

Een kioskhouders had het in een gemeentelijke verordening opgenomen verbod om zinnenprikkelende lectuur te verkopen, overtreden. De Hoge Raad maakt onderscheid tussen het recht te *openbaren*, dat de geestelijke sfeer betreft, en het recht te *verspreiden*, dat de ruimtelijke sfeer betreft. Het recht te verspreiden, ondergeschikt aan, doch onmisbaar voor het recht te openbaren, is volgens de Hoge Raad zelf niet in de Grondwet vastgelegd. Deze leer van de Hoge Raad heeft tot gevolg dat inhoudelijke beperkingen, beperkingen van het recht te openbaren, gezien het competentievoorschrift in artikel 7 lid 1 Grondwet, alleen in een wet in formele zin kunnen vastliggen. Dat het gemeentebestuur zich niet mag laten leiden door de inhoud van een uitlating is te kenmerken als een ‘constitutioneel uitgangspunt’.¹⁵¹ Een gemeentelijk ‘sisverbod’ dat ziet op uitlatingen met een bepaalde inhoud is dan ook in strijd met de Grondwet.¹⁵²

Organen zoals de gemeenteraad kunnen wél regels stellen die zien op de verspreiding. Een voorbeeld is een verbod om affiches aan te plakken op de Dam. Deze regels mogen uiteraard geen betrekking hebben op de inhoud. De Tilburgse verordening was daarom onverbindend. De gemeenteraad mag evenmin het verspreiden in het algemeen verbieden, omdat het openbaren dan ook onmogelijk wordt. De grondwetgever heeft in 1983 deze jurisprudentiële onderscheiding tussen openbaren en verspreiden uitdrukkelijk willen handhaven.

In de literatuur wordt het recht te openbaren wel als ‘kernrecht’ aangeduid. De constructie van de Hoge Raad verschilt echter in twee opzichten van een kernrecht in eigenlijke zin. In de eerste plaats vormt het verspreiden niet een minder sterk beschermd deel van de door de grondwetsbepaling beschermde reikwijdte van het grondrecht; het verspreiden valt namelijk op zichzelf *buiten* het grondwettelijk beschermde openbaren. In de tweede plaats kan de vermeende kern, het openbaren, nog betrekkelijk simpel beperkt worden. De enige eis is het competentievoorschrift dat de formele wetgever een dergelijke beperking vaststelt.

Wil men in artikel 7 Grondwet een kernrecht aanwijzen, dan is beter te verdedigen dat het censuurverbod de – afgezien van noodtoestanden – onaantastbare kern van de grondwettelijke vrijheid van drukpers vormt.

Vertrouwen in de wetgever

Het grondwettelijke beperkingssysteem geeft over het algemeen blijk van een groot vertrouwen in de wetgever. Deze beslist in belangrijke mate over beperkingen van grondrechten. Dit vertrouwen blijkt evenzeer uit het toetsingsverbod (art. 120 Grondwet). Daaruit volgt immers dat de rechter formeel-wettelijke beperkingen niet mag onderzoeken op hun eventuele strijdigheid met de Grondwet of de daarin opgenomen clausulering.

Maar zelfs als de rechter wetten in formele zin zou mogen toetsen aan de Grondwet of in elk geval aan de klassieke grondrechtbepalingen daarin,¹⁵³ zou dat op het eerste gezicht niet heel veel verschil maken. Buiten een beperkt aantal doelcriteria en procedurevoorschriften biedt de tekst van de grondrechtsbepalingen in de Grondwet immers weinig aanknopings-

151 ABRvS 22 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3557.

152 Hof Den Haag 19 december 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:3293.

153 Grondwetsherzieningsvoorstel Halsema, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 331.

punten om een wet, die een beperking van een grondrecht vastlegt, te toetsen. De regering heeft overigens de opvatting gedebiteerd dat in de huidige Grondwet al een noodzakelijkheidseis voor de beperking van grondrechten verscholen zou zitten.¹⁵⁴ Een dergelijke opvatting zou tot gevolg hebben dat het grondwettelijke beperkingsstelsel op slag een meer materieel karakter krijgt.

6.4.2 Delegatie

De Grondwet wijst vrijwel steeds de formele wetgever aan als het orgaan dat bevoegd is een grondrecht te beperken. De vraag of de wetgever deze bevoegdheid mag delegeren aan lagere rijksorganen als de regering en de minister of aan decentrale organen als de gemeenteraad, is daarmee nog niet beantwoord.

