

10. Verruiming van mogelijkheden van rechterlijke toetsing van (toepassing van) wetten in formele zin: de Grondwetgever is aan zet. De rechter hoeft niet op zijn handen te zitten

M.P. Sluijter en J.P. Heinrich

De discussie over de (on)wenselijkheid van rechterlijke toetsing van wetten in formele zin aan in de Grondwet opgenomen grondrechten en algemene rechtsbeginselen is momenteel volop gaande. Op dit moment is de opvatting van de rechter dat het aan de (Grond)wetgever is om zich daarover uit te spreken. Tijdelijke stilstand lijkt in dit geval echter geen achteruitgang te hoeven zijn. In deze bijdrage wordt een overzicht geboden van het voortdurende debat en wordt ingegaan op de rol van rechters in het constitutionele rijpingsproces.

1. Inleiding: rechterlijke toetsing van formele wetten: stand van zaken

Wetten in formele zin mogen niet in strijd zijn met hogere rechtsregels, zoals de Grondwet, Verdrags- en Unierecht en algemene rechtsbeginselen. In het huidige Nederlandse systeem is het de taak van de wetgever om ervoor te waken dat zulke strijd niet ontstaat. De wetgever, en niet de rechter, heeft hierover het laatste woord.¹ De discussie over de (on)wenselijkheid van een overgang naar een ander systeem, waarin de rechter wetgeving in formele zin (exceptief) kan toetsen, laait met zekere regelmaat op. Vaste elementen in deze discussie zijn wat de daarvoor passende infrastructuur zou moeten zijn: met of zonder constitutioneel hof; aan welke normen zou moeten worden getoetst: aan in de Grondwet opgenomen grondrechten of (ook) aan algemene rechtsbeginselen; en wat nodig is voor een dergelijke systeemwijziging: is het aan de (Grond)wetgever of kan de over-

gang ook langs jurisprudentiële weg worden bewerkstelligd?²

De wenselijkheid van het openstellen van de mogelijkheid van constitutionele toetsing krijgt regelmatig de wind in de zeilen; het lijkt er nu echt van te komen. Ook op dit moment is een levendig debat gaande over (verruiming van de mogelijkheid tot) rechterlijke toetsing van wetgeving in formele zin. Zo heeft het (inmiddels demissionaire) kabinet zich in de zogeheten hoofdlijnenbrief van juli 2022³ uitgesproken voor introductie van de mogelijkheid van constitutionele toetsing van (de toepassing van) wetgeving in formele zin aan in de Grondwet opgenomen klassieke grondrechten.

¹ Vgl. concl. A-G Mok, ECLI:NL:PHR:1989:AD5725, bij HR 4 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, AB 1989/207 (*Harmonisatiewet arrest*).

² Een compact overzicht van de discussie en de daarin betrokken standpunten geven W.J.M. Voermans, *Onze constitutie*, Amsterdam 2023, p. 667-676 en de Hoge Raad in HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, r.o. 3.2-3.6 (*Harmonisatiewet arrest*) en de daaraan voorafgaande conclusie van A-G Mok, met name in par. 3 en 4.

³ Brief van de minister van BZK van 1 juli 2022, *Kamerstukken II* 2021/22, 35925 VII, nr. 169.

Het denken over verruiming van de toetsingsmogelijkheden van wetten in formele zin heeft een extra dimensie gekregen door de wens dat de rechter in voorkomend geval wetgeving ook aan algemene rechtsbeginselen zou moeten kunnen toetsen. De kinderopvangtoeslagenaffaire illustreert voor velen waarom het toetsingsverbod uit art. 120 Grondwet de rechter belemmert bij het bieden van rechtsbescherming in gevallen waarin wetgeving in formele zin in de praktijk onevenredig uitpakt. De verandering in het denken over verruiming van de mogelijkheden van rechterlijke toetsing van (de toepassing van) wetgeving in formele zin aan algemene rechtsbeginselen⁴ past in de lijn van de (recente) rechtspraak over minder terughoudende exceptieve toetsing van (lagere) regelgeving aan het evenredigheidsvereiste.⁵

Oogmerk en opzet van deze bijdrage

Met onze bijdrage beogen wij de verschillende gezichtspunten in de discussie(s) over toetsing van formele wetten aan grondrechten en rechtsbeginselen op een rij te zetten en daarmee de stand van zaken in het denken over toetsing van wetgeving aan klassieke grondrechten, respectievelijk algemene rechtsbeginselen en de samenhang tussen de beide dimensies weer te geven.

Dat doen wij door in par. 2 stil te staan bij de klassieke – in het verleden periodiek op de agenda geplaatste – gedachten over introductie van een vorm van constitutionele toetsing. Wat zijn de oogmerken daarvan, waaruit bestaat de beoogde constitutionele toetsing, wat is de meerwaarde ervan in het licht van de bestaande mogelijkheden voor toetsing aan grondrechten en welke vraagstukken/problemen blijven onopgelost?

4 R.J.N. Schlössels en C.L.G.F.H. Albers, 'Over rechtspolitieke vloedgolven, maatwerk en verbouwingen aan de Algemene wet bestuursrecht' «JBplus» 2023/7.

5 CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2019, ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452 en ABRvS 26 april 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1225.

In par. 3 staan wij stil bij de recente en snelle opmars van de opvatting dat de rechter ook de mogelijkheid moet krijgen om wetgeving in formele zin te toetsen aan algemene rechtsbeginselen, zoals het – niet in de Grondwet gecodificeerde – evenredigheidsvereiste.⁶ Wij bespreken op hoofdlijnen de verschillende gezichtspunten die daarover in literatuur en rechtspraak (en conclusies van staatsraden A-G) worden ontwikkeld en het voorlopig eindpunt dat wordt gemarkeerd door de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (de Afdeling) van 1 maart 2023. Uit die uitspraken valt kort gezegd op te maken dat het aan de (Grond)wetgever is om zich uit te spreken over verruiming van de rechterlijke toetsingsmogelijkheden.

Een wijziging van de (Grond)wet vraagt tijd (en geduld). In par. 4 verkennen wij welke handelingsmodaliteiten de rechter ondertussen heeft als hem gevraagd wordt wetgeving in formele zin (exceptief) te toetsen en/of hij in de rechtspraktijk knelpunten signaleert.

2. Toetsing van wetgeving in formele zin aan klassieke grondrechten

Voorgeschiedenis: geregelde discussie over het toetsingsverbod

Nederland kent een vorm van constitutionele toetsing 'ex ante'.⁷ Bij de totstandkoming van wetten waarborgen de Staten-Generaal en de regering gezamenlijk⁸ dat de tot stand te

6 Vergelijk P.J. Huisman en N. Jak, 'Constitutionalisering van het bestuursrecht: naar een verdere grondwettelijke verankering van grondslagen en rechtsbeginselen', *NTB* 2023/172, p. 269.

7 Vgl. de Handreiking constitutionele toetsing van 15 maart 2022. Deze handreiking bevat praktische handvatten voor ambtenaren binnen de Rijksdienst die betrokken zijn bij het tot stand brengen van wetten en regelgeving waarbij constitutionele vraagstukken (kunnen) spelen.

8 Art. 81 Grondwet.

brengen wetgeving niet in strijd is met regels van constitutioneel recht.⁹ Hieraan ligt de gedachte ten grondslag dat het democratisch gekozen parlement beter dan de niet democratisch gekozen rechter is toegerust om zich over de grondwettigheid van een wet in formele zin uit te laten.¹⁰ De wetgever wordt in deze constitutionele toetsing ‘vooraf’ bijgestaan door de Afdeling advisering van de Raad van State, die toetst of wetsvoorstellen in overeenstemming zijn met hoger recht.¹¹

De rechter is gelet op het toetsingsverbod uit art. 120 van de Grondwet niet bevoegd te treden in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten in formele zin (ook wel constitutionele toetsing ‘ex post’ genoemd). Het toetsingsverbod is sinds 1848 een vast gegeven in het Nederlandse staatsbestel.¹² Tegelijkertijd is het toetsingsverbod eigenlijk nooit een ‘rustig bezit’ geweest.¹³ Een eerdere poging tot afschaffing

van het toetsingsverbod betreft het voorstel uit 2002 van het toenmalige kamerlid Halsema.¹⁴ Dit voorstel voorzag kort gezegd in de introductie van een beperkte bevoegdheid tot constitutionele toetsing door de rechter aan een aantal (klassieke) grondrechten uit de Grondwet.¹⁵ Daarnaast werd een model van gespreide toetsing voorgesteld, waarbij elke rechter bevoegd was wetten te toetsen aan deze set van grondrechten. Het voorstel werd in 2008 eerste lezing aangenomen, maar kwam uiteindelijk in 2018 te vervallen.¹⁶

Daarna hebben zich sinds 2010 twee staatscommissies – de staatscommissie Grondwet onder leiding van Thomassen¹⁷ en de staatscommissie parlementair stelsel onder leiding van Remkes¹⁸ – uitgelaten over het onderwerp. De staatscommissie Grondwet vond dat er anno 2010 goede redenen waren om het toetsingsverbod te heroverwegen, maar ging verder niet in op de vormgeving van eventuele constitutionele toetsing.¹⁹ De staatscommissie parlementair stelsel ging in 2018 verder en beval aan dat de rechter wetgeving in formele zin aan

9 De wetgever en de Afdeling Advisering van de Raad van State gaan uit van constitutionele toetsing in brede zin. De constitutie is het geheel van – geschreven en ongeschreven – fundamentele regels en rechtsbeginselen die de juridische grondslag van ons staatsbestel vormen, inclusief die regels die dienen ter bescherming van de fundamentele rechten van burgers.

