

Wijziging van de Grondwet ter invoering van de rechterlijke bevoegdheid om wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet te toetsen en de toevoeging van een bepaling inzake beperkingen van grondrechten

[KetenID WGK026600]

MEMORIE VAN TOELICHTING

I Algemeen

1. Inleiding

De Grondwet schrijft sinds 1848 voor dat rechters niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten treden. Dit wetsvoorstel beoogt dit toetsingsverbod, dat sinds 1983 in artikel 120 van de Grondwet is neergelegd, gedeeltelijk op te heffen. Meer concreet strekt het ertoe rechters de bevoegdheid te verlenen om in werking getreden wetten voortaan te toetsen aan de klassieke grondrechten uit hoofdstuk 1 van de Grondwet. In het verlengde daarvan voegt dit wetsvoorstel een nieuwe bepaling toe aan de Grondwet, waarin algemene materiële vereisten zijn vervat voor beperkingen van grondrechten. Deze aanpassingen van de Grondwet dienen twee doelstellingen: de versterking van de rechtsbescherming van burgers in Nederland en de bevordering van een grondwettelijke cultuur.

De wenselijkheid van een volledig grondwettelijk toetsingsverbod is al langere tijd onderwerp van discussie. Een eerdere poging uit 2002 om artikel 120 van de Grondwet aan te passen strandde in 2018, nadat het daartoe strekkende wetsvoorstel vervallen werd verklaard omdat de tweede lezing daarvan niet tijdig was afgerond. In het huidige tijdperk bestaat er nieuw politiek en maatschappelijk momentum voor wijziging van deze grondwetsbepaling. Mede naar aanleiding van de Kinderopvangtoeslagenaffaire leeft het besef dat de Grondwet haar opdracht om de grondrechten en de democratische rechtsstaat te waarborgen, niet goed kan waarmaken wanneer de rechter niet de bevoegdheid heeft om wetten aan fundamentele rechten van burgers uit de Grondwet te toetsen. De reeds bestaande mogelijkheid voor rechters om wetten aan internationale en Europese mensenrechten te toetsen is niet in alle gevallen afdoende om deze rechtsbescherming te verzekeren en het toetsingsverbod doet bovendien onvoldoende recht aan de intrinsieke waarde van de Grondwet voor de samenleving.

De met dit voorstel beoogde grondwetsherziening kan los worden gezien van een andere grondwetsherziening die wordt voorbereid, te weten: de instelling van een grondwettelijk hof.¹ Aangezien beide onderwerpen conceptueel van elkaar kunnen worden onderscheiden, is ervoor gekozen deze niet onder te brengen in één integraal wetsvoorstel maar te regelen in twee afzonderlijke voorstellen.

Dit voorstel heeft de vorm van een voorstel van rijkswet. Dit vloeit voort uit artikel 49 van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden. In paragraaf 7 zal hier nader op in worden gegaan.

2. Aanleiding voor het voorstel en doelstellingen

Binnen onze rechtsorde neemt de wet een bijzondere plaats in. Als geen andere regeling kan zij worden gezien als de uitdrukking van de volkswil, door het aandeel in het wetgevingsproces van de Staten-Generaal. Dat geeft wetten legitimiteit en gezag. Als gevolg van enkele affaires, meest in het bijzonder die van de Kinderopvangtoeslagen, is de afgelopen jaren het inzicht gegroeid dat betere waarborgen nodig zijn tegen wetten die disproportioneel veel leed veroorzaken in het leven van mensen. De waarborgen zijn bij uitstek te vinden in hoofdstuk 1 van de Grondwet, dat de grondrechten bevat. Niet voor niets plaatste de grondwetgever deze grondrechten bij de laatste grote herziening, in 1983, helemaal vooraan in de Grondwet. Hiervan ging een symbolische

¹ Zie voor samenhang de contourennota, *Kamerstukken II 2024/25*, 36 600-VII, nr. 129.

boodschap uit, die inhield dat niet de instituties maar de burgers centraal staan in het constitutionele recht.

Ruim veertig jaar later moeten we constateren dat de grondrechten uit hoofdstuk 1 hun belofte niet altijd hebben kunnen waarmaken. Zij vormen een betrekkelijk zijtoneel bij fundamentele rechten die zijn opgenomen in rechtstreeks door burgers inroepbare verdragen en supranationale regelingen. Voor deze ontwikkeling zijn in ieder geval twee oorzaken aan te wijzen: het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet en de beperkingssystematiek van de grondrechten uit de Grondwet. Als gevolg van het toetsingsverbod kan de rechter de Grondwet niet tot leven brengen in rechtszaken waarin hieraan wel behoefte is – namelijk, waar een wet ter discussie staat. En als gevolg van de huidige beperkingssystematiek beschikt de rechter over onvoldoende materiële handvatten om inhoudelijk vorm te geven aan de toetsing aan grondrechten. Voor veelgebruikte mensenrechtendocumenten, zoals het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (EU-Handvest), gelden deze restricties niet. De Nederlandse rechter kan op grond van artikel 94 Grondwet respectievelijk het Unierecht wetten wel toetsen aan deze rechtsbronnen en hij beschikt hierbij over de materiële handvatten die in de Grondwet ontbreken.

Gelet op de eerdergenoemde gebeurtenissen acht de regering het van belang dat in deze situatie verandering komt. Het besef leeft dat burgers tekort worden gedaan door rechtsbescherming tegen wetten alleen open te stellen via de route van het internationale en Europese recht. Behoeftes aan versterking van de rechtsbescherming kan ontstaan, ofwel omdat verdragen ten aanzien van een bepaald grondrecht enkel minimumbescherming garanderen, ofwel omdat zij een bepaalde situatie niet bestrijken. Rechterlijke toetsing van wetten aan klassieke grondrechten uit de Grondwet heeft, gecombineerd met een beperkingssystematiek voorzien van materiële vereisten, de potentie om te voorzien in deze versterking van de rechtsbescherming. Zo is de reikwijdte van sommige grondrechten uit de Grondwet ruimer dan equivalenten in verdragen, met als gevolg dat meer situaties hieronder kunnen vallen.² In andere gevallen biedt de Grondwet meer waarborgen dan deze equivalenten, met als gevolg dat een hogere dam wordt opgeworpen tegen overheidsop treden dat ingrijpt in de vrijheid van burgers.³

De versterking van de rechtsbescherming van burgers vormt niet de enige doelstelling van dit wetsvoorstel. Het strekt er ook toe een grondwettelijke cultuur in Nederland te bevorderen. De voorgestelde gedeeltelijke opheffing van het toetsingsverbod en de introductie van een aanvullende, algemene beperkingsclausule stellen de rechter in staat wezenlijk nationale grondrechtenjurisprudentie op te bouwen. Dat is niet alleen relevant vanuit het oogpunt van individuele rechtsbescherming, maar ook omdat hierdoor bij politici, bestuurders, uitvoeringsdiensten, bedrijven en burgers zelf een duidelijker begrip kan ontstaan van de betekenis van grondrechten voor onze democratische rechtsstaat.⁴ Dat geldt niet in de laatste plaats voor de wetgever, die zich bij de totstandkoming van wetten zal moeten vergewissen van de relevante grondrechtenjurisprudentie. Rechterlijke toetsing van wetten aan de Grondwet kan zodoende een impuls vormen voor de ontwikkeling van een grondwettelijke cultuur in brede zin en bijdragen aan het toekomstbestendig maken van de democratische rechtsstaat in Nederland. De Grondwet vormt in deze democratische rechtsstaat een spil. Dat gegeven is, in jaren van voortschrijdende internationalisering en Europeanisering, wel eens uit het oog verloren. In tijden van toenemende internationale onzekerheid is het belangrijk om blijvende aandacht te houden voor nationale constitutionele waarborgen.

3. Eerdere voorstellen

De discussie over de wenselijkheid van het toetsingsverbod is niet plotseling komen opzetten. Zij wordt in feite al gevoerd sinds het verbod in 1848 in de Grondwet werd opgenomen. Sindsdien is het debat over constitutionele toetsing verschillende malen opgelaaid. Hieronder wordt bij deze

² Dit geldt bijvoorbeeld voor het recht op een eerlijk proces van artikel 17 Grondwet, dat in tegenstelling tot artikel 6 EVRM van toepassing is op alle rechtsgeschillen, inclusief geschillen met betrekking tot de toelating en uitzetting van vreemdelingen, fiscale procedures en alle (arbeidsrechtelijke) geschillen van ambtenaren.

³ Een voorbeeld is het censuurverbod van artikel 7 Grondwet, dat geen verdragsrechtelijke bescherming toekomt.

⁴ Staatscommissie Rechtsstaat, *De gebroken belofte van de rechtsstaat* 2024, p. VIII.

voorgeschiedenis stilgestaan. Een schets ervan laat zien dat het zwaartepunt van de discussie langzaam is verschoven: niet langer is de vraag óf er een uitzondering op het toetsingsverbod moet worden gemaakt, maar hóe en onder welke voorwaarden.

3.1 Oorsprong (1848)

Thorbecke, die als voorzitter van de staatscommissie ter hervorming van de Grondwet veelal wordt gezien als de geestelijk vader van de Grondwet van 1848, was de eerste die kritiek leverde op het voornemen van een nieuwe bepaling die wetten onschendbaar zou verklaren.⁵ Het toetsingsverbod zou volgens hem betekenen dat de wetgever – die zijn bestaansrecht en bevoegdheden aan de Grondwet ontleent – boven de Grondwet zou uitstijgen. De rechtzoekende burger zou door het toetsingsverbod niet kunnen worden beschermd tegen inconstitutioneel overheidsoptreden en zou 'als voor een gesloten deur blijven staan'.⁶ Daarmee zou de Grondwet geen 'grondwet' meer zijn en zou de eenheid van wetgeving worden doorbroken. De politiek architect van het toetsingsverbod, minister Donker Curtius, plaatste daartegenover dat het toetsingsverbod was bedoeld om 'de wet boven alle bedenkingen te stellen en haar tegen elke aanranding van de uitvoerende, de rechterlijke macht en de plaatselijke autoriteiten te beschermen'.⁷

De argumenten die tussen Thorbecke en Donker Curtius worden gewisseld zouden de basis vormen voor een langdurend debat over de invoering van constitutionele toetsing. De twee visies die door Thorbecke en Donker Curtius werden belichaamd, zijn daarbij nog steeds leidend: de visie dat de Grondwet effectieve grenzen behoort te (kunnen) stellen aan wat een wet wel en niet mag doen enerzijds, en de visie dat de democratisch gelegitimeerde wetgever bij uitstek het aangewezen orgaan is om zich uit te spreken over de betekenis van de Grondwet.⁸

3.2 Toetsing aan verdragen (1953-1956)

Hoewel Thorbecke de discussie rond de grondwetsherziening in 1848 verloor, blies de behoefte aan nauwere samenwerking in Europa na de Tweede Wereldoorlog de discussie rond de wenselijkheid van onschendbare wetten nieuw leven in. Met de oprichting van samenwerkingsverbanden zoals de Raad van Europa (1949) en de Europees Economische Gemeenschap (1957) rees ook de vraag hoe nationale wetten zich tot de nieuwe internationaal gemaakte afspraken verhouden. De onschendbaarheid van wetten werd ditmaal niet bevraagd vanuit grondwettelijk-, maar vanuit internationaalrechtelijk perspectief.

Aanvankelijk wilde de regering de zaak overlaten aan de rechtsontwikkeling: de rechter zou met de tijd zelf een antwoord vinden op de vraag hoe wetten zich verhouden tot verdragen, was het idee. Een in de Tweede Kamer aangenomen amendement zorgde er echter voor dat de onschendbaarheid van wetten voortaan (feitelijk) alleen betrekking zou hebben op de verhouding tussen de wet en de Grondwet en niet op die tussen de wet en verdragen.⁹ Als gevolg hiervan werd in de Grondwet van 1953 een artikel opgenomen dat bepaalde dat Nederlandse wetgeving niet van toepassing is als deze in strijd is met verdragen.¹⁰

Enkele jaren later, in 1956, nuanceerde de grondwetgever deze bepaling enigszins, door te specificeren dat de rechter alleen aan verdragsartikelen kan toetsen die 'een ieder verbindend' zijn.¹¹ De regering wees hierbij op het belang van het onderscheid tussen verdragen die 'naar haar aard voor rechtstreekse toepassing in aanmerking komen' en overeenkomsten die zich uitsluitend

⁵ Artikel 115 van de Grondwet 1848 luidde: 'Alle voorstellen van wet, door den Koning en de beide kamers der Staten-Generaal aangenomen, verkrijgen kracht van wet, en worden door den Koning afgekondigd. De wetten zijn onschendbaar.'

⁶ 'Voor deze nieuwe spreuk zal, geloof ik, ieder als voor een gesloten deur blijven staan.' Uit J.R. Thorbecke, *Bijdrage tot de herziening van de Grondwet*, 's-Gravenhage 1921, p. 60 e.v.

⁷ Memorie van toelichting bij Hoofdstuk 3 van het Grondwetsvoorstel van 1848: Bijlagen Handelingen II 1847/48, XLIX, nr. 7, p. 345.

⁸ Zie voor meer over deze discussie T. Koopmans, *vergelijkend Publiekrecht*, Deventer: Kluwer 1986, p. 11-24 en H.J.M. Jeukens, *De wetten zijn onschendbaar* (oratie Tilburg), Alphen aan den Rijn: Samsom 1963, p. 4-9.

⁹ Amendement Serrarens, bijlage bij Handelingen II 1951/52, 2374, nr. 17.

¹⁰ Het huidige artikel 94, destijds vastgelegd in artikel 65.

¹¹ Het huidige artikel 93. Zie ook F.M.C. Vlemminx & A. Meuwese, 'Artikel 94 – Verdrag boven wet', wetenschappelijk commentaar op hoofdstuk 5 van de Grondwet, par. 1, geraadpleegd via nederlandrechtsstaat.nl.

richten tot 'de wetgevende of executieve organen van de Staat, dus niet tevens tot de burgers'. De rechter zou een 'oneigenlijke taak' worden toegekend indien de rechter 'met voorbijgaan aan het oordeel van de Kroon en de Staten-Generaal, (...) de uitvoering van een volkenrechtelijke verplichting zou gaan ter hand nemen.'¹² Door toevoeging van het criterium 'een ieder verbindend' – tegenwoordig ook vaak 'rechtstreeks werkend' genoemd – probeerde de grondwetgever het evenwicht binnen de trias politica te bewaren. Dat laat evenwel onverlet dat met de invoering van de grondwetwijzigingen van 1953 en 1956, en de eigenstandige rechtstreekse werking en voorrang van het recht van de EEG (nu: Unierecht) boven nationaal recht zoals uitgelegd in de daaropvolgende jaren in de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie, de in 1848 vastgelegde onschendbaarheid van wetten *de facto* werd doorbroken.

3.3 Nieuwe voorstellen (1966-1983)

Met de mogelijkheid van rechterlijke toetsing aan rechtstreeks werkende bepalingen van verdragen was het grondwettelijke toetsingsverbod volgens sommigen een anomalie geworden die uit het staatsrechtelijke systeem diende te worden verwijderd.¹³ Dit leidde in de aanloop naar de grondwetsherziening van 1983 tot een voorstel om het toetsingsverbod aan te vullen met de uitzondering dat wetten geen toepassing zouden vinden als zij niet verenigbaar zouden zijn met de bepalingen uit hoofdstuk 1 van de Grondwet: de *Proeve van een nieuwe Grondwet*.¹⁴ De opstellers van de Proeve verdedigden deze nieuwe uitzondering door te wijzen op de rechtstreekse werking van het EEG-Verdrag, dat grondrechten in mindere mate beschermde dan de Grondwet deed. Zij vonden het onlogisch dat de rechter alleen bescherming kon bieden ten aanzien van wetten die strijdig waren met het verdrag, terwijl de eigen Grondwet juist op een aantal punten meer bescherming bood. Bovendien vond men dat burgers ook de bijzondere bescherming van de grondwettelijke grondrechten behoorde te kennen.¹⁵

De Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet, de commissie Cals/Donner, belast met de beoordeling van de Proeve, vreesde voor rechterlijke inmenging in de politiek en noemde de gedeeltelijke opheffing van de onschendbaarheid van de wet 'een van de meest verstrekkende wijzigingsvoorstellen van de proeve'.¹⁶ De commissie hechtte dan ook bijzondere waarde aan het onderscheid dat de Proeve maakte ten aanzien van klassieke grondrechten en de rest van de bepalingen in de Grondwet, maar waarschuwde tegelijkertijd dat deze afbakening niet kan voorkomen dat de rechter zich bemoeit met het terrein waar politieke beslissingen worden genomen.¹⁷ Dit zou ervoor pleiten dat de wetgever als politiek orgaan de laatste bevoegdheid heeft om te beslissen over de werkingssfeer van grondrechten. Bovendien bestond er volgens de commissie een wezenlijk verschil tussen toetsing van lagere regelgeving aan de Grondwet en de toetsing van wetten aan de Grondwet, nu wetten in formele zin tot stand zijn gekomen met behulp van de democratisch verkozen Staten-Generaal.

