

Initiatiefnota van het lid Omtzigt

Tien voorstellen ter verbetering van de constitutionele toetsing

Pieter Omtzigt

Den Haag, 19 april 2023



Samenvatting

Nederland is het enige Europese land dat geen enkele vorm van rechterlijke toetsing van wetten aan de Grondwet kent. Mondiaal gezien staat Nederland in een rijtje met Irak, Cuba, Noord-Korea en Saoedi-Arabië. Door het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet schiet de rechtsbescherming van burgers tekort. Er wordt immers slechts getoetst of wetten in overeenstemming zijn met de minimumwaarborgen uit verdragen, zoals het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Hierdoor is de Grondwet steeds verder op de achtergrond geraakt en hebben verdragen een centrale positie in zowel het wetgevingsproces als de rechtsgang gekregen. Nederland kan niet langer achterblijven en dient constitutionele toetsing mogelijk te maken. Daartoe heeft het kabinet in de hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing enkele voorstellen gedaan. Deze voorstellen schieten echter op onderdelen tekort en zijn incompleet. Deze nota bevat tien voorstellen om de vormgeving van constitutionele toetsing en samenhangende onderwerpen te verbeteren. Deze voorstellen versterken de normativiteit van de Grondwet en verbeteren de rechtsbescherming van individuele burgers, wat bijdraagt aan een beter functionerende rechtsstaat.

1. Inleiding

Nederland is in de wereld een buitenbeentje als het gaat om het toetsingsverbod. Het is een van de weinige landen waar rechters nog op geen enkele wijze formele wetten kunnen toetsen aan de Grondwet.¹ Nederland staat met het toetsingsverbod in een rijtje met landen als Irak, Cuba, Noord-Korea en Saoedi-Arabië. Niet het beste gezelschap waar je je in kunt bevinden.² Ook in Europees verband is de situatie opmerkelijk te noemen. Alle rechters kunnen toetsen aan eenieder verbindende verdragsbepalingen, waarvan het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM) veruit het belangrijkste is.³

In alle landen van de Raad van Europa wordt er ook gewoon getoetst aan de eigen Grondwet, behalve in Nederland.⁴

Het toetsingsverbod is sinds de Grondwetsherziening van 1848 al onderwerp van discussie. Thorbecke, die een belangrijke rol speelde bij de Grondwetsherziening, liet zich duidelijk uit tegen het toetsingsverbod dat in 1848 door de regering werd voorgesteld, terwijl het niet in het voorstel van zijn eigen commissie stond. Volgens Thorbecke zou *'ieder als voor een gesloten deur blijven staan'* met onschendbare wetten en zou *'de Grondwet (...) ophouden Grondwet te zijn; en de gewone wetgever, die zijn bestaan en zijn regt enkel uit de Grondwet ontleent, boven de Grondwet wezen'*.⁵

¹ S. Lambrecht, *'De meerwaarde van een grondwettelijk catalogus van grondrechten in een gelaagd systeem van grondrechtenbescherming'*, *Jura Falconis* 2011-2012, p. 232.

² F. Huijting-Mebius, *'Schrapping artikel 120 Gw: iedereen is om, behalve de VVD'*, *Advocatenblad* 11 november 2021.

³ J.Th.J van den Berg, *'Laat gelijk van Thorbecke'*, *Parlement.com* 5 december 2008.

⁴ European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), *The Netherlands. Opinion on the legal protection of citizens*, adopted by the Venice Commission at its 128th Plenary Session, CDL-AD(2021)(031), p. 1-7.

⁵ J.R. Thorbecke, *Bijdrage tot de herziening van de Grondwet*, 's-Gravenhage 1921, p. 60.

De Tweede Kamer nam in april, na een heftig debat, waarin gebleken was dat het kabinet gesproken had over het sensibiliseren van een Kamerlid en er blijk van had gegeven haar eigen taakopvatting in zijn geheel niet te begrijpen, een motie aan waarin de regering werd verzocht het toetsingsverbod op te heffen.⁶ Het kabinet heeft nu het voornemen om grondwettelijke toetsing in te voeren.⁷ In het coalitieakkoord 2021-2025 van kabinet Rutte-IV werd de volgende tekst opgenomen: “We nemen de uitwerking van constitutionele toetsing ter hand, in lijn met het advies van de staatscommissie Parlementair stelsel, waarbij we kijken welke vormgeving het beste aansluit bij het Nederlandse rechtssysteem.”⁸ Het kabinet spreekt zich in een hoofdlijnenbrief uit over de vormgeving van constitutionele toetsing.⁹ Met de invoering van constitutionele toetsing beoogt het kabinet de rechtsbescherming van de burger te versterken en de normatieve betekenis van de Grondwet te verstevigen.¹⁰ Initiatiefnemer is van mening dat het kabinet een inrichting van constitutionele toetsing kiest die suboptimaal is en grijpt deze initiatiefnota aan om een alternatief voor te leggen, dat overigens erg dicht bij het voorstel van de staatscommissie-Remkes komt. Met de beslispunten uit deze initiatiefnota wordt dus meer recht gedaan aan deze te behalen doelen.

De initiatiefnota is als volgt opgebouwd. Allereerst wordt ingegaan op het doel van invoering van constitutionele toetsing. Aansluitend volgt een hoofdstuk waarbij wordt ingegaan op de historische context om constitutionele toetsing mogelijk te maken. Daarna zal worden stilgestaan bij de organisatie en werking van constitutionele toetsing van een paar Europese landen, te weten Duitsland, België, Frankrijk, Verenigd Koninkrijk en de Scandinavische

⁶ *Kamerstukken II 2020/21*, 28 362, nr. 47, p. 1.

⁷ *Kamerstukken II 2021/22*, 35 925, nr. 169, p. 3.

⁸ *Kamerstukken II 2021/22*, kenmerk 2021D50025, p. 2.

⁹ *Kamerstukken II 2021/22*, 35 925, nr. 169, p. 15.

¹⁰ *Kamerstukken II 2021/22*, 35 925-VII, nr. 169, p. 3.

landen. Vervolgens zal ik zelf een aantal concrete voorstellen doen voor de vormgeving van constitutionele toetsing. De nota eindigt met verantwoording en dank.

In deze nota wordt, als niet anders is aangegeven, onder constitutionele toetsing verstaan de rechterlijke beoordeling van de grondwettigheid van wetten. In hoofdstuk 7 komt een andere vorm van constitutionele toetsing aan bod, namelijk de toetsing van grondwettigheid van wetten in het parlementaire proces, dus voordat een wet in werking treedt.

2. Doel invoering constitutionele toetsing

Nederland kent een toetsingsverbod in art. 120 Grondwet inhoudende dat de rechter wetten niet mag toetsen aan de Grondwet. In Nederland is het de wetgever die als democratisch gelegitimeerde macht het laatste woord heeft over een wet.¹¹ Het huidige toetsingsverbod geldt uitsluitend voor wetten in formele zin. Lagere regelgeving van bijvoorbeeld ministers, gemeentes of provincies kan gewoon worden getoetst aan de Grondwet en bij strijdigheid onverbindend worden verklaard.¹² Daarbij komt dat grondwetsstoetsing niet langer slechts een taak is van nationale organen. Er wordt in toenemende mate toezicht gehouden door internationale gerechten en andere instanties.¹³ Door deze internationalisering van het constitutionele recht en de uitbreiding van (internationale) instanties die toezien op de naleving, is nationale constitutionele toetsing wezenlijk veranderd. De rechter is steeds meer gaan toetsen aan internationale normen, terwijl de Grondwet nauwelijks een rol speelt.¹⁴

Het Harmonisatiewet-arrest wordt gezien als het keerpunt in de discussie. Er heerste voor dit arrest veel onduidelijkheid over de vraag hoe ver de toetsingsbevoegdheid van de rechter zich uitstrekt. In dit arrest sprak de rechter zich hierover uit.¹⁵ Elke toetsing van de wet aan hogere regelgeving is verboden, waaronder ook aan algemene rechtsbeginselen. Hoewel het toetsingsverbod werd gehandhaafd, gaf de rechter in dit arrest aan dat de rechtsontwikkelingen sinds 1983 aanleiding geven om het toetsingsverbod te

¹¹ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 331, nr. 3, p. 3.

¹² E. Verweij, *'De rechtsstaat in vrijheid. Inperking van het constitutioneel toetsingsverbod'*, Telders Stichting tijdschrift mei 2020, p. 66.

¹³ Verslag symposium over constitutionele toetsing d.d. 2 juni 2016, p. 4.

¹⁴ Verslag symposium over constitutionele toetsing d.d. 2 juni 2016, p. 5.

¹⁵ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 331, nr. 3, p. 6-7.

heroverwegen.¹⁶ Zo werd er ook weer gewezen op de praktijk dat rechters wetten in formele zin al wel kunnen toetsen aan verdragen. Daarnaast werd bedoeld op de ontwikkeling van de zogenoemde contra-*legem*jurisprudentie. Op grond daarvan mag een wetsbepaling in een concreet geval buiten toepassing worden gelaten als een strikte toepassing van die wetsbepaling grovelijk in strijd komt met fundamentele rechtsbeginselen.¹⁷ Als laatste werd gewezen op de veranderende rol van de wetgever, waardoor het democratieargument minder houdbaar is geworden. De formele wetgever staat steeds vaker zijn taken af aan lagere overheden en andere bestuursorganen. Of hij stelt kaderwetgeving vast, welke de lagere overheden en andere bestuursorganen naar eigen inzicht dienen te realiseren. Als gevolg hiervan neemt het gewicht van de rechter toe, die invulling geeft aan de open bestuurlijke normen en wettelijke begrippen in jurisprudentie.¹⁸

Constitutionele toetsing wordt in Nederland toevertrouwd aan de wetgever tijdens het wetgevingsproces. Als een wet eenmaal tot stand is gekomen, mag de rechter zich niet meer uitspreken over de grondwettigheid van de formele wet. Een wetgever kan niet alle individuele gevallen voorzien en wanneer strijdigheden in wetgeving pas achteraf blijken, dan kan alleen de wetgever zelf nog ingrijpen. Dit druist in tegen de machtenscheiding en het fundament van de rechtsstaat. Bovendien bestaat er geen garantie dat de betreffende wet wordt ingetrokken of aangepast. Daarnaast zijn coalitiepartijen vaak gebonden aan uitgebreide regeerakkoorden en maatschappelijke akkoorden, waardoor deze toetsing aan grondrechten naar de achtergrond verdwijnt.¹⁹ De rechter heeft een onafhankelijke positie en hoeft geen rekening te houden met

¹⁶ HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, *N/1989/469*, m.nt. M. Scheltema (*Harmonisatiewet*);

¹⁷ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 331, nr. 3, p. 6-7.

¹⁸ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 331, nr. 3, p. 12-13.

¹⁹ *Omtzigt 2021*, p. 188.

politieke belangen bij het spreken van recht. De rechter kan daardoor eenvoudiger de belangen van minderheden en individuen meenemen. Bovendien kan de rechter de grondrechten zo uitleggen dat rekening wordt gehouden met veranderingen in de samenleving. Door toetsing achteraf toe te staan wordt de Grondwet actueel en effectief gehouden.²⁰

Het enige vangnet voor constitutionele toetsing zijn nu de verdragen en die drempel is hoog. Een verzoekschrift bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) kan pas worden ingediend nadat alle nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput. In de praktijk duurt het jaren voordat de nationale rechtsmiddelen zijn uitgeput en daarna duurt het ook nog vele jaren in Straatsburg. De weg is dus heel lang.²¹

De verdragen bieden bovendien niet meer dan een minimumbescherming. Het beschermingsniveau moet namelijk haalbaar zijn voor alle verdragsstaten.²² Zo is het niveau van mensenrechtenbescherming in landen als Turkije, Oekraïne en Azerbeidzjan lager dan in Nederland, terwijl rechters uit deze landen via Europese Gerechtshoven wel invloed hebben op de interpretatie en uitvoering van vrijheidsrechten in Nederland.²³ Door de grote verschillen die er bestaan tussen de landen is het Hof namelijk terughoudend in haar rechtspraak. Dit blijkt ook uit de margin of appreciation. Op grond daarvan krijgen de nationale autoriteiten beoordelingsvrijheid bij de benadering van mensenrechten. Het is echter niet zo dat een lidstaat bij elke verdragsbepaling een ruime beoordelingsvrijheid toekomt. Dit hangt af van de aan- of afwezigheid van Europese consensus over de aanvaardbaarheid van een praktijk. Bestaat er Europese consensus, dan hebben de nationale autoriteiten de jurisprudentie

²⁰ Verweij 2020, p. 69.

²¹ Omtzigt 2021, p. 187 & 218.

²² T. Barkhuysen, 'De rechter en het Europese maaiveld', *NJB* 2013/2010.

²³ Verweij 2020, p. 70.

van het EHRM te volgen.²⁴ In dit geval hebben landen juist behoefte aan een duidelijke ruimte om eigen beleid te mogen maken gebaseerd op hun nationale eigenheid.²⁵ Het bieden van meer bescherming dan het verdrag is toegestaan op grond van artikel 53 EVRM. Nederland is echter gebonden aan de verdragsbepalingen, omdat er niet getoetst mag worden aan de Grondwet en de bepalingen alleen zo mogen worden uitgelegd zoals de supranationale rechters doen. Dus als zij minimumbescherming bieden, dan moeten wij dat ook doen. Constitutionele toetsing kan dus een duidelijke meerwaarde hebben. Zonder toetsingsverbod zouden we meer bescherming in onze Grondwet kunnen vastleggen om vervolgens daaraan te toetsen.²⁶

Minderheden dienen effectief beschermd te worden tegen democratische meerderheden. Constitutionele toetsing kan hieraan bijdragen, doordat de rechter de wetgever aan de Grondwet kan houden. Uiteraard dient de nationale rechter voorzichtig om te gaan met het opzijzetten van democratisch tot stand gekomen wetten.²⁷ Daarbij moet worden opgemerkt dat dit al in grote mate gebeurt. De wetgever kan een verdrag namelijk niet aanpassen, waardoor het als enige optie heeft de wet te wijzigen of in te trekken bij strijdigheid met een verdrag.²⁸

Daar bovenop komt nog het feit dat constitutionele toetsing de grondwet ook een document maakt, waaraan burgers op belangrijke momenten rechtsbescherming kunnen ontnemen.

In Nederland is een veelgehoord argument tegen toetsing aan de grondwet dat rechters te veel macht krijgen. Daar dient tegenin gebracht te worden dat de

²⁴ T. Barkhuysen 2013/2010.

²⁵ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 500-VI, nr. 29.

²⁶ T. Barkhuysen 2013/2010.

²⁷ E. Verweij 2020, p. 71.

²⁸ Bijlage nr. 867564 bij *Kamerstukken II* 2018/19, 34 430, nr. 9, p. 199 (*Rapport Staatscommissie parlementair stelsel*).

rechters die nu in extremis over mensenrechten in Nederland oordelen, de rechters in het hof in Straatsburg zijn.

Nationale toetsing via een Nederlands constitutioneel hof heeft als voordeel dat Nederlandse rechters over de toetsing van de Nederlandse grondwet gaan. Er is nog een voordeel: in theorie kan het EVRM aangepast worden via een protocol, maar in de praktijk is dit vrijwel onmogelijk. Dus als de rechter een bepaalde interpretatie kiest waarmee een grondwettelijke meerderheid in het parlement het niet eens is, dan zijn er de facto geen wegen om het verdrag te wijzigen. Daar zouden immers de overige 45 Lidstaten ook mee moeten instemmen.

3. Voorgeschiedenis constitutionele toetsing

3.1 Voorstel Halsema/Van Tongeren

De opeenvolgende kabinetten konden het niet eens worden over de wenselijkheid en de inrichting van constitutionele toetsing, waardoor het toetsingsverbod altijd stand heeft gehouden.²⁹ In 2002 werd het wetsvoorstel-Halsema aanhangig gemaakt dat voorzag in gespreide toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet, met name de klassieke grondrechten.³⁰ De gedeeltelijke opheffing van het toetsingsverbod zou aansluiten bij de ontwikkelingen in Europa naar een betere rechtsbescherming van de burger. Bovendien zou het de betekenis van de Grondwet vergroten en daarmee het vertrouwen in de rechtspraak. Bij de uitleg van grondrechten zou dan ook rekening kunnen worden gehouden met de huidige ontwikkelingen in de samenleving. Daarnaast zouden rechters de mogelijkheid hebben om in een individueel geval te beoordelen dat een wet onverenigbaar is met de Grondwet, wat de rechtsbescherming van de burger ten goede zou komen.³¹ Het voorstel werd in eerste lezing aangenomen. Halsema diende in 2010 het voorstel in voor de tweede lezing, maar de behandeling ervan werd steeds doorgeschoven.³² In 2018 werd het voorstel, waarvan de verdediging was overgenomen door Van Tongeren vervallen verklaard.³³

3.2 Staatscommissie Grondwet

De Staatscommissie Grondwet 2010 werd ingesteld door kabinet-Balkenende IV om advies uit te brengen over een eventuele wijziging van de Grondwet met

²⁹ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 331, nr. 3, p. 8; *Kamerstukken II* 2001/02, 28 331, nr. 2.

³⁰ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 331, nr. 1.

³¹ *Kamerstukken II* 2001/02, 28 331, nr. 3, p. 12-15.

³² *Kamerstukken II* 2009/10, 32 334, nr. 1-13. De Kamerleden Van Tongeren en Buitenweg namen later het wetsvoorstel over.

³³ *Handelingen II* 2018/19, nr. 10, item 8.

het doel om deze te versterken.³⁴ In haar eindrapport deed zij een aanbeveling tot afschaffing van het toetsingsverbod. Afschaffing van het toetsingsverbod zou vanwege verschillende redenen bijdrage aan het versterken van de normativiteit van de Grondwet en het vergroten van de betekenis van ervan. Zo zou constitutionele toetsing de handhaving en daarmee de effectiviteit van de Grondwet bevorderen. Tevens zou de Grondwet relevanter worden door constitutionele toetsing, omdat deze meer zichtbaar wordt voor burgers. De wetgever zou enerzijds gestimuleerd worden om tijdens het wetgevingsproces meer oog te hebben voor de verhouding van wetgeving tot de Grondwet en de uitleg daarvan. Daardoor zou de Grondwet meer onderdeel worden van publieke discussies. Anderzijds zou ook door constitutionele toetsing de Grondwet meer in de belangstelling komen te staan. Zowel in het wetgevingsproces als bij de rechter zou niet teruggerepen hoeven te worden op verdragen, wat ook van meerwaarde zou zijn. Er zijn namelijk een aantal grondwetsbepalingen die een betere bescherming bieden ten opzichte van de in de verdragen vervatte grondrechten. Bovendien zou nog steeds de wetgever beoordelen of wetten al dan niet in overeenstemming zijn met de Grondwet. De rol van de rechter zou doorgaans aanvullend zijn en gericht op het beslechten van concrete geschillen die de wetgever niet kon overzien.³⁵

3.3 Staatscommissie parlementair stelsel

(Staatscommissie-Remkes)

Dit keer was het de taak van Staatscommissie Remkes om onderzoek te doen naar aanpassingen die onze democratische rechtsstaat kunnen versterken.³⁶

De Staatscommissie zag een tekortkoming in de rechtsbescherming en stelde

³⁴ Bijlage nr. 86969 bij *Kamerstukken II* 2010/11, 31 570, nr. 17, p. 13-14 (*Rapport Staatscommissie Grondwet*).

³⁵ *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 45-47.

³⁶ *Rapport Staatscommissie parlementair stelsel* 2018, p. 19.

dat afschaffing van het toetsingsverbod kan zorgen voor een verbetering daarvan. Zij voert hier grotendeels dezelfde argumenten voor aan als bovengenoemde voorstellen en voegt daaraan toe dat vanuit het oogpunt van machtspreiding, de rechter kan optreden als institutioneel tegenmacht.³⁷ De wetgever en Grondwetgever zijn immers in principe hetzelfde orgaan, waardoor de uitleg van de Grondwet als het oordeel over de verenigbaarheid van wetten met de Grondwet bij hetzelfde orgaan liggen. Door de rechter in te schakelen als institutioneel tegenwicht, wordt zowel de weerbaarheid van de democratie verhoogd, alsook een beter evenwicht bereikt tussen de wetgevende en rechtsprekende macht.

Naar het oordeel van Staatscommissie Remkes dient ex post getoetst te worden aan een aantal klassieke grondrechten soortgelijke bepalingen. Zij volgt hierin dezelfde opsomming als uit het wetsvoorstel-Halsema/Van Tongeren. Anders dan het wetsvoorstel-Halsema/Van Tongeren, adviseert de Staatscommissie een constitutioneel hof in te stellen.³⁸ Zij benadrukt dat de wetgever verantwoordelijk is voor de totstandkoming van nieuwe wetgeving en aanpassing/intrekking van huidige wetgeving. Daarom moet de rechter slechts de bevoegdheid krijgen wetgeving buiten toepassing te laten in een concreet geval. Het blijft dan aan de wetgever om de wet aan te passen of in te trekken. Alleen in uitzonderlijke gevallen zal de wetgever deugdelijk kunnen motiveren waarom een wetswijziging niet nodig zal zijn, omdat er andere middelen voorhanden zijn.³⁹

Het instellen van een constitutioneel hof is volgens Staatscommissie Remkes wenselijk om meerdere redenen. In de eerste plaats bevordert dit de

³⁷ *Rapport Staatscommissie parlementair stelsel* 2018, p. 196.

