

Constitutionele toetsing anno 2022: tussen dikastocratie en toeslagenschandaal

Max Vetzo*

Constitutionele toetsing staat volop in de belangstelling. Getuige de ‘Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing’ wil het kabinet-Rutte IV nu ook echt werk gaan maken van wijziging van het toetsingsverbod. Het kabinet balanceert daarbij tussen meer rechterlijke rechtsbescherming enerzijds en het voorkomen van vergaande wijzigingen in de verhouding rechter-wetgever anderzijds. Voor het verdere debat over constitutionele toetsing anno 2022 is het behulpzaam als enkele van de (oudere) dichotomieën waarvan het kabinet zich bij die evenwichtsoefening bedient, worden ingeruild voor hedendaags, verfijnder rechtsdenken.



1 Inleiding

Constitutionele toetsing is een *hot topic*. Dat is niet voor het eerst. Sterker nog: haast geen staatsrechtelijk debat krijgt het stempel

‘evergreen’ zo terecht opgedrukt als de meer dan 170 jaar oude discussie over de kwestie of de rechter formele wetten zou moeten kunnen toetsen aan de Grondwet (Gw). Aloude thematiek of niet, nu de recente plannen van het kabinet-Rutte IV om wijziging van het toetsingsverbod ter hand te nemen concreet vorm beginnen te krijgen, staat – voor het eerst sinds het ter ziele gaan van het voorstel-Halsema¹ – een fundamentele vraag over de positie van de rechter in

het staatsbestel weer prominent op de politieke agenda: mag de rechter formele wetgeving toetsen op verenigbaarheid met de Grondwet? In de recente ‘Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing’ geeft het kabinet een aanzet voor een bevestigende beantwoording.²

Haast geen staatsrechtelijk debat krijgt het stempel ‘evergreen’ zo terecht opgedrukt als de meer dan 170 jaar oude discussie over de kwestie of de rechter formele wetten zou moeten kunnen toetsen aan de Grondwet

* Mr. M.J. Vetzo is promovendus aan de Universiteit Utrecht en als zodanig verbonden aan het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging en het onderzoekskluster Empirical Research into Institutions for Conflict Resolution (ERI).

1 *Handelingen II* 2018/19, nr. 10, item 8, p. 1.
2 ‘Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing’, 1 juli 2022, www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2022/07/01/kamerbrief-over-hoofdlijnen-constitutionele-toetsing (hierna: Hoofdlijnenbrief 2022).
3 L. van den Berge, ‘Bestuursrecht na de toeslagenaffaire: hoe nu verder? Over het rechtskarakter van het bestuursrecht’, *AA* 2021, afl. 11, p. 987-995 (AA20210987).
4 Voor trefzekere beschrijvingen van het debat, zie J.C.A. de Poorter, ‘Is Neder-

land verworden tot een dikastocratie?', *NTB* 2020, afl. 3, p. 105-113 en R.J.B. Schutgens, 'Dikastocratie of uitholling van de rechtsstaat?', in: R.J.B. Schutgens, M. Kuijter & D.M. de Knijff, *De staat van de rechtspraak. Nederlandse vereniging voor procesrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2021.

- 5 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*) en ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, *AB* 2019/309, m.nt. Ch.W. Backes en ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604, *AB* 2019/308, m.nt. Ch.W. Backes.
- 6 Zie bijv. *Handelingen I* 2019/20, nr. 19, item 6, p. 3 e.v. en p. 77.
- 7 Zoals een (reeds in hoger beroep vernietigde) uitspraak van de Haagse voorzieningenrechter waarin de Staat werd verplicht de kinderen van Syriëgangers te repatriëren (Rb. Den Haag 11 november 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:11909) en de *Rookverbod*-arresten van de Hoge Raad (onder meer HR 27 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1449, *NJ* 2019/377).
- 8 Zie over enkele overeenkomsten onder meer J.E.M. Polak, 'De polsstok van een rechter in de repressieve samenleving', *NJB* 2022, afl. 26, p. 2056-2059, S. van Deursen & M.J. Vetzo, 'Het avondkloortje in context', *NTBR* 2021, afl. 9, p. 255-256 en De Poorter 2020, p. 105-107.
- 9 Vooral Koopmans' constatering dat de rechter langzaam zou kunnen verworpen tot 'Nebenbühne der Politik' wordt in dat verband veelvuldig aangehaald. Zie HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3693, *NJ* 2002/217, m.nt. T. Koopmans, punt 2 (*Inzet Kernwapens*).
- 10 R. Hirschl, 'The Judicialization of Politics', in: R.E. Goodin (red.), *The Oxford Handbook of Political Science*, Oxford: OUP 2011.
- 11 J. Vranken, 'Wie beschermt de rechtspraak?', *NJB* 2020/491.
- 12 Zie onder meer de bijdragen in R.H.T. Jansen e.a. (red.), *Trouble in de trias. Bijdragen over de verhoudingen tussen de Nederlandse staatsmachten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2021.
- 13 Zie bijv. HR 18 maart 2022, ECLI:NL:HR:2022:380, *AB* 2022/161, m.nt. R. Stijnen (*Avondklok*) en HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963, *BNB* 2022/27, m.nt. E.J.W. Heithuis (*Box III*).
- 14 Zie recent F.B. Bakels, 'Rechtspraak en politiek', *NJB* 2022, afl. 18, p. 1462 over de toeslagenaffaire als 'tegenvoeter' van de hiervoor geschetste tendens en Polak 2022, p. 2061 over de toeslagenaffaire die het dikastocratiëdebat 'naar de achtergrond' drong.
- 15 Tweede Kamer der Staten-Generaal, *Verslag Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag. Ongekend onrecht*, 2020, p. 7, www.tweedekamer.nl/sites/default/files/atoms/files/20201217_eindverslag_parlementaire_ondervragingscommissie_kinderopvangtoeslag.pdf.
- 16 Zie ook J.C.A. de Poorter, 'Ongekend onrecht in de kinderopvangtoeslag en de rol van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State', *JBPlus* 2021, afl. 1, p. 14-16.
- 17 B.J. van Etekoven, 'Tussen wet en recht', *NJB* 2020, afl. 2, p. 98-107.

