



## FORUM

### STADSRECHT OF STAATSRECHT? HET VERBOD OP GEZICHTSBEDEKKENDE KLEDING

GERT-JAN LEENKNEGT & EVA VAN VUGT - 18.12.2018

Eind juni stemde de Eerste Kamer in met de Wet gedeeltelijk verbod gezichtsbedekkende kleding, waarin het dragen van onder meer een boerka of nikab (maar ook een bivakmuts en integraalhelm) in het openbaar vervoer, in onderwijsinstellingen, zorginstellingen en overige overheidsinstellingen, strafbaar is gesteld. De wet is aangenomen, maar nog niet in werking getreden, omdat de verantwoordelijke minister eerst nog met lokale autoriteiten wil afstemmen hoe de wet gehandhaafd zal worden. De Amsterdamse burgemeester Halsema heeft echter aangegeven dit ‘boerkaverbod’ niet te zullen handhaven, omdat ze “het zó niet bij onze stad” vindt passen en vanwege de “schaarse handhaving en schaarse inzet van politie”. Rotterdam en Utrecht volgen haar: woordvoerders van deze steden stellen eveneens dat handhaving van het boerkaverbod “niet de hoogste prioriteit heeft”.

Twee jaar geleden deed zich precies het omgekeerde voor. Het gemeentebestuur van Amsterdam haalde toen het nieuws met het voornemen een verordening vast te stellen die een einde zou moeten maken aan ‘straatintimidatie’. Omdat vooral vrouwen in Amsterdam op straat regelmatig werden nageroepen en lastiggevallen, zou het strafbaar worden om aan de weg of in een voor publiek toegankelijk gebouw anderen uit te jouwen of met aanstootgevende taal, gebaren, geluiden of gedragingen lastig te vallen. Juridisch gezien was dit zogenoemde ‘sisverbod’ nogal problematisch. Het aanspreken, naroeven, uitjouwen, of intimiderend bejegenen van vrouwen op straat valt namelijk onder de vrijheid van meningsuiting. Nu kan die vrijheid van meningsuiting aan beperkingen worden onderworpen, maar artikel 7, derde lid, Grondwet schrijft voor dat alleen de formele wetgever (regering en parlement tezamen) bepaalde uitingen strafbaar mag stellen. Met andere woorden: alleen de wetgever in Den Haag is bevoegd om straatintimidatie strafbaar te stellen – niet de gemeenteraad van Amsterdam.

#### Grootstedelijke vraagstukken

Beide kwesties hebben tot ophef geleid: de burgemeester van Amsterdam zou zichzelf niet boven de wet moeten stellen, Amsterdammers zouden arrogant zijn en denken dat het recht niet op hen van toepassing zou zijn, en het gemeentebestuur van Amsterdam zou de stad als een onafhankelijke ‘stadsstaat’ willen besturen. Wat het boerkaverbod en het sis-verbod vooral blootleggen is de markante positie van grote steden in ons constitutionele stelsel.

Amsterdam en Rotterdam, en de gehele Randstad als stedelijke regio, lijken in veel opzichten meer op Londen, Parijs, en zelfs New York dan op gemeenten als Cuijk, Meerssen of Smallingerland – om enkele volstrekt willekeurige voorbeelden te noemen. De toenemende urbanisatie, de grote diversiteit van de grootstedelijke bevolking en de hoge ‘dichtheid’ van de leefruimte stelt grote steden voor typische problemen. Zo vinden demonstraties doorgaans plaats in grote steden, ontwricht een digitaal platform als Airbnb de hoofdstedelijke woningmarkt, en doet Uber iets vergelijkbaars met het taxivervoer.

Ten aanzien van typisch grootstedelijke problematiek slaagt de landelijke wetgever er echter niet in om snel effectieve wetgeving tot stand te brengen. Zo worden grote steden in hun strijd tegen klimaatverandering, bijvoorbeeld door milieuzones in te stellen, niet van harte gesteund door de wetgever. Landelijke wetgeving die wel tot stand komt miskent juist weer dat in grote steden wezenlijk andere zaken spelen. Een gevolg daarvan is dat de handhaving van landelijk geldende wetgeving niet altijd prioriteit heeft voor stadsbestuurders.

Met de groeiende verschillen tussen stedelijke en niet-stedelijke samenleving wordt dan ook te weinig rekening gehouden. In ons land hebben alle gemeenten op hoofdlijnen dezelfde bestuurlijke inrichting. Ze hebben dezelfde hoofdorganen, die op gelijke wijze eigen bevoegdheden verkrijgen krachtens de Grondwet en organieke wetgeving. Die autonome bevoegdheidsfeer is in de praktijk tamelijk beperkt. Tegelijk differentieert medebewindswetgeving die taken en bevoegdheden overdraagt aan gemeentebesturen, vrijwel nooit tussen gemeenten.

