

WORDT DE RECHTER DOOR HET TOETSINGSVERBOD EN POLITIEKE KWESTIES EEN MES OP DE KEEL GEZET?



FIGUUR 1 RECHTSSTAAT SCHEIDING DER MACHTEN
(BRON: SIMMONS 2015)

Naam:

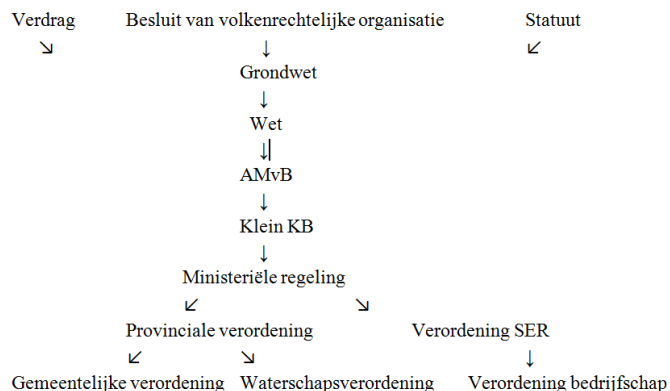
S.T. Jakoeb

Verdiepend staatsrecht



1.0 Inleiding

Sedert de grondwetwijziging van 1983 luidt het in art. 120 Grondwet neergelegde toetsingsverbod: *‘de rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen.’* De vraag rijst of het hier bedoelde toetsingsverbod wel vanzelfsprekend is. Immers, in Nederland kennen we een hiërarchie van wetgeving, zoals hieronder schematisch weergegeven, die aangeeft hoe specifieke regelgeving juridisch verankerd moet worden.¹



De Grondwet neemt een hogere plaats in dan de gewone wet, zoals een parlementaire wet boven een verordening van een lagere overheid gaat. In een aantal gevallen is deze hiërarchische verhouding uitdrukkelijk geregeld en in andere gevallen wordt een soort vanzelfsprekende hiërarchie aangenomen.²

FIGUUR 2 NORMENHIËRARCHIE

De toetsing van regelingen kan op verschillende manieren bij de rechter ter sprake komen. De rechter acht zich in principe bevoegd om lagere regelingen aan hogere te toetsen en de lagere buiten toepassing te laten indien hij strijd constateert. Indien het hiërarchisch verband niet bestaat, bijvoorbeeld bij botsing tussen een gemeentelijke en een waterschapsverordening of tussen een gemeentelijke verordening en een verordening van bedrijfschap, moet de rechter door interpretatie bepalen welk voorschrift op het concrete geval van toepassing is.

Zowel voor de burgerlijke, de straf- als de bestuursrechter rijst nu de vraag wat hij moet doen, wanneer hij geroepen wordt een regeling toe te passen die in strijd is met hogere regelingen. Mag en moet hij een dergelijke gebrekkige regeling buiten beschouwing en buiten toepassing laten? Ligt het niet voor de hand dat rechters wetten kunnen toetsen aan de Grondwet? En hoe zal de rechter moeten reageren als hij betrokken raakt in politieke strijdsvragen?

Voor een bespreking van de hiervoor genoemde vragen zal hierna een onderscheid gemaakt worden tussen een tweetal onderwerpen die een beperking vormen op de rechtsprekende bevoegdheid van de Nederlandse rechter, namelijk:

- De constitutionele toetsing (hierna: grondwetstoetsing) van wetten in Nederland (zie hoofdstuk 3): Onder grondwetstoetsing van wetten wordt primair een afweging of een wet in formele zin (hierna: WIFZ) verenigbaar is met de Grondwet verstaan. Voorop dient gesteld te worden dat in deze reactiepaper het recht of de plicht tot grondwetstoetsing

¹ Kamerstukken II 2002/03, 28331, 9, p. 4.

²² P.B. Cliteur, *Constitutionele toetsing Deel 1*, Den Haag: Teldersstichting (1991).



uitsluitend met de rechterlijke macht geassocieerd dient te worden. Toetsing door o.a. de regering en de Raad van State, die geacht worden om reeds bij het voorbereiden en indienen van wetsvoorstellen de relevante grondwetsbepalingen in acht te nemen, worden in deze reactiepaper buiten beschouwing gelaten.

- Het recht op toegang tot de rechter en de *political question doctrine* (zie hoofdstuk 4): Volgens art. 6 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (hierna EVRM) heeft een ieder het recht een vordering aangaande diens burgerlijke rechten en verplichtingen door een onafhankelijk en onpartijdige rechter te laten beoordelen. Ondanks het feit dat dit principe in de meeste landen die partij zijn bij het EVRM vrij strikt wordt nageleefd, blijken er toch categorieën van handelingen te bestaan waarvan geoordeeld wordt dat deze onttrokken zouden kunnen blijven aan iedere vorm van rechterlijke toetsing. Eén categorie van dergelijke handelingen, is die van de zogenaamde “regeringsdaden”, ook wel *political acts* genoemd. Grofweg gaat het hier om beslissingen van de uitvoerende macht, waarvan geoordeeld wordt dat zij niet getoetst kunnen worden door de rechterlijke macht, vanwege het essentieel politieke karakter van de besluiten. Deze zogenaamde ‘*political-acts doctrine*’ wordt nog steeds toegepast, en werd door het Europees Hof van de Rechten van de Mens (hierna EHRM) recentelijk nog aanvaard als legitiem. De vraag dient dan ook gesteld te worden wat de exacte inhoud is van deze doctrine, en of deze wel degelijk een beperking kan vormen voor het recht op toegang tot de rechter zoals gegarandeerd door art. 6 EVRM.³

³ D. Pacquée, ‘Het recht op toegang tot de rechter en de *political-acts doctrine*’, *TvMR* 2009/4, p. 7-11.

