

Ingediend per e-mail en via www.internetconsultatie.nl

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en
de Minister van Justitie en Veiligheid
t.a.v. de heer D.M. van Weel

Den Haag, 29 augustus 2025

dossiernummer: 206747
uw kenmerk: n.v.t.
telefoonnummer: +31 (0)70 335 35 35
e-mail: secretariaat@advocatenorde.nl

Betreft: consultatie voor een voorstel tot wijziging van de Grondwet ter invoering van constitutionele toetsing

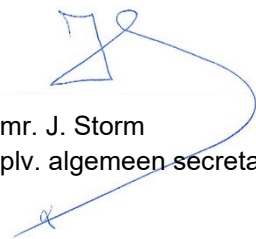
Geachte minister,

Op 9 juli 2025 heeft de NOvA uw verzoek tot consultatie 'Wijziging van de Grondwet ter invoering van constitutionele toetsing' ontvangen. De NOvA heeft zijn adviescommissie rechtsstatelijkheid gevraagd te adviseren. De adviescommissie rechtsstatelijkheid heeft onderhavig advies uitgebracht.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,

mr. J. Storm
plv. algemeen secretaris



bijlage: advies van de adviescommissie rechtsstatelijkheid

Bezoekadres

Prinses Beatrixlaan 5
2595 AK Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35

Postadres

Postbus 30851
2500 GW Den Haag

www.advocatenorde.nl

ADVIES

Aan:	algemene raad
Van:	wetgevingsadviescommissie rechtsstatelijkheid
Datum:	29 augustus 2025
Betreft:	consultatie voor een voorstel tot wijziging van de Grondwet ter invoering van constitutionele toetsing

SAMENVATTING

Conclusie

De adviescommissie rechtsstatelijkheid (hierna: 'de commissie') beoordeelt het beoogde voorstel tot wijziging van de Grondwet om constitutionele toetsing door de rechter mogelijk te maken als positief. De commissie plaatst daar wel drie kanttekeningen bij met suggesties voor verbetering van het voorstel en adviseert over de uitbreiding van toetsing tot alle grondrechten en het Statuut, een meer substantiële formulering van de 'slotbepaling grondrechten', en het toetsbaar maken van verdragen aan de Grondwet. De commissie licht deze kanttekeningen toe en stelt alternatieve wetteksten voor om de Grondwet en de rechtsstaat in Nederland te versterken.

Kernpunten

- Het voorstel is in lijn met de eerdere adviezen van de NOvA aan de grondwetgever om constitutionele toetsing ook van wetten in formele zin door de rechter in te voeren.
- De commissie acht het positief dat in het voorstel wordt gekozen:
 - voor gespreide toetsing, d.w.z. de toekenning van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan de Grondwet aan alle rechters.
 - voor toetsing aan een groot aantal grondrechten.
 - voor de invoering van een aanvullende clausulering die ook een inhoudelijke toetsing van de grondwettigheid van wetten mogelijk maakt.
- De commissie meent dat het voorstel drie aspecten bevat die voor verbetering vatbaar zijn en plaatst daartoe de volgende kanttekeningen:
- Kanttekening 1: De commissie acht de voorgestelde beperking van toetsing tot een beperkt aantal 'klassieke grondrechten' onnodig. Zij pleit ervoor dat de rechter de bevoegdheid krijgt om wettelijke bepalingen aan de volledige Grondwet te toetsen.
 - De commissie vindt het niet realistisch dat rechters daardoor op de stoel van de wetgever zouden gaan zitten, gezien de bestaande praktijk van toetsing aan volkenrecht.
 - Ook stelt de commissie voor om de toetsing uit te breiden tot het Statuut voor het Koninkrijk, zodat dit samen met de Grondwet het constitutionele blok vormt dat hiërarchisch boven rijkswetten staat.
 - De commissie stelt een sterk versimpelde formulering voor van artikel 120 Grondwet, die inhoudt dat wettelijke voorschriften geen toepassing vinden indien deze niet verenigbaar zijn met het Statuut of de Grondwet. Deze systematiek betekent buiten toepassing laten of onverbindend verklaren, maar nooit vernietiging van de wet zelf.
- Kanttekening 2: De commissie is verheugd over de 'slotbepaling grondrechten' maar vindt de voorgestelde formulering ("Een beperking van een grondrecht staat in een redelijke verhouding tot het daarmee beoogde doel en gaat niet verder dan het doel van de beperking vereist") te kaal en abstract.
 - Zij stelt een effectievere en preciezere formulering voor (geïnspireerd op de Zwitserse Bondsgrondwet) die benadrukt dat openbaar gezag rechtstreeks gebonden is aan

grondrechten en dat beperkingen een wettelijk doel moeten dienen, proportioneel en noodzakelijk moeten zijn in een democratische rechtsstaat, en het grondrecht niet geheel teniet mogen doen.