In het licht van het debat over de rol van de rechter dat tot vrij recent domineerde, kan dat als verrassend worden beschouwd. Na het *Urgenda*-arrest van de Hoge Raad en andere spraakmakende 'politiek gevoelige' rechterlijke uitspraken ging het vooral over de vraag hoe grenzen aan de bevoegdheid van de rechter konden worden gesteld. Na het ongekende onrecht van het toeslagenschandaal slingerde de pendule de andere kant op: hoe moet een te terughoudende rechterlijke opstelling worden voorkomen, ten behoeve van het realiseren van effectieve rechtsbescherming? Dat was de vraag. Daarmee werd niet alleen het stelsel van bestuursrechtelijke rechtsbescherming plots *talkshowfähig*,³ maar kwam ook het toetsingsverbod nadrukkelijker op de politieke radar.

In deze bijdrage positioneer ik de door het kabinet voorgestelde vormgeving van constitutionele toetsing tegen de achtergrond van de debatten over de rol van de rechter en het met toetsing nagestreefde doel: het verbeteren van rechtsbescherming

In deze bijdrage positioneer ik de door het kabinet voorgestelde vormgeving van constitutionele toetsing tegen de achtergrond van deze debatten over de rol van de rechter en het met toetsing nagestreefde doel: het verbeteren van rechtsbescherming. Ik schets daartoe in paragraaf 2 hoe de positie van de rechter in de trias in beide discussies op tegenovergestelde wijze aan bod kwam. In paragraaf 3 bespreek ik hoe de kabinetsbrief kan worden beschouwd als een evenwichtsoefening tussen deze debatten. Constitutionele toetsing moet worden ingevoerd ten behoeve van het versterken van de rechtspositie van burgers, maar om te voorkomen dat de rechter te zeer in politiek vaarwater komt, kan die rechtsbescherming niet te ver reiken. Dat roept evenwel de vraag op welke 'winst' nu in termen van rechtsbescherming wordt geboekt

met toetsing in de voorgestelde variant. In paragraaf 4 introduceer ik die vraagstelling, waarna ik in paragraaf 5 aangeef hoe de evenwichtsoefening van het kabinet op twee punten – toetsing aan sociale grondrechten en algemene rechtsbeginselen – vanuit rechtsbeschermingsoptiek (mogelijk) nadelig dreigt uit te pakken. Die bespreking laat zien hoe het debat over constitutionele toetsing er bij gebaat kan zijn als enkele binaire classificaties waar het kabinet naar verwijst, worden verfijnd en geactualiseerd.

2 Van dikastocratie naar toeslagenschandaal

Medio 2019 vormde een beperkt aantal rechterlijke oordelen aanleiding voor verhit politiek debat over de rol van de rechter. Vanuit de rechterzijde van het politieke spectrum werd stevig geageerd tegen deze beslissingen waarmee de rechter zich overmatig met 'politieke aangelegenheden' zou bemoeien.⁴ Vooral het *Urgenda*-arrest moest het daarbij ontgelden, maar evengoed werd gewezen op de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak waarin het Programma Aanpak Stikstof (PAS) in strijd werd geacht met de Habitatrichtlijn.⁵ Hoewel op belangrijke punten juridisch totaal verschillend van aard, hadden beide uitspraken verstrekking politieke repercussies: de overheid moest zijn CO₂-reductiedoelen op korte termijn bijstellen en de stikstofcrisis kwam ermee aan het licht.

De uitspraken werden geframed als een uiting van een 'dikastocratie', een staatsbestel waarin belangrijke maatschappelijke keuzes door rechters, en niet door wetgever of bestuur, worden gemaakt.⁶ Het gebruik van die bepaald pejoratief bedoelde term werd gestut onder verwijzing naar andere oordelen van politiek belang.⁷ In al die uitspraken, die telkens verstrekking, breed uitstralende politieke, feitelijke en/of juridische gevolgen hadden, kreeg de overheid een tik op de vingers en zag de rechter zich – doorgaans op verzoek van belangengroepen – genoodzaakt (collectieve) rechtsbescherming te bieden wegens schending van Unie- of verdragsrecht.⁸ Hoewel de contouren van een ontwikkeling waarin de rechter wordt betrokken bij hoogpolitieke geschillen al veel eerder duidelijk

werden,⁹ zou de in internationale literatuur omschreven ‘judicialisation of politics’ nu ook Nederland hebben bereikt.¹⁰ Dat riep vragen op die in het politieke debat werden vertaald tot doorgaans ongenueanceerde en onbehulpzame kritiek,¹¹ maar die tegelijkertijd aanleiding gaven tot een serieus rechtswetenschappelijk debat.¹² De aloude vraag naar de gewenste positie van de rechter in de trias en de noodzaak van enige begrenzing daarvan stond daarin doorgaans centraal. Het dikastocratie-debat lijkt inmiddels wat in hevigheid afgenomen, maar jurisprudentie van politiek belang vormt een terugkerend rechterlijk agendapunt.¹³

Het dikastocratie-debat lijkt inmiddels wat in hevigheid afgenomen, maar jurisprudentie van politiek belang vormt een terugkerend rechterlijk agendapunt

Met het aan het licht komen van het toeslagenschandaal sloeg het debat over de rol van de rechter echter (ook) een andere richting in.¹⁴ Vooral het rapport van de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag vormde in dit kader een keerpunt, toen de Afdeling bestuursrechtspraak daarin werd verweten te hebben bijgedragen aan de schending van rechtsstatelijke grondbeginselen door het in stand houden van de spijkerharde alles-of-niets-benadering van de Belastingdienst/Toeslagen.¹⁵ Ook de discussie in de nasleep van dit rapport werd lang niet altijd beheerst door nuance.¹⁶ Wel werd tegelijkertijd de toon gezet voor een andere wending in het debat over de rol van de rechter: niet meer, maar minder rechterlijke terughoudendheid was daarbij het devies. Nu het toetsingsverbod werd aangewezen als sta-in-de-weg bij het bieden van rechtsbescherming tegen op formele wetgeving gebaseerde, gebonden bevoegdheidsuitoefening, werd ook artikel 120 Gw actueel onderwerp van discussie.¹⁷

