



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Wisselwerking tussen wetgever en rechter - naar een betere dialoog?

Gerards, J.H.; Lange R. de

Citation

Gerards, J. H. (2008). Wisselwerking tussen wetgever en rechter - naar een betere dialoog? In *Wetgever en grondrechten* (pp. 161-194). Nijmegen: Wolf Legal Publishers. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13723>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13723>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

PUBLIKATIES VAN DE STAATSRECHTKRING
— STAATSRECHTCONFERENTIES —

————— 12 —————

Wetgever en grondrechten

Staatsrechtconferentie 2007
Erasmus Universiteit Rotterdam

redactie:

R. de Lange



2008

Wisselwerking tussen wetgever en rechter – naar een betere dialoog?

JANNEKE GERARDS*

1 Inleiding

Discussies over rechterlijke toetsing aan grondrechten richten zich, logischerwijze, vaak op de positie van de rechter. Zij gaan bijvoorbeeld over de vraag hoe de rechter kan bepalen of internationaal beschermde grondrechtenbepalingen rechtstreekse werking hebben, of de rechter zelf mag bepalen hoe een gevonden schending van een grondrecht moet worden gerepareerd, en hoever de interpretatie- en toetsingsbevoegdheid van de rechter strekt. Gelet op dit soort vragen is het niet verrassend dat de discussie vaak is terug te voeren tot de belangrijke constitutionele vraag in hoeverre het legitiem en aanvaardbaar is dat de rechter zich buigt over de verenigbaarheid van formele wetgeving met regels van hoger recht. Nog steeds zijn er onopgeloste, fundamentele en praktische problemen die betrekking hebben op de verhouding tussen wetgever en rechter. In dit verband, en aansluitend op de thematiek van deze staatsrechtconferentie, wil ik aandacht besteden aan de wisselwerking tussen rechter en wetgever.

In zekere zin fungeert de wetgever als “aangever” voor de rechter – hij reikt een wettekst met toelichting aan die de rechter in het concrete geval toepast.¹ In veel gevallen volgt de rechter daarbij de wetgever,² zich baserend op (een interpretatie van) de tekst van de wet. Er zijn echter ook gevallen waarin de wet als zodanig ter discussie wordt gesteld, en waarbij bijvoorbeeld wordt aangevoerd dat een bepaling in strijd komt met een door internationale verdragen beschermd grondrecht. In dat soort gevallen dient de rechter de wet te toetsen aan de betreffende bepalingen. Als hij daarbij een schending constateert, kan hij deze oplossen door een verdragsconforme wetsinterpretatie geven of door een wettelijke bepaling buiten toepassing te laten.³ De rechter geeft de wetgever dan een belangrijke boodschap terug. Zeker als een bepaling in het concrete geval buiten toepassing is gelaten zal de wetgever de wet aan willen passen of zelfs vervangen, maar actie kan ook vereist zijn als een interpretatie is gegeven die de wetgever onwenselijk acht. Om te kunnen beoordelen in hoeverre regelgevend optreden noodzakelijk is, zal de wetgever zich moeten baseren op de informatie over de tekortkomingen van de wet die de rechter in zijn motivering heeft gegeven.

* De auteur is veel dank verschuldigd aan Tom Barkhuysen, Michiel van Emmerik, Roel de Lange, Jan-Peter Loof en Jerfi Uzman voor hun waardevolle opmerkingen bij een eerdere versie van dit preadvies.

1 Daarbij baseert de rechter zich in belangrijke mate op de kaders die door de wetgever zijn gesteld; daarover De Werd 2004, p. 106.

2 Vgl. De Winter/Witteveen 1981, p. 670.

3 Zie hierover nader De Lange 1999, p. 12 e.v.

Wetgever en rechter hebben elkaar dus nodig om hun taken in het kader van grondrechtenbescherming te kunnen vervullen. De rechter heeft behoefte aan goede informatie van de wetgever, die hem in staat stelt tot een oordeel te komen over de interpretatie en legitimiteit van een wettelijke regeling. Andersom zal de rechter de wetgever voldoende informatie terug moeten geven, zodat duidelijk is op welk punt de wettelijke regeling tekortschiet en eventueel aanpassing behoeft.⁴ Gesteld kan worden dat daardoor sprake is van een zekere wisselwerking, of zelfs van een “constitutionele dialoog”, tussen de twee staatsmachten.⁵

Het bestaan van deze constitutionele dialoog of wisselwerking kan vanzelfsprekend lijken – de geschetste constitutionele verhoudingen zijn een bekend gegeven.⁶ De praktijk laat echter een ander beeld zien. De informatie die de wetgever over zijn wettelijke regeling naar buiten brengt – in de vorm van de wettekst, maar ook in de vorm van memories, nota’s en handelingen – schiet vaak tekort als basis voor rechterlijke besluitvorming.⁷ Andersom zijn veel rechterlijke uitspraken maar beperkt gemo-

⁴ Eventueel kan de wetgever op basis van een duidelijke rechterlijke uitspraak beslissen om de uitspraak te “overrulen”. Dat gebeurt soms ook wel, zo blijkt uit een aantal oudere studies daarnaar (zie voor verwijzingen Groenendijk 1991, p. 71). Het gaat daarbij veelal om controversiële onderwerpen, waarover veel discussie kan ontstaan. De uitspraak vormt dan aanleiding tot een maatschappelijk debat, zodat in dat soort gevallen daadwerkelijk kan worden gesproken van een constitutionele dialoog (zie hierna en m.n. Groenendijk 1991, p. 72 e.v.).

⁵ Vgl. Van Kreveld 2006a, p. 91; zie ook Hogg/Bushell 1997, p. 85 en, voor een praktijkvoorbeeld van deze wisselwerking, De Lange 1999, p. 7/8. Overigens verzetten verschillende constitutionele theorieën zich tegen de visie dat rechter en wetgever in zekere zin gelijkwaardig zijn en een daadwerkelijke dialoog kunnen voeren – volgens sommigen verzet het uitgangspunt van parlementaire democratie zich daartegen, volgens anderen dient juist een primaire positie aan de rechter te worden toegekend (vgl. Hickman 2005, p. 307/308). Daarnaast is er wel op gewezen dat in concrete gevallen een daadwerkelijke dialoog niet voorstelbaar is, in de zin dat de uitspraak die de rechter doet een dusdanige diskwalificatie van een wettelijke regeling oplevert dat reparatie niet mogelijk is. De wetgever wordt dan feitelijk buiten spel gezet, of moet zich volledig richten naar de rechterlijke uitspraak (zie, met voorbeelden, Hogg/Bushell 1997, p. 93 e.v.). In die gevallen komt de ondemocratische rechter in laatste instantie boven de democratisch gelegitimeerde wetgever te staan. In dit preadvies wordt getracht een middenweg te vinden tussen deze verschillende posities, aansluitend bij de procedurele democratietheorie. Zie daarover § 4.2 van dit preadvies. Ook de theorievorming over de constitutionele dialoog is in dit verband waardevol. Daarin wordt erop gewezen dat bij een goede dialoog tussen rechter en wetgever een deel van de democratische bezwaren tegen rechterlijke toetsing wordt weggenomen: de gerichtheid van de rechter op de afwegingen en keuzes van de wetgever neemt toe, en ook als de rechter uitspraak heeft gedaan, is er goede discussie en eventueel correctie mogelijk door de wetgever. Vgl. voor Nederland bijv. Groenendijk 1991, p. 68 en voor Canada Hogg/Bushell 1997, p. 105 (waar overigens een verdergaand correctiemechanisme voor de wetgever bestaat). Bij dit alles staat voorop dat het hier gaat om *nationale* situaties van rechterlijke toetsing – bij toetsing van nationale wetgeving door het EHRM ontstaat het probleem dat, bij gebreke van gelijkwaardige constitutionele partners, de dialoog op een andere, complexere wijze verloopt. Daarover o.m. Heringa 1996, p. 24 en Hey/De Lange/Mevis 2005.

⁶ Zie reeds uitgebreid Barendrecht 1992, p. 110 en Dommering 1989, p. 2 e.v., die spreekt over complementaire rechtsvormers.

⁷ Vgl. Waaldijk 1994, p. 372, die aangeeft dat de toelichtende stukken zich kenmerken door chaos en het de lezer onnodig moeilijk maken.

tiveerd, en geven zij niet altijd duidelijk aan op welke punten en om welke redenen een wettelijke regeling strijdig met een internationaal verdrag wordt geacht. Dergelijke tekortkomingen zijn problematisch. In de loop van de tijd zijn de verwachtingen ten aanzien van de rechter sterk toegenomen. Steeds vaker wordt hem gevraagd zich uit te spreken over ingewikkelde (rechts)politieke vraagstukken.⁸ De rechter krijgt daardoor steeds vaker de taak toebedeeld om te bepalen of een wettelijke bepaling in strijd komt met een verdragsrecht. De rechter beschikt echter slechts over een (relatief) beperkt instrumentarium om de (abstracte) redelijkheid van wetgeving te beoordelen.⁹ Rechters stellen zich dan ook vaak voorzichtig en terughoudend op ten opzichte van wetgeving.¹⁰ Vanuit het perspectief van de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever lijkt die voorzichtigheid terecht, maar het eindresultaat kan zijn dat een betwistbare wettelijke regeling in stand blijft. Bovendien leidt juist terughoudendheid tot oppervlakkig gemotiveerde uitspraken die de wetgever weinig aanknopingspunten bieden voor eventuele aanpassingen van een wettelijke regeling en die bovendien weinig zeggen over eventuele fundamentele keuzes die door de rechter zijn gemaakt.¹¹ In dit opzicht is de dialoog tussen rechter en wetgever niet optimaal.

Gelet hierop is het wenselijk erover na te denken hoe wetgever en rechter zich beter op elkaar kunnen oriënteren en hoe zij hun tegenspeler effectiever kunnen accommoderen. Vanzelfsprekend moet daarbij hun positie en taakstelling in acht worden genomen; oplossingen moeten passen in de Nederlandse constitutionele traditie. In dit preadvies richt ik mij op het vinden van tenminste enkele mogelijkheden tot verbetering, specifiek op het terrein van de toetsing aan grondrechten. Daarbij besteed ik vooral aandacht aan de redelijkheidstoets die in het kader van die grondrechten moet worden uitgevoerd. Zoals bekend laten grondrechtenverdragen als het EVRM en het IVBPR ruimte voor beperkingen van grondrechten, zolang deze een redelijk doel nastreven en er een redelijke balans bestaat tussen deze doelstelling en de aantasting van het grondrecht.¹² Juist bij deze vorm van toetsing is de verhouding tussen

⁸ Koopmans signaleerde reeds in 1992 een trend om bij ingrijpende besluiten of gesignaleerde maatschappelijke misstanden verhaal te zoeken bij de rechter (Koopmans 1992, p. 54).

⁹ Daarover Adams 2004, p. 359 en Koopmans 1979, p. 256 e.v.; de laatste geeft vooral aan dat de rechter slechts beperkte effecten met zijn uitspraken kan bewerkstelligen. Overigens moet in dit verband worden onderscheiden tussen de abstracte redelijkheidstoets van de regeling en de concrete toets van de effecten daarvan; tot beoordeling van dit laatste aspect is de rechter beter in staat dan tot beoordeling van het eerste. Daarbij zal hij in zijn beoordeling worden geholpen door de stellingen en argumenten van partijen in de processtukken en eventueel door deskundigenberichten. Het putten uit brede maatschappelijke discussies over de wenselijkheid van een wettelijke regeling en het in ruime zin bepalen van de geschiktheid van regulerende instrumenten, past echter beter bij de wetgever dan bij de rechter.

¹⁰ Zie hierover nader § 2 van dit preadvies.

¹¹ Juist vanuit de constitutionele positie van de rechter kan van hem een bijzondere zorgvuldigheid bij de motivering worden vereist; het ontbreken daarvan kan de legitimiteit van de uitspraken negatief beïnvloeden; vgl. Adams 2004, p. 373/374.

¹² In sommige EVRM-bepalingen is dit vereiste nader uitgewerkt (bekend zijn de beperkingsclausules van de artikelen 8-11, waarin de redelijke doelstellingen expliciet zijn benoemd en additionele criteria zijn gegeven voor de toetsing van de redelijkheid van het instrument dat is gebruikt om dit doel te bereiken), maar in andere bepalingen ontbreekt een dergelijke uitwerking. Te

wetgever en rechter precair, nu vragen van rechtmatigheid en doelmatigheid bij de rechtvaardigheidstoets in sterke mate door elkaar lopen.¹³ Bovendien vereisen grondrechtenverdragen een toetsing waarbij de rechter niet kan volstaan met het interpreteren van de wettekst. Om een oordeel te kunnen geven over de rechtvaardiging van de inbreuk, waarbij een toetsing moet worden uitgevoerd van de legitimiteit van de nagestreefde doelstellingen en de afwegingen die aan de beperking ten grondslag lagen, is nader onderzoek van de wetsgeschiedenis veelal een vereiste. Een extra complicatie is dat een goede rechterlijke toetsing van de rechtvaardiging van een regeling in het algemeen bestaat uit twee fasen. Allereerst moet de rechter nagaan of de regeling als zodanig (dus in algemene zin) verenigbaar is met het grondrecht in kwestie.¹⁴ Als die vraag positief is beantwoord, beziet de rechter of toepassing van de regeling in het concreet voorliggende geval tot onredelijke consequenties heeft geleid. Vragen over constitutionele verhoudingen rijzen vooral ten aanzien van de eerste, abstracte fase van de toetsing. Ik zal mij in dit preadvies dan ook primair op deze fase richten. Daarbij zal ik allereerst ingaan op een aantal concrete problemen van wisselwerking die rijzen bij de rechterlijke toetsing aan grondrechten (§ 2). Vervolgens komt de vraag aan de orde welke eisen in dit verband kunnen worden gesteld aan de wetgever, en op welke punten verbeteringen mogelijk zijn (§ 3). Dezelfde vraag zal ik stellen ten aanzien van de toetsing door de rechter (§ 4). Ten slotte ga ik afzonderlijk in op een belangrijk aspect van wisselwerking, namelijk de wijze waarop de wetgever op de hoogte kan worden gesteld van een rechterlijke uitspraak waarin kritiek wordt geleverd op wetgeving (§ 5). Uiteraard sluit ik dit preadvies af met een conclusie, waarin ik een aantal verbetermogelijkheden samenvat (§ 6).

2 Specifieke problemen van wisselwerking bij grondrechten

2.1 Inleiding

De stelling dat de verhouding tussen rechter en wetgever juist ten aanzien van de toetsing van grondrechten complex is, wordt niet algemeen gedeeld. Soms wordt zelfs aangegeven dat de rechter relatief gemakkelijk een oordeel over de verenigbaarheid van een wettelijke regeling met grondrechten kan uitspreken omdat het hier een rechtsvraag betreft. Rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan grondrechten zou daarom meer voor de hand liggen dan toetsing aan andere (verdrags)bepalingen.¹⁵

denken valt aan artikel 6 (eerlijk proces), artikel 14 (discriminatieverbod) en artikel 1 Eerste Protocol (recht op eigendom). Het EHRM heeft ook daar consequent een redelijkheidsvereiste gesteld; zie o.m. Van Dijk/Van Hoof e.a. 2006, p. 343 e.v.

¹³ Vgl. Broeksteeg e.a. 2005, p. 27.

¹⁴ Daarover o.a. Barkhuysen 2004, p. 98, die aangeeft dat de toetsing zich in veel gevallen tot deze fase beperkt.

