



Ministerie van Binnenlandse Zaken en
Koninkrijksrelaties

Handreiking Constitutionele Toetsing

Praktische handvatten voor wet- en regelgeving

Colofon

Deze handreiking is opgesteld door de directie Constitutionele Zaken en Wetgeving van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) en vastgesteld door de minister van BZK in december 2021.

Op www.kcbr.nl (IAK, [onderdeel 6.2.1](#)) vind je de meest recente versie.

Inhoud

Colofon	2
1. Inleiding	5
1.1 Doel en achtergrond handreiking	5
1.2 Wat is constitutionele toetsing?	6
2. Werkwijze BZK (CZW) bij constitutionele toetsing	8
2.1 Algemeen	8
2.2 Wanneer is (aparte) aanbieding voor constitutionele toetsing door BZK aangewezen?	8
2.3 Verhouding constitutionele toets BZK tot mensenrechtentoets JenV	9
2.4 Wanneer en hoe een voorstel formeel aanbieden voor een constitutionele toets (toetsloket)	9
2.5 In een voorfase al ambtelijk advies inwinnen over de constitutionele toets?	9
2.6 Waarop wordt door BZK bij een constitutionele toets gelet?	10
2.7 Wat betekent een positieve uitkomst van de constitutionele toets voor de behandeling van het wetsvoorstel in voorportaal, onderraad en ministerraad?	10
3. Aanwijzingen voor de regelgeving, Integraal afwegingskader voor beleid en regelgeving en Toetsingskader digitalisering	11
3.1 Aanwijzingen voor de regelgeving	11
3.2 Integraal afwegingskader voor beleid en regelgeving	11
3.3 Toetsingskader Raad van State	12
4. De memorie van toelichting	14
5. Nadere informatie en praktische tips	16
5.1 Wat zijn fundamentele constitutionele normen en is er een handig overzicht?	16
5.2 Bronnen van constitutioneel recht	17
5.3 Normenhiërarchie binnen het (nationale en internationale/Europese) constitutionele recht	19
6. Grond- en mensenrechten in de Grondwet, het EVRM en de EU	20
6.1 De Grondwet	20
6.1.1 De grondrechten	21
6.1.2 De Grondwet als toetsingskader	23
6.1.3 Mogelijkheden tot beperking van grondrechten	23
6.1.4 Wanneer is (mogelijk) een grondrecht in het geding?	24
6.1.5 Eis dat een beperking herleidbaar moet zijn tot een specifieke wettelijke grondslag	26
6.2 Het EVRM (en de daarbij behorende protocollen)	27
6.3 EU-recht en Handvest van de grondrechten	29

7. Institutionele normen in de Grondwet	30
7.1 Algemeen	30
7.2 Ministeriële verantwoordelijkheid en vertrouwensregel	30
7.3 Incompatibiliteiten	30
7.4 Belastingen en heffingen	31
7.5 Rechtspraak (Hoofdstuk 6 van de Grondwet, artikelen 112-122)	31
7.6 Decentraal domein	31
7.7 Het Koninkrijk der Nederlanden en Caribisch Nederland	32
7.7.1 Algemeen	32
7.7.2 Koninkrijksaangelegenheid of landsaangelegenheid?	33
BIJLAGE I: overzicht vindplaatsen bronnen van constitutioneel recht	35
BIJLAGE II: overzicht artikelen Handvest van de EU tegenover artikelen EVRM	37
BIJLAGE III: voorbeeld discriminatietoets	38

1. Inleiding

1.1 Doel en achtergrond handreiking

De voorliggende handreiking bevat praktische handvatten voor ambtenaren binnen de Rijksdienst die betrokken zijn bij het tot stand brengen van wet- en regelgeving waarbij constitutionele vraagstukken (kunnen) spelen.¹

Departementen zijn zelf primair verantwoordelijk voor de constitutionele houdbaarheid van hun regelgeving, in de toelichting bij een voorstel dient hierover verantwoording te worden afgelegd.²

De directie Constitutionele Zaken en Wetgeving (CZW) van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) is verantwoordelijk voor het uitvoeren van een constitutionele toets op ontwerpregelgeving, zoals wetsvoorstellen en algemene maatregelen van bestuur.³ Deze directie toetst – kort gezegd – of de constitutionele onderdelen in het voorstel de aandacht krijgen die zij verdienen. Denk vooral – maar zeker niet uitsluitend – aan de vraag of het voorstel verenigbaar is met de Grondwet en met (nationale en internationale) grondrechten.

Deze handreiking geeft in de eerste plaats informatie over de gevallen waarin een constitutionele toets door BZK aangewezen is, hoe en wanneer deze toets moet worden aangevraagd en de manier van werken van BZK bij de uitvoering van die toets (onderdeel 2). Verder is op een rij gezet waar je zelf vanuit constitutioneel oogpunt op moet letten bij het opstellen van ontwerpregelgeving. Er wordt daarbij ook verwezen naar informatie in andere, al bestaande, instrumenten, in het bijzonder de belangrijkste eisen die vanuit constitutioneel oogpunt in de Aanwijzingen voor de regelgeving (hierna: de Aanwijzingen) en het Integraal afwegingskader voor beleid en regelgeving (hierna: het IAK) worden gesteld. Ook het toetsingskader voor ontwerpwet- en regelgeving van de Afdeling advisering van de Raad van State, onlangs gepreciseerd in het toetsingskader Digitalisering en wetgeving, komt daarbij aan bod (onderdeel 3). Vervolgens wordt ingegaan op de eisen die vanuit constitutioneel perspectief aan de memorie van toelichting worden gesteld (onderdeel 4). De laatste drie onderdelen (onderdelen 5, 6 en 7) bevatten inhoudelijke informatie en praktische tips met betrekking tot het vinden en toepassen van constitutionele normen. Op hoofdlijnen wordt in deze onderdelen ingegaan op de (inhoud van de) voor Nederland belangrijkste constitutionele bronnen, hoe die zich tot elkaar verhouden, en de beperkingssystematiek van grondrechten.

Deze handreiking beoogt bij te dragen aan een verdere verscherping van het constitutioneel bewustzijn en aan de kwaliteit en constitutionele houdbaarheid van (ontwerp) wet- en regelgeving. Daarnaast dient de handreiking ter uitvoering van toezeggingen aan de Tweede Kamer, waar al langere tijd de wens leeft de

¹ Als er sprake is van EU wet- en regelgeving, vindt er daarnaast al eerder op Europees niveau - door de Europese Commissie (bij initiatief voor wet-/regelgeving) en de Raad en het Europese Parlement (die een voorstel aannemen) - toetsing plaats van een voorstel aan (o.a.) de Unieverdragen, het Handvest van de Grondrechten van de EU en de algemene beginselen van EU-recht. Constitutionele toetsing van EU ontwerpregelgeving vindt plaats in het zogenoemde BNC-fiche. Deze toetsing op nationaal niveau is, volgens de in voetnoot 4 genoemde brief weliswaar terughoudend en algemeen van aard, maar moet desalniettemin wel worden uitgevoerd.

² Zie aanwijzing 4.43, onderdeel f.

³ Zie hoofdstuk 7 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, in het bijzonder aanwijzing 7.1 (Afstemming met andere ministeries) en aanwijzing 7.4 (Wetgevingstoets).

constitutionele toets in het wetgevingsproces te versterken.⁴ Een van de prioriteiten voor de komende tijd, is het toetsen aan het non-discriminatiebeginsel en het gelijke behandelingsbeginsel.⁵ Concreet betekent dit dat bij de constitutionele toets door BZK wordt gekeken naar mogelijk discriminerende effecten van regelgeving.

1.2 Wat is constitutionele toetsing?⁶

Het Nederlandse staatsbestel is een constitutionele monarchie met ministeriële verantwoordelijkheid en een parlementair stelsel, gebaseerd op de beginselen van de democratische rechtsstaat. De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat, zoals tot uitdrukking wordt gebracht in de algemene bepaling van de Grondwet, waarvoor een voorstel in eerste lezing is aangenomen.⁷ De wetgever (de Staten-Generaal en regering gezamenlijk; artikel 81 van de Grondwet) moet erop letten dat de wetten die hij maakt niet in strijd zijn met regels van constitutioneel recht. De regering als medewetgever en de Afdeling advisering van de Raad van State⁸ gaan bij constitutionele toetsing uit van de constitutie in brede zin. Oftewel: de constitutie is het geheel van – geschreven en ongeschreven – fundamentele regels en rechtsbeginselen die de juridische grondslag van ons staatsbestel vormen, inclusief die regels die dienen ter bescherming van de fundamentele rechten van burgers.

De regels van onze constitutie zijn te vinden in het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden, de Grondwet en in zogenaamde organieke wetten zoals de Gemeentewet, de Comptabiliteitswet 2016 en de Wet op de Raad van State.

De Grondwet bevat de grondrechten van burgers, de hoofdlijnen van de staatsinrichting en de bevoegdheden van de belangrijkste staatsinstellingen. Naast de genoemde fundamentele van onze Nederlandse staat, is ook wetgeving uit internationale bron in belangrijke mate van invloed op ons constitutionele bestel.

Denk bijvoorbeeld aan het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) alsook regelgeving afkomstig uit de Europese Unie. Het constitutioneel recht bestaat ook nog uit ongeschreven recht en rechtsbeginselen, bijvoorbeeld op nationaal niveau de vertrouwensregel. Ten slotte kunnen ook rechterlijke uitspraken uitdrukking of bevestiging zijn van het constitutioneel recht. Denk hierbij niet alleen aan jurisprudentie van nationale rechters, maar ook aan die van internationale rechters als het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie van de Europese Unie. Zie hierover nader de onderdelen 5, 6, en 7.

Het belang van constitutionele toetsing is er vooral in gelegen dat voorkomen moet worden dat regelgeving wordt voorbereid waarvan redelijkerwijs voorzienbaar is dat zij constitutioneel spanningen oplevert of zelfs niet houdbaar is. Daarbij geldt dat de toetsing van de grondwettigheid van wetten (verenigbaarheid van de wet en de Grondwet) in Nederland is voorbehouden aan de wetgever, vanwege het toetsingsverbod in artikel 120 van

⁴ Zie een brief aan de Tweede Kamer van 5 november 2018 over de versterking van de constitutionele toetsing in het wetgevingsproces, *Kamerstukken II 2018/19*, 35000 VII, 22112, nr. 38, en zie ook de motie-Klein en de reactie daarop, *Kamerstukken II 2015/16*, 34300 VII, nr. 48 en nr. 62. Zie ook de brief aan de Tweede Kamer van 1 april 2019 met de kabinetsreactie op het onderzoek Algoritmes en grondrechten door de Universiteit Utrecht, *Kamerstukken II 2018/19*, 26643, nr. 601.

⁵ In juni 2021 is in een brief aan zowel de Tweede als de Eerste Kamer aangegeven dat de wetgevingstoetsing zich voortaan gaat focussen op een aantal prioriteiten, die periodiek tegen het licht worden gehouden. Een van de benoemde prioriteiten is het toetsen aan het non-discriminatiebeginsel en het gelijke behandelingsbeginsel. Zie *Kamerstukken II 2020/21*, 35570 VI, nr. 115.

⁶ Zie uitvoerig: P.B.C. van Sasse van Yssel, 'Constitutionele toetsing van wetgeving ex ante, Ruimte voor versterking?', *NJB* 2016, afl. 21, p. 1480 e.v.

⁷ Op 29 maart 2018 is in het Staatsblad bekend gemaakt het voorstel van Rijkswet houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering van de Grondwet, strekkende tot het opnemen van een algemene bepaling (Stb. 2018, 86).

⁸ Vgl. B.P. Vermeulen & H.J.Th.M. van Roosmalen, 'De constitutionele toetsing door de Raad van State', *Regelmaat* 2012-4, p. 212-224.

de Grondwet.⁹ Op basis daarvan is de rechter bevoegd te treden in de beoordeling van de grondwettigheid van lagere regelgeving en besluiten, maar niet van wetten in formele zin en verdragen. In dit stelsel is constitutionele toetsing in het wetgevingstraject van groot belang. Het toetsingsverbod vooronderstelt immers, dat het de formele wetgever is die uitsluitend en bij uitstek in staat is om de grondwettigheid van formele wetten en verdragen te beoordelen. Dat impliceert dat zijn in het kader van het wetgevingsproces te verrichten constitutionele toetsing grondig en indringend is.

Bij de constitutionele toets in het wetgevingsproces kan niet worden volstaan met het louter constateren dat voldaan is aan de eis in een grondrechtenbepaling dat een beperking op het grondrecht bij formele wet plaatsvindt en nu een formele wet is voorzien aan die bepaling is voldaan. De formele wetgever moet bij het formuleren van beperkingen op de uitoefening van grondrechten ook materiële criteria aanleggen. Daartoe kan inspiratie ontleend worden aan de maatstaven die verdragen stellen aan beperkingen ter zake van aan nationale grondrechten equivalente mensenrechten, zoals noodzakelijkheid, proportionaliteit, subsidiariteit en voldoende precisie van de normstelling. Deze maatstaven vereisen een grondige belangenafweging waarbij het belang van bescherming van het grondrecht zwaar dient te wegen. Zie in dit verband met name ook onderdeel 6.2.

Tot slot wordt opgemerkt dat een grondige constitutionele toetsing op nationaal niveau ook van invloed kan zijn op de (intensiteit van de) toetsing door de Europese hoven. Met name in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) is een zogenaamde 'procedurele trend' waar te nemen. Als er al een zorgvuldig wetgevend proces is geweest, en rechterlijke toetsing heeft plaatsgevonden, kan het EHRM besluiten om zelf niet het proces van belangenafweging over te doen en zijn oordeel in plaats van het nationale oordeel te stellen.

⁹ Dit toetsingsverbod is neergelegd in artikel 120 van de Grondwet. Dit verbod houdt (volgens de Hoge Raad) ook in dat toetsing door de rechter van de wet, aan welke hogere regel dan ook, is uitgesloten, afgezien van uitzonderingen zoals vervat in artikel 94 van de Grondwet en de toetsing aan het EU-recht. Dit betekent dat ook geen toetsing van wetten aan het Statuut of aan ongeschreven rechtsbeginselen is toegestaan, althans volgens de Hoge Raad.

2. Werkwijze BZK (CZW) bij constitutionele toetsing

2.1 Algemeen

Zoals hiervoor vermeld is uitgangspunt bij het opstellen van wet- en regelgeving dat departementen zelf primair verantwoordelijk zijn voor de kwaliteit daarvan. Dat geldt ook voor de constitutionele houdbaarheid van een voorstel.

De directie CZW van het Ministerie van BZK is op grond van de Aanwijzingen voor de regelgeving¹⁰ verantwoordelijk voor de uitvoering van een constitutionele toets op ontwerpwetgeving. Het Ministerie van Justitie en Veiligheid (JenV), dat een primaire verantwoordelijkheid heeft voor de toetsing van wetgeving op rechtsstatelijke en bestuurlijke kwaliteit (wetgevingstoetsing), werkt nauw samen met het Ministerie van BZK voor de constitutionele toetsing van wetgeving en met dat van Buitenlandse Zaken bij de internationaalrechtelijke en Europeesrechtelijke toetsing van wetgeving.

