

CONSTITUTIONELE TOETSING, PROPORTIONALITEIT EN VERHÄLTNISSMÄSSIGKEIT

A.W. Hins

Er bestaat een kans dat de Nederlandse rechter binnen afzienbare tijd wetten mag gaan toetsen aan de Grondwet, in het bijzonder aan de klassieke grondrechten. Veel van deze grondrechten kennen een voorbehoud in de trant van 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet'. Als deze woorden letterlijk worden opgevat is iedere wettelijke beperking gerechtvaardigd. Toetsing van wetten aan de Grondwet zou dan weinig voorstellen. In Duitsland geeft het Bundesverfassungsgericht echter een andere uitleg aan vergelijkbare clausules in het Grundgesetz. Dit constitutionele hof leest het voorbehoud in combinatie met een evenredigheidsvereiste, al staat dat niet uitdrukkelijk in de tekst. Kan de Nederlandse rechter dit voorbeeld te zijner tijd volgen? En is dat wenselijk?

1 Nederland

1.1 *Initiatiefvoorstel-Halsema*

Op 11 april 2002 maakte het Tweede-Kamerlid Halsema een wetsvoorstel aanhangig tot wijziging van artikel 120 Grondwet.¹ Om precies te zijn: een voorstel van wet houdende verklaring dat er grond bestaat een dergelijke wijziging in overweging te nemen. Volgens het huidige artikel 120 mag de rechter niet 'treden in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen'. Het wetsvoorstel-Halsema beoogt dit verbod af te zwakken door toevoeging van een tweede lid, luidende: 'Wetten vinden evenwel geen toepassing voorzover deze toepassing niet verenigbaar is met de artikelen (...)'. De opsomming die daarop volgt omvat artikelen die een subjectief recht aan de burger toekennen, in het bijzonder klassieke grondrechten. Het toetsingsverbod blijft gehandhaafd ten aanzien van sociale grondrechten en organisatorische bepalingen in de Grondwet. In de loop van de parlementaire behandeling is de opsomming op enkele punten gewijzigd, maar dit kenmerk is gebleven. Het

1. Kamerstukken II, 2001-2002, 28331, nrs. 1-3.

wetsvoorstel is ook in andere opzichten terughoudend. Toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen is niet toegestaan. De vraag of een verdrag in strijd is met klassieke grondrechten blijft voorbehouden aan regering en Staten-Generaal. Tenslotte mag de rechter een ongrondwettige wet slechts 'buiten toepassing' laten. Preventief ingrijpen in het proces van wetgeving is uitgesloten.

Het is op het moment waarop ik deze woorden schrijf moeilijk te voorspellen of de voorgestelde wijziging van artikel 120 Grondwet met succes zal worden afgerond. Het wetsvoorstel-Halsema haalde in de Tweede Kamer een ruime meerderheid. Op 14 oktober 2004 stemde daar alleen de fractie van het CDA tegen. Het standpunt van de Eerste Kamer is onduidelijk. Uit het voorlopig verslag van deze kamer van 25 januari 2005 blijkt dat de drie grootste fracties gemengde gevoelens koesteren.² De hindernissen van een tweede lezing zijn nog groter. Dan is immers een meerderheid van twee derden in beide kamers vereist. Het is echter onwaarschijnlijk dat de invoering van een rechterlijk toetsingsrecht na een eventuele verwerping van de politieke agenda zal verdwijnen. Er kan altijd een nieuw wetsvoorstel in eerste lezing worden ingediend. Zo'n hernieuwde poging tot grondwetsherziening is eerder vertoond, al had deze niet altijd succes.³

Opmerkelijk is dat de Tweede Kamer nauwelijks aandacht heeft besteed aan de vraag wanneer een formele wet in strijd kan worden geacht met de Grondwet. Inhoudelijke criteria voor beperkende wetten zijn een uitzondering (zie bijvoorbeeld artikel 8 van de Grondwet).⁴ De meeste artikelen volstaan met een clause in de trant van 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet' of 'behalve in de gevallen bij de wet bepaald'. Soms is delegatie door de wetgever toegestaan, maar dan moet de wet uitdrukkelijk een machtiging bevatten tot het creëren van beperkingen. De huidige Grondwet gaat ervan uit dat een verplichte inschakeling van de volksvertegenwoordiging bevordert dat de vrijheid van de burgers niet lichtvaardig zal worden beperkt. Hoewel deze procedurele beperkingsclausules ook in de toekomst hun waarde behouden, geven zij weinig houvast tegenover de wetgever zelf. Bij het ontbreken van een rechterlijk toetsingsrecht is dat vooral een academisch probleem. Maar hoe moet de rechter handelen als het wetsvoorstel-Halsema wordt ingevoerd? Pas in het voorlopig verslag van de Eerste Kamer stelde de fractie van de PvdA de principiële vraag of de tekst van de huidige Grondwet zich wel leent voor een rechterlijke toetsing van formele wetten.⁵

2. Kamerstukken I, 2004-2005, 28331 B.

3. Nieuwe wetsvoorstellen werden ingediend na de schipbreuk van wetsvoorstellen inzake de grondwettelijke defensiebepalingen, de invoering van een parlementaire minderheidsenquête en het correctief wetgevingsreferendum. Daaraan kan binnenkort worden toegevoegd de wijze van aanstelling van de burgemeester en de commissaris van de koningin.

4. De artikelen 6 en 9 Grondwet bevatten in het tweede lid ook materiële criteria, maar als de formele wetgever zelf beperkingen op het grondrecht omschrijft is hij daaraan niet gebonden, gezien het eerste lid. De genoemde criteria dienen er slechts toe de mogelijkheid van delegatie aan lagere organen in te dammen.

5. Kamerstukken I, 2004-2005, 28331 B, p. 18-20. De memorie van antwoord van mevrouw Halsema was eind juli 2005 nog niet verschenen.

