|  |  |
| --- | --- |
| **Studentenparlement 2022/2023**  **Nr. 5** | **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**  **NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG**  **1. Inleiding**  De regering is verheugd te zien dat alle fracties hun waardering hebben uitgesproken voor het wetsvoorstel en dat zij het belangrijk vinden dat maatregelen worden getroffen om de grondrechten als de fundamenten van de Nederlandse rechtsstaat te beschermen door een algemene aanvullende beperkingsclausule op te nemen. Zoals de fracties alom hebben benadrukt, gaat het hier inderdaad om een wezenlijk onderwerp. Er rust een grote verantwoordelijkheid op de staat als het gaat om het zorgvuldig en niet lichtvaardig doorvoeren van beperkingen op de grondrechten.  De regering heeft op haar beurt grote waardering voor de toewijding waarmee de fracties zich bebben gezet aan de bestudering van het wetsvoorstel, en de vele en diepgravende vragen die zij in de het Verslag aan de regering hebben voorgelegd.  Uit de vragen spreekt een aantal zaken die de regering in haar beschouwing zal betrekken.  Allereerst is er de wens om de grondrechtenbescherming in de Nederlandse rechtsorde te versterken en te optimaliseren. De regering constateert met genoegen dat geen enkele fractie principiële bezwaren naar voren heeft gebracht tegen de aan het wetsvoorstel ten grondslag liggende gedachte, namelijk dat het nodig is om de grondrechtenbescherming verder te verfijnen, mede in het licht van recente maatschappelijke ontwikkelingen zowel nationaal (kindertoeslagen, Staatsommissie Rechtsstaat) als internationaal (oorlog in Oekraïne, de noodzaak van Europese eenheid bij de verdediging van de veiligheid in Europa, maar ook de risico’s voor de rechtsstaat in een aantal Europese landen). De huidige internationale politieke situatie laat naar het oordeel van de regering zien dat Europese eensgezindheid nodig en ook mogelijk is, maar tegelijkertijd dat maximale inzet van de Nederlandse staat op alle niveaus nodig is om te waarborgen dat de idealen van de democratische rechtsstaat bereikt blijven worden.  De regering meent de vragen in het Verslag zo te mogen lezen dat aan het belang van deze Europese en internationale consensus door vrijwel geen enkele fractie wordt getwijfeld. De Geuzen voor de Vrijheid-fractie heeft wel een gedachte geformuleerd met betrekking tot de soevereiniteit van staten. In verband daarmee wil de regering opmerken dat soevereine staten vrij zijn om zelf te bepalen welke verplichtingen zij op zich nemen. Dat is een belangrijk beginsel van internationaal recht en ook van Europees Unierecht. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft dit onder andere bevestigd in het arrest-Wightman.[[1]](#footnote-1) In dat licht is het voor de regering cruciaal dat ook de keuzes die in het kader van de grondwetsherzieningen 1953 en 1956 zijn gemaakt ter zake van de doorwerking van internationale rechtsnormen, en die zijn bevestigd bij de grondwetsherziening van 1983, in volle vrijheid door de Nederlandse staat zijn gemaakt. De regering ziet daarom geen tegenspraak tussen dit uitgangspunt en de bereidheid van de Nederlandse overheid om in het kader van Europese en internationale samenwerking – zoals hierboven al werd aangegeven – te blijven ijveren voor versterking van de democratische rechtsstaat. Dat daarbij van belang is dat ook bedrijven, waaronder technologiebedrijven zich houden aan de door de overheden vastgestelde regels van nationaal en Europees recht, is evident. Feitelijke macht en invloed van particuliere organisaties mag nimmer de overhand krijgen op het door de democratisch gelegitimeerde overheden vastgestelde recht. Dat uitgangspunt geldt ook voor de aanvullende rechtsnorm die de regering thans voorstelt (art. 23a Grondwet). De bevoegdheid van de wetgever om marktregulering tot stand te brengen en te effectueren wordt hiermee niet aangetast of ingeperkt. Dit alles laat onverlet dat over de verdere uitwerking van de breed gedeelde beginselen verdere gedachtenwisseling nodig blijft. De regering blijft zich hiervoor inzetten, indachtig het oude motto ‘Tegenspraak brengt ons verder’.  De regering stelt in de tweede plaats vast dat de meeste fracties het voornemen ondersteunen om met de voorgestelde bepaling de grondrechten te beschermen op een manier die iets toevoegt aan wat internationale en Europese verdragen op dit moment al mogelijk maken. Daarbij benadrukt de regering dat het Nederland vrijstaat om een hoger en meer specifiek beschermingsniveau te bieden dan het minimum dat wordt gegarandeerd door met name het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM; zie artikel 53 van dat verdrag) en het EU Handvest voor de Fundamentele Rechten (Handvest of Hv; zie artikel 53 van dit Handvest).  Verschillende fracties hebben verder gewezen op de relatie tussen het invoeren van een algemene, aanvullende beperkingsclausule en het mogelijk maken van rechterlijke constitutionele toetsing van wetten in formele zin. Daarbij is meerdere malen de vraag gesteld, met name door de fracties van DVU en de GPN en door de ML-fractie, waarom de regering niet nu al een voorstel heeft gedaan voor aanpassing van artikel 120 Grondwet of wanneer de regering een dergelijk voorstel zou willen indienen (MOSA-fractie). Daartegenover heeft de SPR-fractie de vraag gesteld of de regering met het voorliggende wetsvoorstel niet juist te veel op de discussie over artikel 120 Grondwet vooruitloopt. In reactie daarop wijst de regering erop dat er geen dwingend verband bestaat tussen het onderhavige wetsvoorstel en de mogelijke invoering van enige vorm van toetsing van wetten aan de Grondwet. Deze toetsing zou in theorie ook zonder het nieuwe artikel 23a kunnen worden ingevoerd. Omgekeerd zou artikel 23a in de Grondwet passen ook zonder wijziging van artikel 120.  De Minister van BZK heeft samen met de Minister voor Rechtsbescherming in de zomer van 2022 een Hoofdlijnenbrief over rechterlijke constitutionele toetsing naar de Staten-Generaal gestuurd.[[2]](#footnote-2) Haar bedoeling daarbij was om de Staten-Generaal uitdrukkelijk te betrekken bij de besluitvorming over een op dit punt voor te bereiden wijzigingsvoorstel, met name waar het gaat om de modaliteiten van rechterlijke constitutionele toetsing. Over die modaliteiten – die de regering van groot belang acht – is het laatste woord nog niet gezegd. De Staten-Generaal hebben uitgebreid de tijd genomen om hierover te delibereren. In februari 2023 heeft een rondetafelgesprek plaatsgevonden met vertegenwoordigers van de rechterlijke organisatie en andere deskundigen, en in maart 2023 was er een eerste plenair debat in de Tweede Kamer. De regering zal pas met een concreet wetsvoorstel kunnen komen als deze discussie is uitgekristalliseerd en de contouren van de manier waarop rechterlijke constitutionele toetsing in Nederland vorm zal moeten krijgen voldoende vast zijn komen te staan en voldoende worden gedragen door het parlement. Op vragen die betrekking hebben op de modaliteiten van constitutionele toetsing of op uitspraakbevoegdheden, zoals bijvoorbeeld zijn gesteld door de MOSA-fractie, zal de regering in deze Nota dan ook niet verder ingaan.  Hoewel de nadere besluitvorming over de vorm van rechterlijke constitutionele toetsing door de Staten-Generaal nog op zich laat wachten, kan niet worden getalmd met waar mogelijk het creëren van optimale waarborgen voor de bescherming van grondrechten. Uiteraard kunnen deze waarborgen vervolgens gaan behoren tot de randvoorwaarden voor het kunnen implementeren van bepaalde modaliteiten van rechterlijke constitutionele toetsing van formele wetten. Als rechters de bevoegdheid krijgen om formele wetgeving te toetsen aan de Grondwet, moet zijn gegarandeerd dat zij voldoende handvatten en aanknopingspunten hebben om die toetsing deugdelijk uit te kunnen voeren. In paragraaf 3.4 wordt nader aandacht besteed aan de vragen die op dit punt zijn gesteld over rechterlijk activisme, maar nu al merkt de regering op dat het bieden van sturing aan rechterlijke toetsing belangrijk is om de zorgvuldigheid van die toetsing te verzekeren.  