10 Voermans 2023, p. 668.

11 Art. 73, lid 1 Grondwet; Zie: <https://www.raadvanstate.nl/overrrvs/advisering/> voor meer informatie en achtergrond over de taak van de Afdeling Advisering van de Raad van State.

12 *Stb.* 1848, 73.

13 Zie H.G. Hoogers, ‘Kroniek van een aangekondigde revolutie: de hoofdlijnenbrief inzake constitutionele toetsing’, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2022/13, p. 274-294 en M.L.P. van Houten, *Meer zicht op wetgeving. Rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Grondwet en fundamentele rechtsbeginselen*, Zwolle 1997, in het bijzonder hfdst. 3 voor een overzicht van het verloop van het debat over constitutionele toetsing in de 19^e en 20^e eeuw. Gelijkertijd met de introductie van het toetsingsverbod ontstond ook de discussie over de wenselijkheid van het toetsingsverbod. Onder meer

Thorbecke zelf was een tegenstander van de invoering van het toetsingsverbod.

14 *Kamerstukken II* 2001/02, 28331, nr. 2; dit mede in navolging van de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, (Commissie-Franken), *De adviezen van de Commissie Franken*, 2000.

15 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 331, nr. 3, p. 2.

16 *Handelingen II* 2018/19, nr. 10, item 8; Er was een te lange periode verstreken sinds de indiening in tweede lezing in 2010 (zie: *Kamerstukken II* 2009/10, 32334, nr. 1).

17 Staatscommissie Grondwet 2010.

18 Staatscommissie parlementair stelsel, *Lage drempels, hoge dijken* (eindrapport), Den Haag 2018, bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 34430, nr. 9.

19 Staatscommissie Grondwet 2010, p. 47.

klassieke grondrechten zou moeten kunnen toetsen, waartoe een constitutioneel hof zou moeten worden opgericht.²⁰

De Venetië Commissie signaleerde in 2021 dat Nederland het enige land binnen de Raad van Europa is, dat toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet volledig uitsluit.²¹ Langzamerhand lijkt echter steeds meer overeenstemming te ontstaan over de wenselijkheid van een vorm van constitutionele toetsing. De uitwerking in de praktijk heeft echter, zoals hierna zal blijken, de nodige voeten in de aarde.

De (Grond)wetgever aan zet

Het kabinet heeft recentelijk de handschoen wat betreft de toekomst van het toetsingsverbod opnieuw opgepakt.²² In de hoofdlijnenbrief van 1 juli 2022 geeft het zijn visie op de introductie van een vorm van constitutionele toetsing.²³ In navolging van de bevindingen van de staatscommissie parlementair stelsel,²⁴ staat het kabinet een systeem voor waarbij wetten – nadat zij zijn vastgesteld – ook door de rechter kunnen worden getoetst aan de catalogus van klassieke grondrechten.²⁵ Het kabinet sluit hiermee ook aan bij de adviezen van de Hoge

Raad²⁶, de Afdeling²⁷ en de Raad voor de Rechtspraak.²⁸

Volgens het kabinet wordt met het voorstel uit de hoofdlijnenbrief een lacune in de rechtsbescherming weggenomen voor de burger die zich erover beklagt dat hij in zijn grondwettelijke rechten wordt aangetast wanneer de wet in het Staatsblad heeft gestaan (en 'ex ante'-toetsing dus geen baat meer kan brengen). Wanneer pas dan blijkt dat (de toepassing van) de wet incidenteel of structureel in strijd is met de Grondwet, is de rechter niet meer bevoegd om rechtsbescherming te bieden in de vorm van toetsing aan de Grondwet en kan alleen de wetgever zelf nog ingrijpen.²⁹ Het kabinet ziet op dit moment nog geen ruimte om ook toetsing van wetten in formele zin aan algemene rechtsbeginselen toe te staan. Deze verdergaande vorm van constitutionele toetsing vraagt volgens het kabinet verdere constitutionele rijpheid. Voordat hierover kan worden nagedacht, wil het kabinet eerst de rechtsontwikkeling afwachten. Het kabinet zet de deur op een kier. In het licht van de rechtsontwikkeling ligt een nadrukkelijke afwijzing op voorhand van elke vorm van toetsing aan ongeschreven recht,

20 Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 195-216.

21 European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *The Netherlands, Opinion on the legal protection of citizens*, adopted by the Venice Commission at its 128th Plenary Session, 18 oktober 2021.

22 Vgl. Coalitieakkoord 2021-2025, *Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst*, 15 december 2021, p. 6.

23 *Kamerstukken II 2021/22, 35295 VII*, nr. 169.

24 Staatscommissie parlementair stelsel 2018.

25 Hierbij kan worden gedacht aan het discriminatieverbod, het recht van gelijke benoembaarheid in openbare dienst, de vrijheid van godsdienst, meningsuiting, vereniging, vergadering en betoging, en het recht op toegang tot de rechter.

26 Brief van de president en procureur-generaal van de Hoge Raad van 14 april 2022 aan de minister voor Rechtsbescherming met een zienswijze over de invoering van constitutionele toetsing (raadpleegbaar via: <https://www.hogeraad.nl/over-ons/publicaties/wetgevingsadviezen-president-procureur-generaal/>).

27 Brief van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van 22 april 2022 aan de minister voor Rechtsbescherming met een zienswijze over de invoering van constitutionele toetsing (raadpleegbaar via: <https://www.raadvanstate.nl/publicaties/consultaties/constitutionele-toetsing/>).

28 Zienswijze van de Rechtspraak op rechterlijke constitutionele toetsing van 27 mei 2022 (raadpleegbaar via: <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Raad-voor-de-rechtspraak/Nieuws/Paginas/Rechtspraak-maak-toetsen-door-rechter-aan-Grondwet-mogelijk.aspx>).

29 *Kamerstukken II 2021/22, 35925 VII*, nr. 196, p. 3.

zoals in het verleden vaak gebeurde, niet meer voor de hand.³⁰

Wat is de meerwaarde van constitutionele toetsing aan klassieke grondrechten?

De meerwaarde van introductie van toetsing aan klassieke grondrechten ziet het kabinet in de versterking van de rechtspositie van de burger tegen de overheid. Het kabinet ziet constitutionele toetsing verder ook als middel om het risico van afnemende wetgevingskwaliteit in het wetgevingsproces te mitigeren en de wetgever te stimuleren om ook bij de voorbereiding van wetgeving de constitutionele toetsing te intensiveren. Een ander belangrijk doel van het voorstel is het versterken van de normatieve functie en maatschappelijke betekenis van de Grondwet als juridisch basisdocument.³¹

Het kabinet geeft zich in de hoofdlijnenbrief rekenschap van het feit dat de beoogde rechtsbescherming door toetsing aan klassieke grondrechten ook in relevante mate wordt bereikt door toetsing van formele wetgeving aan rechtstreeks werkende verdragsbepalingen zoals onder meer vervat in het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM) en het Unierecht (Handvest van de grondrechten, hierna: Handvest). Toch ziet het kabinet toegevoegde waarde in de toetsing aan klassieke grondrechten. Zo zijn de art. 6 t/m 9 Grondwet op onderdelen specifiek dan de overeenkomstige verdragsbepalingen. Bijvoorbeeld wat betreft de aard en het aantal van de legitieme beperkingsgronden. Daarnaast bepalen deze grondrechten dat voor de uitoefening van deze rechten geen voorafgaande toestemming of vergunning gevraagd mag worden.

De Grondwet bevat daarnaast ook een aantal specifieke grondrechten, die in de verdragen niet op dezelfde manier zijn verankerd.³² De

corresponderende verdragsbepalingen – bijvoorbeeld art. 6 EVRM, art. 14 Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR) en de art. 47 t/m 50 Handvest – zijn beperkt in reikwijdte.³³ Zo is art. 6 EVRM alleen van toepassing op burgerlijke rechten en verplichtingen in strafzaken. Hier vallen naar nationaal recht niet alle bestuursrechtelijke zaken onder.³⁴ De bepalingen uit het Handvest zijn pas relevant voor zover (de toepassing van) Unierecht in het geding is.³⁵ Dat is echter lang niet altijd het geval, zodat toetsing aan een min of meer gelijklopende Grondwetsbepaling meerwaarde kan hebben.

3. Toetsing van wetgeving in formele zin aan (geschreven of ongeschreven) algemene rechtsbeginselen

Naast toetsing van wetten in formele zin aan de (klassieke) grondrechten uit de Grondwet (constitutionele toetsing in enge zin), bestaat ook constitutionele toetsing in brede zin, waarmee wij doelen op toetsing van de (toepassing) van wetten in formele zin aan algemene rechtsbeginselen.

Hoewel deze twee toetsingsmodaliteiten in discussies vaak los van elkaar worden besproken, bestaat er een duidelijk verband tussen beide en lijkt ons dat de (Grond)wetgever ook de vraag moet beantwoorden of constitutionele toetsing aan de grondrechten van hoofdstuk 1 van de Grondwet ook een materiële toetsing aan evenredigheid moet behelzen, dan wel dat deze toet-

Vgl. Staatscommissie Grondwet, *Rapport Staatscommissie Grondwet*, Den Haag 2010, par. 7.3. De staatscommissie Grondwet oordeelde in 2010 al dat bepaalde rechten, zoals het recht op een eerlijk proces en het recht op toegang tot de rechter, onvoldoende bescherming vinden in een ieder verbindende verdragsbepalingen.

