

M.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, 209 p., ISBN 978-94-6375-840-6

A.J. NIEUWENHUIS*

Op 15 april 2020 verdedigde Manon Julicher haar proefschrift getiteld: Nederlandse Grondrechten: klaar voor de toekomst? Modernisering van grondrechten in de Grondwet in het licht van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest. In de Inleiding vinden we de centrale vraagstelling:

‘Welke aanpassingen aan de in de Grondwet opgenomen grondrechtenbepalingen zijn nodig om te kunnen zorgen voor een versterking van de juridisch-normatieve functie van de Grondwet in het licht van de ontwikkelingen van multi-actoralisering, proceduralisering en digitalisering, rekening houdend met het feit dat de Grondwet tenminste een niveau van rechtsbescherming moet bieden dat vergelijkbaar is met dat van het EVRM en het Handvest maar dat daar ook bovenuit mag stijgen?’

Daarbij is het uitgangspunt dat in de Grondwet de belangrijkste normen dienen te staan die het overheidshandelen limiteren en daarbij ook legitimeren. Die normen dienen zowel voor wetgever als rechter richtinggevend te zijn. Wanneer de grondwettelijke normen door maatschappelijke of juridische ontwikkelingen worden ingehaald, vermindert hun juridisch-normerende functie en kunnen ze zelfs geheel obsoleet worden. Een tweede uitgangspunt is dat de zwakke positie van de Grondwet in dezen minder te wijten is aan het toetsingsverbod dan aan de gebrekkige inhoud van de Grondwet.

Het proefschrift bevat naast de inleiding en de conclusie vijf hoofdstukken die alle bestaan uit een eerder gepubliceerd artikel. Het eerste artikel, waarvan de gepromoveerde co-auteur is, ziet in het bijzonder op de

boeken

* Dr. Aernout Nieuwenhuis is universitair hoofddocent Staatsrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

multi-actoralisering. Aan de hand van een zeer informatief overzicht van jurisprudentie van het EHRM, het HvJEU, de Nederlandse, Portugese, Spaanse en Poolse rechter wordt geconcludeerd dat er een tendens bestaat om grondrechten ook aan rechtspersonen te doen toekomen en zelfs in een enkel geval aan publiekrechtelijk rechtspersonen of althans daar nauw mee verbonden instellingen.

Het tweede en het derde hoofdstuk hebben betrekking op de proceduralisering van het recht, 'de ontwikkeling dat in regelgeving steeds meer nadruk wordt gelegd op goede procedurele waarborgen ten koste van materiële normen' (p. 12), een tendens die ook in de toetsingswijze van het EHRM te onderkennen valt. Mede om die reden verdient het gebrek aan goede procedurele grondrechten in de Nederlandse Grondwet alle aandacht. Het tweede hoofdstuk houdt zich in het bijzonder bezig met het in eerste lezing aanvaarde voorstel tot opname in de Grondwet van een recht op een eerlijk proces, dat sterk op artikel 6 EVRM lijkt. Aan het eind van het artikel wordt de hoop uitgesproken dat de Nederlandse rechter op grond van de voorgestelde bepaling meer bescherming gaat bieden dan het EHRM, nu het EVRM op bepaalde punten wat zuinig is.

Het hoofdstuk daarna betreft het grondrecht op behoorlijk bestuur, dat ontbreekt in het EVRM maar wel uitdrukkelijk in artikel 41 Hv is vastgelegd. Ook dit recht verdient gezien de proceduralisering een plaats in de Grondwet. Daarbij doet de schrijfster zelf een voorstel: 'Eenieder heeft er recht op dat zijn zaken onpartijdig, behoorlijk en binnen een redelijke termijn door een bestuursorgaan worden behandeld'. Een dergelijke bepaling houdt volgens de schrijfster het juiste midden tussen een al te gedetailleerde bepaling waarin alle beginselen van behoorlijk bestuur zijn opgenomen en een geheel onbestemde norm.

