



Tilburg University

# Het toetsingsverbod: nog van deze tijd?

Masterthesis Publiekrecht

Naam	T.J. ten Caten
Studentnummer	2008855
Administratienummer	U952403
Opleiding	Master Rechtsgeleerdheid
Begeleider	De heer dr. G. van der Schyff
Tweede lezer	Mevrouw prof. dr. I. Leijten LL.M MA
Datum	2021-2022

# Woord vooraf

Voor u ligt de thesis waarin onderzoek is gedaan naar de wenselijkheid van het afschaffen van het toetsingsverbod met betrekking tot de klassieke grondrechten. Deze thesis is geschreven in het kader van mijn afstuderen aan de masteropleiding rechtsgeleerdheid aan Tilburg University. Aan deze universiteit ben ik in 2017 begonnen met de bachelor rechtsgeleerdheid en heb ik jarenlang met veel interesse en plezier gestudeerd. Ondanks dat ik nog een tweede masterstudie ben begonnen, betekent deze thesis als afsluiting van de master rechtsgeleerdheid toch een eind van een leerzaam tijdperk.

Bij dezen wil ik graag mijn begeleider, de heer dr. G. van der Schyff bedanken. De heer dr. van der Schyff heeft mij interessante nieuwe inzichten gegeven over dit onderwerp en mij relevante informatie over dit onderwerp verschaft. Bovendien wil ik de heer dr. van der Schyff bedanken voor de fijne en nuttige feedback, de goede begeleiding en de prettige besprekingen aangaande deze thesis.

Tevens wil ik graag mijn ouders bedanken. Zonder hen was het behalen van deze studie niet mogelijk geweest. In het bijzonder wil ik mijn grootvader bedanken. Hij heeft mij vanaf jongs af aan al verteld over de rechtenstudie die hij heeft voltooid aan de Universiteit van Utrecht, heeft mijn interesse gewekt en is aanleiding geweest voor het volgen van deze rechtenstudie. Een keuze waar ik nooit spijt van heb gehad.

Ik wens u veel leesplezier toe.

Thijs ten Caten

Best, 16 mei 2022

# Lijst met afkortingen

ABRvS	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
ACM	Autoriteit Consument en Markt
De Afdeling	Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State
AFM	Autoriteit Financiële Markten
AP	Autoriteit Persoonsgegevens
Awir	Algemene Wet Inkomensafhankelijke Regelingen
CRvB	College van Beroep
ESH	Europees Sociaal Handvest
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
Hof van Justitie	Hof van Justitie van de Europese Unie
HR	Hoge Raad der Nederlanden
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
IVESCR	Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten
IVRK	Internationaal Verdrag inzake de rechten van het Kind
Wko	Wet kinderopvang
WRR	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid

# Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1 – Inleiding.....	5
1.1 Probleemanalyse en onderzoeksdoel.....	5
1.2 Hoofdvraag en deelvragen .....	6
1.3 Theoretisch kader en afbakening.....	6
1.4 Structuur van het onderzoek.....	7
1.5. Methodologie .....	10
Hoofdstuk 2 – Achtergrond en het huidige stelsel van het toetsingsverbod .....	12
2.1 De betekenis van het toetsingsverbod .....	12
2.2 De achtergrond van artikel 120 Grondwet .....	12
2.2.1 Wetten in formele zin.....	12
2.2.2 Verdragen en gematigd monistisch stelsel .....	13
2.3 Arrest Van den Bergh/Staat.....	16
2.4 Harmonisatiewetarrest.....	16
2.5 Arrest Koonen-Maritiem .....	17
2.6 Tegelen-arrest.....	17
Conclusie.....	18
Hoofdstuk 3 – Voorstellen tot afschaffing van het toetsingsverbod en de kabinetsreacties hierop .....	20
3.1 Werkgroep Proeve van een nieuwe Grondwet 1966.....	20
3.2 Staatscommissie Cals/Donner 1971 .....	21
3.3 Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk .....	22
3.4 Wetsvoorstel Halsema.....	23
3.5 Nationale Conventie Hart voor de Publieke Zaak 2006.....	25
3.6 Staatscommissie Grondwet 2010 .....	26
3.7 Staatscommissie parlementair stelsel 2018 .....	27
3.8 Venetië-Commissie 2021 .....	28

Conclusie.....	29
Hoofdstuk 4 – Democratische legitimatie van de wetgever.....	32
4.1 Democratische legitimatie, de Trias Politica en machtsverdeling .....	32
4.2 De veranderende rol van de rechter.....	34
4.3 Afnemende normatieve waarde van wetgeving en (sub)delegatie.....	35
4.4 Tussenconclusie: zijn de grondbeginselen van de rechtsstaat aan herijking toe? .....	37
4.5 Rechtsvergelijking met het Duitse stelsel .....	38
Conclusie.....	39
Hoofdstuk 5 – Verdragstoetsing.....	41
5.1 De betekenis van artikel 94 Grondwet in het huidige stelsel .....	41
5.2 Ter illustratie: de Urgenda-jurisprudentie .....	42
5.3 Conclusies uit de Urgenda-jurisprudentie .....	43
5.4 Toetsings <i>verbod</i> versus toetsings <i>gebod</i> .....	45
Conclusie.....	50
Hoofdstuk 6 – Rechtsbescherming van de burger.....	51
6.1 Rechtsbescherming van de burger.....	51
6.2 De Toeslagenaffaire en knelpunten .....	53
6.3 Ontwikkelingen met constitutionele toetsing als eindpunt?.....	57
Conclusie.....	60
Hoofdstuk 7 – Conclusie .....	62
Literatuurlijst.....	64
6.1 (Hand)boeken en bijdragen in boeken .....	64
6.2 Tijdschriftartikelen en internetbronnen .....	67
6.3 (Eind)Rapporten .....	70
6.4 Parlementaire stukken .....	72
6.5 Annotaties.....	72
Jurisprudentielijst .....	73

# Hoofdstuk 1 – Inleiding

## 1.1 Probleemanalyse en onderzoeksdoel

Artikel 120 van de Grondwet verbiedt de rechter om de verenigbaarheid van wetten in formele zin met Grondwet te toetsen.<sup>1</sup> Dit verbod, ook wel het toetsingsverbod genoemd, is al sinds 1848 in de Grondwet opgenomen.<sup>2</sup>

In 2017 kreeg de Staatscommissie parlementair stelsel de opdracht om onderzoek te doen naar het huidige parlementair stelsel, de huidige parlementaire democratie en naar de toekomstbestendigheid van de Nederlandse Grondwet.<sup>3</sup> In haar eindrapport ‘Lage drempels, hoge dijken’ uit 2018 nam de staatscommissie het toetsingsverbod onder vuur en concludeerde dat het tijd is voor afschaffing van het toetsingsverbod.<sup>4</sup>

Nog recenter is het rapport van de Venetië-commissie, het adviesorgaan van de Raad van Europa. Deze commissie heeft onderzoek gedaan naar de rechtsbescherming van burgers in Nederland naar aanleiding van de Toeslagenaffaire<sup>5,6</sup>. Als gevolg van dit onderzoek adviseert ook deze commissie dat Nederland onderzoek moet doen naar de mogelijkheid voor invoering van constitutionele toetsing.<sup>7</sup>

Deze twee onderzoekscommissies zien problemen van het toetsingsverbod met betrekking tot onder andere de rechtsbescherming van de burger. Deze recente rapporten geven dan ook aanleiding tot nader onderzoek naar de houdbaarheid van het toetsingsverbod in de huidige tijd. Het doel van dit onderzoek is dan ook om te kijken of het mogelijk moet worden gemaakt dat de rechter de verenigbaarheid van wetten in formele zin met de Grondwet kan toetsen. Dit zal worden bereikt door te toetsen aan één argument tegen en twee argumenten voor het toetsingsverbod, waarbij recente ontwikkelingen, zoals de Toeslagenaffaire en de Urgenda-zaak, de revue passeren. Uit het resultaat van deze toets zal moeten blijken of er voldoende redenen zijn om de Grondwet op het gebied van het toetsingsverbod aan te passen.

---

<sup>1</sup> Artikel 120 Grondwet.

<sup>2</sup> Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 198.

<sup>3</sup> Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 13.

<sup>4</sup> Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 195.

<sup>5</sup> Uiteengezet in het rapport ‘Ongekend Onrecht’ door Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag in 2020.

<sup>6</sup> Venetië-Commissie 2021, p. 3.

<sup>7</sup> Venetië-Commissie 2021, p. 25-26.

## **1.2 Hoofdvraag en deelvragen**

Om dit onderzoeksdoel te bereiken, wordt de navolgende hoofdvraag gehanteerd voor dit onderzoek:

*“In hoeverre dient de mogelijkheid van toetsing van verenigbaarheid van wetten in formele zin met de klassieke grondrechten in de Grondwet mogelijk gemaakt te worden voor de rechter, gezien de democratische legitimatie van de wetgever, de toetsing van verenigbaarheid van wetten in formele zin aan verdragen en de rechtsbescherming van de burger?”*

De hoofdvraag zal beantwoord worden in deelvragen. Voor dit onderzoek worden de navolgende deelvragen gehanteerd:

- Wat is de achtergrond van het toetsingsverbod en hoe ziet het huidige stelsel van constitutionele toetsing eruit?
- Wat hielden voorstellen tot afschaffing van het toetsingsverbod in en wat waren de kabinetsreacties hierop?
- In hoeverre is de afschaffing van het toetsingsverbod wenselijk gezien de democratische legitimatie van de wetgever?
- Is de afschaffing van het toetsingsverbod wenselijk gezien de bestaande bevoegdheid tot toetsing van de verenigbaarheid van wetten in formele zin aan verdragen?
- Is de afschaffing van het toetsingsverbod wenselijk gezien (het tekort aan) de rechtsbescherming van de burger?

Deze deelvragen zullen steeds per hoofdstuk centraal staan en worden beantwoord in een conclusie aan het einde van ieder hoofdstuk.

## **1.3 Theoretisch kader en afbakening**

Zoals aangegeven in de inleiding, geven het eindrapport van de Staatscommissie parlementair stelsel en het rapport van de Venetië-commissie aanleiding tot dit onderzoek.

De houdingen van deze commissies ten opzichte van het toetsingsverbod zijn niet nieuw, want de discussie over (de afschaffing van) het toetsingsverbod kent een rijke geschiedenis. In de

Proeve van een nieuwe Grondwet in 1966 werd al gepleit voor een aanpassing van het toetsingsverbod<sup>8</sup>, waarna de Staatscommissie Cals/Donner zich in 1971 hierbij (deels) aansloot<sup>9</sup>. Ook in de 21<sup>e</sup> eeuw zijn er meerdere voorstellen en adviezen gedaan om het toetsingsverbod aan te passen, zoals door de Commissie “Grondrechten in het digitale tijdperk”<sup>10</sup>, de Nationale Conventie Hart voor de Publieke Zaak<sup>11</sup>, de Staatscommissie Grondwet<sup>12</sup>, het Wetsvoorstel Halsema<sup>13</sup> en nu dus recentelijk de Staatscommissie parlementair stelsel<sup>14</sup> en de Venetië-commissie<sup>15</sup>.

Tot op heden heeft zich echter geen (gedeeltelijke) afschaffing van het toetsingsverbod voorgedaan. De vraag of het toetsingsverbod nog te rechtvaardigen is dient zich dus (nog) steeds aan.

Ter afbakening van dit onderzoek zal niet worden ingegaan op de inrichting van de constitutionele toetsing, bijvoorbeeld door instelling van een constitutioneel hof<sup>16</sup>. Ook zal de focus in dit onderzoek liggen op de toetsing van *klassieke grondrechten*, en dus niet op de bepalingen die organisatorisch van aard zijn, omdat deze geen beschermende functie hebben voor de burger.<sup>17</sup> Daarnaast zal de focus niet liggen op de toetsing aan sociale grondrechten, omdat deze een inspanning vereisen van de overheid zonder een helder geformuleerd einddoel.<sup>18</sup>

#### **1.4 Structuur van het onderzoek**

In het tweede hoofdstuk zal worden stilgestaan bij de achtergrond van het huidige toetsingsverbod, zoals gegeven in artikel 120 van de Grondwet. Dit vergt een terugblik in de geschiedenis ten tijde van de invoering van het toetsingsverbod. Zo is bijvoorbeeld van belang om te kijken naar welke beweegredenen de grondwetgever hebben aangezet tot invoering van het toetsingsverbod in 1848. Onderwerpen die zich hier aandienen zijn onder meer de juridische

---

<sup>8</sup> Werkgroep Proeve 1966, p. 179.

<sup>9</sup> Staatscommissie Cals/Donner 1971, p. 87.

<sup>10</sup> Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk 2000, p. 49.

<sup>11</sup> Nationale Conventie Hart voor de Publieke Zaak 2006, p. 45.

<sup>12</sup> Staatscommissie Grondwet 2010, p. 43 – 50.

<sup>13</sup> Wetsvoorstel Halsema 2001/02.

<sup>14</sup> Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 195.

<sup>15</sup> Venetië-Commissie 2021, p. 25-26.

<sup>16</sup> Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 203-204.

<sup>17</sup> Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 202.

<sup>18</sup> Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 202.

discussies voorafgaand aan de invoering van het toetsingsverbod en de betekenis en achtergrond van het toetsingsverbod.

Vervolgens zal, eveneens in het tweede hoofdstuk, worden gekeken naar de belangrijkste ontwikkelingen die het toetsingsverbod door de jaren heeft doorgemaakt. Deze ontwikkelingen hebben het toetsingsverbod gemaakt zoals deze nu is, waardoor deze van belang zijn om een compleet beeld te krijgen van het stelsel van constitutionele toetsing van de huidige tijd. Onderwerpen die in dit derde hoofdstuk aan de orde komen zijn onder andere artikel 94 van de Grondwet, het arrest Prof. Van den Bergh, het Harmonisatiewetarrest, het Koonen-Maritiem arrest en het Tegelen-arrest.

Nu in het tweede hoofdstuk een theoretisch kader is geschetst omtrent de totstandkoming en de ontwikkelingen tot het huidige toetsingsverbod, is het derde hoofdstuk erop gericht om de discussie omtrent de afschaffing van het toetsingsverbod te analyseren. In chronologische volgorde zullen verschillende voorstellen en adviezen de revue passeren, zoals die van de Werkgroep Proeve, het wetsvoorstel Halsema, de Staatscommissie Grondwet 2010, de voorstellen uit het rapport van de Staatscommissie Parlementair Stelsel uit 2018 en het advies van de Venetië-commissie uit 2021. Per voorstel of advies zal worden gekeken wat hierop de reactie is geweest van de diverse kabinetten. Hier is met name van belang welke standpunten de kabinetten hebben ingenomen en door middel van welke argumenten deze standpunten werden gestaafd. Doel van het derde hoofdstuk is om concrete inhoud te geven aan het debat rondom het toetsingsverbod.

Nu in hoofdstuk 2 en 3 een compleet beeld omtrent het toetsingsverbod en de discussie over de afschaffing van het toetsingsverbod zal zijn ontstaan, zal in het vierde, vijfde en zesde hoofdstuk een argumentatie worden weergegeven voor afschaffing van het toetsingsverbod. Dit vormt de kern van het onderzoek.

Om een genuanceerd beeld te geven, zal allereerst in hoofdstuk 4 worden gekeken naar een argument tegen de afschaffing van het toetsingsverbod, namelijk de democratische legitimatie van de wetgever. Dit argument zal worden weerlegd door middel van, onder meer, de tendens van steeds verdergaande (sub)delegatie en afnemende normatieve waarde van wetgeving, de veranderende rol van de rechter en er zal worden betoogd dat de Trias Politica aan herijking toe

is. Hierbij zal ook gekeken worden naar de achtergrond van de invoering van constitutionele toetsing door het *Bundesverfassungsgericht* in Duitsland.

Vervolgens zullen twee argumenten voor afschaffing van het toetsingsverbod met betrekking tot toetsing aan de klassieke grondrechten uit de Grondwet worden gegeven. Het eerste argument, in hoofdstuk 5, zal bestaan uit de reeds bestaande mogelijkheid tot toetsing van verdragen. Hier zal worden stilgestaan bij de rol van artikel 94 Grondwet in het huidige stelsel van toetsing van wetten in formele zin door de rechter. Bovendien dient de Urgenda-jurisprudentie hier als illustratie van hoe de Nederlandse rechter met artikel 94 van de Grondwet omgaat en als illustratie van de veranderende rol van de rechter in dit kader.<sup>19</sup> Tenslotte zal een analyse worden gegeven van argumenten voor en tegen het verdragsargument, waaruit een algemene conclusie zal volgen.

Het tweede argument voor gedeeltelijke afschaffing van het toetsingsverbod, welke centraal staat in hoofdstuk 6, zal bestaan uit de verbetering van de rechtsbescherming van de burger. Ten eerste zal uiteen worden gezet wat er wordt bedoeld met de rechtsbescherming van de burger, waarna wordt gekeken naar knelpunten op dit vlak. Daarbij zal de Toeslagenaffaire<sup>20</sup> als illustratie dienen. Vervolgens zal worden betoogd dat de afschaffing van het toetsingsverbod past als eindpunt voor de ontwikkelingen richting een meer responsieve rechtspraak.

De reden voor de keuze voor slechts drie argumenten is gelegen in het feit dat op deze wijze dieper kan worden ingegaan op deze argumenten, zodat de hoofdstukken 4, 5 en 6 niet slechts zullen bestaan uit een uiteenzetting van argumenten maar uit diepere kritische analyses van het drietal argumenten.

Het onderzoek zal worden afgesloten met een conclusie waarin antwoord zal worden gegeven op de hoofdvraag en de deelvragen. Na de conclusie volgt een literatuur- en jurisprudentielijst.

---

<sup>19</sup> Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (Urgenda); Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (Urgenda); HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (Urgenda).

<sup>20</sup> Uiteengezet in het rapport ‘Ongekend Onrecht’ door Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag in 2020.

## 1.5. Methodologie

De methodologie die voor dit onderzoek gebruikt zal worden is met name juridisch-dogmatisch van aard en daarom zal informatie worden verkregen uit bestaande literatuur en jurisprudentie. Ook zullen parlementaire stukken regelmatig als bron dienen, met name in het derde hoofdstuk. Deze zullen worden geanalyseerd en geïnterpreteerd<sup>21</sup>. Uitgangspunt is dat informatie zo veel mogelijk uit primaire bronnen zal worden verkregen, dus van de originele auteur, rechtspraak of (grond)wetgever. Om bronnen te verkrijgen, zal allereerst gebruik worden gemaakt van de systematische methode, waarin vanuit het uitgangspunt van algemene literatuur (zoals handboeken) wordt doorgezocht naar specifieke literatuur. Dit zal worden gerealiseerd door steeds te bezien welke bronnen worden gebruikt door de auteurs. In een uiterst geval zal ook de sneeuwbalmethode worden gehanteerd, waardoor er vanuit recente literatuur wordt gekeken naar bronnen die daar worden gebruikt en terugverwijzen naar meer algemene literatuur.

In het tweede en derde hoofdstuk zal gebruik worden gemaakt van een rechtshistorische en rechtstheoretische onderzoeksmethode. In het tweede hoofdstuk zal moeten worden geput uit (rechts)historische bronnen zoals parlementaire stukken en juridische literatuur (bijvoorbeeld handboeken). Het tweede hoofdstuk noopt eveneens tot literatuuronderzoek, onderzoek naar parlementaire stukken omtrent artikel 94 van de Grondwet en naar jurisprudentieonderzoek. Tenslotte, in het derde hoofdstuk, wordt gekeken naar de concluderende rapporten van diverse commissies, naar literatuur hieromtrent en naar parlementaire stukken over wetsvoorstellen en kabinetsreacties.

Het vierde, vijfde en zesde hoofdstuk zijn met name rechtstheoretisch van aard. Hierbij zal vooral primaire literatuur worden gebruikt als bron, maar ook secundaire literatuur en jurisprudentie in specifieke gevallen zoals de Urgenda-zaak en de Toeslagenaffaire. Bij de weerlegging van het argument tegen de afschaffing van het toetsingsverbod in hoofdstuk 4, te weten de democratische legimitatie van de wetgever, zal tevens een rechtsvergelijkend perspectief worden geboden met de instelling van het *Bundesverfassungsgericht* van Duitsland. Dit zal geschieden middels een functionele rechtsvergelijkingsmethode. In deze methode wordt het probleem van het Nederlandse toetsingsverbod als uitgangspunt genomen.<sup>22</sup> Vervolgens zal het Duitse stelsel worden gebruikt om te bezien hoe Duitsland dit probleem heeft opgelost.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> M.G. IJzermans & G.A.F.M. van Schaijk 2007, p. 6-7.

<sup>22</sup> Oderkerk 1999, p. 67 e.v.

<sup>23</sup> Oderkerk 1999, p. 67 e.v.

Hoewel de rechtsstelsels en het constitutionele recht van Duitsland en Nederland niet volledig equivalent aan elkaar zijn, zal een vergelijking nuttig kunnen zijn om inzicht te krijgen in hoe constitutionele toetsing in Duitsland is ingericht en wat de beweegredenen hiertoe zijn geweest. Een belangrijke bron hierbij zal het rapport van Maastricht University uit 2021 zijn.<sup>24</sup> Op basis daarvan kan een vergelijking worden gemaakt met het standpunt van de Nederlandse regering(en) om constitutionele toetsing juist niet mogelijk te maken vanwege de ontbrekende democratische legitimatie in de rechtspraak. Vervolgens kunnen overeenkomsten en verschillen worden verklaard en gewaardeerd.

---

<sup>24</sup> M. Claes e.a. 2021, p. 20-30.

## **Hoofdstuk 2 – Achtergrond en het huidige stelsel van het toetsingsverbod**

Het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet kent een lange geschiedenis. Al sinds de revolutionaire grondwetsherziening van 1848 is het toetsingsverbod in de Grondwet opgenomen.<sup>25</sup> Om het toetsingsverbod in de huidige tijd te bezien, is het van belang de achtergrond en de ontwikkelingen sinds het bestaan van het toetsingsverbod te beschouwen. Dit tweede hoofdstuk zal daarom dienen ter beantwoording van de eerste deelvraag<sup>26</sup>. Allereerst zal worden stilgestaan bij de betekenis en de achtergrond van het toetsingsverbod, waarna (de relativering van) artikel 94 van de Grondwet en het gematigd monistisch stelsel aan bod zullen komen. Vervolgens zullen verschillende arresten van de Hoge Raad der Nederlanden tegen het licht worden gehouden. In de conclusie zal vervolgens de beantwoording van de eerste deelvraag aan bod komen en zal een algemene uitleg van de huidige betekenis van het toetsingsverbod kunnen worden gegeven.

### **2.1 De betekenis van het toetsingsverbod**

Artikel 120 van de Grondwet verbiedt de rechter om de grondwettigheid van wetten en verdragen te beoordelen.<sup>27</sup> Daarmee is artikel 120 van de Grondwet in wezen een conflictenregel; ongeacht de grondwettigheid van wetten in formele zin of verdragen moét de rechter deze toepassen.<sup>28</sup>

### **2.2 De achtergrond van artikel 120 Grondwet**

Met betrekking tot de achtergrond van het toetsingsverbod dienen twee aspecten van het huidige toetsingsverbod te worden besproken: toetsing aan wetten in formele zin en toetsing aan verdragen. In deze paragraaf zullen deze twee onderdelen apart van elkaar worden uitgelicht.

#### *2.2.1 Wetten in formele zin*

Zoals aangegeven in de inleiding bij dit hoofdstuk, moet men voor de achtergrond van het toetsingsverbod in de Grondwet terug naar meer dan een eeuw geleden, namelijk het jaar

---

<sup>25</sup> Fleuren 2018, p. 241.

<sup>26</sup> De eerste deelvraag betreft de vraag: wat is de achtergrond van het toetsingsverbod en hoe ziet het huidige stelsel van constitutionele toetsing eruit?

<sup>27</sup> Artikel 120 Grondwet.

<sup>28</sup> Boogaard & Uzman 2020, p. 3-4.