¹⁵ Vgl. in deze zin Nieuwenhuis/Schueler/Zoethout 2005, p. 220. Ook om andere redenen is wel aangegeven dat de rechter bij uitstek geschikt is om aan grondrechten te toetsen, of dat zich in ieder geval geen onoverkomelijke problemen voordoen vanuit de taakstelling van de rechter. Zie

Bij de toetsing van grondrechten spelen echter belangrijke fundamentele en praktische problemen. Allereerst is er het klassieke bezwaar tegen het beoordelen door de niet-democratisch gelegitimeerde rechter van een product van de democratisch gelegitimeerde wetgever.¹⁶ Daarnaast is in de literatuur een veelheid van andere argumenten en bezwaren genoemd. Tushnet heeft bijvoorbeeld overtuigend betoogd dat grondrechtenbescherming bij rechters niet per se in betere handen is dan bij de wetgever en meestal niet zal leiden tot andere uitkomsten; er bestaat volgens hem dan ook weinig reden voor een dergelijke toetsing.¹⁷ Bekend zijn verder de bezwaren van het door kruisen van machtsevenwicht en het risico voor politisering van de rechtspraak.¹⁸ Dit soort bezwaren speelt sterker naarmate de grondrechten een belangrijker betekenis toegedicht krijgen en steeds meer maatschappelijke vraagstukken in de vorm van concrete klachten over grondrechtenaantastingen worden gegoten.¹⁹

Naast deze fundamentele bezwaren, die inmiddels welbekend zijn, is een aantal meer praktische bezwaren te noemen tegen rechterlijke toetsing van wetgeving aan grondrechten. Juist deze praktische problemen kunnen een belangrijke rol spelen in de verbetering van de wisselwerking tussen wetgever en rechter. In deze paragraaf wil ik nader ingaan op deze problemen. Daarbij zal ik onderscheid maken tussen de drie belangrijkste toetsingscriteria voor de beoordeling van de rechtvaardiging van grond-

bijv. Bickel 1962, p. 25 e.v., die aangeeft dat de rechter beschikt over specifieke capaciteiten die hem in staat stellen op een kwalitatief betere manier om te gaan met “matters of principle” dan de wetgever of het bestuur. Bovendien kan hij kijken naar de omstandigheden van het individuele geval (Sap 2007, p. 593). Zie ook Koopmans 1992, p. 81, die vindt dat de rechtsbescherming bij de rechter in veiliger handen is dan bij regering en parlement omdat (en zolang) de rechter een niet-politiek orgaan is; vgl. ook Van Gerven 1973, p. 146 e.v., die de rechter de capaciteit toedicht om in belangen- en waardenconflicten op zoek te gaan naar een maatschappelijke consensus over een waardenprioriteit (zie echter de kritiek hierop van Ely 1980, p. 64).

¹⁶ Zie m.n. Bickel 1962, p. 16/17 en Ely 1981, p. 5 en 45. Voor Nederland zijn de fundamentele bezwaren tegen constitutionele toetsing in kaart gebracht in de preadviezen voor de NJV van 1992 (m.n. Prakke 1992 en Koopmans 1992, p. 82 e.v.). Koopmans heeft er daarbij op gewezen dat het bezwaar zich niet zozeer richt op het gebrek aan democratische legitimatie van de rechter, maar om de onmogelijkheid om hem ter verantwoording te roepen (1992, p. 83). Terecht is dit bezwaar wel gerelativeerd. Sommige auteurs hebben betoogd dat ook de rechter in wezen op zoek is naar consensus in de samenleving en op basis daarvan beslist, en om die reden zijn oordelen niet ondemocratisch zijn (Barendrecht 1992, p. 116), of hebben gesteld dat niet democratie in de vorm van besluitvorming bij meerderheid het uitgangspunt zou moeten zijn, maar rechtsstatelijke vereisten zoals minderheidsbescherming (bijv. Koopmans 1999, p. 134) of bescherming van een ieders recht op gelijke zorg en gelijk respect door de overheid (Dworkin 1996, p. 16 e.v.); rechterlijke toetsing van wetgeving is dan juist wel redelijk. Ook degenen die deze relativeeringen naar voren hebben gebracht, haasten zich echter te stellen dat primair de wens van de wetgever dient te prevaleren en de rechter slechts dient als een vangnet; zie dezelfde auteurs, bijv. Barendrecht 1992, p. 119.

¹⁷ Tushnet 1999, hst. 7 en 8.

¹⁸ Zie o.m. Barendrecht 1992, p. 89/90, die nog talrijke andere bezwaren tegen constitutionele toetsing opsomt. Zie ter nuancering van het bezwaar van de machtenscheiding overtuigend Adams 2004, p. 339 e.v.

¹⁹ Vgl. reeds Koopmans 1992, p. 50-52. De implicatie hiervan is dat steeds meer zaken die eigenlijk een vrij sterk politiek of beleidsmatig karakter hebben, toch aan de rechter kunnen worden voorgelegd.

rechten: de toetsing van de doelstelling voor een grondrechtenbeperking (§ 2.2), de toetsing van geschiktheid en noodzakelijkheid (§ 2.3) en de beoordeling van de belangenafweging die aan de grondrechtenbeperking ten grondslag heeft gelegen (§ 2.4).²⁰

2.2 Vaststelling van de legitieme doelstelling voor de beperking

Het EVRM en het IVBPR vereisen dat iedere grondrechtenbeperking, van welke aard ook, een legitieme doelstelling dient. Soms is nader geëxpliciteerd om welk soort doelstellingen het dan moet gaan, zoals bij de doelcriteria van de artikelen 8-11 EVRM, maar in andere gevallen wordt iedere rechtmatige doelstelling geaccepteerd. De rechter dient in dit verband zelf een oordeel te geven over de rechtmatigheid van de nagestreefde doelstellingen, waarbij hij moet onderzoeken of een doelstelling niet inherent strijdig is met hogere rechtsregels. De beantwoording van een dergelijke vraag past op zichzelf goed binnen de rechterlijke taakstelling, hoewel discussie mogelijk is over de vraag in hoeverre de rechter iets mag zeggen over de *redelijkheid* van het nagestreefde doel.²¹ Lastig is echter vooral de *vaststelling* van de doelstellingen van de betreffende wettelijke bepaling.

Het is primair de taak van de wetgever om de wettelijke doelstellingen te bepalen. Aanwijzing 7 van de Aanwijzingen voor de regelgeving vereist dat de regelgever de doelstellingen van een regeling zo concreet mogelijk vaststelt en dat hij dit doet op basis van een goede inventarisatie van alle relevante feiten en omstandigheden.²² De formele wetgever beschikt daartoe ook over een geschikt instrumentarium, dat de rechter moet ontberen.²³ Om deze reden, maar ook om de eerder genoemde redenen van democratische legitimatie, zal de rechter in het algemeen moeten afgaan op de door de wetgever vastgestelde doelstellingen.²⁴

In de praktijk blijkt dit echter aanzienlijk ingewikkelder dan in theorie kan worden voorgesteld. De wettekst zelf biedt meestal onvoldoende aanknopingspunten om de precieze doelstellingen te kunnen achterhalen – daarvoor is het nodig te rade te gaan bij de wetsgeschiedenis. Ook de wetsgeschiedenis geeft echter maar in beperkte mate informatie over de doelstellingen van een wettelijke regeling of over de probleemanalyse waarop deze is gebaseerd.²⁵ Vaak wordt de informatie in de memorie van toelichting vaag en onduidelijk gehouden (soms welbewust), en wordt eerder gewezen op zeer algemene belangen (“bescherming van de veiligheid”), dan op con-

²⁰ Deze drie vereisten vormen vast onderdeel van vrijwel iedere rechtvaardigingstoets die wordt uitgevoerd in het kader van toetsing aan het EVRM, maar ook in het kader van het IVBPR. Zie nader Gerards 2006, p. 149.

²¹ Daarover o.m. Brest 1971, p. 129/130.

²² Vgl. ook Van Male 1990, p. 282 en Eijlander/Voermans 2000, p. 173.

²³ Barendrecht 1992, p. 90.

²⁴ Vgl. Stoter 2000, p. 143. Overigens zal de rechter normaliter primair moeten afgaan op de wettekst, maar deze biedt bij de toetsing van de rechtvaardiging voor een inbreuk in het algemeen onvoldoende aanknopingspunten.

²⁵ Bijv. Waaldijk 1994, p. 206 e.v. en recenter Broeksteeg e.a. 2005, p. 169 e.v.

crete, goed toetsbare doelstellingen.²⁶ Ook kan een relatief duidelijke doelstelling die is vermeld in de memorie van toelichting, in de loop van het wetgevingsproces vertroebeld zijn geraakt.²⁷ Nu ons wetgevingsproces niet voorziet in een soort “eindmemorie van toelichting”, waarin op basis van alle gewisselde standpunten definitief worden vastgesteld welke doelen worden nagestreefd en hoe bepalingen moeten worden uitgelegd, betekent dit dat de rechter vaak veel moeite moet doen om op basis van alle beschikbare kamerstukken een reconstructie te maken.²⁸ Nog lastiger wordt dit als de wet in kwestie al enige tijd in werking is – de vraag is dan immers of de destijds gestelde doelen nog steeds actueel zijn, en of de huidige wetgever voor het laten voortbestaan van de wet nog steeds dezelfde motieven heeft.²⁹ In dit soort situaties zal de rechter licht geneigd zijn om zijn uitspraak wat vaag te motiveren, bijvoorbeeld door een globale doelstelling te noemen zonder de bron daarvan helder aan te duiden.³⁰

De situatie wordt nog gecompliceerder als wordt bedacht dat het abstractieniveau van de doelstelling invloed kan hebben op het rechtmatigheidsoordeel. Een zeer algemeen geformuleerde doelstelling, zoals “bescherming van de nationale veiligheid” of “bestrijding van criminaliteit”, zal veelal gemakkelijker verdedigbaar zijn dan een heel specifieke doelstelling. De rechter zal dan ook steeds moeten beslissen of hij, als alleen algemeen geformuleerde doelstellingen zijn vermeld, nog verder moet zoeken naar specifiekere doelstellingen.³¹ Ook hier kan de wetgever in zekere zin sturend optreden door zijn doelstellingen zo specifiek mogelijk te formuleren.

²⁶ Zie voor voorbeelden waarbij de Raad van State wetsvoorstellen op dit punt bekritiseerde Broeksteeg e.a. 2005, p. 177 e.v.

²⁷ Hierbij komt nog dat het moeilijk is te spreken van *de* doelstelling van de wet, nu zoveel verschillende mensen bij de wet zijn betrokken en sommige keuzen eigenlijk nauwelijks op een aanwijsbaar moment plaatsvinden (vgl. Waaldijk 1994, p. 30; uitgebreid ook reeds Bickel 1962, p. 214).

²⁸ Zie vooral Waaldijk 1994, p. 372, die in dit verband interessante verbeteringen voorstelt. Vgl. verder Stoter 2000, p. 143 en Van Male 1990, p. 284. Minister Hirsch Ballin heeft onlangs een voorstel tot introductie van zo’n “eindmemorie” verworpen, niet alleen omdat daarbij enige geschiedvervalsing zou kunnen optreden, maar vooral ook omdat het teveel tijd en capaciteit zou vergen (zie brief Minister van Justitie n.a.v. motie-Dijkema (Handelingen I 2005/06, p. 23-1595), *Kamerstukken II* 2006/07, 30800 VI en 30800 III, nr. 81).

²⁹ De Winter/Witteveen 1981, p. 670 en Gordon 2002, p. 423/424. Vgl. voor een praktijkvoorbeeld HR 20 november 2001, *NJ* 2003/632 (Mensenroof).

³⁰ Zie voor dit laatste element Van Male 1990, p. 284. Voor het recht op gelijke behandeling heb ik de jurisprudentie op dit punt nauwkeurig onderzocht. Hoewel rechters minder problemen lijken te ondervinden bij het vaststellen van een wettelijke doelstelling op basis van de wetgeschiedenis dan te verwachten zou zijn, blijkt dat zij in het algemeen alleen een vrij globale doelstelling formuleren – specifiekere doelstellingen zijn kennelijk moeilijker vast te stellen. Een belangrijke bevinding was verder dat rechters vaak niet eens onderzoek naar de doelstelling uitvoeren, maar vooral een doelstelling vaststellen waarvan het hen waarschijnlijk lijkt dat deze aan de ongelijke behandeling ten grondslag lag. Zie Gerards 2002, p. 589/590. Het is niet geheel duidelijk of deze bevindingen ook opgaan voor rechtspraak over andere grondrechten – een systematisch onderzoek naar deze rechtspraak is vooralsnog niet beschikbaar.

³¹ Binion vreest dat het achterhalen van specifieke, mogelijk onrechtmatige doelstellingen “necessarily involves the courts in an unseemly review of the behavior and attitudes of legislators” (Bin-

2.3 Doel-middeltoets

Een tweede belangrijk element in de rechterlijke toetsing van grondrechtenbeperkingen betreft de wettelijke instrumenten die zijn gekozen: deze moeten geschikt en noodzakelijk zijn om de doelstellingen te bereiken. De keuze voor bepaalde beleidsinstrumenten (een vergunningstelsel, alternatieve vormen van regulering, etc.) en de precieze inrichting van een wettelijke regeling behoren tot de kern van het wetgevend optreden.³² Veel discussies in het parlement richten zich op de vraag of de voorgestelde maatregelen daadwerkelijk effectief zullen zijn, of op de vraag of alternatieve mogelijkheden bestaan die (in bepaalde opzichten) minder belastend zijn. Ook het zoeken naar “*praktische Konkordanz*” tussen strijdige belangen is bij uitstek een taak van de wetgever. Hij beschikt immers over alle mogelijkheden om een gesignaleerd maatschappelijk probleem op een dusdanige manier op te lossen dat optimaal recht wordt gedaan aan alle betrokken belangen, waarbij hij goed kan luisteren naar belangengroepen en “*stakeholders*” en kan discussiëren over tussenoplossingen en compromissen. Gelet hierop is het niet verwonderlijk dat vragen naar de doeltreffendheid, de doelmatigheid en de noodzakelijkheid van een bepaalde wettelijke regeling worden aange-merkt als vragen die het beleid betreffen, en waarover vanuit het perspectief van rechtmatigheid weinig tot niets te zeggen valt.³³ Zelfs de Raad van State stelt zich in zijn advisering ten aanzien van dit soort vragen relatief terughoudend op.³⁴ Wel bieden de Aanwijzingen voor de regelgeving belangrijke richtsnoeren bij het gebruik van de wetgevende vrijheid. De wetgever moet kennis vergaren over relevante feiten en omstandigheden, hij moet bezien of de doelstellingen door bestaande of andere instrumenten kunnen worden bereikt, en hij moet letten op de mate waarin kan worden verwacht dat een regeling het beoogde doel zal helpen verwezenlijken.³⁵

Gelet op het bovenstaande is het principieel wenselijk dat de rechter terughoudend is als het gaat om de keuze voor een bepaalde maatregel. Daarnaast bestaan er praktische bezwaren tegen rechterlijke toetsing aan deze elementen. Een complicerende factor is dat de toetsing van de rechter zich richt op de situatie waarbij de regeling al in werking is getreden en de effecten van de wet zichtbaar zijn. Dit betekent dat de rechter zijn oordeel slechts ten dele zal kunnen baseren op de informatie die de wetgever heeft verschaft als het gaat om de geschiktheid en noodzakelijkheid van een wettelijke regeling.³⁶ Op zichzelf is dit nog niet zo'n groot probleem als het gaat om

ion 1983, p. 442). Daarom is het volgens hem beter om met het vaststellen van algemenere doelstellingen te volstaan.

³² Popelier 1995, p. 1070.

³³ Vgl. ook Van Gestel 2005, p. 150.

³⁴ Zie *Jaarverslag Raad van State 1998*, p. 28 – in dit jaarverslag zette de Raad van State uitgebreid de verschillende gehanteerde toetsingscriteria uiteen. Overigens heeft de Raad van State hogere eisen gesteld bij vergaande inbreuken op rechtsbeginselen: de eventuele inbreuk moet dan overtuigend worden gerechtvaardigd, hetgeen betekent dat buiten twijfel moet worden gesteld dat het beoogde beleidsdoel naar verwachting zal worden gerealiseerd (p. 31).