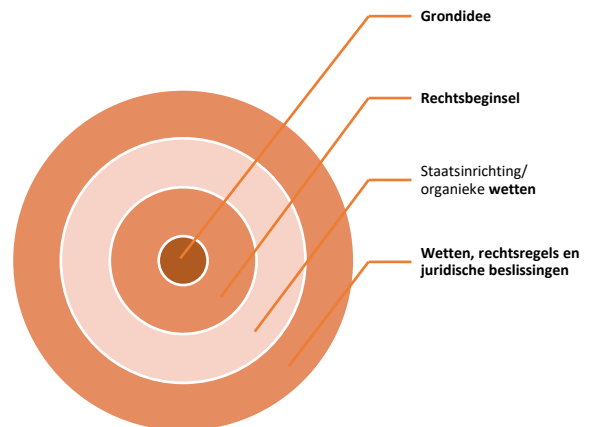


2.0 Het gelaagde begrip 'rechtsstaat'

Dit hoofdstuk geeft een beknopte inleiding op onze democratische rechtsstaat vanuit een staatsrechtelijk en bestuursrechtelijk perspectief (zie paragraaf 2.1 t/m 2.5), gevolgd door een samenvatting in de deelconclusie (zie paragraaf 2.6). Niet alle juridische aspecten van de rechtsstaat zullen in deze reactiepaper aan de orde komen. Dat zou een verveelvoudiging van de omvang met zich meebrengen en het bestek van de opdracht tot beknoptheid te buiten gaan.

2.1 Constitutionalisme

In deze reactiepaper zal het begrip constitutionalisme worden gehanteerd ter aanduiding van het streven dat al het overheidsoptreden aan beperkingen gebonden moet zijn die neergelegd zijn in het recht, waaraan burgers bescherming ontleen. Constitutionalisme in deze zin zal hierna worden beschouwd als het equivalent van wat in de continentale traditie een 'rechtsstaat' (een staat waarvan de organisatie erop gericht is dat burgers beschermd zijn tegen machtsmisbruik door de staat) wordt genoemd.⁴ De definitie van



FIGUUR 3 DE VIER LAGEN VAN HET BEGRIIP 'RECHTSSTAAT' (BRON: WRR 2002)

een rechtsstaat wordt in deze reactiepaper nader uitgewerkt aan de hand van vier schillen die als belangrijke elementen van rechtsstatelijkheid worden beschouwd, namelijk de constitutie (schil 1, zie paragraaf 2.2), rechtsbeginselen (schil 2, zie paragraaf 2.3), staatsinrichting/organieke wetten (schil 3, zie paragraaf 2.4) en wetten, rechtsregels en juridische beslissingen (schil 4, zie paragraaf 2.5).⁵

2.2 De Constitutie

Een belangrijk aspect van het constitutionalisme is de notie van rechterlijke controle. De grenzen van de bevoegdheidssfeer van de wetgever wordt bewaakt door de rechterlijke macht door het overheidsoptreden te toetsen aan de constitutie. In schil 1 (de grondidee) vormt de constitutie het belangrijkste element van een rechtsstaat omdat het de verkrijging en uitoefening van openbare macht betreft die gebonden is aan rechtsregels (constitueren, attribueren en reguleren van bevoegdheden van de verschillende overheden) met als achterliggende gedachte de inperking en reductie van willekeur en het tegengaan van machtsconcentraties die kunnen leiden tot onbeperkte staatsmacht of staatsterreur. Hiermee onderscheidt een rechtsstaat zich van een politietstaat of een totalitaire staat. Bij het vaststellen van de betekenis van dit begrip moet een onderscheid gemaakt worden tussen de constitutie in materiële, en de constitutie in formele zin. Constitutie in materiële zin is het

⁴ C.J. Bax, P.J. Boon & D. Mentink, *Aspecten van controle in het constitutionele recht*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

⁵ A.D. Belinfante & J.L. de Reede, *Beginselen van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2011.



geheel van geschreven (o.a. internationale normen voortvloeiend uit het EVRM en andere mensenrechtenverdragen en het EU-handvest) en ongeschreven grondregels met betrekking tot de staatsinrichting van het land. Wanneer deze grondregels in een geschreven Grondwet zijn vastgelegd dan wordt er van een constitutie in formele zin of Grondwet gesproken. De Grondwet moet als de hoogste wet van ons land worden beschouwd omdat het zich uit een andere bron ontspringt dan gewone wetgeving en alleen volgens een speciale herzieningsprocedure gewijzigd kan worden.⁶

2.3 Rechtsbeginselen

In de tweede schil is de grondidee uitgewerkt in fundamentele rechtsbeginselen die zelfstandige waarden zijn van een rechtsstaat. In deze paragraaf is ervoor gekozen om naast het democratieprincipe, vier andere basiselementen van het rechtsstaatsprincipe nader toe te lichten.

2.3.1 Het democratieprincipe

Een democratie waarborgt de mogelijkheid van participatie van burgers in het politieke proces door burgers of hun vertegenwoordigende instellingen te binden aan regelgeving, waar zij bij de vaststelling daarvan ook betrokken zijn. Naast art. 50 van de Grondwet waaruit men de algemene volkswil zou kunnen afleiden, vloeien uit ons constitutioneel stelsel vele andere bepalingen voort, waaruit impliciet afgeleid kan worden dat er in Nederland uitgegaan wordt van het democratieprincipe zoals:

- De klassieke en sociale grondrechten;
- Bepalingen die de verhouding tussen de Staten-Generaal en regering regelen (gedacht kan worden aan de openbaarheid van vergaderingen van de Staten-Generaal en aan de politieke verantwoordelijkheid die de ministers en staatssecretarissen aan de Staten-Generaal dienen af te leggen);
- Het recht van elke Nederlander om de leden van de algemene vertegenwoordigende organen te verkiezen alsmede tot lid van deze organen te worden verkozen, behoudens bij de wet gestelde beperkingen en uitzonderingen.⁷

2.3.2 Het legaliteitsbeginsel

Met de vestiging van het Koninkrijk der Nederlanden in 1815 begon een nieuw tijdperk. De staatsrechtelijke verhoudingen moesten nog hun plek vinden. De grondwetten van 1815 en 1848 waren niet helder op het punt van de verhouding tussen de uitvoerende en de wetgevende macht en boden koning Willem I mogelijkheden om macht naar zich toe te trekken, waar hij gretig gebruik van maakte. De discussie die toen oplaaide omtrent de verhouding tussen de koning en wetgevende macht heeft uiteindelijk ook de weg gewezen voor de ontwikkeling van het legaliteitsbeginsel. Het legaliteitsbeginsel houdt in dat machtsuitoefening door de overheid alleen plaats mag vinden op grond van een wet en binnen de door het recht getrokken grenzen.⁸

⁶ G.F.M. van der Tang, *Grondwetsbegrip en grondwetsidee*, Deventer: Gouda Quint 1998.