2.2 Wanneer is (aparte) aanbieding voor constitutionele toetsing door BZK aangewezen?

Bij de voorbereiding van regelgeving waarbij (mogelijk) constitutionele vraagstukken spelen, is het aan te raden een constitutionele toets aan te vragen bij BZK (of contact op te nemen met de vraag of dat nodig is). Denk daarbij bijvoorbeeld aan ontwerpregelgeving waarbij:

- (mogelijk) een grondrecht in het geding is, zoals de persoonlijke levenssfeer, of de toegang tot de rechter wordt gereguleerd of bestaande aanspraken worden beperkt. De toetsing omvat mede een beoordeling van de vraag of er geen overtreding plaatsvindt van grondwettelijke verboden van (sub)delegatie of het gebruik van te ruime delegatiegrondslagen.¹¹ Zie in dit verband ook onderdeel 6.1.3 en het daar genoemde voorbeeld;
- een toetsing plaatsvindt (of zou moeten plaatsvinden) aan institutionele normen neergelegd in de hoofdstukken 2 tot en met 7 van de Grondwet. Denk aan de regeling van de ministeriële verantwoordelijkheid zoals neergelegd in artikel 42 van de Grondwet en regelingen rondom incompatibiliteiten zoals neergelegd in artikel 57 van de Grondwet;
- in de consultatiefase aandacht is gevraagd voor grondwettelijke aspecten in het voorstel en daarop in de toelichting gereageerd wordt (of zou moeten worden);
- BZK in het kader van eerdere contacten heeft gevraagd om het voorstel voor een constitutionele toets voor te leggen;
- het Ministerie van JenV (JZW) bij de wetgevingstoets heeft gewezen op constitutionele aspecten in het voorstel en heeft doorverwezen naar BZK (voor zover er nog niet eerder contact is geweest);
- er constitutionele aspecten (zouden kunnen) spelen, maar daarover bijvoorbeeld onduidelijkheid of twijfel bestaat.

¹⁰ Zie aanwijzing 7.4.

¹¹ Zie ook aanwijzing 2.20.

Aparte toetsing door BZK is in beginsel niet aangewezen bij voorstellen die zuiver technisch van aard zijn, denk aan een veegwet of een reparatiewet, of bij zuivere implementatiewetgeving.

2.3 Verhouding constitutionele toets BZK tot mensenrechtentoets JenV

Voor zover het in een voorstel louter en alleen gaat om bijvoorbeeld mensenrechtelijke aspecten/standaarden, zoals het EVRM, ligt het primaat voor de toetsing bij JenV. Voor zover het (meer) gaat om toetsing aan nationale grondrechten die ook een internationaalrechtelijke equivalent hebben, ligt het primaat bij BZK. Bij twijfelgevallen zullen beide departementen zo nodig onderling afstemmen bij wie het voortouw ligt.

2.4 Wanneer en hoe een voorstel formeel aanbieden voor een constitutionele toets (toetsloket)

Voor een efficiënte afhandeling van het toetsingsproces wordt voor de wetgevings- en constitutionele toets gebruik gemaakt van het Toetsloket, dat een applicatie is van het interdepartementale wetgevingsplanning- en voortgangssysteem Kiwi. Dit is een digitaal loket waarin aankomende wet- en regelgeving in de aanloop naar de behandeling in voorportaal, onderraad en ministerraad ter toetsing kan worden aangeboden aan alle relevante toetsingsinstanties, zoals de rijksbrede wetgevingstoets door JenV (JZW) en de constitutionele toets door BZK.

Let op: een aanvraag voor een constitutionele toets door BZK moet apart worden aangevinkt in Kiwi (BZK: Grondwet & grondrechten). Nadere informatie over de procedure in Kiwi is opgenomen in de handleiding Kiwi, te vinden via www.kcbr.nl.

2.5 In een voorfase al ambtelijk advies inwinnen over de constitutionele toets?

Bij de voorbereiding van regelgeving waarin constitutionele vraagstukken spelen of regeling vinden, is het soms aan te raden in een vroegtijdig stadium contact op te nemen met BZK. Denk hierbij aan omvangrijke, ingewikkelde of politiek-bestuurlijk complexe en/of gevoelige voorstellen. Tijdig wil zeggen: voorafgaand aan de formele aanbieding van een voorstel voor de wetgevings- en constitutionele toets. Dat kan ook voorkomen dat pas in die fase problemen of kwetsbaarheden aan het licht komen.

Het aanleverende departement kan in het toetsloket dus aangeven welke toetsen moeten worden verricht, maar BZK kan als toetsingsinstantie ook op eigen initiatief tot toetsing overgaan. Door te werken met het toetsloket is voor alle betrokkenen transparant en duidelijk welke toetsingsinstanties in actie zijn gekomen, wanneer een stuk in behandeling is genomen en tot welk oordeel men is gekomen en waarom.

2.6 Waarop wordt door BZK bij een constitutionele toets gelet?

Als een constitutionele toets op ontwerp wet- en regelgeving wordt verricht, betekent dit onder meer dat een check wordt uitgevoerd op de verenigbaarheid van het voorstel met de Grondwet én of de constitutionele onderdelen in het voorstel de aandacht krijgen die zij verdienen. Dit betekent in de eerste plaats dat, indien aan de orde, in een aparte paragraaf van de memorie van toelichting uiteen dient te worden gezet hoe het voorstel past binnen de kaders van het hogere recht (zie ook hierna onderdelen 3 en 4). In de aparte paragraaf over de verhouding met het hogere recht en de (nationale en internationale) grondrechtelijke kaders dienen alle aan de orde zijnde constitutionele aspecten aan bod te komen. Bij een beperking van grondrechten zullen de eisen die aan de motivering in deze paragraaf worden gesteld zwaarder zijn naarmate de inmenging in, respectievelijk de beperking van een grondrecht, zwaarder is.

De constitutionele toets wordt in principe afgesloten met een positief of negatief eindoordeel.

2.7 Wat betekent een positieve uitkomst van de constitutionele toets voor de behandeling van het wetsvoorstel in voorportaal, onderraad en ministerraad?

Als op de constitutionele toets een positief oordeel is gevolgd, mag het desbetreffende departement er in beginsel wel vanuit gaan dat er tijdens de behandeling in voorportaal, onderraad of ministerraad vanuit constitutioneel perspectief geen bezwaren bestaan tegen het wetsvoorstel. Dat kan uitzondering lijden als zich bijvoorbeeld nieuwe feiten of omstandigheden hebben voorgedaan die een ander licht werpen op het wetsvoorstel.

Verder geldt dat BZK niet alleen verantwoordelijk is voor de constitutionele toetsing van wetsvoorstellen, maar ook een vakministerie is met eigen beleid en wetgeving. Het standpunt van BZK in deze laatste rol hoeft niet parallel te lopen met het oordeel in het kader van de constitutionele toets. Een akkoord op de constitutionele toets is dus niet tevens automatisch een akkoord van het Ministerie van BZK als vakministerie.

3. Aanwijzingen voor de regelgeving, Integraal afwegingskader voor beleid en regelgeving en Toetsingskader digitalisering

Aandacht voor toetsing aan hoger recht is nadrukkelijk opgenomen in de Aanwijzingen, het IAK en het Toetsingskader Digitalisering en Wetgeving van de Raad van State, zowel wat betreft de inhoudelijke als de meer technische aandachtspunten.

3.1 Aanwijzingen voor de regelgeving

Relevante aanwijzingen (o.a.):

- [Aanwijzing 2.15](#): overeenstemming met hogere regels
- “Bij het ontwerpen van regelingen wordt onderzocht welke hogere regels de vrijheid van regeling ten aanzien van het betrokken onderwerp hebben ingeperkt.”
- [Aanwijzing 2.20](#): grondwettelijke delegatieverboden
- [Aanwijzing 2.31](#): afwijking bij lagere regeling
- [Aanwijzing 2.32](#): wijziging door lagere regeling
- [Aanwijzing 4.43](#) : (onder f) inhoud memorie van toelichting, verenigbaarheid met hoger recht en de verhouding tot andere regelingen (zie nader onderdeel 4)
- [Aanwijzing 7.4](#): wetgevingstoets (inclusief constitutionele toets)

3.2 Integraal afwegingskader voor beleid en regelgeving

Onder hoofdvraag 6 van het IAK (‘Wat is het beste instrument?’) valt onder andere een rechtmatigheidstoets: welke ruimte bieden juridische kaders voor het bereiken van doelen?¹² Relevant voor de toetsing aan hoger recht zijn vooral de onderdelen 6.2.1 (Aansluiting op Grondwet en hoger recht) en 6.2.3 (Toetsing aan algemene rechtsbeginselen) van het IAK.

- In onderdeel 6.2.1 van het IAK over de aansluiting op de Grondwet en hoger recht wordt verwezen naar de volgende hulpmiddelen en kwaliteitseisen:
 - [Checklist grondrechten](#)
 - [Handleiding nationale toepassing EU-Grondrechtenhandvest](#)
 - [Handreiking economische, sociale en culturele grondrechten](#)
 - [Handreiking eigendomsrecht onder het EVRM](#)
 - [Privacy Impact Assessment \(PIA\)](#): ondersteunt overheid en bedrijfsleven bij het beoordelen van nieuwe technologie, informatiesystemen, programma’s, beleid en wetsvoorstellen op het voldoen aan privacy vereisten.

De vragen uit voornoemde IAK-checklist grondrechten zijn:

¹² IAK -> Vraag 6. Wat is het beste instrument? -> [6.2 Rechtmatigheid](#).

1. Is er een grondrecht in het geding?
 2. Valt het in het geding zijnde gedrag of belang onder de reikwijdte van het grondrecht?
 3. Is er sprake van een beperking?
 4. Is er wel of geen absoluut recht in geding?
 5. Is de beperking voorzien bij wet?
 6. Dient de beperking zoals opgenomen in de betreffende wet ter bescherming van een of meer in de Grondwet/Verdrag genoemde belangen een legitiem doel?
 7. Is de beperking noodzakelijk in een democratische samenleving?
- Onderdeel 6.2.3 van het IAK over de toetsing aan algemene rechtsbeginselen wijst erop dat regelgeving die onvoldoende aansluit op algemene rechtsbeginselen niet effectief is, omdat het onhoudbaar kan blijken bij de rechter. Om dit te voorkomen onderzoek je of het voorstel past binnen de beginselen van:
 - Algemene beginselen van behoorlijk bestuur
 - Het beginsel van contractsvrijheid
 - Subsidiariteit
 - Het legaliteitsbeginsel
 - Het rechtszekerheidsbeginsel
 - Kenbaarheid van regelgeving
 - Redelijkheid en billijkheid
 - Het gelijkheidsbeginsel
 - Het specialiteitsbeginsel
 - Het vertrouwensbeginsel
 - Evenredigheid
 - Het primaat van de wetgever

Let op: indien algemene beginselen van toepassing zijn op een voorstel, is er vaak ook sprake van relevante bepalingen van internationaal of Europees recht. Kijk in dat geval ook naar IAK [6.2.2 Unierechtelijke verplichtingen](#). Bovengenoemde beginselen kunnen ook een rol spelen bij de beoordeling van formele wetten. Juist omdat deze beoordeling ingevolge artikel 120 van de Grondwet aan de rechter ontzegd is, dient in het kader van het wetgevingsproces aan deze beginselen zorgvuldig getoetst te worden.

3.3 Toetsingskader Raad van State

De Afdeling advisering van de Raad van State onderwerpt alle wetten en regels aan hetzelfde toetsingskader voor ontwerp wet- en regelgeving, dat bestaat uit drie onderdelen: de beleidsanalytische toets, de juridische toets en de wetstechnische toets. Deze onderdelen bevatten diverse constitutionele aandachtspunten. Voor wetgeving met digitaliseringsaspecten heeft de Afdeling deze toetsen onlangs gepreciseerd in het 'Toetsingskader digitalisering en wetgeving'.¹³ Daarnaast doet de Raad van State in de publicatie 'Digitalisering Wetgeving en bestuursrechtspraak'¹⁴ nog een zestal aanbevelingen die vanuit constitutioneel perspectief relevant kunnen zijn bij het opstellen van regelgeving met digitaliseringsaspecten.

¹³ <https://www.raadvanstate.nl/advisering/toetsingskader>.

¹⁴ [Publicatie Raad van State over digitalisering in wetgeving en bestuursrechtspraak - Raad van State](#).

Zie in dit verband ook het Impact Assessment Mensenrechten en Algoritmes (IAMA). Met het IAMA kan een afgewogen discussie gevoerd worden tussen de relevante partijen bij de afweging om wel of niet een algoritmische toepassing te gaan ontwikkelen. En het IAMA helpt om de gekozen ontwikkeling en implementatie vervolgens op een verantwoorde manier te doen. In het IAMA worden verbanden gelegd met relevante regels, instrumenten en toetskaders op het gebied van algoritmen.¹⁵

¹⁵ [Impact Assessment Mensenrechten en Algoritmes](#).

4. De memorie van toelichting

Op grond van de Aanwijzingen 4.42 en 4.43 dient in de memorie van toelichting in ieder geval aan de orde te komen hoe het wetsvoorstel past binnen de kaders van het hogere recht.¹⁶

Er is een rijksbrede handreiking voor het schrijven van een memorie van toelichting voorhanden:

[Schrijfwijzer memorie van toelichting](#).¹⁷

Volgens het model in deze schrijfwijzer kan er in een aparte paragraaf van de memorie van toelichting uiteen worden gezet hoe het voorstel past binnen de kaders van het hogere recht. Daarin kan worden ingegaan op:

- de Grondwet en het Statuut voor het Koninkrijk.
- door Nederland geratificeerde bilaterale en multilaterale verdragen (bijv. EVRM, ILO en andere verdragen).
- tot Europees recht (bijv. vrij verkeer van personen, goederen en diensten, staatssteunaspecten en aspecten van mededinging, notificatie, privacyaspecten en eigendomsrecht).
- Geschreven en ongeschreven rechtsbeginselen (bijv. behoorlijk bestuur, contractvrijheid, subsidiariteit, legaliteitsbeginsel); zie [6.2.3 Algemene rechtsbeginselen](#) in het IAK.

Aandachtspunten in de schrijfwijzer: als het voorstel aan hoger recht raakt, is het ook van belang heel duidelijk te zijn over de precieze normen in het voorstel waarvoor dit geldt en over de noodzaak om deze normen te stellen. Bij beperking van rechten door de overheid moeten in ieder geval noodzaak en proportionaliteit worden aangetoond. Bespreek jurisprudentie die een nadere invulling geeft aan de begrippen noodzaak en proportionaliteit of nadere eisen stelt aan de motivering van een voorstel. Zoek voor de vraag of het voorstel past binnen de kaders van hoger recht contact met de juridisch specialist voor de relevante jurisprudentie en de correcte motivering.

