

Vergaderjaar 2002–2003

28 331

**Voorstel van wet van het lid Halsema houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot invoering van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet door de rechter**

Nr. 9

**GEWIJZIGDE MEMORIE VAN TOELICHTING****Inleiding**

Sinds 1848 bepaalt de Grondwet dat de rechter wetten niet aan de Grondwet toetst<sup>1</sup>. De «wetten zijn onschendbaar» luidt het adagium waarop in Nederland de staatsrechtelijke verhoudingen zijn gestoeld. Over de wenselijkheid van het verbod is sinds 1848 gediscussieerd<sup>2</sup>. De ontwerper van onze Grondwet, Thorbecke, had als één van de eersten principiële bezwaren tegen de onschendbaarheidsbepaling in de Grondwet. De grondwettelijke bepaling uit 1848 dat de wetten onschendbaar zijn, was dan ook afkomstig van de regering en niet van de Staatscommissie waarvan Thorbecke deel uitmaakte.

Thorbecke vermocht niet in te zien waarom de rechter toetsing van de grondwettigheid van wetten moest worden onthouden. Volgens Thorbecke zou «de Grondwet (..) ophouden Grondwet te zijn; en de gewone wetgever, die zijn bestaan en zijn regt enkel uit de Grondwet ontleent, boven de Grondwet wezen». Hij gaf ook een veelzeggende waarschuwing af: «voor deze nieuwe spreuk zal, geloof ik, ieder als voor een gesloten deur blijven staan»<sup>3</sup>.

Ruim anderhalve eeuw later, in 2000, klinkt deze waarschuwing in wat voorzichtiger bewoordingen door in het advies *Grondrechten in het digitale tijdperk* van de Commissie Franken. De commissie bepleit daarin de techniekonafhankelijke formulering van de grondrechten<sup>4</sup>. Dat is noodzakelijk, zo stelt de Commissie, om de grondrechten ook in de informatiesamenleving als baken te laten functioneren voor wetgever, bestuur en rechter. De grondrechten dienen uitgelegd te kunnen worden op een, bij de ontwikkeling van de techniek passende wijze. De Commissie stelt daarbij dat aangezien de rechter, meer dan andere instituties, tot die uitleg geroepen is, rechterlijke toetsing tot de mogelijkheden moet behoren. De Commissie Franken pleit met de grootst mogelijke meerderheid<sup>5</sup> voor opheffing van het toetsingsverbod voor die grondrechten die naar hun aard directe werking hebben<sup>6</sup>.

Het argument van de Commissie Franken kan ook worden uitgebreid naar de klassieke grondrechten die niet techniekafhankelijk zijn. Niet alleen technische maar ook maatschappelijke en economische ontwikkelingen, en de daarbij horende rechtsopvattingen, bewegen zich langs lijnen van voortschrijdend inzicht. In de uitleg van grondrechten dient hiermee rekening te kunnen worden gehouden.

<sup>1</sup> De bepaling dat de rechter niet treedt in de beoordeling van de grondwettigheid van verdragen is overigens eerst in 1953 in de Grondwet opgenomen, destijds in artikel 60, derde lid.

<sup>2</sup> Het proefschrift van M.L.P. van Houten is een interessante wetenschappelijke studie naar de vraag of rechterlijke toetsing van de wet aan de grondwet en de fundamentele rechtsbeginselen gewenst is. Dit werk bevat ook een overzicht van het verloop van het debat in een groot deel van de vorige eeuw. M.L.P. van Houten, *Meer zicht op wetgeving, Rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Grondwet en fundamentele rechtsbeginselen*, Zwolle, 1997.

<sup>3</sup> J.R. Thorbecke, *Bijdrage tot de herziening van de Grondwet*, 's-Gravenhage 1921, p. 60 e.v.

<sup>4</sup> Daarmee wordt bedoeld dat een grondrecht zodanig wordt geformuleerd dat de stand der techniek en de huidige kennis en mogelijkheden zo min mogelijk bepalend zijn voor de interpretatie en de reikwijdte ervan. Dit speelt bij uitstek op het gebied van de zogenaamde informatiegondrechten, omdat de snelle opkomst van de moderne media, de elektronische communicatie en het digitale tijdperk invloed uitoefenen op de samenleving en dus ook op het recht.

<sup>5</sup> Er stemde 1 lid tegen, namelijk mr. J.P.H. Donner.

<sup>6</sup> Zie het rapport van de Commissie *Grondrechten in het digitale tijdperk*, (Commissie Franken), De adviezen van de Commissie Franken, 2000.

Onze samenleving wordt daarbij telkens pluriformer van bevolkings-samenstelling, culturen en opvattingen. Daarbij wordt het risico groter dat het collectieve belang dat de wetgever vertegenwoordigt in het individuele geval een tegengesteld, onrechtvaardig effect heeft.

Als dominante meerderheden snel wisselen en minder vanzelfsprekend worden is het eens te meer van belang dat democratische minderheden en individuen zich beschermd weten. Dit geldt vooral voor onvervreemdbare individuele grondrechten zoals het recht op gelijke behandeling, het recht op de vrijheid van meningsuiting, het recht op de vrijheid van godsdienst en het recht op de vrijheid van pers. Het valt dan moeilijk te verdedigen dat de wetgever, die meestal uitdrukking geeft aan de opvatting van de democratische meerderheid, altijd het enige en het laatste woord heeft. Pluriformiteit van de samenleving leidt ook onherroepelijk tot debatten over botsende belangen, en soms zelfs botsende grondrechten. Zeker als in aanmerking wordt genomen dat de mondigheid van de burger ten opzichte van de overheid de laatste decennia fors is toegenomen. Meer burgers kiezen de weg naar de rechter om bescherming van hun belangen af te dwingen. Door constitutionele toetsing wordt een publiek forum geschapen om deze noodzakelijke debatten op respectvolle en vreedzame wijze te kunnen voeren. Onze culturele basisstructuur in de vorm van grondwet, rechtsbeginselen en wetten, kan door toetsing op een open manier worden geconfronteerd met nieuwe waarden en opvattingen, voordat de wetgever dwingend optreedt en de uitkomst van die debatten in nieuwe wetgeving dicteert<sup>1</sup>.

Grondrechten noch wetten behoren statisch te zijn. In een zich snel ontwikkelende, meer en meer internationaal georiënteerde samenleving, dient de verhouding tussen burgers en overheid, en de wetten en grondrechten die deze verhouding bepalen, te kunnen worden herijkt. Zeker als het de rechtsbescherming van de burger jegens de overheid raakt, laat de noodzaak van toetsing van een individuele zaak aan grondrechten zich gevoelen. Door middel van constitutionele toetsing kunnen de grondrechten dynamiek krijgen, zodat de Grondwet een levende wet en een dragend beginsel in onze rechtstaat kan zijn.

Dit wetsvoorstel voorziet in de introductie van een beperkte bevoegdheid tot constitutionele toetsing door de rechter. De rechter zal de bevoegdheid krijgen formele wetten te toetsen aan een aantal, in een nieuw tweede lid van artikel 120 Grondwet met name genoemde grondrechten. In de onderhavige Memorie van Toelichting, in hoofdstuk 1, wordt ingegaan op de staatsrechtelijke verschuivingen die de aanleiding zijn voor dit wetsvoorstel. In hoofdstuk 2 worden de varianten van het toetsingsrecht in Europa en de Verenigde Staten vergeleken en in hoofdstuk 3 worden de argumenten pro en contra gewogen.

In dit wetsvoorstel is gekozen voor een systeem van gespreide toetsing. Dat wil zeggen dat de toetsing gaat behoren tot de taakuitoefening van iedere rechter, die in een concreet geschil wordt geconfronteerd met mogelijke strijdigheid tussen een wet en een grondrecht. De keuze voor gespreide toetsing, die wordt toegelicht in hoofdstuk 4, is met name bepaald door de wenselijkheid om toetsing aan de grondwet en die aan internationaal recht op dezelfde wijze te regelen.

Ondergetekende heeft gekozen voor beperking van de rechterlijke bevoegdheid tot de bepalingen uit de Grondwet die de burgers een onvervreemdbaar («subjectief») recht verlenen. In de literatuur en het spraakgebruik worden deze bepalingen aangeduid als «klassieke grondrechten». Tegenover «klassieke grondrechten» staan de «sociale grondrechten, de bepalingen uit de Grondwet die een regelingsopdracht aan de overheid bevatten. In hoofdstuk 5 komt aan de orde dat de termen «klassieke» en «sociale» grondrechten de lading niet volledig dekken en geeft ondergetekende beredeneerd aan dat het criterium van toetsbaarheid de mate van

<sup>1</sup> Dit argument is vooral naar voren gebracht door wijlen VVD-Kamerlid Philippe G. Brood, onder andere terug te vinden in de bundel die ter gelegenheid van zijn onverwachte overlijden is verschenen. D. Berg e.a.: *Brood in reflectie*, uitgave van de VVD-fractie Tweede Kamer, december 2000.

onvervreemdbaarheid is. Daarnaast staat ondergetekende op het standpunt dat van de wenselijkheid de rechter de bevoegdheid te geven te kunnen toetsen aan de overige, meer organisatorische en staatsrechtelijke bepalingen van de Grondwet, onvoldoende is gebleken. Hetzelfde geldt voor de toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen. In hoofdstuk 5 worden deze keuzes gemotiveerd. De Memorie van Toelichting besluit met een artikelsgewijze toelichting (hoofdstuk 6), waarin met name de selectie van de grondrechten die voor toetsing in aanmerking dienen te komen, wordt gemotiveerd. Opheffing van het toetsingsverbod voor de rechter, met de gelijktijdige beperking van die bevoegdheid tot een omschreven aantal klassieke dan wel daaraan gelijk te stellen grondrechten, leidt naar het oordeel van ondergetekende tot de verantwoorde uitbreiding van de individuele rechtsbescherming van de burger tegenover de overheid.

## 1. Het verloop van de discussie over het toetsingsverbod

### 1.1 Inleiding

Weliswaar was Thorbecke een uitgesproken tegenstander van het toetsingsverbod, de voorstanders waren de afgelopen anderhalve eeuw rijker in aantal. Thorbecke hanteerde het zogenaamde constitutionele argument. Hij oordeelde dat bij gebreke aan de mogelijkheid wetten aan de Grondwet te toetsen, de Grondwet aan juridische kracht zou verliezen: deze «houdt op Grondwet te zijn».

Voorstanders van het toetsingsverbod stelden daar tegenover dat de wetgever als democratisch gelegitimeerde institutie soeverein behoort te zijn in het maken van formele wetten. Dit wordt het democratische argument genoemd. De belangrijkste vooronderstelling is dat als een wettelijke bepaling *en detail* afwijkt van de Grondwet, hierover in het parlement een uitgebreide discussie heeft plaatsgevonden, die door de rechter te allen tijde dient te worden gerespecteerd. Inhoudelijk is deze vooronderstelling verbonden met het argument dat het in ons staatsrechtelijk bestel niet past dat de rechterlijke macht de wetgevende macht achteraf op de vingers tikt. Dit zou afbreuk doen aan de triasgedachte (het trias-politica argument). Voorstanders van het toetsingsverbod zetten daarnaast ook het rechtszekerheidsargument in: de mogelijkheid dat de rechter een door de wetgever vastgestelde wet terzijde kan schuiven, zou de rechtszekerheid van burgers ondermijnen<sup>1</sup>.

Tot het midden van de twintigste eeuw bestond er een impasse in de discussie over het toetsingsverbod, doordat de voorstanders ervan zich overheersend wisten op de tegenstanders.

In 1953 is echter in de Grondwet de verplichting voor de rechter opgenomen om wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten als deze niet verenigbaar zijn met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties (oorspronkelijk artikel 65, nu artikel 94). Op initiatief van de Tweede Kamer, die daartoe met 46 tegen 40 stemmen het amendement Serrarens<sup>2</sup> aannam, is toen aanvaard dat het beginsel van de onschendbaarheid van wetten uitsluitend betrekking had op de verhouding tussen wet en Grondwet en niet op die tussen wet en verdrag. Dit was overigens tegen de zin van de regering die de kwestie van de toetsing aan verdragen «nog niet rijp achtte» voor de Grondwetgever<sup>3</sup> en wilde overlaten aan de rechtsontwikkeling. In het parlement concentreerde het debat zich destijds vooral op het democratische argument (het primaat van de wetgever) tegenover het argument van internationale rechtszekerheid. Voorstanders van verdragstoetsing door de rechter vonden dat de rechtszekerheid niet was gediend met nationaal recht waarmee bescherming tegen schendingen van internationale verdragen zou worden afgesneden.

<sup>1</sup> A.H.M. Dölle en J.W.M. Engels, *Constitutionele rechtspraak*, Groningen, 1989.

<sup>2</sup> Bijl. Hand. II 1951/ 52, 2 374, nr. 17.

Overigens kwam de eis dat sprake moet zijn van «een ieder verbindende bepalingen» niet voor in de aanvankelijke bepaling. Deze eis werd in 1956 op voorstel van de regering toegevoegd, zie Bijl. Hand. 1955/56, 4 133 (R 19), nr. 3. Zie ook J.F.M. Duynstee, *Grondwetsherziening 1953*, artikel 65 en artikel 66, tweede zin.

<sup>3</sup> MvT, 1951/1952, 2374, nr 3, p. 4.