³⁸ *Rapport Staatscommissie parlementair stelsel* 2018, p. 201-203.

³⁹ *Rapport Staatscommissie parlementair stelsel* 2018, p. 207.

rechtseenheid en rechtszekerheid, omdat de uitleg van de Grondwet bij één hof komt te liggen. De Staatscommissie realiseert zich dat dit anders verloopt bij verdragstoetsing, waarbij elke rechter bevoegd is te toetsen. De Grondwet zou eerder dan bij de uitleg en toepassing van internationale verdragen, een belangrijke (nationale) politieke dimensie hebben. De Grondwet is in belangrijke mate normerend voor nationale verhoudingen tussen staatsmachten en is daarom van andere orde. Het Hof moet niet rechtstreeks toegankelijk worden voor individuele rechtszoekenden. In plaats daarvan moeten nationale rechters via een prejudiciële procedure uitleg kunnen vragen over de uitleg van de Grondwet. Dit is kostenbesparend en voorkomt tegenstrijdige uitspraken.⁴⁰

Bovendien kunnen er andere taken aan dit Hof worden gegeven, zoals:⁴¹

- De beoordeling van zuivere bestuursgeschillen. Hierbij zijn organisatierechtelijke bepalingen van toepassingen die gaan over de bevoegdheidsafbakening tussen bestuursorganen of bestuurslagen. Zij geeft geen opsomming van de bestuursgeschillen die beslecht kunnen worden door het Hof, maar geeft wel aan dat het in ieder geval niet moet gaan om geschillen waarbij rechtstreeks individuele belangen zijn betrokken;
- De beoordeling van vragen of verdragen afwijken van de Grondwet;
- De beoordeling van vragen of (wijziging) van verdragen van de EU met gewone dan wel versterkte meerderheid moet worden goedgekeurd.
- Het opleggen van een partijverbod. Het verbieden van politieke partijen is namelijk van grondwettelijke orde wegens de rol en positie die politieke partijen hebben in de procedure van politieke menings- en

⁴⁰ *Rapport Staatscommissie parlementair stelsel* 2018, p. 204-207.

⁴¹ *Rapport Staatscommissie parlementair stelsel* 2018, p. 210-212.

besluitvorming. Een afzonderlijk hof is dan te verkiezen boven de civiele rechter die een rechtspersoon kan verbieden en ontbinden;

- De beoordeling van vragen of verdragen afwijken van de Grondwet;
- De beoordeling van vragen of (wijziging) van verdragen van de EU met gewone dan wel versterkte meerderheid moet worden goedgekeurd.

3.4 Venetië-Commissie 2021

Naar aanleiding van het toeslagenschandaal werd de motie-Omtzigt c.s. aangenomen en zo kwam het dat de Venetië-Commissie advies uitbracht over de rechtsbescherming van burgers in Nederland en het stelsel van macht en tegenmacht.⁴² De Venetië-Commissie stelde dat er onderzoek gedaan moest worden naar de invoering van constitutionele toetsing. In de eerste plaats omdat ongrondwettelijkheid van wetten vaak pas aan het licht komt in de praktijk. Bovendien kan er in een zaak niet altijd een beroep worden gedaan op de verdragen, waardoor er ook niet altijd toegang is tot individuele grondrechten.⁴³

3.5 Hoofdlijnenbrief kabinet

In de hoofdlijnenbrief spreekt het kabinet haar voorkeur uit voor een model van gespreide toetsing ex post aan de klassieke rechten, waarbij iedere rechter bij onverenigbaarheid van de wet of wetsbepaling met de Grondwet in een bindend oordeel de wet of wetsbepaling buiten toepassing kan laten.⁴⁴

⁴² *Kamerstukken II 2020/21*, 35 510, nr. 11.

⁴³ *Rapport Venetië-Commissie 2021*, p. 25.

⁴⁴ *Kamerstukken II 2021/22*, 35 925-VII, nr. 169, p. 15.

Toetsing aan welke bepalingen?

Klassieke grondrechten uit het eerste hoofdstuk van de Grondwet lenen zich volgens het kabinet goed voor toetsing, in tegenstelling tot sociale grondrechten. Bij toetsing aan sociale grondrechten is het risico van politisering van het rechterlijk vak aanzienlijk groter, nu dat inspanningsverplichtingen inhouden voor de overheid. Het kabinet neemt dan ook het standpunt in dat toetsing aan sociale grondrechten achterwege moet blijven. Dit geldt ook voor het toetsen aan institutionele-organisatorische bepalingen. Het toekennen van een dergelijke toetsingsbevoegdheid zou leiden tot een wijziging van het parlementaire stelsel en een verregaande politisering van het rechterlijk domein. Op de vraag of toetsing aan algemene rechtsbeginselen mogelijk moet worden gemaakt, kan het kabinet nog geen antwoord geven. De jurisprudentie is hierover nog volop in ontwikkeling.⁴⁵

Toetsing door welke rechter(s)?

De Staatscommissie parlementair stelsel bepleitte dat sprake moest zijn van geconcentreerde toetsing bij een daartoe in te stellen constitutioneel hof, vanwege de rechtseenheid en rechtszekerheid. Uit de hoofdlijnenbrief van het kabinet en het onderzoek dat het kabinet heeft laten uitvoeren heeft het kabinet opgemaakt dat zich geen rechtseenheidsproblemen voordoen bij gespreide toetsing.⁴⁶ Zij concludeert dat geconcentreerde grondwetstoetsing moeilijk in te passen is in het huidige rechtssysteem en dat het evenmin de rechtsbescherming van de burger ten goede komt. Zij preferereert gespreide toetsing, omdat dit een stapeling van procedures, afbakeningsproblemen en grote vertragingen in de rechtsgang moet voorkomen.⁴⁷

⁴⁵ *Kamerstukken II 2021/22*, 35 925-VII, nr. 169, p. 7-11 en 15.

⁴⁶ *Rapport Staatscommissie parlementair stelsel 2018*, p. 195 e.v.

⁴⁷ *Kamerstukken II 2021/22*, 35 925-VII, nr. 169, p. 11-13.

Wanneer wordt er getoetst?

Volgens het kabinet dient ex post toetsing mogelijk te worden gemaakt, om de rechtszoekende burger betere bescherming te bieden. Juist wanneer een wet in werking is getreden, bestaat een lacune in de rechtsbescherming.⁴⁸

Rechtsgevolg?

Nietigverklaring dient volgens het kabinet te worden afgewezen, omdat het vergaande gevolgen heeft voor reeds bestaande rechtsverhoudingen.

Rechtsverhoudingen die op grond van de wet bestonden, worden immers gewijzigd of tenietgedaan. Dat brengt een hoop rechtsonzekerheid met zich mee. Vernietiging is milder, aangezien de vernietiging geen terugwerkende kracht heeft. Onverbindend verklaring houdt in dat de bindende kracht van de wet wordt opgeheven, maar de wet als zodanig blijft bestaan. Buiten toepassing laten betekent dat alleen in de concrete zaak de wet niet wordt toegepast. Deze oplossing doet volgens het kabinet het meest recht aan de omstandigheden van het geval. Het is denkbaar dat een wet in werking treedt die slechts in bepaalde gevallen ongrondwettig is, maar in de meeste gevallen geen grondwettelijke bezwaren oproept. De wet kan dan zijn werking houden in de meeste gevallen, terwijl in de andere gevallen steeds – totdat de wetgever de wet voor deze gevallen wijzigt – de wet buiten toepassing wordt gelaten.⁴⁹

⁴⁸ *Kamerstukken II 2021/22*, 35 925-VII, nr. 169, p. 11-14.

⁴⁹ *Kamerstukken II 2021/22*, 35 925-VII, nr. 169, p. 11-15.

Samenvattende tabel

Commissie/ Instantie	Toetsing waaraan?	Door wie?	Welk moment?	Gevolg?
Halsema/Van Tongeren	Klassieke grondrechten en enkele aanverwante rechten (art. 1,2, derde en vierde lid, 3 tot en met 9, 10, eerste lid, 11 tot en met 17, 18, eerste lid, 19 derde. Lid, 23, tweede, derde, vijfde, zesde en zevende lid, 54, 56, 99, 113, derde lid, 114, 121 en 129, eerste lid). Deze artikelen worden geschaard onder de klassieke grondrechten (1 t/m 17). De overige artikelen worden als zodanig opgevat omdat ze van groot belang worden geacht tegen inmenging door de overheid in fundamentele vrijheden van burgers.	Gespreide toetsing.	Ex post.	Wet buiten toepassing laten.
Staatscommissie Grondwet	De staatscommissie raadt grondwettelijke toetsing wel aan, maar is van mening dat het niet tot haar opdracht behoort verder in te gaan op en om een standpunt in te nemen ter zake van de vormgeving van constitutionele toetsing.	Idem.	Idem.	Idem.
Staatscommissie Parlementair stelsel	Klassieke grondrechten: art. 1 t/m 18 Gw, waarvan art. 2 enkel het vierde lid, art. 19, derde lid, art. 23, tweede, derde, vijfde, zesde en zevende lid, art. 99, art. 113, derde lid, art. 114, art. 121, art. 129, eerste lid Gw. En: de algemene bepaling. Aangezien ook wordt voorgesteld om beoordeling van zuivere bestuursgeschillen aan het constitutioneel hof over te laten, zal ook aan de organisatierechtelijke bepalingen worden getoetst.	Geconcentreerde toetsing door een Constitutioneel Hof.	Ex post.	Wet buiten toepassing laten.
Venetie- commissie	Gaat hier niet op in.	Idem.	Idem.	Idem.
Hoofdlijnenbrief kabinet	Klassieke grondrechten.	Gespreide toetsing.	Ex post.	Wet buiten toepassing laten.

4. Constitutionele toetsing in Europese landen

In onze naburige landen zijn systemen waarin alle rechters of constitutionele hoven wetten aan de grondwet kunnen toetsen de norm. Dat was niet altijd al het geval. Tot het midden van de vorige eeuw gingen bijna alle landen uit van de onaantastbaarheid van de wet die door de democratisch gekozen wetgever tot stand is gekomen. Pas in de periode na de Tweede Wereldoorlog vindt er een verandering plaats in de opvatting over de relatie tussen recht en politiek. Door het wantrouwen in de democratie kreeg niet de wetgever, maar de rechter een dominantere rol. De dominante positie van de rechter is gegrond op de bewakende functie die zij vervult ten aanzien van de grondwet (in het bijzonder de mensenrechten) en haar controlerende rol ten opzichte van de wetgever. Er bestaan echter grote verschillen in de inrichting van constitutionele toetsing.⁵⁰

4.1 Duitsland

Na het Naziregime heeft Duitsland een sterke grondwetstoetsing door een Constitutioneel Hof geborgd. Het zogenoemde *Bundesverfassungsgericht* toetst wetten aan de grondwet en algemene rechtsbeginselen. Het bestaat uit twee senaten van elk acht rechters, waarbij de ene senaat over aan grondrechten verwante zaken oordeelt en de ander over resterende zaken. De rechters van de senaat worden door middel van een verkiezing voor de helft gekozen door de Bondsraad en voor de andere helft door de Bondsdag. Verschillende soorten zaken kunnen aan het *Bundesverfassungsgericht* worden voorgelegd, namelijk:⁵¹

⁵⁰ J. van den Berg, 'Toch weer constitutionele toetsing', *Europa Nu* 20 juli 2018.

⁵¹ M. Claes e.a., *Rechtsvergelijkend onderzoek constitutionele toetsing*, Maastricht: Maastricht University 31 januari 2021, p. 20-22; art. 93 Grundgesetz.

- Bevoegdheidsgeschillen tussen staatsorganen, tussen bond- en deelstaten en tussen deelstaten onderling;
- Verenigbaarheid van grondwetten van de deelstaten met de grondwet van Duitsland;
- Prejudiciële vragen over mogelijke schendingen van de Grondwet;
- Klachten van burgers over mogelijke schendingen van hun grondrechten. Zij moeten eerst alle nationale rechtsmiddelen hebben uitgeput voordat ze toegang hebben tot het Hof;
- Het verbieden van politieke partijen.

Ook gewone rechters mogen een wet ongrondwettig verklaren, maar alleen het *Bundesverfassungsgericht* kan een wet daadwerkelijk vernietigen. In bepaalde gevallen zal het *Bundesverfassungsgericht* beslissen de wet vanaf een bepaalde datum niet meer toe te passen. In uitzonderlijke situaties zal het slechts de wetgever aansporen om de wet volledig grondwettelijk te maken.⁵²

Er kan niet worden getoetst aan verdragen. Duitsland heeft een dualistisch stelsel, wat inhoudt dat verdragen eerst moeten worden omgezet in nationaal recht. Het *Bundesverfassungsgericht* accepteert echter wel dat verdragen die niet zijn omgezet, ook gewoon doorwerken in de nationale rechtsorde. Bovendien erkent zij dat Unierecht voor gaat op bondswetten en lager nationaal recht. Het *Bundesverfassungsgericht* wijst echter af dat het Unierecht altijd voorrang heeft. Unierecht dat strijdig is met de Grondwet kan namelijk niet van kracht zijn.⁵³

⁵² *Rechtsvergelijkend onderzoek constitutionele toetsing 2021*, p. 25-27.

⁵³ *Rechtsvergelijkend onderzoek constitutionele toetsing 2021*, p. 22-25.

4.2 België

De invoering van constitutionele toetsing en de oprichting van een Grondwettelijk Hof sluiten aan bij de ontwikkeling van de Belgische eenheidsstaat naar een federale staat. Er werd in eerste instantie een Arbitragehof opgericht die slechts bevoegd was te oordelen over bevoegdheidsconflicten tussen de verschillende wetgevende vergaderingen. Langzamerhand kreeg dit Hof meer competenties en ontstond een compleet Grondwettelijk Hof. De naam werd aangepast en de toetsingsbevoegdheid werd verruimd tot alle grondrechten in de Grondwet. Het Hof bestaat uit twaalf rechters, waarvan de helft behoort tot de Nederlandse taalgroep en de andere helft tot de Franse. Deze worden benoemd door de Koning uit een lijst met twee kandidaten, die om de beurt worden voorgelegd door de Kamer van Volksvertegenwoordigers en de Senaat, met meerderheid van minimaal twee derden van de stemmen van de aanwezige leden.⁵⁴

Er is op twee manieren toegang tot dit Hof. Allereerst kan een beroep tot vernietiging worden ingediend door (1) de Ministerraad en de regeringen van de gemeenschappen en gewesten; (2) de voorzitters van de wetgevende vergaderingen, op verzoek van twee derden van de leden of (3) door natuurlijke rechtspersonen die persoonlijk, rechtstreeks en ongunstig worden geraakt. Wanneer het vernietigingsberoep wordt gehonoreerd, dan wordt de bestreden norm geheel of gedeeltelijk vernietigd en geacht nooit te hebben bestaan. Het Grondwettelijk Hof kan echter ook besluiten de rechtsgevolgen te handhaven indien hij dit nodig acht. Daarnaast kunnen alle rechters een prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof. Zij moeten dit antwoord afwachten alvorens zelf een uitspraak te doen. Bij een schending blijft de

⁵⁴ *Rechtsvergelijkend onderzoek constitutionele toetsing* 2021, p. 10-13.

wetsbepaling bestaan en kan het Hof zelfs beslissen dat de rechtsgevolgen gehandhaafd blijven.⁵⁵

België heeft een monistisch stelsel. Dit betekent dat verdragen rechtstreeks doorwerken in de nationale rechtsorde en voorrang hebben op nationaal recht. In België is de Grondwet daarentegen de hoogste norm. Het Grondwettelijk Hof is zelf niet gerechtigd om aan verdragen te toetsen. Het neemt de verdragen mee in de interpretatie van de Grondwet, waardoor internationale normen alsnog een belangrijk onderdeel vormen in haar rechtspraak. De andere rechtscolleges zijn wel bevoegd tot verdragstoetsing. Bij samenloop krijgt de grondwettigheidstoets voorrang en wordt de gewone rechter verplicht eerst een prejudiciële vraag te verwijzen naar het Grondwettelijk Hof.⁵⁶

4.3 Frankrijk

In Frankrijk werd aanvankelijk een Constitutionele Raad ingesteld om de regering te waarborgen tegen een te actief parlement. Deze Raad bestaat uit gekozen en niet-gekozen leden. De gekozen leden worden door de president, de voorzitter van de Senaat en de voorzitter van Nationale Assemblée benoemd, die er ieder drie mogen uitkiezen. De niet-gekozen leden zijn oud-presidenten.⁵⁷

Wetten kunnen al worden voorgelegd voor hun inwerkingtreding op verzoek van de President, de premier, de voorzitter van Nationale Assemblée en voorzitter van de Senaat. Dit geldt eveneens voor vragen over de grondwettigheid van (te ratificeren) verdragen. Indien het oordeel van

⁵⁵ *Rechtsvergelijkend onderzoek constitutionele toetsing 2021*, p. 16-17.

⁵⁶ *Rechtsvergelijkend onderzoek constitutionele toetsing 2021*, p. 13-15.

⁵⁷ *Rechtsvergelijkend onderzoek constitutionele toetsing 2021*, p. 31-33.

ongrondwettigheid bij een ex ante toetsing wordt gegeven, dan kan dit onderdeel niet worden uitgevaardigd of geïmplementeerd. Daarnaast is ex post toetsing mogelijk op verzoek van de hoogste rechters (Conseil d'État of Cour de cassation). Indien de zaak aanhangig is bij een lagere rechter, dan kan de lagere rechter de vraag een prejudiciële vraag te stellen voorleggen aan de hoge gerechtshoven, mits de grondwettigheid relevant is voor de procedure, de bepaling nog niet ongrondwettig is verklaard en de zaak een serieuze aangelegenheid is. Deze prejudiciële procedure is geen verplichting, al kan ongrondwettigheid alleen dan worden uitgesproken. Het gevolg van een ongrondwettigheidsverklaring is dat die wet of bepaling wordt ingetrokken vanaf moment van publicatie of vanaf een datum bepaald door de Raad. De Constitutionele Raad moet tevens aanduiden hoe er moet worden omgegaan met de rechtsgevolgen.⁵⁸

In Frankrijk vindt verdragstoetsing plaats door alle rechters. De grondwettigheidstoetsing heeft voorrang boven verdragstoetsing. Na afhandeling daarvan kan de rechter in kwestie alsnog toetsen aan de internationale norm of een prejudiciële vraag stellen aan supranationale rechters.⁵⁹

4.4 Verenigd Koninkrijk

Het Verenigd Koninkrijk (VK) heeft geen geschreven Grondwet, maar rechters kunnen wetten wel toetsen aan de grondrechten uit het EVRM die zijn opgenomen in de Human Right Acts 1998 (HRA). De HRA schrijft voor dat wetten in formele zin zo moeten worden uitgelegd dat zij niet in strijd zijn met rechten uit het EVRM. Dit heeft precedentwerking. Als conforme

⁵⁸ *Rechtsvergelijkend onderzoek constitutionele toetsing 2021*, p. 34-36.

⁵⁹ *Rechtsvergelijkend onderzoek constitutionele toetsing 2021*, p. 33-34.

interpretatie niet mogelijk is, dan mag slechts een hogere rechter een verklaring van onverenigbaarheid afgeven. Onder een hogere rechter wordt verstaan: rechters van het Hooggerechtshof, de Gerechtshoven van Engeland en Wales en van Noord-Ierland, de High Court en de High Court of Justiciary van Schotland. Het Hooggerechtshof behandelt de hoger beroepszaken van alle rechtbanken uit Engeland, Wales, Schotland en Noord-Ierland, maar heeft geen expliciete constitutionele functies ten aanzien van de beoordeling van wetgeving. Een verklaring van onverenigbaarheid heeft geen invloed op de geldigheid van de bepaling en de uitspraak is ook niet bindend voor de partijen bij de zaak. Het is eerder een prikkel aan het parlement om het op te lossen. Hierbij staat het principe van parlementaire soevereiniteit centraal. Zodra geen hoger beroep meer openstaat, kan de minister door middel van een *remedial order* een wet in formele zin wijzigen. In de meeste gevallen is hier ook gewoon toestemming van het parlement voor nodig.⁶⁰

4.5 Scandinavië

De Scandinavische landen zijn gedecentraliseerde eenheidstaten en kenmerken zich door een terughoudende opstelling van de rechter jegens politieke besluitvorming. De rechter is dus ook terughoudend in het toetsen van formele wetten aan de grondwet, ook al sluiten de grondwetten dit niet uit. Het ligt in deze landen meer voor de hand dat de rechter de wet zoveel mogelijk grondwetsconform interpreteert. Alle Scandinavische modellen hanteren een gespreide toetsing ex post. Iedere rechter kan in een rechterlijk oordeel een wet of wetsbepaling buiten toepassing laten in het concrete geval.⁶¹ Toch is er in de Scandinavische landen een veranderende rol van de rechter waar te nemen. De rechter is namelijk steeds nadrukkelijker gaan toetsen aan

⁶⁰ *Rechtsvergelijkend onderzoek constitutionele toetsing 2021*, p. 39-45.

