Zienswijze van de Rechtspraak op rechterlijke constitutionele toetsing

De Raad voor de rechtspraak (hierna: ‘de Raad’) is door de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de minister voor Rechtsbescherming verzocht, ten behoeve van een hoofdlijnennotitie die rond de zomer van 2022 door hen wordt aangeboden aan de Eerste en Tweede Kamer, een zienswijze op rechterlijke constitutionele toetsing te formuleren. De Rechtspraak waardeert dit verzoek en vindt het van belang om al in dit stadium van het proces tot mogelijke herziening van de Grondwet te worden betrokken, omdat constitutionele toetsing het functioneren van onze rechtsstaat betreft en dit functioneren een verantwoordelijkheid is van alle drie de staatsmachten. De Rechtspraak vindt het belangrijk haar zienswijze in deze fase te kunnen geven en neemt ook graag deel aan de vervolgdiscussie over rechterlijke constitutionele toetsing.

Hiermee voldoet de Raad aan het verzoek voor dit moment een zienswijze te formuleren op rechterlijke constitutionele toetsing. Deze zienswijze vervangt niet de advisering door de Raad op grond van artikel 95 van de Wet op de rechterlijke organisatie over een toekomstig wetsvoorstel tot herziening van de Grondwet in verband met de invoering van rechterlijke constitutionele toetsing. Deze zienswijze is tot stand gekomen na een brede consultatie van rechters, raadsheren, bestuurders en overige medewerkers in de gerechten.

Samenvattend luidt op dit moment de zienswijze van de Rechtspraak dat het in het belang is van de rechtsstaat en de rechtsbescherming van de burger dat iedere individuele rechter in het concrete geval *ex post* kan toetsen aan specifieke bepalingen in de Grondwet, in aanvulling op de bestaande *ex ante* toets door de wetgever bij de totstandkoming van nieuwe wetgeving.

Hieronder wordt de zienswijze van de Rechtspraak toegelicht aan de hand van een aantal vragen. De consequenties voor de werklast van de gerechten zijn in deze fase nog niet onderzocht. Dat zal de Rechtspraak doen bij de advisering over een concreet voorstel tot grondwetherziening.

1. Waarom is rechterlijke constitutionele toetsing volgens de Rechtspraak wenselijk?
Rechterlijke constitutionele toetsing is primair wenselijk omdat het meer dan bij de huidige wijze van toetsen waarborgen biedt voor een goed functioneren van de democratische rechtsstaat en het de rechtsbescherming van de burger in het concrete geval versterkt. Het doel van rechterlijke constitutionele toetsing is beter te waarborgen dat wetgeving aan de waarden van de Grondwet beantwoordt en blijft beantwoorden.

Door rechterlijke constitutionele toetsing in te voeren, wordt de bevoegdheid tot toetsen aan de Grondwet belegd bij meerdere staatsmachten. Door deze spreiding van toetsingsbevoegdheden worden minderheidsrechten effectiever gewaarborgd binnen onze democratische rechtsstaat. Met name in een pluriforme samenleving als Nederland, waarin de samenstelling van de meerderheid snel kan wisselen, is het belangrijk dat de belangen van democratische minderheden ook goed worden beschermd: het leidt tot een verhoging van de weerbaarheid van de democratische rechtsstaat en tot een groter vertrouwen van de burger in het recht.

Rechterlijke constitutionele toetsing versterkt de rechtsbescherming van burgers. In het huidige stelsel kan alleen de wetgever zelf ingrijpen als blijkt dat een wet die eenmaal in werking is getreden grondrechten van burgers schendt. En de internationale ervaring is dat ongrondwettigheid vaak pas in de

praktijk van de toepassing van wetten aan het licht komt. In een stelsel met rechterlijke constitutionele toetsing kan de burger die vindt dat zijn grondrechten door wetgeving worden geschonden, dit voorleggen aan de rechter. Dit versterkt de rechtspositie van de burger tegen de overheid in het individuele geval, maar ook breder gelet op de precedentwerking van rechterlijke uitspraken.

