

NASCHRIFT – DE (BEPERKTE) MEERWAARDE VAN DE NEDERLANDSE GRONDWET

Henri de Waele *

Samenvatting | De auteur biedt een naschrift bij S.K. Hooijer, 'De toegevoegde waarde van de grondwettelijke beperkingensystematiek' gepubliceerd in *NTM/NJCM-Bull.* 2024, p. 235-239.

Trefwoorden | [Grondwet],[grondrechtenbescherming], [grondrechtenbeperking, [Europese Unie], [EVRM], [EU-Grondrechtenhandvest]

DOI | 10.54195/NTM.19666

© Author(s); licensed under Creative Commons Attribution 4.0

1 Inleiding

In het derde nummer van het NTM van dit jaar reageert Simone Hooijer op een bijdrage van mijn hand aan een eerdere mini-special over de Nederlandse Grondwet.¹ Op beknopte wijze kraakt zij enkele kritische noten, en onderstreept ze met name het nut van de grondwettelijke beperkingensystematiek. Aangezien mijn stuk bovenal bedoeld was om de lezer te prikkelen, is het volledig terecht dat ze de pen heeft opgenomen. Haar reactie bevat echter een licht vertekende weergave van mijn standpunten, waardoor een kort naschrift noodzakelijk blijkt.

2 Aard en oogmerk

Zoals meermaals expliciet aangegeven, bevatte mijn essay een gedachte-experiment; de bedoeling daarvan was niet om op een bepaalde uitkomst aan te sturen. Hooijer stelt dat ik zou hebben 'betoog[d] (...) dat de Grondwet net zo goed kan worden afgeschaft'. Dat was niet mijn intentie. Het ging me bewust om een verkenning *of we zonder onze Grondwet zouden kunnen*. Dit is qua insteek een belangrijk verschil, terwijl ze me nu tevens letterlijk voor de voeten werpt dat mijn 'stellingen' in haar ogen 'ongenuanceerd en onjuist' zijn. Gelet op de aard en het oogmerk van de bijdrage – een explorerend essay – kunnen die twee bijvoeglijke naamwoorden op zichzelf maar moeilijk toepasselijk zijn. In haar inleiding schrijft ze tevens dat in mijn optiek 'de Grondwet in de praktijk geen rol zou spelen, ook gelet op het toetsingsverbod'. Ook dat is te weinig

* Prof. mr. H.C.F.J.A. de Waele is hoogleraar Internationaal en Europees recht aan de Radboud Universiteit en de Universiteit Antwerpen.

1 S.K. Hooijer, 'De toegevoegde waarde van de grondwettelijke beperkingensystematiek', *NTM/NJCM-Bull.* 2024, p. 235-239; 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, p. 52-57.

genueanceerd van haar kant. Ik stelde in mijn stuk onder meer de soberheid van het document aan de kaak, wees op bepalingen die voor schrapping in aanmerking komen, en op lacunes die op een hoger niveau gecompenseerd (moeten) worden. De opmerking dat '[de Grondwet] mede als gevolg van deze schraalheid in de rechtspraak volgens ervaringsdeskundigen niet of nauwelijks een rol [speelt]' werd gebaseerd op uitlatingen van collega's tijdens een staatsrechtelijk panel bij het symposium 'Vertrouwen in de democratische rechtsstaat' medio 2023. Toegegeven, het weerspiegelt vooral een intuïtieve *communis opinio*. Bedenkkelijk is, wetenschappelijk gezien, dat een kwantitatieve onderbouwing ontbrak. Hooijer bestrijdt mij echter evenmin op basis van de cijfers. Dat onze Grondwet een relatief slecht(er) figuur slaat, zeker in vergelijking met ons omringende landen als België, Frankrijk en Duitsland, lijkt alleszins niet zo'n bijzonder, laat staan 'onjuist' idee.

