mogelijkheid moest geven om een rechtsvraag, betreffende de Grondrechten, voor te leggen aan de CC. Dit voorstel en een tweede voorstel in 1993 haalden echter niet de eindstreep van het wetgevingsproces. In 2008 werd de hervorming echter wel aangenomen als onderdeel van een pakket met constitutionele hervormingen die door Sarkozy zijn doorgevoerd, en in 2010 werd dit amendement van kracht. Sindsdien is het mogelijk voor de burger om een vermeende inbreuk op zijn of haar grondrechten aan de CC voor te leggen, maar dat kan niet direct.²⁰³ Men noemt deze procedure: Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC).²⁰⁴

Wanneer lagere gerechtshoven een vermeende inbreuk op een grondrecht behandelen, dan moeten zij zich er eerst van vergewissen dat aan drie voorwaarden voldaan is voordat ze de zaak mag doorverwijzen naar de CC. Allereerst moet de wet die aangevochten wordt van toepassing zijn op de zaak. Ten tweede mag de wet niet al eerder door de CC in behandeling genomen zijn (of de omstandigheden moeten veranderd zijn). Ten derde moet de constitutionele vraag serieus zijn. Indien aan deze voorwaarden voldaan is mag de zaak worden doorverwezen naar de hoogste civiel/strafrechtelijke of administratieve gerechtshoven, respectievelijk de Conseil

¹⁹⁹ Calabresi 2012, p. 1; Neuman 2010, p. 18.

²⁰⁰ Brouard 2009, p. 386.

²⁰¹ Brouard 2009, p. 386.

²⁰² Brouard 2009, p. 387.

²⁰³ Neuman 2010, p. 18-22.

²⁰⁴ Bossuyt en Verrijdt 2011, p. 361.

d'Etat en de Cour de Cassation. Deze bepalen vervolgens aan de hand van dezelfde criteria als de rechtbank of de rechtsvraag voor moet worden gelegd aan de CC.²⁰⁵ De gerechtshoven hebben drie maanden de tijd om deze beslissing te maken.²⁰⁶ De CC toetst vervolgens de wetgeving aan de Grondwet en laat de bepalingen van internationale verdragen buiten beschouwing.²⁰⁷ Dit staat gewone rechtbanken niet in de weg om vervolgens ook nog aan bepalingen uit internationale verdragen te toetsen, maar de volgorde is dat eerst getoetst wordt aan nationale grondrechten en vervolgens aan bepalingen uit internationale verdragen.²⁰⁸

6.6. TOETSINGSDISCUSSIE IN FRANKRIJK

6.6.1. ARGUMENTEN VOOR RECHTERLIJKE TOETSING IN FRANKRIJK

Zoals gezegd werd de CC in het leven geroepen om als intermediair te functioneren tussen de president en de wetgever. Het oppermachtige parlement moest worden ingetoomd en de macht van de president moest worden beschermd.²⁰⁹ De hervorming van 1974, die het mogelijk maakte voor parlement om met 60 leden van het Senaat of van de Nationale Vergadering een wet ter toetsing voor te leggen aan de CC, zorgde ervoor dat toetsing meer in het teken kwam te staan van bescherming van de rechten van minderheden.²¹⁰ Belangrijker in het verband van rechterlijke toetsing aan de grondrechten is de hervorming van 2008 die het mogelijk maakte voor de burger om wetgeving die een inbreuk maakt op zijn of haar grondrechten ter toetsing voor te leggen aan de CC.

Het belangrijkste argument voor de hervorming van 2008 was dat de Franse overheid de grondrechten uit de Grondwet wilde laten prevaleren boven bepalingen uit internationale verdragen bij de rechtsbescherming van de Franse burger. De Franse overheid vond dat wetgeving in eerste aanleg verworpen moet worden op grond van een strijdigheid met de Grondwet en daarna pas op basis van een strijdigheid met bepalingen uit internationale verdragen.²¹¹ Men beschouwde de Franse Grondwet als ultieme norm om wetgeving aan te toetsen.²¹² De president van de CC heeft dat als volgt verwoord: 'It is not healthy for the control of treaty-conformity, and thus treaties, to occupy more space in the internal legal order than the control of constitutionality, and thus than our Constitution' en in een ander verband 'one should not go looking in Strasbourg for what can be found in Paris'.²¹³ De Franse overheid beoogde met deze hervorming de Franse Grondwet opnieuw te borgen in het Franse staatsbestel.²¹⁴

Een ander argument dat aangedragen wordt is, dat invoering van rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Grondwet, de paradoxale situatie opheft dat wetten wel op grond van strijdigheid met internationale verdragen mogen worden aangevochten, maar niet op grond van strijdigheid met de grondrechten uit de Franse Grondwet.²¹⁵ Bovendien bevat de Franse Grondwet grondrechten die aanvullend zijn op het EVRM en sommige grondrechten worden

²⁰⁵ Bossuyt en Verrijdt 2011, p. 362.

²⁰⁶ Neuman 2010, p. 18-22.

²⁰⁷ Bossuyt en Verrijdt 2011, p. 362.

²⁰⁸ Bossuyt en Verrijdt 2011, p. 373.

²⁰⁹ Brouard 2009, p. 386.

²¹⁰ Brouard 2009, p. 386-391.

²¹¹ Neuman 2010, p. 23.

