

Vergaderjaar 2022–2023

34 430

Staatscommissie Parlementair Stelsel

AF

VERSLAG VAN EEN SCHRIFTELIJK OVERLEG

Vastgesteld 20 december 2022

De leden van de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken en de Hoge Colleges van Staat / Algemene Zaken en Huis van de Koning¹ hebben kennisgenomen van de brief van 1 juli 2022 met een overzicht op hoofdlijnen van aspecten bij verschillende varianten van constitutionele toetsing.² De leden van de fracties van de **VVD**, **GroenLinks**, **D66**, **PvdA** en **SP** hebben naar aanleiding daarvan een aantal vragen.

Naar aanleiding hiervan is op 11 oktober 2022 een brief gestuurd aan de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de Minister voor Rechtsbescherming hebben op 16 december 2022 gereageerd.

De commissie brengt bijgaand verslag uit van het gevoerde schriftelijk overleg.

De griffier van de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken en de Hoge Colleges van Staat / Algemene Zaken en Huis van de Koning,
Bergman

¹ Samenstelling:

Kox (SP), Ganzevoort (GL), De Boer (GL), Van Hattem (PVV), Pijlman (D66), Rombouts (CDA), Schalk (SGP), Kooie (PvdA), Klip-Martin (VVD), Baay-Timmerman (50PLUS), Bezaan (VVD), Van den Berg (VVD), Crone (PvdA), Dittrich (D66) (*voorzitter*), Doornhof (CDA), Frentrop (Fractie-Frentrop), Meijer (VVD), Nicolai (PvdD) (*ondervoorzitter*), Rietkerk (CDA), Rosenmöller (GL), De Vries (Fractie-Otten), Keunen (VVD), Van der Linden (Fractie-Nanninga), Van Pareren (Fractie-Nanninga), Raven (OSF), Talsma (CU) en Dessing (FVD).

² *Kamerstukken I 2021/22, 34 430, AE.*

BRIEF VAN DE VOORZITTER VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR BINNENLANDSE ZAKEN EN DE HOGE COLLEGES VAN STAAT / ALGEMENE ZAKEN EN HUIS DER KONING

Aan de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

Den Haag, 11 oktober 2022

De leden van de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken en de Hoge Colleges van Staat / Algemene Zaken en Huis van de Koning hebben kennisgenomen van uw brief van 1 juli 2022 met een overzicht op hoofdlijnen van aspecten bij verschillende varianten van constitutionele toetsing.³ De leden van de fracties van de **VVD**, **GroenLinks**, **D66**, **PvdA** en **SP** hebben naar aanleiding daarvan enkele vragen

Vragen en opmerkingen van de fractie van de VVD

De leden van de VVD-fractie hebben met belangstelling kennisgenomen van uw brief met een overzicht op hoofdlijnen van aspecten bij verschillende varianten van constitutionele toetsing. De VVD-fractieleden beschouwen de brief als een eerste voorlopige uitwerking van het kabinetsvoornemen uit het regeerakkoord inzake constitutionele toetsing en beschouwen dit schriftelijk overleg dan ook als een eerste informatieve vragenronde. Graag stellen de leden de volgende vragen.

De brief stelt dat invoering van rechterlijke toetsing van wetten aan grondwetsbepalingen beoogt bij te dragen aan «verbetering van de rechtsbescherming van burgers en daarmee een versterking van de rechtspositie van burgers ten opzichte van de overheid». Hiermee wordt een remedie aangedragen zonder dat er expliciet aandacht wordt besteed aan de kwaal. De leden van de VVD-fractie zijn benieuwd naar de visie van het kabinet op de diagnose. Bent u van oordeel dat de rechtspositie van de burger ten opzichte van de overheid onder het huidige artikel 120 Grondwet ontoereikend is? En zo ja, waaruit maakt u dat op? Met andere woorden, ziet u aanleiding om het huidige artikel 120 Grondwet aan te passen uit principiële overwegingen, dan wel op grond van een empirische probleemanalyse, of beide? De leden zien een onderbouwd antwoord graag tegemoet.

De brief stelt dat door rechterlijke constitutionele toetsing mogelijk te maken, het kabinet beoogt bij te dragen aan de versteviging van de rechtsstatelijke waarborgen. Op dat punt hebben de VVD-fractieleden zorgen. Deelt u de zorg van de leden dat wanneer rechters kunnen toetsen aan de Grondwet, zij meer dan nu het geval is, gezien kunnen worden als politieke spelers, waardoor hun gezagspositie en daarmee de kwaliteit van ons gehele stelsel kwetsbaar gemaakt wordt?

Tevens stelt de brief dat de invoering van constitutionele toetsing het primaat van de wetgever niet zal doorkruisen. Toch zien we al op dit moment, in een situatie zónder constitutionele toetsing, dat maatschappelijke discussies beslecht worden bij de rechter en door de rechter. Deelt u de zorg van de VVD-fractieleden dat de invoering van constitutionele toetsing de beweging waarin de rechter in toenemende mate oordeelt over vraagstukken die feitelijk in het parlement thuishoren, kan versterken? En welke waarborgen acht u binnen voorkeursvariant denkbaar om dit tegen te gaan?

³ *Kamerstukken I 2021/22, 34 430, AE.*

In de brief wordt helder beargumenteerd waarom het kabinet kiest voor een gespreide toetsing en niet voor een constitutioneel hof. Er wordt melding gemaakt van het recente rechtsvergelijkende onderzoek uitgevoerd aan de Universiteit Maastricht waaruit is gebleken dat in geen van de onderzochte landen met gespreide toetsing een gebrek aan rechtseenheid wordt ervaren. Toch dient voor de Nederlandse context, met de vier hoogste rechterlijke instanties (Hoge Raad, Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, Centrale Raad van Beroep en College van Beroep voor het Bedrijfsleven) de situatie waarin deze verschillende hoogste rechterlijke instanties een verschillende uitleg aan de bepalingen over klassieke vrijheidsrechten geven, goed doordacht te worden. Hoe zal in de voorkeursvariant van het kabinet de situatie ondervangen worden dat de jurisprudentie van deze verschillende hoogste rechters uiteen gaat lopen?

In de brief wordt aangegeven dat het kabinet kiest voor toetsing aan de klassieke vrijheidsrechten en niet aan de sociale grondrechten. De VVD-fractieleden achten, net als het kabinet, de mogelijkheid om aan sociale grondrechten te toetsen onwenselijk, omdat deze veel meer raken aan politieke keuzes. Toch blijven er met de keuze voor de klassieke vrijheidsrechten belangrijke vragen over. Zo wees de Afdeling bestuursrechtsspraak van de Raad van State al op de elementen van de Grondwet die zowel klassieke als sociale grondrechten bevatten, zoals artikel 23. Hoe past deze categorie elementen uit de Grondwet in de keuze van het kabinet voor toetsing aan de klassieke vrijheidsrechten?

Een andere vraag betreft de wijze waarop in de voorkeursvariant van het kabinet omgegaan zal worden met artikel 1 van de Grondwet, het non-discriminatiebeginsel. Hieraan besteedt de brief geen expliciete aandacht. Aangenomen mag worden dat het non-discriminatiebeginsel, als gelijkheidsrecht, in de plannen van het kabinet geschaard wordt onder de vrijheidsrechten en dat daarmee artikel 1 Grondwet onderdeel is van het toetsingskader dat het kabinet voor zich ziet. Dit artikel is bij grondwettelijke toetsing van groot belang omdat in ieder geval bij het Belgische Grondwettelijk Hof het non-discriminatiebeginsel de meest gebruikte toetssteen is. In de Nederlandse situatie kan dit er bijvoorbeeld toe leiden dat inwoners van de BES-eilanden de mogelijkheid tot grondwettelijke toetsing door de rechter zullen gebruiken om op grond van artikel 1 Grondwet dezelfde wet- en regelgeving op de BES-eilanden af te dwingen als in het Europese deel van het Koninkrijk geldt. Indien dit gebeurt, is feitelijk sprake van eenzelfde inspanningsverplichting van de overheid als bij sociale grondrechten. Dat lijkt dus op gespannen voet te staan met de redenering in de brief dat alleen aan grondwetsartikelen getoetst zou moeten worden waarbij weinig of geen sprake is van een inspanningsverplichting van de overheid of van middelentoedeling. Immers, die grondwetsartikelen laten zich niet goed door de rechter beoordelen, omdat het politieke keuzes betreft. In de ogen van de VVD-fractieleden is die redenering terecht, en daarom willen zij graag weten hoe het kabinet de rol van artikel 1 Grondwet in haar voorkeursvariant heeft doordacht en afgewogen.

