

Vergaderjaar 2007–2008

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

D

NADER VOORLOPIG VERSLAG VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR BINNENLANDSE ZAKEN EN DE HOGE COLLEGES VAN STAAT/ALGEMENE ZAKEN EN HUIS DER KONINGIN¹

Vastgesteld 18 december 2007

De memorie van antwoord van dit wetsvoorstel heeft de commissie aanleiding gegeven de initiatiefneemster van dit wetsvoorstel de navolgende vragen en opmerkingen voor te leggen.

Inleiding

De leden van de **CDA**-fractie zijn erkentelijk voor de uitgebreide beantwoording van de door hen en anderen gemaakte opmerkingen. Zij hadden deze reactie die overigens ruim twee jaren op zich liet wachten dan ook met belangstelling gelezen. De CDA-fractie zal uiteraard in het plenaire debat in de Eerste Kamer op wat voor hen de hoofdpunten vormen ingaan. Daartoe behoren vragen als:

- Welk probleem wordt nu eigenlijk opgelost door de invoering van constitutionele toetsing op de wijze als voorgesteld?
- De vraag of de bewaking van de nationaal geborgde Grondwet nu al of niet in goede handen is bij de wetgever;
- De vraag of de eigen aard van het staatsrecht in dit voorstel voldoende is onderkend;
- De gerechtvaardigdheid van het zogeheten anomalie-argument in het pleidooi voor invoering constitutionele toetsing;
- De onvermijdelijkheid van de ontwikkeling van een eigen rechterlijke dynamiek nu de clausulering van grondrechten in de Nederlandse Grondwet hoofdzakelijk van formele aard is en voor een belangrijk deel bovendien vorm krijgt in gedelegeerde regelgeving die aan de Grondwet kan worden getoetst;
- De uitwerking van artikel 1 Grondwet zoals dat in Nederland sinds 1983 is geredigeerd in dit opzicht;
- De verhouding tot de «Europese rechtshandhaving» en de keuze voor gespreide toetsing;
- De voordelen van een subtiele interpretatie zoals die thans plaats vindt o.a. in de samenhang met het EVRM.

In dit nader voorlopig verslag gaan de leden van de CDA-fractie in het kader van de voortzetting van de schriftelijke voorbereiding van het wets-

¹ Samenstelling: Holdijk (SGP), Meindertma (PvdA), Bemelmans-Vidéc (CDA), Dölle (CDA), Ten Hoeve (OSF), Kox (SP), Russell (CDA), Noten (PvdA), Putters (PvdA), vice-voorzitter, Engels (D66), Thissen (GL), Hendrixx (CDA), Van Kappen (VVD), De Boer (CU), Quik-Schuijt (SP), K.G. de Vries (PvdA), Schaap (VVD), Hermans (VVD), voorzitter, Ten Horn (SP), De Vries-Leggedoor (CDA), Koffeman (PvdD), Strik (GL), Lagerwerf-Vergunst (CU), Rehwinkel (PvdA), Duthler (VVD), Vac. (SP) en Yildirim (Fractie-Yildirim).

voorstel specifiek in op enkele aspecten uit de memorie van antwoord, want deze lijkt toch op een aantal punten niet bevredigend. Zij hopen dat die punten in de nadere memorie van antwoord verder kunnen worden opgehelderd opdat de leden van de CDA-fractie nog beter voorgelicht over de intenties van de initiatiefneemster en het wetsvoorstel aan eerder genoemd plenaire debat kan deelnemen.

De leden van de **VVD**-fractie danken de indienster van het wetsvoorstel voor de beantwoording van de door hen gestelde vragen over het onderhavige wetsvoorstel en hebben daarvan met belangstelling, maar ook nog steeds met de nodige reserve kennis genomen.

De leden van de **PvdA**-fractie hebben met belangstelling kennisgenomen van de memorie van antwoord. Zij hebben er bij hun bijdrage aan het voorlopig verslag, inmiddels bijna drie jaar geleden, op gewezen dat nog niet vaststond of uiteindelijk instemming aan het wetsvoorstel kan worden gegeven, dan wel deze zal worden onthouden. Hun bijdrage aan het nadere voorlopig verslag dient ertoe de argumenten voor en tegen constitutionele toetsing optimaal te wegen. De memorie van antwoord heeft ook nieuwe vragen opgeroepen.