Logischerwijs zorgde aanvaarding van het amendement voor verdragstoetsing voor een ketenreactie doordat het toetsingsverbod in een ander daglicht kwam te staan. Vanaf de jaren zestig van de vorige eeuw ontstond een rechtsgeleerd debat over de onevenwichtigheid dat rechterlijke bescherming wel is gegeven voor de grondrechten die zijn neergelegd in verdragen, maar niet kan worden geboden voor de (klassieke) grondrechten uit de eigen Grondwet<sup>1</sup>. Een nieuw argument vòòr de rechterlijke toetsingsbevoegdheid zag het licht: het verdragsargument.

## 1.2 De aanloop naar de Grondwetsherziening van 1983

Bij de grondwetsherziening van 1983 is het toetsingsverbod bestendigd in het huidige artikel 120. Dit is vooraf gegaan door uitgebreid debat, beginnend bij de *Proeve van een nieuwe Grondwet* uit 1966<sup>2</sup>. Daarin werd constitutionele toetsing aan de klassieke grondrechten voorgesteld<sup>3</sup>. Het voorgestelde artikel 78 van de Proeve luidde aldus:

1. De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen;
2. Wettelijke voorschriften vinden, behoudens het bepaalde van artikel 73<sup>4</sup>, geen toepassing indien deze toepassing niet verenigbaar is met de bepalingen van hoofdstuk 1.

Volgens dit voorstel zou de rechter de betreffende wet buiten toepassing dienen te laten bij constatering van schending van één van de bepalingen van hoofdstuk 1 van de Grondwet. De opstellers van de Proeve verdedigden het voorstel onder verwijzing naar de inwerkingtreding van het Verdrag van Rome. Zij constateerden dat de grondrechten in onze Grondwet een verdergaande en aanvullende betekenis hebben dan de rechtstreeks werkende verdragsrechtelijke grondrechten. Het kwam de opstellers ongerijmd voor dat de rechterlijke bescherming zich niet zou uitstrekken over het meerdere dat de eigen grondrechten te bieden hebben, terwijl die bescherming ten aanzien van de verdragsrechten wel wordt geboden. Burgers dienden ook de bijzondere bescherming van de Grondwettelijke grondrechten te kennen.

Wel maakten de opstellers van de Proeve bij de introductie van de toetsingsbevoegdheid een onderscheid tussen de, in de Grondwet neergelegde grondrechten en de overige grondwettelijke bepalingen. Men achtte de algemene regel dat de wetten onschendbaar zijn namelijk van onverminderd belang. In algemene zin bleef het toetsingsverbod dan ook van kracht. Omwille van de rechtsbescherming van burgers, ook in internationaal opzicht, werd voor de klassieke grondrechten een uitzondering gemaakt. Men had daarmee voor ogen dat de rechter de bevoegdheid zou hebben de betreffende wet in een concreet geval buiten toepassing te laten, wanneer deze in botsing zou komen met een klassiek grondrecht. In hun ogen bewerkstelligde deze opzet «een juist evenwicht tussen de staatsorganen»<sup>5</sup>.

In 1969 verscheen het *Tweede Rapport* van de «Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet», de commissie Cals/Donner<sup>6</sup>. Deze Commissie beoordeelde de, in de Proeve voorgestelde, gedeeltelijke opheffing van het toetsingsverbod als één van de meest verstrekkende wijzigingsvoorstellen van de Proeve.

De Commissie signaleerde eerst een aantal bezwaren tegen de invoering van constitutionele toetsing. Men wees erop dat constitutionele toetsing soms dwingt tot beslissingen van politieke aard, waartoe uiteindelijk de Staten-Generaal meer dan de rechter is gekwalificeerd. Ook werd erop gewezen dat formele wetten en verdragen, anders dan lagere regelgeving, tot stand komen in samenwerking tussen de Staten-Generaal en de regering. Formele wetten en lagere regelgeving verschillen aldus wezenlijk van karakter. De Commissie vond dat, alhoewel ons constitutionele recht voorziet in een toetsingsbevoegdheid ten aanzien van die lagere regelge-

<sup>1</sup> Zie bijvoorbeeld *Proeve van een nieuwe Grondwet* (1966) en het Tweede rapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet, 1969 (hierna: het Tweede rapport van de Staatscommissie).

<sup>2</sup> Bij de behandeling van de wetsvoorstellen die tot de grondwetswijziging van 1963 hadden geleid, was door de Staten-Generaal kritiek geuit op de Grondwet, die op verschillende punten niet meer bij de tijd zou zijn. In 1963 werd een nieuwe afdeling van het ministerie van Binnenlandse zaken, de afdeling grondwetszaken, belast met de opdracht om, in overleg met een werkgroep van niet-ambtelijke staatsrecht deskundigen (waarvan ook A.M. Donner deel uitmaakte, de latere voorzitter van de Staatscommissie Cals/Donner), advies uit te brengen over de vraag naar de wenselijkheid van veranderingen in de Grondwet. Dit advies zou een gedachtenwisseling ter zake dienen te stimuleren. Het advies werd gegoten in de vorm van een concept van een nieuwe Grondwet en uitgebracht onder de naam *Proeve van een nieuwe Grondwet*. Zie de Proeve, pagina 21–23.

<sup>3</sup> De Proeve kende alleen klassieke grondrechten, opgenomen in hoofdstuk 1.

<sup>4</sup> Artikel 73 van de Proeve regelde dat bij wet de afkondiging van een zogenaamde uitzonderingssituatie kon worden geregeld, hetgeen onder meer tot gevolg kon hebben dat van bepalingen van hoofdstuk 1, waarin de grondrechten waren neergelegd, kon worden afgeweken.

<sup>5</sup> De Proeve, p. 180.

<sup>6</sup> Deze Commissie bestond uit J.M.L.Th. Cals (voorzitter), A.M. Donner (voorzitter) en 15 leden, te weten M. Albrecht, N. Cramer, H. Daudt, A. Fortanier-De Wit, J.P.A. Gruijters, J. van der Hoeven, H.J.M. Jeukens, J.M. Kan, D.H.M. Meuwissen, J.W. de Pous, J.H. Prins, Y. Scholten, D. Simons, A.J. Verbrugh en H.B.J. Witte.

ving, dit niet zonder meer een argument is om ook formele wetten toetsbaar te maken. Totstandkoming van formele wetten vergt immers een zwaardere procedure, die met meer waarborgen is omkleed, waardoor ongrondwettige wetgeving kan worden voorkomen.

Voor de tegenstanders van de toetsingsbevoegdheid in de Commissie<sup>1</sup> woog het politieke element in rechterlijke toetsingsbeslissingen zwaar. Zij achtten het gevaar niet denkbeeldig dat de rechter ook in individuele zaken politieke vragen zou moeten beantwoorden. Dit zou tot gevolg kunnen hebben dat de benoeming van rechters onder partijpolitieke druk komt te staan. Het zogenaamde verdragsargument overtuigde deze leden niet omdat zij de toetsing aan internationale verdragen, die bedoeld zijn om in uiteenlopende rechtstelsels een minimumniveau van rechtsbescherming te garanderen, van een geheel ander karakter achtten dan de in de Grondwet neergelegde grondrechten. Verder had het verleden niet uitgewezen dat het ontbreken van een constitutionele toetsingsbevoegdheid een leemte veroorzaakte. Daarom beschouwden zij het scheppen van die bevoegdheid als onvoldoende verantwoord<sup>2</sup>.

Na nauwgezette afweging kwam een meerderheid van de Commissie (11 tegen 6) echter tot de conclusie dat de voordelen zwaarder wogen dan de nadelen. Voor deze meerderheid stond voorop dat de burger zoveel mogelijk in zijn vrijheid dient te worden beschermd. Aangezien juist de klassieke grondrechten de vrijheidssfeer van de burger tegenover de overheid waarborgen, beschouwden deze leden de invoering van rechterlijke toetsingsbevoegdheid als effectief en gerechtvaardigd. Zij oordeelden dat door het algemene karakter van een wettelijke regeling, de wetgever geen of onvoldoende rekening kan houden met de uitwerking ervan in een concreet geval. De rechter bevindt zich daarentegen bij uitstek in de positie om de toepassing van een wet *in concreto* op zijn grondwettelijke merites te kunnen beoordelen. Waar een wet in zijn uitwerking aan de burgerlijke vrijheden tegenover de staat onvoldoende recht doet, dient de rechter in te kunnen grijpen, aldus de meerderheid van de Commissie. Daarbij komt, en ook dat pleit voor uitbreiding, dat de toetsingsbevoegdheid van lagere regelgeving had bewezen een effectief instrument in individuele rechtsbescherming te zijn. Tot slot wees de (meerderheid van de) Commissie op het verdragsargument. Nu de onschendbaarheid van wetten *de facto* was doorbroken door de rechtstreekse werking van het Verdrag van Rome, was het grondwettelijke toetsingsverbod een anomalie geworden die uit het staatsrechtelijke systeem zou moeten worden verwijderd<sup>3</sup>.

De (meerderheid van de) Commissie kwam tot de aanbeveling om het toetsingsverbod op te heffen als de klassieke grondrechten in het geding zijn, overeenkomstig het voorstel in de Proeve. Evenals de opstellers van de Proeve maakte de Commissie Cals/Donner een onderscheid tussen de grondrechten en de overige grondwettelijke bepalingen bij de beoordeling van de wenselijkheid van constitutionele toetsing. Anders dan bij de overige grondwettelijke bepalingen, komt de rechter bij toetsing van de klassieke grondrechten namelijk niet in het vaarwater van de staatsorganisatie terecht, noch doorkruist deze het primaat van de wetgever. De Commissie benadrukte daarbij dat zij de toetsingsbevoegdheid toespitst op de klassieke grondrechten en de sociale grondrechten buiten beschouwing laat. Aangezien beide categorieën grondrechten een geheel andere juridische en politieke betekenis hebben, zou rechterlijke toetsingsbevoegdheid van sociale grondrechten geheel andere implicaties hebben voor de wetgever en voor burgers.

In de aanloop naar de grondwetsherziening van 1983 schaarden de achtereenvolgende kabinetten (De Jong en Den Uyl) zich echter achter het minderheidsstandpunt van de Commissie Cals/Donner<sup>4</sup>. Naast de door de

<sup>1</sup> Ingenomen door de leden Fortanier-De Wit, Donner, Van der Hoeven, Kan, Scholten en Witte.

<sup>2</sup> Zie het Tweede rapport van de Staatscommissie, p. 39 en 40.

<sup>3</sup> De leden van deze meerderheid wegen de genoemde voor- en nadelen overigens niet gelijk af. Zie het Tweede rapport van de Staatscommissie, p. 38.

<sup>4</sup> Zie de Nota betreffende het beleid inzake Grondwet en Kieswet van het kabinet De Jong van 24 november 1969, Bijl. Hand. II 1969–1970, 9181, nr 13 en de Nota inzake het grondwetsherzieningsbeleid van het kabinet Den Uyl, Bijl. Hand. II 1972–1973, 12 944, nr. 2, en de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel 1975/1976, 13 872, p. 13–14.

commissie-minderheid aangevoerde argumenten, worden daarbij onder andere genoemd de mogelijkheid van langsepende rechtsonzekerheid, van uiteenlopende interpretaties over de grondwettelijkheid van wetten door verschillende hoogste rechterlijke colleges en van vertraging en verzwaring van rechtsprocedures. Het rechtszekerheidsargument kan ook worden teruggevonden in het tweede advies van de Hoge Raad aan de regering, naar aanleiding van het rapport van de Commissie Cals/Donner<sup>1</sup>.

Bij de mondelinge behandeling van dit onderwerp in het kader van de grondwetsherziening van 1983 werd door de regering aan de bezwaren bovendien toegevoegd dat het wetgevingsproces voldoende instrumenten bevat om te voorkomen dat ongrondwettige wetgeving het licht ziet. Instrumenten die genoemd werden zijn de ambtelijke voorbereiding en de controle van de bewindslieden op het wetsvoorstel, de advisering door de Raad van State, de behandeling door het parlement en de inbreng op het wetsvoorstel van maatschappelijke zijde.

In de aanloop naar de grondwetsherziening van 1983 is, met name halverwege de jaren zeventig, in het parlement verschillende keren mondeling en schriftelijk met de regering van gedachten gewisseld over rechterlijke toetsing. De politieke partijen waren verdeeld. Hoewel men gevoelig bleek voor het argument dat de bescherming van de vrijheidssfeer van de burger voorop dient te staan, accepteerde men in beide Kamers der Staten Generaal toch uiteindelijk in meerderheid de bestendiging van het bestaande stelsel. Amendementen of moties vóór invoering van een rechterlijke toetsingsmogelijkheid werden niet ingediend<sup>2</sup>.

### 1.3 Het Harmonisatiewet-arrest als keerpunt in de discussie<sup>3</sup>

Na de grondwetsherziening van 1983 bleef in de politiek en onder juristen de vraag bestaan of de nieuwe formulering van het toetsingsverbod betekende dat het de rechter wel was toegestaan de wet te toetsen aan fundamentele rechtsbeginselen. Immers, terwijl het de rechter duidelijk was verboden om de verenigbaarheid van wetten met de Grondwet te toetsen, was het toetsen van wetten aan ongeschreven fundamentele beginselen niet vanzelfsprekend uitgesloten. Het bleef onduidelijk of een wet bijvoorbeeld mocht worden getoetst aan de, niet in de Grondwet opgenomen, beginselen van rechtszekerheid of vertrouwen. Ook was er verschil van mening of het een rechter was toegestaan om bij geconstateerde strijdigheid met deze beginselen, hieraan gevolgen te verbinden. De gekozen formulering van het nieuwe artikel 120 van de Grondwet, waarin wordt gesproken van de «grondwettigheid der wetten», gaf daarover onvoldoende uitsluitsel.