Voorbeelden van een grondrechtenparagraaf in de memorie van toelichting

[Membrie van toelichting wijziging Paspoortwet](#) (Kamerstukken II 2015/16, 34358 (R2065), nr. 3): Het recht het land te verlaten en het discriminatieverbod. Zie p. 9-13.

[Membrie van toelichting Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding](#) (Kamerstukken II 2015/16, 34359, nr. 3): Onderscheid tussen het recht op bewegingsvrijheid en het recht op persoonlijke vrijheid; het recht op een privéleven; vrijheid van religie en vrijheid van vergadering en vereniging; het recht het land te verlaten; vrijheid van verkeer en discriminatieverbod. Zie p. 19-28.

[Membrie van toelichting Wet bijzondere maatregelen grootstedelijke problematiek](#) (Kamerstukken II 2015/16, 34314, nr. 3): Vrijheid van vestiging en eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Zie p. 49-59.

[Membrie van toelichting Wet op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten 2017](#) (Kamerstukken II 2016/17, 34588, nr. 3): Recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer; recht op bescherming van het huisrecht; recht op bescherming van het brief-, telefoon- en telegraafgeheim en recht op een eerlijk proces. Zie p. 190-212.

[Membrie van toelichting wijziging van de Wet op de jeugdzorg](#) (Kamerstukken II 2008/09, 31855, nr. 3): Recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Zie p. 8-15.

¹⁶ Zie Aanwijzing 4.42 en Aanwijzing 4.43, onder f. Deze laatste bepaling spreekt letterlijk over 'de verenigbaarheid met hoger recht en de verhouding tot andere regelingen.'

¹⁷ De voorbeeldopzet in de schrijfwijzer is geen verplicht model, maar bevat wel een overzicht van verplichte inhoudelijke eisen.

NB. In voornoemde paragrafen is de beschrijving van de grondrechtelijke aspecten die er bij het wetsvoorstel spelen goed op orde, waardoor deze informatief zijn en als voorbeeld kunnen dienen. Dat wil niet zeggen dat deze paragrafen in het wetgevingsproces geheel zonder kritiek zijn gebleven van bijvoorbeeld de Afdeling advisering van de Raad van State.

In de grondrechtenparagraaf bij een regeling noem je bij voorkeur alle relevante nationale en internationale grondrechten, zoals bijvoorbeeld neergelegd in de Grondwet, het EVRM, het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en het IVBPR. Zoals uit onderdeel 6 blijkt verschillen het grondwettelijk stelsel en het stelsel van het EVRM op belangrijke punten waar het gaat om grondrechtenbeperkingen. Zo is de Grondwet veelal strenger als het gaat om de wettelijke basis waarin een beperking moet zijn neergelegd (wet in formele zin). Voor zover er relevante verschillen zijn tussen grondrechten uit verschillende bronnen, verdienen deze aparte bespreking. Gelet op het specifieke grondwettelijke systeem ligt aparte bespreking van de Grondwet vrijwel altijd in de rede. Als grondrechten in verschillende (andere) bronnen met elkaar corresponderen qua inhoud en reikwijdte, bijvoorbeeld een grondrecht in het EVRM en in het Handvest, kun je volstaan met de constatering dat het gaat om equivalenten met een gelijkwaardige dekking en vervolgens de verdere bespreking baseren op het EVRM.

5. Nadere informatie en praktische tips

5.1 Wat zijn fundamentele constitutionele normen en is er een handig overzicht?

Constitutionele normen laten zich moeilijk vangen in een volledige en concrete afvinklijst of een helder beoordelingsschema voor degenen die deze normen toepassen. Niettemin vormen ze de kern van de democratische rechtsstaat, en worden deze binnen de Europese rechtssfeer verbonden met noties als *Rule of Law*, *Rechtsstaat* en *Etat de Droit*. Een algemene beschouwing over deze noties is onder andere te vinden in het Report on the Rule of Law (CDL-AD(2011)003rev), [Report on the rule of law](#) met een nadere uitwerking in een Rule of Law Checklist (CDL-AD(2016)007), [Rule of law checklist](#), beide tot stand gekomen binnen de Venetië Commissie, een gezaghebbend adviesorgaan binnen de Raad van Europa in constitutionele kwesties.¹⁸

Constitutionele toetsing ziet op de vraag naar de verenigbaarheid van een regeling met fundamentele (hogere) normen en rechtsbeginselen die afkomstig zijn uit verschillende rechtsbronnen (zie onderdeel 1.2.). Constitutionele normen kunnen een sterk verschillend karakter en niveau van concreetheid vertonen. Voor normen met een zeer open karakter geldt dat deze hun betekenis vaak pas krijgen binnen een bepaalde context, in een bepaald geval. Een voorbeeld is het beginsel van spreiding van macht, dat erg algemeen en onbepaald is om als toetsingsbron te kunnen dienen. Het is echter geconcretiseerd in onder andere het recht op een eerlijk proces voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter, waaraan makkelijker kan worden getoetst. Een ander voorbeeld van een concretisering van het beginsel van spreiding van macht zijn de verschillende regelingen rondom incompatibiliteiten. Zo geldt op grond van artikel 57 van de Grondwet dat wie verkozen wordt tot lid van een van de Kamers van de volksvertegenwoordiging, een aantal andere ambten niet kan bekleden of uitoefenen.¹⁹ Zie hierover ook onderdeel 7.3.

Wat betreft het geschreven recht, gaat het bij constitutionele toetsing (dus) niet alleen om grond- en mensenrechten, maar ook om – onder andere – de institutionele normen neergelegd in de hoofdstukken 2 tot en met 7 van de Grondwet. Naast de genoemde regelingen rondom incompatibiliteiten moet daarbij bijvoorbeeld worden gedacht aan de regeling van de ministeriële verantwoordelijkheid, zoals neergelegd in artikel 42 van de Grondwet. Wat betreft ongeschreven institutionele normen kan worden gedacht aan de vertrouwensregel. Denk ook aan de basisregels in hoofdstuk 7 van de Grondwet voor de inrichting van gemeenten en provincies of de basisregels die samenhangen met het Koninkrijk der Nederlanden en Caribisch Nederland. In onderdeel 7 wordt hierop nog nader ingegaan.

¹⁸ Het concept van de rechtsstaat vormt, samen met democratie en mensenrechten, de drie pijlers van de Raad van Europa en wordt onderschreven in de preambule van het EVRM. Zie ook de algemene bepaling bij de Grondwet, paragraaf 1.2.

¹⁹ Het tweede lid van artikel 57 geeft aan welke ambten onverenigbaar zijn met het lidmaatschap van de Staten-Generaal. Het vierde lid van artikel 57 geeft aan dat de wetgever kan bepalen dat andere dan de reeds genoemde openbare betrekkingen niet tegelijk met het lidmaatschap van de Staten-Generaal kunnen worden uitgeoefend. De wetgever heeft van die mogelijkheid gebruik gemaakt met de Wet incompatibiliteiten Staten-Generaal en Europees Parlement. Vergelijk bijvoorbeeld ook de op artikel 129, vijfde lid, van de Grondwet gebaseerde artikelen 13 Provinciewet en Gemeentewet, waarin ook belangrijke incompatibiliteiten zijn geregeld.

Wie behoefte heeft aan meer achtergrondinformatie over de verschillende constitutionele normen, kan er baat bij hebben om kennis te nemen van de overzichten die zijn opgenomen in een uitgave van de Raad van State met als titel "Juridische betekenis en reikwijdte van het begrip rechtsstaat". Daarin staan enkele schema's die inzicht bieden in de wijze waarop de Raad van State rechtsstatelijke normen vindt en toepast in haar uitspraken en adviezen. Deze rechtsstatelijke beginselen vallen voor een groot deel (zo niet geheel) samen met de constitutionele normen waarover deze handreiking gaat. Zie voor de gehele uitgave van de Raad van State: www.raadvanstate.nl/publicaties.

Als in een wetsvoorstel de uitvoering van publieke taken bij semipublieke instellingen²⁰ wordt belegd, is het van belang dat deze voldoen aan de eisen van de rechtsstaat en dat de grondrechten voldoende beschermd blijven.²¹ Gedacht moet daarbij worden aan enkele kernelementen, zoals het legaliteitsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, verbod van willekeur, toegang tot de rechter (effectieve rechtsbescherming) en respect voor mensenrechten en gelijke behandeling. De Venetië-commissie van de Raad van Europa heeft hiervoor aandacht gevraagd in haar hiervoor genoemde [Rule of law checklist](#) uit 2016 (zie met name de onderdelen 16-18). Daarbij dient wel te worden bedacht dat semipublieke instellingen niet onverkort als overheidsorganen hebben te gelden, en genoemde eisen soms een andere inkleuring hebben omwille van de eigen aard van die instellingen (zij zijn ook onderneming; of zij zijn ook product van particulier initiatief met een eigen ethos etc.)

NB. Als verplichte kwaliteitseis bevat het IAK een Besliskader privatisering en verzelfstandiging met inhoudelijke aandachtspunten en procesmatige richtlijnen voor privatiserings- en verzelfstandigingstrajecten. In paragraaf 6.2 van het Besliskader wordt ingegaan op de rol van de democratische rechtsstaat. Kijk daarvoor op [Besliskader privatisering en verzelfstandiging](#).

5.2 Bronnen van constitutioneel recht

De regels van constitutioneel recht zijn als gezegd voor een deel, maar niet exclusief, in de Grondwet terug te vinden. Enkele wezenlijke onderdelen van de constitutie – zoals de verhouding tussen kerk en staat, de vertrouwensregel, de machtscheiding, de betekenis van het lidmaatschap van de Europese Unie (EU) en het deel uitmaken van een internationale rechtsorde, waaronder de internationale bescherming van mensenrechten – komen in de Grondwet niet of slechts beperkt aan de orde. In belangrijke mate zijn zij onderwerp van ongeschreven constitutioneel recht of worden zij inmiddels geregeld door internationaal- en Unierecht. Het internationale recht kent verschillende bronnen, waaronder verdragen, volkenrechtelijke besluiten en internationaal ongeschreven recht, zoals het internationaal gewoonterecht.

Op een rij gezet gaat het bij constitutionele toetsing om de verhouding van een regeling tot de volgende rechtsbronnen:

²⁰ Semipublieke instellingen zijn privaatrechtelijke rechtspersonen die een publieke taak behartigen of institutioneel verboden zijn met de overheid, bijvoorbeeld omdat de overheid de meerderheid van de aandelen bezit. Denk hierbij aan zorginstellingen, woningbouwcorporaties en (bijzondere) onderwijsinstellingen en overheidsbedrijven als NV Luchthaven Schiphol en ProRail BV.

²¹ Zie ook een motie van het lid Özütok van 16 november 2017, *Kamerstukken II 2017/18, 34775 VII*, nr. 17.

- De Grondwet (en de wetgeving ter uitwerking daarvan²²) en het Statuut voor het Koninkrijk;²³
- De door Nederland geratificeerde mensenrechtenverdragen, waaronder het EVRM (en de daarbij behorende Protocollen), het Europees Sociaal Handvest (ESH), het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR), het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR) etc.;
- Het constitutionele recht van de Europese Unie, waaronder het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie,²⁴ delen van het EU-Werkingsverdrag²⁵ en sommig (ander) primair en secundair Unierecht;
- Het (overige) internationale recht dat normen van constitutioneel recht bevat, waaronder (overige) verdragen, volkenrechtelijke besluiten en internationaal ongeschreven recht, zoals het internationaal gewoonterecht;
- Al dan niet geschreven (fundamentele) algemene staatsrechtelijke beginselen;
- Rechterlijke uitspraken (nationaal en EU/internationaal).

Onder (fundamentele) algemene rechtsbeginselen worden verstaan de (on)geschreven beginselen die de wetgever in acht moet nemen. Algemeen worden bijvoorbeeld het rechtszekerheidsbeginsel, het evenredigheids- of proportionaliteitsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel gerekend tot de algemene rechtsbeginselen waaraan wetgeving moet voldoen.

Voor wat betreft de constitutionele toets door de rechter (de zogeheten ex post toetsing) geldt dat de rechter de algemene rechtsbeginselen tot regels van hogere orde rekent. Er is geen grondwettelijke regel die zich tegen toetsing van lagere regelgeving aan deze beginselen verzet. Dat ligt anders voor de formele wet: artikel 120 van de Grondwet verzet zich niet alleen tegen rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet, maar ook tegen toetsing ervan aan algemene rechtsbeginselen.²⁶ De wetgevende organen zijn evenwel – zoals hiervoor al is aangegeven – bevoegd en gehouden tot constitutionele toetsing tijdens het wetgevingsproces (de zogeheten ex ante toetsing), waarin juist vanwege de afwezigheid van rechterlijke controle zorgvuldig aan die beginselen getoetst moet worden.

Zie **bijlage I** voor een overzicht van vindplaatsen van bronnen van constitutioneel recht.

²² Gedoeld wordt hier vooral op (organieke) wetten met daarin fundamentele normen over de verhouding van burgers tot de overheid, de samenstelling/inrichting en het functioneren van (organen van) de staat, hun bevoegdheden en onderlinge verhoudingen. Organieke wetten, wetten waarin onderwerpen worden geregeld krachtens een daartoe in de Grondwet gegeven opdracht, staan hiërarchisch niet boven gewone formele wetten. Denk daarbij bijvoorbeeld aan de Gemeentewet en Provinciewet op grond van artikel 132 van de Grondwet. En zie bijvoorbeeld ook de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) en de Uitvoeringswet Algemene Verordening Gegevensbescherming op grond van respectievelijk de artikelen 1 en 10 van de Grondwet.

²³ Het Statuut is te zien als de Grondwet voor het hele Koninkrijk. Het bevat een aantal basisregels over de organisatie van het Koninkrijk en de verhouding tussen het Koninkrijk en de autonome landen die daarvan deel uitmaken (Nederland, Aruba, Curaçao en Sint Maarten). Daarnaast hebben de autonome landen elk een eigen geschreven constitutie. Voor Nederland is dat de Grondwet. De andere landen hebben een zogeheten 'Staatsregeling', een andere benaming voor grondwet.

²⁴ Het Handvest van de Grondrechten is alleen van toepassing op nationale maatregelen als er sprake is van "ten uitvoer brengen" van Unierecht. Raadpleeg de Handleiding nationale toepassing EU Grondrechtenhandvest (zie onderdeel 3) om na te gaan of daarvan sprake is. Het Handvest kent zeven hoofdstukken waarin een groot aantal rechten is gegarandeerd, zoals het recht op leven en het verbod van marteling, het recht op bescherming van het privéleven en het recht op een eerlijk proces.

²⁵ Bijvoorbeeld artikel 16 (persoonsgegevens), artikel 17 (eerbiediging status kerkgenootschappen), artikel 18 (non-discriminatie) en artikel 21 (bewegingsvrijheid).

²⁶ Kamerstukken II 2001/02, 28355, nr. 2.