Rechtsvergelijking

Deze leden van de **CDA**-fractie hadden in het voorlopig verslag gewezen op de omstandigheid dat zij aan het argument dat heel Europa constitutionele toetsing kent geen zwaar gewicht hechten, nog afgezien van het feit dat maar weinig landen een systeem kennen als in dit voorstel gelegen. Zij wezen er op dat hier een aantal factoren een rol spelen, zoals het feit dat veel staten (semi-)federaal zijn en het feit dat nogal wat staten vooral in Zuid-, Middenen Oost-Europa een vrij recent dictatoriaal verleden kenden.

Verder werd gewezen op het feit dat in landen die, waar het gaat om de verhouding tussen de internationale en de nationale rechtsorde, de transformatieeler huldigen, constitutionele toetsing voor de hand ligt. De beantwoording beperkt zich vervolgens echter tot de vaststelling dat in monistische stelsels (art. 93 en 94 Grondwet), waarvan volgens de memorie van antwoord het Nederlandse er een is, niets zich verzet tegen de invoering van constitutionele toetsing. Dat zijn deze leden van het CDA geheel eens met de initiatiefneemster, maar die vaststelling is geen antwoord op hun vraag. Wellicht waren zij niet duidelijk genoeg, dan vragen zij daarvoor verontschuldiging en parafraseren zij hun vraag als volgt: Zou men in Nederland voor de vraag staand of en hoe constitutionele toetsing moet worden ingevoerd niet veeleer het oog moeten slaan op staten die veel meer met de onze vergelijkbaar zijn: constitutioneel-monarchale gedecentraliseerde eenheidsstaten met een parlementair stelsel en een lange traditie van vertrouwen in het parlement als bewaker van de constitutie (bijvoorbeeld de Scandinavische landen)?

De leden van de CDA-fractie willen verder vragen of de initiatiefneemster landen in Europa kent waar de toetsing van de wet aan de grondwet op vergelijkbare wijze als in dit voorstel is geregeld? Het is de indruk van deze leden dat er doorgaans een apart hof is belast met die toetsing zoals in Duitsland, België of Oostenrijk (dan wel dat die toetsing geconcentreerd is bij één instantie) waarvan de leden een beperkte zittingsduur hebben en bij de selectie van die rechters gelet wordt op hun etnisch/religieuze/semantische/politieke achtergrond. Afgezien van wellicht de situatie in Estland en Finland (maar daar is een speciale parlementaire commissie) kennen deze leden geen systeem waar de *toetsing van de nationale wet aan de nationale grondwet* diffuus (gespreid) aan de gewone rechterlijke

macht is toevertrouwd. Is die indruk naar het oordeel van de initiatiefneemster juist?

Constitutionele toetsing

Het onderhavige wetsvoorstel ziet alleen op toetsing aan zogenaamde klassieke grondrechten (partieel toetsingsrecht) en niet aan de sociale grondrechten, zo constateren de leden van de **VVD**-fractie. U geeft in uw memorie van antwoord op pagina 20 aan, dat toetsing van wetten aan subjectieve rechten in de Grondwet van wezenlijk andere orde is, dan toetsing van de wet aan andere grondwettelijke bepalingen, inclusief de bepalingen die sociale grondrechten bevatten. Waar ligt de scheidslijn tussen klassieke en sociale grondrechten, op het moment dat toetsing aan bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel tevens toetsing aan een sociaal grondrecht, zoals het recht op bijstand met zich meebrengt? Hoe dient een rechter met een dergelijke situatie om te gaan? Hoe kan een politiek oordeel in een dergelijke situatie worden voorkomen?

In het onderhavige wetsvoorstel wordt gekozen voor een systeem van gespreide toetsing. De leden van de **VVD**-fractie hebben eerder gewezen op de voordelen van geconcentreerde toetsing. De bezwaren die de indienster van het wetsvoorstel in de memorie van antwoord noemt tegen geconcentreerde toetsing, zijn vergelijkbaar met haar motieven voor het invoeren van constitutionele toetsing op zichzelf en zijn niet toegespitst op geconcentreerde toetsing. Graag zouden deze leden de visie van de indienster van het wetsvoorstel vernemen op het systeem van geconcentreerde toetsing in het algemeen versus gespreide toetsing. Waarom wegen de voordelen van geconcentreerde toetsing (rechtszekerheid, rechtseenheid, concentratie van deskundigheid) niet op tegen de voordelen van gespreide toetsing?

