

HOGE RAAD
der Nederlanden

President

► Aan de Minister van Justitie

's-GRAVENHAGE

's-Gravenhage

31 oktober 1991

Betreft: Advies ex art. 22 RO inzake constitutionele toetsing
door de rechter (advies nr. 96)

Inleiding

(1) Bij brieven van 13 februari 1991 hebt U aan de president van de Hoge Raad en aan de procureur-generaal toegezonden een notitie behelzende het voorlopig standpunt van het kabinet omtrent de wenselijkheid van geconcentreerde rechterlijke toetsing van formele wetten aan de Grondwet en aan internationale verdragen (hierna: de notitie). Bij deze brieven verzoekt U om op de voet van art. 22 van de Wet op de rechterlijke organisatie, verder vermeld als art. 22 RO, het oordeel van Hoge Raad en procureur-generaal te vernemen over deze notitie en de daarin neergelegde voorstellen.

Aangezien de Hoge Raad en de procureur-generaal tot eenzelfde oordeel zijn gekomen, brengen zij bij deze een gezamenlijk advies uit. In het hierna volgende wordt kortheidshalve onder Hoge Raad mede de procureur-generaal begrepen. Waar sprake is van de wet, wordt bedoeld op de wet in formele zin, en waar gesproken wordt van internationaal recht, is daaronder niet begrepen ongeschreven internationaal recht, een en ander tenzij uit de context anders blijkt.

(2) Zoals in de notitie vermeld, heeft de Hoge Raad in het kader van de voorbereiding van de grondwetsherziening van 1983 al tweemaal eerder (in 1968 en 1970) advies over het thans in art. 120 van de Grondwet opgenomen toetsingsverbod uitgebracht.

Deze adviezen kwamen tot een verschillende uitkomst, beide malen met een summiere motivering. De Hoge Raad meent thans uitvoeriger te moeten zijn.

Daarbij verdient aandacht dat de situatie sinds de vorige adviezen is gewijzigd. Niet alleen hebben de opvattingen omtrent de plaats van de grondrechten in de rechtsorde, overigens niet alleen in ons land, wijzigingen ondergaan. Maar ook, en in samenhang daarmee, is door de verschillende takken van rechtspraak, ook door die waarvoor de Hoge Raad als hoogste rechter fungeert, ruime ervaring opgedaan met de toetsing van de wet aan verdragen betreffende de grondrechten, welke verdragen voor een belangrijk deel dezelfde materie betreffen als de grondrechten die zijn vervat in hoofdstuk 1 en in een aantal andere bepalingen van de Grondwet. Het thans door de Hoge Raad ingenomen standpunt wordt mede door deze praktische ervaring bepaald.

(3) Het voorlopig standpunt van de regering komt erop neer dat het in artikel 120 van de Grondwet opgenomen verbod aan de rechter om de wet te toetsen aan de Grondwet opgeheven moet worden, met dien verstande dat het rechterlijk toetsingsrecht wordt beperkt tot een ieder verbindende bepalingen van de Grondwet. Voorts stelt de regering voor dat deze rechterlijke toetsing zal plaatsvinden door de Hoge Raad bij wege van prejudiciële beslissing, indien een rechter bij toetsing overweegt een formele wet in strijd te achten met een ieder verbindende bepalingen van de Grondwet of van internationaal recht.

(4) In dit advies komt de Hoge Raad tot de slotsom:

- dat het toetsingsverbod slechts dient te worden opgeheven voor de hierna in hoofdstuk I genoemde (klassieke) grondrechten;
- dat invoering van een dwingend stelsel van toetsing bij wege van prejudiciële beslissing geen aanbeveling verdient;
- dat de toetsing dient te geschieden zoals thans de toetsing aan internationale verdragen plaatsvindt, dat wil zeggen dat iedere rechter een oordeel omtrent eventuele strijdigheid kan geven.

De Hoge Raad is zich ervan bewust aldus een terughoudender standpunt in te nemen dan in de notitie is vervat. De Raad meent, nog afgezien van alles wat hierna zal worden gezegd, dat zulks past bij de rechtsontwikkeling van de laatste eeuw op het stuk van de rechtsbescherming, in het bijzonder tegen de overheid. Die ontwikkeling wordt gekenmerkt door een stapsgewijze vergroting van de rechtsbescherming van de burger. De Hoge Raad sluit dan ook niet uit dat in de toekomst verdere stappen zullen moeten worden gezet.

(5) De gang van het betoog kan aldus worden samengevat. Hoofdstuk I handelt voornamelijk over het eerste hiervoor onder 4 genoemde punt: is er reden voor rechterlijke toetsing, zo ja, waaraan dient te worden getoetst? In hoofdstuk II worden de overige onder 4 genoemde punten besproken, die onderling ten

nauwste samenhangen. In hoofdstuk III tenslotte wordt aandacht besteed aan de voor het toetsingsvraagstuk belangrijke vraag wat de betekenis is van het rechterlijk oordeel dat een wetsbepaling niet verenigbaar is met de Grondwet.

Hoofdstuk I

Is er reden voor rechterlijke toetsing en waaraan precies?

(6) Bij de beantwoording van de vraag of rechterlijke toetsing aan de Grondwet gewenst is, dient het volgende voorop te staan. Het gaat hier in wezen om een vraag van rechtsbescherming van de individuele burgers met betrekking tot de rechten die zij aan de Grondwet kunnen ontleen. Daarbij dient in het bijzonder gedacht te worden aan de grondrechten, die immers naar hun aard een dergelijke bescherming, in de eerste plaats tegen de overheid, beogen te waarborgen. Het is ook vooral de behoefte aan een bescherming van deze aard - waarvan de verwerkelijking in geval van geschil bij uitstek tot de taak van de onafhankelijke rechter behoort - die de vlucht verklaart, die de rechtspraak op het terrein van de op verdragen stoelende grondrechten in de afgelopen decennia heeft genomen. Alleen al in de Nederlandse Jurisprudentie betref het in de periode 1975-1979 34 gepubliceerde uitspraken, in 1980-1984 tussen de 120 en 130 en in 1985-1989 tussen de 400 en 500. Voor het overgrote deel gaat het om uitspraken van de Hoge Raad.

