

RECHTERLIJKE TOETSING AAN DE GRONDWETTELIJKE GRONDRECHTENBEPALINGEN: DAADWERKELIJKE MEERWAARDE VERLANGT MEER DAN HET AFSCHAFFEN VAN HET TOETSINGSVERBOD

*A.E.M. Leijten en C.M.S. Loven**

1 INLEIDING

Het constitutionele toetsingsverbod, zoals we dat vinden in artikel 120 van de Grondwet ('De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen'), staat daar al sinds 1983. Ook voor die tijd was het niet mogelijk voor de rechter om formele wetgeving langs de meetlat van onze Grondwet te leggen. Daarin was toen zelfs opgenomen dat formele wetgeving 'onschendbaar' was.¹ Het centrale thema van deze bundel is 'constitutionele verandering'. Een hoofdstuk over het toetsingsverbod lijkt daarop het eerste gezicht niet zo goed op aan te sluiten. Het toetsingsverbod is immers een kenmerkend onderdeel van onze rigide Grondwet dat onlosmakelijk verbonden lijkt te zijn met onze constitutionele cultuur.² Een eerdere poging om eraan te tornen, ook wel bekend als het voorstel-Halsema, strandde dan ook weinig glorieus.³

Toch lijkt er iets te veranderen. Artikel 120 Grondwet mag dan (nog) niet zijn aangepast, we zien wel dat de bestuursrechter steeds meer bereid is er de scherpe randjes af te halen en de wet te toetsen aan ongeschreven rechtsbeginselen – althans waar sprake is van niet-verdisconteerde omstandigheden.⁴ Ook is het politieke en publieke debat over consti-

* Prof. dr. A.E.M. (Ingrid) Leijten is hoogleraar Nederlands en Europees constitutioneel recht (Tilburg University). Mr. dr. C.M.S. (Claire) Loven is universitair docent bij de afdeling Staats- en Bestuursrecht en Rechtstheorie en onderzoeker bij het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging (Universiteit Utrecht).

1 In 1848 werd constitutionele toetsing verboden door in art. 115 Gw op te nemen dat wetten onschendbaar zijn. In 1983 is dit uit de Grondwet gehaald.

2 Zie over de Nederlandse constitutionele cultuur bijv. Ellian & Rijkema 2022; over de grondwetscultuur Sillen 2020.

3 *Kamerstukken II 2001/2002*, 28331, nr. 3.

4 Zie in het bijzonder de conclusie van staatsraden advocaat-generaal R.J.G.M. Widdershoven en P.J. Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468, evenals de conclusie van staatsraad advocaat-generaal G. Snijders

tutionele toetsing levendiger geworden.⁵ De vraag of de Nederlandse rechter wetgeving in formele zin niet toch moet kunnen toetsen aan – in elk geval – de klassieke vrijheidsrechten uit de Grondwet, is momenteel zeker geen louter theoretische meer. Waar het voorlopige VVD-verkiezingsprogramma in november 2020 nog sprak van het wijzigen van de Grondwet om rechterlijke toetsing van wetten aan het EVRM te beperken en toetsing door de wetgever te versterken,⁶ stond in het regeerakkoord van het kabinet-Rutte IV van 15 december 2021 dat de uitwerking van constitutionele toetsing ‘ter hand’ zou worden genomen.⁷ Na zienswijzen van de Raad voor de Rechtspraak⁸ en de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak⁹ en een rechtsvergelijkend onderzoek in opdracht van het kabinet,¹⁰ volgde in juli 2022 een Hoofdlijnenbrief aan de Kamer.¹¹ In deze brief van de ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en voor Rechtsbescherming, wordt duidelijk dat het kabinet streeft naar het invoeren van constitutionele toetsing. Daarbij stuurt het aan op ex-ante-toetsing in concrete omstandigheden door de gewone rechter (gespreide toetsing) en niet door een constitutioneel hof.¹² Als sprake is van strijdigheid met de Grondwet, kan de rechter een wetsbepaling buiten toepassing laten.¹³ Uit de Hoofdlijnenbrief blijkt verder dat vooral wordt gedacht aan toetsing aan klassieke vrijheidsrechten als de vrijheid van godsdienst en van meningsuiting, en niet zozeer aan institutionele bepalingen.¹⁴ Toetsing aan de sociale grondrechten die te vinden zijn aan het eind van het eerste hoofdstuk van de Grondwet, lijkt voornamelijk een brug te ver.¹⁵

van 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441. In de recente uitspraken van de ABRvS van 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772 en ECLI:NL:RVS:2023:852) concludeert de Afdeling echter dat van zulke omstandigheden geen sprake is, en voor het overige art. 120 Gw nog steeds in de weg staat aan toetsing.

- 5 Het wetenschappelijke debat is daarentegen, meer of minder op de achtergrond, steeds gevoerd. Terecht wordt gesproken van de ‘evergreen’ in het staatsrechtelijke debat, zie recent bijv. Vetzo 2022, p. 912.
- 6 Concept-verkiezingsprogramma VVD 2020 (paragraaf over Democratie en Rechtsstaat). Na hevige kritiek is dit niet in het definitieve verkiezingsprogramma terecht gekomen. Dit voorstel was overigens in lijn met eerdere standpunten van de VVD, die ook kritisch stond tegenover het voorstel-Halsema en constitutionele toetsing door de rechter.
- 7 Coalitieakkoord 2021-2025 (VVD, D66, CDA, CU), *Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst*, p. 2, te raadplegen via: www.open.overheid.nl/documenten/ronl-f3cb0d9c-878b-4608-9f6a-8a2f6e24a410/pdf.
- 8 Raad voor de Rechtspraak 2022.
- 9 Brief van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van 22 april 2022 aan de minister voor rechtsbescherming met een zienswijze over de invoering van constitutionele toetsing.
- 10 Claes e.a. 2021.
- 11 Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en de Minister voor Rechtsbescherming, Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing, 1 juli 2022, *Kamerstukken II 2021/22*, 35925 VII, nr. 1169.
- 12 Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing, *Kamerstukken II 2021/22*, 35925 VII, nr. 1169, p. 12-14.
- 13 *Ibid.*, p. 15.
- 14 *Ibid.*, p. 11.
- 15 *Ibid.*, p. 8 en 11.

RECHTERLIJKE TOETSING AAN DE GRONDWETTELIJKE GRONDRECHTENBEPALINGEN

De verandering in de houding ten opzichte van constitutionele toetsing komt niet uit de lucht vallen. De fundamentele vraag naar de noodzaak van die toetsing in een moderne constitutionele rechtsstaat heeft steeds een rol gespeeld, en kwam bijvoorbeeld ook terug in het rapport van de staatscommissie-Remkes uit 2018.¹⁶ Ook kan gewezen worden op nog recentere gebeurtenissen en ontwikkelingen. Zo heeft de toelagenaffaire gezorgd voor een discussie over de tegenmacht die de rechter kan bieden. Naar aanleiding van deze affaire liet ook de Venetiëcommissie doorschemeren dat Nederland misschien toch nog eens moet kijken naar constitutionele toetsing.¹⁷ De afgelopen jaren heeft tijdens de coronapandemie de discussie over grondrechten en de toegelaten beperking daarvan ook nauwelijks stilgestaan.¹⁸ Daarbij werd regelmatig gewezen naar de Grondwet – terwijl we in Nederland eigenlijk gewend zijn meteen te kijken naar het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).¹⁹

De mogelijkheid van constitutionele toetsing brengt automatisch de vraag met zich wat hier nu precies ‘de meerwaarde’ van zou zijn. Daarbij geldt dat er verschillende soorten meerwaarde denkbaar zijn. Naast aan juridische meerwaarde, kan bijvoorbeeld gedacht worden aan symbolische of maatschappelijke meerwaarde, in die zin dat de Grondwet door de mogelijkheid van constitutionele toetsing meer gaat leven en beter kenbaar is.²⁰ Wij richten ons hier echter vooral op dat eerste: normatief-juridische meerwaarde die inhoudt dat toetsing zorgt voor meer rechtsbescherming en een sterkere positie van de burger tegenover de overheid. Of daarvan sprake is, is een valide vraag gezien de bestaande mogelijkheid van toetsing aan het zojuist genoemde EVRM. Want hoewel artikel 120 van onze Grondwet streng is, biedt deze wel veel ruimte voor het geven van voorrang aan een ieder verbindende bepalingen van internationaal recht boven het nationale recht.²¹ De EVRM-rechten vallen in deze categorie en vervangen wat betreft de toetsing aan grondrechten als het ware onze Grondwet.²²

16 Staatscommissie parlementair stelsel 2018.

17 Venetië-commissie, *Netherlands – Opinion on the legal protection of citizens*, CDL-AD(2021)031, 18 oktober 2021, p. 25-26.

18 Dit gold zowel voor het publieke debat en de media, als voor de publieke discussie op bijvoorbeeld sociale media. Zie bijv. Leijten & But e.a. 2022.

19 Dit omdat het niet verboden is te toetsen aan een ieder verbindende verdragsbepalingen, op basis waarvan wettelijke voorschriften buiten toepassing kunnen worden gelaten. Ziet art. 93-94 Grondwet. De EVRM-bepalingen worden gerekend tot de ‘een ieder verbindende’ bepalingen. Zie ook Gerards 2016, p. 217.

20 Vgl. Oomen 2009; Oomen en Lelieveldt 2008. Zie ook de recente flitspeiling Grondwet door het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (februari 2023), www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2023/02/28/flitspeiling-grondwet, laatst geraadpleegd op 8 maart 2023.