De laatste twee hoofdstukken gaan in het bijzonder over digitalisering en de - onder andere daaruit volgende - gebreken van artikel 7 en artikel 13 Grondwet. Wat de vrijheid van meningsuiting betreft, schetst de auteur zelf de contouren van een nieuw in te voeren artikel dat het censuurverbod schrapt (zie ook hieronder) en voorts de beschermingswijze van artikel 10 EVRM combineert met de grondwettelijke benadering waarin de wet in formele zin de hoofdrol speelt. Het artikel over het telecommunicatiegeheim stelt het bestaande wijzigingsvoorstel in dezen centraal. Dat wordt indringend bekritiseerd onder verwijzing naar rechtspraak van het EHRM en het HvJ. Een gemiste kans, aldus de schrijfster.

Het zal de lezer niet verbazen dat in de concluderende slotbeschouwing wordt gesteld dat er in veel opzichten dringend werk aan de winkel is om een aantal grondrechten op de hoogte van de tijd te brengen en zo de juridisch-normerende functie van de Grondwet te waarborgen.

Wat direct opvalt, is de voor een proefschrift grote verscheidenheid aan onderwerpen. De auteur valt dan ook te prijzen dat zij op elk van deze gebieden een goed lopende en goed gedocumenteerde uiteenzetting weet te geven. Doordat er nogal veel ter sprake komt, is de redenering soms wel wat kort door de bocht. Zo wordt er wel heel makkelijk van de vrijheid van meningsuiting overgestapt naar de vrijheid van betoging (p. 96) en verandert ex-post toezicht op af luisteren (p. 138) vrij eenvoudig in ex-post toestemming (p. 142). Ook wordt er zonder nadere uitleg gesteld dat alle doelcriteria in artikel 10 EVRM simpelweg te scharen zijn onder de bescherming van de democratische rechtsstaat en de bescherming van de rechten van anderen (p. 113).

De artikelen hebben niet alle dezelfde opzet. Zo onderzoekt het eerste artikel één van de in de vraagstelling genoemde tendensen. De andere artikelen gaan alle in op één bepaald grondrecht. Twee daarvan leveren kritiek op een bestaand voorstel, een derde ontwerpt een eigen bepaling en een vierde schetst de contouren van een mogelijk voorstel. Dat verschil in opzet is mijns inziens niet bezwaarlijk. Het is evenmin een probleem dat de artikelen niet op hetzelfde moment afgerond zijn. Soms is het juist aardig enig voortschrijdend inzicht vast te kunnen stellen. Zo wordt in het tweede artikel (p. 64) vrij stellig beweerd dat het HvJ ook publiekrechtelijke rechtspersonen als dragers van - bepaalde - grondrechten ziet. Enige tijd later, in het eerste artikel, lijkt er wat meer voorbehoud te bestaan: de stelligheid geldt dan alleen 'semi-public authorities' (p. 28). Bij een proefschrift dat grotendeels uit verschillende artikelen bestaat, kan uiteraard de vraag gesteld worden hoe het theoretisch kader en de vraagstelling zich verhouden tot de deelonderwerpen. Om met dat laatste te beginnen: de vraagstelling is ondanks de lengte ervan vrij algemeen van aard, waardoor de deelonderwerpen erbinnen blijven. Daarmee is overigens niet gezegd dat de behandeling van de deelonderwerpen samen de hele vraagstelling kunnen beantwoorden, nu deze ziet op alle grondrechten in de Grondwet. Ik acht dat geen groot bezwaar. Een tweede opmerking in dezen is dat het eerste artikel wat apart staat. Dat komt niet eens zozeer door de conclusie die erop neerkomt dat de tendens tot multi-actorialisering vooralsnog niet tot aanpassingen van de Grondwet noopt; het blijft ook onduidelijk in hoeverre de Grondwet niet meer bij de tijd zou zijn indien deze tendens grote vormen zou hebben aangenomen. Daar zou wél aan toegevoegd kunnen worden dat het limiterend en daarmee ook het legitimerend karakter van de grondrechten ernstig in het gedrang zou komen, wanneer publiekrechtelijke rechtspersonen simpelweg een beroep op de grondrechten zou toekomen.