Vragen en opmerkingen van de fractie van GroenLinks

De leden van de GroenLinks-fractie hebben met belangstelling kennisgenomen van de brief. Zij staan positief tegenover het standpunt van het kabinet. Zij hebben over de brief de volgende vragen.

Ons rechtstelsel kent ruime ervaring met toetsing van wetten in formele zin aan hoger recht, en dan met name aan het EVRM of EU-regelgeving.

Voor de rechtsbescherming van burgers is vooral het EVRM belangrijk. De leden merken op dat er vaak een verschil zit tussen de Grondwet en het EVRM in de wijze waarop afgeweken kan worden van grondrechten. Voor afwijking van grondwettelijke vrijheden is, als dat mogelijk is, steeds een formele wet nodig, maar heeft de Grondwet vaak geen verdere inhoudelijke normen. Voor het EVRM is een wettelijk voorschrift voldoende voor afwijking, maar is ook duidelijk genormeerd wanneer grondrechten ingeperkt mogen worden. De Grondwet eist dat niet. In hoeverre zal toetsing aan grondwettelijke rechten door rechters zorgen voor extra rechtsbescherming voor burgers? Biedt de Grondwet voldoende duidelijke normen voor rechters om daar wetten aan te toetsen? Is het invoeren van grondwettelijke toetsing door de rechter allicht een moment om duidelijker te normeren wanneer afgeweken mag worden van grondrechten in de Grondwet?

Zoals ook opgemerkt in de brief zijn er grondwettelijke rechten die ook geborgd worden door verschillende verdragen. Hoe dienen de verschillen in uitleg van de Grondwet en verdragen opgelost te worden? Hoe zou bijvoorbeeld omgegaan worden met een situatie waarin uit de uitleg van de Grondwet een verder-reikende bescherming van een recht blijkt dan uit EVRM-jurisprudentie rondom hetzelfde recht? Of juist een meer beperkte bescherming?

Het kabinet stelt de constitutionele toetsing te willen beperken tot de klassieke vrijheidsrechten. De leden van de GroenLinks-fractie merken op dat Nederland al wel lid is bij het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten, waarmee dit type rechten al toetsbaar is in Nederlandse rechtbanken. Waarop baseert u in dat kader de uitsluiting van sociale rechten bij constitutionele toetsing? Kunt u uiteenzetten waarom gekozen is voor het beperken van de constitutionele toetsing tot klassieke grondrechten? Welke voor- en nadelen hiervan ziet u, en hoe weegt u deze tegen elkaar af? Kunt u hierbij specifiek ingaan op het risico dat sociale grondrechten hierdoor als minder belangrijk of minder bindend gezien worden?

Verder merken de leden op dat onder mensenrechten-academici de opvatting aanwezig is dat het onderscheid tussen «burgerrechten en politieke rechten» (de klassieke vrijheidsrechten) en «sociale, culturele en economische rechten» enkel historisch en theoretisch van aard is. Deze twee categorieën verschillen niet per se in wat er van de overheid verwacht wordt: een vrijheidsrecht vereist vaak ook overheidsinspanning, en een cultureel of economisch recht vereist vaak staatsonthouding. Neem het voorbeeld van het algemeen kiesrecht: dit vereist een goed werkend verkiezingssysteem, waarvoor investeringen van overheidswege nodig zijn. Hetzelfde geldt voor het recht op toegang tot een rechter, waarvoor een goed functionerend rechtssysteem nodig is. Dit betreft ook een afweging van o.a. financiële, economische en maatschappelijke belangen. In dit kader wijzen de leden er ook op dat alle mensenrechten «ondeelbaar, onderling afhankelijk en onderling verbonden» zijn.⁴ Kunt u hier nader op reflecteren? Bent u bereid op basis hiervan constitutionele toetsing van sociale grondrechten toch mogelijk te maken? Zo nee, waarom geeft deze uitleg hier geen aanleiding toe?

In de hoofdlijnenbrief staat dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Raad voor de rechtspraak achten dat toetsing aan sociale grondwetten eventueel mogelijk is – waarbij de Afdeling bestuursrechtspraak stelt dit een nadere beschouwing verdient. Beoogt u nog nader te reflecteren over toetsing aan sociale grondrechten, of is dit idee met deze hoofdlijnenbrief volledig opzij gezet? Zo ja, hoe beoogt u dit

⁴ Verklaring en actieprogramma van Wenen, 1993

vorm te geven? Zo nee, waarom niet, en hoe verhoudt dit zich tot de stelling van de en de Raad dat een dergelijke toetsing wel mogelijk is?

Artikel 120 van de Grondwet heeft voor de Hoge Raad ook aanleiding gegeven om te oordelen dat wetten niet getoetst kunnen worden aan het Statuut van het Koninkrijk.⁵ Hoe kijkt u naar toetsing van wetten aan het Statuut? Zou volgens u de rechter zich daar van moeten blijven onthouden of ziet u daar wel ruimte voor?

De leden merken op dat, wil constitutionele toetsing de rechtsbescherming van burgers effectief bevorderen, toegang tot de rechter essentieel is. Gaat u de toegang tot de rechter meenemen in de nadere uitwerking van constitutionele toetsing? Zo ja, op welke manier?

Vragen en opmerkingen van de fractie van D66

Met belangstelling hebben de leden van de D66-fractie kennisgenomen van de beschouwingen over constitutionele toetsing in de brief van 1 juli 2022.

Op pagina 8 spreekt u zich uit voor toetsing aan de klassieke vrijheidsrechten. Op grond van welke argumentatie wijst u toetsing aan sociale grondrechten af? Sommige grondrechten, zoals het recht op onderwijs in artikel 23 van de Grondwet, bevatten elementen van klassieke als sociale grondrechten. Valt toetsing aan artikel 23 Grondwet in de visie van het kabinet buiten de boot?

Op pagina 9 spreekt u zich uit voor gespreide toetsing in plaats van geconcentreerde toetsing zoals de staatscommissie parlementair stelsel (commissie Remkes) adviseerde. De leden van de fractie van D66 missen een internationale vergelijking met landen die een geconcentreerde toetsing hebben. Spelen de bezwaren die u aanvoert tegen geconcentreerde toetsing daar niet? Kunnen we iets leren van de wijze waarop in andere landen constitutionele toetsing is vormgegeven? Is er een land dat aansluit bij alle voorkeursvarianten die u in deze brief presenteert? Doen zich daar geen samenloopproblemen voor?

Op pagina 9 stipt u het bezwaar van gespreide toetsing door rechters aan: de totale rechtsgang wordt langer, de burger blijft langer in het ongewisse of zijn beroep op een Grondwetsbepaling zal worden gehonoreerd. Bovendien ontstaat er een diffuus beeld indien de rechtbank een wettelijke bepaling in strijd met een Grondwetsbepaling acht, maar het Gerechtshof daar anders over beslist en wellicht de Hoge Raad daarna ook. Desalniettemin spreekt u geen voorkeur uit voor de instelling van een constitutioneel hof, zo constateren de leden van de D66-fractie. Kunt u helder en gedetailleerder uiteenzetten welke bezwaren er kleven aan het afwijzen van een constitutioneel hof?

De leden constateren dat u het bestaansrecht en de rol van de Eerste Kamer in de door haar aangegeven voorkeursvariant buiten beschouwing heeft gelaten. Vindt u dat de Eerste Kamer nog bestaansrecht heeft, gesteld dat de door het kabinet gekozen variant in de Grondwet zou worden verankerd. Of kan de Eerste Kamer in de visie van het kabinet gelijktijdig met het invoeren van rechterlijke toetsing worden afgeschaft?