³⁵ Ook hiervoor geldt een plicht tot motivering; vgl. Van Male 1990, p. 282.

³⁶ Als op basis van de wetsgeschiedenis (of de regelmatig door de Raad van State op de geschiktheid of noodzakelijkheid geleverde kritiek; zie daarover Broeksteeg e.a. 2005, p. 179 e.v.) blijkt

de beoordeling van de geschiktheid. Voor een rechter kan deze beoordeling zelfs gemakkelijker zijn dan voor de wetgever, juist omdat de feitelijke effecten van de regeling zichtbaar zijn tegen de tijd dat de zaak aan de rechter worden voorgelegd. De rechter kan zich dan weliswaar niet echt baseren op de wetsgeschiedenis, maar hij kan zijn beoordeling laten steunen op de informatie die over de effectiviteit van de wet wordt verschaft in de stukken van partijen en eventueel in deskundigenberichten.³⁷ Dit is anders voor de vereisten van noodzakelijkheid en subsidiariteit. Een goede toets aan het subsidiariteitsvereiste zou van de rechter vergen dat hij onderzoekt welke alternatieven er zijn en hoe effectief en belastend deze opties zouden blijken. Gelet op hetgeen hierboven is gezegd over de instrumenten die nodig zijn voor het zoeken naar en beoordelen van dergelijke alternatieven, ligt het niet voor de hand dat een rechter een dergelijk onderzoek goed kan uitvoeren.³⁸ Zeker in zaken waarin niet uitgebreid over noodzakelijkheid en subsidiariteit wordt geprocedeerd en door partijen weinig aanvullende informatie aan de rechter wordt verschaft, zal de rechter veelal over onvoldoende basis beschikken om een oordeel te vellen dat afwijkt van dat van de wetgever.

2.4 Redelijke belangenafweging

Een element dat vaak centraal staat bij de rechtvaardiging van inbreuken op grondrechten is ten slotte de afweging tussen, enerzijds, de legitieme doelstellingen die met de wettelijke bepaling worden nagestreefd en, anderzijds, de rechten en belangen die worden aangetast. Gesteld is wel dat het maken van keuzen tussen doelstellingen en belangen niet op rationele gronden kan plaatsvinden, nu er geen gemeenschappelijke schaal bestaat waarop deze belangen kunnen worden geplaatst en tegen elkaar kunnen worden afgezet.³⁹ Er zijn daardoor geen objectieve argumenten beschikbaar om de ene keuze te laten prevaleren boven de andere.⁴⁰ In plaats daarvan moeten keuzes op

dat de noodzaak van de maatregel betwistbaar is, of dat daarnaar onvoldoende onderzoek is verricht, kan de rechter dit vanzelfsprekend wel in zijn beoordeling betrekken.

³⁷ In de literatuur wordt hierover soms anders gedacht: sommige auteurs stellen dat deze toetsing juist relatief gemakkelijk is, omdat deze op feitelijke gronden kan worden uitgevoerd (bijv. De Lange 1991, p. 156). Inderdaad geldt dat het eenvoudiger is voor de rechter om een geschiktheids- of noodzakelijkheidstoets uit te voeren dan om een oordeel te geven over een evaluatief element als de belangenafweging, maar nog steeds blijft de rechter kampen met het probleem dat hij niet zal beschikken over een toereikend instrumentarium om daadwerkelijk iets te kunnen zeggen over de afweging (vgl. Bhagwat 1997, p. 322 en Adams 2004, p. 359). Daarnaast blijft de keuze tussen verschillende mogelijke, iets meer of iets minder effectieve of belastende instrumenten, in belangrijke mate politiek getint.

³⁸ Dit geldt zelfs als partijen of deskundigen veel informatie aandragen over de beschikbaarheid van alternatieven, nu de keuze tussen alternatieven steeds een politieke beoordeling zal vergen en ook gebaseerd kan zijn op moeilijk toetsbare elementen als draagvlak of kosten (zie ook hierna par. 2.4). De rechterlijke beoordeling kan zich dan hoogstens richten op de vraag of de wetgever voldoende onderzoek heeft gedaan naar alternatieven en hun voor- en nadelen.

³⁹ Bijv. Aleinikoff 1987, p. 973 en Groenewegen 2005, p. 17 en 21.

⁴⁰ Groenewegen 2005, p. 17.

politieke en beleidsmatige gronden worden gemaakt.⁴¹ Het maken van een belangenafweging past daarmee bij uitstek in het wetgevingsproces.⁴² De wetgever is bovendien in staat om zoveel mogelijk alle relevante belangen te inventariseren en deze op een abstract niveau te wegen.⁴³ Daarbij gaat het zeker niet alleen om het vaststellen en wegen van de directe doelstellingen van de wet en de belangenaantasting die daarvan voor de burgers het gevolg is. De Aanwijzingen voor de regelgeving geven aan dat de wetgever ook rekening moet houden met neveneffecten van een regeling en met de lasten van de regeling voor overheid en burgers.⁴⁴

Voor de rechter is het nauwelijks mogelijk dit proces na te toetsen. Anders dan de wetgever zal de rechter steeds vanuit het perspectief van het individuele geval oordelen.⁴⁵ Daardoor zal de rechter licht geneigd zijn het specifieke belang van het individu een bijzonder gewicht toe te kennen. Daarnaast is het perspectief van de rechter eerder rationeel en objectief dan politiek en beleidsmatig.⁴⁶ Ook om die reden is het voor de rechter niet gemakkelijk om een goed oordeel te vellen over een door de wetgever gemaakte afweging. Vanuit dit perspectief bezien lijkt het misschien in het geheel niet gewenst dat de rechter zich buigt over de abstracte belangenafwegingen die door de wetgever zijn gemaakt. Er zijn echter wel degelijk omstandigheden denkbaar waarin het goed is als de rechter hierover een oordeel velt (zie hierna § 4). Gelet daarop is het van belang dat de wetgever de rechter een zo goed mogelijke basis verschaft om een oordeel te kunnen geven over de door hem gemaakte keuze. Het zal voor de rechter veel gemakkelijker zijn om een belangenafweging te beoordelen als de wetsgeschiedenis blijk geeft van nauwkeurig onderzoek naar alle betrokken belangen en gemotiveerd verslag doet van de redenen om tot een bepaalde keuze te komen. De wetgever is op dit punt dan ook niet alleen gehouden tot het maken van politieke keuzes, maar ook tot het zorgvuldig motiveren daarvan.

⁴¹ Schreuder-Vlasblom 1998, p. 3. Vgl. ook Van Drooghenbroeck 2001, p. 15, die tenminste vier momenten in het besluitvormingsproces noemt waar een subjectief getinte of politieke beslissing moet worden genomen.

⁴² Vgl. Van Kreveld 1990, p. 191/192. Nederlandse en Europese rechters hebben dit ook wel onderkend; zie expliciet bijv. EVRM 10 april 2007 (GC), *Evans/VK*, appl. no. 6339/05, *NJB* 2007, afl. 21, *EHRC* 2007/73, m.nt. E. Brems, en, voor de typisch Nederlandse ratio: ABRvS 20 juli 2005, LJN: AT9705.

⁴³ Schreuder-Vlasblom 1998, p. 16. Vgl. ook Hirsch-Ballin 1991, p. 405, Van Kreveld 1990, p. 192, Stoter 2000, p. 51/52 en Schlössels 1998, p. 185/186.

⁴⁴ Aanwijzing 9. Vgl. ook Schreuder-Vlasblom 1998, p. 30.

⁴⁵ Vgl. Adams 2004, p. 358/359 en Schreuder-Vlasblom 1998, p. 18/19. Overigens wordt hierover ook wel anders gedacht. Zo heeft Bickel aangegeven dat juist de concrete invalshoek die een rechter kiest, ervoor kan zorgen dat deze beter inzicht heeft in de belangen die daadwerkelijk zijn betrokken, en daardoor de afweging beter kan beoordelen (1962, p. 26). Dit laatste is wellicht waar, maar het risico moet worden vermeden dat de rechter de individuele belangen te eenzijdig gewicht toekent. Overigens is dit anders als het gaat om de concrete toetsing van de toepassing in de individuele omstandigheden van het geval. Dan is de concrete invalshoek van de rechter juist een groot voordeel.

⁴⁶ Vgl. op dit punt ook het *Jaarverslag Raad van State 1998*, waarin dit ook voor de wetgevingsadviesering al wordt aangegeven.

2.5 Conclusie

Naast de algemene en fundamentele problemen die spelen rondom rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten, kan een aantal concrete problemen worden aangeduid met betrekking tot praktische uitvoering van deze toetsing. Deze problemen houden vooral verband met de constitutionele taakstelling en het specifieke instrumentarium van rechter en wetgever, die maken dat de wetgever op belangrijke punten beter dan de rechter in staat is om een oordeel te vellen over de (abstracte) redelijkheid van het beperken van grondrechten. De wetgever kan echter veel doen om een goed oordeel van de rechter mogelijk te maken en zelfs te sturen, bijvoorbeeld door uitgebreide informatie te geven over de overwegingen die aan een wettelijke beperking van een grondrecht ten grondslag hebben gelegen. Andersom kan de rechter een dusdanige opstelling kiezen dat de bezwaren tegen rechterlijke toetsing zoveel mogelijk worden weggenomen en de wetgever – waar relevant – duidelijke aangrijpingspunten worden geboden voor verbetering.

3 De taak van de wetgever: kenbaarheid en motivering

Hierboven is aangegeven dat de rechter zijn taak om wetgeving te toetsen aan grondrechtenverdragen alleen kan uitvoeren als hij beschikt over voldoende informatie over de doelstellingen en achtergronden van de wettelijke regeling. Daarbij speelt bovendien een punt van strategisch belang. De wetgever kan de rechterlijke toetsing aan de grondrechtenverdragen in zekere zin sturen door duidelijk aan te geven welke doelstellingen aan de wettelijke regeling ten grondslag liggen, welke belangen zijn meegewogen en hoe hij tot een bepaalde keuze is gekomen.⁴⁷ Is die informatie helder, dan zal de rechter niet snel geneigd zijn om zelf verder te zoeken naar andere doelstellingen, of om een “second guess” te wagen aan de overwegingen die aan een specifieke beperking ten grondslag hebben gelegen.⁴⁸

Het bovenstaande is zeker geen nieuws. Motiveringseisen voor de wetgever zijn op diverse plaatsen geformuleerd. De Aanwijzingen voor de regelgeving schrijven een kenbare en draagkrachtige motivering voor en vereisen dat aan het formuleren van ieder wetsvoorstel een zorgvuldig onderzoek voorafgaat naar alle relevante doelstellingen, belangen en effecten.⁴⁹ De Raad van State pleit al lang voor een zorgvuldige invulling van memories van toelichting en voor een aanpassing van wettekst of toelichting als gaande het wetgevingsproces fundamentele kritiek is geleverd op de doelstellingen of op de doelmatigheid en noodzakelijkheid van een wetgevingsinstrument.⁵⁰

⁴⁷ Vgl. Van Male 1990, p. 284.

⁴⁸ Van Male 1990, p. 284/285.

⁴⁹ Zie vooral Aanwijzingen 7, 9, 13, 14 en 15 en, met betrekking tot de inhoud van de toelichting, Aanwijzing 212.

⁵⁰ *Jaarverslag Raad van State 1998*, p. 28.

In de literatuur keert het pleidooi voor zorgvuldige motivering nog veel vaker terug.⁵¹ Ook de considerans wordt daar regelmatig genoemd als een belangrijke, maar onderschatte kenbron van de overwegingen en doelstellingen die aan een wet ten grondslag liggen.⁵²

Bekend is echter evenzeer dat de praktijk anders is.⁵³ De considerans beperkt zich in het algemeen tot het benadrukken van de wenselijkheid of noodzakelijkheid van een bepaalde wet en bevat geen duidelijkheid over de doelstellingen zelf.⁵⁴ Een memorie van toelichting is geen document waarin neutraal de doelstellingen en de keuze voor een instrumentarium worden uiteengezet, maar vormt eerder een beleidsmatig of politiek pleidooi voor de uiteindelijk gemaakte keuze.⁵⁵ Daardoor bevat de toelichting overwegend argumenten die voor deze keuze spreken, en ontbreekt veelal de vaak bepleite, integrale uiteenzetting en afweging van relevante factoren en belangen. Een zekere vaagheid ten aanzien van doelstellingen, geschiktheid en noodzakelijkheid van de gekozen instrumenten, en ten aanzien van de verschillende betrokken belangen, is daarbij niet ongebruikelijk.⁵⁶ Weliswaar raadt de Raad van State nog wel eens aan om de memorie van toelichting op dit soort punten aan te passen of aan te vullen, maar recent onderzoek heeft uitgewezen dat de regering lang niet altijd bereid is de gesuggereerde aanpassingen over te nemen.⁵⁷ In het verloop van het wetgevingsproces verbetert de situatie zeker niet. Bij de uitwisseling van nota's en gedurende de mondelinge behandeling kunnen veel nieuwe belangen of alternatieve maatregelen naar voren komen, waardoor de oorspronkelijke uitgangspunten van de wet vertroebeld raken.⁵⁸ In het bijzonder levert dit ondoorzichtige situaties op als interpretaties en doelstellingen worden voorgesteld die niet volledig corresponderen met de letterlijke tekst van de wet.⁵⁹

Deze praktijk zal niet gemakkelijk veranderen. De wirwar van standpunten over doelstellingen, alternatieven, doeltreffendheid en belangen, valt nauwelijks te verminderen, gelet op de aard en de inrichting van de wetsprocedure en gelet op het politieke

⁵¹ Bijv. Stoter 2000, p. 95 e.v., Van Male 1990, p. 282 e.v. Zie daarnaast rapporten als *Zicht op wetgeving*, *Kamerstukken II* 1990/91, 22008, nr. 2, p. 32 e.v., waarin wordt gepleit voor een goede formulering van betrokken belangen en doelstellingen.

⁵² Zie m.n. Waaldijk 1994, p. 182; vgl. ook Stoter 2000, p. 148.

⁵³ Dit geldt in het bijzonder voor de betekenis van de considerans; vgl. Stoter 2000, p. 149. Zie meer in het algemeen Van Kreveld 1990, p. 192.

⁵⁴ Zie uitgebreid en genuanceerd Waaldijk 1994, p. 179 e.v.

⁵⁵ Vgl. Stoter 2000, p. 149 en Eijlander/Voermans 1999, p. 177/178.

⁵⁶ Politiek gezien is dit niet zo vreemd, nu de memorie van toelichting voor de regering een belangrijk instrument vormt om het parlement te overtuigen van nut en noodzaak van een regeling – juist als aan het echte nut van de regeling te twijfelen valt, ligt het voor de hand rookgordijnen op te trekken rondom vragen van effectiviteit en subsidiariteit.

⁵⁷ Zie het rapport van Broeksteeg e.a. 2005.

⁵⁸ Waaldijk 1994, p. 372.

⁵⁹ Daarover uitgebreid Sloter 1996, p. 138 e.v. De Hoge Raad neemt in dit soort gevallen de bedoeling tot uitgangspunt zoals deze blijkt uit de tekst van de wet, en niet de bedoeling zoals die in de wetsgeschiedenis naar voren is gekomen. Op die manier lost hij problemen door middel van interpretatie op.

karakter van de deliberaties.⁶⁰ Een interessante mogelijkheid die in dit verband wel is geopperd, is om de kamer tenminste tot overeenstemming te laten komen over de hoofddoelstellingen van de wet – de considerans zou in dit verband meer betekenis toe kunnen komen dan op dit moment het geval is.⁶¹ Hoewel dit zeker het overwegen waard is, levert dit echter maar een beperkte oplossing van het algemene probleem op. Over andere elementen die bij de beoordeling van de redelijkheid van een grondrechtenbeperking van belang zijn, zoals de geschiktheid en noodzakelijkheid van het gekozen wetgevingsinstrument of de wijze waarop tegenstrijdige belangen tegen elkaar zijn afgewogen, bestaat dan immers nog steeds geen duidelijkheid.

