

Vergaderjaar 2023–2024

36 344

Initiatiefnota van het lid Omtzigt over tien voorstellen ter verbetering van de constitutionele toetsing

Nr. 3

BRIEF VAN DE MINISTERS VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES EN VOOR RECHTSBESCHERMING

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 2 april 2024

Bij brief van 22 mei 2023 is de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties verzocht om een kabinetsreactie op de initiatiefnota van het Kamerlid Omtzigt (Kamerstuk 36 344, nr. 2), over voorstellen ter aanvulling op de hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing van 1 juli 2022 (Kamerstuk 35 925 VII, nr. 169). Met deze brief voldoen wij, mede namens de Minister van Justitie en Veiligheid, aan dit verzoek.

Allereerst willen wij het lid Omtzigt danken voor de initiatiefnota. Het betreft een grondig stuk, waarin een breed scala aan onderwerpen wordt geadresseerd en waarin het belang van constitutionele toetsing wordt benadrukt. Evenals het lid Omtzigt, erkent het kabinet dat de invoering van constitutionele toetsing een belangrijke institutionele verandering teweegbrengt. Het gewicht van deze wijziging vereist een grondige onderbouwing van de keuzes van het kabinet.

Kern

Het kabinet onderstreept het doel van constitutionele toetsing, zoals in de hoofdlijnenbrief aangegeven, te weten het verbeteren van de rechtsbescherming van burgers. Het meest in dienst van dit doel staat, naar het oordeel van het kabinet, een systeem waarin de burger aan iedere rechter (gespreide toetsing) de mogelijke strijdigheid van een wet(sbepaling) met de vrijheidsrechten in de Grondwet kan voorleggen, waarbij de rechter in een bindend rechterlijk oordeel de wet(sbepaling) buiten toepassing kan laten wegens strijd met de Grondwet. Omdat door invoering van constitutionele toetsing het precaire evenwicht tussen de staatsmachten wijzigt, bepleiten wij terughoudendheid met voorstellen die niet direct de rechtsbescherming van burgers beogen te verbeteren. Voorstellen die kunnen leiden tot vergaande wijzigingen van ons parlementaire stelsel of

een ongewenste rechterlijke inmenging in het politieke domein, kunnen niet op steun van het kabinet rekenen.

Uit de initiatiefnota blijkt dat het lid Omtzigt en het kabinet op een aantal onderwerpen die gemeoid zijn met de invoering van constitutionele toetsing een gelijklopende visie delen. Voor andere onderwerpen geldt echter dat de voorkeuren die het kabinet uiteen heeft gezet in de hoofdlijnenbrief door het lid Omtzigt worden gekwalificeerd als «suboptimaal».¹ Het kabinet deelt deze kwalificatie niet en in deze brief zetten we uiteen waarom. Hierbij verwijzen we in de betreffende passages ook naar de tien aanbevelingen waar het lid Omtzigt zijn initiatiefnota mee afsluit.

Doel

In de initiatiefnota wordt als argument voor invoering van constitutionele toetsing aangevoerd dat de bestaande mogelijkheid van toetsing aan verdragen rechtzoekende burgers onvoldoende rechtsbescherming biedt. Verdragen als het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) bevatten volgens de initiatiefnota slechts minimumnormen, die toepasbaar moeten kunnen zijn in alle aangesloten staten. Rechterlijke toetsing van wetten aan de Grondwet zou meer ruimte geven voor een eigen rechtsontwikkeling, met een hoger beschermingsniveau.

