

## **Bijlage – Constitutionele toetsing (rechterlijke toetsing van wetten aan de Grondwet)**

De invoering van constitutionele toetsing kent een aantal materiële, organisatorisch-institutionele en procedurele aspecten.<sup>1</sup>

### **Materiële aspecten: toetsing aan wat?**

Wat betreft de onderdelen van de Grondwet waaraan getoetst zou moeten kunnen worden, zijn verschillende mogelijkheden denkbaar. Daarbij kan grofweg worden onderscheiden tussen toetsing aan (sommige) grondrechten of ook toetsing aan andere onderdelen van de Grondwet.

Het initiatiefwetsvoorstel-Halsema/Van Tongeren ging uit van toetsing aan de subjectieve ('klassieke') grondrechten, opgenomen in hoofdstuk 1 van de Grondwet.<sup>2</sup> De staatscommissie parlementair stelsel adviseerde daarnaast ook toetsing mogelijk te maken aan de algemene bepaling, indien het voorstel voor opnemng daarvan in de Grondwet ook in tweede lezing wordt aangenomen.<sup>3</sup>

In beide voorstellen werd het niet nodig geacht om wijziging aan te brengen in de grondwettelijke voorwaarden waaronder grondrechten kunnen worden beperkt. Er werd van uitgegaan dat deze grondrechten voldoende concreet handvat bieden voor de toetsende instantie.

De mogelijkheid van toetsing aan grondrechten noopt tot doordenking van de verhouding daarvan tot de nu bestaande mogelijkheid om wetten te toetsen aan ieder verbindende bepalingen van verdragen. De mogelijkheid van toetsing van formele wetten aan de Grondwet vergt voorts doordenking van de onderlinge verhouding van staatsmachten en/of staatsinstellingen, waaronder de Raad van State en de Eerste Kamer.

### **Organisatorisch-institutionele aspecten: toetsing door welke rechter(s)?**

Van wezenlijk belang is de vraag welke rechter(s) bevoegd moet(en) zijn tot toetsing van wetten aan de Grondwet. De keuze is grofweg uit:

- (1) gespreide toetsing (door alle rechters);
- (2) geconcentreerde toetsing bij een of meer van de bestaande (hoogste) rechterlijke instanties (de Hoge Raad, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven);

---

<sup>1</sup> Vgl. Nota constitutionele toetsing van formele wetten, Kamerstukken II, 2001/02, 28 355, nr. 2.

<sup>2</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 aan een aantal bepalingen van de Grondwet door de rechter. Kamerstukken I 2004/05, 28 331, A. Tot voltooiing van de parlementaire behandeling van dit tweedelezingsinitiatiefvoorstel is het niet gekomen; nadat het voorstel door de initiatiefnemer werd ingetrokken, is door de Tweede Kamer besloten dat het geacht moest worden te zijn vervallen (zie Kamerstukken II 2018/19, 32334, nrs. 12 en 13).

<sup>3</sup> Eindrapport van de staatscommissie parlementair stelsel - Lage drempels, hoge dijken. Democratie en rechtsstaat in balans, 23 december 2018, par. 6.1 (bijlage bij Kamerstukken II 2018/19, 34 430 nr.9), p. 202. Hoofdstuk 6, paragraaf 6.1. (constitutionele toetsing en Constitutioneel Hof) van het rapport is opgenomen in bijlage 2, onder I.

(3) geconcentreerde toetsing bij een nieuw in te stellen Constitutioneel Hof.

Het initiatiefwetsvoorstel-Halsema/Van Tongeren ging uit van gespreide rechterlijke toetsing, overeenkomstig de gespreide toetsing van wetten aan verdragen. Dat is ook de voorkeur die destijds door de Hoge Raad is uitgesproken.

De staatscommissie parlementair stelsel adviseerde tot geconcentreerde toetsing door een Constitutioneel Hof, met als argument de bevordering van de rechtseenheid en de rechtszekerheid. Daarnaast zou, in vergelijking met gespreide toetsing in meerdere instanties (beroep, hoger beroep, cassatie), procestijd kunnen worden bespaard. De instelling van een Constitutioneel Hof zal invloed hebben op de rechtelijke organisatie, in het bijzonder de relatie met (en mogelijk ook tussen) de hiervoor genoemde hoogste rechterlijke instanties. Instelling van een dergelijk hof vergt aandacht voor de relatie ervan tot de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State.