Buiten deze primaire argumenten voor rechterlijke constitutionele toetsing, zijn er ook andere argumenten die hiervoor pleiten. Het vergroot bijvoorbeeld de maatschappelijke zichtbaarheid en de symbolische waarde van de Grondwet. Ook kan het een impuls zijn voor de aandacht voor de wetgevingskwaliteit in het wetgevingsproces en biedt het kansen om de Grondwet te laten meebewegen met (maatschappelijke) ontwikkelingen en rechtsopvattingen. Niet in de laatste plaats geldt het argument dat verreweg de meeste democratieën het de rechter toestaan wetgeving te toetsen aan hun Grondwet.

Op de vraag wat rechterlijke constitutionele toetsing toevoegt ten opzichte van de al bestaande toetsing aan verdragen door rechters kan worden opgemerkt dat sommige grondrechten in de Grondwet meer rechtsbescherming bieden dan verdragsbepalingen vanwege de in sommige gevallen striktere formulering daarvan. Bovendien zal de herkenning in de eigen Grondwet doorgaans groter zijn dan in uit internationale compromissen voortvloeiende verdragsbepalingen. Hierdoor zullen vonnissen die (ook) op de eigen Grondwet zijn gebaseerd mogelijk meer draagvlak genieten.

2. Voor welke grondrechten is volgens de Rechtspraak rechterlijke toetsing wenselijk?
Grondwetbepalingen zijn *grosso modo* onder te verdelen in de volgende categorieën:
1. *Klassieke grondrechten,* waarbij de nadruk ligt op de bescherming van de burger tegen overheidsbemoeienis.
2. *Sociale grondrechten,* waarbij het juist om een actief overheidsoptreden gaat. Het gaat erom dat de overheid gunstige voorwaarden schept, waarbij het resultaat niet precies is omschreven en waarbij de overheid een grote beleidsmarge wordt toegekend.
3. *Institutionele bepalingen*, die betrekking hebben op de organisatie van de overheid en de verdeling van de rechten en bevoegdheden van de verschillende ((de)centrale) staatsorganen.

Toetsing aan klassieke grondrechten
Rechterlijke toetsing aan klassieke grondrechten kan op dit moment binnen de Rechtspraak rekenen op brede steun. De rechtsstatelijke anomalie dat de rechter wel gehouden is formele wetten aan eenieder verbindende verdragsbepalingen te toetsen (op grond van artikel 94 van de Grondwet), maar toetsing van die wetten aan met die verdragsbepalingen verwante bepalingen van de Grondwet achterwege moet laten, wordt hiermee opgeheven. Voorts vertonen in de Grondwet opgenomen klassieke grondrechten soms een meerwaarde ten opzichte van de in de verdragen opgenomen grondrechten, en kan rechterlijke toetsing aan de klassieke grondrechten de rechtsbescherming van de burger in het concrete geval dan ook versterken.[1]

[1] De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Raad voor de rechtspraak, Advies inzake het voorstel van wet van het Tweede Kamerlid Halsema, houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot

Toetsing aan sociale grondrechten
Op het eerste gezicht lijkt toetsing van de Nederlandse rechter aan sociale grondrechten in de Grondwet minder voor de hand te liggen. Sociale grondrechten - die een inspanningsverplichting behelzen voor de overheid waarbij de overheid de vrijheid heeft deze nader in te vullen - zijn naar hun aard minder duidelijk afgebakend dan klassieke grondrechten. Bij toetsing aan sociale grondrechten kan het bovendien zijn dat de rechter meer op de scheidslijn van politiek en recht moet opereren. Het risico van een zekere politisering van het werk van de rechter is bij toetsing aan sociale grondrechten dan ook groter dan bij toetsing aan klassieke grondrechten. Daarnaast kan toetsing aan sociale grondrechten mogelijk leiden tot (een aanzienlijke) toename van de werklast van de rechter.