⁷ *Kamerstukken II* 2002/03, 28331, 9, p. 13.

⁸ H. Stout, *De Nederlandse rechtsstaat*, Amsterdam, Amsterdam University Press B.V. 2015.



Tegenwoordig wordt het legaliteitsbeginsel tevens verbonden met het democratieprincipe. Dit betekent dat het overheidsoptreden vanuit dit perspectief een grondslag moet hebben in de Grondwet of de wet die mede vastgesteld is door een vertegenwoordigend lichaam. De Grondwet eist niet dat overheidsoptreden moet berusten op de Grondwet maar volstaat met het eisen van een wettelijke grondslag voor bepaalde overheidshandelingen.⁹

2.3.3 De machtscheiding

In Nederland is er op hoofdlijnen wel sprake van een machtspreiding, maar niet in de meest zuivere vorm.¹⁰ De machtscheiding (wetgeving, uitvoering en rechtspraak) heeft een bijzondere gestalte gekregen in een stelsel van elkaar wederzijds controlerende, in evenwicht houdende organen (*checks and balances*) en in de vorm van decentralisatie, waarbij aan lagere overheden, zoals gemeenten en provincies, zelfstandige bevoegdheden gelaten worden. Het belang van de onafhankelijkheid van het met rechtspraak belaste deel van de rechterlijke macht heeft binnen deze gedachte van machtscheiding steeds meer nadruk gekregen, waardoor dit als een derde, afzonderlijke rechtsstatelijke eis kan worden aangemerkt.¹¹

2.3.4 De rechterlijke controlefunctie

Tot slot moeten grond- en mensenrechten, omwille van hun fundamentele karakter binnen de rechtsstaat worden beschermd. Dit basiselement is terug te vinden in hoofdstuk 1 van de Grondwet op basis waarvan de rechter erop toeziet dat de overheid geen inbreuk maakt op grondrechten.¹²

2.4 Staatsinrichting/organieke wetten

De derde schil omvat de praktische staatsinrichting en de binnen de staatsinrichting functionerende taakverdeling tussen de diverse staatsorganen die neergelegd zijn in de Grondwet en andere organieke wetten zoals de provincie- en gemeentewet.

2.5 Wetten, rechtsregels en juridische beslissingen

Bij het vierde geschil gaat het om de praktische uitwerking van het systeem in de vorm van wetten en andere rechtsregels, én van juridische beslissingen zoals rechterlijke beslissingen. Denk hierbij aan o.a. de benoeming en salarisregeling van rechters, het aantal rechtsgangen in het bestuurs- en civiele rechtspraak en het opleggen en ten uitvoer leggen van straffen.¹³

⁹ H. Stout, *De Nederlandse rechtsstaat*, Amsterdam, Amsterdam University Press B.V. 2015.

¹⁰ L. Weijts & J.J.M. Nielen, 'Trias politica: machtscheiding en machtspreiding', *montesquieu-institute.eu* 30 mei 2017.

¹¹ *De toekomst van de nationale rechtsstaat* (WRR-rapport van oktober 2002 aan de Minister van Algemene Zaken), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002 (online publiek).

¹² P.P.T. Bovend'Eert, *Rechterlijke organisatie, rechters en rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2008.

¹³ *De toekomst van de nationale rechtsstaat* (WRR-rapport van oktober 2002 aan de Minister van Algemene Zaken), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002 (online publiek).



2.6 Deelconclusie

Het accent in dit hoofdstuk (paragraaf 2.1 t/m 2.5) ligt op de belangrijke elementen van een rechtsstaat. De harde kern van een rechtsstaat is dat de staat gebonden is aan de regels van het recht, waaraan de burgers bescherming ontleen. Een van de belangrijkste pijlers van een rechtsstaat is dat er een Grondwet of constitutie aanwezig is, welke verbindende voorschriften bevat voor de betrekkingen van overheid en burgers (zie paragraaf 2.2). Daarnaast is het essentieel van belang dat de belangrijkste overheidstaken zijn verdeeld over drie machten met name (1) wetgeving in overeenstemming met een parlement, (2) een onafhankelijke rechterlijke macht, die niet alleen tussen burgers onderling, maar ook tussen overheid en burger beslist, en (3) een bestuursoptreden dat op de wet berust waarbij geldt dat er bij een onrechtmatige overheidsdaad de grond- en vrijheidsrechten van de burger worden gewaarborgd (zie paragraaf 2.3.3 en 2.3.4).

In deze reactiepaper zal in de hoofdstukken 3.0 & 4.0 aan de hand van schil 1 en schil 2 nader ingegaan worden op het vraagstuk van constitutionele toetsing en het onderwerp van de rechter en de politiek. Schil 3 en 4 blijven verder buiten beschouwing.



3.0 Constitutionele toetsing

In dit hoofdstuk zal, alvorens er ingegaan wordt op de constitutionele toetsing in Nederland (zie paragraaf 3.2 t/m 3.5) aan de hand van de hiervoor genoemde basiselementen van een rechtsstaatprincipe (zie schil 2), wordt eerst een uitstapje gedaan naar het Amerikaanse constitutionele recht (zie paragraaf 3.1), gevold door een samenvatting in de deelconclusie (zie paragraaf 3.6). Het Amerikaanse constitutionele recht is een duidelijk voorbeeld van een staat met in beginsel een algemene mogelijkheid tot constitutionele toetsing.

3.1 Het Amerikaanse constitutionele recht

Het Amerikaanse Hooggerechtshof (*Supreme Court*) speelt een belangrijke rol in de Amerikaanse "trias politica". Het is het hoogste gerechtshof in de Verenigde Staten en het enige dat specifiek in de Grondwet genoemd wordt. Toetsing van wetgeving is de bevoegdheid van iedere federale rechter, maar het Hooggerechtshof heeft daarbij het laatste woord. De interpretatie van de Grondwet is de belangrijkste taak die het Hooggerechtshof is toebedeeld. Bij gebleken strijdigheid met de Grondwet kan de rechter een wet ongrondwettelijk verklaren.

