

DE TOEGEVOEGDE WAARDE VAN DE GRONDWETTELIJKE BEPERKINGENSISTEMATIEK

Simone Hooijer*

Samenvatting | De auteur geeft een reactie op H.C.F.J.A. de Waele, 'De Nederlandse Grondwet en het lidmaatschap van de Europese Unie. Is het mooi geweest?' gepubliceerd in *NTM/NJCM-Bull.* 2024/1.

Trefwoorden | [grondrechtenbescherming], [grondrechtenbeperking], [Grondwet], [toetsingskader]

DOI | 10.54195/NTM.19347

1 Inleiding

In het eerste nummer van 2024, een mini-special over de Grondwet, vroeg Henri de Waele zich af hoeveel waarde we nog moeten hechten aan de Grondwet in het licht van de ontwikkelingen op Europees niveau. Waar het gaat om grondrechtenbescherming, meent hij dat vooral het internationale en Europese recht leidend is. De Grondwet zou volgens hem in de praktijk geen rol spelen, ook gelet op het toetsingsverbod. Hij betoogt bij wijze van gedachte-experiment dat de Grondwet net zo goed kan worden afgeschaft: '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.'¹ Het artikel lijkt vooral prikkelend bedoeld te zijn, maar dat doet er niet aan af dat de stellingen van De Waele mijns inziens ongenuanceerd en onjuist zijn. De grondrechten in de Grondwet zijn wel degelijk van groot belang voor de praktijk van grondrechtenbescherming in Nederland, zoals ik in deze reactie zal toelichten.

2 De Grondwet en openbare-ordehandhaving op gemeentelijk niveau

Dat De Waele grote waarde hecht aan internationale verdragen, is op zichzelf begrijpelijk. Met name het EVRM bepaalt in belangrijke mate het materiële toetsingskader voor de beperking van grondrechten. Dat betekent echter niet dat de Grondwet overbodig is geworden. Een belangrijke beperking van de internationale toetsingskaders is dat zij niet voorschrijven welke nationale instanties bevoegd zijn tot het creëren van grondslagen voor grondrechtenbeperkingen. De Grondwet doet dat wel: grondwettelijk beschermde rechten kunnen slechts worden beperkt

* S.K. Hooijer LLM is promovenda bij de vaksectie Staatsrecht en het Onderzoekscentrum voor Staat en Recht van de Radboud universiteit.

1 H.C.F.J.A. de Waele, 'De Nederlandse Grondwet en het lidmaatschap van de Europese Unie. Is het mooi geweest?', *NTM/NJCM-Bull.* 2024/1, p. 56.

op basis van een wet in formele zin. Deze wet moet bovendien voldoende specifiek gericht zijn op de betreffende grondrechtenbeperking. Dit is, zowel in theoretisch als in praktisch opzicht, van fundamenteel belang voor de wijze waarop grondrechtenbescherming in Nederland is vormgegeven, bijvoorbeeld waar het gaat om handhaving van de openbare orde op gemeentelijk niveau.

Als gevolg van de grondwettelijke beperkingensystematiek heeft de gemeenteraad als decentrale regelgever niet de bevoegdheid om grondslagen te creëren voor het beperken van grondwettelijk beschermde rechten. De Algemene plaatselijke verordening (APV) kan een mogelijkheid bevatten voor het opleggen van gebiedsverboden waarmee de verdragsrechtelijk beschermde bewegingsvrijheid van artikel 2 Vierde Protocol EVRM wordt beperkt. Een verbod om bezoekers te ontvangen in de eigen woning of een mogelijkheid om woningen te sluiten, is daarentegen te vergaand. In deze gevallen is immers de persoonlijke levenssfeer in het geding, zoals beschermd door artikel 10 Gw.² Evenmin kan de raad een verbod uitvaardigen om de *colors* (hesjes) van een verboden motorclub te dragen of om anderen op intimiderende wijze na te roepen op straat. De uitingsvrijheid (artikel 7 Gw) staat hieraan in de weg.³ Recent springt de aanpak van online aangejaagde openbare-ordeverstoringen in het oog. Burgemeesters en gemeenteraden proberen op grond van de APV mogelijkheden te vinden of te creëren om op te treden tegen digitaal aangejaagde openbare-ordeverstoringen. Burgemeesters leggen dan aan personen die op sociale media oproepen tot ongeregelde heden een verbod op om online bepaalde uitingen te doen die kunnen leiden tot een openbare-ordeverstoring in de gemeente. Dit gebeurde bijvoorbeeld in Utrecht, waar een potentiële relschopper online opriep om naar Utrecht te komen en ‘matties en vuurwerk’ mee te nemen. Ook dergelijke uitingsverboden zijn niet rechtmatig, gelet op artikel 7 Gw.⁴