Volledig in lijn met heersende bestuursrechtelijke discussies over maatwerk en responsiviteit was het toetsingsverbod in rechtswetenschappelijke discussies nadien een terugke-

rend thema.¹⁸ Daarbij werd onder meer betoogd dat de Hoge Raad op zijn in het *Harmonisatiewet*-arrest gezette schreden terug zou moeten keren en algemene rechtsbeginselen van het toetsingsverbod uit moest zonderen, of dat de rechter – minst genomen – de in dat arrest gelaten billijkheidsuitzondering voor niet-verdisconteerde omstandigheden ruim op kon vatten.¹⁹ Parallel daaraan werd vanuit politieke hoek opgeroepen tot afschaffing van het toetsingsverbod, waarbij eveneens op steun kon worden gerekend van fracties die voorheen minder warme gevoelens koesterden voor constitutionele verandering.²⁰ Het toeslagenschandaal gaf zo een verder zetje aan de discussie over afschaffing van het toetsingsverbod; een discussie die reeds op de parlementaire agenda was geplaatst door het rapport van de staatscommissie parlementair stelsel, dat adviseerde om het toetsingsverbod af te schaffen en toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet te beleggen bij een constitutioneel hof.²¹ Het door het kabinet-Rutte III in reactie op dit advies geuite plan om over te gaan tot een ‘nadere afweging’ over constitutionele toetsing,²² ontwikkelde zich nadien tot het voornemen van het kabinet-Rutte IV om de ‘uitwerking van constitutionele toetsing ter hand te nemen’.²³ Het publieke en rechtswetenschappelijke debat over de rol van de rechter na de toeslagenaffaire bewoog zich zo in een richting tegengesteld aan de dikastocratiediscussie: niet de grenzen van de rechterlijke bevoegdheid stonden centraal, maar juist de mogelijkheden om die grenzen te verleggen ten behoeve van het bieden van rechtsbescherming.

3 De Hoofdlijnenbrief van het kabinet

Met de in juli 2022 aan de Tweede Kamer aangeboden ‘Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing’ geeft het kabinet een eerste aanzet voor de hiervoor genoemde uitwerking. In de brief weegt het kabinet verschillende opties en komt op basis daarvan tot een voorkeur voor de wijze waarop constitutionele toetsing gestalte dient te krijgen. Daarbij kunnen twee met elkaar verbonden vragen worden geïdentificeerd: die naar het doel van constitutionele toetsing en de vormgeving ervan.

- 18 Onder meer J.E. Esser & R.G. Becker, ‘Maak van maatwerk de regel’, *NTB* 2021, afl. 4, p. 249-257.
- 19 Zie prominent de conclusie van staatsraden advocaat-generaal R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 en negatief over het verlaten van de *Harmonisatiewet*-lijn, maar evenzeer voorstander van een ruime invulling van de billijkheidsuitzondering – zij het wat minder expliciet, maar met een resultaat dat daarvan maar weinig afwijkt – conclusie staatsraad A-G G. Sniijders van 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441.
- 20 Motie-Kuik c.s., *Kamerstukken II* 2020/21, 28362, nr. 47 en motie-Simons, *Kamerstukken II* 2020/21, 35925 VII, nr. 43.
- 21 Staatscommissie parlementair stelsel, *Lage drempels, hoge dijken. Democratie en rechtsstaat in balans*, Amsterdam 2018.
- 22 Kabinetsstandpunt over het advies van de staatscommissie parlementair stelsel, bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 34430, nr. 10, p. 20.
- 23 VVD, D66, CDA en ChristenUnie, *Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst. Coalitieakkoord 2021-2025*, 15 december 2021, p. 6.
- 24 Behoudens verwijzingen naar de hiervoor omschreven moties wordt de link met de toeslagenaffaire in de brief niet gelegd (zie Hoofdlijnenbrief 2022, p. 5). Wel keert deze in andere uitlatingen van de verantwoordelijke bewindspersonen terug. Zie R. Meijer, ‘Kabinet wil dat rechters wetten kunnen toetsen aan de Grondwet’, *de Volkskrant* 5 juli 2022. Wat meer abstracte (neven)doelen die hiermee bovendien zijn gediend, zijn het versterken van de praktische en maatschappelijke waarde van de Grondwet en – daarmee – een versteviging van ‘rechtsstatelijke waarborgen’. Zie Hoofdlijnenbrief 2022, p. 3.
- 25 Hoofdlijnenbrief 2022, p. 4.
- 26 Hoofdlijnenbrief 2022, p. 4.
- 27 Hoewel grondwetsuitleg veelvuldig in verband wordt gebracht met een ‘politieke’ rol van de rechter blijft de vraag wat het kabinet – dat in deze passage opvallend behoudend en genuanceerd formuleert – met de term ‘politiek’ bedoelt en waarom zaken die de uitleg van de grondwet behelzen in sterkere mate ‘politieke aspecten’ kennen dan andersoortige geschillen. Hierover D. Grimm, ‘What Exactly Is Political about Constitutional Adjudication?’, in: C. Landfried (red.), *Judicial Power: How Constitutional Courts Affect Political Transformations*, Cambridge: CUP 2019.
- 28 Hoofdlijnenbrief 2022, p. 5. Zie in die trant over de ‘nadelen’ van constitutionele toetsing reeds het kabinetsstandpunt over het advies van de staatscommissie parlementair stelsel, p. 20.
- 29 Hoofdlijnenbrief 2022, p. 7-15.
- 30 T. Koopmans, *Vergelijkend publiekrecht*, Deventer: Kluwer 1986, p. 12 en S.K. Martens, ‘De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter’, *NJB* 2000, p. 747-758, onder verwijzing naar HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*), *NJ* 1989/469, m.nt. M. Scheltema, r.o. 3.5.
- 31 Hierover, in samenhang met art. 8:3 Awb, J.C.A. de Poorter & F. Çapkart, ‘Rechterlijke toetsing van algemeen verbindende

voorschriften', *NTB* 2017, afl. 3, p. 84 en Y.E. Schuurmans, 'Toeslagenaffaire: outlier of symptoom van het systeem?', *RMThemis* 2021, afl. 6, p. 206.