Vragen en opmerkingen van de fractie van de PvdA

De leden van de PvdA-fractie hebben met belangstelling kennisgenomen van uw brief over constitutionele toetsing van formele wetten door rechters. U kiest daarbij voor gespreide toetsing aan de klassieke

⁵ HR 14 april 1989, Harmonisatiewet-arrest

vrijheidsrechten, leidend tot een bindend juridisch oordeel, waarbij de wet buiten toepassing wordt gelaten.

Kunt u uitvoerig beargumenteren wat het schrappen van artikel 120 Grondwet precies toevoegt aan de rechtsbescherming van burgers, nu rechters al geruime tijd kunnen toetsen aan grondrechtbepalingen in internationale verdragen, waaronder het EVRM en het Europees Handvest?

U stelt dat met het schrappen van art 120 Grondwet de rechtsbescherming van burgers wordt vergroot. Wat biedt toetsing aan de Grondwet meer aan rechtsbescherming dan toetsing aan grondrechtbepalingen in internationale verdragen?

Hoe groot acht u de kans dat juist door het mogelijk maken (door het schrappen van art 120 Grondwet) van een andere mogelijkheid van rechters om te toetsen aan grondrechten dan alleen aan de grondrechten in internationale verdragen er parallelle rechtsbeschermingsroutes ontstaan die elkaar mogelijk in de weg zitten?

De formuleringen van de klassieke vrijheidsrechten zijn niet geschreven met het oog op mogelijke rechterlijke toetsing. Noopt het schrappen van art 120 Grondwet niet tot het herschrijven van de artikelen met de klassieke vrijheidsrechten in de Grondwet? Wilt u in uw beantwoording van deze vraag ook uitvoerig stilstaan bij de problematiek van de beperkingssystematiek?

Waarom beperkt u zich tot de klassieke vrijheidsrechten en probeert u niet ook een vorm te vinden waarin aan de sociale grondrechten kan worden getoetst? Kunt u bij de beantwoording van deze vraag in gaan op het betoog van Jasper Krommendijk in een blog van 20 juli 2022 op de site van het NJB?⁶

Vragen en opmerkingen van de fractie van de SP

De fractieleden van de SP hebben met belangstelling en goeddeels instemming kennisgenomen van de brief inzake constitutionele toetsing. Vragen hebben de leden van de fractie van de SP echter wel over de onderbouwing van de voorkeur die het kabinet uitspreekt voor toetsing aan de klassieke vrijheidsrechten.

Deelt u de opvatting dat bij invoeging van de sociale grondrechten in de Grondwet toetsing door de rechter van lagere regelingen aan sociale grondrechten door het kabinet expliciet voor mogelijk werd gehouden? Indien dat zo is, welke principiële reden zou er dan nu zijn om, indien overgegaan zou worden tot invoering van constitutionele toetsing, sociale grondrechten uit te zonderen? Deelt u de opvatting dat er in de Grondwet geen rangorde in grondrechten aangebracht en ook niet is bedoeld door de Grondwetgever? Deelt u de opvatting dat een deel van de sociale grondrechten ook een «klassieke» component hebben? En als dat het geval is, zouden die grondrechten dan wel toetsbaar moeten zijn? Deelt u de opvatting dat het geen fundamenteel argument kan zijn dat het voor de rechter «moeilijk» zou zijn om een oordeel uit te spreken over de vraag of een sociaal grondrecht wordt geschonden door wetgeving? Kunt u dieper ingaan op zowel de opvatting van de Hoge Raad dat constitutionele toetsing beperkt dient te blijven tot klassieke vrijheidsrechten, als de genuanceerde opvattingen van de Raad van State en de Raad voor de Rechtspraak, dat toetsing aan sociale grondrechten in ieder geval mogelijk zou kunnen zijn, los van de vraag of zo'n toetsing wenselijk zou zijn? Kunt u de Kamer een overzicht bieden van opvattingen in de rechtswetenschap over de (on)mogelijkheid en (on)wenselijkheid van constitutionele toetsing van sociale grondrechten?

⁶ <https://njb.nl/blogs/meer-rechtsbescherming-maar-niet-teveel-de-jammerlijke-uitsluiting-van-constitutionele-toetsing-aan-sociale-grondrechten/>

Een gelijklopende brief is aan de Minister voor Rechtsbescherming verzonden.

De commissie voor Binnenlandse Zaken en de Hoge Colleges van Staat / Algemene Zaken en Huis van de Koning ziet met belangstelling uit naar uw reactie en ontvangt deze graag binnen vier weken na dagtekening van deze brief.

Voorzitter van de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken en de Hoge Colleges van Staat / Algemene Zaken en Huis der Koning
B.O. Dittrich

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

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 16 december 2022

Bij brieven van 11 oktober 2022 (kenmerken 167139.16U en 167139.17U) legde de voorzitter van de vaste commissie voor Binnenlandse Zaken en de Hoge Colleges van Staat / Algemene Zaken en Huis van de Koning, namens de leden van de fracties van de **VVD, GroenLinks, D66, PvdA en SP**, ons een aantal vragen voor over onze brief van 1 juli 2022 met een overzicht op hoofdlijnen van aspecten bij verschillende varianten van constitutionele toetsing (*Kamerstukken I 2021/22, 34 430, AE*).

Met belangstelling hebben wij kennisgenomen van de vragen. Wij zijn de leden van de verschillende fracties erkentelijk voor hun inbreng.

Hieronder beantwoorden wij mede namens de Minister van Justitie en Veiligheid de gestelde vragen. Dit doen wij door de vragen hieronder integraal cursief weer te geven met daaronder telkens onze beantwoording.

*De leden van de **VVD-fractie** merken op dat de brief stelt dat invoering van rechterlijke toetsing van wetten aan grondwetsbepalingen beoogt bij te dragen aan «verbetering van de rechtsbescherming van burgers en daarmee een versterking van de rechtspositie van burgers ten opzichte van de overheid». Hiermee wordt een remedie aangedragen zonder dat er expliciet aandacht wordt besteed aan de kwaal. De leden van de VVD-fractie zijn benieuwd naar de visie van het kabinet op de diagnose. Bent u van oordeel dat de rechtspositie van de burger ten opzichte van de overheid onder het huidige artikel 120 Grondwet ontoereikend is? En zo ja, waaruit maakt u dat op? Met andere woorden, ziet u aanleiding om het huidige artikel 120 Grondwet aan te passen uit principiële overwegingen, dan wel op grond van een empirische probleemanalyse, of beide? De leden zien een onderbouwd antwoord graag tegemoet.*

In de hoofdlijnenbrief is beschreven dat voorstellen van wet worden getoetst aan de Grondwet in de departementale voorbereiding, bij de advisering door de Afdeling advisering van de Raad van State en door de Tweede en Eerste Kamer. Wanneer vervolgens de wet is gepubliceerd in het Staatsblad is rechterlijke toetsing van de wet aan de Grondwet uitgesloten vanwege het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet. Dat betekent dat wanneer zich gevallen voordoen waarin beweerdelijk strijd bestaat tussen de wet en de Grondwet de rechter aan de burger geen rechtsbescherming kan verlenen, tenzij hij toetst aan overeenkomstige of soortgelijke verdragsbepalingen op grond van artikel 93 Grondwet. In die lacune in de rechtsbescherming wil het kabinet voorzien. Het kabinet meent dat daarmee de rechtspositie van de burger verbetert, omdat hij zich in een dergelijk geval in een gerechtelijke procedure kan beroepen op de Grondwet.

