

Een algemene periodieke keuring van de nationale grondrechten

Korte analyse van de grondrechtenparagraaf van de Staatscommissie Grondwet 2009/2010

R. Nehmelman

1. Inleiding

Eindelijk was het zover. De Staatscommissie Grondwet (hierna ook: commissie) maakte op 11 november 2010 haar rapport openbaar.¹ De verantwoordelijke bewindslieden Donner (CDA) en Opstelten (VVD) ontvingen van de voorzitter van de Staatscommissie Thomassen het eerste exemplaar van het rapport waaraan ruim een jaar in relatieve stilte was gewerkt. In de media hebben de bevindingen van de Staatscommissie nauwelijks enige aandacht gekregen.² Dat is spijtig aangezien de Staatscommissie weliswaar betwistbare, maar niettemin prikkelende voorstellen doet over uiteenlopende grondwettelijke onderwerpen. De bevindingen van de Staatscommissie Grondwet zijn bovendien de moeite waard om niet alleen in de kring van (staatsrecht)juristen uitvoerig te bespreken, maar vormen ook stof tot overdenking voor een breed maatschappelijk debat over de Nederlandse Grondwet (Gw), waaraan mijns inziens behoefte bestaat. De Staatscommissie Grondwet doet in haar rapport over grofweg drie deelthema's interessante aanbevelingen. Deze thema's zijn achtereenvolgens: (1) de betekenis van de Grondwet, (2) een (beperkte) herijking van de grondrechtenparagraaf van de Grondwet en (3) de betekenis van de Grondwet in een veranderende internationale rechtsorde. In deze bijdrage zullen de analyse en de aanbevelingen van de Staatscommissie Grondwet over het tweede deelthema, de grondrechtenparagraaf, worden besproken. Voor de opbouw van deze bijdrage is aansluiting gezocht bij de grondrechtelijke onderwerpen genoemd in het rapport van de Staatscommissie. Aandacht wordt besteed aan de beperkingssystematiek van grondrechten, de toevoeging van enkele nieuwe grondrechten aan de Grondwet, en ten slotte aan grondrechten in het digitale tijdperk.³ Hoewel veel over de opvattingen van de Staatscommissie in de grondrechtenparagraaf te zeggen valt, zullen deze opvattingen, gelet op de beperkte omvang van deze bijdrage, in hoofd-

- 1 Het rapport is te vinden als *Kamerstukken II* 2010/11, 31 570, nr. 17, bijlage. Het rapport (en de onderliggende studies) is ook te downloaden op <www.staatscommissiegrondwet.nl>.
- 2 Op internet is er beperkte aandacht geweest, vgl. bijv. de weblog van Folkert Jensma (*NRC Handelsblad*) op: <<http://weblogs.nrc.nl/rechtenbestuur/2010/11/12/democratische-rechtsstaat-en-europese-rechtsorde-moeten-in-grondwet>>. Zie ook *Trouw* 11 november 2011, 'Advies: drukpers en telegraaf uit Grondwet'.
- 3 De bestuurlijke boete is hier buiten beschouwing gelaten, ondanks het gegeven dat dit onderwerp in de grondrechtenparagraaf is opgenomen. De bestuurlijke boete valt mijns inziens te ver buiten de grondrechtenproblematiek en zal daarom hier onbesproken blijven.

lijnen worden geanalyseerd. Alvorens specifiek met de bespreking van de grondrechtthematiek aan te vangen, zal eerst kort stil worden gestaan bij het voorstel van de Staatscommissie over de opneming van een algemene bepaling in de Grondwet en het standpunt van de commissie over constitutionele toetsing. Beide onderwerpen zijn, zoals zal blijken, van belang voor de analyse van de grondrechtelijke thematiek.

2. Algemene bepaling en constitutionele toetsing

2.1. Algemene bepaling

In het vierde hoofdstuk van het rapport van de Staatscommissie Grondwet wordt de vraag opgeworpen of de Nederlandse Grondwet een preambule behoeft. De Staatscommissie beantwoordt deze vraag negatief, aangezien een preambule het nadeel heeft dat zij niet tot het lichaam van de Grondwet behoort. Als alternatief wordt de voorkeur gegeven aan een algemene bepaling die eenzelfde juridische status heeft als de overige grondwettelijke bepalingen. Deze algemene bepaling zou als volgt moeten luiden:⁴

1. Nederland is een democratische rechtsstaat.
2. De overheid eerbiedigt en waarborgt de menselijke waardigheid, de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen.
3. Openbaar gezag wordt alleen uitgeoefend krachtens de Grondwet of wet.'

De Staatscommissie ziet de door haar voorgestelde algemene bepaling vooral als een bepaling in het licht waarvan andere grondwettelijke en andere wettelijke bepalingen moeten worden geïnterpreteerd. Het tweede lid heeft vooral relevantie voor de grondrechten, vandaar dat de algemene bepaling ook hier kort wordt besproken.

Wat te vinden van een dergelijke algemene bepaling? Het voorstel is mijns inziens sympathiek. Het brengt in heldere en kernachtige bewoordingen tot uitdrukking aan welke voorwaarden de Nederlandse Staat (sinrichting) dient te voldoen. Afgevraagd kan echter worden of de opneming van deze algemene bepaling noodzakelijk is. Het in het eerste lid, en eigenlijk ook het in het derde lid, opgenomen element dat Nederland een democratische rechtsstaat is, kan mijns inziens nu al uit een gecombineerd aantal grondwettelijke bepalingen worden afgeleid.⁵ Het in artikel 4 Gw neergelegde algemene actieve en passieve kiesrecht en de in hoofdstuk 3 verankerde bepalingen over de Staten-Generaal zijn toch een uitdrukking van de grondwetgever dat Nederland op enigerlei wijze aan te duiden is als een

4 *Rapport Staatscommissie Grondwet*, Den Haag 2010, p. 40.