Wat betreft de materie van de Grondwet leidt dit gezichtspunt al terstond tot de gevolgtrekking dat het niet in de lijn ligt om de regel van art. 120 van de Grondwet thans over de hele linie prijs te geven en daarmee tevens de aan deze regel ten grondslag liggende gedachte dat het bij uitsluiting aan de wetgever behoort te zijn om bij de voorbereiding van formele wetgeving voor de toetsing daarvan aan de Grondwet zorg te dragen. In de eerste plaats doet buiten het terrein van de grondrechten de behoefte aan rechterlijke, op rechtsbescherming van de burger gerichte toetsing van de wet aan de Grondwet zich aanzienlijk minder gevoelen. In de tweede plaats zullen de vragen die hier aan de orde zijn - ten dele vragen van organisatie van de overheid en verdeling van bevoegdheden over verschillende overheidsorganen - vaak geheel buiten het gewone werkkterrein van de rechter liggen, terwijl zij in de regel bij uitstek op het werkkterrein liggen van regering en parlement, die tezamen de wet tot stand brengen. Dat brengt mee dat op dit terrein een ook uit praktisch oogpunt meer efficiënte toetsing van de wetgever mag worden verwacht. In de derde plaats kan worden aangenomen dat de problemen die maken dat toetsing aan de grondrechten in het stadium van voorbereiding van wetgeving in de praktijk bezwaarlijk te verwezenlijken kan zijn, en die hierna onder 7 nog zullen worden besproken, zich bij de toetsing aan andere constitutionele regels niet in dezelfde mate voordoen. Ook in dit opzicht bestaat op het terrein van deze regels minder behoefte aan een aanvul-

lende toetsing door de rechter achteraf.

(7) De Hoge Raad meent verder dat opheffing van het verbod van art. 120 van de Grondwet, wat betreft de materie van de in de Grondwet vervatte grondrechten, voor zover de burger daaraan rechtstreeks rechten kan ontnemen, wél in de lijn ligt. Duidelijkheidshalve moet er evenwel terstond op worden gewezen dat ook na deze opheffing uitgangspunt dient te blijven dat de toetsing ook op dit terrein in de eerste plaats dient te geschieden door de wetgever zelf, daarbij geadviseerd door de Raad van State. Het is niet uitgesloten dat de kwaliteit van deze toetsing kan worden verbeterd door maatregelen als van verschillende zijden zijn voorgesteld en, bijv. wat de toetsing op ambtelijk niveau betreft, ten dele ook zijn genomen. Dergelijke verbeteringen - die buiten de directe gezichtskring van de Hoge Raad liggen en waarop in dit advies dan ook niet verder zal worden ingegaan - worden door de Hoge Raad in beginsel toegejuicht. Zij maken evenwel een aanvullende toetsing door de rechter op het terrein van de grondrechten niet overbodig.

De praktijk van de rechtspraak betreffende de toetsing aan verdragen leert immers dat het in het merendeel van de gevallen gaat om kwesties waarvan, bij gebreke van enige aanwijzing voor het tegendeel in de parlementaire geschiedenis, moet worden aangenomen dat bij de totstandkoming van de wet realiter geen toetsing heeft plaatsgevonden omdat de mogelijkheid van strijd met het grondrecht niet is onderkend. Vaak is dit ook hierom aannemelijk omdat deze mogelijkheid ten tijde van de voorbereiding van de wet zich menselijkerwijs ook niet liet voorzien, noch door de wetgever of de Raad van State, noch ook door de Hoge Raad in de gevallen dat aan deze op grondslag van art. 22 RO advies is gevraagd. Niettemin kunnen in deze gevallen naderhand concrete geschillen tussen overheid en burger dan wel tussen burgers onderling ontstaan, waardoor alsnog op enig punt strijdigheid met het grondrecht aan het licht komt. In het op de voet van art. 22 RO uitgebrachte advies nr. 94 met betrekking tot wetsvoorstel 21.504 betreffende ontneming van wederrechtelijk verkregen voordeel heeft de Hoge Raad reeds gewezen op de mogelijkheid dat in het kader van een advies op grondslag van art. 22 RO redelijkerwijs niet een toetsing aan de mensenrechtenverdragen mogelijk is, die waarborgt dat gevaar voor strijd met deze verdragen in de toekomst uitgesloten is. Dit verschijnsel kan worden verklaard aan de hand van een reeks factoren, die soms alleen, soms in combinatie met elkaar hun invloed uitoefenen. De voornaamste daarvan kunnen als volgt worden samengevat:

- a Het menselijk voorstellingsvermogen is beperkt. De belangen van de overheid of de gemeenschap zijn ten tijde van de voorbereiding van een wet vaak concreet en sprekend, die van de burger vooralsnog juist nog niet geconcretiseerd en dus moeilijker voor te stellen of minder sprekend. Dit maakt begrijpelijk dat men aanvankelijk geen reëel probleem ziet met betrekking tot wat later in scherp liggende gevallen toch een duidelijk ontoelaatbare schending van het grondrecht blijkt op te leveren.
- b Er kunnen na de inwerkingtreding van de wet feitelijke ontwikkelingen hebben plaats gevonden of er kan zich een verschuiving in maatschappelijke opvattingen hebben

voltrokken waardoor een conflict met enig grondrecht actueel wordt, dat eerst verborgen was of geheel academisch leek. Veel van de rechtspraak betreffende de invloed van verdragsgrondrechten op personen- en familierecht is hierop terug te voeren.

c Zowel de uitlegging van de wet als die van de Grondwet pleegt met de tijd te evolueren. De wetgever kan zowel bij de totstandkoming van de wet als bij die van de Grondwet een - toen op zichzelf alleszins gerechtvaardigde - uitleg voor ogen hebben gehad, die echter later in het licht van nadien ontwikkelde rechtsopvattingen niet meer houdbaar wordt geoordeeld. Dit brengt mee dat in de voorbereidingsfase een bepaalde later algemeen aanvaarde uitleg geheel buiten de gezichtskring van de wetgever kan zijn gebleven.

d Dit verschijnsel wordt nog versterkt door het volgende. Verdragsartikelen betreffende grondrechten worden vaak in de eerste plaats uitgelegd door internationale of supranationale organen als het EHRM, de ECRM, het HvJ EG, en het Comité voor de rechten van de mens van de Verenigde Naties. Door een niet voorziene wending in de jurisprudentie van dergelijke organen kunnen ook in Nederland nieuwe varianten van strijd met het betrokken grondrecht ontstaan. De rechtspraak van de Hoge Raad van de afgelopen decennia weerspiegelt verscheidene gevallen waarin dit verschijnsel zich voordeed en waarin de Nederlandse rechtspraak op het desbetreffende punt dienovereenkomstig moest worden aangepast. Het verschijnsel is mede van belang voor de constitutionele grondrechten, voor zover deze op de hierbedoelde verdragen voortbouwen of daarmee samenhangen, zoals in Nederland met bijna alle klassieke grondrechten die in de Grondwet zijn opgenomen, in meerdere of mindere mate het geval is.

Al deze factoren werken mede in de hand dat het vaak ook niet tot een expliciet aan de orde stellen van de verhouding tussen de desbetreffende wet en de constitutionele grondrechten door de Raad van State en de wetgever zal komen. Het geval dat deze verhouding onbesproken is gebleven, en dat waarin eigenlijk in het geheel geen toetsing op het desbetreffende punt heeft plaats gevonden omdat het in de voorbereidingsfase onopgemerkt is gebleven, zijn daarom niet goed van elkaar te onderscheiden. Beide gevallen kunnen dan ook in zoverre over één kam worden geschoren dat het moeilijk te verdedigen voorkomt dat er naast een uitgebleven of geheel onbesproken gebleven toetsing door de wetgever, voor een latere toetsing aan het grondrecht door de rechter geen plaats meer zou zijn.