1.2 Criteria voor de toetsing van wetten

Enkele dagen na het verschijnen van het wetsvoorstel-Halsema bracht het tweede kabinet-Kok op 22 april 2002 een nota uit, getiteld ‘Constitutionele toetsing van wetten’⁶. Het kabinet stelde voorop dat handhaving van artikel 120 Grondwet een verdedigbare optie is, maar sprak ‘een zekere voorkeur’ uit voor de invoering van een rechterlijk toetsingsrecht aan klassieke grondrechten en enkele daaraan verwante bepalingen in de Grondwet. Een steun in de rug voor Halsema dus. In de nota wordt onder meer ingegaan op de vraag of een toetsing aan nationale grondrechten iets kan toevoegen aan de reeds bestaande toetsing aan internationale verdragen, zoals het EVRM. Volgens het kabinet is dat inderdaad het geval. De nota noemt in dat verband enkele voorbeelden van gevallen waarin de Grondwet een toegevoegde waarde ten opzichte van het EVRM heeft. Deze voorbeelden geven een indruk van de criteria die de rechter zou kunnen gebruiken bij de toetsing van wetten aan de Grondwet.

In de eerste plaats wees het kabinet op het gegeven dat de Grondwet, anders dan internationale verdragen, vaak bepaalt dat de formele wetgever exclusief bevoegd is beperkingen op een grondrecht voor te schrijven. Dat impliceert onder meer een verbod van delegatie. De clausule ‘behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet’ biedt meer garanties dan het EVRM-vereiste dat beperkingen ‘prescribed by law’ moeten zijn. Een wet die ten onrechte bevoegdheden delegeert of die ten onrechte vage formuleringen bevat, zou – na opheffing van artikel 120 Grondwet – door de rechter ongrondwettig moeten worden verklaard. Interessanter voor ons is een tweede voorbeeld, waarin een inhoudelijke toetsing aan de orde is. Volgens artikel 7 van de Grondwet mag geen censuur plaats vinden, een garantie die niet met zoveel woorden voorkomt in internationale verdragen.⁷ Terecht ging het kabinet ervan uit dat de clausule ‘behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet’ geen uitzondering op het censuurverbod mogelijk maakt. De wetgever mag weliswaar bepaalde publicaties verbieden wegens hun inhoud, maar de handhaving van de gestelde normen dient achteraf plaats te vinden. De wetgever handelt dus ongrondwettig wanneer hij preventieve censuur voorschrijft.⁸

De uitleg die aldus gegeven wordt aan artikel 7 Grondwet doet denken aan de ‘Wesensgehaltgarantie’ uit het Duitse recht. Grondrechten mogen niet in hun kern worden aangetast.⁹ Het censuurverbod is de harde kern van de vrijheid van meningsuiting. Zou dit in het algemeen een bruikbaar criterium zijn voor de toetsing van formele wetten? Theoretisch kan men ook bij andere grondrechten – godsdienstvrijheid, verenigingsvrijheid, privacy – een ‘kern’ aanwijzen die niet door de formele wetgever mag worden beperkt. Het grote praktische probleem is echter dat uit de artikelen 6, 8 en 10 van de Grondwet niet valt af te leiden waar de kern ophoudt en de periferie begint. Het zou in hoge mate van de rechterlijke fantasie afhangen wanneer een wet wegens aantasting van het kernrecht onverbindend wordt verklaard. Ik ben daarom niet zo

6. Kamerstukken II, 2001-2002, 28355, nrs. 1-2.

7. Kamerstukken II, 2001-2002, 28355, nr. 2, p. 8.

8. J.M. de Meij e.a., *Uitingsvrijheid. De vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief*, 3^e druk, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2000, p. 95.

9. Artikel 19, tweede lid, GG, bepaalt: ‘In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden’.

gecharmeerd van de ‘Wesensgehaltgarantie’ voor gebruik binnen Nederland. Artikel 7 van de Grondwet is een bijzonder geval, omdat uit de parlementaire geschiedenis valt af te leiden dat de grondwetgever inderdaad geen uitzonderingen op het censuurverbod wilde toestaan.

Geen aandacht besteedde de nota van het tweede kabinet-Kok aan het proportionaliteitsbeginsel. Toch zou dit criterium mijn voorkeur hebben als het gaat om de vraag of een wettelijke beperking te ver gaat. Clausules zoals ‘behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet’ kunnen niet de bedoeling hebben gehad de wetgever carte blanche te geven voor iedere mogelijke beperking, hoe onredelijk ook. Het EVRM stelt bijna steeds de voorwaarde dat een beperking ‘noodzakelijk moet zijn in een democratische samenleving’. Dat houdt in dat de beperking gevorderd wordt door een ‘pressing social need’ en ‘proportionate to the legitimate aim pursued’ moet zijn.¹⁰ Is het wenselijk dat het evenredigheidsbeginsel ook een rol gaat spelen als de rechter de grondwettigheid van wetten moet beoordelen? Het wetsvoorstel-Halsema wilde geen ruimte maken voor een toetsing aan ongeschreven rechtsbeginselen. Deze dient volgens de memorie van toelichting verboden te blijven, omdat ongeschreven rechtsbeginselen gekenmerkt worden door een betrekkelijk grote vaagheid en zich lenen voor meerdere, van elkaar afwijkende, interpretaties.¹¹ Dat bezwaar lijkt me niet doorslaggevend. Het evenredigheidsbeginsel is nauw verbonden met de grondrechten en is voor het Hof in Straatsburg concreet genoeg.

1.3 Evenredigheid als grondwettelijke norm

Bij koninklijk besluit van 23 februari 1999 werd de Commissie ‘Grondrechten in het digitale tijdperk’ ingesteld, naar haar voorzitter meestal de commissie-Franken genoemd.¹² De commissie had tot taak advies uit te brengen over de aanpassing van de grondrechten in hoofdstuk 1 van de Grondwet aan ontwikkelingen op het terrein van de informatie- en communicatietechnologie. Met name de artikelen 7 en 13 van de Grondwet waren volgens de regering aan herziening toe, omdat begrippen als ‘drukkers’, ‘televisie’ en ‘telefoon- en telegraafgeheim’ moeilijk toepasbaar zijn op communicatie via het internet. Nog voordat de commissie rapport uitbracht waren er al enkele adviezen vanuit wetenschappelijke hoek. Een studiecmissie van de Vereniging voor Media- en Communicatierecht publiceerde een preadvies waarin concrete teksten voor de artikelen 7 en 13 Grondwet werden voorgesteld.¹³ Niet alleen werden de twee bepalingen ontdaan van techniekafhankelijke termen, ook de beperkingsclausules werden op de schop genomen. Volgens het preadvies zouden zij moeten worden aangevuld met een noodzakelijkheidsvereiste naar Straatsburgs model. Zo luidde het voorstel inzake artikel 7 Grondwet als volgt:

10. Zie ook de bijdrage van Aernout Nieuwenhuis in deze bundel.

11. Memorie van toelichting, Kamerstukken II, 2001-2002, 28331, nr. 3, p. 18-19. Zie ook gewijzigde memorie van toelichting, Kamerstukken II, 2002-2003, 28331, nr. 9, p. 19.