5 De legaliteitseis zoals in het derde lid vervat, valt mijns inziens reeds onder het eerste lid, nu deze eis een elementair onderdeel is van de definitie van een rechtsstaat, vgl. hiertoe ook: M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummelin, B.P. Vermeulen & R.J.G.M. Widdershoven, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 41 e.v.

democratie.⁶ Ook rechtsstatelijke elementen zijn reeds in de huidige Grondwet waarneembaar. Het gegeven dat veel grondrechten slechts bij (en soms 'of krachtens') de wet te beperken zijn, geeft aan dat de meest elementaire begrenzing van de overheidsmacht alleen op gezag van de formele wetgever kan plaatsvinden. Ook de sinds 1887 in de Grondwet opgenomen eis dat voorschriften door straffen te handhaven alleen krachtens de wet worden gegeven en de op te leggen straffen alleen door de formele wetgever kunnen worden bepaald, is een belangrijke indicatie dat Nederland een rechtsstaat is.⁷

Het tweede lid van de algemene bepaling brengt tot uitdrukking dat de Nederlandse overheid de menselijke waardigheid, de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen dient te eerbiedigen. Volgens de Staatscommissie zal het begrip menselijke waardigheid kunnen worden gebruikt om van de bestaande grondrechten de kern aan te kunnen duiden. Een beperking van deze kern zou niet mogelijk moeten zijn, waarover zo dadelijk meer. Voor de Staatscommissie Grondwet is een voorstudie naar het begrip menselijke waardigheid verricht door Brems en Vrieling.⁸ Zoals in deze voorstudie en tevens in het rapport van de Staatscommissie wordt uiteengezet, komt het begrip menselijke waardigheid in diverse grondwetten en internationale verdragen voor.⁹ Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) gebruikt incidenteel het begrip als oriëntatiepunt bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een schending van het in artikel 3 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) opgenomen verbod van foltering of onmenselijke of vernederende behandeling.¹⁰ Ook het Bundesverfassungsgericht gebruikt het begrip Menschenwürde (art. 1 lid 1 Grundgesetz) incidenteel om andere grondrechten

- 6 De Staatscommissie hanteert hier kennelijk een formele opvatting van democratie(beginsel). Zij stelt namelijk (onder andere) dat 'burgers of de instellingen die hen vertegenwoordigen betrokken dienen te zijn bij de vaststelling van de belangrijkste wettelijke regels'. Zie voor een mooie bijdrage over de twee soorten democratiepercepties: Th.L. Bellekom, 'Partijverboden', in: A.W. Heringa, R.E. de Winter & W.J. Witteveen, *Staatkundig Jaarboek 1982-1983*, Leiden 1983 (geen uitgever), p. 113 e.v.
- 7 Deze grondwettelijke bepaling is een versoepeling van de strenge eis die de Hoge Raad in 1879 in het beroemde Meerenberg-arrest stelde (HR 13 januari 1879, *W* 4430). Hier valt ook het nodige te zeggen over het derde lid van de voorgestelde bepaling (het legaliteitsbeginsel); ik laat een bespreking daarvan omwille van de omvang van deze bijdrage buiten beschouwing.
- 8 E. Brems & J. Vrieling, *Menselijke waardigheid in de Nederlandse Grondwet?*, voorstudie voor de Staatscommissie Grondwet, Deventer: Kluwer 2010, eveneens te vinden op de website: <www.staatscommissiegrondwet.nl>.
- 9 Gewezen wordt op het EU-Handvest, het handvest van de Verenigde Naties (VN-Handvest), het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) en het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele Rechten (IVESCR) en de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (UVRM).
- 10 In het rapport wordt onder andere gewezen op EHRM 11 juli 2002, I. v. The United Kingdom, nr. 25680/94 (Grote Kamer, r.o. 70, EHRM 11 juli 2002, Goodwin v. The United Kingdom, nr. 28957/95, r.o. 90 en EHRM 10 juni 2010, Jehovah's witnesses of Moscow v. Russia, nr. 302/02, r.o. 135. De term menselijke waardigheid als zodanig is overigens *niet* in het EVRM opgenomen.

nader in te vullen.¹¹ Vooralsnog heeft het Duitse constitutionele hof in het midden gelaten of deze bepaling een zelfstandig subjectief grondrecht omvat.

Welke toegevoegde waarde de opnemings van het begrip menselijke waardigheid in de Nederlandse Grondwet zal hebben, wordt in mijn beleving vooralsnog niet voldoende duidelijk. Het gegeven dat het EHRM en het Bundesverfassungsgericht het begrip incidenteel gebruiken en het opgenomen is in een aantal mensenrechtenverdragen, rechtvaardigt nog niet dat een veelomvattend begrip als menselijke waardigheid zou moeten worden vastgelegd in de Nederlandse Grondwet.¹² Brengt de grondwettelijke verankering van de reeds bestaande grondrechten niet met zich dat de menselijke waardigheid daarin al tot uitdrukking komt – en wellicht juist beter – in deze meer geconcretiseerde fundamentele rechten? Mijns inziens is dat het geval. De grondwetgever doet er mijns inziens beter aan om enigszins nader omschreven grondrechten in de Grondwet op te nemen dan een veelomvattend begrip als de menselijke waardigheid. Het bepalen van de reikwijdte van de bestaande grondrechten door een rechter is bovendien nu al een lastige aangelegenheid, laat staan die van een nauwelijks te definiëren begrip als de menselijke waardigheid.¹³

Eenzelfde probleem doet zich mijns inziens ook voor met het opnemen in de algemene bepaling van de term fundamentele beginselen. De Staatscommissie stelt dat het gaat om het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van 'pacta sunt servanda'. Ware het dan niet beter geweest om juist die beginselen specifiek in de Grondwet op te nemen? Overbodig is tevens het uitdrukkelijk stellen dat de overheid de grondrechten dient te eerbiedigen. Waartoe dienen de bestaande grondrechten anders?