Veel van de zaken die aan rechters worden voorgelegd, raken aan de sociale grondrechten, zoals de zorg voor onderwijs, de bevordering van de volksgezondheid en voldoende woongelegenheid, de bevordering van voldoende werkgelegenheid, de zorg voor bestaanszekerheid en spreiding van welvaart, de zorg voor de bewoonbaarheid van het land en de bescherming en verbetering van het leefmilieu. Met het oog op versterking van de rechtsbescherming van zwakkeren in de samenleving is het dan ook voorstelbaar dat - naast toetsing aan de klassieke grondrechten - ook toetsing aan (een aantal) sociale grondrechten wordt overwogen. Door rechterlijke constitutionele toetsing enkel te beperken tot klassieke grondrechten had de Toeslagenaffaire waarschijnlijk niet kunnen worden voorkomen. Dat zou naar verwachting een toetsing aan sociale grondrechten hebben gevergd. In dit kader wordt ook gewezen op het feit dat het onderscheid tussen klassieke grondrechten en sociale grondrechten niet altijd even scherp is te maken. Hoewel sociale grondrechten door hun aard mogelijk vragen om een andere - marginale(re) - wijze van toetsing dan de toetsing aan klassieke grondrechten, geeft de Rechtspraak de wetgever in overweging om te onderzoeken of toetsing aan (bepaalde) sociale grondrechten toegevoegde waarde voor het functioneren van de rechtsstaat kan hebben.

Toetsing aan institutionele bepalingen in de Grondwet
Achtergrond van toetsing aan institutionele bepalingen in de Grondwet is veelal de behoefte om de verhoudingen tussen verschillende overheden of overheidsorganen, zoals vastgesteld in de Grondwet, door een onafhankelijke derde te laten beschermen. De behoefte om aan institutionele bepalingen te toetsen laat zich dan ook vooral voelen in landen met een federale structuur dan wel een presidentieel stelsel. De beslechting van dergelijke bevoegdheidskwesties door de rechter is niet zonder risico. Dergelijk kwesties kunnen politiek gevoelig liggen, en de beslechting daarvan door de rechter kan tot een mogelijke politisering van de rol van de rechter leiden.

Omdat bevoegdheidsvragen in Nederland minder vaak zullen voorkomen dan in federale staten, lijkt toetsing aan institutionele bepalingen op het eerste gezicht niet erg voor de hand te liggen in de Nederlandse context. Er zijn echter ook argumenten te noemen die ervoor pleiten om rechterlijke toetsing aan (enkele) institutionele bepalingen wél mogelijk te maken. Ook in Nederland zou een afbakening van bevoegdheden van diverse overheden en overheidsorganen mogelijk bij kunnen dragen

---

verandering in de Grondwet, strekkende tot invoering van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de grondwet door de rechter, 22 november 2002, 2002/16.

aan de bevordering van de rechtsstatelijkheid. Ook bezien vanuit het oogpunt van de rechten van burgers kan toetsing aan institutionele bepalingen uit de Grondwet voordelen bieden – denk bijvoorbeeld aan de mogelijkheid om in een concrete zaak het proces van wetgeving te toetsen. Toetsing aan institutionele bepalingen zou wellicht ook uitkomst kunnen bieden bij geschillen rondom decentralisatie. Ook kan een rechter die aan institutionele bepalingen in de Grondwet kan toetsen mogelijk meerwaarde hebben in een digitale samenleving met sterke onderlinge (digitale) afhankelijkheden. Tot slot kan de toetsing aan dergelijke bepalingen mogelijk ook een rol van betekenis spelen bij de borging van de democratische rechtsstaat. Ontwikkelingen in het buitenland leren dat de democratische rechtsstaat kwetsbaar is. Juist om de democratische rechtsstaat ook voor de toekomst goed te kunnen borgen, kan het verstandig zijn dat er een rechterlijke macht is die de kaders van de rechtsstaat bewaakt.

Kort samengevat: de zienswijze van de Rechtspraak komt er op dit moment op neer dat toetsing door de rechter aan de klassieke grondrechten gewenst is. Hoewel er zeker nadelen en risico's kleven aan toetsing door de rechter aan de sociale grondrechten en aan de bepalingen over staatsinrichting in de Grondwet, meent de Rechtspraak dat daarnaast onderzocht moet worden of ook toetsing aan (bepaalde) sociale en institutionele grondrechten meerwaarde heeft voor het functioneren van de rechtsstaat.

