



De rechtsstaat in vrijheid. Inperking van het constitutioneel toetsingsverbod

door Erik Verweij

Het is Nederlandse rechters momenteel niet toegestaan wetten te toetsen aan de Grondwet, maar weerstand tegen dit constitutioneel toetsingsverbod is zo oud als het toetsingsverbod zelf. Er zijn weinig voorstellen voor staatsrechtelijke vernieuwing zó vaak voorgesteld zonder uiteindelijk werkelijkheid te worden, als het voorstel tot het afschaffen van het constitutioneel toetsingsverbod. Johan Rudolph Thorbecke sprak zich al in 1848 uit tegen dit toetsingsverbod (Thorbecke 1848, 60 e.v.). De weerstand is ook actueel. In 2010 adviseerde de Staatscommissie Grondwet het toetsingsverbod te heroverwegen (Tho-

massen 2010, 47). In 2018 adviseerde de Staatscommissie parlementair stelsel onder leiding van Johan Remkes opnieuw om kritisch te kijken naar het toetsingsverbod (Verschoor 2018, 195 e.v.). Een recent wetsvoorstel met het doel het toetsingsverbod in te perken, strandde in 2018 bij de tweede lezing in de Tweede Kamer.¹

Opvallend genoeg wordt inperking van het toetsingsverbod gesteund door partijen uit alle hoeken van het politieke spectrum. GroenLinks heeft het voornoemde wetsvoorstel tot inperking van het toetsingsverbod in 2004 ingediend. Een brede groep

partijen bestaande uit de SP, Groep Wilders, GroenLinks, LPF, D66, VVD, ChristenUnie, PvdA en SGP steunde dit voorstel nog bij de eerste lezing in de Tweede Kamer.

Ondanks aanhoudende kritiek en herhaalde pogingen het toetsingsverbod af te schaffen, blijkt het toetsingsverbod een hardnekkig element in onze Grondwet. Vanuit het liberale gedachtegoed zou het toetsingsverbod ingeperkt moeten worden. Inperking hiervan is namelijk de meest effectieve en rechtvaardige manier om vrijheidsrechten te beschermen, en de waarde van onze Grondwet binnen onze rechtsstaat te bevestigen en te vergroten.

Toetsingsverbod in een notendop

Het is nuttig eerst enkele termen helder te definiëren en de huidige situatie te beschrijven om het toetsingsverbod, de Grondwet en het pleidooi voor inperking van het toetsingsverbod goed te begrijpen.

De Grondwet bevat diverse soorten bepalingen. De meeste bepalingen hebben betrekking op de inrichting, samenstelling en bevoegdheden van organen zoals de Eerste en Tweede Kamer, de regering en de Hoge Raad. Daarnaast bevat de Grondwet grondrechten. Dit zijn fundamentele burgerrechten. De grondrechten zijn onderverdeeld in: achttien *klassieke* grondrechten waarop de overheid geen inbreuk mag maken, zoals het recht op vrijheid van meningsuiting en het actief en passief kiesrecht; en vijf *sociale* grondrechten die de overheid actief moet beschermen, zoals het recht op werkgelegenheid en het recht op volksgezondheid.

Het toetsingsverbod betekent dat het de rechter niet is toegestaan wetten te toetsen aan de Grondwet. In theorie zou een procespartij de rechter in een procedure kunnen vragen om een wet onverbindend te verklaren en dus niet toe te passen, omdat de wet naar zijn inhoud of de wijze waarop deze tot stand is gekomen in strijd is met de Grondwet, maar het toetsingsverbod bepaalt dat de rechter dit niet mag doen. Met wetten worden uitsluitend wetten in formele zin bedoeld – gezamenlijke besluiten van de regering en de Staten-Generaal die als wet zijn vastgesteld.

De rechter is wel bevoegd lagere regelgeving, van bijvoorbeeld ministers, gemeentes of provincies, te toetsen aan de Grondwet. Als de rechter deze regelgeving in strijd acht met de Grondwet, dan kan de rechter deze regelgeving onverbindend verklaren.

