



DE GRONDWET - ARTIKEL 120 - TOETSINGSVERBOD

De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen.

WETENSCHAPPELIJK COMMENTAAR ARTIKEL 120 - TOETSINGSVERBOD - G. BOOGAARD & J. UZMAN

Inhoudsopgave

1. Historische ontwikkeling en actuele betekenis
2. Wat is ‘constitutionele toetsing’?
3. Discussie over het constitutioneel toetsingsverbod
4. Het toetsingsverbod in de jurisprudentie
5. Toetsing van de grondwettigheid van verdragen
6. Jurisprudentie
7. Literatuur
8. Historische versies

Editie september 2020

1. HISTORISCHE ONTWIKKELING EN ACTUELE BETEKENIS

Het constitutioneel toetsingsverbod van wetten in formele zin stamt uit de Grondwet van 1848, maar de vraag naar de bevoegdheid tot (exclusieve, ‘authentieke’) interpretatie van de Grondwet is al zo oud als de Grondwet zelf. De Grondwetscommissie van 1814, onder leiding van G.K. van Hogendorp, koos niet voor het doorzetten van het ‘référé législatif’ (waarbij de rechter verduidelijking vraagt aan de wetgever) uit de Franse tijd.^[1] Wel adviseerde de Staatscommissie-Hogendorp een bepaling die later artikel 146 van de Grondwet 1814 is geworden:

‘De authentieke uitlegging en verklaring der twijfelingen, welke in de toepassing van een of ander gedeelte dezer grondwet mogten gevonden worden, wordt gedurende de drie eerste jaren na derzelver aanneming opgedragen aan de Commissie tot het ontwerpen dezer grondwet benoemd geweest.

Indien, na verloop van gemelde drie jaren, zulk eene uitlegging of verklaring noodig ware, wordt daartoe door den Souvereinen Vorst eene vergadering beschreven, bestaande in een getal van leden gelijk aan die van de vergadering van de Staten Generaal, en benoemd op dezelfde wijze door de Staten der Provinciën of

Landschappen.’

Veel gelegenheid om te worden toegepast heeft deze regeling niet gehad. In de Grondwet 1815 komt hij al niet meer voor. De wet drukt eenvoudig de betekenis van de Grondwet uit, overwoog de met Belgen aangevulde grondwetscommissie in 1815, en dus was een aparte voorziening voor de bevoegdheid tot grondwetsinterpretatie overbodig.^[2] A fortiori geldt dat voor een conflictenregel in het geval een formele wet zou afwijken van de Grondwet. Tussen 1815 en 1848 bepaalde de Grondwet dus niets over constitutionele toetsing. Wel werd in 1822, in de Wet Algemene Bepalingen, zekerheidshalve vastgelegd dat de rechter volgens de wet moet rechtspreken en in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid van een wet mocht beoordelen.^[3] Vermoedelijk was deze bepaling door minister C.F. van Maanen bedoeld als extra verzekering tegen een toekomstige Hoge Raad die zich eventueel een constitutioneel toetsingsrecht zou kunnen aanmatigen.^[4] Kennelijk vatte hij constitutionele toetsing daarbij op als het tegenovergestelde van het toepassen van de wet zoals die is, namelijk het beoordelen van de innerlijke waarde van de wet. Diametraal tegenover deze opvatting van Van Maanen staat de benadering van Opzoomer. Volgens hem is een constitutioneel toetsingsverbod onzinnig. Aangezien de wetgever niet bevoegd is om in strijd met de Grondwet wetten vast te stellen, zijn wetten die in strijd zijn met de Grondwet nietig. Zij bestaan eenvoudig niet. Aan inhoudelijke toetsing komt een rechter in deze redenering nooit toe, een verbod daarop is dan dus ook zinloos.^[5] Constitutionele toetsing heeft in deze *ultra vires*-benadering geen betrekking op de rechtmatigheid of op de innerlijke waarde van een wettelijk voorschrift, maar op de geldigheid ervan. De rechter ‘toetst’ niet, maar stelt een bestaan vast. Deze verschillende benaderingen illustreren dat ‘constitutionele toetsing’ in zichzelf een concept is dat tijd nodig heeft gehad uit te kristalliseren.^[6]

In 1848 werd constitutionele toetsing verboden in de Grondwet met de woorden: ‘de wetten zijn onschendbaar’. Vanzelfsprekend was dat verbod niet. Thorbecke, geestelijk vader van de grondwetsherziening van 1848, vond de bepaling een ‘nieuwe spreuk’ waarvoor ‘ieder als voor een gesloten deur [zal] blijven staan’.^[7] Door de Grondwet zo van de normale conflictregels uit te zonderen, werd volgens Thorbecke de eenheid van wetgeving doorbroken. Bovendien zou de Grondwet ophouden ‘grondwet’ te zijn, omdat de wetgever feitelijk boven de Grondwet zou komen te staan.^[8] Tegenover Thorbecke stond minister Donker Curtius, de politieke architect van de grondwetsherziening van 1848.^[9] Volgens hem was het constitutioneel toetsingsverbod bedoeld om ‘de wet boven alle bedenkingen te stellen en haar tegen elke aanranding van de uitvoerende, de rechterlijke macht en de plaatselijke autoriteiten te beschermen.’^[10] Eskes vermoedt dat achter deze motivering nog een ander specifiek motief heeft meegespeeld. Donker Curtius zou volgens hem niet zozeer bang zijn geweest voor een ‘tirannie van rechters’ die aan de haal zouden gaan met constitutionele toetsing, maar vooral vrezen voor het onvoorspelbare gedrag van de (toekomstige) Koning Willem III.^[11] Daarom zou het goed zijn de koning er expliciet op te wijzen dat niet alleen hij, maar ook de wetten onschendbaar zijn.

Wat hier verder ook van zij, de latere discussie over de wenselijkheid van het constitutioneel toetsingsverbod - zie verder nummer 3 - is grotendeels samen te vatten in de tegenstelling tussen Thorbecke en Donker Curtius. Dat betreft de tegenstelling tussen ‘(Grond)wet’ en ‘wetgever’. Het materiële, meer Amerikaanse perspectief van rechtsbescherming stelt centraal dat een Grondwet effectieve grenzen stelt aan wat in een (federale) wet mag staan, terwijl het institutionele, meer Engelse perspectief zich vooral afvraagt wie in laatste instantie het laatste woord moet spreken over de betekenis van de Grondwet: de benoemde rechters of de democratisch gelegitimeerde Staten-Generaal?^[12] Wie het institutionele perspectief inneemt,^[13] vindt het constitutioneel toetsingsverbod veel logischer dan wie het materiële perspectief^[14] hanteert. Tot wijziging van de Grondwet heeft deze discussie vooralsnog niet geleid. De meest recente poging, het voorstel voor een verklaringwet dat in 2002 door het Tweede Kamerlid Halsema (GroenLinks) aanhangig werd gemaakt,^[15] bereikte wel een tweede lezing, maar is in 2015 zonder veel vooruitzicht in een bureaula van de Tweede Kamer beland.

In 1983 is de formulering van het toetsingsverbod voor wetten gelijk getrokken met de formulering van het toetsingsverbod voor verdragen, dat sinds 1953 in de Grondwet was opgenomen.^[16] Wetten waren in 1983 immers niet meer in absolute zin onschendbaar, omdat ze inmiddels aan rechtstreeks werkend verdragsrecht werden getoetst.^[17] In 1983 werden beide toetsingsverboden samengevoegd en geplaatst in het hoofdstuk over de rechtsprekende macht. Daar kreeg het bovendien (en anders dan in de formulering ‘de wetten zijn onschendbaar’) een normadressaat: de rechter mag de grondwettigheid van wetten en verdragen niet beoordelen. Hoewel de Hoge Raad zelf inmiddels het nut van deze bepaling al lang niet meer inziet,^[18] is het constitutioneel toetsingsverbod in zijn jurisprudentie direct en indirect een hoeksteen van de verhouding tussen de rechter en de wetgever geworden. Vanwege artikel 120 houdt de rechter ook toetsing van wetten aan ongeschreven rechtsbeginselen voor ongeoorloofd^[19] en meer algemeen gebruikt de Hoge Raad het toetsingsverbod, aangeduid als ‘de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen’, om een terughoudend gebruik van de rechtsvormende taak uit af te leiden.^[20] Zie over de betekenis van het constitutioneel toetsingsverbod in de jurisprudentie verder nummer 4.

