

# GRONDRECHTEN: WAARBORG IN EN INSTRUMENT IN HET BESTUURSRECHT

*De instrumentele visie op het recht is en vogue. Ook met betrekking tot de grondrechten kan deze worden aangehangen. In hoofdstukken wordt uiteengezet welke aspecten zijn verbonden aan een instrumentele benadering van de grondrechten. De auteur legt de nadruk op het – klassieke – waarborgkarakter van de grondrechten.*

## 1. Inleiding

Het mij door de redactie opgegeven onderwerp van deze korte bijdrage luidt: 'Grondrechten: instrument en waarborg voor het bestuursrecht'. Met deze aanduiding kan men alleen al taalkundig vele kanten op.

Vele interpretaties zijn mogelijk. Zo rijst bij de uitleg van het thema de vraag wat voor grondrechten de redactie op het oog had. Doelde zij op de klassieke en de sociale grondrechten in de Grondwet vervat? Had zij ook de klassieke en de sociale verdragsrechtelijke grondrechten voor ogen? Rekende zij ook het gelijkheidsbeginsel – m.i. eigenlijk géén grondrecht, maar een rechtsbeginsel – tot de grondrechten? Doelde zij op een materiële omschrijving van grondrechten, waarin men ook een artikel als art. 114 Gw. als grondrecht kan beschouwen, of slechts op een meer formeel getinte benadering, volgens welke alleen die rechten grondrechten zijn die in hoofdstuk 1 van de Grondwet en in verdragen inzake grondrechten zijn vervat? Moet ook de horizontale werking van grondrechten in de beschouwingen worden betrokken?

Naast deze reeds niet eenvoudige problematiek rijst die inzake het begrip bestuursrecht. Is het bestuursrecht duidelijk te onderscheiden van het staatsrecht? En wat betekent het –modieuze – woord instrument? Men zou eigenlijk al deze vragen moeten (trachten te) beantwoorden alvorens op het eigenlijke thema in te gaan, maar ik heb maar een beperkt aantal bladzijden. Er moest dus een niet en detail gemotiveerde keuze worden gemaakt.

Deze blijkt deels uit de titel. Mijn beschouwing zal gaan over de functie van grondrechten als waarborg en als 'instrument' in het bestuursrecht. Onder grondrechten reken ik hier de klassieke en de sociale grondrechten, inclusief het gelijkheidsbeginsel, vervat in hoofdstuk 1 van de Grondwet. Onder bestuursrecht versta ik het secundaire<sup>1</sup> constituerende, attribuerende en regulerende publiekrecht. Tenslotte behoeven de termen 'waarborg' en 'instrument' verklaring. Waarborg wordt hierna opgevat als een garantie voor de vrijheidssfeer van de onderdaan tegen de overheid. Instrument wordt gezien als een middel ter bereiking van door de overheid gestelde doeleinden.

## 2. Grondrechten als waarborg in het bestuursrecht

Grondrechten als waarborgen voor een zekere vrijheidssfeer van de onderdaan tegenover de overheid zijn primair in de klassieke grondrechten. Deze grondrechten mogen volgens het grondwettelijke stelsel slechts beperkt worden met inachtneming van de competentieclausuleringen, de doelcriteria of procedurele eisen, al dan niet in combinatie. Het grondwettelijke stelsel is uit het oogpunt van waarborging van de grondrechten op het eerste gezicht duidelijk en eenvoudig. Bij nadere beschouwing is dat anders. Op de eerste plaats rijst (steeds) de vraag of bepaalde bestuurlijke besluiten en maatregelen op het terrein van een grondrecht komen. Zo kan men de vraag stellen of een verbod van kerkenbouw krachtens een bestemmingsplan een beperking is van de godsdienstvrijheid en of de eis van een hinderwetvergunning voor een drukkerij een beperking is van de drukpersvrijheid. Het antwoord luidt ontkennend.<sup>2</sup> Kortom, klassieke grondrechten behoeven interpretatie. Inter-

Prof. mr. C.A.J.M. Kortmann is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Katholieke Universiteit Nijmegen.