⁶¹ *Rechtsvergelijkend onderzoek constitutionele toetsing 2021*, p. 47 en 50-51.

mensenrechten. In de eerste plaats heeft dit te maken met de opname van het EVRM in de wetgeving van de dualistische rechtsordes. Daarnaast is de toetreding tot de EU een belangrijke oorzaak geweest. Sindsdien wordt EU-recht ook getoetst aan de Grondwet.⁶²

⁶² *Rechtsvergelijkend onderzoek constitutionele toetsing 2021*, p. 49-51.

5. Voorstellen rechterlijke constitutionele toetsing

Met de invoering van constitutionele toetsing beoogt het kabinet de rechtsbescherming van de burger te versterken en de normatieve betekenis van de Grondwet te verstevigen. Met de beslispunten uit deze initiatiefnota wordt meer recht gedaan aan deze te behalen doelen. Uit het oog mag echter niet worden verloren dat de invoering van constitutionele toetsing en het behalen van de genoemde doelen een langdurig proces zal zijn. Op den duur kan bijvoorbeeld blijken dat meer maatregelen nodig zijn om de constitutionele toetsing in het parlementaire proces te versterken. Verdere voorstellen zijn dan wenselijk.

Bij het doen van de voorstellen wordt de volgorde van de hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing aangehouden en worden de volgende vragen beantwoord:

- Materieel: toetsing aan welke bepalingen?
- Organisatorisch-institutioneel: toetsing door welke rechter(s)?
- Organisatorisch-institutioneel: wanneer wordt getoetst?
- Procedureel: wie legt vragen voor, samenloop en rechtsgevolgen?

Materieel: toetsing aan welke bepalingen?

Het eerste beslispunt betreft de vraag aan welke onderdelen van de Grondwet wetten getoetst moeten kunnen worden.

Klassieke grondrechten	Dit zijn grondrechten die de burger beschermen tegen bemoeienis van de overheid. Zij leggen de overheid onthouding van ingrijpen op.
Sociale grondrechten	Dit zijn grondrechten die juist actief optreden van de overheid vragen om doelstellingen zoals werkgelegenheid, gezondheid of schoon milieu te verwezenlijken. Sociale grondrechten zijn vaak ruim geformuleerd en geven de overheid veel beleidsruimte. Ze leggen de overheid inspanningsverplichtingen op.
Institutionele en organisatorische bepalingen	Dit zijn bepalingen die betrekking hebben op de organisatie van de overheid en de verdeling van bevoegdheden tussen de verschillende (de)centrale overheidsorganen.
(Ongeschreven) algemene rechtsbeginselen	Voorbeelden zijn het rechtszekerheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het gelijkheidsbeginsel. Dit zijn geen bepalingen in de Grondwet, maar veel bepalingen in de Grondwet zijn wel uitwerking van deze beginselen.

In ieder geval dient getoetst te worden aan de klassieke grondrechten van de Grondwet. Het verdient de voorkeur de bepalingen waaraan getoetst mag worden, te expliciteren in de Grondwet. Een formulering als ‘eenieder verbindende bepalingen’ dient vermeden te worden, aangezien de reikwijdte

van de toetsingsbevoegdheid zo afhankelijk wordt van rechterlijke interpretatie. Een lijst van grondwetsartikelen dient tevens de rechtszekerheid. Aansluiting kan worden gezocht bij het advies van de Staatscommissie parlementair stelsel die adviseerde om de opsomming uit het wetsvoorstel-Halsema/Van Tongeren over te nemen: art. 1, art. 2, vierde lid, art. 3 t/m 18, art. 19, derde lid, art. 23, tweede, derde, vijfde, zesde en zevende lid, art. 99, art. 113, derde lid, art. 114, art. 121 en art. 129, eerste lid, Gw. Ook moet toetsing aan de algemene bepaling mogelijk worden.⁶³ Zoals het kabinet heeft beschreven, bevatten deze artikelen een vrijheidsrecht dat de overheid in beginsel heeft te eerbiedigen. Ze zijn goed toetsbaar door de rechter en daarmee vergelijkbaar met de klassieke grondrechten uit het eerste hoofdstuk van de Grondwet.

Aan sociale grondrechten dient niet getoetst te worden door de rechter. Sociale grondrechten zijn grondrechten die opdrachten voor de overheid vastleggen om voorzieningen te treffen voor het maatschappelijk functioneren van de burger, zoals de zorg voor de volksgezondheid. Art. 22 Gw legt bijvoorbeeld vast dat de overheid maatregelen treft ter bevordering van de volksgezondheid. Een ander voorbeeld betreft art. 21 Gw, waarin is vastgelegd dat de zorg van de overheid is gericht op de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu. Het zijn inspanningsverplichtingen die keuzes vergen van de politiek op basis van een afweging van verschillende belangen. Ook kan niet precies worden vastgesteld welke mate van overheidsinspanning is vereist om de gestelde doelen te halen.⁶⁴ Beslissen op welke manier het algemeen belang gediend moet worden, is bij uitstek een taak van de politiek, evenals het bepalen van de minimumgrens van inspanning. De klassieke grondrechten zijn immers hoofdzakelijk onthoudingsplichten voor de

⁶³ *Rapport Staatscommissie parlementair stelsel* 2018, p. 202-203.

⁶⁴ *Rapport Staatscommissie parlementair stelsel* 2018, p. 202.

overheid. Het is eenvoudiger toetsbaar voor de rechter of de overheid rechtmatig een inbreuk heeft gemaakt op deze vrijheidsrechten. Ook bestaat bij de toetsing aan sociale grondrechten een groter risico op rechterlijk activisme dan bij klassieke grondrechten, aangezien concrete toetsbare rechtsnormen ontbreken. Toetsing aan sociale grondrechten door de rechter moet aldus achterwege blijven. De toetsing aan de sociale grondrechten dient bij uitstek ex ante plaats te vinden, onder meer in het parlement en bij de Raad van State.⁶⁵

Toetsing aan organisatorische-institutionele bepalingen van de Grondwet dient wel mogelijk te worden. De internationalisering van het constitutionele recht heeft zich vooral ontwikkeld op het terrein van de grondrechten. De internationale toetsing richt zich nauwelijks op de verhoudingen tussen verschillende organen en bestuurslagen. Mede daardoor is in Nederland weinig aandacht voor de toetsing aan organisatorische-institutionele bepalingen en ontbreekt een goed doordachte visie van de wetgever.⁶⁶ Het is belangrijk dat de wetgever eindelijk een visie ontwikkelt over de toetsing aan deze bepalingen, alsook over het beslechten van bestuurlijke geschillen. Nu de invoering van constitutionele toetsing weer op de parlementaire agenda staat, dient zich een uitgelezen kans voor om deze visie te ontwikkelen. Op basis van onderstaande argumentatie moet toetsing aan deze bepalingen mogelijk worden en moet de beslechting van bestuurlijke geschillen bij een rechterlijke instantie worden neergelegd.

Het argument dat toekennen van een dergelijke toetsingsbevoegdheid leidt tot een wijziging van het parlementaire stelsel en een verregaande politisering van het rechterlijke domein, moet niet overdreven worden. Toetsing aan deze

⁶⁵ F.R. Herreveld, 'Constitutionele toetsing door de Raad van State', *WFR* 2022/233, p. 1474.

⁶⁶ Symposium constitutionele toetsing 2 juni 2016, p. 7.

bepalingen vergt meestal immers geen moreel oordeel. Het is belangrijk om in het oog te houden dat het ook hierbij gaat over de toetsing van *wetten* aan de *Grondwet*, oftewel de verenigbaarheid met hogere rechtsnormen. Dat betekent dat niet zo zeer een moreel oordeel wordt geveld, maar dat getoetst wordt aan juridische normen. Dat vergt juridische kennis.

In de praktijk wordt bij institutionele vragen regelmatig het advies van de Raad van State ingewonnen en opgevolgd. In de literatuur wordt geadviseerd om vaker voorlichting of advies van de Raad te vragen over de uitleg van het institutionele staatsrecht, waarbij overwogen kan worden de bevoegdheid voorlichting te vragen toe te kennen aan een minderheid van de Kamer.⁶⁷ Een nadeel van deze werkwijze is dat het advies van de Raad van State slechts een advies is. Om conflicten daadwerkelijk op te lossen dient sprake te zijn van een onafhankelijke instantie die geschillen daadwerkelijk kan beslechten. Door toetsing aan organisatorische-institutionele bepalingen mogelijk te maken, kunnen bij de rechter onder meer afbakeningsvraagstukken over bevoegdheden van diverse overheden en overheidsorganen worden voorgelegd. Dit draagt bij aan het bevorderen van de rechtsstatelijkheid. Een concreet voorbeeld van een bepaling waaraan de rechter moet kunnen toetsen, is de vraag of verdragen met een gewone, dan wel versterkte meerderheid moeten worden goedgekeurd (art. 91, derde lid, Gw). Door toetsing aan (enkele) organisatorische-institutionele bepalingen mogelijk te maken, kan een bijdrage worden geleverd aan de versterking van de democratische rechtsstaat. Ontwikkelingen in het buitenland laten immers zien dat de democratische rechtsstaat kwetsbaar is. Door toetsing aan deze bepalingen mogelijk te maken kan de rechterlijke macht de kaders van de rechtsstaat bewaken.

⁶⁷ Position paper Sillen t.b.v. rondetafelgesprek Constitutionele toetsing d.d. 25 januari 2023, nr. 2023Z00413.

Niet enkel het toetsen van wetten aan institutioneel-organisatorische bepalingen van de Grondwet moet mogelijk worden, maar de rechter dient ook de bevoegdheid te krijgen anderszins bestuurlijke geschillen te beslechten (zuivere bestuursgeschillen). Een voorbeeld van een conflict dat de rechter had kunnen beslechten, betreft de benoeming van drie Kamerleden tot staatssecretaris in het demissionair kabinet in 2021.⁶⁸ Nadat het kabinet Rutte-III demissionair werd op 15 januari 2021, werd een aantal nieuwe staatssecretarissen benoemd. Drie daarvan werden na de Tweede Kamerverkiezingen van 17 maart 2021 eerst benoemd als Kamerlid, waarna zij in mei respectievelijk juli werden benoemd als staatssecretaris. In art. 57, tweede lid, Grondwet is vastgelegd dat de functies van staatssecretaris en Kamerlid onverenigbaar zijn. Het derde lid bevat daarop een uitzondering inhoudende dat een minister of staatssecretaris die zijn ambt ter beschikking heeft gesteld, het ambt kan verenigen met een lidmaatschap van de Staten-Generaal totdat omtrent die beschikbaarstelling is beslist. De rechtsvraag die moest worden beantwoord was of deze uitzondering slechts betrekking heeft op bewindspersonen die in functie waren toen het kabinet demissionair werd, of ook op bewindspersonen die daarna werden benoemd. Kortom: geldt de uitzondering ook voor bewindspersonen die na de ontslagaanvraag zijn benoemd? De Raad van State gaf geen eenduidig antwoord, waardoor de Tweede Kamer zelf een oordeel moest vellen en het conflict voortduurde totdat de drie demissionair staatssecretarissen hun Kamerzetel opgaven.⁶⁹ De rechter zou in een dergelijk geval tot een oordeel moeten komen, waardoor het conflict terstond wordt opgelost en geen rechtsonzekerheid ontstaat. Ook hoeft de Kamer er dan niet nader over te debatteren, wat betekent dat meer kostbare tijd vrij blijft op de parlementaire agenda. Benadrukt moet worden dat het hier eveneens gaat over een rechtsvraag die niet zozeer een moreel oordeel vraagt,

⁶⁸ Vgl. *Handelingen II* 2021/22, nr. 103, item 7.

⁶⁹ *Kamerstukken II* 2020/21, 35 896, nr. 3.

maar specifieke juridische kennis vergt. Het is bij uitstek de rechter die dergelijke vragen kan en dient te beantwoorden.

Andere bestuursgeschillen die de rechter zou moeten kunnen beslechten zijn verkiezingsgeschillen over nationale verkiezingen. Op grond van art. 58 Gw wordt de rechtmatigheid van de verkiezingen beoordeeld door de Tweede Kamer zelf.⁷⁰ Deze bevoegdheid wordt meestal beargumenteerd aan de hand van de machtenscheiding. Met een beroep op de machtenscheiding kan echter ook het tegenovergestelde geconcludeerd kunnen worden: juist de rechter zou bevoegd moeten zijn om te beslissen over de rechtmatigheid van de verkiezingen, omdat de rechter beter in staat is minderheden te beschermen tegen de meerderheid. Voor het parlement is het immers lastig om onpartijdig te zijn, zeker als de nieuwgekozen Kamer beslist over de toelating van leden en de vaststelling van de verkiezingen.⁷¹ Daarnaast is het gelet op de rechtsstaat van belang dat er grenzen zijn aan het overheidsoptreden en dat het optreden gebonden is aan regels. Om die gebondenheid te bewerkstelligen moet de rechter het overheidsoptreden kunnen toetsen. Gewaarborgd moet daarbij worden dat de rechter snel kan beslissen en dat een langdurig proces wordt voorkomen.⁷² Tot slot is art. 3 EP EVRM van belang. In het arrest *Mugemangano t. België* concludeerde het EHRM dat het aan de lidstaten is om hun kiesstelsel te organiseren. Bij de handhaving van het kiesstelsel moeten echter drie voorwaarden in acht worden genomen. Ten eerste moet de beslissende instantie een minimum aan garanties voor onpartijdigheid kunnen bieden. Ten tweede moet de discretionaire bevoegdheid van de beslissende instantie in het nationale recht voldoende precies zijn omschreven. Ten derde

⁷⁰ Deze bevoegdheid is nader uitgewerkt in art. V 4 Kieswet en het Reglement van Orde van de betreffende Kamer.

⁷¹ Deze mogelijkheid wordt opengelaten door art. 2.1, vierde lid, RvOTK.

⁷² A.A. Mulder e.a., ‘Verkiezingsgeschillen in Nederland. Keurt de slager zijn eigen vlees?’, *NJB* 2021/793, p. 830-831.

moet de procedure een eerlijke, objectieve en voldoende gemotiveerde beslissing garanderen.⁷³ De vraag is of de oude Kamer, die de verkiezingsgeschillen uiteindelijk beslecht, voldoende onpartijdig is. Er hoeft niet steeds sprake te zijn van partijdigheid, maar de kans daarop, of de schijn daarvan, is in ieder geval aanwezig. Oud-Kamerleden kunnen immers een persoonlijk of politiek belang hebben bij de uiteindelijke beslissing.⁷⁴ Verschillende soft law-standaarden vereisen eveneens de mogelijkheid om ten aanzien van verkiezingsgeschillen in beroep te gaan bij een rechterlijke instantie. Zo is in art. 3.3 van de *Code of Good Practice in Electoral Matters* van de Venetië-Commissie vastgelegd dat het parlement in eerste instantie verkiezingsgeschillen mag beoordelen, maar dat beroep bij een rechterlijke instantie mogelijk moet zijn.⁷⁵ De Organisatie voor Veiligheid en Samenwerking in Europa (OVSE/ODIHR) benadrukte in het beoordelingsverslag van de verkiezingen van de Tweede Kamer in 2010 dat het ontbreken van de mogelijkheid van beroep bij de rechter inzake verkiezingsgeschillen onverenigbaar is met OVSE-verplichtingen en andere internationale normen. In navolging van Noorwegen kan ervoor worden gekozen in eerste instantie een onafhankelijke en onpartijdige verkiezingsautoriteit de klachten over verkiezingen te laten behandelen. Het parlement dient vervolgens te beslissen over de verkiezingsuitslag. Binnen zeven dagen na de verkiezingsuitslag kan de beslissing van het parlement worden aangevochten bij de Noorse Hoge Raad.⁷⁶ Op eenzelfde wijze zou in

⁷³ Mulder e.a., *NJB* 2021/793, p. 831-832; EHRM 10 juli 2020, ECLI:CE:ECHR:2020:0710JUD0000031015, *AB* 2021/1, m.n.t. J.L.W. Broeksteeg (Mugemangango t. België).

⁷⁴ Mulder e.a., *NJB* 2021/793, p. 832.

⁷⁵ Overigens is de Venetië-Commissie in de opinie bij het *Mugemangango*-arrest minder streng. In deze opinie stelt zij dat een beroepsinstantie voldoende is, mits deze instantie voldoende onpartijdig en onafhankelijk is van het parlement. Een rechterlijke instantie is dus niet per se vereist.

⁷⁶ Mulder e.a., *NJB* 2021/793, p. 833. Een blik over de grens laat zien dat in de meeste Europese landen reeds een beroep op de rechter mogelijk is. In verschillende landen kan de verkiezingsuitslag direct worden aangevochten bij de rechter, in andere landen moet eerst een beroep worden gedaan op een andere instantie (bijvoorbeeld een verkiezingscommissie, het parlement, of de regering).

Nederland de beslissing voorgelegd kunnen worden aan het constitutioneel hof. Overigens wordt als groot voordeel van het huidige stelsel beschouwd dat de beslissing door de Kamer snel is en dat daarmee de rechtszekerheid is gewaarborgd. Dat de rechter tijdig beslist kan echter ook worden geregeld. Ook ten aanzien van deze geschillen wordt gewaarschuwd voor een politieke rol van de rechter, terwijl hier eveneens sprake is van toetsing aan juridische normen.

Zoals al is opgemerkt, kan de toetsing van wetten aan institutioneel-organisatorische bepalingen, alsook de beslechting van bestuursgeschillen door de rechter, bijdragen aan het versterken van de democratische rechtsstaat. Een andere belangrijke reden om deze twee bevoegdheden bij de rechter neer te leggen, is om het machtsevenwicht te herstellen. Neem bijvoorbeeld art. 91, derde lid, Gw. De regering stelt zich steeds op het standpunt dat een verdrag niet afwijkt van de Grondwet. Als dat immers het geval is, dan moet de coalitie op zoek naar gedoogsteun in de Kamer. Zo kan het gebeuren dat verschillende verdragen die afwijken van de Grondwet, zoals de EU-verdragen, met een gewone meerderheid zijn goedgekeurd. Een ander voorbeeld betreft art. 68 Gw dat bepaalt dat de ministers en de staatssecretarissen de Kamers elk afzonderlijk en in verenigde vergadering mondeling of schriftelijk de door een of meer verlangde inlichtingen geven, waarvan het verstrekken niet in strijd is met het belang van de staat. Het recht om inlichtingen te verlangen komt aldus toe aan de Kamer, maar ook aan Kamerminderheden en individuele Kamerleden.⁷⁷ De minister of staatssecretaris mag echter weigeren inlichtingen te verschaffen met een beroep op het belang van de staat. Het Kamerlid kan dat belang niet wegeven en slechts een beroep doen op de meerderheid van de Kamer. In ultimo is het enige wapen van de Kamer het

⁷⁷ P.P.T. Bovend'Eert, commentaar op art. 68 Gw, in: *T&C Grondwet en Statuut*, aant. 2.

vertrouwen op te zeggen in een minister, maar zelfs dan wordt de informatie niet verkregen. Door het belang van de staat te omschrijven is ook hier plaats voor een oordeel van de rechter, omdat de meerderheid de facto de regering kan bijstaan om te weigeren informatie te verschaffen.

Ten aanzien van bestuurlijke geschillen en institutioneel-organisatorische bepalingen kan de meerderheid aldus steeds opportunistisch handelen, en dat gebeurt feitelijk ook. Eenzelfde conclusie kan worden getrokken bij de verdeling van bevoegdheden over de verschillende bestuurslagen. Daarbij speelt eenzelfde probleem ten aanzien van de macht. De rijksoverheid kan steeds over andere bestuurslagen beslissen en macht afstaan of naar zich toetrekken. De Rijksoverheid gaat immers over de verdeling van middelen.