Daarnaast hebben verschillende fracties terecht benadrukt dat materiële voorwaarden voor grondrechtenbescherming ook waardevol kunnen zijn als het gaat om het bieden van aanknopingspunten aan de wetgever en het bestuur (zie nader paragraaf 3.1). Zeker gelet op de lessen die moeten worden getrokken uit de Toeslagenaffaire, acht de regering het van het grootste belang dat beginselen en waarden als het evenredigheidsbeginsel nu al in de Grondwet worden vastgelegd. Op die manier is het voor iedereen – inclusief de ‘gebruikers’ van de Grondwet, zoals de wetgever of uitvoeringsorganisaties – duidelijk dat grondrechten alleen onder bepaalde voorwaarden mogen worden beperkt. Het zou naar de mening van de regering ongepast zijn om met het invoeren van een dergelijke, maatschappelijk en symbolisch belangrijke bepaling te wachten tot er een concreet voorstel ligt voor het invoeren van rechterlijke toetsing aan de Grondwet.  In de voorliggende Nota wordt ingegaan op de vele vragen die vanuit de fracties zijn voorgelegd met betrekking tot het voorstel om een aanvullende, algemene beperkingsclausule in de Grondwet op te nemen. Daarbij wordt in grote lijnen de indeling van de Memorie van Toelichting gevolgd. In paragraaf 2 wordt ingegaan op een aantal vragen dat betrekking heeft op de ontwikkeling van de huidige grondrechtenbeschermingssystematiek. In paragraaf 3 staan doel en noodzaak centraal van het invoeren van een algemene, aanvullende beperkingsclausule als mogelijkheid om de grondrechten te beschermen. In paragraaf 4 wordt aandacht besteed aan een aantal specifieke aspecten van de voorgestelde bepaling, in het bijzonder de betekenis van doel/middel-toets (geschiktheid, noodzakelijkheid) en de toetsing van evenredigheid in strikte zin. In paragraaf 5 wordt nader ingegaan op de vragen betreffende de voorgestelde kernrechtbepaling. Tot slot betreft paragraaf 6 een aantal resterende, algemene of juist zeer specifieke vragen betreffende het voorstel.  **2. Ontwikkeling van de huidige grondrechtenbeschermingssystematiek**  Over de ontwikkeling van de huidige systematiek van grondrechtenbescherming zijn in het Verslag geen vragen gesteld. Wel hebben verschillende fracties in uiteenlopende bewoordingen de vraag opgeworpen wat de toegevoegde waarde is van het voorgestelde artikel 23a, welke betekenis het artikel zal kunnen hebben voor de totale systematiek van de beoordeling van grondrechtsbeperkingen en wat op dit punt de rolverdeling tussen wetgever en rechter dient te zijn. Op dit laatste punt wordt verderop in deze Nota ingegaan (zie paragraaf 3.4).  Met betrekking tot de toegevoegde waarde van de voorgestelde beperkingsclausule zijn vragen gesteld door de fractie van Linksaf Nijmegen, de GPN-fractie en de MOSA-fractie. Daarbij hebben de fracties van Linksaf Nijmegen en de SPR ook de Europese dimensie betrokken door de vraag op te werpen waarom niet is aangesloten bij de systematiek van het EU-Grondrechtenhandvest. Zoals de regering in de Memorie van Toelichting heeft uiteengezet biedt de voorgestelde bepaling een verlichting van de agenda van de wetgever en voegt zij mogelijkheden tot toetsing in concreto toe aan het repertoire dat reeds ter beschikking van de rechter staat. Daarmee is ook een antwoord gegeven op de vraag van de GPN-fractie welke juridische problemen door het nieuwe artikel 23a kunnen worden opgelost. Het spreekt daarbij vanzelf dat de maatstaven voor toetsing ontleend moeten worden aan hoger recht en aan overduidelijke, sterke rechtsovertuigingen. Voor Nederland ligt een van de mogelijke betekenissen van artikel 23a in een meer uitgebreide en intensieve toepassing van het evenredigheidsbeginsel, zoals in de Memorie van Toelichting uitvoerig is toegelicht en zoals hierna nog nader aan de orde zal komen.  In het Verslag wordt ook de vraag opgeworpen wat artikel 17, eerste lid, Grondwet toevoegt aan het recht op een eerlijk proces. Voor de beantwoording hiervan verwijst de regering naar de wetsgeschiedenis van de wijziging van artikel 17 die in 2022 in werking is getreden en naar de juridische literatuur daaromtrent.  De GPN-fractie vraagt waarom de regering niet gekozen heeft voor de herformulering van de delegatieterminologie van verschillende grondwetsbepalingen. De reden daarvoor is dat een dergelijke operatie niets zou toevoegen aan het doel van de thans voorgestelde aanvulling van de Grondwet, terwijl zo’n herformulering een juridisch-technisch complexe operatie zou zijn die veel tijd zou kosten en veel overleg zou vergen.  Dezelfde fractie vraagt naar kwantitatieve gegevens over de hoeveelheid werk voor de rechter op basis van de huidige beperkingssystematiek. De rechterlijke statistieken – voorzover thans beschikbaar – geven hier niet een zodanig inzicht in dat de regering deze vraag met een tevredenstellende mate van nauwkeurigheid zou kunnen beantwoorden. In de Memorie van Toelichting is er overigens op gewezen dat een van de schaduwkanten van de huidige beperkingssystematiek is dat juist de wetgever er extra werk door krijgt, omdat deze systematiek vergt dat de wetgever een hoge mate van besef heeft van de mogelijke consequenties van wettelijke regels voor de uitoefening van grondrechten.  De bedoeling van het voorgestelde artikel 23a is niet dat het de huidige beperkingssystematiek gaat vervangen, zoals de MOSA-fractie lijkt aan te nemen. Dat betekent ook dat het niet mogelijk wordt om bij grondrechtenbepalingen die in absolute termen zijn geformuleerd alsnog beperkingen toe te staan – de regering acht artikel 114 Grondwet hiervan het duidelijkste voorbeeld. Hieronder, in paragraaf 3.1, wordt daarop nog nader ingegaan.  De ‘leer van de redelijke uitleg’ – waarmee gedoeld wordt op de rechterlijke benadering van de uitleg van beperkingsclausules in gevallen waarin de strenge leer van de wetsgeschiedenis van de grondwetsherziening van 1983 onbevredigende resultaten bleek op te leveren – wordt niet geraakt door de voorgestelde herziening. De regering heeft geen oordeel over de vraag of reeds nu in het kader van de redelijke uitleg in feite een proportionaliteitstoetsing plaatsvindt. Dit lijkt de regering zeker niet uitgesloten, en evenmin bezwaarlijk.  Ten slotte zijn er drie vragen van de fractie van Linksaf Nijmegen en de SPR-fractie over de verhouding van het voorgestelde artikel tot de systematiek van het EU-Grondrechtenhandvest. Artikel 52, eerste lid van dat Handvest heeft grote betekenis voor de EU-grondrechten, maar die betekenis is er slechts binnen de werkingssfeer van het EU-Grondrechtenhandvest. De juridische werkingssfeer van de Grondwet valt hiermee niet samen, ook al is er een zekere overlap. Voor zorgen over de Europeanisering van de Nederlandse rechtsorde zoals de SPR-fractie die articuleert is naar de opvatting van de regering geen aanleiding.  **3. Betekenis, doel, noodzaak en effecten van een algemene, aanvullende beperkingsclausule**  *3.1 Inleiding*  Zoals in de Memorie van Toelichting is benadrukt, is het voorstel om een algemene aanvullende beperkingsclausule op te nemen gegrond in een aantal overwegingen met betrekking tot de huidige situatie. Die overwegingen zijn – kort samengevat – (1) dat de wetgever momenteel een bijna onbeperkte vrijheid heeft om de grondrechten te reguleren en te beperken, zonder daarbij sturing te vinden in de Grondwet zelf; (2) dat de normatieve en symbolische betekenis van de Grondwet kan worden vergroot als – vergelijkbaar met de aanpak in het EVRM en het Handvest – een aantal concrete handvatten voor beperking van grondrechten wordt opgenomen; en (3) dat het ontbreken van een algemene beperkingsclausule de rechter te weinig houvast geeft bij het toetsen aan de Grondwet (de bedoeling van constitutionele toetsing is immers niet dat de rechter op het terrein van de normontwikkeling en de rechtsvorming aan zijn lot wordt overgelaten, dan wel in al te grote zelfstandigheid maatstaven voor toetsing ontwikkelt). Over al deze overwegingen zijn vragen gesteld vanuit de fracties. Deze worden hierna themagewijs behandeld.  