

ARTIKEL 17 LID 1 GRONDWET ÉÉN JAAR IN WERKING Het (potentiële) gebruik van die bepaling in de strafrechtspraak

Mikhel Timmerman *

Samenvatting | In de parlementaire geschiedenis en literatuur worden verschillende functies van de recente grondwettelijke codificatie van het recht op een eerlijk proces onderscheiden. Zo wordt aan de opnemings van dit recht in artikel 17 lid 1 Grondwet onder meer juridische en symbolische meerwaarde toegedicht. In deze bijdrage wordt onderzocht of deze beoogde functies van artikel 17 lid 1 Gw al kenbaar worden verwerkelijkt in de strafrechtspraak en of er ruimte is voor meer.

Trefwoorden | [Recht op een eerlijk proces], [artikel 6 EVRM], [artikel 17 lid 1 Grondwet], [rechtsvorming], [strafrechtspraak]

DOI | 10.54195/NTM.18631

1 Inleiding

Sinds 30 augustus 2022 is het recht op een eerlijk proces ook opgenomen in de Grondwet.¹ Artikel 17 lid 1 Grondwet (Gw) luidt sindsdien:

Ieder heeft bij het vaststellen van zijn rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter.

In de parlementaire geschiedenis en literatuur worden verschillende functies van deze bepaling onderscheiden. Het grondwetsartikel wordt in het bijzonder juridische en symbolische meerwaarde toegedicht.² In deze bijdrage wordt onderzocht of de beoogde juridische en symbolische functie(s) van artikel 17 lid 1 Gw al kenbaar worden verwerkelijkt in de strafrechtspraak. Ook wordt besproken hoe advocaten en strafrechters een bijdrage aan de verwezenlijking van die functies kunnen leveren.

Evenals verschillende andere bijdragen in dit nummer vormt dit stuk een uitvloeisel van de SteR-middag van 28 juni 2023, georganiseerd door het Onderzoekscentrum voor Staat en Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen. Deze bijdrage bevat een beperkte bewerking van de lezing die ik daar gaf over de betekenis van het grondwettelijk recht op een eerlijk proces

■ Mr. dr. M.A.P. Timmerman is universitair docent bij de vaksectie strafrecht en criminologie van de Radboud Universiteit.

1 De bepaling is ingevoegd bij Wet van 6 juli 2022, houdende verandering van de Grondwet, strekkende tot het opnemen van een bepaling over het recht op een eerlijk proces (*Stb.* 2022, 331).

2 Daarnaast wordt de bepaling in de parlementaire geschiedenis waarde toegedicht bij het faciliteren van de dialoog tussen internationale en nationale rechterlijke instanties bij de uitleg van het recht op een eerlijk proces, zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 3. In de literatuur wordt de grondwetsbepaling verder onder meer nog gezien als veiligheidsgarantie. Beschouwingen over deze functies van artikel 17 lid 1 Gw blijven in deze bijdrage achterwege, zie daarvoor wel M.A.P. Timmerman, 'De betekenis van het grondwettelijk recht op een eerlijk proces voor het huidige en toekomstige strafprocesrecht', *Delikt en Delinkwent* 2023/61, p. 837-857.

voor het strafprocesrecht. Het voorliggende stuk is algemeen en signalerend opgezet en vooral gericht op de strafrechtelijke jurisprudentie.³

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 wordt in kaart gebracht welke juridische en symbolische functie(s) in de parlementaire geschiedenis en literatuur aan het grondwettelijk recht op een eerlijk proces zijn toegekend. Vervolgens wordt gezien of artikel 17 lid 1 Gw in de strafrechtspraak al wordt gebruikt en of er, tegen de achtergrond van de genoemde beoogde functies van dat recht, in de toekomst meer van deze bepaling valt te verwachten (paragraaf 3). Daarbij komt aan de orde hoe advocaten en rechters in de realisatie van de potentie van het grondwettelijke recht een belangrijke rol kunnen spelen. Paragraaf 4 bevat een korte afsluiting.

2 Verschillende beoogde functies van het grondwettelijk recht op een eerlijk proces

2.1 Juridische meerwaarde 1: vergrote reikwijdte

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel waarin het recht op een eerlijk proces aan de Grondwet is toegevoegd, zien de ministers de juridische meerwaarde van artikel 17 lid 1 Gw ten eerste in de reikwijdte van die bepaling.⁴ Anders dan in artikel 6 lid 1 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) is de bescherming van het recht op een eerlijk proces in artikel 17 Gw niet beperkt tot gevallen waarin sprake is van ‘het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen’ of ‘het bepalen van de gegrondheid van een ingestelde vervolging’. Artikel 17 lid 1 Gw bepaalt namelijk dat een recht op een eerlijk proces toekomt aan ieder ten aanzien van wie sprake is van ‘het vaststellen van zijn rechten en verplichtingen’ of ‘het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging’. Door de formulering van artikel 17 lid 1 Gw te modeleren naar artikel 6 lid 1 EVRM, maar niet de in het EVRM gebezigde term ‘burgerlijke’ over te nemen, is beoogd het toepassingsbereik van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet uitdrukkelijk ruimer te laten uitvallen dan dat van het EVRM. Het doel daarvan is het dichten van ‘een lacune in de waarborg van rechtsbescherming van individuele burgers en rechtspersonen in de verdragsbepalingen’.⁵ Met voormelde verdragsbepalingen wordt bedoeld op artikel 6 EVRM en artikel 47 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Handvest).

Door het recht op een eerlijk proces in *alle* zaken waarin het gaat om het vaststellen van rechten en verplichtingen te laten gelden, zullen – naast zaken over strafvervolging en geschillen over *burgerlijke* rechten en verplichtingen – onder meer ook zaken met betrekking tot vreemdelingen, arbeidsrechtelijke kwesties van ambtenaren en inzake niet-bestrafende fiscale procedures de bescherming van dat recht genieten.⁶ De Grondwet verklaart daarmee het recht op een eerlijk proces principieel van toepassing op alle nationale rechterlijke procedures, ongeacht hoe deze zijn aan te merken, en of daarin sprake is van het ten uitvoer brengen van het Unierecht in de

3 Zie voor een uitgebreider, en meer op de modernisering van het Wetboek van Strafvordering gericht, stuk mijn eerdergenoemde bijdrage: Timmerman 2023 (*supra* noot 2).

4 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 17-18.

5 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 3 en *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 6, p. 2-3.