- Kanttekening 3: De commissie stelt de rechtsopvatting van de regering, dat verdragen van hogere rang zijn dan de Grondwet, ter discussie.
 - Zij beargumenteert dat de Grondwet de geschreven constitutie van de Staat is en aan de top van de rechtsorde staat, waar verdragen hun rechtskracht aan ontleen (via artikel 93 Grondwet).
 - De commissie ziet geen goede reden om het toetsingsverbod ten aanzien van verdragen te handhaven, mede omdat democratische controle op verdragssluiting in Nederland minder sterk is dan op wetten. Ze verwacht dat dit in de praktijk niet tot noemenswaardige problemen of internationale aansprakelijkheid zal leiden.
 - In haar conclusie pleit de commissie voor een eenvoudigere formulering van een nieuw artikel 120 Grondwet, waarbij ook verdragsrechtelijke voorschriften toetsbaar worden aan het Statuut voor het Koninkrijk of de Grondwet.

CONSULTATIEREACTIE

Algemeen commentaar

Het voorstel is in lijn met de eerdere adviezen van de NOvA aan de grondwetgever om constitutionele toetsing ook van wetten in formele zin door de rechter in te voeren.¹

Daarbij acht de commissie positief dat in het voorstel wordt gekozen:

- **voor gespreide toetsing**, d.w.z. de toekenning van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan de Grondwet aan alle rechters. De commissie onderschrijft dat toepassing en handhaving van de Grondwet een taak is van de gehele overheid en dat alle rechters daarop behoren te kunnen toezien.
- **voor toetsing aan een groot aantal grondrechten**. De commissie onderschrijft dat rechterlijke toetsing van wetten aan de zogenaamde klassieke grondrechten hoge prioriteit heeft, onverminderd haar opvatting dat de toetsbaarheid niet daartoe beperkt zou moeten worden (zie kanttekening 1 hierna).
- **voor invoering van een aanvullende clausulering** die ook een inhoudelijke toetsing van de grondwettigheid van wetten mogelijk maakt. De commissie onderschrijft dat er behoefte is aan materiële toetsingsmaatstaven die de rechter houvast bieden bij grondwettelijke toetsing.

Zonder af te willen doen aan deze positieve grondhouding, zijn er drie aspecten aan het voorstel zoals het nu wordt geformuleerd waarvan de commissie meent dat het voorstel voor verbetering vatbaar zijn. De commissie plaatst daartoe de volgende drie kanttekeningen met een beknopte toelichting.

¹Zie het wetgevingsadvies van de NOvA van 2 februari 2004 naar aanleiding van het initiatiefvoorstel Halsema/Van Tongeren en meer recentelijk de position paper van de NOvA in het kader van het rondetafelgesprek over Constitutionele toetsing van 14 februari 2023 bij de Tweede Kamer (https://www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2023A00306).

Kanttekening 1) Geen beperking tot een catalogus; geen uitsluiting van het Statuut

De regering wenst voorzichtigheidshalve het toetsingsverbod alleen op te heffen voor een beperkt aantal grondrechten, namelijk de zogenaamde 'klassieke grondrechten'. De NOvA heeft in haar eerdere uitlating in het parlement uit 2023 al aangegeven dat deze beperking haar onnodig voorkomt en dat die ook wat de NOvA betreft niet (voldoende) tegemoet komt aan de ambitie van de regering om een constitutionele cultuur in Nederland te bevorderen.

Zoals de regering ook in de concept Memorie van Toelichting al aangeeft, is het onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten niet (meer) goed te maken. De complexe samenleving van vandaag brengt mee dat veel fundamentele vrijheden ('klassieke grondrechten') niet effectief kunnen worden uitgeoefend als de overheid niet actief de minimale voorwaarden schept voor mensen om die vrijheden te kunnen uitoefenen.