21 Artt. 93-94 Gw.

22 Vgl. bijv. Gerards 2012.

In deze bijdrage staan wij nader stil bij de vraag naar de juridische meerwaarde van constitutionele toetsing in Nederland. We doen dat allereerst door in te gaan op de meerwaarde, vaak ten opzichte van toetsing aan het EVRM, zoals die in de Hoofdlijnenbrief en in de bestaande literatuur wordt geïdentificeerd (par. 2). In die paragraaf zal blijken dat de nadruk daarbij ligt op de soms net iets andere aard van onze grondwettelijke grondrechtenbepalingen evenals op de strenge legalitietseis die daarin te vinden is. Vervolgens besteden we aandacht aan de vraag of voor daadwerkelijke meerwaarde niet ook een materiële beperkingseis noodzakelijk is, en of die expliciet in de Grondwet zou moeten worden opgenomen (par. 3-5).²³ Hoewel hier in de wetenschappelijke literatuur uitvoerig op wordt ingegaan, blijft in het politieke debat – en ook in de Hoofdlijnenbrief²⁴ – (het eventuele belang van aanpassing van) de beperkingssystematiek nogal eens onderbelicht. Dit kan mede verklaren waarom toetsing aan de sociale grondrechten in de Grondwet moeilijk voorstelbaar wordt geacht (par. 6). Ons betoog is dan ook tweeledig: waar we enerzijds beargumenteren dat het opnemen van een materiële beperkingseis van belang is vanuit het perspectief van juridische meerwaarde, zal een nadere (politieke) discussie over de vormgeving daarvan anderzijds kunnen bijdragen aan het besef dat ook sociale rechten wel degelijk voor rechterlijke toetsing vatbaar zijn.

2 ‘MEERWAARDE’ IN DE DISCUSSIE OVER CONSTITUTIONELE TOETSING

In de Hoofdlijnenbrief over constitutionele toetsing spreekt het kabinet zich uit voor de invoering van rechterlijke toetsing van wetten aan grondwettelijke grondrechtenbepalingen om meer rechtsbescherming aan burgers te bieden en daarmee de rechtspositie van burgers ten opzichte van de overheid te versterken.²⁵ Een dergelijk belangrijk streven roept meteen de vraag op hoe dit in de praktijk gerealiseerd gaat worden.²⁶ Anders gezegd, hoe zorgt rechterlijke toetsing aan de Grondwet ervoor dat burgers daadwerkelijk meer rechtsbescherming genieten dan nu het geval is?

23 Dit betekent dat wij de vraag of daadwerkelijke meerwaarde ook verlangt dat de reikwijdte en formulering van grondwettelijke grondrechten wordt gemoderniseerd hier laten rusten (zie hierover bijv. Gerards 2023; Julicher 2020).

24 Daar wordt de huidige beperkingssystematiek immers vooral genoemd als reden voor de meerwaarde van toetsing, zie nader par. 2.

25 Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing, *Kamerstukken II 2021/22*, 35925 VII, nr. 1169, p. 3.

26 Zie ook Vetzo 2022. Vetzo wijst er onder meer op dat vooral de categorische afwijzing van toetsing aan sociale grondrechten en algemene rechtsbeginselen, zoals voorgesteld in de Hoofdlijnenbrief, vanuit het oogpunt van rechtsbescherming tegen het licht moet worden gehouden.

RECHTERLIJKE TOETSING AAN DE GRONDWETTELIJKE GRONDRECHTENBEPALINGEN

In het licht van de al bestaande mogelijkheid om formele wetten te toetsen aan een ieder verbindende verdragsbepalingen,²⁷ lijkt het doel om meer rechtsbescherming te bieden te veronderstellen dat toetsing aan de Grondwet meerwaarde heeft ten opzichte van toetsing aan verdragen, waaronder het voor Nederland zo belangrijke EVRM. In de Hoofdlijnenbrief zegt het kabinet hierover inderdaad dat ‘ten aanzien van vrijheidsrechten in verdragen ... de vrijheidsrechten van de Grondwet op onderdelen een toegevoegde waarde [hebben]’;²⁸ waarbij vervolgens drie aspecten worden genoemd. Allereerst wordt erop gewezen dat het recht op vrijheid van godsdienst en levensovertuiging (artikel 6 Grondwet), de vrijheid van drukpers (artikel 7 Grondwet), de verenigingsvrijheid (artikel 8 Grondwet) en de vrijheid van vergadering en betoging (artikel 9 Grondwet) op onderdelen specifiek zijn dan de overeenkomstige verdragsbepalingen. Het gaat dan bijvoorbeeld om de aard en het aantal van de legitieme beperkingsgronden. Bovendien mag voor de uitoefening van de vrijheid van drukpers geen voorafgaande toestemming of vergunning van de overheid worden verlangd.²⁹ Als tweede aspect wordt genoemd dat de Grondwet een aantal specifieke grondrechten kent die niet op dezelfde manier in internationale verdragen zijn terug te vinden, zoals het petitierecht (artikel 5 Grondwet), het recht op rechtsbijstand in civiele en bestuursrechtelijke geschillen (artikel 18 Grondwet), de algemene bepaling en het recht op een eerlijk proces in alle rechtsgedingen (artikel 17 Grondwet).³⁰ Tot slot komt de karakteristieke formele beperkingssystematiek van de Nederlandse Grondwet aan bod. Deze beperkingssystematiek houdt in dat beperkingen van grondwettelijke grondrechten een basis moeten hebben in een wet in formele zin of op zijn minst daartoe herleidbaar moeten zijn.³¹

Dat deze drie aspecten van de Grondwet worden genoemd als het gaat om de vraag of toetsing daaraan toegevoegde waarde kan hebben ten opzichte van toetsing aan een ieder verbindende verdragsbepalingen, verrast niet. Het betreft namelijk aspecten die stevast in de wetenschappelijke literatuur worden aangehaald in de discussie over de meerwaarde van de Grondwet; een discussie die al decennia wordt gevoerd.³² Vooral de formele beper-

27 Artt. 93-94 Gw.

28 Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing, *Kamerstukken II 2021/22*, 35925 VII, nr. 1169, p. 8.

29 *Ibid.*, p. 8.

30 *Ibid.*, p. 8. Nieuwenhuis en Dragstra hebben in dit verband ook gewezen op art. 2 lid 2 Gw (toelating en uitzetting van vreemdelingen) en art. 23 lid 7 Gw (besteding bijzonder onderwijs) (Nieuwenhuis & Dragstra 2008, p. 62).

31 Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing, *Kamerstukken II 2021/22*, 35925 VII, nr. 1169, p. 8.

32 Vetzo typeerde dit treffend als ‘haast geen staatsrechtelijk debat krijgt het stempel “evergreen” zo terecht opgedrukt als de meer dan 170 jaar oude discussie over de kwestie of de rechter formele wetten zou moeten kunnen toetsen aan de Grondwet’ (Vetzo 2022, p. 912). Vergelijkbaar is de constatering van Barkhuysen dat ‘er zijn weinig juridische debatten denkbaar in Nederland waarop het stempel “grijsgedraaide plaat” meer van toepassing is dan het debat over de opheffing van het verbod van toetsing van formele wetten aan de

A.E.M. LEIJTEN EN C.M.S. LOVEN

kingssystematiek die de Grondwet kent komt in deze discussie altijd terug en wordt wel de ‘sterkste troef’ van de Nederlandse grondrechtenbescherming genoemd.³³ Voordat we hier in paragraaf 3 nader op ingaan, staan we in deze paragraaf nog stil bij de eerste twee meerwaarde-aspecten die in de Hoofdlijnenbrief worden genoemd. Om scherp te krijgen hoe de meerwaarde in de praktijk precies vorm krijgt en, belangrijker, of het spreken van meerwaarde überhaupt terecht is, kan het namelijk geen kwaad om de genoemde aspecten nog eens onder de loep te nemen.

Wat betreft het eerste aspect, de beperkingsgronden, kan worden genoemd dat artikel 9 lid 2 Grondwet bepaalt dat de formele wetgever bevoegd is om de mogelijkheid tot beperking van het betogingsrecht te delegeren aan lagere regelgevers, maar uitsluitend ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden. Deze doelcriteria zijn geringer in aantal en specifiekere dan die in artikel 11 lid 2 EVRM zijn opgenomen.³⁴ Op basis van die laatste bepaling kunnen betogingen worden beperkt in het belang van de nationale of openbare veiligheid, ter voorkoming van wanordelijkheden en strafbare feiten, voor bescherming van de gezondheid of de goede zeden of de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Deze doelcriteria gelden volgens het EVRM ook voor de verenigingsvrijheid, terwijl op basis van artikel 8 Grondwet het recht tot vereniging enkel beperkt kan worden in het belang van de openbare orde. De Grondwet stelt op dit punt dus preciezere eisen dan het EVRM. Tegelijkertijd moet hierbij wel de kanttekening worden geplaatst dat aan de in de Grondwet opgenomen bevoegdheid van de formele wetgever om beperkingen te stellen vaak juist géén doelcriteria zijn verbonden. Dit geldt bijvoorbeeld voor beperking van de vrijheid van godsdienst (artikel 6 lid 1 Grondwet) en beperking van het betogingsrecht door de formele wetgever zelf (artikel 9 lid 1 Grondwet).³⁵

Zoals gezegd wordt in de Hoofdlijnenbrief ook het verbod van voorafgaande toestemming aangehaald. Artikel 7 Grondwet bepaalt dat niemand voorafgaand verlof nodig heeft om door de drukpers of andere middelen gedachten of gevoelens te openbaren en dat er geen voorafgaand toezicht is op de inhoud van radio- en televisie-uitzendingen. Kortgezegd kent de Grondwet dus een absoluut verbod van censuur. Dit wordt als een meerwaarde van de Grondwet gezien, omdat onder het EVRM preventieve maatregelen niet per definitie zijn uitgesloten. Opmerking verdient echter dat in de praktijk het EVRM op dit punt

Grondwet’ (Barkhuysen 2021, p. 3173). Voor een uitgebreide vergelijking van de bescherming die voortvloeit uit grondwettelijke grondrechten en het EVRM zie bijv.: Nieuwenhuis & Dragstra 2008.