Machtenscheiding

De leden van de **CDA**-fractie stellen vast dat de initiatiefneemster duidelijk hecht aan de grote toegevoegde waarde die de rechterlijke toetsing zoals voorgesteld naar haar inzicht zal opleveren. De initiatiefneemster herhaalt op meerdere plekken dat haar daarbij vooral die situatie voor ogen staat waarbij de nationale wetgever niet heeft kunnen voorzien dat toepassing van de bepalingen van zijn «product» een schending van de grondwet oplevert. Deze leden wijzen er op dat de Hoge Raad – zij het terzijde – in het Harmonisatiearrest (HR 14-04-1989) in rechtsoverweging 3.7 («niet verdisconteerde omstandigheden») reeds eerder impliceerde, dat in een dergelijke situatie de rechter een wetsbepaling buiten toepassing dient te laten. Zit de werkelijke betekenis van dit wetsvoorstel daarom niet ergens anders, zo vragen deze leden van de **CDA**-fractie de initiatiefneemster? Beoogt zij niet vooral met dit wetsvoorstel de rechter – ook waar de wetgever de bedoelde casus wel degelijk heeft voorzien – de bevoegdheid te verschaffen c.q. de verplichting op te leggen om wet(s)bepalingen) onverbindend te verklaren, indien en voor zover deze naar het oordeel van de rechter in deze en vergelijkbare casus in strijd zijn met grondrechten, zoals bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel van artikel 1?

De rechtszaal is, zo citeren deze leden van de **CDA**-fractie de memorie van antwoord: «het forum waar traditionele waarden worden geconfronteerd met nieuwe waarden uit de samenleving» (p. 4). Zien zij het juist dat de initiatiefneemster hier van opvatting is dat het een wezenlijke functie van de rechter is om de uitleg van de Grondwet «bij de tijd te brengen» wanneer de wetgever dat bewust of onbewust heeft nagelaten?

Nu het antwoord op eerdere vragen in dit verband gesteld in het voorlopig verslag de leden van de CDA-fractie nog niet geheel helder is, vragen zij de initiatiefneemster het volgende: Is het naar haar inzicht een verplichting van iedere commissie voor bezwaar en/of beroepschriften (die «vol toetsen») en voor iedere rechter binnen en buiten de rechterlijke macht om, indien dit wetsvoorstel (Grond)wet wordt, de verenigbaarheid van een bepaalde wetstoepassing met in de nationale constitutie opgeschreven grondrechten te toetsen? Zij begrepen dat de initiatiefneemster bij deze kwestie volledig de analogie trekt met de toetsing aan het internationale recht, maar miskent zij aldus niet het eigen karakter van de constitutionele toetsing? Het gaat immers om toetsing door een nationaal (of decentraal) bestuursorgaan of een nationale rechter van een nationale wet aan een nationale grondwet. Wanneer het college van B&W van Alkmaar, gehoord de commissie voor de bezwaarschriften van opvatting is dat een onderdeel van bijvoorbeeld de Wet tijdelijke uithuisplaatsing of van de Wet werk en inkomen in strijd komt met de eis van gelijke behandeling, zoals door de Grondwet gegarandeerd, dient dit college dan in een bezwaarschriftprocedure het bezwaarschrift ongegrond verklaren? En dienen deze instanties ambtshalve of desgevraagd een dergelijke toets te verrichten?

Kan de initiatiefneemster ook uitgebreider dan in de memorie van antwoord aangeven hoe de wetgever op zijn beurt kan opkomen tegen een beslissing van de rechter die een deel van zijn wetgeving onverbindend heeft verklaard in een *bestuursrechtelijke* procedure?

De initiatiefneemster is wat de leden van de CDA-fractie betreft terecht van opvatting dat de rechter zich bij toetsing van nationale wetten aan de nationale grondwet terughoudend dient op te stellen; zeker als de wetgeving op dit punt recent is uitgevaardigd, goed is gemotiveerd en eenduidig wordt uitgelegd door de wetgever. Betekent deze opstelling a contrario dat de initiatiefneemster meer ruimte ziet voor rechters om af te wijken van de interpretatie van de wetgever van de grondwet naar gelang de wet ouder is? Naarmate de wet met kleinere meerderheden is aanvaard? Naarmate in het parlement minderheden de constitutionaliteit van de wet sterker in twijfel trokken? Naarmate in de rechtsgeleerde literatuur het constitutionele gehalte van de wet sterker in twijfel is getrokken?