Tegenover deze bezwaren werd echter een aantal belangrijke voordelen gesteld, die zwaarder werden gewogen door een meerderheid van de commissie. Als belangrijkste reden om vóór de uitzondering op het toetsingsverbod te stemmen werd aangevoerd dat de burger zoveel mogelijk in zijn vrijheidssfeer moest worden beschermd, waardoor op de grondrechten meer nadruk zou komen te liggen.¹⁸ Daartoe was volgens de commissie alleen de rechter in staat, nu de noodzakelijke algemeenheid van wetgeving met zich brengt dat in het concrete geval aan de individuele vrijheidssfeer onvoldoende recht wordt gedaan. Door toetsing van wetten aan de klassieke grondrechten mogelijk te maken zouden eventuele onvolkomenheden in wetgeving door de rechter kunnen worden opgevangen.

¹² Bijlage bij Handelingen II 1955/56, 4133 (R 19), nr. 3, p. 5.

¹³ Zoals onder andere door de Stacie Cals/Donner werd gevonden. Zie *Tweede Rapport Staatscommissie Grondwet en Kieswet*, 's-Gravenhage 1969, p. 38.

¹⁴ Zie *Proeve van een nieuwe Grondwet* (1966). Artikel 73 van de Proeve regelde dat bij wet de afkondiging van een 'uitzonderingssituatie' kon worden geregeld: dit kon onder andere tot gevolg hebben dat van de grondrechten, neergelegd in hoofdstuk 1 van de Grondwet, kon worden afgeweken.

¹⁵ Zoals ook toegelicht in de Memorie van Toelichting bij het voorstel-Halsema, Kamerstukken II 2002/03, 28 331, nr. 9, p. 4.

¹⁶ *Tweede Rapport Staatscommissie Grondwet en Kieswet*, 's-Gravenhage 1969, p. 34.

¹⁷ *Tweede Rapport Staatscommissie Grondwet en Kieswet*, 's-Gravenhage 1969, p. 35-36.

¹⁸ *Tweede Rapport Staatscommissie Grondwet en Kieswet*, 's-Gravenhage 1969, p. 37.

Toch zorgden deze argumenten er niet voor dat het kabinet een uitzondering maakte op het toetsingsverbod, zoals de Proeve voorstelde. In plaats daarvan werden aan de kritische noten van de commissie Cals/Donner de mogelijkheid van langsepende onzekerheid, uiteenlopende interpretaties over de grondwettelijkheid van wetten door verschillende hoogste rechterlijke colleges en van vertraging en verzwaring van rechtsprocedures toegevoegd.¹⁹ Daarnaast gaf de regering bij de grondwetswijziging in 1983 als argument voor het in stand laten van het toetsingsverbod dat er al een sterk systeem van constitutionele toetsing bestaat om te voorkomen dat ongrondwettige wetgeving wordt gemaakt, namelijk in de ambtelijke voorbereiding en de controle van de bewindslieden op het wetsvoorstel, de advisering door de Raad van State, de behandeling door het parlement en de inbreng op het wetsvoorstel van maatschappelijke zijde.²⁰ De discussie werd bij de grondwetswijziging van 1983 dan ook door de grondwetgever beslecht met de verankering van het toetsingsverbod in het huidige artikel 120 van de Grondwet. Bij deze gelegenheid kreeg het toetsingsverbod wel een nieuwe formulering: 'De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen.'

3.4 De Hoge Raad, het kabinet en de Kamer

Ook na de grondwetsherziening van 1983 zou de discussie over constitutionele toetsing echter niet verstommen. Dit kwam niet in de laatste plaats door het oordeel van de Hoge Raad in het *Harmonisatiewet*-arrest. Hierin maakte de Hoge Raad duidelijk dat het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet óók betekende dat wetten niet aan algemene rechtsbeginselen konden worden getoetst.²¹ Tegelijkertijd onderstreepte de Hoge Raad in deze uitspraak dat de argumenten voor herziening van het toetsingsverbod zwaarder zijn gaan wegen. Zo wees de Hoge Raad op het toegenomen belang van de rechterlijke toetsing van wetten aan verdragen door het grotere beroep op internationale mensenrechtelijke bepalingen en de ontwikkeling van de *contra-legem* leer.²² Ook liet de toenemende invloed van de uitvoerende macht op het wetgevingsproces volgens de Hoge Raad zien dat niet meer zonder meer kon worden aangenomen dat het parlement een voldoende constitutionele waarborg zou bieden.²³

In de jaren die volgden poogden meerdere kabinetten een standpunt in te nemen ten aanzien van de invoering van constitutionele toetsing. Zo gaf het Kabinet-Lubbers III eind 1991 zijn voorlopige standpunt over constitutionele toetsing middels een kabinetsnota, met als uitgangspunt dat het toetsingsverbod opgeheven zou worden ten aanzien van 'een ieder verbindende bepalingen' van de Grondwet.²⁴ Het kabinet gaf daarbij de voorkeur aan een vorm van geconcentreerde toetsing middels een prejudiciële procedure bij de Hoge Raad. Het kabinet was ervan overtuigd dat het exclusief toekennen van de bevoegdheid om formele wetten te toetsen aan 'een ieder verbindende bepalingen van de Grondwet' aan één rechterlijke instantie onbetwistbaar in het belang van de rechtseenheid zou zijn.²⁵ Ook het Kabinet-Kok II, dat het toetsingsverbod wel verdedigbaar achtte, had toch 'een zekere voorkeur voor invoering van een rechterlijk toetsingsrecht aan klassieke

¹⁹ Memorie van Toelichting bij het voorstel-Halsema, Kamerstukken II 2002/03, 28 331, nr. 9, p. 6. Ook de Hoge Raad onderschreef het rechtszekerheidsargument in haar advies nav het rapport van de Staatscommissie Cals/Donner, in *Adviezen van politieke en maatschappelijke organen*, 's-Gravenhage 1970. Overigens sprak de Hoge Raad in 1969 nog van een 'aanvaardbaar stelsel', zie eveneens *Adviezen van politieke en maatschappelijke organen*, 's-Gravenhage 1969.

²⁰ Zoals blijkt uit de Memorie van Antwoord bij de herziening van 1983, zie Kamerstukken II 1980/81, 16 162, nr. 8.

²¹ Harmonisatiewet-arrest, HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725.

²² Zie Harmonisatiewet-arrest, HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, Ro. 3.4.

De *contra-legem* leer houdt in dat als strikte toepassing van een wet in strijd lijkt te komen met een fundamenteel rechtsbeginsel op een manier die door de wetgever niet is voorzien, de rechter de strikte toepassing van die wet achterwege mag laten. De wet zelf wordt dus niet aan het rechtsbeginsel getoetst, maar de toepassing daarvan in een concreet geval.

²³ Zie Harmonisatiewet-arrest, HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, Ro. 3.4. De Memorie van Toelichting van het initiatiefvoorstel-Halsema/Van Tongeren geeft daarnaast een uitgebreidere uitleg van deze 'draai' van de Hoge Raad, zie Kamerstukken II 2002/03, 28 331, nr. 9, p. 6-7.

²⁴ Bijlage bij Kamerstukken II 1993/94, 21 427, nr. 104.

²⁵ Bijlage bij Kamerstukken II 1993/94, 21 427, nr. 104, par. 5. Overigens is het eveneens opvallend dat het kabinet in de nota de toetsing aan 'een ieder verbindende bepalingen van de Grondwet' in één adem noemt met de toetsing aan 'een ieder verbindende bepalingen van verdragen'.

grondrechten en enkele daaraan verwante bepalingen in de Grondwet'.²⁶ Het kabinet wees daarbij op het belang van constitutionele toetsing met het oog op de rechtsbescherming van het individu in gevallen die niet door de wetgever kunnen worden voorzien, en het feit dat de formele wet wel kan worden getoetst aan internationale bepalingen.²⁷ Volgens het kabinet kent de toetsing in het wetgevingsproces beperkingen die zich met name doen gelden bij een aantal specifieke bepalingen in de Grondwet, en kan door de invoering van constitutionele toetsing 'de anomalie dat de wet niet kan worden getoetst aan nationale klassieke grondrechten en wel aan vergelijkbare rechten in verdragsbepalingen' worden weggenomen.²⁸ Als bijkomend voordeel zou de Grondwet aan gezag winnen ten opzichte van verdragen.

Toch was het uiteindelijk een lid van de Tweede Kamer die met een initiatiefvoorstel kwam om werk te maken van de invoering van constitutionele toetsing. Het initiatiefvoorstel-Halsema, dat in 2002 bij de Tweede Kamer aanhangig werd gemaakt, stelde voor een uitzondering op het toetsingsverbod te maken ten aanzien van klassieke grondrechten.²⁹ Iedere rechter zou bevoegd worden om wetten te toetsen aan een aantal met name genoemde klassieke grondrechtbepalingen en enkele aanverwante bepalingen. Het voorstel werd in 2004 in eerste lezing aangenomen in de Tweede Kamer. Het voorstel kon echter niet op steun rekenen van het Kabinet-Balkenende IV (2007-2010). Volgens het kabinet behoorde de wetgever toe te zien op de grondwettelijkheid van wetten, niet de rechter. Door invoering van rechterlijke constitutionele toetsing zou het primaat van de wetgever worden ondergraven.³⁰ Ondanks de bezwaren van het kabinet, haalde het voorstel in 2008 een nipte meerderheid in de Eerste Kamer in eerste lezing. In tweede lezing bleek de vereiste tweederdemeerderheid in de Tweede Kamer echter niet binnen bereik. In 2017, zeven jaar na het aanhangig maken van het voorstel voor de tweede lezing in de Tweede Kamer, klonk vanuit het kabinet het geluid dat het voorstel als feitelijk vervallen moest worden beschouwd omdat er een te lange periode was verstreken sinds de indiening ervan. Behandeling van het voorstel zou daarom in strijd zijn met de Grondwet.³¹ Nadat ook de Afdeling advisering van de Raad van State van mening was dat het voorstel moest worden beschouwd als van rechtswege vervallen te zijn, werd het initiatiefvoorstel vervallen verklaard.³²

Intrekking van het initiatiefvoorstel betekende niet dat constitutionele toetsing van de politieke agenda verdween. De in 2017 ingestelde Staatscommissie parlementair stelsel, belast met de opdracht om het parlementair stelsel en de parlementaire democratie door te lichten en zo nodig aanbevelingen te doen om het geheel toekomstbestendig te maken, besteedde uitgebreid aandacht aan de invoering van constitutionele toetsing in haar eindrapport.³³ De Staatscommissie deed de aanbeveling om toetsing van in werking getreden wetten mogelijk te maken aan een limitatieve lijst met klassieke grondrechten. Als voornaamste reden hiervoor gaf de Staatscommissie dat de rechtsbescherming ontbreekt voor de burger die zich erover beklaagt in zijn grondwettelijke rechten te worden aangetast wanneer de wet eenmaal in het Staatsblad heeft gestaan en in werking is getreden.³⁴ Invoering van constitutionele toetsing zag de Staatscommissie dan ook, onder andere, als een versterking van de (rechts)positie van de burger tegen de overheid en een verhoging van de weerbaarheid van de democratische rechtsstaat.

Hoewel het voorstel van de Staatscommissie parlementair stelsel door het Kabinet-Rutte III werd gekwalificeerd als 'verstreckende aanbeveling', werd in reactie op het eindrapport wel ruimte gelaten voor de mogelijkheid tot nadere afweging van de verschillende varianten die in het

²⁶ Kamerstukken II, 2001/02, 28 355, nr. 2, p. 15.

²⁷ Kamerstukken II, 2001/02, 28 355, nr. 2, p. 15.

²⁸ Als bepalingen die bij het toetsingskader kunnen worden betrokken, noemde het kabinet de artikelen 1 tot en met 8, 9, eerste lid, 10, eerste lid, 11 tot en met 17, 18, eerste lid, 19, derde lid, 54, 99, 113, derde lid, 114, 121 en 129, eerste lid van de Grondwet. Kamerstukken II, 2001/02, 28 355, nr. 2, p. 15.

²⁹ Kamerstukken II, 2002/03, 28 331, nr. 9.

³⁰ Handelingen I 2008/2009, 28 331, nr. 10, p. 491.

³¹ Kamerstukken II, 2002/03, 28 331, nr. 9, p. 2-3.

³² Kamerstukken II 2017/18, 32 334, nr. 11 en Kamerstukken II 2018/19, 32 334, nr. 12.

³³ *Lage drempels, hoge dijken. Democratie en rechtsstaat in balans*, eindrapport van de Staatscommissie parlementair stelsel, Boom: Amsterdam 2018, para. 6.1.

³⁴ *Lage Drempels, Hoge Dijken*, eindrapport van de Staatscommissie parlementair stelsel, Boom: Amsterdam 2018, p. 200.

voorstel van de Staatscommissie aan bod kwamen.³⁵ Tot een voorstel tot wijziging van de Grondwet kwam het echter niet omdat het kabinet een verstoring van het gegroeide evenwicht tussen met name de wetgevende en de rechtsprekende macht zo veel mogelijk wilde vermijden. Wel besloot het kabinet om nader (rechtsvergelijkend) onderzoek te laten verrichten.³⁶

3.5 Hernieuwde noodzaak

De Kinderopvangtoeslagenaffaire, die duizenden gedupeerde gezinnen ten gevolge had, zorgde voor een hernieuwde noodzaak tot bescherming van de individuele rechtsbescherming van burgers en legde bloot dat de rechtsstaat kwetsbaar is. Het argument dat het wetgevingsproces voldoende waarborgen biedt tegen onrechtmatige wetgeving en schendingen van grondrechten, verloor aan overtuigingskracht.

Dat er werk moest worden gemaakt van de invoering van constitutionele toetsing vond onder andere zijn weerklink in de Tweede Kamer. Met verwijzing naar de Kinderopvangtoeslagenaffaire verzocht de motie-Kuik c.s. in 2021 de regering binnen een jaar een voorstel te doen tot schrappen van artikel 120 van de Grondwet.³⁷ Daarbij werd onder andere verwezen naar het feit dat Nederlandse rechters wetten niet kunnen toetsen aan de Grondwet, 'terwijl daarin de belangrijkste fundamentele rechten van de burger zijn vastgelegd.' Door de motie-Simons werd de regering verzocht bij uitvoering van de motie-Kuik speciaal aandacht besteden aan de mogelijkheden tot instelling van een grondwettelijk hof.³⁸

Het Kabinet-Rutte IV deed een eerste aanzet voor een antwoord op de vraag welke vorm een uitzondering op het toetsingsverbod in artikel 120 van de Grondwet zou moeten aannemen. Nadat het Kabinet-Rutte III de Kamers had geïnformeerd over de verschillende mogelijkheden voor de invoering van constitutionele toetsing,³⁹ volgde in het coalitieakkoord van het Kabinet-Rutte IV de belofte dat de uitwerking van constitutionele toetsing verder ter hand zou worden genomen.⁴⁰ Deze uitwerking volgde in juli 2022: middels een hoofdlijnenbrief werden de Kamers geïnformeerd over de voorkeursvariant die het kabinet voor ogen stond voor de invoering van constitutionele toetsing.⁴¹ Het kabinet stond een variant voor van gespreide toetsing van wetten aan klassieke grondrechtbepalingen. Iedere rechter zou de bevoegdheid krijgen in werking getreden wetten te toetsen aan een aantal limitatief opgesomde klassieke grondwetsbepalingen. Middels een bindend rechterlijk oordeel zou de rechter bij strijdigheid een wet of wetsbepaling buiten toepassing kunnen laten.