*De leden van de **VVD-fractie** merken voorts op dat de brief stelt dat door rechterlijke constitutionele toetsing mogelijk te maken, het kabinet beoogt bij te dragen aan de versteviging van de rechtsstatelijke waarborgen. Op dat punt hebben de VVD-fractieleden zorgen. Deelt u de zorg van de leden dat wanneer rechters kunnen toetsen aan de Grondwet, zij meer dan nu het geval is, gezien kunnen worden als politieke spelers, waardoor hun gezagspositie en daarmee de kwaliteit van ons gehele stelsel kwetsbaar gemaakt wordt?*

De rechter oordeelt onafhankelijk en onpartijdig in individuele zaken die aan hem voorgelegd worden. De rechter is daarbij gebonden aan het recht en bedrijft nadrukkelijk geen politiek. Iets anders is dat uitspraken van een rechter soms wel een grote maatschappelijke impact hebben, die verder strekt dan de individuele zaak die aan de rechter is voorgelegd. Het is bij deze zaken dat discussie kan ontstaan over de vraag of de rechter zich teveel begeeft op het terrein van de politiek. Het is onmiskenbaar dat er een wisselwerking bestaat tussen recht en politiek en tussen rechter en wetgever. Rechtspraak kan aanleiding geven tot aanpassing van wetgeving, bijvoorbeeld wanneer met wetgeving in een door de rechter gesignaleerde lacune wordt voorzien, naar aanleiding van rechtspraak een voorziening wordt getroffen om het recht nader vorm te geven of met wetgeving een andere uitleg dan die van de rechter wordt bewerkstelligd. Van een grote verschuiving in onze *trias politica* is, bij een keuze voor de vormgeving waaraan het kabinet de voorkeur geeft (gespreide rechterlijke toetsing aan met name genoemde grondwettelijke vrijheidsrechten), geen sprake. De inpasbaarheid van de invoering van constitutionele toetsing in ons bestaande staatsstelsel is bij die keuze nadrukkelijk meegewogen. *Ook merken de leden van de VVD-fractie op dat de brief tevens stelt dat de invoering van constitutionele toetsing het primaat van de wetgever niet zal doorkruisen. Toch zien we al op dit moment, in een situatie zonder constitutionele toetsing, dat maatschappelijke discussies beslecht worden bij de rechter en door de rechter. Deelt u de zorg van de VVD-fractieleden dat de invoering van constitutionele toetsing de beweging waarin de rechter in toenemende mate oordeelt over vraagstukken die feitelijk in het parlement thuishoren, kan versterken? En welke waarborgen acht u binnen voorkeursvariant denkbaar om dit tegen te gaan?*

In de vormgeving van constitutionele toetsing waar het kabinet zijn voorkeur voor uitspreekt zal de rechter bij geconstateerde onverenigbaarheid van de wet met de Grondwet kunnen besluiten tot het buiten toepassing laten van de wet in het concrete geval. Dat dit eveneens betekenis kan hebben voor soortgelijke gevallen is denkbaar, maar geen vaststaand gegeven. Een rechter oordeelt immers over een individuele zaak en weegt daarbij alle bijzondere omstandigheden van het geval. Hoe dan ook zal het vervolgens aan de wetgever zijn om te beslissen of het rechterlijk vonnis aanleiding geeft tot wetswijziging. In de voorkeur van het kabinet kan de rechter de wet niet vernietigen of onverbindend verklaren.

In de brief wordt volgens de leden van de VVD-fractie helder beargumenteerd waarom het kabinet kiest voor een gespreide toetsing en niet voor een constitutioneel hof. Er wordt melding gemaakt van het recente rechtsvergelijkende onderzoek uitgevoerd aan de Universiteit Maastricht waaruit is gebleken dat in geen van de onderzochte landen met gespreide toetsing een gebrek aan rechtseenheid wordt ervaren. Toch dient voor de Nederlandse context, met de vier hoogste rechterlijke instanties (Hoge Raad, Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State, Centrale Raad van Beroep en College van Beroep voor het Bedrijfsleven) de situatie waarin deze verschillende hoogste rechterlijke instanties een verschillende uitleg aan de bepalingen over klassieke vrijheidsrechten geven, goed doordacht te worden. Hoe zal in de voorkeursvariant van het kabinet de situatie ondervangen worden dat de jurisprudentie van deze verschillende hoogste rechters uiteen gaat lopen?

In de praktijk bestaan rechtseenheidsvoorzieningen binnen en tussen de hier bedoelde colleges. Dit wordt versterkt door de mogelijkheid van kruisbenoemingen, zoals leden van de Hoge Raad die tevens staatsraad in buitengewone dienst (i.b.d.) zijn in de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS). Ook omgekeerd is het sinds 1 juli 2021 mogelijk gemaakt dat staatsraden kunnen optreden als raadsheer i.b.d. in de Hoge Raad (wet van 14 oktober 2020, *Stb.* 2020, 416). Eenzelfde systeem van kruisbenoemingen bestaat ook tussen de ABRvS en de

Centrale Raad van Beroep (CRvB) en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb). Voorts kan worden gewezen op de in de Algemene wet bestuursrecht neergelegde mogelijkheid voor het instellen van een zogeheten grote kamer bij de ABRvS, de CRvB en het CBb, waarin ook leden van andere hoogste bestuursrechtelijke colleges zitting hebben, en de mogelijkheid dat een advocaat-generaal een conclusie kan nemen. Een ander belangrijk rechtseenheidsinstrument is het overleg van de hoogste bestuursrechters via hun Commissie rechtseenheid bestuursrecht, dat weliswaar de betrokken rechtscolleges niet bindt, maar niettemin uitdrukking is van de gezamenlijke verantwoordelijkheid voor een uniforme uitleg. Naar ons oordeel en ook naar het oordeel van de betrokken rechtscolleges werken deze voorzieningen goed en wordt de rechtseenheid hiermee optimaal bevorderd. Al deze voorzieningen zullen ook kunnen worden ingezet om de rechtseenheid van jurisprudentie van de hoogste bestuursrechters op het punt van constitutionele toetsing te bewerkstelligen.

*De leden van de **VVD-fractie** merken op dat in de brief wordt aangegeven dat het kabinet kiest voor toetsing aan de klassieke vrijheidsrechten en niet aan de sociale grondrechten. De VVD-fractieleden achten, net als het kabinet, de mogelijkheid om aan sociale grondrechten te toetsen onwenselijk, omdat deze veel meer raken aan politieke keuzes. Toch blijven er met de keuze voor de klassieke vrijheidsrechten belangrijke vragen over.*

Zo wees de Afdeling bestuursrechtsspraak van de Raad van State al op de elementen van de Grondwet die zowel klassieke als sociale grondrechten bevatten, zoals artikel 23. Hoe past deze categorie elementen uit de Grondwet in de keuze van het kabinet voor toetsing aan de klassieke vrijheidsrechten?

Wat het onderwijsartikel betreft verwijzen wij naar de opsomming die het kabinet ontleent aan het kader dat eerder werd voorgesteld in het initiatiefwetsvoorstel Halsema en (met de algemene bepaling als toevoeging) tevens werd geadviseerd door de staatscommissie parlementair stelsel. Daarin werd alleen toetsing voorgesteld aan die leden van artikel 23 Grondwet die een «klassiek» karakter hebben, doordat zij voorzien in garanties voor de onderwijsvrijheid en de kwaliteitswaarborgen voor het onderwijs. Wij delen deze opvatting.

*Een andere vraag van de leden van de **VVD-fractie** betreft de wijze waarop in de voorkeursvariant van het kabinet omgegaan zal worden met artikel 1 van de Grondwet, het non-discriminatiebeginsel. Hieraan besteedt de brief geen expliciete aandacht. Aangenomen mag worden dat het non-discriminatiebeginsel, als gelijkheidsrecht, in de plannen van het kabinet geschaard wordt onder de vrijheidsrechten en dat daarmee artikel 1 Grondwet onderdeel is van het toetsingskader dat het kabinet voor zich ziet. Dit artikel is bij grondwettelijke toetsing van groot belang omdat in ieder geval bij het Belgische Grondwettelijk Hof het non-discriminatiebeginsel de meest gebruikte toetssteen is. In de Nederlandse situatie kan dit er bijvoorbeeld toe leiden dat inwoners van de BES-eilanden de mogelijkheid tot grondwettelijke toetsing door de rechter zullen gebruiken om op grond van artikel 1 Grondwet dezelfde wet- en regelgeving op de BES-eilanden af te dwingen als in het Europese deel van het Koninkrijk geldt. Indien dit gebeurt, is feitelijk sprake van eenzelfde inspanningsverplichting van de overheid als bij sociale grondrechten. Dat lijkt dus op gespannen voet te staan met de redenering in de brief dat alleen aan grondwetsartikelen getoetst zou moeten worden waarbij weinig of geen sprake is van een inspanningsverplichting van de overheid of van middelentoedeling. Immers, die grondwetsartikelen laten zich niet goed door de rechter beoordelen, omdat het politieke keuzes betreft. In de ogen van de VVD-fractieleden is die redenering terecht, en daarom willen zij graag weten hoe het kabinet de rol van artikel 1 Grondwet in haar voorkeursvariant heeft doordacht en afgewogen.*