preteert men ze eng, dan neemt hun waarborgkarakter af. De tweede kwestie is die van de algemene beperkingen. Moeten alle bestuursrechtelijke voorschriften die – hoewel niet opzettelijk – de uitoefening van een grondrecht beperken, te herleiden zijn tot een grondwettelijke beperkingsclausule? Behalve in uitzonderingsgevallen zou dit volgens de grondwetsgeschiedenis inderdaad het geval zijn, maar dit standpunt is – ook blijkens de jurisprudentie<sup>3</sup> – niet geheel te handhaven. Kennelijk reikt de waarborg van de klassieke grondrechten niet steeds zo ver dat elk bestuursrechtelijk besluit, dat enigerlei weerslag op de uitoefening van een grondrecht heeft, te herleiden moet zijn tot een grondwettelijke beperkingsclausule. Ofwel het grondrecht wordt eng geïnterpreteerd, ofwel algemene beperkingen worden aanvaard. Wanneer en in hoeverre dit mag geschieden is nauwelijks in positiefrechtelijk-normatieve oordelen te vatten, evenmin als dit het geval is bij de vraag hoever de overheid mag gaan bij de implementatie van de beperkingsclausules. Veelal zal men niet veel verder komen dan de vage eis van proportionaliteit.

Tot hier was sprake van een 'klassieke' waarborgfunctie van de klassieke grondrechten, die men als afweerfunctie kan betitelen. De klassieke grondrechten kunnen echter ook een ander type waarborgfunctie vervullen. Deze bestaat niet hierin dat de overheid zich puur onthoudt van interventie in het maatschappelijk leven, doch dat zij maatregelen neemt die – althans dat zegt de overheid, inclusief de rechter – beogen een reële vrijheid voor de onderdaan te verwezenlijken: de klassieke grondrechten beginnen dan trekken te vertonen van de sociale grondrechten en krijgen iets 'instrumenteels'. Men zou kunnen spreken van socialiserende interpretatie van klassieke grondrechten. De wetgeving biedt daarvan voorbeelden. Te noemen zijn de wettelijk geregelde verstrekking van een paspoort die het de burger gemakkelijker maakt het land te verlaten (art. 2, vierde lid, Gw.), de wettelijk geregelde steun aan de pers (de Mediawet) en al dan niet wettelijk geregelde subsidies aan o.a. kerkgenootschappen en andere instellingen op grondslag van godsdienst of levensovertuiging. Het risico van dit type maatregelen is dat de overheid tegelijk met de verschaft reële vrijheid de onderdaan via vaak betuttelende voorschriften in de tang neemt. Ook in de jurisprudentie treft men de socialiserende interpretatie aan. Een duidelijk voorbeeld daarvan levert het arrest inzake het huis van bewaring 'de Schans'<sup>4</sup>, waarin de Hoge Raad uitsprak dat het niet ter beschikking stellen van bepaalde faciliteiten aan een vereniging van gedetineerden een beperking van het recht van vereniging en vergadering inhoudt.

De waarborgfunctie van de klassieke grondrechten kan ook gezien worden in het licht van de horizontale werking, of liever, de doorwerking van grondrechten in relaties tussen burgers onderling. Men houde in het oog dat er hier sprake is van een andere waarborgfunctie dan de hiervoor besprokene. Daar ging het immers om een waarborg tegen de overheid. Speelt in het bestuursrecht deze doorwerking een rol? Op het eerste gezicht zou men geneigd zijn deze vraag ontkennend te beantwoorden. Het bestuursrecht regelt immers, zo is de gedachtengang, betrekkingen tussen onderdaan en overheid. Toch lijkt deze visie minder juist. In het bestuursrecht komen ook normen voor die betrekkingen tussen burgers onderling regelen. Men denke aan de onderwijswetgeving die rechtstreeks bepaalde betrekkingen tussen de instellingen van bijzonder onderwijs enerzijds en de leerkrachten en leerlingen anderzijds regelt en aan de komende Wet gelijke behandeling. In dergelijke situaties stuit men licht op de problematiek van de afweging van een of meer grondrechten tegen een of meer andere grondrechten. Hoe deze afweging dient te geschieden is ook hier niet in abstracto te zeggen. Wel zij opgemerkt dat met name een vergaande (wettelijk geregelde) doorwerking van het gelijkheidsbeginsel in horizontale relaties grote gevaren oplevert voor de uitoefening van de echte vrijheidsrechten, zoals de vrijheid van godsdienst, van vereniging en van onderwijs.

Inzake de waarborgfunctie van de grondrechten rijst tenslotte de vraag of ook de sociale grondrechten deze bezitten of kunnen bezitten. Sociale grondrechten houden in beginsel geen waarborg tegen de overheid in; zij nodigen uit tot overheidsinterventie in het maatschappelijk verkeer. Niettemin kan wel een zodanige uitvoering aan de sociale grondrechten worden gegeven dat zij de positie van de onderdaan tegen de overheid versterken. Dit kan met name geschieden doordat de overheid niet zelf de sociale grondrechten tracht te realiseren, doch de verwezenlijking ervan (binnen ruime wettelijke grenzen) opdraagt of overlaat aan maatschappelijke verbanden, wel aangeduid als het 'maatschappelijk middenveld'. De laatste jaren bestaat – gelukkig – een tendens in deze richting.



