|  |
| --- |
|  |
|  |  |
| **Studentenparlement 2022/2023** | **Verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot een toevoeging van een algemene aanvullende beperkingsclausule voor grondrechten** |
|  |  |
|  |  |
| Nr. 3 | MEMORIE VAN TOELICHTING |
|  |  |

**I. ALGEMEEN**

**1. Inleiding**

Dit wetsvoorstel heeft tot doel de Grondwet te versterken door een algemene aanvullende beperkingsclausule op te nemen. Het wetsvoorstel volgt in grote lijnen een voorstel dat de Staatscommissie Grondwet in 2010 heeft gedaan. Dit voorstel wordt nu overgenomen. Dit sluit aan bij de wens om de Grondwet bij de tijd te brengen en meer toekomstbestending te maken. Vanuit die wens is in de afgelopen periode ook een aantal andere grondwetswijzigingen voorbereid en in werking getreden.[[1]](#footnote-1) Een tweede belangrijke reden om dit voorstel te doen is dat een algemene aanvullende beperkingsclausule noodzakelijk is om zinvolle toetsing door de rechter van wetten in formele zin aan de Grondwet mogelijk te maken.[[2]](#footnote-2)

Volgens de huidige grondwettelijke beperkingssystematiek kan een grondwettelijk grondrecht worden beperkt door de wetgever zelf of door een ander ambt krachtens een daartoe gedelegeerde bevoegdheid, afhankelijk van het concrete competentievoorschrift.[[3]](#footnote-3) Voor enkele grondrechten, zoals de in artikel 6 Grondwet vastgelegde godsdienstvrijheid, is daarnaast vereist dat de beperkingen specifieke doeleinden dienen (doelcriteria) of, zoals bij het in artikel 12 Grondwet opgenomen huisrecht, dat zij geschieden met inachtneming van procedurele voorschriften.[[4]](#footnote-4) Zoals de Staatscommissie Grondwet in 2010 heeft toegelicht, is er grote waarde gelegen in deze beperkingssystematiek.[[5]](#footnote-5) De meerwaarde is vooral gelegen in de centrale plaats van de democratisch gelegitimeerde wetgever, die naast gelegitimeerd ook voldoende toegerust is om complexe afwegingen te maken tussen botsende grondrechten en belangen. Deze meerwaarde moet worden behouden.

Toch is er reden om de Grondwet op het punt van de beperkingssystematiek uit te breiden met enkele aanvullende voorschriften. De achtergronden en beweegredenen voor het toevoegen van de bepaling worden hierna verder toegelicht. Dit gebeurt allereerst door in paragraaf 2 een korte geschiedenis te schetsen van de huidige beperkingssystematiek. Vervolgens worden in paragraaf 3 de tekortkomingen van de huidige systematiek in beeld gebracht. Doel en noodzaak voor het onderhavige voorstel worden uiteengezet in paragraaf 4. De keuze voor de voorgestelde bepaling wordt nader onderbouwd door de ervaringen met de beperkingssystematiek zoals die geldt in het Europese recht, waarop in paragraaf 5 een toelichting wordt gegeven. In paragraaf 6 wordt afzonderlijk aandacht besteed aan de voorgestelde kernrechtbepaling. Paragraaf 7 omvat ten slotte een samenvatting van de belangrijkste overwegingen om de voorgestelde algemene beperkingsclausule in de Grondwet op te nemen.

**2. Ontwikkeling van de huidige grondrechtenbeperkingssystematiek**

Reeds in de voorgangers van de huidge Grondwet kwamen naast grondrechtelijke waarborgen ook beperkingsmogelijkheden voor. De Staatsregeling van 1798 bijvoorbeeld gaf de mogelijkheid om de waarborgen voor de burger te onderwerpen aan beperkingen, mits die beperkingen noodzakelijk waren voor de bescherming van algemene belangen.[[6]](#footnote-6)

De aan deze constructie ten grondslag liggende aanname was dat de maatschappij – het vreedzaam samengaan van burgers – alleen dan legitiem geregeerd zou kunnen worden indien de vrijheid als het belangrijkste beginsel zou gelden. Die aanname is in volgende grondwetten – met name na de Restauratie van 1813 en de invoering van een constitutionele monarchie – niet op expliciete wijze terug te vinden. Wel is te zien dat in de grondwetten van 1814 en daarna de beperkingen van grondrechten van een aantal procedurele waarborgen zijn voorzien. Met name in de grondwet van 1848 zijn duidelijke bepalingen opgenomen over een aantal fundamentele rechten zoals de vrijheid van meningsuiting en de vrijheid van godsdienst. Die bepalingen zijn lange tijd een voorbeeld gebleven en een bron van inspiratie ook voor de rechterlijke macht waar het ging om de bescherming van rechten die voor een democratische rechtsstaat in wording essentieel zijn.