Voorafgaand daaraan is van belang dat de GPN-fractie de vraag heeft voorgelegd of er niet ook een noodzaak is voor modernisering van de Grondwet door nieuwe grondrechten op te nemen. Zij denkt daarbij aan het recht van het ongeboren kind. Ook de SPR-fractie wijst erop dat het probleem van verouderde formulering van grondrechtenbepalingen kan worden opgelost door modernisering ervan. De regering hecht eraan te benadrukken dat het onderhavige voorstel alleen betrekking heeft op de beperking van op dit moment al in de Grondwet opgenomen grondrechten, en niet op de vraag of de grondrechtencatalogus moet worden uitgebreid of gemoderniseerd. De regering gaat hierna dan ook niet inhoudelijk in op vragen die op die uitbreiding of modernisering betrekking hebben.  Een tweede set preliminaire vragen betreft de reikwijdte van de voorgestelde beperkingsclausules. Zo hebben de fracties van de DU22, GPN en MOSA gevraagd of de voorgestelde beperkingssystematiek ook kan worden toegepast bij sociale grondrechten. De formulering van artikel 23a is bewust zo gekozen dat de bepaling bij alle grondrechten kan worden toegepast. Dat betekent dat de bepaling inderdaad van toepassing kan zijn bij sociale grondrechten. Weliswaar gaat het bij deze grondrechten primair om inspanningsverplichtingen voor de overheid, maar ook daarbij is het niet meer dan redelijk dat beperkingen van aanspraken op deze grondrechten niet verder gaan dan het doel van de beperking vereist en dat de kern van deze grondrechten niet wordt aangetast. Met name het kernrechtvereiste leent zich er goed voor om in de context van sociale grondrechten te worden toegepast; het is zelfs in die context in internationale en buitenlandse rechtspraak ontwikkeld. Daarop wordt in paragraaf 5 nader ingegaan.  De fractie van DU22 vreest voor een verminderd beschermingsniveau wanneer de algemene aanvullende beperkingsclausule ook kan worden toegepast bij absolute grondrechten, zoals het in artikel 114 Grondwet opgenomen doodstrafverbod. Net als bij de soortgelijke bepaling van artikel 52, tweede lid, van het Handvest is die vrees ten aanzien van het artikel 23a ongegrond. Artikel 23a kan logischerwijs alleen toepassing vinden ten aanzien van grondrechten waarvan de uitoefening aan beperkingen kan worden onderworpen. Bij artikel 114 Grondwet is dat niet het geval, nu de bedoeling van artikel 114 juist is dat er op het doodstrafverbod geen enkele uitzondering kan worden gemaakt. Enigszins beeldend zou men kunnen zeggen: de reikwijdte van artikel 114 valt samen met de kern van het grondrecht waarvan het verbod onderdeel uitmaakt – het recht op leven). Bij grondrechtennormen die wel een beperking van de uitoefening van een grondrecht toelaten is er naast de kern nog een ‘zone’ waarin afweging tussen een aantal betrokken belangen kan plaatsvinden met inachtneming van het proportionaliteitsvereiste (in veel gevallen door de wetgever). Daarop wordt hierna in paragraaf 4 nader ingegaan.  Tot slot heeft de ML-fractie vragen gesteld over de mate waarin een nationale beperkingsclausule zoals de voorgestelde in strijd zou kunnen komen met de autonomie van de EU-rechtsorde. In reactie hierop wil de regering erop wijzen dat de voorgestelde bepaling geen wijzigingen teweeg zal brengen in de onderlinge relatie tussen de Nederlandse rechtsorde en het Unierecht. Op die onderlinge relatie zullen eenvoudigweg de door het HvJ EU in *Melloni* en in arresten als *Aranyosi* bepaalde criteria voor de werking van nationale en EVRM-grondrechten van toepassing zijn.[[3]](#footnote-3)  *3.2 Sturing door de Grondwet*  Verschillende fracties hebben de regering gevraagd nader toe te lichten waarom zij van mening is dat de Grondwet momenteel te weinig sturing biedt bij het beperken van grondrechten. In samenhang daarmee wil de fractie van Linksaf-Nijmegen weten waarom de regering van mening is dat de nieuwe beperkingsclausule dan wél voldoende aangrijpingspunten biedt.  Zoals vrijwel alle fracties blijkens hun reacties onderkennen, bevat de Grondwet momenteel weinig concrete handvatten als het gaat om de vraag onder welke voorwaarden de uitoefening van grondrechten mag worden erkend. Er is een grote vrijheid voor de wetgever om tot regulering over te gaan. Als bekend bepaalt de delegatieterminologie alleen in welke mate die reguleringsbevoegdheid mag worden gedelegeerd, niet hoe die bevoegdheid zelf moet worden uitgeoefend. In antwoord op de vragen van de fracties van Linksaf-Nijmegen, de GPN, MOSA en de SPR over de delegatiemogelijkheid en -terminologie kan worden geantwoord dat die materie niet relevant is voor het onderhavige voorstel. De regering heeft niet als doel de bredere en complexe discussie aan te gaan over de vraag welke overheidsorganen in welke omstandigheden bevoegd moeten zijn om grondrechten te beperken en bestaande bevoegdheden te verruimen of juist te beperken. Wel wil de regering ervoor zorgen dat de grondrechten steeds goed worden beschermd, ongeacht de vraag welk orgaan bevoegd is tot wet- of regelgeving. Juist daarom heeft de regering een materiële beperkingsclausule voorgesteld en is zij niet ingegaan op meer formele, procedurele beperkingsvoorwaarden.  Op dit moment ontbreken materiële beperkingsvoorwaarden in de Grondwet, op de aanwezigheid van een enkele doelbepaling na. Zoals uit de tekst en de titel van het wetsvoorstel al tot uitdrukking komt, is het streven van de regering om deze bepalingen *aan te vullen met* (dus nadrukkelijk niet te vervangen door, zoals de MOSA-fractie vermoedt) een formulering van het proportionaliteitsvereiste en een kernrechtbepaling. Zoals ook in de Memorie van Toelichting tot uitdrukking is gebracht, is daarbij sprake van een explicitering van wat op dit moment vaak impliciet wordt aangenomen. In paragraaf 4 wordt nader toegelicht waarin de concrete bescherming van de aanvullende algemene beperkingsclausule is gelegen en hoe deze zich verhoudt tot de bestaande bescherming in met name de Europese grondrechteninstrumenten. Op dit punt kan wel worden opgemerkt dat de bepaling naar de mening van de regering – en eerder die van de Staatscommissie-Thomassen – kan volstaan om duidelijk te maken dat de meest wezenlijke aspecten van de redelijkheid en aanvaardbaarheid van grondrechtenbeperkingen moeten worden gerespecteerd door *alle* staatsmachten en overheidsorganen (wetgever, uitvoeringsorganisaties, bestuursorganen, de rechter, toezichthouders). Anders dan de GPN-fractie blijkens haar vragen veronderstelt, is er dan ook geen sprake van het stellen van de rol van de rechter boven die van de wetgever.  De fracties van Linksaf Nijmegen, de ML en de SPR hebben opgemerkt dat concretere aangrijpingspunten kunnen worden geboden indien niet wordt uitgegaan van een algemene aanvullende beperkingsclausule, maar de bepalingen zodanig worden gemoderniseerd dat per grondrecht specifieke beperkingsvoorwaarden worden vastgesteld. De regering plaatst twee kanttekeningen bij deze aanname. In de eerste plaats doet de voorgestelde bepaling door haar aanvullendekarakter geen afbreuk aan de bestaande specificaties in voorwaarden, doelclausules en competentiebepalingen in de Grondwet. De bepaling neemt bijvoorbeeld niet weg dat de machtigingsprocedures in artikel 13 Grondwet blijven bestaan. Ook mogen beperkingen op de uitoefening van de godsdienstvrijheid of de demonstratievrijheid alleen met het oog op bepaalde doeleinden worden ingevoerd. Wel maakt de voorgestelde bepaling duidelijk dat ook in die gevallen steeds de proportionaliteit van de beperkingen verzekerd moet zijn en dat de kern van deze grondrechten niet mag worden aangetast.  In de tweede plaats kan worden opgemerkt dat ook in instrumenten waar per grondrecht een beperkingsclausule wordt opgenomen, de verschillen in de wijze van toepassing in de praktijk niet groot zijn. Uiteindelijk komt de toepassing van de beperkingsvoorwaarden ook bij die instrumenten (verdragen en grondwetten) steeds neer op een toetsing van passendheid en noodzakelijkheid van een bepaalde beperking en op een beoordeling van de vraag of het wezen van een grondrecht niet wordt geraakt. Het nader specificeren van deze vereisten per grondrecht zou naar het oordeel van de regering geen extra duidelijkheid opleveren voor de gebruikers van de Grondwet.  