Hier gelden de algemene afspraken ten aanzien van de mogelijkheid tot delegatie door de wetgever. Deze afspraken betreffen de bewoordingen die de Grondwet gebruikt bij de toekenning van een bevoegdheid aan de formele wetgever. Komt daar de stam 'regel' in voor of de formule 'bij of krachtens de wet', dan is delegatie door de formele wetgever toegestaan.¹⁵⁵ Worden deze termen niet gebruikt, dan is het de formele wetgever niet geoorloofd te delegeren. Beperkingen van het in artikel 6 lid 1 Grondwet vastgelegde recht op vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, van het in artikel 7 lid 1 Grondwet vastgelegde recht om gedachten en gevoelens te openbaren door middel van de drukpers, van het in artikel 8 Grondwet vastgelegde recht op vrijheid van vereniging, van het in artikel 9 lid 1 Grondwet vastgelegde recht op vrijheid van vergadering en betoging en beperkingen van het in artikel 13 lid 1 en 2 Grondwet vastgelegde brief- en telefoongheim, kunnen derhalve alleen bij wet in formele zin gesteld worden.

Daarentegen is het de formele wetgever wél toegestaan de bevoegdheid te delegeren om beperkingen aan te brengen op bijvoorbeeld de uitoefening van het recht op vrijheid van godsdienst en levensovertuiging buiten gebouwen en besloten plaatsen (artikel 6 lid 2 Grondwet), op de omroepvrijheid (artikel 7 lid 2 Grondwet), op de betogingsvrijheid (artikel 9 lid 2 Grondwet), op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en op het recht op eerbiediging van de lichamelijke integriteit (artikel 11 Grondwet). De wetgever heeft van die mogelijkheden ook gebruik gemaakt. Zo vinden we niet alleen in de Mediawet maar ook in het daarop gebaseerde Mediabesluit beperkingen van de omroepvrijheid. Zo zien we dat de formele wetgever in artikel 3 WOM aan gemeenteraden de bevoegdheid geeft een verordening te maken ten aanzien van betogingen; en zo vinden we in artikel 163 Wegenverkeerswet een basis voor het Besluit Alcoholonderzoek, dat het recht op lichamelijke integriteit beperkt.

In de laatstgenoemde gevallen is dus ook een lagere wetgever bevoegd om het grondrecht te beperken. Voor de goede orde zij benadrukt dat deze bevoegdheid niet uit de Grondwet als zodanig voortvloeit, maar pas ontstaat wanneer de formele wetgever besluit van de mogelijkheid tot delegatie gebruik te maken.

¹⁵⁴ *Kamerstukken II* 2000/01, 27460, nr. 1, p. 6. Kritiek daarop bij L.F.M. Verheij, Het grondwettelijk beperkingsstelsel: handhaving of herbezinning, *NJCM-bulletin* 2003, p. 229.

¹⁵⁵ Ten overvloede zij gezegd dat 'wet' hier zoals steeds in de Grondwet 'wet in formele zin' betekent.

Hoofdstuk 10. Interactie van rechtsordes

10.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is al duidelijk geworden dat grondrechten in toenemende mate worden verwerkt in elkaar overlappende rechtsordes. De bescherming van grondrechten wordt daardoor meer complex. Niet slechts wordt de nationale rechtsorde door-drongen door het Unierecht, het EVRM en andere internationale verdragen. Ook de diverse Europese en internationale rechtsbronnen beïnvloeden elkaar. Die interactie verloopt niet altijd vlekkeloos.

In de eerste plaats moeten mensenrechten in de internationale rechtsorde soms concurreren met andere ‘hoge’ doelen, zoals het bevorderen van vrede en veiligheid, de bestrijding van terrorisme en het vermeerderen van economische welvaart. Die belangen laten zich niet altijd gemakkelijk verenigen. In de tweede plaats is er op internationaal niveau, anders dan binnen de nationale rechtsorde, geen vanzelfsprekende hiërarchie van normen. Hoe moet een nationale rechter omgaan met een Europese richtlijn die botst met het EVRM? En wat te doen als een verbindende resolutie van de VN Veiligheidsraad strijdig is met internationaal verzekerde mensenrechten? De mogelijk gelijktijdige toepassing van meerdere rechtsordes noodzaakt tot het afbakenen en verenigen van het geldende recht. Ten derde kan er onduidelijkheid rijzen over de partij die mensenrechtelijk kan worden aangesproken. Dit doet zich bijvoorbeeld voor als staten uitvoering geven aan een besluit van een internationale organisatie, zoals een lidstaat die een EU verordening toepast. Een rechtzoekende zal dan eerst moeten bepalen of hij zijn pijlen richt op de lidstaat of de internationale organisatie. Vaak zal deze keuze weer implicaties hebben voor het toepasselijk recht en de vraag welke rechter bevoegd is.

Dit hoofdstuk onderscheidt zich van het vorige hoofdstuk over botsing en samenloop omdat het zich niet beperkt tot de onderlinge verhouding van grondrechten. Het voorliggende hoofdstuk beziet wat de interactie van rechtsordes voor gevolgen heeft voor de bescherming van grondrechten. Het hoofdstuk bespreekt dus ook het samenspel tussen grondrechten en andere Europese en internationale normen. Voor een goed deel zijn dit thema's die worden beheerst door algemene leerstukken van constitutioneel, Europees en internationaal recht. We gaan daarbij te rade, maar beperken ons steeds tot de relevantie voor grondrechten. Het eerste gedeelte van het hoofdstuk gaat over de verhouding tussen de Europese Unie en het EVRM (paragraaf 10.2). In het tweede deel wordt het blikveld verruimd naar het internationale recht, waarvan het Unierecht en het EVRM twee onderdelen zijn (paragraaf 10.3). Steeds zal ook de koppeling met het nationale recht worden gemaakt.