Dit argument sluit deels aan op de argumentatie in de hoofdlijnenbrief van het kabinet, waarin de verbetering van rechtsbescherming centraal wordt gesteld. De overweging van het lid Omtzigt behoeft naar onze mening wel enige nuancering. De bescherming die uitgaat van het EVRM is namelijk geen statisch gegeven. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) legt de bepalingen van het EVRM uit in het licht van actuele omstandigheden en bepaalt op basis daarvan de minimale bescherming die het recht in het specifieke geval dient te bieden. De mate waarin de in het EVRM gestelde minimumnormen bescherming bieden, is dus per geval verschillend. Daarbij geldt dat iedere rechter aan het EVRM kan toetsen, wat betekent dat niet alle procedures tot aan Straatsburg hoeven door te lopen. Dat gezegd hebbende richt het kabinet zich met de invoering van constitutionele toetsing niet uitsluitend op de verbetering van rechtsbescherming ten opzichte van verdragen. Invoering van de rechterlijke toetsing beoogt namelijk ook bij te dragen aan de versteviging van de rechtsstatelijke waarborgen in ons staatsbestel, door een versterkte maatschappelijke betekenis van de Grondwet als juridisch staatkundig basisdocument van onze rechtsstaat.

Toetsingskader

In de initiatiefnota wordt gesteld dat voor het toetsingskader (de Grondwetsbepalingen waaraan de rechter toetst) aansluiting kan worden gezocht bij het kader zoals genoemd in het wetsvoorstel Halsema/Van

¹ Initiatiefnota, *Kamerstukken II 2022/23*, 36 344, nr. 2, p. 2.

Tongeren.² Dat toetsingskader gaat uit van toetsing van een wet(sbe-
paling) aan klassieke grondrechten en heeft de voorkeur van het kabinet.
De toetsing aan sociale grondrechten wordt in de initiatiefnota afgewezen,
op goeddeels dezelfde gronden die het kabinet heeft genoemd in de
hoofdlijnenbrief. We delen dan ook deze opvatting.

De suggestie van het lid Omtzigt om toetsing mogelijk te maken aan de
algemene bepaling volgen wij echter niet, omdat deze bepaling niet
beoogt subjectieve rechten toe te kennen aan de burger en de burger zich
er als zodanig niet bij de rechter op kan beroepen.³ Daar komt bij dat deze
bepaling, anders dan in de initiatiefnota wordt betoogd, naar ons oordeel,
evenals in het algemeen voor de sociale grondrechten in de Grondwet
geldt, te weinig concrete handvatten biedt aan de rechter om in het
individuele geval te kunnen toetsen. Met de insluiting van de algemene
bepaling zou het toetsingskader dan ook minder duidelijk zal zijn, hetgeen
de rechtszekerheid niet ten goede komt. De algemene bepaling kan
daarentegen wel dienen als interpretatiekader voor de toetsing aan de
klassieke grondrechten.

Verder bevat de initiatiefnota een pleidooi om toetsing van wetten aan
organisatorische en institutionele bepalingen uit de Grondwet mogelijk te
maken (zie aanbevelingen 1, 2 en 6). De mogelijkheid van rechterlijke
toetsing aan organisatorische en institutionele bepalingen is echter geen
voorwaarde voor goede verhoudingen tussen de verschillende staats-
machten en verschillende overheidsorganisaties. Wanneer daar oneven-
wichtigheden optreden, ligt de verantwoordelijkheid om dit op te lossen
namelijk primair bij de staatsmachten of overheden die onderwerp zijn
van die onevenwichtigheid, bijvoorbeeld de regering en het parlement. Bij
organisatorische en institutionele bepalingen gaat het namelijk om
bepalingen over instellingen en organen en hun bevoegdheden. Als
vragen over dergelijke bepalingen tot het domein van de rechter gaan
behoren, krijgt de rechter een wezenlijk andere functie in ons staatsbestel.
De rechter zal dan als een soort constitutionele arbiter gaan fungeren in
de interne organisatie van de andere staatsinstellingen en hoe zij hun
bevoegdheden gebruiken. Als gevolg gaan regels over politieke verhou-
dingen en vertrouwen tussen de verschillende staatsmachten en tussen
de verschillende overheden niet meer op. Die verhoudingen worden dan
immers gejuridificeerd. De mogelijkheid van rechterlijke toetsing aan
organisatorische en institutionele bepalingen kan daarom, naar het
oordeel van het kabinet, leiden tot (vergaande) wijzigingen van ons
parlementaire stelsel en een ongewenste rechterlijke inmenging in het
politieke domein. Het kabinet is van mening dat de taak om vraagstukken
over politieke verhoudingen te beantwoorden echter aan de politiek zelf