1848.<sup>29</sup> Dit specifieke jaar wordt ook wel aangemerkt als het ‘revolutiejaar’, omdat in meerdere Europese landen revoluties en opstanden uitbraken tegen de zittende vorsten.<sup>30</sup> Toen dit ook in Nederland dreigde te gebeuren, nam koning Willem II een actieve houding aan door een grondwetscommissie te benoemen bij koninklijk besluit, welke vervolgens tot een rapport over een grondwetsherziening moest komen.<sup>31</sup> Voorzitter van deze grondwetscommissie in 1848 was Thorbecke.<sup>32</sup> Het opstellen van het rapport geschiedde binnen één maand.<sup>33</sup> Toen eenmaal een nieuw kabinet werd geformeerd, werd reeds een discussie gevoerd over de vraag of het toetsingsverbod in de Grondwet opgenomen moest worden.<sup>34</sup> Uiteindelijk kwam dit toetsingsverbod er, aangedragen door de regering.<sup>35</sup>

Thorbecke zelf was geen voorstander van het toetsingsverbod.<sup>36</sup> Hij vond het een schending van de eenheid van wetgeving en volgens hem was het onwenselijke gevolg van het verbod dat de wetgever boven de Grondwet zou komen te staan.<sup>37</sup> Lijnrecht tegenover hem vond hij minister Donker Curtius, die aan de wieg stond van het toetsingsverbod.<sup>38</sup> Zijn motivering voor dit standpunt was dat de wet boven alle twijfel gesteld moest worden.<sup>39</sup> Bovendien diende de wet, aldus Donker Curtius, worden beschermd tegen inmenging van de uitvoerende of rechterlijke macht.<sup>40</sup> De discussie tussen Thorbecke en Curtius, vormt de basis voor latere en hedendaagse discussies over de wenselijkheid van het toetsingsverbod.<sup>41</sup>

### *2.2.2 Verdragen en gematigd monistisch stelsel*

Waar het toetsingsverbod zich in 1848 nog enkel richtte op wetten in formele zin, werd deze in 1983 tekstueel uitgebreid tot verdragen.<sup>42</sup> De rechter mocht de verenigbaarheid van verdragen met de Grondwet al langere tijd niet beoordelen, maar vanaf 1983 is het toetsingsverbod opgenomen in één grondwetsartikel: artikel 120.<sup>43</sup>

---

<sup>29</sup> Fleuren 2018, p. 241.

<sup>30</sup> Fleuren 2018, p. 242.

<sup>31</sup> Fleuren 2018, p. 242.

<sup>32</sup> Fleuren 2018, p. 243.

<sup>33</sup> Fleuren 2018, p. 244.

<sup>34</sup> Fleuren 2018, p. 246-248 en 251-254.

<sup>35</sup> Kortmann 2016, p. 359.

<sup>36</sup> Thorbecke 1921, p. 60-63.

<sup>37</sup> Thorbecke 1921, p. 61.

<sup>38</sup> Boogaard & Uzman 2020, p. 2; Fleuren, p. 243-244.

<sup>39</sup> Boogaard & Uzman 2020, p. 2.

<sup>40</sup> Boogaard & Uzman 2020, p. 2.

<sup>41</sup> Boogaard & Uzman 2020, p. 3.

<sup>42</sup> Boogaard & Uzman 2020, p. 3.

<sup>43</sup> Boogaard & Uzman 2020, p. 3.

Van belang bij verdragstoetsing is artikel 94 van de Grondwet. Dit artikel bepaalt dat wettelijke voorschriften niet van toepassing zijn indien deze niet verenigbaar zijn met eenieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties.<sup>44</sup>

Bij de bespreking van de doorwerking van internationale eenieder verbindende bepalingen in de nationale rechtsorde, is het onderscheid tussen het monistisch en het dualistisch stelsel van belang. In een monistisch stelsel wordt geen onderscheid gemaakt tussen de nationale en de internationale rechtsorde, waardoor de nationale rechtsorde wordt gezien als onderdeel van één rechtsorde, hetgeen dus ook internationaal verdrags- en besluitenrecht omvat.<sup>45</sup> In een dergelijk stelsel gelden de internationale rechtsnormen rechtstreeks, dus zonder implementatie, in het nationaal recht en hebben deze internationale rechtsnormen zelfs voorrang boven het nationaal recht.<sup>46</sup> In dit stelsel wordt aan internationaal verdrags- en besluitenrecht dus een hogere status toegekend dan aan nationaal recht.<sup>47</sup>

Hiertegenover staat het dualistisch stelsel, waarin een strikte scheiding bestaat tussen de nationale en internationale rechtsorde.<sup>48</sup> In een dualistisch stelsel gelden internationale regels uit verdragen en besluiten pas op het moment dat deze zijn getransformeerd in de nationale rechtsorde.<sup>49</sup>

Het Nederlandse stelsel kent geen zuiver monistisch of dualistisch stelsel, maar een gematigd monistisch stelsel, omdat het stelsel door zowel monistische als dualistische trekken gekenmerkt wordt.<sup>50</sup> Het monistisch gedeelte bestaat uit het uitgangspunt dat de Nederlandse rechtsorde onderdeel is van de internationale rechtsorde, waardoor er één rechtsorde bestaat in dit stelsel.<sup>51</sup> De bron van dit monistische gedeelte wordt gevormd door het arrest Grenstractaat Aken van de Hoge Raad uit 1919.<sup>52</sup> In dit arrest bepaalde de Hoge Raad dat burgers rechtstreeks rechten konden ontlenuen aan het tractaat van Aken, gesloten tussen het Verenigd Koninkrijk

---

<sup>44</sup> Artikel 94 Grondwet; Vlemminx & Meuwese 2020, p. 1.

<sup>45</sup> Burkens e.a. 2017, p. 350.

<sup>46</sup> Burkens e.a. 2017, p. 350.

<sup>47</sup> Burkens e.a. 2017, p. 350.

<sup>48</sup> Burkens e.a. 2017, p. 350.

<sup>49</sup> Burkens e.a. 2017, p. 350.

<sup>50</sup> Burkens e.a. 2017, p. 350-351.

<sup>51</sup> Burkens e.a. 2017, p. 350.

<sup>52</sup> Hoge Raad 3 maart 1919, *NJ* 1919, 371 (Grenstractaat Aken); Burkens e.a. 2017, p. 351; Vlemminx & Meuwese 2020, p. 4.

der Nederlanden en Pruisen, zonder dat de rechten uit het tractaat eerst getransformeerd dienden worden naar nationaal recht.<sup>53</sup>

Het dualistische gedeelte van het stelsel wordt gevormd door het bestaan van artikel 93 en 94 van de Grondwet, omdat de internationale rechtsregels uit verdragen en besluiten pas voorrang hebben boven nationaal recht indien ze op de juiste wijze bekend zijn gemaakt (artikel 93 juncto 95 Grondwet) en indien ze naar hun aard eenieder verbindend zijn (artikel 94 Grondwet).<sup>54</sup> Het gematigd monistisch stelsel stuit regelmatig op kritiek, waarbij het veelal gaat om de wens om het belang van de goedkeuring van de wetgever te vergroten.<sup>55</sup>

Kortom, in de Nederlandse rechtsorde heeft het verdragsrecht dus voorrang boven nationaal recht, mits de bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties naar hun inhoud eenieder kunnen verbinden.<sup>56</sup> Op basis van dit uitgangspunt kunnen bepalingen die niet eenieder verbindend zijn en kan gewoonterecht dus geen voorrang genieten boven nationaal recht.<sup>57</sup> In zekere zin is daarmee een overeenkomst met het toetsingsverbod te vinden, want het oordeel over niet eenieder verbindende bepalingen en gewoonterecht is daarmee voorbehouden aan de wetgever.<sup>58</sup>

Recent, in 2014, verlaagde de Hoge Raad de drempel van eenieder verbindendheid enigszins in een arrest tegen de Staat over het rookverbod.<sup>59</sup> De Hoge Raad oordeelde in die zaak dat het begrip 'eenieder verbindend' minder abstract dient te worden uitgelegd in die zin dat de rechtsnorm onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om in de concrete zaak te worden toegepast.<sup>60</sup>

Terugkijkend naar de toetsingsbevoegdheid van de rechter betekent dit dus concreet dat de rechter op basis van artikel 94 Grondwet de verenigbaarheid van wetten in formele zin wél mag toetsen aan eenieder verbindende bepalingen uit verdragen, maar niet aan de Grondwet. Dit geeft de rechter dus alsnog de mogelijkheid om wettelijke voorschriften te toetsen aan

---

<sup>53</sup> Hoge Raad 3 maart 1919, *NJ* 1919, 371 (Grenstractaat Aken), p. 371.

<sup>54</sup> Burkens e.a. 2017, p. 351.

<sup>55</sup> Heringa 2019, p. 271.

<sup>56</sup> Artikel 93 en 94 Grondwet; Vlemminx & Meuwese 2020, p. 2.

<sup>57</sup> Burkens e.a. 2017, p. 351.

<sup>58</sup> Burkens e.a. 2017, p. 351-352.

<sup>59</sup> Hoge Raad 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928 (Staat/Can).

<sup>60</sup> Hoge Raad 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928 (Staat/Can), r.o. 3.5.1-3.5.3.

belangrijke grondrechten uit bijvoorbeeld het EVRM. Hiermee wordt de door Curtius in 1848 beoogde onschendbaarheid van de wet sterk gerelativeerd.

### 2.3 Arrest Van den Bergh/Staat

In het arrest Van den Bergh/Staat bepaalde de Hoge Raad dat het toetsingsverbod zich niet alleen uitstrekt over de vraag of de inhoud van een wet in formele zin in overeenstemming is met de Grondwet.<sup>61</sup> Ook de vraag of een wet tot stand is gekomen volgens de door de Grondwet voorgeschreven procedure valt onder het toetsingsverbod, aldus de Hoge Raad.<sup>62</sup>

Inmiddels was vóór het arrest al duidelijk dat het de rechter verboden was om wetten in formele zin te toetsen aan de materiële normen uit de Grondwet, zoals de klassieke grondrechten. Uit dit arrest bleek echter dat het toetsingsverbod ruimer moest worden opgevat, in die zin dat het de rechter ook verboden is om wetten in formele zin te toetsen aan de formele normen uit de Grondwet, zoals de totstandkomingsprocedure van een wet.<sup>63</sup>

In concreto hield de uitspraak van de Hoge Raad hier een uitbreiding van de werking van het toetsingsverbod in: het toetsingsverbod is niet enkel materieel, maar ook formeel van aard.<sup>64</sup>

### 2.4 Harmonisatiewetarrest

Het tweede belangrijke arrest van de Hoge Raad omtrent het toetsingsverbod betreft het Harmonisatiewetarrest. Aan dit arrest ging een periode van onduidelijkheid vooraf omtrent de betekenis van de ‘onschendbaarheid van de wet’.<sup>65</sup> Dit bracht met zich mee dat ook onduidelijkheid bestond over de vraag hoe ver de toetsingsbevoegdheid van de rechter reikte om rechtsbescherming te bieden aan burgers.<sup>66</sup> Het standpunt dat het toetsingsverbod slechts toetsing aan de Grondwet uitsloot en dat bijvoorbeeld toetsing aan ongeschreven volkenrecht wel mogelijk was breed aangenomen vóór dit arrest.<sup>67</sup> Dit standpunt werd ook bevestigd door de Hoge Raad in het Nyugat-arrest uit 1959.<sup>68</sup>

---

<sup>61</sup> HR 27 januari 1961, *NJ* 1963, 248, ECLI:NL:HR:1961:AG2059 (Prof. Van den Bergh), p. 583.

<sup>62</sup> HR 27 januari 1961, *NJ* 1963, 248, ECLI:NL:HR:1961:AG2059 (Prof. Van den Bergh), p. 583; Nieuwenhuis & Dragstra, *Preadvieszen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht* 2008/1, p. 16.

<sup>63</sup> HR 27 januari 1961, *NJ* 1963, 248, ECLI:NL:HR:1961:AG2059 (Prof. Van den Bergh), p. 583; Nieuwenhuis & Dragstra, *Preadvieszen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht* 2008/1, p. 17.

<sup>64</sup> Veegens, *NJ* 1963/248.

<sup>65</sup> Kortmann 2016, p. 359.

<sup>66</sup> Kortmann 2016, p. 359.

<sup>67</sup> Kortmann 2016, p. 359-360.

<sup>68</sup> Kortmann 2016, p. 359-360; HR 6 maart 1959, *NJ* 1962, 2, ECLI:NL:HR:1959:131 (Nyugat).

Kort na de grondwetsherziening van 1983, waaruit geen sluitend antwoord volgde over de onduidelijkheden, werd het Harmonisatiewetarrest gewezen.<sup>69</sup> Uit dit arrest bleek dat het toetsingsverbod zich uitstrekt over elke toetsing van de wet, ongeacht aan welke hogere regel wordt getoetst.<sup>70</sup> Ook maakt het arrest duidelijk dat het toetsingsverbod geldt ten aanzien van toetsing aan het Statuut.<sup>71</sup> Uit dit arrest van de Hoge Raad werd dus een algehele onschendbaarheid van de wet geconcludeerd.<sup>72</sup>

Concluderend heeft het Harmonisatiewetarrest grote impact gehad op de betekenis van het toetsingsverbod. Waar naar de letter van de wet slechts toetsing van de verenigbaarheid van wetten in formele zin met de Grondwet en verdragen werd verboden, heeft de Hoge Raad deze in het Harmonisatiewetarrest uitgebreid naar hogere regelgeving en het Statuut.

## **2.5 Arrest Koonen-Maritiem**

In het arrest Koonen-Maritiem tegen de Staat der Nederlanden breidde de Hoge Raad de werking van het toetsingsverbod verder uit naar verdere aspecten van de wetten in formele zin, zoals de uitvaardiging, uitvoering en handhaving, bijvoorbeeld in het kader van het eventueel toekennen van een schadevergoeding.<sup>73</sup> Ook deze vallen onder de bescherming van het toetsingsverbod, aldus de Hoge Raad.<sup>74</sup>

## **2.6 Tegelen-arrest**

Ook het Tegelen-arrest is van belang geweest voor het toetsingsverbod. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat de rechter ook niet mag oordelen over de rechtmatigheid van een procedure die leidt tot een wet in formele zin.<sup>75</sup> De motivering van de Hoge Raad hierachter is dat, indien een rechter zich wel zou uitspreken over de procedure die leidt tot een wet in formele zin, hij hiermee deze taak van de Staten-Generaal zou afnemen.<sup>76</sup> De motivering van de Hoge Raad is op veel kritiek gestuit, omdat het volgens criticasters niet uit artikel 120 Grondwet zou kunnen

---

<sup>69</sup> Kortmann 2016, p. 360.

<sup>70</sup> HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (Harmonisatiewet), r.o. 3.2; Heringa 2019, p. 270.

<sup>71</sup> HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (Harmonisatiewet), r.o. 4.6; Heringa 2019, p. 270.

<sup>72</sup> Kortmann 2016, p. 361.

<sup>73</sup> HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5527 (Koonen-Maritiem/Staat), r.o. 5; Boogaard & Uzman 2020, p. 10.

<sup>74</sup> HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5527 (Koonen-Maritiem/Staat), r.o. 5; Boogaard & Uzman 2020, p. 10.

<sup>75</sup> Hennekes, *Gst.* 2000-7115/3; HR 19 november 1999, *NJ* 2000, 160, ECLI:NL:HR:1999:AA1056 (Tegelen), r.o. 3.4; Boogaard & Uzman 2020, p. 4.

<sup>76</sup> Boogaard & Uzman 2020, p. 8; HR 19 november 1999, *NJ* 2000, 160, ECLI:NL:HR:1999:AA1056 (Tegelen), r.o. 3.4.

volgen.<sup>77</sup> Meer concreet omvat het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet niet per definitie grondwettelijke procedurevoorschriften.<sup>78</sup>

Van belang zijn de verschillen tussen het arrest Van den Bergh/Staat en het Tegelen-arrest. Ten eerste ging het in het arrest Van den Bergh/Staat om de toetsing van de verenigbaarheid van een wet in formele zin aan de procedurele, formele, voorschriften uit de Grondwet, terwijl het in het Tegelen-arrest slechts ging om de toetsing aan wettelijke voorschriften en dus niet om voorschriften uit de Grondwet.<sup>79</sup> Bovendien ging het in het arrest Van den Bergh/Staat om de toetsing van een wet in formele zin nádat deze was vastgesteld, terwijl het ging in het Tegelen-arrest ging om een rechterlijke toetsing nog vóór de wetgevingsprocedure.<sup>80</sup>

Het oordeel in het Tegelen-arrest moet in dit licht worden gezien als een verlengde van artikel 120 van de Grondwet en van het arrest Van den Bergh/Staat.<sup>81</sup>

## **Conclusie**

Het toetsingsverbod heeft een lange periode met veel wijzigingen ondergaan. Het is ontstaan in een onrustige periode in Europa, als reactie van Willem II uit angst voor een revolutie.<sup>82</sup> Waar het toetsingsverbod aanvankelijk enkel gericht was op wetten in formele zin, werd meer dan een eeuw later ook het verdragsrecht toegevoegd.<sup>83</sup> Ten aanzien van de doorwerking van dit verdragsrecht is artikel 94 van de Grondwet en het in Nederland geldende gematigd monistische stelsel van belang, omdat deze twee aspecten bepalen of internationaal verdragsrecht doorwerkt in de Nederlandse rechtsorde.<sup>84</sup>

Voorts heeft de jurisprudentie een grote invloed gehad op het toetsingsverbod. Met arrest Van den Bergh/Staat, waarin werd bepaald dat het toetsingsverbod zowel materiële als formele voorschriften uit de Grondwet omvat, werd een precedent van baanbrekende jurisprudentie geschapen.<sup>85</sup> Ook het Harmonisatiewetarrest heeft de toepassing van het toetsingsverbod

---

<sup>77</sup> Boogaard & Uzman 2020, p. 8.

<sup>78</sup> Boogaard & Uzman 2020, p. 8.

<sup>79</sup> Nieuwenhuis & Dragstra, *Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht* 2008/1, p. 20.

<sup>80</sup> Nieuwenhuis & Dragstra, *Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht* 2008/1, p. 20.

<sup>81</sup> Nieuwenhuis & Dragstra, *Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht* 2008/1, p. 20.

<sup>82</sup> Fleuren 2018, p. 242.

<sup>83</sup> Boogaard & Uzman 2020, p. 3.

<sup>84</sup> Artikel 94 Grondwet; Burkens e.a. 2017, p. 350-351.

<sup>85</sup> HR 27 januari 1961, NJ 1963, 248, ECLI:NL:HR:1961:AG2059 (Prof. Van den Bergh); Veegens, *NJ* 1963/248.

drastisch veranderd, omdat de Hoge Raad daarin uitsprak dat het toetsingsverbod zich niet enkel uitstrekt over de Grondwet, maar ook over andere hogere regelgeving en het Statuut.<sup>86</sup>

De invloed van de jurisprudentie op het toetsingsverbod eindigde hier niet. Zo werd in het Koonen-Maritiem arrest duidelijk dat het toetsingsverbod niet enkel van toepassing op de wet in formele zin zelf, maar ook op de uitvaardiging, voorbereiding en uitvoering daarvan.<sup>87</sup> In het verlengde van het arrest Van den Bergh/Staat en het toetsingsverbod, oordeelde de Hoge Raad in het Tegelen-arrest dat een rechter zich ook niet op basis van wettelijke voorschriften mag uitspreken over een procedure die leidt tot een wet in formele zin.<sup>88</sup>

Met de beantwoording van de eerste deelvraag<sup>89</sup> is de achtergrond van het toetsingsverbod uiteengezet. Door vervolgens de ontwikkelingen van het toetsingsverbod op basis van jurisprudentie te weergeven, is een beeld ontstaan van hoe het huidige stelsel van constitutionele toetsing door de rechter eruit ziet: de rechter mag (de uitvaardiging, voorbereiding en uitvoering van) wetten in formele zin niet toetsen aan de materiële en formele voorschriften uit de Grondwet, aan andere hoge regelgeving en aan de Statuut én de rechter mag de procedure die leidt tot een wet in formele zin niet toetsen aan wettelijke voorschriften.

---

<sup>86</sup> Kortmann 2016, p. 359-360; HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (Harmonisatiewet), r.o. 3.2 en r.o. 4.6.

<sup>87</sup> HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5527 (Koonen-Maritiem/Staat), r.o. 5; Boogaard & Uzman 2020, p. 10.

<sup>88</sup> Hennekes, *Gst.* 2000-7115/3; HR 19 november 1999, *NJ* 2000, 160, ECLI:NL:HR:1999:AA1056 (Tegelen), r.o. 3.4.

<sup>89</sup> De eerste deelvraag betreft de vraag: wat is de achtergrond van het toetsingsverbod en hoe ziet het huidige stelsel van constitutionele toetsing eruit?

## **Hoofdstuk 3 – Voorstellen tot afschaffing van het toetsingsverbod en de kabinetsreacties hierop**

Nu in het vorige hoofdstuk is stilgestaan bij de achtergrond van het toetsingsverbod en het huidige stelsel van constitutionele toetsing, zal hoofdstuk 3 in het teken staan van de discussie over de wenselijkheid en houdbaarheid van het toetsingsverbod. Verschillende staatscommissies en werkgroepen hebben de revue gepasseerd. Allemaal hebben zij een oordeel gegeven over het toetsingsverbod welke uiteen is gezet in rapporten. Vervolgens zijn deze rapporten voorzien van een reactie van de ten tijde van het uitbrengen zittende kabinetten. Het doel van dit hoofdstuk is om deze discussies tussen de opstellers van de rapporten en de kabinetten uiteen te zetten, om zo een compleet beeld te geven van de hobbels die het toetsingsverbod tot op heden heeft doorstaan. Hiermee wordt beoogd de tweede onderzoeksvraag<sup>90</sup> te beantwoorden.

### **3.1 Werkgroep Proeve van een nieuwe Grondwet 1966**

Het eerste rapport van deze reeks te bespreken rapporten betreft het rapport ‘Proeve van een nieuwe grondwet’. De werkgroep, bestaande uit vijf staatsrechtskundigen, werd opgericht door het Ministerie van Binnenlandse Zaken, met Toxopeus als minister. De werkgroep werd opgericht als reactie op een nadrukkelijke oproep van de Staten-Generaal om onderzoek te doen naar de modernisering van verouderde delen van de Grondwet.<sup>91</sup> Deze werkgroep werkte samen met een eveneens opgerichte afdeling binnen het ministerie die zich bezighield met grondwettelijke zaken.<sup>92</sup>

Het toetsingsverbod ondergaat in het rapport een behoorlijke transformatie. In het ontwerp van een nieuwe Grondwet, opgesteld door de werkgroep, wordt allereerst beoogd om het toetsingsverbod in het kader van verdragen enerzijds en wetten in formele zin anderzijds samen te voegen in één artikel.<sup>93</sup> Met de kennis van nu weten we inmiddels dat dit jaren later ook daadwerkelijk is gebeurd.<sup>94</sup>

---

<sup>90</sup> De tweede deelvraag luidt: wat hielden voorstellen tot afschaffing van het toetsingsverbod in en wat waren de kabinetsreacties hierop?

<sup>91</sup> Werkgroep Proeve 1966, p. IV-V (‘Ten Geleide’).

<sup>92</sup> Werkgroep Proeve 1966, p. V (‘Ten Geleide’).

<sup>93</sup> Werkgroep Proeve 1966, p. 16-17.

<sup>94</sup> Boogaard & Uzman 2020, p. 3.

Hoewel de werkgroep niet wilde tornen aan het verbod op toetsing van de grondwettigheid van verdragen, lijkt de meerderheid van de werkgroep dit wel te hebben gewenst met betrekking tot wetten in formele zin.<sup>95</sup> Door het toevoegen van een tweede lid werd toetsing van wetten in formele zin aan hoofdstuk 1 van de Grondwet wél beoogd, behoudens een afgekondigde uitzonderingstoestand.<sup>96</sup>

Hieruit volgt dat de Werkgroep Proeve van een nieuwe Grondwet in 1966 pleitte voor een de facto gedeeltelijke afschaffing van het toetsingsverbod, namelijk ten aanzien van de toetsing van wetten in formele zin aan klassieke grondrechten. Volgens de werkgroep zou de uitkomst van een zaak, indien de rechter van oordeel zou zijn dat er inderdaad sprake is van een ongrondwettige wet in formele zin, moeten zijn dat de ongrondwettige wet in formele zin buiten toepassing zou moeten worden gelaten. De werkgroep beargumenteerde dit door te stellen dat het onthouden van een direct beroep voor de burger op klassieke grondrechten bij de rechter niet rijmt met de verplichting uit het EVRM om grondrechten op te nemen in de Grondwet, omdat deze grondrechten juist als bijzondere waarborg dienen voor de burger.<sup>97</sup>

De reactie van het destijds zittende kabinet was om advies te vragen aan maatschappelijke en politieke instanties.<sup>98</sup> Hieruit bleek dat deze instanties positief stonden tegenover een algehele herziening van de Grondwet.<sup>99</sup> Het kabinet is hier destijds echter niet actief mee aan de gang gegaan.