6 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 17-18.

zin van artikel 51 lid 1 Handvest.⁷ Het grondwettelijk recht heeft daarmee een breder toepassingsbereik dan artikel 6 EVRM en artikel 47 (juncto artikel 51 lid 1) Handvest.⁸

Ook in de wetenschappelijke literatuur wordt het juridisch belang erkend van een ruimere reikwijdte van het Nederlandse grondrecht ten opzichte van artikel 6 EVRM en artikel 47 juncto 51 lid 1 Handvest.⁹ Vanuit nationaal perspectief bestaat er geen principiële reden om het recht op een eerlijk proces niet in gelijke mate van toepassing te laten zijn op alle civielrechtelijke, bestuursrechtelijke en strafrechtelijke procedures, ook als daar geen Unierechtelijk aspect mee gemoeid is. Een sterk – normatief – argument ontbreekt derhalve om de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM en/of artikel 47 Handvest doorslaggevende betekenis toe te kennen bij de beantwoording van de vraag welke eerlijk proceswaarborgen gelden in welke strafvorderlijke procedures.

2.2 Juridische meerwaarde 2: instrument voor rechtsvorming boven het minimumniveau

Naast de ruimere reikwijdte die artikel 17 lid 1 Gw heeft ten opzichte van het vergelijkbare in het EVRM en het Handvest gewaarborgde recht op een eerlijk proces, wordt de grondwettelijke vastlegging nog om een andere reden juridische meerwaarde toegedicht. Uit de memorie van toelichting blijkt namelijk dat het Nederlandse recht op een eerlijk proces *een andere inhoudelijke invulling* kan verkrijgen dan daar op basis van de internationale equivalenten aan wordt toegekend. Hoewel de ministers met de toevoeging van het nationale recht op een eerlijk proces voor ogen staat de materiële minimumwaarborgen die artikel 6 EVRM reeds biedt vast te leggen in de Grondwet, zien zij artikel 17 lid 1 Gw tevens als ‘handvat voor de wetgever en voor de rechter om – binnen de kaders van deze grondwetsbepaling – tot een nadere invulling te komen van het grondwettelijke recht op een eerlijk proces’.¹⁰ Opneming van dit recht in de Grondwet heeft niet alleen juridische meerwaarde, omdat de wetgever conceptwetgeving zal moeten toetsen

7 *Kamerstukken II 2015/16, 34517, nr. 6, p. 11-14.* De beperking in de reikwijdte van het door het Handvest beschermde recht op een eerlijk proces zit overigens niet in de formulering van dat recht in artikel 47 Handvest – die bepaling kent dat recht toe aan ‘eenieder’ – maar in de beperking van artikel 51 lid 1 Handvest waarin de toepasselijkheid van de fundamentele Handvest-rechten is beperkt tot gevallen waarin de lidstaten het Unierecht ten uitvoer brengen.

8 *Kamerstukken II 2015/16, 34517, nr. 3, p. 4 en 17.* De juridische meerwaarde van het bredere toepassingsbereik van een grondwettelijke recht op een eerlijk proces werd ook al door de Staatscommissie Grondwet onderkend, zie *Rapport Staatscommissie Grondwet*, bijlage bij *Kamerstukken II 2010/11, 31570, nr. 17, p. 60-61.*

9 Vgl. P.A.M. Mevis, ‘Nuttig recht op een eerlijk proces in de Grondwet’, *Delikt en Delinkwent 2009/1*, onder 8.2; T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, ‘Het recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de Nederlandse Grondwet’, in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof (red.), *Geschakeld recht: verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70ste verjaardag van prof. mr. E.A. Alkema*, Deventer: Kluwer 2009, p. 35; R. de Lange, B.J.G. Leeuw & P.A.M. Mevis, *Grondwet en het recht op een eerlijk proces. Algemene verkenning en uitwerking voor het strafrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009, p. 52-55; B.J.G. Leeuw, *Grondwet en eerlijk proces. Een onderzoek naar de eventuele meerwaarde van het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Nederlandse Grondwet*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013, p. 86-88 en 202-203; R.J.G.M. Widdershoven, ‘Recht op een eerlijk proces: overbodige toevoeging of revolutionaire potentie?’, 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. 207-208. Al wordt het praktisch belang van de vergrote reikwijdte ook gerelativeerd, zie M.M. Julicher, ‘Het recht op een eerlijk proces in het EVRM, het Handvest en de Grondwet! Een verrijking voor de individuele rechtsbescherming in Nederland?’, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2018, p. 42-45.

10 *Kamerstukken II 2015/16, 34517, nr. 3, p. 4.*

aan de grondwettelijke norm, maar ook omdat hij daarbij aan die norm ‘nadere uitwerking [kan] geven’.¹¹ Een vergelijkbare juridische meerwaarde is er voor de rechter. Ook die zal immers voor de vraag worden gesteld of een bepaalde (uitleg van een) wet of regeling in overeenstemming is met het grondwettelijk recht op een eerlijk proces en ook daarbij zal de rechter tot een nadere invulling van dat nationale grondrecht kunnen komen.¹²

De juridische waarde van artikel 17 lid 1 Gw ten opzichte van de internationale bepalingen zien de ministers duidelijk voor de rechtsvormende en interpretatieve activiteiten van de Nederlandse wetgever en rechter.¹³ De grondwettelijke bepaling en de verdragsbepalingen over het recht op een eerlijk proces worden uitdrukkelijk geacht een eigen, elkaar aanvullende, betekenis te hebben, ook al zal die betekenis voor een groot deel overlappend zijn.¹⁴ De jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) over artikel 6 EVRM vormt volgens de ministers weliswaar een richtinggevend kader voor de nationale wetgever en rechter, maar het is in hun ogen ‘goed denkbaar dat de wetgever of nationale rechter ruimte of reden ziet om boven het beschermingsniveau van de verdragsbepalingen uit te gaan waar het de interpretatie van het grondwettelijke recht op een eerlijk proces betreft’.¹⁵

Ook in de literatuur wordt onderschreven dat een nationaal grondrecht een juridisch belang heeft voor de rechtsvorming en -ontwikkeling door de Nederlandse rechter en wetgever.¹⁶ Daarbij wordt benadrukt dat het EVRM – en naar mijn mening ook het Handvest – ertoe aanzet op nationaal (grondwettelijk) niveau een invulling te geven aan corresponderende rechten die ruimere bescherming biedt dan deze rechten op internationaal niveau genieten.¹⁷ Voor het daadwerkelijk aan de slag gaan met de uit de internationale documenten volgende aanzetten tot ruimere bescherming legitimeert de grondwettelijke codificatie expliciet, zo is de gedachte.¹⁸ De Nederlandse rechter wordt ertoe aangezet om bij de uitleg en toepassing van nationaal recht te onderzoeken hoe overeenstemming met het *Nederlandse* recht op een eerlijk proces kan worden bereikt en of daartoe een ruimere invulling van dit recht nodig is dan waartoe corresponderende