Tot de grondwetsherziening van 1983 was de regeling van de beperkingsmogelijkheden ten aanzien van de uitoefening van grondrechten echter weinig systematisch. Ook was niet altijd duidelijk of en in welke mate uit grondrechtsnormen rechtstreekse aanspraken van de burger tegenover de overheid konden worden afgeleid. Zo verdedigde A.A.H. Struycken in de eerste jaren van de twintigste eeuw weliswaar de stelling dat grondrechten ‘de vorm van’ subjectieve rechten bezaten, maar de precieze juridische uitwerking van deze stelling is bij hem nog niet te vinden. Onder andere J.R. Stellinga had moeite met de benadering van Struycken en bestreed de gedachte dat er van subjectieve rechten tegenover de overheid sprake zou kunnen zijn. Hoogstens zou van de wetgever een nadere uitwerking van de grondrechtsnormen kunnen worden verwacht.[[7]](#footnote-7)

Pas toen in de periode na de Tweede Wereldoorlog – en als reactie op de verschrikkingen van die oorlog – de aandacht voor fundamentele rechten internationaal gezien sterk begon toe te nemen, grondwetten in allerlei landen series grondrechtsnormen begonnen te bevatten en er verschillende verdragen werden gesloten om het internationale toezicht op de naleving van fundamentele rechten mogelijk te maken, kwam er hernieuwde aandacht voor de problemen van reikwijdte en beperkingsmogelijkheden van grondrechten. In de eerste plaats werd gestreefd naar verduidelijking van de reikwijdte van grondrechtennormen: welke handelingen worden precies beschermd door een bepaalde grondrechtsnorm? In de tweede plaats was er discussie over de vraag wanneer en onder welke voorwaarden de uitoefening van de grondrechten konden worden gereguleerd. Hierin bracht M.C. Burkens in 1971 enig licht door helder te maken dat in Nederland veelal was aangenomen dat de grondrechten aan ‘algemene beperkingen’ onderworpen zouden kunnen worden, maar dat eigenlijk niet erg duidelijk was wat die ‘algemene beperkingen’ zouden kunnen inhouden. Daarmee werd de positie van de burger ten opzichte van de overheid zijns inziens onnodig verzwakt. Het zou daarom de voorkeur verdienen in de Grondwet veel preciezer te omschrijven welke beperkingen wel en welke niet aanvaardbaar zouden zijn. Onder verwijzing naar het *Bestimmtheitsgebot* in het Duitse constitutionele recht bepleitte Burkens een precisering en verfijning van de beperkingsclausules.

De grondwetgever heeft deze gedachtegang gevolgd en in de Grondwet van 1983 is dan ook een poging tot uniformering van de beperkingssystematiek aan te treffen. Hoewel kan worden aangenomen dat dit in zijn algemeenheid een verbetering van de grondrechtenbescherming met zich heeft gebracht,[[8]](#footnote-8) is er naar de mening van de regering verdere precisering en versterking van de grondrechtenbescherming mogelijk. Dat hangt samen met enkele inmiddels erkende gebreken van de huidige systematiek.

**3. Tekortkomingen in de huidige beperkingssystematiek**

De huidige beperkingssystematiek legt een zware verantwoordelijkheid en een grote vrijheid neer bij de wetgever. De systematiek van de Grondwet brengt mee dat beperking van een grondrecht slechts rechtmatig is indien zij plaatsvindt bij wet of op grondslag van een in de wet (in formele zin) terug te vinden competentievoorschrift. Dit is in die zin waardevol dat er voor beperkingen steeds een deugdelijke democratische legitimatie wordt gegarandeerd. Tegelijkertijd kent de systematiek zoals die in 1983 is gecreëerd een aantal tekortkomingen. Weliswaar is bij de herziening van 1983 gepoogd zoveel mogelijk houvast voor burger en regelgever te bieden door de introductie van een vaste delegatieterminologie, maar naar de mening van de regering is deze poging – hoewel een stap vooruit – ontoereikend gebleken omdat de terminologie nog steeds niet geheel consistent is (zie bijv. de artikelen 23 en 110 Grondwet). Daarnaast levert de systematiek veel werk op voor de rechter, waarop in de literatuur ook is gewezen.[[9]](#footnote-9)

In de tweede plaats is uit onderzoek en uit de rapporten van de recente Staatscommissies Grondwet en Parlementair Stelsel is gebleken dat de Nederlandse Grondwet in het algemeen waardevol wordt gevonden, maar dat tegelijkertijd wordt aangenomen dat deze aan normatieve betekenis zou kunnen winnen.[[10]](#footnote-10) Op het punt van de grondrechten worden bepaalde formuleringen verouderd of onduidelijk gevonden of sluiten deze niet meer goed aan bij technologische ontwikkelingen. Daarnaast ontbrak tot voor kort een aantal belangrijke grondrechten in de in het eerste hoofdstuk opgenomen catalogus.[[11]](#footnote-11) Veel internationale verdragen, met name het EVRM en het Handvest, zijn op dit punt vollediger en actueler.[[12]](#footnote-12) Daar komt bij dat het EHRM en het HvJ EU in de loop van de tijd veel mogelijkheden hebben gekregen om de bepalingen van het EVRM en het Handvest verder uit te werken en daarbij standaarden te ontwikkelen die gemakkelijk ook in nationale rechtsordes kunnen worden toegepast.[[13]](#footnote-13) Deze standaarden zijn in veel gevallen gebaseerd op beperkingsclausules die in de Nederlandse Grondwet ontbreken, met name het vereiste van noodzakelijkheid in een democratische samenleving, het vereiste van proportionaliteit of een redelijk evenwicht tussen belangen, en het vereiste dat grondrechten niet in hun wezenlijke kern mogen worden aangetast.[[14]](#footnote-14) De op die manier ontwikkelde Europese standaarden worden ook in de Nederlandse rechtsorde stelselmatig toegepast, zowel door rechters – die blijkens artikel 94 Grondwet en de HvJ EU-rechtspraak de Europese verdragen als toetsingsmaatstaf kunnen en moeten gebruiken – als bij de voorbereiding van wetgeving. Dit houdt deels verband met de bruikbaarheid en verfijndheid van deze standaarden, maar deels ook met het feit dat aanknopingspunten voor het ontwikkelen van vergelijkbare standaarden in de Nederlandse Grondwet momenteel ontbreken.[[15]](#footnote-15)

