

# CORONA: DE CRISIS DIE DE GRONDWET DOET WIJZIGEN?

Manon Julicher\*

- \* Mr.dr. M.M. Julicher is als universitair docent Staatsrecht werkzaam bij de Universiteit Utrecht. Deze bijdrage is afgerond op 18 augustus 2020.
- 1 Een greep uit het nieuws: 'Coronamaatregelen beperken grondrechten, maar zijn verdedigbaar' zegt Raad van State', *NRC* 25 mei 2020 ([www.nrc.nl/nieuws/2020/05/25/coronamaatregelen-beperken-grondrechten-maar-zijn-verdedigbaar-zegt-raad-van-state-a4000713](http://www.nrc.nl/nieuws/2020/05/25/coronamaatregelen-beperken-grondrechten-maar-zijn-verdedigbaar-zegt-raad-van-state-a4000713), laatst geraadpleegd 18 juni 2020) en 'Demonstraties leggen bloot hoe lockdown grondrechten uitholt', *de Volkskrant* 3 juni 2020 ([www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/demonstraties-leggen-bloot-hoe-lockdown-grondrechten-uitholt--be708ffa/](http://www.volkskrant.nl/nieuws-achtergrond/demonstraties-leggen-bloot-hoe-lockdown-grondrechten-uitholt--be708ffa/), laatst geraadpleegd 18 juni 2020); 'Beperkingen van grondrechten in coronatijd', *denederlandseggrondwet.nl* 2 juni 2020 ([www.denederlandseggrondwet.nl/id/v/96duoz5sr0/](http://www.denederlandseggrondwet.nl/id/v/96duoz5sr0/), laatst geraadpleegd 18 juni 2020).
  - 2 Zie bijvoorbeeld de maatregelen uit de Noodverordening van de Veiligheidsregio Utrecht van 27 maart 2020: [www.vru.nl/nieuws/1168](http://www.vru.nl/nieuws/1168) (laatst geraadpleegd op 18 juni 2020).
  - 3 De discussie ging vooral over de vraag of de beperkingen in noodverordeningen mochten worden neergelegd als de Grondwet stelt dat grondrechten alleen met een wet in formele zin kunnen worden beperkt. Zie bijvoorbeeld Voorlichting over grondwettelijke aspecten van (voor)genomen crisismaatregelen van 7 mei 2020, Raad van State, online via [www.raadvanstate.nl/@121106/w04-20-0139-vo/](http://www.raadvanstate.nl/@121106/w04-20-0139-vo/) (laatst geraadpleegd 13 juli 2020); Advies Raad van State Tijdelijke wet maatregelen COVID-19, *Kamerstukken II* 2019/20, 35526, nr. 4; 'Noodverordening blijkt illegaal en moet worden aangepast', *Trouw* 23 april 2020 ([www.trouw.nl/binnenland/](http://www.trouw.nl/binnenland/)



## M.M. Julicher Nederlandse grondrechten: klaar voor de toekomst?

Diss. Utrecht, 209 p,  
beschikbaar online:  
[www.publicatie-online.nl/publicaties/manon-julicher/](http://www.publicatie-online.nl/publicaties/manon-julicher/)

Op 15 april 2020 promoveerde Manon Julicher aan de Universiteit Utrecht op het proefschrift *Nederlandse grondrechten: klaar voor de toekomst?* Promotoren waren prof. mr. Janneke Gerards en prof. mr. Rob Widdershoven.

### Inleiding

Toen ik een aantal jaar geleden begon aan mijn promotieonderzoek over grondrechten in de Grondwet had ik niet gedacht dat dit onderwerp nog eens zo actueel zou worden. De Grondwet was nu eenmaal niet het meest sexy onderwerp om over te lezen en te schrijven. Maar door de maatregelen die volgden op de COVID-19-pandemie kwam de Grondwet, en dan vooral de daarin vervatte grondrechten, veelvuldig in het nieuws.<sup>1</sup> Opeens ondervonden we aan den lijve hoe onze grondrechten ingeperkt werden om een crisis te bezweren. We moesten allemaal verplicht binnenblijven, demonstraties werden verboden en godsdienstige bijeenkomsten konden niet doorgaan, we mochten niet meer op bezoek bij opa en oma in het verpleeghuis, en we konden niet meer naar school door het verbod op fysiek onderwijs in scholen.<sup>2</sup> Allemaal inperkingen op belangrijke grondrechten, zoals

het recht om een godsdienst te belijden (art. 6 Gw), de onderwijsvrijheid (art. 23 Gw) en het huisrecht (art. 12 Gw).

**Grondrechten zijn op dit moment niet in staat om de vrijheid van de burger te waarborgen en de legitimiteit van de overheid te verzekeren. De coronamaatregelen maakten dat maar al te duidelijk**

Deze inperkingen kunnen gerechtvaardigd zijn, want grondrechten gelden niet absoluut. Beperkingen moeten echter wel altijd aan strenge vereisten voldoen. In het coronadebat spitste de discussie zich voornamelijk toe op dit laatste: waren de opgelegde beperkingen wel in overeenstemming met de vereisten die de Grondwet stelt?<sup>3</sup> Dat is uiteraard een fundamentele vraag. In mijn proefschrift ga ik echter een stap verder. Ik stel dat ook al zouden de grondrechtenbeperkingen in overeenstemming zijn met de eisen die de Grondwet nu stelt, dan nog worden onze grondrechten, en de belangen die zij beschermen, niet goed gewaarborgd.<sup>4</sup> De bescherming van de grondrechten in de Grondwet schiet namelijk ernstig tekort. Grondrechten zijn onduidelijk en ouderwets geformuleerd, het ontbreekt aan praktische hanteerbaarheid en zij zijn onvolledig.<sup>5</sup> Daardoor zijn de grondrechten op dit moment niet in staat om de vrijheid van de burger te waarborgen en de legitimiteit van de overheid te verzekeren. De coronamaatregelen maakten dat maar al te duidelijk. Zo waren volgens de Grondwet de maatregelen die religieuze