Een belangrijke verbetering zou wel zijn gelegen in een neutralere invulling van de memorie van toelichting. Idealiter zou een toelichting daadwerkelijk uitdrukking moeten geven aan alle elementen die de Aanwijzingen voor de regelgeving voorschrijven, nu deze dicht aanliggen tegen de uiteindelijke toetsingscriteria die de rechter in het licht van de verdragsbepalingen zal toepassen. Meer dan nu het geval is zou ook een overzicht kunnen worden gegeven van het onderzoek dat is uitgevoerd voorafgaand aan het opstellen van de wet en zou een toelichting kunnen worden verschaft op de gemaakte keuzen tussen verschillende mogelijke instrumenten.⁶² Ook zou de memorie van toelichting zoveel mogelijk een actueel document moeten zijn, dat gaande het parlementaire proces steeds wordt aangevuld met nieuw gevonden argumenten en belangen, en dat een adequate reflectie vormt van de gedachtewisselingen over de gemaakte keuzes.⁶³

Zonder duidelijk belang voor de wetgever lijkt het echter weinig realistisch om veranderingen in de huidige praktijk te verwachten. Op dit moment is er voor de wetgever geen enkele prikkel om zijn motivering te verbeteren; politiek gezien bestaan er waarschijnlijk zelfs tegengestelde prikkels. Een prikkel is op dit moment zeker niet gelegen in de dreiging van een rechterlijke afstraffing. Als de rechter het eindproduct *in abstracto* toetst, toont hij daarbij veel respect voor de wetgever.⁶⁴ Als de tekst van de wet of de wetsgeschiedenis ook bij zorgvuldige rechterlijke reconstructie geen duidelijkheid bieden over de doelstellingen die met de wettelijke regeling zijn nagestreefd, gebeurt het bijvoorbeeld wel dat de rechter zelf een redelijk lijkende doelstelling formuleert, of de vraag naar de legitieme doelstelling feitelijk onbeantwoord laat. Het komt slechts zelden voor dat de rechter de wetgever op de vingers tikt omdat de motivering van zijn voor-

⁶⁰ Zie voor enkele kleinere suggesties echter Waaldijk 1994, p. 373, die bijvoorbeeld voorstelt de reactie op het advies van de Raad van State te verwerken in de memorie van toelichting, het aantal schriftelijke ronden in de Tweede Kamer tot een minimum te beperken en te kiezen voor een “(nader) gewijzigde memorie van toelichting” in plaats van een memorie van antwoord of nader verslag.

⁶¹ Zie vooral Waaldijk 1994, p. 182-184 en p. 369. Een volledige oplossing kan ook dit echter niet zijn; zie bijv. de kritiek van Ely (1980, p. 128/129).

⁶² Vgl. in algemene zin ook Stoter 2000, p. 91.

⁶³ Zie nader over deze suggestie Waaldijk 1994, p. 375.

⁶⁴ Dit is niet alleen in Nederland zichtbaar, maar ook in andere rechtsstelsels. Voor het Verenigd Koninkrijk is bijvoorbeeld aangegeven dat rechters minder gebruik hebben gemaakt van hun toetsingsbevoegdheden ter bescherming van grondrechten dan mogelijk zou zijn; zie m.n. Ewing 2004, p. 840.

stel niet deugt – het bekendste geval daarvan is de situatie waarin de rechter niet accepteert dat gedurende de wetsprocedure een uitleg wordt gegeven aan een wettelijke bepaling die niet meer correspondeert met de tekst daarvan.⁶⁵

Toch heeft de rechter een instrument in handen om de wetgever te dwingen tot betere informatieverschaffing: buiten toepassing laten van de wettelijke bepaling. Van dat instrument zou hij vaker en kritischer gebruik kunnen maken. In plaats van zelf een doelstelling aan te geven of de vraag naar de aanwezigheid van een legitieme doelstelling onbeantwoord te laten, zou de rechter bijvoorbeeld kunnen vaststellen dat geen duidelijke en kenbare doelstelling aanwezig is die de grondrechtenbeperking kan legitimeren.⁶⁶ Op dezelfde manier zou de rechter het niet goed inventariseren van belangen of het gebrekkig motiveren van de afweging daartussen kunnen afstraffen. Anders gezegd: in plaats van te veronderstellen dat de wetgever in de uitoefening van zijn bevoegdheden waarschijnlijk wel een redelijke keuze heeft gemaakt, kan hij aangeven dat onvoldoende informatie aanwezig is om hierover een uitspraak te kunnen doen, en dat dus moet worden aangenomen dat een goede afweging niet is gemaakt.^{67, 68}

Een dergelijke, strengere rechterlijke benadering zou kunnen leiden tot een frequenter buiten toepassing laten van wetgeving. In combinatie met een goede rechterlijke motivering, zou dit een duidelijke prikkel kunnen vormen voor de wetgever om zich meer te bekommeren om de kwaliteit en de kenbaarheid van zijn overwegingen en afwegingen. Geleidelijk aan zou dit kunnen leiden tot verbeteringen van de toelichting en van de transparantie van de besluitvorming door de wetgever.⁶⁹ Op zijn

⁶⁵ Bekend is vooral HR 24 januari 1996, *BNB* 1996/138c, m.nt. Van Vijfeijken; daarover nader Stoter 1996, p. 139.

⁶⁶ Deze gedachte werd reeds geformuleerd door Barendrecht 1992, p. 166.

⁶⁷ Interessant genoeg blijkt het uitgangspunt van zorgvuldige voorbereiding van de wet en een goede motivering daarvan, zoals hier bedoeld, in België daadwerkelijk te functioneren als negatieve toetsingsmaatstaf voor wetgeving (zie Popelier 1997, p. 352). Daaruit blijkt wel dat de hier bedoelde operationalisering zeker in de praktijk toepasbaar is, al zal een daadwerkelijke toepassing misschien zeldzaam zijn.

⁶⁸ Wel kan hierbij enige ruimte worden gelaten voor herstel: als bepaalde elementen in de wetgeschiedenis niet duidelijk zijn toegelicht, maar de landsadvocaat in de processtukken voldoende informatie heeft verschaft om de verenigbaarheid van de wettelijke regeling met een grondrechtenverdrag te kunnen beoordelen, is er voor de rechter weinig reden om de regeling buiten toepassing te laten wegens onduidelijkheid over, bijvoorbeeld, de effectiviteit van een bepaalde maatregel.

⁶⁹ Geheel speculatief is dit niet. Voor de VS heeft Cox aangegeven dat, in de jaren 30, een toegenomen rechterlijke aandacht voor sociaal-economisch bewijsmateriaal als basis voor wetgeving, leidde tot een sterkere explicitering van dit soort materiaal in parlementaire stukken; zie Cox 1966, p. 105. Interessant is verder dat in de praktijk ook wel van een dergelijke benadering gebruik wordt gemaakt, vooral door het HvJ EG: als een nationale wettelijke regeling is gebaseerd op tekortschietende informatie of onvoldoende zorgvuldigheid in acht is genomen bij het achterhalen van de potentiële effectiviteit of noodzaak van een maatregel, zal het HvJ EG een dergelijke wettelijke regeling onverenigbaar achten met het Europese recht. Ook binnen het bestuursrecht is deze benadering niet ongebruikelijk – het zorgvuldigheidsbeginsel dient daar vaak als een invulling van het vereiste van proportionaliteit en vormt regelmatig een grondslag voor vernietiging (zie over beide elementen nader Gerards 2007, par. 2.2 en 3.2.2, met verwijzingen naar relevante literatuur en rechtspraak). Het is dan ook niet verzoekt om een dergelijke benadering

beurt zou dit de taak van de rechter vergemakkelijken, nu deze daardoor meer informatie zou krijgen over de gemaakte afweging.⁷⁰

Een probleem is echter dat de hierboven voorgestelde benadering moeilijk verenigbaar lijkt met de constitutionele taakstelling van de rechter.⁷¹ Bovendien is het grote nadeel van buiten toepassing laten dat de werking van een wettelijke regeling daardoor (soms in de kern) wordt aangetast en daarmee ook de gunstige maatschappelijke effecten van een dergelijke regeling kunnen worden geraakt.⁷² Dit bezwaar is nog groter in de situatie waarin een wettelijke regeling al enige tijd in werking is of wanneer het gaat om een bijzonder complex stelsel van regels.⁷³ Het hierboven genoemde instrument moet dan ook weloverwogen en op een slimme manier worden ingezet. Om iets te kunnen zeggen over de vraag wanneer de rechter over zou mogen gaan tot buiten toepassing laten van de wet wegens een gebrek aan informatie, moet echter eerst aandacht worden besteed aan de precieze taak van de rechter bij de toetsing van wetgeving aan grondrechten. Dat onderwerp staat in de hiernavolgende paragraaf centraal.

4 De taak van de rechter

4.1 *Legitimiteit van de rechterlijke toetsing van wetgeving aan grondrechten*

In § 2 heb ik aangegeven dat de wetgever primair bevoegd is tot het maken van keuzes en afwegingen ten aanzien van grondrechten, niet alleen gelet op zijn democratische legitimatie, maar ook met het oog op zijn praktische mogelijkheden tot inventa-

ook te hanteren bij maatregelen die niet het Europese recht of het bestuursrecht betreffen, maar die wel inbreuk maken op een individueel grondrecht. Het voordeel is immers dat de maatregel niet op inhoudelijke gronden wordt afgewezen (iets dat de constitutionele taakstelling van de rechter gemakkelijk te buiten zou kunnen gaan), maar op grond van het feit dat onvoldoende onderzoek is verricht (of in ieder geval onvoldoende informatie is gegeven) bij de totstandkoming van de wettelijke regeling. De rechter verschaff de wetgever daarmee ook een duidelijk aanknopingspunt om over te gaan tot correctie of aanpassing van de wet, waarbij zijn beleidsvrijheid om dit te doen volledig in stand blijft. Deze benadering sluit daarmee goed aan bij het gezichtspunt van de constitutionele dialoog, maar past ook uitstekend in de moderne theorie van “new governance” – zie overtuigend over dit laatste Scott/Sturm 2007, p. 16 e.v. en p. 21, waar zij betogen dat in een rechtsorde waarin de parlementaire controle beperkt is, legitimiteit van besluitvorming vooral kan worden gewaarborgd door elementen als een goede basis voor besluitvorming en transparantie van de argumenten die aan de besluiten ten grondslag liggen. Rechters kunnen een belangrijke rol spelen bij het bevorderen van dit soort elementen. Zij geven talrijke voorbeelden uit de rechtspraak van het HvJ EG waaruit blijkt dat dit Hof deze functie binnen het constitutionele raamwerk van de EU inderdaad vervult.

⁷⁰ Vanzelfsprekend is een betere informatievoorziening aan de rechter niet het enige voordeel van een verbeterde transparantie en een duidelijkere motivering door de wetgever: maatschappelijke organisaties en bestuursorganen kunnen veel baat hebben bij duidelijkheid over de doelstellingen van de wetgever en over de gemaakte belangenafwegingen. Ook komt transparantie in algemene zin de kwaliteit van de democratische besluitvorming ten goede.

⁷¹ Zie kritisch vooral Waaldijk 1992, p. 65.

⁷² Zie Van Houten 2001, p. 12.

⁷³ Zie eerder par. 2.2.

risatie en afweging van belangen. Gelet op alle procedurele en inhoudelijke waarborgen die in het constitutionele systeem zijn ingebouwd, mag worden aangenomen dat de wetgever in de meeste gevallen in staat is om tot een redelijk product te komen. Zelfs als een wet ongelukkige formuleringen bevat, of in algemene zin ongewenste effecten sorteert, kan worden gesteld dat het eerst en vooral aan de wetgever is om deze fouten te herstellen, bijvoorbeeld door aanpassing of, in het uiterste geval, intrekking of vervanging van de wettelijke regeling.⁷⁴ Wordt de rechter geconfronteerd met een (abstract)⁷⁵ beroep op mogelijke strijd van een wettelijke bepaling met een verdragsbepaling, dan mag hij er in beginsel vanuit gaan dat de wettelijke regeling niet onredelijk is, of toch tenminste dat eventuele onvolkomenheden door de wetgever zelf kunnen worden hersteld. Rechterlijke terughoudendheid is in de regel op zijn plaats.

Toch kan er soms reden bestaan voor een andere rechterlijke benadering. Deze reden is daarin gelegen dat de hierboven genoemde aannames ten aanzien van het wetgevingsproces niet altijd juist zijn. Het is maar al te bekend dat de democratische legitimatie van veel wettelijke regelingen berust op ficties en dat de kwaliteit van regelgeving een voortdurende reden vormt tot zorg.⁷⁶ Bovendien is besluitvorming bij meerderheid niet per definitie de beste manier om rechtsstatelijke waarden te beschermen.⁷⁷

Volgens een aantal rechtstheoretici is juist in dit soort relativeringen van het systeem van democratische besluitvorming een grond gelegen voor rechterlijke toetsing van wetgeving.⁷⁸ De rechterlijke toetsing vormt dan een externe waarborg voor de

⁷⁴ Vgl. Tushnet 1999, p. 31 – de mogelijkheid van zulk herstel wordt gewaarborgd door een systeem van wisselende meerderheden. Een systematiek van periodieke wetsevaluaties is daarbij een goede manier om te achterhalen welke tekortkomingen een wet vertoont, en kan een basis vormen voor wetscorrectie zonder dat rechterlijke interventie nodig is; vgl. in dit verband ook Van Kreveld 2006a, p. 85.

⁷⁵ Zoals eerder aangegeven betreft dit preadvies de toetsing in algemene zin van een wettelijke bepaling met een grondrecht, zoals die zich bij exceptieve toetsing veelal zal voordoen. Eerder is opgemerkt dat op die abstracte toetsing steeds een concrete toetsing zal volgen: het is goed mogelijk dat een wettelijke regeling die op zichzelf verenigbaar is met een grondrecht, in een individuele situatie dusdanig onredelijk uitwerkt dat een schadevergoeding passend is of de regeling voor het concrete geval buiten toepassing moet worden gelaten. Tot dergelijke correcties is de rechter bij uitstek geschikt en bevoegd; de stellingen in deze paragraaf hebben daarop dan ook geen betrekking.

⁷⁶ Vgl. bijv. Scheltema 2006, p. 194.

⁷⁷ Bijv. Dworkin 1996, p. 16. Dit element komt tegemoet aan een belangrijke kritiekpunt ten aanzien van het hiervoor genoemde argument: "... we may grant until we're blue in the face that legislatures are not wholly democratic, but that isn't going to make courts more democratic than legislatures" (Ely 1980, p. 67).