²¹² Bossuyt en Verrijdt 2011, p. 372.

²¹³ Neuman 2010, p. 31.

²¹⁴ Neuman 2010, p. 23.; Richards 2011, p. 2.

²¹⁵ Neuman 2010, p. 23.

anders geïnterpreteerd dan bepalingen uit internationale verdragen die over hetzelfde recht gaan; de vrijheid van godsdienst zoals die in de Franse Grondwet is opgenomen wordt bijvoorbeeld anders geïnterpreteerd dan de vrijheid van godsdienst uit het EVRM. Ook wordt wel vermeld dat een uitspraak van het EHRM formeel alleen zeggenschap heeft over de betrokken partijen in de rechtszaak, terwijl een uitspraak van de CC gaat over wetgeving zelf.²¹⁶ Een ander belangrijke argument is dat ex post toetsing de mogelijkheid geeft voor de burger om wetten, die bij de reguliere toetsing door de CC niet zijn behandeld of waarvan tijdens de behandeling niet voorzien kon worden dat de wet een inperking op de grondrechten zou gaan worden, alsnog aan te vechten bij de CC.²¹⁷ Het laatste argument dat wordt aangevoerd is dat met deze hervorming de burger meer betrokken wordt bij het proces van constitutionele toetsing.²¹⁸

6.6.2. ARGUMENTEN TEGEN RECHTERLIJKE TOETSING IN FRANKRIJK

Er zijn ook Franse juristen die zich tegen rechterlijke toetsing hebben gekeerd. Zij dragen verschillende argumenten hiervoor aan. Allereerst stelt men dat rechterlijke toetsing het primaat van de wetgever beschadigt. De door het volk gekozen wetgever is democratisch gelegitimeerd en wetgeving is vanuit dat perspectief een uitdrukking van de volkssoevereiniteit. Ook wordt aangevoerd dat de hervorming overbodig en te laat is aangezien de mogelijkheid om wetgeving, die ingaan tegen bepalingen van internationale verdragen, ter toetsing voor te leggen aan de rechter.²¹⁹ Ook denken tegenstanders van rechterlijke toetsing aan de Grondwet dat rechters, die al veel ervaring hebben met het toetsen van wetgeving aan internationale verdragen, sneller geneigd zijn om een zaak op te lossen door te toetsen aan internationale verdragen dan aan grondrechten uit de Grondwet.²²⁰ Ook wordt erop gewezen dat de interpretatie van de Franse grondrechten voor een groot deel ontleent zijn aan de interpretatie van de bepalingen uit het EVRM.²²¹

6.7. CONCLUSIE

Zoals blijkt uit het bovenstaande ligt het accent in de Franse toetsingsdiscussie op de plaats van de Franse Grondwet in relatie tot het internationale recht. Frankrijk geeft er de voorkeur aan om de toetsing aan de Grondwet te laten prevaleren boven de toetsing aan de bepalingen uit internationale verdragen, hoewel het één het ander niet uitsluit. Het doel hiervan is om de Grondwet weer de hoeksteen van het Franse staatsbestel te maken. Hier is heel duidelijk het eerder behandelde 'opleving van de Grondwet argument' in te herkennen. Ook beroepen voorstanders van rechterlijke toetsing in Frankrijk zich op het 'verdragsargument'. Het is ongerijmd om de burger, de mogelijkheid om wetgeving ter toetsing aan de Grondwet voor te leggen aan de rechtbank, te onthouden terwijl de mogelijkheid om wetgeving ter toetsing aan internationale verdragen voor te leggen aan de rechtbank wel gewoon openligt. Als belangrijkste argument tegen rechterlijke toetsing wordt aangevoerd dat de wetgever democratisch gelegitimeerd is, in tegenstelling tot de rechter; met rechterlijke toetsing zou men dan een inbreuk plegen op de soevereiniteit van het parlement en daarmee op de soevereiniteit van het volk.

²¹⁶ Neuman 2010, p. 33.

²¹⁷ Neuman 2010, p. 23.

²¹⁸ Neuman 2010, p. 22.

²¹⁹ Neuman 2010, p. 23.

²²⁰ Neuman 2010, p. 24.

²²¹ Neuman 2010, p. 32.

HOOFDSTUK 7: CONCLUSIE

7.1. INLEIDING

Een conclusie moet worden gedragen door het middenstuk van een onderzoek. De rechtvaardiging voor de conclusie moet dus voortvloeien uit het onderzoek. De gegevens die zijn gepresenteerd in het middenstuk worden in de conclusie geanalyseerd en worden betrokken op de hoofdvraag. De conclusie moet dus een antwoord geven op de hoofdvraag en is daarom een wezenlijk onderdeel van een onderzoek. Deze conclusie zal beginnen met een recapitulatie van het onderzoek dat gedaan is in het middenstuk. De argumenten die er behandeld zijn zullen worden geanalyseerd door ze tegen elkaar af te wegen. Daarbij zal er naar de kern van de discussie gewerkt worden, zodat de conclusie uitloopt op een bespreking van de fronten van het debat. De conclusie zal worden afgesloten met de beantwoording van de hoofdvraag.

Het middenstuk van de scriptie worden de argumenten voor en tegen rechterlijke toetsing behandeld. Van de argumenten tegen rechterlijk toetsing bleken vooral het democratieargument, het Trias Politica argument en het rechtszekerheidsargument nog een grote rol te spelen in de huidige toetsingsdiscussie. Het incompetentie-argument en het traditie-argument bleken minder overtuigingskracht te hebben.