Daar staat tegenover uit het recente rechtsvergelijkend onderzoek dat het kabinet heeft laten uitvoeren blijkt dat in geen van de onderzochte landen met gespreide toetsing een gebrek aan rechtseenheid wordt ervaren.<sup>4</sup> Bij geconcentreerde toetsing is verder o.a. van belang dat goede afbakening tussen grondwetstoetsing en verdragstoetsing (rechters mogen nu al wel aan verdragen toetsen) vaak lastig te maken is. Tijdwinst in geval van toetsing door een Constitutioneel Hof wordt niet behaald ten opzichte van de rechter in eerste instantie in het geval van gespreide toetsing.

#### **Procedurele aspecten: tijdstip, wie legt vragen voor, samenloop en rechtsgevolgen.**

Wat het **tijdstip** van rechterlijke toetsing betreft is denkbaar het moment voordat een wet in werking is getreden (ex ante), bijvoorbeeld voordat het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer wordt ingediend, tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel, of nadat het wetsvoorstel door de Staten-Generaal is aangenomen, maar voordat de wet in werking is getreden. Ook is toetsing denkbaar op het moment nadat een wet in werking is getreden (ex post). Tenslotte is denkbaar dat rechterlijke toetsing op beide momenten plaats vindt (ex ante en ex post).

Toetsing van een wetsvoorstel aan de Grondwet "ex ante" is geen rechtspraak (of geeft een andere invulling aan het huidige begrip rechtspraak). Er is immers geen concreet geval waarover geoordeeld moet worden. Deze variant is alleen mogelijk met een Constitutioneel Hof.

De vraag **wie** een toetsingsvraag voorlegt, hangt mede af van de hiervoor vermelde modellen. Binnen het geconcentreerde model valt te denken aan verschillende modaliteiten: rechtstreekse toegankelijkheid tot de hoogste rechter dan wel het Constitutioneel Hof voor rechtszoekenden of via een prejudiciële procedure, waarbij elke (lagere) rechterlijke instantie verplicht is een vraag voor te leggen. De staatscommissie parlementair stelsel adviseerde tot invoering van een dergelijke prejudiciële procedure. Aldus blijft het toetsingsverbod ex artikel 120 Grondwet voor alle rechters gehandhaafd, behalve voor het Constitutioneel Hof.

---

<sup>4</sup> Rechtsvergelijkend onderzoek constitutionele toetsing, Claes, Heringa, Van der Sluis & Stremler, 2021, Bijlage bij Kamerstukken II 2020/21, 35 570-VII, nr. 90 en Kamerstukken, I 2020/2134 430, Y.

Toetsing aan de Grondwet kan **samenlopen** met verdragstoetsing. Bij gespreide toetsing kan die dubbele toetsing gelijktijdig gebeuren, bij geconcentreerde toetsing niet. In dat laatste geval zal de "gewone" rechter voor de constitutionele toets een prejudiciële vraag moeten stellen, terwijl art. 94 Grondwet hem de bevoegdheid geeft om een wettelijke bepaling buiten toepassing te laten vanwege een onverenigbare toepassing met een 'een ieder verbindende' verdragsbepaling. De mogelijkheid van toetsing aan de Grondwet en aan een ieder verbindende verdragsbepalingen noopt aldus (ook om deze reden) tot doordenking van de onderlinge verhouding van toetsingsmogelijkheden.

Wat betreft de **rechtsgevolgen** van de constatering door de rechter cq Constitutioneel Hof van strijd tussen wet en Grondwet zijn denkbaar: nietigverklaring, vernietiging of buitentoepassing verklaring van de wet (of een onderdeel daarvan). Vergelijkbaar met het derde geval (de buiten toepassing verklaring) is dat in het concrete geval de toepassing van een wetsbepaling moet wijken voor de toepassing van een bepaling van de Grondwet. Of de wetsbepaling ook voor alle (andere) gevallen buiten toepassing moet blijven is dan nog maar de vraag. Deze modaliteit stelt de staatscommissie parlementair stelsel voor.