- 32 Zo wordt art. 120 Gw wel als grondslag aangevoerd voor de regel dat de rechter niet ingrijpt in lopende wetgevingsprocessen. Zie HR 19 november 1999, ECLI: NL:HR:1999:AA1056, *NJ* 2000/160, m.nt. T. Koopmans (*Tegelen*). Ook fungeert het (in tandem met art. 94 Gw) als grondslag voor het 'spiegelbeginsel' dat meebrengt dat de rechter formele wetgeving niet buiten toepassing mag laten op grond van een uitleg van het EVRM die verder strekt dan uit Straatsburgse rechtspraak volgt. Zie onder meer HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, *AB* 2018/12, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.
- 33 *Stb.* 2022, 332 en *Stb.* 2022, 331. Hierover respectievelijk J. Goossens & M.P. Kuijvenhoven, 'De invoering van een algemene bepaling of preambule bij de Nederlandse Grondwet in rechtsvergelijkend perspectief', *AA* 2022, afl. 5, p. 419 (AA20220412) en M.J.F.M. de Werd, *De derde staatsmacht. Over kracht en kwetsbaarheid van de rechtspraak* (oratie Amsterdam UvA), 2019.
- 34 Zie bijvoorbeeld M. van Zanten, 'Naar een indringender exceptieve toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan algemene rechtsbeginselen', *NTB* 2020, afl. 8, p. 564-471.
- 35 In die zin G.J.M. Corstens, 'Naar een constitutioneel hof?', *NJB* 2022, afl. 24, p. 1914 naar aanleiding van het toeslagenschandaal.
- 36 Enkele recente oproepen tot het instellen van een dergelijk hof kwamen voort uit noodzaak tot adequate constitutionele plaatsbepaling. Daarbij kan een constitutioneel hof fungeren als tegenwicht of vraagbaak voor gewone rechtscolleges die als *de facto* constitutionele rechter opereren, maar daarbij constitutionele vragen van machtsevenwicht soms wellicht te eenvoudig passeren ten behoeve van het bieden van rechtsbescherming. Vgl. G. Boogaard, 'Urgenda: Tijd voor een constitutioneel hof?', *AA* 2020, afl. 9, (AA20200862), p. 863, naar aanleiding van *Urgenda*. Vanuit die optiek neemt met toekenning van een grondwettelijk toetsingsrecht aan de gewone rechter en het verschuiven van de institutionele betekenis van art. 120 Gw ook de noodzaak van geconcentreerde, constitutionele rechterlijke expertise toe. Het kabinet laat zich daarover echter niet uit en overweegt in de Hoofdlijnenbrief 2022 (p. 12-13) – op zich terecht – dat een constitutioneel hof niet noodzakelijk is voor invoering van toetsing en dat daarbij allerhande praktische en principiële bezwaren opdoemen.
- 37 Die vraag kan van het voorgaande worden onderscheiden, maar hangt daar eveneens nauw mee samen. Hoe minimaler de wijzigingen aan art. 120 Gw, hoe minder eenvoudig gesteld kan worden dat daarmee ook de 'traditionele plaats' van de rechter in het staatsbestel van kleur verschieft.
- 38 Vgl. de grondrechtsspecifieke beperkingseisen in het EVRM of de algemene beperkingsclausule van art. 52 Handvest, maar ook (bijvoorbeeld) art. 36 van de Zuid-Afrikaanse Constitutie en art. 1

Het voornaamste doel dat het kabinet voor ogen heeft met constitutionele toetsing kan goed worden begrepen tegen de achtergrond van de toeslagenaffaire en de door de Tweede Kamer aangenomen moties die strekten tot afschaffing van het toetsingsverbod: het verbeteren van rechtsbescherming tegen de overheid.²⁴ Tegelijkertijd benadrukt het kabinet een 'belangrijk punt van overweging' van 'rechtsstatelijke en constitutionele orde'.²⁵ Het toetsingsverbod geeft de democratisch gelegitimeerde wetgever de bevoegdheid tot finale uitleg van de Grondwet bij de uitleg en toepassing van de formele wet. Met de invoering van constitutionele toetsing verschuift die bevoegdheid naar de rechter, die deze specifieke vorm van legitimatie ontbeert, waarbij het kabinet aanstipt dat die uitleg en toepassing van ons staatkundig basisdocument soms ook een deels politieke aangelegenheid zijn. De rechter wordt evenwel geacht in mindere mate geschikt te zijn te oordelen over zaken die 'in meer of mindere mate politieke dimensies hebben'.²⁶ Nog los van wat het kabinet met die hier bedoelde overwegingen precies bedoelt,²⁷ worden de repercuties van dit aandachtspunt in een volgende passage duidelijk. Wijziging van het toetsingsverbod leidt hoe dan ook tot een verschuiving in het machtsevenwicht in de trias, maar omdat 'politieke keuzes' democratische legitimatie behoeven, mag die verschuiving niet verstrekkend zijn. Meer rechtsbescherming? Ja! Maar wel zonder 'vergaande wijzigingen' in de verhouding tussen rechter en wetgever.²⁸ Daarmee reflecteert de kabinetsbrief evengoed het centrale thema uit het dikastocatiëdebat: de mate waarin grenzen moeten worden opgelegd aan een deels 'politieke' rol van de rechter.

Het kabinet kiest niet voor een constitutioneel hof, wil toetsing aan sociale grondrechten uitsluiten, houdt een slag om de arm wat betreft toetsing aan algemene rechtsbeginselen en opteert niet voor niet-bindende toetsingsvarianten als constitutioneel ideaal

4 De winst van constitutionele toetsing

Wat betreft de vormgeving van toetsing, kan de voorkeur van het kabinet – heel kort – als volgt worden samengevat: het kabinet opteert voor bindende rechterlijke toetsing van in werking getreden wetten (toetsing *ex post*) aan klassieke grondrechten, waarbij iedere rechter in een stelsel van gespreide toetsing rechtsgevolgen mag verbinden aan zijn toetsingsoordeel door formele wetgeving wegens strijd met de genoemde grondrechten buiten toepassing te laten. Het kabinet kiest aldus niet voor een constitutioneel hof, wil toetsing aan sociale grondrechten uitsluiten, houdt een slag om de arm wat betreft toetsing aan algemene rechtsbeginselen en opteert niet voor niet-bindende toetsingsvarianten als constitutioneel ideaal.²⁹

In deze bijdrage past uiteraard enige voorzichtigheid met commentaar op het kabinetsvoornemen. Het gaat om een eerste aanzet, die verdere uitwerking en verfijning behoeft. Tegelijkertijd is het juist in een zodanig vroeg stadium van belang kritisch te reflecteren op de (voorlopig) door het kabinet voorgestelde vormgeving van toetsing en de daaraan ten grondslag gelegde argumentatie. In het licht van het primaire doel dat het kabinet met wijziging van artikel 120 Gw voorstaat, is een belangrijke vraag daarbij wat de rechtzoekende burger nu wint met toetsing in de voorgestelde variant. Die vraag kan op twee manieren worden aangevlogen.