11 *Kamerstukken II 2015/16, 34517, nr. 3, p. 6 en 9.* Zie over de ‘toetsingsfunctie’ van artikel 17 lid 1 Grondwet ook *Kamerstukken II 2015/16, 34517, nr. 6, p. 2 en 4.*

12 *Kamerstukken II 2015/16, 34517, nr. 3, p. 6 en 9* en *Kamerstukken II 2015/16, 34517, nr. 6, p. 12.*

13 *Kamerstukken II 2015/16, 34517, nr. 3, p. 9.*

14 *Kamerstukken II 2015/16, 34517, nr. 3, p. 31.*

15 *Kamerstukken II 2015/16, 34517, nr. 3, p. 31* en vgl. *Kamerstukken II 2015/16, 34517, nr. 6, p. 12 en 16.*

16 Zie Mevis 2009 (*supra* noot 9), onder 7; De Lange, Leeuw & Mevis 2009 (*supra* noot 9), p. 31, 41-46, 105-106 en 143-145; B.J.G. Leeuw & P.A.M. Mevis, ‘Grondwettelijk recht op eerlijk proces en toegang tot de rechter: goede aanzet, maar ook gemiste kans’, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2011, p. 145-146; Julicher 2018 (*supra* noot 9), p. 52-54.

17 Zie artikel 53 EVRM dat – in de Nederlandse vertaling – luidt: ‘een bepaling van dit Verdrag zal worden uitgelegd als beperkingen op te leggen of inbreuk te maken op de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden die verzekerd kunnen worden ingevolge de wetten van enige Hoge Verdragsluitende Partij of ingevolge enig ander Verdrag waarbij de Hoge Verdragsluitende Partij partij is’ en artikel 53 Handvest dat luidt: ‘Geen der bepalingen van dit handvest mag worden uitgelegd als zou zij een beperking vormen van of afbreuk doen aan de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden welke binnen hun respectieve werkingssferen worden erkend door het recht van de Unie, het internationaal recht en de internationale overeenkomsten waarbij de Unie, de Gemeenschap of alle lidstaten partij zijn, met name het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, alsmede door de grondwetten van de lidstaten’.

18 Naast dat de Grondwet tot een ruimere bescherming legitimeert, lijkt grondwettelijke bescherming een voorwaarde om een hoger beschermingsniveau dan dat van het Handvest te bieden, aangezien in artikel 53 Handvest uitdrukkelijk wordt gewezen op rechten van de mens die door de grondwetten van de lidstaten worden beschermd.

*minimum*rechten van internationale oorsprong reeds dwingen.¹⁹ Ook hier lijkt, bezien vanuit nationaal perspectief, een gewichtig argument te ontbreken om het antwoord op de vraag hoe een eerlijk (straf)proces er in Nederland uit moet zien uitsluitend te laten berusten op internationale rechtspraak over de minimumnormen die door het EHRM en het Hof van Justitie (HvJ EU) in individuele zaken uit, respectievelijk, het EVRM en het Handvest zijn afgeleid.²⁰

2.3 Symbolische meerwaarde

Naast de twee manieren waarop het grondrecht op juridisch niveau meerwaarde heeft, wordt in de memorie van toelichting gewezen op een andere wijze waarop artikel 17 lid Gw waarde toevoegt. Door de codificatie van het recht op een eerlijk proces kan de Grondwet beter haar functie als juridisch-staatkundig basisdocument voor Nederland vervullen.²¹ Het stellen van een norm op constitutioneel niveau drukt het belang van de norm uit en dit heeft een stabiliserende werking in de politieke praktijk in een sterk veranderende wereld.²² In zoverre wordt aan de grondwettelijke codificatie dus een meer symbolische meerwaarde toegedicht en vormt zij een concrete uitwerking van twee van de kernbeginselen die aan de Grondwet ten grondslag liggen; de rechtsstaat en de grondrechten.²³ Door de fundamentele betekenis van een eerlijk proces voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter in een democratische rechtsstaat te benadrukken, wordt het grondwetsartikel ook geacht bij te kunnen dragen aan het vertrouwen van burgers in de rechtspraak.²⁴

3 Het (potentiële) gebruik van artikel 17 lid 1 Grondwet in de strafrechtspraak

Aangezien het recht op een eerlijk proces inmiddels meer dan één jaar in de Nederlandse Grondwet is opgenomen, valt te verwachten dat deze bepaling reeds in de rechtspraak is gebruikt. Die verwachting wordt althans gewekt door het belang dat deze bepaling wordt toegedicht in de recente parlementaire grondwetsgeschiedenis en de wetenschappelijke literatuur. Dat het grondwettelijk recht op een eerlijk proces juist ook in de strafrechtspraak een kenbare rol zou spelen, valt beargumenteerd aan te nemen door de grote regulerende rol die dat recht, al dan niet over de band van artikel 6 EVRM, heeft voor het strafprocesrecht. Aan deze verwachtingen is in de strafrechtspraak echter nog niet kenbaar voldaan.

In de gepubliceerde strafrechtelijke jurisprudentie van na 30 augustus 2022 – de datum van inwerkingtreding van artikel 17 lid 1 Gw – wordt het grondwettelijk recht op een eerlijk proces

19 Vgl. De Lange, Leeuw & Mevis 2009 (*supra* noot 9), p. 56-58; Barkhuysen & Van Emmerik 2009 (*supra* noot 9), p. 38; Leeuw 2013 (*supra* noot 9), p. 202-205.

20 Vgl. De Lange, Leeuw & Mevis 2009 (*supra* noot 9), p. 55.

21 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 3.

22 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 6.

23 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 6, p. 1-2. Dit symbolische belang wordt ook in de literatuur onderscheiden, zie Mevis 2009 (*supra* noot 9), onder 6; Barkhuysen & Van Emmerik 2009 (*supra* noot 9), p. 38; De Lange, Leeuw & Mevis 2009 (*supra* noot 9), p. 35-36, 104-105; Leeuw 2013 (*supra* noot 9), p. 200-202; Widdershoven 2023 (*supra* noot 9), p. 205.

24 *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 3, p. 7-8 en *Kamerstukken II* 2015/16, 34517, nr. 6, p. 16.

nauwelijks uitdrukkelijk aangehaald.²⁵ Als ik het goed zie, wordt die bepaling enkel genoemd door procureur-generaal Bleichrodt in zijn vordering tot cassatie in het belang der wet van 13 september 2022. In die vordering wijst de procureur-generaal naar die bepaling in verband met de diep in onze rechtsorde verankerde onzijdigheid van de rechter.²⁶ In zoverre wordt aan de symbolische waarde van het grondwettelijk recht op een eerlijk proces recht gedaan, aangezien die bepaling wordt genoemd ter ondersteuning van het belang van de rechterlijke onzijdigheid. Meer dan symbolische waarde lijkt de bepaling in de vordering echter niet te krijgen. In andere conclusies of rechterlijke uitspraken lijkt aan de grondwettelijke bepaling in het geheel geen kenbare aandacht te worden besteed.