7.2. *INCOMPETENTIE-ARGUMENT*

Staatsrechtsgeleerden die zich bedienen van het incompetentie-argument stellen dat de rechter de taak heeft om algemene bepalingen, die door de wetgever zijn vastgesteld, toe te passen in een concrete situatie. De rechter zou zich niet comfortabel voelen in een activistische rol, omdat anderhalve eeuw verbod om formele wetgeving te toetsen aan de Grondwet hem niet in de koude kleren zouden zijn gaan zitten. Dit argument heeft aan relevantie ingeboet; Jeukens heeft overtuigend uiteengezet dat de visie op de rechter zoals die in dit argument geschetst wordt verouderd is. De moderne wetgeving laat steeds meer over aan de rechter om te toetsen aan de Grondwet en de uitspraken die de rechter doet, lijken in toenemende mate de wetgever te beïnvloeden. Ook Stroink wijst erop dat de rechter activistischer is geworden. Cliteur wijst er bovendien terecht op dat de rechter al veel ervaring heeft met het toetsen van lagere wetgeving aan hogere wetgeving en met het toetsen van formele wetgeving aan internationale verdragen. Geconcludeerd kan worden dat dit argument niet veel overtuigingskracht meer heeft.

7.3. *TRADITIE-ARGUMENT*

Het traditie-argument stelt dat het toetsingsverbod zich heeft genesteld in het Nederlandse staatsbestel; invoering van rechterlijke toetsing zou daarom een breuk met de traditie van het Nederlandse staatsbestel zijn. Ook dit argument speelt geen prominente rol in de toetsingsdiscussie. Het argument presenteert zich in haar krachtigste vorm wanneer erop gewezen wordt dat Nederland niet gefederaliseerd is, en geen ernstige religieuze, politieke, etnische of regionale spanningen kent die ons staatsbestel ernstig bedreigt, wat voor veel landen aanvankelijk de reden was om rechterlijke toetsing in te voeren. Cliteur pareert dit argument echter door te stellen dat veel landen die nu rechterlijke toetsing hebben aanvankelijk ook niet gedacht hebben dat het hier op uit zou lopen. Een nog sterker argument is dat rechterlijke toetsing tegenwoordig meer de functie heeft om de burger in zijn rechten tegenover de overheid te beschermen dan het handhaven van de Grondwet in een federaal systeem. Zo heeft ook Frankrijk, die geen toetsingstraditie heeft, uit het oogpunt van rechtsbescherming van

de burger tegen de overheid, rechterlijke toetsing ingevoerd. Nederland is met het toetsingsverbod zelfs onder de landen zonder federaal systeem een uitzondering geworden.²²²

7.4. *TRIAS POLITICA ARGUMENT*

Een argument dat meer gewicht in de schaal legt is het Trias Politica argument. Taken en bevoegdheden zijn volgens het leerstelsel van de Trias Politica verdeeld over verschillende machten: de wetgevende, de uitvoerende en de rechterlijke macht. De rechter zou zijn taken en bevoegdheden te buiten gaan wanneer hij zich met politieke vraagstukken zou gaan bezig houden. Volgens Mr. D. Donker Curtius, lid van de grondwetscommissie in 1948, zou dit zelfs kunnen culmineren in een 'rechterlijke tyrannie'.²²³ Hieruit valt af te leiden dat dit argument niet los kan worden gezien van welke opvatting men heeft van de staatsrechtelijke positie van de rechter. Duidelijk blijkt dat de staatsrechtsgeleerden die die argument aanvoeren, tegen rechterlijke toetsing, de rechter zien als een macht die de normen, die door de wetgever zijn opgesteld, toepast in een concrete situatie.

Er zijn echter ook auteurs die een andere opvatting hebben over de taken en bevoegdheden van de rechter. Du Quesne van Bruchem verdedigt rechterlijke toetsing zelfs met een beroep op de Trias Politica. Cliteur geeft duiding aan deze discussie door erop te wijzen dat er verschillende varianten van de Trias Politica leer zijn. De Franse variant, waar de tegenstanders van rechterlijke toetsing zich op beroepen, legt de nadruk op volkssoevereiniteit en laat zich dus in gelijke mate inspireren door Rousseau als door Montesquieu. De voorstanders van rechterlijke toetsing laten zich meer inspireren door de Amerikaanse variant: de rechter is minder machtig dan de wetgevende en de uitvoerende macht; dit kan gecompenseerd worden door hem het toetsingsrecht toe te kennen. Hamilton heeft er bovendien op gewezen dat wie ernst wil maken met het idee van 'limited constitution' rechterlijke toetsing zal moeten erkennen.²²⁴ Het idee van 'limited constitution', of van het constitutionalisme, heeft na de Tweede Wereld oorlog ook in Europa meer ingang gevonden.²²⁵ Jong en Thomassen maken een onderscheid tussen een klassieke en een moderne Trias Politica leer. De moderne Trias Politica zou minder strikt zijn en meer gericht zijn op het inbouwen van 'checks and balances' in het staatsbestel om wederzijdse afhankelijkheden tussen de machten te creëren.²²⁶ Peters stelt dat er meer sprake is van een evenwicht tussen de verschillende machten dan van een scheiding van machten.²²⁷ Bij de laatstgenoemde interpretaties van de Trias Politica leer vormt rechterlijke toetsing in ieder geval geen inbreuk op het leerstelsel van de Trias Politica.