De MOSA-fractie heeft gevraagd hoe de voorgestelde bepaling zich verhoudt tot de leer van de redelijke uitleg en de doctrine van de algemene beperkingen. De regering wijst erop dat beide doctrines vooral zijn ingegeven door het ontbreken van duidelijke materiële beperkingscriteria in de Grondwet, in samenhang met het ogenschijnlijk absolute karakter van een aantal grondrechtenbepalingen. De voorgestelde bepaling maakt duidelijk dat ook de formele wetgever aan een aantal inhoudelijke grenzen is gebonden, bijvoorbeeld bij het reguleren van de godsdienstvrijheid. Daardoor zal het minder vaak nodig zijn om terug te vallen op doctrines als die van een redelijke uitleg en van algemene beperkingen. Een leer als die van algemene beperkingen kan blijkens de rechtspraak van het EHRM bovendien gemist worden, juist nu bijzondere beperkingen in het licht van de wat opener en materieel ingerichte EVRM-beperkingssystematiek beter kunnen worden getoetst.[[4]](#footnote-4)  Op de betekenis van de leer van de redelijke uitleg is hierboven, in paragraaf 2, al ingegaan. De regering volstaat hier dan ook met de observatie dat de bepaling van de reikwijdte van grondrechten altijd los zal blijven staan van die van het aanvaarden van beperkingen op die grondrechten. Bepaald moet immers altijd worden of in een concreet geval of bij concrete wetgeving daadwerkelijk sprake is van een inbreuk op een als grondrechtelijk te kwalificeren belang. Voor die interpretatieve exercitie laat het onderhavige voorstel voldoende ruimte.  *3.3 Vergroten normatieve en symbolische betekenis van de Grondwet*  Verschillende fracties hebben opmerkingen gemaakt met de strekking dat de voorgestelde bepaling eerder codificerend dan modificerend van aard is. De fracties van de GPN, Linksaf-Nijmegen en DVU achten de toegevoegde waarde van de algemene, aanvullende beperkingsclausule ten opzichte van internationale (vooral Europese) verdragen beperkt, nu zowel in het EVRM als in het EU-Grondrechtenhandvest vergelijkbare bepalingen zijn vastgelegd en die bepalingen ook voor het Nederlandse recht relevant zijn. De DVU-fractie heeft de vrees dat de voorgestelde bepaling zelfs kan resulteren in *minder* bescherming van de grondrechten. Enigszins verwant hieraan heeft de ML-fractie gevraagd hoe een algemene beperkingsclausule de normatieve waarde van de Grondwet kan versterken; deze fractie vraagt zich – net als die van de SPR – af of er wel praktische effecten zullen zijn en of de bepaling niet primair symbolisch van aard is. Daarnaast is vanuit de fractie van Geuzen voor de Vrijheid de vraag voorgelegd waarom de regering nu wel voldoende aanleiding ziet om dit voorstel te doen, terwijl zij dat eerder – in 2012 – niet nodig achtte.  In reactie op deze vragen kan er allereerst aan worden herinnerd dat het doel van het onderhavige voorstel primair is om de Grondwet ‘bij de tijd’ te brengen. Om de Grondwet een rol van betekenis te laten spelen in het debat over de legitimiteit van wetgeving, is het nodig dat de Grondwet tenminste dezelfde waarborgen omvat als de Europese en internationale verdragen. Het gegeven dat discussies over grondrechten nu vooral worden gevoerd op basis van de door het EHRM en het HvJ EU gedefinieerde standaarden en criteria, zoals de SPR-fractie heeft benadrukt, komt volgens de regering in belangrijke mate voort uit verlegenheid: er is eenvoudigweg geen vergelijkbare grondwettelijke verzameling van maatstaven en criteria die op eenzelfde manier het nationale debat kunnen leiden en sturen. Het gaat bij de voorgestelde bepaling niet om modificatie, maar primair om het neerleggen van al bekende maatstaven. Een materiële redelijkheidstoets bij grondrechtenbeperkingen vindt nu eenmaal plaats met toepassing van de eisen van proportionaliteit en de bescherming van de kern van grondrechten. Alternatieven zoals procedurele en motiveringstoetsing, waarop de DVU-fractie heeft gewezen, zijn minder passend voor alle grondrechten. Ook zijn ze onvoldoende sturend voor het inhoudelijke debat dat vooraf zou moeten gaan aan de beperking van een grondrecht.  Door een algemene, aanvullende clausule op te nemen in de Grondwet, kan de Grondwet dienen als normatief aangrijpingspunt in discussies over beperkingen van grondrechten. De praktische, juridische en normatieve waarde van de Grondwet worden daarbij als vanzelf versterkt. Daarbij is ook van belang dat er in de Grondwet verschillende grondrechten zijn opgenomen die niet op dezelfde sterke of specifieke manier in Europese en internationale verdragen tot uitdrukking komen. Te denken is aan de uitingsvrijheid, het recht op onderwijs en de sociale grondrechten. Daarnaast hebben verschillende grondwettelijke grondrechten een ruimer toepassingsbereik dan de rechten die in het EVRM en het Handvest zijn vastgelegd. Een voorbeeld daarvan is het nieuwe artikel 17, eerste lid, Grondwet, dat een ruimer toepassingsbereik heeft dan artikel 6 EVRM en artikel 47 Hv. Het grondwetsartikel is ruimer doordat het zich niet beperkt tot ‘burgerlijke rechten en verplichtingen’ en doordat het ook van toepassing is buiten de werkingssfeer van het EU-recht. Nu de voorgestelde bepaling zich ook tot deze grondrechten uitstrekt, kan in reactie op de vragen van de SPR-fractie worden gesteld dat zij een duidelijke toegevoegde waarde oplevert in vergelijking met de internationale en Europese grondrechtenverdragen. Dat de grondrechtenbepalingen zelf op een aantal punten wat verouderd aandoen, zoals de fracties van de GPN en de SPR hebben gesteld, doet aan deze meerwaarde niet af.  De algemene, aanvullende beperkingsclausule is niet alleen vanuit puur juridisch-normatief perspectief van betekenis, maar heeft ook een belangrijke symbolische functie. Waar op dit moment de Grondwet uitstraalt dat de wetgever vrijwel iedere gewenst geachte beperking kan doorvoeren, maakt de voorgestelde bepaling duidelijk dat aan deze vrijheid duidelijke grenzen worden gesteld. Zeker in het licht van het groeiende wantrouwen van de burger ten aanzien van de overheid is dat een belangrijke boodschap. De bepaling laat helder zien dat alle overheden en alle ambtenaren maatwerk moeten kunnen bieden en dat zij het evenredigheidsbeginsel en de kern van de grondrechten *altijd* moeten respecteren. Met haar opmerking dat het voorstel *de facto* niets verandert in de vrijheid van de wetgever doet de SPR-fractie deze symbolische aspecten naar de mening van de regering onvoldoende recht. Daarnaast is de regering van mening dat deze symboolwaarde steeds moet worden gezien in combinatie met de hierboven uiteengezette normatieve betekenis. Van een puur symbolisch gebaar is, anders dan de ML-fractie heeft gesuggereerd, dan ook geen sprake.  De reden waarom de regering dit voorstel nu doet houdt verband met de veranderde consensus over het belang van de Grondwet bij grondrechtenbescherming. Tijdens de coronacrisis is verschillende keren gebleken dat de Grondwet meer bescherming biedt dan internationale verdragen, bijvoorbeeld door de competentievoorschriften, maar dat op andere punten juist de verdragen meer bescherming bieden. In het licht van dat besef is het van belang dat de Grondwet op alle punten tenminste evenveel (zichtbare) bescherming biedt als de verdragen. Daarnaast hebben in de afgelopen jaren de al genoemde Toeslagenaffaire, maar ook de recente rapporten over de Groningse gaswinning, laten zien hoe belangrijk het is dat overheden zichtbaar gebonden zijn aan het evenredigheidsbeginsel.  Een tweede factor van betekenis is dat in 2012 het vooruitzicht van rechterlijke toetsing van wetten in formele zin aan de Grondwet nog verre van concreet was. Inmiddels is dat veranderd, zoals hierboven, in paragraaf 1, kort is toegelicht. Weliswaar kan er op worden vertrouwd dat de rechter op een verantwoorde manier met de toetsingsbevoegdheid omgaat (zoals nog wordt toegelicht in paragraaf 3.4), maar zowel vanuit de Staatscommissie-Thomassen als vanuit de wetenschap is benadrukt dat het voor de taakuitoefening van rechters beter kan zijn als zij een uitdrukkelijk richtsnoer krijgen in de Grondwet zelf. In het licht van die beide omstandigheden doet de regering nu dit voorstel.  *3.4 Tegengaan van rechterlijk activisme*  In paragraaf 3.3. van de Memorie van Toelichting heeft de regering erop gewezen dat het ongewenst is dat de rechter zijn oordelen baseert op eigen criteria buiten de grondwetsbepalingen om. Van een dergelijke benadering heeft de regering daar gesteld dat sprake kan zijn van een risico van ‘rechterlijk activisme’.  