

De Aanpassing van het Toetsingsverbod en de gevolgen voor het sociaal domein

Sinds 1848 kent onze Grondwet een toetsingsverbod. Dit houdt in dat de rechter niet de grondwettigheid van wetten in formele zin mag toetsen. Dit wetsvoorstel zou daar gedeeltelijk een einde aan maken.

De Memorie van Toelichting van het wetsvoorstel voor de aanpassing van artikel 120 Grondwet betoogt dat er betere waarborgen nodig zijn tegen wetten die disproportioneel veel leed veroorzaken in het leven van mensen. De regering acht dat de burger niet langer meer tekort mag worden gedaan door rechtsbescherming alleen open te stellen via de route van het internationale recht en het Unierecht.

Het doel van de beoogde wetswijziging is om burgers beter te beschermen. In het bijzonder personen zoals de ouders (en hun naasten) die hard geraakt zijn in de Kinderopvangtoeslagenaffaire. Dit zijn niet alleen burgers die te maken krijgen met terugvorderingen van toeslagen. Het gaat om alle burgers die mogelijk hard geraakt kunnen worden door gebonden bevoegdheden, in het bijzonder in het sociaal domein.

In deze reactie op de consultatie zal ik uitleggen waarom dit voorstel niet de gewenste rechtsbescherming zal bieden aan deze groep burgers in het sociaal domein.

Rechterlijke toetsing en het toetsingsverbod

De rechter is bevoegd om te toetsen of een besluit of bepaling in lijn is met hogere regels. De rechter mag dus toetsen of een besluit van het college van burgermeester en wethouders in lijn is met onder andere de Participatiewet, de Jeugdwet, de Wmo 2015 en de Awb. Als de rechter vaststelt dat sprake is van strijdigheid met deze wetten, dan mag de rechter het besluit op basis van de wet vernietigen.

De rechter mag ook beleidsregels toetsen aan de wet of algemene rechtsbeginselen. Als de rechter vaststelt dat een beleidsregel in strijd is met de wet of een algemeen rechtsbeginsel, dan kan de rechter het artikel onverbindend verklaren of buiten toepassing laten. Ook als de beleidsregel in lijn is met de wet, maar in een individueel geval onevenredig gevolgen heeft, kan de rechter bepalen dat de beleidsregel in dit geval buiten toepassing moet worden uitgelaten (artikel 4:84 Awb).

De rechter is echter niet bevoegd om te toetsen of een wet in formele zin in lijn is met de hogere regels van de Grondwet. Artikel 120 Grondwet verbiedt de rechter te treden in de beoordeling van de grondwettigheid van de wet. Het toetsingsverbod houdt ook in dat de rechter een wet in formele zin niet mag toetsen aan algemene rechtsbeginselen.¹

De discussie rondom het toetsingsverbod

Artikel 131 lid 2 Grondwet (oud) uit de Grondwet van 1848 bepaalde al dat de wet in formele zin onschendbaar is. Deze formulering is de voorloper van het huidige toetsingsverbod.

¹ Harmonisatiewet arrest HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989, 469, rechtsoverwegingen 3.5 en 3.6

Nu zoals toen waren er voor- en tegenstanders van het toetsingsverbod. Zij zijn verdeeld over het antwoord op de vraag wie uiteindelijk de Grondwet mag interpreteren, de wetgever of de rechter.

Voorstanders van een toetsingsverbod vinden dat de wetgever het laatste woord moet hebben over de grondwettigheid van de wetten. Deze groep beargumenteert dat het aan de wetgever is om uiteindelijk te beoordelen of een wet in lijn is met de Grondwet. Tegenstanders vinden dat de rechter het laatste woord hierover zou moeten hebben in een democratische rechtstaat. In de Memorie van Toelichting lijkt het alsof de regering deze laatste opvatting nu ook deelt.

De meest bekende vroege tegenstander van het toetsingsverbod is Johan Rudolph Thorbecke, voorzitter van de Grondwetscommissie van 1848. Hij schreef dat de wet door het toetsingsverbod 'wordt geplaatst boven alle bedenking', en daarmee 'wordt afgeschermd door aanranding door de rechterlijke macht'. De burger zou hierdoor niet beschermd zijn tegen inconstitutionele wetgeving. De burger blijft, in de woorden van Thorbecke, 'voor een gesloten deur staan'.²

In grote lijnen is de Grondwet sindsdien niet gewijzigd als het gaat om rechterlijke toetsing. Het huidige artikel 120 Grondwet is de opvolger van artikel 131 lid 2 Grondwet (oud) sinds de Grondwetwijziging van 1983. Dit leidde de Hoge Raad af uit de parlementaire behandeling van artikel 120 Grondwet in het Harmonisatiewetarrest in 1989.³

De Hoge Raad heeft in dit arrest wel de deur opengezet voor 'contra-legem toetsing'. Dit betekent dat als bijzondere omstandigheden zich voordoen waarmee de wetgever bij het aannemen van de wet geen rekening heeft gehouden (niet verdisconteerd heeft) er een uitzondering kan worden gemaakt op het toetsingsverbod. Een beroep op het Harmonisatiewetarrest blijft echter de uitzondering.⁴

Internationaal recht en verdragen

De Hoge Raad overwoog in het Harmonisatiewetarrest dat in toenemende mate een beroep kan worden gedaan op internationale bepalingen ter bescherming van de rechten van de mens.⁵ De wet bleef dus niet onschendbaar.