### 3. Grondrechten als instrument in het bestuursrecht

Grondrechten zijn te beschouwen als 'instrument' in het bestuursrecht, indien de wetgever of een ander ambt deze bezigt als middel om een door de overheid gesteld doel te bereiken. Op het eerste gezicht zou men kunnen menen dat klassieke grondrechten een dergelijke instrumentele functie niet kunnen vervullen: zij zijn geen middelen in de handen van de overheid, doch waarborgen (zie boven) voor de onderdaan tegen de overheid. Toch zijn er wel gevallen aan te wijzen waarin klassieke grondrechten instrument-achtig worden gebruikt. Met enkele voorbeelden zij hier volstaan. De overheid kan van oordeel zijn dat het gewenst is dat de pers 'pluriform' is. Met het oog op dat doel kan zij, met een beroep op art. 7 Gw., persfusies tegengaan en subsidies aan de noodlijdende pers verstrekken. Zo kan de overheid ook het standpunt innemen dat dienstplichtigen 'geestelijk verzorgd' moeten worden. Met een beroep op art. 6 Gw. kan dan worden besloten tot subsidiëring van de geestelijke verzorging in de krijgsmacht. Als derde voorbeeld kan het onderwijs worden genoemd. Indien de overheid van mening is dat niet alleen het in art. 23, zevende lid, Gw. genoemde type bijzonder onderwijs naar dezelfde maatstaf als het openbare onderwijs uit de openbare kas moet worden bekostigd, kan zij deze 'gelijke' bekostiging uitbreiden tot het secundair en hoger onderwijs, dit met een beroep op art. 23 Gw.. In de praktijk is dit dan ook geschied. Art. 23 Gw. fungeert op deze wijze als een middel ter bereiking van doeleinden van een bepaalde onderwijspolitiek.

Bijzondere aandacht verdient in dit verband art. 1 Gw.. Deze bepaling heeft blijkens de grondwetsgeschiedenis niet noodzakelijk horizontale werking. Een overheid echter die non-discriminatie in maatschappelijke verhoudingen als een van haar doeleinden stelt, zal het beginsel vervat in art. 1 Gw. via de wetgeving ook aan 'de maatschappij' (willen) opleggen. Art. 1 wordt aldus een 'instrument' niet alleen om maatschappelijke machtsmonopolies te doorbreken, doch ook om van 'gewone' onderdanen handelen of nalaten af te dwingen waartoe zij krachtens het privaatrecht niet zijn gehouden. Ook wordt het artikel wel aangevoerd om positieve discriminatie te rechtvaardigen: feitelijke (niet: juridische) verschillen tussen o.a. mannen en vrouwen, hetero- en homoseksuelen, autochtonen en allochtonen moeten worden opgeheven door een van deze groepen – tijdelijk, maar hoé tijdelijk? – juridisch te bevoordelen. Het zal duidelijk zijn dat al deze vormen van instrumentele benadering van de klassieke grondrechten niet uit de tekst van de Grondwet zijn af te leiden en niet goed zijn in te passen in de grondwettelijke beperkingssystematiek. Uit grondwettelijk oogpunt is een dergelijke instrumentele uitleg van de grondrechten dan ook niet aantrekkelijk. Toch is er onder omstandigheden niet altijd aan te ontkomen, niet zozeer uit grondwettelijk oogpunt, als wel uit dat van het verdragsrecht. Het EHRM verlangt in een aantal uitspraken niet slechts dat de overheid zich onthoudt van inbreuken op de klassieke grondrechten, doch ook dat zij positief optreedt<sup>5</sup> en wel zo dat er ook een reële feitelijke mogelijkheid tot de uitoefening van grondrechten bestaat.

De sociale grondrechten dragen van de grondrechten in het algemeen het duidelijkst een instrumenteel karakter. Zoals reeds is opgemerkt nodigen zij uit tot overheidsoptreden. Zij kunnen begrepen worden als doelstelling van overheidsoptreden, doch ook als 'instrument'. Het is voor een overheid zeer eenvoudig een tranen in de ogen roepend beroep op een of meer sociale grondrechten te doen om een gesteld doel te bereiken: medezeggenschap in het onderwijs kan gerechtvaardigd worden met een beroep op art. 19, tweede lid, Gw., een leegstandswet met een verwijzing naar art. 22, tweede lid, Gw., inkomsten- en andere belasting met een appel op art. 20, eerste lid, Gw., een plan-Dekker of een plan-Simons met art. 22, eerste lid, Gw. als steun en een maximumsnelheid of rekening rijden met een beroep op art. 21 Gw.