In feite volgde het voorstel van het kabinet in de hoofdlijnenbrief in belangrijke mate het eerdere initiatiefvoorstel uit 2002. Wel stelde het kabinet voor het toetsingskader uit het initiatiefvoorstel uit te breiden met een aantal nadien ingevoegde bepalingen die verband hielden met het kiesrecht⁴² en liet het kabinet onderzoek doen naar de grondwettelijke beperkingssystematiek.⁴³

Ook verschillende commissies, in nationaal en Europees verband, besteedden in de jaren na de Toeslagenaffaire aandacht aan constitutionele toetsing en deden aanbevelingen tot (gedeeltelijke) opheffing van het toetsingsverbod. Zo gaf de Venetiëcommissie, die naar aanleiding van de motie-Omtzigt c.s.⁴⁴ door de regering werd verzocht advies uit te brengen over de rechtsbescherming van burgers in Nederland, de regering in overweging het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet te wijzigen, of andere mechanismen in te voeren voor constitutionele toetsing.⁴⁵ De

³⁵ Kamerstukken II 2018/19, 34 430, nr. 10, p. 21-22.

³⁶ Kamerstukken II 2019/20, 34 430, nr. 16, p. 9.

³⁷ Kamerstukken II 2020/21, 28 362, nr. 47.

³⁸ Kamerstukken II 2020/21, 35 925 VII, nr. 43.

³⁹ Bijlage bij Kamerstukken II 2021/22, 35 925 VII, nr. 103.

⁴⁰ Coalitieakkoord VVD, D66, CDA en ChristenUnie, *Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst, coalitieakkoord 2021*, p. 6.

⁴¹ Kamerstukken I 2021/22, 34 430, AE.

⁴² Het betreft de artikelen 55, tweede lid, en 123, tweede en derde lid van de Grondwet. Zie Kamerstukken II 2023/24, 36 410 VII, nr. 105.

⁴³ Bijlage bij Kamerstukken II 2023/24, 36 410 VII, nr. 106.

⁴⁴ Kamerstukken II 2020/21, 35 510, nr. 11.

⁴⁵ Zie *The Netherlands – Opinion on the Legal Protection of Citizens*, European Commission For Democracy Through Law, Strasbourg 2021, p. 25-26. Bijlage bij Kamerstukken II 2021/22, 35 510, nr. 85.

Parlementaire Enquêtecommissie Fraudebeleid en Dienstverlening (PEFD), ingesteld door de Tweede Kamer om te onderzoeken hoe de overheid fraude bestrijdt en welke gevolgen dat heeft voor burgers, onderschreef het belang van constitutionele toetsing achteraf (door de rechter) en deed de aanbeveling deze vorm van toetsing mogelijk te maken.⁴⁶

Maar in de roep om invoering van constitutionele toetsing staat niet alleen de versterking van de rechtsbescherming van burgers centraal: het invoeren van constitutionele toetsing wordt als belangrijk middel gezien om de Grondwet meer betekenis te geven en zo de rechtsstaat te versterken. Zo noemde de PEFD de versterking van de rechtsstaat expliciet als reden voor invoering van constitutionele toetsing. De Staatscommissie rechtsstaat deed, als onderdeel van de opdracht voorstellen te doen om de rechtsstaat te verbeteren, de aanbeveling om het toetsingsverbod af te schaffen omdat dit bij zou dragen aan een levendige constitutionele cultuur waarin staatsmachten elkaar controleren en bij de rechtsstatelijke les houden.⁴⁷ Want, zo redeneert de staatscommissie, de Grondwet speelt een beperkte rol in het handelen van politici, bestuurders en topambtenaren en levert daarom 'geen wezenlijke bijdrage aan het rechtsstaatsbegrip dat deze publieke leiders hanteren.'⁴⁸ Afschaffing van het toetsingsverbod zou ertoe leiden dat politici, bestuurders en overheidsmedewerkers de Grondwet meer gewicht geven in hun gedrag en beslissingen.⁴⁹

De invoering van constitutionele toetsing kan inmiddels op brede steun rekenen. Dit blijkt onder andere uit de zienswijzen van de Raad voor de rechtspraak,⁵⁰ de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State,⁵¹ de Hoge Raad⁵² en het Gemeenschappelijk Hof van Justitie⁵³ die op verzoek van het kabinet voorafgaand aan de door het kabinet Rutte IV gestuurde hoofdlijnenbrief zijn verstuurd.⁵⁴ Ook vanuit de politiek klinkt een toenemend geluid om werk te maken van de invoering van constitutionele toetsing, zoals onder andere blijkt uit de initiatiefnota van het Kamerlid Omtzigt op de eerder genoemde hoofdlijnenbrief van het Kabinet-Rutte IV^{55, 56}

In de ogen van het kabinet is het dan ook de hoogste tijd de deur te openen die volgens Thorbecke werd gesloten met de invoering van de bepaling uit 1848, waarmee wetten onschendbaar werden verklaard.⁵⁷ In uitwerking van het hoofdlijnenakkoord⁵⁸ en het regeerprogramma⁵⁹ en in voortzetting van het werk van meerdere staatscommissies stelt het kabinet dan ook een wijziging van de Grondwet voor waarmee het toetsingsverbod in artikel 120 van de Grondwet gedeeltelijk wordt opgeheven en de toetsing van wetten aan klassieke grondrechtbepalingen mogelijk wordt. De contouren hiervoor zijn geschetst in de Kamerbrief van 21 februari 2025.⁶⁰ Ook in de zienswijzen die de genoemde instanties op verzoek van het huidige

⁴⁶ Kamerstukken II 2023/24, 35 867, nr. 6, p. 48-49.

⁴⁷ Staatscommissie rechtsstaat, De gebroken belofte van de rechtsstaat. *Tien verbetervoorstellen met oog voor de burger* 2024, p. 8.

⁴⁸ Staatscommissie rechtsstaat, De gebroken belofte van de rechtsstaat. *Tien verbetervoorstellen met oog voor de burger* 2024, p. 30.

⁴⁹ Staatscommissie rechtsstaat, De gebroken belofte van de rechtsstaat. *Tien verbetervoorstellen met oog voor de burger* 2024, p. 47.

⁵⁰ Zienswijze Raad voor de Rechtspraak d.d. 27 mei 2022: *Zienswijze van de Rechtspraak op rechterlijke constitutionele toetsing*.

⁵¹ Zienswijze Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State d.d. 22 april 2022: *Brief van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van 22 april 2022 aan de minister voor Rechtsbescherming met een zienswijze over de invoering van constitutionele toetsing*.

⁵² Zienswijze Hoge Raad der Nederlanden d.d. 14 april 2022, Kenmerk UIT-ADNLR/2022/140.

⁵³ Zienswijze Gemeenschappelijk Hof van Justitie d.d. 2 mei 2023: *Zienswijze inzake constitutionele toetsing*.

⁵⁴ Kamerstukken I 2021/22, 34 430, AE

⁵⁵ *Initiatiefnota van het lid Omtzigt over tien voorstellen ter verbetering van de constitutionele toetsing*, Kamerstukken II 2022/23, 36 344, nr. 2.

⁵⁶ Tijdens de Tweede Kamerverkiezingen in 2023 werd de invoering van constitutionele toetsing voorgesteld in de verkiezingsprogramma's van (onder andere) het CDA (*Recht doen. Een hoopvolle agenda voor heel Nederland*), GroenLinks-PvdA (*Samen voor een hoopvolle toekomst*), NSC (*Tijd voor herstel. Vertrouwen. Zekerheid. Perspectief.*), D66 (*Nieuwe energie voor Nederland*) en ChristenUnie (*Nieuwe verbondenheid*).

⁵⁷ Zie paragraaf 2.1. Thorbecke zei over het in 1848 opgenomen toetsingsverbod: 'Voor deze nieuwe spreuk zal, geloof ik, ieder als voor een gesloten deur blijven staan.' Uit J.R. Thorbecke, *Bijdrage tot de herziening van de Grondwet*, 's-Gravenhage 1921, p. 60 e.v.

⁵⁸ Hoofdlijnenakkoord van PVV, VVD, NSC en BBB, *hoop, lef en trots* 2024.

⁵⁹ Regeerprogramma, *Uitwerking van het hoofdlijnenakkoord door het kabinet* 2024.

⁶⁰ Kamerstukken II 2024/25, 36 600 VII, nr. 29.

kabinet naar aanleiding van de contourennota hebben gestuurd, wordt in algemene zin wederom steun uitgesproken voor het voornemen om het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet gedeeltelijk op te heffen.⁶¹

4. Toetsing van wetten aan klassieke grondrechten uit de Grondwet

4.1 Reikwijdte en betekenis artikel 120 Grondwet

Artikel 120 van de Grondwet ziet op een specifieke rechtsrelatie. De bepaling verbiedt de rechter om zich uit te spreken over de verenigbaarheid van wetten en verdragen met de Grondwet, of althans om hierover een bindend oordeel te vellen. Deze bepaling lijkt op het eerste een relatief beperkte strekking te hebben. De objecten van de in het artikel bedoelde toetsing zijn alleen wetten en verdragen; al het overige (overheids)handelen kan dus in beginsel wel door de rechter aan de Grondwet worden getoetst. Omgekeerd wordt naar de letter van artikel 120 Grondwet de rechterlijke toetsing van deze objecten aan andere constitutionele normen dan in de Grondwet zijn opgenomen niet uitgesloten.

Inderdaad is de wet (en het verdrag) in Nederland al geruime tijd niet meer onschendbaar. Zoals in paragraaf 3.2 is toegelicht, is het de rechter sinds de jaren vijftig van de vorige eeuw expliciet toegestaan om wetten te toetsen aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Als gevolg hiervan is de rechter bevoegd om de verenigbaarheid van wetgeving te beoordelen met een hele reeks van fundamentele rechten uit mensenrechtenverdragen die zijn gesloten op het niveau van de Verenigde Naties en de Raad van Europa; iets wat hij vanaf het begin van de jaren '80 in toenemende mate is gaan doen. Ook kan de rechter wetgeving beoordelen in het licht van het recht van de Europese Unie - zoals de EU-Verdragen, het Handvest en de secundaire wetgeving - dat met de loop van jaren steeds meer een constitutioneel karakter heeft gekregen.⁶²

Dit is echter niet het hele verhaal. Het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet oefent namelijk een normerende werking uit op de verhouding tussen wetgever en rechter, die verder reikt dan de letterlijke tekst van de bepaling. Aan het verbod ligt ten grondslag dat de democratisch gelegitimeerde Staten-Generaal zoveel mogelijk het laatste woord behoort te hebben over de rechtmatigheid van wetgeving. Overeenkomstig deze lijn legt de Hoge Raad de term 'grondwettigheid' ruim uit, zodat ook rechterlijke toetsing van wetten aan het Statuut en ongeschreven rechtsbeginselen is uitgesloten.⁶³ Verder klinkt het artikel door in jurisprudentie over de rechtsvormende taak van de rechter. Onder verwijzing naar 'de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen', bepleit de Hoge Raad sinds jaar en dag een terughoudende invulling van deze taak waar het om vraagstukken gaat die niet rechtstreeks door het verbod van artikel 120 Grondwet worden bestreken.⁶⁴

Artikel 120 van de Grondwet laat dus een gemengd beeld zien. Aan de ene kant is de betekenis van het hierin vervatte toetsingsverbod in de loop van de tijd gerelativeerd door de ontwikkeling van het internationale recht en het Unierecht, als ook de ruimte die de Grondwet voor deze ontwikkeling biedt. Aan de andere kant vormt de bepaling nog altijd een belangrijk markeringspunt voor de wijze waarop de wetgever en de rechter zich in ons staatsbestel tot elkaar verhouden. Aan die verhouding wil de regering met dit wetsvoorstel niet principieel afdoen. Voor zover dat past binnen zijn taakopvatting, blijft de rechter gehouden om de constitutionele

⁶¹ Raadpleegbaar via raadvanstate.nl/publicaties/consultaties/contourennota-constitutionele-toetsing/ (Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State), rechtspraak.nl/Organisatie-encontact/Organisatie/Centrale-Raad-van-beroep/Nieuws/Paginas/Zienswijze-contourennotaconstitutionele-toetsing.aspx (Centrale Raad van Beroep), rechtspraak.nl/Organisatie-encontact/Organisatie/College-van-Beroep-voor-het-bedrijfsleven/Nieuws/Paginas/Zienswijze-Collegevan-Beroep-voor-het-bedrijfsleven-over-contourennota-constitutionele-toetsing.aspx (College van Beroep voor het bedrijfsleven), gemhofvanjustitie.org/uploads/files/Zienswijze%20Contourennota%20constitutionele%20toetsing.pdf (Gemeenschappelijk Hof van Justitie), hogeraad.nl/actueel/publicaties/wetgevingsadviezen-presidentprocureur-generaal/ (Hoge Raad) en rechtspraak.nl/SiteCollectionDocuments/25-20-wetgevingsadvies.pdf (Raad voor de rechtspraak).

⁶² HvJ EU 15 juli 1964, ECLI:EU:C:1964:66, 6/64 (Costa/ENEL).

⁶³ HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (Harmonisatiewet).

uitgangspunten te respecteren die, ook in gewijzigde vorm, aan de basis van artikel 120 Grondwet liggen. Dat wil uiteraard niet zeggen dat dit wetsvoorstel de verhouding tussen de wetgever en de rechter op geen enkele manier zal beïnvloeden. Waar de rechter in de toekomst een wettelijke bepaling buiten toepassing verklaart vanwege strijd met een klassiek grondrecht uit de Grondwet, is dat op zichzelf al een wezenlijke gebeurtenis in de relatie tussen rechter en wetgever; zeker indien die strijd niet aanwezig zou worden geacht met internationaal recht of Unierecht. Daar komt bij dat de grondwetgever met de gedeeltelijke opheffing van het toetsingsverbod ten aanzien van klassieke grondrechten ook een nieuw element toevoegt aan de ordening van de trias politica in Nederland: als fundamentele rechten van burgers ter discussie staan, weegt het idee dat de Grondwet op een effectieve manier grenzen moet kunnen stellen aan de inhoud van wetgeving zwaarder dan het idee dat de wetgever het laatste woord behoort te spreken over de grondwettigheid van wetgeving.

4.2 Toetsing aan klassieke grondrechten

Tegen het licht van de doelstellingen van dit grondwetsvoorstel, de versterking van de individuele rechtsbescherming van burgers en het bevorderen van een grondwettelijke cultuur, is het van bijzonder belang dat wetten, regels en besluiten kunnen worden getoetst aan grondrechten die in de Grondwet zijn verankerd. Met grondrechten wordt bedoeld op rechten van fundamentele aard die aan ieder mens toekomen⁶⁵ en uitdrukking geven aan kernwaarden als menselijke waardigheid, autonomie, vrijheid, gelijkheid, integriteit, democratie en rechtvaardigheid.⁶⁶ Op verschillende manieren kennen grondrechten aan burgers een aanspraak toe die tegenover de overheid kan worden ingeroepen, bijvoorbeeld op gelijkheid, of een combinatie van verschillende aanspraken.⁶⁷ Andersom kan de overheid geen beroep doen op grondrechten ten overstaan van de burger.

Zoals in paragraaf 3 is toegelicht, hebben de afgelopen decennia laten zien dat bescherming van grondrechten in toenemende mate van belang is geworden. De wetgever kan aan de voorkant, in abstracto niet alle individuele gevallen overzien. Hierdoor kan het voorkomen dat wetten een onrechtmatige inbreuk maken op fundamentele vrijheden. Dit pleit voor de mogelijkheid wetten open te stellen voor rechterlijke toetsing aan die grondrechten die de burger bescherming bieden tegen een onrechtmatig handelende overheid.

In lijn met het eerdergenoemde Hoofdpijnenakkoord en het Regeerprogramma, strekt het toetsingskader van dit voorstel zich uit tot een limitatieve lijst van grondwetsbepalingen uit hoofdstuk 1 van de Grondwet die zogeheten klassieke grondrechten bevatten, te weten: de artikelen 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.

Dit voorstel strekt zich, anders dan het eerdergenoemde initiatiefvoorstel-Halsema en de lijn van het Kabinet-Rutte IV, niet uit tot artikelen die buiten hoofdstuk 1 van de Grondwet vallen. Zoals ook de Hoge Raad met zijn zienswijze heeft onderstreept, is het noodzaak nu daadwerkelijk over te gaan tot indiening van een voorstel dat strekt tot een gedeeltelijke opheffing van het toetsingsverbod, door wijziging van artikel 120 Grondwet.⁶⁸ Om dit te bewerkstelligen, kiest het kabinet ervoor het toetsingskader in dit grondwetsvoorstel te beperken tot de bepalingen waarvoor een breed draagvlak bestaat en die een duidelijke constitutionele rijpheid bezitten. Als resultaat van deze afweging beperkt dit grondwetsvoorstel zich enkel tot die bepalingen in de Grondwet die ontegenzeggelijk een vrijheidsrecht aan de burger verschaffen en daarmee toetsbaar zijn voor de rechter. Zo wordt de afbakening van het toetsingskader niet belast met een discussie over welke aanverwante bepalingen, die zich buiten het eerste hoofdstuk van de Grondwet bevinden, bij het toetsingskader moeten worden betrokken. Evenwel laat deze keuze onverlet dat de rechter zich bij de uitleg van de grondwettelijkheid van wetten kan richten tot die grondwetsbepalingen die

⁶⁵ Van der Pot, Handboek van het Nederlandse staatsrecht, 16e druk bewerkt door D.J. Elzinga, R. de Lange & H.G. Hoogers, Deventer: Kluwer 2014, p. 249-250.