De initiatiefneemster spreekt over temperingstechnieken die de rechter kan hanteren indien hij van opvatting is dat een wet strijdt met de Grondwet of althans delen van die wet. De rechter kan bijvoorbeeld de wetgever tijd «gunnen» om de wet aan te passen. Zoals steeds wordt door de initiatiefneemster ook hier gewezen op het feit dat de rechter zo ook al handelt bij toetsing van de wet aan de internationale verdragen. De situatie verschilt echter ook hier, zo menen de leden van de CDA-fractie. Bij de toetsing aan verdragsbepalingen wordt getoetst aan internationaalrechtelijk geborgde bepalingen die op een internationaal vastgelegde wijze in verdragen tot stand zijn gekomen en uiteindelijk door internationale rechters worden bewaakt en uitgelegd. Nationale rechters zijn gehouden die bepalingen en interpretaties te volgen en kunnen, zo wordt dikwijls in het internationale en zeker Europese recht aanvaard, in dat verband de nationale wetgever een termijn gunnen. Bij de toetsing aan de Grondwet gaat het om conflicterende visies tussen de nationale wetgever en de nationale rechter over de betekenis van wat een derde nationale autoriteit, de grondwetgever, heeft vastgelegd. Acht de initiatiefneemster het juist dat, indien de nationale rechter meent dat de nationale wetgever bij de interpretatie van de nationale grondwet te ouderwets handelt, deze dan een termijn stelt aan de wetgever – dus regering, Tweede en Eerste Kamer – om zich op een bepaald punt binnen een opgegeven tijd te conformeren aan de uitleg van de rechter?

Tot slot vragen deze leden van de CDA-fractie nog eens een toelichting op de stelling van de initiatiefneemster dat er weinig vrees hoeft te bestaan voor een eigenstandige rechterlijke dogmatiek over de grondrechten die tussen wetgever en grondwet wordt geschoven. Die ontwikkeling lijkt deze leden deels onvermijdelijk. Zoals door deze leden ook in het voorlopig verslag is benadrukt komt de grondwettelijke bescherming van grondrechten in Nederland in de meeste gevallen neer op de vaststelling dat een grondrecht slechts bij of soms krachtens de wet in formele zin kan worden beperkt. Soms geeft de grondwetgever de doelcriteria aan. Het bereik en de inhoud van die grondrechten liggen dus wat cryptisch uitgedrukt in die beperkingen en in de slaperdijk van internationaal geborgde grondrechten, met name in het EVRM. De gedelegeerde wetgeving kan overigens getoetst worden aan de Grondwet. De leden van de CDA-fractie kunnen daarom niet om de conclusie heen dat indien constitutionele toetsing meer is dan een controle of het geproclameerde grondrecht «correct» is ingeperkt, dit betekent dat de rechter het geproclameerde nationale grondrecht materieel moet duiden. Dan zullen de rechters toch een inhoudelijke invulling aan die geproclameerde grondrechten moeten geven, die niet zal samenvallen met vergelijkbare grondrechten uit internationale verdragen. Anderzijds lijkt het toch ook niet de bedoeling van de initiatiefneemster dat de rechter een puur formeel begrip van het nationale grondrecht hanteert. Dit betekent toch dat nationale rechter een eigen dogmatiek over die inhoud van dat bepaalde grondrecht (gelijkheid, privacy, godsdienstvrijheid, evenredige grondslag kiesrecht, enzovoorts) zal moeten ontwikkelen, net als internationale rechters dat doen ten aanzien van internationaal verankerde grondrechten. Gaarne ontvangen deze leden een reactie van de initiatiefneemster.

Op de vraag van de leden van de **VVD**-fractie of uit het voorstel moet worden afgeleid dat de indienster van het wetsvoorstel meer vertrouwen heeft in de rechter, dan in de wetgever, geeft zij aan dat er met het huidige systeem van toetsing in het wetgevingsproces niets mis is, maar dat het zijn beperkingen kent. Eén van de argumenten die zij daarvoor hanteert is dat het voor de wetgever niet mogelijk is met alle toekomstige feitelijke ontwikkelingen en verschuivingen in maatschappelijke opvattingen rekening te houden. De uitleg van de Grondwet en de wet evolueert en beweegt zich volgens haar voort langs lijnen van voortschrijdend inzicht. Zij acht toetsing door de rechter daarom wenselijk en nodig in aanvulling op de toetsing door de wetgever. De leden van de VVD-fractie merken op dat ontwikkelingen en verschuivingen in maatschappelijke opvattingen juist tot uitdrukking komen in de wet- en regelgeving, en dat daarbij juist de formele wetgever zelf een afweging maakt over de verhouding van die wet- en regelgeving met de Grondwet en op dat moment dan ook een uitleg geeft aan de Grondwet. Ook komt het nogal eens voor dat er sprake is van een botsing tussen verschillende grondrechten. De formele wetgever – als democratisch gekozen orgaan – besluit dan zelf over de wenselijke prioritering van grondrechten. Kan de indienster van het wetsvoorstel concrete voorbeelden van een verschuiving in maatschappelijke opvattingen geven, die tot gevolg heeft gehad dat een wet in strijd was met de Grondwet en buiten toepassing had moeten worden gelaten? Zijn verschuivingen in maatschappelijke opvattingen niet vaak pluriform van aard en hebben zij daarom niet een politiek karakter? Hoe denkt de indienster te voorkomen dat een rechter politieke afwegingen moet maken? Is de indienster het er niet mee eens dat dergelijke politieke afwegingen niet bij een rechter thuis horen en voorkomen moeten worden?

