

# VU Research Portal

## Realisering van grondrechten

van Sasse van IJsselt, P.B.C.D.F.

2018

### **document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### **citation for published version (APA)**

van Sasse van IJsselt, P. B. C. D. F. (2018). *Realisering van grondrechten: De rechtsplicht van de overheid tot de verwerkelijking van grondrechten bij botsende rationaliteiten en belangen in een rechtspolitieke context.* [, Vrije Universiteit Amsterdam].

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

## SAMENVATTING

### INLEIDING

Vertrekpunt van dit boek is het belang van grondrechten voor het functioneren van het staatsbestel als democratische rechtsstaat. In een dergelijk staatsbestel staan grondrechten garant voor zowel een inperking als aanwending van de overheidsmacht ten behoeve van een open, vrije en leefbare samenleving. Aangezien grondrechten primair de overheid als normadressaat hebben, brengen zij voor haar de rechtsplicht met zich tot de realisering van grondrechten. Deze rechtsplicht is divers, veelomvattend en complex. Dat lijkt in toenemende mate het geval te zijn, wegens de toename van grondrechtelijke rechtsnormen en toezichtmechanismen en de alomtegenwoordigheid van de overheid – centraal of decentraal – in de moderne tijd waarin de samenleving voortdurend en versneld verandert en zich verschillende spanningsvelden voordoen. Mede tegen deze achtergrond staat in dit boek de volgende probleemstelling centraal: *waaruit bestaat de rechtsplicht van de overheid tot de realisering van grondrechten en op welke wijze geeft de overheid daaraan invulling?* Deze probleemstelling bergt twee centrale onderzoeksvragen in zich, die aan de hand van verschillende (deel)vragen zijn onderzocht. De twee hoofdvragen daarvan zijn de volgende: *(I) wat houdt de rechtsplicht tot de realisering van grondrechten in voor de overheid?, en (II) hoe vervullen de voormelde [verschillende] actoren hun rol in de rechtspraktijk op het terrein van wetgevingskwaliteit, veiligheid en de pluriforme samenleving?*

### SAMENVATTENDE BEVINDINGEN

Grondrechten zijn nauw verbonden aan het moderne staatsbegrip en maken inherent deel uit van de staat als democratische rechtsstaat. Daarbij zijn drie ordes van verplichtingen te onderscheiden: de eerste-orde rechtsplicht van een overheid om grondrechten te realiseren om de staat waarin zij functioneert te kunnen laten aanmerken als democratische rechtsstaat, de tweede-orde rechtsplichten van de overheid om grondrechten te eerbiedigen, te beschermen en te verwezenlijken en tot slot een derde-orde rechtsplicht die weliswaar geen afdwingbaar karakter heeft, maar wel inkleuring geeft aan grondrechten of een bijdrage kan leveren aan de nadere verwezenlijking. De vele actoren die een rol spelen bij de naleving van voornoemde rechtsplichten doen dat in een (rechts)politieke en maatschappelijke context, waarin verschillende ontwikkelingen gaande zijn. Deze context is van belang vanwege zowel zijn formele als materiële betekenis en heeft invloed op de vele keuzes die moeten worden gemaakt bij de realisering van genoemde rechtsplichten, zoals met betrekking tot de grondrechtelijke normstelling, normnaleving en institutieopbouw. In dat kader dienen verschillende belangen, rationaliteiten en kwaliteitseisen van rechtsinstrumenten, in het bijzonder van wetgeving, voortdurend tegen elkaar te worden afgewogen. De betekenis van rechtsplichten en context krijgen extra reliëf in het licht van twee grote maatschappelijke en politieke vraagstukken, namelijk veiligheid en de pluriformiteit van de samenleving. Zij zijn illustratief voor de wijze waarop verschuivende discoursen en maatschappij-ordende principes mede verklarend zijn voor de aanpassingsrichtingen van het recht in de moderne samenleving en de grondrechtelijke vraagstukken die daarmee gepaard gaan.

De eerste onderzoeksvraag met de daarbij behorende deelvragen heb ik gezien in deel I over de actoren en systeemmodaliteiten ter realisering van grondrechten als tweede orde rechtsplicht.