² De artikelen 1, art. 2, vierde lid, art. 3 t/m 18, art. 19, derde lid, art. 23, tweede, derde, vijfde,
zesde en zevende lid, art. 99, art. 113, derde lid, art. 114, art. 121 en art. 129, eerste lid,
Grondwet. Na meerdere amendementen is deze opsomming geworden: 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, 54, 56, 99, 113, derde lid, 114, 121 en 129, eerste lid.
Dat betekent een uitbreiding met het derde lid van artikel 2, de artikelen 54 en 56 en een
inperking tot het eerste lid van artikel 18 GW. Voor artikel 13 en 17 gelden de teksten zoals die
luiden na de wijzigingen die zijn aangebracht met de respectievelijke herzieningen. Voorts
heeft het kabinet dit toetsingskader uitgebreid door artikelen 55, tweede lid, en 132a, tweede en
derde lid, toe te voegen. Zie ook de kamerbrief over het toetsingskader, die gelijktijdig met deze
brief naar uw Kamer wordt verzonden.

Zie ook: Initiatiefnota, *Kamerstukken II 2022/23*, 36 344, nr. 2, p. 13.

³ Initiatiefnota, *Kamerstukken II 2022/23*, 36 344, nr. 2, p. 13.

Zie ook de Memorie van Antwoord (*Kamerstukken I 2017/18*, 34 516, nr. C, p. 2): «(...) burgers
geen rechten ontlenden aan de algemene bepaling, aangezien deze geen subjectieve rechten
bevat. Wel bevat de algemene bepaling de plicht voor de regering en Staten-Generaal
gezamenlijk als (grond)wetgever om de democratie, de rechtsstaat en de grondrechten te
waarborgen.»

toebehoort. Bij toetsing aan organisatorische en institutionele bepalingen gaat het bovendien niet om toetsing aan bepalingen die burgers rechtstreeks een aanspraak geven op bescherming tegen bemoeienis van de overheid, hetgeen bij toetsing aan vrijheidsrechten wel het geval is. De organisatorische en institutionele bepalingen betreffen voornamelijk de bevoegdheden en relaties van en tussen overheidsorganen en betreffen daarmee overwegend het politiek domein. Toetsing aan organisatorische en institutionele bepalingen dient in onze opvatting niet het doel van het wetsvoorstel in voorbereiding, namelijk de verbetering van de rechtsbescherming van burgers.

Het voorgaande geldt ook voor de suggestie om de beslechting van zuivere bestuursgeschillen op te dragen aan de rechter (zie ook aanbevelingen 4 en 6). Daaronder worden in deze brief vooral belangengeschillen in de zin van artikel 136 Grondwet verstaan en niet de juridische geschillen die door de wetgever aan de civiele rechter of de bestuursrechter zijn toebedeeld. Bij zulke belangengeschillen staan de politieke verhoudingen tussen bestuurslagen en politieke organen centraal en zijn er geen individuele belangen (rechtstreeks) bij betrokken.⁴

Het juridificeren van deze verhoudingen acht het kabinet geen wenselijke ontwikkeling, aangezien het de rechter in de positie brengt zich uit te laten over (deels) politieke motieven die bestuurslagen hebben voor hun handelen. Daarnaast zijn bij dit soort geschillen in beginsel geen burgers betrokken, in ieder geval niet rechtstreeks. Het beslechten van dit soort geschillen door de rechter staat dus ook niet in dienst van de versterking van de rechtsbescherming van burgers.