### **3.2 Staatscommissie Cals/Donner 1971**

De Staatscommissie Cals/Donner, ook wel de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet, werd in 1967 ingesteld door Kabinet-De Jong en kwam in 1971 met haar eindrapport.<sup>100</sup> De taak van deze staatscommissie was om te komen tot een volledige herziening van de destijds geldende versie van de Grondwet, omdat nodig werd geacht de Grondwet aan te passen aan maatschappelijke ontwikkelingen en veranderende rollen van grondwettelijke actoren.<sup>101</sup>

---

<sup>95</sup> Werkgroep Proeve 1966, p. 16-17.

<sup>96</sup> Werkgroep Proeve 1966, p. 16-17.

<sup>97</sup> Werkgroep Proeve 1966, p. 55.

<sup>98</sup> Pelle 1998, p. 82; Barkhuysen e.a. 2009, p. 34.

<sup>99</sup> Staatscommissie Cals/Donner 1971, p. 19.

<sup>100</sup> Rijksoverheid, *Kabinetten sinds 1945*, geraadpleegd op 13 mei 2022, van <https://www.rijksoverheid.nl/regering/over-de-regering/kabinetten-sinds-1945>; Staatscommissie Cals/Donner 1971, p. 15.

<sup>101</sup> Staatscommissie Cals/Donner 1971, p. 17-18.

De Staatscommissie Cals/Donner zette de lijn van de Werkgroep in zekere zin door. De meerderheid van de staatscommissie zou namelijk voorstander zijn geweest van een toetsingsbevoegdheid voor de rechter van de verenigbaarheid van wetten in formele zin aan de Grondwet, mits dit een *repressieve* controle is, oftewel: toetsing ná vaststelling van een wet in formele zin, en het enkel toetsing aan klassieke grondrechten betreft.<sup>102</sup> Evenals de Werkgroep, zag de staatscommissie het in een concreet geval buiten toepassing laten van de wet als uitkomstmogelijkheid.<sup>103</sup> Volgens de staatscommissie was dit dé manier voor burgers om zich op hun vrijheidsrechten te beroepen en was de rechter dé instantie om belangen af te wegen.<sup>104</sup>

De regering destijds stond negatief tegenover dit uitgangspunt van de Staatscommissie Cals/Donner.<sup>105</sup> Volgens deze regering zou het gevolg kunnen zijn van de gedeeltelijke afschaffing van het toetsingsverbod dat het kan leiden tot rechtsonzekerheid, het doorkruisen van de rechtseenheid en een ongemakkelijke positie voor de rechter die zich moet manoeuvreren binnen politieke discussies.<sup>106</sup> De angst dat de rechter zich, in plaats van de Staten-Generaal, met politieke vraagstukken zou bemoeien, werd gedeeld met de minderheid van de staatscommissie.<sup>107</sup>

### **3.3 Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk**

De Commissie “Grondrechten in het digitale tijdperk” werd in 1999 ingesteld door het Kabinet-Kok II.<sup>108</sup> De taak van deze commissie was om te onderzoeken of nieuwe technologische ontwikkelingen ertoe dwongen om de klassieke grondrechten uit hoofdstuk 1 te herzien.<sup>109</sup> Bovendien omvatte de taak van deze commissie om te onderzoeken of deze nieuwe technologische ontwikkelingen noodzaakten tot het eventueel toevoegen van nieuwe grondrechten.<sup>110</sup>

---

<sup>102</sup> Staatscommissie Cals/Donner 1971, p. 252-254.

<sup>103</sup> Staatscommissie Cals/Donner 1971, p. 252.

<sup>104</sup> Staatscommissie Cals/Donner 1971, p. 252-254; Sap, *NTM/NJCM-bull.* 2007/32, p. 593.

<sup>105</sup> Sap, *NTM/NJCM-bull.* 2007/32, p. 593.

<sup>106</sup> Sap, *NTM/NJCM-bull.* 2007/32, p. 593.

<sup>107</sup> *Kamerstukken II* 2000/01, 27 460, nr. 1, p. 41.

<sup>108</sup> Rijksoverheid, *Kabinetten sinds 1945*, geraadpleegd op 22 januari 2022, van <https://www.rijksoverheid.nl/regering/over-de-regering/kabinetten-sinds-1945>; Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk 2000, p. 13.

<sup>109</sup> Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk 2000, p. 14.

<sup>110</sup> Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk 2000, p. 14.

Wanneer de commissie in haar rapport het karakter van de Grondwet schetst, komt zij onvermijdelijk uit bij het toetsingsverbod.<sup>111</sup> Hoewel men zou kunnen betogen dat de commissie hiermee verder ging dan haar taak, hetgeen de commissie zelf overigens ook concludeerde, werd toch een oordeel gegeven over het toetsingsverbod door de commissie.<sup>112</sup> Volgens de commissie wordt door het verbod de betekenis van de Grondwet verminderd.<sup>113</sup> Daarom vond een meerderheid van de leden dat naar hun aard direct werkende bepalingen buiten het toetsingsverbod zou moeten vallen.<sup>114</sup> Rechters zouden zo bij techniek-onafhankelijke formulering van grondrechten steeds een actuele uitleg kunnen geven van deze grondrechten, in het licht van de geldende stand van zaken van de techniek.<sup>115</sup> De reden hiervoor was gelegen in de razendsnelle ontwikkelingen die technieken ondergingen (en nog steeds ondergaan).<sup>116</sup>

Het kabinet erkende dat de grondwetgever met het opstellen van normen in de Grondwet geen rekening heeft kunnen houden met de feitelijke situatie in een later stadium, bijvoorbeeld in het kader van nieuwe communicatiemiddelen.<sup>117</sup> Ook werd door het kabinet onderschreven dat de waarde en betekenis van de Grondwet kan mitigeren, omdat wél aan internationale mensenrechten getoetst kan worden.<sup>118</sup> Het kabinet durfde echter niet door te pakken. Volgens het kabinet was het beantwoorden van de vraag of het toetsingsverbod moet worden afgeschaft niet gepast in het kader van dit rapport.<sup>119</sup> Daarom verwees het kabinet deze vraag door naar de Eerste en Tweede Kamer.<sup>120</sup>

### 3.4 Wetsvoorstel Halsema

Femke Halsema, voormalig lid van de Tweede Kamer en fractievoorzitter van GroenLinks<sup>121</sup>, kwam in 2002 met haar wetsvoorstel welke beoogde het toetsingsverbod (deels) op te heffen. Het voorstel van Halsema betrof geen rapport, maar is niet minder interessant omdat het wetsvoorstel een toetsing van wetten in formele zin aan een, in een tweede lid te noemen, aantal

---

<sup>111</sup> Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk 2000, p. 46.

<sup>112</sup> Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk 2000, p. 49.

<sup>113</sup> Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk 2000, p. 49.

<sup>114</sup> Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk 2000, p. 49.

<sup>115</sup> Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk 2000, p. 49.

<sup>116</sup> Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk 2000, p. 49.

<sup>117</sup> *Kamerstukken II* 2000/01, 27 460, nr. 1, p. 44.

<sup>118</sup> *Kamerstukken II* 2000/01, 27 460, nr. 1, p. 45.

<sup>119</sup> *Kamerstukken II* 2000/01, 27 460, nr. 1, p. 45.

<sup>120</sup> *Kamerstukken II* 2000/01, 27 460, nr. 1, p. 45-46.

<sup>121</sup> Parlement.com, *Drs. F. (Femke) Halsema*, geraadpleegd op 25 januari 2022, van [https://www.parlement.com/id/vg09lljy43zi/f\\_femke\\_halsema](https://www.parlement.com/id/vg09lljy43zi/f_femke_halsema).

grondrechten uit de Grondwet.<sup>122</sup> Meer specifiek werden hiermee de klassieke grondrechten bedoeld, inclusief eventueel daarmee vergelijkbare grondrechten.<sup>123</sup> Dit concept komt sterk overeen met die van de Werkgroep Proeve van een Nieuwe Grondwet.<sup>124</sup>

Halsema onderbouwde haar voorstel door te stellen dat een afschaffing past binnen de ontwikkelingen in Europa naar meer rechtsbescherming van de burger.<sup>125</sup> Bovendien, zo stelde Halsema, kan dit de waarde van de Grondwet vergroten en kan dit het vertrouwen in de rechtspraak vergroten.<sup>126</sup> Ook stelde Halsema dat de uitleg van de grondrechten uit de Grondwet hierdoor steeds aangepast konden worden aan de actuele stand van de samenleving.<sup>127</sup> Tenslotte heeft de rechter op deze wijze meer instrumenten om een oordeel te vellen in situaties waar de normatieve waarde van wetgeving tekortschiet en vergroot de constitutionele toetsing de rechtszekerheid, aldus Halsema.<sup>128</sup>

Het wetsvoorstel werd in eerste lezing met een ruime meerderheid in de Tweede Kamer aangenomen.<sup>129</sup> Vervolgens werd het voorstel in de Eerste Kamer met een kleinste meerderheid aangenomen.<sup>130</sup> Na de verkiezingen van 2010 diende er een tweede lezing plaats te vinden.<sup>131</sup> Vanaf dat moment werd het wetsvoorstel overgenomen door Van Tongeren, een ambtsgenote van Halsema.<sup>132</sup> Uiteindelijk is de behandeling van het voorstel tot afschaffing van het toetsingsverbod stil komen te liggen, waarna het is ingetrokken door ambtsgenote Buitenweg.<sup>133</sup>

De mening die het kabinet was toegedaan destijds was dat de voordelen van het afschaffen van het toetsingsverbod niet afwogen tegen de nadelen.<sup>134</sup> Dit was dan ook het voorlopig oordeel van Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties Ter Horst voor de behandeling van het wetsvoorstel in de Eerste Kamer.<sup>135</sup>

---

<sup>122</sup> Wetsvoorstel Halsema 2001/02, p. 2.

<sup>123</sup> Wetsvoorstel Halsema 2001/02, p. 2 en 21-24.

<sup>124</sup> Boogaard & Uzman 2020, p. 6.

<sup>125</sup> Wetsvoorstel Halsema 2001/02, p. 12.

<sup>126</sup> Wetsvoorstel Halsema 2001/02, p. 12.

<sup>127</sup> Wetsvoorstel Halsema 2001/02, p. 13.

<sup>128</sup> Wetsvoorstel Halsema 2001/02, p. 14-15.

<sup>129</sup> *Handelingen II* 2004/05, nr. 12, p. 643; Boogaard & Uzman 2020, p. 6.

<sup>130</sup> *Handelingen I* 2008/09, nr. 11, p. 541-543; Boogaard & Uzman 2020, p. 6.

<sup>131</sup> *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 334, nr. 3, p. 1.

<sup>132</sup> Wetsvoorstel Van Tongeren, p. 1; Boogaard & Uzman, p. 6.

<sup>133</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 32 334, nr. 12, p. 1.

<sup>134</sup> *Kamerstukken I* 2008/09, 28331, nr. G, p. 1.

<sup>135</sup> *Kamerstukken I* 2008/09, 28331, nr. G, p. 1.

### 3.5 Nationale Conventie Hart voor de Publieke Zaak 2006

In 2005 werd de Nationale Conventie Hart voor de Publieke Zaak ingesteld door Kabinet-Balkenende II<sup>136</sup>, welke in 2006 met een uitgebreid eindrapport kwam.<sup>137</sup> De taak van de conventie was om onderzoek te doen naar het Nederlandse politiek bestel, om zo het vertrouwen tussen burger en overheid te herstellen.<sup>138</sup> Het idee hierbij was dat dit als grondslag zou kunnen dienen voor constitutionele herziening in de 21<sup>e</sup> eeuw.<sup>139</sup>

In haar rapport, zette de conventie meerdere argumenten voor en tegen het toetsingsverbod uiteen. Hierbij werd bijvoorbeeld verwezen naar het argument van Thorbecke over de waarde van de Grondwet.<sup>140</sup> De conventie lichtte in ieder geval twee tegenargumenten uit die zij daarna weerlegde. Het eerste argument betrof het argument dat constitutionele toetsing in het voortraject al voldoende waarborgen biedt.<sup>141</sup> De conventie weerlegde dit door te stellen dat de Staten-Generaal, Raad van State en ambtenaren een abstracte afweging dienen te maken, waarmee zij geen rekening kunnen houden met concrete feiten.<sup>142</sup> Het tweede argument was het zogeheten verdragsargument: de rechter kan al wetten in formele zin aan eenieder verbindende bepalingen uit verdragen toetsen.<sup>143</sup> De conventie gaf aan dat dit geen argument is om ‘eigen’ grondrechten uit de Grondwet niet te mogen toetsen. Bovendien is toetsing aan lagere regelgeving reeds mogelijk.<sup>144</sup> Tenslotte toetst de wetgever zelf in het voortraject ook aan verdragen, hetgeen tegelijkertijd tegen het eerste tegenargument in ging.<sup>145</sup>

Het standpunt van de conventie was uiteindelijk dat een direct beroep van burgers aan de Grondwet in procedures bij de rechter de positie van de Grondwet in de samenleving kan versterken.<sup>146</sup> Wel beperkte de conventie de toets aan de Grondwet van wetten in formele zin aan grondrechten die de burger direct rechten toekent, zoals het recht op vrijheid van meningsuiting.<sup>147</sup>

---

<sup>136</sup> Rijksoverheid, *Kabinetten sinds 1945*, geraadpleegd op 25 januari 2022, van <https://www.rijksoverheid.nl/regering/over-de-regering/kabinetten-sinds-1945>.

<sup>137</sup> Nationale Conventie Hart voor de Publieke Zaak 2006, p. 2.

<sup>138</sup> Nationale Conventie Hart voor de Publieke Zaak 2006, p. 2.

<sup>139</sup> Nationale Conventie Hart voor de Publieke Zaak 2006, p. 2.

<sup>140</sup> Nationale Conventie Hart voor de Publieke Zaak 2006, p. 45.

<sup>141</sup> Nationale Conventie Hart voor de Publieke Zaak 2006, p. 46.

<sup>142</sup> Nationale Conventie Hart voor de Publieke Zaak 2006, p. 46.

<sup>143</sup> Nationale Conventie Hart voor de Publieke Zaak 2006, p. 46.

<sup>144</sup> Nationale Conventie Hart voor de Publieke Zaak 2006, p. 46.

<sup>145</sup> Nationale Conventie Hart voor de Publieke Zaak 2006, p. 46.

<sup>146</sup> Nationale Conventie Hart voor de Publieke Zaak 2006, p. 46.

<sup>147</sup> Nationale Conventie Hart voor de Publieke Zaak 2006, p. 46.

De regering, inmiddels Kabinet-Balkenende III<sup>148</sup>, gaf geen inhoudelijke reactie op de aanbeveling van de conventie om constitutionele toetsing mogelijk te maken. De reden hiervoor was dat er reeds een wetsvoorstel aanhangig was gemaakt welke ter beoordeling bij de Eerste Kamer lag.<sup>149</sup> De regering vond het daarom passend om dit af te wachten.<sup>150</sup> Dit betrof het wetsvoorstel Halsema.<sup>151</sup>

### 3.6 Staatscommissie Grondwet 2010

De Staatscommissie Grondwet werd ingesteld in 2009, en kwam met haar eindrapport in november 2010.<sup>152</sup> Zij is ingesteld door Kabinet-Balkenende IV<sup>153</sup> met als taak om advies uit te brengen aan de regering over een noodzaak tot wijziging van de Grondwet op bepaalde onderdelen, zoals de waarde van de Grondwet voor burgers.<sup>154</sup>

De staatscommissie onderkende dat er gedurende het wetgevingsproces reeds de verenigbaarheid van grondrechten uit de Grondwet met nieuwe wetgeving wordt getoetst.<sup>155</sup> Echter is, volgens de staatscommissie, daarmee niet gegarandeerd dat de Grondwet een prominente plaats krijgt in dit proces.<sup>156</sup> Bovendien is een algemeen gebrek aan aandacht voor de Grondwet, volgens de staatscommissie, aannemelijk omdat de rechter niet aan de Grondwet mag toetsen wanneer een wet in formele zin eenmaal is vastgesteld.<sup>157</sup> Een ander argument voor constitutionele toetsing die werd aangegrepen door de staatscommissie was dat de betekenis van de Grondwet hiermee kan worden versterkt.<sup>158</sup> Hierdoor kan de effectiviteit van de Grondwet kan worden vergroot, de Grondwet maatschappelijk zichtbaarder wordt, de grondrechten van burgers beter kunnen worden beschermd én de rechter een aanvullende rol kan hebben, aldus de staatscommissie.<sup>159</sup> Tenslotte beargumenteerde de staatscommissie dat de rechter de grondrechten zonder het toetsingsverbod actueel kan houden waardoor een

---

<sup>148</sup> Rijksoverheid, *Kabinetten sinds 1945*, geraadpleegd op 25 januari 2022, van <https://www.rijksoverheid.nl/regering/over-de-regering/kabinetten-sinds-1945>.

<sup>149</sup> *Kamerstukken II* 2007/08, 30 184, nr. 14, p. 10.

<sup>150</sup> *Kamerstukken II* 2007/08, 30 184, nr. 14, p. 10.

<sup>151</sup> Eerste Kamer der Staten-Generaal, 28.331. *Initiatiefvoorstel-Halsema Constitutionele toetsing door de rechter*, geraadpleegd op 25 januari 2022, van [https://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/28331\\_initiatiefvoorstel\\_halsema](https://www.eerstekamer.nl/wetsvoorstel/28331_initiatiefvoorstel_halsema).

<sup>152</sup> Staatscommissie Grondwet 2010, p. 5.

<sup>153</sup> Rijksoverheid, *Kabinetten sinds 1945*, geraadpleegd op 25 januari 2022, van <https://www.rijksoverheid.nl/regering/over-de-regering/kabinetten-sinds-1945>.

<sup>154</sup> Staatscommissie Grondwet 2010, p. 13.

<sup>155</sup> Staatscommissie Grondwet 2010, p. 45.

<sup>156</sup> Staatscommissie Grondwet 2010, p. 45.

<sup>157</sup> Staatscommissie Grondwet 2010, p. 45.

<sup>158</sup> Staatscommissie Grondwet 2010, p. 46.

<sup>159</sup> Staatscommissie Grondwet 2010, p. 46-47.

aanpassing van de Grondwet niet nodig is.<sup>160</sup> Concluderend oordeelde de staatscommissie dat de afschaffing van het toetsingsverbod nuttig zou kunnen zijn.<sup>161</sup>

Namens het Kabinet-Rutte I<sup>162</sup> reageerde Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties Donner op het advies van de staatscommissie.<sup>163</sup> Inhoudelijk ging het kabinet niet op het voorstel van de commissie in. De reden hiervoor was dat het kabinet hier onvoldoende aanleiding voor zag, omdat dit advies onvoldoende uitgewerkt was en het van (te) grote betekenis was voor de onderlinge verhouding tussen de drie staatsmachten.<sup>164</sup> Het kabinet zag dan ook geen dringende noodzaak om het toetsingsverbod (gedeeltelijk) af te schaffen.<sup>165</sup>

### **3.7 Staatscommissie parlementair stelsel 2018**

De Staatscommissie parlementair stelsel ging in haar rapport ‘Lage drempels, hoge dijken’ zeer uitgebreid in op het toetsingsverbod.<sup>166</sup> De staatscommissie werd in 2017 ingesteld en kwam het jaar daarna met haar eindrapport.<sup>167</sup> Haar opdracht was om te bezien in hoeverre het parlementair stelsel in Nederland toekomstbestendig is.<sup>168</sup>

De staatscommissie zag een probleem in de rechtsbescherming van de burger: wanneer een burger wordt aangetast in zijn positie door een wet, kan hij geen beroep doen op de Grondwet.<sup>169</sup> Bovendien stelde de staatscommissie dat het afschaffen van een toetsingsverbod kan zorgen voor een institutioneel evenwicht.<sup>170</sup> Tevens kan constitutionele toetsing, aldus de staatscommissie, zorgen voor een versterking van de normatieve waarde en betekenis van de Grondwet.<sup>171</sup> Zij stelde dan ook een toetsing van de verenigbaarheid van wetten in formele zin voor, welke in het Staatsblad bekend zijn gemaakt, aan klassieke grondrechten.<sup>172</sup> De uitkomst

---

<sup>160</sup> Staatscommissie Grondwet 2010, p. 49.

<sup>161</sup> Staatscommissie Grondwet 2010, p. 47.

<sup>162</sup> Ook wel: Kabinet-Rutte-Verhagen; Rijksoverheid, *Kabinetten sinds 1945*, geraadpleegd op 25 januari 2022, van <https://www.rijksoverheid.nl/regering/over-de-regering/kabinetten-sinds-1945>.

<sup>163</sup> *Kamerstukken II* 2011/12, 31 570, nr. 20, p. 1.

<sup>164</sup> *Kamerstukken II* 2011/12, 31 570, nr. 20, p. 11.

<sup>165</sup> *Kamerstukken II* 2011/12, 31 570, nr. 20, p. 12.

<sup>166</sup> Staatscommissie parlementair stelsel 2018, voorblad.

<sup>167</sup> Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 19.

<sup>168</sup> Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 19.

<sup>169</sup> Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 196.

<sup>170</sup> Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 196.

<sup>171</sup> Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 196.

<sup>172</sup> Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 201-203.

zou moeten zijn dat de wet bij onverenigbaarheid ofwel nietig wordt verklaard ofwel wordt vernietigd, aldus de staatscommissie.<sup>173</sup>

Het advies om constitutionele toetsing mogelijk te maken werd door het kabinet geschaard onder de categorie van aanbevelingen die het kabinet niet direct over wilde nemen, omdat het kabinet hiervoor nader onderzoek moest doen en hier later een standpunt over in zou nemen.<sup>174</sup> Wel oordeelde het kabinet dat de door de staatscommissie genoemde voordelen niet opwegen tegen het nadeel van een verstoord machtsevenwicht, de betrokkenheid van de rechter in politieke kwesties en daarmee het gevaar dat de rechterlijke macht door een proces van politisering doorstaat.<sup>175</sup> Wel toonde het kabinet zich bereid om onderzoek te doen naar andere varianten, zoals een advies van de rechter aan de wetgever.<sup>176</sup> Inmiddels lijkt het huidige Kabinet-Rutte IV<sup>177</sup> iets te willen gaan doen met het advies van de staatscommissie. In het coalitieakkoord ‘Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst’ wordt aangegeven dat dit kabinet het advies van de staatscommissie meeneemt om te bezien in welke vorm constitutionele toetsing kan worden ingebed in de Nederlandse rechtsstaat.<sup>178</sup>

### 3.8 Venetië-Commissie 2021

De Venetië-Commissie is een adviescommissie van de Raad van Europa. In het rapport van de commissie, genaamd de ‘The Netherlands Opinion on the Legal Protection of Citizens’ werd onderzoek gedaan naar de rechtsbescherming van burgers in de Nederlandse rechtsstaat naar aanleiding van de Toeslagenaffaire.<sup>179</sup>

Allereerst benadrukte de Venetië-Commissie dat Nederland *de enige* lidstaat is van de Raad van Europa waarin constitutionele toetsing volledig is uitgesloten.<sup>180</sup> De commissie adviseerde Nederland om onderzoek te doen naar het mogelijk maken van constitutionele toetsing, omdat de constitutionele toetsing *ex ante* niet alle amendementen omvat en ongrondwettelijke uitkomsten van wetgeving in de praktijk pas naar voren komen.<sup>181</sup> Ook benadrukte de

---

<sup>173</sup> Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 207.

<sup>174</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 34 430, nr. 10, p. 6.

<sup>175</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 34 430, nr. 10, p. 22.

<sup>176</sup> *Kamerstukken II* 2018/19, 34 430, nr. 10, p. 22.

<sup>177</sup> Rijksoverheid, *Kabinetten sinds 1945*, geraadpleegd op 25 januari 2022, van <https://www.rijksoverheid.nl/regering/over-de-regering/kabinetten-sinds-1945>.