In hoofdstuk 2 heb ik het belang van de grondrechten voor de democratische rechtsstaat nader belicht en de rol van de regering als medewetgever bij de realisering van grondrechten onderzocht. Die rol blijkt meevoudig. De regering initieert of draagt anderszins bij aan de totstandkoming van grondrechten (normstelling) en beschermende instituties (institutionele waarborging) op nationaal, internationaal en supranationaal niveau, maar zij beperkt de grondrechten ook, al dan niet ten faveure van andere – soms ook grondrechtelijke – belangen (naleving). De regering weegt in dergelijke gevallen de verschillende in het geding zijnde belangen af binnen een door haar zelf rationeel vormgegeven systeem van kwaliteitswaarborgen. Ondanks de kwaliteit daarvan zijn (nadere) verbeteringen voorstelbaar, zoals is aangetoond in deel II van dit onderzoek.

Voor wat betreft de taak of rechtsplicht van de wetgever tot codificatie heb ik in hoofdstuk 3 geconstateerd dat zij heeft geleid tot een proliferatie van grondrechten. Die vindt plaats door middel van codificatie en interpretatie en vindt haar bron voornamelijk in het toegenomen groot aantal internationale rechtsbronnen voor grondrechten. Daartoe behoort ook een toename van een ieder verbindende bepalingen van verdragen, waaraan de nationale rechter kan toetsen op grond van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. Daarnaast is mede door de verdragsproliferatie het aantal internationaal (semi)rechterlijke of toezichhoudende organen sterk toegenomen, alsmede de complexiteit van zich tot elkaar verhoudende rechtsbronnen. Dit heeft mede geleid tot een verschuiving in de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever ten gunste van de rechter. Ofschoon deze plaatsvindt binnen het raamwerk van de *checks and balances*, of zelfs als een versterking daarvan kan worden aangemerkt, lijkt zij soms ook te leiden tot een afnemend politiek draagvlak voor (sommige) grondrechten die hand in hand gaat met kritiek op de rol van de rechter binnen de trias politica. Hoewel de proliferatie van grondrechten positief kan worden geduid, omdat zij bijdraagt aan de versterking van de rechtsbescherming en legitimiteit van overheidsoptreden, kan de kritische benadering ervan in politiek, rechtspraktijk en wetenschap niet worden veronachtzaamd. Om daaraan tegemoet te komen is een aantal maatregelen denkbaar. Deze komen aan de orde in hoofdstuk 8 en onder de conclusies.

Ten aanzien van de constitutionele toetsing *ex ante* in abstracto (hoofdstuk 4) is geconstateerd dat er ruime aandacht aanwezig is voor de constitutionele toetsing en de zichtbaarheid daarvan in het wetgevingsproces. Soms gaat het mis, of laat de motivering te wensen over, maar er zijn weinig aanwijzingen dat het wetgevingsproces (structureel) onconstitutionele wetgeving genereert. De wetgevingsprocedure kent vele toetsingsactoren en -momenten en is ook overigens met vele waarborgen omgeven die bovendien nog verder in ontwikkeling zijn.

In het kader van de tweede- en derde-orde rechtsplicht tot de realisering van grondrechten is relevant de rol van de overheid in de institutieopbouw (hoofdstuk 2). Met de oprichting van het College voor de rechten van de mens is de institutionele infrastructuur tot bescherming van de mensenrechten op nationaal niveau verder versterkt (hoofdstuk 5). Voor zijn effectiviteit met betrekking tot de constitutionele advisering zijn deskundigheid, prioriteitstelling en situationele *timing* van belang. Belangrijker lijkt echter nog de bijdrage die het College kan leveren aan de bevordering van de 'grondrechtencultuur' in Nederland. Behalve het College komt voor wat betreft

de institutieopbouw in een afzonderlijk hoofdstuk aan bod het EU-Grondrechtenagentschap (hoofdstuk 6). Uiteen is gezet de wijze waarop de EU in toenemende mate ingebed raakt in een constitutioneel raamwerk. Daarbij blijkt cruciaal dat de Unie en haar lidstaten de grondrechten eerbiedigen wanneer zij het – immer uitdijende - Unierecht tot stand brengen en ten uitvoer brengen, maar ook dat zij beleid of wetgeving ter bescherming van die mensenrechten tot stand brengen. Gelet op het (kritische) (inter)nationale politieke krachtenveld en daarmee de mogelijkheid om legitiem en effectief te kunnen opereren, beschikt het Agentschap uiteindelijk over een bevredigend juridisch mandaat om een betekenisvolle rol te kunnen spelen bij de bevordering van de naleving van mensenrechten binnen de EU. Het Agentschap heeft die rol op verschillende fronten vervuld. De verwachting – toen met Lissabon in het vooruitzicht – dat het Agentschap een rol kan spelen op JBZ-terrein waar het er op zijn minst evenzeer toe doet, is na Lissabon nog niet helemaal uitgekomen.

