



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **Voorkomen is beter dan genezen: de betekenis van constitutionele advisering door de Raad van State in het wetgevingsproces**

Verhey, L.F.M.; Groen, L.C.

### **Citation**

Verhey, L. F. M., & Groen, L. C. (2023). Voorkomen is beter dan genezen: de betekenis van constitutionele advisering door de Raad van State in het wetgevingsproces. *Regelmaat: Kwartaalblad Voor Wetgevingsvraagstukken*, 38(4), 307-321.  
doi:10.5553/RM/0920055X2023038004005

Version: Publisher's Version  
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)  
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3728440>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

# Voorkomen is beter dan genezen

## De betekenis van constitutionele advisering door de Raad van State in het wetgevingsproces

*L.F.M. Verhey & L.C. Groen*

### 1. Inleiding

Wordt toetsing van formele wetten door de rechter aan de Grondwet (Gw) relatief binnenkort toch mogelijk? Het is niet ondenkbaar. Over dit onderwerp bestaat al discussie sinds 1848, het jaar waarin de bepaling ‘de wetten zijn onschendbaar’ in de Grondwet werd opgenomen, de voorloper van het huidige artikel 120 Gw.<sup>1</sup> Maar die discussie werd lange tijd niet meer zo concreet als de afgelopen twee jaar. In het coalitieakkoord van het kabinet-Rutte IV, dat het licht zag op 15 december 2021, stond dat de uitwerking van constitutionele toetsing ter hand zou worden genomen, ‘waarbij we kijken welke vorm het beste aansluit bij het Nederlandse rechtssysteem’.<sup>2</sup> In een hoofdlijnenbrief van 1 juli 2022 is dit voornemen door het kabinet verder geconcretiseerd. In de brief staat dat het kabinet vooralsnog de voorkeur geeft aan gespreide toetsing door de gewone rechter boven een constitutioneel hof. Toetsing zou voorts alleen aan klassieke vrijheidsrechten kunnen plaatsvinden, en moeten uitmonden in een juridisch bindend oordeel. Bij strijd met de Grondwet zou de rechter moeten kunnen besluiten om de wet(sbepaling) buiten toepassing te laten. Uit een oogpunt van rechtsbescherming zou deze vorm van toetsing *ex post* (nádat een wet in werking is getreden) meerwaarde hebben voor burgers ten opzichte van toetsing *ex ante* (vóóordat een wet in werking treedt).<sup>3</sup>

Dat betekent niet dat constitutionele toetsing van formele wetten *ex ante* minder belangrijk wordt als rechterlijke toetsing mogelijk zou worden. Integendeel: volgens de Staatscommissie parlementair stelsel zou constitutionele toetsing door de rechter een stimulerend effect kunnen hebben op constitutionele toetsing gedurende het wetgevingsproces.<sup>4</sup> Die toetsing *ex ante* wordt traditioneel verricht door de formele wetgever zelf: in de eerste plaats de regering en het parlement. Daarnaast zijn ook de verschillende andere actoren in het wetgevingsproces – zoals de Afdeling advisering van de Raad van State – gehouden te beoordelen of een wetsvoorstel zich verdraagt met de Grondwet. Volgens de Staatscommissie parlementair stelsel zou deze *ex ante*-toetsing kunnen worden versterkt als bij al deze acto-

1 Art. 120 Gw luidt: ‘De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen.’

2 *Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst*, coalitieakkoord VVD, D66, CDA en ChristenUnie, 15 december 2021, p. 6.

3 *Kamerstukken II 2021/22*, 35925 VII, nr. 169.

4 Staatscommissie parlementair stelsel, *Lage drempels, hoge dijken. Democratie en rechtsstaat in balans. Eindrapport van de staatscommissie parlementair stelsel*, bijlage bij *Kamerstukken II 2018/19*, 34430, nr. 9, p. 213-214.

ren meer aandacht zou bestaan voor constitutionele aspecten van wetsvoorstellen en ontwerp-amvb's.

In dit artikel zal de constitutionele advisering door de Afdeling advisering centraal staan. Hoe heeft die zich de afgelopen decennia ontwikkeld en hoe verhouden de eventuele invoering van constitutionele, rechterlijke toetsing *ex post* en de constitutionele beoordeling door de Afdeling advisering tijdens het wetgevingsproces zich tot elkaar? Daartoe gaan we eerst in op de geschiedenis van de constitutionele advisering door de (Afdeling advisering van de) Raad van State (par. 2) en schetsen we vervolgens de aard van deze advisering als *ex ante*-wetgevingstoetsing, onder meer in relatie tot rechterlijke toetsing *ex post* (par. 3). Vervolgens bespreken we de functie van constitutionele advisering: wat wordt daarmee door de Afdeling advisering beoogd en op welke manieren geeft zij daaraan concreet handen en voeten (par. 4)? We sluiten af met enkele conclusies (par. 5).

## 2. Ontwikkeling van constitutionele advisering door de Raad van State

### 2.1 Een overzicht in vogelvlucht

Advisering over wetgeving is een hoofdtaak van de Raad van State. De taak is ook grondwettelijk vastgelegd: in artikel 73 Gw staat dat de Raad van State of een afdeling van de Raad wordt gehoord over voorstellen van wet en ontwerpen van algemene maatregelen van bestuur (hierna: amvb's), alsmede over voorstellen tot goedkeuring van verdragen door de Staten-Generaal.

Tot aan de herstructurering van de Raad van State in 2010 was wetgevingsadviesing geen aangelegenheid van de Afdeling advisering maar van de Raad (de 'Volle Raad'). Deze bestond uit maximaal 28 leden. De leden hielden zich in beginsel bezig met zowel bestuursrechtspraak als advisering over ontwerpregelgeving. Die constructie begon echter steeds meer te knellen. Zo namen de rechtsprekende taken van de Raad verder in omvang toe, waardoor minder tijd beschikbaar was voor wetgevingsadviesing. Aan de taken van de Raad als wetgevingsadviseur werden echter wel steeds hogere eisen gesteld, vanwege onder andere de implementatie van Europese regelgeving en de ontwikkeling van de beleidsanalytische toetsing van wetsvoorstellen. Ook het *Kleyn*-arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) was een aanleiding om de taken van de leden van de Volle Raad nader tegen het licht te houden.<sup>5</sup>

De Raad had in zijn jaarverslag over 2002 al te kennen gegeven dat zijn adviserende taak beter tot haar recht zou komen als die taak zou worden verricht door een kleiner aantal staatsraden die daarvoor meer tijd ter beschikking zouden hebben.<sup>6</sup> Dat werd daadwerkelijk mogelijk door de inwerkingtreding van de wijzigingswet

5 *Kamerstukken II* 2005/06, 30585, nr. 3, p. 2-3; EHRM 6 mei 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0506JUD003934398, AB 2003/211, m.nt. Verhey en De Waard. Naar aanleiding van het *Procola*-arrest, over de Luxemburgse Raad van State, was reeds een aantal maatregelen genomen om te voorkomen dat de schijn van partijdigheid zou worden gewekt. *Kamerstukken II* 1997/98, 25425, nr. 3.