Met het Harmonisatiewet-arrest kwam er een voorlopig einde aan deze discussie. In dit arrest kwam de Hoge Raad tot het oordeel dat artikel 120 van de Grondwet toetsing van de wet aan elke hogere nationale regeling verbiedt, waaronder ook de toetsing aan algemene rechtsbeginselen diende te worden begrepen.

Interessant is evenwel dat de Hoge Raad zich er blijk van gaf dat de rechtsontwikkeling zich sinds 1983 zodanig heeft ontwikkeld dat de argumenten voor beperkte opheffing van het toetsingsverbod aan belang hebben gewonnen. Zo noemde de Hoge Raad het toegenomen belang van de rechterlijke toetsing van wetten aan verdragen door het grotere beroep op internationale mensenrechtelijke bepalingen. Ook wees de Hoge Raad op de ontwikkeling van de zogenaamde *contra-legem* jurisprudentie: als strikte toepassing van de wet in het concrete geval te zeer tegen fundamentele rechtsbeginselen indruist, blijft toepassing in dat geval achterwege<sup>4</sup>. Tot slot wees de Hoge Raad er op dat de veronderstelling dat de parlementaire procedure voor het tot stand brengen van

<sup>1</sup> Advies van de Hoge Raad naar aanleiding van het Tweede Rapport van de Commissie Cals/Donner, in *Adviezen van politieke en maatschappelijke organen*, 's-Gravenhage 1970. De Hoge Raad noemt het voorstel «onwenselijk», daar waar hij eerder, in een reactie op de Proeve, nog sprak van een «aanvaardbaar stelsel», zie *Adviezen van politieke en maatschappelijke organen*, 's-Gravenhage, 1969. Ook de Raad van State kan zich vinden in het regeringsstandpunt.

<sup>2</sup> Daarbij wordt aangetekend dat PvdA, KVP, ARP en GPV meer twijfels hadden bij de juistheid van het regeringsstandpunt dan VVD, CHU en PPR. Voor een uitgebreidere weergave van de diverse standpunten en parlementaire behandeling zie M.L.P. van Houten, *Meer zicht op wetgeving, Rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Grondwet en fundamentele rechtsbeginselen*, Zwolle 1997, P. 140 e.v.

<sup>3</sup> HR 14 april 1989, NJ 469.

<sup>4</sup> De toepassing van de wet, de uitwerking dus in een concreet geval – en niet de wet zelf – wordt aan het betreffende beginsel getoetst, hetgeen leidt tot het buiten toepassing laten van die wet in dat geval. Dit is dus geen zuivere toetsing van de wet zelf en wordt als zodanig in de jurisprudentie niet in strijd met artikel 120 van de Grondwet geacht.

wetten voldoende waarborg biedt voor hun rechtsgehalte niet meer per definitie opgaat. De Hoge Raad verwees daarvoor naar literatuur waarin de ontwikkeling van het parlementaire stelsel in monistische richting, en de daarmee gepaard gaande toenemende invloed van de uitvoerende macht op de totstandkoming van wetten, wordt beschreven.

Tegenover het voorgaande stelde de Hoge Raad dat, gelet op de parlementaire geschiedenis, bij de grondwetswijziging van 1983 de argumenten voor de afschaffing dan wel beperking van het toetsingsverbod door de wetgever onder ogen zijn gezien, en kennelijk te licht waren bevonden. Dat bracht de Hoge Raad tot de conclusie dat hij de gestelde grenzen zou overschrijden door bevestigend te antwoorden op de vraag of aan rechtsbeginselen mag worden getoetst.

Met zijn weergave van de ontwikkeling in de rechtsopvattingen gaf de Hoge Raad in het Harmonisatiewet-arrest aan de wetgever echter een duidelijk signaal af om de wet te heroverwegen. Na, eerder telkens tot een negatief advies te zijn gekomen over de wenselijkheid van de afschaffing van het toetsingsverbod, lijkt het Harmonisatiewet-arrest er op te wijzen dat de Hoge Raad «om» is. In de jaren daarna blijkt dit inderdaad het geval te zijn.

#### 1.4 Regeringsinitiatieven in de jaren 1990

Het Harmonisatiewet-arrest blies de discussie over het toetsingsverbod in rechtsgeleerde kring en in de nationale politiek nieuw leven in. Ook de regering bleek het signaal van de Hoge Raad op te pakken. In 1989 kondigde de toenmalige regering bij haar aantreden aan om de Tweede Kamer een notitie te zenden over de wenselijkheid van constitutionele toetsing. In februari 1991 kwam de regering met een voorlopig standpunt in de *Nota inzake rechterlijke toetsing* dat zij voor advies voorlegde aan de Hoge Raad en diens procureur-generaal, aan vijf rechtsgeleerden<sup>1</sup> en tot slot aan de Raad van State. De vraag die in deze nota centraal stond was niet langer of er een vorm van constitutionele toetsing moest worden ingevoerd maar op welke wijze deze gestalte zou moeten krijgen. Meer in het bijzonder ging het de regering om de omvang van de toetsingsbevoegdheid en de tot toetsing bevoegde rechterlijke instanties.

De voorkeur van de regering leek uit te gaan naar de toevoeging van een tweede lid aan artikel 120 van de Grondwet, waarin wordt bepaald dat een wet buiten toepassing blijft als dit in strijd is met een ieder verbindende bepalingen van de Grondwet. De regering stond voor ogen dat iedere rechter die zou overwegen een wet buiten toepassing te laten op grond van het bepaalde in dit lid, een prejudiciële vraag zou dienen voor te leggen aan de Hoge Raad.

De Hoge Raad en de procureur-generaal brachten bij monde van mr. J. Rummelink een gezamenlijk advies uit<sup>2</sup>. Daarin werd de regering geadviseerd het toetsingsverbod op te heffen voor een aan aantal uitdrukkelijk op te sommen, overwegend klassieke grondrechten. In de hem toebedachte exclusieve positie als prejudiciële instantie zag de Hoge Raad echter niets. Hij stelde voor om de toetsing, net zoals bij verdragen, over te laten aan iedere individuele rechter die daartoe wordt geroepen: de gespreide of diffuse toetsing. De Hoge Raad functioneert dan als hoogste appèlinstantie (ook in bestuursrechtelijke geschillen). De overige, gevraagde en ongevraagde adviezen die in 1991 en 1992 aan de regering ter zake werden uitgebracht, waren grotendeels van gelijke strekking<sup>3</sup>. Over het algemeen werd aangenomen dat het voorstel van de regering tot (beperkte) opheffing van het toetsingsverbod past in de rechtsontwikkeling en terecht de al eerder gesignaleerde anomalie met de toetsingsplicht van de rechter aan verdragen (artikel 94 van de Grondwet) opheft. Verschillen van inzicht concentreerden zich met name op de, ook door de regering in haar nota opgeworpen vragen. De verschillen van inzicht

<sup>1</sup> Zie NJCM-bulletin, jrg 17 (1992), nr. 3, p. 233 – 307 en Handelingen NJV 1992-I, pre-adviezen van prof. mr. L. Prakke, mr. T. Koopmans en mr. J.M. Barendrecht, *Toetsing*, Zwolle 1992.

<sup>2</sup> Advies van 31 oktober 1991 in NJCM-bulletin jrg. 7 (1992), p. 243–257.

<sup>3</sup> De Nederlandse Juristen Vereniging wijdde aan het onderwerp in 1992 haar jaarvergadering, zie Handelingen NJV, 122e jaargang/1992, waarin de preadviezen van prof. mr. L. Prakke, mr. T. Koopmans en mr. J.M. Barendrecht, a.w.

leidden er ten slotte toe dat de regering van het indienen van een wijzigingswet afzag en opnieuw besloot de rechtsontwikkeling haar beloop te laten.

Ook in 1997 was het onderwerp weer aan de orde en vroeg het kabinet om advies aan de Hoge Raad<sup>1</sup>. Een kabinetsstandpunt bleef echter weer uit. De Commissie *Grondrechten in het digitale tijdperk* zette in 2000 het onderwerp opnieuw op de agenda. Naar aanleiding van het eindrapport van deze commissie zegde het kabinet opnieuw een nota toe over constitutionele toetsing<sup>2</sup>. Deze nota is met vertraging vlak na de indiening van het onderhavige wetsvoorstel aan de voorzitter van de Eerste en Tweede Kamer toegezonden<sup>3</sup>.

In de nota «Constitutionele toetsing van formele wetten» concludeert het kabinet dat handhaving van het toetsingsverbod een verdedigbare optie is, maar dat het een zekere voorkeur heeft voor de introductie van de bevoegdheid van de rechter om formele wetten te toetsen aan klassieke grondrechten. Tevens concludeert het kabinet dat het model van gespreide toetsing bij deze bevoegdheid het beste past.

## 2 Rechtsvergelijking

### 2.1 Inleiding

Een blik over de landsgrenzen leert dat Nederland op dit moment nageen het enige land in West-Europa is dat een totaalverbod kent op constitutionele toetsing. Vrijwel alle ons omringende landen kennen constitutionele rechtspraak in één of andere vorm<sup>4</sup>. Er zijn landen waar de grondwet zwijgt over constitutionele toetsing maar waar zich in de doctrine en de jurisprudentie toch een vorm van constitutionele rechtspraak heeft ontwikkeld (bijvoorbeeld Noorwegen en Denemarken). Ook zijn er landen die een meer of minder verstrekkende toetsingsplicht grondwettelijk hebben vastgelegd, meestal opgedragen aan de hoogste rechter (bijvoorbeeld Ierland en Zweden). Daarnaast is er een aantal landen dat een speciaal daartoe aangewezen gerecht heeft belast met de grondwettelijke toetsing. De omvang van de toetsing verschilt, net als de wijze waarop wordt getoetst (preventief, vooraf en abstract, repressief en achteraf) of de selectie van degenen die zich tot het constitutionele gerecht mogen richten (iedere burger, een lagere rechter of alleen het parlement). Maar in al deze landen (bijvoorbeeld Frankrijk, Duitsland, Spanje, Oostenrijk en België) kan een wet door de rechter vanwege strijdigheid met de grondwet worden gepasseerd.

Dölle en Engels<sup>5</sup> schrijven de diversiteit in constitutionele toetsing toe aan een aantal factoren. Landen die een uitgebreide en zwaarwegende variant van toetsing kennen, delen dikwijls een federale of semi-federale opbouw van de staat, een turbulent staatkundig verleden en een grondwet die pas na de 19e-eeuwse verheerlijking van de wet en de rechter als mechanische wetstoepasser («*la bouche de la loi*»<sup>6</sup>), tot stand is gekomen. In eenheidsstaten met een lang en relatief rustig staatkundig verleden is de traditie van grondwettelijke toetsing of in lichtere mate aanwezig of zelfs afwezig, zoals in Nederland.

Internationaal wordt grofweg wel een onderscheid gemaakt tussen het Europese en het Amerikaanse systeem van constitutionele toetsing. Het meest in het oog springende verschil zou het Constitutionele Hof in het Europese systeem zijn dat de exclusieve bevoegdheid heeft wetten aan de grondwet te toetsen, terwijl het oordeel over de grondwettigheid van formele wetten in het Amerikaanse systeem tot de discretie van iedere rechter behoort. Uit de hierboven beschreven variatie van Europese toetsingsmodellen blijkt wel dat deze indeling niet zuiver is. Ook in een aantal Europese landen is het oordeel over de grondwettigheid van wetten aan de rechter in de gewone rechtsgang toegekend<sup>7</sup>, terwijl in

<sup>1</sup> Advies van de Hoge Raad van 11 november 1997. De Hoge Raad is van oordeel dat de situatie sinds zijn advies van 31 oktober 1991 niet is veranderd en blijft bij de uitkomsten van dat advies.

<sup>2</sup> Kabinetsstandpunt over het rapport van de commissie «Grondrechten in het digitale tijdperk», Tweede Kamer vergaderjaar 2000–2001, 27 460, nr. 1.

<sup>3</sup> Nota «Constitutionele toetsing van formele wetten» van 22 april 2002, Tweede Kamer vergaderjaar 2001/2002, 28 355, nr. 2.

<sup>4</sup> Naast Nederland is Finland het enige land dat constitutionele toetsing exclusief aan de wetgever opdraagt. Zie A.H.M. Dölle en J.W.M. Engels, *Constitutionele rechtspraak*, Groningen, 1989.

<sup>5</sup> A.H.M. Dölle en J.W.M. Engels, a.w.

<sup>6</sup> In het Nederlands: «Mond der wet».

<sup>7</sup> Genoemd kunnen worden Noorwegen, Zweden, Denemarken, IJsland en Griekenland.

andere Europese landen een mengvorm bestaat van geconcentreerde toetsing bij een apart Hof en gespreide toetsing door lagere rechters<sup>1</sup>. In die Europese landen waar een Constitutioneel Hof opereert, worden de leden van dat hof over het algemeen door politieke instituties gekozen en benoemd, wat vaak betekent dat de samenstelling van het Hof politiek gekleurd is. De benoeming van rechters en officieren van justitie in de Verenigde Staten is ook een politieke aangelegenheid, waardoor het onderscheid tussen het Europese en het Amerikaanse systeem verder aan helderheid inboet.

Alle Europese landen die constitutionele toetsing in enigerlei vorm kennen blijven niet verschoond van de meer of minder fundamentele discussie over de verhouding tussen de rechter en de politiek (of democratie), zoals die ook het debat over de rechterlijke toetsing in ons land sinds lang domineert. Het uitgangspunt in die landen is echter niet de vraag naar de wenselijkheid van beperking, of zelfs afschaffing van constitutionele toetsing. Veeleer ligt de nadruk op de gerechtvaardigde vraag naar de wenselijke vormgeving van toetsing in een evenwichtig systeem van *checks and balances*.