De schrijfster noemt trouwens nog meer tendensen dan de drie die in de vraagstelling zijn opgenomen; daaronder ook internationalisering en

polarisering. De Staatscommissie Grondwet zo zij in herinnering gebracht, stelde de tendensen internationalisering en digitalisering voor op.¹ Overigens zij opgemerkt dat de internationalisering in het proefschrift een buitengewoon belangrijke rol speelt, zoals uit de ondertitel blijkt. De bepalingen uit het EVRM en het Handvest vervullen een voorbeeld- en klankbordfunctie.

Wat in inleiding of conclusie niet uitgebreid wordt geïdentificeerd, is de vraag of de grondrechtsbepaling op zichzelf de belangrijke normerende functie moet vervullen of dat die rol eerder is weggelegd voor de daarop gebaseerde jurisprudentie. Men vergelijk hier bijvoorbeeld artikel 13 van de Duitse Grondwet, waarin vrij gedetailleerd is vastgelegd onder welke voorwaarden er in een woning afgeluisterd mag worden, met het First Amendment dat ten aanzien van de vrijheid van meningsuiting de bekende – maar op zijn minst verwarrende formule – ‘Congress shall make no law (...) abridging the freedom of speech, or of the press’ bevat. Beide bepalingen hebben een belangrijke normerende functie, maar in het tweede geval ligt het zwaartepunt zonder meer bij de uitleg ervan door het Supreme Court. Uit de afzonderlijke hoofdstukken wordt overigens duidelijk dat de schrijfster hier waarschijnlijk een middenpositie inneemt (vgl. o.a. p. 70, p. 82). Zo moet een bepaling niet te algemeen zijn omdat er dan grote interpretatieproblemen dreigen, maar is ook enige flexibiliteit geboden zodat de rechter kan inspelen op nieuwe ontwikkelingen.

De bepalingen uit het EVRM lijken in deze een voorbeeldfunctie te vervullen. Nu is het buitengewoon lastig zich deze bepalingen voor te stellen zonder direct aan de uitleg ervan door het EHRM te denken. Wanneer dat toch lukt, hebben termen als ‘voorzien bij wet (law, loi)’ en ‘noodzakelijk in een democratische samenleving (proportioneel)’ eigenlijk een zeer onbestemde inhoud. Men denke ook aan de beperkte normerende functie in de eerste tijd na inwerkingtreding van het verdrag. Het is dan toch met name de rechter die hier de normerende functie handen en voeten geeft. Het proefschrift gaat ervan uit dat de bepalingen in de Nederlandse Grondwet dienen ‘aan te sluiten’ bij de bepalingen uit het EVRM. Indien daarmee bedoeld wordt dat er rekening mee gehouden dient worden dat er op Europees niveau al een minimumbescherming bestaat, is dat onmiskenbaar het geval. Als ‘aansluiten’ betekent dat er een in bepaalde opzichten vergelijkbare bepaling in de Grondwet komt te staan, kan dat ook onduidelijkheid met zich mee brengen. Is het de bedoeling dat beide normen een zelfde uitleg krijgen - men vergelijk in dezen ook artikel 52 lid 3 Hv – of dient de grondwettelijke norm, ook wat de vergelijkbare elementen betreft, meer bescherming te bieden? In dat laatste geval zal de rechter bij het toetsen van lagere regelgeving de verdergaande

¹ Rapport Staatscommissie Grondwet, bijlage bij *Kamerstukken II 2010/11*, 31 570, nr. 17.

grondwettelijke norm kunnen toepassen, maar bij het toetsen van wetgeving in formele zin de Straatsburgse uitleg moeten hanteren. Dat is voor de burger op zijn minst verwarrend

Wel zij uitdrukkelijk gezegd dat het proefschrift niet simpelweg kiest voor een met het EVRM vergelijkbare norm. Er wordt juist gepleit voor bijvoorbeeld een ruimere reikwijdte of het tot op zekere hoogte handhaven van de bestaande grondwettelijke competentievoorschriften. Daarnaast zou men kunnen denken aan nog andere grondwettelijke accenten. Dat brengt mij als vanzelf op het vierde artikel met de even prikkelende als veelbelovende titel 'Red het censuurverbod, schaf het af.' Dit artikel betoogt dat het censuurverbod haar normerende functie heeft verloren, omdat het is ingehaald door technische en maatschappelijke ontwikkelingen. Omdat preventief toezicht ook door het EHRM met argusogen wordt bekeken, zeker als ook de inhoud van uitlatingen een rol speelt, biedt een norm als vastgelegd in artikel 10 EVRM (zoals uitgelegd door de rechter!) ook een adequate bescherming.