33 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 3.

34 Aan art. 17 Grondwet, zoals deze bepaling sinds 30 augustus 2022 (*Stb.* 2022, 331) luidt, kan wetgeving in formele zin naar huidig recht niet worden getoetst.

35 Art. 51 Handvest; Vgl. ABRvS 30 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3352.

30 *Kamerstukken II* 2021/22, 35925 VII, nr. 196, p. 8-9.

31 *Kamerstukken II* 2021/22, 35925 VII, nr. 196, p. 3.

32 *Kamerstukken II* 2021/22, 35925 VII, nr. 196, p. 6-7: denk hierbij aan het petitieright en het recht op rechtsbijstand in civiele en bestuursrechtelijke geschillen.

sing stopt bij beantwoording van de vraag of de beperking van het betrokken grondrecht een grondslag heeft in een wet in formele zin.³⁶ In dat laatste geval zou toetsing van de beperking opgenomen in de betrokken wet in formele zin aan het EVRM en het Unierecht een noodzakelijk sluitstuk blijven bij het bieden van rechtsbescherming (en lijkt de introductie van constitutionele toetsing aan grondrechten beperkt te beantwoorden aan het doel).

Daarnaast hebben beide toetsingsmodaliteiten (toetsing aan klassieke grondrechten, respectievelijk aan algemene rechtsbeginselen) gemeenschappelijk dat zij raken aan het vraagstuk over de rolverdeling tussen de wetgever en de rechter. De ‘constitutionele consensus’ die anno 2023 lijkt te zijn gevonden over de wenselijkheid van constitutionele toetsing aan klassieke grondrechten, lijkt er niet te zijn voor toetsing aan algemene rechtsbeginselen. In dit verband lijkt het principiële staatsrechtelijke bezwaar dat de rechter zich met toetsing aan algemene rechtsbeginselen te veel binnen het domein van de wetgever begeeft, aan het bereiken van die consensus in de weg te staan.³⁷ Vanwege de ongespecificeerdheid van algemene rechtsbeginselen lenen deze zich bij uitstek voor meerdere, van elkaar afwijkende, interpretaties.³⁸ Keerzijde daarvan is dat toetsing

van wetten in formele zin aan dergelijke algemene rechtsbeginselen zou betekenen dat de rechter afwegingen maakt de voorbehouden zijn aan de wetgever, zonder dialoog met die wetgever.³⁹ Verder zou er onvoldoende consensus bestaan over de normenhiërarchie.⁴⁰ Mogelijk kunnen algemene rechtsbeginselen ook de Grondwet aanvullen of aanpassen. Als dit het geval zou zijn, zou de machtsbalans tussen wetgever en rechter (te) sterk verschuiven.⁴¹ Een ander veelgehoord bezwaar is het argument dat de rechter niet beschikt over de democratische legitimatie die de wetgever wel heeft.⁴² Om die reden zou het niet juist zijn indien de rechter achteraf de keuzes van de wetgever ‘overdoet’ en de inhoud van de algemene rechtsbeginselen bepaalt. Het bepalen van de inhoud van het recht is bij uitstek een zaak die democratische legitimatie behoeft.⁴³

Meerwaarde toetsing aan algemene rechtsbeginselen

Vanuit verschillende hoeken wordt betoogd dat de rechter wetgeving in formele zin ook aan algemene rechtsbeginselen moet kunnen toetsen en dat een uitbreiding van de toetsingsruimte tot klassieke grondrechten te beperkt is.⁴⁴ In de Grondwet opgenomen klassieke grondrechten hebben een beperkingsclausule die maakt dat de proportionaliteit van een inperking van het betrokken grondrecht alsnog niet kan worden getoetst als die inperking van het grondrecht in een wet in formele zin is geregeld.⁴⁵ De verdragen en het Unierecht bieden

36 Uit de herziening van art. 17 Grondwet (dat het recht op een eerlijk proces borgt) blijkt dat die bepaling –net als enkele andere in hoofdstuk 1 geregelde andere grondrechten, ‘absoluut’ is geformuleerd en in zoverre dus afwijkt van de sinds de algehele grondwetsherziening van 1983 geldende grondwettelijke beperkingsystematiek. Zie: *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 9.

37 *Kamerstukken II* 2001/02, 28355, nr. 2, p. 9; A.A. al Khatib en J. Tingen, ‘Als je het doet, doe het dan goed: een pleidooi voor toetsing van wetten in formele zin aan algemene rechtsbeginselen’, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* (14) 2023/3, p. 168-169.

38 *Kamerstukken II* 2001/02, 28331, 3, p. 18-19; M. Duchateau en J.M. Laninga, ‘Meer rechtsbescherming is goed, maar niet ten koste van de machtsbalans’, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* (14) 2023/3, p. 189.

39 *Kamerstukken II* 2001/02, 28355, nr. 2, p. 9.

40 Duchateau en Laninga 2023.

41 Duchateau en Laninga 2023, p. 188.

42 Al Khatib en Tingen 2023, p. 168-169.

43 Voermans 2023, p. 669.

44 Zie bijv. recent: Al Khatib en Tingen 2023; T. Barkhuisen, ‘Toetsing van formele wetgeving aan rechtsbeginselen: de rechter moet de harmonisatiewetblokkade opheffen’, *NJB* 2022/2095.

45 M. Vetzo, ‘Constitutionele toetsing anno 2022: tussen dikastocratie en toeslagenschandaal’, *Ars Aequi* novem-

bovendien ook niet altijd rechtsbescherming, omdat niet elke beperking een inmenging van een Unierecht of een verdragsrecht inhoudt.⁴⁶ Om in alle gevallen effectieve rechtsbescherming te kunnen bieden, is volgens sommige auteurs (ook) de mogelijkheid van rechterlijke toetsing aan algemene rechtsbeginselen noodzakelijk.⁴⁷ Ook genoemd worden de afname van wetgevingskwaliteit en de controlefunctie van de Kamers als factoren die het belang van rechterlijke toetsing van (de toepassing van) wetgeving aan algemene rechtsbeginselen onderstrepen.⁴⁸

'Workarounds' voor de constitutionele drempels voor toetsing aan algemene rechtsbeginselen

Uit de tekst van art. 120 Grondwet kan niet direct worden opgemaakt dat de rechter wetten in formele zin niet aan de algemene rechtsbeginselen mag toetsen.⁴⁹ De Hoge Raad hanteert sinds het Harmonisatiewet arrest een brede uitleg van art. 120 Grondwet, waarin de bepaling ook uitsluit dat de rechter formele wetten aan algemene rechtsbeginselen toetst.⁵⁰ In de literatuur wordt ook wel betoogd dat de Hoge Raad art. 120 Grondwet heeft opgevat als een vingerwijzing voor de positie van de rechter in ons staatsbestel.⁵¹ De Hoge Raad vat art. 120 Grondwet zo op dat die bepaling tot uitdrukking brengt dat de rechter zich in algemene zin terughoudend moet opstellen ten opzichte van de democratisch gelegitimeerde wetgever. Uit

dit primaat van de wetgever vloeit voort dat ook rechterlijke toetsing van wetten in formele zin aan algemene rechtsbeginselen in beginsel is uitgesloten.⁵²

De staatsrechtelijke doctrine en de behoefte aan een voldoende responsief bestuursrecht met oog voor de menselijke maat en evenredige, uitlegbare uitkomsten van wetstoepassing lijken soms met elkaar te botsen. Recent deed het kabinet een poging deze twee met elkaar te verenigen. In het voorstel voor de aanpassing van de Algemene wet bestuursrecht (Awb), dat op 20 januari 2023 in preconsultatie is gegaan, stelt de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties een wijziging voor van de tekst van art. 3:4, tweede lid van de Awb.⁵³ De voorgestelde wijziging moet het mogelijk maken dat alle besluiten kunnen worden getoetst aan het evenredigheidsvereiste, ook als deze besluiten zijn gebaseerd op een dwingende bepaling die is neergelegd in een wet in formele zin. Hiermee wordt beoogd meer ruimte te creëren om wetten in formele zin te toetsen aan het in de Awb neergelegde evenredigheidsvereiste. De minister geeft daarbij wel uitdrukkelijk aan dat het hier gaat om een noodventiel dat als *ultimum remedium* wordt geïntroduceerd.

In de toelichting op het voorstel beantwoordt de minister de voor de hand liggende vraag of daarvoor wijziging van de Grondwet nodig is ontkennend. De redenering is dat vastlegging in een gewone wet (de Awb) volstaat. Door

ber 2022, p. 916; Barkhuysen 2022.

46 Barkhuysen 2022.

47 E. ten Hoor en P.J.A. van Achthoven, 'Beginselen als rechtstoepassingsventiel': een pleidooi voor toetsing aan algemene rechtsbeginselen, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* (14) 2023/3, p. 167.

48 Ten Hoor en Van Achthoven 2023, p. 167-168.

49 HR 4 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, r.o. 3.5 (*Harmonisatiewet*).

50 HR 4 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*); Voermans 2023, p. 672.

51 Voermans 2023, p. 675; zie ook Vetzo, *Ars Aequi* november 2022, p. 915.

52 Voermans 2023, p. 675. En zie de brief van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak aan de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties met een reactie op het preconsultatieverzoek over het conceptwetsvoorstel Versterking waarborgfunctie Awb en de notitie over aanpassing van art. 3:4 Algemene wet bestuursrecht, 23 maart 2023.