2.2. Constitutionele toetsing

De Staatscommissie Grondwet wijdt in haar rapport tevens een kort hoofdstuk aan constitutionele toetsing en het huidige verbod daarop (art. 120 Gw).¹⁴ Dat is opmerkelijk aangezien advisering daarover formeel niet tot de opdracht behoorde. Wel tot de opdracht van de Staatscommissie behoorde het adviseren over de noodzaak tot een grondwetsherziening in verband met de betekenis van de Grondwet voor burgers.¹⁵ De Staatscommissie rechtvaardigt de aandacht voor het onderwerp van constitutionele toetsing dan ook vanuit dit perspectief. Deze aandacht voor constitutionele toetsing door de commissie is te begrijpen. Terecht wordt mijns inziens door de commissie gesteld dat de betekenis van de Grondwet versterkt zal worden indien rechterlijke toetsing van wetten aan de Grondwet op

11 Zie hierover uitvoerig H.D. Jarass & B.D. Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar*, München: C.H. Beck 2007, p. 40 e.v.

12 Overigens is de jurisprudentie van het Duitse constitutionele hof ook beperkt met betrekking tot art. 1 lid 1 Grundgesetz en bovendien valt er vooralsnog geen zelfstandig subjectief grondrecht uit te herleiden; vgl. Jarass & Pieroth 2007, p. 42.

13 Zie daarover o.a. B.P. Vermeulen, 'Wie bepaalt de reikwijdte van de grondrechten?', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 1992, p. 16-46.

14 Hoofdstuk 5 van het *Rapport Staatscommissie Grondwet*.

15 Zie *Rapport Staatscommissie Grondwet*, p. 13.

enigerlei wijze wordt ingevoerd.¹⁶ Bovendien zou daarmee tevens de betekenis van de Grondwet voor de burgers worden vergroot.¹⁷ Volgens de Staatscommissie zou opheffing of wijziging van het toetsingsverbod een doeltreffende manier kunnen zijn om burgers in hun grondrechten te beschermen. In bepaalde gevallen bieden grondrechten namelijk meer rechtsbescherming dan de mensenrechten die zijn vervat in internationale verdragen.¹⁸ De Staatscommissie is daarmee voorstander van constitutionele toetsing, maar is voorzichtig met het formuleren van een standpunt over de wijze waarop die dient te geschieden. De Staatscommissie besteedt weliswaar kort aandacht aan de huidige stand van zaken ten aanzien van het constitutioneel toetsingsverbod en aan de 'Verklaringwet-Halsema', maar doet als gezegd geen uitlating over de vormgeving van eventuele constitutionele toetsing.¹⁹

Het lijkt mij als gezegd juist dat de Staatscommissie aan het begin van haar rapport een kort hoofdstuk wijdt aan de eventuele opheffing van constitutionele toetsing. Of men nu voor- dan wel tegenstander is van de opheffing van het verbod van constitutionele toetsing, geconstateerd moet worden dat landen waarin constitutionele toetsing mogelijk is, bijvoorbeeld in de Verenigde Staten van Amerika en de Bondsrepubliek Duitsland, de invloed van de Grondwet in deze landen aanzienlijk groter is dan in Nederland. Het constitutioneel toetsingsverbod (art. 120 Gw) ziet weliswaar niet op lagere regelgeving, maar ook deze regelgeving wordt momenteel vrijwel altijd aan internationale mensenrechten getoetst en mijns inziens (nog) slechts in beperkte mate aan de nationale grondrechten.²⁰ Dit komt waarschijnlijk mede ook door de (rechterlijke) toepasbaarheid van de materiële beperkingscriteria van het EVRM.²¹ Dit gegeven maakt dat de grondrechten in hoofdstuk 1 van de Nederlandse Grondwet niet alleen van beperkte betekenis zijn voor de formele wetgever, maar dat ook voor andere Nederlandse regelgevers die waarde is gemarginaliseerd. Dat is betreurenswaardig, temeer als men beseft dat het wellicht goed zou zijn als de grondwettelijke grondrechten een eigenstandige en mogelijk aanvullende invulling hebben naast de in de internationale verdragen gecodificeerde mensenrechten. De recente kritiek op het EHRM, zoals aangezet door Thierry Baudet in het *NRC Handelsblad*, zou mijns inziens mede kunnen worden ondervangen als Nederlandse rechters meer invulling zouden geven aan de nationale grondrechten.²² Het gebrek aan constitutionele toetsing is naar mijn mening een belangrijke oorzaak dat de

16 Dat laat onverlet de vraag of men voor- dan wel tegenstander is van het mogelijk maken van constitutionele toetsing.

17 *Rapport Staatscommissie Grondwet*, p. 43.

18 Denk bijvoorbeeld aan het verbod op censuur zoals vastgelegd in art. 7 lid 1 Gw en de onderwijsbepaling zoals vervat in art. 23 Gw.

19 Wet van 25 februari 2009, *Stb.* 120, tweede lezing; *Kamerstukken II* 2009/10, 32 334, nr. 1-3. Voorkeuren voor gespreide of geconcentreerde toetsing, preconstitutionele toetsing of postconstitutionele toetsing, enz. worden niet door de Staatscommissie gegeven.

20 Hoewel voor een definitief bewijs van deze stelling nader onderzoek geboden zou zijn.

21 Ontwikkeld sinds de beroemde uitspraak inzake de *Sunday Times*, EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146 m.nt. E.A. Alkema (*Sunday Times v. The United Kingdom*).

22 Th. Baudet, 'Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vormt een ernstige inbreuk op de democratie', *NRC Handelsblad* 13 november 2010.

Nederlandse rechter soms te voorzichtig is met een eigen invulling van de EVRM-rechten en equivalente nationale grondrechten. Bovendien volgen Nederlandse rechters in mijn opvatting te veel de interpretatie van het EVRM door het EHRM, ook in nationale geschillen waarbij dat strikt niet noodzakelijk is. Vooral nog is deze stelling alleen een vermoeden en zou aanvullend en grondig onderzoek noodzakelijk en wenselijk zijn om dit wetenschappelijk te bewijzen.