Blijkens het Verslag bestaan er zorgen over dit ‘rechterlijk activisme’. In het bijzonder de fracties van Linksaf Nijmegen, de DVU-fractie, GPN, en Geuzen voor de Vrijheid hebben hierover vragen gesteld. Hun zorgen spitsen zich toe op situaties en zaken waarin de rechter het werk van de wetgever beoordeelt, en situaties en zaken waarin belangrijke onderdelen van het regeringsbeleid aan het oordeel van de rechter worden onderworpen. De regering hecht eraan vast te houden aan het fundamentele staatsrechtelijke onderscheid tussen deze twee situaties. De plaats van de rechter in het staatsbestel brengt met zich dat bij beoordeling van het werk van de wetgever de grootst mogelijke terughoudendheid dient te worden betracht.[[5]](#footnote-5) Bij beoordeling van het regeringsbeleid ligt dat anders. Normen waarmee de Nederlandse overheid heeft ingestemd in internationaal verband kunnen daar worden gebruikt als maatstaf voor te voeren overheidsbeleid – met name regeringsbeleid – op nationaal niveau.[[6]](#footnote-6)  Een tweede opmerking over rechterlijk activisme is dat dit niet objectief kan worden gemeten.[[7]](#footnote-7) Het begrip rechterlijk activisme is opgekomen in de context van de felle strijd in de Verenigde Staten over de afschaffing van de rassenscheiding, waarbij de uitspraak van het Amerikaanse Hooggerechtshof in de zaak *Brown v Board of Education* (1954) een belangrijke rol speelt. Veelal wordt het begrip ‘activisme’ gebruikt om te betogen dat de rechter op eigen houtje afwijkt van de heersende rechtsovertuiging zoals die met name in de politieke staatsorganen wordt aangehangen. In die betekenis heeft de regering het begrip gebruikt in de Memorie van Toelichting om te betogen dat de Grondwet de rechter zoveel mogelijk houvast dient te bieden. Er zijn echter ook auteurs die verdedigen dat ‘judicial activism’ het tegendeel vormt van ‘judicial restraint’, maar ook van ‘judicial overreach’.[[8]](#footnote-8) In die interpretatie is rechterlijk activisme een belangrijk onderdeel van de bescherming van de democratische rechtsstaat en is het veeleer te beschouwen als de voor juristen noodzakelijke waakzaamheid ten aanzien van de waarborgen die het recht biedt voor de rechten van burgers en daarmee voor de democratische legitimiteit van het overheidsgezag. Rechterlijk activisme ligt in die opvatting in het verlengde van de natuurlijke neiging van juristen om altijd te vragen naar de bron van bevoegdheden waarop staatsorganen zich beroepen. Het is dan in wezen niets anders dan het centraal stellen van de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt, toegespitst op het handelen van de overheid.[[9]](#footnote-9)  Gezien de veelheid van semantische inhouden die in de juridische literatuur en in debatten worden aangedragen voor het begrip ‘rechterllijk activisme’ is de bruikbaarheid hiervan in veel gevallen naar het oordeel van de regering twijfelachtig. Het begrip kan in zoveel contexten in zoveel verschillende betekenissen worden gebruikt dat het zonder nadere toelichting weinig houvast biedt.[[10]](#footnote-10) De regering houdt in de Nota daarom vast aan de ‘slanke’ invulling van het begrip die zij in de Memorie van Toelichting heeft gebruikt, en meent de bedoelde nadere toelichting thans te hebben gegeven.  De regering vat de meeste vragen naar rechterlijk activisme verder zo op dat de fracties willen weten hoe de regering de verhouding tussen rechter en wetgever ziet en hoe deze verhouding kan worden beïnvloed door de voorgestelde aanvullende algemene beperkingsclausule.  De DVU-fractie interpreteert de opvatting van de regering zoals neergelegd in de Memorie van Toelichting als een ‘zwart-wit’ benadering. Dit is voor de regering zonder nadere toelichting onbegrijpelijk. Het is vaste rechtspraak dat de afweging van belangen van complexe aard binnen het domein van de wetgever valt (zie het arrest van de Hoge Raad over het Arbeidskostenforfait). De basis voor deze opvatting ligt niet alleen in de democratische legitimatie van de wetgever, zoals soms wordt verondersteld, maar ook in de mogelijkheden die de wetgever bezit om gebruik te maken van de beste wetenschappelijke expertise bij het ontwikkelen van beleid en het doen van wetsvoorstellen, en in het feit dat parlement en regering beter zijn toegerust om de budgettaire consequenties van complexe belangenafwegingen te overzien. Voor de rechter zijn de geldelijke gevolgen van rechterlijke uitspraken soms onderdeel van de rechterlijke afweging (zie als voorbeeld de rechtspraak van het Hof van Justitie over de beperking van terugwerking in de tijd van de toepassing van gelijkheidsnormen in de sfeer van sociale zekerheid en pensioenen, zulks met het oog op de budgettaire rechtszekerheid voor de lidstaten), maar er zijn ook gevallen waarin de onverkorte handhaving van een rechtsnorm wordt gelast in een rechterlijke uitspraak waarin de geldelijke gevolgen van die handhaving niet aan de orde komen. In het geval van aansprakelijkheid van de overheid uit onrechtmatige daad is dit eerder regel dan uitzondering.[[11]](#footnote-11)  De zorg van de GPN-fractie dat de rechter een geheel eigen opvatting van de evenredigheidstoetsing zal geven deelt de regering niet. Er is in de jurisprudentie van zowel de hoogste rechters als de lagere rechtscolleges geen enkele aanleiding voor deze zorg. Voorbeelden worden op dit punt door geen enkele fractie in het Verslag naar voren gebracht. Dit geldt eveneens voor de stelling van de Geuzen voor de Vrijheid-fractie dat activistische rechters ‘sluipend de macht overgenomen’ hebben. Naar het oordeel van de regering is hiervan in het geheel geen sprake. De onpartijdigheid van de Nederlandse rechter is voor de regering boven elke twijfel verheven.  Op de vraag naar de rol van de rechter bij het bepalen van de kern van grondrechten zal de regering hieronder, in paragraaf 5 van deze Nota, verder ingaan.  **4. Vereiste van proportionaliteit in ruime zin**  *4.1 Doel/middel-vereiste: toetsing van geschiktheid en noodzakelijkheid*  De fracties van Linksaf Nijmegen, de DVU en de SPR hebben vragen gesteld over het voorgestelde artikel 23a, eerste lid. Dit artikellid behelst de zogenaamde doel/middeltoets of instrumentaliteitsvereiste. In de kern komt dit vereiste erop neer dat een grondrechtenbeperkend instrument steeds een geschikt middel moet zijn om een legitiem algemeen belang of een ander grondrecht te beschermen. Daarnaast moet het inzetten van het betreffende instrument voor het bereiken van dat doel noodzakelijk zijn. Zoals de fractie van SPR terecht heeft opgemerkt, correspondeert dit tweeledige instrumentaliteitsvereiste met de proportionaliteitstoets zoals het Hof van Justitie van de EU die normaal gesproken uitvoert in het kader van beperkingen van het vrij verkeer of van de grondrechten zoals ze in het Handvest tot uitdrukking komen. Dit proportionaliteitsvereiste is goed ingeburgerd in zowel de Europese als de Nederlandse praktijk en rechtspraak en blijkt in de praktijk uitstekend toepasbaar. In reactie op de vragen van de GVU-fractie hierover kan worden opgemerkt dat precies daarom aansluiting bij deze criteria wenselijk en zinvol is. Een keuze voor een ‘werkelijk eigen normenkader’, zoals de SPR-fractie heeft voorgesteld, lijkt de regering niet nodig en bovendien niet praktisch haalbaar.  De fracties van Linksaf-Nijmegen en de DVU hebben gevraagd om toe te lichten waarom de instrumentaliteitstoets een empirische toets behelst en om nader te onderbouwen waarom deze toets voldoende handvatten biedt voor het onderzoeken van de redelijkheid van de verhouding tussen doel en middel. Ook de SPR-fractie heeft de vraag gesteld hoe kan worden voorkomen dat met deze toets onduidelijkheden ten aanzien van de toepasselijke criteria blijven bestaan. Daarnaast vraagt de SPR-fractie zich af welke procedure bij de toepassing van dit artikellid gevolgd moeten worden. Verder hebben zowel de fractie van Linksaf-Nijmegen als die van de SPR vragen gesteld over de verhouding tussen het voorgestelde eerste lid van artikel 23a en de evenredigheidstoets zoals het Hof van Justitie van de EU die toepast.  