53 Preconsultatie van het conceptwetsvoorstel Versterking waarborgfunctie Awb (te raadplegen via: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2023/01/20/aanbiedingsbrief-tk-toezending-ter-kennisname-teksten-pre-consultatie>).

opname van de toetsingsmogelijkheid in de Awb is niet langer sprake meer van een toetsing aan *ongeschreven* algemene rechtsbeginselen. Het voorstel van de minister is kritisch ontvangen. De voorzitter van de Afdeling vindt dat de zienswijze van de minister op de verhouding tussen het voorstel tot aanpassing van art. 3:4, tweede lid Awb en art. 120 Grondwet vragen oproept.⁵⁴ Hij signaleert dat het voorstel de taakverdeling tussen wetgever en rechter zoals deze is neergelegd in art. 120 Grondwet wijzigt. De Afdeling spoort de minister aan te onderzoeken of deze taakverdeling wel kan worden gewijzigd zonder wijziging van de Grondwet.

Uiteenlopende visies over de snelheid waarmee toetsing aan algemene rechtsbeginselen kan of moet worden mogelijk gemaakt

Over de wijze waarop en de snelheid waarmee het toetsingsverbod kan of moet worden aangepast, lopen de visies uiteen.⁵⁵ De meningen variëren daarbij tussen het ene uiterste, waarin de rechter nu al het toetsingsverbod eigenhandig terzijde kan schuiven, tot het andere uiterste, waarin alleen de (grond)wetgever – bij voldoende constitutionele rijpheid – het sein op groen kan zetten voor rechterlijke toetsing van wetgeving aan algemene rechtsbeginselen. Wij zetten de verschillende ‘smaken’ op hoofdlijnen uiteen.

Michiel Scheltema breekt al langere tijd een lans voor de toetsing van toepassing van gebonden bevoegdheden van wetten in formele zin aan het evenredigheidsvereiste uit art. 3:4, tweede

lid Awb.⁵⁶ Art. 3:4, eerste lid Awb bepaalt dat het bestuursorgaan de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen afweegt ‘voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit’. Waar een beperking niet in het tweede lid is opgenomen, kan volgens Scheltema ieder besluit (ook als dat berust op een gebonden bevoegdheid) aan het evenredigheidsvereiste worden getoetst.⁵⁷ Het toetsingsverbod staat volgens de lezing van Scheltema dus niet aan deze evenredigheidsbeoordeling in de weg. Tot op heden krijgt Scheltema zowel in de rechtspraak als in de wetenschap weinig bijval.⁵⁸

Staatsraden A-G Widdershoven en Wattel kwalificeren het toetsingsverbod als hinderpaal bij het bieden van individuele rechtsbescherming.⁵⁹ Zij pleiten daarom voor afschaffing van het toetsingsverbod. De rechter moet (de toepassing van) wetten in formele zin aan de algemene rechtsbeginselen kunnen toetsen, aldus Widdershoven en Wattel. Zij lijken er daarbij van uit te gaan dat het de Hoge Raad is – en niet de wetgever – die daarvoor de deur kan openzetten.⁶⁰

Voordat het zover is, zijn er volgens de staatsraden A-G drie instrumenten waarmee de rechter een evenredigheidstoets kan aanleggen bij gebruik van gebonden bevoegdheden uit

54 Brief van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspreek aan de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties met een reactie op het preconsultatieverzoek over het conceptwetsvoorstel Versterking waarborgfunctie Awb en de notitie over aanpassing van art. 3:4 van de Algemene wet bestuursrecht, 23 maart 2023.

55 Zo signaleren Julia Laninga en Michiel Duchateau, ook al in hun artikel “Niet verdisconteerde omstandigheden” en evenredigheidstoetsing van formele wetgeving, *NJB* 2023/24, p. 1976.

56 M. Scheltema, ‘De responsieve rechtsstaat: het burgerperspectief’, *NTB* 2019/24, p. 246-253; M. Scheltema, *Een wet van Meeden en Perzen? Geen onwrikbare wetgeving in het hedendaagse bestuursrecht*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Wetgeving 2021.

57 Scheltema 2019, p. 246-253.

58 Concl. Wattel en Widdershoven 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, onderdeel 9.4.3.1 en voetnoot 269.

59 Concl. Wattel en Widdershoven 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, onderdeel 9.6.

60 Ook Barkhuysen meent dat deze toetsing zonder Grondwetswijziging mogelijk moet zijn en dat de rechter zelf van het Harmonisatiewetarrest moet terugkomen. Zie: Barkhuysen 2022.

wetten in formele zin. Zo is er de mogelijkheid van beginselconforme uitleg van wettelijke bepalingen.⁶¹ Daarnaast noemen Wattel en Widdershoven het instrument van *contra legem* toepassing van algemene rechtsbeginselen,⁶² waarbij zij de aanbeveling doen om niet te snel aan te nemen dat de wetgever bepaalde omstandigheden heeft verdisconteerd. Tot slot is het mogelijk dat de wetgever de onevenredige uitkomst van bepaalde sancties uitdrukkelijk voor lief heeft genomen. Dan kan de bestuursrechter niet onverbindend verklaren noch buiten toepassing laten. Voor die – moeilijk voorstelbare, uitzonderlijke – situatie bevelen de staatsraden A-G aan dat de bestuursrechter een ‘rechterlijke verklaring van onverenigbaarheid’ uitspreekt, door in de uitspraak op te nemen dat de wet niet in verenigbaar is met algemene rechtsbeginsel.⁶³

Er zijn auteurs die het voornemen van het kabinet om constitutionele toetsing aan klassieke grondrechten mogelijk te maken, positief waarderen, maar menen dat dit niet ver genoeg gaat. De regering moet volgens auteurs zoals Ali Al Khatib, Jake Tingen en Tom Barkhuysen het ijzer smeden nu het heet is en gelijk ook toetsing aan algemene rechtsbeginselen mogelijk maken.⁶⁴ Al Khatib en Tingen stellen dat de voorstellen van het kabinet inzake het toetsingsverbod en de aanpassing van art. 3:4, tweede lid Awb de bestaande ongelijkheid in rechtsbescherming niet wegneemt en bovendien mogelijk zelfs vergroot. Om dit te voorkomen moet gelijktijdig met introductie van toetsing aan klassieke grondrechten ook toetsing aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur mogelijk worden gemaakt. Al Khatib en Tingen

menen dat een Grondwetwijziging hiervoor de geëigende weg is.⁶⁵

De (Grond)wetgever aan zet

Staatsraad A-G Sniijders vaart een gematigder koers dan staatsraden A-G Wattel en Widdershoven.⁶⁶ In zijn op 18 mei 2022 uitgebrachte conclusie signaleert hij dat er op dit moment, ondanks de toenemende roep om afschaffing, geen (politieke) overeenstemming bestaat over de wenselijkheid van het afschaffen van het toetsingsverbod.⁶⁷ Daarmee is er volgens Sniijders ‘onvoldoende draagvlak voor een koerswijziging door de rechter, op wiens pad die koerswijziging in ons stelsel in beginsel in het geheel niet ligt’.⁶⁸ Nu deze koerswijziging ziet op fundamentele wijziging van de verhoudingen tussen de staatsmachten, ligt het niet voor de hand dat de rechter daar eigenmachtig aan gaat sleutelen.⁶⁹ Sniijders bepleit ook een aanzienlijk terughoudender houding van de rechter tegenover de wetgever wat betreft de *contra legem* toepassing van algemene rechtsbeginselen. Zowel het primaat van de wetgever, als het toetsingsverbod brengen volgens hem met zich dat de rechter er in beginsel van moet uitgaan dat wetgeving berust op een behoorlijke afweging van belangen voor de gevallen die zij bestrijkt. De door de Afdeling geuite ‘kritiek’ op het regeringsvoorstel tot introductie van de toetsingsmogelijkheid aan algemene rechtsbeginselen

65 Al Khatib en Tingen 2023, p. 181-182.

66 Zie: <https://www.raadvanstate.nl/actueel/nieuws/@130037/conclusie-over-evenredigheidstoets/>, voor de vragen die de voorzitter van de Afdeling aan Sniijders stelde. Het gaat in de kern om de vraag of en zo ja, welke mogelijkheden de bestuursrechter heeft om een formele wet die het parlement heeft goedgekeurd, te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel.

67 Concl. Sniijders, 8 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441.

68 Concl. Sniijders, 8 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441, onderdeel 5.12. De lijn van Sniijders krijgt bijval van A.E.M. Leijten, ‘Toetsen of niet toetsen, that’s the question’, «JBplus» 2022/7, p. 110 e.v.