(8) Het voorgaande kan aldus worden samengevat dat praktische behoefte bestaat aan toetsing achteraf aan de constitutionele grondrechten door de rechter met het oog op onvermijdelijke gevallen ten aanzien waarvan toetsing bij voorbaat door de wetgever naar haar aard geen reële waarborg aan de individuele burger kan verschaffen. Dat neemt niet weg dat ook hier de bezwaren die men in het algemeen tegen toetsing door de rechter aan de Grondwet pleegt aan te voeren, onder ogen zullen moeten worden gezien. De Hoge Raad hecht daarbij weinig betekenis aan

het veelvuldig geuite argument dat in Nederland deze toetsing traditioneel aan de wetgever is overgelaten en dat een verandering op dit punt tot aantasting van de rechtszekerheid zal leiden, zodat men voor zulk een verandering wel zeer klemmende gronden zou moeten kunnen aanwijzen. In wezen is immers met deze traditie door de ontwikkeling van de rechtspraak op het gebied van de verdragsgrondrechten reeds gebroken, juist op het terrein waar prijsgeven van de regel van art. 120 van de Grondwet in aanmerking komt. Die ontwikkeling leert bovendien dat de rechtszekerheid door een dergelijke toetsing geen ernstig gevaar behoeft te lopen; in hoofdstuk III zal hierop nader worden ingegaan.

Bij het voorgaande dient te worden bedacht dat de rechter bij een juiste taakopvatting met betrekking tot de toetsing in verschillende opzichten terughoudend te werk zal moeten gaan. Wil toetsing een reële zin hebben, dan zal zij evenwel niet beperkt kunnen blijven tot de vraag of aan de formele vereisten voor beperkingen door de overheid op het grondrecht is voldaan. Deze vereisten komen er vaak op neer dat een formele wet wordt verlangd, terwijl soms ook is aangegeven met het oog op welke doelstellingen een dergelijke wet tot stand kan worden gebracht.

De rechter zal zich daarnaast - zoals hij dit ook bij de toetsing aan de verdragsgrondrechten reeds tot taak heeft - moeten verdiepen in de vraag van de proportionaliteit van de wettelijke maatregel in samenhang met de aard van het grondrecht, het doel dat met de beperking wordt beoogd en het concrete belang van de burger dat door deze beperking in het gedrang dreigt te komen. Daarbij zal het niet anders kunnen gaan dan om een beoordeling die ruimte laat aan de wetgever, en voorts om correcties op de wettelijke regeling die aan de belangen van de burger tegemoet komen, maar de regeling zelf voor het overige zoveel mogelijk intact laten.

Om dit te bereiken bestaan verschillende technieken, die hier kunnen blijven rusten, maar die in hoofdstuk III nog nader aan de orde zullen worden gesteld. Wel dient reeds hier erop te worden gewezen dat het geen juiste voorstelling van zaken is dat een negatief uitvallende toetsing tot gevolg heeft dat de daarvoor getroffen wet in beginsel haar gelding verliest, met alle daaraan verbonden onzekerheden. Ook bij de toetsing van lagere regelgeving heeft de Hoge Raad de leer van de onsplitsbare wilsverklaring, die tot dit resultaat aanleiding kon geven, verlaten.

(9) Dit laatste raakt tevens het belangrijke punt, dat een rechterlijke toetsingsbevoegdheid, wil zij goed werken, gepaard zal moeten gaan met een behoorlijk verlopend samenspel tussen wetgever en rechter. Anders dan in de discussie over het toetsingsvraagstuk vaak gebeurt, behoeft men tussen beiden geen tegenstelling te zien. Veeleer hebben zij ter zake van de toetsing verschillende, maar elkaar aanvullende functies.

Voor de Hoge Raad is daarbij een vanzelfsprekend uitgangspunt dat, zo bij de parlementaire behandeling een weloverwogen toetsing heeft plaatsgevonden, dit gegeven bij de beoordeling door de rechter van grote betekenis is. Voorts blijft steeds de mogelijkheid open dat, zo de toetsing door de rechter negatief uitvalt, vervolgens de wetgever ingrijpt, omdat deze de voorkeur geeft aan een andere dan de door de rechter gekozen

oplossing, die aan het door het grondrecht beschermde belang eveneens voldoende recht doet wedervaren. Daarin ligt besloten dat de rechter zich ook zoveel mogelijk dient te onthouden van beslissingen die reeds aanhangige wetsontwerpen waarin een dergelijke oplossing wordt voorbereid, kunnen doorkruisen. Uit recente rechtspraak betreffende verdragsgrondrechten komt naar voren dat de rechter zich daarvan ook bewust is; men zie bijv. HR 15 mei 1987, NJ 1988, 654; 23 september 1988, NJ 1989, 740; en 16 november 1990, NJ 1991, 475.

In een dergelijk stelsel kan bovendien het bezwaar worden vermeden dat aan het huidige recht gezien uit een oogpunt van rechtseenheid verbonden is en dat erop neerkomt dat de voor de toetsing nodige uitleg van de Grondwet en van de aan de Grondwet te toetsen wet bij uitsluiting aan de wetgever is opgedragen, maar voor het overige aan de rechter, ook wat betreft de toetsing aan de Grondwet van lagere regelgeving. Dit bezwaar doet zich juist bij de grondrechten nog duidelijker gevoelen omdat bij de uitleg van de hierop betrekking hebbende bepalingen van de Grondwet door de wetgever mede de uitleg een rol speelt van de verdragsbepalingen die ermee corresponderen, terwijl de uitleg van deze verdragsbepalingen in beginsel weer aan de rechter is toevertrouwd. Het is wenselijk dat de rechter alle met elkaar verweven uitlegmoeilijkheden op dit terrein gelijkelijk onder ogen kan zien, waarbij het openstaan van cassatieberoep bij de Hoge Raad de rechtseenheid kan waarborgen.

(10) Tegen de achtergrond van dit alles dient tevens te worden gezien welk gewicht toekomt aan het tegen rechterlijke toetsing wel aangevoerde bezwaar dat de rechter wegens zijn wijze van benoeming en onafhankelijkheid minder gelegitimeerd is te oordelen over bij de beoordeling van wetgeving betrokken politieke vragen dan de wetgever, waarvan de gekozen volksvertegenwoordiging een belangrijk element is, terwijl uiteindelijk verantwoording moet worden afgelegd aan de kiezers. Dit bezwaar is evenwel naar de mening van de Hoge Raad weinig sprekend, wanneer de toetsing wordt beperkt tot de grondrechten, en de bescherming van de burger in geval van een concreet geschil daarbij de inzet is. Weliswaar moet in het oog worden gehouden dat bij de beoordeling van dergelijke geschillen zwaarwegende maatschappelijke belangen betrokken kunnen zijn en dat de uitslag van deze beoordeling ingrijpende gevolgen kan hebben, maar niet kan worden gezegd dat het daarbij in de regel gaat om vragen die eerder bij de wetgever thuis horen, of dat het gaat om belangen die zwaarder wegen of om gevolgen die dieper ingrijpen dan die welke in het algemeen aan de orde zijn bij de rechtsvormende taak die op andere gebieden aan de rechter is toevertrouwd. Men denke zowel aan rechtsvorming op de gebieden die geheel aan de rechter zijn overgelaten aan de hand van vage normen of door hemzelf te vormen ongeschreven recht (onrechtmatige overheidsdaad, ongeoorloofde mededinging, beoordeling van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke overeenkomsten aan de hand van redelijkheid en billijkheid, noodtoestand, onrechtmatig verkregen bewijs, goed koopmansgebruik) als aan de uitleg van wetten en verdragen, waaronder ook de verdragen op het terrein van de mensenrechten die hiervoor reeds uitvoerig aan de orde waren.