⁶⁶ C.A.J.M. Kortmann e.a., Constitutioneel recht, 7e druk Deventer 2016, p. 365.

⁶⁷ A.D. Belinfante & J.L. de Reede/S.A.J. Munneke e.a., *Beginnelen van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 229.

⁶⁸ Zienswijze Hoge Raad d.d. 17 april 2025.

verdere uitleg geven aan de invulling van het in hoofdstuk 1 van de Grondwet bedoelde grondrecht.

Daarnaast zijn ook een aantal andere artikelen uitgesloten van toetsing. Zo zijn de artikelen 2, eerste en tweede lid, 10, tweede en derde lid, 18, tweede lid en 19, tweede lid, Grondwet van het toetsingskader uitgesloten nu deze artikelen zich primair richten tot de wetgever. De artikelen geven immers een opdracht om regels te maken omtrent Nederlandschap, de toelating en uitzetting van vreemdelingen, het vastleggen, verstrekken, kennisnemen en gebruiken van persoonsgegevens, het verlenen van rechtsbijstand en sociale zekerheid. Deze artikelen kennen de burger als zodanig geen individueel afdwingbaar recht toe dat bij de rechter kan worden ingeroepen jegens de overheid. Derhalve worden deze artikelen daarom niet als klassiek grondrecht aangemerkt.

Voor de artikelen 19, eerste lid en 23, eerste lid, Grondwet geldt dat zij van het toetsingskader zijn uitgesloten omdat zij evenmin een individueel afdwingbaar recht aan de burger toekennen en daarom niet zonder meer als klassiek grondrecht worden aangemerkt. In beide gevallen gaat het om rechten die volgens de omschrijving in paragraaf 4.2 eerder als 'sociaal' worden geclassificeerd. Dit komt tot uiting doordat in artikel 19, eerste lid, de overheid wordt aangesproken op haar verantwoordelijkheid om voldoende werkgelegenheid te bevorderen. In artikel 23, eerste lid, krijgt de regering voorts de opdracht van de grondwetgever om het onderwijs als voorwerp van aanhoudende zorg te behandelen. Hoewel de regering, zoals in het algemene deel is toegelicht, inziet dat sociale grondrechten veelal ook een klassiek element bevatten en klassieke grondrechten veelal ook een sociaal component bevatten, kiest de regering ervoor deze artikelen, die een inspanningsverplichting opleggen aan de staat (in dit geval 'de overheid' en 'de regering'), niet op te nemen bij het toetsingskader. Deze artikelen lenen zich onvoldoende voor rechterlijke toetsing, nu niet duidelijk is afgebakend wanneer aan deze inspanningsverplichting is voldaan, en dus wat het recht is waarop de burger een beroep kan doen bij de rechter.

Artikel 23, achtste lid, Grondwet wordt tot slot om soortgelijke redenen niet bij het toetsingskader betrokken. Dit artikel bevat een opdracht aan de regering om jaarlijks verslag uit te brengen aan de Staten-Generaal over de staat van het onderwijs. Uit dit artikel kan niet worden opgemaakt dat zij is bedoeld om de burger een individueel afdwingbaar recht te verschaffen. Eerder kan dit artikel worden gezien als bepalend voor de verhouding tussen de regering en de Staten-Generaal ten aanzien van dit onderwerp, nu de regering met dit artikel wordt verplicht verantwoording af te leggen aan de Staten-Generaal. Derhalve wordt dit artikel niet als klassiek grondrecht aangeduid en niet bij het toetsingskader betrokken.

Hieronder wordt nader ingegaan op de overwegingen bij deze keuze en komen achtereenvolgens de klassieke en sociale grondrechten, de algemene bepaling, institutionele bepalingen en algemene rechtsbeginselen aan bod.

Klassieke grondrechten

Materieel laten klassieke grondrechten zich niet altijd even goed onderscheiden van andere grondrechten. Veelal worden 'klassieke grondrechten' aangeduid als grondrechten die traditioneel een staatsvrije sfeer creëren, waarin de burgers zonder overheidsinmenging in vrijheid keuzes kunnen maken.⁶⁹ In beginsel zou de overheid zich niet mogen bemoeien met de uitoefening van klassieke grondrechten, die ook wel als 'vrijheidsrechten' kunnen worden aangeduid, zoals de vrijheid van meningsuiting of het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Een ander voorbeeld is te vinden in de vrijheid om niet willekeurig gearresteerd te worden, verankerd in artikel 15 van de Grondwet: de overheid zal instituties en procedurele voorzieningen in het leven moeten roepen, zoals een rechter en regels over de rechtsgang, om de uitoefening van dit recht te faciliteren. Tegelijkertijd kan worden gesteld dat van de overheid bij de waarborging van klassieke

⁶⁹ A.D. Belinfante & J.L. de Reede/S.A.J. Munneke e.a., *Beginselen van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 229.

grondrechten ook in belangrijke mate juist een actie wordt verwacht, zoals het in acht nemen van gelijkheidsrechten volgens de artikelen 1, 3 en 4 van de Grondwet.⁷⁰

Formeel gezien laten klassieke grondrechten in de Grondwet zich beter onderscheiden. De typische rechtsstatelijke structuur van de klassieke grondrechten in onze Grondwet is sinds 1983 namelijk dat in het artikel eerst een vrijheidsrecht wordt erkend, en dat daarna een beperkingsclausule volgt waarin aan de formele wetgever de bevoegdheid wordt gegeven om aan het vrijheidsrecht beperkende voorschriften te stellen.⁷¹ Deze beperkingen kunnen formeel van aard zijn, bijvoorbeeld door te stellen dat alleen de formele wetgever het grondrecht mag beperken, of materieel van aard, door bijvoorbeeld te stellen dat er alleen beperkt mag worden ter bescherming van de volksgezondheid.⁷² Van de mogelijkheid het grondrecht te beperken heeft de wetgever bijvoorbeeld gebruikgemaakt ten aanzien van het recht op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam – ook wel ‘lichamelijke integriteit genoemd’, verankerd in artikel 11 van de Grondwet. Dit recht wordt beperkt in de Politiewet 1993, waarin wordt bepaald dat de politie iemand onder bepaalde omstandigheden mag fouilleren.

Het uitgangspunt is dat de burger niet hoeft te motiveren hoe hij van zijn grondrechten gebruikmaakt en dat de overheid juist alleen mag ingrijpen in deze grondrechten als daarvoor een zekere motivering bestaat, die gericht is op behartiging van het algemeen belang.⁷³ Gesteld kan worden dat bij klassieke grondrechten voor de overheid geldt dat zij zich in beginsel moet onthouden van inmenging in deze rechten tenzij er sprake is van een goede reden om dat wel te doen. Voor de burger geldt, mede gelet op het grote belang van de klassieke grondrechten, dat hij in beginsel aanspraak op deze rechten mag maken, tenzij er een gegronde reden is om die rechten van overheidswege in te perken.

In deze ‘tenzij’-regel weerklinkt de geschiktheid van klassieke grondrechten voor rechterlijke toetsing. Daar maakt de rechter ook nu al gebruik van, wanneer het gaat om de toetsing van lagere regelgeving of besluiten: allereerst stelt de rechter vast of er sprake is van een feitelijke beperking van de uitoefening van een grondrecht door de overheid, waarna hij zich buigt over de vraag of de overheid dit heeft gedaan onder de voorwaarden die voor dit handelen door de Grondwet worden gesteld, zowel materieel als formeel. Over deze geschiktheid van klassieke grondrechten voor rechterlijke toetsing lijkt breed gedragen consensus te bestaan: alle van de in paragraaf 3 genoemde rapporten en zienswijzen bevestigen dit.

Sociale grondrechten

Die consensus bestaat minder ten aanzien van de toetsing aan grondrechten die als ‘sociaal’ worden aangemerkt. Traditioneel wordt gesteld dat de nadruk bij sociale grondrechten niet ligt op de bescherming tegen overheidsbemoeienis, zoals bij klassieke grondrechten het geval is, maar op actief overheidsoptreden. Meestal is daarbij geen sprake van rechtstreeks door rechters te handhaven aanspraken van burgers.⁷⁴ Ook de Staatscommissie parlementair stelsel vond dat van de overheid in het geval van sociale grondrechten wordt verlangd dat er gunstige voorwaarden worden geschept, zoals voldoende werkgelegenheid en de verbetering van het leefmilieu. Dit zou sociale grondrechten minder geschikt maken voor toetsing, omdat niet precies kan worden vastgesteld welke mate van overheidsinspanning is vereist om de gestelde doelen te halen.⁷⁵ Zoals hierboven al kort is aangehaald, blijkt echter in toenemende mate dat het onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten niet een vanzelfsprekend gegeven is. Net zoals een klassiek grondrecht vaak een sociale component heeft, kan een recht dat gewoonlijk als ‘sociaal’ wordt

⁷⁰ A.D. Belinfante & J.L. de Reede/S.A.J. Munneke e.a., *Beginnelsen van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 230. Artikel 1 van de Grondwet betreft het verbod op discriminatie, artikel 3 betreft de gelijke benoembaarheid voor ambten en artikel 4 betreft het kiesrecht.

⁷¹ M.C. Burkens e.a., *Beginnelsen van de democratische rechtsstaat, Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 132.

⁷² In paragraaf 5 wordt nader ingegaan op deze grondwettelijke beperkingssystematiek.

⁷³ R. Nehmelman & C.W. Noorlander, *Horizontale werking van grondrechten. Over een leerstuk in ontwikkeling. (Handboeken staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Kluwer 2013, par. 2.4.

⁷⁴ A.D. Belinfante & J.L. de Reede/S.A.J. Munneke e.a., *Beginnelsen van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 230.

⁷⁵ Dit was ook het standpunt van de Staatscommissie parlementair stelsel, zie *Lage Drempels Hoge Dijken*, eindrapport van de Staatscommissie parlementair stelsel, Boom: Amsterdam 2018, p. 202.

beschouwd toch een zekere vrijheid tegenover overheidsingrijpen garanderen. Dit geldt bijvoorbeeld voor artikel 19, derde lid, van de Grondwet: het recht van iedere Nederlander op vrije keuze van arbeid.⁷⁶ Maar ook het recht op vrijheid van onderwijs vereist een overheid die onderwijs faciliteert, bijvoorbeeld door middel van bekostiging. De negatieve verplichtingen die uit sociale grondrechten kunnen worden afgeleid, zou ze geschikt kunnen maken voor rechterlijke toetsing.⁷⁷ In dit kader wordt ook wel gewezen op de toetsing aan sociale grondrechten uit verdragen, zoals het Europees Sociaal Handvest.⁷⁸

Maar hoewel het onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten materieel niet zo duidelijk te maken is, laat de formulering van sociale grondrechten in de Grondwet zien dat de kaders onvoldoende duidelijk zijn om te bepalen of er sprake is van een inbreuk op een sociaal grondrecht. Dit komt doordat de in de Grondwet verankerde sociale grondrechten veelal een inspanning vereisen van de overheid die niet aan een resultaatsverplichting gebonden is. Daarentegen zou gesteld kunnen worden dat uit sociale grondrechten wel degelijk een minimumverplichting kan worden afgeleid. Maar, nu de grondwetgever niet heeft voorzien in kaders voor de invulling van die minimumverplichting, ontbreekt bij zo'n rechterlijke invulling ieder gesprek met de wetgevende macht.⁷⁹ Dit zou een grote verschuiving in de verhouding tussen de staatsmachten betekenen. De instructienorm die sociale grondrechten veelal kenmerkt, maakt dat deze rechten zich voorts primair richten tot de overheid: de overheid heeft in eerste instantie een verplichting om zich in te spannen voor de verwezenlijking van sociale grondrechten. Bij de invulling van deze inspanningsverplichting hebben de wetgever en de uitvoerder de ruimte om rekening te houden met allerlei belangen, van zowel rechtsstatelijke en constitutionele aard, als politieke en financiële aard. Het adagium voor de overheid bij de invulling van sociale grondrechten luidt dan ook eerder 'verplichting, maar', in plaats van 'onvrijheid, tenzij', en voor de burger 'recht op, maar'.

Deze 'maar'-regel typeert de bevoegdheid van de wetgever en de uitvoerder om aan de verplichtingen die voortvloeien uit sociale grondrechten invulling te geven op een manier die zij passend vinden. Dit maakt dat de rechter zich met politieke besluitvorming zou moeten bemoeien om de vereiste overheidsinspanning concreet te maken.⁸⁰ En hoewel niet ter discussie staat of de rechter in staat is dat onafhankelijk en onpartijdig te doen, vormt elke zweem van politiek in de rechtspraak een voedingsbodem voor het frame dat de rechter níet onpartijdig en onafhankelijk zou handelen. Dit doet afbreuk aan het vertrouwen in de rechtspraak⁸¹ en staat haaks op het doel van dit voorstel: de versterking van de individuele rechtsbescherming van burgers. Voor effectieve rechtsbescherming is het immers niet alleen noodzakelijk dat de rechter zelf onpartijdig en onafhankelijk uitspraak doet, maar ook dat die uitspraak als gezaghebbend wordt erkend. Derhalve is ervoor gekozen sociale grondrechten geen onderdeel te maken van het toetsingskader bij dit voorstel.

Dit betekent evenwel niet dat wet- en regelgeving nooit aan sociale grondrechten uit de Grondwet kan worden getoetst: deze toetsing vindt primair plaats in het wetgevingsproces, waarbij de wetgever rekening dient te houden met de verenigbaarheid van een in voorbereiding zijnde wet met het geheel van bepalingen die deel uitmaken van de Grondwet. Daarnaast kan de rechter door middel van grondwetsconforme interpretatie de sociale grondrechten toch betrekken bij de vraag of een wet of wetsbepaling in strijd is met de Grondwet. In zo'n geval wordt een wet door de

⁷⁶ A.D. Belinfante & J.L. de Reede/S.A.J. Munneke e.a., *Beginnelsen van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023, p. 230.

⁷⁷ Zoals ook blijkt uit het in de Tweede Kamer gevoerde 'Rondetafelgesprek over de sociale grondrechten' (5 maart 2025) en de position papers die naar aanleiding van het rondetafelgesprek bij de Tweede Kamer zijn ingediend.

⁷⁸ Daarbij zij evenwel opgemerkt dat de rechter ten aanzien van de toetsing aan sociale grondrechten die in verdragen verankerd zijn, lang niet altijd aanneemt dat van deze rechten een rechtstreekse werking uitgaat.

⁷⁹ Dit stuit op hetzelfde bezwaar dat speelt bij de toetsing aan algemene rechtsbeginselen.

⁸⁰ De Centrale Raad van Beroep erkende tijdens het rondetafelgesprek dat sociale grondrechten door de huidige formulering minder geschikt zijn als toetsingsmaatstaf. Daaraan voegde de CRvB overigens toe dat de rechter wel aan de kern van sociale grondrechten zou kunnen toetsen.

⁸¹ Dit risico werd ook onderschreven door de Raad voor de rechtspraak (Rvdr) in voornoemd rondetafelgesprek. De Rvdr voegde daaraan toe dat dit gevoel kan worden versterkt door het frame dat de rechter op de stoel van de wetgever en de bestuurder zou gaan zitten.

rechter wellicht niet rechtstreeks aan sociale grondrechten getoetst, maar kunnen sociale grondrechten toch een rol spelen bij de interpretatie van de wet. De rechter zal dan uitgaan van de presumptie dat de wetgever geacht wordt de (gehele) Grondwet na te leven.