Hoewel het gebruik van dit argument bij voor- en tegenstanders van rechterlijke toetsing gestempeld wordt door hun opvatting over de Trias Politica is dit argument om een andere reden niet overtuigend. De rechter heeft namelijk al lange tijd de mogelijkheid om formele wetgeving te toetsen aan internationale verdragen. Wanneer tegenstanders van het toetsingsverbod zich beroepen op het Trias Politica argument, dan moeten zij zich realiseren dat rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan internationale verdragen al lang plaats vindt;

²²² Lambrecht 2012, p. 232 Volgens een survey van de VN zijn er nog maar vijf landen, waaronder Nederland, waar nog op geen enkele manier formele wetgeving door de rechter aan de Grondwet wordt getoetst.

²²³ G.J.T. Beelaerts van Blokland 1868, p. 209,210.

²²⁴ Cliteur 1989, p. 1371.

²²⁵ Cliteur 1991, p. 66.

²²⁶ Jong en Thomassen 1992, p. 250.

²²⁷ Peters 2003, p. 19.

het is daarom niet zinvol om met een beroep op het Trias Politica argument te pleiten voor de handhaving van het toetsingsverbod.

7.5. RECHTSZEKERHEIDSARGUMENT

Het rechtszekerheidsargument is één van de krachtigste argumenten tegen rechterlijke toetsing. Rechterlijke toetsing zou voor rechtsonzekerheid zorgen, omdat de burger nooit helemaal zeker weet of de formele wetgeving grondwettig is, totdat de rechter er uitspraak over gedaan heeft. Zelfs de voorstanders van rechterlijke toetsing onderkennen de kracht van dit argument. Er zijn echter ook goede argumenten die de kracht van het rechtszekerheidsargument afzwakken: de staatsrechtsgeleerden die zich van het rechtszekerheidsargument bedienen, hebben meer oog voor de rechtszekerheid dan voor 'gerechtigheid'; in feite wordt door hen immers gepleit voor het in stand houden van ongrondwettige wetgeving ter wille van de rechtszekerheid. Cliteur stelt zelfs dat men door ongrondwettige wetgeving in stand te houden men de rechtszekerheid van de burgers ondermijnd die zich oriënteren op de grondrechten. Bovendien heeft de rechterlijke toetsing van lagere wetgeving aan hogere wetgeving en van formele wetgeving aan internationale verdragen geen onaanvaardbare aantasting van de rechtszekerheid opgeleverd. Hoewel er valt te discussiëren over de waarde die men toekent aan rechtszekerheid of aan 'gerechtigheid' is echter ook bij dit argument doorslaggevend dat de rechter al lang formele wetgeving toetst aan internationale verdragen; een beroep op het rechtszekerheidsargument om de rechterlijke toetsing aan de Grondwet te blokkeren is daarom een gepasseerd station.

7.6. DEMOCRATIEARGUMENT

Het democratieargument is het belangrijkste argument van de tegenstanders van rechterlijke toetsing. De formele wet is de uitdrukking van de soevereine wil van het volk. De rechter is niet democratisch gekozen en daarom dient men de rechter de mogelijkheid om de formele wetgeving aan de Grondwet te toetsen te onthouden. Dit argument is door veel staatsrechtsgeleerden echter fel bestreden. Allereerst wijzen veel staatsrechtsgeleerden erop dat opvattingen over democratie, zoals die gebruikt wordt door de auteurs die zich van dit argument bedienen, stamt uit de tijd van de radicaaldemocratische traditie van de Franse revolutie. Na de Tweede Wereldoorlog zocht men echter weer naar 'beperkingen op de staatsmacht (constitutionalisme), zelfs op de democratisch gecontroleerde staatsmacht' en niet langer naar 'een glorificatie van onbeperkte democratie'.²²⁸ Om dezelfde redenen werd in veel landen na de Tweede Wereldoorlog rechterlijke toetsing ingevoerd: de soevereine wetgever had gefaald om haar burgers te beschermen tegen de tirannie van de meerderheid en de rechter moest het mogelijk maken om de grondrechten die in de constituties waren opgenomen afdwingbaar te maken voor de burgers.²²⁹ Cliteur merkt terecht op dat er een veelheid van democratiebegrippen zijn 'die in de loop der tijd ontwikkeld zijn en de problemen die verbonden zijn met een bepaald soort democratie'.²³⁰ In hedendaagse democratieën moet er een balans gevonden worden tussen democratie en grondrechten of mensenrechten.²³¹ Deze combinatie van rechtsstaat en democratie roept spanning op. Hoewel dit een sterk ideologische discussie is kunnen pragmatische argumenten je standpunt wel beïnvloeden. Omdat dit argument een zodanig grote rol speelt in het debat en veel raakvlakken heeft met andere argumenten, zal bij de

²²⁸ Cliteur 1991, p. 66.

²²⁹ Schor 2008, p. 264-265.

²³⁰ Cliteur 1989, p. 1369.

²³¹ Schor 2008, p. 284.

behandeling van de argumenten voor rechterlijke toetsing aan de Grondwet teruggekoppeld worden naar dit argument.