3.2 Marbury v. Madison: de geboorte van constitutionele toetsing

Het doorbraakarrest betreffende de rechterlijke bevoegdheid van grondwetstoetsing werd door het Amerikaanse Hooggerechtshof gewezen in de bekende zaak Marbury v. Madison. In de Amerikaanse rechtspraak reeds voor deze uitspraak gesuggereerd dat ongrondwettige wetten buiten toepassing gelaten zouden moeten worden. Marbury was echter de eerste zaak waarin daadwerkelijk een wettelijke schending van de Grondwet werd vastgesteld. In dit geschil had Marbury (eiser in de zaak) overeenkomstig een wet betreffende de rechterlijke organisatie in eerste instantie voor het Hooggerechtshof aangespannen. Echter had de Grondwet de jurisdictie van het Hooggerechtshof als gerecht in eerste aanleg limitatief opgesomd met als gevolg dat het geval van eiser in Marbury hier niet onder viel. Aangezien de wet op de rechterlijke organisatie in strijd was met de Grondwet bleef haar toepassing achterwege en werd eiser niet ontvankelijk verklaard. De redenering van het Hooggerechtshof om een dergelijk constitutioneel recht te rechtvaardigen, bestond uit twee stappen, namelijk:

- Allereerst werd aangetoond dat de Grondwet voor alle overheidsorganen als bindend en van een hogere rang dan gewone wetgeving moest worden beschouwd.
- Vervolgens werd er verwezen naar een grondwettelijke opdracht aan de rechter om geschillen te beslechten. Waar twee strijdige rechtsregels op een geschil van toepassing is, diende de rechter derhalve aan één van die regels voorrang te verlenen. Bij een conflict tussen de Grondwet en de gewone wet zou de Grondwet moeten prevaleren.

Tot vandaag de dag is dit de grondslag van constitutionele toetsing van wetten door rechters in Amerika.¹⁴

¹⁴ Ph. Kiiver, W. van der Woude & L.F.M. Verhey, *Institutionele aspecten van constitutionele toetsing*, Deventer: Kluwer 2012.



Uit het voorgaande kan geconcludeerd worden dat het Amerikaanse Hooggerechtshof zich een ruime bevoegdheid heeft toegeëigend om te toetsen of de overheid binnen de door de constitutie aangegeven grenzen is gebleven. Hierna komt het Nederlandse constitutionele stelsel aan de orde, waarvoor kenmerkend is het verbod van constitutionele toetsing die staatsrechtelijk gezien, één van de beperkingen vormt op de rechtsprekende bevoegdheid van de rechter.

3.3 De constitutionele taak van de rechter

Een onafhankelijke rechterlijke macht, die het optreden van beide andere staatsmachten op rechtmatigheid toetst, wordt gezien als het derde basiselement van de rechtsstaat (zie paragraaf 2.3.3). De (grond)wetgever heeft deze controlefunctie aan de rechter opgedragen (zie art. 112 Grondwet).¹⁵ Dit betekent dat het de taak van de rechter is om ervoor te waken dat ambten van de beide andere staatsmachten hun optreden jegens burgers doen berusten op de Grondwet. Aangezien de rechterlijke controlefunctie het vierde en laatste basiselement van de rechtsstaat (zie paragraaf 2.3.4) is, is gelet op het voorgaande, duidelijk dat de rechter ten aanzien van de hiervoor genoemde basiselementen van het rechtsstaatsprincipe een vooraanstaande plaats is toebedeeld.

In Nederland vindt in veel gevallen al constitutionele toetsing (beoordelen van de verbindendheid) plaats door de rechterlijke macht. Dit betekent dat een individuele rechter alle producten van regelgeving en al het feitelijk handelen van de overheid aan de Grondwet kan/mag toetsen. Zoals reeds in de inleiding vermeldt, past de rechter hierbij de normenhiërarchie toe en beoordeelt lagere regelingen op hun conformiteit met hogere. Is een lagere regeling niet verenigbaar met een hogere dan wordt deze onverbindend verklaard en niet toegepast door de rechter.

Sinds 1848 kent de Grondwet een uitdrukkelijke uitzondering op dit stelsel. Enkel en alleen in het geval van WIFZ verbiedt art. 120 Grondwet de rechter uitspraak te doen over de grondwettigheid van een wet. Alle andere categorieën van regelgeving (denk aan Ministeriële regelingen, decentrale verordeningen en Algemene Maatregelen van Bestuur) kan/mag zonder meer door een rechter aan de Grondwet worden getoetst.

3.4 Historische achtergrond van art. 120 Grondwet

Een vroegere voorloper van het art. 120 Grondwet is art. 131 van de Grondwet geweest waarin stond dat de wetten onschendbaar zijn. Het toetsingsverbod betreft zowel de inhoud als de wijze van totstandkoming van formele wetten. Dat laatste werd uitgemaakt in het arrest van de Hoge Raad van 27 januari 1961¹⁶ waaruit bleek dat de Hoge Raad zowel materiële als formele toetsing aan de Grondwet ongeoorloofd achtte. Met name over de formele toetsing bestond tot aan dat arrest geen duidelijkheid.

¹⁵ P.P.T. Bovend'Eert, *Rechterlijke organisatie, rechters en rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2008.

¹⁶ HR 27 januari 1961, NJ 1963/248, m.nt. D.J. Veegens.



Het arrest betekende een bevestiging en versterking van de onschendbaarheid van formele wetten en daarmee van het verbod op grondwettelijke toetsing.¹⁷ Maar wat betekende dit voor de toetsingsbevoegdheid van de rechter? Immers, een verbod van toetsing aan de Grondwet impliceert niet noodzakelijker een verbod van toetsing aan het statuut of algemene rechtsbeginselen. Tot aan het Harmonisatiewet-arrest was er nog geen volledige duidelijkheid hierover geschapen. In het Harmonisatiewet-arrest, die onder de nieuwe grondwettekst inzake het toetsingsverbod werd gewezen, werd duidelijk dat de rechter wetten wel mag toetsen aan hogere regels dan de Grondwet zoals algemene rechtsbeginselen. Gezien het voorgaande, zou de verwachting toch voor de hand liggen dat we hetzelfde stramien ook kennen in de verhouding WIFZ en de Grondwet?

3.5 De inhoud van art. 120 Grondwet

Wanneer men de constitutionalisme premisse als uitgangspunt hanteert, is een van de meest opvallende kenmerken van de Nederlandse constitutie, het verbod van de rechter om formele wetten te toetsen aan de Grondwet. De inhoud van deze grondwettelijke bepaling is dat de Nederlandse rechter (1) niet mag beoordelen of een WIFZ in strijd is met de Grondwet en (2) niet mag beoordelen of een verdrag in strijd is met de Grondwet. Met andere woorden ziet het toetsingsverbod erop toe dat de rechter de wetgever niet kan aanspreken op ongrondwettige wetgeving.