3. Beperkingsystematiek

In een kort hoofdstuk (6) doet de Staatscommissie enkele belangwekkende voorstellen met betrekking tot de beperkingsystematiek van de grondwettelijke grondrechten. Volgens de huidige beperkingsystematiek kan een grondwettelijk grondrecht worden beperkt door de (formele) wetgever zelf of door een ander ambt krachtens een daartoe gedelegeerde bevoegdheid, afhankelijk van het concrete competentievoorschrift. Daar komt voor enkele grondrechten nog het vereiste bij dat de beperking de specifiek omschreven doeleinden dient, de zogeheten doelcriteria, of de eis dat nadrukkelijk genoemde procedurele voorschriften worden gevolgd. De Staatscommissie adviseert om de huidige beperkingsystematiek van de Grondwet te handhaven. De commissie acht het uit democratisch oogpunt gewenst dat het in eerste instantie de wetgever is, waar het parlement immers deel van uitmaakt, die bij de nadere regelstelling de vaak verschillende belangen tegen elkaar afweegt.

Naast het behoud van de grondwettelijke beperkingsystematiek, wil de Staatscommissie een uitbreiding van het grondrechtelijk beperkingsstelsel. De uiteindelijke belangenafweging tussen het grondrecht enerzijds en het publieke belang anderzijds laat volgens de Staatscommissie nu te veel ruimte aan de wetgever (in formele zin). De commissie zoekt aansluiting bij de materiële beperkingscriteria zoals neergelegd in het EVRM. In diverse EVRM-bepalingen (met name art. 8-11 EVRM) zijn meer precieze en inhoudelijke eisen aan de beperking van grondrechten gesteld dan in de Nederlandse grondrechten. Bovendien werken deze internationale mensenrechtelijke normen rechtstreeks in de Nederlandse rechtsorde door en hebben ze bovendien voorrang op nationale wetgeving (art. 93 en 94 Gw). De Staatscommissie is dan ook van oordeel dat het wenselijk is om enkele inhoudelijke voorwaarden, zoals de geschiktheid, de noodzakelijkheid en de evenredigheid van een beperking van grondwettelijke grondrechten, eveneens in de Grondwet vast te leggen. Ook de kern van een grondrecht zou beter moeten worden beschermd. De toegankelijkheid en de normativiteit van de Grondwet zouden daarmee volgens de Staatscommissie zijn gediend. Een bepaling die nadere vereisten bevat voor de beperking van de in de Grondwet vervatte grondrechten, kan de wetgever en rechter houvast bieden bij de beoordeling van de aanvaardbaarheid

van beperkingen.²³ Gelet op vorenstaande overwegingen wordt voorgesteld om de volgende bepaling in de Grondwet op te nemen:

‘Artikel X

1. Beperkingen van grondrechten gaan niet verder dan het doel van de beperking vereist.
2. De kern van grondrechten wordt niet aangetast.’

In heldere en kernachtige taal wordt in deze bepaling weergegeven aan welke twee eisen elke grondrechtelijke beperking, naast de reeds bestaande beperkingsvereisten, moet voldoen. Bovendien heeft de voorgestelde bepaling de aantrekkelijkheid dat het gaat om een algemene grondwettelijke bepaling en volgt de Staatscommissie niet het voorbeeld van de specifieke beperkingscriteria zoals neergelegd in de EVRM-beperkingen.

Het opnemen van de in het eerste lid neergelegde eis dat beperkingen van grondrechten niet verder mogen gaan dan het doel van de beperking vereist, verdient mijns inziens navolging. Met de huidige beperkingssystematiek heeft de formele wetgever momenteel vrijwel een *carte blanche* om een grondrecht te beperken. Weliswaar zijn er voor een aantal grondrechten nadere eisen geformuleerd met betrekking tot specifieke doelen of procedurele vereisten, maar een algemeen vereiste dat het publieke doel moet worden afgewogen tegenover het belang van het specifieke grondrecht, zou een verbetering zijn ten opzichte van hetgeen momenteel in de Grondwet is terug te vinden. Afgewacht zal echter moeten worden of de betekenis van de Grondwet met deze bepaling daadwerkelijk zal worden versterkt. Het gebruik van de EVRM-beperkingssystematiek is dermate ontwikkeld en geaccepteerd, dat het vooralsnog onzeker is of de Nederlandse rechter een toegevoegde waarde ziet in de door de Staatscommissie voorgestelde bepaling. Die meerwaarde is mijns inziens zeker aanwezig. De bepaling is door de Staatscommissie als zelfstandige bepaling geredigeerd, waardoor als gezegd deze bepaling betrekking heeft op *alle* grondrechten en niet specifiek is toegesneden voor bepaalde mensenrechten zoals in het EVRM.²⁴ Bovendien zal het opnemen van deze bepaling in de huidige Grondwet alleen bewerkstelligen dat grondrechtelijke beperkingen van lagere regelgevers de nieuwe toets zouden moeten doorstaan. Weliswaar is dat belangrijk, maar wetten in formele zin worden vooralsnog niet geraakt, of beter gezegd: is een controle door de rechter daarop niet mogelijk gelet op het toetsingsverbod ex artikel 120 Gw.

Over het tweede lid van de algemene bepaling ten aanzien van de beperkingssystematiek ben ik minder enthousiast. De daarin voorgestelde kernrechtbepaling ziet volgens de Staatscommissie op de onaantastbaarheid van de wezenlijke kern van het recht dat in de desbetreffende (grondrechtelijke) bepaling bescherming

23 De Staatscommissie plaatst daarbij de terechte opmerking dat eerst een vorm van constitutionele toetsing zal moeten worden erkend alvorens de Nederlandse rechter deze nieuwe beperkingscriteria mag toepassen op wetten in formele zin, *Rapport Staatscommissie Grondwet*, p. 57 e.v.