33 Nieuwenhuis & Dragstra 2008, p. 29.

34 *Ibid.*, p. 64.

35 *Ibid.*, p. 27 en 64.

RECHTERLIJKE TOETSING AAN DE GRONDWETTELIJKE GRONDRECHTENBEPALINGEN

ook weer niet zoveel verschilt van de Grondwet.³⁶ Het is namelijk vaste EHRM-rechtspraak dat de gevaren rond preventieve beperkingen van de vrijheid van meningsuiting van dien aard zijn dat ze aan de strengst mogelijke controle moeten worden onderworpen.³⁷ Dit betekent dat preventieve beperkingen altijd een expliciete juridische basis moeten hebben waarin duidelijk is vastgelegd onder welke voorwaarden en in welke omstandigheden dergelijke maatregelen zijn toegestaan en waarin effectieve rechterlijke toetsing wordt gegarandeerd.³⁸ Daarnaast komt aan staten bij preventieve beperkingen maar een beperkte beoordelingsruimte (*margin of appreciation*) toe, waardoor het EHRM de proportionaliteit van de maatregel streng toetst. Tot slot kan wanneer het gaat om de meerwaarde van artikel 7 Grondwet ten opzichte van artikel 10 EVRM niet onvermeld blijven dat artikel 10 EVRM een ruimer toepassingsbereik kent. Zo vallen commerciële uitingen ook binnen het bereik van artikel 10 EVRM, terwijl in de Grondwet reclame is uitgezonderd van de vrijheid van meningsuiting (artikel 7 lid 4 Grondwet). Daarnaast volgt uit de rechtspraak van het EHRM dat onder het recht op vrijheid van meningsuiting ook het recht om informatie te ontvangen valt.³⁹ In het recentere Handvest van de Grondrechten van de EU is dit recht zelfs expliciet gecodificeerd (artikel 11 Handvest). Het grondwettelijke recht op vrijheid van meningsuiting omvat daarentegen geen recht om informatie te ontvangen. Daarmee laat het voorgaande zien dat de daadwerkelijke meerwaarde van de Grondwet op dit punt beperkt is.

Een vergelijkbare conclusie kan worden getrokken voor het tweede aspect dat in de Hoofdlijnenbrief wordt genoemd: grondwettelijke grondrechten die niet op dezelfde manier in internationale verdragen zijn terug te vinden. Hier wordt onder meer het recht op een eerlijk proces in alle rechtsgedingen aangehaald dat sinds 30 augustus 2022 in de Grondwet is te vinden (artikel 17 lid 1 Grondwet). Op papier heeft het grondwettelijke recht op een eerlijk proces inderdaad een groter toepassingsbereik dan artikel 6 EVRM. Anders dan artikel 6 EVRM beperkt artikel 17 lid 1 zich niet tot geschillen over de vaststelling van *burgerlijke* rechten en verplichtingen. Hierdoor is het ook van toepassing in vreemdelingenzaken en alle belastingprocedures; zaken die door het EHRM zijn uitge-

36 Zie ook Julicher 2019 die uitgebreid analyseert waarom de veronderstelling dat het huidige sterke censuurverbod in de Grondwet een veel krachtigere bescherming biedt dan het EVRM onjuist is.

37 EHRM 26 november 1991, nr. 13166/87, ECLI:CE:ECHR:1991:1126JUD001316687 (*Sunday Times/het Verenigd Koninkrijk* (Nr. 2)), par. 51.

38 EHRM 18 december 2012, nr. 3111/10, ECLI:CE:ECHR:2012:1218JUD000311110 (*Ahmet Yildirim/Turkije*), para. 64; EHRM 1 december 2015, nr. 48226/10, ECLI:CE:ECHR:2015:1201JUD004822610 (*Cengiz e.a./Turkije*), para. 62.

39 EHRM (GK) 8 november 2016, nr. 18030/11, ECLI:CE:ECHR:2016:1108JUD001803011 (*Maygar Helsinki Bizottság/Hongarije*).

zonderd van de toepassing van artikel 6 EVRM.⁴⁰ Tegelijkertijd past ook hier een kanttekening. Julicher heeft de stelling dat artikel 17 lid 1 Grondwet op meer situaties van toepassing is genuanceerd door te laten zien dat de Nederlandse rechter de reikwijdtebeperking van artikel 6 EVRM in de praktijk al enige tijd omzeilt.⁴¹ De Nederlandse rechter past de eisen die voortvloeien uit artikel 6 EVRM namelijk ook toe op procedures die strikt genomen buiten het toepassingsbereik vallen, zoals de genoemde vreemdelingenprocedures, geschillen in het niet-punitieve belastingrecht en procedures omtrent openbaarheid van informatie.⁴² Daarnaast biedt in deze zaken artikel 47 van het Handvest (recht op een eerlijk proces) vrijwel altijd aanvullende rechtsbescherming, omdat het vaak gaat om de uitvoering van EU-recht.⁴³ Tot slot is nog het vermelden waard dat ook wat betreft de materiële bescherming Julicher concludeert dat de toegevoegde waarde van artikel 17 lid 1 Grondwet beperkt is.⁴⁴

Een nadere bestudering van de eerste twee meerwaarde-aspecten die in de Hoofdlijnenbrief worden genoemd laat dus zien dat de daadwerkelijke meerwaarde van de Grondwet ten opzichte van een ieder verbindende verdragsbepalingen in de praktijk beperkt is. Vanwege de al bestaande mogelijkheid voor de rechter om te toetsen aan deze bepalingen, betekent dit dat afschaffing van het toetsingsverbod in ieder geval op deze punten weinig aanvullende rechtsbescherming zal opleveren. Nogmaals: we hebben het dan dus over juridische meerwaarde, en niet zozeer over een toenemende (symbolische) rol van de Grondwet als iets wat als zodanig nastrevenswaardig is. Op het aspect van de formele beperkingssystematiek gaan we in de volgende paragraaf nader in.

3 EEN FOCUS OP LEGALITEIT: TROEF OF TEKORTKOMING?

Het feit dat de Nederlandse Grondwet verlangt dat beperkingen van grondrechten vastgelegd zijn in of gebaseerd zijn op een wet in formele zin, waarmee de Tweede en Eerste Kamer hebben ingestemd, vormt een belangrijke waarborg. Het garandeert dat de beperkingen onderwerp zijn geweest van een politiek debat gevoerd door democratisch gekozen volksvertegenwoordigers. Het zorgt – althans in theorie – voor een open discussie waarin verschillende standpunten en belangen evenredig vertegenwoordigd zijn. Zodoen-

40 Voor een uitgebreide beschrijving van het toepassingsbereik (inclusief verwijzingen naar rechtspraak), zie bijvoorbeeld: EHRM, *Guide on Article 6 of the ECHR (civil limb)*, par. I. Zie over de meerwaarde van art. 17 lid 1 Gw verder de bijdrage van Rob Widdershoven aan deze bundel.

41 Julicher 2018, p. 41-42 en p. 44-45.

42 Julicher 2018, p. 42.

43 Zie nader de bijdrage van Rob Widdershoven aan deze bundel.

44 Julicher 2018, p. 48-57. Widdershoven is op dit punt iets positiever; zie zijn bijdrage verderop in deze bundel.

RECHTERLIJKE TOETSING AAN DE GRONDWETTELIJKE GRONDRECHTENBEPALINGEN

de kan worden gekomen tot een afgewogen oordeel. Bovendien is het formele wetgevingsproces met nadere waarborgen omkleed, zoals advisering door de Raad van State. Het belang van een formeelwettelijke basis werd ook erkend tijdens de coronapandemie. Het feit dat vergaande maatregelen in eerste instantie werden gebaseerd op noodverordeningen afkomstig van de veiligheidsregio's werd vanuit staatsrechtelijk oogpunt flink bekritiseerd.⁴⁵

Toch is er, zowel in theoretisch als in praktisch opzicht, ook wel iets af te dingen op de 'troef' die de sterke legaliteitseis wordt gezegd te vormen. Als het gaat om bescherming van grondrechten, denken we terecht vaak aan bescherming van minderheden ten opzichte van de Staat.⁴⁶ Waar een grondwet bevoegdheden toekent en publieke machtsuitoefening mogelijk maakt, vindt deze machtsuitoefening haar begrenzing in de in hetzelfde document opgenomen (vrijheids)rechten. Nu is het beeld van (klassieke) grondrechten als overheidsvrije ruimte een versimpelde voorstelling van de werkelijkheid: grondrechten zijn immers doorgaans niet absoluut en werken niet als 'troef' of 'schild' dat overheidsinmenging per definitie tegenhoudt.⁴⁷ Maar het omgekeerde kan ook niet waar zijn: dat de politieke meerderheid bepaalt wat het toepassingsbereik van grondrechten is. Een focus op competentie en legaliteit als het gaat om de beoordeling van beperkingen van grondrechten houdt niet in dat enkel de wetgever de (*prima facie*) reikwijdte van die rechten kan bepalen. Dat zou, zo wordt algemeen in de literatuur aangenomen, de bescherming van die rechten 'illusoir' maken.⁴⁸ Tegelijkertijd zorgt het er wel voor dat de politieke meerderheid kan besluiten tot (vergaande) beperking van grondrechten, ook als dit ten koste gaat van rechten van minderheden of van die rechten weinig overlaat. Zelfs als de wetgever het beste voorheeft met burgers (inclusief minderheden), kan wetgeving bovendien onbedoelde gevolgen hebben.⁴⁹

Het bijkomende praktische probleem is dat er vanwege de formele beperkingssystematiek 'bar weinig te toetsen' valt voor de Nederlandse rechter wanneer het toetsingsverbod wordt afgeschaft.⁵⁰ Stel dat een vergaande vrijheidsbeperking wordt vastgelegd in formele

45 Zie hierover ook Groen & Verhey 2020, p. 426, 432.

46 Dit neemt uiteraard niet weg dat grondrechten ook een (indirecte) horizontale werking kennen.

47 Ze verdienen geen voorrang onafhankelijk van de omstandigheden van het geval. Zie bijv. Alexy 2002.

48 In de woorden van Faigman 1992, p. 1528: 'The meaning of the Constitution derives from factors outside the will of the majority. If the Constitution operates as a bulwark against majority tyranny, the majority's reasons for acting cannot define what actions constitute tyranny.'