3.6 Initiatiefvoorstel-Halsema

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. Dit heeft o.a. geleid tot het initiatiefvoorstel Halsema die op 14 oktober 2004 aangenomen is door de Tweede Kamer en op 2 december 2008 door het Eerste Kamer. De behandeling van het voorstel in tweede lezing is in maart 2015 begonnen.¹⁸

3.6.1 Omvang van het toetsingsrecht

Volgens het initiatiefvoorstel blijft het de rechter verboden te treden in de grondwettigheid van wetten. Het gevolg hiervan is dat het basisprincipe van de huidige regeling gehandhaafd blijft. De rechter moet echter wetten buiten toepassing laten, indien die toepassing niet verenigbaar is met een aantal bepalingen van de Grondwet, opgesomd (vooral klassieke grondrechten) in het voorgestelde art.120 Grondwet. Het wetsvoorstel gaat uit van een gespreide toetsing in plaats van een geconcentreerde toetsing (toetsing voordat een wet van kracht wordt). Dat betekent dat het voorstel in de introductie een beperkte bevoegdheid tot constitutionele toetsing door iedere rechter voorziet, die in een concreet geschil geconfronteerd wordt met mogelijke strijdigheid tussen een wet en een grondrecht.¹⁹ Er is gekozen voor een gespreide toetsing omdat de toetsing aan internationale verdragen in Nederland ook via gespreide toetsing geschiedt.

¹⁷ P.P.T. Bovend'Eert, *Rechterlijke organisatie, rechters en rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2008.

¹⁸ *Kamerstukken II 2002/03*, 28331, 9, p. 5-6.

¹⁹ *Kamerstukken II 2002/03*, 28331, 9, p. 16.



Halsema acht het niet wenselijk dat er twee systemen (geconcentreerd en gespreid) naast elkaar bestaan.²⁰ Doelstelling van het voorstel is om de individuele rechtsbescherming van de burger tegenover de overheid uit te breiden.

Bij de beslissing om artikelen toetsbaar te maken, wordt als maatgevend aangegeven dat constitutionele toetsing dient te worden beperkt tot de grondrechten die burgers een subjectief of onvervreemdbaar recht verlenen. Toetsing wordt alleen mogelijk voor grondwetsartikelen die een recht creëren waarop de burger bij de rechter (juridisch) direct aanspraak kan maken. Hierbij moet uit de formulering, de context en de wetsgeschiedenis van het betreffende grondwetsartikel blijken of het betreffende artikel een subjectief recht creëert, met inachtneming van de beperkingen die in dat artikel staan opgenomen. Een voorbeeld hiervan is art. 8 Grondwet die een subjectief recht creëert op het recht van vereniging met de beperking dat dit recht in het belang van de openbare orde kan worden beperkt.²¹

3.6.2 Initiatiefvoorstel-Halsema: Wel of geen constitutionele toetsing?

Mag de rechter nu een wet of een verdrag toetsen aan de Grondwet, omdat deze wet of dit verdrag naar zijn mening met enige bepaling in de Grondwet in strijd is, en dan die wet of het verdrag buiten toepassing laten? In deze paragraaf worden de voor- en tegenargumenten volgens de literatuur uiteengezet waarom het toetsingsverbod wel/niet gehandhaafd moet blijven.

3.6.2.1 Voorstanders toetsingsverbod

De meest gebruikte argumenten vóór een toetsingsverbod zijn – volgens de literatuur – o.a. het beginsel van machtscheiding, het democratisch argument en het rechtszekerheidsbeginsel die hieronder nader uitgewerkt zal worden:²²

- a) Het beginsel van machtscheiding: Machtscheiding betreft zowel scheiding, als verdeling, beperking en balanceren van bevoegdheden over de drie staatsmachten, teneinde machtsconcentratie in de uitoefening van overheidsbevoegdheden te voorkomen en in plaats daarvan een evenwicht te bereiken, waarin de overheidsorganen elkaar door een stelsel van *checks and balances* over en weer controleren.²³ De vraag rijst in dit verband hoe de plaats van de rechter in het staatsbestel vanuit het machtscheidingsprincipe het beste te beoordelen is. Het argument van machtscheiding voorziet dat de rechter op de stoel van de wetgever zou kunnen gaan zitten, wat een onaanvaardbare inbreuk zou kunnen opleveren op het beginsel van de machtscheiding. Het belang van de afgescheiden positie van de rechterlijke macht ten opzichte van beide andere staatsmachten is groot. Machtscheiding beoogt in algemene zin de vrijheid van burgers te beschermen door het tegengaan van machtsconcentratie.²⁴

²⁰ *Kamerstukken II 2002/03, 28331, 9, p. 16.*

²¹ *Kamerstukken II 2002/03, 28331, 9, p. 18.*

²² H. Stout, *De Nederlandse rechtsstaat*, Amsterdam, Amsterdam University Press B.V. 2015.

²³ P.P.T. Bovend'Eert, *Rechterlijke organisatie, rechters en rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2008.

²⁴ H. Stout, *De Nederlandse rechtsstaat*, Amsterdam, Amsterdam University Press B.V. 2015.