Bij dat laatste verdient in dit verband nog aantekening dat art. 13 EVRM en art. 2 lid 3 IVBP eisen dat ieder wiens in deze verdragen gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschon-

den, recht heeft op een "effective remedy" voor een nationale instantie. Het strookt niet met de aan deze regels ten grondslag liggende gedachte dat bij de overeenkomstige grondrechten die in de nationale Grondwet zijn opgenomen, uitsluitend een toetsing bij voorbaat door de wetgever toegelaten zou zijn. In dit kader is ook van belang het in de literatuur naar voren gebrachte aspect dat de wetgever, die met de desbetreffende wet wellicht met grote inzet bepaalde politieke doeleinden nastreeft, hier snel als "rechter in eigen zaak" zal worden ervaren. Dit aspect springt in het bijzonder in het oog bij toetsing aan grondrechten, nu daarbij de rechtsbescherming van de burger voorop staat.

(11) Uit het voorgaande kan nog de algemene conclusie worden getrokken dat opheffing van het toetsingsverbod in art. 120 van de Grondwet, alleen voor de materie van de grondrechten, voor zover deze zich voor toetsing lenen, moet worden gezien als een op grond van praktische overwegingen wenselijke verbetering van een stelsel dat in hoofdzaak thans reeds functioneert.

In dit verband is evenwel het volgende nog niet onder ogen gezien. Hiervoor is uitgegaan van wat is aangeduid als; de materie van de grondrechten, voor zover deze zich voor toetsing lenen. In de Grondwet van 1983 zijn de grondrechten in beginsel opgenomen in hoofdstuk 1. Niet alle daarin voorkomende grondrechten lenen zich evenwel tot toetsing daaraan door de rechter. Met name geldt dit voor de zgn. sociale grondrechten van de artt. 19 - 23, die in beginsel slechts door wetgevende maatregelen kunnen worden verwezenlijkt. Bij het voorgaande is ervan uitgegaan dat deze grondrechten in hun geheel buiten de toetsing blijven, behoudens de grondrechten gewaarborgd in art. 19 lid 3 en in art. 23 lid 2, die als klassieke grondrechten moeten worden opgevat. Anderzijds komen in andere hoofdstukken van de Grondwet bepalingen voor die trekken van een - klassiek - grondrecht vertonen. Gedacht kan worden aan artt. 66 lid 1, 99, 113 lid 3, 114 en 121. De Hoge Raad heeft aangenomen dat met het oog op de vraag hoe hier de afgrenzing precies moet plaatsvinden, in de regeringsnotitie voorshands de vage omschrijving is gekozen van "een ieder bindende bepalingen van de Grondwet". De Raad zou echter de voorkeur geven aan een scherpere maatstaf, bijv. door de artikelen die in de toetsing kunnen worden betrokken in art. 120 uitdrukkelijk op te sommen. Een dergelijke opsomming zou kunnen omvatten de artt. 1, 2 leden 3 en 4, 3 - 17, 18 lid 1, 19 lid 3, 23 lid 2, 113 lid 3, 114 en 121.

(12) Aandacht moet nog worden besteed aan de in de notitie eveneens aan de orde gestelde toetsing van de formele wet aan algemene rechtsbeginselen, waarbij de Hoge Raad in het voetspoor van zijn arrest van 14 april 1989, NJ 1989, 469, met name denkt aan fundamentele beginselen van de Nederlandse rechtsorde die nog geen uitdrukking hebben gevonden in enige een ieder verbindende bepaling van verdrag, Grondwet of wet.

Een toetsing van de formele wet aan deze beginselen zou, zoals is uiteengezet in het zojuist genoemde arrest (rechts-overweging 3.4), goed aansluiten bij in gang zijnde rechtsontwikkelingen. Niettemin is de Hoge Raad thans nog geen voorstander van zulk een toetsing. Zij is veel ingrijpender dan de beperkte toetsingsbevoegdheid die de Hoge Raad voor ogen staat en zij strookt niet met de hiervoor aangestipte stapsgewijze ontwikke-

ling die de Hoge Raad wenselijk acht. Bovendien kan niet worden gezegd dat er in brede kring overeenstemming bestaat over zulk een toetsing. De vraag rijst of het dan niet de voorkeur zou verdienen dat de grondwetgever, indien hij rechterlijke toetsing van de wet aan een thans niet gepositieerd rechtsbeginsel - bijv. het rechtszekerheidsbeginsel - wenselijk mocht oordelen, zodanig beginsel in de Grondwet tot uitdrukking brengt.

Wel zullen uiteraard algemene rechtsbeginselen een rol kunnen spelen bij de beantwoording van de hiervoor reeds behandelde vraag of een bij formele wet aangebrachte beperking van een grondrecht als proportioneel kan worden beschouwd in het licht van de strekking daarvan, van de doelstelling van de beperking, en van de belangen waarvoor de burger die het grondrecht inroept, bescherming zoekt.

De notitie stelt in dit verband tenslotte nog de vraag aan de orde of de aanvaarding van toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen niet tevens ertoe zou nopen om, in afwijking van het huidige art. 94 van de Grondwet, ook toetsing aan ongeschreven internationaal recht toe te laten. De Hoge Raad verenigt zich met het oordeel van de regering dat daartoe geen noodzaak bestaat. Deze vraag kan in de hiervoor door de Hoge Raad ontwikkelde zienswijze overigens blijven rusten.

(13) De in dit hoofdstuk in overweging gegeven beperkte toetsingsmogelijkheid moet in vergelijking met het recht van de andere landen van het vasteland van Europa als een terughoudende oplossing worden beschouwd. Met het huidige stelsel, waarin art. 120 van de Grondwet elke toetsing van de wet aan de Grondwet uitsluit, is Nederland ten opzichte van deze landen in een uitzonderingspositie komen te verkeren. Bijna overal is toetsing door enigerlei rechterlijk college aan de gehele constitutie mogelijk of bezig zich te ontwikkelen. Het verdient naar het oordeel van de Hoge Raad geen aanbeveling om deze ontwikkeling geheel te negeren.