49 De recente kinderopvangtoeslagenaffaire heeft dat des te duidelijker gemaakt.

50 Vetzo 2022, p. 916. Ook de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak heeft opgemerkt dat wanneer toetsing door de rechter enkel ziet op de vraag of er sprake is van een formele wet, het opheffen van het toetsingsverbod dan in zoverre een lege huls lijkt (Brief van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak van 22 april 2022 aan de minister voor rechtsbescherming met een zienswijze over de invoering van

wetgeving en dus goedgekeurd is door (een meerderheid in) de Tweede en Eerste Kamer. Een rechter die op basis van de Grondwet beoordeelt of deze beperking is toegestaan, kan dan niet (veel) meer doen dan vaststellen dat de beperking inderdaad een formeelwettelijke grondslag heeft, en daarmee aan de eisen voldoet. Inhoudelijke beperkingseisen volgen niet uit de Grondwet. Een enkel grondwetsartikel bevat, zoals hierboven ook besproken, weliswaar doelcriteria die in samenhang moeten worden gelezen met het competentievoorschrift en zo de *carte blanche* van de wetgever wel degelijk enigszins beperken, maar de vraag of een beperking te ver gaat, oftewel noodzakelijk (subsidiair) en proportioneel is, hoeft naar de letter van de Grondwet niet te worden gesteld.

4 INHOUDELIJKE TOETSING: INSPIRATIE EN MOGELIJKHEDEN

In de huidige politieke en publieke discussie wordt de vraag of inhoudelijke beperkingseisen nodig zijn om constitutionele toetsing daadwerkelijk meerwaarde te laten hebben niet steeds gesteld, al moet worden gezegd dat dit in de rondetafeldiscussie die afgelopen februari plaatsvond in de Tweede Kamer wel goed over het voetlicht kwam.⁵¹ Wij staan hier in deze bijdrage ook bij stil, en hebben om te beginnen duidelijk gemaakt dat toetsing op basis van de in de Grondwet verankerde criteria tekort kan schieten. Zeker nu het EVRM wel een duidelijke ‘proportionaliteitseis’ kent, valt te zeggen dat – afgezien van enkele situaties die buiten het bereik van het EVRM vallen – toetsing aan de Grondwet niet snel voor meer bescherming zal zorgen.⁵² Zeker niet als die bescherming meer dient te omvatten dan een fatsoenlijk parlementair wetgevingsproces. De conclusie dat ook een meer materiële toetsing van belang is voor het creëren van meerwaarde, betekent echter nog niet per definitie dat het noodzakelijk is om de Grondwet op dit punt aan te passen. Om dit te illustreren staan wij in deze paragraaf achtereenvolgens stil bij de toetsing van het Belgische Grondwettelijk Hof aan de Belgische Grondwet en de mogelijkheid om inhoudelijke beperkingseisen in te lezen in de Nederlandse grondrechtencatalogus.

constitutionele toetsing, voetnoot 2). Zie ook Heringa 2019, p. 131; Schutgens 2007, p. 27; Schutgens 2022, p. 81; Zoethout 2022, p. 2072-2073.

51 Rondetafelgesprek van de vaste commissie voor binnenlandse zaken over constitutionele toetsing, 14 februari 2023, terug te kijken via www.debatgemist.tweedekamer.nl/debatten/constitutionele-toetsing, laatst geraadpleegd op 8 maart 2023.

52 Vgl. Gerards 2016, en zie bijv. ook diens bijdrage aan het rondetafelgesprek over constitutionele toetsing op 14 februari jl. (*Position paper rondetafelgesprek van de vaste commissie voor binnenlandse zaken over constitutionele toetsing*, via www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2023A00306, laatst geraadpleegd op 7 maart 2023).

RECHTERLIJKE TOETSING AAN DE GRONDWETTELIJKE GRONDRECHTENBEPALINGEN

België kende tot eind jaren tachtig van de vorige eeuw een verbod van toetsing aan grondwettelijke grondrechtenbepalingen.⁵³ Naast dit verbod hadden rechters wel de bevoegdheid tot toetsing aan internationale verdragen, waardoor, net als in Nederland, het EVRM en de rechtspraak van het EHRM een sterke positie hebben gekregen.⁵⁴ Een andere overeenkomst met Nederland is dat de Belgische grondrechtencatalogus bekendstaat om zijn formele beperkingssystematiek. Dit maakt het interessant om naar België te kijken voor de gevolgen van het opheffen van het toetsingsverbod voor de positie van grondwettelijke grondrechten en dan vooral wat in België wordt gezien als meerwaarde van grondwettelijke toetsing.

Het Belgische Grondwettelijk Hof, dat exclusief bevoegd is tot toetsing van formele wetten aan de Grondwet, beschouwt de waarborgen vervat in internationale verdragen en die in de Grondwet als een onlosmakelijk geheel.⁵⁵ Dit betekent dat het Grondwettelijk Hof bij toetsing aan grondwettelijke grondrechten deze grondrechten zoveel mogelijk uitlegt conform parallelle internationale verdragsbepalingen en daarbij streeft naar een zo hoog mogelijke bescherming.⁵⁶ Op basis van deze ‘verzoenende lezing’⁵⁷ toetst het Grondwettelijk Hof bijvoorbeeld bij het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel zowel aan de materiële dimensie van het legaliteitsbeginsel, zoals uitgewerkt in de rechtspraak van het EHRM, als aan de formele dimensie van het legaliteitsbeginsel, zoals opgenomen in de Belgische Grondwet.⁵⁸ Deze verzoenende lezing van grondwettelijke en internationale grondrechten wordt door Belgische wetenschappers als belangrijk gezien, omdat de afschaffing van het toetsingsverbod niet gepaard is gegaan met een structurele aanpassing van de grondrechtencatalogus en de formele beperkingssystematiek.⁵⁹

Dat het Belgische Grondwettelijke Hof daarnaast kan streven naar een zo hoog mogelijke bescherming wordt gefaciliteerd door bepalingen in het EVRM en het Handvest waarin is

53 In 1989 kreeg het Arbitragehof (later omgedoopt tot het Grondwettelijk Hof) de bevoegdheid om formele wetgeving te toetsen aan drie grondrechtelijke bepalingen (het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel en rechten en vrijheden inzake onderwijs). In 2003 is deze bevoegdheid uitgebreid tot toetsing aan alle bepalingen van titel II van de Grondwet. Voor een uitgebreide beschrijving van het Belgische systeem zie onder meer: Claes e.a. 2021; Lambrecht 2012; Lambrecht 2022.

54 Lambrecht 2012, p. 236; Lambrecht 2022, p. 407.

55 Belgisch Grondwettelijk Hof, 10 april 2008, nr. 61/2008, B.3.3. Voor meer voorbeelden zie Lambrecht 2012, vn. 52.

56 Claes e.a. 2021, p. 14; Lambrecht 2022, p. 408. Popelier plaatst hierbij wel de kanttekening dat deze hoogste bescherming niet altijd gerealiseerd wordt, zie Popelier 2011, p. 156.

57 Lambrecht 2012, p. 237.

58 Lambrecht 2012, p. 271. Zie bijvoorbeeld Grondwettelijk Hof 19 december 2007, nr. 154/2007, B.23.4-5. Voor meer verwijzingen naar rechtspraak zie: Lambrecht 2012, p. 244-246.

59 Lambrecht 2012, p. 237.

vastgelegd dat het staten vrij staat om meer bescherming te bieden.⁶⁰ Dit maakt de weg vrij voor nationale grondrechten om van meerwaarde te zijn. In België wordt inderdaad vooral dit aspect van toetsing aan de Grondwet beschouwd als belangrijk. Lambrecht zegt hier bijvoorbeeld over dat ‘het Grondwettelijk Hof een nationale grondrechtendynamiek verder [kan] uitbouwen door de EVRM-grondrechten in samenhang met de grondwettelijke grondrechten ook evolutief te interpreteren en op bepaalde punten verder te gaan dan het EHRM’.⁶¹

Dit is interessant in het licht van de op dit moment vaste rechtspraak in Nederland. Op basis van artikel 94 en artikel 120 Grondwet acht de Nederlandse rechter zich niet bevoegd om verdergaande bescherming te bieden dan op grond van de rechtspraak van bijvoorbeeld het EHRM mag worden aangenomen.⁶² Het bieden van meer bescherming dan uit de rechtspraak van het EHRM en het HvJEU voortvloeit wordt dus gezien als een bevoegdheid die enkel is voorbehouden aan de wetgever. We noemen deze benadering ook wel het ‘spiegelbeginsel’, nu het inhoudt dat de rechter de uitleg van EVRM-rechten door het EHRM spiegelt en er niet zijn eigen (verdergaande) bescherming aan verbindt.⁶³ Maar nu het toetsingsverbod aan deze benadering ten grondslag ligt, is de verwachting uitgesproken dat afschaffing van het toetsingsverbod ervoor kan zorgen dat de Nederlandse rechter zich vrijer voelt om bij toetsing aan Europese grondrechten verder te gaan dan de minimumuitleg door de Europese rechter.⁶⁴ Door een dergelijke ontwikkeling zou de burger aan rechtsbescherming winnen. Deze verwachting wordt gesteund door de beschreven situatie in België. Daar wordt de ruimte die het afschaffen van het toetsingsverbod heeft gegeven om meer bescherming te bieden dan bijvoorbeeld de minimumbescherming van het EVRM als een belangrijke meerwaarde gezien van toetsing aan grondwettelijke grondrechten.