samenkomsten en samenkomsten in de privé-sfeer verboden niet in strijd met de Grondwet, althans zolang deze verboden maar in een wet in formele zin zouden worden geregeld.<sup>6</sup> Dat neemt echter niet weg dat deze maatregelen ook in de formele wetsvorm een heel grote inbreuk maakten op wezenlijke grondrechten als het recht op godsdienstvrijheid en het recht op privéleven. Het is dan ook de vraag of die inbreuken wel proportioneel en noodzakelijk waren. De Grondwet vereist echter niet dat die laatste vraag gesteld wordt, omdat dit soort inhoudelijke beperkingscriteria in de Grondwet ontbreekt.

Dat een dergelijke lacune van de Grondwet juist nu aan het licht komt, is niet verwonderlijk. In tijden van crisis worden kwetsbaarheden snel zichtbaar, en dat geldt ook voor de Grondwet: de pandemie was de *Wingate*-test en de grondrechten bleken niet *coronaproof*. Die kwetsbaarheden bestonden echter al langer en waren al voor de virusuitbraak reden tot ingrijpen. In mijn proefschrift – dat ik schreef voordat de coronacrisis losbarstte – kwam ik reeds tot deze conclusie, omdat ook al vóór de corona-uitbraak duidelijk was dat de grondwettelijke grondrechten danig uit de pas liepen met ingrijpende maatschappelijke tendensen, zoals de opkomst van nieuwe technologieën, internationalisering en polarisatie.<sup>7</sup>

## In tijden van crisis worden kwetsbaarheden snel zichtbaar, en dat geldt ook voor de Grondwet: de pandemie was de *Wingate*-test en de grondrechten bleken niet *coronaproof*

In mijn proefschrift heb ik enkele juridische ontwikkelingen, die het gevolg waren van deze maatschappelijke tendensen, en enkele specifieke grondrechten die door deze juridische ontwikkelingen geraakt worden, onder de loep genomen.<sup>8</sup> Op basis van die analyse signaleerde ik een aantal overkoepelende factoren dat debet is aan de gebrekkige kracht van de grondrechten in de Grondwet. Precies deze factoren zien we terug in de oorzaak waarom onze grondrechten nu in de coronacrisis tekortschieten. In het volgende deel van deze bijdrage ga ik in op deze juridische ontwikkelingen en op deze overkoepelende factoren. Op basis hiervan doe ik enkele voorstellen voor aanpassingen aan de grondrechtencatalogus in de Grondwet.

### Proceduralisering en digitalisering<sup>9</sup>

Twee juridische ontwikkelingen die sinds enige tijd het juridische landschap bepalen zijn proceduralisering en digitalisering.<sup>10</sup> Proceduralisering gaat over de ontwikkeling dat bij het maken van regelgeving en in de toets bij de rechter minder wordt gekeken naar inhoudelijke normen, maar daarentegen meer nadruk wordt gelegd op pro-

cedurele regels (regels over de manier waarop besluiten kunnen worden genomen en regels over rechtsbescherming). Het idee hierachter is dat als er goede regels zijn wat betreft besluitvormingsprocedures en rechtsbescherming er vanzelf ook goede uitkomsten zullen zijn.<sup>11</sup> Digitalisering gaat over de ontwikkeling dat nieuwe technologieën – zoals *big data* en algoritmen, *Internet of Things* en kunstmatige intelligentie – ervoor zorgen dat informatie op grote schaal kan worden verworven, opgeslagen en verwerkt. De digitale wereld en de fysieke wereld raken hierdoor nauw met elkaar verbonden. Digitalisering zorgt zo voor een grote invloed op de samenleving.<sup>12</sup> Door digitalisering zijn er bijvoorbeeld niet alleen allerlei nieuwe manieren van communiceren ontstaan (WhatsApp, Facebook en e-mail), maar hierdoor is ook het grootschalig verspreiden en ontvangen van informatie door gebruik van internet vele malen makkelijker geworden.<sup>13</sup>

De grondrechten in de Grondwet komen niet goed mee met bovengenoemde ontwikkelingen. Door proceduralisering worden bijvoorbeeld hoge(re) eisen gesteld aan de manier waarop besluiten worden genomen in rechtspraak en bestuur.<sup>14</sup> Maar de Grondwet bevat nauwelijks regels die deze overheidsfuncties normeren. Denk hierbij aan het recht op een eerlijk proces en het recht op behoorlijk bestuur. Volgens het recht op een eerlijk proces moet in een gerechtelijke procedure onpartijdigheid en onafhankelijkheid worden gewaarborgd, moet er sprake zijn van *equality of arms* tussen de procespartijen en moet een beslissing binnen een redelijke termijn in de openbaarheid genomen worden.<sup>15</sup> Het recht op behoorlijk bestuur stelt eisen aan de manier waarop bestuursorganen tot hun besluiten komen. Besluiten moeten bijvoorbeeld zorgvuldig zijn voorbereid, goed worden gemotiveerd en in gelijke gevallen gelijk (zonder willekeur) worden opgelegd en toegepast.<sup>16</sup> Uit de grondrechtencatalogus van de Grondwet blijken deze vereisten echter niet. Deze rechten ontbreken nu in de Grondwet, terwijl de Grondwet juist bedoeld is om al het overheidsoptreden – dus ook dat van de rechter en de uitvoerende bestuursorganen – van een grondslag te voorzien en aan grenzen te onderwerpen. Dat is bij uitstek de functie die grondrechten behoren te vervullen.<sup>17</sup> Grondrechten bewaken namelijk de vrije ruimte van de burger door overheidsoptreden te legitimeren, te normeren en te limiteren. Dit wordt ook wel de juridisch-normatieve functie van de Grondwet genoemd.<sup>18</sup> Dat levert een waarborg tegen machtsmisbruik en willekeur op. Dat is erg belangrijk, omdat het zorgt voor vertrouwen van burgers in hun overheid, hetgeen essentieel is voor aanvaarding en effectiviteit van overheids-optreden.<sup>19</sup> Helemaal in deze tijden, nu een groot beroep wordt gedaan op de eigen verantwoordelijkheid van mensen om bepaalde overheidsmaatregelen na te leven, zijn dat vertrouwen en die aanvaarding onontbeerlijk.<sup>20</sup>