Verder mag de rechter wetten in formele zin *wel* toetsen aan internationale verdragen. De rechter kan een wet onverbindend verklaren als deze in strijd is met bepalingen uit verdragen zoals het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR), het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), en het WHO-Kaderverdrag inzake tabaksontmoediging. De rechter is op grond van artikel 94 van de Grondwet verplicht om wetten die strijdig zijn met bepalingen uit verdragen, onverbindend te verklaren. Het gaat daarbij om bepalingen die ‘een ieder verbindend zijn’; bepalingen waar een burger rechtstreeks rechten aan ontleent, zoals het recht



op familielevens en toegang tot de rechter.

Het toetsingsverbod is in de Grondwet opgenomen bij de Grondwetsherziening van 1848. Het toetsingsverbod luidde: “*De wetten zijn onschendbaar.*” Het idee achter het verbod was dat de rechter zich niet boven de wetgever zou stellen door diens wetten te beoordelen. Deze bepaling moest ‘aanranding’ van wetten door de uitvoerende of rechtelijke macht voorkomen (Van Houten 1997, 33; Handelingen 1848, 349).

Het initiatief voor het opnemen van het toetsingsverbod in de Grondwet lag bij de regering Donker Curtius, zonder dat de staatscommissie voor de Grondwetherziening daartoe had geadviseerd. De voorzitter van deze staatscommissie, Thorbecke, was vermoedelijk zelf géén voorstander van het toetsingsverbod. Volgens Thorbecke zou het toetsingsverbod de wet ten onrechte boven alle bedenkingen plaatsen. Het kon toch niet de bedoeling zijn dat het toetsingsverbod als schild zou dienen voor bescherming van wetten tegen de Grondwet? De Grondwet zou daardoor feitelijk ophouden grondwet te zijn (Thorbecke 1848, 60–61). Volledigheidshalve moet worden opgemerkt dat Thorbecke volgens een biografie hiermee niet per se het toetsingsrecht heeft willen bepleiten, maar hij heeft zich dus in ieder geval kritisch uitgelaten over het toetsingsverbod (Aerts 2018, 383).

Het toetsingsverbod is ook bij de Grondwetherziening in 1983 (in andere bewoordingen) gehandhaafd. Artikel 120 van de Grondwet luidt sindsdien: “*De rech-*

ter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen.”

Beoogde inperking van het toetsingsverbod

Het huidige toetsingsverbod is vanuit liberaal oogpunt onhoudbaar en onwenselijk. Burgers moeten verzekerd zijn van een effectieve bescherming van hun grondwettelijke vrijheidsrechten, door er ook tegenover de wetgever een beroep op te kunnen doen. *De rechter zou de bevoegdheid moeten hebben om in concrete gevallen te toetsen of een wet in strijd is met de vrijheidsrechten in de Grondwet.* Het toetsingsverbod hoeft niet te worden afgeschaft, maar moet wel worden ingeperkt.

De voorgestelde inperking omvat drie keuzes. De beargumentering hiervoor volgt later in deze bijdrage, maar het is belangrijk deze alvast te benoemen. Ten eerste, alle rechters, waaronder ook lagere, moeten de bevoegdheid krijgen om constitutioneel te toetsen. Alternatieven zouden zijn dat alleen een bijzonder constitutioneel hof of de Hoge Raad deze toetsingsbevoegdheid zou krijgen. Ten tweede, rechters zouden (in beginsel) alleen aan klassieke grondrechten mogen toetsen. Een verdergaand alternatief zou zijn, dat rechters ook de bevoegdheid zouden krijgen wetten te toetsen aan sociale grondrechten of aan formele vereisten uit de Grondwet. Ten derde, rechters zouden alleen in concrete gevallen mogen toetsen of het toepassen van de betreffende wet in dit geval een uitkomst heeft die strijdig is met de Grondwet. Deze beperkte bevoegdheid heeft minder ingrijpende gevolgen dan een algemene bevoegd-



heid om wetten onverbindend te verklaren.