<sup>178</sup> Kabinet-Rutte IV, Coalitieakkoord 'Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst', 2021-2025, p. 6.

<sup>179</sup> Venetië-Commissie 2021, p. 1-7.

<sup>180</sup> Venetië-Commissie 2021, p. 25.

<sup>181</sup> Venetië-Commissie 2021, p. 25.

commissie dat de mogelijkheden om te toetsen aan verdragen, zoals artikel 6 EVRM in het geval van de Toeslagenaffaire, niet altijd bestaan.<sup>182</sup>

Uit de kabinetsreactie op rapport van de Venetië-commissie blijkt dat het Kabinet-Rutte III al een begin heeft gemaakt met de voorbereiding van de herziening van artikel 120 van de Grondwet.<sup>183</sup> Ook is in het coalitieakkoord afgesproken dat het de uitwerking van constitutionele toetsing ter hand zal nemen en daarbij het advies van de Staatscommissie parlementair stelsel als uitgangspunt neemt.<sup>184</sup> Hiertoe is het voornemen geuit om hierover voor het zomerreces een brief met hoofdlijnen aan de Tweede Kamer toe te sturen.<sup>185</sup> Het lijkt er dus op dat Kabinet-Rutte IV<sup>186</sup> serieuze voorbereidingen treft om tot een herziening van artikel 120 van de Grondwet te komen.

## Conclusie

Door de jaren heen hebben een hoop adviezen tot afschaffing van het toetsingsverbod de revue gepasseerd. Tot op heden heeft dit echter nooit tot een daadwerkelijke afschaffing of wijziging van artikel 120 Grondwet geleid. Om een goed overzicht te geven van de verschillende voorstellen, adviesrapporten en kabinetsreactie wordt in figuur 1 een samenvatting gegeven van deze verschillende onderdelen.

Commissie/instantie	Standpunt	Kabinetsreactie
Werkgroep Proeve	Toetsing van de van wetten in formele zin aan <i>klassieke</i> grondrechten moet mogelijk worden gemaakt, omdat dit past bij de verplichtingen die worden gesteld door het EVRM.	Verder onderzoek en advisering van instanties is noodzakelijk.
Staatscommissie Cals/Donner	Repressieve toetsing wetten in formele zin aan klassieke grondrechten, zodat burgers zich direct op hun vrijheidsrechten kunnen beroepen en zodat de rechter een belangenafweging kan maken.	Afschaffing kan leiden tot rechtsonzekerheid, doorkruising rechtseenheid en een rechter die zich met politieke vragen moet bezighouden.
Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk	Toetsing van wetten in formele zin aan naar hun aard direct werkende bepalingen omdat dit de betekenis van de Grondwet kan vergroten en de uitleg grondrechten uit de Grondwet actueel blijft.	Grondwetsbepalingen kunnen sterk verouderd raken en de waarde van de Grondwet kan snel afnemen, maar het rapport leent zich niet voor een afschaffing van het toetsingsverbod.

<sup>182</sup> Venetië-Commissie 2021, p. 25.

<sup>183</sup> *Kamerstukken II* 2021/22, 29 279 & 35 510, nr. 708, p. 12.

<sup>184</sup> Kabinet-Rutte IV, Coalitieakkoord 'Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst', 2021-2025, p. 6; *Kamerstukken II* 2021/22, 29 279 & 35 510, nr. 708, p. 12.

<sup>185</sup> *Kamerstukken II* 2021/22, 29 279 & 35 510, nr. 708, p. 12.

<sup>186</sup> Rijksoverheid, *Kabinetten sinds 1945*, geraadpleegd op 6 februari 2022, van <https://www.rijksoverheid.nl/regering/over-de-regering/kabinetten-sinds-1945>.

Wetsvoorstel Halsema	Toetsing van wetten in formele zin aan klassieke grondrechten of daarmee gelijk te stellen grondrechten moet worden mogelijk gemaakt om aan de Europese ontwikkeling tot meer rechtsbescherming deel te nemen, de Grondwet actueel te houden, de rechter meer instrumenten te bieden en de rechtszekerheid te vergroten.	De voordelen van afschaffing van het toetsingsverbod wegen niet zwaarder dan de nadelen.
Nationale Conventie Hart voor de Publieke Zaak	De toetsing van wetten in formele zin aan grondrechten die de burger direct rechten toekennen uit de Grondwet kan de maatschappelijke waarde van de Grondwet vergroten.	Het gepast de uitkomst van het wetsvoorstel Halsema af te wachten.
Staatscommissie Grondwet	Het kan nuttig zijn het toetsingsverbod af te schaffen om de betekenis van de Grondwet in de wetgevingsprocedure en maatschappij te vergroten, met gevolgen als effectiviteit, zichtbaarheid en bescherming van burgers. Bovendien kan de rechter grondrechten op deze manier actueel houden.	Er is te weinig noodzaak om het toetsingsverbod af te schaffen en het advies is te weinig onderbouwd om hier zeer uitgebreid op in te gaan.
Staatscommissie parlementair stelsel	De toetsing van de verenigbaarheid van wetten in formele zin aan klassieke grondrechten uit de Grondwet moet mogelijk worden gemaakt ter versterking van de rechtsbescherming van de burger, het versterken van institutioneel evenwicht en de normatieve kracht en betekenis van de Grondwet.	De voordelen wegen niet op tegen de nadelen van een verstoord evenwicht van de drie machten en het gevaar op de betrokkenheid van de rechterlijke macht in politieke kwesties.
Venetië-Commissie	Nederland moet onderzoek doen naar het mogelijk maken van toetsing van wetgeving aan de Grondwet, omdat dan ook amendementen en praktische uitwerkingen van wetgeving kunnen worden getoetst. Bovendien is in een casus niet altijd een beroep te doen op verdragen, waardoor er niet altijd aan grondrechten getoetst kan worden.	Het kabinet bereidt een herziening van het toetsingsverbod, in lijn met het rapport van de Staatscommissie parlementair stelsel, voor. Dit is ook afgesproken in het coalitieakkoord.

Figuur 1: Samenvatting van de standpunten van staatscommissies e.d. en de kabinetsreacties hierop.<sup>187</sup>

Duidelijk is dat de voorstellen of adviezen een aantal belangrijke overeenkomsten kennen. Zo wordt veelal een beroep gedaan op het vergroten en versterken van de rechtspositie van de burger. Bovendien wordt de versterking van de normatieve waarde of de maatschappelijke betekenis van de Grondwet in de samenleving vaak aangegrepen als argument voor de afschaffing van het toetsingsverbod. Tenslotte wordt een aantal keer het standpunt ingenomen dat de uitleg van grondrechten in de Grondwet actueel kan worden gehouden door constitutionele toetsing en wordt betoogd dat constitutionele toetsing het institutioneel evenwicht kan worden versterkt.

<sup>187</sup> In figuur 1 zijn de bronnen gebruikt die behoren tot de verschillende paragrafen, waarin de rapporten en het wetsvoorstel voorzien van een kabinetsreactie wordt weergegeven, van hoofdstuk 3.

De inhoudelijke reacties van de verschillende kabinetten, als deze er al zijn geweest, lopen meer uiteen. De meest gemeenschappelijke lijn is een terughoudende houding geweest ten opzichte van wijziging van het toetsingsverbod. Een aantal keer werden de voorstellen of adviezen gepareerd door te stellen dat afschaffing zou leiden tot rechtsonzekerheid en rechtseenheid. Gemeenschappelijk in een aantal kabinetsreacties is ook de angst tot politisering van de rechtspraak en het doorbreken van het evenwicht der machten. Concluderend oordeelden de meeste kabinetten dat de voordelen niet opwegen tegen de nadelen.

Inmiddels lijkt Kabinet-Rutte IV het eerste kabinet te zijn dat daadwerkelijk werk wenst te maken van een (gedeeltelijke) afschaffing van het toetsingsverbod.<sup>188</sup> Dit blijkt uit het coalitieakkoord en de reactie op het rapport van de Venetië-commissie.<sup>189</sup> Hierbij neemt het kabinet het rapport van de Staatscommissie parlementair stelsel uit 2018 als uitgangspunt.<sup>190</sup> Concreet zou dit dus inhouden dat het toetsingsverbod gedeeltelijk wordt afgeschaft, namelijk met betrekking tot toetsing van wetten in formele zin aan de klassieke grondrechten.<sup>191</sup> De toekomst zal moeten uitwijzen op welke manier en wanneer het kabinet concrete stappen hiertoe zal ondernemen, maar duidelijk is dat de eerste stap naar een gedeeltelijke afschaffing van het toetsingsverbod is gezet.

Nu in het vorige hoofdstuk een theoretisch kader is geschetst over de achtergrond van het toetsingsverbod en het huidige stelsel van het toetsingsverbod en in dit hoofdstuk een overzicht is gegeven van de verschillende voorstellen tot afschaffing van het toetsingsverbod en de kabinetsreacties hierop, zijn de eerste twee deelvragen<sup>192</sup> beantwoord. Dit biedt een goede basis om dieper in te gaan op een drietal argumenten met betrekking tot de afschaffing van het toetsingsverbod met betrekking tot klassieke grondrechten.

---

<sup>188</sup> Kabinet-Rutte IV, Coalitieakkoord 'Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst', 2021-2025, p. 6; *Kamerstukken II* 2021/22, 29 279 & 35 510, nr. 708, p. 12.

<sup>189</sup> Kabinet-Rutte IV, Coalitieakkoord 'Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst', 2021-2025, p. 6; *Kamerstukken II* 2021/22, 29 279 & 35 510, nr. 708, p. 12.

<sup>190</sup> Kabinet-Rutte IV, Coalitieakkoord 'Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst', 2021-2025, p. 6; *Kamerstukken II* 2021/22, 29 279 & 35 510, nr. 708, p. 12.

<sup>191</sup> Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 202.

<sup>192</sup> Deze twee deelvragen betreffen: wat is de achtergrond van het toetsingsverbod en hoe ziet het huidige stelsel van constitutionele toetsing eruit? En: wat hielden voorstellen tot afschaffing van het toetsingsverbod in en wat waren de kabinetsreacties hierop?

## Hoofdstuk 4 – Democratische legitimatie van de wetgever

In dit hoofdstuk zal een veelgehoord argument tegen de afschaffing van het toetsingsverbod worden geanalyseerd. Dit argument houdt in dat rechterlijke toetsing van wetgeving in formele zin het primaat van de wetgever aantast, terwijl de rechter niet democratisch gelegitimeerd is en de wetgever wel.<sup>193</sup> In dit hoofdstuk wordt beoogd de derde deelvraag te beantwoorden.<sup>194</sup> Het democratische legitimatie-argument komt in verschillende vormen terug. Zo mondt het argument vaak uit in de angst dat de rechter zich te veel met politieke zaken zal gaan bemoeien of in de angst van een verstoting van het evenwicht der machten.<sup>195</sup>

Om de verschillende onderdelen die ten grondslag liggen aan dit argument af te pellen, zal eerst worden gekeken naar de oorsprong en grondslag van de democratische legitimatie in de klassieke idee van de Trias Politica van Montesquieu. Vervolgens zal worden ingegaan op hoe dit idee praktisch uitpakt in het Nederlandse stelsel, waarna gekeken zal worden naar de veranderende rol van de rechter. Vervolgens zal een probleemschets worden gemaakt omtrent de afnemende normatieve waarde van wetgeving en een proces (sub)delegatie. Daarna zal een tussenconclusie volgen, waarin wordt ingegaan op de vraag of de grondbeginselen van de democratische legitimatie van de wetgever aan herijking toe zijn. Tenslotte zal een rechtsvergelijking met het Duitse stelsel worden uitgevoerd.

### 4.1 Democratische legitimatie, de Trias Politica en machtsverdeling

Democratische legitimatie houdt in dat de democratisch gekozen volksvertegenwoordiging bepaalt in wetgeving welke verplichtingen aan burgers worden opgelegd en welke aanspraken burgers kunnen maken.<sup>196</sup> Het primaat van de wetgever hangt sterk samen met dit uitgangspunt. Het primaat van de wetgever benadrukt dat de wetgever de inhoud van het recht dient te bepalen, met uitsluiting van de rechter en het bestuur, en kent een belangrijke plaats in de Nederlandse rechtsstaat.<sup>197</sup> Dit wordt benadrukt door de Wet algemene bepalingen, waarin is vastgelegd: “*De regter moet volgens de wet regt spreken: hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordeelen.*” (artikel 11 Wet algemene bepalingen).

---

<sup>193</sup> Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 198.

<sup>194</sup> De derde deelvraag betreft: in hoeverre is de afschaffing van het toetsingsverbod wenselijk gezien de democratische legitimatie van de wetgever?

<sup>195</sup> Vgl. *Kamerstukken II* 2018/19, 34 430, nr. 10, p. 22.

<sup>196</sup> Voermans, *RegelMaat* 1998/1, p. 35.

<sup>197</sup> Voermans, *RegelMaat* 1998/1, p. 35; Heringa 2019, p. 94.

Artikel 120 van de Grondwet zorgt voor een strikte scheiding tussen de rechtsprekende en wetgevende taken en vormt de basis voor het primaat van de wetgever.<sup>198</sup> In het geval van primaat van de wetgever wordt democratische legitimatie van wetgeving min of meer voorondersteld.<sup>199</sup> De vraag is echter of dit nog wel een terechte vooronderstelling is.

Het idee dat de wetgever zich bezighoudt met wetgeving, en dus niet het bestuur en de rechter, vindt zijn grondslag in de eeuwenoude Trias Politica van Montesquieu.<sup>200</sup> Volgens dit klassieke idee van machtenscheiding staan de wetgevende macht, de uitvoerende macht en de rechtsprekende macht met elkaar in evenwicht.<sup>201</sup> Zij dienen elkaar te controleren.<sup>202</sup> In het Nederlandse stelsel is dit klassieke idee enigszins vervormd, waardoor men niet kan spreken van een zuivere machtenscheiding.<sup>203</sup> De Nederlandse wetgever kan namelijk ook beschikkingen vaststellen in het kader van bijvoorbeeld het benoemen van een voogd met betrekking tot de Koning (art. 34 Grondwet), waardoor de wetgever zich niet enkel bezighoudt met wetgeven.<sup>204</sup> Ook de uitvoerende macht, het bestuur, houdt zich niet enkel bezig met uitvoering van wetgeving: de regering is tevens belast met regelgeving, bijvoorbeeld door het vaststellen van een AMvB.<sup>205</sup>

In de huidige tijd in het Nederlandse stelsel zijn de wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende macht dus niet zuiver van elkaar gescheiden, maar zijn bepaalde taken verdeeld over hoofdrolspelers in het staatsbestel, die deze taken soms zelfstandig en soms in samenwerking uitvoeren.<sup>206</sup> Het gevolg hiervan is dat eerder gesproken kan worden van *checks and balances* in het Nederlandse stelsel, op basis waarvan de hoofdrolspelers onderling afhankelijk zijn en onderlinge controle uitoefenen.<sup>207</sup> Dit systeem wordt dan ook wel *machtsverdeling* genoemd, welke bestaat uit een horizontale (*checks and balances*) en een verticale (decentralisatie) component.<sup>208</sup> Ook dit systeem is niet een systeem dat zuiver wordt toegepast.<sup>209</sup> Dit komt door

---

<sup>198</sup> Heringa 2019, p. 271.

<sup>199</sup> Voermans, *RegelMaat* 1998/1, p. 35.

<sup>200</sup> Hoola van Nooten 1783, p. 462; Burkens e.a. 2017, p. 109.

<sup>201</sup> Hoola van Nooten 1783, p. 462; Burkens e.a. 2017, p. 109.

<sup>202</sup> Hoola van Nooten 1783, p. 462-463; Burkens e.a. 2017, p. 109.

<sup>203</sup> Burkens e.a. 2017, p. 111.

<sup>204</sup> Burkens e.a. 2017, p. 111.

<sup>205</sup> Burkens e.a. 2017, p. 111.

<sup>206</sup> Burkens e.a. 2017, p. 112.

<sup>207</sup> Burkens e.a. 2017, p. 112.

<sup>208</sup> Burkens e.a. 2017, p. 112.

<sup>209</sup> Burkens e.a. 2017, p. 195.

een aantal tendensen zoals de veranderende rol van de rechter en de afnemende legitimiteit van de wet.<sup>210</sup>

#### 4.2 De veranderende rol van de rechter

De rol van de rechter in het Nederlandse stelsel verandert. Deze verandering vertroebelt het idee van de machtenscheiding en de machtsverdeling. De rechterlijke toetsing van het optreden van de overheid is veranderd en verandert nog steeds.<sup>211</sup>

Allereerst springt de ontwikkeling van de *contra legem* jurisprudentie in het oog. Deze ontwikkeling is in de jaren '70 ingezet en op basis van deze jurisprudentie dient een algemeen verbindend voorschrift op basis van ongeschreven recht buiten toepassing te worden gelaten indien de toepassing van dit algemeen verbindend voorschrift in een concreet geval onrechtvaardig uitpakt.<sup>212</sup> Dit betekent concreet dat de rechter dus minder strikt gebonden is aan wet- en regelgeving dan in het klassieke idee.

Ook valt een tendens te ontdekken waarbij de rechter en de wetgever als communicerende vaten acteren. In de Nederlandse moderne pluriforme samenleving, waarin ontwikkelingen elkaar snel op kunnen volgen, is de wetgever in toenemende mate niet in staat gebleken om normerend op te treden bij grote wereldwijde en/of fundamentele kwesties.<sup>213</sup> De wetgever gebruikt in deze gevallen open en abstracte normen, welke de rechter nader concretiseert in jurisprudentie.<sup>214</sup> In dit kader kan worden gedacht aan de jurisprudentielijn die is ontwikkeld in het kader van de rechtmatigheid van stakingen (art. 6 lid 4 Europees Sociaal Handvest) in het arbeidsrecht.<sup>215</sup>

Echter leidt de onmacht van de wetgever soms ook tot ongewenste situaties en rechtsonzekerheid, waardoor de andere machten, zoals de rechterlijke macht, moeten inspringen zonder dat dit wellicht de bedoeling is.<sup>216</sup> In dit kader wordt ook wel gesproken over de rechter als wetgever-plaatsvervanger.<sup>217</sup> Wanneer ongelukigheden in wetgeving pas achteraf blijken, op grond van situaties die de wetgever niet voorzien heeft, dan heeft de rechter

---

<sup>210</sup> Burkens e.a. 2017, p. 195.

<sup>211</sup> Burkens e.a. 2017, p. 192-193.

<sup>212</sup> CRvB 18 februari 1975, ECLI:NL:CRVB:1975:ZB0069 (Werkende Zwager), onder 'II. Motivering'; HR 12 april 1978, NJ 1979/533 (Doorbraak); Burkens e.a. 2017, p. 193.

<sup>213</sup> Burkens e.a. 2017, p. 195.

<sup>214</sup> Burkens e.a. 2017, p. 195.

<sup>215</sup> Burkens e.a. 2017, p. 195.

<sup>216</sup> Raad van State 2018, jaarverslag.

<sup>217</sup> Burkens e.a. 2017, p. 194-195; Raad van State 2002, wetgevingsadvies.

weinig instrumenten om dergelijke situaties op te lossen.<sup>218</sup> De afschaffing van het toetsingsverbod met betrekking tot de klassieke grondrechten zou deze leemte in de rechterlijke gereedschapskist op dit vlak op kunnen vullen.<sup>219</sup>

Met betrekking tot deze problematiek, is ook de Urgenda-uitspraak interessant. Hieruit blijkt de bevestiging dat de rechter de wetgever geen inhoudelijk bevel tot wetgeving kan opleggen, doch dat de rechter wel kan verklaren dat het uitblijven van wetgeving onrechtmatig is en opleggen dat een openbaar lichaam maatregelen dient te nemen om een bepaald doel te bereiken.<sup>220</sup> Hiermee begeeft de rechter zich dus aan de grenzen van het klassieke model van machtsverdeling en er gaan zelfs geluiden op dat de rechter deze grenzen in de Urgenda zaak al heeft overschreden.<sup>221</sup>

#### **4.3 Afnemende normatieve waarde van wetgeving en (sub)delegatie**

Het principe van het primaat van de wetgever en democratische legitimatie wordt in de praktijk regelmatig niet toegepast.<sup>222</sup> De wetgevende bevoegdheid wordt vaak gedelegeerd aan algemene maatregelen van bestuur en aan ministeriële regelingen.<sup>223</sup> Bovendien stelt de wetgever in formele zin veelal kaderwetgeving vast, welke invulling behoeft door vaak lagere (niet-democratisch gekozen) organen.<sup>224</sup> Een ander wetgevingsinstrument, welke nog problematischer is in het oogpunt van de primaat van de wetgever en democratische legitimatie, is de zelfstandige maatregel van bestuur.<sup>225</sup> Dit instrument mist zelfs een grondslag in wetgeving in formele zin, hetgeen niet in lijn is (en zelfs in strijd is) met het legaliteitsbeginsel.<sup>226</sup>

Nog problematischer in dit licht is het bestaan en de regels van zelfstandige bestuursorganen.<sup>227</sup> Voorbeelden van zelfstandige bestuursorganen zijn toezichthouders als de Autoriteit Consument en Markt (ACM), de Autoriteit Financiële Markten (AFM) en de Autoriteit

---

<sup>218</sup> Kristic e.a. 2011, p. 41.

<sup>219</sup> Kristic e.a. 2011, p. 41.

<sup>220</sup> HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (Urgenda), r.o. 8.2.6.

<sup>221</sup> Bovend'Eert, *RegelMaat* 2021/3, o.m. p. 144.

<sup>222</sup> Schlössels & Zijlstra 2017, p. 604-605.

<sup>223</sup> Schlössels & Zijlstra 2017, p. 605.

<sup>224</sup> Schlössels & Zijlstra 2017, p. 605.

<sup>225</sup> Schlössels & Zijlstra 2017, p. 605.

<sup>226</sup> Schlössels & Zijlstra 2017, p. 605.

<sup>227</sup> Schlössels & Zijlstra 2017, p. 605; Kaderwet zelfstandige bestuursorganen.

Persoonsgegevens (AP).<sup>228</sup> Zelfstandige bestuursorganen worden ingeroepen door een orgaan van de uitvoerende macht, zonder dat dit orgaan de bevoegdheden heeft om dit zelfstandig bestuursorgaan aanwijzingen te geven.<sup>229</sup> Hiermee is de politieke verantwoordelijkheid en de democratische controle zeer beperkt.<sup>230</sup>

De normatieve waarde van wetgeving is een uitvloeisel van de democratische legitimatie van de wetgever.<sup>231</sup> Het idee hierbij is dat de burger de wetgever een mandaat geeft om hem of haar te vertegenwoordigen, waar wetgeving uit voortvloeit.<sup>232</sup> De hierboven beschreven illustraties vormen een onderdeel van een proces naar steeds verdere delegatie van bevoegdheden. Deze gedelegeerde bevoegdheden worden dan niet langer uitgeoefend door de democratisch gelegitimeerde wetgever, maar door een lager en niet-democratisch gelegitimeerd orgaan.<sup>233</sup> Er is sprake van een terugtred van de wetgever.<sup>234</sup> Het aangehaalde onderwerp van zelfstandige bestuursorganen gaat nog verder: hier is sprake van subdelegatie.<sup>235</sup> De bevoegdheden zijn in dergelijk geval bijvoorbeeld eerst gedelegeerd aan een minister, die deze vervolgens weer delegeert aan een zelfstandig bestuursorgaan.

Deze steeds verdergaande delegatie en subdelegatie zorgt voor verdere vertroebeling van de democratische legitimatie van wet- en regelgeving en het primaat van de wetgever. Inmiddels lijkt de eindstreep te zijn gehaald door de inzet van zelfstandige bestuursorganen, waar noch democratische legitimatie, noch democratische controle is ingebouwd.<sup>236</sup> Dit maakt dat er niet gesproken kan worden van een zuivere democratische legitimatie van wet- en regelgeving. Het risico van een dergelijk systeem is dat wetgeving wordt gezien als een instrument voor de realisering van bestuurlijke doeleinden doordat niet het parlement maar de regering een centrale rol inneemt bij de wetgevende activiteit.<sup>237</sup> Op die manier is er eerder sprake van *governance* dan van een *government*.<sup>238</sup>

---

<sup>228</sup> Overheid.nl, *Zelfstandige bestuursorganen*, geraadpleegd op 20 februari 2022, van [https://organisaties.overheid.nl/Zelfstandige\\_bestuursorganen/](https://organisaties.overheid.nl/Zelfstandige_bestuursorganen/).