In het bijzonder het grondrecht op een eerlijk proces en het grondrecht op behoorlijk bestuur waren de afgelopen maanden erg belangrijk, omdat zij garant stonden voor waarborgen die door de coronamaatregelen snel in de verdruk-

noodverordening-blijkt-illegaal-en-moet- worden-aangepast~be66a1da/, laatst geraadpleegd 18 juni 2020); 'Spoedwet voor noodmaatregelen', *NRC* 27 april 2020 ([www.nrc.nl/nieuws/2020/04/27/spoedwet-voor-noodmaatregelen-a3997955](http://www.nrc.nl/nieuws/2020/04/27/spoedwet-voor-noodmaatregelen-a3997955)), laatst geraadpleegd 18 juni 2020).

- 4 M.M. Julicher, *Nederlandse grondrechten: klaar voor de toekomst?* (diss. Utrecht), 2020; Zie ook M.M. Julicher & A.E.M. Leijten, 'Onze grondrechten gaan te makkelijk opzij in crisistijd. De Grondwet moet een anker bieden', *Nederlands Dagblad* 9 juni 2020 ([www.nd.nl/ opinie/opinie/976517/ onze](http://www.nd.nl/ opinie/opinie/976517/ onze)), laatst geraadpleegd 13 juli 2020).
- 5 Julicher 2020, par. 1.5.
- 6 Paragraaf 11 van de Voorlichting over grondwettelijke aspecten van (voor)genomen crisismaatregelen van 7 mei 2020, Raad van State, online via [www.raadvanstate.nl/@121106/w04-20-0139-vol](http://www.raadvanstate.nl/@121106/w04-20-0139-vol) (laatst geraadpleegd 13 juli 2020).
- 7 Jaarverslag Raad van State 2018, Den Haag april 2019, online via: [www.raadvanstate.nl/publicaties/jaarverslagen/](http://www.raadvanstate.nl/publicaties/jaarverslagen/), p. 12. Zie over polarisatie o.a. P. Dekker & J. den Ridder, *Burgerperspectieven 2019/1*, Den Haag: SCP 2019, online via: [www.scp.nl/Publicaties/Alle\\_publicaties/Publicaties\\_2019/Burgerperspectieven\\_2019\\_1](http://www.scp.nl/Publicaties/Alle_publicaties/Publicaties_2019/Burgerperspectieven_2019_1).
- 8 Zie voor deze ontwikkelingen en de specifieke grondrechten die onder de loep zijn genomen de paragraaf hierna.
- 9 Gebaseerd op Julicher 2020, par. 1.6.
- 10 Zie over digitalisering bijvoorbeeld *Rapport Commissie Grondrechten in het Digitale Tijdperk*, Den Haag, mei 2000 (hierna: *Rapport commissie GDT 2000*) (*Kamerstukken II 2000/01, 27460*, nr. 1, bijlage); *Rapport Staatscommissie Grondwet*, Den Haag, november 2010 (*Kamerstukken II 2010/11, 31570*, nr. 17, bijlage) en de briefwisseling tussen Kummeling en Kortmann in de Milleniumrubriek van *Ars Aequi*, waarin deze ontwikkeling al werd aangestipt. (H.R.B.M. Kummeling, 'Naar een nieuwe Grondwet?', *AA* 1999, afl. 4, p. 233-235 (AA19990233) en C.A.J.M. Kortmann, 'Een beetje wel, maar verder niet', *AA* 1999, afl. 4, p. 236-238 (AA19990233)). Zie over proceduralisering bijvoorbeeld M. Eliantonio & E. Muir, 'Conclusions on the "Proceduralisation" of EU Law Through the Backdoor', *REALaw* 2015, afl. 1, p. 177-204, over proceduralisering van wetgeving en J.H. Gerards & E. Brems, *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge: Cambridge University Press 2017 over proceduralisering in de rechtspraak.
- 11 Eliantonio & Muir 2015; Gerards & Brems 2017, p. 19. Zie ook Julicher 2020, par. 1.6.
- 12 M.J. Vetzo, J.H. Gerards & R. Nehmelman, *Algoritmes en Grondrechten*, Den Haag: Boom juridisch 2018, p. 13; L. Kool, E. Duijs, & R. van Est, *Doelgericht digitaliseren – Hoe Nederland werkt aan een digitale transitie waarin mensen en waarden centraal staan*, Den Haag: Rathenau Instituut 2018, p. 12; *Rapport commissie GDT 2000*, p. 24.
- 13 Zie ook Julicher 2020, par. 1.6.
- 14 Julicher 2020, par. 7.2.2.