Het – vrijwel geheel – ontbreken van verwijzingen in de strafrechtspraak naar artikel 17 lid 1 Gw is opvallend in het licht van de beoogde functies van die bepaling en in het bijzonder met het oog op de toegedichte juridische meerwaarde van het grondwetsartikel. Dat is ten eerste het geval vanwege de door de grondwetgever beoogde verruiming van *de reikwijdte* van artikel 17 lid 1 Gw in vergelijking met die van artikel 6 EVRM en artikel 47 (juncto 51 lid 1) Handvest. Zoals op basis van de wetenschappelijke literatuur al is aangegeven, hoeft het antwoord op de vraag welke rechten in welke specifieke procedure moeten worden toegekend niet volledig te worden bepaald door de vraag of in die procedure al dan niet sprake is van het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen of van het bepalen van de gegrondheid van een ingestelde vervolging. De in die gevallen uit artikel 6 EVRM volgende waarborgen hebben immers op basis van artikel 17 lid 1 Gw al een bredere reikwijdte en die reikwijdte zou ook verder kunnen worden vergroot. Zo zijn de uit artikel 6 lid 1 EVRM volgende vereisten op basis van de Grondwet ook toepasselijk op procedures waarin geen sprake is van het vaststellen van *burgerlijke* rechten en verplichtingen, maar juist op *alle* juridische geschillen. Op basis daarvan valt te stellen dat in het huidige en nieuwe²⁷ Wetboek van Strafvordering geregelde procedures waarop artikel 6 EVRM niet van toepassing wordt geacht – zoals het nu in artikel 12 en verder Sv geregelde beklag tegen niet-vervolgving van de verdachte²⁸ of de thans in artikel 457 en verder Sv geregelde herziening in strafzaken²⁹ – onder het bereik van het nationale recht op een eerlijk proces vallen.³⁰ Op die manier zouden bepaalde aan artikel 6 EVRM ontleende eerlijk proceswaarborgen via de band van artikel 17 lid 1 Gw van belang kunnen zijn voor de inrichting van deze, en andere door het huidige en het nieuwe Wetboek van Strafvordering bestreken, proce-

25 Mijn laatste zoekslag op www.rechtspraak.nl dateert van 25 september 2023.

26 Zie Vordering P-G F.W. Bleichrodt 13 september 2022, ECLI:NL:PHR:2022:819, par. 11.29.

27 Sinds 20 maart 2023 is bij de Tweede Kamer aanhangig het wetsvoorstel Vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: *Kamerstukken II 2022/23, 36327*, nr. 2. Daarmee wordt beoogd te voorzien in 'een toekomstbestendig, voor burgers en professionals toegankelijk en in de praktijk werkbaar wetboek dat voorziet in een evenwichtig stelsel van rechtswaarborgen', zie *Kamerstukken II 2022/23, 36327*, nr. 3, p. 21.

28 Artikel 6 EVRM is niet van toepassing op deze beklagprocedure, zie EHRM 15 mei 2007, app. no. 52391/99 (*Ramsahai e.a./Nederland*), r.o. 360.

29 Ook op de procedure tot herziening van een onherroepelijk uitspraak is artikel 6 EVRM niet zonder meer van toepassing, zie EHRM 11 juli 2017, app. no. 19867/12 (*Moreira Ferreira/Portugal no. 2*), r.o. 60-67.

30 Beklag tegen, kort gezegd, niet-vervolgen van een verdachte wordt in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering geregeld in artikel 3.5.1 e.v. Sv. In de memorie van toelichting ontbreekt reflectie op de toepasselijkheid van artikel 17 lid 1 Gw op deze procedure, alhoewel is beoogd de huidige regeling te verbeteren, zijn de grondtrekken daarvan behouden, zie *Kamerstukken II 2022/23, 36327*, nr. 3, p. 836. Herziening wordt in het nieuwe wetboek geregeld in artikel 5.8.1 e.v. Sv. Ook ten aanzien van deze procedure ontbreekt reflectie op de toepasselijkheid van het grondwettelijk recht op een eerlijk proces en is volstaan met minimale wijzigingen van de huidige procedure, zie *Kamerstukken II 2022/23, 36327*, nr. 3, p. 1250.

dures. Het is voor een – van rechtsbijstand voorziene – verdachte goed mogelijk de strafrechter, met een verwijzing naar het grondwettelijk recht op een eerlijk proces, voor de vraag te stellen of een bepaalde strafvorderlijke procedure vanwege de toepasselijkheid van het nationale recht op een eerlijk proces niet anders moet worden ingericht dan thans het geval is. Het antwoord op deze vraag kan, gelet op de inwerkingtreding van het grondwettelijk recht op een eerlijk proces, niet uitsluitend luiden dat artikel 6 EVRM – vanwege de niet-toepasselijkheid daarvan – daartoe niet dwingt. Er ligt hier dus ruimte voor strafadvocaten om de strafrechter aan te zetten tot kenbare reflectie op de huidige inrichting van strafprocedures waarop internationale equivalenten van artikel 17 lid 1 Gw niet (steeds of onverkort) van toepassing zijn.³¹ De rechter zal naar aanleiding van goed onderbouwde verweren dan moeten nagaan of bepaalde aan het internationale recht op een eerlijk proces ontleende waarborgen op basis van ‘Grondwetconforme interpretatie’ van toepassing moeten worden verklaard op nationale, door het Wetboek van Strafvordering bestreken, procedures, waarvan tot nu toe werd aangenomen dat deze waarborgen daarin niet behoeften te gelden.³²

De strafrechter zou verder door of namens de verdachte – of de officier van justitie – voor de vraag kunnen worden gesteld of de huidige inhoudelijke invulling van eerlijk proces-waarborgen in het strafprocesrecht volstaat. De aanzet tot rechtsvorming boven het minimumniveau van de internationale equivalenten van artikel 17 lid 1 Gw, die in de wetgeschiedenis en literatuur aan die bepaling wordt verbonden, rechtvaardigt de vraag of een op onderdelen andere – ruimere – invulling van het recht op een eerlijk proces dan de Straatsburgse en Luxemburgse inmiddels mogelijk en passend is. Zeker gezien de uitdrukkelijke aanmoediging van de grondwetgever tot inhoudelijke rechtsvorming boven het minimumniveau, lijkt ook het ‘spiegelbeginsel’ niet snel een doorslaggevend argument tegen deze rechterlijke rechtsvorming te kunnen zijn.³³ Ook hier ligt dus ten eerste voor de strafadvocatuur en vervolgens voor de strafrechtspraak de taak om met de Grondwet in de hand te reflecteren op hoe het recht op een eerlijk proces in het Nederlandse strafprocesrecht inhoudelijk vorm is gegeven en of de Nederlandse situatie niet tot een op onderdelen andere vormgeving aanleiding geeft. De inhoudelijke uitwerking van eerlijk proces-waarborgen in andere rechtssystemen kunnen bijvoorbeeld bij die reflectie door de advocatuur en rechtspraak als argument worden betrokken. Ook hier lijkt de constatering dat de rechtspraak van het EHRM en/of het HvJ EU niet tot een andere inhoudelijke invulling van die waarborgen dwingen, niet langer een doorslaggevend gezichtspunt in de reflectie op de inrichting van een eerlijk nationaal strafproces.³⁴