In reactie op deze vragen kan worden benadrukt dat de effectiviteit van een instrument, zoals een nieuwe wettelijke regel, van te voren kan worden ingeschat op basis van statistische gegevens en op basis van sociologische, politicologische, criminologische, psychologische of andere informatie over het gedrag van mensen, maatschappelijke groepen en ondernemingen. In het kader van impact assessments wordt van wetgevers al gevraagd om informatie aan te leveren over de te verwachten gevolgen en effecten van regelgeving. Als blijkt dat de verwachte doelmatigheid van een maatregel beperkt is, maar de voorgenomen maatregel tast wel grondrechten aan, kan niet worden gezegd dat het redelijk is om deze maatregel aan te nemen. Dit betekent dat een normatief oordeel over de redelijkheid van een maatregel kan worden gekoppeld aan objectief-empirisch vast te stellen verwachtingen. Uiteraard geldt dat op voorhand, dus voordat een wet of maatregel wordt aangenomen, alleen *verwachtingen* ten aanzien van de effecten van een wet kunnen worden uitgesproken. Het is niet ondenkbaar dat in de praktijk een wettelijke regeling anders uitwerkt dan van te voren redelijkerwijs kon worden verwacht. Een van de redenen om rechterlijke constitutionele toetsing mogelijk te maken is dat een rechter in dergelijke gevallen alsnog kan ingrijpen door een maatregel in strijd met de Grondwet te verklaren. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat een rechter dat niet lichtvaardig mag en zal doen wanneer een wettelijke maatregel zorgvuldig is voorbereid of wanneer die maatregel grondrechten niet heel vergaand aantast. Op dit punt zal ook het door de fractie van Linksaf-Nijmegen genoemde aspect van toetsingsintensiteit een rol kunnen spelen, of kan de rechter, zoals ook gesuggereerd door de fractie van de DVU, primair een procedurele toets uitvoeren.  Hetgeen hiervoor is opgemerkt over geschiktheid, effectiviteit of doelmatigheid, geldt in vergelijkbare mate voor ‘noodzakelijkheid’. Noodzakelijkheid is een wat onduidelijke term, maar deze is in de rechtspraak van het EHRM verduidelijkt. Het EHRM heeft als maatstaf aangegeven dat ‘noodzakelijkheid’ niet vergt dat de wetgever aantoont dat een maatregel de enige mogelijke of haalbare optie was om een bepaald doel te realiseren, maar dat het tegelijkertijd niet voldoende is om eenvoudigweg aan te tonen dat een maatregel ‘nuttig’ is of in ieder geval iets bijdraagt aan het bereiken van een doel.[[12]](#footnote-12) Dit is wat het EHRM tot uitdrukking heeft gebracht in zijn vereiste dat er een ‘dwingende maatschappelijke behoefte’ ten grondslag ligt aan de keuze voor een bepaalde maatregel.[[13]](#footnote-13)  Het HvJ EU vult, net als soms het EHRM, deze algemene noodzakelijkheidstoets vaak in middels een toetsing aan het subsidiariteitsvereiste. Dit houdt in dat moet kunnen worden aangetoond dat er geen redelijk alternatief voorhanden was voor een grondrechtenbeperkende maatregel en met dat alternatief het doel ook zou kunnen worden bereikt, maar de grondrechten minder zwaar zouden worden aangetast. Ook deze invulling kan via empirische instrumenten vorm krijgen. Zo moet bij de voorbereiding van regelgeving nu al worden onderzocht welke alternatieven of mitigerende maatregelen voor belastend beleid en belastende regelgeving voorhanden zijn. Ook moeten van deze alternatieve maatregelen de verwachte effecten worden onderzocht. Op die manier ontstaat er opnieuw een statistische, empirische basis voor het nemen van besluiten. Als blijkt dat minder belastende alternatieven inderdaad beschikbaar zijn, is het evident niet redelijk om dan toch voor een verdergaande grondrechtenaantasting te kiezen. Opnieuw geldt dat een rechter dit achteraf kan toetsen, hetzij via een meer procedurele toets, hetzij – afhankelijk van de toegepaste toetsingsintensiteit – meer inhoudelijk.  In de toetsingspraktijk van het EHRM en het HvJ EU is tegelijkertijd gebleken dat de specifieke invulling van de noodzakelijkheidstoets via het subsidiariteitsbeginsel niet altijd werkbaar is. In sommige gevallen is namelijk te weinig empirische of statistische informatie over de mogelijke werking van alternatieven voorhanden. In dergelijke gevallen moet niettemin worden aangetoond waarom er een dwingende maatschappelijke behoefte is aan de maatregel, in de definitie zoals het EHRM die heeft voorgesteld. In reactie op de vraag van de DVU over de betekenis van het ‘pressing social need’-criterium voor artikel 23a, eerste lid, kan dan ook worden aangegeven dat dit criterium op deze manier een rol kan spelen. Anders dan de fractie van Linksaf-Nijmegen stelt, sluit de voorgestelde invulling van de noodzakelijkheidstoets daarmee nauw aan bij de doel/middel-toets zoals het EHRM die hanteert. Zoals de DVU-fractie aangeeft gaat het hierbij overigens primair om een motiveringsvereiste voor de wetgever of een bestuursorgaan, die de noodzaak bijvoorbeeld in een Memorie van Toelichting of een beleidsdocument tot uitdrukking kan brengen. Ontbreekt die motivering of is die onvoldoende draagkrachtig, dan kan een rechter het verantwoordelijke bestuursorgaan hierop aanspreken. Op die manier worden de redelijkheid en de toetsbaarheid van regelgeving en beleid zo goed mogelijk verzekerd, zonder dat een rechter zich stelselmatig hoeft te mengen in de inhoudelijke, normatieve keuzes die een regelgever of bestuursorgaan heeft gemaakt.  *4.2 Proportionaliteit in strikte zin?*  Hiervoor is nader toegelicht hoe een doel-middeltoets, ofwel toetsing van de geschiktheid en noodzakelijkheid, vorm kan krijgen. De SPR-fractie merkt op dat zij graag een ondubbelzinnige reactie wenst op de vraag of de keuze voor deze toets inhoudt dat er *niet* wordt gekozen voor een proportionaliteitstoets in ruime zin. Hierop kan worden geantwoord dat de regering inderdaad van mening is dat een toetsing van de proportionaliteit in strikte zin (ook wel de derde ‘subtoets’ van een proportionaliteitstoets in ruime zin, na toetsing van de geschiktheid en noodzakelijkheid) niet zou moeten worden ingevoerd. Voor het overige lopen de reacties van de fracties op dit punt uiteen. Waar de GPN-fractie verzoekt de mogelijkheid van een proportionaliteitestoets in strikte zin expliciet uit te sluiten, is de fractie van DU22 van mening dat deze toets niet mag ontbreken als de wens is te voorzien in een sluitende bescherming van grondrechten. Ook de MOSA-fractie vraagt zich af waarom een toetsing van proportionaliteit in enge zin zou moeten worden uitgesloten. Volgens deze fractie laat de toetsing van de Nederlandse rechter aan het EVRM onder meer zien dat de rechter deze toets in het algemeen terughoudend toepast.  De verschillende opmerkingen noodzaken tot een nadere verduidelijking van de keuze van de regering om in de beperkingssystematiek van de Nederlandse Grondwet geen proportionaliteitstoets in strikte zin op te nemen. Daarbij zij wel ook verwezen naar de aanvullende werking (op de doel-middeltoets) van de voorgestelde kernrechtbepaling, die in paragraaf 5 van deze Nota zal worden besproken. De keuze voor een doel-middeltoets, zoals zojuist uiteengezet, is ingegeven door het feit dat deze toets meer feitelijk van aard is en vragen van geschiktheid en noodzakelijkheid met behulp van empirische informatie kunnen worden beantwoord. De toets aan proportionaliteit in strikte zin, die niet ziet op de vehouding tussen het middel en het doel van de beperking van het gronrecht, maar op de verhouding tussen de ‘baten’ van de beperking en de ‘kosten’ ervan voor de (individuele) burger in de zin van de beperking van zijn grondrecht(en), is niet op een dergelijke objectieve manier uit te voeren. Hoewel in de rechtswetenschappelijke literatuur pogingen zijn gedaan de betreffende afweging te kwantificeren, door met behulp van wiskundige modellen ‘gewicht’ toe te kennen aan algemene en individuele belangen, blijkt dit in de praktijk niet te werken. De wereldwijde ervaring met proportionaliteitstoetsing laat zien dat als er een onderdeel is van deze toets dat nog steeds als ‘subjectief’ wordt betracht, het de proportionaliteitstoets of evenredigheidstoets in strikte zin is. Daarbij staat centraal het probleem van incommensurabiliteit, ofwel de onmogelijkheid om de ‘lengte van een stuk touw’ te vergelijken met het ‘gewicht van een steen’.  