6 Jaarverslag Raad van State over 2002, p. 28, [www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl).

op de Raad van State op 1 september 2010: de Afdeling advisering (hierna: de Afdeling) werd in het leven geroepen, en de adviseringstaak werd exclusief bij dié Afdeling belegd.<sup>7</sup> Dat gegeven en het feit dat de wens tot versterking van de wetgevingsadviesing daaraan (mede) ten grondslag lag, zorgden – zoals hierna zal blijken – voor een zekere mate van emancipatie van het adviseringsproces.

Hoewel sinds 2010 dus wettelijk is geregeld door *wie* (ofwel: door welke afdeling binnen de Raad van State) de wetgevingsadviesing wordt verricht, bevatten de Grondwet noch de Wet op de Raad van State (Wet RvS) bepalingen over *hoe* die wetgevingsadviesing moet plaatsvinden: er is niet geregeld welke aspecten van de voorstellen of ontwerpen in de wetgevingsadviesing door de Afdeling moeten worden betrokken. Intern waren – en zijn – daarvoor echter wel richtlijnen.

Van oudsher concentreerde de Volle Raad zich op de juridische en wetstechnische aspecten van de wetsvoorstellen en ontwerp-amvb's. Toen in de loop van de jaren tachtig van de vorige eeuw structureel aandacht ontstond voor wetgevingskwaliteitsbeleid, betrok de Volle Raad ook andere aspecten van wetgevingskwaliteit in zijn adviezen. Omstreeks 1990 werden de handhaafbaarheid en de effectiviteit van voorgenomen regelgeving daaraan toegevoegd.<sup>8</sup> Deze elementen ontwikkelden zich in de jaren erna tot een derde aspect waaraan de Volle Raad op vaste basis aandacht ging besteden en dat hij omschreef als de 'beleidstoets'. Vanaf 2002 is deze toets verder ingevuld en is concreter aangegeven op welke aspecten van een regeling dit deel van de toetsing betrekking heeft: de probleembeschrijving, de probleemaanpak en de uitvoering.<sup>9</sup> Op die manier ontstond een drieslag – een juridische, wetstechnische en beleidsanalytische<sup>10</sup> toets – die in de jaren erna verder is verfijnd, en waarbinnen ook accentverschuivingen hebben plaatsgevonden.

In dat verband is ook steeds aandacht geweest voor constitutionele advisering. Die aandacht werd intensiever ten tijde van de behandeling in eerste lezing van het initiatiefvoorstel-Halsema (dat voorzag in de aanpassing van art. 120 Gw, in die zin dat rechters formele wetten aan klassieke grondrechten zouden mogen toetsen<sup>11</sup>) en het verschijnen van het rapport van de Nationale Conventie, waarin werd gepleit voor schrapping van het toetsingsverbod.<sup>12</sup> Zij mondde uit in de publicatie *Rol en betekenis van de Grondwet*, waarin werd verkend hoe de constitutionele advi-

7 *Stb.* 2010, 175.

8 J.B.M. Vranken & R.A.J. van Gestel, 'Een nieuwe Afdeling advisering bij de Raad van State: drie denkrichtingen', *NJB* 2008/2166.

9 Jaarverslag Raad van State over 2002, p. 26-27, [www.raadvanstate.nl/publicaties/jaarverslagen](http://www.raadvanstate.nl/publicaties/jaarverslagen). Bij de hoofdonderwerpen werden deelonderwerpen geformuleerd, zoals de context van het geconstateerde probleem, de noodzaak van een oplossing, doel en middelen, lasten en neveneffecten, naleefbaarheid, uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid.

10 Om de indruk te vermijden dat het hier zou gaan om een politiek-beleidsmatige beoordeling is gekozen voor een andere benaming: *beleidsanalytische* toetsing. Zie verder H.D. Tjeenk Willink, 'De beleidsanalytische toetsing door de Raad van State', *RegelMaat* 2005, afl. 2, p. 51-59.

11 Dossier 28331. Het voorstel tot wijziging van de Grondwet werd in eerste lezing aangenomen (*Stb.* 2009, 120), maar strandde daarna omdat de behandeling in tweede lezing te lang op zich liet wachten.

12 Nationale Conventie, *Hart voor de publieke zaak*, september 2006, p. 45-46.

sering door de Afdeling verder zou kunnen worden versterkt.<sup>13</sup> Geconstateerd werd dat de constitutionele voorbereiding van adviezen meeromvattend zou kunnen zijn, in die zin dat verschillende interpretatiemethoden zouden kunnen worden beproefd. Ook waren de helderheid en de motivering van de constitutionele punten in adviezen voor verbetering vatbaar.<sup>14</sup> Naar aanleiding van het rapport aanvaardde de Afdeling de zogenoemde ‘waaiermethode’. De ‘waaier’ bevat verschillende interpretatiemethoden (zoals de taalkundige, de wets- en rechtshistorische, de systematische en de teleologische) en zou, als hij wordt uitgeklaard, de Afdeling kunnen helpen om een brede, constitutionele afweging over een wetsvoorstel te maken en die zo goed mogelijk te motiveren. Ook zou het hanteren van de waaiermethode een stimulerend effect kunnen hebben op verdragsconforme grondwetsuitleg en constitutionele rechtsvergelijking.<sup>15</sup>

In de genoemde publicatie van de Raad van State uit 2010 wordt tevens ingegaan op de instelling van het Constitutioneel Beraad in 2009.<sup>16</sup> Het ‘CB’ heeft sindsdien onder meer tot taak om – op verzoek van de Afdeling advisering of de Afdeling bestuursrechtspraak – te preadviseren over constitutionele vraagstukken. Het kan daarbij gaan om vragen die betrekking hebben op de toepasselijkheid en uitleg van met name de Grondwet, het Statuut of het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM).<sup>17</sup> Als een verzoek tot preadviesing door de Afdeling is gedaan, bepaalt zij vervolgens zelf of en in welke mate zij van het preadvies gebruik maakt. Met de instelling van het CB is onder meer beoogd om te bevorderen dat constitutionele vragen die in of naar aanleiding van bepaalde wetsvoorstellen opkomen, duidelijk in kaart worden gebracht en goed gemotiveerd en consistent worden beantwoord. Juist omdat Nederland geen constitutioneel hof kent, werd ten tijde van de instelling van het CB van belang geacht dat de Raad van State op dit terrein de rol van ‘kennisinstituut’ zou vervullen.<sup>18</sup>

## 2.2 Van toetsingskader naar beoordelingskader

Recente gebeurtenissen hebben de constitutionele advisering bij de Afdeling en de diepgang, consistentie en zichtbaarheid daarvan opnieuw nadrukkelijk op het netvlies geplaatst. Zo verscheen in 2018 het rapport van de Staatscommissie parlementair stelsel, waarin, zoals in de inleiding reeds is aangestipt, werd aanbevolen de constitutionele wetgevingstoets *ex ante* te versterken. De verschillende actoren in het wetgevingsproces zouden daar allemaal aan moeten bijdragen: in de depar-

13 J.C.A. de Poorter & H.J.Th.M. van Roosmalen, *Rol en betekenis van de Grondwet. Constitutionele toetsing in relatie tot de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2010.