Onderbouwing voor inperking van het toetsingsverbod

Er liggen twee gedachtes ten grondslag aan de voorgestelde inperking, welke in elkaars verlengde liggen. De eerste gedachte is dat inperking van het toetsingsverbod zorgt voor een betere rechtsbescherming voor burgers tegen onrechtmatige inbreuken op hun vrijheidsrechten (de praktische 'rechtsbeschermingsgedachte'). Daaruit vloeit de gedachte voort dat inperking van het toetsingsverbod de waarde van de Grondwet binnen de rechtsstaat bevestigt en vergroot (de principiële 'rechtsstatelijke gedachte').

Rechtsbeschermingsgedachte

Door de rechter toe te staan wetten te toet-

sen aan klassieke vrijheidsrechten uit onze Grondwet, is de burger optimaal verzekerd van een effectieve rechtsbescherming. Bescherming van vrijheidsrechten is essentieel om het liberale ideaal van individueel zelfbeschikkingsrecht praktische betekenis te geven. Vrijheidsrechten zijn waardeloos als ze niet effectief beschermd worden. Een recht dat niet afdwingbaar is, is slechts een gunst.

De rechtsbeschermingsgedachte is in de verhouding tussen overheid en burger altijd relevant geweest voor het behoud van een vrije samenleving. Onze democratie is geen volmaakt systeem met een absolute garantie van bescherming van individuele vrijheidsrechten. De democratie gaat uit van de wil van de meerderheid. Vrijheidsrechten van minderheden kunnen opzij worden

Johan Rudolf Thorbecke (1796 - 1872) door Johan Heinrich Neuman | Bron: Rijksmuseum



gezet als die meerderheid dat zou willen. Constitutionele toetsing zou de rechtsbescherming voor minderheden verbeteren.

Vanuit liberaal oogpunt moet bescherming van persoonlijke vrijheden tegen onrechtmatige inbreuken gegarandeerd zijn. Dit geldt ook voor onrechtmatige inbreuken door of namens de wetgever. Dit is in het huidige systeem niet het geval. De wetgever kan wetten aannemen die in strijd zijn met de Grondwet, zonder dat de rechter achteraf kan ingrijpen. De wetgever krijgt weliswaar advies van de Raad van State over de grondwettelijkheid van wetsvoorstellen, maar de wetgever mag dit advies negeren. De rechter zou achteraf corrigerend kunnen ingrijpen en zo de burger kunnen beschermen. Toetsing door de rechter is ook effectiever dan advisering door de Raad van State. De Raad van State adviseert namelijk vóóraf en *in abstracto*, terwijl de rechter achteraf en *in concreto* toetst. De rechter kan dus rekening houden met alle omstandigheden van het specifieke geval en met veranderingen in de samenleving sinds de wet is ingevoerd. De Grondwet is statisch en mist daardoor de uitleg en de rechtsontwikkeling die nodig zijn om actueel, relevant en effectief te blijven. Het grondwettelijke recht op het ‘telefoon- en telegraafgeheim’ uit artikel 13 van de Grondwet heeft bijvoorbeeld tegenwoordig een andere betekenis dan toen het in 1983 in de Grondwet werd opgenomen, terwijl de tekst hetzelfde is gebleven. De rechter kan grondrechten die verouderd zijn, effectief uitleggen in een moderne context.

Klassieke grondrechten zoals het recht op vrijheid van meningsuiting, vrijheid van vereniging en het actief en passief kiesrecht zijn noodzakelijk voor een gezonde democratische besluitvorming. Een bredere toetsingsbevoegdheid voor de rechter betekent meer rechtszekerheid van deze vrijheidsrechten, doordat de rechter mag beoordelen of de wetgever deze rechten niet op ongrondwettelijke wijze beperkt.

De rechter kan vanuit zijn onafhankelijke positie beter dan de wetgever de vrijheidsrechten van minderheden meewegen in zijn besluitvorming. De wetgever heeft politieke belangen bij het maken van wetten, terwijl de rechter onpartijdig is. De rechter hoeft niet te luisteren naar een meerderheid en kan daardoor makkelijker de belangen van minderheden of individuen meewegen. Het is dan ook voor de bescherming van individuele vrijheidsrechten onwenselijk dat het toetsingsverbod de rechter beperkt in de vrijheidsrechten die hij mag betrekken bij zijn oordeel. Dit punt wordt steeds belangrijker, omdat de samenleving pluriformer wordt. Deze verandering in de samenstelling van de bevolking vergroot het risico dat specifieke minderheden onvoldoende worden vertegenwoordigd.