Belangenafweging is uiteraard mogelijk, maar schijnprecisie dient daarbij te worden vermeden. Uiteindelijk komt het aan op overtuiging op basis van argumenten.  Dat, zoals de MOSA-fractie heeft betoogd, toetsing van de proportionaliteit in strikte zin over de band van het EVRM door de Nederlandse rechtertot nog toe niet heeft geleid tot vergaande rechterlijke oordelen of veelvuldige inmenging door de rechter, doet aan het voorgaande niet af. Volgens de regering wordt dit mede verklaard door het feit dat de Nederlandse rechter bij toetsing aan het EVRM vaak sterk leunt op rechtspraak van het EHRM, in plaats van zich een eigen oordeel over de proportionaliteit in strikte zin te vormen. De rechtspraak van het EHRM neemt in veel gevallen een ruime *margin of appreciation* voor de verdragsstaten aan. Wanneer die beslisruimte door de Nederlandse rechter als het ware wordt overgenomen kan opnieuw het risico van subjectieve oordeelsvorming weer om de hoek komen kijken.  Dit gezegd hebbende is de regering niet van mening dat het nodig is, zoals de GPN-fractie voorstelt, om toetsing van proportionaliteit in strikte zin expliciet uit te sluiten. Het doel van het wetsvoorstel is namelijk ook niet, zoals GPN lijkt te wensen, om iedere beoordeling van de impact die een grondrechtenbeperking heeft op het individu onmogelijk te maken. Dit wordt in het onderhavige voorstel echter niet gereguleerd via een evenredigheidstoets in strikte zin, maar door het opnemen van een kernrechtbepaling. In paragraaf 5 zal op de functie en betekenis van die bepaling nader worden ingegaan.  **5. Kernrechtbescherming**  Het verheugt de regering dat een groot deel van de fracties positief staat tegenover de invoering van een kernrechtbepaling en het een belangrijk onderwerp vindt, getuige ook de vele opmerkingen die de fracties aan dit hema wijden. Tegelijkertijd blijkt er behoefte aan nadere duiding van wat kernrechtbescherming inhoudt. Zo vragen de fracties van Linksaf Nijmegen, DU22, ML, MOSA, DVU en SPR om opheldering met betrekking tot de vraag hoe de rechter de kern van een grondrecht kan bepalen en hoe dit zich verhoudt tot onderliggende waarden en de beperkte rol van de rechter. Met betrekking tot die waarden geeft de GPN-fractie aan ervan uit te gaan dat het hier de protestants-christelijke waarden betreft. Ook is veelvuldig gevraagd naar de betekenis van de kernrechtbepaling bij de toetsing aan sociale grondrechten dan wel positieve verplichtingen, onder meer door de fracties van Linksaf Nijmegen, ML en SPR. In het licht van deze vragen zal hieronder allereerst worden stilgestaan bij de concrete invulling die kan worden gegeven aan kernrechtbescherming en de betekenis daarvan voor de taak van de rechter. Vervolgens wordt ingegaan op de toepassing in het kader van sociale grondrechten. Tot slot volgen enkele opmerkingen in reactie op vragen betreffende de doeltreffendheid van kernrechtbescherming waar geen sprake is van toetsing van proportionaliteit in strikte zin (DU22), dan wel de afbakening van kernrechtbescherming ten opzicht van dat laatste (GPN).  Verschillende fracties merken op dat in het Duitse grondwettelijke recht, waardoor de voorgestelde bepaling mede is geïnspireerd, sprake is van onduidelijkheid omtrent de kern van grondrechten. Gaat het hier om een absolute, in abstracto te bepalen kern, of toch om een kern die enkel zichtbaar wordt in de concrete omstandigheden van het geval, en die dus relatief van aard is? Het is juist dat hier in de Duitse rechtswetenschappelijke literatuur veel over is geschreven en dat daarin bovendien nadere onderscheidingen worden gemaakt. Zo wordt wel gesproken over een absolute kern die onveranderlijk is, of een absolute kern die weliswaar onafhankelijk van concrete omstandigheden kan worden bepaald, dan wel door de tijd kan veranderen en als zodanig ‘dynamisch’ is. Tegelijkertijd laten de Duitse discussie en de rechterlijke interpretatie aldaar een steeds duidelijkere consensus zien, namelijk dat het niet mogelijk is om de kern van een recht geheel in abstracto te bepalen en dat dit evenmin aansluit bij de rol en mogelijkheden – de institutionele competentie – van de rechter.  Ook in het onderhavige voorstel gaat het daarom om ‘relatieve’ kernrechtbescherming. In lijn met de gedachte dat het voor de wetgever moeilijk, zo niet onmogelijk, is te overzien welke concrete gevolgen een grondrechtenbeperkende wetgeving in het individuele geval kan hebben, kan niet worden uitgegaan van een vastomlijnde kern die ongeacht de specifieke omstandigheden kan helpen bepalen waar een grondrechtenbeperking is toegestaan, en waar niet. Kernrechtbescherming verlangt daarentegen allereerst dater sprake blijft van een wezenlijke mogelijkheid een grondrecht uit te oefenen, en dat er – ook in een individueel geval – geen sprake kan zijn van het volledig betekenisloos maken van een grondrecht, ongeacht de geschiktheid en noodzakelijkheid van de gekozen maatregelen. Ook in de grondwettelijke systematiek is naar huidig inzicht het volledig ‘wegbeperken’ van een grondrecht niet rechtmatig. Zelfs ten aanzien van sommige connexe rechten, die onmisbaar maar ondergeschikt zijn aan de eigenlijke grondrechten, wordt in de rechtspraak aangenomen dat gebruik van enige betekenis mogelijk moet blijven.  Op de verhouding tot de doel-middeltoets komt de regering hieronder nog nader terug.  Nu het gaat om de vraag of de kern van het recht is geschonden in een concreet geval, is de volgende verduidelijking wenselijk. Het ligt niet in de rede dat de rechter in een voorliggend geval de (relatieve) kern duidt en afbakent, alvorens de vraag te beantwoorden of die intact is gebleven. Zelfs waar sprake is van een gevalsafhankelijke kern, is het niet goed denkbaar dat de rechter precies kan bepalen wat tot die kern behoort en wat niet. Naar analogie van de bepaling van de reikwijdte van een grondrecht, waarbij de rechter evenmin die reikwijdte duidt alvorens een oordeel te vellen over de vraag of het ingeroepen belang daar wel of niet onder te scharen valt, maar slechts bepaalt of dat belang binnen die reikwijdte valt, nodigt ook een kernrechtbepaling uit tot een concrete en geïntegreeerde beoordeling waarbij de vraag centraal staat of de beperking getuigt van een aantasting van de kern van het aan de orde zijnde grondrecht. In de negatieve vorm: de vraag is of een beperking *niet* kan worden geacht een inbreuk te maken op de kern van het recht waardoor van enig wezenlijk gebruik van dat recht niets meer overblijft. Samenvattend is dus geen sprake van een bepaling van de kern van grondrechten in abstracto. Evenmin is het noodzakelijk in een concrete zaak die kern onafhankelijk van de aan de orde zijnde inbreuk te duiden. De kern van een recht krijgt betekenis in de vorm van het oordeel of in een individueel geval een aantasting daarvan heeft plaatsgevonden; niet voorafgaand aan dat oordeel. Uiteindelijk is dan de kern datgene wat van de reikwijdte overblijft na aftrek van de rechtmatige beperkingen.  