In het verlengde van het voorgaande kan worden genoemd dat in Nederland is gepleit voor het inlezen van inhoudelijke beperkingseisen in de nationale grondrechtencatalogus. Zo was de regering in 2000 al eens van mening dat uit het karakter van grondrechten voortvloeit dat een beperking noodzakelijk moet zijn in een democratische samenleving

60 Art. 53 EVRM en art. 53 Handvest.

61 Lambrecht 2012, p. 241.

62 Dit bleek voor het eerst al in 1989 (HR 10-11-1989, ECLI:NL:HR:1989:AC1692), zij het wat impliciet en zonder toelichting. Voor de motivering zoals beschreven zie: HR 10-08-2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3598, r.o. 3.9; HR 16-12-2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, r.o. 3.3.3. Zie voor een recente toepassing ook Rechtbank Den Haag 14-12-2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:13394, r.o. 5.30.

63 Zie uitgebreid hierover: Gerards 2010, p. 235-240; Gerards 2020.

64 Zie bijvoorbeeld: Barkhuysen 2021, p. 3173; Gerards 2010, p. 253 e.v.; Nieuwenhuis & Dragstra 2008, p. 52; Vetzo 2022, p. 915-916.

RECHTERLIJKE TOETSING AAN DE GRONDWETTELIJKE GRONDRECHTENBEPALINGEN

en daarmee moet voldoen aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit.⁶⁵ Oftewel, inhoudelijke beperkingseisen zouden moeten worden ingelezen in de tekst van de Grondwet, waardoor het expliciet opnemen van een inhoudelijke toets overbodig zou zijn.⁶⁶ Een vergelijkbaar standpunt is recenter door verschillende auteurs naar voren gebracht. Zo betogen Groen en Verhey op basis van bestudering van parlementaire stukken dat uit de formele beperkingssystematiek niet kan worden afgeleid dat er geen materiële vereisten gelden waaraan beperkingen van grondwettelijke grondrechten dienen te voldoen.⁶⁷ Waar Groen en Verhey zich richten op materiële toetsing in het wetgevingsproces, kijken Schutgens en Heringa naar de rechter. Schutgens is van mening dat de Nederlandse rechter grondwettelijke grondrechten zou moeten interpreteren in het licht van vergelijkbare verdragsbepalingen.⁶⁸ Dit zou inhouden dat de grondwettelijke bepaling eisen van het verdragsgrondrecht, waaronder bijvoorbeeld materiële beperkingsvoorwaarden, ‘absorbeert’.⁶⁹ Daarbij geldt wel dat niet alle grondrechten uit de Grondwet een expliciete parallel hebben in verdragen die dit doel kunnen dienen. Heringa voegt toe dat de wetgever het inlezen van het EVRM in de Grondwet zou kunnen faciliteren door zich hierover bij de invoering van constitutionele toetsing positief uit te spreken in de toelichting. Ook zou de wetgever volgens Heringa een bepaling kunnen toevoegen waarmee de rechter expliciet de bevoegdheid wordt gegeven om het EVRM als interpretatiemiddel te gebruiken.⁷⁰

Het inlezen van inhoudelijke beperkingseisen in de grondwettelijke grondrechten zou mogelijk ook steun kunnen vinden in de algemene bepaling die in 2022 aan de Grondwet is toegevoegd. Sinds 30 augustus 2022 opent hoofdstuk 1 van de Grondwet met een onge nummerd artikel: ‘De Grondwet waarborgt de democratie, de rechtsstaat en de grondrechten’. Volgens de memorie van toelichting geeft deze algemene bepaling de contouren aan waarbinnen de Grondwet gelezen en begrepen dient te worden en fungeert het artikel dus als een interpretatiekader voor de overige grondwetsbepalingen.⁷¹ Dit betekent onder meer dat het aan de wetgever is om in geval van nieuwe wetgeving ervoor te zorgen dat de waarborgfunctie van de Grondwet, bijvoorbeeld de waarborging van grondrechten, wordt gerespecteerd.⁷² In de literatuur is opgemerkt dat dit zou kunnen door grondrechtenbepalende wetgeving structureel te toetsen op onder meer specificiteit, proportionaliteit,

65 *Kamerstukken II* 2000/01, 27460, nr. 1, p. 6.

66 Zie over dit toenmalige regeringsstandpunt ook Nieuwenhuis & Dragstra 2008, p. 27.

67 Groen & Verhey 2020, p. 448-449.

68 Schutgens 2007, p. 25; Schutgens 2022, p. 81.

69 Schutgens 2007, p. 25.

70 Heringa 2019, p. 132.

71 *Kamerstukken II* 2015/16, 34516, nr. 3, p. 9.

72 *Kamerstukken II* 2015/16, 34516, nr. 3, p. 9.

A.E.M. LEIJTEN EN C.M.S. LOVEN

subsidiariteit en kernrechterbiediging.⁷³ Dit illustreert dat bij afschaffing van het toetsingsverbod de rechter de ruimte zou kunnen hebben om op basis van de algemene bepaling een materiële toets in grondwettelijke grondrechten in te lezen.

5 MEERWAARDE VAN EEN EXPLICIETE INHOUDELIJKE BEPERKINGSEIS

Of het niet toch noodzakelijk is om een inhoudelijke beperkingseis zoals een proportionaliteitseis expliciet in de Grondwet op te nemen, is op voorhand lastig te zeggen. We weten immers niet hoe de rechter om zal gaan met de mogelijkheid van constitutionele toetsing van wetten in formele zin aan grondwettelijke grondrechten. Beargumenteed kan worden dat we dat best even kunnen afwachten, en waar nodig altijd nog aan de beperkingssystematiek kunnen sleutelen.⁷⁴ Ook bestaan er voorbeelden van toetsing van lagere regelgeving aan de Grondwet, waarbij de rechter niet nalaat ook iets te zeggen over de proportionaliteit daarvan.⁷⁵

Dit alles veronderstelt dat we het erover eens zijn dat een inhoudelijke toets nodig is en dat die de rechter niet onnodig veel macht in de schoot werpt. Zo wordt in de internationale discussie nog steeds gediscussieerd over de vraag of proportionaliteitstoetsing niet toch te ‘subjectief’ is.⁷⁶ Zeker in combinatie met ruim uitgelegde grondrechten ontstaat wel eens het beeld dat de rechter daarmee over ‘alles’ kan oordelen. Wij staan hier nu niet nader bij stil, maar stellen wel vast dat de discussie die de toevoeging van een inhoudelijke beperkingseis kan oproepen, eveneens reden kan vormen een voorstel met die strekking bij voorbaat niet in te dienen. Een focus op het ‘eenvoudige’ (gedeeltelijke) afschaffen van het grondwettelijke toetsingsverbod kan ook gezien de zware grondwetswijzigingsprocedure de voorkeur genieten. Ook in de onlangs gehouden rondetafelde discussie werd regelmatig opgeroepen het vooral ‘simpel te houden’.⁷⁷

Het gaat hier met name om een praktisch bezwaar, dat de meer principiële redenen voor opname van een expliciete beperkingsclausule niet mag overschaduwen. In de eerste plaats zorgt zo’n clausule voor duidelijkheid. Zowel constitutionele actoren als de burger

⁷³ Kortmann 2021, p. 448.

⁷⁴ Zie bijv. ook de bijdrage van Van Ettehoven aan het rondetafelgesprek over constitutionele toetsing op 14 februari jl., terug te kijken via www.debatgemist.tweedekamer.nl/debatten/constitutionele-toetsing, laatst geraadpleegd op 8 maart 2023.

⁷⁵ Rb. Amsterdam 19 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4057, r.o. 4.18-4.22; zie ook De Vries 2020.

⁷⁶ Zie, voor voorbeelden en een reactie daarop, Möller 2012.

⁷⁷ Rondetafelgesprek van de vaste commissie voor binnenlandse zaken over constitutionele toetsing, 14 februari 2023, terug te kijken via www.debatgemist.tweedekamer.nl/debatten/constitutionele-toetsing, laatst geraadpleegd op 8 maart 2023.

RECHTERLIJKE TOETSING AAN DE GRONDWETTELIJKE GRONDRECHTENBEPALINGEN

weten daarmee wat er van ze verlangd wordt respectievelijk wat zij van hun grondrechtenbescherming mogen verwachten. Bovendien wordt zo duidelijkheid verschaft over het karakter van de grondwettelijke grondrechten: het gaat niet om geïsoleerde vrijheden die door de wetgever (voor bepaalde doeleinden) mogen worden beperkt. De rechten waar het om gaat kunnen niet los worden gezien van de bescherming van het algemene belang en de bescherming van de (klassieke en sociale) rechten van anderen. Het benadrukken van een eis van proportionaliteit erkent deze relaties, omdat deze eis onder andere een belangenafweging inhoudt. Juist in die afweging wordt expliciet ruimte gemaakt voor de rechten en belangen van anderen, en voor het nader vormgeven van de relaties die onze gezamenlijke vrijheid kenmerken.⁷⁸

Een andere reden voor opnemings van materiële beperkingseisen is dat niet zonder meer kan worden aangenomen dat de rechter zijn ‘ongeschreven’ mogelijkheden ten volle benut. Zo kwam al aan de orde dat de Nederlandse rechter zich bij toetsing aan het EVRM over het algemeen vrij terughoudend opstelt door de uitleg van het EVRM door het EHRM in beginsel enkel te spiegelen.⁷⁹ Daarnaast heeft de recente ervaring van de toelagenaffaire laten zien dat van een ‘proportionaliteitscultuur’ niet automatisch sprake is als het gaat om handelen van de overheid dat ingrijpt in de fundamentele rechten en belangen van burgers. Een rechter die over zijn schaduw heen springt waar het de bescherming van grondrechten betreft wordt daarentegen niet zelden bekritiseerd.⁸⁰ De schijn van ‘rechterlijk activisme’ – door het ‘inlezen’ van eisen die voor de uitkomst van een zaak doorslaggevend kunnen zijn – kan (het vertrouwen in) de rechtsstaat duur komen te staan. Als de grondwetgever de rechter expliciet machtigt om te toetsen aan proportionaliteit, wordt dit legitimiteitsbezwaar (deels) ondervangen.