2. WAT IS ‘CONSTITUTIONELE TOETSING’?

Toetsing in het publiekrecht is een breed verschijnsel dat zich in veel verhoudingen voordoet. Artikel 120 Grondwet beperkt zich tot een specifieke relatie: de verhouding tussen de Grondwet enerzijds en de wet in formele zin en het verdrag anderzijds. In die relatie verbiedt artikel 120 dat de rechter in de ‘beoordeling van de grondwettigheid’ treedt. Daaronder moet in ieder geval worden verstaan wat Kelsen ‘entscheiden’ noemt: het rechtens bindend vaststellen welke norm moet worden toegepast.^[21] Artikel 120 Grondwet is primair een bijzondere conflictenregel. Wat er verder zij van de grondwettigheid van een wet in formele

zin, de laatste moet hoe dan ook worden toegepast door de rechter. Of het de rechter ook verboden is om zich überhaupt over de verenigbaarheid van een wet met de Grondwet uit te laten, het zogenaamde ‘prüfen’ in de terminologie van Kelsen, is onduidelijk. In het Harmonisatiewet-arrest heeft de Hoge Raad zich in een *obiter dictum* een inhoudelijk oordeel over een wet veroorloofd.^[22] Daaruit is wel afgeleid dat artikel 120 Grondwet zich kennelijk niet verzet tegen een rechter die ook een duit in het constitutionele zakje doet, zolang hij de wet maar wel blijft toepassen. De verboden toetsing beperkt zich dan tot het ‘entscheiden’ van het normconflict en verzet zich niet tegen ‘prüfen’ van de grondwettigheid van een wet.^[23] Dit volgt zeker niet met zoveel woorden uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Grondwet.^[24] Op zijn best blijft de grondwetgever op dit punt vaag. Zo stelde de regering bij de herziening van 1983 in de Memorie van Antwoord dat het incidenteel achterwege laten van de toepassing van een wet wegens een ‘in de wet of een verdrag geformuleerd rechtsbeginsel’ geen constitutionele toetsing in de zin van artikel 120 oplevert en dus niet verboden is. Wel geldt: ‘het buiten toepassing laten van een wetsvoorschrift door de rechter mag niet geschieden op de grond, dat de rechter uitspreekt dat de wet ongrondwettig is.’^[25] Onduidelijk is of de regering hier het zwaartepunt legt bij het element van het ‘buiten toepassing laten’ of bij het element van het oordelen over de grondwettigheid van de wet. Een belangrijke indicatie dat van het laatste sprake is, zou de tekst van artikel 120 kunnen zijn. Daarin wordt immers expliciet van een grondwettigheidsoordeel gesproken, en niet van een rechtsgevolg.

Ten aanzien van de vraag of artikel 120 Grondwet zich niet zou verzetten tegen de enkele beoordeling van een wet, zonder dat daaraan rechtsgevolgen worden verbonden, is de rechtspraktijk sinds de grondwetsherziening ook niet eenduidig. Enerzijds valt te betogen dat de wetgever van het rechterlijk *obiter dictum* uit het Harmonisatiewet-arrest als zodanig geen probleem heeft gemaakt, integendeel. De overweging is in de Eerste Kamer zelfs gebruikt om op wetswijziging aan tedringen.^[26] Anderzijds werpt de stelligheid waarmee dezelfde Harmonisatiewet-arrest-overweging werd gehanteerd in de discussie over de zogenaamde ‘langstudeerdersboete’ de vraag op hoeveel ruimte de Nederlandse rechtstraditie laat voor een rechter om te ‘prüfen’ zonder te ‘entscheiden’.^[27] In het Tegelen-arrest lijkt de Hoge Raad daar zelf op te wijzen, als hij overweegt dat een rechterlijk oordeel over de rechtmatigheid van een wetgevingsprocedure, de kwestie ‘in feite’ onttrekt aan beoordeling door de Staten-Generaal.^[28] Hoe dan ook noopt het bijzondere gebrek aan de Harmonisatiewet en het incidentele karakter van telkens genoemde voorbeeld uit het gelijknamige arrest,^[29] tot grote voorzichtigheid ten aanzien van het splitsen van artikel 120 Grondwet in een (niet verboden) recht om te ‘prüfen’ en een (wel verboden) recht op basis daarvan te ‘entscheiden’.

Artikel 120 Grondwet bevestigt in zijn huidige plaats in hoofdstuk 6 en formulering de hoofdregel dat het in beginsel wel aan de rechter is om bij botsende voorschriften te beslissen welke voorrang heeft. Dit lijkt een vanzelfsprekendheid en dat was het volgens Chief-Justice Marshall ook toen hij juist dit in 1804 ‘the

very essence of the judicial duty' van de rechter noemde.^[30] Toch is het niet altijd vanzelfsprekend geweest. In het Nederlandse staatsrecht werd wel verdedigd dat het toetsingsverbod voor de rechter volgde uit de afkondiging van een wet door de eveneens onschendbare Koning. Ter staving van die opvatting gold de plaats van het toetsingsverbod in de Grondwet: tot 1983 was de onschendbaarheid van wetten het tweede lid van de zogenaamde 'promulgatiebepaling', tegenwoordig artikel 87, eerste lid, Grondwet. Aangenomen moest worden, zo luidde het betoog, dat de Koning het laatste woord spreekt over de grondwettigheid van door hem bekrachtigde en afgekondigde wetten.^[31] En nog ter gelegenheid van de eerste lezing van het voorstel-Halsema merkte senator Holdijk (SGP) op dat invoering van het toetsingsrecht een inbreuk op de koninklijke waardigheid was.^[32] Inmiddels is echter algemeen aanvaard dat de rechter over het toetsingsrecht beschikt, tenzij anders is bepaald - zoals bijvoorbeeld in artikel 120 Grondwet. Eveneens algemeen aanvaard is een bevoegdheid voor het bestuur om conform de normale conflictrechtsregels van de normenhiërarchie geen gemeentelijke bepalingen toe te passen die in strijd zijn met een wet. In hoeverre het bestuur ook bevoegd en verplicht is om een wet in formele zin buiten toepassing te laten wegens strijd met rechtstreeks werkend verdragsrecht, is voorwerp van discussie bij artikel 94 Grondwet. De vraag is hier of artikel 120 Grondwet niet alleen de rechter maar ook het bestuur verbiedt om in de beoordeling van de grondwettigheid van een wet te treden. De tekst en plaatsing van artikel 120 geven daar geen reden toe. Het artikel staat in hoofdstuk 6 en richt zich met zoveel woorden tot de rechter. Toch wordt vrij algemeen aanvaard dat het toetsingsverbod zich ook richt tot het bestuur.^[33] De sterkste grondwettelijke argumenten daarvoor zijn de opmerking van de regering, in de Memorie van Toelichting, dat artikel 120 ook geldt voor 'administratieve beroepsorganen'^[34] en het gebrek aan aanwijzingen dat de invoering van een toetsingsrecht voor het bestuur in 1983 de bedoeling was. Voor het doorbreken van de hoofdregel dat het bestuur conflictenregels toepast, is dit echter wel weinig.

Blijft over de mogelijkheid dat er een principiële samenhang bestaat tussen toetsing door het bestuur en toetsing door de rechter. In dat geval zou uit het verbod op toetsing door de rechter een verbod op toetsing door het bestuur moeten worden afgeleid. Een dergelijk dwingende samenhang zien wij niet. Een bestuursorgaan^[35] dat overweegt een wet niet toe te passen wegens strijd met de Grondwet, zal zich moeten realiseren dat de rechter die ruimte niet heeft. Gegeven de huidige stand van de rechtsbescherming tegen de overheid zullen de meeste belanghebbenden die liever de wet dan de Grondwet toegepast zien, dit eenvoudig kunnen bereiken door het besluit ter toetsing aan een rechter voor te leggen. Waar alle belanghebbenden en het bestuursorgaan menen dat niet de wet maar de Grondwet behoort te worden toegepast, valt niet in te zien waarom dat op systematische redenen moet worden uitgesloten. Hoewel een deel van de bezwaren tegen constitutionele toetsing door de rechter ook kunnen worden ingebracht tegen dergelijke toetsing door het bestuur, verdient eenvoudige lezing van 120 Grondwet de voorkeur: het toetsingsverbod richt zich specifiek tot de rechter en geldt dus alleen voor de rechter.^[36]

Toetsing van een wet in formele zin aan de Grondwet is door artikel 120 alleen maar verboden voor zover sprake is van een 'wet'. Dat werpt de vraag op hoe het constitutioneel toetsingsverbod zich verhoudt tot het argument dat een wet niet of op een onjuiste wijze tot stand is gekomen. Bijvoorbeeld wanneer iemand bij de rechter aanvoert dat door het achterwege laten van een (hoofdelijke) stemming niet kan worden vastgesteld of de wet wel is aangenomen door een vereiste twee-derden-meerderheid (artikel 63 Grondwet). Moet de rechter dan het kennelijke oordeel van de wetgever dat de wet volgens de juiste procedure is aangenomen respecteren, of is er voor toetsing aan procedurele voorschriften uit de Grondwet wel ruimte? De Hoge Raad meent van niet.^[37] Onder de door artikel 120 Grondwet verboden toetsing moet ook de zogenaamde formele toetsing worden begrepen. Ter gelegenheid van de grondwetsherziening van 1983 is deze motivering van de Hoge Raad met instemming aangehaald. Ook volgens de grondwetgever verzet artikel 120 Grondwet zich dus tegen formele toetsing.