Hoe zit dit nu bij de sociale grondrechten? De regering heeft aangegeven dat, mede in verband met het feit dat op internationaal niveau kernrechtbescherming mede is ontwikkeld in het kader van die rechten, zij ook een rol ziet voor deze bepaling als het gaat om toetsing aan sociale grondrechten. Zij is zich ervan bewust dat dit nadere toelichting verlangt, mede nu dit vragen oproept in het licht van het kabinetsstandpunt ten aanzien van rechterlijke constitutionele toetsing van wetgeving in formele zin aan deze rechten. Daarbij zij herhaald dat dit voorstel losstaat van het voornemen tot afschaffing of aanpassing van het toetsingsverbod. In een sociale rechtsstaat waarin waarde wordt gehecht aan de bescherming van sociale grondrechten, dient de juridische betekenis van die rechten niet zodanig fragiel te zijn dat de wetgever en het bestuur deze grotendeels kunnen negeren. Dit gevaar ligt wel op de loer bij als inspanningsverplichting geformuleerde rechten, waarbij onduidelijk blijft hoe het volledig garanderen van die rechten eruit zou moeten zijn. Kernrechten verlangen dat er steeds enige concrete uitwerking wordt gegeven aan de verschillende sociale grondrechten. Dit komt ook tot uitdrukking in de internationaalrechtelijk gangare term *minimum core obligations*. Budgettaire redenen of prioriteiten kunnen bijvoorbeeld geen excuus zijn voor in het geheel niet garanderen van sociale grondrechten. Dit is ook iets voor de rechter om te controleren. Daarbij geldt dat de doctrine van de *minimum core obligations* de nodige duidelijkheid heeft verschaft over wat die kernverplichtingen per sociaal grondrecht zoal omvatten. Het gaat dan niet om zozeer om kwantificeerbare doelen, zoals een bepaalde hoogte van de bijstand die de rechter zou kunnen bepalen, maar om eisen van bijvoorbeeld non-discriminatie en bescherming van de belangen van kwetsbare en gemarginaliseerde personen en groepen. Daarbij is van belang dat de ‘kern’ van een grondrecht hierbij functioneert als een eerste bouwsteen. De artikelen 19 tot en met 23 van de Grondwet kennen alleen in artikel 19, derde lid, een beperkingsclausule. Kernrechtbescherming functioneert hier dus op enigszins andere wijze, niet als een grens aan beperkingsbvoegdheden.  Linksaf Nijmegen gaat in het verlengde hiervan nader in op het vraagstuk van de ondeelbaarheid van grondrechten en de vraag wat dit betekent voor kernrechtbescherming. Dat er geen scherpe scheidslijn meer te trekken is tussen enerzijnds ‘klassieke’, burger- en politieke rechten, en anderzijds sociale en economische gronrechten, betekent onder meer dat beide ‘categorieën’ rechten zowel negatieve als positieve verplichtingen met zich brengen. Dit vormt een extra reden om de kernrechtbepaling op beide typen rechten van toepassing te laten zijn. Sociale grondrechten verlangen ook dat een behaald niveau van sociale bescherming niet zomaar kan worden teruggebracht. Tegelijkertijd maken bezuinigingen enige aanpassing soms noodzakelijk. Een kernrechtbepaling helpt te garanderen dat de teruggang in het voorzieningenniveau niet zodanig is dat daardoor de kern van het sociale recht in gevaar komt, bijvoorbeeld wanneer eerst en vooral zou worden gesneden in de voozieningen voor de meest kwetsbaren. Omgekeerd verlangen de klassieke grondrechten ook een actieve overheid, waarbij niet kan worden getoetst of een bepaald eindresultaat wordt behaald, maar wel of een minimum aan bescherming is verzekerd waardoor de kern van de positieve invulling van het betreffende recht is gegarandeerd.  Tot slot dan nog enkele opmerkingen over de verhouding tussen de kernrechtbepaling en de doel-middeltoets of proportionaliteitstoets in bredere zin. Waar de GPN-fractie vraagt om duiding van het belang van de kernrechttoets, los van de overeenkomsten die een dergelijke toets eventueel vertoont met een toetsing van evenredigheid en proportionaliteit in strikte zin, kan van een volledig zelfstandige duiding van dit vereiste geen sprake zijn. Ook in de Duitse theorie en praktijk wordt duidelijk dat de vraag naar de relatieve kern overeenkomsten heeft met de vraag naar de proportionaliteit van een maatregel in het individuele geval. Proportionaliteit is zelfs een van de, en zeker niet de minst belangrijke, gezichtspunten bij beantwoording van de vraag of de kern een recht in stand is gebleven.  De regering is van mening dat kernrechtbescherming op dit punt juist een goede aanvulling vormt op de doel-middeltoets, waarin immers niet direct sprake is van een afweging in het licht van de impact voor de burger in het concrete geval, maar het middel beoordeeld wordt in het licht van het legitieme doel. Dat de regering daarbij kiest voor een kernrechtbepaling in plaats van voor een vereiste van proportionaliteit in strikte zin, heeft de volgende reden. Hierboven is al uiteengezet dat er zorg bestaat dat proportionaliteitstoeting kan leiden tot een meer subjectieve toets in die zin dat zij de rechter kan uitnodigen tot het zelf in kaart brengen en vervolgens ‘afwegen’ van de betrokken belangen. De kern van het grondrecht stelt ook daaraan een grens. Toetsing daaraan kan een duidelijker richtsnoer meegeven voor de taakverdeling binnen de staatsrechtelijke orde. Door aan te sluiten bij de vraag of de kern van een recht al dan niet geschonden is, wordt als het ware een beoordelingsmarge ingebouwd voor de wetgever en beleidsmakers. Slechts wanneer de inbreuk zodanig is dat van de recht geen wezenlijke gebruiksmogelijkheid meer overblijft, is dit aanleiding voor de rechter om in te grijpen. Met behulp van een kernrechtbepaling wil de regering aldus ervoor zorgen dat verder wordt gekeken naar de verhouding tussen doel en middel, maar de rechter daarbij niet zijn legitieme taak te buiten gaat. Dit is in lijn met de ruimte die wordt gelaten aan meer of minder democratische gelegitimeerde besluitvorming. Bovendien geeft de bepaling een belangrijk signaal aan de burger, die hierdoor weet dat de kern van zijn rechten ook door de rechter zal worden beschermd, maar die tegelijkertijd niet kan verwachten dat deze de gemaakte afweging over zal doen. Deze taakverdeling is passend in het Nederlandse bestel.  **6. Overige punten**  Tot slot gaat de regering nog kort in op uitvoeringskwesties en de vraag waarom gekozen is voor een voorstel van Rijkswet.  De regering heeft geen zorgen over mogelijk toegevoegde werkdruk voor de rechtspraak als gevolg van de opname van artikel 23a in de Grondwet. Versterking en verduidelijking van de grondrechtenbescherming zou zelfs kunnen leiden tot een afname van het instellen van beroep bij de rechter, maar speculeren hierover lijkt de regering zinloos.  Met betrekking tot de vorm van de Rijkswet verwijst de regering naar de vaste praktijk op het gebied van grondwetsherzieningen. Deze praktijk is gebaseerd op artikel 45 van het Statuut voor het Koninkrijk. Wijzigingen als deze worden geacht steeds de koninkrijksdelen te raken, ook wanneer het niet gaat om aangelegenheden van het koninkrijk.[[14]](#footnote-14) |
|  |  |

1. HvJEU 10 december 2018, zaak C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999. [↑](#footnote-ref-1)
2. Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing, 1 juli 2022, Kamerstukken II 2021/23, 35 925 VI, nr. 169. [↑](#footnote-ref-2)
3. Zie resp. HvJ EU 26 februari 2013, zaak C-299/11, ECLI:EU:2013:107 (*Melloni*) en HvJ EU 5 april 2016, zaak C-404/15, ECLI:EU:2016:198 (*Aranyosi en Căldăraru*). [↑](#footnote-ref-3)
4. Zie bijv. EHRM 3 september 2019, nr. 21477/10, ECLI:CE:ECHR:2019:0903JUD002147710 (*Religious Community of Jehovah’s Witnesses of Kryviyi Rih’s Ternivskiy District t. Oekraïne*). [↑](#footnote-ref-4)
5. HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 m.nt. MS (*Harmonisatiewet*). Zie ook ABRS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772 en de voorafgaande conclusie van Staatsraad advocaat-generaal Snijders van 18 mei 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1441. [↑](#footnote-ref-5)
6. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*). [↑](#footnote-ref-6)
7. K. Roosevelt, *The Myth of Judicial Activism*, Yale University Press 2006; een poging om tot een soort objectieve meting te komen is gedaan door S.A. Lundquist & F.B. Cross, *Measuring Judicial Activism*, Oxford University Press 2009. [↑](#footnote-ref-7)
8. In die zin bijv. Sonja C. Grover, *Judicial Activism and the Democratic Rule of Law: Selected Cases*, Springer 2020, p. 1. [↑](#footnote-ref-8)
9. HR 24 januari 1969, NJ 1969, 316 (Pocketbooks II). [↑](#footnote-ref-9)
10. Fraaie illustraties hiervan zijn te vinden in de Leidse doctoraalscriptie van Vincy Wemmenhove, *The extent and manner of judicial activism of the European Court of Justice in the area of Justice and Home Affairs*, Leiden: z.j. [↑](#footnote-ref-10)
11. G.E. van Maanen & R. de Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad*, Deventer: Kluwer 2015. [↑](#footnote-ref-11)
12. EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, ECLI:CE:ECHR:1976:1207JUD000549371 (*Handyside t. het Verenigd Koninkrijk*), par. 48. [↑](#footnote-ref-12)
13. Idem. [↑](#footnote-ref-13)
14. Van der Pot, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, bewerkt door D.J. Elzinga, R. de Lange, H.G. Hoogers, Deventer: Kluwer 2014, p. 996. [↑](#footnote-ref-14)