69 Leijten 2022, p. 110.

61 Concl. Wattel en Widdershoven 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, onderdeel 9.4.2.

62 Concl. Wattel en Widdershoven 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, onderdeel 9.4.4.

63 Concl. Wattel en Widdershoven 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, onderdeel 9.5.

64 Al Khatib en Tingen 2023; Barkhuysen 2022.

bij 'gewone wet', door aanpassing van art. 3:4, tweede lid Awb krijgt bijval van onder meer Karianne Albers en Raymond Schlössels.⁷⁰ Deze auteurs kwalificeren het voorstel als 'een mistige route naar een gewenst resultaat' en spreken van een geforceerde poging om art. 120 Grondwet en de vaste rechtspraak op dit punt buiten beschouwing te laten. Toch zien zij – zolang art. 120 Grondwet in zijn huidige vorm bestaat – wel heil in aanpassing van de Awb om meer evenredigheidsstoetsing mogelijk te maken. Albers en Schlössels stellen voor om aan art. 3:4 Awb een derde lid toe te voegen, dat luidt: '3. Voor de toepassing van het tweede lid kent een uit te oefenen bevoegdheid ruimte voor het afwegen van de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen ook indien deze ruimte niet volgt uit het wettelijk voorschrift waarop deze bevoegdheid steunt.' Dit voorschrift kan volgens de auteurs dienen als 'lex specialis' ten opzichte van de bijzondere wet. Het is dan aan de bijzondere wetgever om gemotiveerd van de Awb af te wijken. Ook Leon Timmermans ziet weinig brood in het preconsultatievoorstel.⁷¹ Hij acht de stelling van de regering dat het voorstel geen spanning oplevert met art. 120 Grondwet te kort door de bocht. Volgens hem wordt met de voorgestelde wijziging van art. 3:4 Awb het primaat van de wetgever verlegd naar de rechter. Hij stelt zichzelf daarbij, net als de Afdeling, de (retorische) vraag of het niet de (Grond)wetgever is die deze knoop moet doorhakken. Melanie van Zanten merkt op dat het Bosentan-arrest⁷² al duidelijk maakt dat het toetsingsverbod ook in de weg staat aan toetsing van wetten in formele zin aan een gecodificeerde norm van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en 6:248 Burgerlijk Wetboek) en dus mogelijk ook aan

een gecodificeerde norm van evenredigheid.⁷³ Niettemin zou het volgens haar goed zijn als de wetgever via aanpassing van art. 3:4, tweede lid van de Awb een workaround biedt. Een grondwetswijziging duurt volgens haar te lang en haar vrees is dat de rechter voorlopig geen andere uitleg aan het toetsingsverbod gaat geven, terwijl ook het muizengaatje van de *contra legem* toepassing van algemene rechtsbeginselen zijn beperkingen kent.⁷⁴

Voorlopig eindpunt in de discussie: de 1 maart-uitspraken van de Afdeling

Rechter en wetgever wezen steeds naar elkaar als het ging om de staatsmacht die het voortouw moe(s)t nemen bij het vooruithelpen van de rechtsontwikkeling en antwoorden moe(s)t geven op de vraag hoeveel ruimte de rechter toekomt bij de toetsing van (toepassing van) wetgeving in formele zin aan algemene rechtsbeginselen.⁷⁵ De visie van verschillende auteurs in de literatuur (en de staatsraden A-G Wattel en Widdershoven) ten spijt, is een voorlopig eindpunt dat de uitleg van art. 120 Grondwet zoals die is gegeven in het Harmonisatiewetarrest nog overeind staat.

In haar uitspraken van 1 maart 2023 oordeelde de grote kamer⁷⁶ van de Afdeling dat het bij de huidige stand van de rechtsontwikkeling (nog) niet mogelijk is om wetten in formele zin inhoudelijk te toetsen als toepassing van de wet

70 Schlössels en Albers 2023.

71 L.J.M. Timmermans, 'De baron von Münchhausen en het evenredigheidsbeginsel', *Gst.* 2023/20.

72 HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679 (*Bosentan*).

73 ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772, AB 2023/128, m.nt. M. van Zanten.

74 ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772, AB 2023/128, m.nt. M. van Zanten.

75 ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772, r.o. 9.9; *Kamerstukken II* 2021/22, 35925 VII, nr. 169, p. 9.

76 In deze grote kamer waren alle hoogste bestuursrechtcolleges vertegenwoordigd: de Hoge Raad, de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en de Afdeling (zie: <https://www.raadvanstate.nl/actueel/nieuws/maart/grote-kamer-loopt-aan-tegen-hardheid-wet/>, onder 'grote kamer en conclusie').

zeer onredelijk uitpakt.⁷⁷ Dat mag alleen als er bijzondere omstandigheden zijn die de wetgever bij het vaststellen van de wet niet onder ogen heeft gezien. Met deze uitspraken legt de Afdeling het initiatief voor verruiming van toetsingsmogelijkheden van formele wetten bij de (Grond)wetgever: voor toetsing van wetgeving in formele zin aan grondrechten en/of algemene rechtsbeginselen is wijziging van de (Grond) wet nodig.

De Afdeling had – kort gezegd – de volgende drie opties⁷⁸: a. overgaan tot toetsing van formele wetgeving aan het evenredigheidsbeginsel, zoals onder meer Wattel en Widdershoven betoogden,⁷⁹ b. het leerstuk van de niet verdisconteerde omstandigheden ‘extensief’ interpreteren, zodat extra toetsingsruimte ontstaat, zoals Snijders adviseerde in zijn conclusie⁸⁰ en c. vasthouden aan de in het Harmonisatiewetarrest⁸¹ verwoorde doctrine. In haar uitspraak van 1 maart 2023⁸² sloot de Afdeling aan bij de doctrine. De Afdeling erkent in deze uitspraken dat ook het evenredigheidsvereiste *contra legem* kan worden toegepast.⁸³ Daarbij wijst de Afdeling erop dat niet voorziene omstandigheden verschillend van aard kunnen zijn.⁸⁴ De eerste – uit het Harmonisatiewetarrest afkomstige categorie⁸⁵ – betreft omstandigheden die liggen in het handelen van het bestuursorgaan bij de toepassing van de wettelijke bepaling. Bij de tweede categorie die de Afdeling noemt, gaat

het om gevolgen van de toepassing van een wettelijke bepaling die niet stroken met wat de wetgever kan hebben bedoeld of voorzien. Van Zanten merkt op dat de Hoge Raad deze laatste categorie niet expliciet noemt in het Harmonisatiewetarrest en dat dit dus een (beperkte) verruiming kan inhouden.⁸⁶

4. Hoe verder: de (Grond)wetgever is aanzet, maar de rechter hoeft in de tussentijd niet stil te zitten

Gestage ontwikkeling van het denken over toetsing van (toepassing van) formele wetgeving
Afgaand op de inhoud van de hoofdlijnenbrief over toetsing van formele wetgeving aan klassieke grondrechten en de ‘evenredigheidsbijlage’ bij het conceptwetsvoorstel Versterking waarborgfunctie Awb⁸⁷, zal constitutionele toetsing er waarschijnlijk in één of andere vorm wel komen.⁸⁸ Nu het gaat om een fundamentele wijziging in de verhouding tussen wetgever en rechter, waarover geen consensus bestaat,⁸⁹ is de verwachting dat het nog wel een tijd zal duren voor het sein op groen staat voor constitutionele toetsing, waarbij de vraag blijft staan of die toetsingsmogelijkheid dan beperkt blijft tot klassieke grondrechten, of ook (direct al) ziet op algemene rechtsbeginselen. Als gezegd is er van verschillende kanten op gewezen dat niet volstaan kan worden met aanpassing van de Awb, maar dat de constitutionele weg moet worden bewandeld.⁹⁰ Dat betekent op zichzelf genomen al dat een lange adem nodig is van-

77 ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:852 en ECLI:NL:RVS:2023:772.

78 Laninga en Duchateau 2023, p. 1976.

79 Concl. Wattel en Widdershoven 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, onderdeel 9.6.

80 Concl. Snijders 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441, onderdelen 12.2 en 12.4.

81 HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725.

82 ECLI:NL:RVS:2023:772.

83 ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772, AB 2023/128, m.nt. M. van Zanten.

84 ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772, r.o. 9.13

85 HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, r.o. 3.9 (*Harmonisatiewetarrest*).

86 ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772, AB 2023/128, m.nt. M. van Zanten.

87 *Kamerstukken II* 2022/23, 29279, nr. 763, bijlage 3.

88 Zie ook juli Laninga en Duchateau 2023, p. 1978.

89 Zie brief van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van 22 april 2022 aan de minister voor Rechtsbescherming met een zienswijze over de invoering van constitutionele toetsing, en Laninga en Duchateau 2023, p. 1976.

90 Zie: Van Ettehoven, Al Khatib en Tingen 2023, Poelman en Baroen en Timmermans 2023.

wege de voor wijziging van de Grondwet ver-
eiste verzwaarde herzieningsprocedure.⁹¹
Een gehaaste (of overhaaste) systeemwijziging
zit er niet in. Grondwetsherzieningen plegen
langs lijnen van geleidelijkheid tot stand te
komen. Zij fungeren niet als breekijzer waar-
mee veranderingen in staatsbestel of samenle-
ving worden geforceerd, maar hebben tot doel
om breed gedragen opvattingen in de samenle-
ving te formaliseren.⁹² Zo luidt ook het Grond-
wetsherzieningsbeleid, zoals blijkt uit de
kabinetsreactie op het rapport van de Staats-
commissie Grondwet uit 2010. Minister Don-
ner verwoordde dat beleid als volgt: *Aanpassin-
gen [van de Grondwet] moeten voortvloeiën uit
ontwikkelingen die reeds in bestaande regelge-
ving of andere besluiten met voldoende draag-
vlak zijn bevestigd, dan in andere zin breed door
de samenleving worden gedragen. Er moet, met
andere woorden, een dringende behoefte aan
bestaan en het moet gaan om zaken die voldoende
constitutionele rijpheid vertonen.*⁹³

*In de tussentijd: de rol van de bestuursrechter bij
het verder brengen van het denken over rechter-
lijke constitutionele toetsing*

Introductie van de mogelijkheid van rechterlij-
ke toetsing van wetgeving in formele zin aan
algemene rechtsbeginselen betekent (in elk
geval een gedeeltelijke) verlegging van het pri-
maat van de wetgever naar de rechter. De
1 maart-uitspraken van de Afdeling leren dat

91 Een voorstel tot grondwetswijziging wordt door de regering ingediend, waarna de Tweede en Eerste Kamer het wetsvoorstel in eerste lezing – met een gewone meerderheid – (moeten) aannemen. Na gehouden verkiezingen wordt het in eerste lezing aangenomen voorstel ingediend bij de nieuw gekozen Tweede Kamer. Het wetsvoorstel moet in tweede lezing worden aangenomen met een tweederde meerderheid.