24 In het bijzonder het tweede lid van art. 8-11 EVRM. Hoewel deze bepalingen op elkaar lijken, is de formulering veelal in de doelcriteria verschillend.

vindt. Zij geeft hiermee de uiterste grens van beperking aan: zelfs als beperking van een grondrecht het enige middel is om een bepaald doel te bereiken, en zelfs als dit doel van zwaarwegend belang is, is zo'n beperking volgens de commissie niet aanvaardbaar voor zover zij de kern van het grondrecht aantast.²⁵ De Staatscommissie gaat met deze toelichting op de kernrechtbepaling mijns inziens te ver. Slechts enkele grondrechten zijn absoluut en zelfs het meest elementaire grondrecht op leven, zoals vastgelegd in artikel 2 EVRM, is niet als zodanig te kwalificeren.²⁶ Bovendien is de beslissing wat tot de kern van een grondrecht moet worden gerekend, veelal betrekkelijk arbitrair; die beslissing kan ingebed zijn in de normale afweging pro en contra van een inbreuk op een grondrecht en aldus resulteren in een beleidsvrijheid van wetgever, bestuur, maar ook rechter tot het maken van inbreuk.²⁷ Een goed voorbeeld van het laatste laat zich illustreren door de recente SGP-problematiek. Het Gerechtshof Den Haag stelde dat de onrechtmatige handeling van de SGP, te weten het niet willen plaatsen van vrouwen op de SGP-kieslijst, niet behoorde tot de kern van de godsdienstvrijheid waarop de SGP zich beriep.²⁸ De SGP zal daar geheel anders over denken; juist deze handelwijze geeft volgens deze politieke vereniging uitdrukking aan de wezenlijke kern van haar godsdienstvrijheid. Ten slotte is in de kernrechtmethode onduidelijk in hoeverre naast de in de grondrechtartikelen vervatte beperkingsclausules nog extra beperkingsmogelijkheden bestaan, in die zin dat de kern van een grondrecht niet te beperken is en de periferie van de beperking wel.²⁹ Vanwege deze bezwaren was de regering destijds de opvatting toegedaan om de kernrechtmethode niet te aanvaarden.³⁰ Vooralnsog zijn die bezwaren mijns inziens niet voldoende weggenomen.

25 *Rapport Staatscommissie Grondwet*, p. 55-56.

26 Zie hierover J. Vande Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM*, deel 1, Antwerpen: Intersentia 2005, p. 93. Zie voorts art. 2 lid 2 EVRM. Vgl. voor de beperkingscriteria van het recht op leven ook: R. Nehmelman, 'License to kill? Over de rechtmatigheid van een extreme anti-terreurmaatregel', *NJCM Bulletin* 2007/af. 7, p. 972-984 en de voorstudie over het recht op leven voor de Staatscommissie geschreven door medewerkers van de Universiteit van Amsterdam: J.A. Peters, A.J. Nieuwenhuis, C.M. Zoethout, G. Boogaard & H. Bosdriesz, *Het recht op leven in de Nederlandse Grondwet: een verkennend onderzoek*, Deventer: Kluwer 2010, eveneens te vinden op: <www.staatscommissiegrondwet.nl>.

27 Zie M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 96.

28 Zie o.a. Hof Den Haag 20 december 2007, nr. 05/1725 m.nt. R. Nehmelman, in: H. Battjes & K.M. Zwaan (red.), *Rechtspraak Vreemdelingenrecht 2007*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, p. 497-511 (SGP).

29 Zie Burkens 1989, p. 96. Vgl. het onderscheid in de beperkingssystematiek van art. 7 Gw, waarbij de kern van de vrijheid van meningsuiting niet door lagere overheden mag worden beperkt, maar de periferie – de verspreidingswijze van de meningsuiting – onder bepaalde voorwaarden wel.

30 Zie Burkens 1989, p. 96.

4. Nieuwe grondrechten

4.1. Inleiding

In hoofdstuk 7 van het rapport wordt door de Staatscommissie ingegaan op de vraag of de nationale grondrechtencatalogus moet worden uitgebreid. Zij komt tot het oordeel dat door opnemning van twee nieuwe grondrechten een aanvullende rechtsbescherming kan worden gevonden die vooralsnog niet voorhanden is in de huidige grond- en mensenrechtencatalogi. Anders dan bij de hiervoor beschreven beperkingssystematiek, is kennelijk hier het criterium of de nieuw op te nemen grondrechten dus daadwerkelijk een aanvullende rechtsbescherming bieden. De Staatscommissie is unaniem(!) van mening dat twee nieuwe grondrechten in de Grondwet moeten worden toegevoegd, te weten het recht op toegang tot de rechter en het recht op een eerlijk proces.³¹

4.2. Het recht op een eerlijk proces en op toegang tot de rechter

Het opnemen van een nieuw grondrecht op een eerlijk proces en toegang tot de rechter, zoals door de Staatscommissie voorgesteld, valt toe te juichen.³² De commissie constateert terecht dat het EHRM momenteel artikel 6 EVRM niet van toepassing acht op het vreemdelingenrecht, (delen van) het belastingrecht en (delen van) het ambtenarenrecht. De rechtsbescherming tegen overheidshandelen is daarmee minder volledig dan wenselijk is.³³ Een meerderheid van de Staatscommissie stelt daarom voor om het huidige artikel 17 Gw (het *ius de non evocando*) uit te breiden met een eerste lid waarin het volgende wordt bepaald:

1. Ieder wiens door het recht beschermde belangen worden getroffen heeft recht op een eerlijk proces voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter.
2. Niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent.³⁴

31 Dat deze opvatting unaniem is voor de Staatscommissie, is bijzonder te noemen, nu veel opvattingen niet als zodanig kunnen worden aangemerkt; uit de voetnoten in het rapport blijkt dat vele opvattingen slechts door een beperkt aantal leden worden voorgesteld.

32 Ook hier zijn voorstudies voor de Staatscommissie verricht: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.H. Gerards, *De toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de Grondwet?*, Deventer: Kluwer 2010, en R. de Lange, B.J.G. Leeuw & P.A.M. Mevis, *Grondwet en het recht op een eerlijk proces*, Deventer: Kluwer 2010. Beide rapporten zijn ook op de website van de Staatscommissie Grondwet te raadplegen: <www.staatscommissiegrondwet.nl>.