## 2.2 Duitsland

In Duitsland is één van de meest duidelijke varianten van geconcentreerde constitutionele toetsing te vinden, opgedragen aan het *Bundesverfassungsgericht*. De rechter is verplicht wettelijke bepalingen van federaal of deelstaatsrecht toe te passen in overeenstemming met de grondwet, de *Verfassung*. Als hij in een concreet geschil stuit op mogelijke grondwetsschending, dient hij om het oordeel van het *Bundesverfassungsgericht* te verzoeken. Bij wege van deze prejudiciële procedure wordt de lopende rechtsgang onderbroken. Als er sprake lijkt van een schending van grondrechten door de overheid in een concreet geval bestaat er ook voor burgers de mogelijkheid om rechtstreeks het oordeel van het *Bundesverfassungsgericht* in te roepen<sup>2</sup>. Tot slot hebben ook staatsorganen de mogelijkheid om bij interpretatiegeschillen over grondwettelijke bepalingen deze voor te leggen aan dit gerecht.

Behalve deze vormen van grondwetstoetsing, is aan het *Bundesverfassungsgericht* ook de taak opgedragen om de verenigbaarheid van het bondsrecht en het deelstaatsrecht met de grondwet, los van een concreet geschil, te beoordelen. Deze abstracte toetsing kan worden ingeroepen door burgers (de «*Popularklage*») en door (een deel van) een staatsorgaan zoals de Bondsregering, een deelstaatsregering, een aantal (een derde deel) parlementsleden gezamenlijk of een gemeente (de «*Parteiklage*»)<sup>3</sup>. Als het *Bundesverfassungsgericht* in alle bovengenoemde gevallen strijdigheid met de grondwet constateert dan is het bevoegd de betreffende wet te vernietigen. Dit oordeel is voor een ieder, dus ook voor de wetgever, bindend.

## 2.3 Frankrijk

Frankrijk kent sinds de totstandkoming van de vijfde republiek in 1958 de *Conseil Constitutionnel*. Met de oprichting daarvan is gebroken met een lange traditie, teruggaand tot de Franse revolutie, waarin voor rechterlijke constitutionele toetsing geen plaats was. Deze traditie wortelde in de, nog niet geheel verstomde opvatting van de rechter als «*la bouche de la loi*». Van oudsher bestond, en bestaat er nog altijd, de angst dat toetsing de rechter op de stoel van de wetgever zou plaatsen («*gouvernement des juges*»).

In de Constitutie van 4 oktober 1958 is een toetsingsstelsel gecreëerd dat is getekend door de historische omstandigheden<sup>4</sup>. Slechts een beperkte vorm van grondwettelijke toetsing werd verantwoord geacht ter bescherming van de scheiding tussen parlement en regering. Het Franse

<sup>1</sup> Bijvoorbeeld Zweden, dat een aparte instantie kent voor de preventieve toetsing, en de repressieve toetsing overlaat aan iedere rechter.

<sup>2</sup> Deze vorm van concrete toetsing wordt ingeleid door een «*Verfassungs-beschwerde*».

<sup>3</sup> A.H.M. Dölle en J.W.M. Engels, a.w., p. 33.

<sup>4</sup> J.H. Reestman, *Constitutionele toetsing in Frankrijk*, Nijmegen 1996.

toetsingsmodel is preventief en abstract, en geconcentreerd bij de *Conseil constitutionnel*. De *Conseil* heeft namelijk de bevoegdheid om (formele) wetten op hun grondwettigheid te beoordelen maar doet dit vòòr dat de wet in kwestie wordt uitgevaardigd door de regering en vòòr dat deze verbindende kracht krijgt. Eenmaal uitgevaardigde wetten zijn voor iedereen, dus ook voor de rechter, onaantastbaar. De *Conseil* kan slechts door politieke organen, namelijk door de president, de eerste minister, de voorzitters van beide kamers van het parlement en – sinds 1974 – door een minimumaantal van 60 afgevaardigden of senatoren van de *Assemblée*, worden geactiveerd. Ondanks deze beperkingen, is het bereik van de constitutionele toetsing, als een gevolg van het gepolariseerde Franse politieke klimaat en het gebruik dat parlementariërs hiervan maken, sterk toegenomen. Vrijwel ieder omstreden wetsvoorstel van de regering dat door haar parlementaire meerderheid is aanvaard, wordt door de gebundelde oppositie aan de *Conseil* ter toetsing voorgelegd. Deze rol als scheidsrechter tussen de parlementaire meerder- en minderheid heeft aan het werk van de *Conseil* onmiskenbaar politieke lading gegeven. Het behoeft dan ook weinig verbazing te wekken dat nu in Frankrijk de discussie wordt gevoerd of de *Conseil* als rechter of als politiek orgaan moet worden aangemerkt.

Ongetwijfeld vervult de *Conseil* een politieke rol in het Franse bestel. Zijn werkwijze, ingebed in de totstandkomingsprocedure van formele wetgeving, draagt daar aan bij. Toch heeft de *Conseil* in zijn toetsende arbeid een beduidend andere rol dan de wetgever. Hij dient slechts de grondwettigheid, en niet bijvoorbeeld de wenselijkheid, van wetten te beoordelen en houdt zich in zoverre slechts met rechtsvragen bezig. Bovendien is de samenstelling van de *Conseil* door de benoemingsprocedure politiek gekleurd. Deze voorziet namelijk in een drietal benoemingsgerechtigden door de politieke organen die volledige discretie hebben ten aanzien van de door hen te benoemen leden, en in het lidmaatschap van rechtswege van de oud-presidenten van de republiek<sup>1</sup>.

## 2.4 Scandinavië

In Zweden is men bij de grondwetsherziening in de jaren zeventig van de vorige eeuw overgegaan tot codificatie van het, in de rechtspraak erkende principe dat toetsing van de wet aan de grondwet tot de mogelijkheid dient te behoren<sup>2</sup>. Uitgangspunt in de Zweedse wetgeving is dat bepalingen die strijdig zijn met een hogere regeling (waaronder derhalve ook de grondwet) voor die hogere regeling dienen te wijken en buiten toepassing dienen te blijven. Als het wetten of regeringsverordeningen betreffen, kan buiten-toepassing-verklaring slechts volgen als sprake is van een «kennelijke» inbreuk<sup>3</sup>. Deze beperkte vorm van constitutionele toetsing is het resultaat van een compromis tussen de verdedigers van het primaat van de democratisch gekozen wetgever en degenen die individuele rechtsbescherming van de burger voorop wensten te stellen en daartoe de rechter optimaal wensten toe te rusten. De Zweedse rechtspraak heeft uitgewezen dat men met deze enigszins open norm goed uit te voeren kan<sup>4</sup>.

Noorwegen en Denemarken kennen beiden rechterlijke toetsingsbevoegdheid op basis van het ongeschreven recht dat zich in de jurisprudentie heeft ontwikkeld en intussen stevige wortels in het staatsbestel heeft. De rechter heeft zich de bevoegdheid in deze landen zelf toegedicht want de grondwet zwijgt erover. De toetsing is gespreid (iedere gewone rechter komt de bevoegdheid toe) en concreet (alleen toetsing in voorliggende geschillen). Toetsing kan zowel op formele gronden (de totstandkoming van wetten bijvoorbeeld) plaatsvinden, maar ook op materiële gronden. Denemarken is daarin iets behoudender dan Noorwegen en beperkt de bevoegdheid van de rechter om een wet of de toepassing daarvan niet constitutioneel te verklaren tot die gevallen waarin sprake is

<sup>1</sup> Zie voor meer over het Franse stelsel het in noot 32 genoemde proefschrift van Reestman.

<sup>2</sup> Zweden kent geen grondwet in de eigenlijke zin van het woord, doch drie zogenaamde «fundamentele wetten» (Grundlag) die hier gemakshalve met grondwet worden aangeduid, omdat aan deze Grundlag de status toekomt van een constitutie.

<sup>3</sup> Hoofdstuk 11, artikel 14 van de Regeringsform (Instrument of Government), een van de drie fundamentele wetten.

<sup>4</sup> Zweden kent naast de hier weergegeven vorm van repressieve toetsing, ook nog een vorm van preventieve toetsing. Daartoe is een speciale juridische raad in het leven geroepen die uit rechters van de hoogste rechtscollages bestaat en die door de regering of het parlement om advies kan (en in sommige gevallen moet) worden gevraagd.

## 2.5 De Verenigde Staten

In het Amerikaanse constitutionele bestel is de *judicial review*, de toetsing door de rechter van wetgeving aan de constitutie, een essentieel en dragend element. Bij gebleken strijdigheid met de constitutie kan de rechter de betreffende wet ongrondwettig verklaren. Deze bevoegdheid komt iedere federale rechter toe, maar het *Supreme Court* heeft het laatste woord. Gegeven de belangrijke plaats die de constitutionele toetsing in het Amerikaanse bestel inneemt, is het verbazingwekkend dat de constitutie niet expliciet in deze mogelijkheid voorziet<sup>2</sup>. Het *Supreme Court* heeft zich deze bevoegdheid aangemeten door interpretatie van de constitutie in de belangwekkende uitspraak *Marbury vs Madison* (1803). Sindsdien is constitutionele toetsing niet meer weg te denken uit het Amerikaanse constitutionele systeem en uit de rechterlijke taakopvatting. Het staat voor de bescherming van het primaat van de wil van het volk, en de bescherming tegen inbreuken door de overheid daarop, zoals die in de constitutie zijn neergelegd. Hoewel de behoefte aan bescherming tegen een almachtige overheid diep wortelt in de (constitutionele) geschiedenis van de Verenigde Staten<sup>3</sup>, is de uitoefening van de toetsingsbevoegdheid door de Amerikaanse rechter niet onomstreden. In de loop van de twintigste eeuw heeft het *Supreme Court* namelijk in toenemende mate blijk gegeven van grondwettelijk en politiek activisme, wat het functioneren van het instituut van constitutionele toetsing niet ten goede komt<sup>4</sup>. De voorbeelden waarbij het *Supreme Court* stuurt in grote maatschappelijke kwesties (met name ten aanzien van burgerrechten zoals de rassenscheiding en abortus), zijn legio. Dit heeft van velerlei zijde geleid tot het verwijt dat het *Supreme Court* «*law-making*» of «*policy-making*» doet, een fundamentele inbreuk op het beginsel dat het primaat daartoe bij «*the people*» ligt. Ondanks dat lippendienst wordt bewezen aan de noodzaak van terughoudendheid en er een groot aantal beperkende, jurisprudentiële criteria zijn ontwikkeld, is het *Supreme Court* onmiskenbaar uitgegroeid tot een politieke factor van betekenis. De politieke benoeming van magistraten in de Verenigde Staten is hieraan mede debet. De politieke kleur van de magistraat bepaalt namelijk ook of hij in een Federaal Hof, dan wel door de President van de Verenigde Staten in het *Supreme Court* wordt benoemd.

## 3 Naar constitutionele toetsing in Nederland

### 3.1 In tred met de Europese Unie

Een belangrijk argument voor constitutionele toetsing is gegeven in 1953 met de introductie van verdragstoetsing in (het huidige) artikel 94 in de Grondwet. De toetsing aan internationale verdragen is de afgelopen decennia een effectief instrument gebleken ter bescherming van de individuele vrijheidsrechten van de burger tegen de overheid. Dit blijkt ook wel uit de vlucht die de jurisprudentie op dit terrein heeft genomen. Door het grondwettelijke toetsingsverbod in stand te houden, heeft het internationale recht een centrale positie gekregen in de nationale rechtsontwikkeling van de grond- en mensenrechten. In plaats van de Nederlandse Grondwet is het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) in toenemende mate van belang voor de inrichting van onze rechtsorde. Ongewild vermindert daarmee ook het rechtstatelijke belang van de grondwet voor onze samenleving. Witteveen stelt in dit verband zelfs: «Het toetsingsverbod is niet zozeer zelf een anomalie, het maakt de Grondwet tot een anomalie»<sup>5</sup>. De rechtsfilosoof Cliteur verwoordde het zo mogelijk nog steviger: «het grondwettelijk recht

<sup>1</sup> A.H.M. Dölle en J.W.M. Engels, a.w., p. 27–29.

<sup>2</sup> Gesteld wordt wel dat de bevoegdheid ligt besloten in de «supremacy clause» van artikel VI (section 2) in samenhang met artikel III (section 2), zie o.m. J.H. Ferguson, *The American federal government*, p. 458.

<sup>3</sup> Zie daarvoor uitgebreid C.M. Zoethout, *Constitutionalisme*, Arnhem 1995, p. 173–251.

<sup>4</sup> C. M. Zoethout, a.w., p. 216 e.v.

<sup>5</sup> W. J. Witteveen, *Evenwicht der machten*, Zwolle, 1991, p. 85–86.

wordt symbolisch recht of hoogstens een handleiding voor het erfelijk koningschap; een dode letter, grondwettelijk recht dat op een bepaald moment eenvoudigweg geen recht meer is. (...) Een interessante vraag is natuurlijk hoe lang het nog zal duren voordat de grondwet definitief zal wegglijden in vergetelheid. (...) Zij ligt aan het infuus, zieltoegend»<sup>1</sup>. Daar waar fundamentele vragen van rechtsbescherming aan de orde zijn, wordt vaker rechtstreeks verwezen naar het EVRM en naar andere verdragen waarin grond- en mensenrechten zijn neergelegd, zoals het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR). De uitleg van de (Europese) mensenrechten door internationale of supranationale organen zoals het EHRM en het Europese Hof van Justitie werkt rechtstreeks door in ons nationale rechtstelsel door overname ervan door de nationale rechter.

