



De heer F.M. Weerwind  
Minister voor Rechtsbescherming op het  
Ministerie van Justitie en Veiligheid  
Postbus 20301  
2500 EH 'S-GRAVENHAGE

**Datum:** 14 april 2022

**Kenmerk:** UIT-ADNLR/2022/140

**Pagina:** 1 van 7

Geachte heer Weerwind,

Bij brief van 30 maart 2022, met kenmerk 3923873, ingekomen bij de Hoge Raad op 5 april 2022, hebt u ons verzocht vóór 15 april 2022 onze zienswijze over de invoering van constitutionele toetsing en de wijze waarop dit het beste vormgegeven kan worden, aan u kenbaar te maken. U hebt daarbij vermeld dat u onze zienswijze wilt betrekken bij de hoofdlijnenbrief die u in juni samen met de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties over dit onderwerp aan de Eerste en Tweede Kamer wilt sturen. Hierna geven wij u onze zienswijze, met de kanttekening dat het in verband met het gegunde tijdsbestek om een zienswijze op hoofdlijnen gaat. Tot nadere uitwerking en toelichting zijn wij desgevraagd graag bereid.

#### *Constitutionele toetsing en artikel 120 Grondwet*

Zoals u in uw brief van 30 maart 2022 vermeldt, staat in het coalitieakkoord dat op 15 december 2021 is uitgebracht, dat het kabinet de uitwerking van constitutionele toetsing ter hand zal nemen. In de door u bijgevoegde brief van 16 december 2021 van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de minister voor Rechtsbescherming aan de Tweede Kamer staat dat wordt bedoeld op het voorbereiden van een herziening van artikel 120 Grondwet.

#### *Begrip constitutionele toetsing en de trias politica*

Onder het begrip constitutionele toetsing verstaan wij hierna dat wordt getoetst of regelgeving zich verdraagt met bepalingen van de Grondwet. In het verlengde daarvan betrekken wij toetsing via de artikelen 93 en 94 Grondwet in onze beschouwingen.

De wetgevende, de uitvoerende en de rechterlijke macht hebben in de democratische rechtsstaat in het Koninkrijk der Nederlanden alle drie een eigen taak om op de grondwettigheid van regelgeving toe te zien. Zij hebben elk eigen bevoegdheden om invulling te geven aan het toezicht, met daarmee gepaard gaande uiteenlopende mogelijkheden en beperkingen. Wij

belichten enkele daarvan hierna, met als doel dat de rechterlijke taak in het kader van artikel 120 Grondwet wordt beschouwd in samenhang met de taken van de andere staatsmachten, die gezamenlijk in dienst staan van het staatsbestel en de samenleving.

### *Wetgevende constitutionele toetsing*

De Tweede en Eerste Kamer en de regering hebben als medewetgevers tot taak bij de totstandkoming en vaststelling van wetgeving oog te hebben voor de grondwettigheid van wetgeving.

In Nederland is vanouds de vaststelling van wetgeving in formele zin voorbehouden aan de regering en de Staten-Generaal. Bij de Grondwetsherziening van 1983 is weloverwogen ervoor gekozen daarin geen verandering te brengen. Dit betekent dat het rechtssysteem in Nederland vanouds erop is ingericht dat over de geldigheid van een eenmaal volgens de regels tot stand gekomen en door de wetgever vastgestelde wet in het rechtsverkeer geen onzekerheid kan rijzen. Geen rechter kan in Nederland een vastgestelde en in werking getreden wet in formele zin ongeldig of onverbindend verklaren. Constitutionele toetsing omvat in geen enkele land hetzelfde, zoals onder meer de bij uw brief gevoegde bijlage laat zien. Er zijn landen waarin een constitutioneel hof bestaat dat een bepaling van een wet in formele zin ongeldig kan verklaren. Het parlement heeft in die landen in wezen ervoor gekozen, anders dan traditiegetrouw in de Nederlandse rechtscultuur het geval is, om een deel van de eigen zeggenschap over de geldigheid van wetgeving af te staan aan een rechtscollege waarvan de rechters veelal voor een beperkt aantal jaren en op basis van politieke overwegingen worden benoemd.