Indien een mogelijkheid voor bijvoorbeeld woningsluiting of een uitingsverbod noodzakelijk en wenselijk wordt geacht, zal de formele wetgever dit moeten regelen.⁵ De grondwettelijke legaliteits eis biedt een waarborg tegen al te lichtvaardige beperkingen van grondrechten op lager en decentraal niveau. Dat is van belang, omdat het veelal gemeenten zijn die aandringen op nieuwe (grondrechtenbeperkende) bevoegdheden.⁶ Zij hebben het meest te maken met (nieuwe) openbare-ordeproblemen. Dat betekent echter niet dat nieuwe bevoegdheden altijd noodzakelijk en wenselijk zijn. Het is verstandig dat een voorstel voor nieuwe grondrechtenbeperkende bevoegdheden het formele wetgevingsproces doorloopt, waarbij – ook op basis van het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State – op landelijk niveau een zorgvuldige afweging wordt gemaakt van de noodzaak, proportionaliteit en wenselijkheid van de voorgestelde bevoegdheid en de mogelijkheden om adequate waarborgen te bieden. Ook is het van belang

2 ABRvS 28 augustus 1995, ECLI:NL:RVS:1995:AH6164, AB 1996/204, m.nt. L.J.J. Rogier (*Drugspand Venlo*).

3 HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1946, Gst. 2022/86, m.nt. F.A. Pommer (*Colorverbod*); Hof Den Haag 19 december 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3293, AB 2020/179, m.nt. J.G. Brouwer & A.E. Schilder (*Straatintimidatie Rotterdam*).

4 Rb. Midden-Nederland 3 februari 2023, ECLI:NL:RBMNE:2023:375, AB 2023/82, m.nt. J.G. Brouwer & A.E. Schilder; JB 2023/105, m.nt. M.A.D.W. de Jong (*Utrecht*). Zie uitgebreider over deze problematiek M.A.D.W. de Jong, ‘De aanpak van online aangejaagde ordeverstoringen. Laveren tussen chaos en censuur’, *NJB* 2024/433.

5 Met betrekking tot woningsluiting is dit gebeurd met de invoering van art. 174a Gemeentewet (*Stb.* 1997/132) in 1997 en de uitbreiding van art. 13b Opiumwet naar woningen in 2007 (*Stb.* 2007/355).

6 Zie bijvoorbeeld de ingezonden brief in het NRC van een aantal burgemeesters, waaronder de Utrechtse burgemeester Dijkzma, met de veelzeggende titel: ‘Geef ons instrumenten om rellen te voorkomen’, *NRC* 6 februari 2023.

af te wegen in hoeverre de bevoegdheid past bij de andere taken en bevoegdheden van de burgemeester.

Dat de grondwettelijke legaliteitseis in de weg staat aan beperkingen op basis van decentrale regelgeving, voorkomt voorts grote verschillen tussen gemeenten waar het gaat om grondrechtenbeperkende burgemeestersbevoegdheden. De bevoegdheidskaders van burgemeesters kunnen per gemeente wat verschillen, maar slechts voor zover deze bevoegdheden geen grondwettelijk beschermde rechten raken óf voor zover de wetgever daar bewust voor gekozen heeft door te voorzien in getrapte bevoegdheidstoedeling.⁷ Dit laatste houdt in dat de wet aan de raad een bevoegdheid toekent om een bepaling in de APV op te nemen en die te laten handhaven door de burgemeester. Denk bijvoorbeeld aan de aanpak van woonoverlast: artikel 151d Gemeentewet (Gemw) biedt de raad de mogelijkheid in de APV een zorgplicht op te nemen voor bewoners en verhuurders om geen ernstige en herhaaldelijke hinder te veroorzaken voor omwonenden. De burgemeester handhaaft deze zorgplicht middels een last onder dwangsom of bestuursdwang of in ernstige gevallen met oplegging van een tijdelijk huisverbod (zie lid 2 en 3). De raad heeft een bepaalde mate van vrijheid bij de vormgeving van de zorgplicht en de handhavingsbevoegdheid, maar moet wel binnen de grenzen van artikel 151d Gemw blijven. De grondwettelijke legaliteitseis voorkomt derhalve dat op gemeentelijk niveau een al te grote wildgroei van grondrechtenbeperkende burgemeestersbevoegdheden kan ontstaan.