Voor artikel 1 Grondwet geldt dat dit geen gebod is tot gelijke behandeling van alle (denkbare) gevallen, ongeacht de omstandigheden, maar een gebod om gelijke gevallen gelijk te behandelen en tevens een verbod om ongelijke gevallen desondanks gelijk te behandelen. Dat betekent dat gerechtvaardigd onderscheid mogelijk is en dat gelijke behandeling niet is geboden wanneer sprake is van relevante verschillen in omstandigheden of eigenschappen. Of en wanneer daarvan sprake is bepaalt deels de wetgever in wettelijke voorschriften, zoals de Algemene wet gelijke behandeling (Awgb) en uiteindelijk de rechter, wanneer hij vaststelt of sprake is van onderscheid en of dit onderscheid gerechtvaardigd is. Overigens wordt ook nu al regelmatig lagere wetgeving door de rechter getoetst aan artikel 1. In een enkel geval heeft dit geleid tot het buiten toepassing laten van de betreffende regeling (zie bijv. HR 27 mei 2022, ECLI:NL:HR:2022:752). In talrijke andere gevallen constateerde de rechter dat geen strijd bestond met artikel 1. De toetsingspraktijk laat op dit punt niet zien dat de rechter hier treedt in politieke keuzes. Als voorbeeld daarvan verwijzen wij naar de uitspraak van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten en van Bonaire, Sint Eustatius en Saba van 15 december 2014 (ECLI:NL:OGHACMB:2014:93), waarin het Hof vaststelde dat de klacht over ongelijke behandeling bij de toekenning van ouderdomspensioen voor een inwoner van Caribisch Nederland ongegrond is.⁷

*De leden van de **GroenLinks-fractie** stellen dat ons rechtsstelsel ruime ervaring kent met toetsing van wetten in formele zin aan hoger recht, en dan met name aan het EVRM of EU-regelgeving. Voor de rechtsbescherming van burgers is vooral het EVRM belangrijk. De leden merken op dat er vaak een verschil zit tussen de Grondwet en het EVRM in de wijze waarop afgeweken kan worden van grondrechten. Voor afwijking van grondwettelijke vrijheden is, als dat mogelijk is, steeds een formele wet nodig, maar heeft de Grondwet vaak geen verdere inhoudelijke normen. Voor het EVRM is een wettelijk voorschrift voldoende voor afwijking, maar is ook duidelijk genormeerd wanneer grondrechten ingeperkt mogen worden. De Grondwet eist dat niet. In hoeverre zal toetsing aan grondwettelijke rechten door rechters zorgen voor extra rechtsbescherming voor burgers? Biedt de Grondwet voldoende duidelijke normen voor rechters om daar wetten aan te toetsen? Is het invoeren van grondwettelijke toetsing door de rechter allicht een moment om duidelijker te normeren wanneer afgeweken mag worden van grondrechten in de Grondwet?*

De meeste rechten uit het EVRM kennen bijzondere beperkingsgronden die zijn toegesneden op het betreffende recht. Daarbij is veelal vereist dat beperkingen worden gesteld bij algemeen geldende regels die kenbaar en voorzienbaar zijn. Daarnaast moet in de regel sprake zijn van een of meer legitieme doelen om welke reden een beperking mag plaatsvinden en dient een beperking «noodzakelijk te zijn in een democratische samenleving» om het doel te bereiken. Daarbij vereist het Europese Hof voor de

⁷ Het Hof overwoog onder meer: (2.) Appellant betoogt dat het Gerecht heeft miskend dat in artikel 1, tweede lid, van het Statuut de wetgever weliswaar de mogelijkheid wordt geboden om voor Bonaire, Sint Eustatius en Saba regels te stellen die van de voor het Europese deel van Nederland geldende regels afwijken, maar dat die bepaling geen grondslag biedt voor een tussen Bonaire, Sint Eustatius en Saba en het Europese deel van Nederland afwijkend voorzieningsniveau. (2.1.) Dit betoog faalt. Dat ingevolge artikel 1, tweede lid, van het Statuut met het oog op onder andere de economische en sociale omstandigheden voor onder meer Saba regels kunnen worden gesteld met het oog op factoren, waardoor dit eiland zich wezenlijk onderscheidt van het Europese deel van Nederland, brengt met zich dat de aldus gestelde regels kunnen afwijken van de voor het Europese deel van Nederland gestelde regels en daarmee inhoudelijke verschillen ontstaan waaronder verschillen in het voorzieningsniveau.

Rechten van de Mens (EHRM) dat beperkingen proportioneel zijn, zodat er een goede balans is tussen het nagestreefde doel en het middel. In die zin is sprake van een materiële beperkingssystematiek.

De grondwettelijke grondrechten kunnen in de regel uitsluitend («bij de wet») worden beperkt door de formele wetgever (regering en Staten-Generaal, zie artikel 81 Grondwet), tenzij de beperkingsbevoegdheid mag worden gedelegeerd aan lagere wetgevers («bij of krachtens de wet»). Daarbij is in enkele gevallen voorzien in doelcriteria, waarmee wordt gepreciseerd voor welk doel de wetgever een beperking kan stellen, en in procedurevoorschriften. Voorts blijkt uit de grondwetsgeschiedenis dat wettelijke beperkingen van grondrechten voldoende nauwkeurig omschreven moeten zijn en dat duidelijk moet zijn om welk grondrecht het gaat.

Daarmee zijn voldoende waarborgen geschapen dat een beperking alleen mag worden opgelegd door een daartoe bevoegd orgaan of bevoegde instantie en indien de omvang van de beperking voldoende duidelijk is. Voor algemeen verbindende voorschriften die geen wet in formele zin zijn, kan de rechter vaststellen of de regeling bevoegd is gegeven op een toereikende delegatiegrondslag.

*Zoals ook opgemerkt in de brief zijn er grondwettelijke rechten die ook geborgd worden door verschillende verdragen, aldus de leden van de **GroenLinks-fractie**. Hoe dienen de verschillen in uitleg van de Grondwet en verdragen opgelost te worden? Hoe zou bijvoorbeeld omgegaan worden met een situatie waarin uit de uitleg van de Grondwet een verder-reikende bescherming van een recht blijkt dan uit EVRM-jurisprudentie rondom hetzelfde recht? Of juist een meer beperkte bescherming?*

In de hoofdlijnenbrief (onder het kopje «Grondwettelijke vrijheidsrechten») is gewezen op de toegevoegde waarde van – onder meer – de artikelen 6–9 Grondwet, doordat zij specifiekere zijn geformuleerd dan overeenkomstige of soortgelijke verdragsrechten en daarmee op onderdelen een betere bescherming bieden dan de bepalingen uit het EVRM. Daarvoor bevat het EVRM de regel, dat voorrang wordt gegeven aan die bepaling die (de burger) de beste of betere vorm van bescherming biedt.