Deze redenering kan echter niet tot in het oneindige worden voortgezet. De rechter moet wel kunnen blijven beoordelen of sprake is van een wet in de zin van artikel 81 Grondwet. In dat kader moet worden aangenomen dat het toetsingsverbod zich niet uitstrekt tot het beoordelen van de geldigheid van een zich als wet in formele zin presenterend voorschrift. Denkbaar zou zijn dat de rechter zich bij het vaststellen van de geldigheid van een wettelijk voorschrift beperkt tot de vraag wat de regering in het Staatsblad heeft gepubliceerd. De Hoge Raad - en de grondwetgever - gaan echter een stap verder en staan de rechter ook toe om te beoordelen of een beweerdelijk wettelijk voorschrift blijkens de Handelingen door de Staten-Generaal is aangenomen. Voor de geldigheid (het juridische 'bestaan') van een wet in formele zin is naar Nederlands staatsrecht dus vereist dat de Voorzitters van de Eerste en de Tweede Kamer blijkens de Handelingen hebben geconcludeerd dat het wetsvoorstel is aangenomen en dat de regering, blijkens publicatie in het Staatsblad, het voorstel heeft bekrachtigd. Is daaraan voldaan, dan is de regel een geldig wettelijk voorschrift waarvan de rechter de grondwettigheid verder niet meer mag beoordelen. 'Constitutionele toetsing,' als begrip, omvat dus het door de rechter beoordelen van de materiële en formele grondwettigheid van een wettelijk voorschrift en de (daaruit voortvloeiende) beslissing over de voorrang van de grondwettelijke bepaling, maar slaat niet op het vaststellen van de geldigheid van een wet in formele zin.

3. DISCUSSIE OVER HET CONSTITUTIONEEL TOETSINGSVERBOD

Nog in 1947 schrijft Oud in zijn handboek *Het constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden* dat de Amerikaanse regeling van het toetsingsrecht voor uitzonderlijk moet worden gehouden. 'In de meeste landen, die het onderscheid kennen tussen een Grondwet en een gewone wet, treft men echter het Amerikaanse systeem niet aan,' schrijft hij. 'Bijna overal wordt het oordeel of een bepaalde wettelijke regeling door de Grondwet al of niet wordt toegelaten, uitsluitend aan den wetgever zelf overgelaten. Ook in Nederland geldt dit.'^[38] In de tweede druk van zijn handboek, door Oud zelf bewerkt in 1968, komt dit citaat niet

meer voor. Er was ook geen feitelijke grondslag meer voor. Daarmee is de eerste observatie van de discussie over het constitutioneel toetsingsverbod gegeven. Artikel 120 van de Nederlandse Grondwet is na de Tweede Wereldoorlog in rap tempo een uitzondering op de Europese hoofdregel geworden, zij het, dat de meeste landen op het continent voor het Oostenrijkse model van geconcentreerde toetsing door een Constitutioneel Hof hebben gekozen. Dit geldt zelfs binnen het koninkrijk, gezien Sint-Maarten wel een Constitutioneel Hof heeft (artikel 127 Staatsregeling van Sint-Maarten). Aruba en Curaçao hebben daarentegen soortgelijke bepalingen als het Nederlandse artikel 120 Grondwet, zij het minder strikt, die het de rechter verbieden verordeningen te toetsen aan de Staatsregelingen (Staatsregeling van Aruba, artikel VI.4; Staatsregeling van Curaçao, artikel 101).

Dat wil niet zeggen dat artikel 120 Grondwet een rustig Nederlands bezit is. In een lange lijn van naoorlogse advisering is steeds voorgesteld om het toetsingsverbod in ieder geval te matigen met de bevoegdheid voor de rechter om in concrete gevallen een wet buiten toepassing te laten wegens strijd met de klassieke grondrechten. Dit voorstel werd al gedaan in de Proeve van 1966.^[39] Daarna kwam het voor in het Tweede Eindrapport van de Staatscommissie Cals/Donner.^[40] Hoewel strikt genomen buiten hun opdracht, adviseerden ook de Commissie Franken ('Grondrechten in het digitale tijdperk')^[41] en de Staatscommissie Thomassen ('Grondwet')^[42] tot aanpassing van artikel 120 Grondwet. Tussentijds kwam ook de Nationale Conventie in 2006 tot die conclusie.^[43] Deels ter gelegenheid van deze adviezen, en deels ook ter gelegenheid van kabinetsnota's,^[44] hebben regering en Staten-Generaal meer en minder indringend van gedachten gewisseld over het toetsingsverbod. De laatste keer was dat ter gelegenheid van de behandeling van het initiatiefvoorstel van het Tweede Kamerlid Halsema (GroenLinks). Op 11 april 2002 maakte zij het oude voorstel uit de Proeve in de Tweede Kamer aanhangig.^[45] Op 14 oktober 2004 nam de Tweede Kamer in grote meerderheid het voorstel in eerste lezing aan.^[46] SP, GroenLinks, PvdA, Groep Wilders, D66, VVD, ChristenUnie en LPF stemden voor, en alleen het CDA stemde tegen. Op 2 december 2008 volgde de Eerste Kamer met de kleinst mogelijke meerderheid.^[47] 36 leden van de fracties van CDA, VVD en SGP stemden tegen, terwijl de 37 leden van de PvdA, D66, GroenLinks en de SGP, OSF en de Fractie-Yildirim voor stemden. Na de verkiezingen van 2010 is het voorstel aanhangig gemaakt in tweede lezing, en is de verdediging overgenomen door het lid Van Tongeren (GroenLinks).^[48] Na een schriftelijke ronde en de eerste termijn van de zijde van de Kamer is de behandeling van het voorstel in het voorjaar van 2015 weer stilgevallen. Doordat de Tweede-Kamerfracties van de VVD en PVV zich inmiddels tegen het voorstel hebben gekeerd, is de benodigde twee-derden-meerderheid verder weg dan ooit. Kamerleden Van Raak en Van der Staaij brachten dan ook, na het uitblijven van stemming en afronden van het voorstel in tweede lezing, een motie uit dat het voorstel moet worden geacht te zijn verworpen. De Afdeling advisering van de Raad van State stelde na onderzoek vast dat het voorstel naar haar oordeel inderdaad als vervallen moet worden beschouwd.