<sup>229</sup> Zijlstra 2012, par. 11.4.4.

<sup>230</sup> Zijlstra 2012, par. 11.4.4.

<sup>231</sup> Burkens e.a. 2017, p. 270; Van Hoecke 2004, p. 69.

<sup>232</sup> Burkens e.a. 2017, p. 270.

<sup>233</sup> Burkens e.a. 2017, p. 270-271.

<sup>234</sup> Burkens e.a. 2017, p. 270-271.

<sup>235</sup> Vgl. aanwijzing 28 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

<sup>236</sup> Zijlstra 2012, par.11.4.4.

<sup>237</sup> Brenninkmeijer, *NJB* 2012/176, p. 192-193.

<sup>238</sup> Rosanvallon 2008, p. 259.

Bovendien heeft de regering een centrale positie gekregen in het wetgevingsproces.<sup>239</sup> Ook is er steeds meer te spreken van een monisme van regering en parlement.<sup>240</sup> Hierdoor verschuift het uitgangspunt van het wetgevingsproces van goede kwaliteit van wetgeving naar het voorkomen van het uiteenvallen de coalitie.<sup>241</sup> Omdat dit overwicht zo van belang is, rijst bovendien de vraag of de wetten wel de beoogde legitimiteit bevatten.<sup>242</sup> Ook in het kader van constitutionalisme als uitgangspunt van de Nederlandse rechtsstaat is dit zeer problematisch te noemen.<sup>243</sup>

#### **4.4 Tussenconclusie: zijn de grondbeginselen van de rechtsstaat aan herijking toe?**

Het ideaalbeeld waar de Trias en het idee van de machtsverdeling vanuit gaan, zijn niet meer van deze tijd. Als één van de drie machten het laat afweten, verdwijnt het evenwicht en bestaat de neiging (en noodzaak) van een andere macht om dit gat op te vullen.<sup>244</sup> Zoals aangegeven in de eerste paragraaf van dit hoofdstuk, is de rechter verplicht om het recht toe te passen.<sup>245</sup> Dit impliceert dat de rechter het eigen idee over rechtvaardigheid niet mag laten gelden. Wanneer deze situatie leidt tot zeer onrechtvaardige situaties, en eventueel zelfs tot schending van de Grondwet, heeft de rechtspraak geen instrument om de wet in formele zin buiten toepassing te laten.

Een voorbeeld dient zich aan in een zaak waarin een alleenstaande-ouderkorting aan een alleenstaande moeder door de Belastingdienst werd ontzegd, omdat zij geen woonadres meer had dat ingeschreven stond in de Gemeentelijke Basisadministratie.<sup>246</sup> Reden hiervoor was echter omdat deze alleenstaande moeder last had van huiselijk geweld en stalking van haar ex-echtgenoot.<sup>247</sup> Volgens het hof moest de alleenstaande-ouderkorting worden verleend, omdat de alleenstaande moeder om veiligheidsredenen niet aan de voorwaarden van de wet kon voldoen.<sup>248</sup> A-G Wattel concludeerde dat de wetgeving in een dergelijk situatie zeer onredelijk uitvalt en dat het nooit de bedoeling van de wetgever kan zijn geweest om bedreigde

---

<sup>239</sup> Cliteur, *NJB* 1989, p. 1374.

<sup>240</sup> ECLI:NL:RVS:2021:1468 (concl. A-G R.J.G.M. Widderhoven & A-G P.J. Wattel), par. 9.6.

<sup>241</sup> Cliteur, *NJB* 1989, p. 1374; Alkema, *NJCM* 1988/13, p. 617.

<sup>242</sup> Cliteur, *NJB* 1989, p. 1374.

<sup>243</sup> Burkens e.a. 2017, p. 52.

<sup>244</sup> Raad van State 2018, jaarverslag.

<sup>245</sup> Artikel 11 Wet algemene bepalingen.

<sup>246</sup> Hoge Raad 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1051, r.o. 2.5.

<sup>247</sup> Hoge Raad 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1051, r.o. 2.2.

<sup>248</sup> Hoge Raad 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1051, r.o. 2.2.

alleenstaande ouders uit te sluiten van de alleenstaande-ouderkorting.<sup>249</sup> Omdat de onevenredigheid in concreto in deze zaak zit in omstandigheden die de wetgever niet heeft verdisconteerd, kan de rechter de wetgeving niet buiten toepassing laten in dit concrete geval als gevolg van de toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>250</sup> Het ontbrak de Hoge Raad in dit geval dus aan instrumenten om de onrechtvaardige situatie voor de alleenstaande moeder op te heffen, waardoor er enkel een positivistische, en dus onrechtvaardige, uitspraak in lijn met de wetgeving kon volgen.

Ook het beeld van de steeds minder wordende democratische legitimatie van wetgeving en de veranderende rol van de rechter zorgen voor een ongemakkelijke situatie. Sterker nog, de democratische legitimatie is door de net besproken delegatie en subdelegatie zelfs regelmatig een fictie. Hierdoor rijst de vraag of onze rechtsstaat niet aan herijking toe is. Immers, de fundamenteën zijn op papier goed geregeld, maar in de praktijk blijkt dat hiervan sterk wordt afgeweken. Er ontstaat zagezegd een (groot) onderscheid tussen ‘*law in the books*’ en ‘*law in practice*’.<sup>251</sup>

#### **4.5 Rechtsvergelijking met het Duitse stelsel**

Ook in de Bondsrepubliek Duitsland ligt het klassieke idee van de machtenscheiding uit de Trias Politica ten grondslag aan het Duitse staatsbestel.<sup>252</sup> Het Duitse *Bundesverfassungsgericht* is verantwoordelijk voor deze constitutionele toetsing, als constitutioneel hof.<sup>253</sup> Uit onderzoek over vertrouwen van de burger in de Duitse instituties blijkt dat het *Bundesverfassungsgericht* verrassend meer vertrouwen wekt dan de overige instituties.<sup>254</sup> De vraag die hier rijst is: waarom heeft Duitsland, in tegenstelling tot Nederland, wél gekozen voor constitutionele toetsing, terwijl de Trias Politica ook in Duitsland ten grondslag ligt aan het staatsbestel?

Om tot beantwoording van deze vraag te komen, dient te worden gekeken naar de motivering voor de invoering van het constitutioneel hof in Duitsland. Vóór de Tweede Wereldoorlog kende Duitsland nauwelijks constitutionele toetsing.<sup>255</sup> De toetsing van de rechter was beperkt

---

<sup>249</sup> Concl. A-G P.J. Wattel bij HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1051, par. 4.1 en 4.7.

<sup>250</sup> HR 12 april 1978, NJ 1979/533 (Doorbraak); Burkens e.a. 2017, p. 193.

<sup>251</sup> Van Gestel, *RegelMaat* 2012-3, p. 155.

<sup>252</sup> De Roos, *Bestuurskundige Berichten* 2009, p. 23.

<sup>253</sup> Claes e.a. 2021, p. 20; Heringa 2019, p. 254-255.

<sup>254</sup> Claes e.a. 2021, p. 29.

<sup>255</sup> Claes e.a. 2021, p. 21.

tot de toetsing van landswetgeving aan rijkswetgeving.<sup>256</sup> De verschrikkingen van de Tweede Wereldoorlog hebben aanleiding gegeven tot de invoering van constitutionele toetsing, dus de toetsing van wetten in formele zin aan de Grondwet.<sup>257</sup> Gekozen werd voor een stelsel van effectieve rechtsbescherming van de burger waarin de rechter een ruime toetsingsbevoegdheid werd geboden.<sup>258</sup> De belangrijkste reden tot invoering van constitutionele toetsing werd ingegeven door het idee dat het recht moest heersen in het land.<sup>259</sup> In de praktijk heeft het constitutionele hof zeer veel aanzien in Duitsland.<sup>260</sup> Dit blijkt onder meer uit het gegeven dat een wet pas van kracht wordt indien het *Bundesverfassungsgericht* van oordeel is dat de wet ook in overeenstemming is met de Grondwet.<sup>261</sup>

Net als in de Nederlandse rechtspraak, wordt het *Bundesverfassungsgericht* niet gekozen door de burger.<sup>262</sup> Hiermee zou men kunnen betogen dat de jurisprudentie van het *Bundesverfassungsgericht*, net als in Nederland, niet democratisch gelegitimeerd is. Dit is deels juist. De reden hiervoor is dat de leden van het *Bundesverfassungsgericht* worden gekozen door de Bondsdag en de Bondsraad in Duitsland.<sup>263</sup> Hiermee is het *Bundesverfassungsgericht* indirect democratisch gelegitimeerd.<sup>264</sup>

Uit het Duitse stelsel blijkt dus dat zelfs binnen een rechtsstaat die gebaseerd is op de Trias Politica, constitutionele toetsing mogelijk is. Sterker nog, ook binnen constitutionele toetsing kan democratische legitimatie van jurisprudentie mogelijk worden gemaakt door de leden van een constitutioneel hof te laten kiezen door organen die het volk vertegenwoordigen. Men zou op dit punt kunnen betogen dat er meer democratische legitimatie te vinden is bij gekozen leden van een constitutioneel hof in Duitsland dan bij het instellen van zelfstandige bestuursorganen in Nederland.

## Conclusie

In dit hoofdstuk stond het democratische legitimatie-argument tegen het toetsingsverbod centraal. Deze democratische legitimatie houdt in dat de democratisch gekozen

---

<sup>256</sup> Claes e.a. 2021, p. 21.

<sup>257</sup> Claes e.a. 2021, p. 21.

<sup>258</sup> Claes e.a. 2021, p. 21.

<sup>259</sup> Claes e.a. 2021, p. 21.

<sup>260</sup> Claes e.a. 2021, p. 21.

<sup>261</sup> Claes e.a. 2021, p. 21; Heringa 2017, p. 256.

<sup>262</sup> Claes e.a. 2021, p. 21.

<sup>263</sup> Claes e.a. 2021, p. 22; Heringa 2019, p. 254.

<sup>264</sup> Bauw 2017, p. 31.

volksvertegenwoordiging bepaalt welke rechten en plichten voor de burger in het leven worden geroepen in wetgeving.<sup>265</sup> Hieruit vloeit het primaat van de wetgever voort, op basis waarvan enkel de wetgever de inhoud van het recht bepaalt.<sup>266</sup> Het primaat van de wetgever vormt voorts de grondslag voor het toetsingsverbod.<sup>267</sup> Bovendien het Nederlandse stelsel is geen sprake van een scheiding der machten uit de Trias Policitia, maar is sprake van een verdeling van machten op basis van *checks and balances*.<sup>268</sup> Dit kader vormt het uitgangspunt van de rechtsstaat.

In dit hoofdstuk is echter beargumenteerd dat men niet zomaar meer van dit uitgangspunt uit mag gaan. Ten eerste is dit beargumenteerd door de veranderende rol van de rechter als gevolg van de *contra legem* jurisprudentie, de tendens van de rechter en wetgever als communicerende vaten en de positie van de rechter als wetgever-plaatsvervanger.<sup>269</sup> Ten tweede is dit beargumenteerd door het probleem van de afnemende normatieve waarde van wetgeving door een proces van delegatie en subdelegatie, welke zich onder meer uit in het bestaan van zelfstandige bestuursorganen.<sup>270</sup> Dit zorgt voor een vertroebeling van de democratische legitimatie van wet- en regelgeving en het primaat van de wetgever. Hierdoor rijst de vraag of onze rechtsstaat niet aan herijking toe is, waartoe constitutionele toetsing door de rechter wellicht een eerste goede stap zal zijn.

Met de rechtsvergelijking met het Duitse stelsel is betoogd dat, zelfs binnen een stelsel van scheiding der machten, constitutionele toetsing door de rechter van wetten aan de Grondwet mogelijk en gewenst is.

In dit hoofdstuk stond beantwoording van de derde deelvraag centraal.<sup>271</sup> Geconcludeerd kan worden dat het argument van democratische legitimatie van de wetgever geen beletsel vormt voor de afschaffing van het toetsingsverbod ten aanzien van de toetsing van wetten in formele zin aan de klassieke grondrechten. Immers, dit argument berust op een aantal onterechte vooronderstellingen en gaat in de huidige tijd niet meer op.

---

<sup>265</sup> Voermans, *RegelMaat* 1998/1, p. 35.

<sup>266</sup> Voermans, *RegelMaat* 1998/1, p. 35; Heringa 2019, p. 94.

<sup>267</sup> Heringa 2019, p. 271.

<sup>268</sup> Burkens e.a. 2017, p. 112.

<sup>269</sup> CRvB 18 februari 1975, ECLI:NL:CRVB:1975:ZB0069 (Werkende Zwager), onder 'II. Motivering'; HR 12 april 1978, *NJ* 1979/533 (Doorbraak); Burkens e.a. 2017, p. 193; Burkens e.a. 2017, p. 194-195; Raad van State 2002, wetgevingsadvies.

<sup>270</sup> Schlössels & Zijlstra 2017, p. 605.

<sup>271</sup> De derde deelvraag betreft de vraag in hoeverre de afschaffing van het toetsingsverbod wenselijk is gezien de democratische legitimatie van de wetgever.

## Hoofdstuk 5 – Verdragstoetsing

Zoals duidelijk is geworden in het tweede hoofdstuk, bestaat er voor de rechter een plicht om wetgeving te toetsen aan verdragen. Deze plicht is neergelegd in artikel 94 van de Grondwet.<sup>272</sup> Dit toetsingsgebod staat min of meer tegenover het toetsingsverbod.<sup>273</sup> In dit hoofdstuk zal worden onderzocht waarom toetsing aan verdragen wél mogelijk is, maar toetsing aan onze Grondwet niet en worden betoogd dat dit geen rechtvaardig onderscheid is. Dit betreft een argument vóór constitutionele toetsing. Hiermee zal in dit hoofdstuk de beantwoording van de vierde deelvraag centraal staan.<sup>274</sup>

Allereerst zal worden stilgestaan bij de betekenis van artikel 94 van de Grondwet in het huidige Nederlandse rechtsstelsel. Vervolgens zal gekeken worden naar een voorbeeld uit de praktijk, de Urgenda-jurisprudentie, waarin artikel 94 van de Grondwet is toegepast en worden hieruit conclusies getrokken over de veranderende rol van de rechter bij verdragstoetsing. Op basis van deze onderdelen zal een analyse plaatsvinden van argumenten over en weer met betrekking tot het toetsingsgebod en het toetsingsverbod.

### 5.1 De betekenis van artikel 94 Grondwet in het huidige stelsel

De toetsing van wetgeving in formele zin aan verdragen vormt een belangrijk instrument voor de rechter in de huidige tijd. Regelmatig wordt in de rechtspraak een beroep gedaan op regels uit verdragen. Met name mensenrechten uit het EVRM, het Europees Sociaal Handvest (ESH), het Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR), het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR), het VN Vrouwenverdrag of het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) passeren regelmatig de revue in de jurisprudentie.<sup>275</sup>

Zoals reeds gebleken uit hoofdstuk 2 kent Nederland een gematigd monistisch stelsel. Dit betekent dat aan bepalingen uit verdragen, welke naar hun inhoud eenieder kunnen verbinden,

---

<sup>272</sup> Artikel 94 Grondwet.

<sup>273</sup> Van der Schyff, *NJB* 2009/1852, p. 2408.

<sup>274</sup> De vierde deelvraag betreft de vraag: is de afschaffing van het toetsingsverbod wenselijk gezien de bestaande bevoegdheid tot toetsing van de verenigbaarheid van wetten in formele zin aan verdragen?

<sup>275</sup> Vlemminx & Meuwese 2020, p. 4; Concl. A-G R.J.G.M Widdershoven & A-G P.J. Wattel, bij ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, par. 9.6.

voorrang wordt toegekend boven nationaal recht.<sup>276</sup> De nationale rechter is dus verplicht om de verenigbaarheid van wetten in formele zin te toetsen aan internationale eenieder verbindende bepalingen uit verdragen.<sup>277</sup> Waar de rechter voor 1980 nog zeer terughoudend was in deze toetsing, zag men daarna dat de rechter deze toetsing steeds meer uitvoerde in alle rechtsregimes.<sup>278</sup> Met name regels uit het EVRM worden regelmatig ingeroepen in procedures, waardoor de rechter de burger toch enige mensenrechtelijke bescherming kan bieden.<sup>279</sup>

## 5.2 Ter illustratie: de Urgenda-jurisprudentie

In de Urgenda-jurisprudentie is geen sprake van de toetsing van een wet in formele zin aan eenieder verbindende voorschriften. Echter, de Urgenda-jurisprudentie toont aan dat de rol van de rechter verandert ten aanzien van de toetsing van verdragsrecht. Omdat specifiek gekeken zal worden naar de uitspraken van de rechtbank, het hof en de Hoge Raad in het kader van constitutionele toetsing, zal ook een beperking plaatsvinden van de bespreking van de uitspraken tot die onderdelen waar het constitutionele toetsing betreft.

In deze zaak procedeerde de Stichting Urgenda tegen de Staat der Nederlanden. De Stichting Urgenda is een stichting met als statutair doel: “het stimuleren en versnellen van transitieprocessen naar een duurzame samenleving”.<sup>280</sup> In deze zaak vorderde de stichting om de staat te bevelen om de uitstoot van broeikasgassen met 40%, maar in ieder geval met minimaal 20%, te reduceren ten opzichte van 1990.<sup>281</sup> Deze vordering is toegewezen in de Urgenda-jurisprudentie in die zin dat het percentage is gesteld op 25%.<sup>282</sup>

De rechtbank kwam tot een aantal interessante oordelen. Allereerst oordeelt de rechtbank dat de stichting zich niet kan beroepen op het VN Klimaatverdrag, het Kyoto Protocol en het *no-harm* principe, omdat, na een toetsing van artikel 93 Grondwet, de rechtbank tot de conclusie dat deze bepalingen geen verbindende kracht hebben jegens burgers, noch jegens private personen en rechtspersonen.<sup>283</sup> Wel oordeelt de rechtbank dat zij de genoemde onderdelen mag toetsen middels de reflexwerking met de verplichting van de staat om zich aan volkenrechtelijke

---

<sup>276</sup> Artikel 93 en 94 Grondwet; Vlemminx & Meuwese 2020, p. 2.

<sup>277</sup> Artikel 93 en 94 Grondwet; Vlemminx & Meuwese 2020, p. 2.

<sup>278</sup> Burkens e.a. 2017, p. 358-359.

<sup>279</sup> Burkens e.a. 2017, p. 272.

<sup>280</sup> Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (Urgenda), r.o. 2.2.

<sup>281</sup> Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (Urgenda), r.o. 2.2; Sorgdrager, *Ars Aequi* 2020, p. 881.

<sup>282</sup> HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (Urgenda), onder ‘conclusie’.

<sup>283</sup> Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (Urgenda), r.o. 4.42.

verplichtingen te houden.<sup>284</sup> Concreet betekent dit dus een uitbreiding van de rechterlijke toetsingsomvang.

Daarnaast oordeelt de rechtbank dat de stichting zich niet kan beroepen op artikel 2 (recht op het leven) en artikel 8 (het recht op de eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven) van het EVRM, omdat hiervoor een direct of indirect slachtoffer is vereist op basis van artikel 34 van het EVRM.<sup>285</sup> Vervolgens toetst de rechtbank toch aan deze normen bij de invulling van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm van de onrechtmatige daad (artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek).

Het hof benadrukt dat de rechtbank een verkeerd beeld heeft omtrent de toepassing van artikel 34 van het EVRM.<sup>286</sup> Volgens het hof heeft het EHRM geen uitsluitel gegeven over de Nederlandse procespraktijk en dat daarom de Nederlandse rechter hier zelf over gaat.<sup>287</sup> Volgens het hof kan Urgenda zich dus wel beroepen op artikel 2 en 8 van het EVRM.<sup>288</sup> Op basis hiervan, moet de staat (preventieve) maatregelen nemen ter bescherming van de Nederlandse bevolking.<sup>289</sup> Bovendien oordeelt het hof dat de rechtstreeks werkende bepalingen uit het EVRM dienen te worden toegepast, met voorrang boven Nederlands recht.<sup>290</sup>

De Hoge Raad bekrachtigt deze lijn van het hof en geeft daarbij nog aan dat de Nederlandse rechter gehouden is om de lijn van het EHRM dient te volgen.<sup>291</sup> Ook betreft de Hoge Raad artikel 13 van het EVRM (het recht op effectieve rechtsbescherming) bij de zaak, waardoor de Hoge Raad betoogt dat aan de artikelen 2 en 8 van het EVRM kan worden getoetst.<sup>292</sup>

### **5.3 Conclusies uit de Urgenda-jurisprudentie**

Op basis van de voorgaande illustratie van de Urgenda-jurisprudentie rijst de vraag wat dit concreet betekent voor de rol van de rechter bij verdragstoetsing. Hoewel deze zaak niet ging om de toetsing van wetten in formele zin aan verdragen, levert het wel een interessante

---

<sup>284</sup> Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (Urgenda), r.o. 4.43.

<sup>285</sup> Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (Urgenda), r.o. 4.45.

<sup>286</sup> Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (Urgenda), r.o. 35.

<sup>287</sup> Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (Urgenda), r.o. 35.

<sup>288</sup> Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (Urgenda), r.o. 35.

<sup>289</sup> Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (Urgenda), r.o. 43.

<sup>290</sup> Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (Urgenda), r.o. 69.

<sup>291</sup> HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (Urgenda), r.o. 5.2.4.

<sup>292</sup> HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (Urgenda), r.o. 5.5.1-5.5.3.

illustratie op van hoe verdragen doorwerken in het Nederlandse rechtssysteem en hoe de rol van de rechter lijkt te veranderen.

Met betrekking tot artikel 93 en 94 van de Grondwet in samenhang, is de vraag of de bepalingen uit het VN Klimaatverdrag zich lenen voor bescherming in deze zaak. Deze bepalingen hebben een beginselen-karakter en daarmee is het op voorhand niet zeker dat deze bepalingen onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn.<sup>293</sup> Denkbaar is dat deze bepalingen zich meer lenen voor extreme situaties, waarin een staat bijvoorbeeld geen enkel beleid heeft getroffen ter reductie van CO<sub>2</sub>.<sup>294</sup> Toch grijpt de rechter deze bepalingen aan middels een reflexwerking met de verplichtingen waaraan de staat zich gebonden heeft.<sup>295</sup> Dit ondergraaft het stelsel en het doel van artikel 93, omdat bepalingen die juist niet een ieder kunnen verbinden toch kunnen worden ingeroepen in deze zaak.

De rechter gaat in deze zaak echter verder. Het uitgangspunt van de Nederlandse rechtsstaat is dat de rechter rechtsprekt volgens de wet en het stelsel van de wet.<sup>296</sup> Hoewel de Hoge Raad eerst overweegt dat de beantwoording van de vragen die voorliggen in beginsel tot het politieke domein behoren, komt de Hoge Raad toch tot de conclusie dat er in omstandigheden sprake kan zijn van internationale afspraken of internationale consensus die verplichtingen voor de staat met zich meebrengen.<sup>297</sup> Hiermee baseert de rechter zich echter niet meer op rechtsnormen met een wettelijke basis, maar op internationale afspraken en consensus.<sup>298</sup> De rechter spreekt dus niet recht op basis van de wet of het wettelijke stelsel, maar op basis van deze afspraken en deze consensus en doorkruist daarmee het legaliteitsbeginsel, maar ook hetgeen bepaald in artikel 11 van de Wet algemene bepalingen: de rechter moet rechtspreken volgens de wet.<sup>299</sup>

Met de Urgenda-jurisprudentie zet de rechter het beginsel van terughoudendheid, en de daarmee samenhangende toetsingsbeperkingen en -verboden, in het politieke domein op scherp.<sup>300</sup> Gesteld kan worden dat de grenzen tussen de rechtsprekende macht en de politieke machten zijn verlegd, hetgeen ook gevolgen kan hebben voor de interpretatie van de bestaande

---

<sup>293</sup> Schutgens, *NJB* 2015/1675, p. 2272.

<sup>294</sup> Schutgens, *NJB* 2015/1675, p. 2272.

<sup>295</sup> Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (Urgenda), r.o. 4.43.

<sup>296</sup> Bovend'Eert, *RegelMaat* 2021/3, p. 143.