12. KB van 23 februari 1999, Stb. 101.

13. Studiecmissie VMC, ‘Preadvies inzake een nieuwe tekst voor de artikelen 7 en 13 van de Grondwet’, *Mediaforum* 1999-11/12, p. I t/m VIII.

1. Ieder heeft het recht op vrijheid van meningsuiting. Dit recht omvat mede de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid informatie te garen, te ontvangen, op te slaan, toegankelijk te maken en door te geven, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen.
2. Beperkingen van de vrijheid van meningsuiting die de inhoud betreffen, kunnen alleen bij de wet worden vastgesteld. Zij gaan niet verder dan noodzakelijk is in een democratische samenleving. Censuur is uitgesloten.
3. Andere beperkingen van de vrijheid van meningsuiting kunnen bij of krachtens de wet worden vastgesteld, wanneer zij noodzakelijk zijn in een democratische samenleving ten behoeve van een met de wet beoogd doel.

De commissie-Franken nam de suggestie van de studiecmissie niet over. Zij meende dat zij bij het doen van voorstellen tot aanpassing van de Grondwet moest uitgaan van de bestaande beperkingssystematiek.¹⁴ Opneming van een noodzakelijkheidsvereiste zou de vraag oproepen hoe dit vereiste zich verhoudt tot het EVRM. Een tweede bezwaar was belangrijker. De commissie had slechts tot taak voorstellen te doen in verband met ontwikkelingen op het terrein van de informatie- en communicatietechnologie. Grondrechten die daar niet rechtstreeks door beïnvloed worden, vielen in beginsel buiten haar taakopdracht. Zouden alleen de artikelen 7 en 13 van de Grondwet worden aangevuld met het materiële criterium ‘noodzakelijk in een democratische samenleving’, dan zou dit gevolgen kunnen hebben voor de uitleg van andere grondrechten. De mening zou kunnen postvatten dat het vereiste voor die andere grondrechten niet geldt.¹⁵

Op 16 oktober 2000 verscheen het kabinetsstandpunt over het rapport van de commissie-Franken. In navolging van de commissie was het kabinet geen voorstander van het opnemen van een noodzakelijkheidstoets. Het kabinet voerde daarvoor echter een nieuw argument aan. Een proportionaliteitsvereiste zou al in de huidige Grondwet besloten liggen.

‘Voor beperkingen op grondrechten geldt dat zij onder meer moeten voldoen aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit. Een ander punt is dat in geen enkele beperkingsbevoegdheid de bevoegdheid mag worden gelezen het betreffende grondrecht illusoir te maken. Het vereiste dat een beperking noodzakelijk moet zijn in een democratische samenleving kan eveneens onder deze algemene beginselen voor grondrechtenbeperking geschaard worden, zij het dat deze reeds expliciet opgenomen is in enkele artikelen van het EVRM. Uit het karakter van het grondrecht vloeit immers reeds per definitie voort, dat beperkingen hierop noodzakelijk moeten zijn in een democratische samenleving. Ook nu reeds zal de wetgever moeten motiveren waarom een beperking op een grondrecht nodig is in onze samenleving. Opneming van dit vereiste in de Grondwet voegt dan in feite weinig toe’.¹⁶

14. Rapport van de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, Den Haag: ministerie van BZK 2000, p. 55-56.

15. 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, J.W.A. Fleuren en H.R.B.M. Kummeling (red.), *Grensverleggend staatsrecht. Opstellen aangeboden aan prof.mr. C.A.J.M. Kortmann*, Deventer: Kluwer 2001, p. 247.

16. Kamerstukken II, 2000-2001, 27460, nr. 1, p. 6. Zie ook de antwoorden van de regering op de vragen 6, 17 en 19 van de vaste commissie voor BZK, Kamerstukken II, 2000-2001, 27460, nr 2.

Op dit betoog is kritiek geuit door Kummeling en Verhey. Deze auteurs zijn van mening dat geen sprake is van een norm waarvan niet kan worden afge- weken. De grondwetgever heeft bij de herziening in 1983 uitdrukkelijk niet voor opnemning van het proportionaliteitsbeginsel gekozen. Sindsdien zijn er geen sterke aanwijzingen dat de rechtsopvattingen op dit punt zijn gewijzigd, aldus Verhey.¹⁷ Gaat deze kritiek nog steeds op als artikel 120 Grondwet gewijzigd zou worden? Ik betwijfel dat. Tot dusver kon de rechter alleen lagere wetgeving aan de Grondwet toetsen, waarbij hij het proportionaliteitsbeginsel zelden nodig had. De vraag was veeleer of lagere wetgeving op een bepaald terrein überhaupt was toegestaan. In meer gecompliceerde gevallen, zoals de jurisprudentie over godsdienstige activiteiten die geluidshinder veroorzaken, speelde het proportionaliteitsbeginsel wel degelijk een rol.¹⁸ Bovendien is een rechterlijke bevoegdheid om formele wetten aan de Grondwet te toetsen op zichzelf een belangrijk novum. Daarmee kan niet zijn beoogd een wassen neus voor de burger te creëren.