Met de inrichting van een constitutioneel hof dat de geldigheid van een wet in formele zin kan aantasten, verandert niet de noodzaak dat de civiele rechter, de strafrechter en de bestuursrechter in een ter behandeling en beslissing voorgelegde zaak acht slaan op het recht van de Europese Unie en op eenieder verbindende bepalingen van verdragen met gelding in Nederland (artikelen 93 en 94 Grondwet).

Met de inrichting van een constitutioneel hof dat niet de geldigheid van een wet in formele zin kan aantasten, maar slechts een wettelijke bepaling wegens strijd met de Grondwet buiten toepassing kan laten, wordt in essentie geen ander effect bereikt dan de rechter naar huidig recht al kan bereiken, zoals hierna wordt toegelicht. Wel wordt een extra spoor ingericht waarop discussie mogelijk wordt gemaakt over geldende regelgeving. Het ligt niet in de rede dat daarmee de rechtszekerheid en de rechtseenheid in Nederland worden bevorderd. Indien de gewone rechter zou worden verplicht vragen over de verenigbaarheid met de Grondwet eerst aan een constitutioneel hof voor te leggen alvorens verder te beslissen, zou dat bovendien kunnen leiden tot aanzienlijke vertraging van procedures. Dat zou ten koste gaan van het belang van rechtzoekenden en de samenleving bij een doeltreffende en spoedige berechting. Het recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn is onder meer in artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) gewaarborgd.

Indien in de Staten-Generaal, mede in verband met de toegenomen complexiteit van het staatsbestel en het normenstelsel, behoefte bestaat aan meer expertise ten aanzien van de toetsing aan de Grondwet bij de totstandkoming van wetgeving in formele zin, geven wij u in overweging nader te verkennen in hoeverre de vruchten van de wetgevingsadviserende taken van de Afdeling advisering van de Raad van State nog beter kunnen worden benut, alsmede van toetsingsinstrumenten zoals de Handreiking Constitutionele toetsing van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Ook kan worden bezien in hoeverre aspecten van de Finse praktijk van constitutionele toetsing binnen het parlement in Nederland de Staten-Generaal behulpzaam kunnen zijn.<sup>1</sup> In die praktijk behoudt de democratisch gekozen wetgever de zeggenschap over de geldigheid van wetten in formele zin en kunnen door Kamerleden met behulp van experts in de voorbereiding van de behandeling van een wetsvoorstel grondwettelijke aspecten optimaal worden herkend en waar nodig of wenselijk indringend worden onderzocht. Zowel voor de constitutionele toetsing in de totstandkomingsfase als voor de toepassing van wetgeving in de rechtspraktijk verdient naar onze indruk verdere doordenking in hoeverre in de toelichting van een wetsvoorstel nog duidelijker inzichtelijk kan worden gemaakt dat eventuele grondwettelijke aspecten van een voorgestelde bepaling onder ogen zijn gezien, bijvoorbeeld in een afzonderlijke paragraaf in de Kamerstukken waarin specifiek op grondwettelijke aspecten wordt ingegaan. Daarmee kan nadere invulling worden gegeven aan de constitutionele toetsing binnen de huidige kaders.

#### *Rechterlijke constitutionele toetsing*

Naast de zojuist aangestipte constitutionele toetsing door de medewetgevers, die plaatsvindt tijdens de totstandkoming van wetgeving in formele zin, zijn er naar huidig recht ook al vormen van rechterlijke constitutionele toetsing. Wij schetsen daarvan de contouren:

Ook andere algemeen verbindende voorschriften dan wetten in formele zin worden als wetgeving aangemerkt. Artikel 120 Grondwet belet niet dat de rechter over de grondwettigheid van zulke voorschriften oordeelt. De rechter die oordeelt dat een onderdeel van zulke voorschriften in strijd is met de Grondwet, kan het desbetreffende voorschrift onverbindend verklaren en in de voorgelegde zaak buiten toepassing laten. De onverbindendverklaring heeft tot gevolg dat het voorschrift ook in andere zaken niet meer kan worden toegepast.