Het is belangrijk dat Nederland zelf de inhoud van individuele vrijheidsrechten bepaalt. De burger moet in de huidige situatie nog een beroep doen op vrijheidsrechten uit internationale verdragen. Internationale verdragen zouden moeten fungeren als tweede grondslag voor de fundamentele vrijheidsrechten, terwijl de Grondwet eerste viool zou moeten



spelen via constitutionele toetsing. Europese jurisprudentie heeft namelijk een belangrijke invloed op de uitleg van Europese verdragen. Het is in de ogen van velen onwenselijk dat rechters uit landen als Polen en Hongarije via Europese gerechtshoven een grote invloed hebben op de uitleg en toepassing van vrijheidsrechten in Nederland. Dit standpunt valt ook goed te verdedigen, omdat er grote culturele en ideologische verschillen zijn binnen de EU. Dit geldt ook met betrekking tot vrijheidsrechten voor minderheden, die Nederlanders als vanzelfsprekend beschouwen maar in andere lidstaten onder druk staan.

Effectieve rechtsbescherming voor minderheden wordt daarnaast belangrijker door de toename van (populistische) partijen met retoriek en verkiezingsprogramma's die door minderheden als bedreigend kunnen worden ervaren voor hun vrijheidsrechten. Binnen Europa zijn er al verschillende partijen die zichzelf als 'illiberal' omschrijven. Nederland moet in het beschermen van zijn fundamentele vrijheidsrechten daarom zijn eigen lijn kunnen blijven trekken, op basis van zijn eigen Grondwet.

Rechtsstatelijke gedachte

Een inperking van het toetsingsverbod vergroot de waarde van de Grondwet binnen de rechtsstaat. De burger kan dan immers voor de bescherming van zijn vrijheidsrechten de rechter vragen te beoordelen of een wet zijn grondrechten respecteert. Zowel de Grondwet als de rechtsstaat zijn belangrijke liberale instrumenten. In een rechtsstaat beperkt het recht de macht van de overheid. Het be-

schermt individuele vrijheden tegen onrechtmatige inbreuken door de overheid, doordat ook de overheid zich aan de wet moet houden.

Liberalen hebben een belangrijke rol gespeeld in het beperken en afbakenen van de macht van de overheid. John Locke stelde dat individuen van nature rechten hebben en dat de staat deze rechten moet beschermen en verdedigen (Locke 1988). Een rechtsstaat waarin alle burgers gelijk zijn voor de wet, zou daarvoor een geschikte staatsvorm zijn. Meer specifiek van belang was de theorie van Charles de Montesquieu over een scheiding der machten (Montesquieu 1748). Bij een machtenscheiding hoort een stelsel van *checks and balances*, waarbij gescheiden machten elkaar controleren. Onderdeel daarvan is een rechtsprekende macht die toezicht uitoefent op de wetgevende macht. Voor liberalen staan individuele vrijheidsrechten in een rechtsstaat voorop. De vrijheidsrechten en de voorwaarden waaronder de staat inbreuk op deze vrijheden mag plegen, moeten wettelijk zijn vastgelegd. Nu de Grondwet precies deze functie heeft, is de Grondwet vanuit liberaal oogpunt een essentiële regeling.

Het toetsingsverbod beperkt op dit moment de waarde van de Grondwet. Als de rechter de bevoegdheid zou hebben wetten aan de Grondwet te toetsen en zo regelmatig met de Grondwet in aanraking zou komen, dan zal er vaker nagedacht en uitspraak gedaan worden over de betekenis van vrijheidsrechten uit de Grondwet. Als de burger een beroep kan doen op de Grondwet om de rechtmatigheid van wetten te betwisten, dan zal de Grondwet



ook voor de burger gaan leven en zichtbaar worden (Thomassen 2010, 46). De Grondwet zal dan van een tijger zonder tanden veranderen in een levend document dat voor burgers een grotere praktische betekenis krijgt.