In navolging van Witteveen en Cliteur kan gesteld worden dat Thorbecke gelijk heeft gekregen toen hij stelde dat door het toetsingsverbod de Grondwet aan juridische kracht zou inboeten en daarmee zou ophouden Grondwet (in de ware zin van het woord) te zijn. De beperkte betekenis van de Grondwet in de rechtsontwikkeling doet zich eens te meer voelen nu, op 7 december 2000, in Nice het *Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie* is geproclameerd. Opheffing van het grondwettelijke toetsingsverbod past eens te meer in de Europese ontwikkeling van vergroting van de rechtsbescherming van de burger, die ook door de Nederlandse overheid als wenselijk wordt beschouwd. In het bijzonder dient dit te gelden voor de klassieke grondrechten die naar hun aard de burger beogen te beschermen tegen ongeoorloofde inmenging door de overheid. De waarde van onze Grondwet ten opzichte van verdragsgrondrechten mag ook niet gemakkelijk worden onderschat. Het EVRM en andere mensenrechtenverdragen behelzen, anders dan de Grondwet, slechts minimumnormen van rechtsbescherming. Het staat alle verdragsstaten daarbij vrij in hun nationale wetgeving méér waarborgen te bieden. Constitutionele toetsing doet ook recht aan het vertrouwen in de integriteit van de Nederlandse rechtspraak. Het is moeilijk te rechtvaardigen dat de Nederlandse rechter geen oordeel mag vellen over de grondwettigheid van de eigen wetten terwijl internationaal-rechterlijke colleges met rechters uit landen met zeer afwijkende rechtstelsels, die soms deels nog rechtstatelijk in ontwikkeling zijn en pas onlangs tot de Raad van Europa zijn toegetreden (zoals Moldavië en Georgië), wel bevoegd zijn verklaard om de rechtstatelijkheid en de eerbiediging van mensenrechten van Nederlandse wettelijke bepalingen te toetsen.

### 3.2 Uitdijende en diffuus wordende overheidsbevoegdheden

De afgelopen decennia is de klassieke taakstelling van de overheid, met name door de ontwikkeling van de verzorgingsstaat, veranderd. De overheid heeft er vele nieuwe taken bij gekregen met aanzienlijke gevolgen voor de hoeveelheid en de aard van wetgeving.

De verzwaring van het takenpakket van de overheid is hand in hand gegaan met een terugtrekkende wetgever<sup>2</sup>. Het overheidsoptreden wordt minder door formele wetten gereguleerd, in ruil voor een vloedgolf aan (beleids)instrumentele wet- en regelgeving. In formele wetten worden doorgaans enkel open of vage materiële normen neergelegd en de materiële normstelling wordt overgelaten aan uitvoerende bestuursorganen. Delegatie van regelgevende bevoegdheid en het toekennen van discretionaire bevoegdheden door de wetgever aan het bestuur, zijn aan de orde van de dag. Instrumentele kader- en ordeningswetgeving met zijn open karakter en vage materiële normen die door lagere overheden en andere bestuursorganen met de hen toegekende beleids- en beoordelingsruimte worden ingevuld, dragen bij aan een groeiende roep van de burger om rechtsbescherming tegen de overheid<sup>3</sup>. Door het gebrek aan materiële waarborgen in de wetgeving van de overheid, is de rechter daardoor

<sup>1</sup> P. Cliteur: «grondwet ligt op sterven door toetsingsverbod», *NRC-handelsblad*, 15 februari 1993.

<sup>2</sup> H. D. Stout, *De betekenissen van de wet*, Zwolle 1994.

<sup>3</sup> *Wetgeven en de maat van de tijd*, Ph. Eijlander e.a. (redactie), Zwolle 1994, blz. 15 e.v.

nadrukkelijker zijn stempel gaan drukken op de invulling van de vage normen door de lagere overheden en bestuursorganen. Een deel van de rechtsvormende taak die bij de wetgever hoort is daarmee verschoven naar, met name de bestuursrechter die grote interpretatieve vrijheid heeft gekregen. Hierbij dient wel opgemerkt te worden dat de bevoegdheid van de bestuursrechter in beginsel beperkt is tot het toetsen van het oordeel van het bestuursorgaan. De bestuursrechter is terughoudender bij het zelfstandig invullen van de normen, dan de burgerlijke of de strafrechter. Deze hebben meer ruimte om open normen, zoals «redelijkheid en billijkheid» zelfstandig in te vullen. Resumerend heeft, als een gevolg van de terugtrekkende overheid, vooral in het bestuursrecht maar ook in het straf- en privaatrecht, de rechter met zijn rechtsvormende taak aan kracht en invloed heeft gewonnen.

Met de veranderende positie van wetgever en rechter is de kracht van het democratieargument tegen constitutionele toetsing sterk afgenomen. In de praktijk wordt de indeling van de wetgever die de totstandkoming van wet- en regelgeving toetst op de verenigbaarheid met de Grondwet en de rechter die de uitkomst daarvan respecteert, moeilijker houdbaar. Een groot deel van de, voor burgers bindende normen en regels komt buiten de wetgever om tot stand. Daarmee is de formele wetgever op afstand gezet van de grondwettelijke gevolgen van een belangrijk deel van nieuwe wetgeving.

Het staat de rechter daarbij vrij lagere wet- en regelgeving te toetsen aan de wet en de Grondwet. Bij die toetsing moet hij zich onthouden van een grondwettelijke interpretatie van de wet die er aan ten grondslag ligt. Een bijkomend probleem is dat de rechter zich dikwijls verstoken weet van de opvatting van de formele wetgever over de grondwettigheid van die wet, aangezien de wetgever aan die discussie dikwijls niet of onvoldoende is toegekomen.

In toenemende mate is er aanleiding om de exclusiviteit van de toetsing aan de grondwet door de wetgever te relativiseren. In veel gevallen wordt de mogelijkheid van strijd met een grondwettelijke bepaling tijdens de voorbereiding van een wet namelijk niet onderkend of voorzien, waardoor bij de totstandkoming van een wet toetsing aan de grondwet achterwege blijft<sup>1</sup>.

Voor de wetgever is het bovendien vaak moeilijk, zo niet onmogelijk, om de concrete uitwerking van een wet en de rechtsvragen die daaruit kunnen voortkomen in alle concrete gevallen te voorzien en vooraf vorm te geven. Het instrument van wetswijziging schiet tekort in de individuele rechtsbescherming in concrete, bij de rechter voorliggende geschillen. Als geconstateerde ongrondwettigheid van een wet enkel door de wetgever via tijdrovende wetswijziging kan worden gerepareerd, schiet voor langere tijd de rechtsbescherming tekort. Tot de wijziging wet wordt behoudt de oude wet zijn ongrondwettige uitwerking in concrete gevallen; ongrondwettigheid die door de wetgever bij de voorbereiding dikwijls niet is voorzien. Constitutionele toetsing biedt de mogelijkheid van een (relatief) snelle aanpassing van wetten op gewijzigde maatschappelijke en rechtstatelijke omstandigheden. Het staat de wetgever bovendien altijd vrij een hem onwelgevallige ingreep van de rechter te corrigeren met wetgeving die ook recht doet aan het grondrecht dat volgens de rechter in het geding is.

### 3.3 De machtenscheiding

Het rapport van de Commissie Franken en het daarin vervatte advies ten aanzien van het toetsingsverbod (dat in de inleiding is besproken), heeft het debat opnieuw op de politieke agenda geplaatst. Het rapport was voor de Tweede Kamer aanleiding om bij de schriftelijke behandeling ervan op dit punt vele vragen aan de regering voor te leggen. De regering merkt in

<sup>1</sup> Zie het advies van de Hoge Raad van 31 oktober 1991, in o.m. NJCM bulletin 17 (1992), p. 243–257 en het preadvies van mr. L. Prakke in *Toetsing*, preadviezen van mr. L. Prakke, mr. T. Koopmans en mr. J.M. Barendrecht, handelingen Nederlandse Juristen Vereniging 1992-I, a.w.

haar beantwoording<sup>1</sup> in eerste instantie op dat opheffing van het toetsingsverbod het afgelopen decennium nog niet rijp is gebleken voor besluitvorming, maar dat de beschouwingen van de Commissie voor het kabinet aanleiding zijn om een en ander opnieuw te overwegen.

Zoals eerder is opgemerkt heeft het tweede Paarse kabinet met vertraging en na publicatie van onderhavig wetsvoorstel in het voorjaar van 2002 een nota gepubliceerd waarin zij voorzichtig pleit voor opheffing van het toetsingsverbod<sup>2</sup>. De regering lijkt zich hiermee voor het eerst expliciet rekenschap te hebben gegeven van ruim dertig jaar intensief rechtsgeleerd en politiek debat dat telkens sterker tendeert naar opheffing van het toetsingsverbod. Ook de toenemende onevenredige invloed van de internationale rechter op de nationale rechtsorde, de groeiende macht van de overheid tegenover de burger en de nieuwe eisen van de informatie-samenleving hebben als argumenten voor opheffing van het toetsingsverbod hun weg gevonden in de kabinetsnota. De regering blijkt in de nota (impliciet) steun te geven aan het oordeel van ondergetekende dat concrete en gespreide toetsing wenselijk is om de actuele betekenis van een wet en de grondrechten te vergroten en de grondrechten van individuele burgers zo effectief mogelijk te beschermen.

Op haar beurt is ondergetekende met de regering van mening dat ook in een stelsel van rechterlijke constitutionele toetsing de grondwettelijke beoordeling van een wet allereerst de taak blijft van de wetgever. Toetsing door de rechter in voorkomende concrete gevallen zal daaraan steeds complementair moeten zijn, waarbij de rechter toetst of de concrete toepassing en de uitleg van een wetsbepaling in dat geval conform de Grondwet is. Hierbij kan de rechter de methode van verdrags- of richtlijn-conforme uitleg toepassen die op dit moment ook gebruik is bij de toetsing aan verdragen en richtlijnen. Dit houdt in dat de rechter de betreffende wetsbepaling zo kan uitleggen dat eventuele strijdigheden met de bepaling uit het verdrag of de richtlijn zoveel mogelijk worden vermeden. Voor zover de rechter bij de toetsing in concreto dient te beoordelen of de wetsbepalingen in strijd zijn met de grondwet, spreekt voor zich dat de rechter aan de weloverwogen toetsing door het parlement in de voorbereiding van een wet grote waarde zal (moeten) toekennen. Hij dient zich terughoudender op te stellen naarmate de wetgever actiever gebruik heeft gemaakt van de hem gegunde afwegingsruimte.

Dit gesteld hebbende verdient het argument dat de onafhankelijke, voor het leven benoemde en niet democratisch gekozen rechter op de stoel zou gaan zitten van de democratisch gekozen en aan politieke controle onderworpen wetgever, meer uitgebreide relativering.

Anders dan dikwijls wordt gesuggereerd kent het Nederlandse staatsrecht namelijk geen absolute scheiding der machten. Onze staatsorganen functioneren niet gescheiden van elkaar, maar in een zorgvuldig gebalanceerd machtsevenwicht<sup>3</sup>. De inrichting van de overheid staat niet stil en daarmee is ook de verhouding van de wetgevende, uitvoerende en de rechterlijke macht een dynamische. Het noodzakelijke evenwicht lijkt de laatste jaren echter te verminderen als gevolg van de toenemende verschuiving van de macht van de wetgever naar het bestuur (als klassieke vertegenwoordiger van de uitvoerende macht). Een belangrijke aanwijzing hiervoor is de, eerder genoemde, terugtred van de wetgever (en dus ook van de democratisch gelegitimeerde volksvertegenwoordiging) ten gunste van het bestuur door middel van verregaande delegatie. In een systeem van machtsevenwicht dienen de *checks and balances* aan onevenwichtige verschuivingen tegenwicht te bieden. Waar de macht van de klassieke volksvertegenwoordiging dreigt te verminderen, dient de rechter een taak toe te komen in individuele rechtsbescherming.

Ook het vaak geschetste gevaar dat de rechter die zich mengt in vragen van groot maatschappelijk belang daarmee in politiek vaarwater terechtkomt, is betrekkelijk. De Hoge Raad heeft in zijn advies van 31 oktober 1991 juist erkend dat het een vergissing is te veronderstellen dat derge-

<sup>1</sup> TK 2000–2001, 27 460, nr. 2.

<sup>2</sup> Zie noot 30.

<sup>3</sup> W. J. Witteveen, *Evenwicht der machten*. Zwolle, 1991.

lijke vragen eerder bij de wetgever dan bij de rechter thuishoren, als de bescherming van de burger in een concreet geschil in het geding is. Volgens de Hoge Raad hoeven de betrokken belangen bij een grondwetstoetsing ook niet altijd zwaarder te wegen of verder strekkend te zijn dan die welke deel uitmaken van de rechtsvormende taak van de rechter op andere gebieden. Bovendien kunnen ook bij de toepassing en interpretatie van gewone wet- en regelgeving zwaarwegende maatschappelijke belangen in het geding zijn.