Inmiddels is de Staatscommissie Parlementair stelsel weer tot het advies het

toetsingsverbod te herzien, dit keer in combinatie met het advies tevens een constitutioneel Hof in te voeren. De Staatscommissie is van mening ‘dat een rechterlijk constitutioneel toetsingsrecht *ex post* een institutioneel evenwicht aanbrengt in de nu bestaande situatie dat alleen de wetgever zelf een oordeel mag geven over de grondwettigheid van wetten’ en moet worden begrepen als ‘een versterking van de weerbaarheid van de Nederlandse democratische rechtsstaat’. Ook zou het de zichtbaarheid van de Grondwet vergroten voor de burger, doordat dat toetsing van wetten aan de Grondwet door een Constitutioneel Hof ‘de normatieve kracht en de maatschappelijke betekenis van de Grondwet zal versterken en het samenspel van de staatsmachten (wetgevende, bestuurlijke en rechtsprekende macht) zal bevorderen’ (p. 196). . Een Constitutioneel Hof zou evenwel een vuist kunnen vormen tegen al te invloed van het Europese recht, zoals ook het Duitse Bundesverfassungsgericht placht te doen. Zo laat artikel 4, tweede lid, VEU, ruimte voor een eigen nationale identiteit, met inbegrip voor constitutionele basisstructuren. Hoewel, volgens Schwarze c.s., principieel uitleg en toepassing van dat artikel toekomt aan het Hof van Justitie van de Europese Unie, ligt er altijd een reservebevoegdheid voor de nationale rechter. Een mogelijk voorbeeld van het gebruik van een dergelijke rechterlijke reservebevoegdheid is, in de Nederlandse context, het *Waterpakt*-arrest waarin de Hoge Raad zonder daarover prejudiciële vragen te stellen met grote stelligheid uitmaakt dat het geven van wetgevingsbevelen aan de formele wetgever ter implementatie van een richtlijn zich principieel niet verhoudt met de Nederlandse constitutionele verhoudingen. De verdere ontwikkeling van een dergelijke reservebevoegdheid kan bij uitstek worden opgepakt door een Constitutioneel Hof, waarbij zulke hoven concepten als ‘constitutionele identiteit’ kunnen gebruiken verdere integratie van Europees en nationaal recht te controleren.

Omdat de discussie over het constitutioneel toetsingsverbod min of meer bij permanent wordt gevoerd, heeft de grondwetsherziening van 1983 weinig bijzondere betekenis voor de interpretatie van artikel 120 Grondwet gehad. Er is ter gelegenheid daarvan verder ook niet veel gezegd. De Staten-Generaal had de kwestie juist met het kabinet-Den Uyl uitgebreid besproken ter gelegenheid van de Nota Grondwetsherzieningsbeleid.^[49] Opvallend in 1983 is vooral dat de Tweede-Kamerfractie van het CDA de grootste pleitbezorger van afschaffing van het toetsingsverbod was.^[50] Gegeven dat juist die fractie twintig jaar later in de Tweede Kamer als enige tegen de eerste lezing van het voorstel-Halsema stemde, zijn alle (grotere) fracties in de Tweede Kamer allemaal tenminste ooit vóór enige vorm van constitutionele toetsing en dus ook voor een beperking van het toetsingsverbod geweest. De meest consequente en geharnaste tegenstanders van constitutionele toetsing treft men niet in het rechtstreeks verkozen deel van de volksvertegenwoordiging, maar in de Raad van State, de regering en de Eerste Kamer: ministers, staatsraden en senatoren. In het licht van het vaak gebruikte ‘democratie-argument’ tegen constitutionele toetsing is dit opmerkelijk.

Dit is niet de plaats voor een inhoudelijk uitputtende verzameling van alle sinds de Tweede Wereldoorlog gebruikte argumenten voor en tegen constitutionele toetsing.

^[51] De discussie verloopt nog altijd voor een belangrijk deel langs de lijnen van het eerder beschreven verschil in het materiële perspectief van rechtsbescherming en institutionele perspectief van het primaat van de wetgever. Het aantal verdedigers van het toetsingsverbod in academische kringen lijkt af te nemen, maar het institutionele perspectief is zeker niet verstomd.^[52] Sinds de oratie van Jeukens uit 1963 wordt de discussie over constitutionele toetsing ook in een meer feitelijk perspectief gevoerd. Jeukens vroeg zich af of het verbod op constitutionele toetsing nog wel paste bij de verschillende staatkundige ontwikkelingen sinds 1848, zoals de opkomst van politieke partijen, de monistische tendensen van coalities voor de verhouding tussen regering en Staten-Generaal, het optuigen van de verzorgingsstaat, de terugtred van de wetgever en nog zo wat. In ditzelfde, feitelijke perspectief, werpen de voorstanders van het verbod de vraag op voor welk concreet probleem constitutionele toetsing eigenlijk de oplossing is. Veel voorbeelden van duidelijke schendingen van de Grondwet door de wetgever zijn er niet te geven, al zijn er wel onbetwiste veroordelingen van het EHRM die tot nieuwe wetgeving hebben geleid.^[53] Wat er verder ook van zij: in 1991 constateerde Kortmann reeds dat hij de afgelopen 25 jaar geen inhoudelijk nieuw argument voor of tegen constitutionele toetsing voorbij had zien komen.^[54] Weer 25 jaar later kan die observatie grotendeels ongewijzigd worden doorgegeven, met dien verstande dat de toename van relevantie van internationaal en EU-recht wel voor veranderende verhoudingen zorgen waarbij oude argumenten telkens een nieuw gewicht krijgen. Verder kan gezegd worden dat er de laatste jaren (opnieuw) belangstelling is ontstaan voor wat er mogelijk is zonder wijziging van de Grondwet. Dat geldt dan bijvoorbeeld voor de implementatie van Angelsaksische vormen van *weak judicial review*, al dan niet via een ‘constitutionele lus’^[55] of uit te oefenen door het nieuwe Constitutioneel Beraad van de Raad van State.^[56] Dit gaat echter meer over dialoog dan over toetsing.

4. DE BETEKENIS VAN ARTIKEL 120 GRONDWET IN DE JURISPRUDENTIE

Centraal in de betekenis van artikel 120 Grondwet in de jurisprudentie staat het uitgangspunt van de Hoge Raad dat een ‘ruim toetsingsverbod’, dat wil zeggen: artikel 120 Grondwet, uitgelegd in de geest van zijn oude formulering ‘de wetten zijn onschendbaar’, ‘wezenlijk is voor de traditionele plaats van de rechter in ons staatsbestel’.^[57] De Hoge Raad voegt daaraan toe dat ‘niet gezegd kan worden dat over de wenselijkheid om daarin verandering te brengen in brede kring overeenstemming bestaat.’^[58] Dit uitgangspunt verklaart de institutionele slagschaduw die het artikel inmiddels heeft. De rechter toetst al het overheidshandelen aan ongeschreven rechtsbeginselen,^[59] maar is een uitzondering blijven maken voor de toetsing van wetten in formele zin aan ongeschreven rechtsbeginselen.^[60] Verder legt de Hoge Raad de afwezigheid van een Rijkswet over toetsing ex artikel 49 Statuut uit in het nadeel van het toetsingsrecht. Vanwege een ‘traditie van niet-toetsing’ in het Koninkrijk kan een wet in formele zin ook niet aan het Statuut worden getoetst. Het toetsingsverbod leek enigszins op de achtergrond te raken in het Trias-arrest uit 1993, omdat de Hoge Raad daarin

accepteerde dat het ontbreken van een toegezegde wet in formele zin een onrechtmatige overheidsdaad opleverde.^[61] Advocaat-Generaal Koopmans achtte het toetsingsverbod niet in geding. Het toetsingsverbod voorziet vooral in het beschermen van de verbindende kracht van producten van de formele wetgever, schreef hij. ‘Het beoogt niet om los daarvan immuniteit van overheidsgedrag te verzekeren.’^[62] Niet lang daarna, in 2000, bleek de traditie van niet-toetsing echter nog springlevend. In het arrest Kooren-Maritiem stuitte de Hoge Raad de verdere beperking van het toetsingsverbod door te oordelen dat niet alleen de verbindende kracht van wetten in formele zin als zodanig, maar meer in het algemeen hun uitvaardiging, handhaving en uitvoering werden afgedekt door het toetsingsverbod.^[63]

In het arrest Tegelen baseerde de Hoge Raad een complete *political question*-doctrine op artikel 120 Grondwet.^[64] Zelfs een oordeel over een procedure die tot een wet in formele zin kan leiden wil de Hoge Raad niet geven, omdat hijdaarmee ‘in feite’ het oordeel over de procedure aan de Staten-Generaal zou onttrekken. Dit arrest is bekritiseerd omdat de formulering van artikel 120 Grondwet deze conclusie niet meer zou kunnen dragen.^[65] Een voorstel voor een wet is immers nooit onschendbaar geweest, hoewel de rechter doorgaans wel weigert om in een lopende wetgevingsprocedure te interveniëren. Mogelijk mede onder invloed van deze kritiek heeft de Hoge Raad in de jurisprudentie over het wetgevingsbevel^[66] zijn algemene overwegingen over de trias politica gebaseerd op artikel 81 van de Grondwet, al wordt wel vermoed dat de toevoeging van de ‘de mede op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden’ in het Waterpakt-arrest toch weer een verwijzing naar het constitutioneel toetsingsverbod is.^[67]

Uiteindelijk is de invloed van het internationale recht, op grond van artikel 93 en 94 Grondwet, dusdanig groot dat wetgeving in formele zin (of het ontbreken daarvan) wel degelijk door de rechter kan worden getoetst. Hierdoor wordt de rechter steeds meer in het politieke vaarwater gedrukt, zeker in het licht van toenemende algemeen belang acties die zich tegen het nalaten of handelen van de Staat richten. Het uit artikel 120 Grondwet vloeiende verbod tot het geven van een wetgevingsbevel en rechterlijke rechtsvorming, alsmede de vastgelegde verhouding tussen wetgever en rechter en de *political question doctrine* komt zo op scherp te staan, waarbij de rechter tot een oordeel wordt gedwongen dat door de wetgever niet altijd als welkom wordt ontvangen. Zo ontstaat het verwijt naar de rechterlijke macht dat steeds meer sprake is van een dikastocratie. Zo laat het Urgenda-arrest zien, alsmede eigendomgerelateerde wetten op grond van artikel 1 EP EVRM, zoals de Wet sluiting kolen centrales, en de Wwet verbod pelsdierhouderij.