33 Art. 47-50 van het EU-Handvest vormen een uitwerking van art. 6 EVRM voor het Unierecht en bieden meer rechtsbescherming dan even genoemd EVRM-recht. Een burger kan echter alleen een beroep op het EU-Handvest doen indien de desbetreffende zaak onder de werking van het Unierecht valt; zie daarover *Rapport Staatscommissie Grondwet*, p. 60.

34 Dit tweede lid is momenteel de huidige tekst van art. 17 Gw. Een minderheid van de Staatscommissie adviseerde overigens om voor de formulering aansluiting te zoeken bij de tekst van art. 6 EVRM, met dien verstande dat het woord 'burgerlijke', dat de reikwijdte van het recht beperkt, vervalt; *Rapport Staatscommissie Grondwet*, p. 64.

De meerderheid van de Staatscommissie heeft daarmee geadviseerd voor opname van een wederom kernachtige bepaling waarin beide elementen van het recht op een eerlijk proces en op toegang tot de rechter mijns inziens goed tot uitdrukking komen. Er is niet voor gekozen om gedetailleerd de elementen van beide rechten in de Grondwet vast te leggen. Een dergelijk voorstel past volgens de Staatscommissie minder goed bij de stijl van de Grondwet. Een andere optie om het recht op een eerlijk proces en op toegang tot de rechter zeer algemeen te formuleren zonder enige begrenzing tot een bepaald type rechtsbetrekkingen of een bepaald type procedures werd eveneens van de hand gewezen.³⁵ Deze optie heeft volgens de Staatscommissie terecht als nadeel dat in het midden blijft ter zake waarvan toegang tot de rechter bestaat, alsmede ter zake waarbij de waarborgen van een eerlijk proces relevant zijn.³⁶

4.3. *Het recht op leven*

Een kleine meerderheid van de Staatscommissie ziet af van het voorstel om het recht op leven in de Grondwet op te nemen.³⁷ Zij onderbouwen dit met de gedachte dat opneming van dit grondrecht in de Grondwet geen toegevoegde waarde heeft aangezien het recht op leven al voldoende wordt gewaarborgd in de internationale grondrechtencatalogi, bijvoorbeeld in artikel 2 EVRM. Dit standpunt van de meerderheid van de Staatscommissie lijkt mij eveneens juist, echter niet zozeer vanwege het feit dat het recht op leven voldoende is gewaarborgd in de mensenrechtenverdragen, maar vanwege de opvatting dat het recht op leven reeds, zij het op indirecte wijze, verankerd ligt in de Grondwet zelf. Zo kan men stellen dat het recht op lichamelijke integriteit, zoals vervat in artikel 11 Gw, ten nauwste verbonden is met het recht op leven.³⁸ Bovendien ligt aan het verbod op de doodstraf (art. 114 Gw) mijns inziens eveneens de opvatting ten grondslag dat het individu een recht op leven toekomt.

5. Grondrechten in het digitale tijdperk

5.1. *Herformulering van artikel 7 Gw; de vrijheid van meningsuiting*

In hoofdstuk 8 komt de Staatscommissie met enkele aanbevelingen over het veelomvattende en technisch ingewikkelde onderwerp van de grondrechten in het digitale tijdperk. In deze bijdrage is geen ruimte om uitvoerig op deze materie in te gaan, daarom zal ik slechts enkele opmerkingen over de aanbevelingen van de

35 De formulering zou volgens de Staatscommissie dan als volgt komen te luiden: 'ieder heeft recht op toegang tot de rechter en op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak', *Rapport Staatscommissie Grondwet*, p. 63.

36 *Rapport Staatscommissie Grondwet*, p. 63.

37 Vijf van de tien leden, waarbij één lid zich kennelijk onthield van een opvatting.

38 Zie ook Nehmelman 2007, p. 972-984.

Staatscommissie op dit terrein kunnen maken.³⁹ De aanbevelingen van de Staatscommissie betreffen de artikelen 7, 10 en 13 Gw, zoals ook in de opdracht aan de commissie was aangegeven. De Staatscommissie stelt voor artikel 7 Gw als volgt te herformuleren:

1. Niemand heeft voorafgaand verlot nodig om gedachten en meningen te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.
2. Het ontvangen van informatie is vrij, behoudens beperkingen bij de wet gesteld.
3. De overheid eerbiedigt de pluriformiteit van de media.'

Ook hier is wederom sprake van een beknopte en heldere bepaling, zeker in vergelijking met de huidige tekst van artikel 7 Gw. Ik bespreek hier alleen het eerste lid van de voorgestelde bepaling vanwege het feit dat die bepaling mijns inziens gezien kan worden als meest belangrijke. In het voorgestelde eerste nieuwe lid worden namelijk niet meer de middelen genoemd waarmee de meningen worden geuit. Als gezegd is de nieuwe bepaling duidelijker dan de huidige tekst van artikel 7 Gw, maar een meerwaarde is er mijns inziens niet.⁴⁰ De eerste drie leden van artikel 7 Gw bieden momenteel ook de bescherming die de nieuwe bepaling geeft. Met name de onbepaaldheid van middelen om gedachten en gevoelens te openbaren in het derde lid is uit de jurisprudentie afdoende gebleken om de vrijheid van meningsuiting een ruim toepassingsgebied te garanderen.⁴¹ Niets staat eraan in de weg om aan het begrip 'middelen', zoals in het derde lid van het huidige artikel 7 Gw vervat, een zodanige uitleg te geven dat daaronder tevens de nieuwe ontwikkelingen waarmee een gedachte of mening kan worden geuit, zoals internet, kunnen worden begrepen. Gelet op de gecompliceerdheid van de verspreidingsjurisprudentie, zoals met name door de Hoge Raad ontwikkeld, heeft de Staatscommissie gekozen om deze niet nader in de voorgestelde bepaling tot uitdrukking te

39 In het verleden zijn bovendien uitvoerige discussies geweest over dit onderwerp: zie o.a. Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk (commissie-Franken), Den Haag 2000 en het daaropvolgende kabinetsstandpunt: *Kamerstukken II* 2000/01, 27 460, nr. 1. Voornoemde commissie-Franken had tevens een rechtsvergelijkend onderzoek tot haar beschikking van onderzoekers van de Universiteit van Tilburg: A.K. Koekkoek, P.J.J. Zootjens, F.M.C. Vlemminx, G.J. Leenknecht, J. Nouwt, E.J. Koops, H. van Schooten-van der Meer & R.J. Bos, *Bescherming van grondrechten in het digitale tijdperk: een rechtsvergelijkend onderzoek naar informatie- en communicatievrijheid en privacy in Zweden, Duitsland, Frankrijk, België, de Verenigde Staten en Canada: eindrapport*, Den Haag: WODC 2000.