- 15 Vergelijk art. 6 EVRM en art. 47 Handvest, waarin het recht op een eerlijk proces op Europees niveau is vastgelegd.
- 16 Vergelijk art. 41 Handvest, waarin het recht op behoorlijk bestuur op Europees niveau is vastgelegd.
- 17 Julicher 2020, par. 1.3 en 1.5.
- 18 Julicher 2020, par. 1.2. De juridisch-normatieve functie wordt wel gezien als de primaire functie van de Grondwet. Zie ook Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 23 en T. Barkhuysen e.a., *De Nederlandse Grondwet geëvalueerd*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009, p. 21.
- 19 Julicher 2020, par. 1.2. Zie ook W. Voermans, *Het verhaal van de Grondwet*, Amsterdam: Prometheus 2019, p. 340; R.H. Fallon, 'Legitimacy and the Constitution', *Harvard Law Review* (118) 2005, afl. 6, p. 1849 en Marc de Wilde in [www.amnesty.nl/wordt-vervolgd/coronamaatregelen-gevaar-permanent](http://www.amnesty.nl/wordt-vervolgd/coronamaatregelen-gevaar-permanent) (laatst geraadpleegd 19 juni 2020).
- 20 'Tijden van crisis maken duidelijk waarom we betrouwbare instituties nodig hebben', de *Correspondent* 13 maart 2020 <https://decorrespondent.nl/11028/tijden-van-crisis-maken-duidelijk-waarom-we-betrouwbare-instituties-nodig-hebben/2405161827816-b9c235d7> (laatst geraadpleegd 19 juni 2020); Marc de Wilde in [www.amnesty.nl/wordt-vervolgd/coronamaatregelen-gevaar-permanent](http://www.amnesty.nl/wordt-vervolgd/coronamaatregelen-gevaar-permanent) (laatst geraadpleegd 19 juni 2020).
- 21 Zie bijvoorbeeld 'Eigenlijk wankelt het hele eerlijke proces', *NRC* 9 mei 2020 [www.nrc.nl/nieuws/2020/05/09/eigenlijk-wankelt-het-hele-eerlijke-proces-a3999175](http://www.nrc.nl/nieuws/2020/05/09/eigenlijk-wankelt-het-hele-eerlijke-proces-a3999175) (laatst geraadpleegd 15 juli 2020); Vgl. ook de maatregelen genoemd in de Tijdelijke Wet COVID-19 Justitie en Veiligheid, *Stb.* 2020, 124.
- 22 Zie bijvoorbeeld S. Feenstra, 'Verschillend hanteren coronaregels leidt tot willekeur', *NOS* 14 mei 2020, <https://nos.nl/artikel/2333867> (laatst geraadpleegd 17 juli 2020).
- 23 Julicher 2020, par. 7.2.3.
- 24 C.A.J.M. Kortmann, 'Uit of in de Grondwet?', *RegelMaat* 2002, afl. 3, p. 76-77; Kortmann 1999, p. 236; J.H. Gerards, 'Oordelen over grondrechtzaken. Rechtsvinding door de drie hoogste rechters in Nederland', in: L. de Groot & H. den Tonkelaar, *Rechtsvinding op veertien terreinen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 9-51, aldaar p. 50.
- 25 Rechters baseren zich dan op internationale grondrechtverdragen, zoals het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en het EU-Grondrechtenhandvest (Handvest). Aan deze verdragen is Nederland gebonden en de inhoudelijke criteria van proportionaliteit en noodzakelijkheid zijn in deze regelingen wel opgenomen.
- 26 Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865 (*NJCM/Staat*).
- 27 Advies Raad van State Implementatiewet richtlijn auteursrecht in de digitale eenge-maakte markt, *Kamerstukken II* 2019/20, 35454, nr. 4.
- 28 Advies Raad van State inzake Tijdelijke wet digitale beraadslaging en besluitvorming, *Kamerstukken II* 2019/20, 35424, nr. 4; Advies Raad van State inzake

king kwamen. Het recht op een eerlijk proces, bijvoorbeeld, werd beperkt omdat rechtszittingen geen of slechts beperkt doorgang konden vinden, de *equality of arms* in verband met digitale manieren van procesvoering (telehoren) niet kon worden gegarandeerd, en de openbaarheid van rechtszaken in het geding kwam doordat zaken niet toegankelijk waren voor het publiek.<sup>21</sup> Wat betreft het recht op behoorlijk bestuur was het verbod van willekeur in het geding. De boetes die werden opgelegd na overtredingen van de coronamaatregelen bleken vaak nogal arbitrair te zijn opgelegd. In de ene gemeente leidde een overtreding van het verbod om samenkomsten te houden tot een boete, in de andere gemeenten kwamen betrokkenen er met een waarschuwing vanaf.<sup>22</sup>

## Om grondwettelijke grondrechten te beperken, wordt in de Grondwet eigenlijk alleen de eis gesteld dat dit met een wet in formele zin gebeurt. Hierdoor krijgt de wetgever bijna volledig vrij spel