2 Duitsland

2.1 Constitutionele toetsing door het BVerfG

In Duitsland heeft het Bundesverfassungsgericht (BVerfG) een jarenlange ervaring met het toetsen van formele wetten aan het proportionaliteitsbeginsel. Dit beginsel wordt door het hof beschouwd als een noodzakelijke aanvulling op de grondrechten.¹⁹ Artikel 1, derde lid, GG bepaalt dat de grondrechten (artikel 1 t/m 19 GG) rechtstreeks bindend zijn voor de wetgevende, de uitvoerende en de rechterlijke macht. Sociale grondrechten ontbreken in het GG. Wel wordt aangenomen dat de grondrechten niet alleen afweerrechten zijn tegenover de staat, maar ook de uitdrukking zijn van een objectief waardensysteem. Daaruit kunnen plichten voor de overheid voortvloeien om burgers in bescherming te nemen tegen andere burgers. Ook hebben grondrechten een institutioneel aspect, hetgeen betekent dat de staat bepaalde maatschappelijke instellingen actief moet beschermen, zoals het instituut van een vrije pers (artikel 5 GG), het huwelijk (artikel 6 GG) en het particuliere onderwijs (artikel 7 GG). Als een grondrecht bepaalt dat beperkingen mogelijk zijn op basis van een wet, moet dat volgens het BVerfG altijd een ‘proportionele’ wet zijn.²⁰ Het hand- boek van Stern zegt daarover: ‘Gesetzesvorbehalte in Grundrechtsbestimmun-

17. L.F.M. Verhey, ‘Het grondwettelijk beperkingssysteem: handhaving of herbezinning?’, *NJCM-Bulletin* 2003, nr. 3a, p. 229. Zie ook Kummeling, a.w., p. 248 e.v.

18. Zie ABRvS 5 januari 1996, AB 1996, 179 (De Deur).

19. Rechtsgeleerde auteurs in Duitsland hebben verschillende opvattingen over de theoretische grondslag van het Verhältnismäßigkeitsprinzip. Een overzicht geeft A. de Moor-Van Vugt, *Maten en gewichten. Het evenredigheidsbeginsel in Euro- pees perspectief*, diss. KUB, Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p.19-24.

20. Het woord ‘Gesetz’ betekent in het Duitse Grundgesetz overigens ‘wet in materiële zin’. Ook lagere wetgeving valt daar onder, zowel van de Bond als van een Land. Zie o.a. Michael Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, 3. Auflage, München: C.H. Beck 2003, p. 68-69.

gen haben sich praktisch zum “Vorbehalt des verhältnismäßigen Gesetzes” gewandelt’.²¹

Voordat wij ons begeven in het uitgestrekte woud van de Duitse jurisprudentie past wellicht een waarschuwing. De regeling van de constitutionele rechtspraak in Duitsland verschilt sterk van die in Nederland en zal dat ook blijven doen als het initiatiefvoorstel-Halsema geldend recht wordt. Drie verschillen wil ik hier aanstippen. In de eerste plaats is de bevoegdheid om formele wetten ongrondwettig te verklaren geconcentreerd bij het BVerfG. Gewone rechters kunnen over de ongrondwettigheid van een wet prejudiciële vragen stellen aan het BVerfG, de zogeheten ‘konkrete Normenkontrolle’ (artikel 100 GG). Particulieren kunnen een klacht indienen als zij menen dat de staat – inclusief de rechterlijke macht – hun grondrechten heeft geschonden. Dergelijke ‘Verfassungsbeschwerden’ komen zeer vaak voor (artikel 93 GG). Er zijn ook andere procedures waarin het BVerfG kan oordelen over de grondwettigheid van een wet, maar die laat ik kortheidshalve buiten beschouwing.²² Een tweede verschil tussen Duitsland en Nederland is dat het BVerfG aan alle bepalingen van het GG kan toetsen. Zijn bevoegdheid is dus niet beperkt tot een lijstje klassieke grondrechten. Tenslotte mag het hof een wet in abstracto beoordelen. Het wetsvoorstel-Halsema maakt alleen een beoordeling van de concrete toepassing mogelijk.

2.2 Oorsprong van het Verhältnismäßigkeitsprinzip

De schade die de overheid met een maatregel veroorzaakt, moet in een redelijke verhouding staan tot het met de maatregel beoogde doel. Die gedachte heeft oude wortels in het Romeinse recht, maar werd aan het eind van de 18^e eeuw gecodificeerd in het ‘Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten’, een wetboek met bepalingen over burgerlijk recht, staatsrecht en strafrecht van meer dan 19.000(!) artikelen. De belangrijkste ontwerper van het monumentale werk, Carl Gottlieb Svarez, zag in 1791 ‘den ersten Grundsatz des öffentlichen Staatsrechts’ daarin, ‘daß der Staat die Freiheit des einzelnen nur so weit einzuschränken berechtigt sei, als es notwendig ist, damit die Freiheit und Sicherheit aller bestehen könne’. Volgens Svarez, een aanhanger van de Verlichting, was het aldus omschreven beginsel een uitvloeisel van de menselijke rede.²³ In latere jaren is het ‘Übermaßverbot’ (negatief), resp. het ‘Verhältnismäßigkeitsgebot’ (positief), vooral ontwikkeld in het bestuursrecht. Pas na de Tweede Wereldoorlog kreeg het zijn huidige plaats in het staatsrecht. In 1954 noemde het BVerfG de ‘Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen Zweck und Mittel’ voor de eerste keer.²⁴ Daarna volgde in 1958 het Apothekenurteil,

21. Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2 Allgemeine Lehren der Grundrechte*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1994, p. 764 en 787.

22. Zie bijvoorbeeld het hoofdstuk over Duitsland van M.C. Burkens en J.A. van Schagen in: L. Prakke en C.A.J.M. Kortmann (red.), *Het staatsrecht van de landen van de Europese Unie*, 6^e druk, Deventer: Kluwer 2004, p. 166 e.v.

23. Stern, a.w., p. 766.

24. BVerfGE 3, 383 (399).

waarin de vergelijkbare ‘Stufentheorie’ werd toegepast om een wet te beoordelen die de beroepsvrijheid van artikel 12 GG beperkte.²⁵

De ‘Stufentheorie’ van het Apothekenurteil komt erop neer dat naarmate beperkingen op een grondrecht dieper insnijden, zij aan strengere eisen moeten voldoen. De wetgever moet in verschillende fasen nagaan hoe het overheidsdoel kan worden bereikt, beginnend met maatregelen die de burger het minst belasten. Hij mag de volgende fase ‘erst dann betreten, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit dargetan werden kann, daß die befürchteten Gefahren mit (verfassungsmäßigen) Mitteln der vorausgehenden “Stufe” nicht wirksam bekämpft werden können’. Daarbij maakt het BVerfG onderscheid tussen de vrijheid van beroepsuitoefening en de vrijheid van beroepskeuze. De wetgever moet eerst onderzoeken of hij kan volstaan met regels inzake de beroepsuitoefening, voordat hij beperkingen op de vrijheid van beroepskeuze invoert. Als toelatingsvoorwaarden onvermijdelijk zijn, dient men onderscheid te maken tussen subjectieve en objectieve voorwaarden. Subjectieve voorwaarden betreffen de persoon, zoals eisen van bekwaamheid. Objectieve voorwaarden onttrekken zich aan de invloed van degene die het beroep wil gaan uitoefenen, zoals een quoteringsregeling. Omdat de uitsluiting van vakbekwame kandidaten erg onbevredigend is, moet de wetgever eerst de mogelijkheid bekijken of het gewenste doel niet kan worden bereikt door het stellen van subjectieve voorwaarden.

