

INLEIDING

Prof. mr. D.A. Verburg

De directe aanleiding voor het onderwerp van de NVvP-najaarsvergadering van 2024, ‘Procesrecht en constitutionele toetsing’, is het voornemen van het kabinet-Schoof om constitutionele toetsing in te voeren door een gedeeltelijke opheffing van het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet. Dat voornemen is in lijn met een al veel langer lopende ontwikkeling.¹ In beeld is dat die opheffing wordt beperkt tot de klassieke grondrechten, de grondrechten die gaan over het vrijwaren van inmenging in het leven van burgers door de staat. Daarnaast bereidt het kabinet een grondwetsherzieningsvoorstel voor tot invoering van een constitutioneel hof. Een aparte instantie om constitutionele kwesties te beslechten in een zelfstandige procedure.²

Dat betekent dat het onderwerp van de najaarsvergadering in ieder geval twee hoofdmoten laat zien: (a) constitutionele toetsing en zo ja, aan welke normen? En (b) hoe moeten we aankijken tegen een apart constitutioneel hof? Alle drie de sprekers, Tom Barkhuysen, Max Vetzo en Dineke de Groot, behandelen zowel constitutionele toetsing als een mogelijk constitutioneel hof.

Voordat we doen waar juristen zo goed in zijn, namelijk wijzen op de punten waar het hopeloos mis zal gaan, is het goed om in ieder geval als positieve noot te noemen dat met de opwaartse beweging van constitutionele toetsing ook de ‘constitutionele geletterdheid’ in Nederland wel eens zou kunnen toenemen. De Grondwet leek toch wel een beetje een fossiel te zijn geworden, maar met recente wijzigingen in de Grondwet³ én met de groeiende mogelijkheden voor constitutionele toetsing zou de Grondwet wel ‘s meer een *living document* kunnen worden. En dat is een echt positieve ontwikkeling! De afgelopen jaren wezen wetenschappers als Maurice Adams⁴ en Ingrid Leijten⁵ op het belang van constitutionele geletterdheid. Mijn oud-collega Manon Julicher zette in 2020 met haar proefschrift *Nederlandse grondrechten: klaar voor de toekomst?*⁶ dit onderwerp nog ‘s extra op de kaart.

1 De huidige ontwikkeling begint met het Initiatiefvoorstel Halsema – Toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet door de rechter, *Kamerstukken II* 2001/02, 28331, nr. 2.

2 Van na de najaarsvergadering: de Contourennota constitutionele toetsing van 21 februari 2025 van minister Uitermark (BZK) en staatssecretaris Struycken (Rechtsbescherming).

3 Het was bepaald druk op het vlak van grondwetswijzigingen. Om enkele te noemen: opname van het recht op een eerlijk proces (art. 17), een algemene bepaling voor het garanderen van grondrechten en de democratische rechtsstaat, uitbreiding van de non-discriminatiegronden (art. 1) en modernisering van het briefgeheim (art. 13).

4 L.H.J. Adams, *Constitutionele geletterdheid voor de democratische rechtsstaat* (oratie Tilburg), *NJB* 2013, afl. 17, 874, p. 1110-1118.

5 A.E.M. Leijten, *Grondrechten, grondvertrouwen en de relationele constitutie* (oratie Tilburg), Tilburg University 2023.

6 M.M. Julicher, *Nederlandse grondrechten: klaar voor de toekomst? Modernisering van grondrechten in de Grondwet in het licht van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest* (diss. Utrecht), Ridderprint BV 2020.