5.3 Normenhiërarchie binnen het (nationale en internationale/Europese) constitutionele recht

In ons systeem van regelgeving zijn, afgezien van de Grondwet, alle wetten in formeel opzicht van gelijke rangorde.²⁷ De Grondwet is weer ondergeschikt aan het Statuut. Een ieder verbindend verdragsrecht heeft voorrang boven het nationale recht. Het EVRM bevat een ieder verbindende bepalingen, die rechtstreeks werken in de Nederlandse rechtsorde en voorrang hebben boven Nederlands recht. Voor bepalingen uit andere 'klassieke' mensenrechtenverdragen geldt vaak hetzelfde;²⁸ bepalingen uit mensenrechtenverdragen die sociale rechten bevatten, zijn vaker niet een ieder verbindend dan wel. Dit neemt niet weg dat, ook indien deze rechten vanwege het gebrek aan directe werking door een burger niet inroepbaar zijn voor de rechter, de internationale verplichting tot nakoming voor Nederland blijft bestaan. In alle gevallen zijn zowel de wetgevende als de uitvoerende macht gebonden aan deze bepalingen en zijn deze bepalingen in zoverre dus ook van belang in een constitutionele toets.²⁹ Bepalingen van (primair en secundair) Unierecht (Europese recht) kunnen rechtstreeks doorwerken en zowel rechten als plichten voor de lidstaten en voor particulieren bevatten, die voorrang hebben boven nationale wettelijke voorschriften. Internationaal recht heeft voorrang boven nationaal recht, zoals tot uitdrukking is gebracht in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. Met andere woorden: internationaal recht gaat voor (en moet worden nageleefd).³⁰

²⁷ Wel geldt als uitgangspunt dat specifieke wetten gaan voor de algemene (Awb, Awgb) en latere wetten voor eerdere.

²⁸ De voorrang van het internationaal recht vloeit voort uit het ongeschreven constitutioneel (gewoonte)recht en de artikelen 93 en 94 van de Grondwet.

²⁹ Soms hebben bepalingen uit mensenrechtenverdragen die sociale rechten bevatten ook werking als een standstill-bepaling: beter mag wel, minder mag niet.

³⁰ De basis hiervoor is internationaal gewoonterecht, gecodificeerd in artikel 27 van het Weens Verdragenverdrag. Ook buiten het bestek van het verdragenrecht is dit de algemene norm.

6. Grond- en mensenrechten in de Grondwet, het EVRM en de EU

6.1 De Grondwet

De toetsing aan grondrechten is in algemene zin al besproken in onderdeel 3. In dit onderdeel komen de bijzonderheden van toetsing aan de grondrechten uit de Grondwet, het EVRM, en het EU-Handvest aan bod. Deze drie grondrechtencatalogi bevatten verschillende soorten grondrechten. In de Grondwet en het EVRM zijn, vanwege de periode en de context waarin ze tot stand zijn gebracht, met name de klassieke grondrechten opgenomen (zoals de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging). Later zijn echter ook enkele sociale grondrechten aan de Grondwet toegevoegd. Het Handvest, dat pas bindend is geworden in 2009, bevat daarentegen vrij veel sociale (en economische) grondrechten. Hoewel de klassieke grondrechten (ook wel vrijheidsrechten genoemd) veelal geformuleerd zijn als negatieve verplichtingen voor de overheid, dat wil zeggen verplichtingen voor de overheid om zich te onthouden van inmenging, is duidelijk geworden dat deze rechten een staat ook positieve verplichtingen opleggen, dat wil zeggen verplichtingen om zich in te spannen en maatregelen te treffen om deze rechten te beschermen. En waar bij de sociale (en ook economische en culturele) grondrechten de nadruk met name ligt op het bevorderen van deze rechten, is steeds duidelijker geworden dat de staat deze rechten ook dient te respecteren.

Omdat sociale grondrechten gelden als een instructienorm voor de overheid die in het algemeen een betrekkelijk grote beleidsruimte laten, zijn ze veelal in rechte niet goed afdwingbaar. Datzelfde geldt voor de sociale grondrechten zoals neergelegd in bijvoorbeeld het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, in verband met het doorgaans niet ieder verbindende karakter van deze rechten. De wetgever/regering dient wel een standpunt in te nemen over de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen, maar uiteindelijk is het de rechter die dit bepaalt.³¹ Dit neemt niet weg dat, ook indien deze rechten vanwege het gebrek aan directe werking door een burger niet inroepbaar zijn voor de rechter, de internationale verplichting voor Nederland blijft bestaan. In alle gevallen zijn zowel de wetgevende als de uitvoerende macht gebonden aan deze bepalingen.

Bij toetsing van wet- en regelgeving zullen in eerste instantie veelal vooral de klassieke grondrechten en de negatieve verplichtingen die daaruit voortvloeien aan bod komen. Sociale grondrechten (en de positieve verplichtingen die uit zowel klassieke als sociale grondrechten kunnen voortvloeien) kunnen bij toetsing van wet- en regelgeving bijvoorbeeld aan bod komen bij belangenafwegingen in het kader van de rechtvaardiging van inbreuken op (klassieke) grondrechten. De bescherming van de volksgezondheid en de toegang tot de gezondheidszorg, bijvoorbeeld, zijn relevant om mee te wegen bij de maatregelen ter bestrijding van het coronavirus die, onder meer, het recht op fysieke en lichamelijke integriteit en de vrijheid van beweging, kunnen beperken. Omgekeerd worden overheidsmaatregelen soms juist getroffen met als vertrekpunt de mensenrechtelijke positieve verplichtingen. In dat geval is van belang te beoordelen of een dergelijk causaal verband daadwerkelijk aan de orde is, en zo ja, of de maatregelen verenigbaar zijn met de grond-/ mensenrechtelijke negatieve verplichtingen, oftewel met de beperkingssystematiek van de vrijheidsrechten.

³¹ In aanwijzing 8.13, lid 5, staat dat in de toelichting op een verdrag wordt besproken of een verdrag naar de mening van de regering mogelijk een ieder verbindende bepalingen bevat. Zie ook artikel 2 van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen.

Voor nadere informatie over verschillende grondrechten, zoals het discriminatieverbod, de vrijheid van meningsuiting, de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging en de vrijheid van onderwijs, is aanbevelenswaardig om te raadplegen het wetenschappelijk commentaar op de Grondwet op nederlandrechtsstaat.nl en de nota grondrechten in een pluriforme samenleving: [Nota grondrechten in een pluriforme samenleving](#) (Kamerstukken II, 2003/04, 29614, nr. 2). Zie voorts de verschillende Handreikingen genoemd in onderdeel 3.

6.1.1 De grondrechten

De nationale grondrechten zijn te vinden in hoofdstuk 1 van de Grondwet. De Grondwet kent geen voorgeschreven rangorde tussen de grondrechten.³² De klassieke grondrechten zijn omschreven in de artikelen 1, 2, vierde lid, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, derde lid, 23, twee, derde, vijfde, zesde en zevende lid, 99, 113, derde lid, 114, 121 en 129, eerste lid; grofweg de artikelen 1 tot en met 18. De sociale grondrechten betreffen de artikelen 19, eerste en tweede lid, en artikel 23, eerste en vierde lid. Klassieke grondrechten zijn bijvoorbeeld de vrijheid van meningsuiting (artikel 7) en vrijheid van godsdienst en levensovertuiging (artikel 6). Sociale grondrechten zijn bijvoorbeeld werkgelegenheid (artikel 19) en sociale zekerheid (artikel 20).

De bescherming die de Grondwet biedt komt in sommige gevallen vrijwel overeen met de bescherming die internationale normen bieden. Dat is bijvoorbeeld het geval bij het gelijkheidsbeginsel (artikel 1 Grondwet, artikel 26 IVBPR en artikel 1 van het Twaalfde Protocol bij het EVRM). Het is ook mogelijk dat de Grondwet een verdergaande bescherming biedt dan internationale normen, dat is bijvoorbeeld aan de orde bij de vrijheid van meningsuiting (artikel 7 Grondwet, artikel 19 IVPR en artikel 10 EVRM). De Grondwet bevat een censuurverbod, het verbod voor lagere regelgevers in de inhoud van de uiting te treden en voor een zelfstandig middel van verspreiding een algemeen verbod of vergunningstelsel op te leggen. Een ander verschil tussen artikel 7 Grondwet enerzijds en voornoemde verdragsbepalingen is, dat handelsreclame is uitgesloten van bescherming van artikel 7 Grondwet, terwijl het wel onder de reikwijdte valt van de verdragsbepalingen.

Hierna volgt een afzonderlijke toelichting op twee grondrechten die sterk door alle beleidsvelden en wetgevingscomplexen heen lopen, namelijk het discriminatieverbod en het recht op de persoonlijke levenssfeer.

Discriminatietoets

Op grond van artikel 1 worden allen die zich in Nederland bevinden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan. Dit beginsel is nader uitgewerkt in de gelijke behandelingswetgeving, waaronder de Algemene wet gelijke behandeling (AWGB). Deze wet verbiedt het maken van onderscheid tussen personen op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat bij verschillende vormen van economisch en maatschappelijk verkeer, tenzij de wet het maken van onderscheid toestaat dan wel het om indirect onderscheid gaat dat objectief gerechtvaardigd is. De AWGB ziet overigens in de eerste plaats op horizontale rechtsverhoudingen (tussen burgers onderling en dus niet tussen overheid en burger), met uitzondering van artikel 7a AWGB, dat enkel ten aanzien van de grond van ras een verbod van onderscheid regelt bij de sociale bescherming, sociale zekerheid en sociale voordelen; dus uitkeringen en dergelijke.

³² In geval van een conflict van grondrechten zal dus niet het ene grondrecht op voorhand zwaarder wegen dan het andere. Zie uitgebreid hierover o.a.: *Kamerstukken II 2003/04, 29614, nr. 2* (Nota grondrechten in een pluriforme samenleving).

Relevante vragen om te beoordelen of sprake is van een gerechtvaardigd onderscheid:

- Is er een legitiem doel voor het onderscheid dat wordt gemaakt?
- Is de gekozen maatregel geschikt om het doel te bereiken?
- Is de maatregel passend, dat wil zeggen: treft het niet teveel (over-inclusive) of te weinig (under-inclusive) personen)?
- Is er geen minder onderscheidmakend alternatief voor de maatregel (subsidiariteit)?
- Is er sprake van evenredigheid tussen het nagestreefde doel en de aangetaste belangen (proportionaliteit)?

Een voorbeeld van de beoordeling van de objectieve rechtvaardiging van onderscheid is te vinden in **bijlage III**.

Persoonlijke levenssfeer

Aparte vermelding verdient ook het door artikel 10 van de Grondwet beschermde recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Een vastomlijnde definitie van het begrip persoonlijke levenssfeer geeft artikel 10 van de Grondwet niet. De grondwetgever heeft aangegeven dat het begrip tal van terreinen bevat, 'welke zeer uiteenlopend zijn van aard en problematiek en waarvan sommige volop in ontwikkeling zijn'. Het is aan de wetgever en rechter dit recht nader gestalte te geven.

Persoonsgegevens worden beschermd als een onderdeel van de persoonlijke levenssfeer in de zin van artikel 10 van de Grondwet en als onderdeel van het privéleven in de zin van artikel 8 van het EVRM, de artikelen 7 en 8 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en artikel 17 van het Internationaal verdrag inzake burgerlijke en politieke rechten (IVBPR). Artikel 10, eerste lid, van de Grondwet erkent het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en schrijft voor dat inperkingen daarop bij of krachtens wet in formele zin moeten zijn geregeld. Het tweede en derde lid verlangen van de wetgever nadere maatregelen over het omgaan met persoonsgegevens.

Sinds 25 mei 2018 geldt de **Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG)**.³³ De AVG is een Europese wet die regels stelt voor de (rechtmatige) verwerking van persoonsgegevens door bedrijven en overheidsinstanties in de hele Europese Unie. De AVG geldt rechtstreeks in de Nederlandse rechtsorde en gaat boven het nationale recht, dus ook boven de Grondwet.

De AVG voorziet materieel grotendeels in de regelgeving waartoe artikel 10, tweede en derde lid, van de Grondwet opdraagt. Dit geldt evenwel slechts voor het toepassingsbereik van de verordening, en voor zover de verordening rechtstreeks werkende bepalingen kent, die geen ruimte laten aan een nationale invulling in lidstatelijk recht. Voor zover het gaat om regels inzake bescherming van de persoonlijke levenssfeer buiten de reikwijdte van de verordening, op het terrein van nationale veiligheid, maar ook op het terrein van verwerking van persoonsgegevens in het kader van de richtlijn gegevensbescherming opsporing en vervolging, wordt nog wel invulling gegeven aan deze wetgevingsopdracht in de Grondwet. Dit geldt ook voor de bepalingen van de AVG, waarin ruimte wordt gelaten aan lidstatelijk recht. Bij de invulling van dit lidstatelijk recht dat opgesteld wordt onder de verordening is de wetgever dus nog onverkort gebonden aan de vereisten van artikel 10 van de Grondwet, op het moment dat dit artikel van toepassing is. In de Uitvoeringswet AVG wordt nog ten dele invulling gegeven aan de wetgevingsopdracht van artikel 10, tweede en derde lid, van de Grondwet.

³³ Zie ook: [Algemene verordening gegevensbescherming \(AVG\) | Kenniscentrum voor beleid en regelgeving \(kcbcr.nl\)](#).

De wetgevingsopdracht in artikel 10 van de Grondwet blijft dus een belangrijke rol spelen op de gebieden die geheel of gedeeltelijk aan het Unierecht zijn onttrokken.

Zie over de eisen die de Afdeling advisering van de Raad van State stelt aan regelgeving die de persoonlijke levenssfeer beperkt onderdeel 6.1.5.

6.1.2 De Grondwet als toetsingskader

Grondwettelijk beschermde grondrechten kunnen in beginsel alleen beperkt worden als de Grondwet daarvoor expliciet een grondslag bevat. De Grondwet wijst veelal de formele wetgever aan als het ambt dat bevoegd is tot beperking. Dit geldt zowel voor maatregelen die op de uitoefening van een grondrecht zijn gericht, zogeheten bijzondere beperkingen, als voor maatregelen die een zijdelingse, (onbedoelde) beperking van een grondrecht inhouden, de zogeheten algemene beperkingen (zie ook hierna onder 6.1.4). De kwestie van de beperkingen speelt vooral een rol bij de klassieke grondrechten (vrijheidsrechten), zoals de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van godsdienst, en niet zozeer bij de sociale grondrechten, die naar hun aard ruimer zijn geformuleerd.