7.7. VERANDERDE HOUDING T.O.V. DE WET ARGUMENT

In het historisch perspectief is de gedachtewereld van de 19^e eeuw al geschetst waarin het toetsingsverbod werd ingevoerd. Tegenstanders van het toetsingsverbod stellen echter dat de achtergrond waartegen de onschendbaarheid van de wet, en dus ook het toetsingsverbod, als een natuurlijke consequentie verscheen, belangrijke wijzigingen heeft ondergaan. Men heeft nu geen ongelimiteerd vertrouwen meer in de wetgever en het oude wetsbegrip, het stellen van de voor burgers rechtvaardige regels, heeft plaatsgemaakt voor een wetgever die brede normen uitzet. Jeukens zegt hierover dat de wetgever van nu terugtreedt als schepper van algemene normen. Wetgeving krijgt meer het karakter van een akkoordverklaring over beleid dat moet worden gevoerd. Deze brede normstelling leidt tot een verandering van het wetsbegrip, maar ook wordt daardoor meer overgelaten aan de rechter om te toetsen. De rechter is representatiever geworden. We zijn nu anders gaan denken over de onschendbaarheid van de wet die gebaseerd is op een overmatig vertrouwen op de wetgever en de wet als bron van het recht.²³²

7.8. HET FALENDE WETGEVER/SLECHTE WETGEVING ARGUMENT

Het falende wetgever/slechte wetgeving argument sluit goed aan bij het vorige argument. Dit argument stelt dat het zwaartepunt van de wetgeving verschoven is van wetgever naar regering. De regering heeft ruime delegatiemogelijkheden en stelt gedetailleerde regeerakkoorden vast. Regeringspartijen stellen zich minder kritisch op in het parlement om de coalitie in stand te houden. De regering kan zonder veel moeite haar wetsvoorstellen door het parlement krijgen. Daarbij laten oppositiepartijen vaak fractiespecialisten het woord voeren over specifieke wetgeving; het advies van de Raad van State wordt vaak niet opgevolgd en de druk van bezuinigingen werkt snelle besluitvorming in de hand. Duidelijk is dat dit het democratisch gehalte van de wetgeving niet ten goede komt.

Zoals gezegd kwam de onschendbaarheid van de wet tot ons uit een tijd van ongelimiteerd vertrouwen in de wetgever en de wet als bron van het recht. Voor de weging van het democratieargument is het dus relevant om rekening te houden met het feit dat we tegenwoordig een andere houding ten opzichte van de wet hebben en dat de wetgevingsprocedure geen garantie kan geven voor zuiver democratische wetgeving. Daarbij is de wetgever representatiever geworden. Deze constatering relativeren het democratieargument.

7.9. VERDRAGSARGUMENT

Doorslaggevend in de hedendaagse toetsingsdiscussie is het verdragsargument. Dit argument heeft velen ervan overtuigd dat er geen bezwaar hoeft te bestaan tegen een opheffing van het toetsingsverbod.²³³ In juristenland zijn bijna geen voorstanders meer te vinden voor het toetsingsverbod.²³⁴ Voorstanders van het toetsingsverbod die zich beroepen op het democratieargument moeten zich realiseren dat de wet al lang niet meer onschendbaar is. De wet in formele zin wordt immers al decennialang door de rechter getoetst aan internationale

²³² Cliteur 1989, p. 1374.

²³³ Van Poelgeest 1991, p. 48.

²³⁴ Peters 2003, p. 17.

verdragen. Nederland is één van de laatste landen waar de rechter formele wetgeving niet mag toetsen aan de Grondwet. Ook Frankrijk heeft mede op grond van deze overweging het toetsingsverbod opgeheven. Men vond het ongerijmd dat de burger bij een strijdigheid van de wet met internationale verdragen, hier wel mee naar de rechter kon, maar bij een strijdigheid van de wet met de rechten uit de Grondwet, met lege handen stond. In 2010 werd er een amendement op de Grondwet van kracht die de rechter de mogelijkheid gaf om een strijdigheid van de wet met de Grondwet voor te leggen aan de Conseil Constitutionnel. De voornaamste redenen om rechterlijke toetsing in Frankrijk in te voeren waren dat het zou zorgen voor een opleving van de Grondwet en een betere bescherming van de minderheden.