### **Grondrechten en de stad**

Juist waar het gaat om de bescherming van fundamentele rechten en vrijheden in stedelijke leefomgevingen zou het lokaal bestuur andere afwegingen moeten kunnen maken dan daarbuiten. Grote steden zijn namelijk complexe en pluriforme samenlevingen; botsingen tussen leefstijlen, levensovertuigingen en rechten en vrijheden van verschillende groepen burgers zijn er dagelijkse kost.

De Grondwet fungeert hier echter als belemmering. De beperking van de meeste grondrechten in de Grondwet moet zijn gebaseerd op formele wetgeving. Dat betekent dat de beperking van grondrechten op lokaal niveau altijd tussenkomst van de landelijke wetgever vereist. Aan deze eis ligt een duidelijke gedachte ten grondslag: omdat landelijke wetgeving mede wordt vastgesteld door een gekozen parlement, wordt die wetgeving ook democratisch gelegitimeerd geacht. Men kan zich echter afvragen of regels die zijn vastgesteld door de rechtstreeks gekozen gemeenteraad die democratische legitimatie zouden ontberen. Daar komt bij dat de Grondwet geen criteria aanreikt om de noodzaak en de mate van ingrijpendheid van een beperkende maatregel te toetsen. Bepalend is steeds of een beperkende regel door een bevoegd orgaan is vastgesteld.

Op grond van het EVRM moeten beperkingen van grondrechten eveneens bij wet zijn voorzien, maar het wetsbegrip wordt door het EHRM veel ruimer ingevuld. De inmenging in een grondrecht moet gebaseerd zijn op een rechtsnorm, maar of die rechtsnorm is vastgelegd in een formele wet, een gemeentelijke verordening, of ontwikkeld is in rechtspraak, maakt niet uit. Veel belangrijker is dat zo'n inmenging een legitiem doel moet dienen, dat gelegen is in het algemeen belang, en noodzakelijk moet zijn in een democratische samenleving. Die noodzakelijkheidstoets is een strenge: er moeten zwaarwegende redenen zijn die de inmenging in een grondrecht met het oog op het algemeen belang rechtvaardigen.

Dankzij de ruime uitleg van het wetsbegrip kan het EHRM differentiëren tussen afzonderlijke landen: waar in Nederland beperkingen van grondrechten een basis moeten hebben in formele wetgeving, volstaan in landen als het Verenigd Koninkrijk ook rechtsnormen die in de rechtspraak zijn ontwikkeld. Ook bij het beoordelen of een inmenging in de uitoefening van de rechten uit het EVRM noodzakelijk is ter bescherming van het algemeen belang, differentieert het Straatsburgse Hof naar de maatschappelijke en politieke context waarbinnen de inmenging plaatsvindt. De aangesloten staten hebben een zekere beoordelingsvrijheid wanneer zij grenzen stellen aan de uitoefening van grondrechten. Zo worden bijvoorbeeld bij de bescherming van de godsdienstvrijheid in Polen en Turkije andere afwegingen gemaakt dan in Nederland. Het Hof accepteert tot op zekere hoogte dergelijke verschillen in appreciatie die gebaseerd zijn op de maatschappelijke en culturele context in de betreffende landen.

In de huidige wereld zijn het niet zozeer, en in elk geval niet uitsluitend, landen die in maatschappelijk en politiek opzicht verschillen. Polen en Nederland verschillen niet meer van elkaar dan Amsterdam, Den Haag en Rotterdam verschillen van niet-stedelijke gebieden daarbuiten. Zou het dan niet voor de hand liggen om daarmee bij het tot gelding brengen van fundamentele rechten rekening te houden? Uniforme en dwingende landelijke normen blijken juist in dit soort fundamentele kwesties niet de verschillende maatschappelijke contexten te weerspiegelen waarbinnen ze moeten worden toegepast en gehandhaafd. Dat is wat de Amsterdamse burgemeester verwoordde toen ze opmerkte dat ze het boerkaverbod "zo niet bij onze stad" vond passen".

### **Differentiatie in het staatsrecht**

Juist waar het gaat om de uitoefening van fundamentele rechten en vrijheden is de maatschappelijke en culturele context waarbinnen die uitoefening plaatsvindt bepalend voor de balans die wordt getroffen. De toenemende verschillen tussen grote, stedelijke gemeenten en andere, niet-stedelijke gemeenten vragen dan ook om differentiatie op lokaal niveau. Natuurlijk rijzen dan allerlei nieuwe vragen: wat zijn grote steden? Vallen bijvoorbeeld randgemeenten die wat betreft uiteenlopende voorzieningen sterk verbonden zijn met de stadskern er ook onder?

Wanneer is differentiatie precies nodig, en wanneer niet? Hoe verhoudt lokale differentiatie zich tot belangrijke principes als rechtsgelijkheid en rechtszekerheid? Dergelijke vragen zijn niet eenvoudig te beantwoorden. Maar belangrijker is dat vragen over de bijzondere constitutionele rol van grote steden nu in het geheel niet worden gesteld. Het is hoog tijd dat dat wel gebeurt.

*Dit opiniestuk verscheen tevens op [www.denederlandsegrondwet.nl](http://www.denederlandsegrondwet.nl)*