Dit komt door de Grondwetwijzigingen van 1953 en 1956. Deze wijzigingen zorgden ervoor dat de wet in formele zin wel (direct) mocht worden getoetst aan internationaal recht en verdragen. Dit mag dan aan bepalingen die eenieder verbindend zijn (artikel 94 Grondwet). Hetzelfde is gaan gelden voor het Unierecht.⁶

Hierdoor zien we vandaag de dag dat de wet dus wel getoetst kan worden aan grondrechten. Maar alleen als de burger een beroep kan doen op een eenieder verbindende bepaling uit het internationale recht of het Unierecht.

Daarom: in een uitspraak⁷ over het verbod op discriminatie van vrouwen wordt artikel 11 van het VN Vrouwenverdrag aangehaald, en niet het gelijkheidsbeginsel van artikel 1 Grondwet. Bij de afwijzing

² J.R. Thorbecke, Bijdrage tot de herziening van de Grondwet, 1921, pagina 60

³ Harmonisatiewetarrest HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989, 469

⁴ Rapport Verslag van de werkgroep juridische reflectie, november 2021, pagina 253

⁵ Rechtsoverweging 3.2 Harmonisatiewetarrest HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989, 469

⁶ ECLI:EU:C:1963:1, Van Gend en Loos-arrest

⁷ ECLI:NL:RBOVE:2025:2130

van een asielvergunning wordt getoetst of de asielzoeker kan terugkeren naar zijn land van herkomst; dit besluit wordt getoetst aan het folteringsverbod van artikel 3 EVRM,⁸ en artikel 4 Handvest,⁹ niet aan het recht op onaantastbaarheid van het lichaam van artikel 11 Grondwet.

Beroemde voorbeelden hiervan zijn verder de Urgenda-zaak (op grond van het EVRM)¹⁰ en de uitspraken over het stikstofbeleid (PAS-zaak, op grond van Unierecht).¹¹

Het (grotendeels) behouden van het toetsingsverbod alsmede de ontwikkeling van het internationale recht en Unierecht zorgen er dus voor dat bepalingen van de Grondwet in de juridische praktijk worden gepasseerd. Dit terwijl de Grondwet juist als doel heeft om de kernbeginselen van de democratische rechtsstaat en haar fundamentele rechtsbeginselen te verankeren in de samenleving.

Toetsing aan bepaalde grondrechten

In 2010 adviseerde de Staatscommissie Grondwet dat de betekenis en het normatieve karakter van de Grondwet versterkt moet worden. De Staatscommissie pleitte daarom voor een gedeeltelijke afschaffing van het toetsingsverbod langs de lijnen van het initiatiefvoorstel Halsema uit 2002.

Dit voorstel kent veel overeenkomsten met het huidige voorstel. In beide voorstellen blijft het de rechter verboden te treden in de beoordeling van de grondwettigheid van de wetten, maar moet de rechter wetten buiten toepassing laten indien die toepassing niet verenigbaar is met een aantal bepalingen in de Grondwet.

In zowel het voorstel van Halsema als het voorliggende voorstel worden vooral de klassieke grondrechten genoemd, zoals het gelijkheidsbeginsel (artikel 1 Grondwet), de vrijheid van geloof (artikel 6 Grondwet), de persvrijheid (artikel 7 Grondwet), het recht op vereniging en demonstratie (artikel 8 en 9 Grondwet) enzovoort. Maar ook het recht op een eerlijk proces (artikel 17 Grondwet), en het recht op bijzonder onderwijs (artikel 23 Grondwet). Het verschil tussen de twee voorstellen is dat het voorstel-Halsema toetsing aan meer artikelen toestond.¹²

Dit voorstel voldoet niet aan de opdracht

De wens om het normatieve karakter van de Grondwet te versterken komt ook naar voren in de Memorie van Toelichting van dit wetsvoorstel. Deze wens wordt daarbij in een nieuwe context gegoten: het gebrek aan individuele rechtsbescherming van gedupeerden van de Kinderopvangtoeslagenaffaire.