Ten derde is de huidige beperkingssystematiek uitdrukkelijk niet bedoeld voor de situatie waarin uiteindelijk een rechter bevoegd is om een oordeel te geven over de conformiteit van formele wetgeving met de Grondwet. Wanneer rechterlijke constitutionele toetsing wordt ingevoerd, betekent dit dat de rechter in hoofdstuk 1 maar weinig aangrijpingspunten kan vinden voor zijn beoordeling. Dit kan aanleiding geven tot rechterlijk activisme – in de vorm van het ontwikkelen van eigen criteria buiten de grondwetsbepalingen om – of tot het alsnog toepassen van de Europese standaarden en grondrechtennormen, in plaats van tot rechterlijke toepassing van de grondrechten zoals ze in de Grondwet vervat zijn. Op zijn beurt kan dat tot gevolg hebben dat de extra bescherming en de bijzondere symbolische betekenis die uitgaan van de toetsingsmogelijkheid niet goed tot hun recht komen. Het is ook om die reden aangewezen om in de Grondwet vast te leggen aan welke maatstaven beperkingen van grondrechten moeten voldoen, naast aan de al genoemde competentievoorschriften, doelvoorschriften en procedurevoorschriften.

Uit het vorenstaande volgt naar het oordeel van de regering dat er overtuigende argumenten zijn om het grondwettelijk stelsel van grondrechtenbescherming uit te breiden en aan te vullen met de voorgestelde bepaling. Daarmee wordt ook tegemoet te komen aan de wens de Grondwet in de Nederlandse rechtsorde meer betekenis toe te kennen en in de noodzaak om rechters voldoende aangrijpingspunten voor hun beoordeling te geven wanneer constitutionele toetsing wordt toegestaan.

**4. Doel en noodzaak van een algemene, generieke beperkingsclausule**

Tegen de hiervoor geschetste achtergrond kan worden begrepen dat het toevoegen van een duidelijke, generieke beperkingsclausule ten goede komt aan de toegankelijkheid en normativiteit van de Grondwet.[[16]](#footnote-16) De Grondwet kan door het opnemen van een dergelijke bepaling naast de bestaande internationale verdragen een grotere betekenis krijgen en kan een meer eigenstandige functie verwerven voor het sturen van politieke en juridische debatten.

Hoewel Europees recht (EVRM en EU-recht) niet dwingt tot de invoering van de voorgestelde bepaling, is voor uitleg en toepassing van de thans voorgestelde toevoeging aan de beperkingssystematiek van de grondwettelijke grondrechten van groot belang dat zij aansluit bij en voortbouwt op hetgeen in normen van Europees recht is te vinden. Dit geldt zowel voor Europese regelgeving als – met name – voor de ter zake ontwikkelde rechtspraak. Daarnaast is het wenselijk om met de voorgestelde bepaling tot een daadwerkelijke verbetering te komen ten opzichte van de rechtspraakcriteria zoals die op basis van het EVRM en het Handvest zijn ontwikkeld. Zoals in paragraaf 5 wordt toegelicht, bevatten die maatstaven verschillende onduidelijkheden die met de voorgestelde wijziging kunnen worden weggenomen.

**5. Grondrechtbeperking in internationale/Europese verdragen**

*5.1. De beperkingssystematiek van het EVRM*

Het EVRM omvat een complexe beperkingssystematiek.[[17]](#footnote-17) Niet alle bepalingen bevatten een uitdrukkelijke beperkingsclausule waarin de voorwaarden voor het legitiem beperken van grondrechten zijn opgenomen. In bepaalde gevallen, zoals bij het verbod van foltering en onmenselijke en vernederende behandeling dat is vastgelegd in artikel 3 EVRM, moet uit het ontbreken van een beperkingsclausule worden afgeleid dat beperkingen in het geheel niet mogelijk zijn. In andere gevallen is de formulering van een bepaling – zoals het in artikel 6 EVRM vastgelegde recht op een ‘eerlijk’ proces – zodanig dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) hierin impliciete mogelijkheden tot beperking heeft gelezen. Weer andere bepalingen, zoals artikelen 8-11 EVRM, vereisen dat grondrechtenbeperkingen ‘noodzakelijk in een democratische samenleving’ zijn, zonder te specificeren wat hiermee wordt bedoeld.

