



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## **Toetsing van formele wetgeving aan rechtsbeginselen: de rechter moet de harmonisatiewetblokkade opheffen**

Barkhuysen, T.

### **Citation**

Barkhuysen, T. (2022). Toetsing van formele wetgeving aan rechtsbeginselen: de rechter moet de harmonisatiewetblokkade opheffen. *Nederlands Juristenblad*, 97(30), 2405.  
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3502316>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3502316>

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

# Toetsing van formele wetgeving aan rechtsbeginselen: de rechter moet de harmonisatiewetblokkade opheffen

**30** Het kabinet is voornemens een grondwetwijzigingsprocedure te starten om constitutionele toetsing van formele wetgeving mogelijk te maken door aanpassing van artikel 120 Grondwet. Uit zijn hoofdlijnenbrief van 1 juli 2022 aan de Tweede Kamer blijkt een voorkeur voor toetsing door iedere rechter aan met name genoemde grondwetsbepalingen over vrijheidsrechten, waarbij de rechter in een bindend rechterlijk oordeel in een concreet aan hem voorliggend geval een wet of wetsbepaling buiten toepassing kan laten wegens strijd met de Grondwet.

Sinds de Hoge Raad met het *Harmonisatiewetarrest* uit 1989 de reikwijdte van het toetsingsverbod uitbreidde, staat artikel 120 Grondwet eveneens in de weg aan toetsing van formele wetgeving aan algemene rechtsbeginselen, zoals het rechtszekerheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel, met een theoretische uitzondering voor niet door de wetgever verdisconteerde omstandigheden (ECLI:NL:HR:1989:AD5725), maar over de houdbaarheid daarvan is de hoofdlijnenbrief ambivalent. Het kabinet merkt daarin op dat, in het licht van de rechtsontwikkeling, een nadrukkelijke afwijzing op voorhand van elke vorm van toetsing aan rechtsbeginselen niet meer voor de hand ligt. Verder wijst het erop dat de jurisprudentiële ontwikkeling hierover nog volop in beweging is en dat het deze volgt om te bezien wat onder de gegeven omstandigheden een passend vervolg is.

Het belang van de mogelijkheid van toetsing van formele wetten aan rechtsbeginselen mag ondertussen niet worden onderschat. Toetsing daaraan heeft grote meerwaarde boven louter toetsing aan de grondwettelijke vrijheidsrechten. Die laatste kennen een formele beperkings-systematiek waarbij de proportionaliteit van een beperking er niet toe doet zolang er maar een wettelijke basis bestaat. Bovendien biedt de route van toetsing aan EVRM-rechten of aan EU-normen, waarbij de proportionaliteit van een beperking wel een relevante factor is, niet altijd soelaas. Simpelweg omdat niet elke belangenaantasting van burgers leidt tot een inmenging in een EVRM-recht of een EU-norm. De toelagenaffaire illustreert dat. Daar betoogde de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak dat de rechter de wet, ondanks de keiharde gevolgen daarvan, evenmin opzij had kunnen zetten met een beroep op het EVRM of het EU-recht, terwijl toetsing aan het evenredigheidsbeginsel vanwege het *Harmonisatiewetarrest* niet mogelijk was (NJB 2021/101).

Het voorgaande laat zien dat het mogelijk maken van toetsing aan rechtsbeginselen een urgente kwestie is die niet op de lange baan mag worden geschoven als het gaat om het voorkomen, en zo nodig wegnemen, van onevenredige gevolgen van formele wetgeving voor burgers. Blijkens de hoofdlijnenbrief zal de beoogde wijziging van artikel 120 Grondwet dit onderwerp echter niet adresseren. En zelfs als dit wel het geval zou zijn, moeten we ons realiseren dat het daarbij gaat om een langdurig proces met een serieus afbreukrisico. Dit laatste met name

vanwege de eis van een tweederdemeerderheid bij de tweede lezing in het parlement.

Gelukkig ligt er nu een zaak bij de Grote Kamer van de Afdeling bestuursrechtspraak die de kans biedt om de Harmonisatiewetblokkade voor toetsing aan algemene rechtsbeginselen op korte termijn op te heffen. Staatsraden advocaat-generaal Wattel en Widdershoven adviseren die kans aan te grijpen en de ruime, niet uit de tekst volgende uitleg die de Hoge Raad gaf aan artikel 120 Grondwet te heroverwegen (ECLI:NL:RVS:2021:1468). Staatsraad advocaat-generaal Sniijders wil zover niet gaan. Volgens hem zit er niet zoveel rek in het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet. Sniijders ziet echter wel veel meer ruimte dan toe nu toe werd aangenomen om de toepassing van formele wetten door middel van (beginselconforme) wetsinterpretatie en contra legem toepassing van – alle – rechtsbeginselen te corrigeren wanneer die zou leiden tot strijd met deze beginselen. Bij wetsinterpretatie zou in dat verband de tekst van de wet bepalend moeten zijn en niet tevens de wetsgeschiedenis. En bij de *contra legem* toepassing moet het weliswaar gaan om niet door de wetgever verdisconteerde omstandigheden, maar Sniijders lijkt relatief snel aan te nemen dat daarvan sprake is. Een correctie van de wet op deze gronden hoeft volgens Sniijders bij evidente strijd met rechtsbeginselen bovendien niet beperkt te blijven tot uitzonderlijke of bijzondere gevallen (ECLI:NL:RVS:2022:1441; vgl. Becker, *NJB* 2022/1944).

Hoewel Sniijders de nodige stappen in de goede richting zet, verdient het de voorkeur wanneer de Grote Kamer van de Afdeling bestuursrechtspraak Wattel en Widdershoven zou volgen. De benadering van Sniijders kan namelijk nog steeds leiden tot debat over al dan niet verdisconteerde omstandigheden met rechtsonzekerheid over de armslag van de rechter als gevolg. Bovendien biedt zijn benadering geen waarborg tegen een wetgever die een wettekst immuun maakt tegen een beginselconforme uitleg. Daarnaast gaf de Hoge Raad, zoals Wattel en Widdershoven ook laten zien, in het *Harmonisatiewetarrest* argumenten voor en tegen een verbod op toetsing aan beginselen, maar achtte alles afwegende de tijd nog niet rijp voor een beperktere uitleg van het toetsingsverbod. Dat ligt nu anders. De Tweede Kamer is blijkens een motie vrijwel unaniem van mening dat de rechter een wet die onevenredig uitpakt moet kunnen corrigeren (vgl. *Kamerstukken II* 2020/21, 35 510, nrs. 15 en 31). En ook het kabinet laat daarvoor blijkens de hoofdlijnenbrief de ruimte. Daarbij is de invloed van het EVRM en het EU-recht sindsdien alleen maar groter geworden waardoor de ruimte van de rechter om formele wetten te corrigeren op terreinen waarop dat van toepassing is fors is toegenomen. Daardoor is het des te moeilijker te rechtvaardigen wanneer de rechter dit daarbuiten niet kan met alle nadelige gevolgen van dien voor burgers.

De bal ligt daarmee dus voor open doel. Hopelijk schiet de Grote Kamer deze er nu snel in.

**Tom Barkhuysen**