Ook op de veranderingen die gepaard gaan met digitalisering zijn de grondrechten in de Grondwet niet goed toegesneden. De Grondwet gaat uit van communicatietechnieken die achterhaald zijn. De grondwettelijke bepalingen over de vrijheid van meningsuiting (art. 7 Gw) en over het recht op communicatiegeheim (art. 13 Gw) hebben het over technieken als drukpers, radio, televisie en telegraaf als voornaamste uitingsmiddelen. Dat zijn natuurlijk allang niet meer de middelen waarmee wij ons primair uiten. Het is dan ook maar de vraag in hoeverre de Grondwet onze vrijheid kan beschermen als we het hebben over internetuitingen – denk hierbij ook aan verspreiding van nepnieuws of *hate speech*; mag dit geblokkeerd worden? – en de omvangrijke interceptie van communicatiegegevens door de overheid.<sup>23</sup> Bovendien zijn in de grondrechten in de Grondwet geen inhoudelijke beperkingscriteria opgenomen. Het gaat dan om vereisten als proportionaliteit (staat de inbreuk op het grondrecht in verhouding met het te bereiken doel?), subsidiariteit (is dit de minst ingrijpende maatregel om het doel te bereiken?) en noodzakelijkheid (is de maatregel noodzakelijk om het doel te bereiken?). Om grondwettelijke grondrechten te beperken, wordt – zoals in de inleiding al aan de orde kwam – in de Grondwet eigenlijk alleen de eis gesteld dat dit met een wet in formele zin gebeurt. Hierdoor krijgt de wetgever bijna volledig vrij spel. En dat is waar het wringt. Nogal eens blijkt dat de wetgever onvoldoende aandacht besteedt aan belangrijke grondrechtelijke belangen in haar wetgeving.<sup>24</sup> In adviezen van de Raad van State en bij de rechter wordt de wetgever geregeld teruggedroefd omdat haar wetgeving niet voldoet aan proportionaliteits- of noodzakelijkheidsvereisten.<sup>25</sup> Dit

geldt in het bijzonder voor wetgeving omtrent digitaliseringskwesaties. Denk bijvoorbeeld aan de recente *SyRI*-uitspraak, waarin de rechter het fraudebestrijdingssysteem SyRI uit de Wet structuur uitvoeringsorganisatie en inkomen niet proportioneel achtte,<sup>26</sup> of het advies van de Raad van State betreffende de implementatie van de Europese Auteursrechtlijn, waarin vragen werden gesteld over de proportionaliteit en noodzakelijkheid van aansprakelijkheidsnormen die aan internetplatformen worden opgelegd.<sup>27</sup> En wat te denken van het advies van de Raad van State betreffende de Tijdelijke wet digitale beraadslaging en besluitvorming, waarin werd gewezen op een goede vervalregeling om te kunnen bezien of de noodmaatregelen nog wel noodzakelijk zijn, en het advies betreffende de Tijdelijke wet maatregelen COVID-19, waarin de Raad aangaf grote twijfels te hebben over deze wet, onder meer omdat de middels deze wet in te voeren 'corona-app' niet zou voldoen aan het proportionaliteits- en subsidiariteitsvereiste?<sup>28</sup>

### Europese grondrechten en het toetsingsverbod<sup>29</sup>

Het weglaten van belangrijke grondrechten, de techniekafhankelijke formuleringen en de afwezigheid van inhoudelijke beperkingscriteria maken dat de grondrechten in de Grondwet niet kunnen meebewegen met juridische ontwikkelingen als proceduralisering en digitalisering, en de maatschappelijke veranderingen die daaraan ten grondslag liggen. Hierdoor bieden deze grondrechten geen sturing en houvast meer, terwijl we daar juist – door de onzekerheid die deze kwesties met zich brengen – zo'n behoefte aan hebben.<sup>30</sup>

Maar kunnen we die sturing en dat houvast dan niet gewoon ergens anders vandaan halen? We hebben immers ook Europese grondrechten waarop we een beroep kunnen doen. Inderdaad, op Europese grondrechtendocumenten als het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en het EU-Grondrechtenhandvest (Handvest) kunnen burgers bij de rechter direct een beroep doen. Grondrechten als het recht op een eerlijk proces en het recht op behoorlijk bestuur zijn daarin wel opgenomen.<sup>31</sup> De communicatiegrondrechten in deze verdragen zijn ook nog eens techniekneutraal geformuleerd en de beperkingsclausules bevatten inhoudelijke beperkingscriteria.<sup>32</sup> Deze verdragen zijn dan ook veel beter praktisch hanteerbaar dan de grondrechten in de Grondwet.<sup>33</sup> Een en ander neemt echter niet weg dat het belangrijk is om de grondrechten ook in onze eigen Grondwet goed te beschermen. Het EVRM en het Handvest bieden namelijk slechts een 'one-size-fits-all-minimumbescherming' die niet verdergaat dan de grootste gemene deler die de aangesloten staten willen hanteren.<sup>34</sup> Deze bescherming is vooral bedoeld als vangnet voor situaties waarin nationale staten hun eigen bescherming niet op orde hebben.<sup>35</sup> Zij is dan ook niet specifiek toegespitst op de behoeftes en karakteristieken van de Nederlandse samenleving, en gaat daarom niet ver genoeg. Dat de Europese

grondrechtenbescherming subsidiair is, blijkt ook uit de 'margin of appreciation'-doctrine van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Volgens deze doctrine laat het EHRM in zijn beslissingen veel ruimte voor eigen nationale grondrechteninzichten.<sup>36</sup> Dat werkt echter alleen als die nationale input ook daadwerkelijk kan worden gegeven, dat wil zeggen, als de nationale grondrechtenbescherming op orde is en is toegesneden op de eigen samenleving.<sup>37</sup> De grondrechten in de Nederlandse Grondwet kunnen die rol in potentie vervullen, maar doen dat nu nauwelijks. Dat is kwalijk.