7.10. OPLEVING VAN DE GRONDWET ARGUMENT

Vanaf de invoering van het toetsingsverbod gaan er stemmen dat het toetsingsverbod ervoor zorgt dat de Grondwet van haar kracht beroofd wordt. Vooral Peters heeft zich beziggehouden met de invloed van het toetsingsverbod op de betekenis van de Grondwet. Volgens Peters zou het de vitaliteit van de Grondwet ten goede komen als het toetsingsverbod zou worden afgeschaft. De rechter zou dan de mogelijkheid hebben om de Grondwet in leven te houden door middel van interpretatie van de Grondwet. Dit argument speelde ook een grote rol bij de invoering van rechterlijke toetsing in Frankrijk. Men beschouwde de Franse Grondwet als ultieme norm om aan te toetsen. Men wilde de grondrechten uit de Grondwet laten prevaleren boven de bepalingen uit internationale verdragen. Peters weet het dilemma tussen nationale grondrechten en bepalingen uit internationale verdragen goed te plaatsen. Het EVRM is slechts als minimumgarantie voor de bescherming van de rechten van Europese burgers bedoeld.²³⁵ De Europese landen hebben een 'margin of appreciation' en het staat hun vrij om de rechten van burgers ruimer te interpreteren en om meer rechten te garanderen dan het EVRM. De rechter is bij toetsing aan het EVRM echter sterk geneigd om de uitleg van het EHRM te volgen. Dat betekent dat de grondrechten uit de Grondwet geen rol van betekenis meer spelen. Frankrijk heeft er in 2008 echter heel bewust voor gekozen om de grondrechten uit de eigen Grondwet te laten prevaleren boven de bepalingen uit internationale verdragen. Peters schetst een somber beeld van de toestand van de Grondwet.²³⁶ Witteveen stelt: 'het toetsingsverbod is niet zozeer zelf een anomalie, het maakt de Grondwet tot een anomalie'.²³⁷ Cliteur vroeg zich in 1993 af hoe lang het nog zou duren voordat de Grondwet definitief in de vergetelheid zou wegglijden. 'Zij ligt, zei Cliteur, 'aan het infuus, zieltoegend'.²³⁸ Om hier verandering in te brengen zou rechterlijke toetsing moeten worden ingevoerd.

7.11. BESCHERMING VAN MINDERHEDEN ARGUMENT

Het laatste argument waarom het toetsingsverbod afgeschaft zou moeten worden is, omdat het vanuit rechtsbeschermingsoptiek wenselijk is om rechterlijke toetsing in te voeren. Doordat de wetgever de Grondwet vaak politiek interpreteert en omdat de wetgever niet kan voorzien welke consequenties wetgeving heeft, dreigt het risico dat minderheden en individuen in hun grondrechten worden aangetast. Het was voor Halsema 'meer dan al het andere de verbetering van de rechtsbescherming van Nederlandse burgers' die haar gemotiveerd heeft om initiatief voor het wetsvoorstel te nemen.²³⁹ De rechtszaal zou een vreedzaam forum kunnen zijn dat een

²³⁵ Peters 2003, p. 22.

²³⁶ Peters 2003, p. 5.

²³⁷ *Handelingen II 2001/02*, 28 331, nr. 97, p. 3.

²³⁸ *Handelingen II 2001/02*, 28 331, nr. 97, p. 3.

²³⁹ *Handelingen II 2001/02*, 28 331, nr. 97, p. 4.

vitaal publiek debat garandeert.²⁴⁰ Dit argument is ook een belangrijke overweging geweest bij de invoering van rechterlijke toetsing in Frankrijk. Door het toekennen van de mogelijkheid aan de burger om wetgeving, die zijn of haar grondrechten inperkt, wordt de paradoxale situatie, dat de burger wel rechtsbescherming heeft van internationale verdragen maar niet van de grondrechten uit de Franse Grondwet, opgeheven. Bovendien bevat de Franse Grondwet aanvullende grondrechten en worden sommige grondrechten anders geïnterpreteerd als een equivalente bepaling uit internationale verdragen. Dit geldt ook voor de grondrechten uit de Nederlandse Grondwet. De kritiek die men heeft op dit argument is dat het te hoge verwachtingen bij minderheden zou scheppen. De voordelen die rechterlijke toetsing voor minderheden kan hebben zijn echter het risico dat deze minderheden hun verwachtingen aan moeten passen wel waard.

7.2. EINDCONCLUSIE

Het traditie-argument en het incompetentie-argument bleken minder overtuigend te zijn dan het Trias Politica argument, het rechtszekerheidsargument en het democratieargument. Het Trias Politica argument heeft aan kracht ingeboet omdat de interpretatie van machtscheiding, waarbij de wetgever ongelimiteerd vertrouwen wordt toegekend, terwijl de rechter alleen de bevoegdheid heeft om algemene wetten in een concrete situatie moet toepassen, weinig meer gevonden wordt. Bovendien is de wet niet meer onschendbaar sinds de rechter deze mag toetsen aan internationale verdragen. Het rechtszekerheidsargument lijkt een sterk argument, hoewel er goede argumenten zijn die de kracht ervan relativeren. Zo wordt er op gewezen dat de voorstanders van het toetsingsverbod, die zich bedienen van dit argument, de rechtszekerheid boven de 'gerechtigheid' plaatsen, wat ook een belangrijke waarde is in het Nederlandse staatsbestel. Bovendien wordt de rechtszekerheid van de burgers ondermijnd die zich oriënteren op de grondrechten, als de rechter niet mag toetsen aan de Grondwet. Ook is rechtszekerheidsargument minder krachtig als je bedenkt dat de rechter de mogelijkheid heeft om formele wetgeving te toetsen aan de Grondwet; een beroep op de rechtszekerheid heeft nu niet veel zin meer. Het democratieargument bleek het belangrijkste argument van de tegenstanders van rechterlijke toetsing. De opvattingen over democratie, zoals die gebruikt worden door de voorstanders van het toetsingsverbod, komen tot ons uit de tijd van de radicaaldemocratische traditie van de Franse revolutie. Na de Tweede Wereldoorlog zochten veel landen echter naar beperkingen op de staatsmacht om de burger tegen de overheid te beschermen. Ook brengen voorstanders van rechterlijke toetsing met het 'veranderde houding ten opzichte van de wet argument' naar voren dat de onschendbaarheid van de wet in de gedachtewereld van de 19e eeuw heel gewoon was, maar dat de achtergrond waartegen het toetsingsverbod is ingevoerd, veranderd is. Met het huidige karakter van wetgeving ligt het minder voor de hand om deze als onschendbaar te beschouwen. Bovendien voeren voorstanders van rechterlijke toetsing met het 'falende wetgever/slechte wetgeving argument' aan dat de huidige wetgevingsprocedure niet garant staat voor zuiver democratische wetgeving. Hoewel deze twee argumenten als stevige tegenargumenten tegenover het democratieargument staan heeft het verdragsargument nog meer overtuigingskracht. De wetten zijn immers niet meer onschendbaar zolang de rechter formele wetgeving mag toetsen aan internationale verdragen. De voorstanders van rechterlijke toetsing hebben op basis van deze argumenten al sterke papieren. Bovenop de argumenten om het toetsingsverbod af te schaffen zijn er ook nog goede argumenten om rechterlijke toetsing in te voeren. Het kan namelijk voor een revitalisering van