Het BVerfG motiveerde de ‘Stufentheorie’ in 1958 met een verwijzing naar artikel 19, tweede lid, GG inzake de bescherming van kernrechten. Beperkingsbevoegdheden mogen er nooit toe leiden dat grondrechten ‘leerlaufen’. In latere arresten heeft het BVerfG het verband met artikel 19, tweede lid, GG losser gemaakt en het Verhältnismäßigkeitsgebot als een zelfstandig rechtsbeginsel beschreven. Bekend is de volgende passage uit een arrest van 1965:

‘In der Bundesrepublik Deutschland hat der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verfassungsrechtlichen Rang. Er ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip, im Grunde aus dem Wesen der Grundrechte selbst (...)’.²⁶

Enige jaren later herhaalde het BVerfG dat het Verhältnismäßigkeitsgebot, resp. het Übermaßverbot, ‘übergreifende Leitregeln allen staatlichen Handelns’ zijn en dat zij ‘sich zwingend aus dem Rechtsstaatsprinzip ergeben und deshalb Verfassungsrang haben’.²⁷ Dit constitutionele beginsel speelt een essentiële rol wanneer het gaat om de beoordeling van grondrechtsbeperkingen.

2.3 Inhoud van het Verhältnismäßigkeitsprinzip

Aanvankelijk bestond er onduidelijkheid over de inhoud van het beginsel, want het BVerfG gebruikte geen vaste terminologie.²⁸ Vanaf de jaren zeventig

25. BVerfGE 7, 377. Zie over dit arrest R. de Lange, *Publiekrechtelijke rechtsvinding*, diss. UvA, Zwolle: Tjeenk Willink 1991, p. 136-138, alsmede A. de Moor-Van Vugt, a.w., p. 32.

26. BVerfGE 19, 342 (348 e.v.).

27. BVerfGE 23, 127 (133).

28. Gebruikt werden de criteria ‘übermäßig, unangemessen, vernünftig, zumutbar, sachgerecht und vertretbar, erforderlich, unerlässlich, unbedingt notwendig, verfassungsgerechte Lösung en ausgewogenes Verhältnis’. Stern, a.w., p. 775.

bestaat er echter *communis opinio* dat drie elementen moeten worden onderscheiden.

- a. *Geeignetheit* (effectiviteit). Is het middel geschikt om het beoogde doel te verwezenlijken?
- b. *Erforderlichkeit* (subsidiariteit). Is er een ander effectief middel, dat minder bezwarend is voor de burger?
- c. *Zumutbarkeit* (proportionaliteit). De schade van de maatregel mag niet onevenredig groot zijn in verhouding tot de opbrengst. Dit derde element wordt ook wel ‘Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne’ genoemd.

Illustratief is een arrest van 20 juni 1984, dat betrekking had op het stelselmatig afluisteren door de Westduitse geheime dienst – de Bundesnachrichtendienst – van telefoonverkeer met de DDR. Het BVerfG oordeelde dat de wet die dit optreden mogelijk maakte, niet in strijd was met het telecommunicatiegeheim volgens artikel 10 GG. Over de vraag of de wetgever het Übermaßverbot had geschonden overwoog het hof het volgende:

‘Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muß die hier in Frage stehende Grundrechtsbegrenzung (strategische Überwachung) *geeignet* sein, den Schutz des Rechtsguts (rechtzeitiges Erkennen und Begegnen der Gefahr eines bewaffneten Angriffs auf die Bundesrepublik Deutschland) zu bewirken. Sie muß dazu *erforderlich* sein, was nicht der Fall ist, wenn ein milderer Mittel ausreicht. Schließlich muß sie im engeren Sinne *verhältnismäßig* sein, das heißt in angemessenem Verhältnis zu dem Gewicht und der Bedeutung des Grundrechts stehen.’²⁹

De eis dat een wettelijke maatregel effectief moet zijn, is slechts bij hoge uitzondering een struikelblok. Het bekendste voorbeeld biedt een arrest van het BVerfG van 7 april 1964.³⁰ Daarin werd een vergunningenstelsel voor lifterscentrales – een bemiddelingsbureau voor car-pooling – getoetst aan de vrijheid van beroep als bedoeld in artikel 12 GG. Doel van de wet was bevordering van de verkeersveiligheid, maar daarvoor was zij volgens het BVerfG objectief ongeschikt. Met of zonder passagiers zouden de autoritten toch doorgaan. Uitgangspunt is dat de wetgever een grote vrijheid heeft. Zijn beoordeling van de effectiviteit wordt niet met wijsheid achteraf getoetst. Het criterium is of de wetgever ten tijde van zijn besluit ervan mocht uitgaan dat de maatregel het beoogde doel dichterbij zou brengen. Die vraag beantwoordt het BVerfG alleen ontkennend ‘wenn die Maßnahme bei Ausschöpfung aller Erkenntnismöglichkeiten im Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes eindeutig als zweckuntauglich festgestellt werden könnte’.³¹ Wel toetst het BVerfG integraal of het doel van de wet als zodanig ongrondwettig is.