Zelfs het handhaven van een ‘ruim toetsingsverbod’ heeft evenwel zijn grenzen. Er zijn twee situaties waarin een rechter toch iets vermag zonder met de wil van de wetgever in conflict te geraken. Dat betreft grondwetsconforme interpretatie en contra legem-toepassing van fundamentele rechtsbeginselen. Grondwetsconforme interpretatie heeft oude papieren maar is altijd zeldzaam gebleven. Het ziet op

situaties dat de wet ruimte laat voor verschillende rechterlijke interpretaties, waarbij de ene interpretatie meer conform de Grondwet is dan de andere. In die gevallen is de rechter verplicht om de wet uit te leggen op basis van de presumptie dat de wetgever geacht moet worden de Grondwet na te leven.^[68] Grondwetsconforme interpretatie gaat minder ver dan de voor het Unierecht bepleite methode van *remedial interpretation*.^[69] Dat laatste gaat immers niet alleen om het in lijn met het Unierecht verduidelijken van bestaande onduidelijkheden, maar strekt zich ook uit tot het bijbuigen van op zichzelf duidelijke wetsbepalingen om verhelpen van een geconstateerde strijdigheid met het Unierecht. Dergelijke *remedial interpretation* vereist de constatering dat sprake is van ongrondwettigheid, en juist dat is de Nederlandse rechter door artikel 120 Grondwet verboden.

De tweede uitzonderingssituatie betreft de *contra legem*-jurisprudentie. In een serie Doorbraak-arresten^[70] oordeelde de Hoge Raad dat in een voorkomend geval de toepassing van een wet dermate in strijd kan komen met een fundamenteel rechtsbeginsel, dat de strikte toepassing van de wet moet wijken voor de toepassing van dat beginsel. Na de grondwetsherziening van 1983 handhaafde de Hoge Raad in het Harmonisatiewet-arrest deze mogelijkheid.^[71] Het cruciale verschil tussen het incidenteel achterwege laten van de strikte toepassing van een wet en de toetsing van de wet ligt volgens de Hoge Raad in de bedoeling van de wetgever. Heeft deze een wet min of meer geschreven met het oog op de gevallen waarvan de toepassing wordt betwist, of is die situatie anderszins door de wetgever ‘verdisconteerd’, dan geldt het toetsingsverbod en mag de rechter het uitvoeren van de kennelijke wil van de wetgever verder niet frustreren. Gaat het echter om een situatie waarvan niet gezegd kan worden dat de wetgever deze op het netvlies had, dan staat het de rechter in extreme situaties wel vrij om een fundamenteel rechtsbeginsel zwaarder te laten wegen dan het beginsel dat de wet moet worden toegepast. Daarbij dacht de Hoge Raad zelf overigens niet zozeer aan zaken die de wetgever over het hoofd zou hebben gezien, maar eerder om situaties die de wetgever niet kon voorzien, zoals ‘de wijze waarop de overheid is opgetreden’. Ter gelegenheid van het handhaven van het ‘ruime toetsingsverbod’ in het Harmonisatiewetarrest, merkte de Hoge Raad als aanvullend argument nog op dat niet gezegd kon worden dat in brede kring overeenstemming bestond over het beperken van het toetsingsverbod. Mocht de Hoge Raad - met ons - constateren dat die overeenstemming er in brede kring inmiddels wel is, dan biedt een frequenter gebruik van deze *contra legem*-toepassing van rechtsbeginselen een goede mogelijkheid om de jurisprudentie alsnog te ontwikkelen in de richting het voorstel dat de Proeve al in 1966 deed.^[72]

5. TOETSING VAN DE GRONDWETTIGHEID VAN VERDRAGEN

Artikel 120 verbiedt eveneens de rechter het beoordelen van de grondwettigheid van verdragen. Dit verbod werd in 1953 als het derde lid van artikel 60 in de Grondwet opgenomen, als onderdeel van de Grondwettelijke regeling van de rechtstreekse werking en de voorrang van (sinds 1956: ‘een ieder verbindend’) internationaal recht; de huidige artikelen 93 en 94. Tegelijk met de plicht voor de

rechter om internationaal recht in nationale verhoudingen toe te passen en om - in geval van strijd - 'binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften' buiten toepassing te laten, werd het de rechter verboden om 'in de beoordeling van de grondwettigheid' van verdragen te treden. De bedoeling was dat de rechter verdragen inhoudelijk wel zou toepassen, maar verder niet zou mengen in de procedure van het sluiten van de verdragen. In 1983 gaf de grondwetgever aan met dit verbod vooral een toetsing van de procedure van de totstandkoming voor ogen te hebben.^[73] Dat betekent in ieder geval dat de rechter niet oordeelt over de vraag of een verdrag als afwijkend van de Grondwet had moeten worden goedgekeurd volgens de procedure van artikel 90, derde lid, Grondwet. Aannemelijk is verder dat de rechter ook niet mag ingaan op procedurele argumenten ontleend aan de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen, maar wel mag vaststellen of een verdrag behoorde te worden goedgekeurd en, zo ja, of dat is gebeurd. Bij dat laatste mag de rechter dan weer niet verder gaan dan het vaststellen van de geldigheid van de goedkeuringswet. Hoewel goedkeuring van een verdrag niet kan worden aangemerkt als geldigheidsvoorwaarde voor een verdrag, zou een uitleg van artikel 120 Grondwet waarin dit artikel de rechter zou verbieden na te gaan of een verdrag moest worden goedgekeurd zijn doel ernstig voorbij schieten. De rechter zou dan immers wetten buiten toepassing moeten gaan laten zonder te mogen toetsen of de wetgever het verdrag wel heeft goedgekeurd.

Of artikel 120 Grondwet zich ook verzet tegen het buiten toepassing laten van bepalingen van de Grondwet zonder dat het verdrag waarmee de Grondwet in strijd is door de goedkeurende wetgever als zodanig is aangemerkt en met de vereiste twee-derden-meerderheid werd goedgekeurd, is nog geen uitgemaakte zaak. Voor het onverkort doorvoeren van artikel 94 Grondwet pleit dat de Grondwet ook een 'binnen het koninkrijk geldend wettelijk voorschrift' is en dat de rechter zich zo min mogelijk mag inlaten met de toetsing van de goedkeuringsprocedure. Bovendien is er het praktische argument dat de wetgever slechts zeer restrictief gebruik maakt van de bijzondere procedure van art. 90 Grondwet en dat daarom niet zonder meer de goedkeurende wetgever ingegaan is op alle mogelijke (structurele of incidentele) strijd met verdragsrecht. Daartegen pleit echter de uitzonderlijke en extreme situatie dat de Grondwet door de rechter buiten toepassing wordt gelaten, zonder dat de wetgever bedoeld heeft een van de Grondwet afwijkend verdrag goed te keuren.^[74] Dit laatste argument weegt, in onze ogen, zwaar. De rechter dient, naar onze mening, dan ook in beginsel uit te gaan van de grondwettigheid van verdragen die niet met twee-derden meerderheid zijn goedgekeurd. Wel is het mogelijk dat de rechter in een voorkomend geval meent dat het bij de mogelijke strijd tussen de Grondwet en het verdrag gaat om niet bij de totstandkoming van de goedkeuringswet verdisconteerde omstandigheden.^[75] Ook dan blijft het echter nog wel de vraag of de rechter zich, gelet op de grenzen van zijn rechtsvormende taak, de aangewezen instantie acht om aan die strijd iets te doen. Het kan, uit oogpunt van de staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid van de rechter, wenselijk zijn dat hij dan van het buiten toepassing laten van de Grondwet afziet.