Als artikel 17 lid 1 Gw door de rechtspraak op de bovenvermelde wijze wordt gebruikt, zullen de twee beoogde wijzen, waarop aan deze bepaling juridische meerwaarde wordt toegedicht, daadwerkelijk uit de verf komen. Door op deze manier het grondwettelijk recht op een eerlijk proces erbij te betrekken zal ook de symbolische functie van de recht worden verwezenlijkt. Een recente conclusie van raadsheer advocaat-generaal Widdershoven bij aanhangige zaken bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven over bezwaar- en beroepstermijnen

31 Ook officieren van justitie kunnen de strafrechter daartoe overigens aanzetten, maar aangezien het veelal het eerlijk proces van de verdachte betreft, ligt het voor de hand dat strafadvocaten daartoe eerder geneigd zijn.

32 Zie voor een nadere uitwerking van dit punt Timmerman 2023 (*supra* noot 2), p. 850-853.

33 Zie over het uit artikel 53 EVRM afgeleide ‘spiegelbeginsel’ en de bevoegdheid om een ruimere uitleg aan het EVRM te geven dan het EHRM vereist, J. Gerards, ‘Spiegel of lachspiegel? Over het EVRM en het Urgenda-arrest’, *Blog of the Montaigne Centre for Rule of Law and Administration of Justice* 5 februari 2020.

34 Zie ook hier voor een verdere uitwerking Timmerman 2023 (*supra* noot 2), p. 853-856.

illustreert hoe artikel 17 lid 1 Gw kan worden gebruikt voor een ruimere uitleg van het bestaande Nederlandse recht. In zijn conclusie beargumenteert Widdershoven – na een vergelijking van het Nederlandse recht met betrekking tot termijnen met het normatieve kader dat volgt uit artikel 6 EVRM, het Unierecht en artikel 17 lid 1 Gw – dat een ruimhartiger koers met betrekking tot verschoonbaarheid van overschrijdingen van termijnen ‘wel [kan] worden beschouwd als toepassing van het nieuwe artikel 17 lid 1 Gw, inzake toegang tot de rechter en een eerlijk proces, omdat het de uitdrukkelijk[e] bedoeling van de grondwetgever is om op basis van dit artikel meer bescherming te bieden dan op grond van artikel 6 EVRM en het Unierecht, zodat het bestuursrecht ‘mensgerichter’ wordt’.³⁵ Deze benadering van Widdershoven illustreert goed de juridische potentie van het grondwettelijk recht op een eerlijk proces en biedt voor de (straf)rechtspraak een voorbeeld van de manier waarop de beoogde functies van artikel 17 lid 1 Gw in de rechtspraktijk kunnen worden verwerkelijkt.

4 Afsluiting

Teneinde de beoogde functies van het grondwettelijk recht op een eerlijk proces in de strafrechtspraak te verwerkelijken, zou de rol die dat recht in de strafrechtspraktijk speelt kenbaar moeten worden vergroot. Met name met de in de parlementaire geschiedenis en literatuur voorziene juridische meerwaarde van artikel 17 lid 1 Gw pleit ervoor dat de advocatuur de strafrechter consequenter voor de vraag stelt of bepaalde eerlijk proces-waarborgen niet moeten gelden in door het Wetboek van Strafvordering bestreken procedures die niet onder het bereik van artikel 6 EVRM en/of artikel 47 Handvest vallen. Verder kunnen advocaten met de Grondwet in de hand de rechter de vraag stellen of die waarborgen dan niet een andere – ruimere – invulling moeten krijgen. De strafrechter zal met die vragen aan de slag moeten, aangezien noch het antwoord op de vraag welke eerlijk proces-waarborgen in welk geval gelden, noch het antwoord op de vraag wat deze waarborgen precies inhouden, gelet op artikel 17 lid 1 Gw exclusief kan worden gegeven met een blik op de Straatsburgse en Luxemburgse rechtspraak over internationale equivalenten van het Nederlandse recht op een eerlijk proces. De benadering van raadsheer advocaat-generaal Widdershoven in zijn conclusie van 7 september 2023 laat de juridische potentie van artikel 17 lid 1 Gw voor de uitleg van het bestaande Nederlandse recht goed zien. Zijn aanzet tot rechtsvorming op basis van de Grondwet verdient ook in de strafrechtspraktijk navolging.

³⁵ Zie Conclusie A-G R.J.G.M. Widdershoven 7 september 2023, ECLI:NL:CBB:2023:476, in het bijzonder par. 7.1.

DE NEDERLANDSE GRONDWET EN HET LIDMAATSCHAP VAN DE EUROPESE UNIE

Is het mooi geweest?

Henri de Waele *

Samenvatting | Al meer dan 70 jaar is Nederland aangesloten bij wat inmiddels de Europese Unie heet. Het lidmaatschap van de EU is echter nimmer verankerd in de nationale grondwet. Na een korte reflectie op deze stand van zaken plaatst dit mini-essay het document in een ruimer perspectief, en wijst het vervolgens op het steeds relatievere belang van onze toch wel erg sobere constitutie. De uiteenzetting mondt uit in de these dat er potentieel een plaatsvervangende hoofdrol zou kunnen worden toebedeeld aan de inter- en supranationale grondrechtenbescherming.