## Het EHRM laat veel ruimte voor eigen nationale grondrechteninzichten. Dat werkt echter alleen als de nationale grondrechtenbescherming op orde is. De grondrechten in de Nederlandse Grondwet kunnen die rol in potentie vervullen, maar doen dat nu nauwelijks

Nationale grondrechtenbescherming is dus belangrijk. Maar hoe zit het dan met het toetsingsverbod uit artikel 120 Grondwet? Heeft het wel zin om de grondrechten in de Grondwet te updaten als wetten in formele zin daar toch niet aan mogen worden getoetst? Natuurlijk zullen de grondrechten in de Grondwet van nog grotere betekenis kunnen zijn als het toetsingsverbod wordt opgeheven. Ik zal de eerste zijn die dit erkent. Een en ander neemt echter niet weg dat het toetsingsverbod minder een sta-in-de-weg is aan betekenisvolle grondrechten dan altijd wordt aangenomen. Dat heeft er ten eerste mee te maken dat artikel 120 Grondwet alleen een norm oplegt aan de rechter, het verbod geldt niet voor de wetgever. Als de wetgever nieuwe wetgeving maakt, moet dus vol getoetst worden aan de grondrechten in de Grondwet.<sup>38</sup> Ook de Afdeling advisering van de Raad van State hanteert de Grondwet als toetsingsmaatstaf als zij over wetgeving adviseert.<sup>39</sup> Ten tweede geldt het toetsingsverbod alleen voor formele wetgeving. Lagere regelgeving, bestuursbesluiten en feitelijke overheidshandelingen mogen wel aan de grondrechten worden getoetst. De laatste jaren is dit soort regelgeving ontzettend toegenomen, omdat formele wetgeving veel open normen en kaderwetgeving bevat, die in lagere regelgeving moet worden uitgewerkt.<sup>40</sup> Uit het voorgaande blijkt dat ook zonder afschaffing van het toetsingsverbod een update van de grondrechten in onze Grondwet van waarde is.

### Aanpassingen aan de Grondwet

Ten minste drie factoren zijn debet aan de gebrekkige betekenis van de grondrechten in de Grondwet: belangrijke grondrechten zijn niet

in de Grondwet opgenomen, de grondrechten die wel zijn opgenomen zijn techniekafhankelijk geformuleerd, en er ontbreken inhoudelijke beperkingsclausules. Welke aanpassingen aan de grondrechtenbepalingen zijn nu concreet nodig om de juridisch-normatieve functie van de Grondwet te kunnen versterken? Allereerst is het zaak dat in de Grondwet de uitoefening van rechtspraak en de uitoefening van bestuursbevoegdheden worden genormeerd. Dat is nodig om mee te kunnen komen met de ontwikkeling van proceduralisering. Dit is mogelijk door het recht op een eerlijk proces en het recht op behoorlijk bestuur in de Grondwet op te nemen. Ten aanzien van het recht op een eerlijk proces ligt nu een verklaringswet voor die wacht op behandeling in tweede lezing.<sup>41</sup> Na de verkiezingen van 2021 zullen we weten of dit voorstel ook daadwerkelijk in de Grondwet zal worden opgenomen.<sup>42</sup> Een vergelijkbaar voornemen om het recht op behoorlijk bestuur in de Grondwet op te nemen ontbreekt nog. In mijn proefschrift heb ik een voorzet gedaan voor een bepaling die in algemene zin het recht op behoorlijk bestuur beschermt en direct inroepbaar is voor de rechter. Deze bepaling ziet er als volgt uit: 'eenieder heeft er recht op dat zijn zaken onpartijdig, behoorlijk en binnen een redelijke termijn door een bestuursorgaan worden behandeld'. Deze bepaling kan dienen als inspiratie voor een grondrecht op behoorlijk bestuur dat in de Grondwet kan worden opgenomen.<sup>43</sup>

Verder moeten de communicatiegrondrechten in de Grondwet – het grondrecht op vrijheid van meningsuiting (art. 7 Gw) en het grondrecht op communicatiegeheim (art. 13 Gw) – worden herzien. Dat is geboden om ook in tijden van digitalisering voldoende bescherming te kunnen bieden. Deze herziening bestaat er ten eerste uit dat deze grondrechtenbepalingen techniekneutraal geformuleerd worden. Dat betekent dat de bescherming die de grondrechten bieden niet wordt gekoppeld aan een bepaald uitings- of communicatiemiddel (drukkers, brief, telegraaf), maar aan de uiting of communicatie als zodanig, onafhankelijk van het middel dat daarbij wordt gebruikt. Alleen zo is het mogelijk grondrechtenbescherming toekomstbestendig te maken. Door technologische vernieuwingen zullen de middelen waarmee mensen zich uiten en communiceren immers steeds kunnen wijzigen.<sup>44</sup> Grondrechten die uitgaan van techniekneutrale concepten zijn hierop toegesneden en kunnen ook in veranderende tijden bescherming blijven bieden. Inspiratie voor de techniekneutrale formulering van grondrechten kan worden ontleend aan het EVRM en het Handvest. De grondrechten in deze verdragen gingen altijd al uit van techniekonafhankelijke formuleringen.<sup>45</sup> Wat betreft het communicatiegeheim in de Grondwet is nu wel al sprake van een stap in de goede richting. Er ligt een verklaringswet die artikel 13 Grondwet wil wijzigen van het recht op 'brief-, telefoon- en telegraafgeheim' naar het recht op 'brief- en telecommunicatiegeheim'.<sup>46</sup> De indiener van het wijzigingsvoorstel (de regering) stelt dat het grondrecht hiermee techniekneutraal wordt, omdat alle huidige en