De regering brengt als uitvoerende macht ook beleid tot stand ter realisering van de grondrechten middels de ontwikkeling van leidraden ten behoeve van de wetgevende activiteit op EU-niveau (hoofdstuk 7). De grondrechtenchecklist van de Commissie en de methodologische richtlijnen van de Raad zijn belangrijke stappen om het Handvest een permanent aandachtspunt in de ontwikkeling van EU-beleid en -wetgeving te maken. Tekortkomingen in beide checklists blijken inmiddels voor een deel verholpen.

Ter afsluiting van deel I van dit onderzoek is in hoofdstuk 8 geconstateerd dat een nationaal actieplan mensenrechten kan dienen als een instrument voor de realisering van grondrechten. Een dergelijk actieplan kan de verschillende rollen, taken en verantwoordelijkheden voor de realisering van grondrechten inzichtelijk en politiek en maatschappelijk bespreekbaar maken. Aldus kan het worden beschouwd als een instrument voor een nationaal grondrechtenbeleid waarmee (ook) de onderlinge relatie tussen democratie en rechtsstaat – waarin inherente spanningen aanwezig zijn – kan worden versterkt.

In deel II ben ik nader ingegaan op enkele van de hiervoor genoemde systeemmodaliteiten ter realisering van grondrechten en de rol van de overheid daarbij in het licht van enkele concrete maatregelen en vraagstukken uit de rechtspraak.

Voor wat betreft de realisering van sociale grondrechten (hoofdstuk 9) is gebleken dat de grondwettelijke sociale grondrechten van 1983 sterk voortborduurden op wetgeving die reeds tot stand was gekomen. De sociale grondrechten blijken stimulerend noch beschermend te zijn geweest voor wat betreft de totstandkoming van (sociale) wetgeving, zo er soms niet juist afbreuk aan is gedaan. Paradoxaal genoeg lijken de sociale grondrechten ondertussen in opmars. Zo de wetgever zijn wetgevingstaak ter hand neemt, toont hij zich weinig of niet bewust van de sociale grondrechten, zo is gebleken. De wetgever blijkt zich aldus onnodig buiten spel te zetten als relevante actor. Het voorgaande blijkt geheel anders te liggen bij de realisering van de vrijheid van meningsuiting (hoofdstuk 10). Voor dat grondrecht bestaat volle aandacht in maatschappelijk en parlementair debat en bij de wetgever. Een aantal voorstellen is constitutioneel onhoudbaar gebleken. Dat draagt er mede toe bij dat de wetgever maar moeizaam blijkt te kunnen komen tot definitieve aanpassing van de bestaande wettelijke kaders, wat vragen oproept over de mate waarin het wetgevingsproces gebruikt kan of moet worden voor debat over het grondrecht dat dergelijk debat mogelijk maakt: de vrijheid van meningsuiting.

Tot slot heb ik de aandacht toegespitst op twee hoofdthema's die intensieve aandacht blijven genieten van burgers en samenleving en aanhoudend hoog op de politieke

agenda staan: veiligheid en de pluriforme samenleving. In beide thema's is de rol van verschillende actoren bij de realisering van grondrechten aan de orde gekomen, met daarbij de focus op die van de regering als medewetgever, ook hier mede bezien in het licht van de waarborgende rol van de rechter. Daarbij is naar voren gekomen de invloed van de (veranderende) politiek-maatschappelijke context op de balans tussen verschillende rationaliteiten en belangen en de wijze waarop nieuwe concepten of rechtsinstrumenten kunnen bijdragen aan die balans.

## SAMENVATTENDE CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

Grondrechten dragen in steeds belangrijker mate bij aan de individuele rechtsbescherming en de staatkundige ordening van het moderne leven door de wijze waarop zij de relaties tussen overheidsambten en burgers reguleren. Er blijkt zich een hecht en complex grondrechtensysteem te hebben ontwikkeld waarin vele actoren vanuit verschillende taken en bevoegdheden bijdragen aan de nakoming van de rechtsplicht van de overheid tot de realisering van grondrechten in een versneld veranderende maatschappelijke en politieke context. Deze ontwikkeling is om verschillende redenen positief. Tegelijkertijd doet zich een opvallende paradox voor; terwijl het grondrechtensysteem wint aan gewicht, staat het onder druk. De oorzaak voor deze druk op het grondrechtensysteem is tweeledig: enerzijds de toename van het gewicht en de proliferatie van het grondrechtensysteem en anderzijds de noodzaak voor de overheid om indringende maatschappelijke vraagstukken, soms zelfs voortvloeiend uit de rechtsplicht tot de realisering van grondrechten, van een antwoord te voorzien. Gelet op het belang van grondrechten in de moderne rechtsorde is het relevant om beide oorzaken te pareren. Tempering lijkt nodig voor wat betreft de (internationale) normstelling en institutiebouw, versterking lijkt nodig voor wat betreft de grondrechtelijke normnaleving. Aldus ligt een getemperde versterking van het grondrechtensysteem binnen bereik. Dit kan worden bereikt door (a) vermijding van een (internationale) grondrechtenregelreflex, (b) vermijding van 'toezichtreflex' door 'toezicht impact assessment' en (c) versterking van de implementatie en naleving.