Niet alleen in formeel opzicht heeft de Grondwet toegevoegde waarde ten opzichte van mensenrechtenverdragen, ook materieel biedt de Grondwet op een aantal terreinen aanvullende bescherming. Zo zijn de doelcriteria voor beperken van het betogingsrecht in artikel 11 lid 2 EVRM ruimer dan in artikel 9 lid 2 Gw.⁸ Daarnaast valt te wijzen op het censuurverbod in artikel 7 lid 3 Gw: het is niet toegestaan om meningsuitingen voorafgaand te beperken op basis van de inhoud. De internationale verdragen verbieden dit in beginsel niet. Het censuurverbod is bijvoorbeeld relevant in de context van de eerder besproken uitingsverboden ter voorkoming van online aangejaagde openbare-ordeverstoringen. Ook op andere terreinen kan de nationale (grond)wetgever er – indien gewenst – voor kiezen een verdergaande bescherming te bieden.⁹ Het EVRM biedt immers slechts minimumnormen (artikel 53 EVRM).

3 De toegevoegde waarde van de Grondwet op landelijk niveau

Wanneer het om grondrechtenbeperkingen op basis van formele wetgeving gaat, wordt al snel gewezen op het toetsingsverbod van artikel 120 Gw. Ook De Waele meent kennelijk dat het toetsingsverbod de waarde van de Grondwet beperkt. Hier past echter enige nuance. De reikwijdte van het toetsingsverbod is relatief beperkt. Behalve dat de rechter wel lagere en decentrale regelgeving aan de Grondwet mag toetsen, geldt dit verbod enkel voor de rechter. Van de

7 Overigens is ook met landelijke burgemeestersbevoegdheden enige differentiatie mogelijk in de uitvoering. Het bevoegdheidskader is op zichzelf wel gelijk.

8 Op grond van art. 9 lid 2 Gw kunnen betogingen slechts worden beperkt met het oog op het beschermen van de gezondheid, het belang van het verkeer of het voorkomen of bestrijden van wanordelijkheden (zie ook art. 2 Wet openbare manifestaties).

9 Er zijn meer voorbeelden waar de Grondwet strenger is dan het EVRM. Zo zijn de doelcriteria van art. 8 Gw (het verenigingsrecht) beperkter dan die van art. 11 EVRM en waarborgt art. 23 lid 2 Gw de vrijheid om onderwijs te geven.

wetgever en de Afdeling advisering van de Raad van State mag juist worden verwacht dat zij beoordelen of een wetsvoorstel verenigbaar is met de Grondwet. Ook staat het toetsingsverbod er niet aan in de weg dat de rechter de *uitoefening* van een wettelijke bevoegdheid toetst aan grondrechten uit de Grondwet. De rechter kan bijvoorbeeld beoordelen of de (formeel)wettelijke bepaling een voldoende specifieke basis biedt voor de betreffende grondrechtenbeperking. Hiermee voorkomt de Grondwet meer dan het EVRM dat grondrechten worden beperkt op basis van te algemene bevoegdheidsgrondslagen, wat op het terrein van openbare-ordehandhaving en veiligheidsbeleid van wezenlijk belang is.

Dat deze laatste vorm van toetsing niet enkel theoretische relevantie heeft, kan worden geïllustreerd aan de hand van de gebiedsverboden die de officier van justitie (OvJ) in januari 2023 had opgelegd aan leden van Extinction Rebellion nadat zij hadden opgeroepen tot een blokkade van de Utrechtsebaan van de A12 in het kader van een klimaatdemonstratie. De activisten werden aangehouden wegens opruiing (artikel 131 Sr) en kregen op grond van artikel 509hh Wetboek van Strafvordering (Sv) een gebiedsverbod opgelegd voor de Utrechtsebaan en een deel van het gebied daaromheen.¹⁰ Hiermee trachtte de OvJ te voorkomen dat zij alsnog zouden deelnemen aan de (door de burgemeester verboden) demonstratie.

Artikel 509hh Sv biedt mijns inziens geen voldoende specifieke wettelijke grondslag voor het beperken van het in artikel 9 Gw neergelegde betogingsrecht. De bevoegdheid is in 2010 in de wet opgenomen met het oog op het aanpakken van ernstige overlast en vandalisme.¹¹ Uit de wettekst en totstandkomingsgeschiedenis valt niet af te leiden dat de wetgever (ook) heeft willen voorzien in een beperking van het betogingsrecht. Vanwege de aard van de beperking zou dit wel aangewezen zijn. De beperking kan niet worden aangemerkt als neveneffect, aangezien het verbod tot doel heeft de betrokkenen te weerhouden van deelname aan een betoging. Dat de betoging door de burgemeester is verboden, doet er niet aan af dat de aangekondigde blokkade van de A12 onder de reikwijdte van het betogingsrecht van artikel 9 Gw valt. Anders dan bij de toepassing van strafbepalingen gaat het bovendien om een preventieve beperking.