In hoeverre de toetsing van deze bepalingen door de rechter tot de vaststelling zal leiden dat nadere precisering of verduidelijking is gewenst, hetzij in de reikwijdte van het recht, hetzij in de beperkingsmogelijkheden daarvan, is op dit moment lastig te voorspellen. De toetsing van lagere regelgeving aan deze bepalingen, waartoe de rechter immers wel bevoegd is, geeft daarvoor geen aanleiding. Wanneer zou blijken dat in de rechtspraak hieromtrent interpretatieproblemen of andere tekortkomingen aan de dag treden, zal het zaak zijn voor de (Grond)wetgever om daarop te reageren. Dit uitgangspunt is ook verwoord door de staatscommissie parlementair stelsel.⁸

*Verder merken de leden van de **GroenLinks-fractie** op dat onder mensenrechten-academici de opvatting aanwezig is dat het onderscheid tussen «burgerrechten en politieke rechten» (de klassieke vrijheidsrechten) en «sociale, culturele en economische rechten» enkel historisch en theoretisch van aard is. Deze twee categorieën verschillen niet per se in wat er van de overheid verwacht wordt: een vrijheidsrecht vereist vaak ook overheidsinspanning, en een cultureel of economisch recht vereist vaak staatsonthouding. Neem het voorbeeld van het algemeen kiesrecht: dit vereist een goed werkend verkiezingssysteem, waarvoor investeringen van overheidswege nodig zijn. Hetzelfde geldt voor het recht op toegang tot een rechter, waarvoor een goed functionerend rechtssysteem nodig is.*

⁸ Eindrapport van de staatscommissie parlementair stelsel – Lage drempels, hoge dijken. Democratie en rechtsstaat in balans, 23 december 2018, par. 6.1.5, *in fine* (bijlage bij Kamerstukken II 2018/19, 34 430 nr. 9).

Dit betreft ook een afweging van o.a. financiële, economische en maatschappelijke belangen. In dit kader wijzen de leden er ook op dat alle mensenrechten «ondeelbaar, onderling afhankelijk en onderling verbonden» zijn. Kunt u hier nader op reflecteren? Bent u bereid op basis hiervan constitutionele toetsing van sociale grondrechten toch mogelijk te maken? Zo nee, waarom geeft deze uitleg hier geen aanleiding toe?

Bij sociale rechten zal meestal een inspanningsverplichting aan de orde zijn, waarvan het concrete resultaat niet vaststaat, maar in algemene zin is omschreven.⁹ Zo omvat de bepaling dat de regering met de voor haar beschikbare middelen moet streven naar voldoende huisvesting niet dat de burger in zijn individuele geval woonruimte of huisvesting van de overheid kan afdwingen bij de rechter.

Naar de mening van het kabinet doet zich dit ook voor bij de sociale grondrechten die in de Grondwet worden genoemd. In dit verband verwijzen wij naar de betreffende passage in de hoofdlijnenbrief, waarin staat dat sociale grondrechten, anders dan de vrijheidsrechten die van de overheid primair¹⁰ veelal staatsonthouding vragen, juist overheids-ingrijpen vergen om doelstellingen, zoals voldoende werkgelegenheid, huisvesting of een schoon milieu, te realiseren. Een dergelijke inspanningsverplichting laat zich moeilijker door de rechter beoordelen, omdat de inzet van middelen in de regel een keuze vraagt van de politiek. Vaak gaat het hierbij om een afweging van verschillende belangen, zoals financiële, economische en maatschappelijke, en (daarmee) veelal ook politieke belangen. Die afweging van belangen moet idealiter zo uitvallen dat daarmee het algemeen belang het best wordt gediend. Het kabinet acht de rechter daar weliswaar in beginsel toe in staat, maar acht het ook bij uitstek een taak voor de politiek, en niet voor de rechter.

Daarbij is van belang wat de aard is van de betreffende (Grondwets)bepaling en tot wie die zich richt. Ook de Grondwet kent bepalingen die zich niet (rechtstreeks) richten tot de burger, maar die wel degelijk bindend zijn voor instituties binnen de staat. In die zin zijn sociale grondrechten bindend voor de overheid, maar als inspanningsverplichting en niet als een resultaatsverplichting die individuele rechtsaanspraken in het leven roept. Naar ons oordeel betekent dit niet dat daarmee de binding minder of minder belangrijk is. Dat Nederland partij is bij het IVESCR neemt niet weg dat de rechter, wil hij een bepaling daaruit toepassen, moet nagaan of de betreffende bepaling geschikt is om «een ieder te verbinden».

*De leden van de **GroenLinks-fractie** merken voorts op dat in de hoofdlijnenbrief staat dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Raad voor de rechtspraak achten dat toetsing aan sociale grondwetten eventueel mogelijk is – waarbij de Afdeling bestuursrechtspraak stelt dat dit een nadere beschouwing verdient. Beoogt u nog nader te reflecteren over toetsing aan sociale grondrechten, of is dit idee met deze hoofdlijnenbrief volledig opzij gezet? Zo ja, hoe beoogt u dit vorm te geven? Zo nee, waarom niet, en hoe verhoudt dit zich tot de stelling van de en de Raad dat een dergelijke toetsing wel mogelijk is?*

In het voorgaande antwoord hebben wij uiteengezet dat en waarom de toetsing aan sociale grondrechten (in de Grondwet) van een andere aard is dan die aan klassieke vrijheidsrechten. Om die reden heeft het kabinet

⁹ Uit de EHRM jurisprudentie volgt dat wanneer uit hoofde van één van de EVRM-rechten een positieve verplichting op de lidstaat rust, deze geen onredelijke last voor de staat met zich mee brengt. Er is dus altijd sprake van een afweging tussen verschillende belangen waarbij de lidstaat een zekere beoordelingsruimte heeft.

¹⁰ Overigens kan niet worden ontkend dat ook sommige vrijheidsrechten vereisen dat de overheid voorwaarden schept om de uitoefening van dat recht mogelijk te maken. Als voorbeeld kunnen het actief en passief kiesrecht worden genoemd, waarbij de overheid verkiezingen moet uitschrijven en organiseren, stembureaus moet inrichten en ook het verwerken en tellen van de stemmen moet organiseren. Dat laat onverlet dat het recht vooral het karakter heeft van een klassiek vrijheidsrecht.

in de hoofdlijnenbrief aangegeven dat het realiseren van sociale grondrechten voornamelijk in het politieke domein ligt en niet in hoofdzaak bij de rechter. Dit zou naar het oordeel van het kabinet tot een te grote verschuiving leiden van het bestaande evenwicht tussen de staatsmachten. Overigens delen wij niet de opvatting dat alle mensenrechten op zodanige wijze ondeelbaar, onderling afhankelijk en onderling verbonden zijn dat geen nadere keuze mogelijk is van grondwettelijke grondrechten waaraan door de rechter getoetst zou kunnen worden. Ook het destijds ingediende initiatiefwetsvoorstel Halsema/Van Tongeren en de staatscommissie parlementair stelsel gingen daar terecht niet van uit.

*De leden van de **GroenLinks-fractie** stellen vast dat artikel 120 van de Grondwet voor de Hoge Raad ook aanleiding heeft gegeven om te oordelen dat wetten niet getoetst kunnen worden aan het Statuut van het Koninkrijk. Hoe kijkt u naar toetsing van wetten aan het Statuut? Zou volgens u de rechter zich daar van moeten blijven onthouden of ziet u daar wel ruimte voor? Tot slot merken de leden van de GroenLinks-fractie op dat, wil constitutionele toetsing de rechtsbescherming van burgers effectief bevorderen, toegang tot de rechter essentieel is. Gaat u de toegang tot de rechter meenemen in de nadere uitwerking van constitutionele toetsing? Zo ja, op welke manier?*

Het voornemen in de hoofdlijnenbrief richt zich op rechterlijke toetsing van wetten aan bepalingen uit de Grondwet. Het introduceren van de mogelijkheid van rechterlijke toetsing van wetten aan bepalingen van het Statuut vergt, nog daargelaten welke bepalingen dit zouden moeten zijn, fundamentele doordinking van de plaats van het Statuut en van rijkswetgeving in onze rechtsorde. Dit bredere vraagstuk leent zich niet om te worden betrokken bij de nu voorgenomen wijziging van artikel 120 Grondwet.

Met het voornemen om rechterlijke toetsing van wetten aan bepalingen uit de Grondwet mogelijk te maken, beogen wij bij te dragen aan de versterking van de positie van de burger ten opzichte van de overheid. Zoals in de hoofdlijnenbrief gesteld, is het van belang dat inrichting van het stelsel van constitutionele toetsing inzichtelijk en toegankelijk is, zonder dat daarbij voor de burger slecht te begrijpen voorwaarden of belemmeringen zijn ingebouwd. Bij de inrichting van de (toetsings)procedure zal de toegankelijkheid en inzichtelijkheid voor de rechtzoekende burger daarom voorop staan. Hierbij is relevant dat de staatscommissie rechtsstaat mede tot opdracht zal hebben om te adviseren over een verbetering van de toegang tot en de toegankelijkheid van de staatsmachten.