Trefwoorden | [Grondwet], [grondrechten], [Europese Unie], [EU-lidmaatschap], [Nexit], [EVRM]

DOI | 10.54195/NTM.18632

1 Inleiding

Zoals bekend is Nederland één van de leden van het eerste uur van wat tegenwoordig de Europese Unie (EU) heet: reeds van de partij in 1952, bij de oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (EGKS), en sindsdien trouw in de pas blijven lopen. Al enkele jaren eerder besloot het land toe te treden tot de Raad van Europa, om in 1951 *con amore* het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) te omarmen.¹

Inmiddels zijn we dik zeventig jaar verder, wat de vraag kan oproepen: is het mooi geweest? Letterlijk genomen moet het antwoord bevestigend luiden – althans, vanuit het perspectief van de burger: de rechtsbescherming tegen de overheid is er immers met sprongen op vooruit gegaan. In de loop der tijd hebben mensenrechten een vaste plaats gekregen in zowel de juridische procesvoering als het algemene publieke en politieke discours. Fraai was het dus zeker. Meer figuurlijk echter kan de vraag ook anders worden geïnterpreteerd: hoeveel waarde en belang moeten we eigenlijk nog aan onze Nederlandse Grondwet hechten, juist in het licht van de supranationale ontwikkelingen? Bij wijze van speelse provocatie zou men hierop kunnen antwoorden: steeds minder. Eventueel valt daaruit de conclusie te trekken dat we het op den duur wellicht ook wel zónder zullen redden. Dit essay werkt die stellige redenering nader uit, vooral bij wijze van gedachtenexperiment – niet zozeer om op een bepaalde uitkomst aan te sturen.

■ Prof. mr. H.C.F.J.A. de Waele is hoogleraar Internationaal en Europees recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en gastprofessor EU-recht aan de Universiteit Antwerpen.

1 *Trb.* 1951, 154.

2 De Grondwet en het EU-lidmaatschap

We vangen aan met een kleine omtrekkende beweging. De afgelopen decennia is meermaals gesuggereerd het lidmaatschap van de EU in de Nederlandse Grondwet op te nemen. Een flink aantal andere lidstaten ging ons daarbij voor.² De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid evenals diverse staatscommissies toonden zich voorstander van een dergelijke manoeuvre, talrijke auteurs betuigden hun adhesie, en meerdere Kamerleden hebben er moedige pogingen toe ondernomen.³ Als voorlopig sluitstuk valt te wijzen op het initiatief van Kees Verhoeven en Rob Jetten om te komen tot een constitutionele inbedding, waar op 25 februari 2021 geen meerderheid voor bleek te bestaan in de Tweede Kamer.⁴ De argumenten pro en contra zijn door de jaren heen tot vervelens toe uitgewisseld, met uiteindelijk nul op het rekest. Het pad is onderhand dermate platgetreden dat het niet heel zinvol lijkt het nogmaals te willen bewandelen.

Het zij desondanks opgemerkt dat opname van een Europaclausule in de ogen van de huidige auteur een zinvolle exercitie blijft – eenvoudigweg om recht te doen aan de situatie waar Nederland zich als langjarig EU-lid in bevindt, tevens als effectieve veiligheidsklep tegen toekomstige 'Nexit'-fantasieën. De gevolgen van een onverhoeds vertrek zouden in rechtsstatelijk, maar ook economisch en monetair opzicht, catastrofaal uitpakken.⁵ Deze persoonlijke zienswijze laat onverlet dat het onwaarschijnlijk is dat de gewenste grondwetswijziging er zelfs op de middellange termijn nog van zal gaan komen.

3 De Grondwet in ruimer perspectief

Na deze omtrekkende beweging, en voordat we terugkeren op het hoofdspoor, is het nuttig een klein stapje achteruit te zetten, en een blik te werpen op de positie van de Nederlandse constitutie binnen het totale raamwerk. De oorspronkelijke EGKS was supranationaal ingericht, en de opvolgende organisaties bleven dicht bij die opzet. Anno nu is het populair, maar ook erg modieus, om het geheel als een 'multi-level'-, meerlagige of composietstructuur aan te duiden.⁶ Zo bezien vormt ons eigen basisdocument maar een klein onderdeel van een overkoepe-

2 Volgens de analyse van M. Hillebrandt, M. den Heijer & C.A. Groenendijk, 'Erken het gewicht van de EU en de grondwet', *Tijdschrift voor Constitutioneel recht* 2021, p. 143, betreft het België, Bulgarije, Cyprus, Duitsland, Estland, Finland, Frankrijk, Griekenland, Ierland, Italië, Kroatië, Litouwen, Malta, Oostenrijk, Portugal, Roemenië, Slowakije, Spanje en Zweden.

3 Zie o.m. *Kamerstukken I 2000/01*, 26200-VI, 65, nr. 37a; L.F.M. Besselink e.a., *De Nederlandse grondwet en de Europese Unie*, Groningen: Europa Law Publishing 2002; Nationale Conventie, *Hart voor de publieke zaak*, eindrapport 2006, p. 44; Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Europa in Nederland*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2007, p. 140; W. Thomassen e.a., *Rapport Staatscommissie Grondwet*, bijlage bij *Kamerstukken II 2010/11*, 31570, nr. 17, p. 10.

4 *Kamerstukken II 2018/19*, 35202 (R2126), nr. 3 e.v.

5 Zie nader H. de Waele, 'Nexit. Uittreding uit de Europese Unie en de gevolgen voor de rechtsstaat in Nederland', in: R.J.N. Schlössels, J.J.J. Sillen & R.B.J. Tinnevelt (red.), *Naar een weerbare rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 113-130.

6 Zie bijv. G. Marks, L. Hooghe & K. Blank, 'European Integration and the State: Multi-level vs. State Centric Governance', *Journal of Common Market Studies* 1996, p. 341-378; P. Popelier e.a. (red.), *Lawmaking in Multi-level Settings*, Oxford/Baden-Baden: Hart/Nomos 2019; L.F.M. Besselink, *Een samengestelde Europese constitutie*, Groningen:

lende ordening: ooit een essentieel startpunt, inmiddels in een veel ruimer perspectief te plaatsen.⁷

Nochtans moeten we onze Grondwet het respect betuigen dat haar toekomst: ook al verschrompelde haar soortelijk gewicht, haar leeftijd mag er zijn. Het gaat om één van de oudste documenten ter wereld in dit genre, waarvan de wortels zich terug in de tijd uitstrekken tot aan de Bataafse Staatsregeling van 1798. Die akte vormde een eerste adequate poging om een ‘nationaal wij-gevoel’ te scheppen, zoals past in een gebruikelijk patroon van constitutionalisering.⁸

De Grondwet van vandaag blijft alleszins een vrij sober geval, met 142 artikelen van gemiddelde lengte. Daar kan men zijn onvrede over uiten, of zich juist bijzonder tevreden over tonen. Het achterliggende idee lijkt te zijn om zo weinig mogelijk van het staatsbestel vast te timmeren.⁹ Dat leidt tot allerlei lacunes die minstens voor praktische problemen kunnen zorgen. Heel wezenlijke concepten voor een functionerende democratie, zoals politieke partijen of Kamerfracties, worden niet genoemd. Zeer merkwaardig is dan inderdaad toch dat heden ten dage iedere verwijzing naar de Europese Unie ontbreekt. Daarnaast treffen we er inhoudsloze bepalingen in aan, die al langere tijd voor schrapping in aanmerking komen.¹⁰