Hoe een inhoudelijke beperkingseis precies moet luiden, is voor discussie vatbaar. In navolging van het EVRM, en bovendien het grondrechtendiscours wereldwijd, ligt een (vorm van een) proportionaliteitseis het meest voor de hand. Een dergelijke eis toont doorgaans grote overlap met de – ook in Nederland terrein winnende – evenredigheidseis.⁸¹ Deze kan uiteenvallen in eisen van geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit in enge zin. Dat laatste onderdeel wordt gekenmerkt door een afweging tussen het individuele (grondrechtelijke) en het algemene belang (waarbij ook rechten van ande-

78 Nedelsky 2011; Leijten 2023.

79 Gerards 2010, p. 235-240; Gerards 2020.

80 Zo was er een hoorzitting/rondetafelgesprek in de Tweede Kamer op 9 maart 2020, getiteld ‘Dikastocratie?’, niet toevallig kort na het *Urgenda*-arrest van de Hoge Raad van 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006. Zie www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2020A00508, laatst geraadpleegd op 8 maart 2023.

81 Vgl. ABRvS 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 (conclusie Wattel en Widdershoven) en ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:516 (*Harderwijk*).

A.E.M. LEIJTEN EN C.M.S. LOVEN

ren aan de orde kunnen zijn), en wordt in theoretische literatuur soms als het belangrijkste aspect van de proportionaliteitstoets aangemerkt.⁸² In plaats van het opnemen van een proportionaliteitseis in de verschillende grondrechten (wat verschillende wijzigingen verlangt), is een generieke clause hiervoor goed denkbaar.

Hiervoor bestaat bovendien al een concreet voorstel. In 2010 presenteerde de Staatscommissie Grondwet (commissie-Thomassen) haar rapport.⁸³ Eén van de aanbevelingen daarin was het opnemen van een algemene beperkingsclausule. De voorgestelde formulering was als volgt: ‘1. Beperkingen van grondrechten gaan niet verder dan het doel van de beperking vereist. 2. De kern van grondrechten wordt niet aangetast.’⁸⁴ Het eerste lid bevat een vereiste van proportionaliteit, terwijl de tweede eis als ‘kernrechtbepaling’ kan worden aangemerkt. Dergelijke eisen beschermen de kern of het wezen van een grondrecht. Dat wil zeggen, hoe zwaarwegend de redenen voor een beperking ook mogen zijn, een grondrecht kan nooit zodanig beperkt worden, dat geen wezenlijk bestanddeel daarvan meer behouden blijft.⁸⁵ Een dergelijke generieke bepaling is bijvoorbeeld ook te vinden in artikel 52 lid 1 van het – nog relatief nieuwe – Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, waarin overigens ook met zoveel woorden het evenredigheidsbeginsel is opgenomen.

Het voorstel van de Staatscommissie Grondwet heeft tot nog toe geen navolging gekregen. Het is bovendien spijtig dat de latere Staatscommissie Parlementair stelsel, hoewel zij uitgebreid stilstaat bij het invoeren van constitutionele toetsing en de instelling van een constitutioneel hof, een dergelijke aanpassing in het geheel niet opwerpt. Wij denken dat het voeren van een nadere discussie over een algemene beperkingsclausule in ieder geval het voeren waard is. Dat geldt zeker als daadwerkelijke juridische meerwaarde van constitutionele toetsing als belangrijk wordt gezien.

6 BELANG VOOR DE DISCUSSIE OVER TOETSING AAN SOCIALE GRONDRECHTEN

Er is nog een andere reden voor het voeren van een discussie over een expliciete inhoudelijke beperkingseis. In de Hoofdlijnenbrief wordt de voorkeur uitgesproken voor toetsing aan klassieke grondrechten, waarmee de mogelijkheid tot toetsing aan sociale grondrech-

82 Alexy 2002.

83 Rapport Staatscommissie Grondwet, gepubliceerd als bijlage bij *Kamerstukken II* 2010/11, 31570, nr. 17.

84 *Ibid.*, p. 55.

85 Zie bijv. ook de *Wesensgehaltsgarantie* in art. 19, lid 2, van het Duitse *Grundgesetz*; Leijten 2018.

RECHTERLIJKE TOETSING AAN DE GRONDWETTELIJKE GRONDRECHTENBEPALINGEN

ten wordt uitgesloten.⁸⁶ De gedachte hierachter is dat sociale grondrechten overheidsingrijpen vergen om doelstellingen te realiseren. Volgens de ministers laten dergelijke inspanningsverplichtingen zich moeilijker door de rechter beoordelen, omdat het gaat om een afweging van verschillende belangen, zoals financiële, economische en maatschappelijke, waarbij keuzes moeten worden gemaakt die bij uitstek zijn voorbehouden aan de politiek.⁸⁷ Ook de Raad voor de Rechtspraak heeft aangegeven dat bij toetsing aan sociale grondrechten de rechter meer op de scheidslijn van politiek en recht moet opereren, waardoor het risico van een zekere politisering van het werk van de rechter bij toetsing aan sociale grondrechten groter zou zijn dan bij klassieke grondrechten.⁸⁸ Interessant in het licht van het beoogde doel van constitutionele toetsing is dat de Raad voor de Rechtspraak echter ook van mening is dat met het oog op versterking van de rechtsbescherming van zwakkeren in de samenleving het voorstelbaar is dat toetsing aan sociale grondrechten wordt overwogen.⁸⁹ Verder heeft Krommendijk betoogd dat uitsluiting van sociale grondrechten zich slecht verdraagt met internationale en Europese ontwikkelingen die illustreerend dat toetsing aan sociale grondrechten wel degelijk mogelijk en van toegevoegde waarde is.⁹⁰

Tot besluit van deze bijdrage willen wij betogen dat dit inderdaad zo is, en dat een nadere discussie over de inhoudelijke beperkingssystematiek er aan kan bijdragen dat toetsing aan sociale grondrechten niet automatisch onhaalbaar of onwenselijk wordt geacht. Met andere woorden: als we het – al dan niet door nader stil te staan bij de meerwaarde van toetsing aan de Grondwet – uitvoerig gaan hebben over de eisen die onze Grondwet stelt aan beperkingen van grondrechten, en daarmee de maatstaven die de rechter tot zijn beschikking heeft, dan werpt dit ook nieuw licht op de vraag of toetsing aan sociale rechten eveneens mogelijk moet zijn. Wij lichten dit kort toe.

In het bovenstaande werd duidelijk dat inhoudelijke of materiële beperkingseisen van belang zijn als we willen dat de rechter meer kan doen dan controleren of een grondrechtenbeperking een juiste wettelijke basis heeft en dus door een meerderheid van onze vertegenwoordigende organen wordt onderschreven. Het ‘recht om te stemmen’ – dat terugkomt in een formele beperkingseis – wordt over de band van dergelijke eisen aange-

86 Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing 1 juli 2022, *Kamerstukken II 2021/22*, 35925 VII, nr. 1169, p. 11.

87 *Ibid.*, p. 8. Zie ook Staatscommissie parlementair stelsel 2018, p. 202.

88 Raad voor de Rechtspraak, *Zienswijze van de Rechtspraak op rechterlijke constitutionele toetsing*, 27 mei 2022, te raadplegen via www.nederlandsegrondrechten.nl/images/pdf/Raad_voor_de_Rechtspraak_-_Constitutionele_toetsing.pdf, p. 3.

89 *Idem*.

90 Krommendijk 2022, p. 2070. Een vergelijkbaar punt is gemaakt door het College voor de Rechten van Mens (College voor de Rechten van de Mens, *Position paper rondetafelgesprek van de vaste commissie voor binnenlandse zaken over constitutionele toetsing*, 14 februari 2023, p. 3).

A.E.M. LEIJTEN EN C.M.S. LOVEN

vuld met een eis van een materiële rechtvaardiging.⁹¹ Die geeft de rechter handvatten, maar betekent allerm minst dat hij steeds zal bepalen wat ‘de beste’ inhoudelijke afweging was geweest. Idealiter wordt juist de wetgever door een dergelijke (mogelijke) toets uitdrukkelijker aangespoord gestalte te geven aan de verschillende grondrechten op een manier die recht doet aan vereisten van onder andere noodzakelijkheid en evenredigheid.⁹² Daarmee geven deze eisen de bescherming die (vrijheids)rechten bieden nader vorm.