Een recent voorbeeld hiervan is een arrest in een strafzaak over de vraag of een gemeente iemand kan verbieden op straat kleding met het logo van een verboden motorclub te dragen.<sup>2</sup> In die zaak werd de formulering van een verbodsbepaling in een gemeentelijke verordening in strijd

---

<sup>1</sup> Zie M Claes, M., Heringa, A. W., van der Sluis, M., & Stremmer, M. (2021), Rechtsvergelijkend onderzoek constitutionele toetsing. Maastricht University, p. 51, welk rapport aan de Tweede Kamer is gezonden bij brief van 1 maart 2021 van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (Kamerstukken II 2020/21, 35570-VII, nr. 90).

<sup>2</sup> Zie HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1946 en daarover het jaarverslag 2021 van de Hoge Raad, <https://2021.jaarverslaghogeraad.nl/de-hoge-raad/grondrechten/>.

geacht met de vrijheid van meningsuiting van artikel 7 lid 3 van de Grondwet. Dit voorbeeld staat niet op zichzelf. Bij de rechter komen met enige regelmaat zaken aan de orde waarin een algemeen verbindend voorschrift wordt getoetst aan een grondrecht in hoofdstuk 1 van de Grondwet. In het huidige rechtssysteem zijn rechters en leden van andere juridische beroepsgroepen in zoverre van oudsher vertrouwd met toetsing van regelgeving aan bepalingen van de Grondwet.

De rechter heeft tot taak geschillen te beslechten en strafbare feiten te berechten (artikel 112 Grondwet). Dat gebeurt aan de hand van de rechtsregels zoals die in het Koninkrijk gelden op basis van wetten, verdragen en ongeschreven recht.

De artikelen 93 en 94 Grondwet verplichten de rechter om in de uitoefening van de rechterlijke taak een wettelijke bepaling buiten toepassing te laten als deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

Grondrechten die in hoofdstuk 1 van de Grondwet zijn geregeld, zijn ook voorwerp van regeling in internationale rechtsbronnen die door de artikelen 93 en 94 Grondwet worden bestreken, zoals het EVRM. Bij de toetsing van nationale wetgeving in formele zin en andere algemeen verbindende voorschriften aan verdragsrechtelijk geregelde grondrechten neemt de Nederlandse rechter de gebruikelijke doctrines in acht, zoals de beleidsvrijheid van de verdragsstaat bij de toepassing van de verdragsnormen (de zogenoemde *margin of appreciation*) en de maatstaven van het Weens Verdragenverdrag voor de uitleg van verdragen. Bij vaststelling van een verdragsschending kan de rechter aan de partij(en) in de voorgelegde zaak soms rechtsbescherming bieden door middel van rechtsherstel. Noch een wijziging in het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet, noch de inrichting van een constitutioneel hof wijzigt de taak van de rechter om toepassing te geven aan de verplichtingen van artikelen 93 en 94 Grondwet.

#### *Constitutionele toetsing en het recht van de Europese Unie*

Naast deze contouren van constitutionele toetsing naar huidig recht verdient aandacht dat elke Nederlandse rechter ook Unierechter is en als zodanig mede is belast met de handhaving van het recht van de Europese Unie. De rechter kan in een zaak voor vragen worden geplaatst waarin het erom gaat of een bepaling van een wet in formele zin of een ander algemeen verbindend voorschrift zich verdraagt met het recht van de Europese Unie. Het kan hierbij heel wel gaan om een wettelijke regel over een kwestie die eveneens door een bepaling van de Grondwet wordt bestreken.