Het is nu ook al lange tijd vaste rechtspraak van het Europese Hof van de Rechten van de Mens (EHRM) dat de 'klassieke grondrechten' die in het EVRM zijn neergelegd, niet alleen verplichtingen meebrengen voor de overheid om na te laten zich te mengen in de uitoefening van fundamentele vrijheden, maar dat daar ook 'positieve verplichtingen' (positive obligations) voor de overheid uit kunnen volgen. Die positieve verplichtingen houden in dat van de overheid een actief doen mag worden verwacht, gericht op het scheppen van de voorwaarden die nodig zijn om de grondrechten van het EVRM te verwezenlijken en te waarborgen.²

De regering spreekt uit dat zij de versterking van fundamentele vrijheden en rechten wenst te stimuleren door een dialoog tussen wetgever en rechter te bevorderen. De commissie juicht dat toe. Maar dan is het wel volgens de commissie raadzaam als de rechter de bevoegdheid wordt toegekend om wettelijke bepalingen aan de volledige Grondwet te kunnen toetsen. Daarmee staat de hogere rang van de Grondwet niet alleen formeel maar ook in de rechtspraktijk volledig buiten kijf.

Dat de volledige opheffing van het toetsingsverbod tot uitwassen zou kunnen leiden doordat de rechter dan op de stoel van de wetgever zou kunnen zitten door verplichtingen voor de wetgever 'in te lezen' in de Grondwet waar de gewone wetgever met zijn lezing van de Grondwet het niet mee eens is, acht de commissie niet realistisch. Dat is al te zien aan de inmiddels lange praktijk rond de toetsing van wettelijke bepalingen aan (eenieder verbindende bepalingen van) het volkenrecht. In die Nederlandse praktijk laat de rechter ten eerste geen wettelijke bepalingen buiten toepassing wegens onverenigbaarheid met verdragsrechtelijke bepalingen als de rechter geen houvast vindt in die verdragsrechtelijke bepalingen die het mogelijk maakt om de wettelijke bepaling daar concreet aan te toetsen. Ten tweede, de Nederlandse rechter onderzoekt ook steeds eerst in hoeverre wettelijke bepalingen volgens de opvattingen van de wetgever conform het verdragsrecht kunnen

²Een recente exemplarische uitspraak is EHRM 30 januari 2025, *Cannavacciuolo e.a. tegen Italië*, ECLI:CE:ECHR:2025:0130JUD005156714, (schending van het grondrecht van klagers op bescherming van hun lichamelijke integriteit doordat de overheid nalaat adequaat op te treden tegen milieucriminaliteit met blootstelling aan ernstige milieuverontreiniging als gevolg daarvan) waarin het EHRM de Italiaanse overheid bevolen heeft maatregelen te nemen om art. 2 EVRM te waarborgen. Het EHRM formuleert de 'positieve verplichting' in § 392 van het arrest als volgt: "(...) the Court concludes that Article 2 is applicable in the present case and that the States' positive obligations under that Article required the domestic authorities to take all appropriate steps to safeguard the lives of the applicants residing in the so-called Terra dei Fuochi municipalities as delimited by the inter-ministerial directives, which the authorities themselves identified as being affected by the pollution phenomenon at issue (...)."

worden toegepast, waarbij grote waarde wordt gehecht aan de lezing die de wetgever aan het verdrag toekent. Er is geen reden om aan te nemen dat de Nederlandse rechter van die praktijk zal afwijken als hij in het vervolg wettelijke bepalingen ook aan de Grondwet gaat toetsen. Daarom is de commissie er een voorstander van dat aan de rechter wordt overgelaten welke grondwettelijke bepalingen zich voor toetsing in de praktijk lenen en daarbij niet te vrezen dat de rechter een eigen invulling van de grondwettelijke normen zal plaatsen boven de interpretatie van de wetgever, indien die ofwel uit de wet zelf ofwel uit de wetsgeschiedenis kenbaar is. Mocht dat laatste zich onverhoopt toch voordoen, dan ligt het op de weg van de grondwetgever de eigen interpretatie van de Grondwet door haar amendering te verduidelijken om de rechtspraak op dat punt te corrigeren. Dat stimuleert het dialectisch discours tussen wetgever, rechter en grondwetgever.