Dat het censuurverbod een onmogelijke norm is geworden die tot verdraaiing en omzeiling aanleiding geeft, wordt op twee fronten beargumenteed. In de eerste plaats aan de hand van zaken als het verbieden van een bijeenkomst met een controversieel karakter (verbod burgemeester Eindhoven van Eritrese vergadering) en het opleggen van een gebiedsverbod aan een imam door de minister. Het opmerkelijke daarbij is dat de schrijfster zowel in het door de rechter terugfluiten van de burgemeester als in het niet terugfluiten van de minister door de Afdeling een argument ziet voor de stelling dat de normerende functie afwezig is. Ik zou juist zeggen dat uit het terugfluiten bij uitstek de normerende functie blijkt.

In de tweede plaats staat de norm onder druk door de digitalisering, nu bepaalde intermediairs er niet onderuit komen filtertechnieken toe te passen, omdat zij anders aansprakelijk kunnen zijn op grond van auteursrechtinbreuk of omdat zij de verspreiding van haatzaaiende teksten faciliteren. Wat dat laatste betreft, kan gewezen worden op het Delfi-arrest van het EHRM.² Daarin oordeelt het Hof dat het aansprakelijk stellen van een grote nieuwssite voor de op de site geposte haatzaaiende berichten niet in strijd is met artikel 10 EVRM. Een dergelijke aansprakelijkheid kan moeilijk ontlopen worden zonder dat Delfi inhoudelijke controle gaat uitoefenen. Daarbij dient overigens opgemerkt te worden dat het EHRM ervan uit gaat dat die controle niet per se vóór publicatie hoeft te geschieden (§ 153). Wat van dat laatste ook zij, dat dergelijke vormen van door de schrijfster 'indirect' genoemde censuur de vraag doen opkomen of het censuurverbod in de huidige vorm moet worden gehandhaafd', is niet onbegrijpelijk. De schrijfster acht schrappen de beste oplossing; of

² EHRM (GK) 16 juni 2015, nr. 64569/09 (*Delfi AS/Estonia*).

het daarmee gered wordt, is echter de vraag. Wil men in de Grondwet uitdrukkelijk uitsluiten dat bestuursorganen voorafgaand aan een publicatie de inhoud ervan controleren dan zou ik eerder denken aan het specificeren van de norm (directe censuur?).

Dat het helemaal schrappen het voordeel heeft, dat het minder belangrijk wordt in grensgevallen te bepalen of een beperking repressief of preventief is, kan mij ook niet onmiddellijk overtuigen. Het bestaan van grensgevallen is inherent aan de toepassing van het recht. Het opstellen van een wat diffusere norm die zelf dergelijke onderscheidingen niet kent, zal er niet voor zorgen dat er steeds een 'aanmerkelijk voorzienbaarder oordeel' (p. 114) zal volgen. Bestudering van de jurisprudentie van het EHRM bevestigt dat in elk geval niet zonder meer.

Laat ik afsluiten. Manon Julicher heeft een goed leesbaar proefschrift geschreven dat op overtuigende wijze duidelijk maakt dat groot onderhoud aan de Grondwet is geboden. Het is te dien aanzien ook meer bij de tijd dan het rapport van de staatscommissie Grondwet dat alweer tien jaar oud is en heeft in dat opzicht een 'sterkere normatieve functie'. Als antwoord op de hoofdvraag worden ook de nodige concrete aanpassingen voorgesteld. Het proefschrift bestrijkt daarbij een groot terrein, zodat het alleen al daarom onvermijdelijk is dat de lezer met bepaalde vragen blijft zitten. Dat zet echter ook aan tot nadenken.