<sup>297</sup> Bovend'Eert, *RegelMaat* 2021/3, p. 143; HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (Urgenda), r.o. 6.1-6.6.

<sup>298</sup> Bovend'Eert, *RegelMaat* 2021/3, p. 143.

<sup>299</sup> Bovend'Eert, *RegelMaat* 2021/3, p. 143; Artikel 11 Wet algemene bepalingen.

<sup>300</sup> Bresselink, *TvCR* 2020/8, p. 144.

toetsingsbeperkingen en -verboden, inclusief het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet.<sup>301</sup>

#### **5.4 Toetsingsverbod versus toetsingsgebod**

Internationale rechtsnormen zijn zeer beperkt democratisch gelegitimeerd, omdat de parlementaire invloed slechts beperkt is tot de goedkeuring van deze normen.<sup>302</sup> Amendementen en voorbehouden zijn niet altijd toegestaan, waardoor het parlement slechts één van velen is in de onderhandelingen en de parlementaire controle zeer beperkt is.<sup>303</sup> Het bevreemdt dat de verenigbaarheid van wetten in formele zin niet aan klassieke grondrechten uit hoofdstuk 1 van de Grondwet getoetst mogen worden, maar wel aan vergelijkbare mensenrechten uit het EVRM en andere internationale verdragen.<sup>304</sup> Door het toetsingsverbod is de waarde van deze klassieke grondrechten zeer beperkt, terwijl deze rechten juist zo fundamenteel zijn.

Om tot een genuanceerd beeld te komen, is een vergelijking tussen toetsing van wetten in formele zin aan verdragen (*toetsingsgebod*) en toetsing van wetten in formele zin aan de Grondwet (*toetsingsverbod*) noodzakelijk. Bij het toetsingsgebod wordt toetsing aan het EVRM als uitgangspunt genomen.

Allereerst is van belang om te kijken naar de achtergrond van de Grondwet en het EVRM. Hierbij valt op te merken dat deze twee rechtsbronnen oorspronkelijk niet hetzelfde doel dienen, immers de Grondwet is veelal meer een codificatie van de constitutionele praktijk terwijl het EVRM meer ziet op het oordelen over staatsoptreden door een onafhankelijk hof op basis van minimumnormen, het EHRM.<sup>305</sup> Dat neemt echter niet weg dat in de loop der tijd het EVRM veel meer veranderd is tot een constitutioneel karakter dan andere verdragen en dat bovendien het EHRM met haar autonome interpretatie en *living instrument*-doctrine verder is gegaan dan het oorspronkelijke doel van het EVRM.<sup>306</sup> Het verdrag beoogde minimumbescherming, maar hier is niet meer van te spreken, omdat er in de huidige tijd meer sprake lijkt te zijn van harmonisatie.<sup>307</sup> Het antwoord op de vraag of dit de bedoeling is geweest van de

---

<sup>301</sup> Bresselink, *TvCR* 2020/8, p. 150.

<sup>302</sup> Burkens e.a. 2017, p. 356.

<sup>303</sup> Burkens e.a. 2017, p. 356.

<sup>304</sup> Heringa 2019, p. 286-287; Everse 2014, p. 24; Corstens 2012, p. 4.

<sup>305</sup> Van der Schyff, *NJB* 2009/1852, p. 2408-2409.

<sup>306</sup> Peters & Boogaard, *NJB* 2009/84, p. 2628.

<sup>307</sup> Peters & Boogaard, *NJB* 2009/84, p. 2628; Artikel 53 EVRM.

initiatiefnemers, laat zich, in het licht van artikel 53 van het EVRM, eenvoudig negatief beantwoorden.<sup>308</sup> Door de interpretatie van het EHRM van de normen uit het EVRM verliezen deze normen steeds meer hun beginselen-karakter. Hierdoor worden de Grondwet en het EVRM juist steeds meer vergelijkbaar.

Ten tweede zijn de formuleringen van de bepalingen in de Grondwet veelal verouderd, terwijl dit in het EVRM minder het geval is.<sup>309</sup> Dit leidt ertoe dat het toepassen van het EVRM voor de rechter eenvoudiger is dan de toepassing van de ouderwetse Grondwet.<sup>310</sup> Dit argument valt echter ook om te draaien als een argument vóór toetsing aan de Grondwet. Immers, wanneer het toetsingsverbod wordt afgeschaft, heeft de rechter meer mogelijkheden om de Grondwet naar de huidige tijd te interpreteren en daarmee de Grondwet bij de tijd te houden.<sup>311</sup>

Bovendien kunnen vragen worden gesteld bij de toegevoegde waarde van toetsing aan de Grondwet ten opzichte van toetsing aan het EVRM.<sup>312</sup> Op zichzelf heeft de Grondwet dit niet en zijn de meeste bepalingen uit hoofdstuk 1 van de Grondwet ook te vinden in het EVRM.<sup>313</sup> Echter, de beperkingssystematiek van de Grondwet is anders dan die van het EVRM.<sup>314</sup> De beperkingssystematiek in de Grondwet kent een overwegend formeel karakter, hetgeen inhoudt dat grondrechten enkel door de wetgever of door lagere regelgevers kunnen worden beperkt, zonder specifieke inhoudelijke vereisten.<sup>315</sup> Het betreffen dus met name competentievoorschriften en legaliteitsvereisten.<sup>316</sup> Wel zijn er in enkele klassieke grondrechten doelcriteria terug te vinden, bijvoorbeeld in artikel 6 lid 2 van de Grondwet.<sup>317</sup> De beperkingssystematiek van de mensenrechten uit het EVRM heeft een ander karakter. Het EVRM is op het gebied van formele legaliteit minder streng dan de Grondwet, omdat er veelal geen formeel-wettelijke grondslag of uitdrukkelijke delegatie wordt vereist.<sup>318</sup> Voor het vereiste ‘bij wet voorzien’ worden enkel toegankelijkheid en voorzienbaarheid als voorwaarden

---

<sup>308</sup> Peters & Boogaard, *NJB* 2009/84, p. 2628; Artikel 53 EVRM.

<sup>309</sup> Van der Schyff, *NJB* 2009/1852, p. 2409-2410.

<sup>310</sup> Van der Schyff, *NJB* 2009/1852, p. 2409-2410.

<sup>311</sup> Peters & Boogaard, *NJB* 2009/84, p. 2629.

<sup>312</sup> Van der Schyff, *NJB* 2009/1852, p. 2411-2412.

<sup>313</sup> Van der Schyff, *NJB* 2009/1852, p. 2411-2412.

<sup>314</sup> Everse 2014, p. 25.

<sup>315</sup> Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 209.

<sup>316</sup> Kortmann 2016, p. 404-405.

<sup>317</sup> Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 209.

<sup>318</sup> Kortmann 2016, p. 405.

gesteld.<sup>319</sup> Echter, in de beperkingssystematiek van het EVRM wordt echter ook een materiële toets op noodzakelijkheid en proportionaliteit vereist.<sup>320</sup>

De beperkingssystematiek van de Grondwet kent een aantal voordelen ten opzichte van die van het EVRM.<sup>321</sup> Allereerst bieden sommige klassieke grondrechten uit de Grondwet een betere bescherming dan de vergelijkbare minimumnormen van het EVRM, bijvoorbeeld in het geval van artikel 6 van de Grondwet (vrijheid van godsdienst) waar uitdrukkelijk een wet in formele zin is vereist.<sup>322</sup> Bij afschaffing van het toetsingsverbod met betrekking tot de klassieke grondrechten, heeft de rechter ook de mogelijkheid om te beoordelen over de gedelegeerde bevoegdheid en over de vraag of het doel dat wordt nagestreefd met de beperking ook binnen de reikwijdte van een doelcriterium valt.<sup>323</sup> Bovendien is de rechter in dat geval in staat om de grondwetgever te alarmeren over noodzakelijke aanpassingen of bijstellingen.<sup>324</sup>

De toegevoegde waarde moet verder worden gezocht in het opnieuw leven inblazen van de Grondwet en het versterken van de normatieve waarde van de Grondwet.<sup>325</sup> Dit is van belang, omdat de Nederlandse rechtspraak op die wijze het EHRM niet langer blind hoeft op te volgen.<sup>326</sup> Ook van belang in dit kader is het feit dat de Grondwet in bepaalde gevallen wel degelijk verdergaande bescherming biedt dan het EVRM, zoals artikel 7 en artikel 23.<sup>327</sup> Tenslotte kan nog worden ingebracht dat de rechter Europese grondrechten niet ruimer uit mag leggen dan de minimumuitleg van het EHRM.<sup>328</sup> Dit wordt ook wel het spiegelbeginsel genoemd.<sup>329</sup> De rechter zou op basis van toetsing aan de klassieke grondrechten uit de Grondwet dus in bepaalde gevallen betere rechtsbescherming bieden aan de burger dan op basis van toetsing aan het EVRM.

Daarnaast komt bij het verdragsargument ook het idee dat de rechter zich niet met politieke zaken mag bemoeien terug. Het klassieke idee is dat, wanneer de wetgever zijn taak verzaakt

---

<sup>319</sup> Kortmann 2016, p. 405.

<sup>320</sup> Kortmann 2016, p. 405.

<sup>321</sup> Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 209.

<sup>322</sup> Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 209.

<sup>323</sup> Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 210.

<sup>324</sup> Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 210.

<sup>325</sup> Peters & Boogaard, *NJB* 2009/84, p. 2629.

<sup>326</sup> Peters & Boogaard, *NJB* 2009/84, p. 2629.

<sup>327</sup> Peters & Boogaard, *NJB* 2009/84, p. 2629; Van der Schyff, *NJB* 2009/1852, p. 2411-2412; Wetsvoorstel Halsema 2002/03, p. 21 en 23; Everse 2014, p. 25-26.

<sup>328</sup> Hoge Raad 10 augustus 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3598, r.o. 3.7.2.-3.7.3.

<sup>329</sup> Leijten & van Terwisga, *TvCR* 2021/15, p. 170.

om (*ex ante*) constitutionele toetsing toe te passen, het eerder voor de hand ligt voor de politiek om in te grijpen dan de rechter.<sup>330</sup> De wetgevende macht (regering en Staten-Generaal) is verantwoordelijk voor de constitutionele toetsing *ex ante*.<sup>331</sup> Dit betekent dat er een rechtsplicht bestaat om tijdens de wetgevingsprocedure aan de (klassieke) grondrechten uit de Grondwet te toetsen.<sup>332</sup> Hierbij kan de wetgevende macht rekenen op adviezen en voorlichtingen van de Raad van State.<sup>333</sup> In het kader van internationaal en supranationaal recht, kan zich een probleem voordoen met deze constitutionele toetsing. Immers, de wetgevende macht is tevens gebonden door Europees recht en eenieder verbindende bepalingen van verdragen en volkenrechtelijke organisaties.<sup>334</sup> De handhaving van deze normen geschiedt veelal door supra- en internationale rechters.<sup>335</sup> Dit betekent dat de constitutionele toetsing *ex ante* kan concurreren of wordt begrensd door de rechterlijke uitleg van deze supra- en internationale rechters.<sup>336</sup>

Een ander probleem is dat de wetgever veelal meer aandacht besteedt aan de toetsing van het EVRM, juist omdat de rechter hieraan kan toetsen en de wetgever op dit vlak op de vingers kan tikken, maar niet omdat het zelf een constitutionele toets wil toepassen.<sup>337</sup> De afschaffing van het toetsingsverbod zou de wetgever daarom dwingen om een omvangrijkere toets *ex ante* toe te passen bij het vaststellen van wetgeving, waardoor ook aan de Grondwet moet worden getoetst.<sup>338</sup> Een oorzaak voor de huidige wijze van toetsing *ex ante* kan worden gevonden in het feit dat politici in de Tweede Kamer niet onpartijdig zijn vanwege de belangen van hun kiezers en daarmee ook deze belang van hun kiezers bij de constitutionele toets meewegen.<sup>339</sup> Bovendien maakt deze wetgever zelf ook soms grove fouten bij het vaststellen van wetgeving (vgl. de Toeslagenaffaire) en biedt hoofdstuk 1 van Grondwet juist rechtsbescherming tegen deze wetgever als onderdeel van de overheid.<sup>340</sup> Hierdoor rijst de vraag in hoeverre het idee van de toetsing *ex ante* door de wetgever zeer serieus dient te worden genomen.<sup>341</sup>

---

<sup>330</sup> Van der Schyff, *NJB* 2009/1852, p. 2411-2412.

<sup>331</sup> Nap 2021, p. 9.

<sup>332</sup> Nap 2021, p. 9.

<sup>333</sup> Nap 2021, p. 11.

<sup>334</sup> Kortmann 2016, p. 84-85.

<sup>335</sup> Kortmann 2016, p. 84-85.

<sup>336</sup> Kortmann 2016, p. 84-85.

<sup>337</sup> Peters & Boogaard, *NJB* 2009/84, p. 2629.

<sup>338</sup> Cliteur, *NJB* 1989, p. 1372-1373.

<sup>339</sup> Peters & Boogaard, *NJB* 2009/84, p. 2629.

<sup>340</sup> Peters & Boogaard, *NJB* 2009/84, p. 2629.

<sup>341</sup> Peters & Boogaard, *NJB* 2009/84, p. 2629.

Ook komt vaak het argument aan de orde dat de rechter niet toegerust is op toetsing aan de Grondwet.<sup>342</sup> Dit argument staat op losse schroeven. Immers, de Nederlandse rechtspraak is tegenwoordig al gewend om aan de Grondwet te toetsen, omdat lagere regelgeving wél aan de Grondwet mag worden getoetst.<sup>343</sup> Bovendien is de rechter bij uitstek gewend om wetten te toetsen, terwijl dit bij de wetgever minder het geval is.<sup>344</sup>

Tenslotte valt ook te denken aan het argument voor de afschaffing van het toetsingsverbod dat de onschendbaarheid van wetten in formele zin al doorbroken is. Immers, door artikel 93 en 94 van de Grondwet is deze onschendbaarheid al doorbroken.<sup>345</sup> Sterker nog, gesteld kan worden dat deze inbreuk door verdragen zelf sterker is dan een inbreuk op basis van de Grondwet, omdat de wetgever dit verdrag niet kan wijzigen.<sup>346</sup> Dit argument snijdt op zichzelf geen hout. Immers, als het één mogelijk is, betekent dit niet direct dat het ander ook maar mogelijk moet zijn. Dit argument kan wel als sterk worden beoordeeld indien het gezien wordt in het licht van de voorgaande argumenten, waarbij het bijvoorbeeld gaat om de beperkte invloed van de Nederlandse wetgever bij het vaststellen van internationale rechtsnormen.

Uit deze beschouwing staat allereerst vast dat een vergelijking op basis van de achtergrond en de vorm van de normen uit het EVRM en de Grondwet tijdens het opstellen van het EVRM niet eenvoudig was, omdat deze normen veelal minimumnormen betroffen.<sup>347</sup> Echter, nu het EHRM de normen steeds verder interpreteert en de lidstaten die dienen op te volgen, lijkt een vergelijking met de meer ‘dichtgeregelde’ normen uit de Grondwet steeds meer mogelijk.<sup>348</sup> Bovendien kan de rechter de Grondwet zonder het toetsingsverbod beter bij de tijd houden, is de Nederlandse rechter minder afhankelijk van het EHRM en kan de Grondwet meer individuele bescherming bieden.<sup>349</sup> Tenslotte kan constitutionele toetsing de toetsing *ex ante* door de wetgever versterken, is de rechter uitstekend toegerust tot constitutionele toetsing en gaat het argument van onschendbaarheid van de wet niet langer op.<sup>350</sup> De uitkomst van deze beschouwing is dus dat het verdragsargument een geschikt argument is als argument voor de afschaffing van het toetsingsverbod.

---

<sup>342</sup> Van der Schyff, *NJB* 2009/1852, p. 2413; Cliteur, *NJB* 1989, p. 1372.

<sup>343</sup> Peters & Boogaard, *NJB* 2009/84, p. 2629-2630; Cliteur, *NJB* 1989, p. 1372.

<sup>344</sup> Cliteur, *NJB* 1989, p. 1372-1373.

<sup>345</sup> Cliteur, *NJB* 1989, p. 1373-1374.

<sup>346</sup> Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 199.

<sup>347</sup> Peters & Boogaard, *NJB* 2009/84, p. 2628; Artikel 53 EVRM; Van der Schyff, *NJB* 2009/1852, p. 2409-2410.

<sup>348</sup> Peters & Boogaard, *NJB* 2009/84, p. 2628.

<sup>349</sup> Peters & Boogaard, *NJB* 2009/84, p. 2628-2629.

<sup>350</sup> Cliteur, *NJB* 1989, p. 1372-1373.

## Conclusie

In het gematigd-monistische Nederlandse stelsel heeft het verdragsrecht een belangrijke rol gekregen. De rechter haalt regelmatig normen uit het EVRM, het ESH, het IVBPR, het IVESCR, het VN Vrouwenverdrag en het IVRK aan ter beslechting van geschillen. Sterker nog, op basis van het toetsingsgebod van artikel 94 van de Grondwet is de rechter hiertoe verplicht.

In dit hoofdstuk is de rechtvaardigheid van het principe dat de rechter wetten in formele zin wel aan verdragen mag toetsen maar niet aan de Grondwet nader beschouwd. Uit de Urgenda-jurisprudentie blijkt dat de rol van de rechter bij verdragstoetsing verandert. Allereerst omdat de rechter niet eenieder verbindende bepalingen uit het VN Klimaatverdrag middels reflexwerking met internationale afspraken toch laat doorwerken in de nationale procedure.<sup>351</sup> Dit doorkruist het doel en de functie van artikel 93 van de Grondwet. Het dieperliggende probleem is dat de rechter geen recht spreekt op basis van de wet in de Urgenda-jurisprudentie, maar op basis van internationale afspraken en internationale consensus.<sup>352</sup> Dit is problematisch, omdat de rechter hiermee het beginsel van terughoudendheid, bestaande toetsingsbeperkingen en -geboden en de grenzen tussen de rechtsprekende macht en de politieke machten op scherp zet.<sup>353</sup> Uit deze veranderende rol van de rechter lijkt een toenemende wens van het bieden van meer rechtsbescherming voort te vloeien.

Vervolgens zijn er een aantal argumenten nader beschouwd, welke veelvoorkomend zijn in de discussie over het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet in het kader van de bestaande verdragstoetsing van artikel 94 van de Grondwet. Op basis van deze discussie kan ervan worden uitgegaan dat het verdragsargument een argument is dat als grondslag kan dienen voor de afschaffing van artikel 120 van de Grondwet. Juist omdat de rechter wetten in formele zin wel kan toetsen aan internationale normen, waar de wetgever weinig invloed op kan uitoefenen, is het wenselijk om de rechter ook de mogelijkheid te bieden om wetten in formele zin te toetsen aan de klassieke grondrechten uit de Grondwet. Hiermee is dan ook de vierde deelvraag beantwoord.<sup>354</sup>

---

<sup>351</sup> Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (Urgenda), r.o. 4.43.

<sup>352</sup> Bovend'Eert, *RegelMaat* 2021/3, p. 143.

<sup>353</sup> Bresselink, *TvCR* 2020/8, p. 144 en 150.

<sup>354</sup> De vierde deelvraag betreft: is de afschaffing van het toetsingsverbod wenselijk gezien de bestaande bevoegdheid tot toetsing van de verenigbaarheid van wetten in formele zin aan verdragen?

## Hoofdstuk 6 – Rechtsbescherming van de burger

Het laatste te behandelen argument betreft het argument dat de afschaffing van het toetsingsverbod leidt tot meer rechtsbescherming van de burger. Om tot de beoordeling van dit argument te komen, zal allereerst moeten worden gekeken naar wat rechtsbescherming van de burger precies inhoudt. Vervolgens is het van belang om een aantal knelpunten van de rechtsbescherming van de burger te behandelen aan de hand van de Toeslagenaffaire. Tenslotte zal worden betoogd dat de afschaffing van het toetsingsverbod als eindpunt van de lijn naar meer responsieve rechtspraak, en daarmee meer rechtsbescherming, kan dienen. In dit hoofdstuk wordt beoogd de vijfde deelvraag te beantwoorden.<sup>355</sup>

### 6.1 Rechtsbescherming van de burger

Alvorens tot een beschouwing te komen over de rechtsbescherming van de burger als argument voor de afschaffing van het toetsingsverbod met betrekking tot de klassieke grondrechten, is van belang om een beeld te geven van wat deze rechtsbescherming van de burger inhoudt.

Bestuursorganen beschikken in het Nederlandse rechtssysteem over een aanzienlijk aantal ingrijpende bevoegdheden, waar tegenover staat dat het handelen van het bestuur jegens de burger wordt genormeerd door geschreven en ongeschreven recht.<sup>356</sup> In een rechtsstaat, zoals Nederland, moet een burger die meent dat hij/zij op onrechtmatige wijze in zijn/haar belangen of rechten is geschaad, een zaak voor kunnen leggen bij een onafhankelijke en onpartijdige rechter die het handelen van het bestuur controleert.<sup>357</sup> De rechtsbescherming in Nederland omvat daarnaast de bestuurlijke voorprocedures van bezwaar en administratief beroep.<sup>358</sup> Daarenboven heeft de burger in Nederland ook het recht van intern klachtrecht bij een bestuursorgaan en extern klachtrecht bij de Nationale ombudsman.<sup>359</sup> Deze procedures bij de rechter, het bestuur en de Nationale ombudsman worden aangeduid met het overkoepelende begrip ‘de rechtsbescherming van de burger’.<sup>360</sup>

---

<sup>355</sup> De vijfde deelvraag betreft de vraag of de afschaffing van het toetsingsverbod wenselijk is gezien (het tekort aan) de rechtsbescherming van de burger?

<sup>356</sup> Michiels, Blomberg & Spaans 2019, p. 187.

<sup>357</sup> Michiels, Blomberg & Spaans 2019, p. 187; Artikel 6 EVRM.

<sup>358</sup> Michiels, Blomberg & Spaans 2019, p. 187-188.

<sup>359</sup> Michiels, Blomberg & Spaans 2019, p. 187-188.

<sup>360</sup> Michiels, Blomberg & Spaans 2019, p. 187-188.

De rechtsbescherming kent verschillende functies. Ten grondslag aan deze functies liggen twee verschillende procesmodellen. Allereerst kent men in het bestuursrecht het *recours objectif*, waarin de handhaving van het objectieve recht voorop staat.<sup>361</sup> Het tweede procesmodel wordt het *recours subjectif* genoemd.<sup>362</sup> In dit model staat de individuele rechtsbescherming van de burger voorop.<sup>363</sup>

Het Nederlandse rechtssysteem heeft een lange tijd gefungeerd als een *recours objectif*. Dit blijkt uit het gegeven dat het besluit, in de zin van artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht, het toegangkaartje vormt voor de toegang tot de rechter.<sup>364</sup> Doordat het Awb-besluit lange tijd centraal heeft gestaan, kon men spreken van een *recours objectif*. Het controleren van de rechtmatigheid van het handelen van het bestuur door de bestuursrechter stond hierbij voorop.<sup>365</sup>

Sinds de totstandkoming van de Algemene wet bestuursrecht in 1994 valt echter een proces van verandering op te merken.<sup>366</sup> Het procesmodel is onderhevig aan subjectivering, waardoor er een beweging naar het *recours subjectif* plaatsvindt.<sup>367</sup> Dit betekent concreet dat de rechtsbescherming van de burger en geschilbeslechting tussen partijen naar de voorgrond verschuift.<sup>368</sup> Dit blijkt onder meer uit een ontwikkeling van de rechtspraak naar een meer finale geschilbeslechting.<sup>369</sup>

Vanuit dit uitgangspunt zijn een aantal functies te onderscheiden. Allereerst valt te wijzen op het bieden van individuele rechtsbescherming en de geschilbeslechting tussen partijen.<sup>370</sup> Daarnaast kan men denken aan de legitimiteit van de overheid, de kwaliteit van bestuur en de bevordering van rechtsontwikkeling en rechtseenheid.<sup>371</sup>

---

<sup>361</sup> Michiels, Blomberg & Spaans 2019, p. 187-188.

<sup>362</sup> Schlössels, Schutgens & Zijlstra, *HSB 2019/760*; Marseille e.a., p. 37-38.

<sup>363</sup> Schlössels, Schutgens & Zijlstra, *HSB 2019/760*; Marseille e.a., p. 37-38.

<sup>364</sup> Artikel 8:1 van de Algemene wet bestuursrecht.