In zijn rechtspraak heeft het EHRM geleidelijk aan de betekenis van de verschillende beperkingsclausules en -voorwaarden verduidelijkt en gespecificeerd.[[18]](#footnote-18) Aanvankelijk heeft het dat vooral gedaan door toe te lichten wat het begrip ‘noodzakelijkheid’ behelst. Volgens de EHRM-rechtspraak betekent dit dat een beperking van een grondrecht niet slechts ‘nuttig’ is om een maatschappelijk doel te bereiken’, maar het is evenmin noodzakelijk dat wordt aangetoond dat de grondrechtenbeperking ‘onmisbaar’ is.[[19]](#footnote-19) In plaats daarvan moet een staat aannemelijk maken dat er een ‘dwingende maatschappelijke behoefte’ bestaat aan de beperking.[[20]](#footnote-20) Bovendien moet worden aangetoond dat de aangevoerde rechtvaardiging voor een grondrechtenbeperking ‘relevant en voldoende’ is.[[21]](#footnote-21) Deze criteria zijn gerelateerd aan twee criteria die in de rechtswetenschappelijke doctrine wel zijn omschreven als de vereisten van geschiktheid of effectiviteit en van noodzakelijkheid of subsidiariteit. Beide vereisten houden verband met de relatie tussen het met een grondrechtenbeperking nagestreefde doel en het daarvoor gehanteerde middel. Wanneer een grondrechtenbeperkende maatregel niet geschikt of effectief is om bepaalde doelstellingen te bereiken, zal er geen ‘voldoende of relevante’ reden voor het invoeren van de beperking bestaan. Zijn er andere mogelijkheden beschikbaar om de doelen te realiseren die minder inbreuk maken op een grondrecht, zal niet zijn voldaan aan de eis van een ‘dwingende maatschappelijke behoefte’ voor het invoeren van de beperkende regeling.[[22]](#footnote-22)

In de praktijk blijkt het EHRM deze criteria soms wel toe te passen, maar het doet dat lang niet altijd. In plaats daarvan blijkt het EHRM een voorkeur te hebben voor de zogenaamde fair-balance-test.[[23]](#footnote-23) Daarbij staat niet zozeer de relatie tussen doel en instrument centraal, maar is de vraag of – in algemene zin – mag worden aangenomen dat de nagestreefde doelen zwaarder wegen dan de grondrechten die erdoor worden aangetast. Het gaat bij deze test dus om een belangenafweging ofwel om proportionaliteit in strikte zin, terwijl het bij de toetsing van effectiviteit en subsidiariteit (de doel-middelverhouding) gaat om proportionaliteit in ruime zin.

De keuze van het EHRM voor het centraal stellen van belangenafweging en proportionaliteit in strikte zin, in plaats van de de verhouding tussen doel en middel, heeft een aantal gevolgen die als problematisch kunnen worden gekenschetst.[[24]](#footnote-24) Die vormen de reden om dit voorbeeld in het huidige voorstel niet te volgen en het vereiste van proportionaliteit niet te willen lezen als een vereiste van een ‘fair balance’. Van belang is in het bijzonder dat nadere maatstaven om een belangenafweging te kunnen beoordelen ontbreken. Niet duidelijk is hoe het gewicht van een bepaald grondrecht of van een bepaalde inbreuk in een concrete situatie kunnen worden vastgesteld, en hoe het gewicht van een dergelijk grondrecht zich verhoudt tot dat van andere grondrechten of maatschappelijke belangen, zoals volksgezondheid of criminaliteitsbestrijding.[[25]](#footnote-25) Deze problemen maken dat het proportionaliteitsvereiste in strikte zin zich niet leent voor opneming in de Grondwet. Doel van de algemene aanvullende beperkingsclausule is immers dat deze rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet faciliteert. Tegelijkertijd blijft voor de Grondwet het uitgangspunt dat het primair aan de democratische wetgever is om keuzes te kunnen maken tussen met elkaar strijdige rechtsgoederen. Deze moet daarbij voldoende ruimte toekomen, zonder al te gemakkelijk door een rechter te worden gecorrigeerd. Vanuit dat perspectief is het van belang dat de rechter bij toetsing aan de Grondwet primair oordeelt over de – gemakkelijker empirisch vaststelbare – relatie tussen doel en middel, en niet over de afweging tussen de betrokken belangen.

*5.2. De beperkingssystematiek van het EU-Grondrechtenhandvest*

In het EU-Grondrechtenhandvest zijn de beperkingseisen niet opgenomen in de verschillende grondrechtelijke bepalingen, maar in een generieke beperkingsclausule. Artikel 52, eerste lid, Handvest luidt als volgt:

‘Beperkingen op de uitoefening van de in dit handvest erkende rechten en vrijheden moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen alleen beperkingen worden gesteld indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen beantwoorden.’