Dit geldt ook voor sociale grondrechten: de norm als zodanig zegt weinig over de bescherming die zij kan bieden. Die betekenis ontstaat juist in samenspel met de inkleuring die de wetgever daaraan geeft middels wetgeving, en met de maatstaven waar die wetgeving vervolgens aan kan worden getoetst. Een verschil is dat het bij sociale grondrechten hoofdzakelijk⁹³ gaat om actieve bescherming door de overheid en dus om zogenoemde ‘positieve verplichtingen’. Het eventuele nalaten van de overheid om die verplichtingen na te komen is niet altijd eenvoudig te toetsen aan eisen van legaliteit; de vraag is immers ook of (meer) maatregelen hadden moeten worden genomen. Wel kan het doen en laten van de overheid op terreinen als huisvesting, gezondheidszorg, en bestaanszekerheid worden onderworpen aan materiële eisen.⁹⁴

Natuurlijk moet hierbij rekening worden gehouden met de beoordelingsruimte van de wetgever, die te maken heeft met een beperkt budget en die politiek gevoelige keuzes moet maken.⁹⁵ Internationale ervaringen laten zien dat in plaats van een eis van proportionaliteit met meerdere subonderdelen (geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit), dan bijvoorbeeld ook eerder een eis van ‘reasonableness’ (‘redelijkheid’) passend wordt geacht.⁹⁶ ‘Redelijkheid’ veronderstelt consistentie en een duidelijke motivering, en het feit dat geen sprake mag zijn van discriminatie.⁹⁷ Maar deze eis maakt ook bij voorbaat duide-

91 Kumm 2010.

92 Vgl. bijv. Afdeling advisering Raad van State, Advies verbod op ongerichte reclame voor online kansspelen, W16.22.00132/II, 2 januari 2023, p. 5, waar de wetgever op de vingers wordt getikt voor het gebrekkig toelichten van de proportionaliteit van een maatregel.

93 Wat niet wegneemt dat positieve verplichtingen ook en vaak worden erkend als sprake is van klassieke vrijheidsrechten. De rechtspraak van het EHRM biedt hiervan talloze voorbeelden, maar zie voor het eerst EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74, ECLI:CE:ECHR:1979:0613JUDO006833/74 (*Marckx/België*). Omgekeerd brengen ook sociale rechten negatieve verplichtingen met zich.

94 Overigens zijn daarvoor in de tekst van de Grondwet ook aanknopingspunten te vinden.

95 Vgl. art. 2(1) IVESCR: ‘Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually and through international assistance and co-operation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures.’

96 O’Connell 2012, p. 57, verwijzend naar de toetsing door het Zuid-Afrikaanse constitutionele hof aan de sociale grondrechten in de Zuid-Afrikaanse constitutie, zie bijv. *Government of the Republic of South Africa v. Grootboom and Others* 2001 (1) SA 46 (CC) (*Grootboom*).

97 Zie nader Young 2017.

RECHTERLIJKE TOETSING AAN DE GRONDWETTELIJKE GRONDRECHTENBEPALINGEN

lijk dat meerdere ‘redelijke’ alternatieven aanwezig zijn en de rechter dus niet zomaar in het vaarwater van de wetgever kan komen. Om een voorbeeld te geven: een recht op toegang tot huisvesting (of, volgens artikel 22 lid 2 Grondwet: ‘Bevordering van voldoende woonegelegenheid is voorwerp van zorg der overheid’) houdt per definitie geen individueel, claimbaar recht op een passende woning voor een ieder in.⁹⁸ Maar je kunt wel verlangen dat het beleid dat een overheid in dit kader voert redelijk is en in elk geval de belangen van groepen die moeilijk aan een betaalbare woning kunnen komen in ogenschouw neemt. Bovendien wordt wel aangenomen dat een teruggang in het niveau van sociale grondrechten steeds noodzakelijk en proportioneel moet zijn.⁹⁹ Ook zijn op basis van – ook door Nederland geratificeerde – internationale verdragen minimum-kernverplichtingen geïdentificeerd, die verhelderen wat een Staat ‘in elk geval’ moet doen om aan zijn verplichtingen te voldoen.¹⁰⁰ Al met al bieden internationale ervaringen met vereisten van *reasonableness* en *core obligations* – en de discussie daarover – inspiratie voor een toetsing aan sociale grondrechten die zowel effectief is als de beperkingen van de positie van de rechter in ogenschouw neemt.

Hier ontbreekt de ruimte om uitgebreid stil te staan bij de verschillende sociale grondrechten zoals die zijn opgenomen in de Nederlandse Grondwet,¹⁰¹ en bij de manier waarop die met behulp van inhoudelijke eisen ‘werkbaar’ en ‘toetsbaar’ kunnen worden gemaakt.¹⁰² Ons punt is hier vooral dat wanneer de grondwetgever die eisen niet uitvoerig bespreekt het risico bestaat dat sociale grondrechten haast per definitie ongeschikt lijken voor toetsing.¹⁰³ Dat is echt te kort door de bocht. Juist als we zoeken naar meerwaarde van constitutionele toetsing, bieden de sociale grondrechten bovendien veel kansen. Nu wij leven in een sociale rechtsstaat waarin de overheid zich actief inlaat met vele aspecten van ons leven, vormen sociale grondrechten een belangrijk aanknopingspunt voor overheidshandelen. Ze vormen een rechtvaardiging voor- en aansporing tot wetgeving en beleid op terreinen als huisvesting, zorg, sociale zekerheid, milieu en klimaat, en daarmee ook een belangrijke toelichting op beperkingen van vrijheden die soms noodzakelijk worden geacht. Wederom vormt de coronapandemie een belangrijk voorbeeld. De vraag die

98 Vgl. Vols 2022, p. 152.

99 Vgl. de brief van de Chairperson van de Committee on Economic, Social and Cultural Rights van 16 mei 2012, ten tijde van de economische en financiële crisis, CESCR/48th/SP/MAB/SW.

100 Zie de verschillende *General Comments* van het CESCR. Zie hierover nader Leijten 2018, par. 5.1, 6.2.

101 Zie nader, bijv. de verschillende grondrechtencommentaren, hoewel die (bijv. Ellian & Rijkema 2022) niet altijd uitgebreid ingaan op de sociale grondrechten. Zie wel Hirsch Ballin e.a. 2021 en www.nederlandrechtsstaat.nl/grondwet, laatst geraadpleegd op 8 maart 2023.

102 Internationale ervaringen, zoals die van het CESCR en de Constitutie van Zuid-Afrika en het constitutionele hof aldaar, vormen in elk geval een goed startpunt hiervoor. Vgl. Leijten 2018; Loenen 2019.

103 Zie over de ontorechte dichotomie tussen klassieke en sociale grondrechten bovendien Krommendijk 2022; Vetzo 2022, p. 917.

A.E.M. LEIJTEN EN C.M.S. LOVEN

centraal stond was niet alleen: werden individuele vrijheden voldoende beschermd, doordat (vergaande) beperkingen steeds een formeelwettelijke basis hadden en noodzakelijk en proportioneel waren? Ook van belang was het perspectief van de sociale rechten, gezondheid en gezondheidszorg voorop, dat uiteraard onlosmakelijk verbonden was met de genomen vrijheidsbeperkende maatregelen.¹⁰⁴

Daarbij zij ook nog maar eens herhaald dat ook klassieke grondrechten sociale bescherming verlangen.¹⁰⁵ Wordt constitutionele toetsing aan klassieke vrijheidsrechten mogelijk, dan zal dit ook in de Nederlandse jurisprudentie terug te zien zijn. Temeer als de rechter werkt met materiële eisen die werkbaar zijn bij het beoordelen van positieve verplichtingen. Ook dit geeft aan dat constitutionele toetsing aan sociale grondrechten niet per definitie een brug te ver is, maar juist het logische verlengde vormt van de plannen voor (materiële) toetsing zoals die hierboven zijn besproken.

7 AFSLUITING

Alhoewel het toetsingsverbod één van de kenmerkende bepalingen in de Nederlandse Grondwet is, en bovendien illustratief is voor het feit dat onze Grondwet een statisch en bijzonder lastig te veranderen document is, heeft deze bijdrage laten zien dat het steeds meer de vraag is hoe lang dit nog geldt. Centraal in deze ontwikkeling staat de Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing van de ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en voor Rechtsbescherming, waarmee de discussie over het toetsingsverbod weer een nieuw leven is ingeblazen. De belangrijkste boodschap van deze brief is immers dat gestreefd moet worden naar het afschaffen van het toetsingsverbod om zo burgers meer rechtsbescherming te bieden. In deze bijdrage hebben wij deze boodschap tegen het licht gehouden door dieper in te gaan op de juridische meerwaarde van constitutionele toetsing in Nederland. Belangrijk hierbij is dat de mogelijk op handen zijnde verandering van de Grondwet brede implicaties kan hebben. Het mogelijk maken van constitutionele toetsing heeft namelijk ook gevolgen voor de verhouding tussen de wetgever en de rechter en kan ervoor zorgen dat ook de interpretatie van grondwettelijke grondrechten een ontwikkeling gaat doormaken.

De analyse laat zien dat de juridische meerwaarde van toetsing aan grondwettelijke grondrechten beperkt is door de al bestaande mogelijkheid van toetsing aan een ieder verbindende bepalingen van internationaal recht, in het bijzonder die uit het EVRM. De ver-

104 Zie bijv. Leijten 2020.

105 Krommendijk 2022; Vetzo 2022, p. 916-917.

RECHTERLIJKE TOETSING AAN DE GRONDWETTELIJKE GRONDRECHTENBEPALINGEN

schillen tussen de Grondwet en het EVRM die in de Hoofdlijnenbrief worden aangehaald zijn beperkt in aantal en daarnaast blijkt dat de toegevoegde waarde van de Grondwet ten opzichte van het EVRM in de praktijk minimaal is. De formele beperkingssystematiek geldt, zoals in de discussie vaak genoeg is benadrukt, als belangrijkste troef van onze Grondwet. Ook de meerwaarde van deze troef verdient echter nuancering gelet op het belang van het toetsen van grondrechtenbeperkingen aan inhoudelijke eisen als proportionaliteit en subsidiariteit.