3 Decentrale overheden en grondrechtenbeperking

In het vervolg van haar reactie werkt Hooijer uit waarom ze mijn opvattingen als 'ongenuanceerd en onjuist' beschouwt. Daarbij merkt ze om te beginnen op dat internationale toetsingskaders niet voorschrijven welke nationale instanties bevoegd zijn tot het creëren van grondslagen voor grondrechtenbeperkingen. Dat is uiteraard helemaal correct. Het zou ietwat merkwaardig zijn als die internationale toetsingskaders dat wél zouden doen, mede gelet op de algemene principes van volkenrechtelijke soevereiniteit, subsidiariteit, en (binnen de EVRM-context) de *margin of appreciation*. Hooijer verwijst vervolgens naar casuïstiek waarin de gemeentelijke wetgever beperkt wordt door de Grondwet, om aan te tonen hoe dit laatste document in werkelijkheid een fundamentele rol speelt. Daarbij heeft ze echter geen oog voor de consequenties van mijn gedachte-experiment, waarin we de Grondwet zouden verruilen voor een steviger koppeling aan het Europese niveau: de door haar beschreven situaties zouden zich immers evengoed voordoen wanneer het EU-Grondrechtenhandvest het leidende kader zou zijn. Ook dan zijn decentrale overheden niet zomaar in staat de grondrechten te beperken – evenwel niet door het grondwettelijk vereiste van een wet in formele zin, maar omdat er supranationaal recht in het gedrang dreigt te komen. Artikel 52 lid 1 van het EU-Handvest schrijft voor dat beperkingen altijd 'bij wet [moeten] worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen'. In het beruchte arrest *Melloni* heeft het Europees Hof van Justitie bovendien verduidelijkt dat bij de toepassing van nationaal recht in dergelijke situaties steeds de voorrang, eenheid en effectieve werking van het EU-recht dienen te worden geëerbiedigd.² Dit betekent dat decentrale overheden *in concreto* evenmin met gemak tot beperkingen zouden kunnen overgaan. Zonder twijfel moet de *huidige* relevantie van de Grondwet voor het decentrale niveau geapprecieerd worden. De redenering uitgewerkt in mijn essay, waarbij plaatsvervangend gekozen wordt voor een sterkere binding aan hogere normen, wordt er nochtans niet meteen 'onjuist' door. Vrijwel alles wat we momenteel met de Grondwet doen – waar Hooijer fraaie en zinvolle illustraties van geeft – lijkt eveneens mogelijk indien dat uitgangspunt, ten faveure een alternatieve inrichting, zou worden opgegeven.

2 HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11 (*Melloni*).

4 Reële meerwaarde

Hooijer schrijft verderop dat '[o]ok De Waele kennelijk meent dat het toetsingsverbod de waarde van de Grondwet beperkt'. Eerlijk gezegd valt moeilijk in te zien waarom het bekende gegeven dat het toetsingsverbod een negatief effect heeft, *an sich* als slechts een 'mening' kan worden afgedaan. Hooijer geeft hierna aan dat dit verbod enkel geldt voor de rechter, maar dat daarentegen de wetgever en Afdeling de Grondwet wél in hun overwegingen betrekken. Daarmee is echter niet aangetoond dat de Grondwet sec een onuitwisbaar karakter zou dragen – de kern van mijn uiteenzetting. Wetgever en Afdeling dienen namelijk evengoed acht te slaan op het EU-recht en internationale verdragen; het 'wegdenken' van de Grondwet maakt hier aldus geen materieel verschil. Aansluitend geeft Hooijer een voorbeeld van de reële meerwaarde aan de hand van een demonstratie begin 2023 van *Extinction Rebellion*, het verbod waarop volgens haar niet met de Grondwet te rijmen zou zijn geweest. Curieus genoeg onderbouwt de zaak precies de these dat het document in de Nederlandse praktijk onvoldoende waardering krijgt, in weerwil van haar eigen bedenkingen. Immers, zoals ze zelf aangeeft, verwees de rechter in casu juist alleen naar artikel 10 en 11 EVRM, ondanks het beroep van één van de partijen op artikel 9 Gw.

5 Slot

Aan het slot van haar bijdrage verschuilt zich een stropop-argument. Voor Hooijer staat buiten kijf dat, buiten de grondrechten om, 'de andere bepalingen uit de Grondwet niet zonder meer kunnen worden overgeheveld naar het Europese niveau'. Dat ben ik volledig met haar eens, en heb ik dan ook nergens betoogd. Mijn voorzichtige suggestie dat we afscheid kunnen nemen van de Grondwet ging expliciet gepaard met het idee om Nederland steviger vast te klinken aan het EU-niveau, door de grondrechtelijke normen aldaar als prioritair te beschouwen, en het overige in organieke wetten te borgen (die tegen te eenvoudige wijziging beveiligd zouden kunnen worden). Net door een dergelijke operatie, in plaats van krampachtig vasthouden aan een nog altijd tamelijk povere constitutie, zijn Nexit-fantasieën mogelijk effectiever te bestrijden. Over de wenselijkheid van dat laatste zijn we het roerend eens. Voor de grondrechtenbescherming op decentraal niveau zal de manoeuvre uiteindelijk geen groot verschil hoeven te maken.