- b) Het democratisch argument: Aangezien een democratie in haar Grondwet de door het volk gekozen vertegenwoordigers centraal stelt, ligt het in veel gevallen voor de hand om de toetsing van de grondwettigheid van formele wetgeving uitsluitend over te laten aan de democratisch gelegitimeerde wetgever en niet aan de onafhankelijke rechter. Concluderend zou men kunnen zeggen dat de volksvertegenwoordiging het laatste woord zou moeten hebben over de verenigbaarheid van de formele wetgeving met de Grondwet.²⁵
- c) Het rechtszekerheidsargument: Rechtszekerheid is een beginsel dat mede ten grondslag ligt aan ons staatsbestel. De burger moet er op kunnen vertrouwen dat het recht geen abrupte wijziging ondergaat. De voorstanders van het toetsingsverbod betogen dat rechterlijke toetsing een inbreuk maakt op dit beginsel. De strekking van dit argument is dat rechterlijke toetsing de rechtszekerheid van de burger zou schaden doordat deze, tot aan de uitspraak van de rechter hierover, nooit de zekerheid heeft over de grondwettigheid van de wet.²⁶

3.6.2.2 Tegenstanders toetsingsverbod

De meest gebruikte argumenten tegen een toetsingsverbod zijn – volgens de literatuur – o.a. het constitutionele argument, het argument van de falende wetgever, het verdragsargument en het primaat van de grondrechten die hieronder nader uitgewerkt zal worden:²⁷

- a) Het constitutionele argument: Een van de tegenstanders van het verbod was Thorbecke, die van mening was dat het voor een vitale Grondwet nodig was dat de rechterlijke macht de wetgever zo nodig kon hinderen om inbreuken te maken op de Grondwet. De parlementaire wetgever controleert niet uit eigen beweging of wetten voldoende rechtsgehalte hebben. Bovendien is het nog maar de vraag of de wetgever tegenwoordig nog de juiste instantie is om eigen producten te beoordelen. De klassieke grondslag en rechtvaardiging van het toetsingsverbod ligt in de waarborgen die de parlementaire procedure biedt voor het rechtsgehalte van de wetgeving. Door de terugtrek van de wetgever is de nadruk meer komen te liggen bij de regering dan bij het parlement, waardoor het maar de vraag is of de wetgever als beste in staat is om de vrijheid van de burger te waarborgen.²⁸
- b) Het verdragsargument: De toetsingsbevoegdheid aan internationale verdragen op grond van art. 94 Grondwet heeft de betekenis van dit toetsingsverbod voor een belangrijk deel uitgehold omdat het de rechter in bepaalde gevallen wel is toegestaan om wetten te toetsen aan verdragen. In relatie tot de verdragen is de onschendbaarheid van de wet dus al opgeheven.

²⁵ H. Stout, *De Nederlandse rechtsstaat*, Amsterdam, Amsterdam University Press B.V. 2015.

²⁶ H. Stout, *De Nederlandse rechtsstaat*, Amsterdam, Amsterdam University Press B.V. 2015.

²⁷ H. Stout, *De Nederlandse rechtsstaat*, Amsterdam, Amsterdam University Press B.V. 2015.

²⁸ *Kamerstukken II* 2002/03, 28331, 9, p. 1.



Art. 94 Grondwet bevat een regeling voor het geval waarin de toepassing van een binnen het Koninkrijk geldend wettelijk voorschrift niet verenigbaar is met een ieder verbindende verdragsbepaling. Het nationale voorschrift moet dan door de rechter buiten toepassing worden gelaten.²⁹

- c) Het primaat van de grondrechten: Zoals reeds uit paragraaf 2.2 blijkt is de Grondwet van hogere regeling dan formele wetten en moet de lagere regeling wijken voor de hogere regeling. Het grondrechtenargument heeft betrekking op de situatie dat wet en recht niet langer identiek zijn en de manier waarop de Grondwet de burgerlijke vrijheden waarborgt niet meer voldoet aan de huidige behoefte.³⁰

3.7 Deelconclusie

Aan het hoofd van het Amerikaanse juridische systeem staat het Amerikaanse Hooggerechtshof die in het arrest *Marbury v. Madison* een eerste fundamentele stap zette om federale wetgeving te toetsen aan de constitutie. De grondslag van constitutionele toetsing van wetten is ten eerste gelegen in het feit dat de Grondwet voor alle overheidsorganen als bindend en van een hogere rang dan gewone wetgeving moet worden beschouwd, en ten tweede de grondwettelijke opdracht aan de rechter om bij een conflict tussen de Grondwet en de gewone wet, de Grondwet te doen prevaleren (zie paragraaf 3.2). In Nederland vindt in veel gevallen al constitutionele toetsing (beoordelen van de verbindendheid) plaats door de rechterlijke macht (constitutionele toetsing in materiële zin). Wat constitutionele toetsing in formele zin betreft, bepaalt het huidige art. 120 van de Grondwet dat de rechter niet mag beoordelen of wetten en verdragen in strijd zijn met de Grondwet (zie paragraaf 3.2 t/m 3.4). De Eerste Kamer heeft in het najaar van 2008 een initiatiefwetsvoorstel-Halsema aangenomen dat constitutionele toetsing door de rechter mogelijk moet maken. Bedoeling is de rechter een beperkte bevoegdheid te geven om wetten aan de Grondwet te toetsen. Voorstanders van het toetsingsverbod gebruiken o.a. het machtscheidings-, democratisch en rechtszekerheidsargument. Tegenstanders van het toetsingsverbod gebruiken o.a. het constitutionele en verdragsargument, en het primaat van de grondrechten (zie paragraaf 3.5).

²⁹ C.J. Bax, P.J. Boon & D. Mentink, *Aspecten van controle in het constitutionele recht*, Arnhem: Gouda Quint 1995.

³⁰ H. Stout, *De Nederlandse rechtsstaat*, Amsterdam, Amsterdam University Press B.V. 2015.



4.0 Political question doctrine

In het grondwettelijk systeem, dat op Montesquieu is terug te voeren, heeft de rechter slechts het recht toe te passen. Op dat systeem is ook de Nederlandse Grondwet gebaseerd. In dit hoofdstuk zal de verhouding tussen de rechter en de politiek aan de hand van de *political question doctrine* in Amerika behandeld worden (zie paragraaf 4.1 en 4.2) waarbij o.a. de volgende vragen de revue passeren: Hoe gaat de rechter bij het beslechten van geschillen met een politieke achtergrond om met zijn eigen grenzen? Moet de rechter zich dan afzijdig houden bij geschillen, waarbij een of beide staatsmachten (regering en Staten-Generaal) betrokken zijn en de beslissing van bepaalde geschillen aan politieke ambten overlaten? Of moet de rechter altijd het laatste woord hebben bij de beslissing van hiervoor genoemde geschillen? En zo ja, in welke gevallen is rechterlijk ingrijpen niet op zijn plaats (zie paragraaf 4.3), gevold door een samenvatting in de deelconclusie (zie paragraaf 4.4).