*De leden van de **D66-fractie** stellen vast dat op pagina 8 het kabinet zich uitsprekt voor toetsing aan de klassieke vrijheidsrechten. Op grond van welke argumentatie wijst u toetsing aan sociale grondrechten af? Sommige grondrechten, zoals het recht op onderwijs in artikel 23 van de Grondwet, bevatten elementen van klassieke als sociale grondrechten. Valt toetsing aan artikel 23 Grondwet in de visie van het kabinet buiten de boot?*

Hiervoor verwijzen wij naar de eerdere antwoorden op de vragen van de leden van de VVD-fractie en de GroenLinks-fractie over dit onderwerp. Het voorbeeld waarnaar deze leden verwijzen (artikel 23 Grondwet) bevat inderdaad enkele artikelleden die overwegend een sociaal karakter hebben, in tegenstelling tot enkele artikelleden die overwegend het karakter hebben van een vrijheidsrecht. Evenals in het initiatiefwetsvoorstel Halsema/Van Tongeren en in het advies van de staatscommissie parlementair stelsel heeft het kabinet in de hoofdlijnenbrief zijn voorkeur uitgesproken voor een toetsingskader waarin alleen de laatstgenoemde categorie van bepalingen worden genoemd.

Voorts vragen de leden van de **D66-fractie** waarom op pagina 9 het kabinet zich uitsprekt voor gespreide toetsing in plaats van geconcentreerde toetsing zoals de staatscommissie parlementair stelsel (commissie

Remkes) adviseerde. De leden van de fractie van D66 missen een internationale vergelijking met landen die een geconcentreerde toetsing hebben. Spelen de bezwaren die u aanvoert tegen geconcentreerde toetsing daar niet? Kunnen we iets leren van de wijze waarop in andere landen constitutionele toetsing is vormgegeven? Is er een land dat aansluit bij alle voorkeursvarianten die u in deze brief presenteert? Doen zich daar geen samenloopproblemen voor?

In de hoofdlijnenbrief heeft het kabinet uiteen gezet dat het om zowel inhoudelijke redenen als organisatorische redenen de voorkeur heeft om aan te sluiten bij het systeem van de toetsing van wetten aan verdragen. Dit is in lijn met de zienswijzen van de Hoge Raad, de Raad voor de rechtspraak en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. In de rechtsvergelijkende studie van de Universiteit Maastricht die het kabinet heeft laten uitvoeren op verzoek van de Eerste Kamer (aan u aangeboden bij brief van 1 maart 2021; *Kamerstukken I* 2020/21, 34 430, Y) zijn verschillende stelsels onderzocht. Het onderzoek laat onder andere zien dat het naast elkaar bestaan van gecentraliseerde toetsing van de grondwettigheid van wetten (door een constitutioneel hof) en de gespreide toetsing van de verenigbaarheid met verdragen en EU-recht (door alle rechters) tot complexe samenloopproblematiek leidt zoals is genoemd in de hoofdlijnenbrief. In het onderzoek worden ook stelsels beschreven waarin gespreide toetsing voorkomt, bijvoorbeeld enkele Scandinavische landen (ook wel het Noordse model genoemd). De onderzoekers concluderen dat uit de praktijk in de landen met gespreide toetsing niet blijkt dat hier nadelige invloeden, zoals uiteenlopende rechterlijke uitspraken, optreden.

*De leden van de **D66-fractie** merken op dat op pagina 9 het bezwaar wordt aangestipt van gespreide toetsing door rechters aan: de totale rechtsgang wordt langer, de burger blijft langer in het ongewisse of zijn beroep op een Grondwetsbepaling zal worden gehonoreerd. Bovendien ontstaat er een diffuus beeld indien de rechtbank een wettelijke bepaling in strijd met een Grondwetsbepaling acht, maar het Gerechtshof daar anders over beslist en wellicht de Hoge Raad daarna ook. Desalniettemin spreekt u geen voorkeur uit voor de instelling van een constitutioneel hof, zo constateren de leden van de D66-fractie. Kunt u helder en gedetailleerder uiteenzetten welke bezwaren er kleven aan het afwijzen van een constitutioneel hof?*

Als mogelijke bezwaren van het afwijzen van een constitutioneel hof (dus bezwaren tegen gespreide toetsing) plegen te worden aangevoerd dat de rechtseenheid in het gedrang zou kunnen komen wanneer rechterlijke instanties verschillend oordelen in vergelijkbare of dezelfde zaken. Bovendien zou bij instelling van een constitutioneel hof de concentratie van kennis van en ervaring met constitutionele interpretatie een voordeel kunnen zijn, waarbij wel opgemerkt moet worden dat thans alle rechters lagere wet- en regelgeving al aan de Grondwet toetsen en alle wet- en regelgeving al aan verdragen, zodat van echte specialisatie geen sprake zal kunnen zijn.

De meergenoemde studie van de Universiteit Maastricht leert dat deze effecten in de landen waar gespreide toetsing bestaat zich echter amper voordoen. Ook de Nederlandse praktijk van gespreide toetsing aan verdragen geeft geen aanleiding om te veronderstellen dat deze effecten bij constitutionele toetsing door alle rechters (de variant van gespreide toetsing dus) zouden optreden.

*Tot slot constateren de leden van de **D66-fractie** dat het kabinet het bestaansrecht en de rol van de Eerste Kamer in de door hem aangegeven voorkeursvariant buiten beschouwing heeft gelaten. Vindt u dat de Eerste Kamer nog bestaansrecht heeft, gesteld dat de door het kabinet gekozen variant in de Grondwet zou worden verankerd. Of kan de Eerste Kamer in*

de visie van het kabinet gelijktijdig met het invoeren van rechterlijke toetsing worden afgeschaft?

Naar onze mening is dit niet het geval. In de hoofdlijnenbrief heeft het kabinet aandacht besteed aan de constitutionele toetsing van wetsvoorstellen (*ex ante*) gedurende de voorbereiding en de parlementaire behandeling daarvan. Met name de Eerste Kamer speelt daarin een belangrijke rol. Constitutionele toetsing door de rechter komt niet daarvoor in de plaats. De toegevoegde waarde van constitutionele toetsing van in werking getreden wetten aan de Grondwet door de rechter bestaat daarin, dat de rechter tekortkomingen in de wetgeving kan signaleren die door de wetgevende actoren in het proces van totstandbrenging van de wet niet zijn of niet waren te voorzien en pas bij de toepassing van de wet in de praktijk aan het licht zijn gekomen. In die zin versterken de toetsing *ex ante* en de toetsing *ex post* elkaar. Tenslotte zou de invoering van rechterlijke constitutionele toetsing wat het kabinet betreft hand in hand moeten gaan met een versterkte constitutionele toetsing in de fase waarin wetgeving tot stand komt. Naar onze mening heeft de invoering van constitutionele toetsing door de rechter dan ook geen gevolgen voor de rol en positie van de Eerste Kamer.

*De leden van de **PvdA-fractie** merken op dat het kabinet kiest voor gespreide toetsing aan de klassieke vrijheidsrechten, leidend tot een bindend juridisch oordeel, waarbij de wet buiten toepassing wordt gelaten. Zij vragen om uitvoerig te beargumenteren wat het schrappen van artikel 120 Grondwet precies toevoegt aan de rechtsbescherming van burgers, nu rechters al geruime tijd kunnen toetsen aan grondrechtbepalingen in internationale verdragen, waaronder het EVRM en het Europees Handvest?*

Zij merken op dat de formuleringen van de klassieke vrijheidsrechten niet zijn geschreven met het oog op mogelijke rechterlijke toetsing. Noopt het schrappen van art 120 Grondwet niet tot het herschrijven van de artikelen met de klassieke vrijheidsrechten in de Grondwet? Wilt u in uw beantwoording van deze vraag ook uitvoerig stilstaan bij de problematiek van de beperkingssystematiek? Voorts vragen deze leden hoe groot wij de kans achten dat juist door het mogelijk maken (door het schrappen van art 120 Grondwet) van een andere mogelijkheid van rechters om te toetsen aan grondrechten dan alleen aan de grondrechten in internationale verdragen er parallelle rechtsbeschermingsroutes ontstaan die elkaar mogelijk in de weg zitten?