De formulering van deze bepaling is geïnspireerd op jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU (HvJ EU) die dateert van voor de inwerkingtreding van het Handvest.[[26]](#footnote-26) De tekst laat zien dat bij beperkingen van de rechten van het Handvest moet sprake zijn van een wettelijke basis en van evenredigheid in ruime zin (*proportionality* in de Engelse taalversie). Dit laatste vereiste behelst blijkens de tekst van de bepaling dat beperkingen noodzakelijk moeten zijn en daadwerkelijk moeten beantwoorden aan de doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Uit de Toelichting bij het Handvest volgt dat met ‘doelstellingen van algemeen belang’ wordt gedoeld op ‘de in artikel 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie genoemde doelen evenals andere belangen die die worden beschermd door specifieke bepalingen van de Verdragen’. Tot slot moet de ‘wezenlijke inhoud’ van een recht geëerbiedigd worden, met andere woorden, de kern van de Handvest-rechten mag niet worden aangetast.

De drie beperkingsvereisten (wettelijke basis, evenredigheid en kernrechtbescherming) en de uitwerking ervan in de jurisprudentie van het HvJ EU kunnen niet geheel los van elkaar worden bezien. De eis dat een beperking bij wet moeten worden gesteld sluit op het eerste gezicht aan bij de in de Nederlandse Grondwet opgenomen competentievoorschriften die verlangen dat de grondslag voor een beperking steeds is vastgelegd in een wet in formele zin. Volgens de jurisprudentie van het HvJ EU geldt een dergelijke formele eis niet,[[27]](#footnote-27) net zomin als dat het geval is volgens de rechtspraak van het EHRM.[[28]](#footnote-28) Tegelijkertijd worden inhoudelijke aspecten van het wettelijkheidsvereiste onder verwijzing naar de *rule of law* niet altijd consistent uitgewerkt.[[29]](#footnote-29)

Het vereiste van evenredigheid of proportionaliteit speelt volgens het HvJ EU een centrale rol waar het gaat om het vaststellen van de toelaatbaarheid van grondrechtenbeperkingen. Nadat is vastgesteld of sprake is van een doelstelling die in overeenstemming is met de daaraan volgens artikel 52, eerste lid, Handvest te stellen eisen, zal het HvJ EU onderzoeken of de beperking van het grondrecht noodzakelijk was en of er dus geen minder vergaande mogelijkheden waren om dat doel te bereiken. Daarnaast moet sprake zijn van een redelijk evenwicht tussen belangen.

De beoordeling van de vraag of het wezen van het recht onaangetast is gebleven, kan niet altijd los worden gezien van de hiervoor genoemde proportionaliteitstoets. Zo kan het zijn dat een beperking disproportioneel wordt geacht omdat het wezen van een recht is geraakt of wordt de kern van een recht zichtbaar waar wordt geoordeeld dat beperkingen niet langer proportioneel zijn. Omgekeerd volgt uit de rechtspraak dat op het moment dat wordt vastgesteld dat een beperking niet de kern van een grondrecht raakt, er vervolgens nog steeds ruimte kan zijn voor een proportionaliteitstoets.[[30]](#footnote-30)

Het samenspel tussen de vraag naar evenredigheid/proportionaliteit en kernrechtbescherming is van belang waar het gaat om het beoordelen van de toelaatbaarheid van grondrechtenbeperkingen. Zo blijkt uit het bovenstaande al dat een afweging tussen belangen en de vraag of een beperking van een grondrecht ‘te ver’ gaat, mede kan worden gemaakt door te kijken naar de kern van het betreffende recht. In de literatuur wordt bovendien regelmatig de kritiek geuit dat wanneer het algemeen belang en de bijbehorende doelen maar zwaarwegend genoeg zijn, bij een belangenafweging van het grondrecht niets kan overblijven.[[31]](#footnote-31) Het is om die reden dat het de voorkeur heeft om niet zozeer het eigenlijke proportionaliteitsvereiste in strikte zin op te nemen in de algemene beperkingsclausule, maar in plaats daarvan kernrechtbescherming te garanderen. Een kernrechtbepaling biedt meer inhoud en kan ervoor zorgen dat steeds het wezenlijke deel van het grondrecht intact blijft.

Gelet op het belang van een kernrechtbepaling en gelet op de centrale rol van kernrechtbescherming in het onderhavige voorstel, wordt hieraan afzonderlijk aandacht besteed in paragraaf 6.

**6. De kern van grondrechten**

Het vereiste van bescherming van het wezen of de kern van grondrechten is minder bekend dan het vereiste van proportionaliteit of evenredigheid. De idee van kernrechtbescherming is afkomstig uit het Duitse constitutionele recht en als zodanig in het Duitse *Grundgesetz* opgenomen: ‘In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden’ (artikel 19, tweede lid, Grundgesetz). Uit de rechtspraak en rechtswetenschappelijke literatuur volgt dat deze bepaling niet meebrengt dat de kern van een grondrecht *in abstracto* en voor altijd kan worden bepaald. Dit gebeurt in plaats daarvan aan de hand van de concrete situatie waarin het recht wordt beperkt.[[32]](#footnote-32)