3. Welke rechter zou volgens de Rechtspraak bevoegd moeten zijn tot toetsing aan de Grondwet?
Bij het bepalen van de zienswijze op de tot toetsing aan de Grondwet bevoegde rechter zijn twee verschillende varianten overwogen:

a) *Gecentraliseerde/geconcentreerde constitutionele toetsing*: hierbij is de constitutionele toetsing ondergebracht bij een bijzonder daarvoor ingesteld constitutioneel hof – dat een nieuw in te richten hof kan zijn, maar ook kan worden gevormd door (kamers van) bestaande hoogste rechtscolleges – dat exclusief bevoegd is om wetten te toetsen aan de Grondwet.
b) *Gedecentraliseerde/gespreide constitutionele toetsing*: hierbij is de constitutionele toetsingsbevoegdheid belegd bij iedere individuele rechter.

Gecentraliseerde toetsing biedt meer dan gespreide toetsing waarborgen voor rechtseenheid en rechtsgelijkheid. Ook kan geconcentreerde toetsing bijdragen aan de zichtbaarheid van nationale grondrechten en een impuls zijn voor de wetgevingskwaliteit in het wetgevingsproces. Een constitutioneel hof kan een belangrijke inhoudelijke bijdrage leveren aan de uitleg, handhaving, formulering, ontwikkeling en dynamiek van fundamentele waarden en normen binnen de nationale rechtsorde en binnen afzonderlijke rechtsgebieden.

Gecentraliseerde toetsing brengt ook nadelen mee. Het brengt rechtspraak, met de gewone rechter die mag toetsen aan verdragen en een constitutioneel hof dat mag toetsen aan de Grondwet, in een situatie van verschillende toetsingen op verschillende niveaus aan deels materieel dezelfde normen. Dergelijke verschillen kunnen het vertrouwen van de burger in rechtspraak onder druk zetten, omdat rechtspraak dan als niet voorspelbaar en als niet transparant kan worden gezien. Gecentraliseerde toetsing kan ook een bedreiging vormen voor de rechtsstaat vanwege het risico op politisering van het werk van een constitutioneel hof, dat vervolgens ook negatief kan uitstralen naar het beeld dat burgers hebben van de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de gewone rechter. Daarnaast is er een risico op abstractere

toetsing, dus met meer afstand van de concrete zaak, waardoor er in het individuele geval minder rechtsbescherming wordt geboden. Ook bergt de tussenstap van een bindend advies door een constitutioneel hof het gevaar in zich van forse vertraging in individuele zaken. Dat strijdt met het streven naar tijdige rechtspraak. Ook rijst de vraag hoe een nieuw op te richten constitutioneel hof zich verhoudt tot de hoogste rechtscolleges. Ten slotte kan gecentraliseerde toetsing gevolgen hebben voor (de verhoudingen binnen) het staatsbestel, zoals de rol van de Eerste Kamer en de afdeling advisering van de Raad van State bij constitutionele toetsing.

Gespreide toetsing heeft als voordeel dat het goed past in het Nederlandse rechtsstelsel waarbij iedere rechter op grond van artikel 94 van de Grondwet wettelijke voorschriften al kan toetsen aan eenieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Gespreide toetsing aan de Grondwet kan het meest soepel worden ingepast in de bestaande rechterlijke organisatie. Iedere rechter is al vertrouwd met de verdragstoetsing en de stap naar constitutionele toetsing is dan ook inhoudelijk voor de rechter goed te overzien. Gespreide toetsing vergt geen aanpassing van de structuur en de organisatie van de rechterlijke macht. En ook in een systeem van gespreide toetsing is de rechtseenheid en rechtsgelijkheid gewaarborgd, op de wijze zoals dat nu ook is gewaarborgd bij de toetsing aan verdragen.