Hoewel beargumenteerd kan worden dat het niet noodzakelijk is een materiële beperkingseis *expliciet* in de Grondwet op te nemen, heeft dat toch belangrijke voordelen. Bovendien hebben wij laten zien dat het van belang is om het hier in elk geval over te hebben in aanloop naar constitutionele toetsing, niet in de laatste plaats omdat een doorwrochte discussie over door de rechter te gebruiken toetsingsmaatstaven ook nader licht kan werpen op de mogelijkheden voor toetsing aan sociale grondrechten, die momenteel ten onrechte grotendeels worden ontkend.

LITERATUURLIJST

Alexy 2002

R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford: Oxford University Press 2002 (vertaald door J. Rivers).

Barkhuysen 2021

T. Barkhuysen, 'Toetsing aan de Grondwet: uitweg of uitvlucht?', *NJB* 2021/210, afl. 38, p. 3173.

Claes e.a. 2021

M. Claes, A.W. Heringa, M. van der Sluis en M. Stremmer, *Rechtsvergelijkend onderzoek constitutionele toetsing*, Maastricht: Maastricht University 2021.

Ellian & Rijkema 2022

A. Ellian & B. Rijkema, 'Inleiding – Constitutionele cultuur in Nederland', in: A. Ellian & B. Rijkema (red.), *Een nieuw commentaar op de Grondwet*, Den Haag: Boom filosofie, p. 17-24.

Faigman 1992

D.L. Faigman, 'Reconciling Individual Rights and Government Interests: Madisonian Principles versus Supreme Court Practice', *Virginia Law Review* 1992, p. 1512-1580.

A.E.M. LEIJTEN EN C.M.S. LOVEN

Gerards 2010

J.H. Gerards, 'Samenloop van nationale en Europese grondrechtenbepalingen – hoe moet de rechter daarmee omgaan?', *TvCR* 2010, afl. 3, p. 224-255.

Gerards 2012

J.H. Gerards, 'Oordelen over grondrechten – rechtsvinding door de drie hoogste rechters in Nederland', in: H. den Tonkelaar & L. de Groot, *Rechtsvinding op veertien terreinen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 9-51.

Gerards 2016

J.H. Gerards, 'The Irrelevance of the Netherlands Constitution, and the Impossibility of Changing it', *Revue Interdisciplinaire d'études Jurisdiques* 2016/2, vol. 77, p. 209-233.

Gerards 2020

J.H. Gerards, 'Spiegel of lachspiegel? Over het EVRM en het Urgenda-arrest', *blog.montaigne-centre.com*, 5 februari 2020.

Gerards 2023

J.H. Gerards, *Position paper t.b.v. rondetafelgesprek constitutionele toetsing d.d. 25 januari 2023*, online via: https://www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissie-vergaderingen/details?id=2023A00306.

Groen & Verhey 2020

L.C. Groen & L.F.M. Verhey, 'De betekenis van grondwettelijke grondrechten voor de wetgever: dode letter of zelfstandig ijkpunt?', *RegelMaat* 2020/35, afl. 6, p. 426-449.

Heringa 2019

A. Heringa, 'Het is er niet en toch wel. Over het toetsingsrecht', in: A. Heringa en J. Schinkelshoek (red.), *Groot onderhoud of kruimelwerk. Ongevraagd commentaar op de aanbevelingen van de Staatscommissie Parlementair Stelsel*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 125-134.

Hirsch Ballin e.a. 2021

E.M.H. Hirsch Ballin, E.J. Janse de Jonge en G.J. Leenknecht (red.), *Uitleg van de Grondwet*, Den Haag: Bju 2021.

RECHTERLIJKE TOETSING AAN DE GRONDWETTELIJKE GRONDRECHTENBEPALINGEN

Julicher 2018

M. Julicher, 'Het recht op een eerlijk proces in het EVRM, het Handvest en ... de Grondwet! Een verrijking voor de individuele rechtsbescherming in Nederland?', *TvCR* 2018, afl. 1, p. 36-57.

Julicher 2019

M. Julicher, 'Red het censuurverbod: schaf het af!', *TvCR* 2019, afl. 3, p. 184-210.

Julicher 2020

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. Universiteit Utrecht 2020.

Kortmann 2021

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2021.

Krommendijk 2022

J. Krommendijk, 'Meer rechtsbescherming, maar niet teveel. De jammerlijke uitsluiting van constitutionele toetsing aan sociale grondrechten', *NJB* 2022, afl. 26, p. 2070-2071.

Kumm 2010

M. Kumm, 'The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review', *Law and Ethics of Human Rights* 2010, afl. 2, p. 141-175.

Lambrecht 2012

S. Lambrecht, 'De meerwaarde van een grondwettelijke catalogus van grondrechten in een gelaagd systeem van grondrechtenbescherming', *Jura Falconis* 2012, afl. 2, p. 227-276.

Lambrecht 2022

S. Lambrecht, *Convention through States' eyes. Embedding of the European Convention on Human Rights in States Parties* (diss. Antwerpen), Universiteit Antwerpen 2022.

Leijten 2018

A.E.M. Leijten, *Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2018.

A.E.M. LEIJTEN EN C.M.S. LOVEN

Leijten 2020

A.E.M. Leijten, 'Casus mondkapjesplicht: is onze beperkingssystematiek nog wel grondrechtenproof?', *nederlandrechtsstaat.nl*, 13 augustus 2020.

Leijten 2023

A.E.M. Leijten, *Grondrechten, grondvertrouwen en de relationele constitutie*, inaugurele rede Tilburg University 14 april 2023.

Leijten & But e.a. 2022

Leijten & But e.a., 'Twitteren over grondrechten in tijden van de pandemie: startpunt voor discussie of stok om mee te slaan?', *NJB* 2022, afl. 17, p. 1372-1379.

Loenen 2019

M.L.P. Loenen, 'Vijf jaar klachtrecht onder het verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten. Een analyse van de jurisprudentie in het licht van het debat over rechterlijke toetsing aan sociale rechten', *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten* 2019, afl. 2, p. 103-128.

Möller 2012

K. Möller, *The Global Model of constitutional Rights*, Oxford: Oxford University Press 2012.

Nedelsky 2011

J. Nedelsky, *Law's Relations: A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Oxford: Oxford University Press 2011.

Nieuwenhuis & Dragstra 2008

A. Nieuwenhuis & L. Dragstra, 'Van minimum, tekort en meerwaarde. Een vergelijking tussen de grondwettelijke bescherming van grondrechten en de bescherming op grond van het EVRM', *Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht* 2008, p. 11-74.

O'Connell 2012

P. O'Connell, *Vindicating Socio-Economic Rights: Comparative Judicial Engagement*, Londen: Routledge 2012.

Oomen 2009

B. Oomen, 'Constitutioneel bewustzijn in Nederland: van burgerzin, burgerschap en de onzichtbare grondwet', *Recht der Werkelijkheid* 2009, afl. 2, p. 55-79.

RECHTERLIJKE TOETSING AAN DE GRONDWETTELIJKE GRONDRECHTENBEPALINGEN

Oomen en Lelieveldt 2008

B. Oomen en H.T. Lelieveldt, 'Onbekend maar niet onbemind. Wat weet en vindt de Nederlander van de Grondwet?', *NJB* 2008, afl. 10, p. 577-578.

Popelier 2011

P. Popelier, 'Belgium, The supremacy dilemma: the Belgian Constitutional Court caught between the European Court of Human Rights and the European Court of Justice', in: P. Popelier, C. Van de Heyning, P. Van Nuffel (red.), *Human rights protection in the European legal order: the interaction between the European and national courts*, Cambridge: Intersentia 2011, p. 149-171.

Raad voor de Rechtspraak 2022

Raad voor de Rechtspraak, *Zienswijze van de Rechtspraak op rechterlijke constitutionele toetsing*, 27 mei 2022.

Schutgens 2007

R.J.B. Schutgens, 'Het voorstel-Halsema en de toetsbaarheid van de wet', *RegelMaat* 2007, afl. 1, p. 12-27.

Schutgens 2022

R.J.B. Schutgens, 'Art. 120 Gw: schrappen volstaat. Enige bedenkingen bij het instellen van een constitutioneel hof in Nederland', *RMThemis* 2022, afl. 3, p. 81-84.

Sillen 2020

J.J.J. Sillen, 'De relatieve betekenis van de Grondwet voor de wetgever. Een beschouwing over de Nederlandse juridische grondwetscultuur in de twintigste eeuw', *RegelMaat* 2020, afl. 35, p. 400-411.

Staatscommissie parlementair stelsel 2018

Eindrapport Staatscommissie parlementair stelsel, *Lage drempels, hoge dijken. Democratie in balans*, Amsterdam: Boom 2018.

Vetzo 2022

M. Vetzo, 'Constitutionele toetsing anno 2022: tussen dikastocratie en toeslagenschandaal', *Ars Aequi* november 2022, p. 912-919.

A.E.M. LEIJTEN EN C.M.S. LOVEN

Vols 2022

M. Vols, 'Het recht op huisvesting en de Nederlandse Grondwet. Een analyse van artikel 22 lid 2 Grondwet: het recht op voldoende woongelegenheden', *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten* 2022, afl. 2, p. 147-167.

De Vries 2020

K.M. de Vries, 'Het recht op privéleven en aanverwante rechten', in J.H. Gerards (red.), *Grondrechten. De nationale, Europese en internationale dimensie*. Nijmegen: Ars Aequi Libri 2020, p. 145-186.

Young 2017

K.G. Young, 'Proportionality, Reasonableness, and Socio-Economic Rights', in: V.C. Jackson en M. Tushnet (red.), *Proportionality. New Frontiers, New Challenges*, Cambridge: Cambridge University Press 2017, p. 221-247.

Zoethout 2022

C. Zoethout, 'Goed plan om alle rechters aan de Grondwet te laten toetsen. Maar wel eerst de grondrechten herformuleren', *NJB* 2022, afl. 26, p. 2072-2073.