<sup>365</sup> De Poorter & de Graaf 2011, p. 14.

<sup>366</sup> De Poorter & de Graaf 2011, p. 14.

<sup>367</sup> De Poorter & de Graaf 2011, p. 27; Marseille e.a., p. 38; *Kamerstukken II*, 1991-1992, 22 495, nr. 3 (MvT), p. 35.

<sup>368</sup> De Poorter & de Graaf 2011, p. 27.

<sup>369</sup> De Poorter & de Graaf 2011, p. 30.

<sup>370</sup> Marseille e.a., p. 39-41.

<sup>371</sup> Marseille e.a., p. 41.

Bovendien kent de rechtsbescherming nog een aantal belangrijke beginselen. Deze beginselen betreffen de toegang tot een onpartijdige en onafhankelijke rechter, de bestuurlijke heroverweging vóór toegang tot de rechter, rechtspraak in twee feitelijke instanties, toegankelijke rechtspraak, waarborging van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling, effectieve en tijdige rechtsbescherming en efficiënte rechtsbescherming.<sup>372</sup>

## 6.2 De Toeslagenaffaire en knelpunten

De functies en beginselen van rechtsbescherming uit de vorige paragraaf zien er op papier erg goed en opportuun uit, maar wanneer hier in de praktijk niets van terecht komt, heeft de burger er weinig aan. Waar mensen werken, worden fouten gemaakt. Helaas ging het echter bij de Toeslagenaffaire gruwelijk mis. Allereerst zal worden gekeken naar wat deze Toeslagenaffaire precies inhoudt en waar het is misgegaan. Vervolgens zullen hieruit een aantal knelpunten in de rechtsbescherming uiteengezet worden die, onder meer, in de Toeslagenaffaire pijnlijk naar voren zijn gekomen.

Het onderzoek naar de misstanden van de Toeslagenaffaire is verricht door de Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag. Deze ondervragingscommissie heeft vervolgens in haar eindrapport *Ongekend onrecht* vergaande conclusies getrokken over wat er fout is gegaan bij het bestuur (Belastingdienst/Toeslagen), maar ook bij de wetgever en de rechter.<sup>373</sup>

Tijdens de periode van Kabinet-Rutte I en Kabinet-Rutte II werd de fraudeaanpak op de voorgrond geplaatst.<sup>374</sup> Hiertoe zijn twee wetten vastgesteld. De eerste wet betrof de Wet kinderopvangtoeslag (Wko), welke de wettelijke basis vormt voor de kinderopvangtoeslag en waarbij de hoogte van de toeslag afhankelijk werd gesteld van de draagkracht van de ouders.<sup>375</sup> Uit deze wet is in de praktijk en de rechtspraak de ‘alles-of-niets’ benadering ontstaan, op basis waarvan ouders of wel of geen recht hadden op kinderopvangtoeslag zonder tussenmogelijkheden.<sup>376</sup>

---

<sup>372</sup> Marseille e.a., p. 46-47.

<sup>373</sup> Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020, p. 7.

<sup>374</sup> Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020, p. 34.

<sup>375</sup> Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020, p. 34.

<sup>376</sup> Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020, p. 34.

De tweede wet betrof de Algemene Wet Inkomensafhankelijke Regelingen (Awir), welke betrekking heeft op het toekennen, uitbetalen en terugvorderen van toeslagen door de Belastingdienst.<sup>377</sup> Met name deze wet heeft, in combinatie met de ‘alles-of-niets’ benadering uit de Wko, gezorgd voor wat heden de Toeslagenaffaire is gaan heten.

Bij het vaststellen en uitvoeren van wetgeving dient zoveel mogelijk rekening te worden gehouden met de belangen van burgers.<sup>378</sup> Dit is een belangrijk grondbeginsel van de Nederlandse rechtsstaat.<sup>379</sup> Rechtmatigheid (het tegengaan van fraude) en efficiëntie zijn hierbij belangrijke uitgangspunten.<sup>380</sup> In het geval van de Kinderopvangtoeslag heeft men het grondbeginsel echter veronachtzaamd en is de nadruk komen te liggen op de bestrijding van fraude onder politieke en maatschappelijke druk.<sup>381</sup> Hierdoor was er geen plaats voor maatwerk in individuele gevallen.<sup>382</sup>

Normaliter bieden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het evenredigheidsbeginsel, hiertoe een uitkomst bij de bestuursrechter.<sup>383</sup> Deze beginselen kunnen in nijpende individuele situaties een uitkomst bieden. Helaas heeft bestuursrechter beroepen op deze beginselen echter constant weggewuifd.<sup>384</sup>

Hoewel de Toeslagenaffaire al veel langer speelde, kwam er in 2017 pas echt aandacht voor deze affaire naar aanleiding van een rapport van de Nationale ombudsman.<sup>385</sup> Dit komt onder meer door de gebrekkige informatievoorziening van de Tweede Kamer.<sup>386</sup>

Omdat in de Toeslagenaffaire een groot scala aan fouten zijn gemaakt, is het van belang om de bespreking in dit hoofdstuk af te bakenen tot de gebreken in de rechtsbescherming.

---

<sup>377</sup> Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020, p. 34.

<sup>378</sup> Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020, p. 7.

<sup>379</sup> Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020, p. 7.

<sup>380</sup> Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020, p. 7.

<sup>381</sup> Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020, p. 7.

<sup>382</sup> Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020, p. 7.

<sup>383</sup> Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020, p. 8.

<sup>384</sup> Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020, p. 8.

<sup>385</sup> Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020, p. 18; De Nationale ombudsman 2017.

<sup>386</sup> Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020, p. 8-9.

Een belangrijk knelpunt ligt bij het maken van bezwaar. Er was sprake van een enorme duur voor afhandeling van bezwaren door ambtenaren van de Belastingdienst/Toeslagen.<sup>387</sup> Uit het rapport van de Nationale ombudsman blijkt dat in 2016 bij zo'n 40 (veertig)% van de bezwaren de termijn was overschreden door de Belastingdienst/Toeslagen.<sup>388</sup> Dit heeft tot veel rechtsonzekerheid en financiële schade geleid bij de slachtoffers van de affaire.<sup>389</sup> Bovendien werden deze bezwaren veelal niet onafhankelijk van de eerste beoordelaar behandeld.<sup>390</sup>

Een tweede knelpunt is dat de Belastingdienst/Toeslagen en de wetgever zijn uitgegaan van een verkeerde benadering van de burger. Burgers werden met een vooringenomen wantrouwen benaderd.<sup>391</sup> Men had de neiging om iedere burger te wantrouwen als potentiële fraudeur, waardoor ambtenaren zich liever terugtrokken in procedurevoorschriften dan dat zij een inhoudelijke oplossing voor de burger boden en maatwerk leverden.<sup>392</sup> Dit terwijl vanuit de burger het vertrouwen van de overheid zo gewenst is.<sup>393</sup> Vanuit dit wantrouwen vloeit de snoeiharde wetgeving, zonder maatwerk, van de wetgever voort.<sup>394</sup> Bovendien gaat de overheid uit van een verkeerd burgerbeeld. Waar de overheid uitgaat van de *zelfredzaamheid* van haar burgers, pakt dit in de praktijk vaak anders uit.<sup>395</sup> In de Toeslagenaffaire komt dit zeer duidelijk naar voren, vanwege het feit dat ouders overgelaten waren aan de Belastingtelefoon, omdat zij niet wisten wat ze moesten doen.<sup>396</sup>

Een ander knelpunt is het feit dat de burger minder fysieke toegang tot de overheid heeft. Door de digitalisering van de overheid, krijgen burgers minder te maken met mensen van vlees en bloed, waar burgers juist veel behoefte aan hebben.<sup>397</sup> Wanneer burgers vervolgens wel in staat zijn om een ambtenaar te spreken, worden ze veelal weggestuurd met de mededeling dat ze in bezwaar kunnen gaan.<sup>398</sup> Daarnaast worden bestuurlijke afwegingen steeds vaker gemaakt door

---

<sup>387</sup> Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020, p. 18; De Nationale ombudsman 2017, p. 25.

<sup>388</sup> Er gold een beslistermijn van 12 weken in deze gevallen; De Nationale ombudsman 2017, p. 22.

<sup>389</sup> Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020, p. 23; De Nationale ombudsman 2017, p. 4 en 25.

<sup>390</sup> Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020, p. 23; De Nationale ombudsman 2017, p. 4.

<sup>391</sup> Koenraad, *NTB* 2021/61, p. 138; Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020, p. 28.

<sup>392</sup> Koenraad, *NTB* 2021/61, p. 138; Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020, p. 28; Schuurmans e.a. 2020, p. 21.

<sup>393</sup> Koenraad, *NTB* 2021/61, p. 138.

<sup>394</sup> Koenraad, *NTB* 2021/61, p. 138.

<sup>395</sup> WRR 2017, p. 56; Schuurmans e.a. 2020, p. 11; De Nationale ombudsman 2017, p. 14.

<sup>396</sup> De Nationale ombudsman 2017, p. 14.

<sup>397</sup> Schuurmans e.a. 2020, p. 16.

<sup>398</sup> De Nationale ombudsman 2017, p. 14.

algoritmen en automatische systemen in eerste aanleg, waardoor er steeds minder menselijke invloed is op dergelijke afwegingen en er dus minder ruimte is voor maatwerk.<sup>399</sup>

Het vierde knelpunt houdt in dat de rechter te weinig flexibiliteit wordt geboden in (fraude)wetgeving.<sup>400</sup> Dit illustreert zich doordat in de Awir geen hardheidsclausule werd opgenomen, op basis waarvan maatwerk geleverd had kunnen worden vanwege onvoorziene of onredelijke gevolgen van deze dwingende wetgeving.<sup>401</sup> Hieruit lijkt ook een wantrouwen van de wetgever jegens de rechter naar voren te komen.<sup>402</sup> Immers, de wetgever zou moeten vertrouwen op de rechtspraak die hard optreedt tegen daadwerkelijke fraudeurs.<sup>403</sup> Wanneer de wetgeving in de praktijk snoeihard uitpakt, en daarmee in strijd is met de Grondwet, heeft de rechter echter geen instrument om de wetgeving buiten toepassing te verklaren. Zo was voor de Raad van State het toetsingsverbod een sta in de weg voor de toets of de ‘alles-of-niets’-benadering zou voortvloeien uit de dwingende bepalingen uit de Wko en de Awir.<sup>404</sup> Wanneer het toetsingsverbod niet had bestaan, waren rechters wellicht eerder alert geweest op de verschrikkelijke gevolgen van de Toeslagenaffaire.<sup>405</sup>

Het vierde knelpunt brengt ons tot een vijfde knelpunt. De wetgevende macht heeft haar wetgevende taak te tijden van het vaststellen van de Wko en de Awir niet goed uitgevoerd.<sup>406</sup> Immers, bij deze wetgevende taak hoort ook het rekening houden met belangen van burgers door het in de wetgeving bieden van de mogelijkheid om maatwerk te leveren.<sup>407</sup> Met name bij het vaststellen van de Awir is dit niet gedaan, omdat de beslissingsvrijheid en de mogelijkheid voor een proportionaliteitstoets werden ontnomen. De Tweede Kamer heeft op dit vlak niet doortastend ingegrepen, de adviezen van de Afdeling advisering van de Raad van State zijn niet in acht genomen en de reflectiefunctie van de Eerste Kamer is onvoldoende gebleken.<sup>408</sup>

---

<sup>399</sup> Koenraad, *NTB* 2021/61, p. 137.

<sup>400</sup> Koenraad, *NTB* 2021/61, p. 140.

<sup>401</sup> Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020, p. 34.

<sup>402</sup> Koenraad, *NTB* 2021/61, p. 140.

<sup>403</sup> Koenraad, *NTB* 2021/61, p. 140.

<sup>404</sup> Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven & A-G P.J. Wattel, bij ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, r.o. 2.4.

<sup>405</sup> Dit sluit aan bij een uitspraak van Heringa in Trouw (bron: K. van Teeffelen, ‘Moet de rechter kunnen zeggen dat een wet niet deugt?’ *Trouw*, geraadpleegd op 3 april 2021, via <https://www.trouw.nl/binnenland/moet-rechter-kunnen-zeggen-dat-een-wet-niet-deugt~b0c7bb2b/>).

<sup>406</sup> Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020, p. 7.

<sup>407</sup> Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020, p. 7.

<sup>408</sup> Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020, p. 34; Werkgroep zelfevaluatie naar aanleiding van de toeslagenaffaire 2021, p. 8.

Hierbij kan worden aangesloten bij de eerder aangehaalde constitutionele toets *ex ante*. De Toeslagenaffaire is een illustratie van het probleem dat er te weinig tegenkrachten zijn in ons constitutionele systeem.<sup>409</sup> Op het moment dat de wetgevende macht zijn taak verzaakt om de constitutionele toets *ex ante* toe te passen, ligt het in het huidige constitutionele systeem in Nederland voor de hand dat de politiek op dat moment dient in te grijpen.<sup>410</sup> In de Toeslagenaffaire heeft het echter jaren geduurd voordat de misstanden gesignaleerd werden, onder meer door een ondeugdelijke informatievoorziening vanuit de overheid.<sup>411</sup> Hierdoor zaten ouders al jaren in de problemen, zonder dat de politiek in kón grijpen. De wetgever heeft dus een bijna onbegrensde macht, waardoor Kamerleden met lege handen staan op het moment dat een wet is gepubliceerd in het Staatsblad.<sup>412</sup> De afschaffing van het toetsingsverbod met betrekking tot de klassieke grondrechten verschaft de burger betere rechtsbescherming nadat een wet is vastgesteld, omdat de rechter kan ingrijpen bij onrechtsstatelijke wetgeving en zorgt tevens voor een gedegen tegenkracht in het constitutionele systeem.

De vraag is of de Toeslagenaffaire een vreemde eend in de bijt is. Helaas lijkt het antwoord op deze vraag negatief te zijn, nu vergelijkbare problemen ontstaan in zaken met betrekking tot de Participatiewet.<sup>413</sup>

### **6.3 Ontwikkelingen met constitutionele toetsing als eindpunt?**

Na de Toeslagenaffaire is het tijd geweest voor reflectie vanuit de wetgevende macht, uitvoerende macht en de rechterlijke macht. Het Kabinet-Rutte III is er zelfs om afgetreden.

In het kader van de rechtsbescherming en de rechtspraak is wellicht een van de meest pijnlijke conclusies van het rapport Ongekend Onrecht samengevat in de navolgende zin:

*“Daarmee heeft de bestuursrechtspraak zijn belangrijke functie van (rechts)bescherming van individuele burgers veronachtzaamd.”* (Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020)<sup>414</sup>

---

<sup>409</sup> Brenninkmeijer, *NJB* 2021/2, p. 6.

<sup>410</sup> Van der Schyff, *NJB* 2009/1852, p. 2411-2412.

<sup>411</sup> Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020, p. 8.

<sup>412</sup> Meussen, *NJB* 2021/1885, p. 2134.

<sup>413</sup> Koenraad, *NTB* 2021/61, p. 137.

<sup>414</sup> Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020, p. 7-8.

Het moet dus anders, hetgeen de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ook heeft ingezien.<sup>415</sup> De vraag die hieruit rijst is of er wel voldoende tegenmacht is ingebouwd in ons constitutionele systeem.<sup>416</sup> Met andere woorden: waar willen we naartoe met onze democratische rechtsstaat?

De Toeslagenaffaire legt pijnlijk bloot dat de Nederlandse rechtsstaat neigt naar een bureaucratische rechtsstaat, omdat men ervan uit lijkt te gaan dat burgers zelfredzaam zijn en de regels kennen.<sup>417</sup> Intern voldoet een dergelijke bureaucratische rechtsstaat aan de voorwaarden van een rechtsstaat, maar in de uitvoering pakt dit heel anders uit.<sup>418</sup> Waar de Nederlandse rechtsstaat naartoe zou moeten is een responsieve rechtsstaat met een recours subjectief als procesmodel.<sup>419</sup>

De responsieve rechtsstaat definieert zich als een rechtsstaat waarin men uitgaat van de burger zoals deze echt is, dus iemand die graag zijn eigen gang gaat, maar niet altijd even slim of rationeel reageert.<sup>420</sup> Een responsieve rechtsstaat kan het vertrouwen van de burger in de overheid en het rechtvaardigheidsgevoel van de burger vergroten.<sup>421</sup> Bovendien werkt een responsieve rechtsstaat beter voor de overheid, nu zij niet steeds haar burgers verkeerd inschat.<sup>422</sup>

In de rechtspraak zijn bewegingen naar deze meer responsieve rechtspraak op te merken. Zo worden overschrijdingen van termijnen voor het indienen van bezwaar- en beroepsschriften niet langer ambtshalve beoordeeld of getoetst.<sup>423</sup> Bovendien bevat het reflectierapport van de Afdeling een aantal belangrijke ontwikkelingen voor de toekomst, zoals een kritischere opstelling jegens de informatie van bestuursorganen, het aangaan van meer interne en externe dialogen en de herijking van jurisprudentielijnen die onevenredig uitpakken voor de burger.<sup>424</sup>

---

<sup>415</sup> Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 2021, p. 8.

<sup>416</sup> Brenninkmeijer, *NJB* 2021/2, p. 6.

<sup>417</sup> Scheltema, *RegelMaat* 2018-3, p. 121.

<sup>418</sup> Scheltema, *RegelMaat* 2018-3, p. 121.

<sup>419</sup> Scheltema, *RegelMaat* 2018-3, p. 121.

<sup>420</sup> Scheltema, *RegelMaat* 2018-3, p. 121.

<sup>421</sup> Scheltema, *RegelMaat* 2018-3, p. 121.

<sup>422</sup> Scheltema, *RegelMaat* 2018-3, p. 121.

<sup>423</sup> CRvB 9 juli 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1500, r.o. 4.6.

<sup>424</sup> Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 2021, p. 9.

Ook valt een ontwikkeling naar een indringendere toetsing van regelgeving op. Het uitgangspunt was jarenlang, vanwege de constitutionele traditie van terughoudendheid op grond van artikel 120 van de Grondwet en artikel 8:3 van de Algemene wet bestuursrecht, dat de rechter slechts een terughoudende toetsing op willekeur mocht toepassen.<sup>425</sup> Hier lijken de hoge bestuursrechters nu van af te wijken, want in 2015 betrok de Afdeling voor het eerst het evenredigheidsbeginsel bij een zaak op basis waarvan er een streep werd gezet door de geldende AMvB.<sup>426</sup>

In een latere zaak ging de conclusie van A-G Widdershoven nog verder.<sup>427</sup> Widdershoven concludeerde dat algemeen verbindende voorschriften moesten kunnen worden getoetst aan zowel de formele als de materiële beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>428</sup> De indringendheid van deze toetsing moest daarbij afhankelijk zijn van de beslissingsruimte, de feitelijke of technische complexiteit en de mate van politieke afweging.<sup>429</sup> Bovendien concludeerde Widdershoven dat de doel-middeltoetsing onderhevig moest zijn aan de drietrappstoets van het Hof van Justitie op geschiktheid, noodzakelijkheid en evenwichtigheid.<sup>430</sup> De Afdeling en de Centrale Raad van Beroep wilden destijds niet zo ver gaan, want zij oordeelde dat aan zowel de materiële beginselen kan worden getoetst, maar dat een enkele strijd met de formele beginselen niet kan leiden tot het onverbindend achten van een algemeen verbindend voorschrift.<sup>431</sup>

Van groot belang hierbij is de conclusie van A-G Widdershoven en A-G Wattel van juli 2021.<sup>432</sup> Zij concludeerden dat bij de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel van besluiten in het algemeen de drietrappstoets van het Hof van Justitie moet worden gevolgd om op deze wijze te bepalen of de toets terughoudend, globaal of indringend moet worden uitgevoerd.<sup>433</sup> Bovendien concludeerden zij dat het toetsingsverbod eindelijk afgeschaft moest worden, omdat de rechter in tegenstelling tot de wetgever wel de feiten in concrete zaken in het recht kan vinden en dat

---

<sup>425</sup> Hoge Raad 16 mei 1986, nr. 12818, AB 1986, 574 (Landbouwvliegers), r.o. 6.1.

<sup>426</sup> ABRvS 3 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622 (Alcoholslot), r.o. 5.2-5.4.

<sup>427</sup> Concl. A-G R.J.G.M Widdershoven, bij ABRvS 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, r.o. 9.

<sup>428</sup> Concl. A-G R.J.G.M Widdershoven, bij ABRvS 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, r.o. 9.

<sup>429</sup> Concl. A-G R.J.G.M Widdershoven, bij ABRvS 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, r.o. 9.

<sup>430</sup> Concl. A-G R.J.G.M Widdershoven, bij ABRvS 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557, r.o. 9.

<sup>431</sup> ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452; CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016.

<sup>432</sup> Concl. A-G R.J.G.M Widdershoven & A-G P.J. Wattel, bij ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468.

<sup>433</sup> Concl. A-G R.J.G.M Widdershoven & A-G P.J. Wattel, bij ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, r.o. 8.3.3.

de algemene beginselen van behoorlijk bestuur leidend moeten zijn indien een strikte toepassing van de wet leidt tot onaanvaardbare uitkomsten.<sup>434</sup>

De Afdeling volgde dit jaar de conclusie van de A-G's gedeeltelijk. De Afdeling wil echter niet overgaan tot een standaardtoetsing voor ieder besluit, maar wil dit de bestuursrechter zelf laten bepalen in een concreet geval.<sup>435</sup> Met andere woorden: de indringendheid van de toetsing hangt van meerdere factoren dan alleen de drietrapstoets.<sup>436</sup>

In deze jurisprudentielijn is dus een duidelijke lijn zichtbaar richting een indringendere toetsing van regelgeving aan de materiële en formele beginselen van behoorlijk bestuur. Hierbij wordt meer en meer ruimte geboden voor responsieve rechtspraak. Van wetgeving in formele zin blijft men tot nu toe af. De vraag rijst of de afschaffing van het toetsingsverbod mooi zou kunnen aansluiten bij deze ontwikkelingen. Op die wijze kunnen burgers ook eindelijk de verdergaande bescherming van grondrechten uit hoofdstuk 1 van de Grondwet invoeren in zaken waarin zij, zoals in de Toeslagenaffaire, aanlopen tegen en zelfs het slachtoffer worden van onevenredig uitpakkende wetgeving in formele zin.

## Conclusie

In dit hoofdstuk stond het argument van de verbetering van de rechtsbescherming van de burger voor de afschaffing van het toetsingsverbod met betrekking tot de klassieke grondrechten uit de Grondwet centraal. Hiertoe is allereerst een theoretisch kader geschetst van de betekenis van rechtsbescherming van de burger. De rechtsbescherming biedt de mogelijkheid voor de burger om op te komen tegen overheidshandelen als hij of zij meent op onrechtmatige wijze in zijn of haar belangen of rechten is geschaad.<sup>437</sup> Hiertoe zijn verschillende procedures bij het bestuur, de rechter of de Nationale ombudsman ingericht.<sup>438</sup> Bovendien is in het bestuursrechtelijke procesmodel een verschuiving van het *recours objectif* naar een *recours subjectif* merkbaar, waardoor meer nadruk komt te liggen op individuele rechtsbescherming en finale geschilbeslechting.<sup>439</sup>

---

<sup>434</sup> Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven & A-G P.J. Wattel, bij ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, r.o. 9.6.

<sup>435</sup> ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.8-7.9.

<sup>436</sup> ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.9.

<sup>437</sup> Michiels, Blomberg & Spaans 2019, p. 187; Artikel 6 EVRM.

<sup>438</sup> Michiels, Blomberg & Spaans 2019, p. 187-188.

<sup>439</sup> Schlössels, Schutgens & Zijlstra, *HSB* 2019/760; Marseille e.a., p. 37-38; De Poorter & de Graaf 2011, p. 14.