De algemene bepaling

Ten aanzien van de algemene bepaling geldt eveneens dat de bepaling niet wordt opgenomen in het toetsingskader, nu de bedoeling die de grondwetgever had met invoering van de algemene bepaling daaraan in de weg staat. De algemene bepaling richt zich primair tot de (grond)wetgever en legt hem de verplichting op de grondrechten en de democratische rechtsstaat te waarborgen.⁸² Voorts heeft de grondwetgever bij de algemene bepaling nadrukkelijk niet bedoeld dat de burger er een beroep op zou kunnen doen, nu de bepaling geen subjectieve rechten bevat.⁸³ Hierdoor wordt de algemene bepaling niet alleen onbedoeld, maar ook ongeschikt geacht voor rechterlijke toetsing. Wel kan de algemene bepaling als interpretatief kader dienen voor de overige bepalingen van de Grondwet, en als hulpmiddel wanneer er twijfel is over de vraag hoe de Grondwet moet worden uitgelegd.⁸⁴

Institutionele bepalingen

Het voorstel strekt zich niet uit tot de invoering van rechterlijke toetsing van wetten aan de institutionele delen van de Grondwet. Invoering van toetsing aan deze bepalingen zou niet (direct) bijdragen aan het doel van dit wetsvoorstel: de versterking van de rechtsbescherming van burgers. De institutionele onderdelen van de Grondwet creëren namelijk niet direct rechten of plichten voor burgers. Het zijn bepalingen over de samenstelling, werkwijze en bevoegdheden van overheidsorganen, de wetgevingsprocedure of de verhoudingen binnen de gedecentraliseerde eenheidsstaat. Het gaat daarmee om constitutionele regels met een principiële ander karakter en doel. Een uitbreiding van het toetsingskader in deze zin roept daarom nieuwe vragen op die buiten het kader van dit voorstel vallen.

Algemene rechtsbeginselen

Sinds het Harmonisatiewet arrest van de Hoge Raad in 1989 is het vaste rechtspraak dat het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet zich ook uitstrekt tot toetsing van wetten aan algemene rechtsbeginselen en het Statuut.⁸⁵ Mede naar aanleiding van de toeslagenaffaire gaan er stemmen op om toetsing van wetten aan algemene rechtsbeginselen, meer specifiek het evenredigheidsbeginsel, mogelijk te maken. In haar uitspraken van 1 maart 2023 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (Afdeling) zich daarover uitgelaten.⁸⁶ De Afdeling oordeelde dat het toetsingsverbod er bij de huidige stand van de rechtsontwikkeling aan in de weg staat dat een wet in formele zin wordt getoetst aan algemene rechtsbeginselen en (ander) ongeschreven recht. Zij achtte het niet aangewezen de gedachtevorming door de (grond)wetgever over het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet te doorkruisen door het toetsingsverbod anders uit te leggen dan voorheen.

De regering beoogt met dit grondwetsvoorstel geen verandering aan te brengen in de interpretatie die de rechter aan de term 'grondwettigheid' in artikel 120 Grondwet geeft. Uitgangspunt voor de regering blijft dat wetten alleen aan hoger recht mogen worden getoetst, voor zover de Grondwet een uitdrukkelijke basis daarvoor geeft. Dit wetsvoorstel beoogt die basis te geven voor klassieke grondrechten vanwege de duidelijke normstelling in de Grondwet zelf. Van algemene rechtsbeginselen en (ander) ongeschreven recht kan dit niet worden gezegd. In geval van toetsing daaraan zouden de staatsrechtelijke verhoudingen in de trias verschuiven vanwege dit gebrek aan een duidelijke normstelling in de Grondwet. De regering kiest daarom niet voor toetsing van wetten aan algemene rechtsbeginselen.

Het voorgaande laat onverlet dat wetgever en rechter op het niveau van de toepassing van de wet nuances op deze rechtsregel kunnen aanbrengen, zolang die binnen de grenzen van artikel 120

⁸² Kamerstukken I 2017/18, 34 516, nr. C, p. 2.

⁸³ Kamerstukken I 2017/18, 34 516, nr. C, p. 2.

⁸⁴ Kamerstukken II 2015/16, 34 516, nr. 3, p. 9.

⁸⁵ HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet*).

⁸⁶ ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772, rov. 9.7-9.10 en ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:852.

Grondwet blijven. Zo is in de rechtspraak een uitzondering gecreëerd op het verbod om wetten te toetsen aan algemene rechtsbeginselen. Als sprake is van bijzondere omstandigheden die niet of niet ten volle zijn verdisconteerd in de afweging van de wetgever, en die de toepassing van de wettelijke bepaling zozeer in strijd doen zijn met algemene rechtsbeginselen dat die toepassing achterwege moet blijven, kan de rechter een wettelijke bepaling buiten toepassing laten.⁸⁷ Het kan daarbij tevens 'gaan om gevolgen van de toepassing van de wettelijke bepaling die niet stroken met wat de wetgever kan hebben bedoeld of voorzien'.⁸⁸ Dat is de zogeheten contra-legemtoepassing van algemene rechtsbeginselen. Het is niet de bedoeling van de regering om met dit wetsvoorstel een verandering in deze rechtspraak teweeg te brengen.

De Hoge Raad, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) hebben in verband met voorgaande in hun zienswijzen op de contourennota verwezen naar (hun reacties op) de consultatieversie van het wetsvoorstel Wet versterking waarborgfunctie Awb, waarin wordt voorgesteld om artikel 3:4, tweede lid, Awb zodanig te wijzigen dat een evenredigheidstoets mogelijk is bij alle besluiten, ook als die zijn gebaseerd op een gebonden bevoegdheid in een wet in formele zin. Dat voorstel heeft tot 1 augustus 2024 voor internetconsultatie opengestaan. Thans worden de reacties op de consultatie en de uitvoeringstoetsen verwerkt, waaronder die van de betreffende rechterlijke instanties, waarbij vanzelfsprekend ook de verhouding tot dit grondwetswijzigingsvoorstel een aandachtspunt is.

4.3 Verhouding tot internationaal en Europees recht

Grondrechten worden gewaarborgd in verschillende constitutionele documenten, op verschillende niveaus. Soms zijn grondrechtelijke waarborgen eigen aan een bepaald constitutioneel regiem, maar in veel gevallen bestaat er ook aanzienlijke overlap tussen grondrechten die hierin worden beschermd. Zo treft men het discriminatieverbod niet alleen aan in artikel 1 Grondwet, maar is dit verbod ook opgenomen in artikel 14 EVRM, artikel 1 Twaalfde Protocol bij het EVRM, artikel 26 IVBPR en artikel 21 EU-Handvest. Voor de rechtzoekende burger in Nederland, met zijn gematigd monistische stelsel ten aanzien van de doorwerking van internationaal recht, betekent dit dat hij in beginsel kan beschikken over een rijk menu aan bepalingen waarop hij een beroep kan doen bij de rechter.

Wat de toetsing van wetten betreft, wordt als gevolg van het onderhavige wetsvoorstel ook de Grondwet aan dit keuzemenu toegevoegd. In paragraaf 2 van deze toelichting is reeds ingegaan op de vraag welke meerwaarde deze toevoeging heeft boven toetsing aan fundamentele rechten in verdragen en supranationale regelingen. Duidelijk werd dat die meerwaarde deels besloten ligt in de extra waarborgen die de Grondwet in sommige opzichten boven de betreffende verdragen biedt – bijvoorbeeld striktere beperkingscriteria, een ruimere reikwijdte van bepaalde grondrechten – en deels in de bijdrage die een grondwettelijke grondrechtenjurisprudentie kan leveren aan de bevordering van een constitutionele cultuur. De ruimte voor het geven van grondrechtenbescherming op basis van de eigen Grondwet – en daarmee voor het ontwikkelen van een eigen grondrechtenjurisprudentie – is alleen niet onbeperkt. Het internationale recht en het recht van de EU stellen grenzen aan deze ruimte.

Bij het markeren van deze grenzen staat voorop dat mensenrechtenverdragen en supranationale regelingen aangesloten partijen vrijlaten om fundamentele rechten te verzekeren op grond van hun eigen nationale recht.⁸⁹ Het is de nationale rechter dan ook toegestaan om via toetsing aan de Grondwet een hierop gebaseerde grondrechtenjurisprudentie te ontwikkelen.⁹⁰ Een eerste grens hierbij is dat hij in deze jurisprudentie echter niet onder het beschermingsniveau mag zakken dat in internationale en EU-rechtelijke normen, waaronder de rechtspraak van de twee belangrijkste rechtscolleges op dit terrein voor Nederland – het EHRM en het Hof van Justitie van de EU – is vastgesteld ten aanzien van een bepaald grondrecht.⁹¹ De vrijheid om fundamentele rechten te

⁸⁷ Zie bijv. CRvB 19 juli 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:2622, HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729 (*Binnenvaartschip*), CBB 29 maart 2022, ECLI:NL:CBB:2022:134.

⁸⁸ ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772.

⁸⁹ Art. 53 EVRM; art. 53 EU-Handvest.

⁹⁰ Art 53 EVRM richt zich tot wetgever maar is blijkens rechtspraak van het EHRM ook gericht tot de rechter.

⁹¹ Deze rechtspraak is bindend, ook wanneer een uitspraak niet rechtstreeks tot Nederland is gericht.

verzekeren op grond van het eigen constitutionele recht betekent dus een vrijheid om een *hoger of vergelijkbaar* beschermingsniveau aan te brengen. Het blijkt niet altijd eenvoudig om te bepalen wat de ruimte hiervoor is in een concreet geval. Internationale en EU-rechtelijke normen kunnen voor verschillende uitleg vatbaar zijn. Zowel onder het EVRM als in het Unierecht bestaan procedures die de rechter kan gebruiken om de gewenste duidelijkheid te verkrijgen.⁹² Een tweede grens bij toetsing aan nationale grondrechten, die in het verlengde ligt van de eerste grens, is dat een rechter er bij het bieden van rechtsbescherming op moet letten dat hij geen lijnen overschrijdt die in Europese jurisprudentie zijn aangebracht ten aanzien van andere grondrechten. Grondrechtenbescherming bestaat regelmatig uit het wegen van grondrechtelijke belangen. Zo kan bijvoorbeeld de bescherming van het recht op privacy ten koste gaan van de vrijheid van meningsuiting en vice versa. Een derde en laatste grens is vooral verbonden met het Unierecht. Deze grens houdt in dat de nationale rechter bij het verlenen van grondrechtenbescherming op basis van het eigen constitutionele recht geen afbreuk mag doen aan de eenheid en effectieve werking van het Unierecht.⁹³ Er kan zich een situatie voordoen waarin het Unierecht geen ruimte laat voor zulke bescherming, omdat dit ten koste zou gaan van de werking van EU-handelingen op het grondgebied van die lidstaat. De toepassing door Nederland van een EU-handeling (die in overeenstemming is met het EU-Handvest) mag niet belemmerd worden vanwege strijd met de Grondwet. Het beginsel van de voorrang van het Unierecht staat hieraan in de weg.

De hierboven weergegeven grenzen en uitgangspunten zijn belangrijk om in het oog te houden wanneer de rechter zich, op grond van de wijzigingen van dit voorstel aan de Grondwet, in concrete zaken gesteld ziet voor de vraag of een verdergaande of meer door het eigen constitutionele recht geïnspireerde grondrechtenbescherming kan worden geboden. Dit wetsvoorstel opent de mogelijkheid voor zulke verdergaande of nationaal georiënteerde grondrechtenbescherming; daar waar die weg voorheen leek te zijn afgesloten.⁹⁴ Het kabinet tekent daarbij aan dat het handhaven van deze grenzen en uitgangspunten niet altijd aan de orde zal zijn bij samenloop van grondrechten. In veel situaties zal er sprake zijn van kruisbestuiving tussen identieke grondrechten uit verschillende rechtsregimes, waarbij de rechtspraak van bijvoorbeeld het EHRM een inspiratie vormt voor de uitleg van nationale grondrechten en de nationale grondrechtenjurisprudentie die hieruit voortkomt op haar beurt weer een indicatie kan vormen voor het ontstaan van een consensus over de reikwijdte van een bepaald grondrecht op Europees niveau.

4.4 Object van toetsing

Hierboven is toegelicht welke bepalingen van de Grondwet door dit wetsvoorstel worden uitgezonderd van het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet. In deze paragraaf wordt stilgestaan bij de vraag *wat* de rechter als gevolg van deze aanpassing aan deze bepalingen kan gaan toetsen.

Artikel 120 van de Grondwet verbiedt de rechter om te treden in de grondwettigheid van wetten en verdragen. Een eerste belangrijke markering is dat het voorgestelde eerste lid van dit artikel alleen betrekking heeft op wetten. Voor verdragen blijft het toetsingsverbod ook in stand wat betreft de in het eerste lid genoemde klassieke grondrechten (en aanverwante bepalingen). Dit heeft een aantal redenen. Blijkens de parlementaire geschiedenis is, om te beginnen, ten aanzien van verdragen hoofdzakelijk sprake van een verbod van procedurele toetsing.⁹⁵ Een inhoudelijke toetsing van verdragen aan klassieke grondrechten ligt niet in de rede. De vraag of een verdrag verenigbaar is met grondrechten behoort te worden beantwoord op het moment dat wordt beraadslaagd en besloten over de binding van het Koninkrijk aan dat verdrag; niet nadat die binding tot stand is gekomen. Anders dan bij wetgeving, heeft de 'verdragsgever' – dezelfde

⁹² Adviesprocedure Prot. 16; art. 267 WVEU.

⁹³ Zaak C-399/11, *Melloni*, HvJEU 26 februari 2013.

⁹⁴ Volgens de huidige stand van de rechtspraak kan de nationale rechter een wettelijke bepaling niet buiten toepassing laten wegens onverenigbaarheid met een ieder verbindende bepaling in de zin van artikel 94 Grondwet op basis van een uitleg die leidt tot een verdergaande bescherming dan het EHRM biedt, zie HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1211, en HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888 (Pelsdierhouders/Staat).

⁹⁵ Kamerstukken II 1979/80, 16162, 6, p. 12 (voorlopig verslag). Bijvoorbeeld de vraag of een verdrag met inachtneming van de vereisten van artikel 91, derde lid, van de Grondwet door het parlement is aangenomen, is dus niet vatbaar voor rechterlijke toetsing.

organen als de wetgever: regering en Staten-Generaal – bij een ongrondwettigheidsverklaring door de rechter weinig speelruimte om een geconstateerd gebrek ongedaan te maken. Bij een verdrag is immers minimaal één andere partij betrokken. De Grondwet heeft daarom een specifieke regeling getroffen waarbij de toetsing van verdragen aan de Grondwet nadrukkelijk een taak is van de regering en de Kamers, die zij moeten verrichten voordat het Koninkrijk aan een verdrag wordt gebonden en een verdrag kan opzeggen.⁹⁶

Hier komt bij dat artikel 94 van de Grondwet bepaalt dat een bepaalde categorie van internationaal recht – namelijk, een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties – voorrang geniet boven nationale wettelijke voorschriften. Daartoe behoort ook de Grondwet zelf. De rechter zou bij toetsing van een verdrag aan de Grondwet dus met een conflicterende opgave worden geconfronteerd.

Een ander argument tegen toetsing van verdragen aan klassieke grondrechten uit de Grondwet is dat de buitenlandse betrekkingen een aangelegenheid van het Koninkrijk vormen.⁹⁷ De goedkeuring van een verdrag door het parlement – uitdrukkelijk bij wet dan wel stilzwijgend⁹⁸ – heeft daarom het karakter van een Koninkrijkshandeling. De aard van het verdrag bepaalt of de goedkeuring wordt gevraagd bij wet of bij Rijkswet.⁹⁹ Het verbod voor de rechter in artikel 120 Grondwet om wetten en verdragen aan de Grondwet te toetsen betreft echter een Nederlandse landsaangelegenheid. En de grondrechten uit hoofdstuk 1 van de Grondwet bezitten (bijna uitsluitend) het karakter van Nederlands landsrecht. Uit het perspectief van hiërarchie van normen zou niet goed te verklaren zijn dat normen met een Koninkrijkskarakter door de rechter kunnen worden getoetst aan normen met een landskarakter, ook al zijn laatstgenoemde normen constitutioneel van aard.¹⁰⁰

Dit punt heeft een bredere betekenis. Het vormt niet alleen een argument om verdragen volledig onderdeel te houden van het toetsingsverbod, maar het betekent ook dat rijks wetten niet in aanmerking kunnen komen voor toetsing aan de Grondwet.¹⁰¹ Zulke wetten hebben formeel gesproken een hogere rang – althans behoren tot een ander rechtsregiem – dan de grondrechten uit hoofdstuk 1 van de Grondwet.