Hoewel er wel voordelen verbonden zijn aan geconcentreerde toetsing, wegen die volgens de Rechtspraak niet op tegen de hiervoor genoemde nadelen en niet op tegen het risico op significante, niet geheel te overziene verschuivingen van het evenwicht tussen de staatsmachten. Gespreide toetsing heeft ook de nodige voordelen en kent veel minder het risico de balans tussen de staatsmachten te verstoren. Bovendien past gespreide toetsing naadloos in het huidige rechtsstelsel. In de zienswijze van de Rechtspraak ligt het daarom meer voor de hand de gewone rechter bevoegd te maken om, naast zijn bevoegdheid om te toetsen aan verdragen, te toetsen aan de Grondwet.

4. Hoe dient volgens de Rechtspraak de grondwettigheid door de rechter te worden beoordeeld?
De Rechtspraak heeft op dit moment een voorkeur voor toetsing door de rechter *in het concrete geval*.[2] Rechterlijke toetsing *in concreto* past het best in het huidige Nederlandse systeem waarbij toetsing in abstracte zin al wordt toegepast door de wetgever bij de totstandkoming van nieuwe wetgeving. Door de bestaande abstracte toetsing door de wetgever aan te vullen met toetsing door de individuele rechter in het concrete geval, kan de ambitie om de rechtsbescherming van de individuele burger op een directe wijze te versterken het best worden verwezenlijkt.

Meer op systeemniveau zorgt aanvullende toetsing *ex post* door de rechter voorts voor controle achteraf in het concrete geval, waardoor betere *checks & balances* in het systeem worden ingebouwd. De uitkomsten van de rechterlijke toetsing *in concreto* leveren daarmee ook een bijdrage aan de bredere dialoog tussen de staatsmachten. De rechter geeft hiermee feedback aan de wetgever, die deze signalen

[2] Hierbij past de kanttekening dat de rechterlijke toetsing van formele wetten aan de Grondwet in het concrete geval in de visie van de Rechtspraak wel een toetsing in abstracte zin kan behelzen. Momenteel is rechterlijke toetsing aan de Grondwet in abstracte zin in het concrete geval ook mogelijk bij algemeen verbindende voorschriften en is toetsing door de rechter in abstracte zin in het concrete geval eveneens mogelijk bij de toetsing van wetgeving in formele zin aan het Unierecht en aan eenieder verbindende verdragsbepalingen zoals het EVRM.

zo nodig kan omzetten in aanpassing van wetgeving. Of de wetgever hiertoe overgaat, is aan de wetgever. Het is niet de bedoeling dat de rechter op diens stoel gaat zitten.

Bij de vraag hoe de rechter toetst, dient voorts aandacht te worden besteed aan de vraag of de rechter ambtshalve moet/mag toetsen. In iedere zaak ambtshalve toetsen aan de caleidoscoop van de (klassieke) grondrechten zou mogelijk veel extra werk voor de rechter kunnen betekenen, terwijl het de vraag is of dit effectiever is dan toetsing in gevallen waarin blijkt van een concrete aanleiding. Een mogelijkheid zou kunnen zijn dat de rechter wel ambtshalve mag toetsen, maar daar niet toe verplicht is. Dit vergt verdere overdenking.

5. Wanneer dient volgens de Rechtspraak toetsing aan de Grondwet door de rechter plaats te vinden?
Toetsing door de rechter van wetten op grondwettigheid kan op twee momenten plaatsvinden: *ex ante* en/of *ex post*. Bij *ex ante* toetsing beoordeelt de rechter de grondwettigheid van de wet voordat deze in werking treedt, bijvoorbeeld voordat het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer wordt ingediend, tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel, of nadat het wetsvoorstel door de Staten-Generaal is aangenomen, maar voordat de wet in werking is getreden. Omdat *ex ante* toetsing plaatsvindt voordat een wet in werking is getreden geschiedt deze toetsing dus los van een concrete zaak waarover geoordeeld moet worden. Hieruit volgt dat de *ex ante* variant alleen mogelijk is met een constitutioneel hof. Bij *ex post toetsing* vindt toetsing aan de Grondwet plaats nadat de wet in werking is getreden. *Ex post* toetsing kan zowel bij een constitutioneel hof als bij gespreide toetsing.