Zeker bij dit onderwerp is het ook goed dat we ons realiseren met wie we tijdens zo'n najaarsvergadering in de zaal zitten. Het kan goed zijn dat de mensen in de zaal tijdens de vergadering de middag doorbrengen in grote harmonie, omdat wij als juristen op een bepaalde manier kijken naar de werking van het recht en de rol die rechtsbescherming daarbij speelt. Maar juist bij constitutionele toetsing is de politiek nooit ver weg. En in het voetspoor van de politiek komt het maatschappelijk draagvlak. Het kan wel 's zijn dat de politiek en 'het land' heel anders tegen dit onderwerp aankijken dan wij als juristen onder elkaar. Denk hierbij ook aan de steeds duidelijker hoorbare kritiek op 'algemeen-belangclubs' die zonder duidelijk mandaat opkomen voor specifieke belangen, inclusief de bescherming van fundamentele rechten.⁷ Maar denk hierbij ook aan de stapeling van procedurestappen: moeten we bij de invoering van een constitutioneel hof nou niet vrezen dat dat toch een derde of vierde (in ieder geval: extra) procedurestap wordt?

Daarom ben ik blij dat alle drie de sprekers in hun bijdragen focussen op vragen van het type 'wat heeft de burger hier nou echt aan?'

We zijn de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht en dus is een ander discussiepunt voor de najaarsvergadering natuurlijk welk procesrecht nou past bij constitutionele toetsing. Max Vetzo legt het prikkelend neer met zijn tweede stelling: 'Procesrecht voor geschillen over kapotte stofzuigers kan niet zonder meer worden toegepast in geschillen over grote maatschappelijke en politieke kwesties.' Daarbij spelen verschillende elementen. Ik noem er twee. Het eerste is: als je werk wilt maken van een constitutioneel hof, heb je het over een procedure in eerste en enige aanleg. De corrigerende werking van hoger beroep en cassatie ontbreken. Dat vergt meer van partijen om alle eieren in één keer in het mandje te krijgen. Is het 'gewone' procesrecht daarop toegerust? Het tweede element is: de uitkomst van constitutionele toetsing is uiterst belangrijk voor het concrete geval waarin een rechter uiteindelijk moet beslissen, maar bijna altijd is de rechtsvraag bij constitutionele toetsing van een behoorlijk abstracte aard. Dat geldt zeker als je het hebt over een procedure bij een constitutioneel hof. Hoe werkt dat door in bewijsrecht, maar ook in toegang tot de rechter, in de wenselijkheid om perspectieven van anderen dan partijen, *amici curiae*, bij de oordeelsvorming te betrekken?

Kortom er is genoeg om een tweedaags symposium te vullen. Toch heeft de NVvP het op een vergadering van een middag gehouden, wat heeft geresulteerd in dit compacte boekje vol ideeën.

⁷ Men kan naar vele bronnen wijzen voor dit onderwerp, maar laat ik maar gelijk doorschakelen naar het meest doorwrochte werk van de afgelopen jaren op dit vlak: R. Stolk, *Procederende belangenorganisaties in de polder. Een interdisciplinair perspectief op de toegang tot de rechter* (diss. Leiden), Zutphen: Uitgeverij Paris bv 2024.

PROCESRECHT EN CONSTITUTIONELE TOETSING: VERTREKPUNT, OPTIES EN WENSEN

*Prof. mr. T. Barkhuysen**

1. Inleiding

Pieter Omtzigt heeft het onderwerp van toetsing van formele wetten weer op de kaart gezet.¹ Hij was verwonderd over het feit dat Nederland het enige land in Europa is dat geen apart grondwettelijk hof heeft. Dat was voor hem aanleiding (ook in het licht van de toeslagenaffaire) om te zeggen dat we misschien daar iets aan moeten gaan veranderen, zodat daarmee misschien een toekomstige toeslagenaffaire voorkomen zou kunnen worden. Dat gedachtegoed is in de regeerplannen terechtgekomen. Overigens zegt dat niet alles, maar toch, het staat erin. Verder wordt er gewerkt aan een ambtelijke contourennota ter invulling van het plan. Het is daarom nuttig om te bedenken wat een wenselijke invulling is van de uitbreiding van de mogelijkheden van toetsing aan grondrechten en rechtsbeginselen.

Deze bijdrage bespreekt eerst de vraag waar we nu staan op het terrein van de mogelijkheden van toetsing aan grondrechten alsmede aan algemene rechtsbeginselen. Daarna komen aan de orde de opties die er zijn als we nadenken over een verruiming van deze mogelijkheden. Afgesloten wordt met een aantal persoonlijke wensen. Deze bijdrage op hoofdlijnen is bedoeld als introductie op de meer diepgravende bijdragen van Max Vetzo en Dineke de Groot die ook in deze bundel zijn opgenomen.