De indienster van het wetsvoorstel stelt dat de wetgever niet altijd kan voorzien dat algemene regels in een individueel geval onbedoelde, met de Grondwet strijdige consequenties kan hebben. Het is volgens haar inherent aan de taak van de rechter om in een individueel geval maatwerk te

leveren. Daarmee bedoelt zij dat de rechter in zijn interpretatie en toetsing veranderende maatschappelijke opvattingen kan verdisconteren. Maar is het niet zo dat over veranderende maatschappelijke opvattingen bijna nooit algemene consensus heerst, maar dat ze juist (verhitte) debatten tot gevolg kunnen hebben? Is de indienster het er niet mee eens dat dergelijke debatten via een democratisch gekozen orgaan beslecht moeten worden?

De leden van de **PvdA**-fractie nemen kennis van de opvatting van de indienster dat «betrokkenen bij de totstandkoming van wetgeving» over het algemeen niet kan worden verweten dat zij te weinig aandacht hebben voor de vraag of de wet in overeenstemming is met het hogere recht dat in onze geschreven constitutie is vastgelegd. Zij menen hierbij een duidelijk verschil te constateren met de gedachte die in de memorie van toelichting is terug te vinden, namelijk «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». Kan de indienster dit verschil verklaren? De indienster baseerde haar eerdere gedachte op (pre-)advies van de Hoge Raad en de juristen Prakke, Koopmans en Barendrecht. Ziet zij nu wel of niet in het functioneren van de wetgever, waarbij de mogelijkheid van strijd met een grondwettelijke bepaling tijdens de voorbereiding van een wet niet zou worden onderkend of voorzien, aanleiding om tot constitutionele toetsing te komen?

Als – naar de opvattingen in de memorie van antwoord – toetsing van de wet in de fase van de totstandkoming van de wet ook zeer beslist niet achterwege kan worden gelaten of op een lager pitje worden gezet na de introductie van rechterlijke toetsing, zou dan niet in deze vervolgfase beoordeling van de grondwettigheid eveneens volledig aan de wetgever moeten worden overgelaten? Indien concrete omstandigheden daartoe aanleiding geven, kan tot wetwijziging worden overgegaan. De indienster meent dat deze tijdrovend is en het met constitutionele toetsing mogelijk is snel op gewijzigde maatschappelijke en rechtstatelijke omstandigheden te reageren. Houdt deze argumentatie stand, waar rechterlijke uitspraken voor beroep vatbaar zijn?

Ook in de memorie van antwoord, al komt zij tot het oordeel dat met het huidige systeem van toetsing van de wet aan de Grondwet tijdens de procedure van totstandkoming van de wet «niets mis» is, stelt de indienster dat de toetsing in het wetgevingsproces beperkingen kent. Daardoor kan bij toepassing van de wet onbedoeld sprake zijn van schending van grondrechten. De indienster wijst erop dat de wetgever vooraf en daarom abstract toetst, terwijl de rechter oordeelt over concrete casusposities: «Het is eenvoudigweg niet mogelijk de betekenis van de wet voor alle individuele gevallen te voorzien». Dit zijn *inderdaad* de kenmerken van wetgeving: vooraf vastgesteld en abstracte toetsing. Als de indienster deze kenmerken als bezwaarlijk ziet (evengoed kunnen daarin voordelen worden gezien), rijst de vraag hoe problematisch zulks is ten aanzien van wetgeving waarbij geen grondrechten in het geding zijn. Is het geen bezwaar om bij bepaalde delen van wetgeving wél en bij andere delen géén rekening te houden met later ontwikkelde rechtsopvattingen? Moet het niet in alle gevallen aan de wetgever worden gelaten om op basis van voortschrijdend inzicht tot aangepaste of nieuwe wetgeving te komen? Hoe oordeelt de indienster over het pleidooi van bijvoorbeeld de oud-president van de Hoge Raad, Haak, om ook ten aanzien van de sociale grondrechten het toetsingsverbod op te heffen?