²⁴⁰ *Handelingen II 2001/02*, 28 331, nr. 97, p. 4.

de Grondwet zorgen en rechterlijke toetsing kan voor een betere rechtsbescherming van de Nederlandse burger zorgen.

Zoals gezegd leunt het wetsvoorstel-Halsema zwaar op het verdragsargument. Halsema is van mening dat in het licht van rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan verdragen het niet langer relevant is om het toetsingsverbod te handhaven. Halsema beoogt met het wetsvoorstel een opleving van de Grondwet, een verbetering van de kwaliteit van wetgeving, meer rechtsbescherming voor de burger en een publiek debat over de onderlinge verhoudingen van de grondrechten. Gebaseerd op deze argumenten pleit Halsema voor de opheffing van het toetsingsverbod aan de klassieke grondrechten. Hoewel dit wetsvoorstel op de instemming van de meeste staatsrechtsgeleerden kan rekenen en het met meerderheid van stemmen is aangenomen in de eerste lezing door de Eerste Kamer en de Tweede Kamer, is het toetsingsverbod nog steeds van kracht. Het is daarom hoog tijd dat het wetsvoorstel voor de tweede lezing in de Tweede Kamer in behandeling wordt genomen.

LITERATUURLIJST

WETENSCHAPPELIJKE LITERATUUR

Barendrecht 1992

J.M. Barendrecht, 'Het constitutionele toetsingsrecht van de rechter', in: *Toetsing. Dient de wetgever de mogelijkheid te bieden, dat de rechter de formele wet toetst aan de Grondwet en ongeschreven rechtsbeginselen, en zo ja, hoe dient deze mogelijkheid dan te worden uitgewerkt?* (Handelingen Nederlandse Juristenvereniging 1992-I), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1992, p. 89-172.

Beelaerts van Blokland 1868

G.J. Th. Beelaert van Blokland, *De onschendbaarheid der wet* (diss. Leiden), Leiden: S.C. van Doesburgh 1868.

Van den Bergh 1951

G. van den Bergh, 'Beschouwingen over het Toetsingsrecht', *NJB* 1951, p. 417 e.v.

Bossuyt en Verrijdt 2011

M. Bossuyt en W. Verrijdt, 'The Full Effect of EU Law and of Constitutional Review in Belgium and France after the Melki Judgment', *European Constitutional Law Review* 2011, p. 355-391.

Brouard 2009

S. Brouard, 'The politics of constitutional veto in France: Constitutional council, legislative majority and electoral competition', *West European Politics* 2009, p. 384-403.

Buys 1883-1888

J.T. Buys, *De Grondwet, Toelichting en kritiek*, Arnhem: Gouda Quint 1883-1887.

Calabresi 2012

S.G. Calabresi, 'The Constitution and Disdain', *Harvard Law Review* 2012-126, p. 13.

Cliteur 1989

P.B. Cliteur, 'Argumenten voor en tegen constitutionele toetsing', *NJB* 1989, p. 1369-1375.

Cliteur 1991

P.B. Cliteur, *Constitutionele toetsing*, 's-Gravenhage: Prof. Mr. B.M. Telderstichting 1991.

De Bosch Kemper 1865

J.M.J. de Bosch Kemper, *Handleiding tot de kennis van de wetenschap der zamenleving en van het Nederlandse staatsrecht*, Amsterdam: Muller 1865.

De Savornin Lohman 1926

A.F. De Savornin Lohman, *Onze constitutie*, Utrecht: Kemink & Zoon 1926.

Dölle en Engels 1989

A.H.M. Dölle en J.W.M. Engels, *Constitutionele rechtsspraak*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1989.

Van Dommelen 2003

S.T. van Dommelen, *Constitutionele rechtsspraak vanuit rechtsfilosofisch perspectief* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Donner, Van der Hoeven en Jeukens 1966

A.M. Donner, J. van der Hoeven, H.J.M. Jeukens, *Proeve van een nieuwe grondwet*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1966.

Du Quesne van Bruchem 1867

J.P.T. Quesne van Bruchem, *De bevoegdheid der regterlijke magt, met opzigt tot wetten die de Grondwet schenden. Eene staatsrechtelijke proeve naar aanleiding van Art. 115 al. 2 Grdw. (diss. Utrecht)*, Utrecht: Van de Wijer 1867.