- Tijdelijke wet maatregelen covid-19, *Kamerstukken II* 2019/20, 35526, nr. 4.
- 29 Gebaseerd op Julicher 2020, par. 1.3 en 1.4.
- 30 Julicher 2020, par. 1.2 en 1.5. Zie ook Jaarverslag Raad van State 2018, p. 12.
- 31 Zie art. 6 EVRM, art. 47 Handvest en art. 41 Handvest.
- 32 Zie bijvoorbeeld art. 10 EVRM en art. 11 Handvest (het recht op vrijheid van meningsuiting) en art. 8 EVRM en art. 7 Handvest (het recht op privéleven en communicatiegeheim).
- 33 J.H. Gerards, 'Grondrechten in de Nederlandse rechtspraak', *Rechtstreeks* 2013, afl. 3, p. 29.
- 34 Memorie van toelichting grondwetsherziening 1983, *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, nr. 1-5, p. 12; Rapport commissie GDT 2000, p. 58-59; Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 24-25.
- 35 Dit wordt ook wel het beginsel van subsidiariteit genoemd. Zie Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 58; Gerards 2012, p. 25-26.
- 36 Zie over de 'margin of appreciation'-doctrine o.a. M.R. Hutchinson, 'The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights', *International & Comparative Law Quarterly* (48) 1999, afl. 3, p. 638-650 en E. Brems, 'The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights', *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (56) 1996, afl. 1-2, p. 230-314.
- 37 Zie ook Julicher 2020, par. 1.3.
- 38 Zie Aanwijzing 2.15 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, waarin staat dat tijdens de parlementaire behandeling aandacht moet worden besteed aan de vraag of er verenigbaarheid is met de Grondwet.
- 39 Zie bijvoorbeeld het advies van de Raad van State inzake de Tijdelijke wet maatregelen covid-19, *Kamerstukken II* 2019/20, 35526, nr. 4., p. 7. Zie voor het toetsingskader dat de Afdeling advisering van de Raad van State hanteert: [www.raadvanstate.nl/advisering/toetsingskader/uitgebreide-0/](http://www.raadvanstate.nl/advisering/toetsingskader/uitgebreide-0/) (laatst geraadpleegd 15 juli 2020).
- 40 Jaarverslag Raad Van State 2018, p. 20 e.v.; Zie ook Julicher 2020, par. 1.4.
- 41 *Stb.* 2018, 88. Zie art. 137 Grondwet voor de herzieningsprocedure van de Grondwet. Op het moment dat een grondwetwijzigingsvoorstel wel in eerste lezing, maar nog niet in tweede lezing is aangenomen, wordt dit voorstel een 'verklaringswet' of 'overwegingswet' genoemd.
- 42 Dan kan immers pas voor de tweede keer over deze grondwetwijziging worden gestemd. Zowel in de Eerste als de Tweede Kamer is dan een twee derde Kamermeerderheid nodig.
- 43 Julicher 2020, par. 4.5 en 7.3.
- 44 Rapport commissie GDT 2000, p. 60.
- 45 Rapport commissie GDT 2000, p. 62. Zie bijvoorbeeld art. 8 en art. 10 EVRM en art. 7 en art. 11 Handvest.
- 46 *Stb.* 2017, 334.

- 47 Kamerstukken II 2013/14, 33989, nr. 3, p. 6 en 10.
- 48 Zie ook Julicher 2020, par. 6.3.2 en 7.3.
- 49 Zie ook Julicher 2020, par. 7.3 onder 1.
- 50 Zie de verschillende beperkingscriteria die Gerards noemt in Gerards 2012, p. 14 e.v.
- 51 B.P. Vermeulen, 'Beperking van grondrechten', in: J.B.M. ten Berge e.a. (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg – Burkens-bundel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 27-28.
- 52 Zo kan er bijvoorbeeld ruimte zijn voor de Nederlandse rechter om het – in het licht van het recht op vrijheid van meningsuiting – minder snel noodzakelijk en proportioneel te achten om socialemediaplatformen verplichtingen op te leggen dan het EHRM of het Hof van Justitie van de EU.
- 53 Meest recent gebeurde dat in het Rapport Staatscommissie Grondwet 2010. Maar zie ook Rapport commissie GDT 2000; J.W. Sap e.a., *Hart voor de publieke zaak. Aanbevelingen van de Nationale Conventie voor de 21e eeuw*, Den Haag: Nationale Conventie 2006, p. 42 e.v., en L.F. Asscher, *Communicatiegrondrechten. Een onderzoek naar de constitutionele bescherming van het recht op vrijheid van meningsuiting en het communicatiegeheim in de informatiesamenleving*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2002.
- 54 Zie bijvoorbeeld Sap e.a. 2006, p. 14; Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 13.
- 55 'Steeds vaker demonstraties in Nederland: neemt de kracht van protesten af?', *WNL* 3 juli 2020 (<https://wnl.tv/2020/07/03/steeds-vaker-demonstraties-in-nederland-neemt-de-kracht-van-protesten-af/>), laatst geraadpleegd 17 juli 2020).
- 56 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NR:RVS:2019:1603 en ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NR:RVS:2019:1604 (*Stikstofuitspraken*).
- 57 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*). Zie ook het themanummer 'De rechter in de trias politica' van *Ars Aequi*, oktober 2020.
- 58 S.C. van Bijsterveld, 'Op weg naar articulatie van constitutionele identiteit', in: *De Grondwet herzien. 25 jaar later, 1983-2008*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2008, p. 73. De grondwetwijziging van 1848 was bijvoorbeeld het gevolg van de grote democratiseringsbeweging die toen plaatsvond, de wijziging van 1917 weerspiegelde de sterke verzuiling die had plaatsgevonden in de Nederlandse samenleving, en met de wijziging van 1983 werd – na veel sociale onrust en werkloosheidsproblematiek in de jaren 70 en 80 – uitdrukking gegeven aan Nederland als verzorgingsstaat.

toekomstige middelen van communicatie kunnen worden geschaard onder de term 'brief' of de term 'telecommunicatie'.<sup>47</sup> Van een voornemen om het recht op vrijheid van meningsuiting techniekneutraal te formuleren (en het recht op vrije meningsuiting als zodanig te beschermen, in plaats van de middelen te beschermen die nu in art. 7 Grondwet worden genoemd) is helaas nog geen sprake.<sup>48</sup>