Een eerste benadering is indirect en institutioneel van aard. Artikel 120 Gw wordt bepalend geacht voor de positie die de rechter 'traditioneel' in ons staatsbestel toekomt en reflecteert als zodanig het 'primaat van de wetgever'.³⁰ Zo sorteert het toetsingsverbod effect voorbij zijn strikte, tekstuele grenzen. Het artikel wordt niet alleen in meer algemene zin in verband gebracht met een 'cultuur' van rechterlijke terughoudendheid ten opzichte van de producten van democratische gelegitimeerde regelstellers,³¹ maar is in de rechtspraak ook gebruikt als kapstok waaraan diverse leerstukken worden opgehangen die de rechter tot voorzichtigheid manen ten opzichte van (de uitkomsten van) het democratische, regelstellende proces.³² Zeker in combinatie met recente grond-

wetwijzigingen, zoals het invoegen van een algemene bepaling en het grondwettelijk verankeren van het recht op een eerlijk proces,³³ en andere publiekrechtelijke ontwikkelingen, zoals de tendens richting intensievere toetsing van algemeen verbindende voorschriften,³⁴ zal wijziging van het toetsingsverbod hoe dan ook nopen tot heroriëntatie op de verhouding tussen rechter en wetgever. Dat kan in het voordeel uitvallen van de burger die procedeert tegen formele wetgeving, doordat op artikel 120 Gw geënte leerstukken minder ruim worden uitgelegd, of – in meer algemene zin – omdat de ‘mentale ruimte’ voor de rechter om rechtsbescherming te bieden groter kan zijn waar de rechter beschikt over de bevoegdheid tot constitutionele toetsing.³⁵ De vraag of het kabinet in het licht van die mogelijke vorm van winst en de noodzaak tot constitutionele heroriëntatie de mogelijkheid van een constitutioneel hof niet wat te eenvoudig terzijde schuift, laat ik op dit punt rusten.³⁶

In het navolgende richt ik mij op een tweede, wat directere benadering; het prangende punt is daarin wat de burger nu concreet opschiet met toetsing aan enkel klassieke grondrechten uit de Grondwet.³⁷ De grondwettelijke vrijheidsrechten worden immers gekenmerkt door een formele beperkingssystematiek, die de wetgever grote vrijheid geeft bij het inperken van grondrechten mits daarbij wordt voldaan aan de gestelde legaliteitseisen. Neem artikel 10 lid 1 Gw, dat enkel vereist dat een inperking van het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer kan worden herleid tot de wet in formele zin. Anders dan in systemen met materiële beperkingseisen (vaak met een vorm van evenredigheidstoetsing), zoals bij toetsing aan het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, bij toetsing aan het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie of in andere jurisdicties,³⁸ valt er voor de rechter dan maar bar weinig te toetsen.³⁹ Dat hiaat zou door de grondwetgever kunnen worden opgevuld door te gaan sleutelen aan de formulering van de beperkingseisen die in het eerste hoofdstuk van de Grondwet worden gesteld of door het invoeren van een algemene beperkingsclausule.⁴⁰ In de afwezigheid

van een dergelijk voornemen om de ‘toetsbaarheid’ van wetgeving aan klassieke grondrechten te vergroten, komt de nadruk te liggen op de vraag of de rechter ten behoeve van het bieden van rechtsbescherming ook aan andere normen mag toetsen dan grondwettelijke vrijheidsrechten.⁴¹

Juist ten aanzien van de vraag *waaraan* de rechter nu mag gaan toetsen, valt de evenwichtsoefening tussen ‘dikastocratie’ en toeslagenschandaal niet uit in het voordeel van rechtsbescherming

5 Genuanceerd balanceren

Juist ten aanzien van de vraag *waaraan* de rechter nu mag gaan toetsen, valt de evenwichtsoefening tussen ‘dikastocratie’ en toeslagenschandaal (vooralsnog) echter niet uit in het voordeel van rechtsbescherming. Zo wil het kabinet toetsing aan sociale grondrechten uitsluiten en is de houding ten opzichte van toetsing aan algemene rechtsbeginselen afwachtend. In de toelichting op die keuzes bedient het kabinet zich van twee dichotome classificaties: het onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten en de stelling dat constitutionele dialoog in het geheel niet mogelijk is bij toetsing aan algemene rechtsbeginselen. Hieronder bespreek ik hoe het vinden van de balans tussen de uitersten van de recente debatten gebaat kan zijn bij het verlaten van dergelijke ‘binaire’ stellingen.

5.1 Binariteit: klassieke en sociale grondrechten

Het kabinet voert ter uitsluiting van toetsing aan sociale grondrechten aan dat deze grondrechten – anders dan vrijheidsrechten, die om staatsonthouding vragen – overheidsingrijpen vergen om bepaalde doelstellingen (zoals een schoon milieu of voldoende werkgelegenheid) te realiseren. Toetsing aan sociale grondrechten vergt daarmee een afweging van ‘politieke belangen’, waartoe het kabinet de wetgever beter in staat

van het Canadese Charter of Rights and Freedoms.

³⁹ Dat betekent niet dat er volledig niets te toetsen valt. Zo kan de rechter, bijvoorbeeld, in geval van het genoemde art. 10 Gw toetsen of een beperking *voldoende specifiek* herleid kan worden tot een formele wet. Zie HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:286, AB 2018/27, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik (ANPR).

⁴⁰ Zie recent C.M. Zoethout, ‘Goed plan om alle rechters aan de Grondwet te laten toetsen: maar wel eerst de grondrechten herformuleren’, *NJB* 2022, afl. 26, p. 2072-2073. Het is – bij wijze van praktische kanttekening – niet uitgesloten dat een dergelijke bijkomende, complexe grondwetswijzigingsoperatie de haalbaarheid van een wijzigingsvoorstel van art. 120 Gw aanzienlijk verkleint.

⁴¹ Of op de vraag in hoeverre de rechter bereid zal zijn grondwettelijke grondrechten ‘in te kleuren’, door daarin ook materiële toetsingscriteria te lezen. Zie in dit verband R.J.B. Schutgens, ‘Het voorstel-Halsema en de toetsbaarheid van de wet’, *RegelMaat* 2007, afl. 1, p. 12-27. Schutgens betoogt dat de rechter ook zelf kan bijdragen aan het vergroten van de toetsbaarheid van wetgeving door het construeren van ‘hulpnormen’ (waaronder een proportionaliteitsbeginsel) die de rechter kan hanteren bij toetsing van formele wetgeving aan klassieke grondrechten, zonder dat daarvoor de grondrechtenencatalogus zelf op de schop hoeft. Een ‘helder standpunt, blijkend uit de parlementaire geschiedenis’ zou voldoende grondslag kunnen zijn voor de rechter om daartoe over te gaan. Zie enigszins vergelijkbaar ook R.J.B. Schutgens, ‘Art 120 Gw: schrappen volstaat’, *RMThemis* 2022, afl. 3, p. 81 over een ‘invulling’ van grondwettelijke grondrechten op basis van internationale mensenrechten. Deze benadering zou als pragmatische middenweg – tussen onverkorte handhaving van de formele beperkingssystematiek en het expliciet invoegen van materiële beperkingseisen – een rol kunnen spelen bij het bewerkstelligen van praktisch effectieve constitutionele toetsing.