Voor de inhoud van de wettelijke beperking stelt de Grondwet geen expliciete eisen of voorwaarden. Slechts in enkele gevallen worden doelcriteria genoemd, bijvoorbeeld openbare orde, volksgezondheid en/of nationale veiligheid. De Grondwet voorziet niet expliciet in een materiële toetsing aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit. Het EVRM en het IVBPR kennen daarentegen wel materiële beperkingsvoorwaarden. De wetgever heeft daarmee betrekkelijk veel vrijheid gekregen van de grondwetgever om een beperking te stellen aan de uitoefening van een vrijheidsrecht, voor zover hij dat doet in een formele wet. Dat neemt niet weg dat de formele wetgever bij het formuleren van beperkingen op de uitoefening van grondrechten niet kan volstaan met het louter constateren dat voldaan is aan de eis in een grondrechtenbepaling dat een beperking op het grondrecht bij formele wet plaatsvindt en nu een formele wet is voorzien aan die bepaling is voldaan. De wetgever moet ook materiële criteria aanleggen, zoals de vereisten van noodzakelijkheid, proportionaliteit, gelet op diens bijzondere verantwoordelijkheid (zie hierover uitgebreider onderdeel 1.2).³⁴ Bovendien mag wetgeving niet discriminatoir zijn.

6.1.3 Mogelijkheden tot beperking van grondrechten

De Grondwet gaat uit van een stelsel van competentievoorschriften die al dan niet worden geclausuleerd door doelcriteria en/of procedurevoorschriften.

1. *Competentievoorschriften*: De bevoegdheid tot het beperken van het grondrecht wordt voorbehouden aan een bepaald overheidsorgaan. Als de Grondwet spreekt van “wet” wordt daar altijd wet in formele zin mee bedoeld. In dit verband kan gewezen worden op de formule “behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet”, zoals bijvoorbeeld opgenomen in artikel 7 van de Grondwet (vrijheid van meningsuiting). De vrijheid van meningsuiting kan daardoor alleen worden beperkt door de formele wetgever (formeelwettelijke grondslag).³⁵ Slechts als de Grondwet spreekt van “(bij of) krachtens de wet”³⁶ dan wel

³⁴ Ook de Raad van State hanteert deze benadering. In een advies over het wetsvoorstel gegevensverwerking door samenwerkingsverbanden heeft de Raad van State aangenomen dat de formele wetgever op hoofdlijnen een belangenafweging moet verrichten en beperkingen van het grondrecht moet specificeren. Zij moet dus wel (op hoofdlijnen) ingaan op noodzakelijkheid, proportionaliteit en subsidiariteit. Zie *Kamerstukken II 2019/20, 35447*, nr. 4, p. 25-27.

³⁵ Dit geldt voor zover het de inhoud van de uiting betreft. Het verspreidingsrecht staat bloot aan decentrale beperkingen.

³⁶ Het delegatie-element zit in de term krachtens, want ‘bij’ ziet alleen op de formele wetgever.

een vorm van het woord “regel” of “regelen” bezigt, is delegatie toegestaan.

2. *Doelcriteria*: Deze methode houdt in dat de beperking op het grondrecht bepaalde expliciet in het in het grondwetsartikel genoemde doelen moet dienen, zoals de bescherming van de gezondheid en de voorkoming van wanordelijkheden. Een voorbeeld van een grondrecht waarbij delegatie van de beperkingsbevoegdheid is toegestaan en deze bevoegdheid aan doelcriteria is verbonden, is de vrijheid van vergadering en betoging zoals neergelegd in artikel 9, tweede lid, van de Grondwet.³⁷
3. *Procedureregels*: Deze regels houden in dat de overheid bij de inbreuk op het grondrecht aan bepaalde formaliteiten moet voldoen, zoals voorafgaande legitimatie en mededeling van het doel van het binnentreden van een woning (artikel 12 Grondwet).

De hiervoor beschreven beperkingssystematiek geldt in deze strikte zin alleen in de relatie tussen overheid en burger (verticale werking). Met in de Grondwet geregelde klassieke grondrechten is namelijk primair beoogd om de burger tegen de overheid te beschermen. Dat neemt niet weg dat grondrechten ook betekenis kunnen hebben in rechtsverhoudingen tussen burgers onderling, zoals bij de grondwetsherziening van 1983 en later in de rechtspraak tot op zekere hoogte is erkend (horizontale werking). Deze gaat echter in beginsel niet zo ver dat beperkingen daarvan in verhoudingen tussen burgers onderling tot een grondwettelijke beperkingsclausule herleidbaar moeten zijn. Vaker spelen grondrechten een rol bij de inkleuring van open, civielrechtelijke begrippen, zoals ‘redelijkheid en billijkheid’ en ‘maatschappelijke zorgvuldigheid’. Een in een grondrecht uitgedrukt belang wordt dan afgewogen tegen andere belangen. Voor zover de eis van een wettelijke grondslag in situaties tussen burgers onderling al betekenis heeft, wordt deze minder strikt uitgelegd.

Voorbeeld

Bij bijvoorbeeld het **wettelijk verankeren van een geheimhoudingsplicht** is de vrijheid van meningsuiting in het geding (artikel 7 van de Grondwet). De desbetreffende bepaling in de Grondwet eist een regeling bij formele wet en staat geen delegatie toe. Dit betekent allereerst dat de wetgever ten aanzien van het betreffende onderwerp geen regelgevende bevoegdheid mag overdragen. Om het delegatieverbod tot zijn recht te laten komen zal daarin tevens het voorschrift moeten worden gelezen dat de wetgever niet door het gebruik van vage formuleringen ten aanzien van het betreffende onderwerp de hem opgedragen taak in feite aan een lager orgaan overlaat. De wet zal zelf moeten aangeven hoever de grondrechtsbeperking gaat. Constructies, waarbij niet uit de wet zelf de omvang van de grondrechtsbeperking volgt doch deze door een lager orgaan moet worden ingevuld, zijn in strijd met bijvoorbeeld de clausule “behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet”.³⁸ Raadpleeg in dit verband ook Aanwijzing 2.20³⁹ en de IAK checklist grondrechten.

6.1.4 Wanneer is (mogelijk) een grondrecht in het geding?

Zoals uit het voorgaande blijkt mag de overheid de uitoefening van grondrechten door burgers slechts aan

³⁷ Artikel 9, tweede lid, van de Grondwet bepaalt dat de wet regels kan stellen ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden. De formele wetgever heeft van deze bevoegdheid gebruik gemaakt in de Wet openbare manifestaties. Aan de gemeenteraad wordt daarin de bevoegdheid gedelegeerd om in een verordening te bepalen wanneer voor een betoging een voorafgaande kennisgeving is vereist. De burgemeester kan naar aanleiding van die kennisgeving onder meer voorschriften en beperkingen stellen.

³⁸ *Kamerstukken II 1975/76*, 13872, nrs. 1-5, p. 23.

³⁹ In aanwijzing 2.20 is onder meer bepaald dat in ieder geval in de wet worden opgenomen voorschriften ten aanzien van onderwerpen waarvoor de Grondwet een regeling bij wet eist en geen delegatie toelaat.

(bijzondere of algemene) beperkingen onderwerpen die te herleiden zijn tot een grondwettelijke beperkingsclausule. Dit betekent dat lagere regelgevers alleen de bevoegdheid toekomt om regelingen vast te stellen die een inperking van een grondrecht opleveren als de wetgever in formele zin hen expliciet die inperkingsbevoegdheid heeft toegekend en op het niveau van de formele wetgever een afweging heeft plaatsgevonden tussen het belang dat gediend wordt met de (eventueel) door de lagere regelgever aan te brengen beperking en de omvang van die beperking.

Bij deze strikte grondwettelijke beperkingssystematiek is bij de grondwetsherziening van 1983, zij het voor uiterste gevallen, enige relativering aangebracht.

Ten tijde van de grondwetsherziening van 1983, toen de hierboven beschreven strenge grondwettelijke wetmatigheidseis en beperkingssystematiek werden geïntroduceerd, is enige ruimte gelaten voor een genuanceerde benadering in die zin dat een neutraal geformuleerde regel die niet specifiek gericht is op de inperking van een bepaald grondrecht, maar in bepaalde situaties wel het effect heeft dat een individu in zijn grondrechtenuitoefening wordt beperkt, beschouwd kan worden als een zogenaamde 'algemene grondrechtenbeperking'. In beginsel is het idee van algemene grondrechtenbeperkingen bij de grondwetsherziening 1983 afgewezen, maar tegelijkertijd is erkend dat in bepaalde situaties 'algemene' beperkingen onvermijdelijk zijn en toelaatbaar geacht moeten worden in het licht van onder meer een redelijke uitleg van de in het geding zijnde grondrechten en rechtsinstellingen die zich in de praktijk hebben ontwikkeld en binnen het rechtsbestel een gevestigde en algemeen aanvaarde plaats innemen. Het gaat dan om voorschriften die in het algemeen gelden en als (toevallig) neveneffect hebben dat zij grondrechten beperken, maar niet zijn terug te voeren op een grondwettelijke beperkingsclausule. Bekend zijn de voorbeelden van brandweervoorschriften die de uitoefening van de vrijheid van vergadering in een bepaalde ruimte verbieden. En in het licht van de vrije meningsuiting, voorschriften ingevolge de Wet milieubeheer en de Woningwet die de bouw en instandhouding van drukkerijen aan een vergunning binden.

Aan de redelijkheid kunnen dus grenzen worden ontleend waarbuiten een grondrecht geen toepassing meer behoort te vinden en een bepaalde handeling of maatregel niet binnen het grondrecht valt. Grondrechten reiken niet zo ver dat de uitoefening ervan te allen tijde, op elke plaats en op iedere wijze geoorloofd is.

Illustratief in dit verband is ook een uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 13 juli 2011 (201011441/1, ECLI:NL:RVS:2011:BR1448) over klokgelui waarbij de Afdeling overging tot een redelijke uitleg van artikel 6 van de Grondwet (vrijheid van godsdienst). De Afdeling overwoog dat klokgelui ter gelegenheid van het oproepen tot het belijden van godsdienst deel uitmaakt van de liturgie, zodat deze op zichzelf kan worden aangemerkt als een door artikel 6 van de Grondwet beschermde uiting tot het belijden van godsdienst. De Afdeling concludeerde dat plaatselijke regulering (via de APV) van duur en geluidsniveau binnen redelijke grenzen, welke er niet toe leidt dat geen gebruik van betekenis om de klok te luiden meer resteert, geacht moet worden de vrijheid van godsdienst zoals gewaarborgd in artikel 6 Grondwet niet te beperken. De Afdeling verwijst daarbij naar het standpunt van de regering bij de totstandkoming van de Wet openbare manifestaties dat regulering van klokgelui de vrijheid van godsdienst niet raakt.⁴⁰

Opmerking verdient ook dat de reikwijdte van grondrechten soms onduidelijk kan zijn, waardoor ook niet zeker

⁴⁰ *Kamerstukken II 1985/86, 19427, nr. 3, blz. 25, Kamerstukken II 1987/88, 19427, nr. 21 en nr. 8, p. 8 en Handelingen II 1987/88, p. 48-49.* Er is ook een uitspraak van het EHRM in deze zaak, waarin kort gezegd is geoordeeld dat er weliswaar (mogelijk) sprake is van een inbreuk op artikel 9 EVRM (vrijheid van godsdienst en levensovertuiging), maar dat die kan worden gerechtvaardigd, zie EHRM 16 oktober 2012, nr. 2158/12. Bedacht dient te worden dat de beperkingsclausule van artikel 6, eerste lid, van de Grondwet wat betreft het niveau van de regeling (beperking moet bij formele wet) veel strenger is dan die van artikel 9, tweede lid, van het EVRM, waarbij elke krachtens een bevoegdheid gegeven regeling, mits voldoende toegankelijk en voorzienbaar volstaat (soms zelfs beleidsregelgeving).

is of sprake is van een door de wetgever te reguleren beperking. Dit probleem is misschien wel het meest pregnant waarneembaar bij het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (artikel 10 van de Grondwet) en de daaraan verwante rechten van de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam, het huisrecht en het briefgeheim (artikelen 11-13 van de Grondwet). Zie ook onderdeel 6.1.1 over de persoonlijke levenssfeer.

Bij de uitleg van grondrechten en het bepalen van de inhoud en reikwijdte van een grondwetsbepaling is het goed om de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten, beginselen en strekking mede in aanmerking te nemen. Op het terrein van de uitleg van grondrechtenbepalingen zijn verschillende actoren actief, zoals bijvoorbeeld de wetgever, de Afdeling advisering en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Hoge Raad.⁴¹ Zij maken gebruik van een veelheid aan juridische interpretatiemethoden, zoals de grammaticale methode, de wetshistorische methode, de systematische methode en de teleologische methode.

6.1.5 Eis dat een beperking herleidbaar moet zijn tot een specifieke wettelijke grondslag

Zoals uit het voorgaande blijkt eist de Grondwet in beginsel voor alle inbreuken op grondrechten, zware en lichte, een specifieke formeel wettelijke basis. Een door de wetgever in formele zin toegekende algemene regelgevende bevoegdheid, zoals de bevoegdheid van de gemeenteraad om op grond van artikel 147 en 149 Gemeentewet plaatselijke verordeningen vast te stellen, voldoet niet aan deze grondwettelijke eis. Genoemde bepalingen in de Gemeentewet zijn daarvoor te algemeen geformuleerd. Om die reden zijn bijvoorbeeld verschillende openbare-orde bevoegdheden van de burgemeester vastgelegd in afzonderlijke specifieke bepalingen in de Gemeentewet.

Bij noodsituaties of in tijden van crisis wordt door burgemeesters soms gebruik gemaakt van noodbevelen of noodverordeningen. Daarbij mag niet worden afgeweken van de Grondwet; de tekst van de artikelen 175 en 176 Gemeentewet verbiedt dat. Verder kan uit de grondwetsgeschiedenis worden afgeleid dat deze bepalingen als onvoldoende specifiek moeten worden aangemerkt.

Hierbij past wel de kanttekening dat ten tijde van de grondwetsherziening de regering zelf al in haar reactie op het advies van de Raad van State de striktheid van het wetsvereiste wat heeft genuanceerd, door een globalere norm als het toenmalige artikel 1401 BW (thans: artikel 6:162 BW) als wet in de zin van de beperkingsclausules aan te merken. In het verlengde daarvan legt de rechter de eis dat een beperking herleidbaar moet zijn tot een specifieke wettelijke grondslag soms ruim uit.⁴² Ook voor wat betreft de bevoegdheid om een noodbevel te geven of een noodverordening uit te vaardigen lijkt na de grondwetsherziening van 1983 een zekere verschuiving te hebben plaatsgevonden. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Gemeentewet blijkt dat de wetgever – in weerwil van de tekst van de artikelen 175 en 176 Gemeentewet – een genuanceerder beeld schetste, waarin de eis van een specifieke wettelijke grondslag enigszins gerelativeerd is. Zowel de Tweede als de Eerste Kamer gaven te kennen dat beperking van enkele grondrechten, gelet op de noodrechtpraktijk, mogelijk moest zijn. Beide Kamers gingen akkoord met de stelling van de regering dat de burgemeester met toepassing van de noodbevels- en noodverordeningbevoegdheid bepaalde, met name genoemde grondrechten, te weten de uitoefening van de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging buiten besloten plaatsen, de vrijheid van meningsuiting, en de vergader- en betogingsvrijheid, mag beperken. De tekst van de

⁴¹ De rechter toetst nadat wetgeving van kracht is ('ex post') en is onderworpen aan het toetsingsverbod.