6. Jurisprudentie

- ABRvS 30 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1710, AB 2014/426.
- ABRvS 14 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BS8847, JB 2011/253.
- ABRvS 24 juli 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE5780, AB 2003, 204.
- ABRvS 31 mei 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1426.
- CRvB 24 februari 1999, JB 1999/110.
- CRvB 18 februari 1975, AB 1975, 243 (Werkende zwager)
- CRvB 31 oktober 1935, ARB 1936, p. 168 (Terugwerkende kracht salarisverlaging)
 - CRvB 30 mei 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:1650, AB 2018/355.
 - CRvB 26 april 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1476, AB 2017/199, m.nt. W. Voermans.
- EHRM 24 oktober 1979, nr. 6301/73 (Winterwerp t. Nederland).
- HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:743.
- HR 21 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:343.
- HR 20 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9951, NJ 2009, 233 (Van den Boomen/Staat).
- HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, NJ 2003,691.
- HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5527, NJ 2000/713 (Kooren-Maritiem/Staat).
- HR 19 november 1999 ECLI:NL:HR:1999:AA3374, AA 2000/0107 (Tegelen).
- HR 19 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0875 NJ 1995/704 (Trias).
- HR 19 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1260, NJ 1992, 129.
- HR 9 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC3813, AB 1989/412, Kortverbanders.
- HR 14 april 1989 ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989/469 (Harmonisatiewet).
- HR 15 juli 1988, NJ 1989, 714.
- HR 16 mei 1986 ECLI:NL:HR:1986:AC9354 NJ 1987/251 (Landbouwwliegers).
- HR 12 april 1978, BNB 1978, 135 (zaaknr. 18452).

- HR 12 april 1978, BNB 1978, 136 (zaaknr. 18464).
- HR 12 april 1978, BNB 1978, 137 (zaaknr. 18495).
- HR 27 januari 1961 ECLI:NL:HR:1961:AG2059, NJ 1963/248 (Van den Bergh/Staat).
 - HR 27 januari 1961, NJ 1963, 248 (Prof. van den Bergh).
 - HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:729, NJ 2018/376.
 - HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679, AB 2015/278.
 - HR 19 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41 (Urgenda).
 - Hof Arnhem-Leeuwarden, 23 mei 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:4366, AB2017/416, m. nt. G. Boogaard en J. Uzman.
 - Rb. Den Haag 4 juli 2018, ECLI:NL:RBDHA:7888, AB2018/399.

- US Supreme Court 24 februari 1803 5. U.S. 137 (Marbury v. Madison)

7. Literatuur

- J. Th. J. van den Berg en J.J. Vis, De eerste 150 jaar, Amsterdam, Bert Bakker, 2013.
- L.F.M. Besselink, Constitutionele toetsing in internationaal perspectief AA 2003/2, p. 89 – 95.
- L.F.M. Besselink & R.A. Wessel, De invloed van ontwikkelingen in de internationale rechtsorde op de doorwerking naar Nederlands constitutioneel recht. Een ‘neo-monistische’ benadering, Deventer: Kluwer 2009.
- G. Boogaard, Pleidooi voor een Constitutioneel Beraad, Tijdschrift voor Constitutioneel Recht 2015/1, p. 61-67.
- E. Bos, Toetsing van wetten tot 1948, NJB 2010, 546, p. 666 – 671.
- D.J. Elzinga & R. de Lange, Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht, Deventer: Kluwer 2006.
- J.A.O. Eskes, Toetsingsverbod wet/grondwet ‘bedrijfsongeval?’ NJB 2005, afl. 14.
- M.L.P. van Houten, Meer zicht op wetgeving. Rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Grondwet en fundamentele rechtsbeginselen (diss. KUB), Zwolle 1997.
- H.J.M. Jeukens, De wetten zijn onschendbaar (oratie KUB), Alphen aan den Rijn: Samsom 1963.
- T. Koopmans, Vergelijkend Publiekrecht, Deventer: Kluwer 1986.
- C.A.J.M. Kortmann, Advies over constitutionele toetsing, NJCM 1992 (17-3).
- C.A.J.M. Kortmann, Grondwetsherzieningen 1983 en 1987, Deventer: Kluwer 1987.
- C.A.J.M. Kortmann, Nogmaals: Is een wetsvoorstel onschendbaar?, AA 2000, p. 107-110.
- G.E. Langemeijer, Cals Donner over de rechtsbedeling, in: Een nieuwe grondwet? Beschouwingen naar aanleiding van het eindrapport Commissie Cals-Donner (Bijzonder nummer NJB) Zwolle: Tjeenk Willink 1971, p. 77-78.
- S.K. Martens, De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter, NJB 2000, p. 747-758.
- Nationale Conventie, Hart voor de publieke zaak, Aanbevelingen van de Nationale conventie voor de 21e eeuw, 2006.
- C.W. Opzoomer, Aantekening op de Wet, houdende algemene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk, 4e dr., Amsterdam 1884.
- P.J. Oud, Het Constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden, Deel II, Zwolle: Tjeenk Willink 1947.

- J.A. Peters, Geen groen maar rijp voorstel, in: P.P.T. Bovend’Eert e.a. (red.), De staat van wetgeving, Deventer: Kluwer 2009.
- J.A. Peters, Het Harmonisatiewet-arrest ofwel: de plaats van de rechter, AA 2010/361, p. 361- 363.
- L. Prakke, Toetsing in het publiekrecht (diss. UvA), Assen: Van Gorcum 1972.
- S. Prechal, Directives in EC Law, Oxford: OUP 2005, 191.
- www.publiekrechtropolitiek.nl/de-status-van-een-overweging-ten-overvloede/
- Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, 2000.
- Rapport Staatscommissie Grondwet, 2010, p. 43-50.

- A.F. de Savorin Lohman, *Onze constitutie*, Utrecht: Kemink & zoon 1926.
- R.J.B. Schutgens, Constitutionele toetsing in Nederland, in: A. Kristic, A.M. Meuwese & G. van der Schyff, *Functie en betekenis van de Grondwet, een dialogisch perspectief*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010.
- C.B. Schutte, Beschouwingen rond het verbod aan de rechter om wetten aan de Grondwet te toetsen, in: J.L. de Reede en J.H. Reestman (red.), *Op het snijvlak van recht en politiek*, Deventer: Kluwer 2003, p. 261-275.
- G. van der Schyff, *Waarom het wetsvoorstel-Halsema tekort schiet. Mythes rondom het verdragsargument*, NJB 2009/1852, p. 2408-2414.
- J.J.J. Sillen, *Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving* (diss. KUN), Deventer: Kluwer 2010.
- J.J.J. Sillen *Tegen het toetsingsrecht* (essay Jonge NJV), NJB 2010/2231, p. 2742-2748.
- J.R. Thorbecke, *Bijdrage tot de herziening der Grondwet*, Leiden: P.H. van den Heuvel 1848.
- *Tweede Rapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet*.
- P. van Velzen, *De ongekeerde ministeriële verantwoordelijkheid* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal publishers 2005.
- W.J.M. Voermans, *De bestuursrechter en artikel 120 Grondwet*, JBPlus 2003 p. 142-151.
- J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten* : over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever (diss. UL), Deventer: Kluwer 2013.
- C. Calliess & G. van der Schyff (red.), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press 2019.
- A. Schnettger, 'Article 4(2) TEU as a Vehicle for National Constitutional Identity in the Shared European Legal System,' in: C. Calliess & G. van der Schyff (red.), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press 2019, pp. 10 – 37.
- C. Calliess, *Constitutional Identity in Germany: One for Three or Three in One*, in: . Calliess & G. van der Schyff (red.), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press 2019, pp. 153 - 181.
- F. Fabbrini & O. Pollicino, *Constitutional Identity in Italy: Institutional Disagreements at a Time of Political Change*, in: C. Calliess & G. van der Schyff (red.), *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press 2019, pp. 201-221.
- *Eindrapport Staatscommissie parlementair stelsel, Lage Drempels, Hoge Dijken, democratie en rechtsstaat in balans*, Amsterdam: Boom 2018.
- R.J.B. Schutgens & J.J.J. Sillen, *Lage drempels, hoge dijken. Democratie en rechtsstaat in balans: Een bespreking van de belangrijkste aanbevelingen uit het rapport van de Staatscommissie parlementair stelsel*, *RMThemis* 2019/3, pp. 118-131.
- P. van Sasse van Ysselt, 'Constitutionele toetsing in een weerbare

democratische rechtsstaat', NJB 2019, afl. 7, p. 452-461.