Wat betreft de grondrechten die we beschermingswaardig achten, mag verbazen hoe recent pas de aanspraken op een eerlijk proces en toegang tot de rechter werden verankerd.¹¹ Het cruciale sociaaleconomische recht op staking is in Nederland nog altijd niet bij wet geregeld, en in 1986 door de Hoge Raad erkend, met referentie aan artikel 6 lid 4 van het Europees Sociaal Handvest.¹² Menig Duitser zou met ontzetting kennisnemen van de afwezigheid van het recht op menselijke waardigheid.¹³ Mede als gevolg van deze schraalheid speelt in de rechtspraak volgens ervaringsdeskundigen de Grondwet niet of nauwelijks een rol; het toetsingsverbod van artikel 120 draagt daar het zijne aan bij. Vanuit dit oogpunt had de tekst dus gerust nóg korter kunnen zijn: al sinds jaar en dag neemt de burger zijn toevlucht tot de remedies die de diverse verdragen hem aanreiken.

4 De Grondwet gerelativeerd

In Nederland zet kortom het internationale en Europese recht de toon, zowel vanwege de tekortschietende kwantiteit en kwaliteit van de bepalingen in de eigen Grondwet, als de rijkdom

Europa Law Publishing 2007. Voor een prikkelende kritiek, zie C.E. Smith, ‘Meergelaagdheid van rechtsordes: oude wijn in nieuwe zakken?’, *Ars Aequi* 2011, p. 753-757.

7 Waarbij evenmin het Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden uit het oog moet worden verloren; vgl. K. Haex & D. de Vries, ‘Het vergeten Koninkrijk’, *Ars Aequi* 2023, p. 915.

8 W. Voermans, *Het verhaal van de grondwet – zoeken naar wij*, Amsterdam: Prometheus 2019.

9 W. Voermans, *Onze constitutie*, Amsterdam: Prometheus 2023.

10 In deze zin over art. 113 lid 1 Gw: J.J.J. Sillen, ‘De constitutionele positie van de strafrechter’, *Ars Aequi* 2023, p. 244-245.

11 Art. 17 Gw, als gevolg van de Wet van 6 juli 2022, houdende verandering van de Grondwet, strekkende tot het opnemen van een bepaling over het recht op een eerlijk proces, *Stb.* 2022, 331.

12 HR 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402, NJ 1986/866 (*Spoorwegstaking*).

13 Vgl. art. 1 lid 1 van de *Grundgesetz*: ‘Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt’. Hierover J.P. Loof, ‘Human Dignity in The Netherlands’, in: P. Becchi & K. Mathis (red.), *Handbook of Human Dignity in Europe*, Berlijn/Heidelberg: Springer 2017, p. 1-24.

van wat er elders te vinden blijkt. In toenemende mate komt hierbij het EU-Handvest in beeld.¹⁴ De aandacht voor het supranationale laat op meerdere vlakken te wensen over. Er wordt bijvoorbeeld ellenlang gesoebat over een wet die de informatiepositie van het parlement verbetert. Van een consistente stellingname in Brussel is, gedurende de looptijd van de afgelopen kabinetten, geen sprake. Waar het aankomt om de uitvoering en handhaving van de betreffende regels wemelt het van de gebreken.¹⁵

Zeer opmerkelijk is voorts hoe de receptie van het EU-recht hier te lande überhaupt plaatsvindt. In de opvatting van de Hoge Raad, en volgens de *communis opinio* onder staatsrechtgeleerden, zijn hiervoor de artikelen 93 en 94 van de Grondwet niet van belang.¹⁶ Zuiver en alleen vanwege zijn bijzondere karakter werkt het door in de nationale rechtsorde, en heeft het voorrang op afwijkende bepalingen van ‘eigen kweek’, in lijn met de beroemde uitspraken van het Europees Hof van Justitie in de zaken *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL*.¹⁷ Deze soepele, om niet te zeggen nonchalante houding, maakt dat politieke of wetenschappelijke discussies over de opname van een specifieke bepaling een sterk symbolisch, en minder pertinent karakter krijgen. Het principiële monistische uitgangspunt brengt te onzent met zich dat een expliciete vermelding van de bovenstatelijke normen geen intrinsieke meerwaarde meer bezit. Dat Nederland lid is van de EU geldt kennelijk als een *fait accompli*, met alle consequenties van dien – zonder dat het erg opportuun wordt geacht hierop nog een aparte filter of doorsluistechiek toe te passen. De deur staat daarmee tevens open voor internationale mensenrechtenverdragen om de nationale evenknieën als het ware ‘uit de wedstrijd te drukken’.

5 Afscheid van de grondwet?

Het voorgaande – en daarmee komen we aan bij het *pièce de resistance* van dit essay – kan aanleiding geven tot scepsis over nut en noodzaak van het hebben van een grondwet anno nu. Vanuit het idee van de *Stufenbau* lijkt er op het eerste gezicht geen alternatief te zijn: je moet ergens beginnen.¹⁸ Het Verenigd Koninkrijk toont echter dat het ook anders kan, met een verzameling constituerende documenten en ongeschreven regels die tezamen het officiële fundament vormen. In Nederland reiken internationale verdragen in aanzienlijke mate een algemeen kader aan. Het land bevindt zich sinds zeventig jaar in een nog ander, dwingender korset. De springende kwestie is daarmee misschien niet zozeer ‘de EU in de grondwet’, maar eerder ‘de EU in plaats van de grondwet’. Op het nationale vlak was er altijd al betrekkelijk weinig

14 Zie bijv. T. Barkhuysen & M. van Emmerik, *Europese grondrechten en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023; J.H. Gerards, H. de Waele & K.M. Zwaan (red.), *Vijf jaar bindend EU-Grondrechtenhandvest – Doorwerking, consequenties, perspectieven*, Deventer: Wolters Kluwer 2015; H. de Waele, J. Krommendijk & K.M. Zwaan (red.), *Tien jaar EU-Grondrechtenhandvest in Nederland – Een impact assessment*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, of de bijdragen aan de ‘NTM-mini-special tien jaar EU-grondrechtenhandvest’, *NTM-NJCM-Bulletin* 2020, p. 73-103.

15 Over dat laatste bijv. het uitgebreide rapport van de Algemene Rekenkamer, *EU-recht in de praktijk*, juni 2023.

16 HR 2 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1797, NJ 2005/80 m.nt. E.A. Alkema (*Rusttijden*); D. Elzinga, R. de Lange & H.R. Hoogers, *Handboek van het Nederlands staatsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2006, p. 720; M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 366; P.P.T. Bovend'Eert, C.N.J. Kortmann & J.L.W. Broeksteeg, *Constitutioneel recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 129.