Hoofdstuk II

Aan welke instantie(s) dient constitutionele toetsing te worden opgedragen?

(14) In de notitie worden, kort samengevat, ter zake van de in dit hoofdstuk te behandelen vraag de volgende standpunten ingenomen:

- a de bevoegdheid wetten in formele zin te toetsen aan de Grondwet dient te worden opgedragen aan een rechterlijke instantie;
- b voor de uitoefening van deze toetsingsbevoegdheid dient geen bijzondere rechterlijke instantie in het leven te worden geroepen;
- c uitoefening van deze bevoegdheid door de (toekomstige) Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

is niet wenselijk;

- d elke rechter die overweegt de hem voorgelegde vraag of een wet in formele zin in strijd is met de Grondwet of met een ieder verbindende bepalingen van internationaal recht bevestigend te beantwoorden, dient hierover een prejudiciële beslissing te vragen aan de Hoge Raad. De toetsing van lagere wetgeving aan een hogere regeling, met inbegrip van de Grondwet en internationaal recht, zou, evenals thans het geval is, gespreid dienen te geschieden.

Ter wille van de overzichtelijkheid zal de Hoge Raad hierna ieder van deze standpunten, ondanks hun onderlinge verwevenheid, afzonderlijk behandelen. Daarbij zal worden uitgegaan van de in hoofdstuk I reeds uitgesproken voorkeur voor een rechterlijke toetsingsbevoegdheid, die is beperkt tot de in dat hoofdstuk onder (11) opgesomde grondrechten.

(15) In het in hoofdstuk I onder (7) - (10) betoogde ligt besloten dat de Hoge Raad zich in elk geval voor het beperkte gebied waarop hij rechterlijke toetsing voorstaat, met het hiervoor onder (14) sub a weergegeven regeringsstandpunt verenigt. Zoals in dat hoofdstuk nader is uitgewerkt bestaat op dit gebied aan toetsing door een rechterlijke instantie behoefte, in het bijzonder vanuit het gezichtspunt van de rechtsbescherming van de burger, die anders in het gedrang zou kunnen komen, nu bij de voorbereiding van de wetgeving niet altijd goed kan worden overzien op welke punten en op welke wijze in het kader van toekomstige concrete geschillen voor de civiele of administratieve rechter dan wel in het kader van de strafrechtspleging strijd met de desbetreffende grondrechten aan de orde kan komen. De omstandigheid dat een beroep op een zodanige strijd bij toetsing achteraf in een dergelijk kader moet worden beoordeeld, brengt mee dat het hier om een typisch rechterlijke taak gaat, waarbij het ook sterk kan aankomen op de omstandigheden van het individuele geval. De rechter is daarop ingesteld en heeft in de regel ook een daarop gerichte ervaring. Bij het aspect van rechtsbescherming past bovendien dat de toetsing achteraf is opgedragen aan een rechter die onafhankelijk is.

(16) Ook verenigt de Hoge Raad zich met het hiervoor onder (14) sub b weergegeven standpunt van de regering. Het ligt in het verlengde van hetgeen hierover naar aanleiding van a is gezegd dat de toetsingsbevoegdheid niet bij een bijzondere rechterlijke instantie moet worden gebracht. Zulk een stelsel zou belangrijke bezwaren opleveren.

Deze bezwaren vallen ten dele samen met die tegen de geconcentreerde toetsing die in het onder d weergegeven regeringsstandpunt wordt voorgestaan. Zij zullen hierna onder (18) e.v. aan de orde komen. In geval van concentratie bij een bijzonder toetsingsgerecht wegen zij eerder zwaarder dan lichter.

Bij de keuze voor een dergelijke bijzondere instantie is gevaar voor de rechtseenheid te duchten. In dit stelsel zou gescheiden worden behandeld wat in wezen aspecten van één geschil zijn. Ook zou hier weer de in hoofdstuk I onder (9), laatste alinea, gesignaleerde moeilijkheid ontstaan dat toetsing van de wet en van lagere wetgeving aan de Grondwet bij verschil-

lende instanties zou komen. Verder zou ook de bedoelde nauwe verwevenheid tussen de constitutionele grondrechten en de verdragsgrondrechten niet meer tot haar recht kunnen komen, tenzij ook de toetsing aan de verdragsgrondrechten aan de bijzondere rechter opgedragen zou worden, waartegen - zoals hierna onder (19) e.v. aan de orde zal komen - weer andere bezwaren bestaan.

Voorts zijn van dit stelsel processuele complicaties te verwachten van dezelfde orde als hierna onder (19) en (20) zullen worden belicht.

Bovendien kan worden opgemerkt dat het in het leven roepen van een afzonderlijk toetsingsgerecht ook moeilijk te verenigen zou zijn met het voornemen om - mede ter wille van de rechtseenheid - tot concentratie van de rechtspleging te komen, welk voornemen thans in het uitvoeringsstadium verkeert.

(17) Bij het hiervoor onder (14) sub c weergegeven standpunt ter zake van toetsing door de Raad van State dient te worden onderscheiden tussen de toetsing vooraf als adviesorgaan bij de voorbereiding van de wetgeving en de toetsing achteraf als rechter in bestuursrechtelijke zaken. Wat de toetsing vooraf betreft, is reeds in hoofdstuk I en hiervoor onder (15) uitvoerig aan de orde geweest dat deze uit een oogpunt van rechtsbescherming van de burger aanvulling behoeft door een rechterlijke toetsing achteraf.

Wat betreft de toetsingsbevoegdheid van de Raad van State als rechter dient te worden opgemerkt dat in de gedachtengang van dit advies past dat de toekomstige Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad toetst voor zover een beroep op strijd met een constitutioneel grondrecht in een bij de Afdeling aanhangige zaak wordt gedaan, maar dat het geen goed stelsel zou opleveren om alle toetsing aan constitutionele grondrechten bij de Afdeling als bijzondere instantie te brengen. Bij de Afdeling zal in beginsel immers primair deskundigheid en ervaring in bestuursrechtelijke geschillen mogen worden verwacht. In een stelsel van een meer geconcentreerde rechtspleging, waarbij voor alle takken van rechtspraak (civielrechtelijk, strafrechtelijk en bestuursrechtelijk, waaronder fiscaalrechtelijk) rechtsvragen uiteindelijk aan één rechter (de Hoge Raad) kunnen worden voorgelegd, ligt het voor de hand om rechtsvragen betreffende strijd met de grondrechten in dit opzicht niet onder een afwijkend régime te brengen. Derhalve wordt ook in zoverre met het regeringsstandpunt ingestemd dat een geconcentreerde toetsing bij de Afdeling bestuursrechtspraak geen aanbeveling verdient.

(18) Het hiervoor onder (14) sub d weergegeven standpunt, daarop neerkomende dat toetsing van de wet in formele zin geconcentreerd, maar toetsing van lagere wetgeving gespreid zou dienen te geschieden, geeft de Hoge Raad aanleiding het volgende op te merken.