De instelling van een constitutioneel hof (zie hierna) die aan institutioneel-organisatorische bepalingen kan toetsen en bestuurlijke geschillen kan beslechten, kan de verstoring van de machtsevenwichten in dezen herstellen. Concluderend moet een constitutioneel hof worden ingesteld voor de toetsing van wetten aan de klassieke grondrechten en de institutioneel-organisatorische bepalingen van de Grondwet, alsook het beslechten van bestuursgeschillen. Bij de toetsing van institutioneel-organisatorische bepalingen dient in ieder geval gedacht te worden aan de art. 81 t/m 89 en art. 91 Gw. Ten aanzien van bestuurlijke geschillen moet in ieder geval toetsing aan de art. 57, 64, 68 en 123 t/m 136 Gw mogelijk worden. Bij bestuurlijke geschillen kan voorts worden overwogen om het constitutioneel hof een rol te laten spelen in de verhoudingen binnen het Koninkrijk. Een andere taak die het constitutioneel hof moet worden toebedeeld is het opleggen of uitspreken van een partijverbod.

Organisatorisch-institutioneel: toetsing door welke rechter(s)?

Een volgende vraag die moet worden beantwoord is welke rechter(s) bevoegd moet(en) zijn tot toetsing.

Gespreide toetsing	Alle rechterlijke instanties zijn bevoegd om te toetsen.
Geconcentreerde toetsing	Bij een of meer van de bestaande (hoogste) rechterlijke instanties. Of geconcentreerde toetsing bij een daartoe in te stellen constitutioneel hof.

Het verdient de voorkeur een constitutioneel hof in te stellen. Door de gelaagdheid van de constitutie en de verwevenheid met andere normen is constitutionele toetsing een complexe aangelegenheid die specifieke deskundigheid vereist.⁷⁸ Daarnaast ligt het buiten toepassing of onverbindend verklaren van formele wetgeving politiek gevoelig. Het vereist een zekere deskundigheid om daar mee om te gaan. Tevens verleent een constitutioneel hof meer prestige aan de Grondwet, waarmee ook de normativiteit van de Grondwet meer wordt versterkt dan bij gespreide toetsing.

Een groot voordeel van geconcentreerde toetsing betreft het waarborgen van de rechtseenheid en rechtszekerheid. Als tegenargument van geconcentreerde toetsing wordt veelal aangevoerd dat geconcentreerde toetsing vertraging van de rechtsgang en daarmee rechtsonzekerheid met zich zou brengen. In vergelijking met gespreide toetsing is dat echter niet het geval. Bij gespreide

⁷⁸ Verslag symposium over constitutionele toetsing d.d. 2 juni 2016, p. 7-8.

toetsing wordt eerst in eerste aanleg, daarna in hoger beroep en uiteindelijk (in de meeste gevallen) in cassatie een oordeel gegeven over de grondwettigheid van een wet. De uitkomst van deze procedures kan steeds verschillen, waardoor pas duidelijkheid en daarmee rechtszekerheid ontstaat in cassatie. Bij geconcentreerde toetsing wordt meteen in eerste aanleg een oordeel gegeven over de grondwettigheid door het constitutioneel hof. Het grondwettigheidsaspect wordt daarmee meteen beslecht, waardoor de rechtszoekende en daarmee de maatschappij eerder rechtszekerheid hebben. Doordat de grondwettigheidsaspecten door één instantie worden beslist en door steeds dezelfde rechters hoeven daarnaast geen voorzieningen getroffen te worden om de rechtseenheid te waarborgen. Deze zal vanzelfsprekend gewaarborgd zijn.

De toetsing van institutionele-organisatorische bepalingen dient eveneens geconcentreerd plaats te vinden bij een daartoe in te stellen constitutioneel hof.⁷⁹ Ook dient het constitutioneel hof bevoegd te worden tot het beslechten van bestuursgeschillen. Een kenmerk van deze verschillende soorten taken is dat hoewel het gaat om juridische normen, het politiek gevoelige zaken betreft of raakt. Een specifieke deskundigheid en gevoeligheid is vereist om daarmee om te gaan. Ook verdient het de voorkeur om deze conflicten spoedig te beslechten. Vandaar dat de toetsing aan organisatorische-institutionele bepalingen en de beslechting van bepaalde bestuurlijke geschillen bij een constitutioneel hof neergelegd moeten worden. Door maar een beperkt aantal taken bij het hof neer te leggen, kan het hof spoedig een oordeel geven over de verschillende kwesties. Voorts moet het hof voldoende middelen en ondersteuning hebben om vertraging van deze geschillen te voorkomen.

⁷⁹ Ook de Staatscommissie parlementair stelsel beval aan om een constitutioneel hof bevoegd te maken tot de beoordeling van zuivere bestuursgeschillen. Zie *Rapport Staatscommissie parlementair stelsel* 2018, p. 211.

Niet kan worden ontkend dat het constitutioneel hof in bepaalde situaties als arbiter zal optreden tussen verschillende staatsorganen. Het constitutioneel hof moet het vertrouwen worden gegund daarmee om te gaan en zich te beperken tot geschillen die aan de hand van rechtsnormen beslecht kunnen worden. Dit weegt op tegen het risico van rechtsonzekerheid en langdurige conflicten als geen onafhankelijke derde bevoegd is dergelijke geschillen te beslechten. Zoals beschreven, heeft een hof met deze taken andere zwaarwegende voordelen, namelijk het bewaken van de grenzen van de democratische rechtsstaat en het herstellen van het machtsevenwicht. Een concreet voorbeeld van het bewaken van de democratische rechtsstaat betreft de hervormingen in de rechterlijke macht in Hongarije. Als dergelijke wijzigingen in Nederland doorgevoerd zouden worden, zou het constitutioneel hof kunnen toetsen aan bijvoorbeeld de grondwettelijke bepalingen inzake rechterlijke onafhankelijkheid en de wetsbepalingen buiten toepassing kunnen laten.

Organisatorisch-institutioneel: wanneer wordt er getoetst?

Een volgend beslispunt betreft het moment waarop de toetsing plaatsvindt.

Ex ante toetsing	De toetsing aan de Grondwet vindt plaats voordat een wet in werking is getreden.
Ex post toetsing	De toetsing aan de Grondwet vindt plaats nadat een wet in werking is getreden.

Dit kan voordat een wet in werking is getreden, nadat een wet in werking is getreden of een combinatie van beide varianten. Voordat een wet in werking treedt, wordt de wet reeds beoordeeld op de grondwettigheid tijdens de ambtelijke voorbereiding, bij de advisering door de Afdeling advisering van de

Raad van State en bij de behandeling in beide Kamers van het parlement.

Toetsing *ex ante* geschiedt dus reeds door verschillende actoren. Dat betekent dat de toegevoegde waarde van constitutionele toetsing ligt in de toetsing van wetten nadat zij in werking zijn getreden. Deze toegevoegde waarde is groot. Hoe uitgebreid de constitutionele toetsing door het parlement en de Raad van State ook mag zijn, het is niet mogelijk om alle toekomstige omstandigheden waarin de wet een rol zal spelen te voorzien. Bij de rechter kan bij uitstek de *toepassing* van een wettelijke maatregel centraal staan. Door toetsing *ex post* mogelijk te maken wordt de rechtsbescherming van de burger stevig versterkt. Ongrondwettigheid zal meestal pas *ex post* in de praktijk bij de toepassing van wetten aan het licht komen. Deze *ex post* toetsing sluit tevens ook het best aan bij de reeds bestaande gespreide verdragstoetsing.

De toetsing dient echter niet beperkt te worden tot *ex post*, in de zin dat slechts getoetst kan worden na inwerkingtreding van de wet. Het dient mogelijk te worden de wet te toetsen aan de Grondwet op het moment van de publicatie van de wet in het Staatsblad, oftewel de toetsing van aangenomen wetten.⁸⁰ Het is immers mogelijk dat aan de wet of aan een wetsbepaling als zodanig onrechtmatigheden kleven. Op deze wijze wordt de burger de meeste rechtsbescherming verleend; niet alleen de toepassing kan worden getoetst, maar ook het wettelijk voorschrift als zodanig.

⁸⁰ Vgl. *Rapport Staatscommissie parlementair stelsel* 2018, p. 197.

Procedureel: wie legt vragen voor, samenloop en rechtsgevolgen?

Wie legt vragen voor?

Met het instellen van een constitutioneel hof voor de toetsing van wetten aan de klassieke grondrechten van de Grondwet, moet ook worden nagedacht over de inrichting van de procedure. Gekozen kan worden van rechtstreekse toegankelijkheid voor individuele rechtszoekenden of een prejudiciële procedure. De tweede optie verdient de voorkeur vanwege de proces-economie. De rechter in eerste aanleg kan dan immers de ontvankelijkheidsvragen beantwoorden, zodat het constitutioneel hof zich daarover niet hoeft uit te laten. Daarbij kan de vraag naar verenigbaarheid met de Grondwet in elk rechtsgeding naar voren komen. Bij de toetsing van wetten aan de klassieke grondrechten van de Grondwet, kan aldus de rechtszoekende burger bij de rechter terecht. Daarbij geldt dat de burger belang moet hebben bij de constitutionele vragen die gesteld worden.⁸¹ De rechter dient vervolgens, als de vraag naar de grondwettigheid van wetten aan de orde komt, de procedure stil te leggen en een prejudiciële vraag te stellen aan het constitutioneel hof. De rechter beslecht het geschil uiteindelijk met inachtneming van het oordeel van het constitutioneel hof.

Bij de toetsing aan organisatorische-institutionele bepalingen en de beslechting van bestuurlijke geschillen moet rechtstreekse toegankelijkheid bij het constitutioneel hof gelden. Afhankelijk van de bepalingen waaraan het constitutioneel hof mag toetsen en de bestuursgeschillen die het hof mag beslechten, moet worden bepaald welke partijen een geschil aanhangig kunnen maken. Daarbij kan worden gedacht aan: een vijfde van de leden van de Tweede Kamer, een vijfde van de leden van de Eerste Kamer, een vijfde van de

⁸¹ Dat sluit aan bij art. 3:303 BW.

leden van de leden van de Eerste Kamer en Tweede Kamer in Verenigde Vergadering, individuele ministers, de regering, de Raad van State, de Algemene Rekenkamer, de Nationale ombudsman, de commissaris van de Koning, individuele gedeputeerden, een vijfde van de leden van Provinciale Staten, individuele burgemeesters, individuele wethouders, een vijfde van de leden van een gemeenteraad.

Samenloop

Zoals hierboven is beschreven, moet met het instellen van een constitutioneel hof voor de toetsing van wetten aan de klassieke grondrechten van de Grondwet, worden nagedacht over de inrichting van de procedure. Een prejudiciële procedure verdient de voorkeur. Daarmee wordt de samenloop van verschillende procedures voorkomen.

In de literatuur wordt gewaarschuwd voor een samenloop van verschillende prejudiciële procedures en de gevaren van tegenstrijdige uitslagen.⁸² Rechters aan wie een constitutionele kwestie wordt voorgelegd die aan de mensenrechten raakt, kunnen immers verschillende wegen behandelen. Zo kunnen zij in civiele, fiscale en strafzaken een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad stellen. Ook kunnen zij als het een aspect betreft dat binnen het domein van de EU of het EVRM valt, een vraag stellen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie of het EHRM. De aspecten die zien op de grondwettigheid van een wet dienen echter uitsluitend voorgelegd te worden aan het constitutioneel hof. Als tegelijkertijd een vraag over bijvoorbeeld het EVRM aan de orde is, waarover de rechter een vraag wenst te stellen aan het EHRM, kan dit tegelijk geschieden. Als de rechter beide antwoorden heeft ontvangen, kan hij op basis daarvan de zaak afdoen. Het is mogelijk dat een wet verenigbaar is met het

⁸² G.J.M. Corstens, 'Naar een constitutioneel hof?', *NJB* 2022/1594, afl. 24, p. 1915.

EVRM, maar niet met de Grondwet. De Grondwet mag immers meer bescherming bieden dan de minimumwaarborgen van het EVRM.

Rechtsgevolgen

Ten eerste moet worden vastgesteld dat de uitspraken van de rechter bindend zijn. Er is geen enkele reden om te betogen dat de uitspraken dat niet zouden zijn. Toetsing aan verdragsbepalingen en EU-recht resulteert immers ook in een bindende uitspraak. Tevens wordt de rechtsbescherming van de burger het best versterkt als sprake is van een bindende uitspraak. Dit geldt ook voor de uitspraken van het constitutioneel hof. Alleen als de uitspraken bindend zijn, wordt daadwerkelijk een eind gemaakt aan een rechtsgeschil.

Er zijn vier rechtsgevolgen van geconstateerde ongrondwettigheid denkbaar:

Nietigverklaring	De wetsbepaling wordt geacht nooit te hebben bestaan. Rechtsgevolgen worden geacht niet te zijn ingetreden.
Vernietiging	De wet is nietig vanaf het moment dat de uitspraak van de rechter onherroepelijk is, waardoor de uitspraak slechts gevolgen heeft voor toekomstige gevallen.
Onverbindend verklaring	Bindende kracht van de wet wordt opgeheven, maar de wet als zodanig blijft bestaan.
Buiten toepassing laten	De toepassing van een wettelijke bepaling moet alleen in de voorliggende zaak wijken voor de toepassing van de Grondwet. Het is vervolgens aan de wetgever om te beslissen of de wet moet worden aangepast of ingetrokken (zodat deze ook in andere gevallen niet meer geldt).

Deze eerste drie uitspraakmogelijkheden hebben gemeen dat het een categoriale uitspraak betreft. Voor alle (al dan niet toekomstige) situaties is de wet krachteloos of bestaat het niet meer. Dat kán ongenueanceerd en disproportioneel zijn. Met betrekking tot de eerste twee uitspraakmogelijkheden moet aansluiting worden gezocht bij het standpunt van het kabinet, dat deze uitspraakmogelijkheden te veel rechtsonzekerheid met zich mee brengen.

Op grond van de art. 93 en 94 Gw mag iedere rechterlijke instantie in Nederland wettelijke voorschriften toetsen aan ‘eenieder verbindende’ verdragsbepalingen. Als de rechter concludeert dat sprake is van

onverenigbaarheid, dient de rechter de nationale wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten. De meerderheid van de staatsrechtelijke literatuur stelt dat daarnaast een onverbindendverklaring mogelijk is.⁸³ Lagere regelgeving kan tevens buiten toepassing worden gelaten of onverbindend worden verklaard.⁸⁴ Deze rechtsgevolgen passen aldus het best in de Nederlandse rechtstraditie.

In de gevallen waarin de individuele omstandigheden maken dat een wet in strijd komt met de Grondwet, ligt buiten toepassing het meest voor de hand. Daarmee wordt de rechtsbeschermende rol van de rechter optimaal vervuld en tevens wordt richting de wetgever een signaal afgegeven. Ook wordt voorkomen dat de wet en diens rechtsgevolgen teniet worden gedaan, met alle rechtsonzekerheid en complicaties die daarmee gepaard gaan. Daarnaast moet de rechter de mogelijkheid worden geboden om een wet of een wetsbepaling onverbindend te verklaren. Er zijn immers situaties voorstelbaar waarbij de rechter tot de conclusie komt dat de wetgeving in nagenoeg alle gevallen onrechtmatig is. Als Nederland bepaalde ontwikkelingen doormaakt, hoeft niet gewaarborgd te blijven dat in het parlementaire proces wetten die per definitie ongrondwettig zijn niet worden aangenomen. De rechter kan dan dienen als laatste veiligheidsklep. Kortom: onverbindendverklaring is mogelijk als een defect kleeft aan de bepaling zelf; gelet op een regel van hoger recht, had het niet uitgevaardigd mogen worden. Omdat het voorschrift in strijd is met het hogere recht, dient het krachteloos te blijven. De door de wetgever bedoelde rechtsgevolgen treden niet meer in, omdat geen rechtmatige toepassing van het voorschrift denkbaar is. Als de rechter tot de conclusie

⁸³ J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten: over effectieve rechtsbescherming, rechterlijke abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013, p. 75-77.

⁸⁴ Vgl. HR 16 mei 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AC9354, AB1986, 574, m.nt. P.J.J. van Buuren (*Landbouwwliegers*).

komt dat de bepaling als zodanig rechtmatig is, dan kan het soms niettemin voorkomen dat hij deze in het voorliggende geval buiten toepassing laat. Dat is het geval als de toepassing van de bepaling in het concrete geval in strijd is met de Grondwet.⁸⁵

Tevens moet het mogelijk worden voor het constitutioneel hof om een voorlopige voorziening te treffen als er grote twijfel is over de rechtmatigheid van wetgeving. Neem bijvoorbeeld het wetsvoorstel inzake 2G-maatregelen. In de maatschappij, de politiek en bij colleges zoals het College voor de Rechten van de Mens bestond grote twijfel over het antwoord op de vraag of deze maatregelen proportioneel en daarmee rechtmatig waren.⁸⁶ Zoals beschreven moet toetsing mogelijk worden vanaf het moment dat een wet gepubliceerd is in het Staatsblad. Als een burger een zaak aanhangig maakt, moet het constitutioneel hof de mogelijkheid hebben een voorlopige voorziening te treffen en daarmee de uitvoering van de wet tijdelijk stil te leggen totdat het hof een oordeel kan vellen over de rechtmatigheid van de wet.

Benoeming van rechters

Als een constitutioneel hof wordt ingesteld, moet tevens worden nagedacht over de benoeming en het aantal rechters. Daarbij moet uiteraard een oneven aantal rechters werkzaam zijn bij het constitutioneel hof, bijvoorbeeld zeven rechters. De rechters dienen bij koninklijk besluit te worden benoemd. Het verdient aanbeveling voor de rechters van het constitutioneel hof eenzelfde benoemingsprocedure te volgen als voor de rechters van de Hoge Raad, waarbij het constitutioneel hof een lijst van aanbeveling van zes

⁸⁵ Uzman 2013, p. 73-74.

⁸⁶ Zie bijvoorbeeld '2G-beleid is volgens mensenrechtencollege niet voldoende onderbouwd', NU16 november 2021.

kandidaten opstelt. Op basis van die aanbevelingslijst doet de Tweede Kamer een voordracht van drie kandidaten aan de regering. Bij de eerste benoemingen van het hof kan de Hoge Raad de lijst van aanbeveling opstellen.

De praktijk heeft namelijk laten zien dat er nauwelijks of niet (partij)politieke invloed is op benoemingen bij de Hoge Raad.⁸⁷ Het is echter wel belangrijk dat de Tweede Kamer een eigen toetsingskader ontwikkelt om een oordeel te geven over de lijst van aanbeveling. Zo kan de Tweede Kamer op basis van eigen criteria op transparante wijze een voordracht maken. Opdat de Kamer een afgewogen oordeel kan maken, is het van belang dat de Kamer voldoende informatie heeft over de geschiktheid en bekwaamheid van kandidaten. Gedacht kan worden aan een advies van de Raad voor de rechtspraak.⁸⁸

Grondwettelijk kader

Om de bovengenoemde voorstellen mogelijk te maken dient de Grondwet te worden aangepast. Ten eerste moet art. 120 Gw gewijzigd worden om toetsing aan klassieke grondrechten en enige soortgelijke bepalingen en organisatorische-institutionele bepalingen mogelijk te maken. Daarnaast moet een constitutioneel hof worden ingesteld dat deze toetsing op zich neemt. Dit hof dient een basis te hebben in de Grondwet. Nadere uitwerking kan onder meer plaatsvinden in een aparte Wet op het Constitutioneel Hof of in een apart hoofdstuk in de Wet op de rechterlijke organisatie. Mogelijk moeten andere artikelen van de Grondwet ook gewijzigd worden om de toetsing van bestuurlijke geschillen door het constitutioneel hof mogelijk te maken, zoals art. 58 Gw.

⁸⁷ P.P.T. Bovend'Eert, *Rechter, rechterlijke organisatie en rechtspraak in de democratische rechtsstaat* (Staats- en bestuursrecht Wetenschap), Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 284-287.

⁸⁸ Bovend'Eert 2022, p. 285-287.

6. Algemene beperkingsclausule in de Grondwet

Hoewel de invoering van constitutionele toetsing veel is bediscussieerd, is de materiële inhoud van constitutionele toetsing relatief minder besproken. Er wordt weinig aandacht besteed aan het antwoord op de vraag wanneer een formele wet moet worden geacht in strijd te zijn met de Grondwet.⁸⁹ Ook in de hoofdlijnenbrief wordt dit aspect nauwelijks in aanmerking genomen.⁹⁰ De effectiviteit van constitutionele toetsing is echter afhankelijk van het type normen dat in de Grondwet is neergelegd, waarbij naast de inhoud van het grondrecht, ook de beperkingssystematiek van belang is.⁹¹ De tekst van de grondrechten biedt momenteel weinig aanknopingspunten voor de rechter om te oordelen dat een wet in formele zin onverenigbaar is met de klassieke grondrechten.⁹² De grondrechten kenmerken zich immers door een overwegend formeel karakter van de beperkingen, inhoudende dat beperkingen kunnen worden gesteld door de wetgever of krachtens delegatie (ook) door andere regelgevers. Aan de uitoefening van deze bevoegdheid zijn nauwelijks materiële voorwaarden verbonden. Slechts in enkele gevallen worden ook doelcriteria of procedurele voorschriften gesteld. Bij het ontbreken van materiële voorwaarden in de Grondwet, worden dergelijke criteria sporadisch in wetgeving zelf vastgelegd.⁹³

⁸⁹ A.W. Hins, 'Constitutionele toetsing, proportionaliteit en Verhältnismäßigkeit', in: A.J. Nieuwenhuis, B.J. Schueler & C.M. Zoethout (red.), *Proportionaliteit in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 62.