Van Houten 1997

M.L.P. van Houten, *Meer zicht op wetgeving. Rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Grondwet en fundamentele rechtsbeginselen* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Jeukens 1963

H.J.M. Jeukens, *De wetten zijn onschendbaar* (oratie Tilburg), Alphen aan de Rijn: Samson 1963.

Jong en Thomassen 1992

H.M. de Jong en J.J.A. Thomassen, 'Democratie en rechtsstaat', in: J.J.A. Thomassen, M.P.C.M. van Schendelen, M.L. Zielonka-Goei (red.), *De geachte afgevaardigde. Hoe kamerleden denken over het Nederlandse Parlement*, Muiderberg: Coutinho 1992.

Kortmann 2008

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2008.

Kortmann 2009

C.A.J.M. Kortmann, 'De Franse Republiek', In: L. Prakke en C.A.J.M. Kortmann (red.), *Het Staatsrecht van 15 landen van de Europese Unie*. Deventer: Kluwer 2009.

Kranenburg 1924-1925

R. Kranenburg, *Het Nederlands staatsrecht*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1924-1925.

Neuman 2010

G.L. Neuman, 'Anti-Ashwander: Constitutional Litigation as a First Resort in France', *Journal of International law and politics* 2010-43, p. 15-42.

Lambrecht 2012

S. Lambrecht, 'De meerwaarde van een grondwettelijke catalogus van grondrechten in een gelaagd systeem van grondrechtenbescherming', *Jura Falconis* 2012, p. 227-277.

Oud 1970

P.J. Oud, *Het constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970.

Van Os 2008

P. van Os, 'Emotie in senaat over Grondwet; Kabinet wijzigt positie over toetsing van wetten aan de Grondwet', *NRC Handelsblad* 26 november 2008.

Peters 2003

J.A. Peters, *Wie beschermt onze grondwet?* (oratie: Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2003.

Peters en Boogaard 2009

J.A. Peters en G. Boogaard, 'De mythes van Van der Schyff over het initiatiefwetsvoorstel-Halsema', *NJB* 2009, p. 2628-2630.

Van Poelgeest 1991

L. van Poelgeest, Toetsing van de wet aan de grondwet in Nederland, in: *Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

Prakke 1971

L. Prakke, Toetsingsrecht, in: *Preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, nr. 6*, Deventer: Kluwer 1971.

Prakke 1972

L. Prakke, *Toetsing in het publiekrecht* (diss. Amsterdam UvA), Assen: Van Gorkum 1972.

Prakke 1992

L. Prakke, 'Bedenkingen tegen het toetsingsrecht', in: *Toetsing. 'Dient de wetgever de mogelijkheid te bieden, dat de rechter de formele wet toetst aan de Grondwet en ongeschreven rechtsbeginselen, en zo ja, hoe dient deze mogelijkheid dan te worden uitgewerkt?* (Handelingen Nederlandse Juristenvereniging 1992-I), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1992, p. 1-33.

Richards 2011

C. Richards, 'EU Law Before the French Courts: The Curious Incident of the Question Prioritaire De Constitutionnalité', *SSRN* (2167351) 2011, p. 1-18.

Schor 2008

M. Schor, 'Mapping comparative judicial review', *Wash. U. Global Stud. L. Rev.* 2008, p. 257-287.

Van der Schyff 2009

G. van der Schyff, 'Waarom het wetsvoorstel-Halsema tekortschiet', *NJB* 2009, p. 2408-2414.

Sillen 2010

J.J.J. Sillen, 'Tegen het toetsingsrecht', *NJB* 2010, p. 2742-2748.

Stroink 1990

F.A.M. Stroink, *De plaats van de rechter in het staatsbestel*, (oratie Maastricht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990.

Struycken 1928

A.A.H. Struycken, *Het Staatsrecht der Nederlanden*, Arnhem: Gouda Quint 1928.

Thorbecke 1848

J.R. Thorbecke, *Bijdrage tot herziening der grondwet*, Leiden: van den Heuvell 1848.

PARLEMENTAIRE STUKKEN

Handelingen I 2004/05, 28 331, nr. 11.

Handelingen I 2008/09, 28 331, nr. 10, p. 37-38.

Handelingen van de Staten-Generaal over de Ontwerpen van Wet tot Herziening van de Grondwet 1847/48, p. 345

Handelingen II 2003/04, 28 331, nr. 97, p. 3.

Kamerstukken I 1971/72, 11302, nr. 7a.

Kamerstukken I 2003/04, 28 331, nr. A.

Kamerstukken I 2008/09, 28 331, nr. B.

Kamerstukken II 1847/48, XLIX, nr. 26.

Kamerstukken II 1976/77, 14213, nr. 3.

Kamerstukken II 2001/02, 28 331, nr. 1.

Kamerstukken II 2001/02, 28 331, nr. 2.

Kamerstukken II 2001/02, 28 331, nr. 3.

Kamerstukken II 2003/04, 28 331, nr. 6.

Kamerstukken II 2003/04, 28 331, nr. 10.

Kamerstukken/Handelingen II 2003/04,2004/05, 28 331, nr. 10-99.

ELEKTRONISCHE BRONNEN

www.academic.lexisnexis.nl

www.denederlandsegrondwet.nl

www.juridischwoordenboek.nl

www.overheid.nl

www.resourcessgd.kb.nl