Gespreide toetsing

Het kabinet geeft de voorkeur aan gespreide toetsing, hetgeen betekent dat burgers bij elke rechter terecht kunnen voor de grondwettelijke toetsing van wetten. In de nota over constitutionele toetsing uit 2002 concludeerde het toenmalige kabinet ook dat de aangewezen plaats om de rechtsbescherming te verwezenlijken de rechter in eerste aanleg is. Naar het oordeel van het kabinet geldt dit argument nog onverkort, omdat gespreide toetsing een laagdrempelige en toegankelijke mogelijkheid is om de grondwettigheid van een wet(sbepaling) door elke rechter te laten toetsen. Dit is anders bij geconcentreerde toetsing, waarbij de bevoegdheid tot constitutionele toetsing bij een aangewezen rechterlijke instantie of in te stellen constitutioneel hof is belegd. Naar het oordeel van het kabinet wordt de rechtsbescherming het best verwezenlijkt wanneer zij zonder vertraging wordt verleend door elke rechter aan wie een beweerdelijke ongrondwettigheid wordt voorgelegd.⁵ Bovendien betekent gespreide toetsing dat de toegankelijkheid van de rechter en de inzichtelijkheid van de procedure voor de rechtzoekende beter zijn gewaarborgd dan bij geconcentreerde toetsing.

De initiatiefnota pleit voor geconcentreerde toetsing met instelling van een constitutioneel hof (zie aanbeveling 2). Hiertoe wordt onder andere aangevoerd dat constitutionele toetsing vanwege de verwevenheid met andere normen een specifieke deskundigheid vereist.⁶ Dit is in onze optiek niet anders voor de toetsing aan verdragen en het recht van de Europese Unie. Die toetsing vindt al geruime tijd plaats door alle rechtsprekende instanties en daaruit is geen gebrek aan (al dan niet specifieke) deskun-

⁴ Initiatiefnota, *Kamerstukken II 2022/23*, 36 344, nr. 2, p. 14.

⁵ Zo luidde ook het advies van de Hoge Raad over constitutionele toetsing (d.d. 11 november 1997), in hoofdstuk II, par. 11.

⁶ Initiatiefnota, *Kamerstukken II 2022/23*, 36 344, nr. 2, p. 18.

digheid gebleken. Tijdens het rondetafelgesprek dat onlangs door uw Kamer is georganiseerd, bleek ook dat de keuze van het kabinet voor gespreide toetsing mede hierom op brede steun kan rekenen van de rechterlijke instanties en wetenschappers.

Zo beargumenteerde de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op 22 april 2022 dat alle Nederlandse rechters al lang als constitutionele rechters optreden, in die zin dat zij kunnen en moeten toetsen aan belangrijke delen van hoger recht, zoals rechtstreeks werkende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties waaronder het Unierecht.⁷ Met dit gegeven in ogenschouw, is de stap naar constitutionele toetsing dan ook inhoudelijk voor de rechter goed te overzien.⁸ Door aan te sluiten bij de bestaande systematiek van rechterlijke toetsing hoeven de structuur en organisatie van de rechterlijke macht bovendien niet te worden aangepast. Dit sterkt de visie van het kabinet, die luidt dat aansluiting moet worden gezocht bij de manier waarop verdragstoetsing en toetsing aan het recht van de Europese Unie is vormgegeven. Daarnaast zijn rechters al ruimschoots vertrouwd met de grondwettelijke toetsing van algemeen verbindende voorschriften die geen wetten in formele zin zijn, zoals een gemeentelijke verordening die beperkingen stelt aan het demonstratierecht. Ook bij deze toetsing is van een gebrek aan (specifieke) deskundigheid niet gebleken. We zien dan ook niet in waarom dit anders zou liggen bij toetsing van wetten in formele zin aan de Grondwet.