De vraag naar verenigbaarheid met de Grondwet komt overigens in de uitspraken van de rechtbank niet aan de orde. Eén van de activisten had aangevoerd dat het verbod inbreuk zou maken op het wettelijke systeem, omdat het stellen van beperkingen aan het betogingsrecht zou zijn voorbehouden aan de burgemeester op grond van de Wet openbare manifestaties (Wom). De rechter ging hier niet in mee en oordeelde dat er ook buiten de Wom voorschriften zijn op grond waarvan het betogingsrecht kan worden beperkt, zoals strafbepalingen of artikel 6:162 BW.¹² De rechtbank verwijst naar artikel 10 en 11 EVRM, maar niet naar artikel 9 Gw. Dat is een gemiste kans. Hoewel artikel 11 EVRM in beginsel niet aan het opleggen van dergelijke verboden in de weg staat (mits deze proportioneel zijn), is het verbod wel problematisch in

10 Onder meer Rb. Den Haag 23 mei 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:7393; Rb. Den Haag 28 februari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:2284; Rb. Den Haag 28 februari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:2286, *NJFS* 2023/107.

11 Wet maatregelen bestrijding voetbalvandalisme en ernstige overlast (Wet MBVEO), *Stb.* 2010/325. Overigens bevat deze bepaling ook een grondslag voor de oplegging van verboden om ernstig belastend gedrag van verdachten jegens anderen, bijvoorbeeld getuigen of slachtoffers, te voorkomen (lid 1 onder b) of om herhaald gevaar voor de gezondheid of het welzijn van dieren te voorkomen (lid 1 onder d), maar deze beide onderdelen zijn hier niet relevant.

12 Rb. Den Haag 28 februari 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:2284.

het licht van artikel 9 Gw. Een toets aan de Grondwet zou derhalve meerwaarde hebben ten opzichte van enkel een toets aan het EVRM.

4 Slot

Al met al biedt de Grondwet in meerdere opzichten een belangrijke aanvullende en andersoortige bescherming ten opzichte van verdragsrechten. Dat het afschaffen van de Grondwet geen of slechts geringe gevolgen zou hebben voor de praktijk van grondrechtenbescherming, zoals De Waele betoogt, is onjuist. De Grondwet verdient geen afschaffing, maar juist een herwaardering. De recente uitbreidingen van de Grondwet met onder meer een recht op toegang tot een rechter (artikel 17) en nieuwe gronden in het kader van het discriminatieverbod (artikel 1),¹³ zijn in dat licht toe te juichen.

Het zal de lezer wellicht zijn opgevallen dat ik me in deze bijdrage heb beperkt tot de grondrechten, terwijl het betoog van De Waele ook betrekking heeft op de andere grondwetsbepalingen. Het staat naar mijn idee buiten kijf dat de andere bepalingen uit de Grondwet niet zonder meer kunnen worden overgeheveld naar het Europese niveau. Allereerst omdat de EU-lidstaten verschillende regelingen hebben met betrekking tot hun staatsinrichting, zodat dit moeilijk te harmoniseren valt. Bovendien moet de besluitvorming over zaken als het toekennen van taken en bevoegdheden aan staatsinstellingen, de vormgeving van het kiesrecht of de doorwerking van internationaal (niet-EU-)recht op nationaal niveau plaatsvinden. Uiteraard met inachtneming van Europese minimumnormen (bijvoorbeeld uit het EVRM).

Het overhevelen van de grondwetsbepalingen naar wat De Waele een 'materiële constitutie' noemt, lijkt mij evenmin gewenst. Een gemakkelijk wijzigbare Grondwet klinkt wellicht aardig wanneer dit betekent dat het eenvoudiger wordt om grondrechten toe te voegen. Het is echter eveneens van belang dat de waarborgen uit de Grondwet niet te eenvoudig door een reguliere meerderheid in het parlement kunnen uitgedaald worden. Dat De Waele pleit voor afschaffing van de formele constitutie is daarom – zeker in deze tijd – zeer onverstandig. Opmerkelijk genoeg draagt hij dit laatste argument zelf ook aan ten faveure van het opnemen van het EU-lidmaatschap in de Grondwet: dit heeft volgens hem als voordeel dat eventuele *Nexit*-plannen minder gemakkelijk doorgang zouden kunnen vinden.¹⁴ Dit verhoudt zich moeilijk met zijn stelling dat de Grondwet kan worden afgeschaft. Hopelijk ziet De Waele de waarde van de Grondwet derhalve toch in.

13 Zie over art. 17 Gw: M.A.P. Timmerman, 'Artikel 17 lid 1 Grondwet één jaar in werking. Het (potentiële) gebruik van die bepaling in de strafrechtspraak', *NTM/NJCM-Bull.* 2024/1, p. 44-51.

14 De Waele, (*supra* noot 1), p. 53.