In de Nederlandse rechtstraditie blijkt de rechter over het algemeen bescheiden vorm te geven aan zijn plaats in het machtsevenwicht door zijn rechtsvormende taak bij de interpretatie van wetten te begrenzen. Naarmate de wetgever meer met open en gelede normstellingen werkt verschuift die taak wel meer naar de rechter. De rechter heeft die taak in ingewikkelde maatschappelijke discussies opgepakt, maar voornamelijk in die gevallen waarin de wetgever dat meer of minder expliciet aan hem heeft overgelaten. Te denken valt bijvoorbeeld aan de jurisprudentie op het gebied van euthanasie en aan het stakingsrecht.

Naar de overtuiging van de ondergetekende schept opheffing van het constitutionele toetsingsverbod dan ook geen competentiestrijd tussen de wetgever en de rechter over de beoordeling van de grondwettelijkheid van een wet. Een voorwaarde is evenwel dat de wetgever blijft doen wat hij altijd al deed en dit wellicht zelfs intensiever en nauwkeuriger dan voorheen: namelijk er voor te waken dat ongrondwettige wetgeving het licht ziet.

### 3.4 De rechtszekerheid

Tegen opheffing van het toetsingsverbod wordt vaak ingebracht dat dit de rechtszekerheid van burgers niet ten goede komt. Over een eenmaal in werking getreden wet zal dan de onzekerheid kunnen blijven bestaan dat de rechter deze op enig moment alsnog in strijd met de grondwet acht. Deze onzekerheid is met de invoering van een vorm van constitutionele toetsing onvermijdelijk maar raakt eerder het principe van rechterlijke toetsing in het algemeen, dan dat het een overtuigend argument is tegen constitutionele toetsing in het bijzonder<sup>1</sup>. Dezelfde vorm van rechtsonzekerheid bestaat namelijk al doordat de rechter wetten aan verdragsgrondrechten toetst. Tot op heden heeft dit niet tot onaanvaardbare, voortdurende rechtsonzekerheid over de geldingskracht van nationale wetgeving geleid. Het ligt niet in de rede aan te nemen dat toetsing aan onze eigen grondrechten veel verder strekkende gevolgen zal hebben. Hetzelfde geldt voor de al bestaande bevoegdheid van de rechter om lagere wet- en regelgeving te toetsen.

Wel dient uitdrukkelijk de schijn te worden vermeden dat een wet «vogelvrij» is zolang deze niet de grondwettelijke zegen van de rechter heeft. De enkele mogelijkheid van rechterlijke toetsing doet aan de geldingskracht van een wet dan ook niet af. Dat zou onderschatting van de taak en de arbeid van de wetgever zijn en miskenning van de complementaire taak van de rechter. In het geval dat een rechter in een voorliggende zaak een (onderdeel van een) wet toch strijdig oordeelt met een grondrecht, betekent dit ook niet dat de wet en alle rechtsgevolgen die deze tot dan toe heeft gehad, te niet worden gedaan. De rechter krijgt immers niet de mogelijkheid de wet te vernietigen. De wet wordt slechts aangetast voor zover de geconstateerde strijdigheid dat vereist. De rechter zal in een concreet geval de wet enkel in zoverre de aantasting reikt, buiten toepassing kunnen laten. In de rechtspraak zijn inmiddels verschillende technieken ontwikkeld om aan een geconstateerde strijdigheid beperkte rechtsgevolgen te verbinden. Deze variëren van het bijvoorbeeld categoriaal buiten toepassing laten van een wet in bepaalde, specifiek genoemde gevallen terwijl de wet voor het overige volledig van kracht blijft, tot het stellen van een termijn aan de wetgever om het probleem zelf op te

---

<sup>1</sup> Zo merkt ook de Hoge Raad op in zijn meergenoemde advies van 31 oktober 1991.

lossen alvorens aan strijdigheid met een grondrecht gevolgen te verbinden<sup>1</sup>. Verwacht mag worden dat de rechter, met inachtneming van zijn rol in het staatsbestel, deze instrumenten zal inpassen. Het initiatief tot het structureel opheffen van een geconstateerde strijdigheid, tot vernietiging of verandering van een wet, blijft te allen tijde primair bij de wetgever. Gelet op de rechterlijke vrijheid die ons rechtstelsel kent is denkbaar dat verschillende rechters tot verschillende oordelen zullen komen over de grondwettigheid van een wet. Op het oog valt dit het meest eenvoudig te verhelpen door te kiezen voor een vorm van geconcentreerde toetsing, waarbij deze wordt opgedragen aan één daartoe aangewezen – al dan niet nog in het leven te roepen – rechterlijk college. Dit wetsvoorstel voorziet daarin echter niet. Gekozen is voor een systeem van gespreide toetsing waarbij iedere rechter zelfstandig kan oordelen over de verenigbaarheid van een wet met een van de genoemde grondrechten. In de volgende paragraaf zal deze keuze worden toegelicht.

#### 4 Gespreide toetsing

Een systeem van gespreide toetsing behelst de keuze voor de toetsingsbevoegdheid van iedere rechter. Daarbij worden, ook bij constitutionele toetsing, de gescheiden rechtsgangen (straf-, civiel-, bestuurs-, en fiscaalrecht) met hun afzonderlijke hoogste rechtscolleges in stand gelaten. Nadrukkelijk wordt niet gekozen voor een systeem waarin de constitutionele toetsing in handen wordt gelegd van een, nog in het leven te roepen constitutioneel hof of een daartoe aan te wijzen al bestaand rechterlijk college. Evenmin wordt gekozen voor het systeem dat de regering in de besproken conceptnota *Inzake rechterlijke toetsing* van februari 1991 nog voor ogen stond: een lagere rechter dient zich bij een geconstateerde schending te wenden tot een daartoe aan te wijzen rechterlijk college voor prejudicieel advies alvorens zelf vonnis te wijzen.

Voor de keuze van gespreide toetsing zijn verschillende argumenten van doorslaggevend belang. Voorop staat dat gespreide toetsing past in het bestaande rechtstelsel waarbij iedere rechter lagere rechtsnormen (en daarmee vanzelf ook algemeen verbindende voorschriften) toetst op verenigbaarheid met hogere. Ook de toetsing aan internationaal recht is, zoals eerder werd opgemerkt, een aan iedere rechter toekomende bevoegdheid. Ondergetekende beschouwt het als onwenselijk om twee stelsels naast elkaar te introduceren: terwijl voor de toetsing aan internationaal recht het systeem van gespreide toetsing in stand wordt gelaten, zou voor constitutionele toetsing een geconcentreerd toetsingsstelsel worden geïntroduceerd. Dat zou een spagaat in de rechterlijke competentie kunnen opleveren die de rechterlijke macht en de rechtspleging kan ontwrichten. Daarbij moet bedacht worden dat als een verdragsgrondrecht in het geding is, dat in veel gevallen ook geldt voor een constitutioneel grondrecht van gelijke strekking en vice versa. Er is dan ook geen sprake van zuiver van elkaar te onderscheiden toetsingsgronden. Het verdient de voorkeur voor beide toetsingsgronden hetzelfde toetsingsstelsel te hanteren.

Het systeem van gespreide toetsing aan internationaal recht functioneert bovendien naar behoren. Er zijn geen inhoudelijke redenen aan te voeren om die toetsing bij de lagere rechters weg te halen. Integendeel, het argument dat het juist deze rechter is die het beste in staat is tot het bieden van effectieve individuele rechtsbescherming aan de burger doet hier opgeld. Voor de toetsing aan een belangrijk deel van internationaal recht, namelijk aan het EU-recht, geldt zelfs dat geconcentreerde toetsing juridisch onmogelijk is. Dat zou strijd opleveren met het Europeesrechtelijke stelsel zoals dat wordt uitgelegd door het Europese Hof van Justitie. Dat heeft namelijk uitgemaakt dat *elke* nationale rechter verplicht is bepalen van gemeenschapsrecht toe te passen en daarmee strijdige nationale wetgeving, eventueel na prejudicieel advies, buiten toepassing te

<sup>1</sup> Zie ook hiervoor het buitengewoon nuttige advies van de Hoge Raad van 31 oktober 1991.

laten<sup>1</sup>. Zelfs als het wenselijk zou worden bevonden, kan deze bevoegdheid de lagere rechter niet worden ontnomen. Indien geopteerd zou worden voor één geconcentreerd toetsingsstelsel zou voor toetsing aan Europees gemeenschapsrecht dus altijd een uitzondering moeten worden gemaakt. Dat zou alsnog en onvermijdelijk leiden tot naast elkaar functionerende toetsingsstelsels.

Eén stelsel van geconcentreerde toetsing voor zowel de constitutionele toetsing als die aan internationaal recht zou daarnaast het belangrijke nadeel hebben dat dit de feitelijke beslechting van geschillen in de gewone rechtsgang vertraagt. Ieder rechtsgeding waarin een toetsingsvraagstuk aan de orde komt zou moeten worden onderbroken teneinde die toetsing bij de bevoegde instantie te doen plaatsvinden. Daar waar het spoedeisende procedures betreft of de redelijke termijn van een berechting in het geding dreigt te raken, klemmt dit eens te meer. Bovendien valt te voorzien dat de hoeveelheid zaken waarin toetsing aan internationaal recht een rol speelt, in de toekomst toenemen. Dit zal de betrokken toetsingsinstantie zwaar belasten, wat tot vertragingen leidt en op termijn wellicht aan behoorlijke rechtspleging in de weg kan staan. Tevens moet opgemerkt worden dat gespreide toetsing het meest soepel kan worden ingepast in de bestaande rechterlijke organisatie. Iedere rechter is al vertrouwd met verdragstoetsing en de stap naar constitutionele toetsing is inhoudelijk goed te overzien. Gespreide toetsing vergt geen aanpassing van de structuur en de organisatie van de rechterlijke macht. Met het oog op de recente veranderingen in de rechterlijke organisatie als een gevolg van de Wet op de Raad voor de Rechtspraak en de Wet Organisatie en bestuur gerechten, betekent invoering van gespreide toetsing voor de rechterlijke macht relatief weinig belasting.

Als argument tegen gespreide toetsing wordt vaak ingebracht dat de rechtseenheid daaronder zou kunnen leiden. Zoals eerder is opgemerkt is inderdaad niet denkbeeldig dat verschillende rechters aanvankelijk tot verschillende interpretaties van een grondrecht, en haar verenigbaarheid met een wet, zouden komen. Rechtsonzekerheid door verschillende uitkomsten van rechterlijke oordelen is echter inherent aan de rechterlijke arbeid en speelt op alle terreinen van het recht, niet alleen daar waar de grondrechten in geding zijn. Uitgangspunt in de rechterlijke macht is het streven naar rechtseenheid. Daarbij hebben de diverse hoogste rechtscolleges (de Hoge Raad, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven) een corrigerende werking op elkaar. De praktijk heeft uitgewezen dat als de oordelen van de hoogste burgerlijke, en de strafrechter enerzijds en de administratieve rechter anderzijds uiteenlopen, één der rechters zijn jurisprudentie ter zake aanpast<sup>2</sup>. Door aan alle hoogste rechtscolleges de bevoegdheid te laten tot constitutionele toetsing wordt ruimte gelaten aan een natuurlijk proces van evenwichtige rechtsontwikkeling, vergelijkbaar met een vorm van «*dissenting opinions*»<sup>3</sup>. Daarbij kan elk rechtscollege zijn bijzondere expertise aanwenden. Aanvankelijke verscheidenheid in rechtsoordelen kan juist de kracht van het systeem blijken te zijn als het eindresultaat stevig maatschappelijk verankerde rechtseenheid is.

De bij sommigen levende angst voor een *gouvernement des juges* wordt voorkomen als de macht van het laatste woord niet in handen van één rechterlijk college wordt gelegd<sup>4</sup>. De praktijk leert dat in landen die een constitutioneel hof kennen, politisering nauwelijks is te voorkomen. Al was het alleen maar in het benoemingenbeleid. Rechterlijke onafhankelijkheid en een onafhankelijk rechterlijk oordeel blijven het beste gewaarborgd in een systeem van gespreide toetsing.

Tot slot merkt ondergetekende op dat de tekst van het wetsvoorstel aanpassingen aan het systeem van gespreide toetsing, of een andere wijze van constitutionele toetsing niet uitsluit. Indien de wetgever het in

<sup>1</sup> HvJ EG 9 maart 1978, Jur. 1978, p. 629 (Tweede Simmenthal-arrest).

<sup>2</sup> M.L.P. van Houten, *Meer zicht op wetgeving*, a.w., p. 297.

<sup>3</sup> C.J.A.M. Kortmann, Advies over de concept-nota van de regering van februari 1991, NJCM-bulletin 17 (1992), p. 305 e.v.

<sup>4</sup> Zie nogmaals C.J.A.M. Kortmann, a.w.

de toekomst noodzakelijk acht om de rechtseenheid bij toetsing van wetten aan de Grondwet verder te versterken, dan is daarvoor geen nieuwe wijziging van de Grondwet noodzakelijk.

## 5 De omvang van het toetsingsrecht

Traditioneel wordt er een onderscheid gemaakt tussen klassieke en sociale grondrechten. Klassieke grondrechten bakenen de vrijheidssfeer van de burger jegens de overheid af: deze verplichten de overheid zich te onthouden van inmenging in de burgerlijke vrijheid. Voorbeelden van klassieke grondrechten zijn het recht op vrije meningsuiting of het recht op de vrijheid van vergadering. Deze rechten creëren een rechtsplicht voor de overheid, waar de burger de overheid direct op kan aanspreken. Sociale grondrechten creëren over het algemeen, vooral door de manier waarop zij zijn geformuleerd, een inspanningsverplichting van de overheid jegens de burger en de samenleving in het algemeen. Bij deze sociale grondrechten dient de overheid zich in te spannen de vrijheid van burgers actief vorm te geven door bijvoorbeeld de welvaart te spreiden, werkgelegenheid te scheppen, het leefmilieu te bewaken, maatschappelijke ontplooiing mogelijk te maken en wat dies meer zij. Deze sociale grondrechten kunnen enkel door nadere wetgeving worden gerealiseerd en daarbij is de overheid een grote mate van politieke en beleidsmatige vrijheid gegund.

