

Constitutionele toetsing voegt weinig toe

Citation for published version (APA):

Stremmer, M. (2023). Constitutionele toetsing voegt weinig toe., www.denederlandsegrondwet.nl.
https://www.denederlandsegrondwet.nl/id/vm3dh9d4a3qt/nieuws/constitutionele_toetsing_voegt_weinig

Document status and date:

Published: 30/05/2023

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Constitutionele toetsing voegt weinig toe

dinsdag 30 mei 2023, analyse van dr. Maarten Stremmer

Sinds een paar jaar staat het befaamde toetsingsverbod uit de Grondwet weer in de politieke belangstelling. Artikel 120 van de Grondwet bepaalt dat de rechter wetten niet mag toetsen aan de Grondwet. Het voornaamste argument voor het toetsingsverbod dat toetsing van wetten aan de Grondwet een politiek karakter heeft, zodat dit beter kan worden overgelaten aan de democratisch gelegitimeerde wetgever – de regering en het parlement – dan aan de rechter. Voorstanders van constitutionele toetsing (toetsing door de rechter van wetten aan de Grondwet) wijzen met name op de extra rechtsbescherming voor burgers die deze toetsing zou kunnen bieden.

In 2018 pleitte de Staatscommissie parlementair stelsel voor het instellen van een constitutioneel hof, dat erop zou moeten toezien dat wetten niet in strijd zijn met de Grondwet. In het coalitieakkoord van 2021 gaven de coalitiepartijen aan de invoering van constitutionele toetsing ‘ter hand te nemen’. Dat heeft onder meer geleid tot een hoofdlijnenbrief waarin het kabinet de mogelijke vormgeving van constitutionele toetsing verkent en haar voorkeur uitspreekt voor gespreide toetsing, dat wil zeggen de bevoegdheid van alle rechters om wetten aan de Grondwet te toetsen, in tegenstelling tot geconcentreerde toetsing, oftewel toetsing door (uitsluitend) een constitutioneel hof. In het plenaire debat dat de Tweede Kamer vorige week aan het onderwerp wijdde, bleek dat er een ruime politieke meerderheid is voor het invoeren van constitutionele toetsing, al is er verschil van mening over de mogelijke concrete uitwerking.

Merkwaardig genoeg is de politieke discussie over opheffing van het toetsingsverbod met name ingegeven door de kinderopvangtoeslagenaffaire. Naar aanleiding van deze affaire nam de Tweede Kamer in 2021 twee moties aan waarin zij de regering verzocht om met voorstellen te komen om het toetsingsverbod te schrappen en om onderzoek te doen naar oprichting van een constitutioneel hof. Van strijd van de betreffende wetten met de Grondwet was in de toeslagenaffaire evenwel geen sprake; juridisch gezien was het probleem vooral een onjuiste interpretatie van deze wetten door de hoogste bestuursrechter (waar deze van is teruggekomen). Constitutionele toetsing en zelfs een constitutioneel hof hadden in dit geval dus geen soelaas kunnen bieden. De discussie over het toetsingsverbod lijkt tegen deze achtergrond vooral symboolpolitiek.

De Grondwet was daarentegen wel in het geding tijdens de corona-periode. De noodverordeningen waarmee de overheid aanvankelijk optrad, beperkten in aanzienlijke mate tal van grondwettelijke grondrechten. Omdat het hier niet ging om wetten, kon de rechter deze maatregelen wél toetsen aan de Grondwet. De rechter bleek de Grondwet toen evenwel niet al te serieus te nemen: in de rechtszaken tegen deze verordeningen werden grondwettelijke argumenten (bijvoorbeeld dat een mondkapjesplicht zonder wettelijke basis in strijd is met het grondwettelijke recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer) eenvoudigweg terzijde geschoven. In plaats daarvan beperkte de rechter zich grotendeels tot een weinig systematische redelijkheids- en proportionaliteitstoets, waarbij de rechter zich al naar gelang de gewenste uitkomst meer of minder terughoudend kon opstellen zodat in feite vooral zijn ‘rechtsgevoel’ de doorslag gaf.

Een constitutioneel hof dat nadrukkelijk de opdracht krijgt om wetten te toetsen aan de Grondwet, zou zich er in soortgelijke grondrechten-gerelateerde zaken waarschijnlijk minder gemakkelijk vanaf maken. Bovendien zou zo’n hof haar eigen procesrekeningen kunnen ontwikkelen. Dat is van belang, omdat rechtszaken tegen wetten en andere regels die grondrechten beperken nu dienen te worden behandeld door de burgerlijke rechter, die in beginsel uitgaat van de gelijkheid van partijen en de regel dat wie stelt moet bewijzen. De bewijslast voor de stelling dat een overheidsmaatregel grondrechten schendt, ligt zodoende bij burgers, terwijl het oorspronkelijke idee van grondrechten juist inhoudt dat de overheid deze niet mag beperken tenzij zij daarvoor een deugdelijke rechtvaardiging biedt. Hiervan komt bij de burgerlijke rechter in kortgeding zaken (zoals in bijna alle zaken die waren aangespannen tegen de coronamaatregelen) slechts nagaat of de betreffende maatregelen ‘onmiskienbaar onverbindend’ zijn – een criterium waarmee de rechter, zoals is gebleken, nogal vrij kan omgaan.

Van een constitutioneel hof zal het echter waarschijnlijk niet komen, en dat hoeven we niet te betreuren. Onze Grondwet is sobber en zit weinig principieel in elkaar, zodat zo'n hof in het beste geval weinig opzienbarende, pragmatische uitspraken doet en in het slechtste geval feitelijk politiek bedrijft. Onduidelijk is ook wat nu precies de problemen zijn die zouden worden opgelost door oprichting van een constitutioneel hof.

Als daarentegen alle rechters de bevoegdheid krijgen om wetten te toetsen aan de Grondwet, zal dat in de praktijk waarschijnlijk weinig verschil gaan maken. Het huidige toetsingsverbod lijkt te suggereren dat de wetgever juridisch ongebonden is, maar dat schijnt niet te zijn. Niet alleen moet de wetgever zich gewoon aan de Grondwet houden (ook al kan de rechter dat dus niet controleren), de wetgever is ook gebonden aan internationale verdragen en het recht van de Europese Unie, waarin bijna alle grondrechten uit de Grondwet ook zijn opgenomen – en de rechter kan wetten daar wél aan toetsen. Bovendien stellen het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie meer inhoudelijke eisen aan grondrechtenbepalingen dan de Grondwet, zoals de eis van proportionaliteit. Zolang de Grondwet verder ongewijzigd blijft, blijft de constitutionele toetsing burgers daarom nauwelijks extra waarborgen.

Al met al zijn hooggespannen verwachtingen ten aanzien van constitutionele toetsing dus misplaatst. Schraping van het toetsingsverbod, zonder oprichting van een constitutioneel hof, valt zeker te verdedigen. Maar de rechtsbescherming voor burgers wordt er slechts minimaal mee verbeterd.

Maarten Stremmer is universitair docent constitutioneel recht aan Maastricht University.