Ook bij de vereisten van subsidiariteit en proportionaliteit laat het BVerfG een ruime beoordelingsvrijheid aan de wetgever. Soms is het moeilijk vast te stellen welke van de denkbare maatregelen als het minst bezwarend moet worden beschouwd. Een wet die voor sommige burgers belastend is, kan voor anderen begunstigend zijn. Tegen die achtergrond volgt het BVerfG de lijn dat

29. BVerfGE 67, 157 (173). De cursiveringen zijn toegevoegd, AWH.

30. BVerfGE 17, 306. Zie ook De Lange, a.w., p. 141-142.

31. BVerfGE 39, 210 (230) en BVerfGE 47, 89 (131). Bij naderhand gebleken ongrondwettigheid berust op de wetgever wel een plicht tot ‘nachbessern’. Vgl. Sachs (Hrsg.), a.w., p. 860.

de formele wetgever het best is toegerust een keuze uit de verschillende alternatieven te maken. De keuze van de wetgever wordt door het hof gerespecteerd, tenzij evident is dat een even effectief, maar minder belastend, alternatief voorhanden was.³² Wat betreft proportionaliteit is het probleem dat de wetgever meestal ongelijksoortige grootheden tegen elkaar moet afwegen. Hoe weegt men de nadelen voor een particulier wiens grondrecht wordt beperkt, af tegen de maatschappelijke voordelen die met de beperking op zijn grondrecht worden beoogd? Ook hier respecteert het BVerfG de vrijheid van de wetgever om op politieke gronden prioriteiten te stellen.

2.4 Proportionaliteit en botsing van grondrechten

Als het BVerfG een formele wet toetst aan de proportionaliteit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) gaat het na of sprake is van een ‘angemessenes Verhältnis’ tussen opbrengst en schade van de betwiste maatregel. Zoals hierboven gezegd, gaat het daarbij in beginsel om ongelijksoortige grootheden. Dat roept de vraag op naar een objectief meetinstrument, een ‘tertium comparationis’. Het BVerfG zoekt dit instrument in de ‘grundgesetzlich vorgegebenen Ordnungs- und Wertstruktur’.³³ Met andere woorden: de op het spel staande belangen worden getaxeerd op hun constitutionele waarde en die waarden worden vervolgens tegen elkaar afgewogen. Een beperking op een grondrecht zal sneller gerechtvaardigd zijn als deze een belang dient dat eveneens door het Grundgesetz wordt erkend. Casus van botsende grondrechten zijn daarvan een voorbeeld.

Artikel 5, tweede lid, GG inzake de vrijheid van meningsuiting herinnert er uitdrukkelijk aan dat deze vrijheid haar grenzen vindt in het recht op eer en goede naam. Daarmee is niet gezegd dat een beperking meteen gerechtvaardigd is zodra een ander grondrecht erdoor wordt beschermd. Welk belang het zwaarste weegt, moet worden vastgesteld in een belangenafweging, eerst op abstracte wijze door de wetgever en vervolgens in het concrete geval door het bestuur of de rechter. Op de noodzaak van een belangenafweging werd al gewezen in het beroemde Lüth-arrest van het BVerfG van 15 januari 1958³⁴. Lüth had opgeroepen tot een boycot van een film die was geproduceerd door een filmmaker die carrière had gemaakt ten tijde van het nazi-regime. De oproep was door de burgerlijke rechter verboden, waarna een ‘Verfassungsbeschwerde’ volgde. Het BVerfG verklaarde de klacht gegrond omdat de uitingsvrijheid van Lüth in casu het zwaarst moest wegen. Eén van zijn overwegingen luidde als volgt:

‘(..) Es wird deshalb eine “Güterabwägung” erforderlich: Das Recht zur Meinungsäußerung muß zurücktreten, wenn schutzwürdige Interessen eines anderen von höherem Rang durch die Betätigung der Meinungsfreiheit verletzt würden.

32. Stern, a.w., p. 781-782.

33. Stern, a.w., p. 784-785 en 828 e.v.

34. BVerfGE 7, 198. Zie Harald Schneider, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1979, p. 25-28.

Ob solche überwiegenden Interessen anderer vorliegen, ist aufgrund aller Umstände des Falles zu ermitteln.³⁵

De geciteerde overweging vertoont een opvallende overeenkomst met de (latere) jurisprudentie van de Hoge Raad in Nederland. Dat de rechter bij botsende grondrechten rekening moet houden met alle omstandigheden van het geval, weten wij uit HR 24 juni 1983 (Gemeenteraadslid) en HR 4 maart 1988 (Kinderen De Bourbon-Parma)³⁶. In Duitsland zegt men wel dat gestreefd moet worden naar een ‘praktische Konkordanz’, dat wil zeggen een optimaal evenwicht van de grondrechten. Zowel een beperking op de vrijheid van meningsuiting in het belang van de privacy als een beperking op de privacy in het belang van de vrijheid van meningsuiting moeten ‘verhältnismäßig’ zijn. De noodzaak van deze dubbele ‘Verhältnismäßigkeit’ is van belang voor de rechter die een concreet geschil moet oplossen, maar ook voor de formele wetgever.³⁷ Als een formele wet de rechter zou verplichten zijn ogen te sluiten voor relevante omstandigheden, kan dat leiden tot een onevenredige beperking van één van de twee botsende grondrechten. Die wet is dan in strijd met het Grundgesetz. Een Duitse rechter die een dergelijke wet moet toepassen, doet er goed aan prejudiciële vragen te stellen aan het BVerfG. Op eigen houtje kan hij de wet immers niet ongrondwettig verklaren.

Wat zijn nu de criteria om vast te stellen dat een grondrecht onevenredig wordt beperkt ten gunste van een ander grondrecht? Uit de jurisprudentie van het BVerfG kan worden opgemaakt dat er geen vaste rangorde bestaat tussen grondrechten. Alleen artikel 1 GG, dat de menselijke waardigheid onaantastbaar verklaart, neemt een bijzondere positie in. Naarmate een grondrecht nauwer verbonden is met de menselijke waardigheid werpt het meer gewicht in de schaal.³⁸ Andere criteria blijken in de praktijk niet meer dan een aanknopingspunt. Zo wordt wel gesteld dat een perifere beperking van een grondrecht minder zwaar weegt dan een aantasting van de kern. Het is echter lang niet altijd duidelijk waar de kern begint. Kan men een verbod op abortus rechtvaardigen omdat het recht op persoonlijke ontplooiing van de moeder slechts perifeer wordt getroffen, terwijl een abortus het recht op leven in de kern zou aantasten?³⁹ Het belang van het publiek bij de uitoefening van een grondrecht kan de balans doen doorslaan. In het Lüth-arrest kreeg de vrijheid van meningsuiting extra gewicht doordat de uiting niet werd gedaan door een concurrerende filmproducent die economisch voordeel beoogde met zijn oproep. Het ging om ‘einen Beitrag zum geistigen Meinungskonzept in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage’.⁴⁰ We herkennen hier het onder-

35. BVerfGE 7, 198 (210).

36. HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801 m.nt. M. Scheltema. HR 4 maart 1988, NJ 1889, 367 m.nt. C.J.H. Brunner.