Voorop dient te worden gesteld dat geconcentreerde toetsing van alle wetgeving in materiële zin aan de Grondwet en aan internationaal recht in ieder geval ongewenst zou zijn. Het zou de toetsingsinstantie zwaar belasten en sterk vertragend kunnen werken. Daarbij is te bedenken dat geconcentreerde toetsing weliswaar tot gevolg heeft dat bij ingeroepen strijd met relevante bepalingen van de Grondwet of internationaal recht eerder een beslissing hierover van de hoogste instantie wordt verkregen, maar dat het langer duurt voordat een rechterlijke

uitspraak in het concrete geschil, c.q. inzake de concrete strafvervolgning is gedaan.

Onder ogen dient verder te worden gezien dat partieel geconcentreerde toetsing op zichzelf tot problemen kan leiden. Onder meer bij raamwetgeving is het verre van denkbeeldig dat in een voor de rechter dienend geschil, of in een strafzaak, de grondwettigheid of verenigbaarheid met internationaal recht van een uitvoeringsregeling (a.m.v.b., ministeriële regeling, of wellicht ook provinciale dan wel gemeentelijke verordening) in twijfel wordt getrokken. Het is echter goed mogelijk dat de aangevochten bepaling van zulk een besluit zo sterk verankerd ligt in de daaraan ten grondslag liggende wet dat het oordeel over de verenigbaarheid met Grondwet of verdrag van het besluit een oordeel over de verenigbaarheid daarmee van die wet impliceert.

Zou de (lagere) rechter nu uitspreken dat een uitvoeringsregeling inderdaad inconstitutioneel is, dan zou hem verweten kunnen worden dat dit betekent dat de basiswet óók inconstitutioneel is en dat hij niet bevoegd was dit zelfstandig vast te stellen.

(19) De Hoge Raad is het met de notitie eens dat het insequent zou zijn een geconcentreerd stelsel van toetsing van wetten in formele zin aan de Grondwet in het leven te roepen, maar voor de toetsing van die wetten aan internationaal recht het geldende gespreide stelsel in stand te laten. Het is inderdaad niet wenselijk voor elk van beide toetsingsgronden een ander stelsel te laten gelden.

Er moet daarom aanstonds op worden gewezen dat voor toetsing aan een belangrijk onderdeel van het internationaal recht, nl. het Europees gemeenschapsrecht, het in de notitie voorgestelde geconcentreerde stelsel niet voor verwezenlijking vatbaar is. De Europese verdragen, in het bijzonder het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap, gaan ervan uit dat de nationale rechters in voorkomende gevallen het gemeenschapsrecht toepassen en, zo nodig, over de uitlegging of geldigheid daarvan een prejudiciële beslissing vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Daarbij komt het veelvuldig voor dat een vraag van verenigbaarheid van nationaal recht met het gemeenschapsrecht aan de orde wordt gesteld. (Een voorbeeld vindt men in het arrest van het HvJ EG van 23 mei 1990, zaak 169/89, Gourmetteria v.d. Burg, Jur. 1990 p. 2143, NJ 1990, 761, SEW 1991 p. 261). Het door de nationale (grond)wet aan de lagere rechter ontnemen van de bevoegdheid strijd met het gemeenschapsrecht aan te nemen, dan wel daarover rechtstreeks een prejudiciële beslissing aan het Hof van Justitie te vragen, is in strijd met het Europeesrechtelijke stelsel (HvJ EG 9 maart 1978, zaak 106/77, Simmenthal, Jur. 1978 p. 629, SEW 1978 p. 643).

Dat betekent dat bij invoering van het in de notitie voorgestelde toetsingssysteem (tenminste) een uitzondering voor de toetsing aan Europees gemeenschapsrecht voorzien zou moeten worden, hetgeen in de praktijk - gezien het grote belang juist van dit rechtsgebied - het toetsingssysteem zou ontwrichten.

(20) Vervolgens verdient ook in het onderhavige verband aandacht dat de belangrijkste reden om constitutionele toetsing in het leven te roepen, de rechtsbescherming van de burger is. De aangewezen plaats tot verwezenlijking van die rechtsbescherming

is de rechter in eerste aanleg. Dat kan de strafrechter, de administratieve rechter of de burgerlijke rechter zijn, in het laatste geval met name de president in kort geding. Het ligt bij invoering van constitutionele toetsing niet voor de hand deze rechters de bevoegdheid te onthouden zelfstandig een oordeel te geven over de verenigbaarheid van een wet met de Grondwet of - zulks in afwijking van het huidige recht - met een bepaling van internationaal recht.

Daar komt bij dat de verplichting om over vermoede strijd met Grondwet of internationaal recht eerst een prejudiciële beslissing aan de Hoge Raad te vragen, in korte gedingen en in strafzaken gewoonlijk in conflict zou komen met de in zulke zaken vereiste spoed. Hiervóór onder (18) is al aangestipt dat een prejudicieel stelsel verdragend zal werken op het totstandkomen van een uitspraak.

Daarbij mag voorts niet uit het oog worden verloren dat een aan de Hoge Raad gevraagde en door die Raad gegeven prejudiciële beslissing vaak slechts op een deelaspect betrekking zal hebben en later niet eraan in de weg hoeft te staan dat in alle voorhanden instanties doorgeprocedeerd wordt. Vooral in strafzaken kan zodoende het vragen van een prejudiciële beslissing een zodanige vertraging tot gevolg hebben dat de zaak niet meer, zoals art. 6 lid 1 EVRM eist, binnen een redelijke termijn behandeld kan worden.

Van groot belang tenslotte is naar het oordeel van de Hoge Raad dat het geldende gespreide stelsel bij de toetsing van lagere wetgeving aan hogere regels en bij de toetsing aan internationaal recht, bevredigend werkt.

(21) Vorenstaande overwegingen brengen de Hoge Raad ertoe een voorkeur uit te spreken voor handhaving van het stelsel van gespreide toetsing, ook wanneer toetsing van de wet aan de Grondwet in de hiervoor omschreven zin zou worden ingevoerd.

Wanneer elke rechter met de beoordeling van opgeworpen vragen van grondwettigheid en verenigbaarheid met internationaal recht van wetten wordt belast, dan moet dat ook gelden voor de bestaande administratieve rechters, met inbegrip van met rechtspraak belaste afdelingen van de Raad van State. Wat betreft vragen van rechtseenheid die zich hierbij kunnen voordoen, verwijst de Hoge Raad naar zijn advies ex art. 22 RO inzake tijdelijke voorziening rechtseenheid bestuursrecht en bestuursprocesrecht (advies nr. 95).

Denkbaar zou zijn aan een gespreid toetsingssysteem de mogelijkheid toe te voegen dat een rechter, indien hij dat opportuun acht (waarbij hij aspecten van spoedeisendheid in zijn oordeel zal betrekken), over de grondwettigheid of verenigbaarheid met internationaal recht van een wettelijke bepaling aan de Hoge Raad een prejudiciële beslissing vraagt.

