

's-Gravenhage, 8 februari 2023

Aan
Tweede Kamer der Staten-Generaal
Vaste Commissie voor
Binnenlandse Zaken
Postbus 20018
2500 EA DEN HAAG

Ons kenmerk: 23-01045

Betreft: Rondetafelgesprek op 14 februari 2023

Geachte leden van Vaste Commissie voor Binnenlandse Zaken,

Uw commissie heeft mij als voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak uitgenodigd om de visie van de Afdeling bestuursrechtspraak op het onderwerp constitutionele toetsing toe te lichten. Deze brief dient als gespreksnotitie.

- Allereerst verwijs ik naar de visie die ik op verzoek van de minister voor Rechtsbescherming op 22 april 2022 heb uitgebracht. Deze visie is te vinden op www.raadvanstate.nl, [Constitutionele toetsing - Raad van State](#).
- Hieronder volgt een korte samenvatting van en toelichting op die visie.
- De wetgever moet wetten in formele zin toetsen aan de Grondwet voor dat deze in werking treden (vooraf, ex ante). Ook de Afdeling advisering van de Raad van State toetst wetten in formele zin vooraf aan de Grondwet.
- De rechter - die achteraf oordeelt, ex post – mag niet aan de Grondwet toetsen.
- Dit wordt het 'primaat van de wetgever' genoemd.
- Artikel 120 Grondwet staat thans aan toetsing van formele wetten door de rechter aan de grondrechten opgenomen in de Grondwet en aan algemene rechtsbeginselen in de weg. De toetsingsbevoegdheid van de rechter is in zoverre dus beperkt.
- Maar de rechter mag en moet wetten in formele zin wel toetsen aan hoger recht, d.w.z. een ieder verbindende bepalingen van verdragen (EVRM) die (ook) voor Nederland gelden, en aan het recht van de Europese Unie (zoals het Handvest van de grondrechten).
- En de rechter mag en moet *lagere* wetgeving (algemeen verbindende voorschriften) wel toetsen aan de Grondwet.
- De grondrechten in EVRM en Unierecht corresponderen deels met de grondrechten in Hoofdstuk 1 van de Grondwet.
- Dit alles leidt tot een lastig te begrijpen stelsel, dat een nadelige invloed heeft gehad op de relevantie van onze nationale Grondwet. Het is van belang dat de positie van de Grondwet in de Nederlandse rechtsorde wordt versterkt. Dat kan door een vorm van constitutionele toetsing door de rechter in te voeren. Dat zal bijdragen aan de mogelijkheid voor de rechter om ook op grond van de Grondwet rechtsbescherming te bieden en kan bovendien leiden tot meer aandacht voor de Grondwet tijdens het wetgevingsproces.

- Daarbij is van groot belang de balans tussen de drie staatsmachten (wetgever, bestuur en uitvoerende macht, en de rechter) in het oog te houden.
- **Hoe de constitutionele toetsing vorm te geven?** Dit zou kunnen door:
 - artikel 120 Grondwet aan te passen
 - alle rechters / rechterlijke instanties de bevoegdheid te geven:
 - * wetten in formele zin te toetsen aan (een deel van) de grondrechten die zijn vastgelegd in de Grondwet (gespreide toetsing)
 - * om in geval van strijd met de Grondwet de toepassing van de strijdige bepaling buiten toepassing te laten,
 - en niet over te gaan tot het oprichten van een constitutioneel Hof, omdat dit zal compliceren (stapelning van procedures en problemen met afbakening) en vertragen, en dat is niet in het belang van de burger.
- De grondwetgever moet bij aanpassing van artikel 120 Grondwet aangeven aan **welke grondrechten** de rechter mag en moet toetsen:
 - het is verstandig te beginnen met (alleen) de klassieke grondrechten; om nu een belangrijke stap te zetten en daarmee ervaring op te doen
 - dit kan gepaard gaan met een actualisering van de (klassieke) grondrechtencatalogus, maar dat kan ook in een later stadium
 - wel moet duidelijk worden of rechters ook aan sociale rechten (voor zover niet reeds verankerd in verdragen of Unierecht) mogen toetsen; vooralsnog lijkt dat nu een brug te ver, omdat de rechter zich dan in sterkere mate dan nu het geval is zal moeten buigen over rechtspolitieke vraagstukken.
 - van sommige grondrechten die trekken hebben van zowel een klassiek als een sociaal grondrecht, zoals het recht op onderwijs (artikel 23), is meer in het bijzonder nodig dat de grondwetgever aangeeft of, en zo ja, in hoeverre de rechter daaraan mag en moet toetsen.
- Tot slot vraag ik uw aandacht voor de rol van de **algemene rechtsbeginselen**.
- De Hoge Raad heeft in het Harmonisatiewetarrest uitgesproken dat artikel 120 Grondwet zo moet worden uitgelegd dat de rechter wetten in formele zin – naast de Grondwet - ook niet mag toetsen aan algemene rechtsbeginselen. Ook dat zou in strijd zijn met het primaat van de wetgever.
- Als artikel 120 Grondwet wordt aangepast, dan is van belang dat duidelijk wordt of de rechter wetten in formele zin voortaan wel of niet mag toetsen aan algemene rechtsbeginselen.
- Dit is vooral van belang bij wetten in formele zin met gebonden bevoegdheden, waarvan de toepassing kan leiden tot onwenselijke situaties.

Hoogachtend,
de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak
van de Raad van State,

mr. B.J. van Ettekovén