40 Dat geldt nog meer als men naast het huidige art. 7 Gw ook art. 10 EVRM betreft, de meerwaarde van de voorgestelde bepaling is dan minimaal. Dat is merkwaardig aangezien in hoofdstuk 7 van het rapport dit wel volgens de Staatscommissie het bepalende element was voor de opneming van nieuwe grondrechten; die eis wordt kennelijk losgelaten voor wat betreft de grondrechten in het digitale tijdperk.

41 Zie C.W. van der Pot, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, bewerkt door D.J. Elzinga & R. de Lange, m.m.v. H.G. Hoogers, Deventer: Kluwer 2006, p. 338 e.v. en A.J. Nieuwenhuis, *Over de grens van de vrijheid van meningsuiting: theorie, rechtsvergelijking, discriminatie, pornografie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2006.

brengen.⁴² Dat is wellicht te verklaren vanuit de gedachte dat een nieuwe bepaling over de vrijheid van meningsuiting toegankelijk moet zijn; vanuit de gedachte om nu juist ook de normativiteit van de Grondwet te versterken is dat echter merkwaardig. Bovendien is de verspreidingsjurisprudentie ook met de voorgestelde en reeds besproken kernrechtmethode niet in de voorgestelde bepaling inpasbaar. Een grondwettelijke delegatieterm wordt immers niet gehanteerd. Voor een goed begrip van de Nederlandse doctrine over de vrijheid van meningsuiting is men dus nog altijd aangewezen op de beroemde verspreidingsjurisprudentie.

5.2. Een afzonderlijke bepaling voor de bescherming van persoonsgegevens

Een tweede voorstel dat de Staatscommissie doet, is een aanpassing van het huidige artikel 10 lid 2 en 3 Gw (bescherming van persoonsgegevens). Het eerste lid van artikel 10 Gw, het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, dient volgens de commissie niet te worden gewijzigd. Deze laatste opvatting is mijns inziens terecht. Destijds is door de regering voorgesteld, en in het parlement niet betwist, dat dit recht een potentieel veelomvattend recht is, dat als het ware als een 'moedergrondrecht' kan worden gezien voor de artikelen 11-13 Gw.⁴³ Beziat men de EHRM-jurisprudentie over artikel 8 EVRM, dan moet men concluderen dat ook deze bepaling een veelomvattend recht op privé- en gezinsleven is, waaronder tevens de bescherming van persoonsgegevens kan worden verstaan.⁴⁴ Ondanks dit gegeven stelt de Staatscommissie voor om het navolgende nieuwe artikel in de Grondwet op te nemen met betrekking tot de bescherming van persoonsgegevens:

1. Ieder heeft recht op bescherming van zijn persoonsgegevens.
2. Persoonsgegevens worden alleen verwerkt voor welbepaalde doeleinden,
 - a. hetzij met toestemming van betrokkene
 - b. hetzij op grond van bij de wet te stellen regels.
3. Ieder heeft recht op inzage in de over hem verzamelde gegevens, op kennisneming van de verwerking van die gegevens, en op de verbetering van die gegevens, behoudens bij de wet gestelde beperkingen.'

42 HR 28 november 1950, NJ 1951, 137 (APV Tilburg), Zie voor een beschrijving van de verspreidingsjurisprudentie o.a. Van der Pot/Elzinga 2006, p. 340 e.v.

43 In die zin kan mijns inziens worden gesteld dat het hier een opvatting van de grondwetgever betreft. Zie over de onbepaalde reikwijdte van het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer: L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 198-199, R. Nehmelman, *Het algemeen persoonlijkheidsrecht: een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2002, p. 219 e.v. Zie voor de onbepaalde reikwijdte van art. 8 EVRM o.a. L.F.M. Verhey, 'Horizontale werking van grondrechten: de stille Straatsburgse revolutie', in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof (red.), *Geschakeld recht; verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70ste verjaardag van prof. mr. E.A. Alkema*, Deventer: Kluwer 2009, p. 517-535, in het bijzonder p. 521 e.v.

44 Zie Nehmelman 2002, p. 238-239.

De reden om te komen tot een afzonderlijke bepaling ten aanzien van persoonsgegevens is mijns inziens niet overtuigend. Gelet op de gedachte dat de grondwetgever van destijds de invulling van het begrip ‘eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer’ onder andere aan de rechter heeft willen overlaten, en gelet ook op de ruime interpretatie van artikel 8 EVRM zoals door het EHRM gedaan, kan men zich afvragen of een gedetailleerde grondwettelijke bepaling omtrent de bescherming van persoonsgegevens noodzakelijk is. De Staatscommissie stelt dat deze rechtvaardiging voor een afzonderlijke bepaling moet worden gevonden in het gegeven dat persoonsgegevens niet alleen betrekking hebben op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, maar ook op andere grondrechten, zoals de vrijheid van meningsuiting. Mijns inziens beperkt de Staatscommissie hier onterecht de reikwijdte van artikel 10 lid 1 Gw. Bij de grondwetsherziening van 1983 stelde de toenmalige regering reeds dat het uitdrukkelijk de bedoeling was om deze bepaling (persoonlijke levenssfeer) open te laten met het oog op nieuwe rechtsontwikkelingen.⁴⁵ Bovendien stelt de commissie zelf dat in het Europese recht (zowel binnen de Raad van Europa als binnen de EU) een zelfstandig recht op bescherming van persoonsgegevens tot ontwikkeling is gekomen.⁴⁶ De Staatscommissie heeft daarin gelijk, maar toont daarmee ook aan dat de toegevoegde waarde van een nationale bepaling over de bescherming van persoonsgegevens er wederom (vooralsnog) niet is. Immers, het internationale toepasbare recht geeft reeds afdoende rechtsbescherming en daarom is aanvulling in de Grondwet niet noodzakelijk. Dit criterium werd nu juist door de Staatscommissie gehanteerd in het hoofdstuk over de toevoeging van nieuwe grondrechten in de Grondwet.