Samenvattend kan geconcludeerd worden dat het voorgestelde eerste lid van artikel 120 alleen geldt voor Nederlandse wetten; verdragen en rijks wetten vallen buiten het bestek van de nieuwe bepaling.

4.5 Gespreide toetsing

Artikel 120 van de Grondwet richt zich tot de rechter. Met 'rechter' worden alle rechters werkzaam bij de rechtsprekende instanties in Nederland bedoeld. Dit zijn de rechtbanken, gerechtshoven en de Hoge Raad, die in beginsel de rechtszaken op alle rechtsgebieden behandelen, met dien verstande dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) fungeert als algemene hoogste bestuursrechter. Daarnaast zijn er nog twee gespecialiseerde hoogste bestuursrechtelijke colleges, de Centrale Raad van Beroep (CRvB) en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb). Voor al deze instanties geldt dat ze ruim ervaring hebben met toetsing van wetten aan verdragen en toetsing van lagere regelgeving aan de Grondwet. Met de gedeeltelijke opheffing van artikel 120 Grondwet, krijgen de rechters bij alle rechtsprekende instanties daarnaast de bevoegdheid wetten te toetsen aan de, van het toetsingsverbod uitgezonderde, grondwetsbepalingen. Een stelsel waarin alle rechters de bevoegdheid krijgen wetten te toetsen aan de Grondwet wordt ook wel een stelsel van gespreide toetsing genoemd.

⁹⁶ Zie artikel 91, derde lid, van de Grondwet, waarin bepaald is dat een verdrag dat afwijkt van de Grondwet goedgekeurd kan worden met ten minste twee derde van de uitgebrachte stemmen in de Tweede en Eerste Kamer.

⁹⁷ Artikel 3, eerste lid, onder b Statuut.

⁹⁸ Artikel 91, tweede lid, Grondwet.

⁹⁹ De uitdrukkelijke goedkeuring van een verdrag gebeurt daarom bij rijks wet, tenzij het gaat om een verdrag dat uitsluitend voor het land Nederland zal gelden. Zie C. Borman, *Het Statuut voor het Koninkrijk*, Kluwer 2012, para. 7.4.2.

¹⁰⁰ Artikel 5, tweede lid, Statuut.

¹⁰¹ Zie contourennota, p. 17-18. Het aantal rijks wetten is beperkt. Voor Nederland zijn de belangrijkste de Paspoortwet en de Rijks wet op het Nederlanderschap.

Binnen dit stelsel van gespreide toetsing kan ervoor worden gekozen bepaalde zaken geconcentreerd te behandelen bij één of meer rechtsprekende instanties. Zo worden alle rechtszaken over octrooien geconcentreerd bij de Rechtbank Den Haag, en behandelt het Gerechtshof Amsterdam in de Ondernemingskamer zaken over geschillen binnen bedrijven. Ook kan de keuze voor gespreide toetsing goed samengaan met de keuze één instantie te belasten met de taak deelbeslissingen te nemen op rechtsvragen die door rechters via een prejudiciële procedure aan die instantie worden voorgelegd. Zo is in het huidige recht de Hoge Raad reeds belast met de taak bij wijze van een prejudiciële beslissing te antwoorden op rechtsvragen die door rechtbanken en gerechtshoven worden voorgelegd.¹⁰² Het antwoord op deze rechtsvraag geldt als bindend voor de verwijzende rechter en de partijen bij een geding en wordt meegenomen in de uitspraak van deze verwijzende rechter. Een ander voorbeeld van een prejudiciële procedure die is geïntegreerd in het Nederlandse systeem van gespreide toetsing is de regeling in artikel 267 van het Verdrag van de EU. Op grond van dit artikel zijn lagere rechters bevoegd en hoogste rechters verplicht om rechtsvragen voor te leggen over de uitlegging van het Unierecht, waaronder het Handvest van de grondrechten van de EU. Beide procedures zijn belangrijke instrumenten ten behoeve van het bewaken van de rechtseenheid.

4.6 Remedies

Volgens dit wetsvoorstel vinden wetten die door de rechter onverenigbaar worden bevonden met de in het eerste lid van artikel 120 Grondwet voorgestelde grondrechten *geen toepassing*. Hiermee sluit de regering aan bij de redactie van artikel 94 van de Grondwet en eerdere voorstellen voor de aanpassing van artikel 120 Grondwet.¹⁰³ De gekozen formulering is logisch vanuit het oogpunt van consistentie en is in lijn met de rechtspraktijk ten aanzien van de toetsing van wetgeving en lagere regelgeving. Deze rechtspraktijk zit op dit punt tegelijkertijd soms ook complex in elkaar en is in de afgelopen jaren het onderwerp geweest van verschillende wetenschappelijke publicaties.¹⁰⁴ Daarom is het belangrijk om in deze toelichting aandacht te besteden aan de betekenis van de woorden 'vinden geen toepassing'.

Een eerste vraag die deze woorden oproepen is wat precies de aard van de bevoegdheid is die in het voorgestelde derde lid van artikel 120 Grondwet wordt gegeven. Het komt de regering, gelet op de rechtspraktijk en wat hierover is geschreven in de loop der jaren, het meest juist voor om de betreffende bevoegdheid strikt genomen niet aan te merken als een uitspraakbevoegdheid van de rechter, maar als een specifieke constitutionele remedie die de Grondwet de rechter toekent om een normenconflict op te lossen.¹⁰⁵

Dit kan als volgt worden uitgelegd. Toetsing van wetgeving aan grondrechten vindt plaats op alle rechtsterreinen: het bestuursrecht, het strafrecht en het burgerlijke recht. Dat is nu reeds het geval (toetsing van wetgeving aan internationale en Europese grondrechten) en wordt dankzij dit wetsvoorstel verder uitgebreid (toetsing van wetgeving aan grondwettelijke grondrechten). Op alle drie de terreinen is het mogelijk dat een rechter wordt geconfronteerd met de vraag of een wettelijk voorschrift verenigbaar is met een grondrecht. In het kader van het bestuursrecht kan ter discussie worden gesteld of de wettelijke grondslag van een besluit met een grondrecht in overeenstemming is (exceptieve toetsing); in het kader van het strafrecht geldt dit voor een wettelijke bepaling die aan de basis staat van de vervolging van iemand; en in het kader van het burgerlijke recht kan de verhouding tussen een wettelijk voorschrift en een grondrecht de inzet

¹⁰² Artikel 81a Wet op de rechterlijke organisatie, de artikelen 392 tot en met 395 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (civiele zaken), de artikelen 27ga tot en met 27ge van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (fiscale zaken) en de artikelen 553 tot en met 555 van het Wetboek van Strafvordering (strafzaken).

¹⁰³ Voor deze formulering werd ook gekozen in het voorstel Halsema/Van Tongeren en door de Staatscommissies parlementair stelsel.

¹⁰⁴ R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009; J.J.J. Sillen, *Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010; J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013; M. van Zanten, *Indirecte toetsing door de bestuursrechter van algemeen verbindende voorschriften aan evenredigheid* (diss. Utrecht), Boom Uitgevers: Den Haag 2024; M.J. Vetzo, *Constitutioneel procesrecht* (diss. Utrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2025.

¹⁰⁵ Een andere, in de rechtspraktijk voorkomende manier om met een normenconflict om te gaan is de grondwetsconforme uitleg van een wettelijke bepaling. Deze vorm wordt hier verder grotendeels buiten beschouwing gelaten.

vormen van een actie uit onrechtmatige daad. Welke uitspraakbevoegdheden een rechter heeft om redres te bieden aan een burger bij de constatering dat zich inderdaad een grondrechtenschending voordoet, hangt af van het betreffende rechtsterrein. Aan de toepassing van deze uitspraakbevoegdheden gaat normaal gesproken evenwel op alle genoemde terreinen, al dan niet expliciet, het meer specifiek staatsrechtelijke procedurele moment vooraf, dat een rechter de strijdig bevonden wettelijke norm buiten toepassing verklaart. Aldus verhelpt de rechter het gerezen normenconflict en maakt hij de weg vrij voor een uitspraakbevoegdheid die aan het specifieke rechtsterrein is verbonden. Denk aan de vernietiging van een besluit in de context van het bestuursrecht,¹⁰⁶ het ontslag van alle rechtsvervolg van een verdachte in de context van het strafrecht,¹⁰⁷ de toekenning van een vordering tot schadevergoeding op grond van een onrechtmatige daad in de context van het burgerlijke recht.¹⁰⁸

Het buiten toepassing laten van een wettelijk voorschrift en de daaropvolgende aanwending van een uitspraakbevoegdheid vormen allebei remedies die de rechter kan hanteren bij het bieden van grondrechtenbescherming aan een burger die bij een geschil is betrokken. Maar wat betekent dit voor de status van het wettelijke voorschrift dat geen toepassing heeft gevonden? In elk geval is het zo dat het buiten toepassing laten van een wettelijk voorschrift door de rechter niet direct de geldigheid van dit voorschrift raakt. Anders dan bij vernietiging – zoals mogelijk is bij besluiten in het bestuursrecht – blijft een voorschrift dat vanwege strijd met hoger recht geen toepassing vindt, in beginsel gewoon onderdeel van de rechtsorde. Het rechterlijk oordeel richt zich alleen tot de partijen bij een geschil; er gaat formeel geen derdenwerking (*erga omnes* werking) van uit. Dat wil niet zeggen dat tegelijkertijd van zo'n bevinding geen signaal kan uitgaan over de rechtmatigheid van het voorschrift als zodanig. Het kan zijn dat uit een rechterlijk oordeel blijkt dat met de wettelijke norm die buiten toepassing wordt gelaten op zichzelf niets mis is; alleen de toepassing van deze norm in het concrete geval werkt inconstitutioneel uit. Het is echter evengoed mogelijk dat de rechter constateert dat niet zozeer de toepassing van de norm het constitutionele probleem vormt, maar de norm zelf. In dat laatste geval zal de rechter verklaren dat hij deze onverbindend acht.

Twee voorbeelden, ontleend aan de praktijk, kunnen helpen dit te illustreren. In voorbeeld A wordt een persoon vervolgd vanwege smaad. Dit is strafbaar gesteld in het Wetboek van Strafrecht.¹⁰⁹ Stel dat de strafrechter wel bewezen acht dat het tenlastegelegde feit is begaan, maar vervolgens, bij de toetsing van de desbetreffende wettelijke bepaling aan de vrijheid van meningsuiting, tot het oordeel komt dat deze vrijheid door de vervolging wordt geschonden. Een dergelijk oordeel zegt in beginsel niets over de rechtmatigheid van de strafbepaling als zodanig. In andere gevallen wordt het misdrijf van smaad misschien niet door de vrijheid van meningsuiting beschermd. Buiten toepassing laten betekent in voorbeeld A letterlijk dus ook alleen buiten toepassing laten, waarna de weg open ligt voor ontslag van alle rechtsvervolg.¹¹⁰

In voorbeeld B vecht een persoon bij de bestuursrechter een besluit van een bestuursorgaan aan op grond waarvan hem een fiscaal voordeel wordt onzegd. Volgens de appellant maakt dit besluit een verboden onderscheid op grond van geslacht. Bij de toetsing van het besluit aan het discriminatieverbod (artikel 1 Grondwet; artikel 26 IVBPR) stelt de bestuursrechter vast dat er inderdaad sprake is van discriminatie. Hij constateert echter dat het discriminatoire effect niet per se aan het besluit kleef, maar een gevolg is van een defect in de wettelijke bepaling die als grondslag van het besluit diende. De bestuursrechter spreekt daarom uit dat de wettelijke bepaling onverbindend is. Dit maakt de weg vrij voor het inzetten van bestuursrechtelijke uitspraakbevoegdheden ten aanzien van het onderliggende besluit, zoals de vernietiging hiervan.

Formeel gesproken zijn de rechtsgevolgen van het onverbindend verklaren van een wettelijk voorschrift door de rechter beperkt. Evenals de constitutionele remedie van het buiten toepassing

¹⁰⁶ Artikel 8:72 Awb. Vb rechtspraak

¹⁰⁷ Artikel 352 lid 2 Sv. Vb rechtspraak

¹⁰⁸ Artikel 6:162 BW. Een ander voorbeeld van een civielrechtelijke uitspraakbevoegdheid is een verklaring voor recht (artikel 3:302 BW) en een op artikel 3:296 lid 1 van het BW gebaseerd verbod aan de Staat om een bepaling in het geheel niet meer toe te passen, ook wel buitenwerkingstelling genoemd (zie voor een voorbeeld van buitenwerkingstelling HR 1 juli 1983, ECLI:NL:HR:1983:AD5666 (*Staat/LSV*)).

¹⁰⁹ Art. 261 Sr.

¹¹⁰ HR 16 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7750 (Reisbureau Rita).

laten van een voorschrift werkt de onverbindendverklaring alleen tussen procespartijen. Uit de rechtspraak volgt evenwel dat de materiële werking van een dergelijke verklaring groter kan zijn. Zeker indien de vaststelling van onverbindendheid afkomstig is van een hoogste rechter in ons rechtssysteem, wordt vrij algemeen aangenomen dat hiervan precedentwerking uitgaat voor andere rechters, ongeacht de kolom waarin deze zich bevinden.¹¹¹ In feite kan het betreffende voorschrift daarom vervolgens niet meer normaal functioneren in de rechtsorde. Daarmee vormt een onverbindendverklaring, behalve aan andere rechters, ook een signaal aan het orgaan dat het voorschrift tot stand heeft gebracht, dat zich voor de opgave gesteld kan zien de regeling aan te passen of in te trekken.

Als gezegd wil de regering met dit wetsvoorstel aansluiten bij de bestaande rechtspraak. Dat betekent dat de woorden 'vinden geen toepassing' in het voorgestelde derde lid van artikel 120 Grondwet op dezelfde manier begrepen moeten worden dan het equivalent van deze woorden in artikel 94 Grondwet, zoals ontwikkeld in de rechtspraak en bij de herziening van de Grondwet in 1983 bevestigd door de grondwetgever.¹¹² Bij strijd tussen een wettelijke bepaling met een klassiek grondrecht uit de Grondwet kan de formulering derhalve door de rechter worden aangegrepen om enkel de toepassing van deze bepaling in het concrete geval te isoleren, zonder daarmee de rechtmatigheid van de bepaling zelf in twijfel te trekken. De formulering staat er echter ook niet aan in de weg dat de rechter wel degelijk een defect in een wettelijk voorschrift zelf detecteert. Dat kan hij tot uitdrukking brengen door het voorschrift onverbindend te verklaren.

Wat tot slot nog toelichting verdient in deze paragraaf, is wat de gevolgen zijn van dit wetsvoorstel voor het leerstuk van de rechtsvormende taak van de rechter. Op grond van dit leerstuk ziet de rechter soms af van het buiten toepassing laten van een wettelijk voorschrift, indien het geconstateerde normconflict niet kan worden verholpen door deze remedie of een andere remedie, zoals de grondwetsconforme interpretatie. Dat kan het geval zijn als de inbreuk door een wet op een grondrecht alleen kan worden gerepareerd door hiervoor een vervangende norm in de plaats te stellen. Volgens vaste jurisprudentie kan de rechter in een dergelijke situatie niet zomaar in het rechtstekort voorzien dat zou ontstaan door het buiten toepassing laten van het bestreden wettelijk voorschrift. Gelet op de staatsrechtelijke verhoudingen heeft hij deze mogelijkheid in beginsel alleen indien zich uit het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of de wetsgeschiedenis, voldoende duidelijk laat afleiden hoe dat dient te geschieden.¹¹³ Dit kan anders liggen wanneer de wetgever op de hoogte is van een grondrechtelijke schending, maar structureel nalaat deze te repareren.

Het is niet de bedoeling van de regering om met dit wetsvoorstel een koerswijziging aan te brengen ten aanzien van het leerstuk van de rechtsvormende taak van de rechter. Zij laat het aan de rechter zelf over om deze notie in de jurisprudentie verder te ontwikkelen en toe te passen, zoals hij de afgelopen jaren nog heeft gedaan.¹¹⁴ Daarbij gaat de regering er uiteraard van uit dat de rechter de doelstellingen van deze grondwetwijziging – het versterken van individuele rechtsbescherming en de bevordering van een grondwettelijke cultuur – respecteert. De burger mag van de rechter verwachten dat deze op een effectieve manier de waarborgen handhaaft die de klassieke grondrechten uit de Grondwet bieden.