14 Deze conclusie werd ook getrokken in een (externe) publicatie die een jaar later verscheen: W.J.M. Voermans & J.H. Gerards, *Juridische betekenis en reikwijdte van het begrip ‘rechtsstaat’ in de jurisprudentie en jurisprudentie van de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2011.

15 B.P. Vermeulen & H.J.Th.M. van Roosmalen, ‘De constitutionele toetsing door de Raad van State’, *RegelMaat* 2012, afl. 4, p. 212-224.

16 Die instelling geschiedde door de vicepresident van de Raad van State. De Poorter & Van Roosmalen 2010, p. 143. Zie ook het Jaarverslag Raad van State over 2010, [www.raadvanstate.nl/publicaties/jaarverslagen](http://www.raadvanstate.nl/publicaties/jaarverslagen), p. 49-55. Het CB is uit leden van de beide Afdelingen samengesteld.

17 Inmiddels is ook het EU-Handvest een belangrijk ijkpunt. Zie hierna.

18 Jaarverslag Raad van State over 2010, [www.raadvanstate.nl/publicaties/jaarverslagen](http://www.raadvanstate.nl/publicaties/jaarverslagen), p. 47.

tementale voorbereidingsfase zou (onder meer in de memorie van toelichting en de internetconsultatie) meer aandacht moeten worden gevraagd voor de constitutionele aspecten van voorgenoemde wet- en regelgeving; de Afdeling zou daarop uitdrukkelijk kunnen ingaan in haar advies, en vervolgens zouden de Tweede en Eerste Kamer hierop desgewenst kunnen aanhaken.<sup>19</sup>

Het in de inleiding reeds genoemde coalitieakkoord van het kabinet-Rutte IV en de daarop volgende hoofdlijnenbrief over constitutionele toetsing hebben de aandacht voor de constitutionele advisering bij de Afdeling verder versterkt. Dat geldt tevens voor het verschijnen van het proefschrift van Nap over constitutionele toetsing door de Raad van State in het kader van de uitoefening van zijn adviserende taak. Mede naar aanleiding van Naps conclusies – die onder meer betrekking hadden op de consistentie en voorspelbaarheid van de constitutionele advisering op specifieke deelthema's – beoogt de Afdeling bij de motivering van adviezen met een constitutionele component die aspecten sterker te benadrukken.<sup>20</sup>

De hiervoor genoemde ontwikkelingen hebben er tevens mede toe geleid dat de Afdeling haar toetsingskader nader heeft doordacht.<sup>21</sup> Hoewel het in de loop der jaren steeds is aangevuld naar aanleiding van relevante ontwikkelingen op het gebied van bestuur en wetgeving (zoals op het gebied van digitalisering en het 'doenvermogen'), bestond het nog steeds uit de hiervoor genoemde drieslag van juridische, wetstechnische en beleidsanalytische toetsing. Inmiddels heeft een algehele herziening plaatsgevonden en is het toetsingskader omgedoopt tot 'beoordelingskader'. Dit kader is in oktober 2022 vastgesteld.<sup>22</sup> Op grond van het beoordelingskader wordt voorgenoemde wet- en regelgeving door de Afdeling onderworpen aan een beleidsanalyse, een constitutionele en juridische analyse en een uitvoeringsanalyse. Ook worden de gevolgen voor de rechtspraak geanalyseerd. Het beoordelingskader bevat vragen die daarbij behulpzaam kunnen zijn en een toelichting op de wijze waarop de Afdeling haar analyse verricht.

Uitgangspunt bij de constitutionele analyse is dat de gekozen probleemaanpak en de juridische vertaling daarvan in het voorstel verenigbaar zijn met het geschreven en ongeschreven constitutionele recht. In dat kader beziet de Afdeling of bij de voorbereiding van het wetsvoorstel de relevante constitutionele normen voldoende in kaart zijn gebracht en op hun consequenties zijn doordacht. Uit de toelichting op het voorstel moeten de gemaakte afwegingen in dit verband helder en toereikend worden gemotiveerd. De Grondwet speelt daarin een belangrijke rol. De Afdeling beziet of in een wetsvoorstel grondwettelijke grondrechten in het geding zijn

19 Staatscommissie parlementair stelsel, *Lage drempels, hoge dijken. Democratie en rechtsstaat in balans. Eindrapport van de staatscommissie parlementair stelsel*, bijlage bij *Kamerstukken II 2018/19*, 34430, nr. 9, p. 213-214.

20 M. Nap, *Constitutionele toetsing door de Raad van State* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2021. Bijv. door het gebruik van een 'constitutioneel kader' (zie par. 4 hierna) en het expliciteren van eventuele bijstelling of afwijking van eerdere advieslijnen.

21 Ook andere ontwikkelingen zijn hiervoor van belang geweest, zoals de impact van de kinderopvangtoeslagaffaire. Zie hierover T.J. van Ernst & R.J.M. van den Tweel, 'Geschikt, evenredig en uitvoerbaar. Wetgevingsadvisering door de Afdeling advisering van de Raad van State', *RegelMaat* 2023, afl. 1, p. 58-71.

22 Zie [www.raadvanstate.nl/overrrvs/advisering/beoordelingskader](http://www.raadvanstate.nl/overrrvs/advisering/beoordelingskader).

en of voldoende rekening is gehouden met de institutionele normen in de Grondwet. Tegen de achtergrond van het feit dat onze Grondwet een open karakter heeft en meer dan eens verschillende interpretaties van een grondwetsartikel verdedigbaar zijn, maakt de Afdeling in dit kader gebruik van verschillende interpretatiemethoden.