Het is volgens de Memorie van Toelichting de taak van de Grondwet om de grondrechten en de democratische rechtsstaat te waarborgen. Deze opdracht kan niet goed worden waargemaakt wanneer de rechter niet de bevoegdheid heeft om de wetten aan fundamentele rechten uit de

⁸ Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden

⁹ Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie

¹⁰ ECLI:NL:HR:2019:2006

¹¹ ECLI:NL:RVS:2019:1603 en ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1604

¹² Dit zijn de artikelen 54, 56, 99, 113, derde lid, 114, 121 en 129, eerste lid. Het voorstel van Halsema gaat dus verder, omdat hier onder andere ook een aantal bepalingen over het stemrecht en (straf)rechtspraak worden opgenomen, waaronder het verbod op de doodstraf

Grondwet te toetsen. Met andere woorden: de regering wil met dit voorstel betere rechtsbescherming binnen de Grondwet bieden, met name aan kwetsbare burgers.¹³

Maar voor burgers die zich in een vergelijkbare positie als de Toeslagenouders bevinden biedt het huidige voorstel juist weinig nieuwe bescherming. Het huidige voorstel laat het toetsingsverbod namelijk intact daar waar het pijn doet voor deze groep: het toetsen aan algemene rechtsbeginselen. De Memorie van Toelichting zegt expliciet dat het toetsingsverbod voor algemene rechtsbeginselen wordt gehandhaafd.¹⁴

De rechter heeft alleen beslisruimte om algemene rechtsbeginselen te toetsen als de wet deze beslisruimte geeft aan het bestuursorgaan. Als het bestuursorgaan van de wet geen beslisruimte krijgt (gebonden bevoegdheid) dan heeft het bestuursorgaan geen beleidsruimte om een eigen afweging te maken. Zoals hierboven benoemd volgt dan uit artikel 120 Grondwet en de invulling van de Hoge Raad in het Harmonisatiewetarrest dat een gebonden besluit op grond van de wet in formele niet kan worden getoetst aan algemene rechtsbeginselen.¹⁵

Dus als de burger wordt geconfronteerd met een terugvordering of belastingschuld die is gebaseerd op een gebonden bevoegdheid, dan zal ook met de invoering van deze Grondwetwijziging de rechter genooddaakt blijven om de wet te handhaven.

Het internationaal recht en het Unierecht bieden ook geen redding voor deze burger. Zoals hierboven besproken is de invloed van het internationale recht en het Unierecht weliswaar toegenomen. Maar ook nu schept het internationaal recht en het Unierecht weinig verbindende bepalingen voor het sociaal domein. Op het gebied van toeslagen, uitkeringen en andere sociale voorzieningen domineert nog altijd de nationale wetgever.

Burgers die afhankelijk zijn van sociale voorzieningen, zijn gebaat bij een hulpvaardige overheid en maatwerk. Maar juist deze groep geniet door het verbod op toetsing aan algemene rechtsbeginselen minder rechtsbescherming dan burgers in andere rechtsgebieden. Met name bij bepalingen met gebonden bevoegdheden veroorzaakt de formeel-wettelijke fixatie van strikte wetgeving een gat in de rechtsbescherming. Dit is ook een les van de Kinderopvangtoeslagenaffaire.¹⁶

Deze Grondwetwijziging volbrengt dus niet de opdracht uit de Memorie van Toelichting, en zorgt niet voor gelijke rechtsbescherming voor burgers in het sociale domein ten opzichte van burgers in andere rechtsgebieden.

Wat zou wel gelijke rechtsbescherming garanderen? De staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel pleiten in hun conclusie van 9 juli 2021¹⁷ voor een simpele oplossing: schaf artikel 120 Grondwet compleet af zodat de rechter de feiten in het recht kan vinden. Of: leg artikel 120 Grondwet zo uit dat gebonden bevoegdheden ook kunnen worden getoetst aan algemene

¹³ Memorie van Toelichting, pagina 7

¹⁴ Memorie van Toelichting, pagina 14

¹⁵ Rapport van de Werkgroep Reflectie Toeslagenaffaire Rechtbanken 'Recht vinden bij de Rechtbank', oktober 2021, pagina 17

¹⁶ Ter illustrering zie ECLI:NL:RVS:2014:4179 rechtsoverweging 8.1

¹⁷ ECLI:NL:RVS:2021:1468, rechtsoverweging 9.6 en 9.7

rechtsbeginselen. Alleen zo wordt voorkomen dat ook morgen de burger voor een gesloten deur komt te staan.

Meer weten/contactgegevens

Deze aanbevelingen zijn opgesteld door de juridische specialisten van Wolters Kluwer Schulink, dé online kennisbank & helpdesk voor gemeenten. Zij zijn medeverantwoordelijk voor de kennisbanken van Schulink. Daarnaast ondersteunen zij gemeenten bij de uitvoering van wetten uit het sociaal domein en het omgevingsrecht.

Wil je meer weten over bovenstaande aanbevelingen, neem gerust contact met ons op via:
administratie.schulinck@wolterskluwer.com of 077-476 2167.