Weerlegging van argumenten voor behoud toetsingsverbod

Omdat de discussie over het toetsingsverbod al ruim anderhalve eeuw wordt gevoerd, is er een groot aantal argumenten gevoerd ter verdediging van het toetsingsverbod.

Het eerste argument van voorstanders van het toetsingsverbod luidt dat inperking van dit verbod zou leiden tot een inbreuk op de scheiding van rechtsprekende macht en wetgevende macht (machtenscheiding-argument). De rechter zou door wetten te toetsen aan de Grondwet buiten zijn rechtsprekende macht opereren en zich op het terrein van de wetgever begeven. Dit argument is echter gebaseerd op de (onjuiste) aanname dat onze rechtsstaat een strikte en absolute machtenscheiding zou kennen. Onze rechtsstaat kent juist een uitgebalanceerd systeem van wederzijdse *checks and balances* tussen de verschillende machten. Dit model is gebaseerd op samenwerking en controle. Het model kan worden vergeleken met een kaartenhuis: elk onderdeel op zichzelf is kwetsbaar, maar het geheel blijft staan doordat de verschillende onderdelen op elkaar steunen en elkaar in balans houden. Bovendien is het praktisch onmogelijk een strikte scheiding te maken tussen rechtsvinding (rechterstaak) en rechtsvorming (wetgeverstaak) (Van Dommelen 2003, 98). Voor rechtsvinding

is namelijk interpretatie en uitleg van wetten nodig, omdat rechtsnormen per definitie algemeen geformuleerd zijn. Daarom zal een rechter in het uitvoeren van zijn constitutionele taak als rechtsvinder altijd ook in een bepaalde mate aan rechtsvorming doen.

Het tweede argument van voorstanders luidt dat rechters niet gekozen zijn en daarom geen democratische legitimatie zouden hebben en geen democratische verantwoordelijkheid zouden dragen. Rechters dragen echter wel degelijk democratische verantwoordelijkheid als zij constitutioneel zouden toetsen. Constitutionele toetsing door de rechter draagt namelijk bij aan de democratische legitimiteit van de wetgever, doordat de rechter de wetgever aan de democratische spelregels houdt. De wetgever is gebonden aan de Grondwet en de rechter moet kunnen controleren of de wetgever de Grondwet respecteert. Het is belangrijk te benadrukken dat de rechter zijn taak uitoefent binnen het kader van wetgeving die de democratisch gekozen wetgever heeft gemaakt. Er zijn ook voldoende mogelijkheden om die controlerende rechter te controleren: een procespartij kan in hoger beroep en in cassatie opnieuw laten beoordelen of de lagere rechter het recht goed heeft toegepast. Een gerechtelijke procedure kent daardoor een effectieve bescherming tegen een onjuiste rechtstoepassing. De rechter kan daarnaast, zoals gezegd, beter dan de wetgever de grondrechten van minderheden beschermen. Het gezag van de overheid over de burger heeft pas democratische legitimatie als ook minderheden verzekerd zijn van de bescherming van hun vrij-



heidsrechten (Locke 1988). Constitutionele toetsing door de rechter draagt daarom uiteindelijk bij aan de democratische legitimiteit van de wetgever, doordat de rechter de wetgever aan de democratische spelregels houdt.

Het derde argument van voorstanders luidt dat de rechtszekerheid in gevaar zou komen als de rechter wetten onverbindend kan verklaren wegens strijdigheid met de Grondwet. Dit argument is op zichzelf niet onjuist. Het klopt dat een wet in een concreet geval onverwachts onverbindend kan worden verklaard door de rechter, en dat leidt tot rechtsonzekerheid. Daar staat tegenover dat dit alleen gebeurt als onverkorte toepassing van een wet in een concreet geval in strijd is met de Grondwet. In deze (zeldzame) gevallen heeft de wetgever zijn werk niet goed gedaan of een probleem niet voorzien. Het verdient uit liberaal oogpunt de voorkeur de rechtszekerheid te hebben dat vrijheidsrechten worden beschermd, boven de rechtszekerheid dat ook een wet die in strijd is met de Grondwet van kracht blijft.