37. Voor het Nederlandse recht is van belang het onderzoek van W.S.R. Stoter, *Belangenafweging door de wetgever*, diss. UvA, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000. Zij onderzocht de relatie tussen de abstracte belangenafweging door de wetgever en de concrete belangenafweging door het bestuur.

38. Stern, a.w., p. 831. Sachs (Hrsg.), a.w., p. 73.

39. Aldus BVerfGE 39, 1 en BVerfGE 88, 203.

40. BVerfGE 7, 198 (212).

scheid tussen ‘public speech’ en ‘private speech’, dat ook in de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens een centrale rol speelt.⁴¹

Niet alleen grondrechten zijn ‘Rechtswerte mit Verfassungsrang’. Beperkingen kunnen ook voortvloeien uit diverse andere artikelen van het Grundgesetz.⁴² Ook die artikelen geven een sterkere legitimatie aan beperkingen dan gewone wetten. Zelfs een ongeclausuleerd grondrecht kan worden beperkt ter bescherming van bijvoorbeeld de ‘Funktionsfähigkeit der Bundeswehr’ (artikel 87a GG). De artikelen van het Grundgesetz moeten volgens het BVerfG namelijk in onderling verband worden geïnterpreteerd. Een buitenstaander knippert even met de ogen wanneer hij leest dat het artikel over de nationale vlag (artikel 22 GG) kan dienen als grondslag voor beperkingen op grondrechten. De letterlijke tekst van dit artikel luidt slechts ‘Die Bundesflagge ist schwarz-rot-gold’. Het BVerfG heeft evenwel beslist dat achter dit artikel een recht schuil gaat van de staat om zich door middel van dit symbool te presenteren en het nationale bewustzijn van de burgers te bevorderen. Een kunstuiting die de vlag belachelijk maakt, vormt in beginsel een inbreuk op dat recht. Het behoeft geen betoog dat in zo’n geval grote betekenis toekomt aan de evenredigheidstoets, om te voorkomen dat de ongeclausuleerde vrijheid van de kunst van artikel 5, derde lid, GG lichtvaardig wordt opgeofferd. In een strafzaak die bij het BVerfG eindigde, ging de uitgever van het aanstootgevende kunstwerk na een belangenafweging vrijuit.⁴³

Er zijn dus twee relatief ‘harde’ uitgangspunten: een belang dat door het Grundgesetz wordt beschermd weegt zwaarder dan een belang dat slechts bescherming vindt in gewone wetten en het belang van de menselijke waardigheid weegt zwaarder dan andere grondwettelijke belangen. Voor de rest lijkt de ‘grundgesetzlich vorgegebene Ordnungs- und Wertstruktur’ vooral een bezweringsformule waarmee de rechter kan rechtvaardigen wat hij rechtvaardig acht. Wie een beeld wil krijgen van het geldende Duitse recht zal zich moeten verdiepen in de concrete geschillen die door het BVerfG zijn beslist.

3 Recente rechtspraak van het BVerfG

Vanaf het jaar 1998 worden de uitspraken van het BVerfG gepubliceerd op de website <www.bundesverfassungsgericht.de>. Het intoetsen van het trefwoord ‘Verhältnismäßigkeit’ zou meer dan honderd arresten opleveren, zodat het zoekprogramma vraagt de opdracht in te perken. Handiger is het om te zoeken

41. A.J. Nieuwenhuis, ‘Het EHRM en het belang van het publiek. Enkele opmerkingen over uitingsvrijheid, publiek belang en privacy in het licht van de Straatsburgse jurisprudentie’, in: A.J. Nieuwenhuis en A.W. Hins (red.), *Van ontvanger naar zender. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.M. de Meij*, Amsterdam: Otto Cramwinckel Uitgever 2003, p. 257-272.
Zie ook J.A. Peters, ‘Over Public Speech en Public Figure’, in hetzelfde boek, p. 273-293.

42. Stern, a.w., p. 808 en 824 e.v.

43. De vervolging vond plaats op grond van artikel 90a van het Duitse Wetboek van Strafrecht inzake belediging van de staat. Ter uitwerking van artikel 22 GG is daar het ‘verunglimpfen’ van de nationale vlag strafbaar gesteld. Zie BVerfG 7 maart 1990, BVerfGE 81, 278.

in de rubriek ‘Pressemitteilungen’. Die methode heeft twee belangrijke voordelen. In de eerste plaats krijgen lang niet alle arresten een eigen persbericht. Aan te nemen valt dat de griffie van het BVerfG, die de selectie verricht, alleen de belangrijkste uitspraken onder de aandacht van de pers brengt. In de tweede plaats is de tekst van de meeste persberichten weldadig kort. Daardoor kan de gehaaste onderzoeker redelijk snel begrijpen wat de essentie is. Vervolgens kan men doorklikken naar de integrale uitspraak. Bij wijze van illustratie volgen hieronder vijf recente arresten over het Verhältnismäßigkeitsprinzip die op deze wijze gevonden zijn.

3.1 Maximale duur van veiligheidsdetentie (BVerfG 5 februari 2004)

In Duitsland bestaat de mogelijkheid gevaarlijke recidivisten in aansluiting op een gevangenisstraf te veroordelen tot een voortgezette detentie ter beveiliging van de samenleving (‘Sicherungsverwahrung’). Periodiek onderzoekt de rechter of de betrokken persoon nog steeds gevaarlijk is. Als dat niet het geval is moet de veiligheidsdetentie worden opgeheven. Tot voor enkele jaren was bij wet bepaald dat een veiligheidsdetentie de eerste keer maximaal tien jaar mocht duren. Bij wet van 1998 werd dit maximum echter geschrapt. Daarbij werd geen uitzondering gemaakt voor personen die zich reeds in veiligheidsdetentie bevonden. Een gedetineerde die in 1986 was veroordeeld tot vijf jaar gevangenisstraf met veiligheidsdetentie, verzoekt in 2001 vrijgelaten te worden. Zou de wet niet zijn gewijzigd, dan had dit verzoek moeten worden ingewilligd. De rechter wijst het verzoek nu echter af omdat de persoon nog steeds een gevaar voor de samenleving oplevert. In hoger beroep blijft deze uitspraak in stand. De gedetineerde dient daarop een Verfassungsbeschwerde in bij het BVerfG, waarbij hij onder meer stelt dat het ontbreken van eerbiedigende werking in de wet van 1998 ongrondwettig is. Hij beroept zich in het bijzonder op het vertrouwensbeginsel, in verbinding met het recht op persoonlijke vrijheid (artikel 2 GG) en het beginsel van de rechtsstaat (artikel 20 GG).