⁴² Hoofdlijnenbrief 2022, p. 8.

⁴³ De Rechtspraak, *Zienswijze van de Rechtspraak op rechterlijke constitutionele toetsing*, p. 3, www.njb.nl/media/4737/zienswijze-van-de-rechtspraak-op-rechterlijke-constitutionele-toetsing.pdf, waarbij de kanttekening past dat toetsing aan algemene rechtsbeginselen (primair: evenredigheid) in de toeslagenkwestie meer in de rede had gelegen en dat er wel op is gewezen dat ook zonder constitutionele toetsing tot een andere uitleg van relevante toeslagenwetgeving gekomen had kunnen worden. Zie over dat laatste de noot van Marseille bij ABRvS 23 oktober 2019, ECLI:NL:RVS:2019:3535, AA20200393.

⁴⁴ Het kabinet erkent dat ook in een voetnoot van de Hoofdlijnenbrief 2022, maar verbindt daaraan geen verdere repercussies. Zie Hoofdlijnenbrief 2022, p. 8, voetnoot 17.

⁴⁵ Zoveel blijkt wel uit de wijze waarop EVRM-rechten in rechtspraak invulling

hebben gekregen. Zie prominent HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, *NJ* 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*) waarin de ‘klassieke’ bepalingen van art. 8 EVRM samen met art. 2 EVRM in *Urgenda* als materieelrechtelijke grondslag voor het aannemen van een hogere CO₂-reductieverplichting figureerde en ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3115, *AB* 2015/55, m.nt. J.G. Brouwer & A.E. Schilder (*Zwarte Piet*) waarin het eerstgenoemde verdragsartikel eveneens een rol speelde, omdat uit EHRM-rechtspraak een positieve verplichting kon worden afgeleid om maatregelen te nemen tegen bepaalde vormen van negatieve stereotypering.

46 Neem art. 19 lid 3 Gw dat het recht op vrije keuze van arbeid erkent, behoudens bij de wet gestelde beperkingen en daarmee op overheidsonthouding gericht is en art. 23 Gw (het onderwijsartikel) dat vanwege de diverse aard van verplichtingen die eruit volgt nauwelijks zinvol in het hokje sociaal of klassiek kan worden ingedeeld.

47 S. Fredman, *Human rights transformed. Positive rights and positive duties*, Oxford: OUP 2008, p. 69.

48 D.J. Elzinga, R. de Lange & H.G. Hoogers, *Van der Pot's Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 458.

49 T. Koopmans, ‘Constitutionele toetsing’, in: L. Prakke, T. Koopmans & J.M. Barendrecht, *Toetsing. Preadviezen NJV* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 1992), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 146.

50 J. Krommendijk, ‘Meer rechtsbescherming, maar niet teveel’, *NJB* 2022, afl. 26, p. 2070-2071. Zie eerder over de rol van de rechter in relatie tot sociale grondrechten A.W. Heringa, *Sociale grondrechten. Hun plaats in de gereedschapshist van de rechter*, Den Haag: T.M.C. Asser 1988, i.h.b. hoofdstuk 5.

51 Over vaagheid en beleidsruimte in deze context, zie J.W.A. Fleuren, ‘Toetsing van wetgeving aan de sociale grondrechten van hoofdstuk 1 van de Grondwet’, *AA* 2008, afl. 9, p. 620-625 (AA20080620) die daarbij ook wijst op de erkenning van de grondwetgever dat de rechter lagere wetgeving aan sociale grondrechten zou kunnen toetsen (*Kamerstukken II* 1975/76, 13873, nr. 3, p. 7). Zie ook de zienswijze van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van 22 april 2022, www.raadvanstate.nl/publicaties/consultaties/constitutionele-toetsing/, par. 2, die toetsing aan sociale grondrechten ‘niet ondenkbaar’ noemt.

52 R.J.B. Schutgens e.a. (red.), *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

53 L.M. Huijbers, *Process-Based Fundamental Rights Review. Practice, Concept and Theory* (diss. Utrecht), Antwerpen: Intersentia 2019.

54 M. Tushnet, *Weak courts, Strong Rights*, Princeton: Princeton University Press 2008.

55 J. King, *Judging social rights*, Oxford: OUP 2012.

acht dan de rechter.⁴² Deze keuze is opmerkelijk vanuit het rechtsbeschermingsdoel dat het kabinet nastreeft met toetsing, temeer nu de Raad voor de rechtspraak aangaf dat enkel toetsing aan klassieke grondrechten de toeslagenaffaire niet had kunnen voorkomen en dat dit ‘naar verwachting een toetsing aan sociale grondrechten’ zou hebben geleverd.⁴³

Het door het kabinet gehanteerde dichotome onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten blijkt behoorlijk complex

Ondanks zijn ogenschijnlijke eenvoud blijkt het door het kabinet gehanteerde dichotome onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten behoorlijk complex. In toenemende mate wordt immers erkend dat een binair onderscheid tussen vrijheidsrechten en sociale grondrechten geen recht doet aan de veelsoortige verplichtingen die kunnen voortvloeien uit verschillende grondrechten die in het hokje ‘klassiek’ of ‘sociaal’ worden geplaatst.⁴⁴ Als klassiek gekwalificeerde grondrechten kunnen – als bekend – aanleiding geven tot positieve verplichtingen.⁴⁵ Tegelijkertijd kunnen ook veelal tot de categorie sociale grondrechten gerekende grondwetsbepalingen tot overheidsonthouding verplichten.⁴⁶ Het is daarom zinniger ieder grondrecht op zich te bezien en te erkennen dat afhankelijk van het concreet voorliggende grondrecht een ‘cluster of obligations’ kan worden herkend.⁴⁷ Beoordeling op eigen merites is daarbij het devies.⁴⁸ Toch gebruikt het kabinet een binaire onderverdeling tussen klassieke en sociale grondrechten als grens voor constitutionele toetsing. Aan de ene categorie zou wel, aan de andere niet mogen worden getoetst. De dichotomie verwordt zo tot *bright-line-grens* voor *justiciability*.