Naarmate de wetgever duidelijker en gemotiveerder aangeeft op welke wijze hij gebruik heeft gemaakt van de hem gegeven afwegingsruimte zal

de rechter zich terughoudender opstellen, aldus de indienster. Deze stelling roept een aantal vragen op. Welke garanties kunnen in dit opzicht worden gegeven? Stel dat van zo'n terughoudende opstelling geen sprake zal blijken te zijn, is dan niet alsnog van een ingrijpende wijziging in de verhouding tussen wetgever en rechter sprake (die de indienster nu niet verwacht)? Bestaat niet het risico dat op bovengenoemde wijze de wetgever door de rechter tot een motiveringsplicht wordt gedwongen? Meent de indienster dat dit passend is? Terecht wordt overigens aansluiting gezocht bij het beginsel «van de actuele besluitvorming»: bij recente parlementaire besluitvorming ligt het niet voor de hand dat de rechter zijn oordeel in de plaats van die van de wetgever stelt. Hoe denkt de indienster overigens over toetsing aan het evenredigheidsbeginsel, zoals deze inzake de beperkingsclausules bij de grondrechten door A.W. Hins in zijn bijdrage aan de uitgave *Proportionaliteit in het publiekrecht* is bepleit? Blijft zij bij haar opvatting dat toetsing van de wet aan rechtsbeginselen verboden moet blijven (vgl. de opvatting van R.J.B. Schutgens in *Het voorstel Halsema en de toetsbaarheid van de wet*, dat rechtsbeginselen als «hulpnorm» zouden moeten fungeren).

De indienster meent dat haar voorstel «geheel in het verlengde ligt van wat de rechter al kan». Kent zij niet teveel waarde toe aan de door haar aangevoerde mogelijkheid van verdragstoetsing? Is hierbij niet van sprake van een geheel andere (en ook veel algemenere) vorm van toetsing van wetten dan bij de vraag of een wetsbepaling specifiek verenigbaar is met de klassieke grondrechten uit de Grondwet? Waarop is de opvatting gebaseerd dat uit de rechtspraak over de toetsing van wetgeving blijkt dat de rechter zich terdege bewust is van het primaat bij de rechtsvorming bij de democratisch gelegitimeerde wetgever? Waarop is bovendien gebaseerd dat er 'geen enkele aanleiding' is om te veronderstellen dat op grote schaal wetsbepalingen buiten toepassing zullen worden gelaten wegens strijd met de Grondwet? De indienster creëert met haar verwijzing naar het familierecht, en de omstandigheid dat onder invloed van rechterlijke uitspraken aanpassing van wetgeving plaatsvindt, immers ook voedingsbodem voor een tegenovergestelde verwachting. Het valt de leden van de PvdA-fractie op dat de indienster op twee gedachten lijkt te hinken. Zij vragen haar om te reageren op de opvatting van de advocaat Schutte in een bijdrage aan RegelMaat, dat geit en kool worden gespaard met het pleidooi voor constitutionele rechtspraak enerzijds en het betoog voor de voorrang van de parlementaire uitleg anderzijds. De leden van de PvdA-fractie nodigen de indienster nadrukkelijk uit om aan te geven welk (concreet) verschil aanneming van dit wetsvoorstel zou maken.

Rechtsbescherming en rechtszekerheid

De initiatiefneemster oordeelt dat de rechter niet over zal gaan tot toetsing van wetten aan ongeschreven recht of aan ongeschreven rechtsbeginselen. De leden van de **CDA**-fractie wijzen er op dat weliswaar bij eerdere gelegenheden zoals de al genoemde Harmonisatie- en Landbouvvlieger-arresten de Hoge Raad deze toetsing inderdaad achterwege liet maar dat hij die opstelling nadrukkelijk baseerde op het toetsingsverbod. Nu in dit voorstel het toetsingsverbod voor een wezenlijk deel wordt opgeheven zou die opstelling toch kunnen veranderen. Welke opvatting heeft de initiatiefneemster ter zake? Hoe staat zij overigens op zichzelf tegenover een eventuele wending in de jurisprudentie waarbij de rechters aan algemene en bijzondere rechtsbeginselen gaat toetsen of wellicht zelfs zoals in Duitsland (theoretisch) aan «Überpositive Rechtsnormen»?