Op papier ziet dit theoretisch kader er goed uit, maar met de Toeslagenaffaire is aangetoond dat het in de praktijk heel anders uit kan pakken. De Toeslagenaffaire is een gevolg van wat er kan gebeuren als er onvoldoende rekening wordt gehouden met de belangen van burgers bij het vaststellen en uitvoeren van wetgeving.<sup>440</sup> Uit deze Toeslagenaffaire zijn een aantal knelpunten te ontdekken. Zo bleek dat het recht op bezwaar geen effectieve rechtsbescherming heeft geboden, vanwege de lange duur van de afhandeling met als gevolg rechtsonzekerheid en financiële onzekerheid.<sup>441</sup> Bovendien illustreert de Toeslagenaffaire dat de wetgever burgers met wantrouwen benaderd en blijkt dat de wetgever uitgaat van een verkeerd burgerbeeld.<sup>442</sup> Ook is gebleken dat minder fysiek contact en de digitalisering van de overheid tot problemen kan leiden, evenals besluitvorming op basis van algoritmen en automatische systemen.<sup>443</sup> Ten vierde heeft het bieden van te weinig flexibiliteit in wetgeving ervoor gezorgd dat er weinig ruimte is voor het bieden van maatwerk en is, ten vijfde, gebleken dat er te weinig constitutionele tegenkrachten zijn in ons systeem waarbij vast wordt gehouden aan de constitutionele toetsing *ex ante*.<sup>444</sup>

Na de reflectie van de rechterlijke macht naar aanleiding van de Toeslagenaffaire, lijkt een weg richting meer responsieve rechtspraak te zijn ingeslagen.<sup>445</sup> Dit blijkt onder meer door de toepassing van het evenredigheidsbeginsel op basis van een drietrapstoets.<sup>446</sup> Dit zou een goede opmaat kunnen zijn naar het afschaffen van het toetsingsverbod met betrekking tot de klassieke grondrechten uit de Grondwet. Immers, de rechter kan op deze manier in concrete zaken echte rechtsbescherming bieden indien wetgeving in formele zin onevenredig blijkt uit te pakken.<sup>447</sup>

Het pleidooi van Wattel en Widdershoven om het toetsingsverbod af te schaffen en vertrouwen te hebben in de rechter lijkt actueler en meer gewenst dan ooit. Het sluit daarmee tevens aan bij de oproep van de Venetië-commissie.<sup>448</sup> Hiermee is de vierde deelvraag dan ook beantwoord.<sup>449</sup>

---

<sup>440</sup> Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020, p. 7.

<sup>441</sup> Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020, p. 23; De Nationale ombudsman 2017, p. 4 en 25.

<sup>442</sup> Koenraad, *NTB* 2021/61, p. 138; Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020, p. 28; WRR 2017, p. 56; Schuurmans e.a. 2020, p. 11; De Nationale ombudsman 2017, p. 14.

<sup>443</sup> De Nationale ombudsman 2017, p. 14; Koenraad, *NTB* 2021/61, p. 137.

<sup>444</sup> Brenninkmeijer, *NJB* 2021/2, p. 6.

<sup>445</sup> Scheltema, *RegelMaat* 2018-3, p. 121.

<sup>446</sup> ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.8-7.9.

<sup>447</sup> Concl. A-G R.J.G.M Widdershoven & A-G P.J. Wattel, bij ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, r.o. 9.6.

<sup>448</sup> Venetië-Commissie 2021, p. 25-26.

<sup>449</sup> De vierde deelvraag betreft de vraag of de afschaffing van het toetsingsverbod wenselijk is gezien (het tekort aan) rechtsbescherming van de burger.

## Hoofdstuk 7 – Conclusie

In deze thesis stond de vraag centraal in hoeverre de mogelijkheid van toetsing door de rechter van de verenigbaarheid van wetten in formele zin met de klassieke grondrechten in de Grondwet mogelijk gemaakt dient te worden voor de rechter, gezien de democratische legitimatie van de wetgever, de toetsing van verenigbaarheid van wetten in formele zin aan verdragen en de rechtsbescherming van de burger.

De context van de totstandkoming van het toetsingsverbod wordt gevormd door een revolutiejaar in veel Europese landen, wat geleid heeft tot herziening van de Grondwet.<sup>450</sup> Argumenten als bescherming van de wet tegen inmenging van de uitvoerende of rechterlijke macht en het boven alle twijfel stellen van de wet liggen hieraan ten grondslag.<sup>451</sup> Na de invoering is de reikwijdte van het toetsingsverbod sterk vergroot in de jurisprudentie, waardoor het huidige stelsel van constitutionele toetsing meeromvattend is dan het enkele verbod van toetsing van een wet in formele zin aan de Grondwet.

Uit de analyse van de verschillende voorstellen tot afschaffing van het toetsingsverbod en de kabinetsreactie hierop is duidelijk geworden dat door de jaren heen veelal dezelfde argumenten voor en tegen terugkwamen. Tot op heden hebben de voorstellen nooit tot een afschaffing of wijziging van het toetsingsverbod. Echter, het huidige kabinet lijkt het eerste kabinet te zijn dat werk gaat maken van de gedeeltelijke afschaffing van het toetsingsverbod.<sup>452</sup>

Het argument dat de democratische legitimatie van de wetgever, in samenhang met het primaat van de wetgever in de weg staat aan de gedeeltelijke afschaffing van het toetsingsverbod staat op losse schroeven. Een eerste oorzaak hiervan is het feit dat de rol van de rechter aan verandering onderhevig is, mede omdat de wetgever het soms nalaat om wetgevend op te treden.<sup>453</sup> Ten tweede neemt de normatieve waarde en democratische legitimatie van wet- en regelgeving af door een proces van delegatie en subdelegatie, met het bestaan van zelfstandige bestuursorganen als sluitstuk. Tenslotte is gebleken dat in een vergelijkbare rechtsstaat als Duitsland constitutionele succesvol en gewenst is.

---

<sup>450</sup> Fleuren 2018, p. 241-248.

<sup>451</sup> Boogaard & Uzman 2020, p. 2.

<sup>452</sup> Kabinet-Rutte IV, Coalitieakkoord 'Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst', 2021-2025, p. 6; *Kamerstukken II* 2021/22, 29 279 & 35 510, nr. 708, p. 12.

<sup>453</sup> Burkens e.a. 2017, p. 194-195; Raad van State 2002, wetgevingsadvies

Ook het verdragsargument is een argument voor de gedeeltelijke afschaffing van het toetsingsverbod. De Nederlandse rechter is in het gematigd-monistische stelsel verplicht om wetten in formele zin te toetsen aan bepalingen uit verdragsrecht indien deze naar inhoud eenieder kunnen verbinden.<sup>454</sup> De rol van de rechter verandert ook op dit vlak, hetgeen de Urgenda-jurisprudentie goed illustreert. Vanuit een wens van het bieden van rechtsbescherming, grijpt de rechter in deze jurisprudentie internationale afspraken en consensus aan, waardoor de rechter niet langer rechtsprekt op basis van de wet.<sup>455</sup> Hierdoor worden de fundamentele van de rechtsstaat op scherp gezet.<sup>456</sup> De rechter is hier dus te ver gegaan. Daarnaast kan de wetgever weinig invloed uitoefenen op doorwerkende internationale voorschriften. De uitbreiding van de gereedschapskist met de mogelijkheid om wetten in formele zin te toetsen aan de klassieke grondrechten uit de Grondwet lijkt dus gewenst.

Tenslotte is de gedeeltelijke afschaffing van het toetsingsverbod ook wenselijk gezien het tekort aan rechtsbescherming in de praktijk. Een illustratie hiervan is de Toeslagenaffaire. Wanneer onvoldoende rekening wordt gehouden met de belangen van burgers bij vaststelling van wetgeving, er geen effectieve rechtsbescherming is, te weinig flexibiliteit wordt geboden in wetgeving, uit wordt gegaan van een verkeerd burgerbeeld en er te weinig constitutionele tegenkrachten zijn ingebouwd in het Nederlandse stelsel, kunnen burgers het slachtoffer worden van een zeer onrechtvaardige en onevenredige uitwerking van wetgeving.<sup>457</sup> Ook de rechtspraak bleef achter. Na de Toeslagenaffaire lijkt een stap naar meer responsieve rechtspraak te zijn ingezet, waartoe de afschaffing van het toetsingsverbod met betrekking tot de klassieke grondrechten uit de Grondwet kan dienen als sluitstuk, zodat de rechter gedegen rechtsbescherming kan bieden in concrete zaken.

De noodzaak tot het mogelijk maken van toetsing door de rechter van de verenigbaarheid van wetten in formele zin met de klassieke grondrechten in de Grondwet is hiermee, gezien deze argumenten, bevestigd. Het toetsingsverbod is niet meer van deze tijd.

---

<sup>454</sup> Artikel 93 en 94 Grondwet; Vlemminx & Meuwese 2020, p. 2.

<sup>455</sup> Bovend'Eert, *RegelMaat* 2021/3, p. 143.

<sup>456</sup> Bresselink, *TvCR* 2020/8, p. 144.

<sup>457</sup> Koenraad, *NTB* 2021/61, p. 138-140; Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020, p. 23 en 28; De Nationale ombudsman 2017, p. 4, 14 en 25; *WRR* 2017, p. 56; Schuurmans e.a. 2020, p. 11.

# Literatuurlijst

## 6.1 (Hand)boeken en bijdragen in boeken

### **Barkhuysen e.a. 2009**

T. Barkhuysen e.a., *De Nederlandse Grondwet geëvalueerd; anker- of verdwijnpunt?* Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2009.

### **Bauw 2017**

E. Bauw, *Politieke Processen. Over de rol van de civiele rechter in de democratische rechtsstaat*, Den Haag: Boom juridisch 2017.

### **Bovend'Eert 2018**

P.P.T. Bovend'Eert, commentaar op artikel 120 GW, in: P.P.T. Bovend'Eert e.a., *Tekst & Commentaar Grondwet en Statuut* (vijfde druk), Deventer: Wolters Kluwer 2018 (online, bijgewerkt 1 juli 2018).

### **Burkens e.a. 2017**

M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat. Inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht* (achtste druk), Deventer: Wolters Kluwer 2017.

### **Corstens 2012**

G. Corstens, *De veranderende constitutionele rol van de rechter (bijdrage Staatsrechtsconferentie 2012)*, Leiden: Universiteit Leiden 2012.

### **Everse 2014**

C.A. Everse, *Toetsing aan grondrechten: Over de versterking van de grondrechtentoetsing in het Nederlandse wetgevingsproces*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2014.

**Fleuren 2018**

J.W.A. Fleuren, 'De wordingsgeschiedenis van het grondwettelijk toetsingsverbod in 1848', in: L.E. de Groot-van Leeuwen e.a. (red.), *Het verhaal van de rechter. Over de plaats van de rechter in literatuur, samenleving en rechtszaal*. Liber amicorum voor Hans den Tonkelaar, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 241-258

**Van Hoecke 2004**

M. van Hoecke, 'De legitimatie van het recht in een democratische samenleving', in: M. Adams en P. Popelier (red.), *Recht en democratie. De democratische verbeelding van het recht*. Antwerpen: Intersalia 2004.

**Hoola van Nooten 1783**

D. Hoola van Nooten, *De Geest der Wetten door den heere Baron de Montesquieu. Uit het Frans vertaald door Mr. Dirk Hoola van Nooten. Eersten Deels Eerste Stuk*, Amsterdam: Willem Holtrop 1783.

**Heringa 2019**

A.W. Heringa, *Constitutions Compared. An Introduction To Comparative Constitutional Law* (vijfde druk), Morsel: Intersentia 2019.

**IJzermans & van Schaijk 2007**

M.G. IJzermans & G.A.F.M. van Schaijk, 'Onderzoeken', in: *Oefening baart kunst*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007.

**Kortmann 2016**

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht* (bewerkt door P.P.T. Bovend'Eert, J.L.W. Broeksteeg, C.N.J. Kortmann, B.P. Vermeulen) (zevende herziene druk), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

**Kristic e.a. 2011**

A. Kristic (red.) e.a., *Functie en betekenis van de Grondwet: Een dialogisch perspectief*, Nijmegen: WLP 2011.

**Marseille e.a. 2019**

A.T. Marseille (red.) e.a., *Bestuursrecht. Deel 2. Rechtsbescherming tegen de overheid* (Zevende druk), Den Haag: Boom juridisch 2019.

**Michiels, Blomberg & Spaans 2019**

F.C.M.A. Michiels, A.B. Blomberg & L.A.J. Spaans, *Hoofdzaken van het bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

**Nap 2021**

M. Nap, *Constitutionele toetsing door de Raad van State*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

**Oderkerk 1999**

A.E. Oderkerk, *De preliminaire fase van het rechtsvergelijkend onderzoek* (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: Ars Aequi 1999.

**Pelle 1998**

J.J. Pelle, *In de staatsrechtgeleerde wereld. De politieke geschiedenis van hoofdstuk 1 van de Grondwet 1983*, Deventer: Gouda Quint 1998.

**Rosanvallon 2008**

P. Rosanvallon, *Counter-Democracy. Politics in an age of distrust*, Cambridge: Cambridge University Press 2008.

**Schlössels & Zijlstra 2017**

R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Band 1. Grondslagen, begrippen, normering, organisatie, wetgeving, uitvoering, handhaving (Handboeken staats- en bestuursrecht)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

**Thorbecke 1921**

J.R. Thorbecke, *Bijdrage tot herziening van de Grondwet*, Den Haag: Martinus Nijhoff 1921.

**Zijlstra 2012**

S.E. Zijlstra, *Wetgeven: handboek voor de centrale en decentrale overheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2012.

## **6.2 Tijdschriftartikelen en internetbronnen**

### **Alkema, *NJCM* 1988/13**

E.A. Alkema, 'Het statuut of een statuut voor toetsing van de wet?', *NJCM* 1988/13, nr. 7, p. 615-620.

### **Boogaard & Uzman 2020**

G. Boogaard & J. Uzman, Commentaar op artikel 120 (Toetsingsverbod) van de Grondwet, in: Commentaar op de Grondwet ([www.Nederlandrechtsstaat.nl](http://www.Nederlandrechtsstaat.nl)).

### **Bovend'Eert, *RegelMaat* 2021/3**

P.P.T. Bovend'Eert, 'Machtenscheiding en rechtsstaat (of -rechtstaat?) na Urgenda', *RegelMaat* 2021/3, p. 132-144.

### **Brenninkmeijer, *NJB* 2012/176**

A.F.M. Brenninkmeijer, 'Unitas Politica', *NJB* 2012/176, afl. 3, p. 192-193.

### **Brenninkmeijer, *NJB* 2021/2**

A.F.M. Brenninkmeijer, 'De grondbeginselen van de rechtsstaat zijn geschonden' als 'verschrikkelijk ongeluk'. Over de noodzaak van behoorlijk bestuur', *NJB* 2021/2, afl. 1, p. 6-13.

### **Bresselink, *TvCR* 2020/8**

L.F.M. Bresselink, 'Rechter en politiek: Machtenscheiding in de Urgenda-zaak', *TvCR* 2020/8, afl. 2, p. 128-151.

### **Claes e.a. 2021**

M. Claes e.a., Rechtsvergelijkend onderzoek constitutionele toetsing, Maastricht University 2021, p. 20-30.

### **Cliteur, *NJB* 1989**

P.B. Cliteur, 'Argumenten voor en tegen constitutionele toetsing', *NJB* 1989, afl. 38, p. 1369-1375.

**Van Gestel, *RegelMaat* 2012-3**

R.A.J. van Gestel, 'Kaderwetgeving en de verstrooiing van de wetgevende macht', *RegelMaat* 2012-3, p. 155-171.

**Koenraad, *NTB* 2021/61**

L.M. Koenraad, 'Empatisch bestuursrecht', *NTB* 2021/61, afl. 3, p. 137-142.

**Leijten & van Terwisga, *TvCR* 2021/15**

A.E.M. Leijten & H.E. van Terwisga, 'Naar een stabielere positie van de Nederlandse rechter in een veranderend grondrechtenlandschap', *TvCR* 2021/15, afl. 3, p. 166-188.

**Meussen, *NJB* 2021/1885**

G.T.K. Meussen, 'Een hiaat in de (fiscale) rechtsbescherming. Pleidooi voor een Constitutioneel Gerechtshof', *NJB* 2021/1885, afl. 26, p. 2130-2135.

**Nieuwenhuis & Dragstra, *Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht* 2008/1**

A. Nieuwenhuis & L. Dragstra, 'Van minimum, tekort en meerwaarde: Een vergelijking tussen de grondwettelijke bescherming van grondrechten en de bescherming op grond van het EVRM', *Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht* 2008/1, p. 11-74.

**Peters & Boogaard, *NJB* 2009/84**

J.A. Peters & G. Boogaard, 'De mythes van Van der Schyff over het initiatiefwetsvoorstel-Halsema', *NJB* 2009/84, afl. 40, p. 2628-2630.

**De Poorter & de Graaf 2011**

J.C.A. de Poorter & K.J. de Graaf, Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst, Groningen University, Studies en rapporten; Vol. 3.

**Raad van State 2018, jaarverslag**

Raad van State, 'In de Staat. Het belang van de normatieve kracht van wetgeving', geraadpleegd op 26 maart 2022, via: <https://jaarverslag.raadvanstate.nl/2018/in-de-staat/het-belang-van-de-normatieve-kracht-van-wetgeving/>.

**De Roos, *Bestuurskundige Berichten* 2009**

A. de Roos, 'De bestuurlijke kaart van Duitsland: hoe werkt het Duitse openbaar bestuur en hoe is het ingedeeld? In dit artikel een kijkje in het Duitse bestuurlijke systeem.' *Bestuurskundige Berichten*, 2009/24, afl. 1, p. 22-24.

**Sap, *NTM/NJCM-bull.* 2007/32**

J.W. Sap, 'De Aanbeveling van de nationale conventie om een constitutioneel hof in te stellen', *NTM/NJCM-bull.* 2007/32, afl. 5, p. 590-602.

**Scheltema, *RegelMaat* 2018-3**

M. Scheltema, 'Wetgeving in de responsieve rechtsstaat', *RegelMaat* 2018-3, p. 120-131

**Schlössels, Schutgens & Zijlstra, *HSB* 2019/760**

R.J.N. Schlössels, R.J.B. Schutgens & S.E. Zijlstra, 'Recours objectif versus recours subjectif', *HSB* 2019/760.

**Schutgens, *NJB* 2015/1675**

R.J.B. Schutgens, 'Urgenda en de trias. Enkele staatsrechtelijke kanttekeningen bij het geruchtmakende klimaatvonnis van de Haagse rechter', *NJB* 2015/1675, afl. 33, p. 2270-2277.

**Sorgdrager, *Ars Aequi* 2020**

W. Sorgdrager, 'De veranderende rol van de Nederlandse rechter', *Ars Aequi* 2020, afl. 10, p. 874-883.

**Van der Schyff, *NJB* 2009/1852**

G. van der Schyff, 'Waarom het wetsvoorstel-Halsema tekortschiet. Mythes rondom het verdragsargument', *NJB* 2009/1852, afl. 37, p. 2408-2414.

**Vlemminx & Meuwese 2020**

F.M.C. Vlemminx & A.C.M. Meuwese, Wetenschappelijk commentaar artikel 94 – verdrag boven wet, in: Commentaar op de Grondwet ([www.Nederlandrechtsstaat.nl](http://www.Nederlandrechtsstaat.nl)).

### **Voermans, *RegelMaat* 1998/1**

W.J.M. Voermans, 'Toekomstperspectieven voor het primaat van de wetgever', *RegelMaat* 1998/1, 35-40.

## **6.3 (Eind)Rapporten**

### **Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 2021**

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, *Lessen uit de kinderopvangtoeslagzaken. Reflectierapport van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*, 2021.

### **Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk 2000**

Commissie "Grondrechten in het digitale tijdperk", Rapport "Grondrechten in het digitale tijdperk", 2000.

### **Nationale Conventie Hart voor de Publieke Zaak 2006**

Nationale Conventie Hart voor de Publieke Zaak, *Aanbevelingen van de Nationale conventie voor de 21e eeuw*, 2006.

### **De Nationale ombudsman 2017**

De Nationale ombudsman, *Geen powerplay maar fair play. Onevenredig harde aanpak van 232 gezinnen met kinderopvangtoeslag*, 2017.

### **Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag 2020**

Parlementaire ondervragingscommissie Kinderopvangtoeslag, *Ongekend onrecht*, 2020.

### **Schuurmans e.a. 2020**

Y.E. Schuurmans e.a., *Bestuursrecht op Maat. Tussenrapport. Een juridische analyse van knelpunten bij het bieden van maatwerk*, Universiteit Leiden 2020.

### **Staatscommissie Cals/Donner 1967**

Staatscommissie Cals/Donner, *Tweede rapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet*, Instituut voor Nederlandse Geschiedenis, Grondwetscommissies 1883-1983, 1967.

### **Staatscommissie Grondwet 2010**

Staatscommissie Grondwet, *Rapport Staatscommissie Grondwet*, 2010.

### **Staatscommissie parlementair stelsel 2018**

Staatscommissie parlementair stelsel, *Lage drempels, hoge dijken, Democratie en rechtsstaat in balans*, (Eindrapport staatscommissie parlementair stelsel), Amsterdam: Boom 2018.

### **Venetië-Commissie 2021**

European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *The Netherlands. Opinion on the legal protection of citizens*, adopted by the Venice Commission at its 128<sup>th</sup> Plenary Session, CDL-AD(2021)031.

### **Werkgroep Proeve 1966**

Werkgroep Proeve, *Proeve van een nieuwe Grondwet*, Instituut voor Nederlandse Geschiedenis, Grondwetscommissies 1883-1983, 1966.

### **Werkgroep zelfevaluatie naar aanleiding van de toelagenaffaire 2021**

Werkgroep zelfevaluatie naar aanleiding van de toelagenaffaire (2003-2019) (Eerste Kamer der Staten-Generaal), *Rapport werkgroep zelfevaluatie naar aanleiding van de toelagenaffaire (2003-2019)*, 2021.

### **WRR 2017**

Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Weten is nog geen doen. Een realistisch perspectief op redzaamheid*, Den Haag: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid 2017.

## **6.4 Parlementaire stukken**

### **Raad van State 2002, wetgevingsadvies**

Advies Raad van State van 21 juni 2002 over het Voorstel van wet van het lid Halsema houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot invoering van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet door de rechter, *Kamerstukken II* 2001/02, 28 331, A, kenmerk W01.02.0179/I.

### **Wetsvoorstel Halsema 2001/02**

Voorstel van wet van het lid Halsema houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot invoering van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet door de rechter, *Kamerstukken II*, 2001/02, 28 331.

### **Wetsvoorstel Van Tongeren 2013/14**

Voorstel van wet van het lid Van Tongeren tot verandering in de Grondwet, strekkende tot invoering van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet door de rechter, *Kamerstukken II*, 2013/14, 32 334.

## **6.5 Annotaties**

### **Hennekens, *Gst.* 2000-7115/3**

H.Ph.J.A.M. Hennekens, annotatie bij HR 19 november 1999, ECLI:NL:PHR:1999:AA1056 (Tegelen), *Gst.* 2000-7115/3.

### **Veegens, *NJ* 1963/248**

D.J. Veegens, annotatie bij HR 27 januari 1961, ECLI:NL:HR:1961:AG2059 (Prof. Van den Bergh), *NJ* 1963/248.

# Jurisprudentielijst

## Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

- ABRvS 3 maart 2015, ECLI:NL:RVS:2015:622 (Alcoholslot)
- ABRvS 12 februari 2020, ECLI:NL:RVS:2020:452
- ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285

## Hoge Raad

- HR 3 maart 1919, *NJ* 1919, 371 (Grenstractaat Aken)
- HR 6 maart 1959, *NJ* 1962, 2, ECLI:NL:HR:1959:131 (Nyugat)
- HR 27 januari 1961, *NJ* 1963, 248, ECLI:NL:HR:1961:AG2059 (Prof. Van den Bergh)
- HR 12 april 1978, *NJ* 1979, 533 (Doorbraak)
- HR 16 mei 1986, nr. 12818, *AB* 1986, 574 (Landbouwwliegers)
- HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (Harmonisatiewet)
- HR 19 november 1999, *NJ* 2000, 160, ECLI:NL:HR:1999:AA1056 (Tegelen)
- HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5527 (Kooren-Maritiem/Staat)
- HR 10 augustus 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3598
- HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928 (Staat/Can)
- HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1051
- HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (Urgenda)

## Centrale Raad van Beroep

- CRvB 18 februari 1975, ECLI:NL:CRVB:1975:ZB0069 (Werkende Zwager)
- CRvB 1 juli 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:2016
- CRvB 7 juli 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:1500

## Gerechtshof

- Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (Urgenda)

## Rechtbank

- Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (Urgenda)

## Conclusies

- Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven, bij ABRvS 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557
- Concl. A-G P.J. Wattel bij HR 28 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:1051
- Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven & A-G P.J. Wattel, bij ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468