Al eerder merkte Koopmans echter op dat op dit punt voor dergelijke ‘strakke grenslijnen’ geen plaats is, en dat er ook op vertrouwd zou kunnen worden dat de rechter in staat is te bezien wanneer wel en niet zinvol aan een bepaalde

grondwetsnorm kan worden getoetst.⁴⁹ Dat vertrouwen kan juist bij toetsing aan sociale grondrechten goed worden gerechtvaardigd, omdat de rechter al veelvuldig toepassing geeft aan verdragsrechtelijke equivalenten daarvan en zich daarbij bewust betoont van de bijzondere aard die deze rechten kunnen hebben.⁵⁰ Dat betekent niet dat sommige sociale grondrechten uit de Grondwet niet ‘vaag’ zouden zijn of dat de overheid bij de invulling ervan forse beleidsruimte toe kan komen. Het betekent wel dat niet bij voorbaat kan worden uitgesloten dat ook deze grondrechten zich voor toetsing kunnen lenen.⁵¹ Het is dan aan de rechter om recht te doen aan de soms bijzondere aard van deze rechten, waarbij hij een hele reeks instrumenten kan inzetten, variërend van gereduceerde toetsingsintensiteit⁵² en procesgebaseerde toetsing⁵³ tot terughoudendheid in het formuleren van de remedie wanneer tot schending van een sociaal grondrecht is geconcludeerd.⁵⁴ In dat verband wees de Britse auteur Jeff King er al op dat het ontbreekt aan argumenten tegen toetsing aan sociale grondrechten die niet door de rechter zelf kunnen worden geadresseerd.⁵⁵ Het bewaken van de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever kan op genuanceerder wijze vorm krijgen dan het *a priori* ontzeggen van de bevoegdheid tot toetsing van formele wetgeving aan sociale grondrechten.

5.2 Alles-of-niets? Rechtsbeginselen en constitutionele dialoog

Juist tegen de achtergrond van de toeslagenaffaire en de toenemende aandacht voor het evenredigheidsbeginsel als toetssteen voor overheidshandelen in het bestuursrecht, is een andere keuze wellicht van groter praktisch belang: de mogelijkheid van toetsing aan algemene rechtsbeginselen. In de Hoofdlijnenbrief geeft het kabinet aan de mogelijkheid daartoe niet te willen uitsluiten en verdere ontwikkelingen te volgen om op een later moment een keuze te maken. Het kabinet wijst er daarbij wel op dat toetsing aan algemene rechtsbeginselen in de uit 2002 daterende ‘Nota constitutionele toetsing van formele wetten’ nog door het kabinet werd afgewezen. Als argument daarvoor werd aangevoerd dat daarbij ‘elke dialoog tussen rechter

en wetgever' ontbreekt; correctie van de normen waaraan is getoetst is immers 'nauwelijks meer mogelijk'.⁵⁶ Ook deze redenering is ogenschijnlijk eenvoudig. Het toetsingsverbod kan worden opgevat als een norm die bepaalt wie finale zeggenschap heeft over de interpretatie van de Grondwet.⁵⁷ Thans is dat de wetgever, maar na wijziging zou die bevoegdheid verschuiven naar de rechter. Zijn regering en Staten-Generaal het oneens met de interpretatie van de Grondwet die de toetsende rechter aan de dag legt, dan staan zij in theorie echter niet met lege handen. Zij zouden als grondwetgever immers altijd de Grondwet kunnen wijzigen om de uitleg die de toetsende rechter daaraan heeft gegeven te corrigeren.⁵⁸ Die mogelijkheid ligt echter complexer wanneer de hogere norm waaraan is getoetst van ongeschreven aard is: wat ongeschreven is, kan moeilijker worden herschreven.

Ook hier past evenwel nuance. Het kabinet bedient zich hier van een in het hedendaagse staatsrecht veelgebruikte metafoor: die van constitutionele dialoog. Daarbij wordt die metafoor eng opgevat als de mogelijkheid van correctie van onwelgevallige rechterlijke grondwetsuitleg door de grondwetgever. Dat is een bepaald specifieke invulling van het dialoogconcept, waarin de institutionele strijd om 'het laatste woord' centraal staat en de nadruk wordt gelegd op de mogelijkheid van democratisch gekozen ambten om rechterlijke oordelen ongedaan te maken.⁵⁹ Dialoog door middel van grondwetgevende correctie van rechterlijke oordelen is evenwel een hoogst theoretische aangelegenheid. Grondwetswijziging is immers een taai en langdurig proces dat vele jaren in beslag neemt, waarbij bovendien de vraag rijst hoe dat corrigeren praktisch kan geschieden. Het herformuleren van een grondwetsbepaling heeft al snel onvoorziene uitstralende werking naar andere gevallen, terwijl het expliciet in de Grondwet vastleggen dat een ongrondwettig geachte wet wél verbindt wel heel 'weinig fraai' is.⁶⁰ Sterker nog: omdat de grondwetgever enkel controle heeft over de tekst van (en toelichting bij) een grondwetswijziging⁶¹ kan een rechterlijk oordeel überhaupt maar lastig buiten werking worden gesteld. De rechter zal zich bij grondwetsinterpretatie in

het licht van een concreet, voorliggend feitencolplex immers oriënteren op een veelvoud aan interpretatiemethoden en rechtsvindingstechnieken, waarmee niet kan worden uitgesloten dat ook na 'corrigerende' grondwetswijziging op een later moment alsnog tot een voor de grondwetgever onvoorziene of onwelgevallige uitleg wordt gekomen. Het bij wijze van correctie voor de toekomst 'dichttimmeren' van de betekenis van een bepaling ligt dus bepaald complex. Daarmee wordt ook de betrekkelijke relevantie van het onderscheid met ongeschreven rechtsbeginselen zichtbaar. De door het kabinet bedoelde constitutionele dialoog ligt dan wellicht nog complexer bij toetsing aan algemene rechtsbeginselen; ook bij toetsing aan de Grondwet gaat het hier om een hoogst theoretische exercitie. Het wel toestaan van toetsing aan grondwettelijke bepalingen, maar niet aan algemene rechtsbeginselen kan onder verwijzing naar die mogelijkheid tot dialoog maar lastig worden gerechtvaardigd.