92 J.J.J. Sillen, 'De relatieve betekenis van de Grondwet voor de wetgever. Een beschouwing over de Nederlandse juridische grondwetscultuur in de twintigste eeuw', *Regelmaat* 2020/35, p. 400-411.

93 *Kamerstukken II* 2011/12, 31570, nr. 20, p. 4.

het aan de (grond)wetgever (en niet aan de rechter) is om daarbij (ook) de vraag te beantwoorden of die constitutionele toetsing verder gaat dan alleen toetsing aan klassieke grondrechten en ook toetsing aan (ongeschreven) algemene rechtsbeginselen gaat omvatten. Voorlopig betekent dit dat de bestuursrechter moet voortgaan op de met de uitspraken van 1 maart 2023 ingeslagen weg, waarin de bestuursrechter een doctrinair voorzichtig koers aanhoudt en zich onthoudt van 'toe-eigening' van hetgeen tot het primaat van de wetgever behoort.

Daarmee is volgens ons niet gezegd dat de rol van de rechter in het 'constitutionele rijpingsproces' en de verdere verfijning van het denken over verruiming van de toetsingsruimte op dit moment is uitgespeeld, of dat de rechter op zijn handen moet zitten tot de Grondwetgever heeft gesproken.⁹⁴ We hebben ons de vraag gesteld welke staatsrechtelijke mogelijkheden de bestuursrechter bij de huidige stand van zaken heeft om materieel onaanvaardbare uitkomsten in de toepassing van (door de formele wetgever vastgestelde) gebonden bevoegdheden aan de orde te stellen. Kijkend naar de 1 maart-uitspraken en de daaromheen verschenen literatuur zien wij de volgende mogelijkheden.

Exceptieve toetsing aan verdrags- en Unierecht

In gevallen waarin dat mogelijk is, kan de rechter (de toepassing van) een gebonden bevoegdheid uit een wet in formele zin toetsen aan

94 In de hoofdlijnenbrief gaf het kabinet over toetsing aan (ongeschreven) algemene rechtsbeginselen aan: *'Het huidige kabinet meent, in het licht van de rechtsontwikkeling, dat een nadrukkelijke afwijzing op voorhand van elke vorm van toetsing aan ongeschreven recht niet meer voor de hand ligt. Tegelijkertijd is de jurisprudentiële ontwikkeling nog volop in beweging en is het de vraag of er voor dit onderwerp voldoende constitutionele rijpheid aanwezig is. Het kabinet volgt deze ontwikkelingen en beziet wat onder de gegeven omstandigheden een passend vervolg is.'*

verdrags- of Unierecht. Zie bijvoorbeeld de uitspraken van de Afdeling van 30 november 2022⁹⁵, waarin de Afdeling oordeelde dat art. 1 van de Tijdelijke wet opschorting dwangsommen in strijd was met art. 47 van het EU Handvest, voor zover dit artikel de mogelijkheid uitsluit dat in een asielprocedure de bestuursrechter een rechterlijke dwangsom oplegt. Daarbij merken wij wel op dat met deze al lange tijd bestaande rechterlijke toetsingsmogelijkheid niet in alle gevallen voorkomen kan worden dat onevenredige besluiten (of wetgeving die onevenredige gevolgen in de hand heeft gewerkt) ongewijzigd in stand blijven.

De toetsingsladder uit de 1 maart-uitspraken; extra ruimte, of toch niet?

In gevallen waarin toetsing aan verdrags- en Unierecht niet mogelijk is en de wetgever de uitkomst van bevoegdheidstoepassing/besluitvorming dwingend heeft voorgeschreven, geven de 1 maart-uitspraken zoekrichtingen naar ruimte om onredelijke gevolgen van wets-toepassing weg te nemen of te minimaliseren. De rechter kan gericht onderzoek doen naar het antwoord op de vraag of überhaupt sprake is van een dwingendrechtelijke bepaling. Bieden de tekst van de bepaling, geschiedenis, doel en strekking, systeem van de wet, context van de bepaling en (praktische en maatschappelijke) gevolgen, aanknopingspunten om aan te nemen dat de wetgever ruimte heeft gelaten voor afwijking? Als geen sprake is van dwingend recht, is er ruimte voor een (aan art. 3:4, lid 2 Awb toetsbare) belangenafweging.⁹⁶

Als sprake is van een dwingend geformuleerde wettelijke bepaling, staat dat in de weg aan toetsing van de toepassing van die bepaling aan het evenredigheidsvereiste. Ook toetsing aan algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht is dan in beginsel niet mogelijk. In beginsel, omdat bezien moet worden of er

– vanwege bijzondere omstandigheden die de wetgever niet (ten volle) heeft verdisconteerd in zijn belangenafweging – aanleiding kan bestaan om tot een andere uitkomst te komen dan waartoe toepassing van de wettelijke bepaling leidt. Dat is het geval als die niet verdisconteerde bijzondere omstandigheden in de toepassing van de wettelijke bepaling zozeer in strijd zijn met algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht, dat die toepassing achterwege moet blijven. Bij de vraag of ruimte bestaat voor *contra legem* toepassing van algemene rechtsbeginselen of (ander) ongeschreven recht hoeft niet altijd eerst te worden nagegaan of sprake is van bijzondere omstandigheden die niet of niet ten volle in de afweging van de wetgever zijn verdisconteerd. Denkbaar is immers dat direct al duidelijk is dat de door de belanghebbende gestelde bijzondere omstandigheden geen *contra legem* toepassing van algemene rechtsbeginselen kan rechtvaardigen. In een dergelijke situatie behoeft de vraag of de gestelde bijzondere omstandigheden wel of niet (volledig) door de wetgever zijn verdisconteerd, geen afzonderlijke beantwoording.⁹⁷

Het antwoord op de vraag of de bijzondere omstandigheden door de wetgever onder ogen zijn gezien, althans betrokken zijn bij de totstandkoming van de wettelijke bepaling, moet komen van bestudering van de essentie van de bepaling en wat hierover is te vinden in de wetsgeschiedenis.⁹⁸

Van verschillende kanten is erop gewezen dat de verkenning van de ruimte voor *contra legem* toetsing aan het evenredigheidsbeginsel lijkt te worden beïnvloed door het streven naar responsief bestuursrecht, wat maakt dat ook persoonlijke omstandigheden van een burger in een specifieke zaak kunnen meebrengen dat

⁹⁵ ABRvS 30 november 2022, ECLI:NL:RVS:2022:3353.

⁹⁶ ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772, r.o. 9.1-9.6.

⁹⁷ ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772, r.o. 9.11-9.16.

⁹⁸ ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772, r.o. 9.16 en concl. van A-G. Sniijders, onderdeel 7.6.

onverkorte wetstoepassing niet wenselijk is.⁹⁹ Julia Laninga en Michiel Duchateau merken in hun NJB-bijdrage hierover op dat er in de zoektocht naar 'niet verdisconteerde omstandigheden' die ruimte creëren voor *contra legem* toetsing aan het evenredigheidsvereiste ten opzichte van het Harmonisatiewetarrest een subtiele verschuiving naar het burgerperspectief is aangebracht, waar de Afdeling overweegt: '[...] dat de niet verdisconteerde bijzondere omstandigheden verschillend van aard kunnen zijn. Ten eerste kunnen die omstandigheden gelegen zijn in het handelen van het bestuursorgaan bij de uitvoering of de toepassing van de wettelijke bepaling [...]. Ten tweede kan het gaan om gevolgen van de toepassing van de wettelijke bepaling die niet stroken met wat de wetgever kan hebben bedoeld of voorzien.'¹⁰⁰

Zij zien in de toevoeging van het 'ten tweede' een aanwijzing dat de Afdeling onder invloed van de tijdgeest ook ruimte ziet voor onderzoek of een wet in een voorliggend concreet geval wenselijk uitpakt, bij beantwoording van de vraag of een onredelijke uitkomst door de wetgever bij de belangenafweging is betrokken.¹⁰¹ De verwachting van Laninga en Duchateau is dat de toevoeging van de 'persoonlijke omstandigheden'-toets de drempel voor het voor het aannemen van *contra legem* werking van het evenredigheidsbeginsel iets verlaagt, al erkennen zij dat de daarop volgende normatieve vraag wat als (on)evenredig te gelden heeft, in ons huidige staatsrecht moet worden beantwoord door de wetgever. Niettemin breken zij een lans voor het aan de dag leggen van voldoende lef door de rechtspraak door – evenals bij lagere regelgeving aan de orde is – in voorkomend geval een hogere toetsingsintensiteit aan te leggen naarmate de regelgeving dieper

ingrijpt in het leven van betrokkenen, en in die gevallen in het kader van de exceptieve toetsing kritischer te kijken of de wetgever voldoende inzichtelijk heeft gemaakt welke omstandigheden al dan niet verdisconteerd moeten worden geacht in de wetgeving.