- R. van Gestel & M. Loth, Voorbij de Trias Politica: Over constitutionele betekenis van 'public interest litigation', *Ars Aequi* september 2019, pp. 647 – 655.

- F. Goudappel & J. de Wit, Constitutionele Toetsing in het Koninkrijk in Context, *Caribisch Juristenblad* 2015 (4) 4, pp. 285-297.

- J.C.A. de Poorter, Is Nederland verworpen tot een dikastocratie? Over rechterlijke rechtsvorming en strategisch procederende belangenorganisaties, *Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht* 2020/49, pp. 105-113.

8. Historische versies

Art. 115, tweede lid, Gw. 1848: De wetten zijn onschendbaar (art. 121, tweede lid, Gw. 1887; art. 122, tweede lid, Gw. 1922; art. 124, tweede lid, Gw. 1938; art. 131, tweede lid, Gw. 1953).

Art. 60, derde lid, Gw. 1953: De rechter treedt niet in beoordeling van de grondwettigheid van overeenkomsten.

NOTEN

1. Sporen van deze constructie zijn te vinden in artikel 105 Staatsregeling 1801. Zie verder: E. Bos, Toetsing van wetten tot 1848, NJB 2010/ 546 en Van der Pot, Handboek van het Nederlandse Staatsrecht (in zestiende druk bewerkt door D.J. Elzinga, R. de Lange en H.G. Hoogers), Deventer: Kluwer 2014, p. 201- 202.
2. E. Bos, Toetsing van wetten tot 1848, NJB 2010/ 546.
3. Artikel 12 van de wet Algemene Bepalingen 1822. In 1829 vernummerd tot artikel 11.
4. P. van Velzen, De ongekende ministeriële verantwoordelijkheid (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal publishers 2005, p. 265, noot 77.
5. C.W. Opzoomer, Aantekening op de Wet, houdende algemene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk, 4e dr., Amsterdam 1884, p. 205.
6. Zie verder nummer 2.
7. J.R. Thorbecke, Bijdrage tot de herziening der Grondwet, Leiden: P.H. van den Heuvel, p. 60.
8. J.R. Thorbecke, Bijdrage tot de herziening der Grondwet, Leiden: P.H. van den Heuvel, p. 61.
9. J. Th. J. van den Berg en J.J. Vis, De eerste 150 jaar, Amsterdam Bert Bakker 2013, p. 333- 346.

10. Memorie van Toelichting bij Hoofdstuk 3 van het Grondwetsvoorstel van 1848: Bijlagen Handelingen II 1847- 1848, XLIX, nr. 7, p. 345.
11. J.A.O. Eskes, Toetsingsverbod wet/ grondwet ‘bedrijfsongeval?’, NJB 2005/ 14.
12. Zie T. Koopmans, *Vergelijkend Publiekrecht*, Deventer: Kluwer 1986, p. 11-24 voor dit verschil in zijn algemeenheid en H.J.M. Jeukens, *De wetten zijn onschendbaar* (oratie KUB), Alphen aan den Rijn: Samsom 1963 p. 4- 9 voor een toepassing van dit verschil op de discussie over constitutionele toetsing.
13. Bijvoorbeeld: L. Prakke, *Toetsing in het publiekrecht* (diss. UvA), Assen: Van Gorcum 1972, p.145: ‘welk orgaan is [...] het best gekwalificeerd om de grondwettigheid van de gewone wetten in hoogste instantie te beoordelen?’ Of, andersom: L.F.M. Besselink, ‘Constitutionele toetsing in internationaal perspectief’ AA 2003/ 2, p. 89- 95: ‘moet de wetgever onderworpen zijn aan het oordeel van de voor het leven benoemde rechter, of is het de door verkiezingen gelegitimeerde wetgever zelf die de grondwettigheid van zijn producten moet bewaken?’.
14. Bijvoorbeeld: J.A. Peters, ‘Geen groen maar rijp voorstel’, in: P.P.T. Bovend’Eert e.a. (red.), *De staat van wetgeving*, Deventer: Kluwer 2009, p. 99- 127: het gaat om rechtsbescherming en die is bij de rechter in betere handen.
15. Kamerstukken II 2001/ 02, 28 331, nrs. 2- 3 (Voorstel van wet en Memorie van toelichting).
16. Artikel 60, derde lid, Grondwet 1953 bepaalde dat de rechter niet treedt in beoordeling van grondwettigheid van overeenkomsten.
17. Zie verder het commentaar bij de artikelen 93 en 94 Grondwet.
18. Blijkens verschillende uitgebrachte adviezen van de Hoge Raad, zowel in de aanloop naar de Grondwetsherziening van 1983 als naar aanleiding van het wetsvoorstel Halsema. Zie: het advies van de Hoge Raad van januari 1970, *Staatscourant* 23 maart 1970, nr. 57; het advies van de Hoge Raad en procureur- generaal J. R Emmelink van 31 oktober 1991, *NJCM- Bulletin* 1992, nr. 17- 3, p. 243- 259 en het advies van de Hoge Raad d.d. 1 november 2002, Kamerstukken II 2002/ 03, 28 331, nr. 5.
19. HR 14 april 1989 ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989/ 469 (Harmonisatiewet), HR 20 maart 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG9951, NJ 2009, 233 (Van den Boomen/ Staat).
20. S.K. Martens, *De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter*, NJB 2000, p. 747- 758.
21. Kelsen, *Allgemeine Staatslere*, aangehaald en uitgewerkt in L. Prakke, *Toetsing in het publiekrecht* (diss. UvA), Assen: Van Gorcum 1972, p.73 - 77. Zie ook: M.L.P. van Houten, *Meer zicht op wetgeving. Rechterlijke*

- toetsing van wetgeving aan de Grondwet en fundamentele rechtsbeginselen (diss. KUB), Zwolle 1997, p.193- 201.
22. HR 14 april 1989 ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989/ 469 (Harmonisatiewet), r.o. 3.1.
 23. J.J.J. Sillen, Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving (diss. KUN), Deventer: Kluwer 2010, p. 4.
 24. Zie daarover uitgebreid: M.L. P. van Houten, Meer zicht op wetgeving (diss. KUB), 1997, p. 54 - 59. Het strikt doorvoeren van het onderscheid tussen opmerkingen die ter gelegenheid van een concreet wijzigingsvoorstel voor de Grondwet van 1983 en opmerkingen die bij een andere gelegenheid zijn gemaakt, vinden wij niet overtuigend. Zie verder - hieronder - nummer 3.
 25. Kamerstukken II 1980- 1981, 16 162, nr. 8, p. 22- 23 (Nng VI, p. 93 - 94).
 26. J.A. Peters, Het Harmonisatiewet- arrest ofwel: de plaats van de rechter, AA 2010/ 361, p. 361- 363.
 27. [www.publiekrechtenpolitiek.nl/ de- status- van- een- overweging- ten- overvloede/](http://www.publiekrechtenpolitiek.nl/de-status-van-een-overweging-ten-overvloede/)
 28. HR 19 november 1999 ECLI:NL:HR:1999:AA3374, AA 2000/ 0107 (met annotatie van C.A.J.M. Kortmann) (Tegelen).
 29. Al zijn er, goed zoekend, meer te vinden. Zie bijvoorbeeld: CRvB 24 februari 1999, JB 1999/ 110.
 30. US Supreme Court 24 februari 1803 5. U.S. 137 (Marbury v. Madison).
 31. Zie bijvoorbeeld: A.F. de Savorin Lohman, Onze constitutie, Utrecht: Kemink & zoon 1926, p. 286- 287.
 32. Handelingen I 2008- 2009, 24 november 2008, p. 9- 441.
 33. Zie de vorige drukken van dit commentaar en C.A.J.M. Kortmann, Grondwetsherzieningen 1983 en 1987, Deventer: Kluwer 1987, p. 333.
 34. Kamerstukken II 1979- 1980, 16 162, nr. 3, p. 20 (Nng VI p. 24).
 35. Waarbij sommige bestuursorganen in de zin van de Awb niet (uitsluitend) ‘besturen’ in de zin van de ‘uitvoerende macht’ van de Trias Politica.
 36. Vgl. G. E. Langemeijer, ‘Cals Donner over de rechtsbedeling’, in: Een nieuwe grondwet? Beschouwingen naar aanleiding van het eindrapport Commissie Cals- Donner (Bijzonder nummer NJB) Zwolle: Tjeenk Willink 1971, p. 77- 78.
 37. HR 27 januari 1961 ECLI:NL:HR:1961:AG2059, NJ 1963/ 248 (Van den Bergh/ Staat).
 38. P.J. Oud, Het Constitutioneel recht van het Koninkrijk der Nederlanden, Deel II, Zwolle: Tjeenk Willink 1947, p. 8.
 39. Artikel 78, tweede lid, van de Proeve.
 40. Als zelfstandig artikel (14) aan het einde van het eerste hoofdstuk over de grondrechten. Tweede Rapport van de Staatscommissie van advies inzake de