Het kabinet is voorts van oordeel dat bij de invoering van geconcentreerde constitutionele toetsing het risico bestaat op procedurele complicaties wanneer in dezelfde gerechtelijke procedure (ook) wetten aan verdragen en het recht van de Europese Unie worden getoetst. Het lid Omtzigt betoogt in zijn initiatiefnota dat dit risico kan worden onderzocht door instelling van een prejudiciële procedure bij het in te stellen constitutioneel hof (zie aanbeveling 5).⁹ Een prejudiciële procedure is tijdrovend en komt daarom in mindere mate tegemoet aan de belangen van rechtzoekenden. De gewone rechter zal de zaak immers al snel moeten aanhouden totdat hij een prejudiciële oordeel van het constitutioneel hof heeft ontvangen. Bovendien zal bij de uitwerking van een prejudiciële procedure aandacht moeten zijn voor de kans op procedurele samenloop ten gevolge van naast elkaar bestaande verplichtingen, omdat de rechter in eenzelfde zaak verplicht kan zijn een prejudiciële vraag te stellen aan zowel het constitutioneel hof als het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ).

In het door uw Kamer georganiseerde rondetafelgesprek waarschuwden experts daarnaast uitdrukkelijk voor de procedurele complicaties die worden veroorzaakt door instelling van een prejudiciële procedure en de negatieve gevolgen hiervan voor de rechtsbescherming.¹⁰

⁷ Zie de brief van 22 april 2022 (beschikbaar op raadvanstate.nl). Ook de Hoge Raad (op 14 april 2022), de Raad voor de rechtspraak (15 april 2022) en het Gemeenschappelijk Hof van Justitie (2 mei 2023) spraken een duidelijke voorkeur uit voor gespreide toetsing.

⁸ Zoals ook de Raad voor de rechtspraak beargumenteerde in zijn zienswijze d.d. 15 april 2022 (beschikbaar op rechtspraak.nl).

⁹ Initiatiefnota, *Kamerstukken II 2022/23*, 36 344, nr. 2, p. 20.

¹⁰ Zie in dit verband bijvoorbeeld de zienswijze van de Raad voor de rechtspraak op rechterlijke constitutionele toetsing d.d. 27 mei 2022. Hierin stelt de Raad voor de rechtspraak over geconcentreerde constitutionele toetsing: «Het brengt rechtspraak, met de gewone rechter die mag toetsen aan verdragen en een constitutioneel hof dat mag toetsen aan de Grondwet, in een situatie van verschillende toetsingen op verschillende niveaus aan deels materieel dezelfde normen. Dergelijke verschillen kunnen het vertrouwen van de burger in rechtspraak onder druk zetten, omdat rechtspraak dan als niet voorspelbaar en als niet transparant kan worden gezien.»

In de initiatiefnota wordt opgemerkt dat het buiten toepassing laten van (bepalingen van) formele wetten politiek gevoelig ligt, en daarom bij een constitutioneel hof moet worden belegd. Bij de toetsing van (bepalingen van) de formele wet aan eenieder verbindende bepalingen van verdragen op grond van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet heeft de rechter al de mogelijkheid om de wet(sbepaling) buiten toepassing te laten, hetgeen ook wordt benadrukt door de Hoge Raad in zijn zienswijze ten aanzien van constitutionele toetsing.¹¹ Op een enkele uitzondering na is bij deze vorm van toetsing (van formele wetten aan verdragsrechtelijke grondrechten) geen politieke gevoeligheid gebleken. De uitspraak van de rechter wordt gewoonlijk geaccepteerd en opgevolgd door de wetgever. Onzes inziens zal dit niet anders zijn bij constitutionele toetsing door de rechter van een formele wet(sbepaling) aan de Grondwet.