Artikel 120 Grondwet laat onverlet dat het recht van de Europese Unie de rechter kan verplichten een bepaling van een wet in formele zin of een ander algemeen verbindend voorschrift buiten toepassing te laten wegens strijd met een bepaling van het recht van de Europese Unie. Evenals onder de artikelen 93 en 94 Grondwet kan het hier mede gaan om vragen over grondrechten die

in de gelaagde rechtsorde op verschillende plaatsen zijn geregeld, zowel in hoofdstuk 1 van de Grondwet als in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

Over de uitleg van constitutioneel en ander recht van de Europese Unie oordeelt in hoogste rechterlijke instantie het Hof van Justitie van de Europese Unie. De Hoge Raad is op grond van artikel 267 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie bij onduidelijkheid gehouden een vraag over de toepassing of uitleg van een bepaling van gemeenschapsrecht voor te leggen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. Noch een wijziging in het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet, noch de inrichting van een constitutioneel hof wijzigt de taak van de Nederlandse rechter op het vlak van het recht van de Europese Unie.

### *Synthese*

De Venetië Commissie heeft in haar opinie naar aanleiding van de Toeslagenaffaire vooropgesteld dat zij Nederland ziet als “a well-functioning state with strong democratic institutions and safeguards for the rule of law”<sup>3</sup>.

De Venetië Commissie heeft opgemerkt dat artikel 120 Grondwet Nederland in de positie plaatst van “the only Council of Europe and Venice Commission Member State that entirely excludes constitutional review”.<sup>4</sup> Deze zienswijze kan echter slechts betrekking hebben op de algehele uitsluiting van toetsing van een bepaling van een wet in formele zin aan een bepaling van de Grondwet. Wij hebben hiervoor geschetst dat Nederland daarnaast wel degelijk andere aspecten van constitutionele toetsing kent. Met de huidige wijze van toetsing van algemeen verbindende voorschriften aan de Grondwet en van wetten en algemeen verbindende voorschriften aan eenieder verbindende bepalingen van verdragen op basis van de artikelen 93 en 94 Grondwet heeft vrijwel elke rechter in elke instantie in elke zaak de bevoegdheid wetten te toetsen aan de beginselen van de rechtsstaat en aan fundamentele rechten en vrijheden van mensen. Deze doorwerking van het internationale recht in Nederland wordt internationaal gezien als een sterk punt van de open Nederlandse rechtscultuur.

Die doorwerking biedt rechtssystematisch overigens niet alleen waarborgen voor de positie van Nederland in Europees en internationaal verband, maar ook voor de rechtseenheid, rechtsvorming en rechtsbescherming. De wetgever kan bij het maken van wetgeving meestal niet alle denkbare door de wet te bestrijken gevallen voorzien en in de wettekst en de toelichting beschrijven. De rechter heeft tot taak in de omstandigheden van het geval recht te doen aan de hand van de rechtsregels. De Hoge Raad heeft daarbij in het bijzonder tot taak de rechtseenheid en rechtsvorming die mede van de wet uitgaat te bevorderen en de rechtsbescherming op het individuele en zaaksoverstijgende niveau te waarborgen.<sup>5</sup> Toetsing aan grondrechten is in dit

<sup>3</sup> European Commissie for Democracy through Law (Venice Commission), opinie van 18 oktober 2021, nr. 1031/2021, par. 32.

<sup>4</sup> European Commissie for Democracy through Law (Venice Commission), opinie van 18 oktober 2021, nr. 1031/2021, par. 125.

<sup>5</sup> Zie bijv. de jaarverslagen van de Hoge Raad over 2019 en 2020, Rubriek Kerntaken Hoge Raad.

verband een essentieel instrument in de democratische rechtsstaat, waarin de beginselen van de rechtsstaat en de fundamentele rechten en vrijheden een centrale plaats innemen.