Door te kiezen voor een algemene opheffing van het toetsingsverbod in plaats van een opheffing alleen voor een beperkte toetsbaarheidscatalogus, wordt ook discussie voorkomen over de vraag waarom bepaalde bepalingen wel en andere weer niet in die catalogus zijn opgenomen en wat dat in de praktijk te betekenen heeft. Grondrechten staan niet los van elkaar maar zijn deel van een constitutionele tekst die een samenhangend geheel vormt, waarin de verschillende bepalingen elkaar ondersteunen en verder concretiseren en waarin iedere bepaling gelezen moet worden in het licht van alle andere bepalingen (systematische interpretatie).³ Een discussie over het trekken van lijnen tussen bepalingen waar de rechter wel en niet aan mag toetsen, is volgens de commissie daarom weinig vruchtbaar en heeft mogelijk juist ongewenste effecten. Elk criterium om die catalogus samen te stellen brengt al een zekere mate van willekeur mee, wat de uitleg hiervan bij het brede publiek bemoeilijkt: 'Staat de Grondwet nu wel of niet boven de wet?' Maar bovendien kan zij een consistente systematische interpretatie van de Grondwet in de weg staan.⁴

Niettemin, als de grondwetgever meer zekerheid zou willen hebben dat de rechter zijn boekje niet te buiten gaat, dan kan de grondwetgever eventueel volgens de formule van art. 94 Grondwet de toetsing nadrukkelijk beperken tot eenieder verbindende bepalingen in de Grondwet. De commissie acht dat overbodig, maar acht het minder belemmerend voor het beoogde doel van het voorstel (het bevorderen van een constitutionele cultuur) dan het introduceren van deze toetsbaarheidscatalogus.

De commissie merkt verder op dat er geen reden lijkt te zijn waarom de toetsing niet ook tot (eenieder verbindende bepalingen in) het Statuut voor het Koninkrijk kan worden uitgebreid. Daarmee staat dan buiten kijf dat Statuut en Grondwet tezamen het grondwettelijke blok vormen dat gezamenlijk hiërarchisch boven rijks wetten en (gewone) wetten staat. De commissie merkt overigens op dat zij de regering kan volgen dat geen mogelijkheid wordt geopend om de rechter wetten in formele zin ook aan (ongeschreven) algemene (fundamentele) rechtsbeginselen te

³Zo kan men zich afvragen waarom artikelen zijn uitgezonderd die bedoeld zijn om primaire bestaansvoorwaarden voor mensen te beschermen, zoals art. 20 lid 3 Gw (recht op minimale bestaanszekerheid) en art. 21 Gw (recht op leefbare omgeving). Het feit dat deze twee bepalingen zijn geformuleerd als opdrachten voor de overheid lijkt juist te bevestigen dat de burger zo nodig de overheid op haar 'positieve verplichtingen' moet kunnen aanspreken. Dat sommigen de bepalingen als *inspannings*verplichtingen lezen, doet niet af aan de verantwoordelijkheid van de rechter, zelf onderdeel van de overheid, om erop toe te zien dat de grondwettelijke opdracht serieus ter hand wordt genomen. In wezen zijn die verplichtingen afgeleid van het grondrecht op de onaantastbaarheid van het lichaam (art. 11 Gw). Dit wordt geïllustreerd door het in de vorige noot aangehaalde arrest van het EHRM (*Cannavacciuolo e.a. tegen Italië*), waarin toetsing aan art. 8 EVRM (o.m. recht op leefbare omgeving) niet meer nodig was nu reeds een schending van art. 2 EVRM (recht op lichamelijke integriteit) was geconstateerd, met de 'positieve verplichtingen' die reeds daaruit voortvloeien voor de overheid.

⁴Aanhakend bij het voorbeeld in de vorige noot: betekent de uitsluiting van art. 21 Gw (recht op leefbare omgeving) dat de Nederlandse rechter *a contrario* interpreterend 'dus' niet uit art. 11 Gw (recht op lichamelijke onaantastbaarheid) mag afleiden dat daaruit positieve verplichtingen kunnen voortvloeien voor de overheid om de leefomgeving te beschermen?

toetsen. Niettemin is er geen reden, en die wordt in de Memorie van Toelichting ook niet genoemd, om het Statuut wel uit te sluiten.