In de zienswijze van de Rechtspraak vindt toetsing zowel *ex post* plaats door de gewone rechter als *ex ante* door de Eerste Kamer en door de afdeling advisering van de Raad van State. *Ex post* toetsing vloeit logisch voort uit het onder vraag 1 genoemde argument om met rechterlijke constitutionele toetsing de rechtsbescherming van burgers te versterken; de ervaring is immers dat ongrondwettigheid vaak pas in de praktijk van de toepassing van wetten aan het licht komt. Het is de overtuiging van de Rechtspraak dat als de gewone rechter *ex post* kan toetsen aan de Grondwet, dit een impuls is voor de kwaliteit van de *ex ante* toetsing door de wetgever. Ten slotte biedt *ex post* toetsing betere mogelijkheden om de rechtsstaat te laten meebewegen met in de tijd veranderende maatschappelijke opvattingen over de invulling van grondrechten.

6. Wie mogen volgens de Rechtspraak constitutionele vragen bij de rechter aanbrengen?
In de zienswijze van de Rechtspraak zou iedere belanghebbende in een voorliggend concreet geschil bij de rechter die meent in zijn grondwettelijke rechten te worden aangetast de bevoegdheid moeten krijgen om een constitutionele vraag bij de rechter aan te kunnen brengen. Openstelling tot eenieder die daar belang bij heeft in een voorliggend concreet geschil sluit aan bij het belangcriterium van het civiele recht in artikel 3:303 van het Burgerlijk Wetboek en past het best bij de ambitie om door middel van rechterlijke toetsing aan de Grondwet de rechtsbescherming van individuele burgers te versterken.

7. Wat zouden volgens de Rechtspraak de rechtsgevolgen moeten zijn van een door de rechter geconstateerde strijdigheid met de Grondwet?
Invoering van rechterlijke constitutionele toetsing maakt het noodzakelijk om ook na te denken over de (rechts)gevolgen die de rechter kan verbinden aan geconstateerde strijdigheid tussen wet en Grondwet. Een mogelijkheid is dat, wanneer de rechter strijd constateert tussen wet en Grondwet, hij tot de einduitspraak komt dat de wet of een onderdeel daarvan *nietig* is. Bij nietigheid betekent dat dat de wet van meet af aan nietig is geweest en dat daarmee alle rechtsgevolgen die zijn voortgevloeid uit eerdere toepassing van de wet, worden geacht niet te zijn ingetreden. Deze verstrekkende optie heeft als nadeel dat het veel rechtsonzekerheid tot gevolg kan hebben. Ook kan nietigheid soms tot lastige situaties leiden waarbij rechtsposities of ontstane rechtsverhoudingen niet meer ongedaan kunnen worden gemaakt.
Een tweede mogelijkheid bij geconstateerde strijdigheid tussen wet en Grondwet is dat de rechter de wet of een onderdeel daarvan *onverbindend* verklaart. In dit geval zal het gevolg zijn dat de wet nietig is vanaf het moment dat de uitspraak van de rechter onherroepelijk is geworden (*res iudicata*), waardoor de uitspraak (alleen) gevolgen heeft voor toekomstige gevallen.
Een derde mogelijkheid is het *buiten toepassing laten van een wet(telijk voorschrift)* door de rechter wegens strijd met de Grondwet. Dat betekent dat in het concrete geval de toepassing van een wettelijke bepaling moet wijken voor de toepassing van een bepaling van de Grondwet. Het is vervolgens aan de wetgever om te beslissen of de wet moet worden aangepast of ingetrokken.