2. Waar staan we nu – toetsingsmogelijkheden?

Op dit moment heeft Nederland geen grondwettelijk hof en kunnen rechters formele wetten niet toetsen aan (grondrechten uit) de Grondwet, en evenmin aan algemene rechtsbeginselen. Dat vloeit voort uit artikel 120 van de Grondwet en het *Harmonisatiewet*-arrest van de Hoge Raad.² Daarin maakte de Hoge Raad uit

* Prof. mr. T. Barkhuysen is advocaat-partner bij Stibbe en hoogleraar Staats- en Bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Deze bijdrage is een lichte bewerking van zijn lezing voor de jaarvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Procesrecht van 6 december 2024. Er is slechts beperkt naar bronnen verwezen.

1 Vgl. *Kamerstukken II* 2023/24, 36344, nr. 2 (Initiatiefnota) en nr. 3 (Brief van de ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en voor rechtsbescherming).

2 HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, *AB* 1989/207, m.nt. F.H. van der Burg; *NJ* 1989/469, m.nt. M.W. Scheltema (*Harmonisatiewet*).

dat – hoewel dat in artikel 120 van de Grondwet niet met zoveel woorden staat – er behalve aan de (grondrechten uit de) Grondwet evenmin aan rechtsbeginselen mag worden getoetst.

Er zijn juristen (ook advocaten-generaal), die stellen dat de Hoge Raad ook zonder grondwetwijziging terug zou kunnen komen van het *Harmonisatiewet*-arrest.³ Dat wordt echter (nog) niet gevolgd in de rechtspraak.⁴ Wel bestaat er een uitzondering op het toetsingsverbod. Deze uitzondering geldt in gevallen waarin de wetgever bepaalde (harde) gevolgen van wetgeving niet voorzien heeft. In die gevallen is er wél ruimte voor de rechter om – met een beroep op rechtsbeginselen of op een grondwettelijke bepaling – een formele wet opzij te zetten.

Op dit moment kunnen rechters in Nederland lagere algemeen verbindende voorschriften (denk aan Algemene Maatregelen van Bestuur (AMvB's), ministeriële regelingen, gemeentelijke verordeningen etc.) toetsen aan bepalingen uit de Grondwet en aan rechtsbeginselen. Rechters kunnen ook formele wetten (en overigens ook de lagere algemeen verbindende voorschriften) toetsen aan eenieder verbindende bepalingen uit verdragen en aan het EU-recht. Daar zit in zekere zin een compensatie voor het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet. Die compenserende toetsingsmogelijkheid vloeit voort uit artikel 93 en 94 van de Grondwet in combinatie met jurisprudentie van het Hof van Justitie in de zaken *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL*.⁵

Ook hier doet zich een beperking voor. De Nederlandse rechter wordt regelmatig geconfronteerd met de vraag of hij al dan niet een ruimere bescherming zou moeten afleiden uit het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) dan wat voortvloeit uit de Straatsburgse jurisprudentie. Artikel 53 EVRM staat dat met zoveel woorden ook toe. Toch is de Nederlandse rechter daarin terughoudend. Leidend – ook voor de bestuursrechters – is de lijn die de Hoge Raad duidelijk uiteenzette in een uitspraak uit 2001 in een familierechtelijke zaak. Daarin overwoog de Hoge Raad het volgende: 'Art. 53 EVRM laat de nationale wetgever de vrijheid om een verdergaande bescherming te bieden dan de bepalingen van het EVRM geven. De Nederlandse rechter is evenwel gebonden aan art. 94 Gr.w., ingevolge welke bepaling binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen. Een zodanige onverenigbaarheid kan niet worden aangenomen uitsluitend op basis van een uitleg door de nationale – Nederlandse – rechter van het begrip "family life" in het licht van recent tot stand gekomen wetgeving, die leidt tot een verdergaande bescherming dan op grond van de rechtspraak van het EHRM met

3 Concl. A-G R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel, ECLI:NL:RVS:2021:1468, bij ABRvS 2 februari 2022.

4 ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772, AB 2023/128, m.nt. M.R. van Zanten.