⁴² In dit verband wordt de zorgvuldigheidsnorm in artikel 6:162 BW door de rechter wel als voorbeeld genoemd. Ook de algemene bevoegdheid om voorschriften te stellen omtrent de interne organisatie en de werkwijze van de ambtelijke dienst, zoals neergelegd in artikel 44 Grondwet, is door de Centrale Raad van Beroep geaccepteerd als een voldoende wettelijke basis voor een maatregel die (volgens de CRvB) een inbreuk vormde op de persoonlijke levenssfeer. CRvB 3 mei 2002, 346, m.nt. WV, AA 2003, p. 34-36, m.nt. C.A.J.M. Kortmann. Deze uitspraak heeft - terecht - veel kritiek gekregen.

beide bepalingen bleef niettemin ongewijzigd.⁴³

Daarnaast komt het voor dat de rechter een onderscheid maakt tussen zware en lichte inbreuken op het grondrecht, met als consequentie dat alleen de zware inbreuk aan de strikte grondwettelijke voorwaarden behoeft te voldoen.⁴⁴ Door deze 'technieken' haalt de rechter als het ware 'de scherpe kantjes af' van de grondwetssystematiek.

Raad van State

In enkele recente adviezen heeft de Afdeling advisering van de Raad van State zich uitgelaten over de eisen die zij stelt aan regelgeving die de door artikel 10 van de Grondwet beschermde persoonlijke levenssfeer beperkt:

- In een voorlichting over grondrechtelijke aspecten van de crisismaatregelen van 25 mei 2020 overweegt de Afdeling dat de formeelwettelijke grondslag voldoende specifiek moet zijn om grondwettelijke grondrechten te beperken (een generieke bevoegdheid is niet geschikt om een grondrechtenbeperking te schragen);⁴⁵
- In een advies over de Wet gegevensverwerking samenwerkingsverbanden (2019) overweegt de Afdeling dat de beperkende wet voldoende specifiek moet zijn om een belangenafweging (proportionaliteit en subsidiariteit) door de wetgever mogelijk te maken; hoofdelementen zoals wie wat mag kunnen niet worden doorgeschoven naar een Amvb;⁴⁶
- Iets vergelijkbaars is te vinden in het advies over de Wet zeggenschap lichaamsmateriaal (2021). Onder verwijzing naar het advies over de Wet gegevensverwerking samenwerkingsverbanden wordt gesteld dat de formele wet in elk geval op hoofdlijnen een belangenafweging mogelijk moet maken en zelf ten minste de reikwijdte en de structurele elementen van de beperkende regeling moet bevatten.⁴⁷

6.2 Het EVRM (en de daarbij behorende protocollen)

Het EVRM bevat eenieder verbindende bepalingen. Nationaal recht dient daarom op grond van artikel 94 van de Grondwet buiten toepassing te worden gelaten als dat niet in overeenstemming is met het EVRM.

Het grondwettelijk stelsel en het stelsel van het EVRM verschillen op belangrijke punten. Verdragen, waaronder het EVRM, stellen over het algemeen slechts een ondergrens (minimumnormen). Ook kunnen de reikwijdte en de beperking van de grondrechten onder het EVRM verschillen van de Grondwet. Het EHRM gaat uit van een ruime reikwijdte van de EVRM-rechten. Ook neemt het snel beperkingen aan.

De in het EVRM (en aanvullende protocollen) opgenomen rechten kunnen verder worden onverdeeld in 'absolute rechten' en 'relatieve rechten'. Absolute rechten kunnen niet worden beperkt, ook niet door andere grondrechten. Een voorbeeld vormt het verbod van foltering en onmenselijke en vernederende behandeling (artikel 3 EVRM) of het verbod van slavernij (artikel 4 EVRM). De relatieve rechten kunnen wel worden beperkt door een ander belang dat in het concrete geval voorrang heeft.

⁴³ Zie hierover uitgebreider paragraaf 7 van de voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State van 25 mei 2020 over de grondwettelijke aspecten van (voor)genomen crisismaatregelen (Wo4.20.0139/I/Vo): [voorlichting over grondrechtelijke aspecten van crisismaatregelen](#).

⁴⁴ Zo werd de algemene taakstelling in artikel 2 van de Politiewet door de Hoge Raad aanvaard als een voldoende (specifieke) basis voor lichte inbreuken op de persoonlijke levenssfeer, zoals in het openbaar observeren of fotograferen van personen. HR 19 december 1995, NJ 1996, 249 m.nt. Sch.

⁴⁵ Zie paragraaf 7 van de voorlichting van de Afdeling advisering van de Raad van State van 25 mei 2020, hiervoor genoemd.

⁴⁶ [Wet gegevensverwerking samenwerkingsverbanden](#).

⁴⁷ [Wet zeggenschap lichaamsmateriaal](#).

Daarnaast stelt het beperkingssysteem van het EVRM andere, meer materiële, eisen aan de beperking van de uitoefening van grondrechten dan de Grondwet.

Bij de beoordeling van de vraag of een beperking van een verdragsrecht kan worden gerechtvaardigd geldt als algemene lijn het volgende.

In de regel⁴⁸ vereist het EVRM dat een beperking [bij wet is voorzien](#) (*'prescribed by law'*). Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) geeft dit wetsbegrip een materiële invulling. Het gaat er niet zozeer om wie de beperking oplegt, als het maar een bevoegde autoriteit is en de toepassing van de norm voor de justitiabelen voldoende toegankelijk en voorzienbaar (*'accessible and foreseeable'*) is. Mensen moeten vooraf voldoende duidelijkheid krijgen om zo nodig hun gedrag aan te passen en overheidsingrijpen te voorkomen. Dit stelt eisen aan de bekendmaking en formulering van regelgeving, beleidsregels en besluiten, en aan de concreetheid van de normstelling. Veelal zijn er relevante arresten van het EHRM, waarin specifieke (kwaliteits)eisen worden gesteld aan de wetgeving die een inmenging regelt.⁴⁹

Voorts moet de maatregel een in het EVRM genoemd [legitiem doel](#) dienen. Het gaat er daarbij niet alleen om dat een concreet doel wordt vermeld, maar ook dat wordt uitgelegd waarom de maatregel dat doel *dient*.

Het zwaartepunt van de toetsing ligt vervolgens doorgaans op de vraag of de beperking [noodzakelijk is in een democratische samenleving](#) (*'necessary in a democratic society'*). Het gaat daarbij om de toetsing aan noodzaak, proportionaliteit en subsidiariteit. De inmenging moet *evenredig* zijn aan het nagestreefde doel (*proportionaliteit*) en de daarvoor aangevoerde gronden moeten relevant en toereikend zijn. Nauw gerelateerd aan evenredigheid en proportionaliteit zijn noties als de geschiktheid of effectiviteit van voorgenomen wetgeving. Er mogen geen andere middelen voorhanden zijn die een geringere inbreuk veroorzaken en waarmee hetzelfde resultaat kan worden bereikt (*subsidiariteit*). Ook speelt mee de *evenwichtigheid* van de belangenaantasting in relatie tot de nagestreefde doelstellingen, of zelfs de notie van redelijkheid in meer algemene zin. De beoordeling van de noodzaak en proportionaliteit van een maatregel hangt sterk af van de omstandigheden van het geval. Meestal moet een afweging worden gemaakt tussen individuele belangen en maatschappelijke belangen (die worden gediend met het legitieme doel).

Het EHRM laat de lidstaten in het algemeen een zekere beoordelingsvrijheid toe (*'margin of appreciation'*), maar de omvang van die vrijheid is niet onbeperkt. Deze is onder meer afhankelijk van de aard van het onderwerp dat in het geding is en het doelcriterium dat is gebruikt. Zo is er meestal meer ruimte als er sprake is van moreel-ethische of sociaaleconomische vraagstukken. Hierbij moet worden aangetekend dat de 'margin of appreciation' alleen ziet op de verhouding tussen het EHRM en de lidstaten. In het kader van de constitutionele toetsing binnen het wetgevingsproces kan (en moet soms) een stringenter uitleg aan een EVRM-bepaling gegeven worden, mede in het licht van de specifieke nationale context.

Tot slot geldt als algemeen criterium dat het stelsel waarin de desbetreffende wetgeving functioneert, moet voldoen aan de eisen voortvloeiend uit het recht op toegang tot een daadwerkelijk rechtsmiddel (geen vereiste is dat dit een rechterlijke instantie is, ook een administratieve instantie kan volstaan) van artikel 13 EVRM⁵⁰ en het discriminatieverbod van artikel 14 EVRM en/of het Twaalfde Protocol bij het EVRM.

⁴⁸ Deze systematiek geldt bij met name artikelen 8 tot en met 11 EVRM. De andere artikelen kennen een ander toetsingskader. Je kunt dus niet altijd alle artikelen gezamenlijk en op dezelfde manier behandelen.

⁴⁹ Zie over de structuur van toetsing aan het EVRM: A. Cuyvers en P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselst, 'De Europese kreukelzone van de wetgever, goede wetgeving vanuit het EU- en EVRM-perspectief', *RegelMaat 2018, aflevering 5*, p. 292 e.v.

⁵⁰ Artikel 6 EVRM overlapt voor een groot deel met artikel 13 EVRM, de eisen van artikel 13 zijn wel minder strikt.

6.3 EU-recht en Handvest van de grondrechten

Grondrechten zoals zij worden gewaarborgd door het EVRM en de constitutionele tradities van de lidstaten zijn al geruime tijd erkend als algemene beginselen van Unierecht. Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 is het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie juridisch bindend geworden. Het Handvest kent dezelfde status als het primaire recht van de Unie (het VEU en het VWEU) en gaat dus voor op bijvoorbeeld Verordeningen (een vorm van secundair Unierecht).

Het Handvest, net als de algemene beginselen, is alleen van toepassing op nationale maatregelen als er sprake is van het “ten uitvoer brengen” van Unierecht (zie artikel 51 Handvest). Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer een bepaling van een verordening door een bestuurlijke autoriteit ten uitvoer wordt gebracht, maar ook wanneer een nationale regeling een beperking van het vrije verkeer vormt. Raadpleeg de Handleiding nationale toepassing EU Grondrechtenhandvest om welke situaties het nog meer kan gaan (zie onderdeel 3, [Handleiding nationale toepassing EU-Grondrechtenhandvest](#)).

Voor zover de grondrechten in het Handvest corresponderen met die in het EVRM zijn hun inhoud en reikwijdte dezelfde, maar een verdergaande bescherming is ook mogelijk. Het Handvest bevat verschillende grondrechten die een verdergaande bescherming bieden dan de corresponderende grondrechten uit het EVRM én daarnaast grondrechten die in het geheel niet in het EVRM zijn opgenomen (zie **bijlage II**). Zo zijn verschillende sociale en economische rechten opgenomen (zoals artikel 31 rechtvaardige en billijke arbeidsomstandigheden- en voorwaarden en artikel 16 vrijheid van ondernemerschap) en daarnaast enkele uitgebreidere gelijkheidsrechten dan het EVRM (zoals artikel 24 rechten van het kind en artikel 25 rechten van ouderen).

Als de bepalingen van het Handvest voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk zijn, kunnen ze rechtstreeks werken op nationaal niveau. Bepalingen die beginselen bevatten daarentegen, kunnen enkel in rechte worden ingeroepen als daaraan uitvoering is gegeven door wetgevings- en uitvoeringshandelingen. De artikelsgewijze [Toelichting op het Handvest](#) geeft verdere duiding over de herkomst en betekenis van de verschillende grondrechten uit het Handvest. Ook is bij verschillende bepalingen aangegeven of het gaat om ‘beginselen’ in plaats van rechten, zoals bij de verschillende sociale rechten. Verder is een handige handreiking over het Handvest uitgegeven door het Grondrechtenagentschap van de EU: [FRA Handbook \(European Union Agency for fundamental rights\)](#) (zie daarvoor ook **bijlage I** bij deze handreiking).

De beperkingssystematiek van de grondrechten uit het Handvest is opgenomen in artikel 52, eerste lid, van het Handvest. Deze is grotendeels gelijk aan die onder het EVRM. Beperkingen van de grondrechten uit het Handvest moeten worden voorzien bij wet, er dient een legitiem doel mee te worden gediend en beperkingen moeten noodzakelijk en evenredig zijn. Expliciet is daarnaast vereist dat beperkingen geen afbreuk mogen doen aan de wezenlijke inhoud van het grondrecht.

De grondrechten uit het Handvest zijn alleen van toepassing op nationale regelingen wanneer daarmee het Unierecht ten uitvoer wordt gebracht. Raadpleeg de Handleiding nationale toepassing EU-Grondrechtenhandvest om te bepalen wanneer daarvan sprake is, en raadpleeg verder het FRA Handbook over de toepassing en uitleg van de grondrechten uit het Handvest.

In bijlage II is een overzicht van het FRA opgenomen waarin de artikelen van het Handvest tegenover de tekst van het EVRM zijn geplaatst, waardoor inzichtelijk wordt waar een verschillende en gelijkwaardige dekking bestaat en het Handvest toegevoegde waarde kan hebben.

7. Institutionele normen in de Grondwet

7.1 Algemeen

Zoals gezegd gaat het bij constitutionele toetsing niet alleen om grond- en mensenrechten, maar ook om de institutionele normen neergelegd in de hoofdstukken 2 tot en met 7 van de Grondwet. Zij hebben een wezenlijk ander karakter dan grondrechten. Hieronder wordt kort een selectief aantal van die institutionele normen besproken.

7.2 Ministeriële verantwoordelijkheid en vertrouwensregel

Denk bij institutionele normen bijvoorbeeld aan de ministeriële verantwoordelijkheid, zoals geregeld in artikel 42 van de Grondwet en die zijn uitwerking vindt in artikel 68 van de Grondwet (informatieplicht aan de Kamer). Te onderscheiden van de ministeriële verantwoordelijkheid is de vertrouwensregel. Deze is niet gebaseerd op artikel 42 van de Grondwet, maar is een regel van ongeschreven staatsrecht. Een minister of staatssecretaris die niet langer geacht kan worden het vertrouwen van een parlementaire meerderheid te hebben, kan niet aanblijven.

Voor het bepalen van de ministeriële verantwoordelijkheid geldt als uitgangspunt: geen verantwoordelijkheid zonder bevoegdheid. De achterliggende gedachte is dat er geen macht wordt uitgeoefend zonder adequate controle daarop. Ook zijn er situaties dat de ministeriële verantwoordelijkheid wel bestaat, maar beperkt is. Dat doet zich voor bij zelfstandige bestuursorganen (ZBO's). De Kaderwet zelfstandige bestuursorganen stelt regels waaraan ZBO's moeten voldoen. Belangrijk is dat de beoogde taakverdeling tussen minister en ZBO helder en uitvoerbaar zijn en dat bevoegdheden niet interfereren.⁵¹

Let dus goed op als je een voorstel maakt met een (institutioneel) arrangement dat gevolgen heeft voor de ministeriële verantwoordelijkheid, bijvoorbeeld de instelling van een ZBO. Voorzie in adequate bevoegdheden of expliciteer (in de toelichting) de beperkte verantwoordelijkheid waar dat aan de orde is.