In lijn met het advies van de staatscommissie stelt de initiatiefnota dat door geconcentreerde constitutionele toetsing de rechtseenheid en rechtszekerheid zouden worden bewaakt. De initiatiefnota voegt hieraan toe dat bij een gespreide toetsing de uitkomst in eerste aanleg, hoger beroep en cassatie kan verschillen, waardoor rechtszekerheid pas in cassatie kan worden gegarandeerd.¹² Dit argument gaat echter voorbij aan de al bestaande verplichting van rechters om beslissingen van hogere rechters en rechtsprekende instanties als richtinggevend te aanvaarden. In gelijksoortige geschillen wordt niet van de opvattingen van de hogere rechter(s) afgeweken, tenzij dringende redenen daartoe nopen. We zien geen reden om aan te nemen dat deze werkwijze zal veranderen bij de invoering van een gespreide constitutionele toetsing: in ons rechtssysteem wordt op verschillende manieren voorzien in de bevordering van de rechtseenheid. Zo is bevordering van de rechtseenheid een taak van de Hoge Raad, als hoogste rechtsprekende instantie in civiele, straf- en belastingzaken. Daarnaast bestaat de mogelijkheid om aan de Hoge Raad een prejudiciële vraag te stellen en kan bij de samenstelling van de zittingskamers van de hoogste bestuursrechters gebruik worden gemaakt van over en weer benoemde (plaatsvervangende) leden. Voorts is uit rechtsvergelijkend onderzoek gebleken dat in rechtssystemen met een gespreide constitutionele toetsing geen gebrek aan rechtseenheid wordt ervaren.¹³ Het ligt dan ook niet in de lijn der verwachting dat dit probleem zich in ons rechtssysteem zal voordoen. Uiteraard laat dit onverlet dat bevordering van de rechtseenheid bij de uitwerking van het wetsvoorstel tot invoering van constitutionele toetsing de aandacht van het kabinet krijgt.

Tot slot merkt het kabinet op dat de instelling van een constitutioneel hof initiële en structurele exploitatiekosten met zich mee zal brengen waarvoor financiële dekking moet worden gevonden, indien deze initiatiefnota zou worden omgezet in initiatiefwetgeving.

¹¹ De Hoge Raad stelde namelijk: «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).» Zie de brief van de Hoge Raad aan de Minister voor Rechtsbescherming van 14 april 2022 (kenmerk UIT-ADNLR/2022/140). Tevens als bijlage bij de position paper van de Hoge Raad gevoegd ten behoeve van het rondetafelgesprek over constitutionele toetsing op 25 januari 2023.

¹² Initiatiefnota, *Kamerstukken II 2022/23*, 36 344, nr. 2, p. 18.

¹³ Zie hiervoor ook het rechtsvergelijkend onderzoek van Maastricht University: Claes, M., e.a., *Rechtsvergelijkend onderzoek constitutionele toetsing*, Maastricht University 2021.