Bij de concrete duiding van de inhoud van de kern van grondrechten kan worden aangesloten bij het karakter en de functie van het betreffende recht. Van cruciaal belang in de Duitse doctrine is daarbij de menselijke waardigheid; een beperking die daaraan raakt kan worden gezien als rakend aan de kern van het grondrecht. Ook kan bij de definitie van de kern gebruik worden gemaakt van rechtsvergelijkende inzichten, zoals volgend uit de codificatie van bepaalde grondrechten of *jus cogens*.[[33]](#footnote-33)

Kernrechtbescherming is ook in andere jurisdicties en juridische contexten te vinden. Zo wordt bij de verwezenlijking van economische en sociale grondrechten zoals die zijn verankerd in het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR) verwezen naar de notie van een ‘minimum core’. Waar het gaat om rechten die niet steeds vanaf het begin volledig verwezenlijkt kunnen worden, zoals sociale en economice grondrechten, helpt het formuleren van *minimum core obligations* het duiden van belangrijke aspecten die hoe dan ook en onmiddellijke bescherming verdienen. Naar analogie kan de idee van kernrechtbescherming zo ook een toepassing vinden in de context van positieve verplichtingen en het beschermen van de in de Nederlandse grondwet neergelegde sociale grondrechten.

Tot slot geldt dat er in het Nederlandse constitutionele bestel ruim voldoende mogelijkheden zijn voor het identificeren van de wezenlijke kern van de in de Grondwet opgenomen grondrechten. Ten eerste zijn die te vinden in de jarenlange interpretatie en gestalte zoals die door de wetgever en in mindere mate door de rechter is gegeven aan de verschillende grondrechten. Daarnaast kunnen de waarden die onderliggend zijn aan ons constitutionele bestel hierbij als uitgangspunt dienen.

**7. Hoger recht en verhouding tot andere wetgeving**

In paragraaf 5 is reeds uitvoerig ingegaan op de verhouding tussen het Europese recht en de Grondwet. Ook op de verhouding tot andere wetgeving is in de voorafgaande paragrafen ingegaan.

Het voorstel noodzaakt niet als zodanig tot aanpassingen in andere wetgeving, zoals lagere wetgeving waarin de mogelijkheden van beperking van specifieke grondrechten verder zijn uitgewerkt, zoals de Algemene wet gelijke behandeling of de Europese en nationale regelgeving over het recht op gegevensbescherming. De algemene aanvullende beperkingsclausule laat door zijn formulering voldoende ruimte voor nadere specificatie via dergelijke wetgeving. Zo is het goed mogelijk dat in een wet voor een bepaald grondrecht – zoals het gelijkheidsbeginsel en verbod van discriminatie – de eisen van noodzakelijkheid en geschiktheid verder worden uitgewerkt. De voorgestelde grondwetsbepaling biedt daarbij vooral een extra waarborg, bijvoorbeeld doordat deze garandeert dat wettelijke specificaties ook zelf nooit de kern van een grondrecht mogen aantasten.

**8. Effecten**

De voorgestelde bepaling zal een positief en versterkend effect hebben op de grondrechtenbescherming. Daarnaast is in het voorgaande reeds toegelicht dat de bepaling de normatieve werking van de Grondwet zal versterken en daarmee een beter richtsnoer kan bieden aan zowel wetgever als – in de toekomst – de rechter waar het gaat om de beperking van grondrechten. Daarnaast levert de bepaling een verduidelijking en noodzakelijke modernisering op van de Grondwet, die hiermee nog beter bruikbaar wordt voor de toekomst.

**9. Uitvoeringsaspecten, toezicht en handhaving**

Aan de voorgestelde bepaling kleven geen bijzondere uitvoeringsaspecten. Ook zijn er geen verwachte gevolgen voor toezicht en handhaving.

**10. Financiële gevolgen**

De voorgestelde bepaling heeft naar verwachting geen financiële gevolgen.

**12. Evaluatie**

Er is geen evaluatie van de voorgestelde bepaling voorzien.

**13. Advies en consultatie**

Voor de voorgestelde bepaling zijn de gebruikelijke advies- en consultatieprocedures gevolgd. Daaruit zijn geen noemenswaardige inzichten naar voren gekomen.

**14. Inwerkingtreding en overgangsrecht**

Ten aanzien van de inwerkingtreding zijn er geen bijzonderheden. De gebruikelijke onmiddellijke inwerkingtreding is mogelijk. Overgangsrecht is hierbij niet noodzakelijk.

**II. ARTIKELSGEWIJS**

De voorgestelde clausule bevat in het eerste lid een doel-middeltoets en in het tweede lid een kernrechtbepaling.

Aan de proportionaliteit in enge of strikte zin worden in het eerste artikellid als zodanig geen eisen gesteld. Deze keuze houdt verband met de in paragraaf 4 van de Memorie van Toelichting benoemde nadelen die zijn verbonden aan het moeten beoordelen van een belangenafweging. Met opnemen van deze materiële beperkingsvereisten blijft voldoende ruimte voor de wetgever behouden om een eigen, vrije afweging te maken tussen verschillende belangen. Tegelijkertijd biedt de voorgestelde doel-middeltoets de rechter voldoende aangrijpingspunten om in concrete gevallen de redelijkheid en toelaatbaarheid van een grondrechtenbeperking te kunnen beoordelen.