5. Algemene materiële vereisten voor de beperking van grondrechten

De meeste grondrechten uit het toetsingskader zijn niet absoluut maar relatief van aard. Dat betekent dat ten aanzien van deze grondrechten beperkingen door de overheid zijn toegestaan. Hiertoe bevatten de bepalingen waarin deze grondrechten zijn neergelegd clausules met criteria en voorwaarden. In aanzienlijke mate bestaan deze criteria en voorwaarden uit formele eisen, die zich richten op de vraag *wie* een grondrecht mag beperken. Materiële eisen aan beperkend overheidsoptreden zijn in de genoemde clausules minder aanwezig. Volgens de regering vormt het ontbreken van deze eisen een belemmering voor rechterlijke toetsing van regelgeving aan klassieke grondrechten. Daarom vult dit voorstel hoofdstuk 1 van de Grondwet aan met een

¹¹¹ Vetzo 2025, p. 55 (en verwijzingen aldaar). Zie uitspraak over Tijdelijke wet dwangsom IND.

¹¹² HR vakantietijden.

¹¹³ HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756 (Arbeidskostenforfait).

¹¹⁴ HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963 (Kerst-arrest).

algemene beperkingsclausule, die vereist dat een beperking van een grondrecht in overeenstemming is met de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit.

In deze paragraaf wordt eerst stilgestaan bij de huidige beperkingssystematiek (paragraaf 5.1), daarna wordt ingegaan op het advies van de Staatscommissie Grondwet uit 2010 (paragraaf 5.2) en het onderzoek van de Universiteit Maastricht uit 2024 (paragraaf 5.3) en vervolgens komt de door de regering voorgestelde aanvulling op de grondwettelijke beperkingssystematiek aan de orde (paragraaf 5.4).

5.1 Huidige beperkingssystematiek

De huidige beperkingssystematiek van de grondrechten in de Grondwet dateert van 1983. De grondwetgever stelde toen met betrekking tot de mogelijkheid van grondrechtenbeperkingen een systeem op dat sterk kwam te rusten op twee pijlers: bijzondere beperkingen en competentieclausules.¹¹⁵ De regering nam tijdens de behandeling van de voorstellen tot grondwetsherziening afstand van de zogenaamde leer van de algemene beperkingen: rechtsregels die niet in het bijzonder op de uitoefening van een grondrecht betrekking hebben, maar buiten de sfeer van een grondrecht liggen en als neveneffect hebben dat de uitoefening van een grondrecht beperkingen ondergaat. Aanvaarding van deze leer, aldus de regering, zou aan overheden een vrijbrief geven om de uitoefening van grondrechten aan banden te leggen.¹¹⁶

Tegenover de leer van de algemene beperkingen stelde de regering de leer van de bijzondere beperkingen. Volgens deze leer is een beperking van een grondrecht alleen geoorloofd als zij herleidbaar is tot een grondwettelijke beperkingsclausule en, bij voorkeur, met het oog op een bepaald grondrecht zijn vastgesteld. Een bekend voorbeeld van zo'n bijzondere beperking is de Wet openbare manifestaties, die in 1988 van kracht werd. In deze wet zijn beperkingen neergelegd op artikel 6 en 9 van de Grondwet, waarin respectievelijk de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging en de vrijheid van vergadering en betoging zijn neergelegd. De wet is specifiek met genoemde twee grondrechten in het achterhoofd door de wetgever geschreven en houdt nauwkeurig de verschillende competentie- en doelcriteria in het oog, die in artikel 6 en 9 van de Grondwet zijn opgenomen.

Binnen de leer van de bijzondere beperkingen is een belangrijke rol weggelegd voor de wetgever. In vrijwel alle grondrechtsbepalingen die beperkingen toelaten wordt als eis gesteld dat een beperkende maatregel berust op een wet in formele zin. In sommige gevallen is het uitsluitend de formele wetgever die een grondrecht (regering en Staten-Generaal) mag inperken, bij een aantal grondrechten is delegatie mogelijk.¹¹⁷ Daarnaast bevatten sommige grondrechten doelcriteria en procedure- en vormvoorschriften. Doelcriteria houden in dat de beperking een bepaald belang moet dienen, zoals het belang van de openbare orde.¹¹⁸ Een voorbeeld van een procedure- en vormvoorschrift is de eis van voorafgaande legitimatie bij het binnentreden van een woning.¹¹⁹

Behalve doelcriteria stelt de Grondwet in hoofdstuk 1 geen andere inhoudelijke vereisten aan een grondrechtenbeperkingen. Dit is anders bij het EVRM en het EU-Handvest. Zowel het EVRM als het EU-Handvest kennen een proportionaliteitseis. Zo is in artikel 8 tot en met 11 van het EVRM de eis neergelegd dat een beperking van het recht 'noodzakelijk in een democratische samenleving' is. Dat houdt, kort gezegd, in dat er een dwingend maatschappelijk belang (*pressing social need*) bestaat voor de beperking van het grondrecht, dat de redenen die ter rechtvaardiging van de grondrechtenbeperking zijn aangevoerd, relevant en toereikend zijn en dat er een redelijke balans (*fair balance*) is tussen de beperking van het grondrecht en het daarmee nagestreefde doel.¹²⁰ In het EU-Handvest is in artikel 52, eerste lid, een algemene beperkingsclausule opgenomen die een

¹¹⁵ M.C. Burkens, *Beperking van grondrechten*, Deventer 1971.

¹¹⁶ C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherziening 1983*, Deventer 1983, p. 53.

¹¹⁷ De terminologie 'bij wet' duidt aan dat alleen de formele wetgever het grondrecht mag beperken (zie bijvoorbeeld artikel 8 Grondwet). De terminologie 'bij of krachtens', 'regelen' of 'regels' houdt in dat delegatie is toegestaan (zie bijvoorbeeld artikel 10 Grondwet).

¹¹⁸ Zie bijvoorbeeld artikel 8 Grondwet.

¹¹⁹ Artikel 13, tweede lid, Grondwet.

¹²⁰ Zie bijv. EHRM 25 februari 1997, nr. 22009/93 (*Z/Finland*), par. 94 en EHRM 8 april 2021, nr. 47621/13 (*Vavříčka e.a./Tsjechië*), par. 273-275 en 25 februari 1997

proportionaliteitseis omvat.¹²¹ Op grond van deze proportionaliteitseis moet de beperking (i) geschikt en (ii) noodzakelijk zijn om het gestelde doel te bereiken en moet er een (iii) evenwichtige verhouding zijn tussen het belang dat wordt gediend met de beperking en concurrerende belangen. Daarnaast bevat het EU-Handvest een kernrechtbepaling, die stelt dat de wezenlijke inhoud van de in het EU-Handvest erkende rechten en vrijheden moet worden geëerbiedigd.¹²²

5.2 Staatscommissie Grondwet

Het ontbreken van materiële eisen in de grondwettelijke beperkingssystematiek roept de vraag op of de huidige beperkingssystematiek voldoende is geëquipeerd voor constitutionele toetsing door de rechter. In 2010 heeft de Staatscommissie Grondwet in opdracht van de toenmalige regering advies uitgebracht over onder andere de beperkingssystematiek van grondrechten.¹²³ De Staatscommissie heeft geadviseerd de huidige beperkingssystematiek te handhaven én uit te breiden. Handhaving acht zij aangewezen vanwege de centrale positie die de formele wetgever daarin inneemt. Vanuit democratisch oogpunt is het volgens de Staatscommissie wenselijk dat het in eerste instantie de wetgever is die bij de beperking van grondrechten de vaak verschillende belangen tegen elkaar afweegt. Tegelijkertijd merkt de Staatscommissie op dat de Grondwet bij die afweging veel ruimte laat aan de wetgever. Daarom pleit zij ook voor uitbreiding van de beperkingssystematiek met inhoudelijke vereisten, te weten: het vereiste van proportionaliteit en de waarborging van het kernrecht. Hoewel deze vereisten volgens de Staatscommissie strikt juridisch niet nodig zijn vanwege de doorwerking van verdragen, achtte ze het vastleggen daarvan niettemin wenselijk ten behoeve van de toegankelijkheid en normativiteit van de Grondwet. Volgens de Staatscommissie kan een aanvullende algemene beperkingsclausule de wetgever houvast bieden bij de beoordeling van de aanvaardbaarheid van beperkingen, de burger laten zien onder welke voorwaarden grondrechten mogen worden beperkt en de rechter een aanknopingspunt geven voor de toetsing van een inbreuk op een grondrecht in het concrete geval. De Staatscommissie stelde de volgende formulering voor:

1. Beperkingen van grondrechten gaan niet verder dan het doel van de beperking vereist.
2. De kern van grondrechten wordt niet aangetast.

Het eerste lid vereist dat de beperking geschikt en noodzakelijk is om het gestelde doel te bereiken en dat er een proportionele verhouding bestaat tussen het doel van de beperking en de aantasting van het grondrecht. Het tweede lid waarborgt de wezenlijke kern van het grondrecht.

In de kabinetsreactie op het rapport van de Staatscommissie gaf het toenmalige kabinet aan niet overtuigd te zijn door dit voorstel, omdat het kabinet de onderliggende presumpties om te komen tot een versterking van de normativiteit van de Grondwet en een verbetering van de toegankelijkheid niet deelde.¹²⁴ Volgens de kabinetsreactie ontbraken voorbeelden uit de (staatkundige) praktijk waaruit blijkt dat de huidige beperkingssystematiek onwerkbaar zou zijn. Ook wees het toenmalige kabinet op de in de literatuur geuite kritiek op het voorstel. Zo zou de toepasselijke maatstaf bij de proportionaliteitseis ontbreken en werd aparte bescherming van de kern van een grondrecht in juridische zin overbodig geacht, nu dat niets toevoegt aan de uitkomst van een proportionaliteitstoets en de beslissing wat tot de kern kan worden gerekend als betrekkelijk arbitrair kan worden aangemerkt.

5.3 Onderzoek Universiteit Maastricht

Toen de wijziging van het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet onder het vorige kabinet weer op de agenda kwam, ging er ook hernieuwde aandacht uit naar de beperkingssystematiek. Zo werd in 2023 de motie-Omtzigt c.s. aangenomen, waarin de regering werd verzocht de aanpassing van de beperkingssystematiek van de Grondwet mee te nemen in de consultatie over wijziging van artikel 120 van de Grondwet.¹²⁵ Daarnaast hebben onderzoekers van de Universiteit Maastricht in

¹²¹ De tekst van artikel 52, eerste lid, EU-Handvest (tweede zin) luidt: 'Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen alleen beperkingen worden gesteld indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen beantwoorden.'

¹²² Artikel 52, eerste lid, EU-Handvest.

¹²³ Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 53-56.

¹²⁴ *Kamerstukken II* 2011/12, 31 570, nr. 20, p. 6-7.

¹²⁵ *Kamerstukken II* 2022/23, 36 200 VII, nr. 165.

opdracht van het vorige kabinet onderzoek gedaan naar de vraag of de grondwettelijke beperkingssystematiek geschikt is om te fungeren als toetssteen voor de rechter en, zo nee, hoe zij daarvoor geschikt kan worden gemaakt.¹²⁶

In hun onderzoek schetsen de onderzoekers twee scenario's voor de beperkingssystematiek in geval van de gedeeltelijke opheffing van het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet: handhaving en wijziging van de grondwettelijke beperkingssystematiek. In geval van handhaving van de beperkingssystematiek verwachten de onderzoekers dat de rechter, ondanks het ontbreken van inhoudelijke vereisten, nuttig gebruik zal maken van het toetsingsrecht. Dit vergt wel enige creativiteit, bijvoorbeeld door de grondwettelijke competentievoorschriften in te kleuren met algemene rechtsbeginselen (beginselconforme interpretatie) of met de eisen die het EVRM en het EU-Handvest aan grondrechtenbeperking stellen (verdragsconforme interpretatie). Voordeel is dat hiervoor geen intensieve grondwetsherziening benodigd is. Daar staat tegenover dat dit scenario tot rechtsonzekerheid kan leiden. De onderzoekers wijzen erop dat het niet meteen duidelijk zal zijn welke inhoudelijke eisen voor een grondrechtenbeperking gelden. Bovendien kan de rechter sneller het verwijt krijgen ofwel te activistisch op te treden bij het formuleren van eisen, ofwel te gouvamenteel in geval van terughoudendheid. Volgens de onderzoekers kan dit nadeel deels worden ondervangen door in de toelichtende stukken bij het voorstel uitdrukkelijk in te gaan op de wijze waarop de grondwettelijke toetsing eruit moet komen te zien.

Er kan ook voor worden gekozen de beperkingssystematiek aan te passen. In dat verband onderscheiden de onderzoekers een vijftal opties:

1. Een aanvullende algemene beperkingsclausule met proportionaliteitseis en kernrechtbepaling;
2. Een aanvullende algemene beperkingsclausule met proportionaliteitseis, zonder kernrechtbepaling;
3. Een algemene beperkingsclausule die in de plaats komt van de bestaande beperkingsclausule in elk afzonderlijk grondrecht;
4. Wijziging van elk van de afzonderlijke beperkingsclausules; en
5. Een coördinatiebepaling.

De eerste drie opties gaan uit van een algemene beperkingsclausule, terwijl de vierde optie een wijziging van de afzonderlijke beperkingsclausules per grondrecht behelst. Hoewel de vierde optie ervoor zorgt dat de beperkingsclausules op het specifieke grondrecht kunnen worden toegesneden, zal dit volgens de onderzoekers in de praktijk meestal neerkomen op het toevoegen van een proportionaliteitseis. Bovendien brengt dit een omvangrijke grondwetswijziging mee, omdat alle bepalingen uit het toetsingskader moeten worden aangepast. Eenvoudiger is het opnemen van een algemene bepaling als bedoeld in de eerste drie opties. Daar komt volgens de onderzoekers bij dat een algemene bepaling duidelijk en herkenbaar is. Een algemene bepaling kan *in aanvulling op* (optie 1 en 2) of *in plaats van* (optie 3) de bestaande beperkingsclausules van elk afzonderlijk grondrecht worden ingevoerd. Een algemene bepaling die in de plaats komt van bestaande beperkingsclausules brengt de moeilijkheid mee dat de bevoegdheidsverdeling tussen de formele wetgever en andere wetgevers in één bepaling moet worden ondergebracht. Bovendien impliceert deze optie, net als bij optie 4, een complexe algehele herziening van hoofdstuk 1 van de Grondwet. Een aanvullende algemene beperkingsclausule als bedoeld in de eerste twee opties is volgens de onderzoekers makkelijker inpasbaar en heeft als voordeel dat op de specifieke grondrechten toegesneden eisen behouden blijven.

Een aanvullende algemene beperkingsclausule kan bestaan uit een proportionaliteitseis en een kernrechtbepaling (optie 1). Voor de formulering van een dergelijke algemene beperkingsclausule wordt verwezen naar het in paragraaf 5.2 genoemde voorstel van de Staatscommissie Grondwet. De onderzoekers merken op dat een kernrechtbepaling ook achterwege gelaten kan worden vanuit de redenering dat een beperking die raakt aan de kern van een grondrecht nooit proportioneel kan zijn (optie 2). In die zin heeft een kernrechtbepaling geen toegevoegde waarde ten opzichte van een proportionaliteitseis. Het achterwege laten van een kernrechtbepaling heeft volgens de

¹²⁶ Kamerstukken II 2023/24, 36 410 VII, nr. 106.

onderzoekers als bijkomend voordeel dat ingewikkelde vraagstukken over wat de kern is van een grondrecht, worden voorkomen.

Daarnaast kan een coördinatiebepaling in de Grondwet worden opgenomen, waarin staat dat een grondrechtenbeperking moet worden getoetst aan de Grondwet, het EVRM en, waar relevant, het EU-Handvest (optie 5). In die bepaling kan worden vastgelegd dat de ruimste bescherming voorgaat. Het EVRM en het EU-Handvest kennen vergelijkbare bepalingen.¹²⁷ Hierdoor kan de rechter zich gesterkt voelen om de bescherming geboden door het EVRM en het EU-Handvest als minimum te zien, zodat de weg wordt geëffend voor een eigen, nationale invulling van grondrechten. Volgens de onderzoekers heeft deze optie als voordeel dat de meerwaarde van de Grondwet ten volle wordt erkend zonder dat aanpassing van de grondrechten in Hoofdstuk 1 van de Grondwet nodig is. Een nadeel is dat de toetsing van wetten aan de klassieke grondrechten uit de Grondwet zelf weinig toegevoegde waarde heeft, omdat een coördinatiebepaling zelf geen inhoudelijke criteria bevat.