- Grondwet en de Kieswet, p. 87.
41. Grondrechten in het digitale tijdperk, 2000.
 42. Rapport Staatscommissie Grondwet, 2010, p. 43- 50.
 43. Hart voor de publieke zaak, Aanbevelingen van de Nationale conventie voor de 21e eeuw, 2006, p. 45.
 44. Nota inzake het grondwetsherzieningsbeleid van het kabinet- Den Uyl (Nng 12 en 13), N.a.v. concept- nota toetsing van het kabinet- Lubbers III en later de Commissie Deetman/ Commissie vraagpunten: Handelingen II 1989/ 90, p. 319, 353, 432, 1179, 1331- 1332; Kamerstukken II 1989/ 90, 21 427, p. 38- 40; Handelingen II 1990/ 91, p. 253- 254, 362- 363. Nota constitutionele toetsing van formele wetten van het kabinet Kok I n.a.v. Commissie Franken, Kamerstukken II 2001/ 02, 28 355, nr. 2.
 45. Kamerstukken II 2001/ 02, 28 331, nr. 1.
 46. Handelingen II 2004/ 05, nr. 12, p. 643.
 47. Handelingen I 2008/ 09, nr. 11, blz. 541- 543.
 48. Kamerstukken II, 2013/ 14, 32334 nr. 7.
 49. Bijlage Handelingen II 1973/ 74, 12944, nr. 2 (Nng 12 en 13).
 50. Kamerstukken II 1980/ 81, 16 162, nr. 6, p. 12 (Nng, VI, 69).
 51. Bovendien valt er niet zo maar iets toe te voegen aan het werk van Van Houten op dit punt, zie M.L.P van Houten 1997, hoofdstuk 4.
 52. C.B. Schutte, Beschouwingen rond het verbod aan de rechter om wetten aan de Grondwet te toetsen, in: J.L. de Reede en J.H. Reestman (red.), Op het snijvlak van recht en politiek, Deventer: Kluwer 2003, p. 261- 275. G. van der Schyff, Waarom het wetsvoorstel- Halsema tekort schiet. Mythes rondom het verdragsargument, NJB 2009/ 1852, p. 2408- 2414 en J.J.J. Sillen, Tegen het toetsingsrecht (essay Jonge NJV), NJB 2010/ 2231, p. 2742- 2748.
 53. Het bekendste voorbeeld daarvan is de zaak Winterwerp: EHRM 24 oktober 1979, nr. 6301/ 73 (Winterwerp t. Nederland). Mede n.a.v. deze veroordeling werd de Krankzinnigenwet uit 1884 vervangen door de huidige Wet BOPZ.
 54. C.A.J.M. Kortmann, 'Advies over constitutionele toetsing', NJCM 1992 (17- 3), p. 305- 307, p. 305.
 55. Zie het voorstel voor een dialoog van Van Mierlo ter gelegenheid van de Nota Grondwetsherziening (Handelingen II 1974- 1975, blz. 2325, 2404, 2431 en 2443) en het proefschrift van Uzman: J. Uzman, Constitutionele remedies bij schending van grondrechten : over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever (diss. UL), Deventer: Kluwer 2013.
 56. G. Boogaard, 'Pleidooi voor een Constitutioneel Beraad', Tijdschrift voor Constitutioneel Recht 2015/ 1, p. 61- 67.
 57. HR 14 april 1989 ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989/ 469

- (Harmonisatiewet).
58. Zo ook nog recent de conclusie van advocaat- generaal Niessen d.d. 19 december 2013 (ECLI:NL:PHR:2013:2386), gevolgd door het bevestigende arrest van de Hoge Raad waarin het verzoek terug te komen op het Harmonisatiewet- arrest met toepassing van artikel 81 lid 1 Wet RO vakkundig de deur wordt gewezen (HR 21 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:343; gelijk HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:743).
 59. HR 16 mei 1986 ECLI:NL:HR:1986:AC9354 NJ 1987/ 251 (Landbouwwliegers). De lange ontwikkelingsgeschiedenis van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het bestuursrecht vinden eveneens hun oorsprong in deze toetsing van overheidshandelen aan ongeschreven rechtsbeginselen, reeds: CRvB 31 oktober 1935, ARB 1936, p. 168 (Terugwerkende kracht salarisverlaging).
 60. HR 14 april 1989 ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989/ 469 (Harmonisatiewet) en voor wat betreft de bestuursrechter, onder velen, recent ABRvS 30 oktober 2013, ECLI:NL:RVS:2013:1710, AB 2014/ 426 (Geen exceptieve toetsing aan w.i.f.z. alcoholslotprogramma, wel aan lagere regelgeving).
 61. HR 19 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0875 NJ 1995/ 704 (Trias). Eerder, in het arrest Kortverbanders heeft de Hoge Raad nog geprobeerd om te duiken, HR 9 juni 1989, ECLI:NL:HR:1989:AC3813, AB 1989/ 412.
 62. Conclusie advocaat- generaal Koopmans onder het Trias- arrest (NJ 1995/ 704), overweging 5.
 63. HR 14 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5527, NJ 2000/ 713 (Kooren- Maritiem/ Staat).
 64. HR 19 november 2000, ECLI:NL:HR:1999:AA1056, NJ 2000/ 160 (Tegelen).
 65. Onder meer: C.A.J.M. Kortmann, ‘Nogmaals: Is een wetsvoorstel onschendbaar?’, AA 2000, p. 107- 110 en H.Ph.J.A.M. Hennekens in zijn annotatie onder het Tegelen- arrest in Gst. 2000- 7115, 3.
 66. HR 21 maart 2003, NJ 2003,691 (met annotatie van T. Koopmans).
 67. W.J.M. Voermans, De bestuursrechter en artikel 120 Grondwet, JBPlus 2003 p. 142- 151.
 68. HR 19 oktober 1990, ECLI:NL:HR:19901:AD1260, NJ 1992, 129; ABRvS 24 juli 2002, ECLI:NL:RVS:2002:AE5780, AB 2003, 204 en ABRvS 14 september 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BS8847, JB 2011/ 253.
 69. S. Prechal, Directives in EC Law, Oxford: OUP 2005, 191.
 70. HR 12 april 1978, BNB 1978, 135 (zaaknr. 18452), BNB 1978, 136 (zaaknr. 18464) en BNB 1978, 137 (zaaknr. 18495), gevolgd door de burgerlijke kamer: HR 15 juli 1988, NJ 1989, 714. De eerste voorzichtige stappen

richting de contra legem- toepassing van wetgeving waren echter afkomstig van de Centrale Raad: CRvB 18 februari 1975, AB 1975, 243 (Werkende zwager).

71. HR 14 april 1989 ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989/ 469 (Harmonisatiewet), r.o. 3.9.
72. R.J.B. Schutgens, Constitutionele toetsing in Nederland, in: A Kristic, A.M. Meuwese & G. van der Schyff, Functie en betekenis van de Grondwet, een dialogisch perspectief, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010.
73. Kamerstukken II 16 162, nr. 8, p. 22 (Nng, VI, p. 95).
74. L.F.M. Besselink & R.A. Wessel, De invloed van ontwikkelingen in de internationale rechtsorde op de doorwerking naar Nederlands constitutioneel recht. Een 'neo- monistische' benadering, Deventer: Kluwer 2009, p. 53.
75. Analoog aan HR 14 april 1989 ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989/ 469 (Harmonisatiewet).

CITEER SUGGESTIE

G. Boogaard & J. Uzman, Commentaar op artikel 120 van de Grondwet, in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet, webeditie 2021 (www.Nederlandrechtsstaat.nl).