4.1 Marbury v. Madison 1803: Rechtsprekende bevoegdheid in kwesties met politiek profiel

De jurisprudentie leert dat ingrijpende politieke en maatschappelijke vraagstukken zoals abortus en rassensegregatie in het verleden door uitspraken van het Amerikaanse Hooggerechtshof zijn beslecht. De Marbury vs. Madison zaak uit 1803 gaf de legitimatie aan deze interpretatiedoctrine. Waar het op aankomt bij *political question* is niet zozeer of het geschil een politiek vraagstuk raakt, maar of het onderwerp van geschil al of niet geschikt is voor een rechterlijke rechtmatigheidstoetsing.³¹

4.2 Baker v. Carr 1962

De *political question doctrine* heeft tot aan het arrest Baker v. Carr (1962) veel jurisprudentie opgeleverd. In deze zaak ging het om een gevoelig politiek en maatschappelijk onderwerp namelijk de herindeling van kiesdistricten, een onderwerp die tot dan toe niet onder de jurisdictie van de rechter viel. Opmerkelijk in dit arrest was dat het Hooggerechtshof oordeelde dat het enkele omstandigheid dat een herindeling politiek relevant is, nog niet wilt zeggen dat dat er sprake is van een *nonjusticiable political question* en dus buiten de jurisdictie van de rechter valt. Daarbij heeft het Hooggerechtshof een zestal criteria geformuleerd (het eerste criterium verwijst naar het machtscheidingsprincipe en de vijf overige criteria op een door de rechter te maken beoordeling of belangenafweging) om te kunnen beoordelen of men te maken heeft met een *nonjusticiable political question*. Het machtscheidingsprincipe werd toen als fundament aan de doctrine ten grondslag gelegd.³²

Door de afwezigheid van een wettelijke of constitutionele basis voor de *political question doctrine*, is er geen eenduidige definitie van wat een (van rechterlijke toetsing uitgesloten) regeringshandeling nu eigenlijk is. De invulling van dit begrip verschilt van land tot land en

³¹ D. Pacqué, 'Het recht op toegang tot de rechter en de *political-acts doctrine*', *TvMR* 2009/4, p. 7-11.

³² M.F.J.M. de Werd, 'De constitutionele taak van de rechter', in: P.P.T. Bovend'Eert, P.M. van den Eijden en C.A.J.M. Kortmann (red.), *Grenzen aan de rechtspraak? Political question, acte de gouvernement en rechterlijk interventionisme*, Deventer: Kluwer 2004.



van situatie tot situatie. In de volgende paragraaf zal besproken worden hoe het met het onderwerp rechter en politiek in ons land zit.

4.3 Urgenda en de rol van de rechter

De rechtbank Den Haag heeft op 24 juni 2015 uitspraak gedaan in de zaak dat door Stichting Urgenda tegen de Staat was aangespannen. In dit vonnis heeft de rechtbank geoordeeld dat de Staat onrechtmatig handelt jegens Stichting Urgenda, vanwege het klimaatbeleid dat Nederland voert. De rechtbank heeft een rechtsplicht van de Staat aangenomen jegens Stichting Urgenda om eind 2020 de Nederlandse uitstoot van broeikasgassen met 25% te reduceren ten opzichte van 1990. Nieuw aan de Urgenda-zaak is dat het o.a. om de vraag ging of de toewijzing van de belangrijkste vordering, namelijk het geven van een bevel aan de staat om de uitstoot van broeikasgassen verder te beperken dan het volgens de huidige voornemens gebeurt, de verdeling van bevoegdheden binnen ons democratisch stelsel zou doorkruisen. De Staat komt, met een beroep op de trias politica, tot het standpunt dat de rechter het kabinet nooit mocht verplichten meer te doen om de CO₂-uitstoot te verminderen, aangezien het niet aan de rechter is om het kabinet te dwingen tot nieuwe wetgeving. In deze kritiek klinkt opvattingen door over de legitimiteit van de rol van de rechter, namelijk of de rechter de beleidskeuzes van een democratisch gelegitimeerd orgaan zoals de Nederlandse wetgever mag toetsen en herzien.³³

De staatsrechtelijke rol van de rechter wordt uitgebreid besproken bij de institutionele overwegingen voor het beoordelen van de toewijsbaarheid van het gevraagde reductiebevel. De rechtbank stelt daarbij voorop dat de staatsrechtelijke verhoudingen in de trias weinig ruimte laten voor absolute uitspraken. De machtscheiding is in Nederland niet volledig doorgevoerd en algemene ‘primaten’ van de ene staatsmacht over de andere bestaan niet. Wel heeft de rechterlijke macht een specifieke opdracht namelijk, rechtsbescherming bieden en geschillen beslechten. Dat is ook zijn rechtsstatelijke verantwoordelijkheid. Hij moet dit doen als dat van hem gevraagd wordt, zelfs als hij daarvoor het handelen van politieke organen moet beoordelen. Het gelijk van Urgenda was een kwestie van ‘rechtstoetsing’ en dus heeft Urgenda in beginsel recht op effectieve rechtsbescherming.³⁴

4.4 Deelconclusie

Uit de redenering van *Marbury v. Madison* vloeit niet alleen het bestaan van constitutionele toetsing voort, maar ook de rol van de rechter bij het beslechten van geschillen met een hoog politiek profiel waarbij niet zozeer van belang is of het geschil een politiek vraagstuk raakt, maar of het onderwerp van geschil al of niet geschikt is voor een rechterlijke rechtmatigheidstoetsing. Daarbij heeft het Amerikaans Hooggerechtshof een zestal criteria geformuleerd om te kunnen beoordelen of men te maken heeft met een *nonjusticiable political question* (zie paragraaf 4.1 en 4.2). In de uitspraak van de Urgenda-zaak geeft de

³³ L. Huijbers, *Procesgebaseerde toetsing door de rechter* (diss. Utrecht UU), Jonge Onderzoeksdag Staatsrechtkring 2016 (online publiek).

³⁴ G. Boogaard, ‘Urgenda en de rol van de rechter: Over de ondraaglijke leegheid van de trias politica’, *Ars Aequi* 2016, afl. 26, p. 26-33.

S.T. Jakoeb



rechter antwoord op de vraag of hij wel/niet op politiek vaarwater is terechtgekomen. De rechter is van mening dat het zijn staatsrechtelijke verantwoordelijkheid is om rechtsbescherming te bieden en geschillen te beslechten, ook als het gaat om handelen van politieke organen (zie paragraaf 4.3).