Naast een techniekonafhankelijke formulering is het belangrijk dat in de grondrechten in de Grondwet inhoudelijke beperkingscriteria worden opgenomen, zoals dat ook in de EVRM-bepalingen het geval is.<sup>49</sup> Het gaat dan om voorwaarden als proportionaliteit, subsidiariteit, noodzakelijkheid en eventueel een kernrechtvereiste (een beperking is niet toegestaan als deze de wezenlijke kern van een grondrecht raakt).<sup>50</sup> Het opnemen van dergelijke voorwaarden is wenselijk, omdat de huidige grondwettelijke beperkingssystematiek – waarin alleen het formele wetsvereiste wordt gesteld – niet voldoende is. De wetgever krijgt hierdoor te veel ruimte om te doen wat hem goed uitkomt. Hiervoor zijn voorbeelden genoemd van de gebrekkige wetgeving waartoe dit kan leiden. Het opnemen van bovengenoemde inhoudelijke beperkingsvoorwaarden verkleint de ruimte voor de wetgever, omdat de wetgever als het ware een leidraad krijgt bij het stellen van beperkingen. De kracht van het formele wetsvereiste zal hierdoor kunnen worden versterkt. Het is bovendien niet te verwachten dat de Nederlandse rechtspraktijk problemen ondervindt bij het toepassen van deze criteria, omdat zij deze al kent uit het EVRM en het Handvest.<sup>51</sup> De grondrechten uit deze verdragen worden veelvuldig ingeroepen en gebruikt in Nederlandse procedures.

Een voordeel van het opnemen van inhoudelijke beperkingscriteria is dat daarmee aanvullende rechtsbescherming kan worden geboden ten opzichte van de grondrechten in het EVRM en het Handvest. Veel van de genoemde beperkingscriteria bevatten immers open normen. De Nederlandse rechter kan daar een concretere, meer op de Nederlandse rechtsorde toegespitsde invulling aan geven dan de Europese hoven doen. Zo kan zowel rekening worden gehouden met lokale, Nederlandse behoeften, als worden meebewogen met nieuwe (digitale) ontwikkelingen in de maatschappij.<sup>52</sup>

### De Grondwet heeft een crisis nodig

Al voor de corona-uitbraak werd opgeroepen de grondrechten in de Grondwet te herzien. Niet alleen in mijn proefschrift, maar ook al lang daarvoor zijn daartoe voorstellen gedaan.<sup>53</sup> Toen nog met de gedachte dat we het dak van de Grondwet moesten repareren als de zon schijnt. Bekend was immers al langer dat de betekenis van de Grondwet afnam, maar de meeste constitutionele normen die nodig waren om goed te kunnen samenleven werden nog geacht voldoende te worden nageleefd, ook zonder dat deze duidelijk in de Grondwet waren gecodificeerd.<sup>54</sup> Dat verklaart waarom sinds de laatste

grootschalige grondwetsherziening van 1983, ondanks verschillende voorstellen daartoe, nog geen betekenisvolle wijzigingen in het grondrechtenhoofdstuk hebben plaatsgevonden.

**Als de coronacrisis iets heeft duidelijk gemaakt, is het dat wegkijken niet meer kan. We hebben nu meer dan ooit behoefte aan een instrument dat sturing biedt in het (her)bepalen van de maatschappelijke verhoudingen. Gebleken is dat de Grondwet daarin tekortschiet**

De situatie is nu anders. Als de coronacrisis iets heeft duidelijk gemaakt, is het dat wegkijken niet meer kan. We hebben nu meer dan ooit behoefte aan een instrument dat sturing biedt in het (her)bepalen van de maatschappelijke verhoudingen, verhoudingen, zowel tussen overheid en burgers als tussen verschillende groepen burgers in de maatschappij. Gebleken is dat de Grondwet daarin tekortschiet. Zo stuurt de Grondwet de overheid onvoldoende als gekozen moet worden welke maatregelen aanvaardbaar zijn om de COVID-19-pandemie te bestrijden. Daarnaast steken nu ook andere, al langer sluimerende kwesties de kop op. Denk bijvoorbeeld aan de toenemende polarisatie en de vele demonstraties van achtergestelde groepen die als gevolg daarvan als paddenstoelen uit de grond schieten (de Black Lives Matter-beweging, de boerenprotesten, Kick Out Zwarte Piet).<sup>55</sup> Of aan de problematiek omtrent de rechterlijke macht die steeds meer maatschappelijke kwesties op zijn bord krijgt en dan nogal eens uitspraken doet (moet doen?) die niet alleen gevoelig liggen bij verschillende groepen in de maatschappij,<sup>56</sup> maar ook discussies uitlokt over de traditionele machtsverdeling tussen onze staatsmachten.<sup>57</sup> De Grondwet is in deze kwesties onvoldoende een vangnet om op terug te vallen. Er rest ons daarom geen andere mogelijkheid dan de restauratiefase nu in te zetten, ook al wordt dat een lastige en glibberige klus en is hierbij haast geboden. Duidelijk is immers dat de zon allang niet meer schijnt en de eerste regendruppels aan het vallen zijn. Een dergelijke herziening komt evenwel misschien te laat om nog als leidraad te kunnen dienen in de huidige coronacrisis. Dat belet echter niet ervoor te zorgen dat de Grondwet bij een volgende crisis bij de tijd is. Integendeel. Uit de grondwetsgeschiedenis blijkt dat aan vrijwel elke grote verandering van de Grondwet een maatschappelijke omwenteling voorafging.<sup>58</sup> De grondwetgever heeft blijkbaar een crisis nodig om de Grondwet te wijzigen. Zal corona dan die crisis zijn?