De Hoge Raad is evenwel van oordeel dat prejudiciële beslissingen weliswaar een nuttig hulpmiddel zijn voor de coördinatie van de rechtspraak van naast elkaar staande rechterlijke instanties of organisaties; daarvan is sprake in de Europese Gemeenschappen en in de Benelux, en dat geldt eveneens voor de hiervoor bedoelde tijdelijke rechtseenheidsvoorziening. Binnen één rechterlijke hiërarchie echter ligt het gebruik van dit hulpmiddel minder voor de hand, omdat de coördinatie en vooral de rechtseenheid beter bereikt kunnen worden door middel van bij één instantie uitmondende hogere voorzieningen.

Hoofdstuk III

Uitkomst van de toetsing

(22) Er is reden afzonderlijk aandacht te besteden aan de gevolgen van het rechterlijk oordeel dat een wetsbepaling niet verenigbaar is met de Grondwet. In het debat over constitutionele toetsing speelt dit onderwerp meestal geen grote rol, al staat de notitie er even bij stil (in nr. 6). Wel wordt, zoals hiervoor onder (8) al is aangestipt, nogal eens aangevoerd dat rechterlijke toetsing uit een oogpunt van rechtszekerheid problemen zou oproepen: het maatschappelijk verkeer heeft zich immers ingesteld op de rechtstoestand zoals door de wet in het leven geroepen, en moet dan ondervinden dat, soms jaren later, deze wet onverbindend blijkt te zijn geweest wegens strijd met de Grondwet.

Het eerste dat hierover valt op te merken is dat dit geen argument tegen constitutionele toetsing is, maar tegen toetsing in het algemeen. Dezelfde problemen doen zich voor bij toetsing van de wet aan een verdrag, of aan regels van Europees gemeenschapsrecht, en bij toetsing aan de Grondwet van algemene maatregelen van bestuur en van provinciale of gemeentelijke verordeningen. Bij deze vormen van toetsing is echter de ervaring opgedaan dat de rechter oog pleegt te hebben voor ongewenste repercussies die de toetsing zou kunnen hebben. Er zijn enkele technieken tot ontwikkeling gebracht om de gevolgen van al te plotselinge of te ingrijpende wijzigingen van het wettelijk stelsel te temperen. Ook ervaringen buiten Nederland wijzen in die richting; daarbij valt niet alleen te denken aan jurisprudentie van buitenlandse constitutionele rechters, zoals het Duitse Bundesverfassungsgericht, maar ook aan die van de beide Europese gerechten, nl. het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.

Een tweede overweging is in dit verband dat voor de gewone en de administratieve rechter - anders wellicht dan voor een gespecialiseerd constitutioneel hof - het wettelijk stelsel uitgangspunt blijft bij de rechtsvinding. Dat heeft een tweetal consequenties. In de eerste plaats zal de rechter pogingen aanwenden om, binnen het raam van zijn mogelijkheden, de wet aldus uit te leggen dat geen strijd met regels van de Grondwet aanwezig is: de omstandigheid dat een bepaalde uitlegging zulk een strijd zou opleveren, wijst er immers op dat zij waarschijnlijk niet de juiste is, nu de wetgever niet geacht kan worden dit resultaat te hebben beoogd. In de Duitse rechtspraak is met deze "verfassungskonforme Auslegung" veel ervaring opgedaan; in een stelsel met constitutionele toetsing is de noodzaak daartoe eerder aanwezig. In de tweede plaats blijft, in een aantal gevallen, de mogelijkheid van corrigerend optreden van de wetgever bestaan: dikwijls zijn het bepaalde implicaties van wettelijke bepalingen die tot het oordeel van ongrondwettigheid leiden, en een nieuwe wet kan dan de situatie rechtekken.

(23) Teneinde deze opmerkingen enigszins te concretiseren, zal hierna kort worden ingegaan op enkele van de methoden die de

rechtspraak is gaan bezigen om schokken in de rechtsontwikkeling te voorkomen (de hiervoor bedoelde "temperingstechnieken"). Daarbij wordt in herinnering gebracht dat - zoals hiervoor aan het slot van punt (8) al is aangestipt - botsing van de wet met een grondrecht die wet alleen aantast voor zover de strijdigheid met het grondrecht dat eist, zodat zij voor het overige van kracht blijft. Dit moet, naast hetgeen hierna aan voorbeelden volgt, in het oog worden gehouden.

a Soms behoeft de vaststelling dat een wetsbepaling in strijd is met de Grondwet, niet te leiden tot onverbindendheid van die bepaling. Het oordeel over de strijdigheid betreft nl. niet altijd elke mogelijke toepassing van die bepaling; het kan juist inhouden dat alleen een bepaalde toepassing daarvan strijd met de Grondwet oplevert. Als de rechter tot zo'n vaststelling komt, zal het gevolg zijn dat de bepaling voortaan niet meer op dat specifieke geval kan worden toegepast maar overigens haar gelding behoudt. Een voorbeeld van een redenering van deze aard is te vinden in HR 30 maart 1990, NJ 1991, 249, waar een bepaalde toepassing van het NAVO-statusverdrag niet mogelijk werd geacht omdat daardoor strijd zou ontstaan met het EVRM. Nu naar huidig volkenrecht het ene verdrag op zichzelf geen voorrang kan hebben boven het andere, blijft het NAVO-statusverdrag gelden, maar het kan voortaan niet worden toegepast in die specifieke situatie (nl. als de overgeleverde militair in zijn land van herkomst zou worden blootgesteld aan de doodstraf). Een beperkte toetsing van deze aard is ook denkbaar in geval van strijd van de wet met de Grondwet.

b Als de rechtsontwikkeling er langzamerhand toe leidt dat strijd ontstaat waar deze voordien niet aanwezig werd geacht, bijv. in verband met de voortgang van het denken over algemene rechtsbeginselen zoals rechtszekerheid of rechtsgelijkheid, heeft de rechter de mogelijkheid in zijn jurisprudentie aan te geven dat gaandeweg de tijd gekomen is voor wetswijziging. Hij kan dan terughoudendheid betrachten in afwachting van legislatief ingrijpen. Die houding wordt ook wel ingenomen wanneer de rechter de tijd gekomen acht voor een nieuwe interpretatie van bestaande wettelijke voorschriften; ook dan gebeurt het wel dat hij die interpretatie nog niet meteen omhelst wanneer wetswijziging in aantocht is. Zie bijv. HR 28 oktober 1990, BNB 1991/75, waar, op een punt van administratief procesrecht, geoordeeld werd dat terughoudendheid op haar plaats was in afwachting van de totstandkoming van de Algemene wet bestuursrecht.