⁷⁸ Deze theorieën hebben verschillende vormen aangenomen. In de meest vergaande variant wordt aangenomen dat de rechter steeds het laatste woord moet hebben als het gaat om de bescherming van fundamentele waarden in de samenleving (zie o.m. Cohn 2007, p. 97 en 109). Volgens een andere groep van theorieën moet de rechter eerder worden beschouwd als een partner van de wetgever, waarbij een redelijke dialoog mogelijk is over de best mogelijke en meest actuele bescherming van fundamentele rechten en algemene belangen; zie bijv. Hogg/Bushell 1997 en,

bescherming van grondrechten. Tegen de achtergrond van de Nederlandse staatsrechtelijke praktijk zou het echter nogal ver gaan om te stellen dat de kwaliteit en de betrouwbaarheid van het wetgevingsproces zo problematisch zijn dat scherpe rechterlijke controle steeds is vereist. Een middenweg kan wellicht worden gevonden door specifieker in kaart te brengen wanneer het wetgevingsproces vermoed moet worden dusdanig onbetrouwbaar te zijn, dat het waarschijnlijk is dat hieruit onredelijke uitkomsten voortkomen. In zijn bekende boek *Democracy and Distrust* heeft de Amerikaanse rechtstheoreticus John Hart Ely aangegeven dat verschillende indicatoren een dergelijk vermoeden van onbetrouwbaarheid kunnen doen ontstaan.⁷⁹

Een eerste indicator is volgens Ely aanwezig in de vorm van grove fouten of fundamentele gebreken in het proces van wetgeving, die tot gevolg hebben dat deze procedure niet meer objectief is. Ely zelf denkt daarbij allereerst aan het beperken van democratische grondrechten, zoals de vrijheid van meningsuiting of het kiesrecht, nu de goede werking van de democratie daardoor negatief wordt beïnvloed.⁸⁰ De inhoudelijke uitkomsten van het wetgevingsproces kunnen een tweede indicator vormen: als zware belangen aantastingen stelselmatig specifieke en kwetsbare groepen treffen, kan worden vermoed dat het wetgevingsproces gebreken vertoont.⁸¹ De kans is dan groot dat de wetgever bij het inventariseren van belangen of het beoordelen van alternatieven onvoldoende rekening houdt met de belangen van bepaalde groepen of met waardevolle rechten.⁸²

Natuurlijk zal de feitelijke samenstelling van regering en parlement tot gevolg hebben dat bepaalde belangen of ideeën een grotere invloed hebben op de besluitvorming dan andere. Dit kan in evenwicht worden gebracht als tussentijdse verkiezingen een anders samengestelde meerderheid tot gevolg hebben, die juist meer rekening houdt met andere belangen of die vanuit een iets andere politieke ideologie opereert.⁸³ Het beperken van grondrechten alleen, of het benadelen van bepaalde groepen alleen, kan daarom niet meteen worden gezien als een reden voor strenge rechterlijke toetsing.⁸⁴ Als echter blijkt dat bepaalde groepen (bijvoorbeeld niet-Westerse

voor Nederland, Barendrecht 1992, p. 121 e.v. Ook de hierna beschreven procedurele benadering van Ely bewandelt een middenweg tussen, enerzijds, de sterk op democratie gerichte constitutionele theorieën en, anderzijds, de sterk op de rechterlijke functie gerichte modellen. Hoewel ik in de hierna gekozen benadering uiteindelijk uitga van een positie voor de rechter als ultieme beschermer van grondrechtelijke waarden, neem ik evenzeer tot uitgangspunt dat de rechter deze positie pas mag innemen als het sterke vermoeden is gerezen dat de politieke en democratische besluitvorming tekort is geschoten.

⁷⁹ Een handzame, nadere uitwerking van deze factoren en hun toepassingsmogelijkheden is gegeven door Roosevelt III 2006, p. 24 e.v.

⁸⁰ Ely 1980, p. 103 (nader uitgewerkt in hst. 5 van zijn boek).

⁸¹ Ely 1980, p. 103 (nader uitgewerkt in hst. 6 van zijn boek).

⁸² Uitgangspunt kan zijn dat bepaalde waarden en fundamentele rechten tot de kern van een constitutionele orde behoren en dat het aan alle staatsmachten, dus ook aan de rechter, is om deze waarden te beschermen (diepgaand daarover bijv. Dworkin 1996, inleiding; zie ook Cohn/Kremnitzer 2005, p. 350).

⁸³ Vgl. Ackerman 1985, p. 720.

⁸⁴ Ely 1980, p. 81 en 135; vgl. ook Powell 1982, p. 1091 en Ackerman 1985, p. 719 (“...minorities are *supposed* to lose in a democratic system...”).

allochtonen of religieuze minderheden) stelselmatig het slachtoffer zijn van benadelingen, ongeacht de politieke samenstelling van het parlement, en als tegelijkertijd blijkt dat deze groepen niet goed in staat zijn om hun eigen belangen dusdanig te behartigen dat hierin verandering wordt gebracht, kan er ruimte zijn voor streng rechterlijk ingrijpen.⁸⁵

Voortbouwend op deze procesgerichte theorie over de verhouding tussen wetgever en rechter, kan voor Nederland een aantal factoren worden geïdentificeerd om deze verhouding verder vorm te geven. Ook in Nederland kunnen er immers concrete omstandigheden zijn die vragen doen rijzen over de betrouwbaarheid en kwaliteit van de wetgevende besluitvorming. Belangrijke aanwijzingen kunnen vooral worden gevonden in een tweetal factoren: de aard van het grondrecht dat is aangetast in relatie tot de ernst van de aantasting, en de aard van de groep die door de beperking wordt geraakt.

Als een politiek grondrecht in de kern wordt aangetast, bijvoorbeeld als sprake is van een volledig verbod van een bepaald soort verenigingen of een verbod op bepaalde (politieke) uitingen, raakt dit het hart van het democratisch bestel. Grondrechten als de vrijheid van meningsuiting of de verenigingsvrijheid zijn immers essentieel voor het goed functioneren van een democratie waarin een open gedachtewisseling centraal staat. Beperkt de wetgever die grondrechten, dan morreelt hij aan de randvoorwaarden voor zijn eigen functioneren en is het niet ondenkbaar dat uiteindelijk de kwaliteit en pluriformiteit van het politieke debat worden aangetast.⁸⁶ Juist om die reden mag de rechter streng zijn als het gaat om de beoordeling van aantastingen van dit soort grondrechten, zeker als die aantasting vergaand is. Voor aantastingen die de kern van de menselijke waardigheid of de menselijke vrijheid raken, zoals wetsvoorstellen die het recht op respect voor het privé-leven vergaand beperken, lijkt de procestheorie in eerste instantie minder relevant.⁸⁷ Voortredenerend op Ely's theorie kan echter worden aangenomen dat ook dan zorgvuldige rechterlijke controle aangewezen is.⁸⁸ De reden is daarbij niet zozeer dat het functioneren van de democratie door

⁸⁵ Ely 1980, p. 81 en 153 e.v.; vgl. ook Cohn/Kremnitzer 2005, p. 351. Sceptici hebben overigens aangegeven dat de vraag blijft of rechterlijke toetsing in dit soort gevallen echt een uitweg biedt, omdat rechters in het algemeen redelijk soepel meebuigen met de politieke en maatschappelijke opvattingen. De kans is daardoor klein dat de rechter in controversiële gevallen tot een andere opvatting komt dan de wetgever (zie voor een uitgebreide analyse Tushnet 1999, hst. 6). Niettemin kan worden aangegeven dat de rechter een belangrijke check biedt op de wetgever, op zijn minst omdat de rechter een additioneel forum biedt waarop vanuit een iets ander perspectief naar een zaak wordt gekeken. De kans op correctie van illegitieme overwegingen door de wetgever is daardoor wel degelijk aanwezig.

⁸⁶ Vgl. Ely 1980, hst. 5 (vooral p. 120) en Allan 2002, p. 94.

⁸⁷ Dit is dan ook een belangrijke kritiek die erop is geleverd; zie bijv. Tribe 1980, p. 1065.

⁸⁸ In dit verband kan worden terugverwezen naar de beroemde voetnoot 4 in de *Carolene Products*-uitspraak van het Amerikaanse Supreme Court in 1938 (304 U.S. 144 (1938)); de theorie van Ely is in belangrijke mate op deze voetnoot gebaseerd (zie o.m. Ely 1980, p. 75/76). In de eerste alinea van de voetnoot wordt de aantasting van grondrechten in brede zin (dus niet alleen van politieke grondrechten) genoemd als rechtvaardiging voor een intensievere toetsing: "There may be narrower scope for operation of the presumption of constitutionality when legislation appears

de beperking in het gedrang komt, maar dat het verdacht voorkomt dat rechten die zo essentieel worden geacht, toch zo zwaar worden aangetast.⁸⁹ Het vermoeden kan daardoor rijzen dat de verschillende belangen niet zorgvuldig genoeg zijn geïnventariseerd of dat onvoldoende is gezocht naar minder belastende alternatieven. Ook daar mag een rechter streng op controleren.

Een strenge rechterlijke toetsing is daarnaast aangewezen in die gevallen waarin de regeling de rechten aantast van een maatschappelijk kwetsbare groep, dat wil zeggen van een groep die binnen de samenleving of de politiek moeite heeft om volwaardig te participeren, waarvan de belangen stelselmatig over het hoofd worden gezien, of waartegen diepgewortelde vooroordelen of stereotypen bestaan. In Nederland komen rechtstreekse grondrechtenaantastingen van dit soort groepen gelukkig zelden voor. Voor indirecte beperkingen kan dit anders zijn. Zo is niet ondenkbaar dat de wetgever onvoldoende acht slaat op de consequenties van een regeling voor bepaalde groepen, zoals immigranten of gehandicapten, en dat daardoor indirect en bijna onbedoeld inbreuk wordt gemaakt op hun grondrechten. Dit kan het resultaat zijn van onvoldoende participatie van deze groepen in het politieke proces – waardoor hun belangen gemakkelijk over het hoofd worden gezien –, maar ook van maatschappelijke weerstand tegen bepaalde groepen. Ook in die gevallen is er reden voor de rechter om nauwkeurig na te gaan of de wettelijke regeling voldoende rechtvaardiging kent en mag de toetsing aan de internationale verdragsrechten een intensiever karakter krijgen.⁹⁰

Tegen deze achtergrond kan nadere uitwerking worden gegeven aan de in § 3 verdedigde stelling ten aanzien van de informatievoorziening door de wetgever. Volgens deze stelling zou de rechter vaker een wettelijke bepaling buiten toepassing moeten laten als de wetgever onvoldoende of ondeugdelijke informatie heeft gegeven over de inventarisatie en afweging van belangen en alternatieven. Deze benadering sluit nauw aan bij de hiervoor genoemde factoren. Feit is immers dat de rechter bij gebrekkige informatievoorziening door de wetgever te weinig aangrijpingspunten heeft om te

on its face to be within a specific prohibition of the Constitution, such as those of the first ten amendments ...". Inderdaad geldt, zoals Lusky in een commentaar op de voetnoot stelt, dat "the two approaches are not contradictory, and any logical inconsistency between them is deeply hidden" (1982, p. 1100). In de Verenigde Staten is de bescherming van niet-politieke grondrechten op zeker moment echter losgekoppeld van de rest van de rationale voor intensievere toetsing, omdat deze in de rechtspraak dreigde te leiden tot een te automatische "preferred position" en daarmee een te absolute voorrang voor grondrechten (Lusky 1982, p. 1100-1102). Dit vervolg wil echter nog niet zeggen dat de rationale zelf aan kracht en kwaliteit heeft ingeboet. Bij verstandig gebruik kan deze wel degelijk worden gebruikt als grondslag voor intensivering van de toetsing. "Verstandig gebruik" impliceert dan dat enige voorzichtigheid wordt betracht bij het aanmerken van individuele belangen als "grondrechten" – intensivering van de rechterlijke toetsing is alleen aangewezen als de kern van deze rechten wordt geraakt. Zie over dit laatste nader Gerards 2005, p. 93.

⁸⁹ Vgl. voor deze toepassing ook Roosevelt III 2006, p. 29 e.v.

⁹⁰ Zoals Tushnet terecht heeft aangegeven, zal het hierbij slechts gaan om een kleine groep van gevallen – een strikte toetsing door de rechter zal een uitzondering blijven; wel is dit mede afhankelijk van de vraag hoe ruim het criterium van de systematisch benadeelde groep wordt gedefinieerd (1999, p. 159/160).

beoordelen of een wettelijke regeling legitieme doelstellingen heeft, of de noodzaak van de regeling voldoende is onderzocht, en of een redelijke afweging is gemaakt tussen de betrokken belangen. Dat is des te bezwaarlijker als het gaat om aantasting van een kerngrondrecht of om aantasting van rechten en belangen van een kwetsbare groep. Juist in die gevallen zou van de wetgever mogen worden verwacht dat hij nauwkeurig en op overtuigende wijze toelicht op welke gronden hij tot de aantasting heeft besloten.⁹¹ Heeft hij dit niet duidelijk genoeg gedaan, dan kan een vermoeden ontstaan dat de wetgever onzorgvuldig heeft geopereerd en dat het democratisch proces tekort is geschoten. Voor de rechter is er dan alle reden om de wet buiten toepassing te laten.⁹² De wetgever kan vervolgens via een systeem van terugkoppeling worden gewezen op het door de rechter geconstateerde probleem (zie § 5). Hierna zal ik echter eerst ingaan op de concrete consequenties van de hierboven beschreven systematiek voor de rechterlijke toetsing aan grondrechtenverdragen.

4.2 *Vormgeving van de rechterlijke toetsing aan internationale grondrechten*

4.2.1 Inleiding

Hierboven is aangegeven dat de rechter onder omstandigheden een intensieve toetsing mag uitvoeren van wettelijke bepalingen, en dat hij een wet buiten toepassing mag verklaren als voldoende informatie ontbreekt om de gerechtvaardigdheid van de grondrechtenaantasting te kunnen beoordelen. Ook de rechter zelf moet echter duidelijk aangeven waarom hij heeft gekozen voor een strikte toetsing en moet terdege motiveren op welke punten een wettelijke regeling tekort schiet – voor de wetgever is de motivering van het rechterlijk oordeel uiteindelijk het enige waarop hij zich kan baseren. Om die reden zal ik hierna dieper ingaan op de wijze waarop de rechter zijn argumentatie vorm zou kunnen geven op de eerdergenoemde punten van de vaststelling van een legitieme doelstelling (§ 4.2.2), de toetsing van de geschiktheid en noodzakelijkheid van een wet (§ 4.2.3) en de beoordeling van de door de wetgever gemaakte belangenafweging (§ 4.2.4).

4.2.2 Rechterlijke toetsing van de legitieme doelstelling

Als de wettelijke doelstellingen duidelijk blijken uit de tekst en systematiek van de wet, of als de parlementaire stukken voldoende duidelijkheid geven over de relevante doelstellingen, zal er voor de rechter meestal geen aanleiding bestaan om verder te zoeken naar eventuele andere doelstellingen, zelfs niet als sprake is van een stevige beperking van een belangrijk recht. Andersom mag de rechter kiezen voor een veel kritischer opstelling als hij reden ziet voor een intensievere toetsing. Als dan alleen vage en algemene doelen zijn aangevoerd, of als de doelstellingen niet of nauwelijks

⁹¹ Vgl. ook Popelier 1997, p. 356.

⁹² Indien mogelijk kan de rechter wel proberen om de wet verdragsconform uit te leggen. Voor de werking van de wet kan dit voordelen hebben boven het daadwerkelijke buiten toepassing laten. Zie over dergelijke onderwerpen nader § 4.4.

zijn geëxpliciteerd, mag de rechter de wet buiten toepassing laten.⁹³ Wel moet hij dan zorgvuldig motiveren waarom in het concrete geval aanleiding bestond voor een strikte toetsing, en moet hij duidelijk aangeven dat de reden voor buiten toepassing laten is gelegen in een ontoereikende zorgvuldigheid bij de wettelijke vaststelling en formulering van de doelstellingen.

Kiest de rechter voor een minder strikte toets en zijn de doelstellingen niet meteen duidelijk uit de tekst, dan zal hij verder moeten kijken. In die omstandigheden heeft de rechter een groot aantal bronnen tot zijn beschikking waaruit hij kan putten om de doelstellingen van de wet te achterhalen. Vanzelfsprekend kan hij aansluiten bij de doelstellingen zoals ze naar voren zijn gebracht in de tussen partijen gewisselde stukken.⁹⁴ Daarnaast komt het erop aan de “geïstitutionaliseerde bedoeling” van de wet te achterhalen.⁹⁵ De rechter kan aansluiten bij elementen als de tekst en systematiek van de wet, de wetsgeschiedenis en de plaats van een wet binnen een breder regelstelsel. Ook kan hij kijken naar de gerealiseerde effecten van de wet.⁹⁶ Aangenomen mag immers worden dat de bedoeling van de wetgever op het genereren van deze effecten was gericht.⁹⁷ In combinatie met elkaar kan dit soort bronnen duidelijkheid bieden over de doelstellingen die de wetgever geacht moet worden te hebben nagestreefd, ook al zullen die doelstellingen niet altijd even scherp zijn.⁹⁸ In zijn argumentatie zou de rechter aan al deze elementen en hun onderlinge samenhang aandacht moeten besteden. Het rechterlijk oordeel zou daardoor aanmerkelijk helderder en controleerbaarder worden (ook voor de wetgever).