Alles samenvattend zou de wijziging van artikel 120 Gw sterk kunnen worden versimpeld, omdat de drie voorgestelde leden in één bepaling zouden kunnen worden vervat als volgt:

Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met (eventueel: een ieder verbindende bepalingen van) het Statuut voor het Koninkrijk of de Grondwet.

Daarmee wordt ook de discussie opgelost over de vraag of de rechter bij geconstateerde onverenigbaarheid wetten buiten toepassing laat, onverbindend verklaart of vernietigt. De reeds voor de toetsing aan verdragen uitgewerkte systematiek zal dan ook door de rechter kunnen worden toegepast op de toetsing van wetten aan het Statuut en de Grondwet. In de Memorie van Toelichting wordt – volgens de commissie: terecht – opgemerkt dat in het Nederlandse stelsel vernietiging van wetten wegens ongrondwettigheid door de rechter niet aan de orde behoort te zijn. Dat gebeurt ook al niet wanneer een wettelijke bepaling of een specifieke toepassing ervan in strijd met een verdrag wordt bevonden. De systematiek die de rechter al heeft ontwikkeld rond de toetsing van wetten aan verdragen kan dan ook probleemloos worden toegepast op die rond de toetsing van wetten aan de Grondwet en het Statuut. Die komt erop neer dat bij geconstateerde onverenigbaarheid van de *toepassing* van een wetsbepaling, die wetsbepaling in dat concrete geval buiten toepassing wordt gelaten; en, in specifieke gevallen, kan bij geconstateerde onverenigbaarheid van de wettelijke bepaling zelf, deze onverbindend worden verklaard. In geen geval wordt de wet zelf uit de rechtsorde gestoten, zij verliest alleen haar werking in een specifiek geval of in een of meer categorieën van gevallen. Het blijft dan voorbehouden aan de wetgever de nog altijd bestaande wettelijke bepaling te wijzigen of af te schaffen.

Kanttekening 2) De invoering van een aanvullend inhoudelijk toetsingscriterium

De commissie is verheugd dat de regering de opmerkingen van vooral academici en ook de NOvA ter harte heeft genomen over het ontbreken van een adequate clausulering voor rechterlijke toetsing. De voorgestelde 'slotbepaling grondrechten' ziet de NOvA als een stap in de goede richting. De voorgestelde formulering luidt: *"Een beperking van een grondrecht staat in een redelijke verhouding tot het daarmee beoogde doel en gaat niet verder dan het doel van de beperking vereist."*

Deze beperking zal de rechter zeker wat armslag geven om de toepassing van wettelijke bepalingen ook inhoudelijk te kunnen toetsen aan de grondrechten. Toch komt deze slotbepaling nogal kaal en abstract en daarmee ineffectief over. In het vergelijkend publiekrecht zijn bovendien goede voorbeelden te vinden die de absolute voorrang van grondrechten op aanzienlijk indringender manier voorop stellen. Een goed voorbeeld zijn de twee artikelen in de Zwitserse Bondsgrondwet, die in hun Duitse versie luiden:

Art. 35 Verwirklichung der Grundrechte ¹ *Die Grundrechte müssen in der ganzen Rechtsordnung zur Geltung kommen.*

² *Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen.*

³ Die Behörden sorgen dafür, dass die Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden.

Art. 36. Einschränkungen von Grundrechten ¹ Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr.

² Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein.

³ Einschränkungen von Grundrechten müssen verhältnismässig sein.

⁴ Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar.

De commissie zou de regering in overweging willen geven de 'slotbepaling grondrechten' meer handen en voeten te geven. Daarbij is de formulering in de Zwitserse Bondsgrondwet een goede inspiratiebron. Ook kan worden aangesloten bij de concrete formule 'noodzakelijk in een democratische samenleving' die in het EVRM wordt gebruikt en die ook aansluit met de relatief nieuwe 'Algemene bepaling' van de Grondwet: "De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat."