Een ander argument van voorstanders is dat een constitutionele toetsing dubbelop zou zijn (dubbelop-argument), omdat de rechter nu al wetten mag toetsen aan verdragen en deze verdragen vaak dezelfde rechten bevatten als de Grondwet. Zoals eerder betoogd, is de Grondwet echter een geschiktere bron voor de bescherming van vrijheidsrechten dan internationale verdragen. Als er al een keuze gemaakt zou moeten worden tussen toetsing aan verdragen of toetsing aan de Grondwet, dan zou toetsing aan de Grond-

wet de voorkeur verdienen. De uitleg van de Grondwet is immers minder afhankelijk van uitspraken van Europese of internationale rechters. Het is bovendien vreemd dat een rechter een wet wel zou mogen toetsen aan het recht op vrijheid van meningsuiting in een verdrag, maar niet aan hetzelfde recht in de eigen Grondwet. Dat getuigt van weinig vertrouwen in onze Grondwet.

Weinig overtuigend is het argument van voorstanders dat de rechter niet in staat zou zijn de Grondwet te gebruiken als toetsingsmiddel (incompetentie-argument) omdat Nederland geen lange traditie van constitutionele toetsing kent. Dit argument is zwak, omdat de rechter uitstekend in staat is om wetten te toetsen aan verdragen en lagere regelgeving te toetsen aan de Grondwet. Waarom zouden zij dan niet wetten aan de Grondwet kunnen toetsen? Bovendien profileert Nederland zich als rechtsstaat met een effectieve bescherming van vrijheidsrechten. Het is niet voor niets dat diverse internationale gerechtshoven in Den Haag gevestigd zijn. Als onze rechters niet in staat zouden zijn wetten te toetsen aan de Grondwet, dan moeten wij ons afvragen of wij dat profiel wel waard zijn. Verder is het incompetentie-argument zwak omdat een belangrijke reden voor het missen van ervaring met het toetsen van de wet aan de Grondwet juist in dat toetsingsverbod ligt. Het betreft een cirkelredenering: het toetsingsverbod moet behouden blijven omdat de rechter onvoldoende ervaring zou hebben met toetsen aan de Grondwet – welk gebrek dan weer gebaseerd is op het toetsingsverbod.



Ten slotte betogen voorstanders van het toetsingsverbod dat uitleg van de Grondwet te veel vrijheid zou laten aan de rechter, waardoor deze (politiek gekleurde) keuzes zou moeten maken die niet aan de rechter overgelaten moeten worden. Dit argument is niet overtuigend, omdat de rechter in de huidige situatie ook al diezelfde politieke keuzes en afwegingen maakt, maar dan op basis van internationale verdragen. De rechter zal altijd besluiten moeten nemen in zaken die ook politieke aspecten kennen. Het is aan de wetgever om wetten voldoende duidelijk te formuleren, zodat de rechter niet in strijd met de bedoeling van de wetgever kan oordelen over de grondwettelijkheid van die wetten. Bovendien kijkt de rechter niet alleen naar de tekst van de wet, maar ook naar de bedoeling van de wetgever.

Achtergrond van de drie keuzes

Zoals eerder beschreven, liggen er drie keuzes besloten in de voorgestelde wijze van inperking van het toetsingsverbod.

Alle rechters zouden de bevoegdheid moeten krijgen constitutioneel te toetsen. Er wordt dus niet gekozen voor een apart constitutioneel hof of een systeem waarbij rechters verplicht vragen moeten stellen aan de Hoge Raad. De reden daarvoor is dat lagere rechters goed in staat zijn wetten te toetsen aan de Grondwet; rechters – ook lagere rechters – toetsen in het huidige systeem immers al wetten aan verdragsbepalingen en lagere regelgeving aan de Grondwet.

Rechters zouden (in beginsel) alleen aan klas-

sieke grondrechten mogen toetsen. De keuze voor beperking tot het toetsen aan klassieke grondrechten hangt samen met het principe van machtscheiding. Er is een belangrijk onderscheid tussen enerzijds de beoordeling of de wetgever een inbreuk maakt op klassieke vrijheidsrechten, en anderzijds de beoordeling of de wetgever voldoende doet om sociale grondrechten te garanderen. In het laatste geval moet een rechter zich actiever bemoeien met de vraag wat een wetgever zou moeten doen en welke maatregelen het gewenste effect hebben. Het gevaar is dan groter dat de rechter zich op het terrein van de wetgever begeeft. Bovendien zou de beoordeling dat de wetgever niet voldoende voorzieningen treft om de sociale grondrechten te beschermen, tot gevolg hebben dat de overheid meer taken en bevoegdheden zou krijgen, wat weer onwenselijk kan zijn vanuit liberaal oogpunt.