Als eenmaal is vastgesteld welke doelstellingen met een grondrechtenbeperking worden nagestreefd, dient de rechter op grond van grondrechtenverdragen als het EVRM te onderzoeken of deze doelstellingen rechtmatig zijn. De vraag is hierbij vooral of de doelstellingen niet als zodanig in strijd komen met fundamentele rechten, bijvoor-

⁹³ Ook kritiek van de Raad van State op het ontbreken van heldere doelstellingen kan in dit verband een aanleiding vormen voor de rechter om kritisch te zijn.

⁹⁴ Vgl. Gordon 2002, p. 425.

⁹⁵ Wetten zijn collectieve beslissingen – de individuele, subjectieve motieven van een samenstel van parlementariërs om een bepaald stemgedrag te vertonen zijn doorslaggevend voor de totstandkoming van een wet (zie o.m. Waaldijk 1994, p. 30). Dit betekent niet dat het zinvol is dat de rechter probeert al deze subjectieve motieven te achterhalen (vgl. Bickel 1962, p. 215). In plaats daarvan dient hij op basis van de wetsgeschiedenis na te gaan welke gemeenschappelijke doelen aan het voorstel ten grondslag liggen (De Winter/Witteveen 1981, p. 671, Dworkin 1985, p. 322).

⁹⁶ Zie voor andere factoren Dworkin 1985, p. 327, die erop wijst dat de rechter ook kan kijken naar de maatschappelijke omstandigheden en het politieke klimaat waaronder een wet tot stand is gekomen; zie ook De Winter/Witteveen 1981, p. 672/673.

⁹⁷ Vgl. “Note” 1970, m.n. p. 1893 en Farrell 1992, p. 33/34. Wel geldt dat het voor de wetgever soms moeilijk zal zijn om deze effecten te voorspellen, zodat effecten niet altijd een betrouwbare indicator zijn van de doelstellingen. Ook wordt deze factor lastiger bruikbaar naarmate het moment van toetsing verder is gelegen van het moment waarop de wet werd vastgesteld, en is het voor de rechter niet altijd gemakkelijk om de effecten van een wet te bepalen. Deze factor kan dus niet als zodanig doorslaggevend worden geacht. Zie Gerards 2002, p. 39.

⁹⁸ Dworkin spreekt in dit verband dan ook van een “coherence theory”.

beeld omdat zij inherent discriminerend zijn jegens bepaalde groepen of simpelweg omdat zij niet passen in de expliciete doelcriteria die in sommige EVRM-bepalingen zijn opgenomen.⁹⁹ Zoals eerder aangegeven is dit een specifiek juridische toets, die geen bijzondere problemen zou mogen opleveren. Lastiger is de vraag wat de rechter moet doen met doelstellingen van oudere regelgeving, waarvan langzaamaan is gebleken dat zij niet meer verenigbaar zijn met maatschappelijke opvattingen. Gelet op de constitutionele verhoudingen is het primair de taak van de wetgever om nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen te signaleren en wetgeving aan te passen waar deze achterhaald blijkt te zijn. Zeker vanwege de geleidelijkheid van de ontwikkelingen lijkt het niet aangewezen dat de rechter in dit soort omstandigheden zelfstandig ingrijpt.¹⁰⁰ Dit kan hoogstens anders zijn als er weinig kans bestaat dat de wetgever zelf de wet aanpast, terwijl het voortbestaan van de wet zou leiden tot evident onredelijke uitkomsten. In veel gevallen kan de rechter volstaan met te signaleren dat de wettelijke doelstellingen niet meer goed verenigbaar zijn met de uitleg die in de hedendaagse samenleving aan grondrechten wordt gegeven. Indien die signalering duidelijk genoeg is (waarover nader in § 5), zal de wetgever daarin een aanwijzing moeten vinden om aan het werk te gaan.

4.2.3 Rechterlijke toetsing van de verhouding tussen doel en middel

De beoordeling van de doeltreffendheid en noodzakelijkheid van een maatregel is, zoals eerder opgemerkt, een verplichting voor de rechter onder het EVRM en andere internationale grondrechtenverdragen. De rechter zal zich hierbij in het algemeen terughoudend opstellen, gelet op de in § 2.3 genoemde uitgangspunten. Wel moet voor de rechter duidelijk zijn dat de wetgever daadwerkelijk onderzoek heeft verricht naar de effectiviteit van juist *deze* grondrechtenbepaling, naar de noodzaak om juist voor *deze* maatregelen te kiezen en naar het bestaan van minder belastende alternatieven. Dit geldt zeker als sprake is van een ernstige aantasting van een grondrecht.¹⁰¹ Het is redelijk om een wettelijke regeling buiten toepassing te laten als van een dergelijke zorgvuldige voorbereiding weinig tot niets blijkt uit de parlementaire stukken, of als valt af te leiden (bijvoorbeeld uit kritiek van de Raad van State) dat de effectiviteit en noodzakelijkheid

⁹⁹ Vgl. Popelier 1995, p. 1067 e.v.

¹⁰⁰ Vgl. in dit verband de annotatie van De Lange en Mevis onder HR 20 november 2001, *NJ* 2003/632 (Mensenroof), waarin zij de Hoge Raad bekritisieren omdat deze een aan de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever tegengestelde interpretatie gaf aan een wettelijke bepaling, onder meer vanwege veranderde maatschappelijke omstandigheden. Wel kan verschillend worden gedacht over dit onderwerp. Sommige auteurs hebben aangegeven dat het juist de taak van de rechter is om in dit soort gevallen de interpretatie van de wet in overeenstemming te brengen met de nieuwe opvattingen, zolang daarvoor maar voldoende consensus bestaat. Ook zij zijn echter voorzichtig en geven aan dat hiervoor niet snel ruimte zal bestaan. Zie bijv. Barendrecht 1992, p. 134 e.v. en Van Gerven 1973, p. 147.

¹⁰¹ Vgl. bijv. *Jaarverslag Raad van State 1998*, p. 31, waar in dit soort gevallen de eis wordt gesteld dat buiten twijfel moet worden gesteld dat het beoogde beleidsdoel naar redelijke verwachting zal worden gerealiseerd. Een dergelijke maatstaf kan in iets aangepaste vorm ook door de rechter worden aangelegd.

ernstig kunnen worden betwijfeld.¹⁰² Ook kan een maatregel buiten toepassing blijven als de effectiviteit van de maatregel blijkt tegen te vallen, of als, achteraf bezien, duidelijk is dat alternatieve maatregelen denkbaar zijn en het vermoeden gerechtvaardigd is dat deze maatregelen minder belastend zijn voor het individu.

Is de toetsing terughoudend, dan is er voor rechterlijk ingrijpen slechts aanleiding als de eisende partij met overtuigend bewijsmateriaal duidelijk maakt dat de grondrechtenbeperking niet effectief is, of dat er geen noodzaak bestaat voor de beperking, en de staat niet bij machte is dit bewijs te weerleggen. De rechter mag dan van de wetgever verlangen dat hij de regeling en het gekozen instrumentarium opnieuw beziet.

4.2.4 Toetsing van de belangenafweging

Misschien nog het lastigst voor de rechter is het derde element van de rechtvaardigingstoets: de beoordeling van de afweging die de wetgever heeft gemaakt tussen de maatschappelijke doelstellingen die hij wil nastreven en het grondrechtelijke belang dat door de wettelijke regeling wordt aangetast. Zoals eerder aangegeven, beschikt de rechter niet over rationele en objectieve maatstaven om een dergelijke afweging te toetsen en zal zijn toetsing dus terughoudend moeten zijn.¹⁰³ Ook hier geldt echter dat de toetsing intensiever kan zijn als een van de eerdergenoemde factoren aanwezig is.¹⁰⁴ De kern van een dergelijke toetsing vormt dan opnieuw een onderzoek naar de zorgvuldigheid van de wetgever bij de voorbereiding van de wettelijke regeling. Op basis van processtukken en wetsgeschiedenis kan de rechter onderzoeken of de wetgever de moeite heeft genomen om alle relevante belangen te achterhalen, om het gewicht en de betekenis van deze belangen te bepalen, en om een onderbouwing te

¹⁰² De Raad van State levert op dit punt regelmatig kritiek (Broeksteeg e.a. 2005, p. 179 e.v.); een belangrijke aanwijzing voor de rechter kan dan zijn dat met die kritiek vervolgens in het wetgevingsproces weinig of niets is gedaan (dat blijkt regelmatig voor te komen; zie ook daarover Broeksteeg e.a. 2005, p. 283). Zie voor een concreet voorbeeld de wetsgeschiedenis bij de Wet op de uitgebreide identificatieplicht. In de memorie van toelichting bij deze wet (*Kamerstukken II* 2003/04, 29218, nr. 3, p. 5), wordt slechts op basis van niet nader onderbouwde veronderstellingen aandacht besteed aan de geschiktheid van de uitgebreide identificatieplicht om de gestelde doelen (vergemakkelijken van de politietoets (in algemene zin) en het bestrijden van criminaliteit) te verwezenlijken. De regering gaf in het nader rapport zelfs ruitelijk toe dat er geen empirisch materiaal beschikbaar was waarop de geschiktheid en noodzakelijkheid van de uitbreiding kon worden gebaseerd (*Kamerstukken II* 2003/04, 29218, nr. 9, p. 3). In een dergelijk geval is rechterlijke correctie niet onredelijk.

¹⁰³ Vgl. Van Male 1990, p. 285; nader § 2.

¹⁰⁴ In de praktijk is van een strengere toetsing bij vergaande aantasting van grondrechten ook wel sprake, zowel in de rechtspraak van het EHRM als in de Nederlandse rechtspraak; zie over de laatste m.n. Nieuwenhuis/Schueler/Zoethout 2005, p. 219 e.v. Ten aanzien van de Nederlandse rechtspraak kan echter in zijn algemeenheid worden opgemerkt dat daarin te weinig wordt gedifferentieerd tussen verschillende typen grondrechten en grondrechtentaantastingen, en tussen grondrechten en andere individuele belangen. Daardoor wordt soms een vrij indringende toetsing gekozen, terwijl daarvoor niet echt reden bestaat; andersom is de toetsing soms terughoudend terwijl er alle reden is voor intensivering. Dit preadvies biedt geen ruimte deze stelling nader uit te werken; zie echter Gerards 2008.

geven voor de uiteindelijk gemaakte keuze. Ontbreekt voldoende informatie hierover, of blijkt uit de wetsgeschiedenis dat de wetgever onvoldoende zorgvuldigheid heeft betracht bij de voorbereiding, dan zal de rechter de wettelijke regeling buiten toepassing moeten laten. Is dit soort informatie wel aanwezig, dan dient de rechter te beoordelen of de afweging redelijk is geweest. De rechter mag de regel buiten toepassing laten als blijkt dat te weinig of juist teveel gewicht aan individuele en algemene belangen is toegekend, als duidelijk is dat het grondrecht in kwestie zwaarder weegt dan het nagestreefde algemene belang, of als de rechtsontwikkeling zover is voortschreden dat de door de wetgever gemaakte afweging niet meer verenigbaar is met een nieuw ontstane maatschappelijke consensus.¹⁰⁵ Vaak zal een uitspraak van deze aard echter niet voorkomen. In veruit de meeste gevallen zal een terughoudende toets worden uitgevoerd, waarbij de rechter ruimte laat voor correctie van misslagen of onjuiste inschattingen door de wetgever zelf.¹⁰⁶ Wel kan de rechter de wetgever daarop in zijn uitspraak wijzen, zodat deze daarin aanleiding kan vinden om de regel te herbezien.

4.4 *Resumé*

In het voorgaande is een pleidooi gevoerd voor het ontwikkelen van een Nederlandse variant op de “margin of appreciation”-doctrine, zoals die bekend is uit het EVRM-recht. Voor het EHRM is deze doctrine primair een instrument om de verhouding tussen lidstaten en een supranationaal hof vorm te geven. Als zodanig kan de doctrine dan ook niet in Nederland worden toegepast.¹⁰⁷ Uit het voorgaande blijkt echter dat heel wel een variant op deze doctrine kan worden ontwikkeld voor de vormgeving van de verhouding tussen rechter en wetgever op nationaal niveau.

Uitgangspunt van deze doctrine is dat de rechter terughoudend moet zijn bij de toetsing van wetgeving aan grondrechten, gelet op zijn eigen positie en bevoegdheden, en gelet op het karakter en de mogelijkheden van het democratische besluitvormingsproces. Tegenover deze situatie van rechterlijke terughoudendheid, staat de situatie waarin de rechterlijke beoordeling wordt geïntensiveerd.¹⁰⁸ Daarvoor kan reden zijn als uit objectief kenbare factoren een vermoeden rijst van disfunctioneren van het

¹⁰⁵ Over de toetsing van de belangenafweging door de rechter valt vanzelfsprekend veel meer te zeggen dan past binnen het bestek van dit preadvies; zie o.m. Gerards 2006b (met bronnen) en Den Hond 2007. Zie over het laatste element – dat van voortschrijdende rechtsontwikkeling – m.n. Barendrecht 1992, p. 114 en 134 en Van Gerven 1973, p. 145, die wijzen op de noodzaak voor de rechter om op dit punt te zoeken naar consensus.

¹⁰⁶ Van Male 1990, p. 285. Overigens gaat het hierbij, opnieuw, om een abstracte redelijkheidstoets. Bij een concrete toetsing in het voorliggende geval kan blijken dat zich dusdanig bijzondere omstandigheden voordoen dat de wet toch buiten toepassing moet blijven, of dat in ieder geval een materiële tegemoetkoming op zijn plaats is.

¹⁰⁷ Daarover nader Barkhuysen 2004, p. 97.

¹⁰⁸ Voor de bruikbaarheid van de doctrine wordt hier uitgegaan van twee niveaus van toetsingsintensiteit: een terughoudende toets en een intensieve toets. Gesteld kan worden dat het uiteindelijk nog beter is om met drie of zelfs vier niveaus te werken, omdat het systeem dan genuanceerder wordt en beter aansluit op de veelheid van situatietypen waarmee een rechter wordt geconfronteerd. Zie daarover m.n. Gerards 2002, p. 699 e.v.

politieke proces. Dergelijke factoren zijn het bestaan van een vergaande aantasting van een fundamenteel te achten recht of de aantasting van belangen van een politiek en maatschappelijk kwetsbare groep. In die gevallen kan de rechter, ook al heeft hij slechts beperkte middelen tot zijn beschikking, zorgvuldig onderzoek verrichten naar de effectiviteit en noodzaak van juist *deze* grondrechtenbeperking, naar de legitimiteit van de doelstellingen, en naar de zorgvuldigheid en evenwichtigheid van de afweging die aan de grondrechtenbeperking ten grondslag ligt. De rechtvaardiging voor de grondrechtenbeperking moet primair zijn terug te vinden in de wetsgeschiedenis. Ontbreekt deze, of vertoont de motivering hiaten en grove onzorgvuldigheden, dan mag de rechter de wetgever corrigeren door de wettelijke regeling buiten toepassing te laten.

Het buiten toepassing laten van een wet op deze gronden is vergaand en zal terdege moeten worden gemotiveerd. In de motivering moet daarbij niet alleen de reden worden vermeld voor intensivering van de toetsing, maar moet ook concreet en specifiek worden aangegeven op welke punten de wettelijke regeling tekortschiet. Daarbij kan de rechter wijzen op gebreken in de toelichting of op elementen als het ontbreken van voldoende bewijs van effectiviteit of noodzakelijkheid. De wetgever kan dit soort gegevens vervolgens meenemen bij de aanpassing van de wet.