Bij de grondwetsinterpretatie beziet de Afdeling niet slechts de letterlijke tekst en de totstandkoming van een grondwetsbepaling, maar betreft zij in haar advisering tevens de achterliggende beginselen, uitgangspunten, conventies en spelregels die met die grondwetsbepaling samenhangen. Dat is van groot belang om te voorkomen dat grondwetsinterpretatie wordt versmald tot een vorm van tekstinterpretatie: als de grondwetstekst iets niet verbiedt, dan is het dus toegestaan. Voor de effectieve werking van de Grondwet is echter juist essentieel dat bij haar interpretatie óók wordt nagedacht en gedebatteerd over wat er, onder meer vanuit de historie bezien, áchter de toepasselijke grondwetsbepalingen zit.<sup>23</sup> In die zin zijn de achterliggende beginselen en conventies voor de interpretatie van groot belang, zónder dat de uitkomst van het debat daarover tijdens het wetgevingsproces bij voorbaat vastligt.

Een voorbeeld waarin deze benaderingswijze van de Afdeling duidelijk tot uitdrukking komt, is het spontane advies over de werking van de ministeriële verantwoordelijkheid.<sup>24</sup> In punt 2 van dat advies komen onder meer de relevante bepalingen, hun parlementaire geschiedenis en de historische ontwikkeling van het leerstuk aan de orde, op basis waarvan de inhoud en de reikwijdte van de doctrine in theoretische zin worden geschetst. In punt 3 wordt vervolgens uiteengezet dat het grondwettelijk kader bepaalde spelregels veronderstelt, die betrokken actoren in de praktijk in acht moeten nemen om aan de samenleving zichtbaar en begrijpelijk verantwoording af te leggen. De Afdeling benadrukt vervolgens dat die spelregels op de achtergrond zijn geraakt: het samenspel tussen Kamerleden, ministers en ambtenaren hapert, waardoor de effectiviteit van de ministeriële verantwoordelijkheid afneemt.<sup>25</sup>

Van belang is verder dat de constitutionele analyse daar waar relevant geschiedt in samenhang met de andere analyses die de Afdeling verricht. Met name het verband met de beleidsanalyse en de juridische analyse kan nauw zijn: als uit het wetsvoor-

- 23 L.F.M. Verhey, L.C. Groen & T.J. van Ernst, 'De Grondwet revisited: geleidelijke aanpassing en verdiepende interpretatie', in: J.H. Gerards, J. Goossens & E.Y. van Vugt (red.), *Constitutionele verandering in Nederland? De grondwetswijzigingen van 2022-2023*, Den Haag: Boom juridisch 2023, p. 53-93.
- 24 Advies van 15 juni 2020 (W04.20.0135/I), bijlage bij *Kamerstukken II 2019/20*, 35300, nr. 78.
- 25 Ook in bijv. het advies over het wetsvoorstel digitaal vergaderen decentrale overheden (advies van 28 december 2022 (W04.22.00218/I), [www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl)) en in de voorlichting over de verkenningfase van de kabinetsformatie (Voorlichting van 11 oktober 2023, W01.23.00306/I, *Kamerstukken II 2023/24*, 35788, nr. 224) is deze benadering zichtbaar.

stel en de toelichting daarbij niet duidelijk blijkt wat het probleem is of waarom is gekozen voor een bepaalde aanpak van een probleem, kunnen vragen die rijzen in verband met de constitutionele analyse vaak niet goed worden beantwoord. Dat is blijkens de praktijk met name het geval bij de beoordeling van de noodzaak en proportionaliteit van voorstellen die grondrechten beperken: indien de beleidsanalyse in de toelichting niet op orde is, kan ook de vraag of het wetsvoorstel in het licht van de toepasselijke grondrechtsbepalingen noodzakelijk en proportioneel is, niet (en in dat stadium van het wetgevingsproces in elk geval niet positief) worden beantwoord.

De normen die de Afdeling in haar constitutionele advisering betreft, vinden hun grondslag niet alleen in de Grondwet. Grondrechten, institutionele normen en geschreven en ongeschreven rechtsbeginselen vinden hun grondslag ook in bijvoorbeeld het Statuut, het Unierecht (inclusief het EU-Handvest) en verdragen zoals het EVRM en het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR). De Afdeling hanteert dus een ruim begrip van wat onder de constitutie moet worden verstaan en – in lijn daarmee – de reikwijdte van haar constitutionele advisering. Zij benadrukt bovendien dat steeds een integrale beoordeling wordt verricht: constitutionele normen, beginselen, conventies en praktijken moeten niet los van elkaar worden gezien, maar steeds in hun onderlinge samenhang. Dat betekent dat de Afdeling ook kijkt of in een wetsvoorstel de verhouding tussen Grondwet, Statuut en verdragen in ogenschouw is genomen.

### 3. Aard van de constitutionele advisering als wetgevingstoetsing *ex ante*

Het toetsingsverbod in artikel 120 Gw impliceert dat de formele wetgever zelf moet beoordelen of een wetsontwerp met de Grondwet verenigbaar is. Die verantwoordelijkheid ligt uiteraard bij regering en parlement, maar ook bij de andere actoren die een rol hebben in het wetgevingsproces, zoals de Afdeling.<sup>26</sup> De constitutionele beoordeling van een wetsvoorstel gedurende het wetgevingsproces reikt ver: in de departementale ontwerpfase wordt, zo blijkt uit bijvoorbeeld het Beleidskompas en de Handreiking constitutionele toetsing, de constitutie breed opgevat.<sup>27</sup> Zoals hiervoor aan de orde kwam, hanteert ook de Afdeling een breed constitutiebegrip. Hoewel de Grondwet daarin een belangrijke rol speelt, maken ook (wel én niet eenieder verbindende) internationale normen er deel van uit, evenals ongeschreven recht en de staatkundige normatieve praktijken.

De beoordeling van wetgeving *ex ante* heeft een ander karakter dan rechterlijke toetsing van wetgeving. Zij vindt plaats op grond van een veel ruimer kader en te-

26 Hoewel formeel gezien géén actor in het wetgevingsproces dienen hier nadrukkelijk ook andere adviescolleges te worden genoemd die op deelterreinen constitutionele aspecten beoordelen. Daarbij gaat het bijv. om het College voor de Rechten van de Mens, de Autoriteit Persoonsgegevens, de Onderwijsraad, de Raad voor het Openbaar Bestuur en de Adviesraad Migratie. Ook de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid betreft in veel van zijn adviezen constitutionele gezichtspunten.