Ex post toetsing

In de hoofdlijnenbrief wordt de voorkeur van het kabinet voor *ex post* constitutionele toetsing uiteengezet. De initiatiefnota onderschrijft het belang van deze vorm van toetsing en acht dit eveneens een versterking van de rechtsbescherming van de burger.¹⁴ Daarnaast stelt het lid Omtzigt voor om constitutionele toetsing vóór inwerkingtreding (*ex ante*), na publicatie van de wet, mogelijk te maken (zie aanbeveling 3). Deze vorm van toetsing staat het kabinet niet voor ogen. Het kabinet wil de nadruk leggen op individuele rechtsbescherming in concrete geschillen, vanwege de meerwaarde daarvan voor individuele burgers. Het doel van het wetsvoorstel in voorbereiding is daarop gericht. Het zou bovendien zeer ingrijpen op de bestaande verhoudingen tussen de staatsmachten, omdat van een rechter gevraagd wordt een algemeen oordeel te vellen over een zojuist door de volksvertegenwoordiging aangenomen wet. Daarnaast is de meerwaarde van een dergelijk voorstel naar het oordeel van het kabinet beperkt, omdat er in het wetgevingsproces reeds op diverse momenten een *ex ante* toetsing plaatsvindt. De *ex ante* toets is reeds een belangrijk onderdeel van het ambtelijk voortraject, maar wordt ook verricht door de Afdeling advisering van de Raad van State waarin aandacht wordt geschonken aan grondrechtelijke aspecten van een wetsvoorstel. Daarnaast wordt een *ex ante* toets uitgevoerd door beide Kamers. Binnen deze bestaande taakverdeling kan wel worden gezocht naar mogelijkheden tot verbetering van de *ex ante* toets. De initiatiefnota doet daar voorstellen voor die gericht zijn aan de Kamer. In december 2023 is daarnaast een motie aangenomen waarmee de Kamer heeft besloten tot instelling van een tijdelijke commissie voor grondrechten en constitutionele toetsing.¹⁵ Voor de constitutionele toets *ex ante* die in aanloop naar de parlementaire behandeling van een wetsvoorstel plaatsvindt is de Handreiking Constitutionele Toetsing opgesteld, die is opgenomen in het Beleidskompas en die praktische handvatten bevat voor ambtenaren die betrokken zijn bij het tot stand brengen van wet- en regelgeving waarbij constitutionele vraagstukken (kunnen) spelen.¹⁶ *Ex ante* toetsing van voorstellen van wet vindt bovendien plaats in de wetgevingstoetsing door het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en het Ministerie van Justitie en Veiligheid. Het verbeteren van de *ex ante* toets is onderwerp van aanhoudende zorg in het kader van de wetgevingskwaliteit. Momenteel wordt nader onderzocht op welke manieren deze *ex ante* toets nog verder kan worden versterkt.

Procedure en rechtsgevolgen

Het kabinet onderschrijft het voorstel in de initiatiefnota dat de uitspraak van de rechter bij een constitutionele toetsing bindend moet zijn. Alle uitspraken van rechters die niet bindend zijn, worden immers gekwalificeerd als advies en zijn daarom niet op te vatten als rechtspraak in eigenlijke zin. In de vorm van advies bieden uitspraken de burger onvoldoende rechtsbescherming, omdat uiteindelijk de wetgever beslist of het advies wel of niet (en in welke mate) zal worden gevolgd. In de initiatiefnota is voorts, in lijn met de hoofdlijnenbrief, de voorkeur uitgesproken voor het buiten toepassing laten van een wet(sbepaling) die naar het oordeel van de rechter onverenigbaar is met de Grondwet (zie aanbeveling 7).¹⁷ Daarop vult het kabinet aan dat de rechter ook de bevoegdheid toekomt om vast te stellen dat iedere toepassing van de wet

¹⁴ Initiatiefnota, *Kamerstukken II 2022/23*, 36 344, nr. 2, p. 19.

¹⁵ *Kamerstukken II 2023/2024*, 36 471, nr. 8.

¹⁶ Bijlage bij *Kamerstukken II 2021/22*, 35 925 VII, nr. 142.

¹⁷ Initiatiefnota, *Kamerstukken II 2022/23*, 36 344, nr. 2, p. 21.

(of een onderdeel daarvan) onverenigbaar is met de Grondwet, hetgeen ook in de initiatiefnota wordt geopperd.¹⁸

In de initiatiefnota wordt verder voorgesteld om het constitutioneel hof de mogelijkheid te geven een voorlopige voorziening te treffen die inhoudt dat een aangenomen wet niet in werking treedt totdat het constitutioneel hof de gelegenheid heeft gehad om zich daarover uit te spreken.

Zoals eerder in deze brief uiteen is gezet, is het kabinet geen voorstander van de instelling van een constitutioneel hof en toetsing *ex ante* door een dergelijk hof. We achten dit voorstel dan ook niet wenselijk.