In die gevallen waarin individuele omstandigheden maken dat een wet(telijke bepaling) in strijd komt met een grondrecht, is in de zienswijze van de Rechtspraak het door de rechter *buiten toepassing laten van die wet(telijke bepaling)* in dat concrete geval het meest voor de hand liggende rechtsgevolg. Hiermee kan de rechter zijn rechtsbeschermende rol in het individuele geval optimaal vervullen en vervult de rechter richting wetgever een signalerende rol, zonder op diens stoel te gaan zitten. Ook wordt voorkomen dat de wet en alle rechtsgevolgen die deze tot dan toe heeft gehad, teniet worden gedaan, met alle rechtsonzekerheid en complicaties in al ontstane rechtsverhoudingen van dien.
Om haar rechtsbeschermende rol nog beter te kunnen vervullen acht de Rechtspraak het voorts wenselijk dat de rechter bij geconstateerde strijdigheid met een grondrecht ook rechtsherstel kan bieden - denk in dit kader bijvoorbeeld aan schadeloosstelling. Op dit punt verdient het aanbeveling om aansluiting te zoeken bij de al ontwikkelde jurisprudentie van de Hoge Raad ten aanzien van verdragsschendingen en rechtsherstel.[3]

Naast het *buiten toepassing laten* van een wet(telijk voorschrift) in het concrete geval, dient in de zienswijze van de Rechtspraak te worden onderzocht of de rechter tevens de mogelijkheid moet krijgen om een wet(telijk voorschrift) *onverbindend te kunnen verklaren.* Er zijn immers ook gevallen voorstelbaar waarbij de rechter tot het oordeel kan komen dat een wet(telijke bepaling) te ongenuanceerd is of te weinig rekening houdt met de variatie die de maatschappelijke werkelijkheid kent. Ook is het denkbaar dat de wet of bepaling onlogische en/of verkeerde criteria gebruikt. Dan is het rechterlijk oordeel over die bepaling weliswaar alleen voor dat concrete geval gegeven, maar kan het

[3] Zie bijvoorbeeld ECLI:NL:HR:1999:AA2756, ECLI:NL:HR:2021:1644 en ECLI:NL:HR:2021:1963.

niet anders dan dat dat oordeel gevolgen moet hebben voor alle andere (vergelijkbare) zaken waarin die wet(telijke bepaling) wordt toegepast. In dergelijke gevallen verdient de optie van het *onverbindend verklaren* van de wet(telijke) bepaling in de zienswijze van de Rechtspraak serieuze overweging naast het buiten toepassing laten van de wet(telijke bepaling) in de voorliggende zaak.
Een dergelijke keuzemogelijkheid sluit aan bij de huidige keuzebevoegdheid van de rechter bij andere regelgeving dan wetten in formele zin en bij de huidige bevoegdheid van de rechter om wetten in formele zin wegens strijdigheid met eenieder verbindende internationale verdragen onverbindend te verklaren. Ook passen deze rechtsgevolgen goed in het Nederlandse stelsel waarin staatsmachten elkaar in balans houden.

8. Hoe dient de rechterlijke toetsing aan de Grondwet zich volgens de Rechtspraak te verhouden tot toetsing aan verdragen?
Als een verdragsgrondrecht in het geding is, zal in veel gevallen ook een constitutioneel grondrecht van gelijke strekking in geding zijn en *vice versa*. Er zal vaak dan ook geen sprake zijn van zuiver van elkaar te onderscheiden toetsingsgronden. In de zienswijze van de Rechtspraak verdient het daarom de voorkeur om voor zowel toetsing aan verdragen als voor toetsing aan de Grondwet hetzelfde toetsingsstelsel te hanteren.

De Rechtspraak constateert dat de huidige gespreide wijze van toetsing aan verdragen op het niveau van de individuele rechter goed functioneert. Daarnaast constateert de Rechtspraak dat voor de toetsing aan het EU-recht geconcentreerde toetsing juridisch onmogelijk is nu het Europese Hof van Justitie heeft bepaald dat elke nationale rechter verplicht is bepalingen van gemeenschapsrecht toe te passen en daarmee strijdige nationale wetgeving buiten toepassing te laten.

Dit in aanmerking genomen, geniet het in de zienswijze van de Rechtspraak de voorkeur om voor de toetsing aan de Grondwet zoveel mogelijk aan te sluiten bij de huidige wijze van toetsing aan verdragen. Dit betekent dat de Rechtspraak op dit moment de voorkeur geeft aan gelijktijdige gespreide toetsing op het niveau van de ‘gewone’ rechter in het concrete geval.