5.3. Herformulering van artikel 13 Gw; vertrouwelijke communicatie

Ten slotte stelt de Staatscommissie voor om artikel 13 Gw te herformuleren. Momenteel wordt in deze bepaling het brief-, telefoon- en telegraafgeheim gewaarborgd. De commissie stelt de volgende herformulering voor:

1. Ieder heeft het recht op vertrouwelijke communicatie.
2. Beperking van dit recht is alleen mogelijk
 - a. in gevallen bij de wet bepaald, met machtiging van de rechter of
 - b. in het belang van de nationale veiligheid door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen.’

Voor zover men deze bescherming eveneens niet onder het ‘moedergrondrecht’ (recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer) wil laten vallen, is dit een zinvol voorstel van de Staatscommissie. De commissie volgt met het centraal stellen van het begrip ‘vertrouwelijke communicatie’ het voorstel van de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk (commissie-Franken).⁴⁷ Hoewel kritiek is geuit op de vaagheid van het voorgestelde begrip vertrouwelijke communicatie, is

45 Vgl. o.a. Nehmelman 2002, p. 219 e.v.

46 Zie o.a. art. 8 EU-Handvest, waarin een afzonderlijke bepaling ter bescherming van de persoonsgegevens is opgenomen naast het recht op de persoonlijke levenssfeer (art. 7 EU-Handvest).

47 Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk 2000, p. 161 e.v.

er mijns inziens vooralsnog geen beter alternatief voorhanden. Evenals bij vrijwel alle grondrechten het geval is, zal met name de rechter een invulling aan dit begrip moeten geven. De rechtsonzekerheid die daarmee wellicht gepaard gaat, is bij de reikwijdtebepaling van grondrechten niet ongebruikelijk.

6. Conclusie

De voorgestelde wijzigingen door de Staatscommissie Grondwet met betrekking tot een aantal grondrechtelijke onderwerpen verdienen mijns inziens niet allemaal navolging. Uitzondering daarop zijn het opnemen van een nieuwe bepaling over een materiële eis voor de grondrechtenbeperkingen en een nieuw grondrecht op een recht op een eerlijk proces en de toegang tot de rechter. De andere door de commissie voorgestane nieuwe grondrechtelijke bepalingen hebben weliswaar de aantrekkelijkheid van helderheid en beknoptheid, maar missen mijns inziens een toegevoegde waarde ten opzichte van hetgeen nu al in de Grondwet of in de mensenrechtenverdragen is terug te vinden. Dit verschil van inzicht komt wellicht voort uit de gedachte dat de Staatscommissie een andere opvatting heeft over hetgeen in een Grondwet moet worden geregeld. Naar mijn opvatting bieden veel bestaande grondrechtelijke begrippen ruimte voor een extensieve (rechterlijke) interpretatie. Opmerkelijk is bovendien dat het criterium voor de vraag wanneer iets wel of niet in de Grondwet moet worden opgenomen, in het rapport van de Staatscommissie niet eenduidig is. Zo wordt aan beantwoording van de vraag of nieuwe grondrechten noodzakelijk dan wel wenselijk zijn, de eis gesteld dat er een daadwerkelijke toegevoegde waarde dient te zijn ten opzichte van de bestaande mensenrechten. Deze eis wordt echter grotendeels niet gesteld aan het voorstel voor een nieuwe algemene beperkingsbepaling en in het geheel niet aan de voorstellen tot introductie van nieuwe grondrechten in het digitale tijdperk. Het is bovendien de vraag of met de voorgestelde grondwettelijke wijzigingen de betekenis – de Staatscommissie gebruikt het woord normativiteit – daadwerkelijk zal worden versterkt. Vermoedelijk zal dat alleen geschieden als een vorm van constitutionele toetsing zal worden ingevoerd. Juist dat onderwerp behoorde niet tot de formele opdracht van de Staatscommissie, echter zoals gezien wordt de commissie ook enkele wezenlijke woorden aan het toetsingsverbod, waaruit de boodschap duidelijk wordt dat zonder wijziging van artikel 120 Gw de wijzigingsvoorstellen van de Staatscommissie slechts van marginale betekenis zijn.

Ik kom tot een eendoordeel. Veel van hetgeen de Staatscommissie in de grondrechtenparagraaf voorstelt, is mijns inziens niet noodzakelijk. Bovendien zullen de meeste voorgestelde wijzigingen niet leiden tot een grotere invloed (normativiteit) van de grondwettelijke grondrechten. Dat is de Staatscommissie niet geheel euvl te duiden, nu de vraag naar de gedeeltelijke opheffing van artikel 120 Gw niet tot haar taken behoorde. Echter, ook zonder deze opdracht zou het interessant zijn geweest om te bezien op welke wijze de betekenis of waarde van de Grondwet kan worden versterkt in het huidige grondwettelijke bestel, dat wil zeggen met het bestaan van artikel 120 Gw. Zou de Nederlandse rechter niet juist door de Staatscommissie moeten worden aangemoedigd om in geschillen waarbij

dat mogelijk is meer naar de nationale grondrechtencatalogus te kijken in plaats van naar de internationale mensenrechten? Mijns inziens was dat een interessante exercitie geweest. Ondanks deze bedenkingen verdient de Staatscommissie ook een compliment. Het is haar gelukt om in een kort tijdsbestek een aantal prikkelende gedachten over de grondwettelijke grondrechten te poneren, die aanzetten tot nadenken over de vraag of de nationale grondrechten de algemene periodieke keuring anno 2011 kunnen doorstaan.