Tijdens de Grondwetsherziening van 1983 kwam naar voren dat de scheiding tussen klassieke en sociale grondrechten niet altijd even scherp kan worden getrokken<sup>1</sup>. De overheid heeft ten aanzien van klassieke grondrechten immers ook een voorwaardenscheppende taak. Het recht op vrijheid van meningsuiting houdt bijvoorbeeld ook in dat de gemeente zorgt voor voldoende openbare aanplakborden binnen de gemeente. Tevens zijn in de Grondwet klassieke grondrechten soms (gedeeltelijk) «sociaal» geformuleerd als een regelingsopdracht voor de overheid (bijvoorbeeld artikel 7, tweede lid en artikel 10, tweede en derde lid Grondwet).

Sommige sociale grondrechten geven de burger daarentegen aanspraak op de overheid om niet in zijn vrijheid in te grijpen of om een prestatie van de overheid te ontvangen (bijvoorbeeld artikel 23 Grondwet).

Bij de beslissing artikelen toetsbaar te maken is voor ondergetekende uiteindelijk niet het onderscheid tussen sociale en klassieke grondrechten maatgevend maar het juridische criterium dat constitutionele toetsing dient te worden beperkt tot de grondrechten die burgers een «subjectief» recht verlenen<sup>2</sup>. In dit verband wordt ook gesproken van een onvervreemdbaar recht. Toetsing wordt, met andere woorden, alleen mogelijk voor grondwetsartikelen die een recht creëren waarop de burger bij de rechter (juridisch) direct aanspraak kan maken. Uit de formulering, de context en de wetsgeschiedenis van het betreffende grondwetsartikel dient te blijken of dit artikel een subjectief recht creëert, met inachtneming van de beperkingen die in dat artikel staan opgenomen. Artikel 8 Grondwet creëert bijvoorbeeld een subjectief recht op het recht van vereniging met de beperking dat dit recht in het belang van de openbare orde kan worden beperkt. Met dit juridische criterium wordt aangesloten bij de wijze van toetsing aan internationale verdragsbepalingen in het huidige Nederlandse en internationale recht. Daarbij geldt dat een burger zich slechts op een verdragsbepaling kan beroepen als deze bepaling jegens hem directe werking heeft.

Feitelijk heeft de toepassing van het juridische criterium tot gevolg dat het toetsingsverbod voor het merendeel van de zogenoemde sociale grondrechten wordt gehandhaafd aangezien deze sociale grondrechten een specifieke regelingsopdracht voor de overheid bevatten en geen subjectief recht voor burgers creëren.

Onderscheidend criterium is echter niet «klassiek» of «sociaal» maar de mate van onvervreemdbaarheid. Toetsing aan subjectieve grondrechten

<sup>1</sup> A.K. Koekoek e.a., de *Grondwet Een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer 2000, blz. 52 e.v.

<sup>2</sup> Zie op dit punt het advies van de Raad van State bij dit wetsvoorstel, par. 5.

past naar de opvatting van ondergetekende in de groeiende behoefte aan rechtsbescherming tegen de overheid.

Het merendeel van de sociale grondrechten dat in dit wetsvoorstel is uitgesloten van constitutionele toetsing verleent door haar formulering politieke vrijheid aan de wetgever, waardoor de rechter onvermijdelijk op grote afstand wordt geplaatst. De vraag, bijvoorbeeld, of een wet voldoende tegemoet komt aan de, in artikel 21 van de Grondwet opgenomen plicht van de overheid zorg te dragen voor bescherming en verbetering van het leefmilieu, komt ondergetekende voor als een politieke vraag waarop het antwoord ook door de wetgever (regering en volksvertegenwoordiging) moet worden gegeven. Ten overvloede wenst ondergetekende op te merken dat de van toetsing uitgesloten sociale grondrechten in hun maatschappelijke betekenis niet onderdoen voor de klassieke. In Europees verband wordt de aandacht voor de sociale grondrechten groter en verschillende sociale grondrechten zijn inmiddels ook in het internationale recht gecodificeerd, zoals in het eerder genoemde Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

Naar het oordeel van ondergetekende zijn er tot dusver onvoldoende argumenten aangedragen die pleiten voor opheffing van het toetsingsverbod op de organisatorische, de staatsinrichting betreffende bepalingen van de Grondwet. Bovendien valt moeilijk in te zien dat de rechter uit oogpunt van individuele rechtsbescherming in het kader van concrete geschillenbeslechting snel zal worden geroepen daarover een oordeel te geven.

Tot slot dient rechterlijke toetsing aan ongeschreven fundamentele rechtsbeginselen, naar de mening van ondergetekende, verboden te blijven. Deze beginselen worden over het algemeen gekenmerkt door betrekkelijk grote vaagheid en zij lenen zich daardoor bij uitstek voor meerdere, van elkaar afwijkende, interpretaties. Over de plaats van rechtsbeginselen in de normenhiërarchie bestaat bovendien nog onvoldoende rechtsgeleerde eensgezindheid<sup>1</sup>.

De ongeschreven rechtsbeginselen bieden dan ook onvoldoende basis om de verstrekkende bevoegdheid van de rechter om wetten te passeren, te introduceren. Anders dan de toetsingsbevoegdheid waarin dit wetsvoorstel wel voorziet, lijkt hiervoor ook onvoldoende draagvlak te bestaan. Om met Prakke te spreken: «als rechtsbeginselen zo belangrijk zijn dat zelfs de wet ervoor moet wijken, dan moeten zij maar in de Grondwet worden opgenomen»<sup>2</sup>. Dan ligt er, met andere woorden, een schone taak voor de (grond)wetgever.

## 6 Overgangsrecht

Het wetsvoorstel zal op, een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip in werking treden. Het heeft exclusieve werking. Dit heeft tot gevolg dat bestaande formele wetgeving die vóór de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel reeds van kracht is geworden, ook door de rechter aan de genoemde bepalingen in de Grondwet kan worden getoetst. Dit zal naar verwachting geen grote consequenties hebben omdat deze wetgeving in het verleden ook al aan de normen van de Grondwet en internationale verdragen diende te voldoen. Immers, wetten werden in het verleden door de wetgever en de Raad van State steeds op verenigbaarheid met de Grondwet en internationale verdragen getoetst (de toets in abstracto). Voorts bezit de rechter al geruime tijd de bevoegdheid om formele wetten aan internationale verdragen te toetsen.

---

<sup>1</sup> Preadvies van mr. L. Prakke, in *Toetsing*, handelingen NJV 1992-I, a.w.

<sup>2</sup> Zie zijn preadvies in *Toetsing*, a.w., p. 32.

## 7 Artikelsgewijze toelichting

### Artikel I

#### A

De huidige tekst van artikel 120 Grondwet wordt neergelegd in een eerste lid. Daarin blijft de hoofdregel vervat dat de rechter niet treedt in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen.

#### B

Een tweede lid wordt toegevoegd waarin, bij wijze van uitzondering op de hoofdregel van het eerste lid, een toetsingsbevoegdheid wordt neergelegd voor iedere rechter aan de in dit artikellid genoemde grondwettelijke bepalingen. In het voorgaande is reeds uitgebreid ingegaan op de keuzes die in de gekozen formulering besloten liggen.

De selectie van de grondwettelijke bepalingen die in dit wetsvoorstel voor toetsing in aanmerking komen is tot stand gekomen op basis van de omstandigheid dat al de genoemde artikelen, gelet op de formulering, de context en de wetsgeschiedenis, aan de burger een onvervreemdbaar recht verlenen. Een aantal van deze bepalingen worden van oudsher worden geschaard onder de klassieke grondrechten (1 tot en met 17). De selectie is vrijwel gelijk aan de opsomming van artikelen door de Hoge Raad in het eerder genoemde advies aan de regering van 31 oktober 1991<sup>1</sup>. Met de Hoge Raad oordeelt ondergetekende dat een limitatieve opsomming van de voor toetsing in aanmerking komende bepalingen de voorkeur verdient boven het opnemen van een omschrijvende karakteristiek (zoals bijvoorbeeld «een ieder verbindende bepalingen»). Dit laatste zou onnodige vaagheid kunnen laten bestaan en de rechter onwenselijke interpretatieve vrijheid laten over de omvang van zijn toetsingsbevoegdheid.

Naar het oordeel van de ondergetekende behoeft, gelet op al het voorgaande, de opname van de artikelen 1 tot en met 17 (de zgn. klassieke grondrechten) in dit wetsvoorstel geen nadere toelichting. Aan deze opsomming zijn bepalingen toegevoegd die naar hun aard en in de juridische formulering onvervreemdbare rechten (behoudens de in de Grondwet reeds voorziene beperkingen) aan burgers toekennen. Deze bepalingen «vertonen de trekken van een grondrecht» – zoals de Hoge Raad het verwoordde – en verdienen dezelfde rechterlijke bescherming als de klassieke grondrechten. Kort gezegd betreft dit het recht op rechtsbijstand (artikel 18, eerste lid), het recht van iedere Nederlander op de vrije keuze van arbeid en daarmee het verbod op dwangarbeid (artikel 19, derde lid), het recht op sociale bijstand (artikel 20, derde lid), de vrijheid van onderwijs (artikel 23, tweede, derde, vijfde, zesde en zevende lid), het actief en passief kiesrecht voor de Tweede Kamer der Staten-Generaal (artikel 54 en 56), het recht op vrijstelling van militaire dienstplicht wegens ernstige gewetensbezwaren (artikel 99)<sup>2</sup>, de garantie dat een vrijheidsbenemende straf slechts door de rechter mag worden opgelegd (artikel 113, derde lid), het verbod op de doodstraf (artikel 114), het recht op openbare terechtzittingen en gemotiveerde, openbare rechterlijke vonnissen en uitspraken (artikel 121) en het actief en passief kiesrecht voor provinciale staten en gemeenteraden (artikel 129, eerste lid).

<sup>1</sup> In dit wetsvoorstel zijn de artikelen 54 en 99 aan de opsomming toegevoegd.

<sup>2</sup> Weliswaar kennen wij thans geen militaire dienstplicht, maar de toekomst valt niet te voorspellen.

De Raad van State heeft geadviseerd om artikel 10, tweede en derde lid, niet in het wetsvoorstel op te nemen, omdat deze bepalingen slechts een regelingsopdracht aan de overheid bevatten. Ondergetekende deelt de conclusie van de Raad niet. Deze bepalingen, hoewel zij als regelingsop-

dracht aan de overheid zijn geformuleerd, bevatten ook subjectieve rechten. Het tweede lid stelt dat de wet regels dient te stellen ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens. Aan deze regelingsopdracht wordt derhalve de voorwaarde verbonden dat deze is gericht op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de burgers en dat de overheid dit expliciet dient te waarborgen bij het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens. Deze waarborg verleent een subjectief recht aan de burger. Hetzelfde geldt voor het derde lid dat aan de burgers een subjectief recht geeft op de mogelijkheid om kennis te nemen van de over hen vastgelegde gegevens en het gebruik dat daarvan wordt gemaakt. Tevens vloeit uit deze bepaling voort dat de burger recht heeft op verbetering van deze gegevens. Gelet hierop heeft ondergetekende artikel 10, tweede en derde lid in het wetsvoorstel gehandhaafd.

Gelet op de bijzondere politieke en juridische positie van artikel 23 van de Grondwet en de verschillende reacties op de toetsbaarheid van artikel 23, acht ondergetekende het van belang hierop een nadere toelichting te geven<sup>1</sup>. Het artikel kent een lange en politiek beladen geschiedenis en is mede hierdoor bij de grondwetsherziening van 1983 materieel ontzien<sup>2</sup>. Als een gevolg hiervan sluit de formulering van het artikel, bijvoorbeeld ten aanzien van de mogelijkheid van delegatie en de beperkingen op de vrijheid van onderwijs, niet aan bij de vormgeving van andere grondrechten<sup>3</sup>. Op het eerste gezicht is het lastig vast te stellen welke leden van artikel 23 subjectieve rechten voor de burger bevatten en welke niet. Daarom worden de leden van artikel 23 apart toegelicht.

Het eerste lid van artikel 23 stelt dat het onderwijs voorwerp is van aanhoudende zorg van de regering. Daarmee bevat dit lid een duidelijke regelingsopdracht aan de regering, waaraan de burgers geen directe aanspraken kunnen ontlenen<sup>4</sup>. Daarmee is dit lid niet voor toetsing vatbaar.

In het tweede lid van artikel 23 is de vrijheid van onderwijs gecreëerd en zijn een aantal beperkingen geformuleerd. Dit grondrecht bevat zowel de vrijheid om zelf onderwijs te geven als de vrijheid om een school op te richten en in stand te houden. In de huidige jurisprudentie met betrekking tot artikel 23 Grondwet (het toetsingsverbod geldt immers niet voor regelgeving van lagere overheden, zoals gemeenten) heeft de rechter deze vrijheid als een subjectief recht geaccepteerd waarop de burger een beroep kon doen en lagere regelgeving daaraan getoetst<sup>5</sup>. Derhalve is de vrijheid van onderwijs, net als de beperkingen hierop, voor toetsing vatbaar.