5.4 Een aanvullende, algemene beperkingsclausule met proportionaliteits

Naar de mening van het kabinet kan hoofdstuk 1 van de Grondwet het beste worden aangevuld met één algemene beperkingsclausule waarin een proportionaliteits eis is opgenomen. Dit komt overeen met optie 2 uit het onderzoek van de Universiteit Maastricht. Bij handhaving van de huidige beperkingssystematiek bestaan namelijk de door de onderzoekers van de Universiteit Maastricht gesignaleerde risico's op rechtsonzekerheid en op verwijten van activisme, die zich kunnen verwezenlijken als de rechter materiële eisen inleest in de verschillende grondwettelijke beperkingsclausules. Dit wordt voorkomen door de grondwettelijke beperkingssystematiek aan te vullen met materiële eisen, waardoor voor eenieder duidelijk is waaraan een grondrechtenbeperking moet voldoen. Dat biedt niet alleen duidelijkheid voor burgers, maar ook voor de wetgever, het bestuur en de rechter. Door hoofdstuk 1 van de Grondwet aan te vullen met één algemene beperkingsclausule blijven bovendien de bestaande, op de specifieke grondrechten toegesneden beperkingsclausules behouden. Naast een aanvullende, algemene beperkingsclausule met proportionaliteits eis acht het kabinet, om dezelfde redenen die in het onderzoek van de Universiteit Maastricht worden genoemd, het opnemen van een kernrechtbepaling niet van toegevoegde waarde. Datzelfde geldt voor het opnemen van een coördinatiebepaling, nu een grondrechtenbeperking ook na de opheffing van het toetsingsverbod moet blijven voldoen aan de voorwaarden uit het EVRM en, indien van toepassing, het EU-Handvest. Bovendien geldt reeds op grond van het EVRM en het EU-Handvest dat de ruimste grondrechtenbescherming voorgaat.¹²⁸

Voor de aanvullende, algemene beperkingsclausule wordt aan het slot van hoofdstuk 1 van de Grondwet een nieuwe bepaling ingevoegd, die slotbepaling grondrechten wordt genoemd. Op grond van deze bepaling staat een beperking van een grondrecht in een redelijke verhouding tot het daarmee beoogde doel en gaat die niet verder dan het doel van de beperking vereist. Dat houdt in dat een beperking van een grondrecht geschikt en noodzakelijk is om het gestelde doel te bereiken (kan het gestelde doel niet met minder vergaande middelen worden bereikt?) en dat er een proportionele of evenwichtige verhouding bestaat tussen het doel van de beperking en de aantasting van het grondrecht. In de slotbepaling worden aldus de beginselen van proportionaliteit (*in enge zin*) en subsidiariteit tot uitdrukking gebracht, vanuit de gedachte dat de slotbepaling over de gehele breedte van het recht inpasbaar moet zijn. Omdat er reeds verschillende vormen van proportionaliteitstoetsing bestaan – zo verschilt de toets op grond van het EVRM van die op grond van het EU-Handvest¹²⁹ en zijn er variaties tussen de verschillende rechtsgebieden¹³⁰ – is ervoor gekozen deze twee overkoepelende begrippen te definiëren in de slotbepaling. Tezamen beoogt de slotbepaling proportionaliteit *in brede zin* tot uitdrukking te brengen.¹³¹ De gekozen formulering beoogt ruimte te bieden voor het beoordelen van grondrechtenbeperkingen in lijn met

¹²⁷ Zie artikel 53 EVRM en artikel 52, derde lid, en artikel 53 EU-Handvest.

¹²⁸ Zie artikel 53 EVRM en artikel 52, derde lid, en artikel 53 EU-Handvest.

¹²⁹ In paragraaf 5.1 zijn die toetsen op hoofdlijnen beschreven.

¹³⁰ Binnen het bestuursrecht kan worden gewezen op de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4, tweede lid, Awb, waarbij de criteria van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid een rol spelen. Binnen het strafrecht en civiele recht zijn de begrippen proportionaliteit en subsidiariteit gangbaar.

¹³¹ Waar in het hiernavolgende wordt gesproken van 'proportionaliteit', wordt 'proportionaliteit in brede zin' bedoeld.

het EVRM en het EU-Handvest, maar ook voor de ontwikkeling van een eigen, nationale grondrechtenjurisprudentie.

De slotbepaling richt zich tot de wetgever, het bestuur en de rechter. Het is in de eerste plaats aan de wetgever en vervolgens aan het bestuur om de grondrechten in acht te nemen bij het opstellen en uitvoeren van wet- en regelgeving. In geval van een grondrechtenbeperking moeten zij het proportionele karakter daarvan waarborgen. Rijzen daar twijfels over, dan is in de laatste plaats de rechter aan zet om te beoordelen of de betreffende grondrechtenbeperking proportioneel is.

De slotbepaling is van toepassing op beperkingen van de grondrechten uit hoofdstuk 1 van de Grondwet, voor zover het grondrecht beperkingen toelaat. De algemene beperkingsclausule is dus niet van toepassing op (gedeelten van) grondrechten die volgens de wettekst, de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie niet beperkt kunnen worden.¹³² De slotbepaling geldt voorts *in aanvulling op* de bestaande beperkingssystematiek. Dat betekent dat de bestaande, per grondrecht geformuleerde beperkingsclausules onverkort van kracht zijn. Als bijvoorbeeld het recht tot vereniging van artikel 8 Grondwet wordt beperkt, moet deze beperking zijn neergelegd in een wet in formele zin, het belang van de openbare orde dienen én proportioneel zijn.

De proportionaliteitstoets ziet op de verhouding tussen het doel dat met de grondrechtenbeperking wordt nagestreefd en de aantasting van het grondrecht. Het gaat daarbij om een doelstelling in het algemeen belang.¹³³ Vanzelf spreekt immers dat een grondrecht niet kan worden beperkt om een doel na te streven dat niet het algemeen belang dient. Voorts bevat een aantal beperkingsclausules van afzonderlijke grondrechten specifieke doelcriteria, die het toegestane doel nader inperken.

De rechtvaardiging van een grondrechtenbeperking moet worden gezien binnen de context van de democratisch rechtsstaat, die tot uitdrukking wordt gebracht in de algemene bepaling van de Grondwet. De algemene bepaling geeft immers de contouren aan waarbinnen de andere bepalingen van de Grondwet moeten worden begrepen.¹³⁴ Relevant in de afweging van de belangen is de mate waarin het met de beperking of juist de uitoefening van het grondrecht nagestreefde belang samenhangt met de kernbeginselen democratie en rechtsstaat.¹³⁵ Naarmate het belang nauwer samenhangt met deze beginselen, moet daaraan meer gewicht worden toegekend.¹³⁶ Zo zal een grondrechtenbeperking ter bescherming van de onafhankelijkheid van de rechtspraak eerder zijn toegestaan, terwijl een maatregel die de mogelijkheden van burgers om te participeren in het politieke proces inperkt, juist hogere eisen stelt aan de rechtvaardiging daarvan.

Bij de beoordeling van een grondrechtenbeperking doet zich de vraag voor met welke intensiteit de rechter deze beperking kan toetsen. Hoewel het primair aan de rechter is om per geschil te bepalen welke toetsingsintensiteit passend is, kan in algemene zin worden opgemerkt dat de toetsingsintensiteit afhankelijk is van een veelheid aan factoren. Hoewel de regering als gezegd niet kiest voor het expliciet opnemen van een kernrechtbepaling, kan de mate waarin een grondrechtenbeperking de kern nadert van een grondrecht, van invloed zijn op de aan te leggen toetsingsintensiteit. Een andere factor betreft het beleidsterrein waarop de betreffende grondrechtenbeperking zich afspeelt. Zo komt de regering bijvoorbeeld traditioneel veel vrijheid toe bij kwesties die verband houden met de nationale veiligheid, bijvoorbeeld de inzet van de krijgsmacht, of buitenlands beleid.¹³⁷ De toevoeging van een aanvullende, algemene beperkingsclausule beoogt geen uniformering aan te brengen in de intensiteit waarmee aan

¹³² Een voorbeeld is het absolute censuurverbod van artikel 7 Grondwet.

¹³³ Vgl. het EVRM en het EU-Handvest. Het EVRM vereist dat met een beperking van een grondrecht een legitieme doelstelling wordt nagestreefd. Op grond van artikel 52, eerste lid, EU-Handvest moet een beperking daadwerkelijk beantwoorden aan de door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheid van anderen.

¹³⁴ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 516, nr. 3, p. 7-9.

¹³⁵ Voor een toelichting van deze kernbeginselen, zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34 516, nr. 3, p. 5-7.

¹³⁶ Vgl. EHRM 13 februari 2003, nr. 41340/98 (*Refah Partisi/Turkije*), waarin het EHRM het beginsel van democratie betreft in zijn afweging over het verbod op een politieke partij. Zie daarover J.H. Gerards, *EVRM – Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, par. 1.3.4 en 2.6.4.

¹³⁷ Zie bijv. HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3693, rov. 3.3, onderdeel C en HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5164, rov. 3.3.

grondrechten wordt getoetst en laat ook in de toekomst aan de rechter over om aan de hand van genoemde factoren meer of minder indringend te toetsen.

Volledigheidshalve zij opgemerkt dat de slotbepaling niet alleen van toepassing is op grondrechtenbeperkingen die zijn neergelegd in een wet in formele zin, maar ook op grondrechtenbeperkingen op basis van lagere regelgeving. Rechterlijke toetsing van deze laatste categorie is reeds toegestaan. De regering beoogt met dit voorstel geen verandering aan te brengen in de ontstane jurisprudentie rondom toetsing van lagere regelgeving aan de Grondwet, anders dan dat de rechter op grond van de slotbepaling ook expliciet de proportionaliteit van een grondrechtenbeperking zal moeten toetsen.

6. Financiële gevolgen

Dit voorstel zal naar verwachting gevolgen hebben voor de rechterlijke instellingen. De verwachting is wel dat de toetsing vaak samen zal gaan met toetsing in verband met een beroep op het EVRM, wat reeds al mogelijk is. Tegelijkertijd met de internetconsultatie zullen de rechterlijke instellingen advies worden gevraagd. Dan kunnen de financiële consequenties nader in kaart gebracht worden. Deze paragraaf zal verder aangevuld worden na ommeekomst van de consultatie. Eventuele budgettaire gevolgen van dit voorstel worden gedekt uit de HLA middelen 'Goed bestuur en rechtsstaat' die op de BZK-begroting staan.

7. De rijkswettelijke vorm van het voorstel

Deze wijziging van de Grondwet heeft de vorm van een rijkswet. Dit vloeit voort uit artikel 49 van het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden, waarin is bepaald dat bij rijkswet regels kunnen worden gesteld over de verbindendheid van wetten die in strijd zijn met het Statuut, een internationale regeling, een rijkswet of een algemene maatregel van rijksbestuur.¹³⁸ Dat betekent dat een grondwettelijke regeling die rechterlijke toetsing mede mogelijk maakt aan onderdelen van de Grondwet die het karakter hebben van een rijkswet, zelf ook bij rijkswet zal moeten worden vastgesteld. Dat is hier het geval, nu voorgesteld wordt om toetsing mogelijk te maken aan het derde lid van artikel 2 van de Grondwet, waarin regels over uitlevering zijn opgenomen.¹³⁹ Deze grondwetsbepaling heeft het karakter van een rijkswet omdat uitlevering een aangelegenheid van het Koninkrijk is.¹⁴⁰ Als een rechter een wet toetst aan artikel 2, derde lid, van de Grondwet, is er dus sprake van toetsing van een wet aan een rijkswet. Gelet op het Statuut, betekent dit dat de voorgestelde wijziging van de Grondwet bij rijkswet tot stand moet komen.

8. Advies en consultatie

Deze paragraaf zal worden aangevuld na ommeekomst van de consultatie.

9. Overgangsrecht en inwerkingtreding

Het wetsvoorstel voorziet niet in overgangsrecht. Dit betekent dat het grondwetsvoorstel, indien dat ook in tweede lezing tot wet wordt verheven, onmiddellijke werking heeft. Dit heeft tot gevolg dat bestaande formele wetgeving die vóór de inwerkingtreding van de onderhavige wijziging van de Grondwet reeds van kracht is geworden, ook door de rechter aan de genoemde bepalingen in de Grondwet kan worden getoetst, ook in reeds lopende rechtszaken. Dit zal naar verwachting geen grote consequenties hebben omdat deze wetgeving in het verleden ook al aan de normen van de Grondwet en verdragen diende te voldoen. Immers, voorstellen van wet werden in het

¹³⁸ De Hoge Raad heeft dit artikel zo uitgelegd dat rechterlijke toetsing van wetten aan het Statuut niet is toegestaan zo lang dit nog niet bij rijkswet mogelijk is gemaakt (HR 14 april 1989, *NJ* 1989, 1469 (Harmonisatiewet)). Er kan van worden uitgegaan dat toetsing van wetten aan rijkswetten ook niet is toegestaan zo lang dit niet bij rijkswet mogelijk is gemaakt. Zie hierover nader C. Borman, *Het Statuut voor het Koninkrijk*, Deventer: Kluwer 2012, p. 175-178.

¹³⁹ Zie paragraaf 4.2 voor nadere duiding van het toetsingskader.

¹⁴⁰ Artikel 3, eerste lid, aanhef en onder h, van het Statuut. De huidige versie van artikel 2 van de Grondwet is in 1983 bij rijkswet vastgesteld. Zie daarover *Kamerstukken II* 1976/77, 14200 (R1048), nr. 3 (memorie van toelichting).

verleden ook al door de wetgever en de (Afdeling advisering van de) Raad van State op verenigbaarheid met de Grondwet en verdragen getoetst (toetsing ex ante). Voorts bezit de rechter al geruime tijd de bevoegdheid om formele wetten te toetsen aan verdragen.

II. Artikelsgewijze toelichting

Artikel II

A

Artikel II, onderdeel A voorziet in een (algemene) regeling inzake de beperking van grondrechten. Voor zover hoofdstuk 1 van de Grondwet de beperking van een grondrecht toestaan, dient deze beperking in een redelijke verhouding te staan tot het daarmee beoogde doel en niet verder te strekken dan nodig is om het doel van de beperking te bereiken. In het algemeen deel van deze toelichting is dit onderdeel reeds uitvoerig nader toegelicht.

B

Artikel II, onderdeel B wijzigt de tekst van artikel 120 Grondwet. In het eerste lid van het nieuwe artikel 120 Grondwet wordt tot uitdrukking gebracht dat de rechter, ambtshalve of nadat een partij hierom verzocht heeft, de mogelijkheid heeft om te beoordelen of een wet verenigbaar is met de klassieke grondrechten. De grondrechten waaraan de rechter voortaan kan toetsen worden specifiek benoemd. In het algemeen deel (paragraaf 4.2) is reeds ingegaan op de keuze om alleen de klassieke grondrechtbepalingen uit het eerste hoofdstuk van de Grondwet bij het toetsingskader te betrekken. Het gaat om de artikelen 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 Grondwet. Van deze artikelen wordt algemeen aangenomen dat zij een individueel afdwingbaar recht aan de burger toekennen en dat zij daarmee als klassieke grondrechten kunnen worden aangemerkt.

De slotbepaling is niet opgenomen in het toetsingskader van artikel 120, eerste lid. De slotbepaling betreft geen grondrecht maar een toetsingsmaatstaf; zij bevat de criteria die bij de toetsing van een grondrechtenbeperking moeten worden gehanteerd. Zoals uit paragraaf 5 van de toelichting blijkt kan deze toetsingsmaatstaf ook door de rechter worden betrokken bij de toetsing aan klassieke grondrechten uit de Grondwet.

Het tweede lid van het nieuwe artikel 120 Grondwet brengt tot uitdrukking dat de rechter voor het overige niet in de beoordeling van de grondwettigheid van een wet treedt. Voor een nadere toelichting hierop zij verwezen naar het algemeen deel van de memorie van toelichting. In lijn met de huidige tekst van artikel 120 Grondwet treedt de rechter evenmin in de beoordeling van de grondwettigheid van verdragen. Het derde lid, ten slotte, brengt tot uitdrukking dat een bepaling in een wet geen toepassing vindt indien deze toepassing naar het oordeel van de rechter niet verenigbaar is met de bepalingen, genoemd in het eerste lid. Ook hiervoor zij verwezen naar het algemeen deel van de toelichting (paragraaf 4.6 Remedies).

Deze memorie van toelichting wordt mede uitgebracht namens de Minister van Justitie en Veiligheid.

De Minister-President, Minister van Algemene Zaken,

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,

De Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,