10.2 De verhouding tussen de Europese Unie en het EVRM

De rechtsordes van de Europese Unie en de Raad van Europa functioneren op het eerste gezicht onafhankelijk van elkaar. De twee internationale organisaties zijn afzonderlijk in

het leven geroepen, kennen een afwijkend lidmaatschap en staan niet in een hiërarchische verhouding. In werkelijkheid zijn de twee echter nauw met elkaar verweven. Die verbondenheid zal worden geformaliseerd indien de Europese Unie toetreedt tot het EVRM, zoals is voorzien in het Verdrag van Lissabon (art. 6 lid 2 VEU). In deze paragraaf zetten wij eerst de bril op van het EHRM. Hoe gaat het EHRM om met de toenemende invloed van het Unierecht, die onoverkomelijk ook grondrechtelijke effecten sorteert? Daarna zal worden gezien hoe grondrechten onderdeel zijn gaan uitmaken van het recht van de Unie en welke betekenis het EVRM daarin heeft.

10.2.1 De Europese Unie in de rechtspraak van het EHRM

Aangezien de Europese Unie (nog) geen partij is bij het EVRM, ligt het niet voor de hand dat een rechtzoekende zich wendt tot het EHRM met een klacht over Unierecht. Toch wordt het EHRM in toenemende mate geroepen om zich uit te spreken over EU-recht. Dit komt mede omdat steeds meer nationale handelingen hun oorsprong vinden in het Unierecht. Het is bovendien niet altijd helder of een handeling van een lidstaat nu louter door nationaal recht of ook door Unierecht wordt beheerst. Het EHRM heeft geleidelijk aan duidelijkheid geschapen omtrent de vraag wanneer lidstaten krachtens het EVRM kunnen worden aangesproken voor handelingen met een EU-rechtelijk element.

Klachten die rechtstreeks gericht zijn tegen de instellingen van de Unie worden door het EHRM niet-ontvankelijk verklaard, omdat de Unie nu eenmaal geen verdragspartij is.¹ Handelingen die uitsluitend zijn toe te rekenen aan de instellingen van de Unie vallen derhalve buiten de bevoegdheid van het EHRM. Te denken valt aan een besluit van de Europese Commissie om één van haar ambtenaren te ontslaan of een boete die de Europese Commissie oplegt voor het maken van verboden prijsafspraken.² Ook klachten die zich direct richten tegen secundaire EU regelgeving, waaronder richtlijnen en verordeningen, zullen normaal gesproken niet-ontvankelijk worden verklaard. Die regelgeving wordt immers door de EU-instellingen en niet door de lidstaten aangenomen. Evenmin kunnen lidstaten krachtens het EVRM worden aangesproken voor handelingen van de Unie, enkel omdat zij lid van de Unie zijn.³ In een enkele zaak heeft het Hof de deur naar dergelijke 'lidstaataansprakelijkheid' overigens wel op een kier gelaten, met de redenering dat verdragspartijen, wanneer zij bevoegdheden overdragen aan een internationale organisatie, er voor zorg moeten dragen dat de organisatie de mensenrechten afdoende respecteert.⁴

Wel heeft het EHRM uitgemaakt dat lidstaten aansprakelijk kunnen zijn op grond van het EVRM voor schendingen die hun oorsprong vinden in de oprichtingsverdragen, oftewel het primaire Unierecht. In de zaak *Matthews* besliste het EHRM dat het Verenigd Koninkrijk, evenals overigens alle andere leden van de toenmalige EEG, aansprakelijk kon worden gehouden voor de onmogelijkheid van een ingezetene uit Gibraltar om haar stem

1 EHRM 9 december 2008, nr. 73274/01 (*Connolly vs 15 Lidstaten van de Europese Unie*); EHRM 16 juni 2009, nr. 40382/04 (*Rambus Inc. vs Duitsland*); EHRM 9 februari 1990, nr. 13258/87 (*M. & Co. vs Bondsrepubliek Duitsland*).

2 EHRM 9 december 2008, nr. 73274/01 (*Connolly vs 15 Lidstaten van de Europese Unie*); EHRM 9 februari 1990, nr. 13258/87 (*M. & Co. ss Bondsrepubliek Duitsland*).

3 EHRM 9 september 2008, nr. 73250/01 (*Boivin vs 24 Lidstaten van de Raad van Europa*).

4 Zie o.m. EHRM 12 mei 2009, nr. 10750/03 (*Gasparini vs Italië en België*); EHRM 20 januari 2009, nr. 13645/05 (*Kokkelvisserij vs Nederland*).