5.0 Conclusie

In dit hoofdstuk zal naar aanleiding van de inhoud van de vorige hoofdstukken een conclusie worden geformuleerd.

5.1 Constitutionele toetsing

Nederland is op dit moment het enige land in West-Europa met een totaalverbod op constitutionele toetsing door de rechterlijke macht. Hierin lijkt nu verandering in te komen. In het najaar van 2008 is het initiatiefwetsvoorstel-Halsema aangenomen dat constitutionele toetsing door de rechter mogelijk moet maken.³⁵ Bij de vraag of constitutionele toetsing in Nederland mogelijk moet zijn, is de spanning tussen democratie en rechtsstaat duidelijk waar te nemen. Aan de ene kant wil men een zo democratisch mogelijke wetgever, aan de andere kant wil men dat de democratisch verkregen macht wel wordt begrensd en beperkt, dit om misbruik van macht te voorkomen. Invoering van een rechterlijk toetsingsrecht van de wet aan de Grondwet zien sommigen, als deze beperkt zou blijven tot de toetsing aan klassieke rechten, als een positieve ontwikkeling. De rechter heeft nu al de bevoegdheid om wetten te toetsen aan bepaalde verdragsbepalingen die met name handelen over klassieke grondrechten. Anderen menen evenwel dat het laatste woord bij de interpretatie van de Grondwet, ook als het alleen over toetsing aan de klassieke grondrechten zou gaan, moet blijven bij de wetgevende organen (zie paragraaf 3.5).

5.2 Political question doctrine

Regelmatig wordt betwijfeld of de rechter op een juiste wijze rechtspreekt. Ook in de Urgenda-zaak wordt de legitimiteit van de rechter in twijfel getrokken, nu daar de vraag gesteld wordt of de rechter wel het juiste orgaan is om een dergelijke verplichting aan de staat op te leggen. In veel van de commentaren op het Urgenda-vonnis is een beroep op de trias politica terug te zien waaruit zou voortvloeien dat de rechter zich niet op het terrein van de wetgever of het bestuur zou mogen begeven. De rechter beroept zich echter in deze uitspraak op zijn beschermende functie die inhoudt dat het aan de rechter is om de rechtsstatelijkheid te bewaken middels het controleren en legitimeren van handelingen en het handhaven van de naleving van de wet. De rechter speelt dan een rol bij het voorkomen van eigenrichting, maar hij houdt ook toezicht op het handelen van de overheidsinstanties. Ook al komt de rechter daardoor in politiek vaarwater terecht (zie paragraaf 4.3).³⁶

5.3 Eindconclusie

Met betrekking tot de constitutionele toetsing kom ik tot de volgende conclusie:

Ik ben een voorstander van het initiatiefvoorstel-Halsema, voor de invoering van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan klassieke grondrechten (art. 1 t/m 17 van de Grondwet) door de rechter en wel vanwege:

³⁵ Wetsvoorstel Initiatiefvoorstel-Van Tongeren Constitutionele toetsing door de rechter, *Kamerstukken II* 2010/11-2014/15, 32334, 1-60.

³⁶ G. Boogaard, 'Urgenda en de rol van de rechter: Over de ondraaglijke leegheid van de trias politica', *Ars Aequi* 2016, afl. 26, p. 26-33.



Het verdragsargument: Een parallelle ontwikkeling uit de afgelopen tijd is de toenemende betekenis van internationale verdragen. Wat is de ratio van het verbod van toetsing van formele wetgeving aan de grondrechten, terwijl toetsing aan soortgelijke in internationale verdragen neergelegde rechten wel geoorloofd is? De toetsingsbevoegdheid van de rechter aan internationale verdragen leidt mijn inziens al tot een versterking van de positie van de rechter ten opzichte van de wetgever omdat de rechter bij de toetsing van Nederlandse regelgeving aan verdragen een verdergaande bevoegdheid heeft dan bij de toetsing aan die regelgeving aan de grondwet. Ik ben van mening dat het rationeler en logischer is om de rechterlijke toetsingsbevoegdheid in dit opzicht gelijk te rekken, zodat de rechter bijvoorbeeld een formele wet niet alleen aan art. 10 EVRM maar ook aan art. 7 Grondwet kan toetsen. Anderzijds wordt de toetsing aan de Grondwet relevanter wanneer de rechter bij de toetsing aan internationale verdragen geconfronteerd wordt met zaken die niet in internationale verdragen geregeld zijn maar weer wel in onze Grondwet. Dit zal ervoor zorgen dat onze Grondwet een levend document gaat worden.

Met betrekking tot de verhouding van de rechter en de politiek kom ik tot de volgende conclusie:

In wetgeving zijn meestal politieke beslissingen vervat en juist omdat het gaat om de vraag of de wetgever op de juiste wijze rekening heeft gehouden met de vrijheidsrechten van burgers, bevat het oordeel daarover in belangrijke mate een politiek element. Ik stel voorop dat ik het op zichzelf niet aantrekkelijk vind als de rechter te zeer belast wordt met het maken van de keuzes die de maatschappij in principe van de wetgever vraagt, temeer omdat de legitimerende werking die behoort uit te gaan van de volksvertegenwoordiging niet gemist kan worden. Ik ben het oneens met het standpunt van de staat (zie paragraaf 4.3) dat de rechter het kabinet nooit mocht verplichten meer te doen om de CO₂-uitstoot te verminderen, aangezien het niet aan de rechter is om het kabinet te dwingen tot nieuwe wetgeving (het machtscheidingsargument wordt hier ten grondslag gelegd). Dat de rechter met zijn beslissing in deze zaak op de stoel van de wetgever is gaan zitten, vind ik een drogreden. Rechterlijke toetsing betekent immers geenszins dat de rechter zijn oordeel in de plaats zal stellen van de politieke beslissing, maar is beperkt tot de toetsing door de rechter van die beslissing aan de juridische normen waaraan ze onderwerpen zijn. Indien er geen juridische standaarden of toetsingsnormen voorhanden zijn, zal de rechter kunnen besluiten tot zijn onbevoegdheid (zie paragraaf 4.1). Mijn inziens moet de rechter in zaken met een hoog politiek profiel niet zozeer streven om de taken van de wetgever over te nemen, maar de wetgever voldoende controleren, opdat de wetgeving beter verloopt. In dat opzicht acht ik het wenselijk dat hij op deze manier voldoende druk blijft uitoefenen.