27 Zie voor het Beleidskompas [www.kcbr.nl](http://www.kcbr.nl) en voor de Handreiking constitutionele toetsing [www.overheid.nl](http://www.overheid.nl). Zie ook het artikel van Van Sasse van IJsselt in dit nummer.



vens *in abstracto*, dus niet aan de hand van een concreet geval. Dat betekent dat de actoren in het wetgevingsproces zich een voorstelling moeten maken van de verschillende situaties die binnen het bereik van een ontwerpbeperking kunnen komen en moeten inschatten hoe een ontwerpbeperking past binnen het bestaande, constitutionele stelsel. De daarbij betrokken belangen moeten voorts adequaat worden afgewogen. Brengt een wetsontwerp bijvoorbeeld met zich dat een klassiek grondrecht wordt beperkt, dan kan de wetgever niet volstaan met de constatering dat die beperking reeds gerechtvaardigd is wanneer zij – conform de grondwettelijke beperkingssystematiek – in een wet in formele zin is voorzien. Het is juist zijn taak om een grondige en weloverwogen belangenafweging te maken tussen de bescherming van het grondrecht enerzijds en de noodzaak van de voorgestelde beperking anderzijds. Ook als een wetsontwerp raakt aan institutionele bepalingen van de Grondwet is een grondige beoordeling aangewezen en moet toereikend worden gemotiveerd hoe het wetsvoorstel past in het constitutionele bestel. De Afdeling beoordeelt ontwerpwetgeving hierop uitdrukkelijk.

Ten aanzien van een grondwettelijk grondrecht gebeurde dat bijvoorbeeld in het advies over het initiatiefvoorstel tot wijziging van de Wet dieren in verband met de invoering van een algehele plicht tot bedwelming van dieren voorafgaand aan de slacht.<sup>28</sup> De Afdeling benadrukte dat de grondwetgever met het voorbehoud ‘behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet’ in artikel 6 Gw (over de vrijheid van godsdienst) niet heeft beoogd te kennen te geven dat elke beperking die in een formele wet is neergelegd, toelaatbaar is: ook materiële aspecten van een beperking – zoals noodzaak en proportionaliteit – moeten worden afgewogen. Een voorbeeld waarin de Afdeling adviseert om een institutionele bepaling uitdrukkelijker in de afweging te betrekken – in dit geval artikel 79 Gw, over vaste colleges van advies –, is het advies over de Instellingswet Adviescollege toetsing regel-druk.<sup>29</sup>

Voorts biedt het wetgevingsproces – anders dan een rechterlijke procedure – ruimere mogelijkheden om onderzoek te verrichten in het kader van de noodzakelijke afweging van belangen. Tijdens de departementale voorbereiding vindt dergelijk onderzoek onder meer plaats door raadpleging van relevante adviescolleges (bijvoorbeeld het College voor de Rechten van de Mens of de Onderwijsraad), (andere) deskundigen en ‘het veld’ door middel van voorbereidende gesprekken, rapporten en internetconsultatie. De Afdeling maakt hiervan in haar advisering eveneens ge-

28 Advies van 8 juni 2018 (W11.18.0055/IV), *Kamerstukken II* 2018/19, 34908, nr. 4. Zie in dezelfde lijn het advies van 2 oktober 2008 (W11.08.0398/IV), *Kamerstukken II* 2009/10, 31571, nr. 4.

29 Advies van 8 juni 2023 (W18.23.00028/IV), [www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl). Zie bijv. ook het advies van 9 september 2021 (W04.21.0073/I, Wet Met één stem meer keus), [www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl) en het advies van 1 oktober 2020 (W04.20.0175/I, Wet versterking participatie op decentraal niveau), *Kamerstukken II* 2022/23, 36210, nr. 4.

bruik, en kan ook zélf eventueel nog deskundigen raadplegen. Ook de beide Kamers kunnen – in aanvulling op de stukken die zij krijgen toegezonden – onderzoek (laten) doen. De technische briefing en het rondetafelgesprek in het kader van het voorgenomen wetsvoorstel over constitutionele, rechterlijke toetsing zijn daarvan voorbeelden.<sup>30</sup> Niet alleen is tijdens een rechterlijke procedure minder tijd voor zulk uitgebreid onderzoek dan tijdens het wetgevingsproces, ook past het de rechter minder goed om hiertoe over te gaan. Een dergelijke actieve rol zou de rechter mogelijk kwetsbaar maken voor het verwijt van ‘rechterlijk activisme’ of ‘mee-procederen’.<sup>31</sup>

In dit verband is het tevens van belang op te merken dat de Afdeling in een andere verhouding tot de formele wetgever staat dan de rechter: omdat advisering door de Afdeling een vaste plek inneemt in het wetgevingsproces en de Afdeling als zodanig als actor deelneemt aan het wetgevingsproces, hoeft zij, anders dan de rechter, bij haar beoordeling in principe geen terughoudendheid te betrachten op grond van argumenten die verband houden met machtenscheiding.<sup>32</sup> Beoordeling van wetsvoorstellen door de Afdeling kan in zoverre indringender geschieden dan toetsing door de rechter, en is daarbij niet afhankelijk van wat door partijen in rechte wordt aangevoerd. Het ruime constitutiebegrip en het beoordelingskader leiden aldus tot een brede beoordeling van wetsvoorstellen, waarin bijvoorbeeld ook beleidsanalytische aspecten kunnen worden meegenomen.

Dat neemt niet weg dat de Afdeling in haar beoordeling doorgaans wel degelijk een zekere mate van terughoudendheid betracht. Zij adviseert immers in een politieke context en treedt in dat verband gezien haar rol niet in partijpolitieke of beleidsmatige afwegingen. Daarnaast is de Afdeling zich ervan bewust dat haar oordeel steeds een voorlopig karakter heeft. Een advies over ontwerpregelgeving van de Afdeling is – anders dan een rechterlijke uitspraak – niet bindend.<sup>33</sup> Wanneer de Afdeling in een advies tot het oordeel komt dat aan een bepaald wetsvoorstel constitutionele haken en ogen zitten, is niet uitgesloten dat in het vervolg van het wetgevingsproces, mogelijk ook in reactie op het advies van de Afdeling, argumenten worden aangedragen op grond waarvan de formele wetgever weloverwogen besluit dat het wetsvoorstel in dat opzicht naar zijn oordeel tóch in orde is. De interpretatie van de Grondwet en de constitutie door de Afdeling is dus geen eindoordeel; dat oordeel wordt uiteindelijk door de wetgever geveld. Maar het is wél de taak van de Afdeling om de constitutionele dialoog aan te gaan en te stimuleren en in dat kader aan te geven waar de grenzen liggen.

Het voorgaande neemt niet weg dat de toetsing dan wel beoordeling van wetgeving *ex ante* en toetsing van wetgeving *ex post* elkaar kunnen aanvullen. Wanneer rechterlijke toetsing aan klassieke grondrechten mogelijk zou worden, ligt het voor de hand dat de rechter, zoals ook gebeurt als hij lagere regelgeving aan de Grondwet

30 De technische briefing en de ronde tafel vonden plaats op resp. 14 februari en 19 april 2023, zie [www.tweedekamer.nl](http://www.tweedekamer.nl).