5 HvJ EU 5 februari 1963, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend en Loos*); HvJ EU 25 juni 1964, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:51 (*Costa/ENEL*).

betrekking tot art. 8 EVRM mag worden aangenomen.⁶ Gevolg daarvan is dat de Nederlandse rechter alleen formele wetten opzij kan zetten wanneer dat volgt uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Dit ondanks het feit dat het daarbij slechts gaat om minimumverplichtingen en er op grond van het EVRM alle ruimte is voor een op Nederland toegespitste eigen interpretatie.

Wat er van dat laatste ook zij, de vervolgvraag is welke rechters zich over dit soort vragen kunnen buigen. Dan duikt in het bestuursrecht een eerste obstakel op. In artikel 8:3 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) staat namelijk dat je niet rechtstreeks bij de bestuursrechter kan procederen tegen een algemeen verbindend voorschrift. Dit betekent dat je niet kan zeggen: ‘De gemeente heeft nu deze algemene plaatselijke verordening (APV) vastgesteld – of de minister heeft deze ministeriële regeling – en om die en die reden ben ik er niet mee eens en ik ga rechtstreeks daartegen opkomen bij de bestuursrechter.’ De bestuursrechter zal dan aangeven dat het hem het op grond van artikel 8:3 Awb niet is toegestaan om dat soort zaken rechtstreeks te ontvangen. Een besluit op grond van een dergelijke APV of ministeriële regeling (een concrete toepassing van die regeling dus), is daarentegen wel bij de bestuursrechter aanvechtbaar. De bestuursrechter kan bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het besluit, door toetsing van de bron van het besluit (exceptieve toetsing), bepalen of de achterliggende regeling in overeenstemming is met bijvoorbeeld de rechtsbeginselen of de Grondwet.

Als de weg naar de bestuursrechter afgesloten is, zo volgt uit het *Montenegro*-arrest van de Hoge Raad,⁷ kan je bij de civiele rechter terecht. Dat is althans de hoofdregel. Je moet altijd ergens rechtsbescherming kunnen vinden. Anders zou geen sprake zijn van overeenstemming met artikel 6 EVRM (en inmiddels art. 17 Grondwet). Het interessante is dan dat op deze hoofdregel allerlei uitzonderingen bestaan waardoor de burgerlijke rechter de deur kan sluiten.

Als je niet rechtstreeks kan procederen tegen de APV's en de formele wetgeving bij de bestuursrechter vanwege artikel 8:3 Awb, moet je volgens de hoofdregel bij de burgerlijke rechter terechtkomen. De burgerlijke rechter heeft echter op een aantal punten de deur gesloten. Zo hebben belangenorganisaties op grond van artikel 3:305a Burgerlijk Wetboek het recht om in het algemeen belang, bijvoorbeeld ter afdwinging van bepaalde fundamentele rechten, procedures aanhangig te maken. Dat speelde onder meer bij de paspoortwetzaken.⁸ De belangenorganisatie Privacy First betoogde dat een Paspoortwet in werking was getreden in Nederland waarin was neergelegd dat, om je paspoort te krijgen, je je biometrische vingerafdrukgegevens moest afgeven. Als je die gegevens niet zou geven,

6 HR 10 augustus 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3598, *NJ* 2002/278, m.nt J.E. de Boer, r.o. 3.9.

7 HR 20 november 1987, ECLI:NL:PHR:1987:AD6026, *AB* 1988/117, m.nt. F.H. van der Burg; *NJ* 1988/843, m.nt. M.W. Scheltema (*Montenegro*).

8 HR 22 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1296, *NJ* 2016/262, m.nt H.J. Snijders; *AB* 2016/267, m.nt. G.A. van der Veen & C.N.J. Kortmann (*Staat/Stichting Privacy First*).