17 HvJ EG 5 februari 1963, C-26/62 (*NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos/Nederlandse administratie der belastingen*); HvJ EG 15 juli 1964, C-6/64 (*Costa/ENEL*).

18 Vgl. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Tübingen: Mohr Siebeck 1960.

te halen. Dat pakt des te schrijnender uit nu er op een hoger niveau een fantastisch *mer-à-boire* als het Grondrechtenhandvest is te vinden. Hoog tijd derhalve om het oude juk af te schudden.

Voor de vuist kan men de voorgaande suggestie als absurd afdoen. Tegelijk valt de ontwikkeling niet te loochenen dat in Europa het normatieve gezag van grondwetten terugloopt, net in de hierboven geschetste context van alsmaar complexere meergelaagde structuren. Aldus is het Unierecht tegenwoordig bij machte om voor overheidsoptreden in de lidstaten een zelfstandige bevoegdheidsgrondslag te scheppen: waar volgens sommigen een dubbele legitimiteit wenselijk blijft, kan een verordening volstaan, zonder de tussenschakel van een nationale wet.¹⁹ Door de tijd ondergingen bovendien nationale wetten herhaaldelijk een inhoudelijke bijstelling onder invloed van de Europese en internationale normen – ondanks befaamde beginselen als subsidiariteit, of de bezweringsformule van de *margin of appreciation*.

Verbazingwekkend is het al met al niet dat de hier zichtbare basisdynamiek zich conformeert aan de bekende maxime *lex superior derogat legi inferiori* – de lagere normen delven steeds meer het onderspit.²⁰ Aanhangers van het pluralisme zouden weliswaar betogen dat er sowieso geen sprake is van een hiërarchische verhouding tussen de verschillende lagen. Aan de andere kant kunnen zij, gelet op de courante claims van bovenaf (zie artikel 46 EVRM of *Costa/ENEL*), toch moeilijk van een principiële superioriteit van het nationale recht uitgaan.²¹

Zodoende is het geen totaal wereldvreemde gedachte om de officiële grondwet helemaal te laten uitdoven, ten faveure van het overkoepelende bestel: netto maakt het voor de meeste grondrechten toch geen verschil. Het overige dat is bepaald ten aanzien van onder meer de inrichting van de staat en het regeringsstelsel valt voldoende te regelen per organieke wet, ondergeschikt aan de Europese verdragen.

Eerlijk is eerlijk, er blijft zo natuurlijk wel degelijk sprake van een *materiële* constitutie – maar aan een *formeel* equivalent bestaat dan alleszins geen behoefte meer. Een bijkomend pluspunt is dat er niet eindeloos veel tijd en energie aan wijzigingsprocedures hoeft te worden besteed wanneer men een nieuwe bepaling zou willen invoegen over – om maar wat te noemen – een individueel recht op een schoon leefmilieu.²²

6 Slot

De moraal van dit verhaal is dat het niet zo'n heel grote stap is van een sobere en tekortschiende grondwet naar een volledig afscheid van dat document – hetgeen een integrale onderwerping aan het hogere niveau met zich mee zou brengen (met als ultieme consequentie mogelijk zelfs

19 Hierover bijv. S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 25-29.

20 Incidenteel verzet daargelaten, waardoor er soms wijzigingen optreden aan de top van de piramide: in die zin althans is wel geduid de uitsluiting van de rechtsmacht van het Hof van Justitie van de EU ten aanzien van het Gemeenschappelijk Buitenlands- en Veiligheidsbeleid, bij de sluiting van het Verdrag van Maastricht in 1992, zodat de lidstatelijke soevereiniteit op dit vlak meer intact zou blijven. Hierover bijv. R. Dehousse, *The European Court of Justice*, Basingstoke: Macmillan 1998, p. 164.

21 Zie bijv. M. Avbelj & J. Komárek (red.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford: Hart Publishing 2012.

22 Omgekeerd zal er voor maximale veiligheid wel nood zijn aan een speciale wettelijke regeling die een duurzame binding aan de EU en de Raad van Europa verzekert, die niet met een gewone maar enkel via een verzwaarde meerderheid in de Staten-Generaal is ongedaan te maken.

overdracht van de *pouvoir constituant*). De huidige kaalheid en een eventuele verdere uitkleding hoeven niet problematisch te zijn in het licht van de riante stoffering van de laag daarboven.²³ Denkkelijk zet de manoeuvre de deur nog wat directer open voor internationale verdragen, Unie-acquis, en EVRM. Gelet op de hypermoderne inhoud van het EU-Grondrechtenhandvest, met zijn verfijnde mix aan klassieke, sociaaleconomische en collectieve rechten, komt de gemiddelde burger daar zelfs wel heel uitgebreid aan zijn trekken.²⁴ We kunnen ons per slot van rekening dan alle moeite besparen om te proberen het bestaande document verder aan te kleden – met alle politieke contestatie die daarmee gepaard gaat, inclusief slepende discussies over al dan niet gespreide toetsing, of de invoering van een Constitutioneel Hof.²⁵

Als gezegd betreft dit alles slechts een gedachtenexperiment, dat niet op een bepaalde uitkomst bedoelt aan te sturen. De gevolgde redenering noopt wel tot een erkenning van het gegeven dat onze zogenaamde collectie *Grundnormen*, waar momenteel opmerkelijk laconiek mee wordt omgesprongen, geen daadwerkelijk primaat meer toekomt. Zij vervullen nog slechts een subsidiaire rol, ingebed als ze zijn in de federale constructie van het EU-lidmaatschap.

23 Zolang Nederland zelf partij blijft bij het EVRM levert het overigens geen problemen op dat de EU dat momenteel niet is.

24 Art. 51 Grondrechtenhandvest werpt dan uiteraard wel een obstakel op, door de lidstaten enkel tot naleving te verplichten wanneer zij het EU-recht uitvoeren. Ter remediëring dient de Oostenrijkse route van vrijwillige adoptie zich aan; zie daarover o.a. G. Kristoferich, 'The Charter of Fundamental Rights of the European Union to be treated like Constitutional Law', *Vienna Journal on International Constitutional Law* 2013, p. 88-92.

25 Dat deze brede maatschappelijke discussie nog maar op het punt van beginnen staat, suggereren bijv. het quasi-verkiezingsprogramma van P. Omtzigt, *Een nieuw sociaal contract*, Amsterdam: Prometheus 2021, en een opiniestuk als dat van J. van de Beeten, 'De invoering van constitutionele toetsing als symboolpolitiek', *De Groene Amsterdammer* 15 februari 2023.