31 R.J.B. Schutgens, ‘Toetsing in het wetgevingsproces versterkt’, *RegelMaat* 2012, afl. 4, p. 196-211.

32 Zie ook Vermeulen & Van Roosmalen 2012.

33 De Afdeling *beoordeelt* dus eerder dan dat zij *toetst* – vandaar ook dat inmiddels sprake is van een beoordelingskader, en niet langer van een toetsingskader (zie par. 2).

toetst, in een concreet geval de afwegingen van de wetgever in zijn oordeel zal betrekken.<sup>34</sup> Hoe uitgebreider en zorgvuldiger die afwegingen zijn gemotiveerd, des te kleiner is de kans dat de rechter zal oordelen dat zij onrechtmatig zijn. En mocht de rechter in een voorkomend geval toch aanleiding zien om een formeel-wettelijke bepaling buiten toepassing te laten wegens strijd met een grondwettelijk grondrecht, dan kan de wetgever de betreffende bepaling in lijn met de rechterlijke uitspraak aanpassen. Dit kan de kwaliteit van wetgeving ten goede komen.

#### 4. Functie van constitutionele advisering

Wat is, gelet op het voorgaande, nu de functie van de constitutionele advisering door de Afdeling? In algemene, overkoepelende zin is die functie evident: het gaat om het bijdragen aan de totstandkoming van weloverwogen, kwalitatief goede wetgeving, waarmee betrokken private partijen én de overheid goed uit de voeten kunnen. Daarnaast beoogt de Afdeling met haar advisering een bijdrage te leveren aan een geordende constitutionele dialoog binnen de staatsmachten en – mede in verband daarmee – aan het benadrukken en verder versterken van het constitutionele recht, in het bijzonder ook de Grondwet.

Deze functies probeert de Afdeling op verschillende manieren zo goed mogelijk te vervullen. Dat doet zij niet alleen door over voorgenomen regelgeving te adviseren, maar óók door het beantwoorden van voorlichtingsvragen op verzoek van de regering, de Tweede Kamer of de Eerste Kamer. Van het voorlichtingsinstrument wordt steeds vaker gebruik gemaakt. Een voorlichting is in de regel anders van aard dan een wetgevingsadvies: er wordt niet gereageerd op een concreet wetsvoorstel, maar antwoord gegeven op vaak abstracte vragen die een uitvoerige en brede beschouwing vergen. Een mengvorm komt overigens ook voor. Sommige wetgevingsadviezen worden vanwege hun fundamentele karakter voorzien van een inleidende beschouwing, waarin het vraagstuk waarop het voorstel betrekking heeft in een breder constitutioneel perspectief wordt geplaatst<sup>35</sup> (zie ook hierna).

Naast adviezen en voorlichtingen brengt de Afdeling tegenwoordig, zij het sporadisch, adviezen uit waar niet uitdrukkelijk om is verzocht – ‘spontane’ adviezen

34 Gesteld dat de rechter – ondanks de formeel ingestoken grondwettelijke beperkingssystematiek – over een formeel-wettelijke bepaling ook een materieel oordeel zal vellen, bijv. door inhoudelijke beperkingseisen ‘in te lezen’ in grondwettelijke grondrechten. Zie hierover o.a. A.E.M. Leijten & C.M.S. Loven, ‘Rechterlijke toetsing aan de grondwettelijke grondrechtsbepalingen: daadwerkelijke meerwaarde verlangt meer dan het afschaffen van het toetsingsverbod’, in: J.H. Gerards, J. Goossens & E.Y. van Vugt (red.), *Constitutionele verandering in Nederland? De grondwetswijzigingen van 2022-2023*, Den Haag: Boom juridisch 2023, p. 95-120. Zie over het inlezen van materiële eisen in het wetgevingsproces L.C. Groen & L.F.M. Verhey, ‘De betekenis van grondwettelijke grondrechten voor de wetgever: dode letter of zelfstandig ijkpunt?’, *RegelMaat* 2020, afl. 6, p. 426-449. Overigens zijn er vooralsnog geen plannen de beperkingssystematiek van grondwettelijke grondrechten aan te passen: *Kamerstukken II* 2021/22, 35786, nr. 8.

35 Een voorbeeld is het advies van 1 oktober 2020 (W04.20.0175/I, Wet versterking participatie op decentraal niveau), *Kamerstukken II* 2022/23, 36210, nr. 4. Zie ook verderop in deze paragraaf.

dus.<sup>36</sup> Spontane adviezen kunnen specifiek worden gebruikt om constitutionele kwesties uitdrukkelijk aan de orde te stellen. Dat kan nuttig zijn in de situatie waarin de Afdeling bijvoorbeeld constateert dat onduidelijkheid bestaat over de uitleg van een bepaald constitutioneel vraagstuk of als verschillende wetsvoorstellen raken aan een constitutioneel vraagstuk, maar dat vraagstuk niet goed in al zijn facetten kan worden belicht in ‘losse’ adviesopmerkingen. Het spontane advies over de werking van de ministeriële verantwoordelijkheid en dat over nood- en crisisrecht zijn hiervoor illustratief.<sup>37</sup> Door in de genoemde adviezen de discussiepunten omtrent de betreffende, constitutionele vraagstukken in onderlinge samenhang te behandelen hoopt de Afdeling een zekere ordening te bewerkstelligen, en daarmee bij te dragen aan de totstandkoming van goede wetten of het stimuleren van de dialoog over een groter vraagstuk.

In gewone wetgevingsadviezen schetst de Afdeling in gevallen waarin dat is aangegeven, voorafgaand aan het eigenlijke advies, het ‘constitutionele kader’. Zij expliciteert daarin de relevante, constitutionele uitgangspunten en verwijst daarbij zo nodig naar eerdere adviezen. De bedoeling hiervan is het ordenen van het debat over de materie, zodat de verschillende onderdelen van een wetsvoorstel aan de hand daarvan kunnen worden beoordeeld. Hoewel – als gezegd – de beoordeling van een wetsvoorstel door de Afdeling steeds een voorlopig karakter heeft en uiteindelijk de regering en de beide Kamers beslissen over de uitleg van de Grondwet,<sup>38</sup> is het belangrijk dat zij dat goed geïnformeerd en aan de hand van zo veel mogelijk relevante en goed gestructureerde informatie kunnen doen. Een constitutioneel kader kan hierbij behulpzaam zijn, juist omdat de constitutie een breed samenstel van normen, beginselen, conventies en praktijken omvat, die op elkaar ingrijpen en elkaar onderling beïnvloeden. De hiervoor genoemde spontane adviezen bevatten een constitutioneel kader, maar aan reguliere adviezen wordt eveneens vaker dan voorheen een constitutioneel kader toegevoegd.