Een meer effectieve en precieze formulering van de 'slotbepaling grondrechten', geïnspireerd door het Zwitserse voorbeeld, zou bij wijze van suggestie kunnen luiden:

1. Eenieder die het openbaar gezag uitoefent is rechtstreeks gebonden aan de grondrechten en dient bij de toepassing van zijn bevoegdheden de verwezenlijking ervan te bevorderen.
2. Voor zover een beperking van een grondrecht volgens de Grondwet bij of krachtens wet is toegestaan, wordt die beperking in een beoogd geval alleen toegepast, indien daarmee een bij wet voorgeschreven doel wordt gediend, de beperking in redelijke verhouding tot dat doel staat, de beperking niet verder gaat dan in een democratische rechtsstaat noodzakelijk is en het grondrecht door de beperking niet geheel teniet wordt gedaan.

Kanttekening 3) De handhaving van het verbod om verdragen aan de (bepalingen van de) Grondwet te toetsen.

Tot slot, de regering beoogt nadrukkelijk het verbod voor de rechter om verdragen op hun grondwettigheid te toetsen te handhaven. Daarbij gaat de regering er blijkens de concept Memorie van Toelichting vanuit dat verdragen naar Nederlands recht van hogere rang zijn dan de Grondwet en, kennelijk, ook dan het Statuut. Het aangevoerde argument is dat wetten aan verdragen kunnen worden getoetst en dat de Grondwet een wet is die dus ook onder verdragen staat.

De commissie vraagt zich af of deze rechtsopvatting correct is. Het karakteriseren van de Grondwet als een bijzondere wet, maar toch qua rang een wet, staat op gespannen voet met de positie van een grondwet als de geschreven constitutie (*Verfassung*) van de Staat. Ook de Nederlandse Grondwet vervult die functie van geschreven constitutie, aangezien zij de normen inhoudt volgens welke in Nederland bepaald wordt hoe de Nederlandse staat en zijn rechtsorde zijn ingericht. Wat Nederlands recht is, wordt in laatste instantie bepaald door de Grondwet. Ook verdragen ontleen hun rechtskracht en -werking in de Nederlandse rechtsorde aan de Grondwet,

namelijk aan art. 93. Verdragen die niet verenigbaar zijn met de Grondwet behoren krachtens art. 91 lid 3 Gw met een versterkte meerderheid te worden aangenomen. De systematiek achter deze bepalingen laat zien dat verdragen die niet verenigbaar zijn met de Grondwet en die niet met de versterkte meerderheid zijn aangenomen, niet tot de grondwettelijke rechtsorde van Nederland kunnen behoren.

Voor zover de commissie bekend geldt dat in de meeste landen in Europa met een geschreven grondwet (met de uitzondering van België) is bepaald of wordt aangenomen dat de grondwet aan de top van de rechtsorde staat en al het overige recht, nationaal en internationaal, zijn rechtskracht aan die grondwet ontleent en daarom met die grondwet verenigbaar moet zijn om rechtsgeldig te zijn. Daar doet niet aan af dat er in verschillende landen verschillende mechanismen in het leven zijn geroepen om te voorkomen dat verdragen worden aangegaan die in strijd met de grondwet (kunnen) zijn. En voorts is het ook inmiddels een uitgemaakte zaak, althans in Nederland, dat dit niet geldt voor het recht van de Europese Unie. Van het Unierecht staat binnen de Europese Unie zelf vast, en wordt ook binnen Nederland algemeen aanvaard, dat het vanwege zijn supranationale karakter niet getoetst kan worden aan enig nationaal recht, dus ook niet aan de Grondwet of het Statuut.

Ook in het internationale recht, zoals ook blijkt uit art. 46 Weens Verdragenverdrag, wordt aangenomen dat verdragen alleen dan rechtsgeldig tot stand komen als zij conform de interne constitutionele regels van een staat worden aangegaan. Dat ligt besloten in het internationale beginsel van de soevereiniteit van staten. Weliswaar geldt internationaal ook de vertrouwensleer om te voorkomen dat staten, als zij eenmaal een verdrag hebben gesloten, zich proberen te onttrekken aan hun daaruit voortvloeiende internationale verplichtingen met een beroep op het interne (constitutionele) recht (art. 26 jo. 46 Weens Verdragenverdrag), maar uitgangspunt is dat verdragen via toepassing van constitutionele regels tot stand komen, zodat ook internationaal de hogere rang van die constitutionele regels voorop staat. Daarnaast geldt dat staten ook kunnen kiezen voor een dualistisch stelsel, waarbij het internationale recht hoe dan ook geen interne doorwerking heeft zolang het niet in een wet is vastgelegd, welke wet weer op grondwettigheid kan worden getoetst (exemplarisch is hiervoor de dualistische rechtsorde van de Verenigde Staten van Amerika). In die visie moet de internationale verplichting en de eventuele internationale aansprakelijkheid wegens schending van die verplichting los worden gezien van de vraag of intern verplichtingen kunnen worden opgelegd die in strijd zijn met de eigen constitutie. Nogmaals, dat geldt nadrukkelijk niet voor het recht van de Europese Unie, dat wel directe werking heeft ongeacht het nationale recht. Maar dat is nu juist de supranationale uitzondering.