⁹⁰ *Kamerstukken II 2021/22*, 35 925-VII, nr. 169 besteedt slechts enkele regels aan de mogelijkheid van toetsing aan algemene rechtsbeginselen waarbij de mogelijkheid daarvan in het midden wordt gelaten.

⁹¹ K.M. de Vries & A.F.M. Leijten, 'Over proportionaliteit gesproken. De opinie van de Venetiëcommissie over de toeslagenaffaire, en waarom we het ook over grondrechten moeten hebben', *NTM/NJCM-bull.* 2022/4, afl. 1, p. 75.

⁹² Bijlage nr. 867564 bij *Kamerstukken II 2018/19*, 34 430, nr. 9, p. 209; L.C. Groen & L.F.M. Verhey, 'De betekenis van grondwettelijke grondrechten voor de wetgever: dode letter of zelfstandig ijkpunt?', *Regelmaat* 2020-6, p. 426-430; Schutgens, 'Het voorstel-Halsema en de toetsbaarheid van de wet', *Regelmaat* 2007-1, p. 12-15; H.R.B.M. Kummeling, 'Proliferatie van proportionaliteit. Over een beginsel dat ook in de Nederlandse Grondwet niet zou misstaan', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a., *Grensverleggend staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 234.

⁹³ Zie bijvoorbeeld art. 58b van het wijzigingsvoorstel van de Wet publieke gezondheid. Zie *Kamerstukken II 2021/22*, 36 194, nr. 2.

De invoering van rechterlijke constitutionele toetsing beoogt de rechtsbescherming van burgers te verbeteren en daarmee de rechtspositie van de burger ten opzichte van de overheid te versterken.⁹⁴ Dit doel kan enkel worden bereikt als de beperkingssystematiek van de Grondwet meer om het lijf heeft dan veelal blancovolmachten aan de wetgever. Als de invoering van constitutionele toetsing de rechtsbescherming van burgers wil verbeteren, moeten immers situaties denkbaar zijn waarin een wet de toets aan de klassieke grondrechten niet kan doorstaan.⁹⁵ Daarbij kan inspiratie worden geput uit grondwetten van andere landen en mensenrechtenverdragen zoals het EVRM. Verschillende mensenrechten in het EVRM bevatten bijvoorbeeld materiële criteria waaraan beperkingen moeten voldoen. Zo kunnen de art. 8-11 EVRM slechts worden beperkt als de beperking bij wet is voorzien, noodzakelijk is in een democratische samenleving en in het belang is van een van de aldaar genoemde doelen.

Deze paragraaf zet uiteen dat de huidige beperkingssystematiek gehandhaafd en aangevuld moet worden. De huidige vereiste van een formeel wettelijke grondslag is van toegevoegde waarde ten opzichte van de eisen die verschillende verdragsartikelen stellen. Zo is op grond van het EVRM een wettelijke grondslag vereist, maar daarmee is niet een formeel wettelijke grondslag vereist. Elke nationale grondslag die voldoende voorzienbaar en toegankelijk is voldoet. Door de eis van een formeel wettelijke grondslag, staat de formele wetgever centraal. Dat is vanuit democratisch oogpunt wenselijk, alsook vanwege het uitgebreide parlementaire proces dat doorlopen moet worden voordat een grondrecht beperkt kan worden. Anderzijds dient de huidige beperkingssystematiek aangevuld te worden. Zoals hiervoor beschreven, biedt de huidige formulering van de grondrechten in de Grondwet

⁹⁴ *Kamerstukken II 2021/22*, 35 925-VII, nr. 169, p. 3.

⁹⁵ Schutgens, *Regelmaat 2007-1*, p. 15.

nauwelijks inhoudelijke maatstaven voor de wetgever. In de Grondwet liggen dus bijna geen vereisten besloten waaraan de rechter kan toetsen als de wetgever de grondrechten heeft beperkt. Mogelijk is de rechter creatief genoeg deze vereisten in de Grondwet in te lezen, maar om hier zeker van te zijn, verdient het vastleggen in de Grondwet van inhoudelijke voorwaarden voor de beperking van grondwettelijke grondrechten de voorkeur. Deze inhoudelijke vereisten bieden de wetgever houvast bij de beoordeling van de aanvaardbaarheid van wetten inhoudende grondrechtbeperkingen. Ook voor de burger is het duidelijker onder welke voorwaarden diens grondrechten beperkt mogen worden. Tot slot bieden de inhoudelijke criteria aanknopingspunten voor de rechter om diens toetsing vorm te geven.

EHRM

Mondiaal gezien is de evenredigheidstoets de belangrijkste methode om te oordelen of inmenging in een grondrecht gerechtvaardigd is bij het nastreven van een algemeen belang.⁹⁶ De proportionaliteitstoets brengt een verantwoordelijkheid voor de wetgever met zich mee. De wetgever dient zorgvuldig te overwegen of aan de vereisten die deze toets behelst is voldaan. De uitkomst daarvan dient hij te motiveren, waarbij in de meeste gevallen een enkele alinea niet zal volstaan.⁹⁷

Door het EHRM wordt het proportionaliteitsvereiste afgeleid uit de zinsnede ‘*noodzakelijk in een democratische samenleving*’ opgenomen in de beperkingsclausules van de art. 8-11 EVRM. Uit het *Handyside*-arrest volgt enerzijds dat dit vereiste niet zo strikt is dat de beperking onmisbaar moet zijn. Anderzijds is het niet voldoende als de maatregel wenselijk is. Tussen deze

⁹⁶ E. Brems & L. Lavrysen, ‘Don’t use a sledgehammer to crack a nut’: less restrictive means in the case law of the European Court of Human Rights’, *Human Rights Law Review*, afl. 1, p. 139.

⁹⁷ Verslag symposium over constitutionele toetsing d.d. 2 juni 2016, p. 10.

twee uitersten neemt het een middenpositie in.⁹⁸ De proportionaliteitstoets omvat verschillende factoren. Ten eerste moet de beperking beantwoorden aan een dwingende maatschappelijke behoefte (*'pressing social need'*). Ten tweede dient de maatregel geschikt te zijn om bij te dragen aan de verwezenlijking van deze behoefte (*'suitability'*). Ten derde behoort de rechtvaardiging voor de beperking relevant en voldoende te zijn (*'relevant and sufficient'*). Ten vierde moeten het algemeen belang en de grondrechtenbeperking in een redelijke balans staan (*'fair balance'*). Ten vijfde mogen geen zwaardere middelen worden ingezet dan strikt noodzakelijk om de nagestreefde doelstelling te realiseren (*'necessary'*).⁹⁹ In tegenstelling tot de hierna te behandelen proportionaliteitstoets door het *Bundesverfassungsgericht*, is geen sprake van cumulatieve vereisten, maar weegt het EHRM deze elementen tegen elkaar af. Mede daardoor wordt in de literatuur de proportionaliteitstoets van het EHRM regelmatig bekritiseerd, omdat het te 'fluïde' en onbepaald is.¹⁰⁰ Welke toetsingscriteria het Hof hanteert, hangt af van de concrete feiten, de argumentatie van partijen en het betreffende mensenrecht.¹⁰¹ De voorspelbaarheid van de proportionaliteitstoets wordt voorts bemoeilijkt door de beoordelingsruimte (*'margin of appreciation'*) die het Hof toekent aan de lidstaten.¹⁰²

Over de proportionaliteitstoets door het EHRM kunnen de volgende opmerkingen worden gemaakt. Het vereiste van *'pressing social need'* roept de vraag op of het te onderscheiden is van de evenredigheid in strikte zin of

⁹⁸ J.H. Gerards, *EVRM – Algemene beginselen*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2011, p. 144; EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, ECLI:NL:XX:1976:AC0070, *NJ*1978, 236 (*Handyside t. Verenigd Koninkrijk*).

⁹⁹ Gerards 2011, p. 140.

¹⁰⁰ S.C. Greer, *The exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights* (Human rights files, No. 15), Straatsburg: Council of Europe Publishing 1997, p. 7; J.H. Gerards, 'How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights', *International Journal of Constitutional Law* 2013, afl. 12, p. 468.

¹⁰¹ Gerards 2011, p. 142.

¹⁰² Zie voor een uitgebreide behandeling onder meer Gerards 2011, p. 183 e.v.

juist een onderdeel daarvan is. In de algemene overwegingen van het EHRM wordt een onderscheid gemaakt tussen de twee vereisten, terwijl bij de toepassing de vereisten veelal overlapt worden in die zin dat een maatschappelijke behoefte van beperkte omvang voldoende is voor een relatief kleine inmenging, terwijl bij verdergaande inmengingen hogere eisen worden gesteld aan de maatschappelijke behoefte.¹⁰³ Ook wordt vaak geen expliciet oordeel gegeven over de ‘*pressing social need*’, maar slechts over de strikte evenredigheid. Nieuwenhuis voert aan dat het vereiste twee specifieke betekenissen kan hebben in de rechtspraak, namelijk dat een bepaalde urgentie moet bestaan op het moment van ingrijpen of dat het achterliggende belang van de beperking een bepaalde drempelwaarde moet overschrijden.¹⁰⁴ Deze aspecten spelen echter ook een rol bij de toetsing van strikte evenredigheid. In het algemeen geldt dat des te urgenter en zwaarwegender het algemeen belang is, des te ingrijpender de grondrechtenbeperking mag zijn.

De geschiktheidstoets controleert of met de beperkende maatregel het achterliggende doel kan worden verwezenlijkt. Voor het geschiktheidsvereiste is geen grote rol weggelegd in de rechtspraak van het EHRM. Dat valt te betreuren, aangezien het de toetsing van specifieke elementen van redelijkheid mogelijk maakt naast het vereiste van de strikte evenredigheid. Een andere reden voor consistentere toepassing wordt gevonden in de complexiteit van de toets van strikte evenredigheid, die naar zijn aard normatiever en subjectiever is dan de geschiktheidstoets. De toetsing van geschiktheid en subsidiariteit kan een krachtig instrument zijn om aan te tonen dat de beslissingen van het Hof berusten op feiten en empirisch van aard zijn. Dat zou de overtuigingskracht

¹⁰³ A.J. Nieuwenhuis, ‘Pressing social need; op zoek naar het dringende karakter van de maatschappelijke behoefte’, *NTM/NJCM-bull.* 2014, afl. 1, p. 7.

¹⁰⁴ Nieuwenhuis, *NTM/NJCM-bull.* 2014, afl. 1, p. 8.

van de oordelen kunnen vergroten.¹⁰⁵ Slechts als de gekozen maatregel geschikt en subsidiair is, zou het Hof toe moeten komen aan een toets van strikte evenredigheid.

De redenen die aangevoerd worden ter rechtvaardiging van de grondrechtenbeperking moeten relevant en toereikend zijn. Dit is het zogeheten ‘pertinentie criterium’.¹⁰⁶ Het relevantieaspect vormt een concretisering van de algemene toets van de legitieme doelstelling. Het Hof onderzoekt of de concreet aangevoerde redenen verband houden met de doelstelling.¹⁰⁷ Daarnaast moet worden gezien of deze redenen toereikend zijn om de maatregel te rechtvaardigen. In de jurisprudentie van het Hof levert de relevantietoets nagenoeg geen problemen op.¹⁰⁸ Wel komt het regelmatig voor dat het Hof de vereisten samenpakt en oordeelt dat de aangevoerde redenen niet relevant en toereikend zijn,¹⁰⁹ of dat het Hof oordeelt dat niet is voldaan aan het aspect van toereikendheid.¹¹⁰ De toereikendheid is nauw verbonden met de strikte evenredigheid. De toereikendheidstoets is namelijk afhankelijk van de aard en de ernst van de maatregel en de verwachte nadelige gevolgen voor de grondrechten. Des te ingrijpender de maatregel, des te zwaarwegender de aangevoerde redenen moeten zijn om als toereikend te kunnen kwalificeren. Een strenge ‘toereikendheidstoets’ beperkt daarbij de appreciatiemarge van de nationale autoriteiten.¹¹¹ Het pertinentie criterium is

¹⁰⁵ Gerards, *International Journal of Constitutional Law* 2013, afl. 12, p. 471-473.

¹⁰⁶ Y. Haeck, *Procederen voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 66.

¹⁰⁷ Zie bijvoorbeeld EHRM 24 januari 2017, nr. 25358/12, ECLI:CE:ECHR:2017:0124JUD002535812, *EHRC* 2017/85, m.nt. C. Mak (*Paradiso en Campanelli t. Italië*).

¹⁰⁸ Haeck 2009, p. 66.

¹⁰⁹ Zie bijvoorbeeld EHRM 4 december 2018, nr. 11257/16, ECLI:CE:ECHR:2018:1204JUD001125716, *NJ* 2019/293, m.nt. E.J. Dommering (*Magyar Jeti Zrt t. Hongarije*).

¹¹⁰ Zie bijvoorbeeld EHRM 8 november 2016, nr. 18030/11, ECLI:CE:ECHR:2016:1108JUD001803011, *NJ* 2017/431, m.nt. E.J. Dommering (*Magyar Helsinki Bizottság t. Hongarije*).

¹¹¹ Haeck 2009, p. 67.

ook verbonden met de geschiktheidstoets. Als een maatregel niet bijdraagt aan de verwezenlijking van het nagestreefde doel, zijn de aangevoerde redenen waarschijnlijk niet relevant en toereikend.¹¹² Daarom kan getwijfeld worden aan de toegevoegde waarde van dit criterium. Bij de geschiktheidstoets kan de rechter immers toetsen of de concrete motieven relevant zijn voor de doelstelling. Daarnaast kan worden betoogd dat als de redenen niet voldoende toereikend zijn, de maatregel de strikte evenredigheidstoets niet doorstaat.

Voorts moet er een redelijk evenwicht zijn tussen het gewicht van het doel en het gewicht van het aangetaste grondrecht. Om deze toets te verrichten moet het Hof de betrokken belangen in kaart brengen en enerzijds vaststellen in welke mate aan de belangen van de doelstelling wordt bijgedragen en anderzijds in welke mate de belangen van het grondrecht worden aangetast. De ernst van de belangenaantasting en het mogelijk niet verwezenlijken van de nagestreefde doelstelling spelen dus een grote rol.¹¹³ De toets is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. Toch zijn er algemene lijnen te ontdekken in de jurisprudentie van het Hof. Zo spelen de volgende factoren onder meer een rol bij de beoordeling: de aard van de maatregel, de status van personen die door de maatregel worden geraakt en de aanwezigheid van garanties ter compensatie van de beperking van de mensenrechten.¹¹⁴ Bovendien is de zwaarte van de sanctie belangrijk, alsook het mogelijke ‘*chilling effect*’ daarvan.¹¹⁵ Om de voorspelbaarheid van de toets te vergroten heeft het Hof voor verschillende rechtsterreinen en specifieke casustypen lijsten van factoren ontwikkeld aan de hand waarvan verschillende belangen afgewogen

¹¹² Gerards 2011, p. 156; A.J. Nieuwenhuis, ‘Van proportionaliteit en appreciatiemarge: de noodzakelijkheidstoets in de jurisprudentie van het EHRM’, in: Nieuwenhuis, Schueler & Zoethout 2005, p. 45.

¹¹³ Gerards 2011, p. 158-160.

¹¹⁴ J.C.C. Vande Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM. Deel 1. Algemene beginselen*, Antwerpen: Intersentia 2005, p. 145.

¹¹⁵ Vande Lanotte & Haeck 2005, p. 535. Zie bijvoorbeeld EHRM 23 juni 2016, nr. 20261/12 (*Baka t. Hongarije*).

kunnen worden. Veelal vermeldt het Hof slechts de factoren die van belang zijn voor de concrete zaak. Op enkele rechtsterreinen is een catalogusformule opgesteld, waarbij stelselmatig dezelfde factoren worden afgelopen.¹¹⁶ Deze lijsten zijn een hulpmiddel voor het Hof om de belangenafweging vorm te geven.

Tot slot moet uit alle mogelijke maatregelen de minst vergaande worden gekozen om de nagestreefde doelstelling(en) te realiseren. Daarbij moet het gaan om even effectieve maatregelen.¹¹⁷ Aangezien de subsidiariteit slechts een factor van de noodzakelijkheidstoets is, heeft de staat in beginsel geen ultieme plicht tot het nemen van de minst ingrijpende maatregel. Het Hof toetst veelal of passende en redelijke maatregelen zijn genomen, in plaats van of alternatieve en betere maatregelen voorhanden waren.¹¹⁸ De subsidiariteitstoets ontbreekt dus in veel uitspraken.¹¹⁹ Wat verder opvalt aan de jurisprudentie is dat de *soort* subsidiariteitstoets niet consequent is doorgevoerd. In veel van de al genoemde zaken hanteert het EHRM een materiële toets, waarbij het onderzoekt welke andere maatregelen denkbaar waren. In andere zaken past het Hof een procedurele subsidiariteitstoets toe. Het Hof verlangt dat de nationale autoriteiten aantonen dat een zorgvuldige beoordeling is gemaakt van zowel de gevolgen van de maatregel als van de mogelijke alternatieven.¹²⁰ Een procedurele subsidiariteitstoets waarborgt dat een maatregel wordt genomen op basis van grondige overwegingen.¹²¹ Voorts is in de jurisprudentie een combinatie van een procedurele en materiële toets te

¹¹⁶ Gerards 2011, p. 163-166.

¹¹⁷ Zie onder meer EHRM 12 juni 2014, nr. 56030/07, *EHRC* 2014/219, m.nt. A.J. Overbeeke (*Fernández Martínez t. Spanje*) en EHRM 2 september 2010, nr. 35623/05, *ECLI:NL:XX:2010:BQ2953*, *NJB* 2010, 1935 (*Uzun t. Duitsland*).

¹¹⁸ Christoffersen 2009, p. 114.

¹¹⁹ Zie Gerards 2011, p. 154.

¹²⁰ Zie bijvoorbeeld EHRM 8 april 2004, nr. 11057/02, *ECLI:NL:XX:2004:AT5305*, *NJ* 2005, 195, m.nt. J. de Boer (*Haase t. Duitsland*).

¹²¹ J. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights* (International Studies in Human Rights, vol. 99), Leiden: Martinus Nijhoff 2009, p. 121.

onderscheiden.¹²² Tot slot lijkt de subsidiariteitstoets als zodanig in een aantal zaken afgewezen te worden, met name ten aanzien van zaken betreffende algemene maatregelen.¹²³

Bundesverfassungsgericht

Het *Bundesverfassungsgericht* toetst of een wettelijke maatregel proportioneel is. Deze proportionaliteitstoets bestaat uit drie cumulatieve deelvereisten. Ten eerste moet de beperking geschikt zijn om het doel te bereiken. Ten tweede mogen geen minder ingrijpende middelen voorhanden zijn om het doel te bereiken. Ten derde moet sprake zijn van evenredigheid in strikte zin. Geschiktheid betekent dat de gekozen maatregel geschikt moet zijn om het nagestreefde legitieme doel te bereiken. Niet bewezen hoeft te worden dat het doel volledig wordt behaald met de genomen maatregel. Voldoende is dat de maatregel de kans vergroot dat het doel gedeeltelijk wordt behaald.¹²⁴ Het moet dus naar objectieve maatstaven juridisch en feitelijk mogelijk zijn om met behulp van de maatregel het doel te bereiken.¹²⁵ Bij dit vereiste wordt niet getoetst of de maatregel willekeurig of optimaal is.¹²⁶ In complexe situaties kan het lastig zijn om oorzaak-gevolgrelaties te voorspellen, waardoor het effect van een maatregel niet ondubbelzinnig kan worden vastgesteld. Omdat het voor de wetgever moeilijk is vooraf te voorzien in welke mate een maatregel resultaat zal opleveren, gaat de rechter na of de overheid ten tijde van het

¹²² Zie bijvoorbeeld EHRM 21 juni 2012, nr. 34124/06, ECLI:NL:XX:2012:BX7433, *NJB* 2012/1821 (*Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG t. Zwitserland*).

¹²³ Zie bijvoorbeeld EHRM 10 april 2007, nr. 6339/05 (*Evans t. Verenigd Koninkrijk*). Lavrysen en Brem verklaren deze afwijzing als volgt. Het betreft een ethische zaak uit de biomedische sfeer, waarbij staten een ruime beoordelingsmarge hebben en het Hof aan de staten de keuze wil laten tussen verschillende oplossingen die de rechten niet te zeer beperken.

¹²⁴ B. Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz 2022, GG II, art. 20 GG, Rn. 114; K.-P. Sommermann, in: Von Mangoldt/Klein & Starck 2005, GG II, art. 20 GG, Rn. 314; J. Rux, in: Epping & Hillgruber 2023, GG II, art. 20 GG, Rn. 194.