### *Zienswijze op hoofdlijnen*

Op grond van het voorgaande geven wij u in overweging om bij het formuleren van hoofdlijnen aandacht te besteden aan de inhoud en omvang van constitutionele toetsing naar huidig recht en aan de vraag welke door de democratische rechtsstaat gelegitimeerde doelen u wilt dienen met de opheffing van het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet.

In het verleden hebben onze voorgangers desgevraagd drie keer de regering geadviseerd dat voorstellen tot opheffing van het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet, alleen voor de materie van de grondrechten, voor zover deze zich voor toetsing lenen, moeten worden gezien als een op grond van praktische overwegingen wenselijke verbetering van een stelsel dat in hoofdzaak thans reeds functioneert. Deze adviezen (uit 1991, 1997 en 2002) hebben wij in 2021 op de website van de Hoge Raad geplaatst,<sup>6</sup> zodat een ieder ervan kennis kan nemen.

Wij menen ook in de huidige tijd dat het uit een oogpunt van eenvoudige en praktische toepasbaarheid van het recht aanbeveling verdient het verschil op te heffen tussen toetsing ingevolge artikel 120 Grondwet aan grondrechten in hoofdstuk 1 van de Grondwet voor zover zij zich voor toetsing lenen, en toetsing ingevolge de artikelen 93 en 94 Grondwet aan eenieder verbindende bepalingen in verdragen met werking in Nederland. Het initiatiefwetsvoorstel-Halsema<sup>7</sup> bood daarvoor een basis die naar onze inschatting het rechtssysteem zou hebben gediend en waarmee de rechtspraktijk adequaat uit de voeten zou hebben gekund. Van een aanpak als in dat wetsvoorstel wordt tegenwoordig geregeld als voordeel genoemd dat veelvuldiger toetsing aan de Grondwet kan bijdragen aan de bekendheid met de Grondwet.

Voor zover uw brief van 30 maart 2022 ook het verzoek bevat om een zienswijze te geven ten aanzien van verdergaande vormen van toetsing van wetten aan de Grondwet, zijn wij graag bereid daarover een nadere zienswijze voor te bereiden vanuit de positie van de Hoge Raad in het staatsbestel en het normenstelsel.

Essentieel voor elk voornemen tot wijziging van artikel 120 Grondwet was, is en blijft naar ons oordeel dat de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan grondrechten, voor zover deze zich voor toetsing lenen, wordt toegekend aan elke rechter. Met deze zogenoemde gespreide toetsing, die in het huidige rechtssysteem vanouds bestaat voor andere aspecten van rechterlijke

---

<sup>6</sup> <https://www.hogeraad.nl/over-ons/publicaties/wetgevingsadviezen-president-procureur-generaal/>.

<sup>7</sup> Voorstel van wet van het lid Halsema houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot invoering van de bevoegdheid tot toetsing van wetten van een aantal bepalingen van de Grondwet door de rechter (Kamerstukken I 2004/05, 28 331, A.) Het voorstel is later door de initiatiefnemer ingetrokken, waarna in de Tweede Kamer is aangenomen dat het geacht moet worden te zijn vervallen (Kamerstukken II 2018/19, 32 334, nrs. 12 en 13).

**Datum:** 14 april 2022

**Kenmerk:** UIT-ADNLR/2022/140

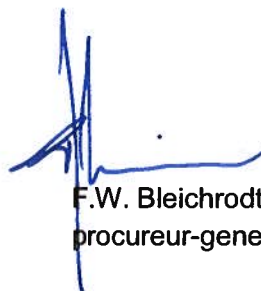
**Pagina:** 7 van 7

constitutionele toetsing, kan naar verwachting het reeds bestaande stelsel van rechterlijke constitutionele toetsing in Nederland worden aangevuld op een wijze die past in het rechtssysteem, de rechtspraktijk en de rechtscultuur van Nederland.

Hoogachtend,



G. de Groot  
president Hoge Raad



F.W. Bleichrodt  
procureur-generaal bij de Hoge Raad