5 Terugkoppeling van rechter naar wetgever

5.1 Inleiding

Hiervoor is duidelijk geworden dat de rechter in sommige gevallen de wet buiten toepassing zal moeten laten als hij heeft vastgesteld dat een wettelijke regeling op ongerechtvaardigde wijze inbreuk maakt op een grondrecht. In sommige gevallen is een schending van een grondrecht echter ook op te lossen door verdragsconforme interpretatie. In de Nederlandse rechtspraktijk kiest de rechter er bovendien soms voor om te abtineren.¹⁰⁹ Ongeacht de in het concrete geval gekozen benadering is echter duidelijk dat de rechterlijke motivering voor de wetgever de belangrijkste kenbron vormt van het rechterlijk oordeel over de gerechtvaardigheid van de wet. Van departementen kan dan ook worden verwacht dat zij de rechtspraak op hun terrein (zeker die van hoogste rechters) zorgvuldig bijhouden en ervoor zorgen dat actie wordt ondernomen als uit een uitspraak blijkt dat dit nodig is.¹¹⁰ Verschillende onderzoeken, zoals een recent rapport van Van Kreveld, laten echter zien dat de wetgever vaak slecht op de hoogte is van rechterlijke uitspraken en hun implicaties.¹¹¹ Dat wordt beter als andere methoden worden gehanteerd om door de rechter geconstateerde fouten onder de

¹⁰⁹ Op de meer algemene discussie over uitspraakbevoegdheden bij verdragstoetsing zal in deze bijdrage niet nader worden ingegaan. Zie uitgebreid Barkhuysen 2004, p. 98 e.v., De Lange 2006, p. 145 e.v. en Van Houten 2001, p. 6 e.v.

¹¹⁰ Davids 2006, p. 2239.

¹¹¹ Zie Van Kreveld 2006a, p. 88/89, die aangeeft dat dit vaak ook eigenlijk niet anders kan.

aandacht van de wetgever te brengen, zoals attendering in jaarverslagen van hoogste rechters en rechterlijke adviezen aan de wetgever, of het uitdrukkelijk betrekken van rechterlijke oordelen in wetsevaluaties.¹¹² Te betwijfelen valt echter of de wetgever op deze manier snel en gedetailleerd genoeg op de hoogte wordt gesteld van door een rechter geconstateerde gebreken, en of hierin voldoende prikkel is gelegen om de wetgever aan te zetten tot aanpassing van de wet.¹¹³ Het is dan ook waardevol om te bezien of op dit punt de wisselwerking tussen wetgever en rechter kan worden versoepeld. Uit literatuur en (buitenlandse) rechtspraktijk zijn daarvoor verschillende instrumenten af te leiden, waarvan ik enkele in het oog springende voorbeelden kort zal bespreken.

5.2 *Terugkoppelingssystematiek Raad van State*

Een eerste systeem van terugkoppeling is recent ontwikkeld in de bestuursrechtspraak. In een rapport voor de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft Van Kreveld voorgesteld om bestuursrechters (primair de ABRvS, maar ook het CBB en de CRvB), een simpel formulier te geven waarmee zij geconstateerde fouten en gebreken in wetgeving kunnen rapporteren.¹¹⁴ Eens in de zoveel tijd kan de ondersteunende juridische dienst de gerapporteerde fouten en gebreken bundelen en analyseren, waarna een overzicht naar de (wetgevingsafdeling van de) Raad van State kan worden gestuurd. Deze kan op basis van het overzicht periodiek een ongevraagd advies uitbrengen aan de regering, dat daarop tenminste een reactie moet geven.¹¹⁵

Dit systeem levert zonder meer een effectieve terugkoppeling op. De wetgever ontvangt met enige regelmaat een pasklaar overzicht van door rechters geconstateerde gebreken, waarna hij de mogelijkheid heeft om deze te herstellen. Daarbij kunnen niet alleen fouten of onvolkomenheden worden geconstateerd waarvan de rechter vindt dat het aan de wetgever is om ze op te lossen, maar kan de rechter ook gebreken melden die hij via verdragsconforme interpretatie heeft gecorrigeerd.¹¹⁶ Deze benadering respecteert de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht en de afstand die in dit verband moet bestaan tussen rechter en wetgever. Er wordt immers niet rechtstreeks teruggekoppeld van rechter naar wetgever: de Raad van State vervult een brugfunctie.¹¹⁷

¹¹² Van Kreveld 2006b, p. 190/191 en in het bijzonder Van Amersfoort 2006, p. 201.

¹¹³ Van Kreveld 2006b, p. 191.

¹¹⁴ Zie voor het systeem Van Kreveld 2006a, p. 104 e.v.

¹¹⁵ Van Kreveld 2006a, p. 111. Een andere mogelijkheid is uitgewerkt door Oosting 2006, p. 46, die aangeeft dat de rechterlijke macht ook zelf kan terugkoppelen via zijn jaarverslag.

¹¹⁶ Daarmee kan ook in gevallen waarin terughoudend wordt getoetst en vanuit die terughoudendheid geen strijd met het verdrag wordt geconstateerd, maar waarin de rechter wel een problematische situatie ziet, een opmerking worden gemaakt. Daardoor wordt het zelfcorrigerend vermogen van de wetgever vergroot, nu hij tijdig wordt geattendeerd op tekortkomingen. Zie voor andere situaties waarin deze vorm van terugkoppeling nuttig kan zijn: Van Kreveld 2006a, p. 84.

¹¹⁷ Vgl. ook Hirsch Ballin 2006, p. 19.

Hoewel deze methode van foutenrapportage grote voordelen heeft, zijn hiertegen ook bezwaren geuit. Vooral leden van de Hoge Raad hebben aangegeven weinig te zien in de methode, nu deze van rechters een van de normale praktijk afwijkende activiteit vergt die in strijd komt met het vereiste van onafhankelijkheid en onpartijdigheid.¹¹⁸ Dit geldt in het bijzonder waar het de interpretatiebevoegdheid van de rechter betreft. In veel gevallen zal de rechter een ongelukkige wettelijke formulering relatief gemakkelijk kunnen repareren door redelijke wetsinterpretatie, waarna deze wetsinterpretatie feitelijk onderdeel gaat uitmaken van de regel in kwestie.¹¹⁹ De mogelijkheid van expliciete terugkoppeling kan er wellicht al te gemakkelijk voor zorgen dat rechters hun taak beperkter gaan opvatten en lastige kwesties via terugkoppeling terugschuiven naar de wetgever.¹²⁰ Weliswaar kan dit wenselijk lijken vanuit het perspectief van de taakverdeling tussen rechter en wetgever, maar voor de burger kunnen de consequenties aanzienlijk zijn. Te grote terughoudendheid bij de rechter kan er immers voor zorgen dat een concreet geschil niet definitief wordt beslecht, bijvoorbeeld omdat de rechter niet bereid is een verdragsconforme interpretatie te geven.

De vraag is of dit soort bezwaren inderdaad in de weg mag staan aan een systeem van terugkoppeling. Het systeem behelst slechts een rapportage van de rechterlijke bevindingen; zo'n rapportage kan ook plaatsvinden als de rechter een gebrek via redelijke wetsinterpretatie heeft opgelost. Wellicht is het zelfs wenselijk om dit te doen, omdat dit de wetgever de mogelijkheid biedt om te bezien of hij het eens is met de door de rechter gegeven uitleg.¹²¹ Zo niet, dan kan hij besluiten de wettelijke regeling aan te passen. Ervaringen in het Verenigd Koninkrijk met een iets andere methode (waarover meer in § 5.4) laten zien dat rechters zich door het bestaan van terugkoppelmethode ook niet laten weerhouden van verdragsconforme interpretatie.¹²² Wel moeten duidelijke randvoorwaarden worden gedefinieerd.¹²³ De rapportage zou beperkt moeten zijn tot het constateren van daadwerkelijke, inhoudelijke fouten en tekortkomingen in de wetgeving. Bovendien moet de terugkoppeling voldoende precies zijn, bijvoorbeeld door secuur te verwijzen naar de elementen die de rechter gebrekkig of onvoldoende gemotiveerd heeft bevonden. Worden dergelijke randvoorwaarden in acht genomen, dan kan de door Van Kreveld voorgestelde methode van terugkoppeling zeker positief worden beoordeeld, ook voor andere rechters dan de bestuursrechter.

5.3 *Onverbindendverklaring of nietigheid van de wettelijke regeling*

In systemen met een gespreid systeem van constitutionele of verdragstoetsing, zoals het Nederlandse, wordt meestal aangenomen dat de Grondwet van hogere orde is dan

¹¹⁸ Davids 2006, p. 2240 en Van Amersfoort 2006, p. 200. Zie ook Bauw 2006, p. 25.

¹¹⁹ Zie over de voordelen van een dergelijk rechterlijk optreden Barendrecht 1992, p. 137.

¹²⁰ Zie ook Hirsch Ballin 2006, p. 20.

¹²¹ Van Kreveld 2006a, p. 91.

¹²² Zie ook hiervoor par. 5.4.

¹²³ Zie voor enkele randvoorwaarden Van Kreveld 2006a, p. 106.

alle andere regelgeving en dat bij strijd van wetgeving met de Grondwet de wettelijke regeling niet rechtsgeldig kan zijn.¹²⁴ Deze uitspraak heeft echter alleen betekenis voor het geschil tussen de partijen: in hun situatie moet de wet buiten toepassing blijven. Voor het overige wordt de rechtswerking van de wet formeel niet aangetast. Het rechtsgevolg is anders in systemen met geconcentreerde constitutionele toetsing, waarbij één constitutioneel hof bevoegd is een wettelijke regeling te vernietigen of onverbindend te verklaren. In die systemen komt de rechterlijke uitspraak meestal *erga omnes* werking toe, en zal de wet in zijn geheel rechtswerking worden onzeggd.¹²⁵ Dit verschil in benadering heeft effect voor de wisselwerking tussen rechter en wetgever en de noodzaak tot terugkoppeling. Juist doordat het buiten toepassing laten slechts betrekking heeft op een concreet geschil tussen partijen, rijst de vraag hoe de wetgever op de hoogte moet raken van de rechterlijke uitspraak, en welke reactie hij moet tonen. Is het rechtsgevolg dat van rechterlijke vernietiging of nietigverklaring van een wettelijke regeling door een constitutioneel hof, dan is meteen helder dat de wetgever aan de slag moet. De regeling geldt niet meer en zal onherroepelijk moeten worden vervangen. Lang talmen, zoals nu nog wel eens mogelijk is in Nederland, is dan geen optie.

Invoering van geconcentreerde constitutionele toetsing, gecombineerd met een vernietigingsbevoegdheid met *erga omnes* werking, kan de wisselwerking tussen rechter en wetgever zeker ten goede komen. Dit geldt niet alleen omdat het effect van de rechterlijke uitspraak zo evident is, maar ook omdat de wetgever de uitspraken van een constitutioneel hof wellicht serieuzer zal nemen dan de uitspraken van lagere rechters. Een nadeel van geconcentreerde toetsing is echter dat een wettelijke regeling in zijn geheel rechtswerking verliest, zelfs wanneer de regeling voor een groot aantal feitelijke situaties een grondrechtconforme werking kan hebben. Ook vergt een vernietigingsbevoegdheid dat zorgvuldig wordt geregeld wat er gebeurt met moeilijk splitsbare wettelijke regelingen waarvan één specifieke bepaling strijdig blijkt met de grondwet, hoe in de tussentijd het juridisch vacuüm moet worden opgevuld dat ontstaat doordat een wettelijke regeling is vervallen, en hoe moet worden omgegaan met uitvoeringsregelingen en besluiten die in de tussentijd tot stand zijn gekomen.¹²⁶ Een belangrijk nadeel voor Nederland is ten slotte de inpasbaarheid van een geconcentreerde vorm van toetsing in de huidige rechtspraktijk. Zoals in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel-Halsema wordt opgemerkt, is Nederland al lang gewend aan het systeem van gespreide toetsing aan verdragen en heeft dit tot nu toe weinig problemen opgeleverd.¹²⁷ Een aanpassing van het systeem zou zeer ingrijpend zijn, nu

¹²⁴ Vgl. Brewer-Carías 1989, p. 131/132.

¹²⁵ Zie over dit verschil ook Kelsen 1967, p. 273/274.

¹²⁶ Zie nader Koopmans 1992, p. 63 e.v.

¹²⁷ Zie gewijzigde memorie van toelichting bij het wetsvoorstel Halsema, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 331, nr. 9, p. 17; zie ook Koopmans 1992, p. 71, die nog enkele andere belangrijke argumenten noemt tegen geconcentreerde toetsing. Een andere mening toegedaan is Sap, die vreest dat bij invoering van gespreide grondwetsvoetsing anarchie dreigt als gevolg van verschillende grondwetsinterpretaties (Sap 2007, p. 601).

dit ook zou betekenen dat toetsing van wetgeving aan verdragen moet worden geconcentreerd.¹²⁸ Hoewel het zeker te overwegen zou zijn om een geconcentreerd systeem van toetsing in te voeren, moeten de consequenties voor het Nederlandse systeem eerst nog beter en praktischer worden doordacht om dit een zinvolle oplossing te laten zijn voor de nu bestaande problemen.

5.4 (Bindende) verklaring van onverenigbaarheid

Een derde systeem dat kan worden genoemd in verband met terugkoppeling van rechter naar wetgever is dat van een rechterlijke “verklaring van onverenigbaarheid” van een wettelijke regeling met een grondrechtelijke bepaling. Dit systeem is in het Verenigd Koninkrijk geïntroduceerd in de *Human Rights Act 1998* (HRA), die bedoeld is ter incorporatie van het EVRM. De HRA maakt het de rechter mogelijk om wetgeving te beoordelen op verenigbaarheid met grondrechtelijke bepalingen. Bij de voorbereiding van de HRA is veel gesproken over de praktische en fundamentele problemen die hiervoor in § 2 en 4 aan de orde zijn gesteld. Met name werd gevreesd voor een aantasting van de “sovereignty of parliament” als rechters zich met het wettelijk product zouden gaan bemoeien. In verband hiermee heeft de Engelse wetgever een aantal specifieke bevoegdheden voor de rechter geïntroduceerd om geconstateerde schendingen van grondrechtenbepalingen onder de aandacht van de wetgever te kunnen brengen, zonder de werking van de wet in kwestie aan te tasten. De Engelse rechter heeft bijvoorbeeld wel de verplichting gekregen tot grondrechtconforme interpretatie,¹²⁹ maar de bevoegdheid om de rechtswerking van een wet te beperken of te veranderen is voorbehouden aan de wetgever. Is de rechter niet in staat om een wettelijke regeling door interpretatie te repareren, dan kan hij alleen een expliciete verklaring afgeven van onverenigbaarheid van de wet met de HRA – de zogenaamde *declaration of incompatibility*.¹³⁰

Dit instrument is interessant vanuit het perspectief van terugkoppeling en wisselwerking. Een *declaration of incompatibility* wordt namelijk uitdrukkelijk onder de aandacht gebracht van de regering. Al wanneer een rechter voornemens is een dergelijke verklaring af te geven, dient hij daarvan mededeling te doen aan de Kroon.¹³¹ Vervolgens is het aan de bevoegde minister om te beoordelen welke wijzigingen noodzakelijk zijn om de incompatibiliteit weg te nemen, waarvoor een bijzondere procedure is

¹²⁸ Zie voor deze en andere argumenten *Kamerstukken II 2002/03*, 28 331, nr. 9, p. 16/17.

¹²⁹ Section 3 HRA. Deze bevoegdheid is door de Engelse rechters ruim uitgelegd: een “HRA-conforme” wetsinterpretatie wordt geprefereerd boven een “declaration of incompatibility”. Zie *R v A* [2001] 3 All ER 1, p. 17 (per Lord Steyn).

¹³⁰ Section 4 HRA. Overigens hebben niet alle rechters deze bevoegdheid; deze is voorbehouden aan de hogere rechters (waaronder het House of Lords en het Court of Appeal (in Engeland, Wales en Noord-Ierland)).