Rechters zouden alleen in concrete gevallen mogen toetsen of het toepassen van de wet een uitkomst heeft die strijdig is met de Grondwet. Ook de keuze voor beperking van de toetsingsbevoegdheid tot concrete gevallen hangt samen met het principe van machtscheiding. Er is een groot verschil in impact tussen enerzijds de beoordeling of een wet in het algemeen binnen de grenzen van de Grondwet blijft, en anderzijds de beoordeling of het toepassen van een wettelijke bepaling in een concreet geval leidt tot strijdigheid met de Grondwet. Bij een abstracte toetsing zou een rechter in het algemeen een wet buiten toepassing kunnen verklaren, door te oordelen dat de wet niet-verbindend is wegens strijdigheid met de Grondwet. Bij

een concrete toetsing kan de rechter een wet alleen in een concreet geschil onverbindend verklaren op basis van de specifieke omstandigheden van het geval. Deze beperkte toetsingsbevoegdheid met betrekking tot concrete gevallen heeft de voorkeur, omdat daarbij de wet zelf van kracht blijft (dat zorgt voor rechtszekerheid) en de wetgever zijn legitimiteit zo veel mogelijk behoudt.

Conclusie

Het is hoog tijd om de eeuwenoude discussie over het constitutionele toetsingsverbod om te zetten in concrete veranderingen. Door de rechter de bevoegdheid te geven wetten te toetsen aan de Grondwet, is elke burger optimaal verzekerd van de bescherming van zijn vrijheidsrechten die liberalen zo hoog in het vaandel hebben staan. Dit is tegenwoordig nog belangrijker dan 170 jaar geleden, toen de discussie over het constitutioneel toetsingsverbod begon. De Grondwet zou met een constitutionele toetsingsbevoegdheid binnen onze rechtsstaat – twee van de belangrijkste liberale staatsrechtelijke uitvindingen – een grotere betekenis krijgen.

Erik Verweij is advocaat in Rotterdam en deelnemer aan de Masterclass Zuid-Holland 2019-2020.

Literatuurlijst

- Aerts, R., *Thorbecke wil het. Biografie van een staatman*, Amsterdam, 2018.
- Van Dommelen, S.T., *Constitutionele rechtspraak vanuit rechtsfilosofisch perspectief*, Tilburg, 2003.

- ‘Handelingen van de Regering en de Staten-Generaal over de herziening der grondwet 1847–1848, deel 1’, ’s-Gravenhage, 1848.
- Van Houten, M.L.P., *Meer zicht op wetgeving: Rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Grondwet en fundamentele rechtsbeginselen*, Tilburg, 1997.
- Locke, J., *Two Treatises of Government*, Cambridge, 1988.
- Montesquieu, C., *De l'esprit des lois*, Genève, 1748.
- ‘Rapport Staatscommissie Grondwet’, bijlage bij *Kamerstukken II 2010, 31570, nr. 17*, 15 november 2010, URL: <https://www.parlementairemonitor.nl/9353000/1/j9vvij5epmj1ey0/vikchd5i92x6>.
- Staatscommissie Cals/Donner, *Eindrapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet*, Den Haag, 1971.
- Staatscommissie parlementair stelsel, *Lage drempels, hoge dijken. Democratie en rechtsstaat in balans. Eindrapport van de Staatscommissie Parlementair Stelsel*, Amsterdam, 2018.
- Thorbecke, J.R., *Bijdrage tot de herziening der Grondwet*, Leiden, 1848.

1. Voor het wijzigen van de Grondwet geldt een speciale procedure. Het voorstel moet in twee lezingen worden goedgekeurd – waarbij de Tweede Kamer tussen de eerste en tweede lezing moet worden ontbonden en opnieuw moet worden gekozen.