Voorop gesteld zij hier dat het kabinet, anders dan deze leden suggereren, geen schrapping van artikel 120 Grondwet voor ogen staat, maar een wijziging daarvan, zodanig dat toetsing aan met name genoemde grondwetsbepalingen mogelijk wordt. Voor wat betreft de samenloop tussen grondwetstoetsing en verdragstoetsing en de mogelijk aanvullende of betere bescherming die de Grondwet op onderdelen biedt, verwijzen wij naar het antwoord op de eerste vraag van de leden van de GroenLinks-fractie. Wij menen niet dat er parallelle rechtsbeschermingsroutes, enerzijds aan de Grondwet en anderzijds aan verdragen, zullen ontstaan die elkaar mogelijk in de weg zitten. In veel gevallen zal in dezelfde rechterlijke procedure een beroep worden gedaan op zowel een verdragsbepaling als een daarmee inhoudelijk verwante grondwetsbepaling, zoals nu ook al gebeurt als het gaat om de beoordeling van lagere wetgeving. Het zal dus steeds gaan om vergelijkbare of overeenkomstige rechtsvragen, om welke reden het kabinet zijn voorkeur heeft uitgesproken voor gespreide toetsing, in navolging van de zienswijzen van de Hoge Raad, de Raad voor de rechtspraak en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Doordat beide vormen van toetsing dan in één hand zijn, kunnen zij elkaar over en weer versterken en zodoende bijdragen aan een samenhangend geheel van waarborging van fundamentele rechten van de burger, ongeacht of die wordt ontleend aan een verdrag dan wel aan de Grondwet.

*De leden van de **PvdA-fractie** merken op dat het kabinet stelt dat met het schrappen van art 120 Grondwet de rechtsbescherming van burgers wordt vergroot. Wat biedt toetsing aan de Grondwet meer aan rechtsbescherming dan toetsing aan grondrechtbepalingen in internationale verdragen?*

Voor de beantwoording van deze vraag verwijzen wij naar het antwoord op de soortgelijke vraag van de leden van de GroenLinks-fractie.

*Tot slot vragen de leden van de **PvdA-fractie** waarom het kabinet zich beperkt tot de klassieke vrijheidsrechten en niet probeert ook een vorm te vinden waarin aan de sociale grondrechten kan worden getoetst? Zij vragen bij de beantwoording van deze vraag in gaan op het betoog van Jasper Krommendijk in een blog van 20 juli 2022 op de site van het NJB?*

Voor het antwoord op deze vraag verwijzen wij eveneens naar het antwoord dat wij gaven op de vraag die de leden van de GroenLinks-fractie hierover stelden. Deze leden vragen voorts in te gaan op de blog van Jasper Krommendijk op de site van het NJB. Krommendijk stelt daarin dat het kabinet is uitgegaan van een «dichotomie» en een verouderd en kunstmatig onderscheid in stand houdt tussen klassieke en sociale grondrechten, tegen de tendens in van de ontwikkelingen op dit punt bij de uitleg en de toepassing van verdragen.

Het kabinet heeft er op gewezen dat de formulering en de toepassingsmogelijkheden voor sociale grondrechten verschillen van die van de klassieke vrijheidsrechten. Dat leidt in onze opvatting tot een verschil in datgene wat van de overheid wordt verwacht, zoals in het antwoord op de vraag van de leden van de GroenLinks-fractie is beschreven. Dat verschil leidt niet tot een tegenstelling, maar tot een verschil in benadering, zoals Krommendijk in zijn conclusie ook erkent.

*De leden van de **SP-fractie** hebben vragen over de onderbouwing van de voorkeur die het kabinet uitspreekt voor toetsing aan de klassieke vrijheidsrechten. Zij vragen of wij de opvatting delen dat bij invoering van de sociale grondrechten in de Grondwet toetsing door de rechter van lagere regelingen aan sociale grondrechten door het kabinet expliciet voor mogelijk werd gehouden? Indien dat zo is, welke principiële reden zou er dan nu zijn om, indien overgegaan zou worden tot invoering van constitutionele toetsing, sociale grondrechten uit te zonderen? Deelt u de opvatting dat er in de Grondwet geen rangorde in grondrechten aangebracht en ook niet is bedoeld door de Grondwetgever? Deelt u de opvatting dat een deel van de sociale grondrechten ook een «klassieke» component hebben? En als dat het geval is, zouden die grondrechten dan wel toetsbaar moeten zijn? Deelt u de opvatting dat het geen fundamenteel argument kan zijn dat het voor de rechter «moeilijk» zou zijn om een oordeel uit te spreken over de vraag of een sociaal grondrecht wordt geschonden door wetgeving?*

Onder verwijzing naar onze antwoorden op de vragen van de leden van de GroenLinks-fractie en van de PvdA-fractie willen wij in aanvulling daarop verhelderen dat het kabinet in de hoofdlijnenbrief niet heeft uitgesproken dat de rechter niet in staat zou zijn om te toetsen aan sociale grondrechten, maar dat dit naar onze opvatting bij uitstek een zaak is voor de politiek. De leden van de SP-fractie wijzen er op dat bij het opnemen van sociale grondrechten in de Grondwet het kabinet heeft opgemerkt dat de rechter lagere regelingen hieraan kan toetsen. Wij willen er op wijzen dat dit ook zo is voor de toetsing aan klassieke vrijheidsrechten. Wij menen echter dat de toetsing van lagere regelgeving aan de Grondwet verschilt van de toetsing van formele wetten aan de Grondwet, omdat in dat laatste geval het primaat van de wetgever van belang is bij de vraag of de uiteindelijke belangenafweging primair in het politieke domein ligt.

*Tot slot vragen de leden van de **SP-fractie** of wij dieper kunnen ingaan op zowel de opvatting van de Hoge Raad dat constitutionele toetsing beperkt dient te blijven tot klassieke vrijheidsrechten, als de genuanceerde opvattingen van de Raad van State en de Raad voor de Rechtspraak, dat*

toetsing aan sociale grondrechten in ieder geval mogelijk zou kunnen zijn, los van de vraag of zo'n toetsing wenselijk zou zijn? Kunt u de Kamer een overzicht bieden van opvattingen in de rechtswetenschap over de (on)mogelijkheid en (on)wenselijkheid van constitutionele toetsing van sociale grondrechten?

Zoals de Raad voor de rechtspraak en de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in hun zienswijzen hebben overwogen is de toetsing door de rechter aan sociale grondrechten niet onmogelijk, maar kan dit wel verdergaande gevolgen hebben voor het bestaande machts-evenwicht tussen de wetgever en de rechter.

Dát de rechter op zichzelf in staat is om te toetsen aan sociale grondrechten, staat los van de vraag of het wenselijk is dat hij daartoe ook bevoegd wordt verklaard. Het kabinet heeft bij het verwoorden van zijn voorkeur gestreefd naar een vorm van constitutionele toetsing door de rechter die geen grote verschuiving zou inhouden in de constitutionele verhoudingen tussen de staatsmachten. In de opvatting van het kabinet zou een toetsing door de rechter van wetten aan sociale grondrechten uit de Grondwet betekenen dat de rechter zich mogelijk (gewild of ongewild) begeeft in vragen die hoofdzakelijk liggen binnen het politiek domein, meer dan dat zoiets het geval zou zijn bij de toetsing aan klassieke vrijheidsrechten.

Of constitutionele toetsing zich ook zou moeten uitstrekken tot sociale grondrechten wordt in de rechtswetenschap verschillend beantwoord, maar algemeen wordt erkend dat dit een rechtspolitieke vraag betreft. In de hoofdlijnenbrief heeft het kabinet gemotiveerd aangegeven waarom deze toetsing in de opvatting van het kabinet vanwege de aard van deze bepalingen primair een taak is van de politiek en niet van de rechter.

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,
H.G.J. Bruins Slot

De Minister voor Rechtsbescherming,
F.M. Weerwind