c De rechter gaat een stap verder wanneer hij, bij het uitblijven van nieuwe wetgeving, de wetgever als het ware een termijn stelt door aan te kondigen dat hij zelf de consequenties uit de door hem geconstateerde strijdigheid met hoger recht zal moeten trekken als niet voor een bepaalde datum nieuwe wettelijke voorschriften totstandgekomen zijn. Het Bundesverfassungsgericht ging daartoe over in 1969 toen de Bondsdag bleef aarzelen met de aanpassing van de wetgeving over familierecht aan de grondwetsbepaling inzake gelijke behandeling van wettige en onwettige kinderen: Entscheidungen 25 nr. 20 (1969). Ook de befaamde uitspraken van het Amerikaanse federale Hooggerechtshof uit 1954 en 1955, waarin segregatie in het onderwijs ongrondwettig werd verklaard, trokken zelf nog niet de consequenties uit die on-

grondwettigheid: Brown I, 347 U.S. 483 (1954); Brown II, 349 U.S. 294 (1955). Beslist werd dat de verantwoordelijke autoriteiten "with all deliberate speed" een situatie moesten scheppen die in overeenstemming was met de grondwettelijke gelijkheidseis; in latere rechtspraak werd die termijn gepreciseerd.

d Indien de rechter beslist dat een wetsbepaling onverbindend is wegens strijd met de Grondwet, kan hij onder omstandigheden besluiten dat die onverbindendheid slechts ex nunc geldt, d.w.z. niet terugwerkt; vaak wordt op die niet-terugwerking weer een uitzondering gemaakt voor reeds lopende gedingen. In het Amerikaanse recht wordt wel van "prospectivity" gesproken. Daarvoor kan aanleiding bestaan wanneer het terugwerken van de onverbindendheid tot een ernstige inbreuk op de rechtszekerheid zou leiden, bijv. omdat justitiabelen die geen enkele reden hadden aan de verbindendheid te twifelen op onaanvaardbaar hoge kosten gejaagd zouden worden. Dezelfde benadering kan voor de hand liggen ingeval een wijziging van interpretatie soortgelijke problemen in het leven roept. De beide Europese gerechten hebben deze methode verschillende malen toegepast, bijv. het Hof van Justitie in de zaak Defrenne II, toen het de rechtstreekse toepasselijkheid aannam van art. 119 EEG-verdrag (zaak 43/75, Gabrielle Defrenne c. Sabena, Jur. 1976 p. 455, NJ 1976, 510), het Straatsburgse hof in de zaak-Marckx, waarin de Belgische wetgeving over rechten van onwettige kinderen aan het EVRM werd getoetst (EHRM 13 juni 1979 A 31, NJ 1980, 462). Een Nederlands voorbeeld is CRB 4 oktober 1985, AB 1986, 38, waarin de Centrale Raad van Beroep omging wat betreft de verzekeringsplicht van de directeur-groootaandeelhouder en daarbij nauwkeurig de werking in de tijd omschreef van het nieuwe regime, zulks om te voorkomen dat aan bestaande rechten "een abrupt einde" zou worden gemaakt; in een eerdere uitspraak was de wijziging van jurisprudentie al aangekondigd (CRB 22 januari 1985, AB 1985, 569).

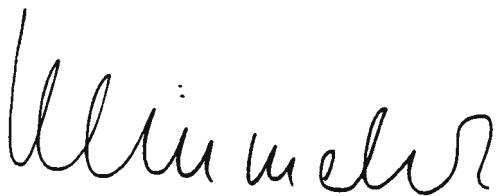
e In enkele gevallen zal de rechter wel strijd met de Grondwet kunnen vaststellen, maar niet zelf de mogelijkheid hebben de rechtens correcte oplossing in zijn uitspraak neer te leggen. Dat kan zich voordoen bij ongeoorloofde ongelijkheid van behandeling, wanneer die ongelijkheid op verschillende manieren kan worden opgeheven. De rechter kan deze keus niet altijd maken, terwijl de onverbindendheid van het gehele wettelijke regime tot sociaal onaanvaardbare gevolgen zou kunnen leiden. Een voorbeeld is HR 12 oktober 1984, NJ 1985, 230, inzake discriminatie in het nationaliteitsrecht van de buitenlandse man die met een Nederlandse vrouw in het huwelijk treedt (het ging toen, uiteraard, om strijd met verdragsrecht). Op dit punt moet een keus worden gemaakt, meende het college, die, gezien de daarbij betrokken belangen, niet binnen de rechtsvormende taak van de rechter valt. Deze lijn wordt in gelijkheidszaken niet altijd gevolgd; bij ongelijke behandeling van vrouwen in het arbeidsproces heeft het Hof van Justitie wel uitgemaakt dat de behandeling van mannelijke werknemers "de enige geldige referentiebasis" is, zodat de rechter het ongelijkheidsprobleem zelf kan oplossen (zie zaak 286/85, McDermott en Cotter, Jur. 1987 p. 1453).

f Het motief om geen onmiddellijk gevolg te verbinden aan de strijd van een wetsbepaling met hoger recht kan ook daarin zijn gelegen, dat het opheffen van die strijd zonder wettelijke

regeling eenvoudigweg niet doenlijk is. Bij mogelijke strijdigheid van het stelsel van rechtsbescherming ingevolge de Faillissementswet met art. 6 EVRM staat het niet aan de rechter om een oplossing uit te denken, aldus HR 19 januari 1990, NJ 1991, 213: alleen de wetgever is in staat dat stelsel in overeenstemming te brengen met de eisen van die verdragsbepaling.

(24) Uit dit korte overzicht, en de daarin gegeven voorbeelden, blijkt dat het onjuist zou zijn een ontwrichtende invloed op het rechtsverkeer te vrezen van constitutionele toetsing. Niet te ontkennen is echter dat, in verhouding tot de huidige situatie, de geldigheid van wetsbepalingen aan een verhoogd risico komt bloot te staan. Dat is in zekere zin de prijs die moet worden betaald voor onverkorte handhaving van de grondrechten door de rechter.

De praktijk in landen met constitutionele toetsing laat overigens ook zien dat daar vaak een intensieve discussie plaatsvindt over de vraag welke eisen de plicht tot naleving van de grondwettelijk verankerde grondrechten meebrengt voor de wetgever - zowel in de juridische literatuur als bijv. in de dagbladers en voor radio en televisie. In een stelsel waar de wetgever in zaken van grondwetsinterpretatie altijd het laatste woord heeft, zoals het Nederlandse tot nu toe, is het niet noodzakelijk, en ook niet erg gebruikelijk, zich die vraag te stellen als de wet eenmaal tot stand gekomen is; en voor die tijd domineren dikwijls beleidsoverwegingen. De intensivering van het debat, die met invoering van enigerlei vorm van constitutionele toetsing gepaard kan gaan, zal op haar beurt ertoe kunnen leiden dat wetgevende instanties zich meer dan thans bewust zullen zijn van de grenzen die de Grondwet aan hun optreden stelt. De kwaliteit van de wetgeving kan daardoor bevorderd worden.



(procureur-generaal)



(president)

Een afschrift van dit advies wordt gezonden aan de vice-president van de Raad van State.