¹²⁵ A.J.C. de Moor-van Vugt, *Maten en gewichten. Het evenredigheidsbeginsel in Europees perspectief* (diss. Tilburg; Schoordijk Instituut), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 25-26.

¹²⁶ Manssen 2018, Rn. 197.

nemen van het besluit redelijkerwijs ervan mocht uitgaan dat het beoogde resultaat bereikt zou kunnen worden, dan wel dichterbij zou worden gebracht.¹²⁷ Prognoses zijn in beginsel volledig toetsbaar door de rechter.¹²⁸

Subsidiariteit betekent dat de wetgever verplicht is uit de beschikbare en even doeltreffende maatregelen, de maatregel te kiezen die het grondrecht zo min mogelijk aantast. Gelijke doeltreffendheid vereist een alternatieve maatregel waarbij de kans op succes even groot is. Welke maatregel de betrokken belangen het minst aantast, hangt af van de specifieke aard van de belangen, de intensiteit van de beperking en het aantal getroffen personen.¹²⁹ Niet alleen de belangen van de betrokkene moeten in aanmerking worden genomen, maar ook de belangen van derden.¹³⁰ Een maatregel is niet even doeltreffend als het de adressant van de regeling weliswaar minder belast, maar derden of het algemeen belang meer belast.¹³¹ De wetgever heeft ruime beleidsvrijheid bij de keuze en uitwerking van maatregelen op bepaalde beleidsterreinen. Soms is het lastig vast te stellen welke maatregel het minst bezwarend is. De formele wetgever zou daartoe het best in staat zijn.¹³² Met deze overwegingen gaat een terughoudende toetsing van de rechter gepaard: alleen indien duidelijk kan worden vastgesteld dat ten tijde van het nemen van de maatregel gelet op de bekende feiten en de tot dusver opgedane ervaring, minder ingrijpende

¹²⁷ Zie expliciet BVerfG 19 maart 1975, BVerfGE 39, 210 (*Mühlenstrukturgesetz*). Zie ook BVerfG 3 april 2001, 1 BvL 32/97, ECLI:DE:BverfG:2001:ls20010403.lbv1003297.

¹²⁸ J. Rux, in: Epping & Hillgruber 2023, GG II, art. 20 GG, Rn. 195; zie bijvoorbeeld BVerfG 18 juli 2019, 1 BvL 1/18, 1 BvR 1595/18, 1 BvL 4/18, ECLI:DE:BverfG:2019:lk20190718.lbv1000118.

¹²⁹ B. Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz 2022, GG II, art. 20 GG, Rn. 116.

¹³⁰ Manssen 2018, Rn. 200. Daarbij kan het vereiste van '*praktische Konkordanz*' van belang zijn. Anderzijds wordt in de literatuur verdedigd dat dit vereiste onder de geschiktheidstoets zou vallen, zie Kalenborn, *JA* 2016, 6, afl. 1, p. 10.

¹³¹ B. Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz 2022, GG II, art. 20 GG, Rn. 116.

¹³² A.W. Hins, 'Constitutionele toetsing, proportionaliteit en Verhältnismäßigkeit', in: Nieuwenhuis, Schueler & Zoethout 2005, p. 69-70.

middelen voorhanden waren, kan de rechter oordelen dat de wet niet *erforderlich* en daarmee ongrondwettig was.¹³³

Tot slot moet de gekozen maatregel voldoen aan het vereiste van strikte evenredigheid: de maatregel moet evenredig zijn aan het nagestreefde doel. Daarbij moet rekening worden gehouden met zowel de positieve als negatieve effecten op de belangen van alle door de maatregel getroffen personen. De voordelen van de maatregel moeten worden afgewogen tegen de door de maatregel teweeggebrachte nadelen, waarbij in het bijzonder rekening wordt gehouden met de grondrechtelijke waarden. Bezien moet worden hoe sterk de belangen worden aangetast.¹³⁴ Zo nodig moeten bijzonder zware ingrijpen worden verzacht door middel van een overgangs-, uitzonderings-, of compensatieregeling. Ook moet rekening worden gehouden met lasten die voortvloeien uit andere overheidsmaatregelen.¹³⁵ Verder speelt de urgentie van een maatregel een rol.¹³⁶ Bij de afweging tussen doel en middel gaat het in de regel om ongelijksoortige goederen.¹³⁷ De proportionaliteitstoets geeft geen materiële criteria aan de hand waarvan het gewicht van de belangen bepaald kan worden. Deze maatstaven moeten buiten de proportionaliteitstoets worden gevonden.¹³⁸ Het *Bundesverfassungsgericht* beoordeelt de belangen aan de hand van de ‘fundamentele structuur van orde en waarden’. Bij deze afweging gelden twee uitgangspunten. Ten eerste wegen belangen die in de Grondwet worden beschermd zwaarder dan belangen die in lagere regelgeving

¹³³ BVerfG 19 maart 1975, BVerfGE 39, 210 (Mühlenstrukturgesetz); BVerfG 26 maart 2007, 1 BvR 22228/02, ECLI:DE:BVerfG:rk20070326.lbvr222802.

¹³⁴ Zie bijvoorbeeld BVerfG 9 december 2022, 1 BvR 1345/21, ECLI:DE:BVerfG:2022:rs20221209.lbvr134521.

¹³⁵ Manssen 2018, p. Rn. 202. Zie bijvoorbeeld ook BVerfG 3 april 2001, 1 BvL 32/97, ECLI:DE:BVerfG:2001:ls20010403.lbv1003297 waarin het *Bundesverfassungsgericht* oordeelt dat er ‘*geen vergaande bezwaren tegen de subsidiariteit van de verordening*’ bestaan. Deze zinsnede duidt op een terughoudende toets. Zie verder BVerfG 26 juli 2007, 1 BvR 824/03, ECLI:DE:BVerfG:2007:rk20070726.lbvr082403.

¹³⁶ BVerfG 31 maart 1998, 1 BvR 2167/93, ECLI:DE:BVerfG:1998:rk19980331.lbvr216793.

¹³⁷ A.W. Hins, ‘Constitutionele toetsing, proportionaliteit en Verhältnismäßigkeit’, in: Nieuwenhuis, Schueler & Zoethout 2005, p. 70.

¹³⁸ De Moor-van Vugt 1995, p. 27.

bescherming vinden. Ten tweede weegt de menselijke waardigheid zwaarder dan andere belangen uit de Grondwet.¹³⁹ Ook geldt dat hoe groter de aantasting van het grondrecht is, hoe zwaarwegender het algemeen belang moet zijn.¹⁴⁰

De strikte evenredigheidstoets is slechts in beperkte mate rationeel. Zowel de afweging als het bepalen van de ondergrens berust op een subjectieve beoordeling. Het gevaar bestaat dat de rechter zijn eigen subjectieve oordeel in de plaats van het oordeel van de wetgever stelt.¹⁴¹ Het *Bundesverfassungsgericht* laat daarom een beoordelingsmarge over aan de nationale autoriteiten.¹⁴² Bij de rechterlijke toetsing wordt rekening gehouden met de vrijheid van vormgeving en het prerogatief van de wetgever. In beginsel komt het *Bundesverfassungsgericht* slechts tot het oordeel dat de maatregel de toets niet doorstaat bij aperte onevenredigheid.¹⁴³ De rechter kan echter ook oordelen dat een maatregel niet evenredig is als de nationale autoriteiten de doelstelling niet consequent nastreven en uitvoeren, bijvoorbeeld als de wetgever de doelstelling in andere contexten kennelijk minder beschermingswaardig beoordeeld.¹⁴⁴ De beoordelingsruimte van de wetgever belet het *Bundesverfassungsgericht* doorgaans niet om een gedetailleerde eigen afweging te maken van de evenredigheid in strikte zin, wanneer er aanwijzingen zijn dat de wetgever zijn beoordeling op onjuiste

¹³⁹ A.W. Hins, 'Constitutionele toetsing, proportionaliteit en Verhältnismäßigkeit', in: Nieuwenhuis, Schueler & Zoethout 2005, p. 72.

¹⁴⁰ K.-P. Sommermann, in: Von Mangoldt/Klein & Starck 2005, GG II, art. 20 GG, Rn. 314 en de daar aangehaalde verwijzing.

¹⁴¹ B. Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz 2022, GG II, art. 20 GG, Rn. 120-121.

¹⁴² A.W. Hins, 'Constitutionele toetsing, proportionaliteit en Verhältnismäßigkeit', in: Nieuwenhuis, Schueler & Zoethout 2005, p. 70; zie ook BVerfG 3 april 2001, 1 BvL 32/97, ECLI:DE:BverfG:2001:ls20010403.lbv1003297; BVerfG 26 maart 2007, 1 BvR 22228/02, ECLI:DE:BverfG:rk20070326.lbv222802.

¹⁴³ Ipsen 2017, Rn. 195.

¹⁴⁴ B. Grzeszick, in: Dürig/Herzog/Scholz 2022, GG II, art. 20 GG, Rn. 122; BVerfG 9 juni 2004, 1 BvR 636/02, ECLI:DE:BVerfG:2004:rs20040609.lbv063602 (*Ladenschlussgesetz III*).

feitelijke grondslagen heeft gebaseerd.¹⁴⁵ In gevallen waarin een duidelijke aantasting van de grondrechten aan het licht komen, maakt het Hof ook een gedetailleerde afweging van alle relevante overwegingen.¹⁴⁶

Proportionaliteitstoets in Nederlandse Grondwet?

Het proportionaliteitsbeginsel is een algemeen rechtsbeginsel dat op alle rechtsterreinen een rol speelt.¹⁴⁷ Het stelt grenzen aan de inzet van overheidsmacht en de mate waarin burgers met belastende maatregelen worden geconfronteerd.¹⁴⁸ Burgers worden zo beschermd tegen onbeperkte en willekeurige inzet van overheidsmacht. Toegespitst op grondrechten stelt het proportionaliteitsbeginsel grenzen aan de beperkingen die de overheid mag stellen aan de uitoefening van grondrechten door burgers. Het kabinet heeft in het verleden verdedigd dat in de Grondwet een proportionaliteitsvereiste besloten ligt.¹⁴⁹ In de literatuur is op dit standpunt kritiek geuit.¹⁵⁰ Wat daar ook van zij, de wetgever is hoe dan ook gebonden aan het proportionaliteitsbeginsel. Het proportionaliteitsbeginsel is inherent aan de democratische rechtsorde.¹⁵¹ Overheidsmaatregelen mogen niet verder gaan dan noodzakelijk. Uit het legaliteitsbeginsel en het democratiebeginsel vloeit voort dat de overheid bij het uitoefenen van discretionaire bevoegdheden de

¹⁴⁵ K.-P. Sommermann, in: Von Mangoldt/Klein & Starck 2005, GG II, art. 20 GG, Rn. 316. Zie bijvoorbeeld BVerfG 5 november 2019, 1 BvL 7/16, ECLI:DE:BverfG:20191105.lbv1000716 waarin het *Bundesverfassungsgericht* de beoordelingsruimte van de wetgever erkent, maar toch tot het oordeel komt dat onderdelen van de wet niet evenredig zijn. Zie ook BVerfG 27 mei 2020, 1 BvR 1873/13, 1 BvR 2618/13, ECLI:DE:BverfG:2020:rs20200527.lbv187313.

¹⁴⁶ K.-P. Sommermann, in: Von Mangoldt/Klein & Starck 2005, GG II, art. 20 GG, Rn. 316. Zie bijvoorbeeld BVerfG II maart 2008, 1 BvR 2074/05, ECLI:DE:BverfG:2008:rs20080311.lbv207405.

¹⁴⁷ J.H. Gerards, 'Proportionaliteit en gelijke behandeling', in: Nieuwenhuis, Schueler & Zoethout 2005, p. 79.

¹⁴⁸ D.J. Elzinga, G. Hoogers & R. de Lange, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 251.

¹⁴⁹ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 460, nr. 1, p. 6.

¹⁵⁰ Zie onder meer H.R.B.M. Kummeling, 'Proliferatie van proportionaliteit. Over een beginsel dat ook in de Nederlandse Grondwet niet zou misstaan', in: Bovend'Eert e.a. 2001, p. 248 e.v. en L.F.M. Verhey, 'Het grondwettelijk beperkingssysteem: handhaving of herbezuiniging', *NTM/NJCM-bull.* 2003, afl. 3a, p. 229-230.

¹⁵¹ Vgl. Van der Pot/Elzinga, Hoogers & De Lange 2014, p. 251.

betrokken belangen afweegt.¹⁵² Het proportionaliteitsbeginsel zou daarnaast rechtstreeks gebaseerd kunnen worden op de rechtsstaat of de grondrechten. De grondwetsbepalingen en het rechtsbestel moeten in overeenstemming zijn met de algemeen aanvaarde rechtsbeginselen die ten grondslag liggen aan de constitutionele rechtsorde. Daarbij kan in het bijzonder de algemene bepaling een rol spelen.

Als toetsing van formele wetgeving aan het proportionaliteitsbeginsel wordt aanvaardt, is de volgende vraag hoe de proportionaliteitstoets moet worden vormgegeven. In navolging van het *Bundesverfassungsgericht* moeten drie elementen onderscheiden worden, namelijk geschiktheid, subsidiariteit en evenredigheid in strikte zin. Zoals hierboven beschreven, zijn het vereiste van ‘*pressing social need*’ en het pertinentiecriteria geen te onderscheiden vereisten. Daarom hoeven deze vereisten niet apart overgenomen te worden.

Geschiktheid

Als de maatregel niet geschikt is om het nagestreefde doel te bereiken, is de maatregel niet proportioneel. De geschiktheidstoets valt uiteen in een effectiviteitstoets en een coherentietoets. De effectiviteitstoets betekent dat er een bepaalde causale relatie moet bestaan tussen de maatregel en de verwezenlijking van het doel. De coherentietoets houdt in dat het doel op samenhangende en stelselmatige wijze moet worden nagestreefd.¹⁵³

Het geschiktheidsvereiste, met name het coherentieaspect, is vaak makkelijk toepasbaar en kan worden getoetst aan de hand van ‘het gezonde verstand’ van rechters. In andere zaken vergt het meer inspanning en moet het gebaseerd

¹⁵² De Moor-van Vugt 1995, p. 10.

¹⁵³ Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven & A-G P.J. Wattel, ECLI:NL:RVS:2021:1468, bij ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, AB 2022/120, m.nt. M. van Zanten.

worden op feitelijke, statistische of empirische informatie. Het leveren van bewijs door partijen wordt bemoeilijkt, omdat veelal een complexe relatie bestaat tussen het effect dat de maatregel bewerkstelligt en effecten die door de samenhang van andere factoren worden veroorzaakt. De eerste moeilijkheid van de geschiktheidstoets betreft aldus het bepalen van de mate van effectiviteit die is vereist om te kunnen spreken van ‘geschiktheid’. Door verschillende auteurs wordt betoogd dat het niveau van de vereiste effectiviteit evenredig moet zijn aan de ingrijpendheid van de maatregel: des te ingrijpender de inmenging is, des te strenger de rechterlijke toets moet zijn en des te hoger de eisen zijn die aan de geschiktheid worden gesteld.¹⁵⁴ De aantrekkingskracht van de geschiktheidstoets is echter dat deze toets objectiever is dan de strikte evenredigheidstoets. Door de vereiste mate van effectiviteit af te laten hangen van de ingrijpendheid van een maatregel, wordt het vereiste niveau bepaald door een betrekkelijk subjectief criterium. Daarom moet slechts een beperkte mate van effectiviteit vereist zijn: de maatregel moet *bijdragen* aan de verwezenlijking van het doel. Bij de toets van strikte evenredigheid kan vervolgens worden meegewogen in welke mate de maatregel effectief is gelet op het nagestreefde doel.

Subsidiariteit

Het subsidiariteitsvereiste houdt in dat geen even effectieve, maar minder belastende maatregelen beschikbaar waren om het doel te bereiken. Deze toets bestaat aldus uit twee stappen: eerst moet worden vastgesteld dat de gekozen maatregel minimaal op dezelfde wijze bijdraagt aan het behalen van het

¹⁵⁴ Gerards, *International Journal of Constitutional Law* 2013, afl. 12, p. 473-476. De moeilijkheden die Gerards noteert, gelden ten aanzien van het EHRM dat een andere positie heeft als de nationale rechter. Daarom is een vertaalslag gemaakt naar de positie van de nationale rechter.

nagestreefde doel als andere denkbare middelen, waarna wordt beoordeeld of de gekozen maatregel het minst ingrijpend is.¹⁵⁵

In de literatuur worden de volgende voordelen van subsidiariteit in voornamelijk een verticale toets onderscheiden.¹⁵⁶ Ten eerste heeft een strikt-verticale toets een rationele basis. Door de rationaliteit is de toets transparanter dan een horizontale toets, waarbij vaak onduidelijk is welk gewicht aan de verschillende factoren wordt toegekend. Dat brengt rechtsonzekerheid met zich, omdat kleine verschillen tot een verschillende uitkomst kunnen leiden. Ten tweede draagt de subsidiariteitstoets bij aan het ‘*priority-to-rights-principle*’, inhoudende dat aan rechten meer gewicht moet worden toegekend dan aan collectieve goederen. Bij een horizontale toets bestaat het gevaar dat de primaire focus wordt gelegd op het algemeen belang. Ten derde voorkomt de subsidiariteitstoets dat een maatregel te ver gaat in het beperken van de grondrechten. Ten vierde belet de subsidiariteitstoets dat onaanvaardbare motieven worden gediend.¹⁵⁷ Bijkomend voordeel is dat de rechter niet hoeft te oordelen dat de doelstelling illegitiem is en zich dus niet in politiek vaarwater hoeft te begeven, maar de zaak kan afdoen op de rationele subsidiariteitstoets.¹⁵⁸

De subsidiariteitstoets kent ook verschillende nadelen.¹⁵⁹ Het eerste nadeel is dat aan de toets een zekere mate van speculatie en daarmee willekeur is

¹⁵⁵ M. van Zanten, ‘6. Het ‘hernieuwd’ exceptief toetsen van algemeen verbindende voorschriften. Naar een meer verfijnde toepassing van het evenredigheidsbeginsel’, in: R.J.B. Schutgens e.a. (red.), *Toetsingsintensiteit. Een vergelijkende studie naar het variëren van de toetsingsintensiteit door de rechter*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 123-124.

¹⁵⁶ Zie Brems & Lavrysen, *Human Rights Law Review*, afl. 1, p. 145-147.

¹⁵⁷ Dit vergt enige nadere uitleg. Bij beperkingen van grond- en mensenrechten doet zich het probleem van verborgen motieven voor: een legitieme reden wordt aangevoerd om een recht te beperken, terwijl een illegitiem verborgen motief daaraan ten grondslag ligt. Vaak zal een maatregel ter bevordering van een verborgen motief verder gaan dan strikt noodzakelijk.

¹⁵⁸ Vgl. over de legitimiteit van de nagestreefde doelstellingen J.H. Gerards, *Belangenafweging bij rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten* (oratie Leiden), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 26-27.

¹⁵⁹ Zie Brems & Lavrysen, *Human Rights Law Review*, afl. 1, p. 148-150.

verbonden. Problemen van feitelijke en technische aard kunnen rijzen, in die zin dat rechters institutioneel niet zijn uitgerust om deze toets te verrichten, laat staan dat zij daartoe beter in staat zouden zijn dan de democratisch gelegitimeerde wetgever. Anderzijds moet aan de nationale autoriteiten geen rechtsvrije sfeer worden gelaten en is het belangrijk dat toezicht wordt gehouden op de gemaakte keuzes. Hoewel de rechter zelf inrichting geeft aan zijn taken en bevoegdheden, ligt het voor de hand dat de rechter terughoudendheid betracht bij de subsidiariteitstoets. De rechter zou in beginsel kunnen vertrouwen op de deskundigheid van de wetgevende macht, voor zover deze deskundigheid aanwezig is en de afweging dus voldoende betrouwbaar is. Daarnaast speelt de ernst van de beperking een grote rol: des te ingrijpender de maatregel, des te uitgebreider de motivering van de wetgever moet zijn. Een tweede nadeel hangt samen met de uitbreiding van de reikwijdte van mensenrechten. Daardoor moet op steeds meer terreinen de subsidiariteitstoets worden uitgevoerd, ook al heeft de maatregel slechts een indirect of triviaal effect op de mensenrechten. Het derde nadeel betreft de buitensporige last van de overheid inhoudende de algemene plicht de mensenrechten te optimaliseren door in elk concreet geval het minst restrictieve middel te kiezen. Vanwege deze twee nadelen kan overwogen worden de subsidiariteitstoets slechts in bepaalde gevallen doorslaggevend te laten zijn.