Samenwerking tussen de staatsmachten; algemene feedback van de rechter aan de wetgever

In gevallen waarin het aflopen van de 1-maart-ladder de rechter leidt tot de slotsom dat er geen ruimte is voor *contra legem* toepassing van algemene rechtsbeginselen, resteert de mogelijkheid dat de rechter – in het kader van de 'samenwerking tussen de staatsmachten' – door hem gesignaleerde knelpunten in wetgeving terugkoppelt aan de wetgever.

In haar reflectierapport naar aanleiding van de kinderopvangtoeslagzaken gaf de Afdeling bestuursrechtspraak aan dat '[a]ls de knelpunten buiten het terrein of de bevoegdheden van de (bestuurs-)rechter liggen [...] deze onder de aandacht [kunnen en moeten] worden gebracht van de wetgever en/of het bestuur'. De rechter heeft verschillende mogelijkheden om problemen in de wet te corrigeren en als de rechter daarbij gelet op zijn staatsrechtelijke positie tegen grenzen aanloopt, kan en mag van hem worden verwacht dat hij onvolkomenheden en ongerijmdheden signaleert, bijvoorbeeld door daarvoor uitdrukkelijk aandacht te vragen in de concrete uitspraak of in het jaarverslag, tijdens wetenschappelijke symposia of in publicaties en via de Afdeling advisering van de Raad van State.¹⁰²

Deze ambities van de Afdeling om de wetgever vaker en langs verschillende wegen van terugkoppeling uit de rechtszaal te voorzien, passen in een bredere tendens van 'samenwerking tussen de staatsmachten'. De informatie-uitwisseling tussen de staatsmachten en het belang van

99 Laninga en Duchateau 2023, p. 1979 en R. Becker, 'Een behoorlijke ontwikkeling? De conclusie van A-G Snijders over evenredigheid', *NJB* 2022/28, p. 2257.

100 ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772, r.o. 9.13.

101 Vgl. ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772, AB 2023/128, m.nt. M. van Zanten.

102 *Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken. Reflectierapport van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*, november 2021, p. 52 en 53.

de ‘trialoog’ tussen de staatsmachten krijgt allengs meer aandacht.

In oktober 2021 publiceerde de Venetiëcommissie haar rapport over, kort gezegd, de vraag of het Nederlandse bestuursrecht voldoende is toegerust om de burger voldoende bescherming te bieden en welke aanvullende *checks and balances* daartoe eventueel van toegevoegde waarde zouden kunnen zijn. Een van de aanbevelingen was om kanalen te creëren waarlangs de rechterlijke macht kan wijzen op wetgeving die in de praktijk tot systeemproblemen leidt.¹⁰³

De Staatscommissie Rechtsstaat¹⁰⁴ is gevraagd om advies over voorstellen of maatregelen ter bevordering van de *rule of law* en de rechtsstatelijke cultuur, waarbij een relatie wordt gelegd met het functioneren van de staatsmachten. Uit het op 1 augustus 2023 gepubliceerde werkprogramma van de Staatscommissie blijkt ook dat zij de interactie en informatie-uitwisseling tussen de staatsmachten bij haar advisering gaat betrekken.¹⁰⁵

Sinds 2017 bevat het jaarverslag van de Hoge Raad een overzicht van uitspraken die signalen aan de wetgever bevatten. Het kan daarbij gaan om signalering van juridisch-technische aandachtspunten zoals leemtes in de wet, regels die in strijd zijn met voorschriften van hogere orde, onduidelijke regelingen of regelingen die niet goed op elkaar zijn afgestemd.¹⁰⁶ De Hoge Raad doet dit vanuit de notie dat de wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht elk eigen verantwoordelijkheden hebben bij de inzet van wetgeving, maar ook een gemeenschappelijk (en maatschappelijk) belang dienen, te weten het belang van effectieve wetgeving die rechts-

zekerheid biedt aan rechtzoekenden en de samenleving. Bij het dienen van dit belang verkeren de staatsmachten ook in een wisselwerking met elkaar. Een doeltreffende wisselwerking tussen de drie machten zal onder meer de kwaliteit van het recht bevorderen, evenals de snelheid waarmee knelpunten in de wet kunnen worden herkend en opgelost. Signalen zijn bedoeld als een hulpmiddel. Het is aan de wetgever of die op een signaal van de Hoge Raad wil reageren, bijvoorbeeld met een wetgevingstraject of met een dialoog tussen medewetgevers.¹⁰⁷ Ook de Raad voor de Rechtspraak deelt – met ingang van zijn jaarverslag over 2021 – door rechters geconstateerde knelpunten in wetgeving (en beleid). De Raad voor de Rechtspraak geeft aan het delen van knelpunten ongemakkelijk te vinden, omdat de Raad voor de Rechtspraak hiermee naar eigen zeggen spanning in de trias opzoekt.¹⁰⁸ Tegelijkertijd is het noodzakelijk, omdat rechters soms als eersten zien wanneer mensen in levensontwrichtende situaties terechtkomen.¹⁰⁹

Samenwerking tussen de staatsmachten; overwegingen ten overvloede; ruimte voor een ‘verklaring van onverenigbaarheid’?

Naast de ‘jaarverslag’-route geeft de rechtspraktijk voorbeelden van terugkoppeling in concrete uitspraken. Jaap Polak en Ben Vermeulen staan in hun bijdrage elders in deze editie van «JBplus» stil bij de toename van het gebruik van de terugkoppelingsmogelijkheid.¹¹⁰

103Opinie Venetiëcommissie, para. 132.

104Ingesteld bij Koninklijk Besluit van 10 februari 2023, *Stcrt.* 2023, 7635.

105<https://www.staatscommissierechtsstaat.nl/documenten/publicaties/2023/08/01/werkprogramma>.

106.Zie over deze vorm van rechterlijke terugkoppeling aan de wetgever F.J. van Ommeren, ‘Terugkoppeling door de rechter aan de wetgever’, *RegelMaat* 2018/6, p. 345 e.v.

107Zie <https://www.hogeraad.nl/jaarverslag/contacten-wetgever>. In 2022 betrof dit 10 uitspraken. Dat waren er ook 10 in 2021, 8 in 2020, 4 in 2019, 10 in 2018 en 14 in 2017.

108Raad voor de Rechtspraak, Jaarverslag 2022, <https://jaarverslagrechtspraak.nl/>, onderdeel 4.1, onder ‘kennis delen’.

109Raad voor de Rechtspraak, Jaarverslag 2022, <https://jaarverslagrechtspraak.nl/>.

110J.E.M. Polak en B.P. Vermeulen, ‘Nieuw elan bij terugkoppeling door de bestuursrechter’, «JBplus» 2023/4.

In haar bijdrage aan het voorjaarsnummer van «JBplus» bespreekt Louise van Heusden de mogelijkheden voor de bestuursrechter om signalen over (gebrekkige) wetgeving via zijn uitspraken terug te koppelen aan de wetgever en hoe die terugkoppeling kan worden verbeterd.¹¹¹ Het vertrekpunt van Van Heusden is dat er verschillende situaties zijn waarin er behoefte kan zijn aan terugkoppeling door de bestuursrechter aan de wetgever.¹¹² Zo kan de rechter twijfel hebben over de rechtmatigheid van regelgeving omdat gemaakte belangenafwegingen onvoldoende inzichtelijk zijn, of niet overtuigd zijn van de empirische grondslag van de regeling en/of signalen hebben dat toepassing van de regeling in de praktijk anders uitpakt dan door de regelgever beoogd. In dergelijke gevallen ziet Van Heusden met name perspectief in de figuur van de ‘overweging ten overvloede’ als kanaal waarlangs de rechter terugkoppeling kan geven aan de regelgever.¹¹³ Van Heusden ziet wel dat gebruik van de figuur van de overweging ten overvloede begrensd wordt door de aard van de rechterlijke functie, maar meent dat er in het licht van de door burgerperspectief en maatwerk gedomineerde tijdgeest toch ruimte is voor ruimhartiger gebruik van de overweging ten overvloede als de bestuursrechter dit met het oog op de rechtsontwikkeling dienstig acht. In een dergelijke overweging ten overvloede kan de rechter de wet- en regelgever in overweging geven om te bezien of de regeling waaraan toepassing is gegeven aanpassing behoeft.¹¹⁴

111 L.A. van Heusden, ‘Terugkoppeling aan de bestuursrechter: uitspraak bevoegdheden bij de toetsing van algemeen verbindende voorschriften’, «JBplus» 2023/2.

112 Die zij overigens losziet van het vraagstuk van de toetsing van wetgeving in formele zin.

113 Andere – maar minder voor de hand liggende – figuren die zij bespreekt, betreffen de inzet van het instrument ‘voorlopige voorziening’ en ‘rechterlijk overgangsrecht’.