Ondergetekende is zich bewust van de maatschappelijke en politieke discussie over de reikwijdte van de vrijheid van onderwijs. De beslissing dit lid toetsbaar te maken volgt logisch uit de traditionele beoordeling van het artikel. Onderhavig wetsvoorstel over constitutionele toetsing is wat betreft ondergetekende niet de geëigende plaats om de meer actuele discussie te voeren, laat staan te beslechten.

In het derde lid van artikel 23 is het openbaar onderwijs geregeld en de voorwaarde gesteld dat het openbaar onderwijs met eerbiediging van ieders godsdienst en levensovertuiging dient plaats te vinden. Hiermee wordt uitgedrukt dat het openbaar onderwijs, anders dan het bijzonder onderwijs, een neutrale opstelling heeft ten opzichte van religie of levensovertuiging<sup>6</sup>. Het openbaar onderwijs dient aan deze eerbiedigingseis te voldoen en de burger kan zich hierop bij de rechter beroepen. Derhalve betreft het een onvervreemdbaar recht dat voor toetsing vatbaar is<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Het wetsvoorstel voorzag in eerste instantie alleen in de toetsing van artikel 23, tweede lid. De Raad van State adviseerde om artikel 23, tweede, vijfde, zesde en zevende lid op te nemen. De Hoge Raad adviseerde om artikel 23, vierde lid, tweede volzin op te nemen. Prof. mr. C.A.J.M. Kortmann adviseerde om het derde lid op te nemen, zie prof. mr. C.A.J.M. Kortmann, «Toetsing aan artikel 23 GW», NJB 2002, blz. 1203.

<sup>2</sup> Zie voor een overzicht: prof. mr. C.A.J.M. Kortmann, «De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987», Deventer 1987, blz. 124 – 147.

<sup>3</sup> A.K. Koekkoek (redactie), *de Grondwet*, a.w., blz. 246.

<sup>4</sup> Idem, blz. 249.

<sup>5</sup> Idem, blz. 251.

<sup>6</sup> Idem, blz. 260–261.

<sup>7</sup> C.J.A.M. Kortmann, «Toetsing aan artikel 23 Grondwet», NJB, nr. 25 (2002).

Het vierde lid van artikel 23 regelt de plicht van de overheid om te zorgen voor voldoende aanbod van openbare basisscholen. In ieder gemeente dient een openbare basisschool aanwezig te zijn. In de tweede volzin van het vierde lid, wordt vastgelegd dat bij wet van deze bepaling kan worden afgeweken, mits op andere wijze in (een vorm van) openbaar basisonderwijs kan worden voorzien.

Naar het oordeel van de indiener betreft het hier primair een regelingsopdracht aan de overheid, waarbij wordt aangegeven op welke wijze de overheid deze regeling moet uitvoeren. Het vierde lid geeft burgers ook aanspraak op de aanwezigheid van openbaar basisonderwijs. Maar deze norm is niet voldoende specifiek om te stellen dat hiermee een onvervreemdbaar recht voor een burger wordt gecreëerd dat voor toetsing vatbaar is.

In het vijfde en zesde lid van artikel 23 is een beperking op het tweede lid, de vrijheid van onderwijs, geformuleerd. In het vijfde lid is bepaald dat de overheid deugdelijkheidseisen aan scholen mag stellen maar dat deze de vrijheid van richting niet mogen raken<sup>1</sup>. Het zesde lid bepaalt dat de deugdelijkheid van openbaar en bijzonder onderwijs even afdoende moeten worden gewaarborgd, waarbij de vrijheid van bijzondere scholen op eigen leermiddelen en onderwijzers moet worden geëerbiedigd. Tevens worden in het vijfde en zesde lid de vrijheid van richting en de vrijheid van inrichting voor bijzondere scholen gewaarborgd. Daarmee vormen deze leden een wezenlijk bestanddeel van de vrijheid van onderwijs en dienen beide rechten voor toetsing vatbaar te zijn.

Het zevende lid van artikel 23 regelt de gelijke bekostiging van bijzonder en openbaar algemeen vormend onderwijs. De wijze van bekostiging is essentieel voor de wijze waarop een school de vrijheid van onderwijs kan uitoefenen. Tevens vormt het zevende lid een waarborg voor gelijke financiële behandeling tussen bijzondere en openbare scholen en is derhalve voor toetsing vatbaar.

In het achtste lid van artikel 23 is aan de overheid de opdracht gegeven over de staat van het onderwijs aan de Staten-Generaal te rapporteren. Dit lid bevat een regelingsopdracht voor de overheid ten opzichte van de Staten-Generaal. Derhalve is het zevende lid niet voor toetsing vatbaar.

Halsema

---

<sup>1</sup> Idem, blz. 252.

**Artikel 1**

Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.

**Artikel 2**

1. De wet regelt wie Nederlander is.
2. De wet regelt de toelating en de uitzetting van vreemdelingen.
3. Uitlevering kan slechts geschieden krachtens verdrag. Verdere voorschriften omtrent uitlevering worden bij de wet gegeven.
4. Ieder heeft het recht het land te verlaten, behoudens in de gevallen, bij de wet bepaald.

**Artikel 3**

Alle Nederlanders zijn op gelijke voet in openbare dienst benoembaar.

**Artikel 4**

Iedere Nederlander heeft gelijkelijk recht de leden van algemeen vertegenwoordigende organen te verkiezen alsmede tot lid van deze organen te worden verkozen, behoudens bij de wet gestelde beperkingen en uitzonderingen.

**Artikel 5**

Ieder heeft het recht verzoeken schriftelijk bij het bevoegd gezag in te dienen.

**Artikel 6**

1. Ieder heeft het recht zijn godsdienst of levensovertuiging, individueel of in gemeenschap met anderen, vrij te belijden, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.
2. De wet kan ter zake van de uitoefening van dit recht buiten gebouwen en besloten plaatsen regels stellen ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden.

**Artikel 7**

1. Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.
2. De wet stelt regels omtrent radio en televisie. Er is geen voorafgaand toezicht op de inhoud van een radio- of televisieuitzending.
3. Voor het openbaren van gedachten of gevoelens door andere dan in de voorgaande leden genoemde middelen heeft niemand voorafgaand verlof nodig wegens de inhoud daarvan, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. De wet kan het geven van vertoningen toegankelijk voor personen jonger dan zestien jaar regelen ter bescherming van de goede zeden.
4. De voorgaande leden zijn niet van toepassing op het maken van handelsreclame.

## **Artikel 8**

Het recht tot vereniging wordt erkend. Bij de wet kan dit recht worden beperkt in het belang van de openbare orde.

## **Artikel 9**

1. Het recht tot vergadering en betoging wordt erkend, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.
2. De wet kan regels stellen ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden.

## **Artikel 10**

1. Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer.
2. De wet stelt regels ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens.
3. De wet stelt regels inzake de aanspraken van personen op kennisgeving van over hen vastgelegde gegevens en van het gebruik dat daarvan wordt gemaakt, alsmede op verbetering van zodanige gegevens.

## **Artikel 11**

Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op onaantastbaarheid van zijn lichaam.

## **Artikel 12**

1. Het binnentreden in een woning zonder toestemming van de bewoner is alleen geoorloofd in de gevallen bij of krachtens de wet bepaald, door hen die daartoe bij of krachtens de wet zijn aangewezen.
2. Voor het binnentreden overeenkomstig het eerste lid zijn voorafgaande legitimatie en mededeling van het doel van het binnentreden vereist, behoudens bij de wet gestelde uitzonderingen.
3. Aan de bewoner wordt zo spoedig mogelijk een schriftelijk verslag van het binnentreden verstrekt. Indien het binnentreden in het belang van de nationale veiligheid of dat van de strafvordering heeft plaatsgevonden, kan volgens bij de wet te stellen regels de verstrekking van het verslag worden uitgesteld. In de bij de wet te bepalen gevallen kan de verstrekking achterwege worden gelaten, indien het belang van de nationale veiligheid zich tegen verstrekking blijvend verzet.

## **Artikel 13**

1. Het briefgeheim is onschendbaar, behalve, in de gevallen bij de wet bepaald, op last van de rechter.
2. Het telefoon- en telegraafgeheim is onschendbaar, behalve, in de gevallen bij de wet bepaald, door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen.

## **Artikel 14**

1. Onteigening kan alleen geschieden in het algemeen belang en tegen vooraf verzekerde schadeloosstelling, een en ander naar bij of krachtens de wet te stellen voorschriften.
2. De schadeloosstelling behoeft niet vooraf verzekerd te zijn, wanneer in geval van nood onverwijld onteigening geboden is.

3. In de gevallen bij of krachtens de wet bepaald bestaat recht op schade-loosstelling of tegemoetkoming in de schade, indien in het algemeen belang eigendom door het bevoegd gezag wordt vernietigd of onbruikbaar gemaakt of de uitoefening van het eigendomsrecht wordt beperkt.

#### **Artikel 15**

1. Buiten de gevallen bij of krachtens de wet bepaald mag niemand zijn vrijheid worden ontnomen.
2. Hij aan wie anders dan op rechterlijk bevel zijn vrijheid is ontnomen, kan aan de rechter zijn invrijheidstelling verzoeken. Hij wordt in dat geval door de rechter gehoord binnen een bij de wet te bepalen termijn. De rechter gelast de onmiddellijke invrijheidstelling, indien hij de vrijheidsontneming onrechtmatig oordeelt.
3. De berechting van hem aan wie met het oog daarop zijn vrijheid is ontnomen, vindt binnen een redelijke termijn plaats.
4. Hij aan wie rechtmatig zijn vrijheid is ontnomen, kan worden beperkt in de uitoefening van grondrechten voor zover deze zich niet met de vrijheidsontneming verdraagt.

#### **Artikel 16**

Geen feit is strafbaar dan uit kracht van een daaraan voorafgegane wettelijke strafbepaling.

#### **Artikel 17**

Niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent.

#### **Artikel 18**

1. Ieder kan zich in rechte en in administratief beroep doen bijstaan.

#### **Artikel 19**

3. Het recht van iedere Nederlander op vrije keuze van arbeid wordt erkend, behoudens de beperkingen bij of krachtens de wet gesteld.

#### **Artikel 20**

3. Nederlanders hier te lande, die niet in het bestaan kunnen voorzien, hebben een bij de wet te regelen recht op bijstand van overheidswege.

#### **Artikel 23**

2. Het geven van onderwijs is vrij, behoudens het toezicht van de overheid en, voor wat bij de wet aangewezen vormen van onderwijs betreft, het onderzoek naar de bekwaamheid en de zedelijkheid van hen die onderwijs geven, een en ander bij de wet te regelen.
3. Het openbaar onderwijs wordt, met eerbiediging van ieders godsdienst of levensovertuiging, bij de wet geregeld.
5. De eisen van deugdelijkheid, aan het geheel of ten dele uit de openbare kas te bekostigen onderwijs te stellen, worden bij de wet geregeld, met inachtneming, voor zover het bijzonder onderwijs betreft, van de vrijheid van richting.
6. Deze eisen worden voor het algemeen vormend lager onderwijs zodanig geregeld, dat de deugdelijkheid van het geheel uit de openbare kas bekostigd bijzonder onderwijs en van het openbaar onderwijs even afdoende wordt gewaarborgd. Bij die regeling wordt met name

de vrijheid van het bijzonder onderwijs betreffende de keuze der leermiddelen en de aanstelling der onderwijzers geëerbiedigd.

7. Het bijzonder algemeen vormend lager onderwijs, dat aan de bij de wet te stellen voorwaarden voldoet, wordt naar dezelfde maatstaf als het openbaar onderwijs uit de openbare kas bekostigd. De wet stelt de voorwaarden vast, waarop voor het bijzonder algemeen vormend middelbaar en voorbereidend hoger onderwijs bijdragen uit de openbare kas worden verleend.

#### **Artikel 54**

1. De leden van de Tweede Kamer worden rechtstreeks gekozen door de Nederlanders die de leeftijd van achttien jaar hebben bereikt, behoudens bij de wet te bepalen uitzonderingen ten aanzien van Nederlanders die geen ingezetenen zijn.
2. Van het kiesrecht is uitgesloten:
  - a. hij die wegens het begaan van een daartoe bij de wet aangewezen delict bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak is veroordeeld tot een vrijheidsstraf van ten minste een jaar en hierbij tevens is ontzet van het kiesrecht;
  - b. hij die krachtens onherroepelijke rechterlijke uitspraak wegens een geestelijke stoornis onbekwaam is rechtshandelingen te verrichten.

#### **Artikel 56**

Om lid van de Staten-Generaal te kunnen zijn is vereist dat men Nederlander is, de leeftijd van achttien jaar heeft bereikt en niet is uitgesloten van het kiesrecht.

#### **Artikel 99**

De wet regelt vrijstelling van militaire dienst wegens ernstige gewetensbezwaren.

#### **Artikel 113**

3. Een straf van vrijheidsontneming kan uitsluitend door de rechterlijke macht worden opgelegd.

#### **Artikel 114**

De doodstraf kan niet worden opgelegd.

#### **Artikel 121**

Met uitzondering van de gevallen bij de wet bepaald vinden de terechtzittingen in het openbaar plaats en houden de vonnissen de gronden in waarop zij rusten. De uitspraak geschiedt in het openbaar.

#### **Artikel 129**

1. De leden van provinciale staten en van de gemeenteraad worden rechtstreeks gekozen door de Nederlanders, tevens ingezetenen van de provincie onderscheidenlijk de gemeente, die voldoen aan de vereisten die gelden voor de verkiezing van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Voor het lidmaatschap gelden dezelfde vereisten.