Men moet het instrumentele karakter van de sociale grondrechten echter niet overschatten. 'Instrumenten' zijn stricto sensu te zien als middelen, juridische dan wel andere, zoals economische, die de overheid in handen heeft ter verwezenlijking van een bepaald doel. In deze zin zijn de sociale (noch de klassieke) grondrechten instrumenten. De sociale grondrechten verlenen de overheid geen bevoegdheden. Zij zijn hoogstens taakstellend. Voor de uitoefening van die taken zullen eerst bevoegdheden moeten worden verleend. Men kan de sociale grondrechten dan ook slechts in een ruimere betekenis 'instrumenteel' noemen: zij kunnen dienen als 'legitimatie' voor bepaalde overheidsactiviteiten, als een soort ideologie



waarop het beleid steunt. Hetzelfde geldt overigens deels ook voor de instrumentele uitleg van de klassieke grondrechten.

#### 4. Slot

Het gaat niet te ver te stellen dat de grondrechten tegenwoordig nagenoeg voor alles worden ingeroepen. Nu eens dienen zij om overheidsinterventie te rechtvaardigen, dan weer om de overheid in haar hok te houden. Het is zaak de hoofdfunctie van de grondrechten goed voor ogen te houden: zij beogen de onderdaan in juridische zin tegen de tot permanente expansie geneigde overheid te beschermen. Bij deze hoofdfunctie past een instrumentele visie op de klassieke grondrechten slecht, de sociale grondrechten vormen daarvoor een regelrechte bedreiging.<sup>6</sup> De overheid kan men maar beter blijven beschouwen als een – zij het onontkoombaar – kwaad. Om te voorkomen dat dat kwaad alle hoeken en gaten van de maatschappij binnendringt zal ook de bestuurswetgeving doordrongen moeten blijven van de klassieke grondrechten als waarborg.<sup>7</sup> 'Instrumenten' bezit de overheid al meer dan voldoende, ook al zijn zij soms wat roestig.

#### Noten

1. Het staatsrecht is het primaire. Zie C.A.J.M. Kortmann, Constitutioneel recht, Deel I, hoofdstuk 1, Deventer 1990.
2. Zie HR 11 februari 1986, NJ 673. Men kan ook denken aan de vraag of de aanwijzing van 'religieuze voorwerpen' krachtens de Wet behoud cultuurbezit een beperking van de godsdienstvrijheid oplevert, nu men met de aangewezen voorwerpen niet meer kan doen wat men wil.
3. Bijv. KB 20 april 1989, AB 304.
4. HR 15 juni 1982, AB 1983, 37.
5. Vgl. J. de Boer, Art. 8 EVRM, Hand. NJV 1990, p. 23, 24, 52.
6. Zie ook M.C. Burkens, Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht, p. 35, 36, Zwolle 1989.
7. Burkens, a.w., p. 45 stelt, m.i. terecht: 'Dat aan de burgerlijk rechtsstatelijke grondrechtstheorie als uitgangspunt wordt vastgehouden lijkt ook juist. Het uitgangspunt laat in voldoende mate nuanceringen toe. Het kiezen van een ander theoretisch uitgangspunt... zou een sprong in het duister zijn'.

F.M.C. VLEMMINX

## DE WISSEL TUSSEN WETGEVING EN WILLEKEUR

Een analyse van art. 1 Grondwet in het licht van de taakstellingen door de sociale grondrechten

*In de klassieke rechtsstaat wordt het gelijkheidsbeginsel formeel opgevat. Gelijkheid is gelijkheid voor de wet. Bij de sociale grondrechten die gericht zijn op primaire en secundaire levensbehoeften geldt in principe hetzelfde. Bij de andere sociale grondrechten krijgt het gelijkheidsbeginsel een materiële invulling: het verplicht tot het voeren van een weloverwogen, deugdelijk beleid.*

### 1. Inleiding

Plato stelde eens een definitie op van een mens. Ze luidde als volgt: 'Een mens is een ongevederd tweebenig wezen.' De wijsgeer oogstte in zijn lessen enorme bijval met deze spits-

---

Mr. F.M.C. Vlemminx is als universitair docent werkzaam bij de Vakgroep staatsrecht, bestuursrecht en bestuurskunde van de Katholieke Universiteit Brabant.