114 Zie: ABRvS 23 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3209, r.o. 28, met als opschrift: ‘Terugkoppeling aan de wetgever’, waarin de Afdeling teruggeeft dat het niet aan

De vraag is welke staatsrechtelijke ruimte de rechter heeft als het toegepaste regelgevingsproduct een wet in formele zin is. Kan de rechter ook dan in een overweging ten overvloede een ‘verklaring van onverenigbaarheid’¹¹⁵ uitspreken bij toetsing van een formele wet aan algemene rechtsbeginselen en daarmee uiting geven aan zijn oordeel dat de formele wet in strijd is met hoger recht? Max Vetzo beantwoordt die vraag bevestigend.¹¹⁶ Hij wijst erop dat de Hoge Raad in het Harmonisatiewet arrest – haast terloops – te kennen geeft dat de bepalingen uit de Harmonisatiewet in strijd zijn met het rechtszekerheidsbeginsel, maar licht toe dat en waarom de Hoge Raad daaraan geen gevolgen verbindt.¹¹⁷ Vetzo onderschrijft de bevinding van Widdershoven en Wattel dat geen rechtsregel zich ertegen verzet dat de rechter een declaratoir van onverenigbaarheid uitspreekt, mits en zolang hij daaraan maar geen rechtsgevolg verbindt. Uit de Grondwetgeschiedenis blijkt alleen dat het toetsingsverbod een bindende beoordeling van de grondwettigheid van wetten verbiedt, niet dat een niet-bindende beoordeling is uitgesloten. Ook uit een functionele uitleg van het toetsingsverbod volgt niet dat een verklaring van onverenigbaarheid niet is toegestaan. Naar zijn functie strekt het toetsingsverbod ertoe te waarborgen dat de wetgever het ‘laatste’ woord heeft bij interpretatie van hoger, nationaal recht.¹¹⁸ Het is aan de wetgever om voorbij te gaan aan een door de rechter gegeven terugkoppeling, omdat

de (bestuurs)rechter, maar aan de wetgever is om te voorzien in oplossingen voor structurele problemen. Een eerder voorbeeld van terugkoppeling biedt ABRvS 11 januari 2023, ECLI:NL:RVS:2023:79, r.o. 7. Zie verder: Schlössels en Albers 2023, par. 4.5.

115 Zoals Widdershoven en Wattel in hun conclusie van 7 juli 2021 bepleiten.

116 M.J. Vetzo, ‘Declaratoire innovatie. Of: hoe de ene verklaring van onverenigbaarheid de andere niet is’, *RMThemis* 2022/5, p. 207-221.

117 HR 14 april 19189, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, r.o. 3.1.

118 Vetzo, *RMThemis* 2022, p. 210 en 219.

hij er anders tegenaan kijkt of omdat hij vindt dat de rechter, ondanks alle voorzichtigheid en goede bedoelingen, toch te dicht op de politiek of het beleid is gaan zitten.¹¹⁹ Uit de voorzichtige bewoordingen waarin de Afdeling in haar recente uitspraak van 23 augustus jl. terugkoppeling geeft aan de (formele) wetgever leiden wij af dat de rechter zich er terdege van bewust is dat het aan de wetgever is om te beslissen wat hij met de goede raad doet: ‘28. [...] *De Afdeling is zich ervan bewust dat de door haar vastgestelde beslistermijnen geen oplossing bieden voor het (uitvoerings)probleem waarvoor de Belastingdienst/Toeslagen staat. De dienst heeft de Afdeling duidelijk gemaakt dat de termijnen zoals die nu in de Wet hersteloperatie toeslagen en de Awb staan, ook in de toekomst niet zullen worden gehaald en de hersteloperatie als geheel onder druk komt te staan door het instellen van beroepen gericht tegen het niet tijdig nemen van een besluit. [...] De wetgever heeft desondanks die termijnen niet willen aanpassen. Ook heeft de wetgever geen afwijkende regeling voor het nemen van besluiten op bezwaar vastgesteld. De Afdeling begrijpt dat het politiek gecompliceerd ligt om gedupeerde ouders met (nog) langere wettelijke termijnen te confronteren. Het ligt echter niet op de weg van de bestuursrechter – wiens taak erin is gelegen burgers die in beroep zijn gekomen tegen aan hen gerichte besluiten rechtsbescherming te bieden op basis van de geldende wetgeving – dit door de wetgever gecreëerde probleem van de dienst op te lossen, hoezeer zij dit probleem [...] ook onderkent. Zoals [...] overwogen, gaat het bieden van een structurele oplossing de taak van de bestuursrechter te buiten. Het is aan de wetgever om **desgewenst** alsnog te voorzien in een wettelijke regeling of een andere voorziening of oplossing’ [dikgedrukt toegevoegd].¹²⁰*

5. Afsluitend

De discussie over de (on)wenselijkheid van rechterlijke toetsing van wetten in formele zin aan in de Grondwet opgenomen grondrechten en algemene rechtsbeginselen is momenteel volop gaande. Op dit moment is de opvatting van de rechter dat het aan de (Grond)wetgever is om zich daarover uit te spreken (en niet aan de rechter om die toetsing zonder meer naar zich toe te trekken), zo leren de 1 maart-uitspraken van de Afdeling. De discussie in de literatuur, het initiatief dat moet leiden tot versterking van de waarborgfunctie van de Awb, en het langs verschillende wegen samenwerken tussen de staatsmachten laten zien dat tijdelijke stilstand in dit geval geen achteruitgang is. De voortekenen zijn dat de bestuursrechter op dit moment, ook binnen de doctrinair zuivere koers, al (extra) ruimte zoekt om in individuele gevallen te voorkomen dat onevenredige gevolgen van besluiten in stand blijven en dat wetgeving die onevenredige gevolgen in de hand heeft gewerkt ongewijzigd in stand blijft. Voor een patstelling of voor het stilvallen van de discussie hoeft niet te worden gevreesd. Onze verwachting is dat de rechter de komende tijd niet passief zal blijven afwachten welke aanvullende toetsingsruimte voor formele wetgeving hem door de Grondwetgever wordt toebedeeld. Er zijn verschillende instrumenten waarmee de rechter – binnen de staatsrechtelijke grenzen – de komende tijd kan blijven bijdragen aan verdere rijping van het denken over constitutionele toetsing.

Over de auteurs

Mr. M.P. Sluijter

Marie-Lise Sluijter is advocaat bij Pels Rijcken.

Mr. J.P. Heinrich

Jean-Paul Heinrich is advocaat bij Pels Rijcken.

¹¹⁹ Van Ommeren, 2018.

¹²⁰ ABRvS 23 augustus 2023, ECLI:NL:RVS:2023:3209.

11. Op weg met evenredigheid

De toepassing van het evenredigheidsbeginsel in het bestuursrecht: een stand van zaken

mr. J.L. Verbeek

De jurisprudentie van de hoogste bestuursrechters over de toetsing van discretionaire bevoegdheden aan het evenredigheidsbeginsel is flink veranderd. De Grote Kamer-uitspraak in de zaak 'Harderwijk' markeert deze verandering. Deze uitspraak bevestigt een al ingezette trend in de rechtspraak dat de doctrine van de marginale toetsing is verlaten en vervuild voor een toetsing aan de bewoordingen van het evenredigheidsbeginsel zoals dat in de Awb is gecodificeerd. In de uitspraak is een driestapstoets ontwikkeld om deze toets uit te kunnen voeren. Deze toetsingsmaatstaf is ontleend aan het Europese recht. Beoordeeld wordt of een besluit geschikt en noodzakelijk is om het door de wetgever beoogde doel te bereiken en of het besluit evenwichtig is. Zoals de Grote Kamer al voorzag, is lang niet in alle gevallen een toets aan alle drie de stappen noodzakelijk. Dat komt mede doordat het evenredigheidsbeginsel vaak wordt ingeroepen zonder deugdelijke onderbouwing. Enkel nadeel voor een belanghebbende maakt een besluit nog niet onevenredig nadelig. In de gevallen waarin de nieuwe driestapstoets wordt toegepast, werkt dat zonder problemen. Wel is er nog onduidelijkheid over de intensiteit waarmee de nieuwe toetsing aan het evenredigheidsbeginsel plaatsvindt.

1. Inleiding en leeswijzer

Het zal niemand die het bestuursrecht volgt, zijn ontgaan dat de toepassing van het evenredigheidsbeginsel in het brandpunt van de belangstelling staat. Dat heeft geleid tot belangrijke veranderingen in de jurisprudentie van de hoogste bestuursrechters. In dit artikel loop ik drie vragen na. Schoot de toepassing van het evenredigheidsbeginsel in het bestuursrecht inderdaad tekort, is de rechtsbescherming nu verbeterd en zijn we op de goede weg? Om die vragen te beantwoorden, neem ik de rechtspraak onder de loep over het toetsen van besluiten waarbij het bestuursorgaan een discretionaire bevoegdheid heeft (een bestuursorgaan 'kan' een bevoegdheid uitoefenen).

De opbouw van dit artikel is als volgt. Ik begin met een overzicht van manieren waarop de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel in zowel de civiele als de bestuursrechtspraak tot ontwikkeling is gekomen en in wetgeving is opgenomen. Dat is immers waar we in het bestuursrecht vandaan komen. Daaraan valt af te meten of de rechtsbescherming inderdaad is

verbeterd door de veranderde toepassing van het evenredigheidsbeginsel. Daarvoor breng ik de veranderingen van de afgelopen jaren in de rechterlijke toetsing aan het evenredigheidsbeginsel in kaart. Natuurlijk staan daarbij de uitspraak van 2 februari 2022 ('Harderwijk')¹ en de rechtspraak die daarop is gevolgd centraal. Maar de omslag die in deze uitspraak zijn beslag kreeg, hing al in de lucht. Op basis van al deze jurisprudentie kom ik tot een conclusie over de vraagstelling.

Nog een opmerking vooraf. Op bestuurlijke boetes is het evenredigheidsbeginsel ook van toepassing. De toetsing van boetebesluiten aan het evenredigheidsbeginsel heeft een eigen karakter en berust op specifieke wettelijke bepalingen die specifiek voor deze besluiten zijn geschreven.² Over deze toetsing gaat dit artikel niet.

¹ ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285.

² Met name art. 5:46 Awb.