7.3 Incompatibiliteiten

Wie verkozen wordt tot lid van een van de Kamers van de Staten-Generaal, kan volgens artikel 57 van de Grondwet een aantal andere ambten niet bekleden of uitoefenen. In de praktijk wordt gesproken over incompatibiliteiten. De ratio achter de vaststelling van incompatibiliteiten is, kort gezegd, het beginsel van de scheiding van machten. Zo is het gelijktijdig lid zijn van beide kamers der Staten-Generaal uitgesloten. Ook kan een lid van de Staten-Generaal niet tevens zijn minister, staatssecretaris, lid van de Raad van State, lid van de Algemene Rekenkamer, Nationale ombudsman of substituut-ombudsman, of lid van of procureur-generaal of advocaat-generaal bij de Hoge Raad. Op grond van het vierde lid van artikel 57 is de wetgever bevoegd verdere incompatibiliteiten vast te stellen. De wet kan bepalen dat 'andere openbare betrekkingen' niet gelijktijdig met

⁵¹ Zie ook: [ZBO's](#) en [Besliskader privatisering en verzelfstandiging](#).

het lidmaatschap van de Staten-Generaal of van een der kamers kunnen worden uitgeoefend. De Raad van State heeft in een voorlichting⁵² uit de totstandkomingsgeschiedenis van deze bepaling afgeleid dat de omschrijving ‘openbare betrekkingen’ als limitatief moet worden beschouwd, zodat de wet uitsluitend combinaties met openbare betrekkingen kan verbieden. Verder heeft volgens de Raad van State de parlementaire behandeling niet duidelijk gemaakt wat precies onder ‘openbare betrekkingen’ moet worden verstaan. Gelet op hun structuur en achtergrond zijn volgens de Raad van State bestuursfuncties bij omroepverenigingen geen openbare betrekkingen, omdat zij niet gebonden zijn aan de neutraliteit die eigen is aan openbare functies.

7.4 Belastingen en heffingen

Belastingen van het Rijk worden geheven uit kracht van een wet. Andere heffingen van het Rijk worden bij de wet geregeld (artikel 104 van de Grondwet). De formulering ‘uit kracht van een wet’ komt slechts een keer voor in de Grondwet en heeft een speciale betekenis⁵³: de regeling van een belasting of heffing gebeurt in beginsel op het niveau van een wet in formele zin en - zo blijkt ook uit het toetsingskader dat de Afdeling advisering van de Raad van State hanteert - de ‘essentialia’ van de regeling (belastingobject, belastingsubject en tarief) moeten in ieder geval wezenlijk op dat niveau geregeld worden.⁵⁴

7.5 Rechtspraak (Hoofdstuk 6 van de Grondwet, artikelen 112-122)

De artikelen 112 e.v. van de Grondwet kennen de rechtsprekende bevoegdheid aan de rechterlijke macht toe. Artikel 112 van de Grondwet brengt mee - zo overwoog de Afdeling advisering van de Raad van State in een advies⁵⁵ - dat de burgerlijke rechter bevoegd is kennis te nemen van vorderingen waaraan de eiser ten grondslag heeft gelegd dat jegens hem een onrechtmatige daad is gepleegd. Blijkens de jurisprudentie van de Hoge Raad geldt dat ook als de wetgever de bestuursrechter ‘bij uitsluiting’ bevoegd heeft verklaard. Het is daarom aan de burgerlijke rechter zelf, en dus niet aan de wetgever, om te bepalen of een vordering ontvankelijk is. Daarbij komt dat bij de burgerlijke rechter ook nog andere vorderingen kunnen worden ingesteld dan een vordering tot schadevergoeding. Dit betekent dat de toegang tot de burgerlijke rechter als restrechter niet door de wetgever kan worden uitgesloten.

7.6 Decentraal domein

De Grondwet geeft in hoofdstuk 7 (artikelen 123-132) enkele basisregels voor de inrichting van openbare lichamen, zoals gemeenten en provincies. De nadere uitwerking wordt opgedragen aan de wetgever. Dit is hoofdzakelijk in de Provincie- en Gemeentewet gebeurd.⁵⁶

⁵² Kamerstukken II 2019/20, 35042, D.

⁵³ Kamerstukken II 1979/80, 15575, nr. 10.

⁵⁴ Of een in een belastingwet opgenomen delegatie aan de regering verder gaat dan artikel 104 van de Grondwet toelaat, mag de rechter op grond van artikel 120 van de Grondwet niet toetsen (HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:779).

⁵⁵ Advies van 9 mei 2019 over de Wet Instituut Mijnbouwschade Groningen, kenmerk W18.18.0384/IV.

⁵⁶ De Provincie- en Gemeentewet worden wel aangeduid ‘structuurwet’, dat wil zeggen dat er slechts bij hoge uitzondering door andere wetten vanaf mag worden geweken.

Uit hoofdstuk 7 van de Grondwet vloeien vooral impliciete constitutionele normen voort. Rode draad in de Grondwet betreft het beginsel van lokale autonomie (bestuurlijk en financieel) zoals vastgelegd in artikel 124, eerste lid, van de Grondwet. Bij autonomie is er sprake van eigen beleid van het gedecentraliseerde ambt met een zelfstandige regelgevende bevoegdheid. Het ambt bepaalt zelf het doel en de middelen. In artikel 124, eerste lid, van de Grondwet wordt gesproken van ‘het overlaten van de bevoegdheid tot regeling en bestuur van de eigen huishouding’. In artikel 124, tweede lid, van de Grondwet, is het beginsel van medebewind vastgelegd. Medebewind houdt in dat de wetgever zelf en andere ambten krachtens de wet regeling en bestuur kunnen vorderen van de besturen van de provincies en de gemeenten. Anders dan bij autonomie is het beleid bij medebewind dus op hoger niveau bepaald. Welke onderwerpen tot de eigen huishouding behoren, is niet vastgelegd. Wel is duidelijk dat het dient te gaan om openbare belangen. Ook kunnen geen belangen behartigd worden die uitsluitend tot de bevoegdheid van de centrale overheid behoren. Echter, het beginsel van medebewind wordt verder nauwelijks ingekleurd en laat grote vrijheid aan de wetgever aangezien constitutionele waarborgen ontbreken.

De ruimte die de Grondwet biedt is echter niet onbegrensd. De wetgever dient twee grenzen in acht te nemen. De eerste grens is dat heel Nederland gemeentelijk en provinciaal moet zijn ingedeeld. De hoofdstructuur van drie, rechtstreeks gelegitimeerde bestuurslagen met een open huishouding dient overal aanwezig te zijn. Een open huishouding betekent dat aan deze bestuurslagen een eigen huishouding gelaten wordt zonder sluitende bevoegdheidsafbakening, waarbinnen zij naar eigen inzicht regelend en besturend kunnen optreden. Het betreft dus een open bevoegdheid van de bestuurslaag om via regels of bestuursbesluiten maatschappelijke problemen aan te pakken.

De tweede grens houdt in dat aanvullende structuren niet van zodanig gewicht mogen zijn dat zij eenheden uit de hoofdstructuur verdringen en op die manier het grondpatroon van gemeenten en provincies doorbreken. Verplichte vormen van samenwerking tussen gemeenten mogen niet tot feitelijk gevolg hebben dat die gemeenten uitgespeeld zijn. Het is in algemene zin aan de wetgever overgelaten om deze grens vast te stellen.

Let dus goed op dat je bij wijzigingen in het decentrale domein niet in strijd handelt met hoofdstuk 7 van de Grondwet.

Zie voor meer informatie over de verhouding Rijk-decentrale overheid het IAK onder toetsingsinstantie “BZK interbestuurlijk”: [BZK interbestuurlijk](#).

7.7 Het Koninkrijk der Nederlanden en Caribisch Nederland

7.7.1 Algemeen

Het Koninkrijk der Nederlanden bestaat uit vier landen: Nederland, Aruba, Curaçao en Sint Maarten. Het land Nederland bestaat uit Europees Nederland en Caribisch Nederland, waarvan Bonaire, Sint Eustatius en Saba de onderdelen vormen. Zij hebben een staatsrechtelijke positie gekregen binnen het Nederlandse staatsbestel en zijn ingericht als openbaar lichaam in de zin van artikel 134 van de Grondwet. Volgens artikel 132a, eerste lid, van de Grondwet kunnen bij de wet in het Caribische deel van Nederland andere territoriale openbare lichamen dan provincies en gemeenten worden ingesteld en opgeheven. In de Wet openbare lichamen BES (WoLBES) zijn de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba ingesteld.

Op grond van artikel 132a, vierde lid, Grondwet kunnen voor deze openbare lichamen regels worden gesteld en andere specifieke maatregelen worden getroffen met het oog op bijzondere omstandigheden waardoor deze openbare lichamen zich wezenlijk onderscheiden van het Europese deel van Nederland. Territoriale differentiatie is dus mogelijk in wetgeving.

Deze staatsrechtelijke indeling van het Koninkrijk is het gevolg van de opheffing van het land de Nederlandse Antillen per 10 oktober 2010.

7.7.2 Koninkrijksaangelegenheid of landsaangelegenheid?

De autonomie van de landen in het Koninkrijk vormt een belangrijk uitgangspunt. Dit betekent dat het aantal beleidsterreinen waarover het Koninkrijk bevoegd is regelgevend op te treden, beperkt is. Zij zijn primair opgesomd in artikel 3 van het Statuut.⁵⁷ Daartoe behoren onder meer defensie, de buitenlandse betrekkingen, het Nederlandschap en het stellen van algemene voorwaarden voor de toelating en uitzetting van vreemdelingen.

Het is van belang goed te onderscheiden tussen enerzijds Koninkrijksaangelegenheden en anderzijds landsaangelegenheden die door de landen gemeenschappelijk worden behartigd, omdat dit (vanzelfsprekend) ook van belang is voor de vraag bij wie de bevoegdheid tot regeling ten aanzien van dat onderwerp berust.

Het uitgangspunt daarbij is eenvoudig: wat des Koninkrijks is wordt gedaan door Koninkrijksorganen, wat des lands is door landsorganen. Met deze hoofdregel kan echter niet worden volstaan. De werkelijkheid van het Statuut is gecompliceerder. Verschillende bepalingen van het Statuut doorkruisen de hoofdregel. Het effect daarvan is dat de bevoegdheidsverdeling tussen Koninkrijk en landen, met name waar het de regelgeving betreft, een nogal onoverzichtelijk geheel oplevert waarin je het spoor snel bijster wordt.

Regels omtrent Koninkrijksaangelegenheden die niet in Curaçao, Aruba of Sint Maarten gelden, worden bij Nederlandse wet of algemene maatregel van bestuur vastgesteld (artikel 14, derde lid, van het Statuut). Deze bepaling heeft tot gevolg dat veel wetgeving over Koninkrijkszaken door de Nederlandse wetgevende organen wordt behandeld, omdat de betreffende wetgeving alleen in Nederland geldt. Een voorbeeld is de Uitleveringswet die alleen op uitlevering vanuit Nederland betrekking heeft. In het omgekeerde geval geldt deze uitzondering niet. Geldt een regeling over een Koninkrijksonderwerp alleen in een van de Caribische landen, dan kan deze niet door de organen van die landen worden vastgesteld.

Is een Koninkrijksaangelegenheid wel bij rijkswet of algemene maatregel van rijksbestuur geregeld, dan is het mogelijk in die regeling de vaststelling van nadere regelgeving te delegeren aan landsorganen. Het onderwerp van deze gedelegeerde regelgeving blijft echter Koninkrijksaangelegenheid. Delegatie is zowel aan Nederlandse als aan Caribische organen mogelijk.

Een onderlinge regeling tussen twee of meer landen van het Koninkrijk over een eigen aangelegenheid van de

⁵⁷ Koninkrijksaangelegenheden kunnen ook uit andere Statuutsbepalingen voortvloeien (bijvoorbeeld het Koningschap). Daarnaast bepaalt art 43 lid 2 Statuut dat het waarborgen van bepaalde fundamentele constitutionele normen een Koninkrijksaangelegenheid vormt. Deze bepaling vormt geen grondslag voor wetgeving, maar kan met toepassing van de artikelen 50/51 van het Statuut worden gesanctioneerd.

landen kan desgewenst worden vastgesteld in de vorm van een rijkswet of algemene maatregel van rijksbestuur. Het onderwerp blijft in dat geval een landsaangelegenheid (artikel 38, tweede lid, van het Statuut). Maar meestal wordt gekozen voor een vormvrije onderlinge regeling (artikel 38, eerste lid, van het Statuut). Verder wordt nog gesignaleerd dat er verscheidene van voor 1954 daterende Nederlandse wetten en algemene maatregelen van bestuur van kracht zijn die op grond van artikel 57 van het Statuut de status van rijkswet of algemene maatregel van rijksbestuur hebben gekregen. Ook dit kan soms een verwarrend effect hebben.⁵⁸

Ten tijde van de transitie Nederlandse Antillen (10-10-10) is afgesproken dat Nederlands Antilliaanse wet- en regelgeving, zij het technisch omgezet in wetten, in Caribisch Nederland van toepassing blijft. Voorts is afgesproken dat Europees Nederlandse wetgeving pas in Caribisch Nederland van toepassing is indien dit in die wetgeving is bepaald. Voorheen diende daarbij rekening te worden gehouden met de legislatieve terughoudendheid,⁵⁹ maar in lijn met een advies van de Afdeling advisering van de Raad van State wordt sinds 2020 ingezet op het beginsel van «comply or explain». Bij nieuwe wet- en regelgeving en aanpassing van bestaande wet- en regelgeving moet volgens dit beginsel steeds worden gemotiveerd of en hoe deze wetgeving van toepassing kan worden verklaard in Caribisch Nederland én of differentiatie nodig en wenselijk is. Door het uitgangspunt te veranderen wordt bewerkstelligd dat bij alle nieuwe wet- en regelgeving of aanpassing van bestaande wet- en regelgeving een deugdelijke motivering wordt gegeven en dus wordt nagedacht over de vraag wat dit betekent voor Caribisch Nederland.⁶⁰

Zie ook enkele bijzondere aanwijzingen in de Aanwijzingen 5.4 en 5.5 met betrekking tot regelgeving die (mede) van toepassing is in Caribisch Nederland: [Aanwijzing 5.4 Toepasselijkheid in Bonaire, Sint Eustatius en Saba](#) en [Aanwijzing 5.5 Hoofdstuk Caribisch Nederland in gemengde regeling](#).

En zie ook het Draaiboek voor de regelgeving: [Nr. 20a \(Consultatie van openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba\)](#).