De beperkingssystematiek

Het lid Omtzigt onderstreept in de initiatiefnota dat de Grondwet geen of nauwelijks materiële criteria geeft ter beperking van een grondrecht (zie ook aanbeveling 8).¹⁹ Tijdens het commissiedebat over constitutionele toetsing van 19 april 2023 hebben wij aan de Kamer toegezegd onderzoek te (laten) doen naar de grondwettelijke beperkingssystematiek. Dat onderzoek, uitgevoerd door onderzoekers van de Universiteit Maastricht, is inmiddels afgerond en wordt tegelijk met deze brief aan uw Kamer gezonden. Ter uitwerking van de motie die door het lid Omtzigt is ingediend en door uw Kamer is aangenomen, kunnen de resultaten worden meegenomen in de verdere uitwerking van het voorstel tot wijziging van artikel 120 van de Grondwet.²⁰

Versterken positie en herzien taken Staten-Generaal

De initiatiefnota spreekt voorts de wens uit voor een aantal verbeteringen die betrekking hebben op de positie en taken van de Staten-Generaal. Zo wordt verbetering van de constitutionele toets *ex ante* voorgesteld die door het parlement wordt uitgevoerd (zie aanbeveling 9).²¹ Over het idee om bestaande werkwijzen te herzien en waar mogelijk te verbeteren zijn we in beginsel positief. Omdat de uitvoering van de *ex ante* toets en de manier waarop die toets wordt uitgevoerd zaken zijn die bij het parlement zijn belegd, laten wij de beoordeling en eventuele implementatie van dit voorstel echter over aan de Kamers.

Hetzelfde geldt voor het voorstel van het lid Omtzigt om een algemene Kamercommissie voor grondrechten en constitutionele toetsing in te stellen en de aansporing tot een actievere houding van de Kamer en haar leden (zie aanbeveling 10).²² Voorstellen die de kwaliteit van het werk van het parlement in positieve zin kunnen beïnvloeden, kunnen op steun van het kabinet rekenen. Zo kijken wij met belangstelling uit naar de verdere uitwerking van de eerder genoemde instelling van een tijdelijke commissie voor grondrechten en constitutionele toetsing.²³

Deze onderwerpen hebben echter betrekking op de werkwijze van de Kamer(s) en de Kamer(s) alleen. Daarom is de besluitvorming hieromtrent ook bij de Kamer(s) en de leden belegd.

¹⁸ Initiatiefnota, *Kamerstukken II 2022/23*, 36 344, nr. 2, p. 22.

¹⁹ Initiatiefnota, *Kamerstukken II 2022/23*, 36 344, nr. 2, p. 23.

²⁰ *Kamerstukken II 2022/23*, 36 200 VII, nr. 165.

²¹ Initiatiefnota, *Kamerstukken II 2022/23*, 36 344 nr. 2, p. 35–37.

²² Initiatiefnota, *Kamerstukken II 2022/23*, 36 344 nr. 2, p. 38–40.

²³ *Kamerstukken II 2023/2024*, 36 471, nr. 8.

3. Conclusie

We waarderen de inzet van Kamerleden, zoals die van het lid Omtzigt, om hun gedachten en voorstellen over kwesties die raken aan het fundament van onze rechtsstaat zo zorgvuldig uit te werken. Op enkele punten doet de initiatiefnota voorstellen die overeenkomen met de voorkeur van het kabinet. Waar de voorstellen van het lid Omtzigt anders luiden dan die van het kabinet, wil het kabinet uw Kamer van een reactie voorzien die even zorgvuldig onderbouwd is als de initiatiefnota zelf.

Met deze brief hebben wij getracht hieraan te voldoen. Wij kijken uit naar een verdere gedachtewisseling met de Kamer over het onderwerp constitutionele toetsing en de verschillende keuzes die met betrekking tot dit onderwerp gemaakt kunnen worden.

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,
H.M. de Jonge

De Minister voor Rechtsbescherming,
F.M. Weerwind