Het dialoogdenken reikt evenwel bepaald verder dan de 'dialoog-als-correctie'-opvatting die in de kabinetsbrief wordt aangestipt. In meer algemene zin staat het dialoogdenken voor een benaderingswijze van de verhouding tussen rechter en wetgever waarin de nadruk ligt op de vraag hoe beide spelers in de trias in wisselwerking vormgeven aan de inhoud van het recht.⁶² De mogelijkheid van interactie tussen beide beperkt zich niet tot correctie en de strijd om het laatste woord. In modernere invullingen wordt dialoog gebruikt als metafoor voor een model van interactie tussen rechter en wetgever, waarin beide ambten vanuit hun respectievelijke institutionele capaciteiten en legitimatie een bijdrage leveren aan het verwezenlijken van constitutionele normen.⁶³ De aandacht gaat daarbij niet uit naar de vraag of de wetgever er anders over denkt dan de rechter, maar primair naar *hoe* door de rechter gesignaleerde constitutionele gebreken hersteld kunnen worden en hoe de rechter de wetgever daartoe voldoende ruimte kan laten. Bij het beantwoorden van die 'hoe-vraag' blijkt dat de wetgever vaak ruime mogelijkheden heeft om ook met inachtneming van het rechterlijk oordeel de oorspronkelijk met wetgeving nagestreefde doelen te bereiken.

56 Zie Hoofddlijnenbrief 2022, p. 9 onder verwijzing naar Nota constitutionele toetsing van formele wetten, *Kamerstukken II* 2001/02, 28355, nr. 2, p. 9.

57 Vgl. ook de zienswijze van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak, par. 1.

58 Zie ook Hoofddlijnenbrief 2022, p. 5.

59 Zie kritisch over deze benadering A. Kavanagh, 'A hard look at the last word', *Oxford Journal of Legal Studies* 2015, afl. 4, p. 825-847.

60 Vgl. R.J.B. Schutgens, 'Constitutionele toetsing in Nederland', in: A. Kristic, A. Meuwese, G. Van der Schyff, *Functie en betekenis van de Grondwet: een dialogisch perspectief*, Nijmegen: WLP 2010, p. 53-54.

61 In die zin, over de formele wetgever, M.J. Borgers, *Bij nader inzien* (afscheidsrede Amsterdam VU), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 38.

62 Voor een in internationaal opzicht katalyserend artikel, zie P. Hogg & A. Bushell, 'The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn't Such a Bad Thing after All)', *Osgoode Hall Law Journal* 1997, afl. 1, p. 75-124.

63 Een mooie omschrijving van de evolutie in het dialoogdenken kan worden gevonden in A. Sathanapally, *Beyond disagreement: open remedies in human rights adjudication*, Oxford: OUP 2013, p. 35-56.

Dat die mogelijkheid tot dialoog ook bij toetsing van regelgeving aan algemene rechtsbeginselen onverkort aanwezig is, laat het Alcoholslotoordeel van de Afdeling bestuursrechtspraak wel zien.⁶⁴ Die uitspraak wordt vaak opgevat als een voorbeeld van vrij indringende toetsing van een algemeen verbindend voorschrift, waarbij de Afdeling bovendien tot onverbindendheid concludeerde op grond van een materieel gebrek.⁶⁵ Dat gebrek schulde in de structureel onevenredige gevolgen die toepassing van een ministeriële regeling over het opleggen van een alcoholslotprogramma had, omdat daarin voor een individuele beoordeling geen ruimte was. Ook na die als verstrekkend beschouwde onverbindendverklaring werd de wetgever (in materiële zin) echter geenszins buitenspel gezet. Dat merkte ook de Afdeling bestuursrechtspraak zelf bij wijze van ‘constitutionele hint’ op. De wetgever had immers een hele reeks opties voorhanden voor het verhelpen van het gebrek, variërend van een meer gedifferentieerde regeling en het verlagen van de kosten van het alcoholslotprogramma tot een hardheidsclausule.⁶⁶ Het toetsingsoordeel liet daarmee verschillende mogelijkheden voor een beginselconforme regeling, waarbij vooral het volstrekt ontbreken van enige vorm van differentiatie werd uitgesloten. Het toetsingsoordeel vormde geen noodzakelijk, definitief einde van iedere vorm van oplegging van een alcoholslotprogramma, maar noopte enkel tot iets meer nuance en differentiatie. Een wetgevende reactie op een dergelijk toetsingsoordeel, en daaropvolgende rechterlijke toetsing daarvan, kan leiden tot een proces van interactie waarin beide instituties met wederzijdse inachtneming vormgeven aan het recht.

Dat geldt evengoed bij toetsing van formele wetten aan algemene rechtsbeginselen. In die perceptie is dialoog geen strijd om het laatste woord, maar een (vruchtbaarder) proces van voortdurende aanscherping van rechtsnormen. De stelling dat dialoog bij toetsing aan

algemene rechtsbeginselen niet mogelijk is, behoeft aldus verfijning. De kwestie is niet zozeer *of* dialoog bij toetsing aan algemene rechtsbeginselen mogelijk is, maar *welke vorm* van dialoog het kabinet nastrevenswaardig acht. Dat betekent niet noodzakelijkerwijs dat toetsing aan algemene rechtsbeginselen onverkort moet worden toegestaan, maar wel dat een ‘alles-of-niets’-benadering van de mogelijkheid tot dialoog als zodanig geen houdbaar argument kan vormen voor de afwijzing daarvan. Vooral niet, omdat van dergelijke toetsing de rechtsbeschermende werking zou kunnen uitgaan die het kabinet met toetsing nastreeft.

Een ‘alles-of-niets’-benadering van de mogelijkheid tot dialoog kan als zodanig geen houdbaar argument vormen voor de afwijzing daarvan

6 Afsluiting

De ‘Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing’ markeert een belangrijk moment op weg naar wijziging van het toetsingsverbod van artikel 120 Gw. De kabinetsbrief kan in verschillende opzichten worden beschouwd als een evenwichtsoefening tussen recente debatten in de aloude discussie over de rol van de rechter in de trias. Vanuit de door het kabinet zelf geformuleerde primaire doelstelling van rechtsbescherming valt op hoe het manoeuvreren tussen ‘dikastocratie’ en toeslagenschandaal uitmondt in een vrij minimalistische vormgeving van toetsing. Dat minimalisme rust deels op ogenschijnlijk overzichtelijk, dichotoom rechtsdenken, dat bij nadere – op recente rechtswetenschappelijke inzichten gebaseerde – bevraging verdere overdenking behoeft. Juist het debat over een constitutionele klassieker als het toetsingsverbod is daar anno 2022 bij gebaat.

64 ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622 (*Alcoholslot*).

65 Zie onder meer conclusie staatsraad A-G R.J.G.M. Widdershoven van 22 juli 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, onderdeel 6.9.

66 ABRvS 4 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622 (*Alcoholslot*), r.o. 5.5.