## SUMMARY

### INTRODUCTION

Starting point of this book is the relevance of fundamental rights for the functioning of the state as a state based on the rule of law (*democratische rechtsstaat*). As fundamental rights have public authorities as the main norm-addressee, these authorities have the legal obligation to realize fundamental rights. This obligation is diverse and complex, as is demonstrated in this book. The aforementioned seems to be the case even more due to the increase of fundamental right norms and supervision mechanisms, as well as the omnipresence of authorities in modern times, whereby society changes constantly and speedily and there are many different tensions. Against this background, the following problem has been formulated and examined: *what is the significance of the legal obligation of public authorities to realize fundamental rights and how do these authorities fulfill that obligation?* The formulation of the problem includes two main questions. They have been examined based on the next subquestions: *(I) What does the legal obligation of public authorities to realize fundamental rights imply for those authorities?, and (II) how do the aforementioned [different] actors fulfill their roles in the legal practice concerning the quality of legislation, security and the pluriform society?*

### FINDINGS

Fundamental rights proved to be inherent to the concept of the modern state as state based on the rule of law. Three classes of obligations have been identified: a first-order obligation of a government to realize fundamental rights in order to let the state function as a state based on the rule of law, a second-order obligations in order to respect, protect and fulfill and a third-order obligation that is not directly legal enforceable, but which could nevertheless contribute to the fulfilment of fundamental rights. The many actors who play a role in the compliance of these legal obligations do so in a (legal)political and social context, where different developments occur. This context is of importance because of its formal and material significance. It has a great deal of influence on the many choices which have to be made concerning the realization of the aforementioned legal obligations, especially regarding the fundamental norm setting, compliance and institution building. In that context different interests, rationalities and quality standards of legal instruments, especially of legislation, have to be balanced constantly. The significance of obligations and context have been illustrated by two important social and political topics, namely security and the pluriformity of society. These examples illustrate the explanatory way of shifting discourses and social-ordering-principles for the direction of adaptations of law and fundamental rights questions in modern society.

The first question and related sub-questions have been investigated in part I concerning different actors and system modalities realizing fundamental rights as a second-order obligation. In chapter 2, attention has been paid to the different roles of the legislator, especially of the government as co-legislator: norm setting, establishing super-vising institutions and compliance when drafting new laws. Although the legislation is of a good quality regarding fundamental rights compliance, improvements are imaginable, as has been indicated in part II.

In chapter 3, I note the proliferation of fundamental rights as a consequence of the legislators task of codification. Proliferation appears by codification and legal interpretation and finds its origin for an important part in the increasing number of international fundamental rights sources. To these sources belongs, among others, the increasing number of so-called directly binding provisions of treaties, relevant for the national judge regarding articles 93 and 94 of the Constitution of the Netherlands. Besides, the number of international (semi)judicial supervising mechanisms has increased, as well as the complexity of the mutual significance of different legal sources. One of the consequences thereof has been a shift in the constitutional relationship between judge and legislator in favor of the first one. Although this shift occurs within the framework of *checks and balances*, or even can be regarded as a strengthening thereof, the shift seems to sometimes lead to less political support or basis for (some) fundamental rights, which goes hand in hand with criticism on the role of the judge within the *trias politica* system. In order to overcome the risks of proliferation, several actions are imaginable (see chapter 8 and in the conclusions). Regarding the constitutional scrutiny *ex ante* in abstracto (chapter 4) it has been noted that full and visible attention has been paid thereto by the legislator. Sometimes it goes wrong, but there are very few indications that the legislative procedure generates (structural) unconstitutional legislation. Different actors play a role in the legislative procedure that is above all characterized by different (other) guarantees, while further strengthening is under review. The interest of constitutional legislative scrutiny is all the more important in times of pressing social questions concerning security and integration.