Het tweede artikellid verduidelijkt voor zowel de wetgever als de rechter dat beperking van een grondrecht nooit het wezen ervan mag aantasten. Deze bepaling komt in de plaats van een vereiste van proportionaliteit in strikte zin, maar is concreter en gerichter van aard. De eis zoals neergelegd in het tweede lid van dit voorstel vormt een waarborg tegen excessieve beperkingen en het uit het zicht verliezen van individuele belangen. Het belang daarvan staat zeker sinds de kinderopvangtoeslagenaffaire en de ervaringen tijdens de Covid-19-pandemie buiten kijf.

De Minister-President, Minister van Algemene Zaken,

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,

De Minister van Justitie en Veiligheid,

1. Per 1 september zijn de volgende grondwetswijzigingen van kracht geworden die betrekking hebben op grondrechten: Wet van 6 juli 2022, houdende verandering van de Grondwet, strekkende tot het opnemen van een bepaling over het recht op een eerlijk proces, *Stb.* 2022, 331; Wet van 6 juli 2022, houdende verandering van de Grondwet, strekkende tot het opnemen van een algemene bepaling, *Stb.* 2022, 332; Wet van 6 juli 2022, houdende verandering in de Grondwet van de bepaling inzake de onschendbaarheid van het brief-, telefoon- en telegraafgeheim, *Stb.* 2022, 334. [↑](#footnote-ref-1)
2. Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing, 1 juli 2022, *Kamerstukken II* 2021/23, 35 925 VI, nr. 169. [↑](#footnote-ref-2)
3. *Rapport Staatscommissie Grondwet*, Den Haag: november 2010, *Kamerstukken II* 2010/11, 31570, nr. 17, bijlage, p. 53; *Lage drempels, hoge dijken. Democratie en rechtsstaat in balans*, Rapport Staatscommissie Parlementair Stelsel, *Kamerstukken II* 2018/19, 34430, nr. 9, bijlage, p. 209. [↑](#footnote-ref-3)
4. Idem. [↑](#footnote-ref-4)
5. *Rapport Staatscommissie Grondwet*, Den Haag: november 2010, *Kamerstukken II* 2010/11, 31570, nr. 17, bijlage, p. 54; zie ook *Lage drempels, hoge dijken. Democratie en rechtsstaat in balans*, Rapport Staatscommissie Parlementair Stelsel, *Kamerstukken II* 2018/19, 34430, nr. 9, bijlage, p. 210. [↑](#footnote-ref-5)
6. De desbetreffende bepaling – Art. II - luidde: ‘Het Maatschappijlijk Verdrag wijzigt, noch beperkt, de natuurlijke rechten van den Mensch, dan in zoo verre zulks, ter bereikinge van dat oogmerk, noodzaaklijk is.’ De woorden ‘dat oogmerk’ sloegen terug op art. I: ‘Het oogmerk der maatschappijlijke vereeniging is beveiliging van persoon, leven, eer en goederen, en beschaaving van verstand en zeden.’ [↑](#footnote-ref-6)
7. Zie hierover Verhey 2003. [↑](#footnote-ref-7)
8. Grondrechtenevaluatie-onderzoek is echter niet recent beschikbaar. [↑](#footnote-ref-8)
9. B.P. Vermeulen, Beperking van grondrechten, in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg* (Burkens-bundel), Zwolle 1995, p. 1-34. [↑](#footnote-ref-9)
10. *Rapport Staatscommissie Grondwet*, Den Haag: november 2010, *Kamerstukken II* 2010/11, 31570, nr. 17, bijlage, p. 24-25; *Lage drempels, hoge dijken. Democratie en rechtsstaat in balans*, Rapport Staatscommissie Parlementair Stelsel, *Kamerstukken II* 2018/19, 34430, nr. 9, bijlage, p. 196. [↑](#footnote-ref-10)
11. Per 1 september zijn de volgende grondwetswijzigingen van kracht geworden die betrekking hebben op grondrechten: Wet van 6 juli 2022, houdende verandering van de Grondwet, strekkende tot het opnemen van een bepaling over het recht op een eerlijk proces, *Stb.* 2022, 331; Wet van 6 juli 2022, houdende verandering van de Grondwet, strekkende tot het opnemen van een algemene bepaling, *Stb.* 2022, 332; Wet van 6 juli 2022, houdende verandering in de Grondwet van de bepaling inzake de onschendbaarheid van het brief-, telefoon- en telegraafgeheim, *Stb.* 2022, 334. [↑](#footnote-ref-11)
12. Zie onder meer L. Verhey, ‘Het grondwettelijk beschermingssysteem: handhaving of herbezinning?’, 28 *NJCM-Bulletin* 2003 (3a), p. 216-232; G. Van der Schyff, ‘De beperkingssystematiek van de Nederlandse grondrechten: kanttekeningen bij het rapport van de Staatscommissie Grondwet’, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2011 (2), p. 186-194; J.H. Gerards, ‘Oordelen over grondrechten – rechtsvinding door de drie hoogste rechters in Nederland’, in: H. den Tonkelaar & L. de Groot, *Rechtsvinding op veertien terreinen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 9-51; M. Julicher, *Nederlandse grondrechten: klaar voor de toekomst? Modernisering van grondrechten in de Grondwet in het licht van het EVRM en het EU-Grondrechtenhandvest*, Diss. Universiteit Utrecht 2020. [↑](#footnote-ref-12)