Tot slot: voor wat betreft de toepasselijkheid van internationale mensenrechtenverdragen op Caribisch Nederland geldt in algemene zin het volgende. De internationale mensenrechtenverdragen van de VN en de Raad van Europa gelden niet altijd voor Caribisch Nederland. Bij veel verdragen heeft Nederland het voorbehoud gemaakt dat deze alleen voor het Europese deel van het Koninkrijk van toepassing zijn. Het IVBPR, het IVESCR en het EVRM⁶¹ zijn voor het grootste gedeelte wel van toepassing verklaard op Caribisch Nederland. Het Unierecht is in beperkte mate van toepassing op de Caribische eilanden.⁶²

Raadpleeg voor nadere informatie de [Verdragenbank](#).

⁵⁸ Het onoverzichtelijke beeld wordt nog eens versterkt door de omstandigheid dat de meeste Koninkrijksorganen samenvallen met Nederlandse organen en dat het enige orgaan waarbij dat niet het geval is, de Gouverneur, samenvalt met een Caribisch orgaan.

⁵⁹ Tot voor 2020 diende rekening te worden gehouden met de legislatieve terughoudendheid. Zie de brief d.d. 21 december 2011 van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Kamerstukken I* 2011/12, 33000 VII. Ook na 2015 werden deze criteria in de praktijk nog steeds gehanteerd, zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2018/19, 35000 IV, nr. 39, p. 13).

⁶⁰ Zie *Kamerstukken II* 2019/20, 35300 IV, nr. 53.

⁶¹ Het Koninkrijk is partij bij het EVRM. Het EHRM spreekt het Koninkrijk als geheel aan op mensenrechtenschendingen die het Koninkrijk aangaan (en dus niet de landen afzonderlijk, omdat een bepaald onderwerp of bepaalde zaak een landsaangelegenheid is).

⁶² De status landen en gebieden overzee (LGO) geldt waardoor in beginsel alleen deel IV van het VWEU van toepassing is. Omdat inwoners de Nederlandse nationaliteit kunnen hebben zijn zij ook Unieburgers en moet met algemene beginselen zoals het beginsel van non-discriminatie rekening worden gehouden.

BIJLAGE I: overzicht vindplaatsen bronnen van constitutioneel recht

Grondwet

- [De Nederlandse Grondwet](#): commentaar en achtergronden bij de Grondwet.
- [nederlandrechtsstaat.nl](#): zeer uitgebreid wetenschappelijk commentaar op de Grondwet (artikelsgewijs).
- [Nota grondrechten in een pluriforme samenleving](#): kabinetsnota over onder meer de werking, reikwijdte en beperking van grondrechten, in het bijzonder het discriminatieverbod, de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van godsdienst.

Raad van Europa⁶³

- [Verdragendatabank van de Raad van Europa](#): onder meer het EVRM (zie ook: [EVRM Nederlandse vertaling](#)) en de daarbij behorende protocollen, het Europees Sociaal Handvest, het Antifolterverdrag (CPT) en het Kaderverdrag nationale minderheden.
- [Jurisprudentiedatabank Europees Hof voor de Rechten van de Mens \(Hudoc\)](#): bron van uitleg van het EVRM.
- [EHRM factsheets](#): het EHRM heeft op basis van zijn uitspraken factsheets gemaakt over diverse thema's/vrijheidsrechten, bijvoorbeeld de vrijheid van meningsuiting, het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en het verbod van discriminatie.
- EHRM case law Guides: bevat de belangrijkste uitspraken op diverse thema's dat door het EHRM met regelmaat wordt bijgewerkt ([Case law](#)).
- EHRM human rights handbooks: praktische handboeken over de implementatie van het EVRM op diverse thema's ([human-rights-handbook](#)).
- [Venice Commission](#)⁶⁴: website van de Venetië-commissie van de Raad van Europa (adviesorgaan van de Raad van Europa), gericht op het uitdragen van de geest van het constitutioneel recht van de Europese Unie.

Verenigde Naties

Zie onder meer (de verdragen zijn geen uitputtende opsomming):

- [Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten \(IVBPR\)](#)
- [Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten \(IVESCR\)](#)
- [Vrouwenrechtenverdrag](#)
- [Verdrag inzake de rechten van het kind](#)
- [Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap](#)⁶⁵
- [Volledige lijst verdragen](#)
- [Verenigde Naties: Human Rights Bodies](#): bron van uitleg van jurisprudentie van de toezichhoudende comités / general comments. Je kunt klikken naar de verschillende 'comités' en vervolgens zie dan in de linkerbalk onder meer een kopje 'jurisprudence database' en 'general comments'.

⁶³ De Raad van Europa is een internationale organisatie die zich richt op het verspreiden en bevorderen van democratie en mensenrechten. 47 staten, waaronder Nederland, zijn aangesloten bij de Raad van Europa.

⁶⁴ Zie over de rol van de Venetië-commissie van de Raad van Europa ook: Vermeulen en Jasiak, "de constitutionele advisering door de Venice Commission", *RegelMaat* 2018-4, p. 205-229.

⁶⁵ Het College voor de Rechten van de Mens, de onafhankelijke toezichhouder op de implementatie van het VN-verdrag handicap in Nederland, heeft een handreiking ontwikkeld voor de beoordeling van ontwerpwetgeving in het licht van het VN-verdrag. De handreiking kan helpen in kaart te brengen of (voorgenomen) wetgeving in lijn is met het VN-verdrag. Het VN-verdrag is in beeld bij (voorgenomen) wetgeving die uitvoering geeft aan het VN-verdrag, die (mede) betrekking heeft op mensen met een beperking of die in het bijzonder effect heeft op mensen met een beperking. De handreiking is te vinden op www.mensenrechten.nl.

Europese Unie

Zie onder meer (de verdragen zijn geen uitputtende opsomming):







- [Eur-lex](#): het toegangsporaal tot al het recht van de Europese Unie, zoals het Publicatieblad, de verdragen, verordeningen, richtlijnen, rechterlijke uitspraken en Commissiedocumenten. Zie onder meer:
- [Handvest van de grondrechten van de Europese Unie](#)⁶⁶
- [FRA \(European Union Agency for fundamental rights\)](#): in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie is voor het EU-recht een waaier aan grondrechten voor burgers en ingezetenen van de EU neergelegd. Dit is een online tool waarmee gemakkelijk toegankelijke informatie wordt geboden over dat veelomvattende kader van grondrechten. Het bevat de volledige tekst met juridische uitleg van de artikelen van het Handvest, verwante EU- en nationale jurisprudentie, alsmede verwante publicaties van FRA, gerangschikt per artikel.
- Themafiches Curia: op de website van het Hof van Justitie zijn nuttige overzichten van rechtspraak opgenomen over het [toepassingsgebied van het Handvest](#) en de [bescherming van persoonsgegevens](#).
- [Verdrag betreffende de Europese Unie](#) (VEU).
- [Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie \(EU-Werkingsverdrag\)](#) en zie ook: [Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie \(EU-Werkingsverdrag\)](#).
- [Expertisecentrum Europees Recht](#): het Expertisecentrum Europees Recht (ECER) is een initiatief van het Ministerie van Buitenlandse Zaken. Het ECER staat ten dienste van de departementen en heeft tot doel expertise op het gebied van het Europees recht binnen de centrale overheid te bevorderen, mede ter bevordering van een consistente behandeling van Europeesrechtelijke vraagstukken. Zie voor informatie over het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: [Expertise Centrum Europees Recht: Handvest](#).

(Overig) internationaal recht

- [Verdragenbank](#): de Verdragenbank bevat de gegevens van de verdragen waarbij het Koninkrijk der Nederlanden partij is. Verdragsgegevens zijn onder andere de datum en de plaats van de totstandkoming, de datum van inwerkingtreding, de vindplaats van de verdragstekst, de partijen (landen, gebiedsdelen en internationale organisaties) en de datum van bekrachtiging, de gelding voor Europees Nederland, Aruba, Curaçao, Sint Maarten en/of het Caribische deel van Nederland (Bonaire, Sint Eustatius, Saba), eventuele voorbehouden, verklaringen en bezwaren en de verbanden tussen verdragen.
- [Centrum voor Internationaal Recht](#): het Centrum voor Internationaal Recht (CIR) is het expertisecentrum van het Koninkrijk der Nederlanden voor bewustwording, uitleg, toepassing en naleving van het internationaal recht. Het CIR is in 2017 opgericht door het ministerie van Buitenlandse Zaken.

⁶⁶ In artikel 6 van het EU-Werkingsverdrag (ook wel: VEU) is opgenomen dat de Unie de rechten, vrijheden en beginselen die zijn vastgesteld in het Handvest van de grondrechten van de EU erkent en wordt aangegeven dat het Handvest dezelfde juridische waarde heeft als verdragen. Ook wordt aangegeven dat de grondrechten, zoals zij worden gewaarborgd door het EVRM, en zoals zij voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, als algemene beginselen deel uitmaken van het recht van de Unie.

BIJLAGE II: overzicht artikelen Handvest van de EU tegenover artikelen EVRM

 Artikel 1-5 Waardigheid	<ul style="list-style-type: none"> 1 Menselijke waardigheid 2 Leven 3 Menselijke integriteit 4 Foltering; onmenselijke, vernederende behandeling 5 Slavernij en dwangarbeid 	
 Artikel 6-19 Vrijheden	<ul style="list-style-type: none"> 6 Vrijheid en veiligheid 7 Privé- en het familie- en gezinsleven 8 Persoonsgegevens 9 Huwen en gezin stichten 10 Gedachte, geweten en godsdienst 11 Meningsuiting en informatie 12 Vergadering en vereniging 13 Kunst en wetenschappen 14 Onderwijs 15 Vrijheid van beroep en recht om te werken 16 Ondernemerschap 17 Eigendom 18 Asiel 19 Verwijdering, uitzetting of uitlevering 	
 Artikel 20-26 Gelijkheid	<ul style="list-style-type: none"> 20 Gelijkheid voor de wet 21 Non-discriminatie 22 Culturele, godsdienstige en taalkundige verscheidenheid 23 Gelijkheid van mannen en vrouwen 24 Het kind 25 Ouderen 26 Integratie van personen met een handicap 	
 Artikel 27-38 Solidariteit	<ul style="list-style-type: none"> 27 Recht op informatie en raadpleging van de werknemers 28 Collectieve onderhandelingen en collectieve actie 29 Toegang tot arbeidsbemiddeling 30 Kennelijk onredelijk ontslag 31 Rechtvaardige en billijke arbeidsomstandigheden en -voorwaarden 32 Verbod op kinderarbeid; bescherming op het werk 33 Gezins- en beroepsleven 34 Sociale zekerheid en sociale bijstand 35 Gezondheidszorg 36 Toegang tot diensten van algemeen economisch belang 37 Milieubescherming 38 Consumentenbescherming 	
 Artikel 39-46 Burgerschap	<ul style="list-style-type: none"> 39 Actief en passief kiesrecht bij de verkiezingen voor het Europees Parlement 40 Actief en passief kiesrecht bij gemeenteraadsverkiezingen 41 Behoorlijk bestuur 42 Toegang tot documenten 43 Europese Ombudsman 44 Petitie (EP) 45 Verkeer en verblijf 46 Diplomatieke en consulaire bescherming 	
 Artikel 47-50 Rechtspleging	<ul style="list-style-type: none"> 47 Doeltreffende voorziening in rechte en onpartijdig gerecht 48 Vermoeden van onschuld; rechten van de verdediging 49 Legaliteitsbeginsel en evenredigheidsbeginsel inzake delicten en straffen 50 <i>Ne bis in idem</i> 	

- Geen EVRM-equivalent
- Uitgebreider dan het EVRM
- Gelijkwaardige bescherming als het EVRM
- Specifiek voor de EU-context

BIJLAGE III: voorbeeld discriminatietoets

Een voorbeeld van de beoordeling van de objectieve rechtvaardiging van onderscheid is te vinden in de memorie van toelichting bij de Tijdelijke wet verkiezingen covid-19 (*Kamerstukken II 2020/21, 35654, nr. 3*). Deze wet bevat maatregelen die eraan moeten bijdragen dat zoveel mogelijk kiezers gaan stemmen en dat zij dat zo veilig mogelijk kunnen doen.

Een van de maatregelen is dat alle kiesgerechtigden van 70 jaar en ouder de mogelijkheid hebben om hun stem via de post uit te brengen. In de memorie van toelichting wordt toegelicht dat kiezers van 70 jaar en ouder volgens het RIVM generiek kwetsbaar zijn voor het coronavirus. Daarom wil de regering deze kiezers de (aanvullende) mogelijkheid geven om per brief te stemmen.

Ter rechtvaardiging van dit leeftijdsonderscheid voert de regering aan dat het legitieme doel van het invoeren van een extra optie om per brief te stemmen is gelegen in het beschermen van een groep personen voor wie besmetting met het covid-19-virus ernstige gevolgen kan hebben. Met de maatregel wordt voorkomen dat kiesgerechtigden van 70 jaar en ouder om te stemmen de deur uit moeten en daarbij mogelijk besmet raken. De maatregel is daarom geschikt om het doel te bereiken. Alternatieven zoals het stemmen bij volmacht kan voor kiezers van 70 jaar en ouder problematisch zijn, omdat deze kiezers vaak in mindere mate dan andere kiezers op familie en vrienden kunnen terugvallen voor het geven van een volmacht. Het geven van een volmacht kan daarmee een minder goed alternatief zijn voor alle kiezers van 70 jaar en ouder. Besmetting met het virus heeft niet voor alle kiezers van 70 of ouder ernstige gevolgen. En besmetting voor personen die jonger zijn dan 70 jaar kan ook ernstige gevolgen hebben. De regering heeft overwogen om ook briefstemmen mogelijk te maken voor kwetsbare kiezers onder de 70 jaar, maar deze maatregel is enkel geschikt te maken voor alle kiesgerechtigden, en daarmee niet uitvoerbaar. De kiesgerechtigden van 70 jaar en ouder zijn immers als enige af te bakenen groep kwetsbaar voor het coronavirus.

De memorie van toelichting wordt aangehaald in de kort geding uitspraak die de Vereniging Partij voor de Dieren aanspande om briefstemmen mogelijk te maken voor alle stemgerechtigden. Volgens deze vereniging is sprake van een niet gerechtvaardigd onderscheid tussen de groep 70-plussers en alle andere stemgerechtigden. De voorzieningenrechter is echter van oordeel dat de keuze om de mogelijkheid van het briefstemmen enkel open te stellen voor kiesgerechtigden van 70 jaar wel gerechtvaardigd is (ECLI:NL:RBDHA:2021:1305).

Deze handreiking is een uitgave van:

Ministerie van Binnenlandse Zaken en
Koninkrijksrelaties

Postbus 20011 | 2500 Ea Den Haag
t 0800 646 39 51 (ma t/m vrij 9.00 – 21.00 uur)

Januari 2022 | Publicatienr. 21406761