Een voorbeeld is het advies over het initiatiefvoorstel van Van Raak dat zag op het invoeren van een correctief, bindend referendum.<sup>39</sup> Op grond van een uitgebreide uiteenzetting van de relevante, constitutionele uitgangspunten – waaruit naar voren kwam dat geen staatsrechtelijke belemmeringen bestaan tegen het invoeren van een correctief, bindend referendum – adviseerde de Afdeling onder meer om de belangenafweging uit te breiden, en

- 36 Art. 21 en 21a Wet RvS. Overigens kunnen ook in het kader van de taken van de Afdeling in verband met begrotingstoezicht en klimaatbeleid (art. 2, achtste lid, Wet houdbare overheidsfinanciën; art. 7, vierde lid, Klimaatwet) constitutionele vraagstukken aan de orde komen.
- 37 Advies van 8 juni 2018 (W11.18.0055/IV), bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 35300, nr. 78; advies van 15 december 2021 (W04.21.0291/I), bijlage bij *Kamerstukken II* 2021/22, 29668, nr. 65.
- 38 Of de rechter uiteraard, maar alleen in concrete geschillen over bepalingen in lagere regelgeving.
- 39 Advies van 18 september 2019 (W01.19.0027/I), *Kamerstukken II* 2019/20, 35129, nr. 4. Andere voorbeelden: advies van 23 juni 2022 (W04.22.0073/I, Tijdelijke wet onderzoeken AIVD en MIVD naar landen met een offensief cyberprogramma) en advies van 10 mei 2023 (W16.22.00186/II, Wet confiscatie criminele goederen), [www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl).

verschillende ‘drempels’ (die voor het inleidende en definitieve verzoek en een uitkomstdrempel) grondwettelijk te verankeren.<sup>40</sup>

Een zinvolle rol kan de Afdeling ook vervullen bij het beantwoorden van constitutionele vragen naar aanleiding van een voorlichtingsverzoek. Voorafgaand aan de beantwoording van de vraag schetst de Afdeling ook hier doorgaans een constitutioneel kader met relevante uitgangspunten. Afhankelijk van de aard van de vraag – is daarop een eenduidig antwoord mogelijk of niet? – gaat de Afdeling over tot beantwoording op basis van het kader,<sup>41</sup> óf schetst zij mogelijke richtingen voor die beantwoording. De problematiek waarover voorlichting wordt gevraagd kan soms acuut en tegelijkertijd complex zijn. Die combinatie van factoren kan tot gevolg hebben dat de antwoorden op constitutionele vragen voorlopig zijn en vooral denkrichtingen en oriëntatiepunten bevatten voor mogelijke oplossingen die al dan niet moeten leiden tot wetgeving.

Gevallen waarin een verzoek om voorlichting voortkwam uit (toen) actuele problematiek mondden bijvoorbeeld uit in de voorlichting over de grondwettelijke aspecten van de (voor)genomen crisismaatregelen. Het verzoek werd aan het begin van de coronapandemie gedaan en had onder meer betrekking op de geoorloofdheid van de noodverordeningen van de veiligheidsregio's.<sup>42</sup>

Hiervoor kwam reeds aan de orde dat onze Grondwet niet zelden verschillende interpretaties van een grondwetsartikel mogelijk maakt. Als in een dergelijk geval om voorlichting wordt gevraagd, hangt het van de omstandigheden af hoe gedetailleerd en definitief het antwoord op de gestelde vraag wordt geformuleerd. Het kan voor de hand liggen om, afhankelijk van de stand van de discussie, te volstaan met het schetsen van de redelijkerwijs mogelijke interpretaties en in verband daarmee relevante pro- en contra-argumenten. Het ligt dan op de weg van regering en Kamers om een knoop door te hakken. De Afdeling probeert er in een dergelijk geval voor te zorgen dat zij zich daaromtrent een afgewogen oordeel kunnen vormen.

40 *Kamerstukken II* 2019/20, 35129, nr. 11. Het wetsvoorstel van Van Raak sneuvelde in tweede lezing. Een nieuw initiatiefvoorstel werd aanhangig gemaakt door Leijten en is op 10 oktober 2023 door de Eerste Kamer in eerste lezing aangenomen.

41 Bijv. in de voorlichting van 5 juli 2023 over de B-component van het inkomen van de Koning (W01.22.00147/I).

42 Voorlichting van 25 mei 2020 (W04.20.0139/Vo), *Kamerstukken II* 2020/21, 25295, nr. 742. De voorlichting kwam onder grote tijdsdruk tot stand, net als bijv. de voorlichting van 22 oktober 2020 over de zelfgecreëerde zeggenschap van de Tweede Kamer en het daarbij uitsluiten van de Eerste Kamer (W13.20.0375/III), *Kamerstukken I* 2020/21, 35526, F. Een ander voorlichtingsverzoek dat werd gedaan naar aanleiding van destijds actuele gebeurtenissen is dat over het sanctioneren van een gedragscode voor bewindspersonen in relatie tot de ministeriële verantwoordelijkheid (W04.22.0097/I/Vo), Bijlage bij *Kamerstukken II* 2022/23, 28844, nr. 251.

Mogelijke interpretaties van artikel 57 Gw werden bijvoorbeeld geschetst in de voorlichting over de verenigbaarheid van de functie van minister of staatssecretaris met het Kamerlidmaatschap.<sup>43</sup> Het verzoek daartoe werd gedaan nadat in het demissionaire kabinet-Rutte III nieuwe bewindspersonen werden benoemd die vóór de val van het kabinet daarvan geen deel uitmaakten, en ná die val tot lid van de Tweede Kamer waren herkozen. De Afdeling concludeerde dat artikel 57, derde lid, Gw zowel betrekking kan hebben op bewindspersonen die al in functie zijn als het kabinet zijn ontslag aanbiedt, als op bewindspersonen die daarna worden benoemd. De Tweede Kamer moest zelf bepalen welke uitleg volgens haar het meest passend was. Direct na het verschijnen van de voorlichting zegden de drie betrokken bewindslieden hun Kamerlidmaatschap op. Inmiddels buigt een adviescommissie zich over de werking van artikel 57 Gw.<sup>44</sup>

In de voorlichting over de verkenningsfase in de kabinetsformatie ging het niet om interpretatie van de Grondwet maar om de vraag welke spelregels, mede gelet op de Grondwet, moeten gelden voor de eerste fase van de kabinetsformatie (de verkenning). Hoewel de Afdeling een voorkeur uitsprak voor een vaste verkenner, stelde zij dat ook andere opties staatsrechtelijk toelaatbaar zijn en dat de uiteindelijke keuze aan de Tweede Kamer is, mede in het licht van artikel 11.1 RvO TK.<sup>45</sup>

Een van de hiervoor genoemde belangrijke functies van constitutionele advisering, namelijk het versterken van de rol en positie van de Grondwet binnen de constitutie, is in deze paragraaf nog niet aan de orde gekomen. De Afdeling geeft daaraan gevolg door in spontane adviezen, voorlichtingen én vooral ook in reguliere adviezen waarin constitutionele vraagstukken spelen, steeds – en zo mogelijk ook ‘met voorrang’ – naar de Grondwet te verwijzen. Wanneer een wetsvoorstel bijvoorbeeld raakt aan een klassiek grondrecht en de regering zich in de toelichting naar het oordeel van de Afdeling onvoldoende rekenschap geeft van de belangenafweging die een inbreuk daarop vereist, betreft de Afdeling nadrukkelijk de Grondwet in haar overwegingen, ook al schrijft de Grondwet, anders dan het EVRM en het EU-Handvest, niet expliciet voor dat de wetgever op grond van bepaalde materiële criteria een afweging moet maken. Dat neemt niet weg dat ook het EVRM en, indien van toepassing, het EU-Handvest dan vaak worden genoemd. Het gaat om een integrale beoordeling van de toepasselijke grondrechtsbepalingen aan de hand van algemene beginselen en criteria.