Daarnaast zijn er verschillende praktische vragen.¹⁶⁰ De eerste vraag betreft of de rechter een procedurele of materiële subsidiariteitstoets moet uitvoeren of een combinatie daarvan.¹⁶¹ Dit is aan de rechter. Mogelijk zal de rechter procedurele toets hanteren als parameter voor de intensiteit van de materiële

¹⁶⁰ Zie Brems & Lavrysen, *Human Rights Law Review*, afl. 1, p. 150-152.

¹⁶¹ Bij een procedurele toets toetst de rechter of de wetgever naar behoren heeft overwogen of er al dan niet een minder beperkende maatregel voorhanden is. Bij een materiële toets maakt de rechter een eigen beoordeling van de alternatieve middelen en de effectiviteit daarvan.

toets. De rechter toetst dan marginaal als de wetgever op bevredigende wijze alternatieven heeft overwogen. Overigens kan de rechter bij een marginale toets de onderliggende prognoses wel volledig toetsen. De marginale toets kan veranderen in een ‘gematigde’ of ‘volle’ toets door andere factoren, zoals de ernst van de inmenging.¹⁶²

Evenredigheid in strikte zin

Tot slot moet de evenredigheid in strikte zin worden getoetst.¹⁶³ De strikte evenredigheidstoets creëert ruimte voor rechterlijke belangenafweging. ‘Evenredigheid’ is een evaluatieve term. Wat evenredig is, is grotendeels een waardeoordeel.¹⁶⁴ De evenredigheidstoets bevat geen maatstaf aan de hand waarvan het waardeoordeel kan worden gemaakt en dus de verschillende belangen afgewogen kunnen worden.¹⁶⁵

Deze belangenafweging bestaat uit drie fasen. Ten eerste moeten de belangen geselecteerd worden, ten tweede moeten deze worden teruggebracht naar hetzelfde abstractieniveau, ten derde moet aan de belangen gewicht worden toegekend zodat ze tegen elkaar kunnen worden afgewogen. De derde fase biedt de rechter de gelegenheid om op basis van zijn eigen subjectieve waardeoordeel de proportionaliteitstoets in te vullen. Naar verwachting zal de rechter echter rekening houden met het feit dat hij niet de eerste instantie is die de belangenafweging maakt. In de literatuur bestaat overeenstemming dat

¹⁶² M. van Zanten, ‘6. Het ‘hernieuwd’ exceptief toetsen van algemeen verbindende voorschriften. Naar een meer verfijnde toepassing van het evenredigheidsbeginsel’, in: Schutgens e.a. 2022, p. 130-133.

¹⁶³ In tegenstelling tot de geschiktheid en subsidiariteit onderzoekt de rechter bij dit vereiste niet het verband tussen het doel en de maatregel die wordt ingezet om het doel te bereiken, maar het verband tussen het doel en de nadelen van de gekozen maatregel.

¹⁶⁴ Gerards 2006, p. 4.

¹⁶⁵ F.T. Groenewegen, ‘In hoeverre schrijft het evenredigheidsbeginsel iets voor?’, in: Nieuwenhuis, Schueler & Zoethout 2005, p. 13; M. van Zanten, ‘6. Het ‘hernieuwd’ exceptief toetsen van algemeen verbindende voorschriften. Naar een meer verfijnde toepassing van het evenredigheidsbeginsel’, in: Schutgens e.a. 2022, p. 120.

de rechter in beginsel de keuze van de wetgever moet volgen.¹⁶⁶ Dit komt omdat de wetgever het primaat heeft om wetgeving op te stellen. Voor het antwoord op de vraag wat dit betekent voor de rechterlijke toetsing ten aanzien van de derde fase kan mogelijk een parallel worden getrokken met het bestuur en de ontwikkelingen op het gebied van de marginale toets. De politiek-bestuurlijke ruimte van de wetgever dient hoe dan ook zwaar mee te wegen bij het bepalen van de toetsingsintensiteit van de rechter. De rechter zou kunnen overwegen wederom een procedurele toets te hanteren om de toetsingsintensiteit te bepalen.

Concluderend moet een proportionaliteitstoets opgenomen worden in de Grondwet. De proportionaliteitstoets dient te bestaan uit drie vereisten, namelijk geschiktheid, subsidiariteit en evenredigheid in strikte zin. Aan deze vereisten moet categorisch worden getoetst, dat brengt immers rechtszekerheid met zich. Overwogen kan echter worden om de subsidiariteit slechts in bepaalde gevallen doorslaggevend te laten zijn.

Plaats Grondwet

Op 1 maart 2023 oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State dat de (grond)wetgever zich buigt over de vraag of het toetsingsverbod in zijn huidige vorm gehandhaafd moet blijven. De Afdeling acht het niet aangewezen de gedachtevorming door de (grond)wetgever te doorkruisen door het toetsingsverbod anders uit te leggen dan voorheen.¹⁶⁷ Kortom: als de grondwetgever toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel wenst mogelijk te maken, dan moet de grondwetgever dit regelen. De grondwetgever kan het niet overlaten aan de ontwikkelingen in de rechtspraak. Het valt te betreuren dat de regering zich van deze problematiek niet bewust lijkt en in het

¹⁶⁶ Gerards 2006, p. 9.

¹⁶⁷ ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772, r.o. 9.9-9.10.

schriftelijk overleg inzake de beperkingssystematiek stelt dat de internationale en nationale grondrechten gezamenlijk een deugdelijk toetsingskader vormen.¹⁶⁸

De proportionaliteitstoets kan op twee manieren opgenomen worden in de Grondwet. Ten eerste kan het in de beperkingsclausules van de betrokken grondrechten worden vastgelegd. Ten tweede kan een algemene beperkingsclausule worden opgesteld die in aanvulling op de bijzondere beperkingsclausules geldt. De tweede optie heeft de voorkeur, omdat op deze manier overwogen kan worden de algemene beperkingsclausule ook van toepassing te laten zijn op algemene beperkingen van grondrechten. De algemene beperkingsclausule kan dan de redelijke uitleg en redelijke toepassing van algemene beperkingen vervangen. Zo vormt de beperkingssystematiek van de Grondwet weer het sluitstuk voor de beoordeling van inmengingen in de grondrechten.

¹⁶⁸ *Kamerstukken II 2022/23, 35786, nr. 9, p. 10-11 en 13.*

7. Verbetering toets ex ante

Algemeen

Blijkens art. 81 Gw is de vaststelling van formele wetgeving een gezamenlijke verantwoordelijkheid van de regering en de Staten-Generaal. De verantwoordelijkheid van regering en parlement zijn in principe van gelijk niveau. Het parlement moet aldus nagaan of zij een wetsvoorstel voor hun rekening willen nemen. Het beginsel van de democratische rechtsstaat pleit voor een prominente positie van het parlement bij de wetgevingsprocedure.¹⁶⁹ In hoofdstuk 6 is reeds uiteengezet dat bij grondrechtenbeperkingen een centrale rol is toegedicht aan de wetgever. Het beeld dat naar voren komt uit zowel art. 81 Gw als uit de rol van de wetgever bij grondrechtenbeperkingen, is dat het parlement zelfstandig een oordeel vormt over de vraag of voorgestelde wetgeving grondwettig is.¹⁷⁰ Van belang daarbij is ook art. 60 Gw, waarin is vastgelegd dat Kamerleden bij aanvaarding van hun ambt de eed afleggen en trouw zweren of beloven aan de Grondwet.

Een zelfstandig oordeel door de wetgever over de grondwettigheid van voorgestelde wetgeving vergt voldoende informatie, waaronder kennis over hoe hogere regels, zoals de Grondwet, geïnterpreteerd moeten worden en feitelijke informatie.¹⁷¹ In principe is er niets mis met de huidige parlementaire constitutionele toetsing.

¹⁶⁹ J.P. Loof, 'Het parlement, de mensenrechten en de zorgvuldigheid in het wetgevingsproces', in: R. de Lange (red.), *Wetgever en grondrechten. Staatsrechtconferentie 2007* (Publikaties van de Staatsrechtkring. Staatsrechtconferenties, nr. 12), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 90-91; P.P.T. Bovend'Eert (red.), *Parlement en kwaliteit van wetgeving. Verslag van het symposium, gehouden op 17 april 2003 ter gelegenheid van de algemene ledenvergadering van de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003, p. 51.

¹⁷⁰ J.P. Loof, 'Het parlement, de mensenrechten en de zorgvuldigheid in het wetgevingsproces', in: R. de Lange 2008, p. 92.

¹⁷¹ J.P. Loof, 'Het parlement, de mensenrechten en de zorgvuldigheid in het wetgevingsproces', in: R. de Lange 2008, p. 92.

Aan aandacht voor grondrechtenaspecten ontbreekt het niet in de Kamers.¹⁷²

De meeste ongrondwettige voorstellen maken het niet eens tot wetsontwerp, laat staan dat zij in het Staatsblad terechtkomen. Er is dus geen sprake van een dringend probleem. Zoals in deel I van deze initiatiefnota is beschreven, is het bijna ondoenlijk wetgeving aan te wijzen die duidelijk in strijd is met de Grondwet. Ten tweede is het aantal gevallen waarin de rechter formele wetgeving in strijd oordeelt met verdragsrechten vrij beperkt. Als de rechter al tot deze conclusie komt, gaat het veelal om verouderde wetgeving die de rechter bij de tijd brengt. De wetgeving is dan niet in eerste instantie onrechtmatig, maar de wetgever is te lang inactief gebleven. Ten derde zijn er weliswaar regelmatig zaken waarin Nederland op de vingers wordt getikt door onder meer het EHRM, maar in deze gevallen gaat het veelal over de uitvoering door het bestuur van de wetgeving in plaats van om de wetgeving zelf.¹⁷³

Dit deel van de initiatiefnota komt dan ook niet voort uit de gedachte dat de ex ante constitutionele toets slecht wordt uitgevoerd. Er zijn echter alsnog verschillende redenen om de toetsing ex ante te versterken. Ten eerste kan een versterkte aandacht voor conformiteit met de Grondwet een bijdrage leveren aan het vestigen van een constitutionele cultuur. Degene die normen toepast door actieve toepassing en toetsing, gaat de betreffende normen na verloop van tijd vaak in meer of mindere mate internaliseren.¹⁷⁴ Kortom: de Grondwet gaat meer leven onder de individuele Kamerleden, wat weer bijdraagt aan een versterking van de normativiteit van de Grondwet – één van de doelen van de invoering van rechterlijke constitutionele toetsing. Meerdere commissies

¹⁷² J.P. Loof, 'Het parlement, de mensenrechten en de zorgvuldigheid in het wetgevingsproces', in: R. de Lange 2008, p. III.

¹⁷³ R.J.B. Schutgens, 'Toetsing in het wetgevingsproces versterkt', *Regelmaat* 2012, afl. 4, p. 197-198.

¹⁷⁴ Schutgens, *Regelmaat* 2012, afl. 4, p. 198.

hebben onderzoek gedaan naar de normativiteit van de Grondwet en de versterking ervan. De Staatscommissie Grondwet concludeerde in 2010 dat het kwetsief is of de Grondwet in het wetgevingsproces de aandacht krijgt die zij verdient, reden waarom de betekenis van de Grondwet in de wetgevingsprocedure vergroot diende te worden. Ook de Nationale Conventie pleitte voor verbetering van grondwettelijk toetsing in het wetgevingsproces. Meer recent deed de Staatscommissie parlementair stelsel in 2018 enkele voorstellen tot de versterking van de constitutionele toets in het wetgevingsproces. Daarnaast draagt actievere toetsing vóóraf bij aan wetgevingskwaliteit en de legitimiteit van wetgeving. Wetgeving berust bij een uitgebreide en zorgvuldige ex ante toets op een zorgvuldige afweging van feiten en argumenten. Alle effecten van wetgeving, zowel voordelig als nadelig, dienen in kaart te worden gebracht om te bezien of de nadelen opwegen tegen de voordelen. Het is waarschijnlijk dat de wetgever daartoe institutioneel beter in staat is dan de rechter. De wetgever heeft immers meer tijd om feiten te verzamelen en loopt niet het risico beschuldigd te worden van partijdigheid als hij derden uitnodigt om hun visie toe te lichten. Ook hoeft de wetgever niet te letten op de redelijke termijn van de procedure. De wetsprocedure en het ambtelijke voortraject bieden dus veel gelegenheid voor grondig onderzoek naar de relevante feiten.¹⁷⁵ Dat is belangrijk, aangezien de beoordeling van de gerechtvaardigheid van een grondrechtenbeperving objectiever van aard wordt naarmate meer informatie beschikbaar is. Zoals in hoofdstuk 6 is beschreven, zijn bijvoorbeeld de vereisten van geschiktheid en subsidiariteit objectiever van aard dan de evenredigheid in strikte zin. De geschiktheid en subsidiariteit van een maatregel kunnen beter beoordeeld worden naarmate meer relevante informatie beschikbaar is. Daar komt nog bij dat de wetgever beter in staat is het totale effect van grondrechtenbeperkende maatregelen te

¹⁷⁵ Schutgens, *Regelmaat* 2012, afl. 4, p. 199.

beoordelen. Hierbij moet worden opgemerkt dat onder druk van veranderingen in economie en samenleving wijzigingen van wetgeving vaak onder grote tijdsdruk tot stand komen, waardoor niet is gewaarborgd dat voldoende tijd en ruimte wordt genomen om wetsvoorstellen op constitutionele houdbaarheid te beoordelen.¹⁷⁶ Voorts heeft constitutionele toetsing ex ante een praktisch belang. Voorkomen moet worden dat ambtelijke, politieke en financiële capaciteit wordt besteed aan de voorbereiding van wetgeving die constitutioneel onhoudbaar is.

Er zijn dus verschillende redenen om aandacht te besteden aan de constitutionele toetsing ex ante. De vraag is hoe dit zich verhoudt tot het voornemen om rechterlijke constitutionele toetsing mogelijk te maken. Zowel het aannemen als het verwerpen van het voorstel tot constitutionele toetsing moet leiden tot evaluatie van constitutionele toetsing ex ante.¹⁷⁷ Als de rechter bevoegd wordt wetten in formele zin aan (een gedeelte van) de Grondwet te toetsen, dan moet in het wetgevingsproces actiever en kritischer getoetst worden aan de Grondwet zelf. Als constitutionele toetsing wordt verworpen, maakt het parlement een bewuste keuze om rechterlijke toetsing nog steeds uit te sluiten. Het wetgevingsproces zou in dat geval om verschillende redenen geacht worden een betere plek te zijn om de toetsing te verrichten dan een proces bij de rechter. Het wetgevingsproces dient dan ook daadwerkelijk een betere plek te zijn.¹⁷⁸

¹⁷⁶ Verslag symposium over constitutionele toetsing d.d. 2 juni 2016, p. 7-8; een bekend voorbeeld betreft de nota van wijziging bij de tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding. Zonder advies te vragen aan de Afdeling advisering van de Raad van State is door de Tweede Kamer de wettelijke bevoegdheid goedgekeurd tot het houden van elektronisch toezicht door middel van een enkelband. Door de Tweede Kamer werd er geen enkele vraag over gesteld.

¹⁷⁷ Schutgens, *Regelmaat* 2012, afl. 4, p. 196.

¹⁷⁸ Schutgens, *Regelmaat* 2012, afl. 4, p. 196.

Hoe de constitutionele toets ex ante kan worden verbeterd verdient zelfstandige studie. Bij de verbetering van de toetsing ex ante kan onder andere aansluiting worden gezocht bij eerdere voorstellen. Daarbij moet in het oog worden gehouden dat in het wetgevingsproces drie actoren achtereenvolgens een rol spelen bij de totstandkoming van formele wetgeving: de regering en haar ambtenaren, de Raad van State en tot slot de Staten-Generaal.¹⁷⁹

Voorstellen tot verbetering kunnen dus deze organen betreffen. Een voor de hand liggende, en meermaals voorgestelde, eerste stap naar een versterkte ex ante toets betreft een grotere ambtelijke expertise op juridisch-grondrechtelijk terrein. Technisch-juridische expertise is echter een ondergrens. De wetgever dient méér te doen dan enkel het bewaken van de ondergrens. Zoals beschreven in hoofdstuk 6 staat de wetgever immers centraal bij het bewaken van de grondrechten. Deze taak dient hij dan ook serieus te nemen.¹⁸⁰ De wetgever moet kritisch en indringend toetsen of de gekozen wetgeving geschikt, noodzakelijk en proportioneel is. Het dient dan niet te gaan om de ondergrens, maar juist ook om de politieke beoordeling van deze elementen. Doordat de wetgever democratisch gelegitimeerd is, heeft de wetgever in tegenstelling tot de rechter, een vrije positie om de elementen te beoordelen. Zonder zijn staatsrechtelijke positie in gevaar te brengen of afbreuk te doen

¹⁷⁹ Vermeulen en Van Roosmalen beschrijven de relatie van de Afdeling advisering ten opzichte van de wetgever en regering in vergelijking met de rechter als volgt: *“Ten slotte staat de Afdeling in een andere relatie ten opzichte van wetgever en regering dan de onafhankelijke rechter, die uit hoofde van de machtscheiding veelal een zekere terughoudendheid moet betrachten. De Afdeling maakt immers onderdeel uit van het wetgevingsproces, waardoor haar constitutionele toetsing ook een staatkundige component heeft. Dat kan enerzijds leiden tot een indringender en vergaander juridische toetsing (de Afdeling staat minder op afstand dan de rechter), terwijl ook andere dan zuiver juridische aspecten (beleidsanalytische, staatkundige en dergelijke) meegewogen worden. Anderzijds kan die positie ook leiden tot een (andere dan rechterlijke) vorm van terughoudendheid, vanuit de wetenschap dat de Afdeling advisering slechts een voorlopig oordeel is dat ziet op toekomstig recht, hetgeen niet uitsluit dat vervolgens in het antwoord daarop van de regering, dan wel in de verdere loop van het wetgevingsproces een andere of nadere argumentatie gegeven wordt waarom het betreffende voorstel – toch – door de constitutionele beugel kan. Constitutionele toetsing in het kader van de wetsadvisering door de Afdeling verschilt derhalve wezenlijk van constitutionele rechterlijke toetsing.”* Zie B.P. Vermeulen & H.J.Th.M. van Roosmalen, ‘De constitutionele toetsing door de Raad van State’, *Regelmaat* 2012, afl. 4, p. 215.

¹⁸⁰ Schutgens, *Regelmaat* 2012, afl. 4, p. 201.

aan de machtscheiding, kan en mag de wetgever de grondrechten actiever beschermen dan de rechter. Hierbij speelt ook dat kennis alleen onvoldoende is. Constitutionele toetsing (bijvoorbeeld door de regering en haar ambtenaren) is slechts succesvol als de toetsing voldoende tot haar recht komt en met die uitkomsten rekening wordt gehouden in het vervolg van het besluitvormingsproces.¹⁸¹

Voordat verschillende voorstellen worden behandeld om de ex ante toets te verbeteren, moet nog de nadruk worden gelegd op een laatste punt. In de literatuur wordt namelijk gesignaleerd dat de Staten-Generaal zich niet zelfstandig opstellen tegenover de regering. Ten aanzien van de grond- en mensenrechtenaspecten van een wetsvoorstel worden weliswaar vragen gesteld door Kamerleden aan de regering, waarbij de regering uitgebreid antwoord geeft, maar veelal legt de Kamer zich vervolgens bij het antwoord neer. Daarbij speelt onder meer dat het lastig is voor Kamerleden om tegenwicht te bieden aan de kennis en deskundigheid van het ambtelijke apparaat van de regering. Het antwoord van de regering leidt niet vaak tot het indienen en aanvaarden van amendementen om spanning met mensenrechten weg te nemen.¹⁸² Het onthouden van goedkeuring aan een regeringsvoorstel vanwege mensenrechtelijke bezwaren gebeurt in het geheel niet.

Kortom, genoeg redenen om aandacht te besteden aan de toetsing ex ante van grondrechtenbeperkingen. In de literatuur lijkt op hoofdlijnen overeenstemming te bestaan dat de toets het best kan worden versterkt door verbetering van de dialoog tussen de verschillende ambten die een rol spelen in het wetgevingsproces. Deze verbeterde dialoog kan onder meer worden

¹⁸¹ Verslag symposium over constitutionele toetsing d.d. 2 juni 2016, p. 9.

¹⁸² J.P. Loof, 'Het parlement, de mensenrechten en de zorgvuldigheid in het wetgevingsproces', in: R. de Lange 2008, p. 112.

bereikt door bewustere en beter geïnformeerde afwegingen door het parlement en de Raad van State en door het parlement een zelfstandigere positie tegenover de regering te geven.