Regarding the second and third-order obligations, chapter 2 dealt with the role of the public authorities in institution building. Due to the establishment of the National Institute for Human Rights, the institutional infrastructure for the realization of fundamental rights has been strengthened (chapter 5). For its effectiveness, especially regarding its role in advising in the legislative process, expertise, setting priorities and situational *timing* are of great importance. Even more important seems to be the contribution of the Institute to the promotion of a fundamental rights culture in the Netherlands. In chapter 6, the role and tasks of the Fundamental Rights Agency of the EU is explored (hoofdstuk 6) in relation to the increasing embeddedness of the EU in a constitutional framework. Taking into account the (critical) (inter)national political field of influence and the (im)possibility of working legitimately and effectively, the FRA seems to have gotten sufficient finances and a satisfying legal mandate finally. The FRA played a meaningful role in the realizing of fundamental rights in the EU in different ways, except possibly its role - especially after the entry into force of the Lisbon Treaty - in the field of Justice and Home Affairs.

The government also plays a role in making policies for realizing fundamental rights by e.g. the development of guidelines in favor of the legislative activities at EU-level (chapter 7). The fundamental rights checklist of the Commission and the methodological guidelines of the Council are important steps forward in order to pay attention to the Charter in the development of policies and legislation permanently. Deficiencies in the formulation of both lists have been overcome.

Finally, to end part I of the research, chapter 8 noted the function of a national action plan as a possible instrument for the realization of fundamental rights. Such an action plan could make more visible the different roles, tasks and responsibilities of different actors, improve the realization where necessary and control the compliance of all obligations in a structured way. By doing so, and by making these elements politically and socially debatable, an actionplan could be regarded as an instrument for a national

fundamental rights policy with which (also) the mutual relation of democracy and the rule of law – characterized by inherent tensions – could be strengthened.

Part II dealt with some of the before-mentioned system modalities and the role of the government related to several concrete measures and topics from legal practice. In chapter 9 concerning the realization of fundamental social rights (chapter 9), it became apparent that the social rights anchored in the revised Constitution of 1983 strongly elaborated on legislation that had already entered into force. Fundamental social rights have not shown to be stimulating or protective regarding the drafting of (social) legislation, and possibly even infringe those rights they set out to protect. Paradoxically, fundamental social rights seem to be coming on meanwhile, as shown by attention for them by the Netherlands Institute for Human Rights and European and international actors. Still there is a task for the legislator, at least from a national constitutional point of view. The legislator doesn't show its interest very consciously however. In doing so, the legislator sets himself aside as a relevant actor in this field. The opposite seems to be true regarding the realization of the freedom of expression (chapter 10), a right which gets full attention in social and parliamentary debate as well as from the legislator. Some draft bills concerning the extension or the reduction of the freedom of speech have proven not to be compatible with the constitution however. Therefore the question can be raised whether the legislative process should be used for debate about the right that makes such debate possible: the freedom of speech. Finally, the role of different actors in realizing fundamental rights examined, in relation to the aforementioned two social and political topics of security and the pluriform society. The focus was on the role of the government as co-legislator against the background of the safeguarding role of the judge. Thereby the influence was made clear of the changing social and political context on the balance between different rationalities and interests and the way new concepts or legal instruments could contribute to that balance.

## CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS

Fundamental rights contribute more and more to individual legal protection and the constitutional ordering of modern life, being aware of the before-mentioned developments concerning the strongly increased fundamental rights norms, institutions and mechanisms, and the intensified policies on the quality of legislation. A complex system of fundamental rights realization has been developed. This must be appreciated positively for different reasons. At the same time, a remarkable paradox appears; while the system of fundamental rights realization becomes more important, it stays under pressure. The origin of this pressure seems to be twofold: at the one hand the increase of importance and the proliferation and on the other side the necessity for the authorities to come up with solutions for probing social questions, sometimes even fulfilling obligations to realize fundamental rights. Taking into account the importance of fundamental rights in the modern legal order, it is relevant to foil both origins. Mitigation seems to be needed regarding the (international) fundamental rights norm setting and institution building; strengthening seems to be needed regarding the fundamental rights compliance. So a mitigated strengthening of the system of the realization of fundamental rights is possible. This includes (a) avoiding a (international) fundamental rights reflex (norm setting), (b) avoiding a 'supervision reflex' by introducing a 'supervision impact assessment' (institution-building/supervision) and (c) strengthening of the implementation and compliance.