¹³¹ Section 5 HRA.

voorzien.¹³² Deze methode leidt vrijwel automatisch tot een dialoog tussen rechter en wetgever.¹³³

De *declaration of incompatibility* zoals die in de *Human Rights Act* wordt voorgeschreven, kent ook belangrijke nadelen. Eén daarvan is dat de rechtswerking van de wettelijke regeling door het afgeven van zo'n verklaring onaangetast blijft,¹³⁴ terwijl de bevoegdheid van de Kroon om een wettelijke regeling aan te passen een discretionaire is.¹³⁵ De rechter mag een bepaling dus niet buiten toepassing laten of een daarop gebaseerd besluit vernietigen; hij mag zelfs geen schadevergoeding toekennen. Voor individuele rechthebbenden die het slachtoffer zijn van een benadeling, levert een *declaration* dan ook weinig concreet voordeel op.¹³⁶ Om deze reden heeft het EHRM de procedure vooralsnog niet aangemerkt als een rechtsmiddel dat klagers effectieve bescherming biedt tegen aantastingen van hun rechten.¹³⁷ Dit zou wellicht anders zijn als de verklaring zou worden gekoppeld aan een mechanisme waarbij de wet in het individuele geval buiten toepassing kan worden gelaten, of waarbij de wetgever zou worden verplicht om de wettelijke regeling aan te passen.¹³⁸

¹³² Section 10, subsection 2 HRA; zie in het bijzonder ook Schedule 2 bij de wet, waarin de verdere procedure uiteen is gezet.

¹³³ Vgl. Klug 2002, p. 370 en Clayton 2004, p. 46, maar zie kritischer Hickman 2005, p. 309; de laatste stelt dat juist door de beschikbaarheid van een "fast track"-procedure van een echte dialoog geen sprake kan zijn.

¹³⁴ Section 5, subsection 6(a) HRA.

¹³⁵ Section 10 HRA.

¹³⁶ Zie Hickman 2005, p. 327, die aangeeft dat de methode van "HRA-conforme interpretatie" in dit opzicht sterker is. Hij voegt daaraan nog toe dat een dergelijke bepaling bovendien een sterkere reactie van de wetgever kan vergen: als deze het niet eens is met de gegeven interpretatie, verseist dit een duidelijkere aanpassing van de wet dan bij een *declaration of incompatibility*. Dit kan waar zijn, maar door de conforme interpretatie wordt het probleem van terugkoppeling niet weggenomen.

¹³⁷ Zie vooral EHRM 12 december 2006, *Burden en Burden/VK*, EHRC 2007/18, m.nt. J.H. Gerards, waarin de klagsters stelden dat een wettelijke regeling in de (nabije) toekomst zou kunnen leiden tot een schending van hun recht op gelijke behandeling. Volgens de Engelse regering hadden zij in dit verband bij de Engelse rechter kunnen vragen om een *declaration of incompatibility* uit te spreken, die zou hebben geleid tot wetswijziging. Het EHRM nam het de klagsters echter niet kwalijk dat zij geen gebruik hadden gemaakt van dit rechtsmiddel: "In the present case ... it is arguable that, had a declaration of incompatibility been sought and made, the applicants might have been able to benefit from a future change in the law. However, it remains the case that there is no legal obligation on the minister to amend a legislative provision which has been found by a court to be incompatible with the Convention. The Court notes that, according to the information provided by the Government, by August 2006 such amendments had occurred in ten out of the thirteen cases where a declaration had been finally issued by the courts, and in the remaining three, reforms were pending or under consideration. It is possible that at some future date evidence of a long-standing and established practice of ministers giving effect to the courts' declarations of incompatibility might be sufficient to persuade the Court of the effectiveness of the procedure. At the present time, however, there is insufficient material on which to base such a finding" (par. 38/39). Het Hof achtte om deze redenen de procedure niet effectief in de zin van art. 35 EVRM, zodat dit rechtsmiddel niet hoefde te worden uitgeput.

¹³⁸ Daarmee zou de oplossing ook beter passen in het gematigd monistische systeem dat in de Grondwet is vastgelegd; vgl. Alkema 2005, p. 16.

In dit licht kan de vraag worden gesteld of de methode, op deze manier aangepast, voor Nederland bruikbaar zou zijn. Uitgangspunt moet zijn dat de rechter een wettelijke bepaling alleen buiten toepassing laat als daarvoor een goede reden bestaat, dus als er duidelijk onvoldoende rechtvaardiging bestaat voor een specifieke aantasting van een grondrecht. Zeker als wordt gekeken naar de in § 4 beschreven argumenten, is er dan alle reden om de wetgever daarop uitdrukkelijk te wijzen en hem aan te zetten tot wetswijziging. Wel moet de wetgever uiteindelijk voldoende vrijheid behouden om vorm te geven aan de wetswijziging.¹³⁹ Dit kan ervoor pleiten om, net als in het VK, wettelijk een procedure vast te leggen waarin de methode nader vorm wordt gegeven.¹⁴⁰

Gevreesd zou nog kunnen worden dat de mogelijkheid van een bindende verklaring van onverenigbaarheid het rechters al te gemakkelijk maakt om zich niet inhoudelijk te hoeven uitspreken over de voorgelegde zaak. Dit is hetzelfde bezwaar als ook naar voren is gebracht ten aanzien van de terugkoppelingssystematiek van de ABRvS. In § 5.2 wees ik echter al op de Engelse ervaring dat de rechter in veruit de meeste gevallen verdragsconform interpreteert en een *declaration* alleen afgeeft wanneer het echt onmogelijk is om op deze manier tot een oplossing te komen.¹⁴¹ Sinds de inwerkingtreding van de wet in 1998 tot 2006 is pas in 16 gevallen een *declaration* afgegeven,¹⁴² hetgeen bij sommige rechtswetenschappers zelfs de vraag heeft opgeroepen of niet juist vaker van deze bevoegdheid gebruik moet worden gemaakt.¹⁴³ De rechterlijke creativiteit blijft bij een institutionele oplossing als deze dus wel degelijk behouden.

¹³⁹ Vgl. ook de annotatie van Koopmans in *NJ* 2003/691 en zie Bok 2006, p. 110, die erop wijst dat lang niet alle varianten van een bevel tot wetgeving een even grote rechterlijke inmenging in wetgevingsaangelegenheden opleveren. Impliciet doen rechters soms ook al uitspraken die weliswaar niet een hard, afdwingbaar bevel tot wetgeving inhouden, maar daar door hun dreigende toon wel in de buurt komen. Vgl. bijv. ABRvS 21 november 2006, *NJCM-Bull.* 2007, p. 635 e.v. (m.nt. Uzman): "... deze keuzes behoren in beginsel door de wetgever te worden gemaakt. Daarbij gaat de Afdeling er echter wel van uit dat de wetgever dat dusdanig tijdig zal doen dat voormelde strijdigheid voor de volgende verkiezing van de leden van het Europees Parlement is weggenomen." Het "op termijn stellen" van de wetgever is in de rechtspraak niet ongebruikelijk; zie voor voorbeelden o.a. De Lange 1999, p. 17. Ook het EHRM heeft inmiddels een lidstaat dergelijke aanwijzingen gegeven om wetgeving tot stand te brengen; zie EHRM 11 september 2007, *L./Litouwen*, nr. 27527/03. Dergelijke "zachte" bevelen tot wetgeving kunnen vanuit constitutioneelrechtelijk perspectief aanvaardbaarder zijn dan het harde bevel tot wetgeving dat aan de orde was in de Nitraatrichtlijn-zaak. Inmiddels heeft de Grote Kamer dit oordeel bevestigd; zie EHRM 29 april 2008 (Grote Kamer), *Burden/VK*, nr. 13378/05, *NJB* 2008, afl. 22.

¹⁴⁰ Vgl. ook Van Houten 2001, p. 13.

¹⁴¹ Vgl. *R. v A. (no. 2)*, [2001] UKHL 25, per Lord Steyn ("A declaration of incompatibility is a measure of last resort. It must be avoided unless it is plainly impossible to do so"). Dit heeft geresulteerd in zeer ruim gebruik van de interpretatiebevoegdheid, die soms resultaten heeft die niet goed verenigbaar lijken met de tekst van de regeling in kwestie, of die anderszins hebben geleid tot een beschuldiging van activisme. Er zijn echter wel grenzen, die ook in de rechtspraak vrij duidelijk worden aangegeven; zie daarover nader Verhey 2007, p. 34 en vgl. vooral *Bellinger v. Bellinger* [2003] UKHL 21, per Lord Birkenstein, para. 45.

¹⁴² Zie Stone 2006, p. 53.

¹⁴³ Bijv. Gearty 2002, p. 25o.

5.5 Conclusie

In het licht van het voorgaande zou een aanbeveling kunnen zijn om de Nederlandse rechter, of toch tenminste de hoogste rechters, de mogelijkheid te geven om de wetgever te verplichten tot het aanpassen van de regelgeving in kwestie, wanneer hij strijd constateert met een direct werkende verdragsbepaling of – in de toekomst – met de Grondwet. Het gebruik van deze bevoegdheid kan worden gecombineerd met een buiten toepassing laten van de regeling in het individuele geval of tenminste met een vorm van effectief rechtsherstel (bijvoorbeeld een schadevergoeding). Net als in het Verenigd Koninkrijk kan bovendien worden voorzien in een specifieke, versnelde wetgevingsprocedure, waardoor adequaat kan worden opgetreden bij de aanpassing van de wettelijke regeling.¹⁴⁴ Tot uitgangspunt kan verder worden genomen dat een rechterlijke verklaring van onverenigbaarheid alleen op zijn plaats is als het probleem, gelet op zijn aard, alleen door de wetgever kan worden opgelost. Wellicht zijn dit vooral de gevallen waarin de rechter nu de keuze zou maken om te absteren.¹⁴⁵ Voor een tussencategorie van gevallen, waarin de rechter wel een probleem ziet maar dit kan oplossen door de wet buiten toepassing te laten of door verdragsconform te interpreteren, kan de ABRvS-systematiek van terugkoppeling een aanvulling bieden. De wetgever wordt daardoor goed op de hoogte gesteld van alle fouten die de rechter heeft geconstateerd, en krijgt voldoende ruimte om eventueel correcties te maken op rechterlijke oplossingen en interpretaties die hij onwenselijk acht. Op die manier ontstaat een betere wisselwerking tussen rechter en wetgever, terwijl de constitutionele positie van beide staatsmachten terdege wordt gerespecteerd.¹⁴⁶

6 Conclusie

Als het gaat om de bescherming van grondrechten op nationaal niveau, bestaat er een belangrijke wisselwerking of dialoog tussen wetgever en rechter. De wetgever inventariseert en beoordeelt doelstellingen en belangen, maakt keuzes en selecteert instrumenten. De rechter toetst het eindresultaat op zijn verenigbaarheid met de internationale verdragsbepalingen en kan een wet verdragsconform interpreteren of buiten toepassing laten als deze niet voldoet. Daarin kan de wetgever vervolgens aanleiding zien om de wet aan te passen, waarna deze opnieuw aan de rechter kan worden voorgelegd. Enzovoort. Gelet op het belang van de wisselwerking tussen wetgever en rech-

¹⁴⁴ De *Human Rights Act* voorziet in een vereenvoudigde amenderingsprocedure via een “order”, waarbij terugwerkende kracht kan worden toegekend aan de wijzigingen en waarbij de wijzigingen onmiddellijk verbindende kracht kunnen krijgen in afwachting van goedkeuring door beide huizen van het Britse Parlement; vgl. Section 10 (2) en Schedule 2. Deze “fast track”-procedure mag echter alleen in dringende gevallen worden gebruikt. Zie nader Stone 2006, p. 53.

¹⁴⁵ Verhey geeft ook aan dat de situatie waarin de Nederlandse rechter abstineert sterk vergelijkbaar is met de situatie waarin de Britse rechter een *declaration of incompatibility* afgeeft (2007, p. 40).

¹⁴⁶ Vgl. Verhey 2007, p. 41. Overigens zou deze systematiek veel verdere uitwerking behoeven dan binnen het bestek van dit preadvies mogelijk is. Aan de Universiteit van Leiden bereidt Jerfi Uzman hierover een proefschrift voor.

ter voor een effectieve waarborg van grondrechten, zal deze zo soepel en effectief mogelijk moeten verlopen. Op dit punt zijn zeker verbeteringen mogelijk.

Allereerst kan de wetgever zijn toelichtingen beter toespitsen op de specifieke eisen in de grondrechtenverdragen en kan hij het voor de rechter beter mogelijk maken om de resulterende wettelijke regeling op waarde te schatten. Optimaal zou het zijn als op enig moment in de wetsprocedure een geconsolideerde versie van de gewisselde stukken tot stand werd gebracht, waardoor het voor de rechter (maar niet alleen voor hem) gemakkelijker wordt om te bepalen welke overwegingen aan een inbreuk op een grondrecht ten grondslag hebben gelegen. Ook als dit niet haalbaar is, moet echter verbetering worden aangebracht in de kwaliteit en zorgvuldigheid van de motivering door de wetgever.

Op zijn beurt zal de rechter de wettelijke keuzen meestal moeten respecteren, maar zal hij onder omstandigheden kritisch mogen kijken naar de kwaliteit en de zorgvuldigheid van de wettelijke voorbereiding. Als er gegronde reden is om te twijfelen aan de kwaliteit van de wettelijke besluitvorming, bijvoorbeeld omdat sprake is van een aantasting van een belangrijk grondrecht of om benadeling van een maatschappelijk kwetsbare groep, dan mag de rechter geen genoegen nemen met oppervlakkig en algemeen geformuleerde doelstellingen of met instrumenten waarvan de effectiviteit onvoldoende is onderzocht. In dergelijke gevallen mag de rechter, vaker dan nu het geval is, gebruik maken van het instrument van buiten toepassing laten van de wet. Als zodanig kan dit een prikkel vormen voor de wetgever om zijn motivering van inbreuken op grondrechten te verbeteren.

Daarnaast moet de rechter de wetgever voldoende duidelijke informatie geven over wettelijke tekortkomingen, zodat de wetgever betere aangrijpingspunten krijgt voor verbetering. De rechter kan in de motivering van zijn uitspraak veel specifiekere commentaar geven op de verschillende toetsingselementen (legitieme doelstelling; geschiktheid, noodzakelijkheid en subsidiariteit; redelijkheid van de belangenafweging). Een dergelijke verbetering alleen is echter nog niet voldoende om de wetgever op een adequate en effectieve manier op de hoogte te stellen van fouten of onvolkomenheden. Voor een effectieve dialoog is het aangewezen om een apart systeem van terugkoppeling te introduceren, dat is gestoeld op een combinatie van de Engelse *declaration of incompatibility* en de door Van Kreveld voor de ABRvS geïntroduceerde systematiek. Als de rechter strijd constateert tussen een wettelijke bepaling en een fundamenteel grondrecht, of als hij onvoldoende informatie heeft gekregen om een goed oordeel over de verenigbaarheid met een verdragsbepaling te geven, zal de rechter de wettelijke bepaling buiten toepassing moeten laten. Tegelijkertijd zal hij een verklaring van onverenigbaarheid moeten afgeven aan de wetgever, die vervolgens op basis van een in een wet vastgelegde procedure verplicht kan worden om hierop een adequate reactie te geven. Voor situaties waarin geen sprake is van buiten toepassing laten, maar waarin de rechter een verdragsconforme interpretatie heeft gekozen of anderszins onvolkomenheden heeft geconstateerd, kunnen deze onder de aandacht van de wetgever worden gebracht via het door Van Kreveld voorgestelde terugkoppelingssysteem. Op die manier kan de wisselwerking tussen rechter en wetgever worden

geoptimaliseerd en kan uiteindelijk een daadwerkelijke constitutionele dialoog worden bewerkstelligd.