De beantwoording van de vragen over de aantasting van de rechtszekerheid die de leden van het CDA verbonden achten aan de invoering van een stelsel van constitutionele toetsing als voorgesteld, had hen nog niet

geheel overtuigd. Andermaal wordt verwezen naar de toetsing van lagere regels aan de Grondwet. Inderdaad vloeit daaruit onzekerheid voort maar die heeft in doorsnee een veel geringere impact dan onzekerheid over de verbindendheid van nationale wetgeving. Wanneer een bepaling uit de APV Den Bosch onverbindend wordt verklaard is dat nog wel wat anders dan de onverbindendverklaring van delen van de Betuwelijnwet, de WMO, belastingwetten, abortuswetgeving, sociale zekerheidswetten, enzovoorts. Bovendien is de reparatie van «lekkende» wetten tijdrovend en lastiger dan de reparatie van waterschapskeuren of provinciale verordeningen. Gaarne ontvangen deze leden een reactie van de initiatiefneemster.

Het verbeteren van de rechtsbescherming van individuele burgers is een belangrijk argument voor de indienster van het wetsvoorstel, zo constateren de leden van de **VVD**-fractie. Kan zij concrete voorbeelden geven van wetten, die belangen van individuele burgers ondermijnen omdat ze niet getoetst mogen worden door de rechter aan de Grondwet?

Rechterlijke toetsing draagt op een aantal punten bij aan verhoging van het rechtsbeschermingsniveau tegen aantasting van grondrechten. De leden van de **PvdA**-fractie zijn bereid in te zien dat toetsing aan de Grondwet voor de burger sneller uitsluitel biedt dan wanneer internationale procedures moeten worden gevolgd. Deze verbetering van de rechtsbescherming zou aantrekkelijk zijn. Begrijpen zij de indienster goed dat vooral in het tempo de meerwaarde van toetsing aan de Grondwet wordt gezien boven toetsing aan bijvoorbeeld het EVRM? De indienster erkent immers ook zelf dat het EVRM en het BUPO al een hoge graad van rechtsbescherming bieden.

Hiërarchie van grondrechten

De initiatiefneemster ging gedeeltelijk in op de vraag van de leden van de **CDA**-fractie in hoeverre in de rechterlijke interpretatie van de grondwet het denkbaar en wenselijk is dat een hiërarchie van grondrechten zich gaat ontwikkelen. Deze kwestie kent een bij uitstek zware ideologische en politieke lading. Tot nu toe wordt gelukkig door grondwetgever en wetgever ontkend dat een dergelijke hiërarchie, waarbij «preferred rights» uiteindelijk primeren boven de andere, gewild is. De initiatiefneemster gelooft niet dat zulks na aanneming van dit wetsvoorstel in twee lezingen die situatie zal veranderen. In de memorie van antwoord wordt er op gewezen dat de rechter thans ook al aan internationale verdragen toetst en daarbij toch ook geen hiërarchie van grondrechten aanneemt. Bovendien toetsten de rechters ook thans al regels van lagere rang dan wetten in formele zin aan de Grondwet en ook hier ontwikkelde de jurisprudentie geen hiërarchie van grondrechten. De leden van de CDA-fractie begrijpen dit antwoord niet geheel. De initiatiefneemster heeft zelf aangegeven in de memorie van toelichting dat «sinds Fortuyn» de noodzaak daar is om volgorde en hiërarchie (!) van grondrechten te doordenken. Zij gebruikt dat desideratum als een van de motieven om constitutionele toetsing te bepleiten. De omstandigheid dat rechters bij hun toetsing van bepalingen aan de grondrechten uit internationale verdragen geen hiërarchie aannemen, ligt voor de hand nu de hoogste internationale gerechten (bijv. Hof van Justitie in Straatsburg) dat niet doen. De toetsing van bepalingen uit lagere regelingen aan de Grondwet gebeurt tot nu toe nadrukkelijk (zie het Landbouwwvliegersarrest, 16-5-'89) tegen de achtergrond van de uitleg van artikel 120 Grondwet zoals dat artikel thans is geredigeerd. Kan de initiatiefneemster nog eens reageren op dit punt? In haar visie dient de rechter immers de waarden van de moderne pluriforme maatschappij te betrekken op de historische producten van de nationale wetgever. Betekent dit ook dat de historische opvatting van de grondwetgever uit 1983 op dit punt, namelijk dat hier geen hiërarchie aanwezig is, door bijvoor-

beeld wat in de memorie van antwoord heet «het voortschrijdend denken over gelijkheid» en door tijdsverloop door de nationale rechters kunnen worden gecorrigeerd, geamendeerd, of zelfs terzijde worden geschoven.