In bepaalde gevallen is het zo dat de Grondwet méér vergt dan het EVRM of het EU-Handvest. Dat is bijvoorbeeld het geval als het gaat om artikel 7 Gw (de vrijheid van meningsuiting) en artikel 23 Gw (de onderwijsvrijheid). In principe eist de Grondwet in veel gevallen, anders dan verdragen, een specifieke, formeel-wettelij-

43 Voorlichting van 1 september 2021 (W04.21.0234/I/Vo), *Kamerstukken II 2020/21*, 35896, nr. 3.

44 *Kamerstukken II 2021/22*, 35896, nr. 19.

45 Voorlichting van 11 oktober 2023 (W01.23.00306/I), *Kamerstukken II 2023/24*, 35788, nr. 224.

ke grondslag voor overheidsmaatregelen die een inbreuk maken op grondrechten. Het meest nadrukkelijk is dat aan de orde als het gaat om ingrijpende verwerkingen van persoonsgegevens, waarvoor artikel 10, eerste lid, Gw een specifieke wettelijke regeling vereist. In die gevallen beoordeelt de Afdeling het voorstel vrijwel uitsluitend op basis van de Grondwet.

Een voorbeeld kan worden gevonden in het advies over het wetsvoorstel gegevensverwerking door samenwerkingsverbanden.<sup>46</sup> Het wetsvoorstel voorzag in een kaderwet op grond waarvan ‘samenwerkingsverbanden’ – bestaande uit bestuursorganen en private partijen – persoonsgegevens zouden mogen verwerken in het kader van zwaarwegende belangen, zoals de bestrijding van fraude en georganiseerde criminaliteit. De Afdeling was van oordeel dat het voorstel niet voldeed aan de eisen van artikel 10 Gw: het wetsvoorstel maakte vergaande beperkingen van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer mogelijk, maar bevatte niet de noodzakelijke, wezenlijke elementen en begrenzingen.

## 5. Conclusie

Wij begonnen deze bijdrage met de recente discussie over constitutionele toetsing door de rechter. De toenemende aandacht daarvoor is aanleiding om, zoals ook de Staatscommissie parlementair stelsel adviseerde, opnieuw aandacht te schenken aan de constitutionele beoordeling van wetsvoorstellen voorafgaand aan en tijdens het wetgevingsproces. Aannemelijk is immers dat naarmate de kwaliteit daarvan hoger is, minder kans bestaat dat een wet wegens strijd met de Grondwet door de rechter onrechtmatig wordt bevonden: voorkomen is beter dan genezen. Maar ook los daarvan is hernieuwde en versterkte aandacht voor de constitutionnalité van wetgeving – na de ervaringen en gebeurtenissen van de afgelopen jaren (zoals bijvoorbeeld de toeslagenaffaire) – absolute noodzaak.

Vanuit dit vertrekpunt wordt in dit artikel ingegaan op de bijdrage die de Afdeling kan leveren aan de versterking van de constitutionele dialoog in het wetgevingsproces. De rol van de Afdeling is daarbij een duidelijk andere dan die van de rechter. Artikel 120 Gw geldt niet voor de Afdeling, zodat zij bij de beoordeling van wetgeving in formele zin ruimer kan en moet kijken dan alleen naar eenieder verbindende verdragsbepalingen. Haar beoordeling is bovendien abstracter, in de zin dat zij niet gaat over een concreet geval, en dus alleen in algemene zin kan ingaan op de mogelijke effecten van de regeling. Ook het moment waarop de beoordeling plaatsvindt maakt verschil: het constitutionele oordeel wordt gegeven tijdens het wetgevingsproces en dus voorafgaand aan het definitieve besluit van de wetgever. Dat betekent dat de Afdeling ook in formele zin een actor is in een dialoog waarbij haar

46 Advies van 21 november 2019 (W16.19.0159/II), *Kamerstukken II* 2019/20, 35447, nr. 4. Zie bijv. ook het advies over het wetsvoorstel verwerking persoonsgegevens coördinatie en analyse terrorismebestrijding en nationale veiligheid (W16.21.0218/II), *Kamerstukken II* 2021/22, 35958, nr. 4.

oordeel niet definitief en ook niet, anders dan dat van de rechter, bindend is. Al deze omstandigheden tezamen maken dat de constitutionele beoordeling door de Afdeling een bijzonder karakter draagt en maar tot op zekere hoogte te vergelijken is met de constitutionele toetsing door de rechter.

Constitutionele toetsing door de rechter en wetgevingsadvisering door de Afdeling moeten daarom worden gezien als duidelijk te onderscheiden activiteiten die, als zij goed functioneren, elkaar aanvullen en versterken. Verwacht kan immers worden dat een rechter die een formeel-wettelijke bepaling aan een constitutionele norm moet toetsen, de stukken die tijdens het wetgevingsproces door de relevante actoren zijn geproduceerd in zijn oordeel zal betrekken. Het helpt als die stukken zorgvuldig zijn gemotiveerd en de relevante, constitutionele aspecten van de regeling erin zijn betrokken. Vanuit dat gezichtspunt werkt de Afdeling continu aan behoud en versterking van de kwaliteit van de constitutionele beoordeling, zeker met een mogelijke aanpassing van artikel 120 Gw in het vooruitzicht. Die beoordeling moet consistent, zichtbaar en goed gemotiveerd zijn, zodat inzichtelijk is op grond van welke gezichtspunten en binnen welke constitutionele grenzen de wetgever tot zijn besluit moet komen. Voorts kan het in bepaalde gevallen van belang zijn om door middel van een voorlichting of een spontaan advies, al dan niet ter voorbereiding van wetgeving, ordening aan te brengen en mede richting te geven aan het constitutionele debat. Dat alles bij elkaar is in deze tijd geen geringe opgave. In een omgeving waarin de wetgeving steeds complexer wordt en soms ook politiek en maatschappelijk controversieel blijkt, vergt zij dagelijks en voortdurend aandacht.