In landen met een sterke constitutionele cultuur staat juist ook de hogere rang van de grondwet boven verdragenrecht buiten kijf. Voorbeelden hiervan (al dan niet met preventieve toetsing) zijn de Verenigde Staten van Amerika, de Bondsrepubliek Duitsland, Denemarken, Frankrijk, Spanje en Italië. In al die landen kunnen verdragen die leiden tot schending van constitutionele rechten en vrijheden niet intern doorwerken of worden buiten toepassing gelaten (met de bekende uitzondering van EU-recht, hoewel ook daar in sommige landen buiten Nederland discussie over bestaat). België is de uitzondering.

Daarbij moet worden bedacht dat in Nederland veel verdragen worden gesloten zonder dat er enige actieve bemoeienis van het parlement is. De democratische controle op de totstandkoming van verdragen is in Nederland veel minder sterk dan op die van wetten. Ook dat pleit ervoor geen uitzonderingspositie voor verdragen te accepteren.

Om al deze redenen ziet de commissie geen goede reden om het toetsingsverbod ten aanzien van verdragen te handhaven. Ook verdragsverplichtingen moeten aan de Grondwet en het Statuut kunnen worden getoetst. In de praktijk verwacht de commissie ook niet dat dit tot noemenswaardige problemen zal leiden in de zin dat dit tot internationale aansprakelijkheid van de Nederlandse staat wegens schending van verdragen zal leiden. Indien onverenigbaarheid van een verdragsverplichting met (grondrechten opgenomen in) de Grondwet wordt geconstateerd, zal dat welhaast altijd meebrengen dat ook internationaal vastgelegde grondrechten (EVRM, Europees Handvest, IVBPR etc.) in het geding zullen zijn, zodat het in de praktijk ook zal leiden tot het buiten toepassing laten van de verdragsbepaling wegens onverenigbaarheid met ander (hogere) internationaal recht. Niettemin acht de commissie het van belang dat de hogere rang van de Grondwet en Statuut ten opzichte van 'gewone' verdragen (d.w.z. verdragen waarin geen dwingend internationaal recht is gecodificeerd) met zoveel woorden wordt uitgesproken, zeker indien de bedoeling inderdaad is een constitutionele cultuur te bevorderen in Nederland.

Conclusie

De commissie adviseert positief over het voornemen constitutionele toetsing door de rechter mogelijk te maken.

De commissie stelt voor een andere, uitgebreidere formulering van de algemene clausulering in de beoogde 'slotbepaling grondrechten' op te nemen. Haar suggestie is:

1. *Eenieder die het openbaar gezag uitoefent is rechtstreeks gebonden aan de grondrechten en dient bij de toepassing van zijn bevoegdheden de verwezenlijking ervan te bevorderen.*
2. *Voor zover een beperking van een grondrecht volgens de Grondwet bij of krachtens wet is toegestaan, wordt die beperking in een beoogd geval alleen toegepast, indien daarmee een bij wet voorgeschreven doel wordt gediend, de beperking in redelijke verhouding tot dat doel staat, de beperking niet verder gaat dan in een democratische rechtsstaat noodzakelijk is en het grondrecht door de beperking niet geheel teniet wordt gedaan.*

De commissie is voorstander van een andere, eenvoudigere, formulering van een nieuw art. 120 Gw, waarbij ook verdragsrechtelijke voorschriften toetsbaar worden gemaakt en ook de hogere rang van het Statuut wordt erkend en bevestigd. Haar suggestie is:

Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke en verdragsrechtelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met het Statuut voor het Koninkrijk of de Grondwet.

Eventueel zouden de woorden "een ieder verbindende bepalingen van" vóór "het Statuut etc." kunnen worden ingevoegd.