De initiatiefneemster wijst er op dat indien de rechter een interpretatie hanteert waarmee de wetgever het niet eens is deze laatste de wet kan aanpassen. Maar is dat dan niet, zo vragen de leden van de CDA-fractie, een situatie waarbij de rechter leidt en de wetgever dient te volgen? Dit betekent immers dat indien de wetgever een bepaalde dynamische en teleologische uitleg van de grondwet door de rechter wil corrigeren, amenderen of terzijde stellen, hij daartoe niet in staat is. Een grondwetsherziening dient plaats te vinden. Aldus wordt een rechterlijke interpretatie slechts aantastbaar indien een voorstel tot grondwetsherziening in twee lezingen en in de laatste met 2/3e meerderheid wordt aanvaard. Zo wordt toch de rechterlijke interpretatie van de grondwet door zware veiligheidsplannen beveiligd? Ziet de initiatiefneemster dat ook zo en indien dat het geval is vindt zij dat dan een gewenster situatie dan de huidige?

Internationale verdragen

Het constitutioneel toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet bepaalt dat de Nederlandse rechter in zijn uitleg van de Grondwet ondergeschikt is aan de uitleg die de Nederlandse wetgever heeft gegeven in de door hem tot stand gebrachte wetten en verdragen, zo stellen del den van de **VVD**-fractie. Artikel 94 van de Grondwet houdt in dat de Nederlandse rechter dient te waken over de internationaal afgesproken grenzen waarbinnen nationale wetgeving toepassing kan vinden. Er is dus een essentieel verschil tussen het handhaven van internationale afspraken en het interpreteren van constitutionele normen. Graag zouden deze leden nog vernemen of de indienster van het wetsvoorstel het daar mee eens is. Zo nee, waarom niet?

Overig

Zou overigens naar de opvatting van de initiatiefneemster, zo vragen de leden van de **CDA**-fractie, in het geval dat het wetsvoorstel (Grond-)wet wordt ook meer aandacht moeten uitgaan naar de selectie van de rechters voor de hoogste instanties (Hoge Raad, Centrale Raad van Beroep, College Beroep Bedrijfsleven, Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State), waarbij wordt gelet op hun ideologisch/levensbeschouwelijke bedding nu zij o.a. geroepen zijn om het «voortschrijdende denken over gelijkheid» te vertolken?

Deze leden hebben verder vastgesteld dat op hun vraag of in retrospectief kan worden vastgesteld welke wetten in het verleden de grondwet schonden geen antwoord kwam. Of moet het wetsvoorstel bestuurlijke maatregelen nationale veiligheid als genoemd in noot 1 op pagina 5 als zo een voorbeeld worden gezien?

Ook de leden van de **VVD**-fractie hebben eerder gevraagd te vernemen in welke mate, binnen het huidige systeem wetten tot stand zijn gekomen die op één of meerdere punten strijdig geacht moeten worden met de Grondwet. De indienster heeft daarop slechts geantwoord dat het voor de wenselijkheid van rechterlijke toetsing van wetten aan grondwetten, in wezen niet zo relevant is of er op dit moment wetten zijn die in hun toepassing grondrechten schenden. Betekent dit antwoord dat zij daar geen zicht op heeft of dat zij de vraag echt niet relevant vindt, en hem daarom niet wenst te beantwoorden? De beantwoording van deze vraag is voor de leden van de VVD-fractie wel degelijk relevant, nu zij inzicht kan

geven in de omvang van de problematiek waarvoor deze wet een oplossing moet bieden.

De indienster geeft aan dat er geen enkele aanleiding is te veronderstellen dat op grote schaal wetsbepalingen buiten toepassing worden gelaten wegens strijd met de Grondwet. Ziet zij wel aanleiding om te veronderstellen dat wetsbepalingen juist op grote schaal worden toegepast, omdat het aantal rechtssubjecten dat een beroep kan doen op de wetsbepalingen exponentieel stijgt als gevolg van toetsing aan de Grondwet, zoals het gelijkheidsbeginsel?

De leden van de VVD-fractie hebben eerder aangegeven dat als er meer vertrouwen is in de Nederlandse rechter dan in de Nederlandse volksvertegenwoordiger, opheffing van het toetsingsverbod een vorm van symptoombestrijding is. Zou het gebrek aan vertrouwen in de volksvertegenwoordiging niet voorwerp van zorg moeten zijn? De leden van de VVD-fractie zouden hierop graag nog een antwoord ontvangen.

De voorzitter van de commissie,
Hermans

De griffier van de commissie,
Menninga