13. J.H. Gerards, ‘Oordelen over grondrechten – rechtsvinding door de drie hoogste rechters in Nederland’, in: H. den Tonkelaar & L. de Groot, *Rechtsvinding op veertien terreinen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 9-51. [↑](#footnote-ref-13)
14. Zie reeds H.R.B.M. Kummeling ‘Proliferatie van proportionaliteit. Over een beginsel dat ook in de Nederlandse Grondwet niet zou misstaan’, in: P.P.T. Bovend’Eert e.a. (red.), *Grensverleggend staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 247. [↑](#footnote-ref-14)
15. J.H. Gerards, ‘Grondrechten in de Nederlandse rechtspraak’, *Rechtstreeks* 2013 (3) pp. 17-39. [↑](#footnote-ref-15)
16. *Rapport Staatscommissie Grondwet*, Den Haag: november 2010, *Kamerstukken II* 2010/11, 31570, nr. 17, bijlage, p. 54. [↑](#footnote-ref-16)
17. J.H. Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2020 (tweede druk te verschijnen februari 2023), par. 1.5. [↑](#footnote-ref-17)
18. Zie nader J.H. Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2019 (tweede druk te verschijnen februari 2023). [↑](#footnote-ref-18)
19. *Handyside t. het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549372, par. 48. [↑](#footnote-ref-19)
20. Idem. [↑](#footnote-ref-20)
21. *Sunday Times t. het Verenigd Koninkrijk*, EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74, ECLI:CE:ECHR:1979:0426JUD000653872, *NJ* 1980/146 m.nt. E.A. Alkema, par. 62 [↑](#footnote-ref-21)
22. Zie nader J.H. Gerards, ‘How to Improve the Necessity Test of the European Court of Human Rights?’, 11 *International Journal of Constitutional Law* 2013 (2), p. 466-490. [↑](#footnote-ref-22)
23. J.H. Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2019 (tweede druk te verschijnen februari 2023), par. 10.4. [↑](#footnote-ref-23)
24. Zie in meer detail o.m. F.M.J. den Houdijker, *Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem. De toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in strikte zin door het EHRM en het HvJ EU*, Nijmegen: WLP 2012. [↑](#footnote-ref-24)
25. Idem. [↑](#footnote-ref-25)
26. ‘Volgens vaste rechtspraak kan de uitoefening van deze fundamentele rechten, met name in het kader van een gemeenschappelijke marktordening, evenwel aan beperkingen worden onderworpen, voor zover die beperkingen werkelijk beantwoorden aan de doeleinden van algemeen belang die de Gemeenschap nastreeft en, het nagestreefde doel in aanmerking genomen, niet zijn te beschouwen als een onevenredige en onduldbare ingreep, waardoor de gewaarborgde rechten in hun kern worden aangetast’ (HvJ EU 13 april 2000, zaak C-292/97, punt 45.) [↑](#footnote-ref-26)
27. Zie hierover X. Groussot & G. Thor Petursson, ‘The EU Charter of Fundamental Rights Five Years on. The Emergence of a New Constitutional Framework?’, in: S. de Vries, U. Bernitz en S. Weatherill (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument: Five Years Old and Growing*, Oxford: Hart Publishing 2015, pp. 135-154, op pp. 139-140. [↑](#footnote-ref-27)
28. J.H. Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2019 (tweede druk te verschijnen februari 2023), hoofdstuk 9. [↑](#footnote-ref-28)
29. X. Groussot & G. Thor Petursson, ‘The EU Charter of Fundamental Rights Five Years on. The Emergence of a New Constitutional Framework?’, in S. de Vries, U. Bernitz en S. Weatherill (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument: Five Years Old and Growing*, Oxford: Hart Publishing 2015, pp. 135-154, op p. 139. Vgl. bijv. HvJ EU 8 april 2014, gev. zaken C-293/12 en C-594/12 (*Digital Rights Ireland*). [↑](#footnote-ref-29)
30. HvJ EU 22 januari 2013, zaak C-283/11 (*Sky Österreich*), punt 49 e.v. Zie ook K. Lenaerts, ‘Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU’, 20 *German Law Journal* 2019, pp. 779-793. [↑](#footnote-ref-30)
31. Zie nader, met verdere bronverwijzingen, o.m. J.H. Gerards, ‘Core Rights and the Interaction of Normative and Analytical Elements in Human Rights Scholarship’, via SSRN: [https://ssrn.com/abstract=3333627](https://ssrn.com/abstract%3D3333627) of [http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3333627](https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3333627). [↑](#footnote-ref-31)
32. Vgl. C. Drews, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 II GG*, Baden-Baden: Nomos 2005,p. 66 e.v. [↑](#footnote-ref-32)
33. Zie Georg Herbert, ‘Der Wesensgehalt der Grundrechte’, 12 *Europäische Grundrechte-Zeitschrift* 1985, pp. 321-335, 332-333. [↑](#footnote-ref-33)