Indringender motiveren Raad van State en verzwaarde motiveringsplichten

Een veelgehoord idee betreft het versterken van de motivering door de Raad van State van constitutionele aspecten. Dat voorstel komt niet geheel uit de lucht vallen. De Raad van State heeft deze aanbeveling immers ook zelf gedaan.¹⁸³ De Raad van State concludeerde dat de motivering van enkele adviezen te summier was. Onvoldoende zichtbaar was waarom tot bepaalde adviezen werd gekomen. Tegelijkertijd werden de adviezen (te) vaak in vragende zin geformuleerd. De regering zou eerder geneigd zijn vast te houden aan het eigen standpunt als de Raad niet tot strijdigheid met hoger recht concludeert, maar een wijziging of heroverweging van het voorstel bepleit.¹⁸⁴ Het rapport beval dan ook aan om met name ten aanzien van constitutionele aspecten indringender te motiveren. Daarbij past de aanbeveling om meer en intensiever aan de Grondwet te toetsen. Vaak beperkt de Raad van State zich – waarschijnlijk vanuit het toetsingsverbod – tot toetsing aan verdragsrechten, waardoor conformiteit met de Grondwet naar de achtergrond verdwijnt. Dit terwijl de Raad van State in het verleden regelmatig de formele beperkingsclausules heeft ingevuld met materiële toetsingskaders. Door een dergelijke toetsing wordt de positie van de Grondwet versterkt. Daarop aanhakend is ook het Constitutioneel Beraad van belang. Dit is de vaste Commissie van de Raad van State voor constitutionele vragen die als taak heeft

¹⁸³ J.C.A. de Poorter & H.J.Th.M. van Roosmalen, *Rol en betekenis van de Grondwet. Constitutionele toetsing in relatie tot de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2010, p. 144 en 148.

¹⁸⁴ Vermeulen & Van Roosmalen, *Regelmaat* 2012, afl. 4, p. 214; Verhey 2009, p. 20-21.

preadviezen te geven over vraagstukken over de Grondwet en grondrechten, in het algemeen en in concrete zaken.¹⁸⁵ Gedacht kan worden om deze commissie te institutionaliseren en de adviezen openbaar te maken.¹⁸⁶ Momenteel wordt volstaan met het opnemen van een korte alinea in het jaarverslag over de werkzaamheden van het Constitutioneel Beraad.

Voorts is het de Raad van State op grond van art. 21 Wet RvS toegestaan om spontaan te adviseren. De Raad van State kan vaker van deze bevoegdheid gebruikmaken om over belangrijke constitutionele aspecten te adviseren. De Raad van State moet er daarbij wel voor waken dat in de politiek niet de reflex ontstaat dat ze zich er te vaak in mengen.

Deze aanbevelingen zijn door de Raad van State zelf te realiseren. Een andere aanbeveling betreft echter de regering, namelijk een verzwaarde motiveringsplicht bij het passeren van een negatief advies van de Raad van State. In het Nader rapport zou de regering dragende argumenten moeten aanvoeren die het achterwege late van aanpassingen rechtvaardigen. Om dit te realiseren dient in wetgeving de mogelijke dicta te worden vastgelegd en vanaf welk dictum een verzwaarde motiveringsplicht voor de regering geldt.

Ook zou verplicht kunnen worden dat een nieuw advies wordt gevraagd nadat wijzigingen in een wetsvoorstel zijn aangebracht die betrekking hebben op constitutionele aangelegenheden. Op grond van artikel 21a van de Wet RvS heeft de Eerste Kamer het recht om opnieuw voorlichting te vragen bij de Afdeling advisering van de Raad van State over wetsvoorstellen die zijn gewijzigd of geamendeerd door de Tweede Kamer. Echter, tot nog toe is de Eerste Kamer daarvoor afhankelijk van de meerderheid. Art. 18 Wet RvS dient

¹⁸⁵ Raad van State, *Jaarverslag 2021*.

¹⁸⁶ Herreveld, *WFR 2022/233*, p. 1473-1474.

daartoe aangepast te worden, zodat bijvoorbeeld een derde van het grondwettelijk aantal leden van de Kamer een advies kan vragen aan de Raad van State over een amendement of nota van wijziging.

Versterking van de positie van de Staten-Generaal: een Algemene Commissie voor grondrechten en constitutionele toetsing

Om de toetsing door het parlement te versterken is het instellen van een algemene Kamercommissie(s) voor grondrechten en constitutionele toetsing het overwegen waard.¹⁸⁷ Zoals bekend, worden in het huidige stelsel wetsvoorstellen voorbereid door vaste, aan de ministeriële departementen gekoppelde commissies. Deze commissies behandelen niet slechts de constitutionaliteit van een wetsvoorstel, maar ook alle andere beleidsmatige, politieke en financiële aspecten. Het is mogelijk dat de constitutionaliteit van het wetsvoorstel daardoor niet de aandacht krijgt die het verdient.¹⁸⁸ Een algemene commissie die tot taak heeft de constitutionaliteit van wetsvoorstellen te behandelen, kan aan dit bezwaar tegemoet komen. Deze commissie rapporteert dan zelfstandig en naast de departementale commissie over het wetsvoorstel aan de Kamer. Zoals beschreven moet het daarbij niet gaan om een juridische ondergrens, maar dient het een kritische politieke toetsing te verrichten, waarbij de juridische toelaatbaarheid gelet op de minimumgrenzen niet voldoende is.¹⁸⁹ Deze commissie moet voldoende ambtelijke ondersteuning hebben net als een netwerk van contacten en instanties die als expert kunnen optreden over grondrechtenaspecten in wetgeving. Zoals reeds beschreven, kunnen daarbij hoorzittingen en eigen

¹⁸⁷ Het lid Taverne heeft reeds een voorstel gedaan om een Kamercommissie voor constitutionele zaken in te stellen.

¹⁸⁸ Schutgens, *Regelmaat* 2012, afl. 4, p. 204.

¹⁸⁹ Schutgens, *Regelmaat* 2012, afl. 4, p. 206.

onderzoek een gewichtige rol spelen. De betrokkenheid van deskundigen zal bijdragen aan het vertrouwen in de commissie. Deze betrokkenheid dient daarbij gestructureerd te zijn en kan niet berusten op willekeurige keuzes. De werkzaamheden dienen transparant te zijn.¹⁹⁰

Deze commissie komt ook tegemoet aan het bezwaar dat de stroom aan informatie en opinies over (vermeende) mensenrechtelijke knelpunten bij sommige wetsvoorstellen erg groot is, waardoor de Kamerleden geen overzicht meer hebben.¹⁹¹ De commissie kan immers de relevante informatie selecteren. Daarbij krijgen de Kamerleden naast het bredere advies van de Raad van State, één samenhangende opinie over de grondrechtenaspecten.¹⁹² Bijkomend voordeel is dat de intensievere toetsing tijdens de wetsprocedure waarschijnlijk ertoe leidt dat de regering haar voorstellen vooraf kritischer en zorgvuldiger beoordeelt.¹⁹³ Ook wordt met een dergelijke commissie ervaring opgedaan met het inzichtelijker en zichtbaarder maken van de toetsende taak van de Tweede Kamer.¹⁹⁴

Kortom: er wordt uitgebreid vooronderzoek gedaan door de commissie.¹⁹⁵ Het parlement kan immers slechts een rol van betekenis spelen bij wetgeving als het onafhankelijk van de regering kennis en inzicht verwerft omtrent de achtergronden van een wetsvoorstel. Het voorbereidend onderzoek van een commissie moet er aldus op gericht zijn zelfstandig de expertise te verwerken en aldus zelfstandig onderzoek te doen. Een Kamercommissie is bij uitstek

¹⁹⁰ Verslag symposium over constitutionele toetsing d.d. 2 juni 2016, p. 18.

¹⁹¹ J.P. Loof, 'Het parlement, de mensenrechten en de zorgvuldigheid in het wetgevingsproces', in: R. de Lange 2008, p. 115.

¹⁹² Vgl. J.P. Loof, 'Het parlement, de mensenrechten en de zorgvuldigheid in het wetgevingsproces', in: R. de Lange 2008, p. 115.

¹⁹³ Schutgens, *Regelmaat* 2012, afl. 4, p. 204.

¹⁹⁴ *Kamerstukken II* 2016/17, 34 665, nr. 1.

¹⁹⁵ Zie P.P.T. Bovend'Eert, 'De wetgevende macht van het parlement', in: J.Th.J. van en Berg, L.F.M. Verhey & J.L.W. Broeksteeg, *Het Parlement. Staatsrechtconferentie 2006 Universiteit Maastricht* (Publicaties van de Staatsrechtkring, nr. 11), Nijmegen: WLP 2007, p. 110-114.

geschikt om dit feitenonderzoek te verrichten. De Kamer heeft immers voldoende middelen en bevoegdheden. Daarbij kan de commissie zich concentreren op de informatie die relevant is voor de verschillende vereisten van de proportionaliteitstoets, zoals beschreven in hoofdstuk 6 (geschiktheid, subsidiariteit, proportionaliteit). Het huidige Reglement van Orde biedt voldoende mogelijkheden om het onderzoek vorm te geven. Blijkens art. 7.25 RvOTK is een commissie in ieder geval bevoegd stukken op te vragen bij de minister, mondeling en schriftelijk in overleg te treden met een minister, rondetafelgesprekken, hoorzittingen en technische briefings te houden, werkbezoeken af te leggen, zich te laten voorlichten door colleges van advies, externe deskundigen in te schakelen en rapporteurs te benoemen. De commissie kan aldus een grondig zelfstandig parlementair onderzoek verrichten. Het volgende vast draaiboek zou gevolgd kunnen worden bij de behandeling van wetsvoorstellen. Ten eerste zou de commissie achtergrondinformatie verzamelen en externe deskundigen verzoeken schriftelijk advies uit te brengen. Daardoor kan een wetgevingsrapport worden opgesteld. Vervolgens zou de commissie hoorzittingen houden en/of rondetafelgesprekken organiseren, waarin deskundigen en belanghebbenden een (nadere) toelichting geven. Na de hoorzittingen zou een schriftelijk en mondeling overleg kunnen volgen met de verantwoordelijke minister en de ambtenaren. Dit uitgebreide vooronderzoek stelt de commissie en de plenaire vergadering in staat een beter oordeel te vormen over de grondwettigheid van een wetsvoorstel. Bovendien heeft een dergelijk onderzoek een sterk legitimerende functie en draagt het bij aan de kwaliteit van wetgeving. Door een zorgvuldige afweging van belangen versterkt het vertrouwen in en het gezag van de wetgever.¹⁹⁶ Hiervoor zal waarschijnlijk het Reglement zodanig

¹⁹⁶ Bovend'Eert 2007, p. 110-114.

moeten worden aangepast dat het wetsvoorstel niet uitsluitend wordt toebedeeld aan vaste commissies.¹⁹⁷

Na het uitgebreide vooronderzoek door de commissie, dienen de commissieleden een zelfstandig oordeel te vormen en conclusies en aanbevelingen kenbaar te maken aan de Kamer. De commissie dient dus ook daadwerkelijk een zelfstandig oordeel te vormen. Wanneer de commissie een oordeel heeft gegeven over het wetsvoorstel en de ingediende amendementen, dient de commissie de bevindingen vast te leggen in een rapportage en die over te leggen aan de plenaire vergadering. Bij de behandeling moet de mogelijkheid bestaan dat een Kamerlid namens de commissie de standpunten kenbaar maakt en verdedigt.

Actievere houding van de Staten-Generaal

Het enkel instellen van een commissie is niet voldoende. Het is slechts een eerste stap in het minder volgzzaam opstellen ten opzichte van de regering en dus onafhankelijk van de regering een oordeel vormen over de grondwettigheid van wetsvoorstellen. Daarnaast is een andere houding vereist. De aandacht voor mensenrechten tijdens de behandeling van een wetsvoorstel door het parlement leidt zelden tot het indienen en aanvaarden van amendementen om spanningen met de Grondwet en/of mensenrechten weg te nemen.¹⁹⁸ Kortom, de Staten-Generaal lijken zich vooralsnog lijdzaam op te stellen. De regering trekt de Kamers soms over de streep met toezeggingen over evaluaties. Vervolgens wordt een lijdzame houding aangenomen of de evaluaties daadwerkelijk worden uitgevoerd.¹⁹⁹ Dit terwijl als de Kamer slechts wil instemmen als een evaluatie wordt ingevoerd, een groot deel van de Kamer

¹⁹⁷ Zie art. 9.1 Reglement van Orde van de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

¹⁹⁸ J.P. Loof, 'Het parlement, de mensenrechten en de zorgvuldigheid in het wetgevingsproces', in: R. de Lange 2008, p. 112.

¹⁹⁹ Schutgens, *Regelmaat* 2012, afl. 4, p. 206.

er rekening mee houdt dat de voordelen van de wetgeving mogelijk niet voldoende opwegen tegen de nadelen ervan. Zelden wordt echter een wet ingetrokken die de grondrechten beperkt. Reeds hierom zou bij grondrechtsbeperkende wetgeving waarvan het nut wordt betwijfeld, geen genoeg moeten worden genomen met de beloftes van evaluaties, maar moet een wet van beperkte duur worden aangenomen, zodat het nut en de noodzaak van een verlenging aangetoond moeten worden. Hetzelfde geldt ten aanzien van beloftes dat grondrechtsbeperkende bevoegdheden terughoudend zullen worden toegepast. In de parlementaire stukken dient in die gevallen aangegeven te worden wat nog aanvaardbaar wordt geacht.²⁰⁰

De Staten-Generaal dienen zich aldus actiever op te stellen. Zij dienen meer onderzoek te doen naar de constitutionnalité van wetgevende maatregelen waarbij zij zich onafhankelijk van de regering moeten opstellen. De Kamers moeten voldoende onderzoekscapaciteit hebben. De hierboven beschreven commissie kan daarbij helpen. Daarnaast moet er oog zijn voor het monitoren van de uitvoeringspraktijk. Het bereikte resultaat moet worden gemeten en geëvalueerd. Dat is immers de motor van het herbezinningsproces dat mogelijk leidt tot wijzigingen van wetgeving.²⁰¹ Hierbij moet worden bedacht dat een daadwerkelijke versterking van de wetgevingsfunctie van het parlement slechts kan worden bewerkstelligd met aanzienlijke uitbreiding van de ambtelijke ondersteuning.²⁰² Daarbij kan met name worden gedacht aan versterking van de ambtelijke ondersteuning van commissies. Een kwalitatief hoogwaardige commissiestaf kan een belangrijke bijdrage leveren aan de versterking van commissies in de wetsprocedure. Het voordeel van de versterking van de ambtelijke ondersteuning van commissies boven het

²⁰⁰ Schutgens, *Regelmaat* 2012, afl. 4, p. 207-208.

²⁰¹ J.P. Loof, 'Het parlement, de mensenrechten en de zorgvuldigheid in het wetgevingsproces', in: R. de Lange 2008, p. 118.

²⁰² Bovend'Eert 2007, p. 114.

versterken van fractie- of kamerlidondersteuning, is dat per commissie specifieke, hoogwaardige wetgevingsexpertise opgebouwd kan worden, die beschikbaar is voor alle commissieleden. Meer specifiek gericht op de commissie voor constitutionele zaken kan hoogwaardige wetgevingsexpertise worden opgebouwd ten aanzien van de constitutionele aspecten. Ook kan deze ambtelijke ondersteuning in het oog houden hoe groot het effect is van meerdere wetgevingsmaatregelen tezamen en eventueel de effecten van maatregelen evalueren.²⁰³

Vaststelling van gemeenschappelijk kader toetsing grondrechten

Tot nog toe passen de verschillende actoren in het wetgevingsproces uiteenlopende criteria toe.²⁰⁴ De toetsing in het wetsproces zou erbij gebaat zijn als alle actoren hetzelfde toetsingskader hanteren t.a.v. de constitutionaliteit van het wetsvoorstel. Tot nog toe wordt wisselvallig aan verschillende vereisten getoetst.²⁰⁵ Het vastleggen van een toetsingskader vermindert deze wisselvalligheid, waardoor de verschillende vereisten van het toetsingskader een duidelijke invulling krijgen en de rechtszekerheid van rechtszoekende burgers versterkt.

²⁰³ Bovend'Eert 2007, p. 114.

²⁰⁴ C.A. Everse, *Toetsing aan grondrechten. Over de versterking van de grondrechtentoetsing in het Nederlandse wetgevingsproces*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2014, p. 67.

²⁰⁵ Schutgens, *Regelmaat* 2012, afl. 4, p. 208. Zo heeft de regering de Handreiking Constitutionele Toetsing tot stand gebracht, zie *Kamerstukken II 2022/23*, 35786, nr. 9, p. 9. Deze handreiking is later opgenomen in het Integraal afwegingskader voor beleid en regelgeving. Inmiddels heeft het Beleidskompas het Integraal afwegingskader voor beleid en regelgeving vervangen, zie *Kamerstukken II 2022/2023*, 36 200 VI, nr. 10. De Raad van State heeft een eigen afwegingskader ontwikkeld. Deze is te raadplegen via: <https://www.raadvanstate.nl/@125919/aanvulling-toetsingskader/>.

8. Beslispunten

Deze nota is gericht op het aandragen van voorstellen aan het kabinet met betrekking tot de invoering van constitutionele toetsing, om meer recht te doen aan de nagestreefde doelen; versteviging van de rechtspositie van de burger en versterking van de normativiteit van de Grondwet. Met deze voorstellen wordt niet alleen de rechtzoekende burger een uitgebreidere en verbeterde grondrechtenbescherming toegekend, maar wordt ook aan de Grondwet een grotere relevantie toegekend, waardoor de Grondwet het voornaamste basisdocument van de democratische rechtsstaat blijft.

Daartoe stel ik de Kamer voor ermee in te stemmen het kabinet te verzoeken om de volgende voorstellen om te zetten in wetsvoorstellen:

1. Schrap het toetsingsverbod van art. 120 Gw gedeeltelijk, namelijk wat betreft de toetsing aan klassieke grondrechten van de Grondwet en soortgelijke bepalingen, alsook de toetsing aan bepaalde institutioneel-organisatorische bepalingen;²⁰⁶
2. Maak enkel een nieuw op te richten constitutioneel hof bevoegd tot de toetsing aan klassieke grondrechten van de Grondwet en soortgelijke bepalingen, alsook de toetsing aan bepaalde institutioneel-organisatorische bepalingen;
3. Maak deze toetsing mogelijk vanaf het moment dat de betreffende wet wordt gepubliceerd in het Staatsblad;
4. Ken het constitutioneel hof de bevoegdheid toe bepaalde bestuurlijke geschillen te beslechten;

²⁰⁶ Zie hiervoor p. 18.

5. Leg vast dat de toetsing van klassieke grondrechten en soortgelijke bepalingen door het constitutioneel hof geschiedt door middel van een prejudiciële procedure;
6. Regel met betrekking tot de toetsing aan organisatorische-institutionele bepalingen, alsook de beslechting van bestuurlijke geschillen, de rechtstreekse toegankelijkheid bij het constitutioneel hof van een limitatieve lijst staatsorganen;²⁰⁷
7. Leg vast dat het constitutioneel hof de bevoegdheid heeft wetten wegens onverenigbaarheid met de Grondwet buiten toepassing te laten en onverbindend te verklaren;
8. Neem een proportionaliteitstoets op in de Grondwet, bij voorkeur in een algemene beperkingsclausule, waarin wordt bepaald dat grondrechtenbeperkingen moeten voldoen aan drie vereisten, namelijk geschiktheid, subsidiariteit en evenredigheid in strikte zin;

Daarnaast wordt de Kamer gevraagd het volgende voorstel ter hand te nemen:

9. Verricht een zelfstandige studie naar hoe de constitutionele toets ex ante kan worden verbeterd, waarbij onder meer de volgende opties worden onderzocht: de mogelijkheid van verzwaarde motiveringsplichten voor de regering, de mogelijkheid voor de Eerste Kamer om wetsvoorstellen die zijn gewijzigd of geamendeerd bij de Tweede Kamer opnieuw voor te leggen aan de Afdeling advisering van de Raad van State;
10. Stel een Algemene Commissie in voor grondrechten en constitutionele toetsing bij de Tweede Kamer.

²⁰⁷ Zie hiervoor p. 41.

9. Financiële consequenties

De financiële gevolgen van de voorstellen zijn afhankelijk van de wijze waarop de voorstellen worden overgenomen en ingevuld. De kosten zijn zodoende nog niet bekend. Voor de inrichting van het constitutioneel hof, alsook de verbetering van de toetsing ex ante, zullen fondsen beschikbaar gesteld moeten worden. Mogelijk wordt in het kader van de invoering van constitutionele toetsing ervoor gekozen om de rechtspraak een aparte begroting te geven, waarbij rekening wordt gehouden met het constitutionele hof. Tegelijkertijd zal de verbetering van de toetsing ex ante op termijn leiden tot transparantere en meer overwogen wetgeving, wat leidt tot kostenbesparing. Tevens dienen de voorstellen de rechtsbescherming van de burger alsook de normativiteit van de Grondwet, wat weliswaar niet financieel meetbaar is, maar wel indirect kostenbesparend.

10. Verantwoording en dank

De initiatiefnemer is Joëlle Heijl en Maud Heldens zeer veel dank verschuldigd voor het grondige onderzoek, het organiseren van achtergrondgesprekken en het opstellen van deze nota.

Pieter Omtzigt