Het BVerfG verklaart de klacht met zes tegen twee stemmen ongegrond. Van strafbaarstelling met terugwerkende kracht is geen sprake. In het veroordelende vonnis van 1986 was geen maximum aan de veiligheidsdetentie gesteld. De duur zou afhangen van periodieke beoordelingen. Burgers kunnen er niet zonder meer op vertrouwen dat bestaande wetten niet in hun nadeel gewijzigd zullen worden. De wetgever moest een afweging maken. Aan de ene kant heeft hij rekening te houden met het zwaarwegende grondrecht van de gedetineerde op persoonlijke vrijheid. Aan de andere kant heeft hij tot taak om potentiële slachtoffers in bescherming te nemen. Deze positieve verplichting krijgt meer gewicht naarmate het gevaar concreter is en meer betrekking heeft op elementaire levensgebieden. Het besluit om geen uitzondering te maken voor personen die al gedetineerd zijn is niet onrechtmatig. ‘Dass der Gesetzgeber nach seiner demokratisch zu verantwortenden Sicherheitspolitik die Rückanknüpfung für geeignet und erforderlich zum Schutz von Leben, Gesundheit und sexueller Integrität der Bürgerinnen und Bürger erachtet hat, fällt in seinen Beurteilungsspielraum’. De werking van het vertrouwensbeginsel wordt dus mede bepaald door het ‘Verhältnismäßigkeitsprinzip’.

3.2 *Onverbindend op termijn (BVerfG 10 februari 2004)*

Dit arrest heeft eveneens betrekking op een vorm van veiligheidsdetentie. Sedert 1997 hebben verscheidene Länder bepleit dat het wenselijk zou zijn om gedefinieerden waarvan pas in de gevangenis blijkt dat zij erg gevaarlijk zijn voor de samenleving, alsnog een veiligheidsdetentie op te leggen. Zij drongen er in de Bondsraad op aan hiervoor een federale wet te maken, maar op advies van de Bondsminister van Justitie besloot dit orgaan dat de Bond geen bevoegdheid had. Een dergelijke regeling ter voorkoming van gevaar zou onder de autonome bevoegdheid van de Länder vallen. Daarop hebben vier deelstaten wetten ingevoerd die een ‘nachträgliche Sicherheitsverwahrung’ mogelijk maakten. Twee veroordeelden op wie de nieuwe wetten van Beieren en Sachsen-Anhalt zijn toegepast, dienen vervolgens een klacht in bij het BVerfG. Zij hebben succes met hun betoog dat de materie valt onder het begrip ‘strafrecht’ in de zin van artikel 74 GG. Niet de Länder, maar de bond was in de gegeven omstandigheden bevoegd. De vraag is nu of de gewraakte wetten als nietig moeten worden aangemerkt. Zo ja, dan zouden allerlei personen waarvan een rechter heeft vastgesteld dat zij groot gevaar opleveren voor de samenleving, meteen moeten worden vrijgelaten.

Deze conclusie wil het BVerfG niet trekken. Met vijf tegen drie stemmen besluit het hof dat de ongrondwettige wetten nog kunnen blijven gelden tot en met 30 september 2004. Het hof wijst daarbij op de plicht van de staat om potentiële slachtoffers te beschermen. Hun grondrechten op leven, lichamelijke integriteit, vrijheid en seksuele zelfbeschikking moeten actief beschermd worden tegen bedreigingen door andere burgers. Er is daarom een afweging nodig tussen enerzijds het grondrecht van de veroordeelde misdadiger en anderzijds de grondrechten van zijn mogelijke slachtoffers. Onverbindendverklaring op termijn komt in aanmerking ‘wenn die sofortige Ungültigkeit der zu beanstandenden Norm dem Schutz überragender Güter des Gemeinwohls die Grundlage entziehen würde und eine Abwägung mit den betroffenen Grundrechten ergibt, dass der Eingriff für eine Übergangszeit hinzunehmen ist’. Die overgangstijd moet zo kort mogelijk zijn en juist genoeg om de federale wetgever in staat te stellen in de wettelijke leemte te voorzien. De minderheid van drie rechters heeft tegen deze beslissing ‘grundlegende rechtsstaatliche Bedenken’. Vrijheidsberoving op grond van een ongrondwettige wet is een middel dat alleen bij uiterste noodzaak mag worden ingezet. In casu zijn er alternatieven, zoals een intensieve begeleiding door de reclassering of desnoods gedwongen opname in een psychiatrisch ziekenhuis.

3.3 *Afluisteren en menselijke waardigheid (BVerfG 3 maart 2004)*

In 1998 werd artikel 13 van het Grundgesetz inzake de onschendbaarheid van de woning gewijzigd. In geval van verdenking van een ernstig strafbaar feit heeft de overheid de mogelijkheid gekregen technische middelen in te zetten voor het afluisteren van gesprekken binnen een woning. Kort daarna is een gewone wet in werking getreden die de voorwaarden nader omschrijft. In de regel krijgt de verdachte niet te horen dat hij wordt afgeluisterd. Enkele personen dienen een Verfassungsbeschwerde in tegen zowel de wet tot wijziging

van artikel 13 GG als de daarop gebaseerde gewone wet. Zij beroepen zich op artikel 79, derde lid, GG, waardoor sommige grondwetswijzigingen ontoelaatbaar zijn. Met name is ontoelaatbaar een wijziging die de ‘beginselen’ van de grondrechten aantast. Naar het oordeel van de klagers is het gewijzigde artikel 13 GG in strijd met het vereiste respect voor de menselijke waardigheid, nu zelfs de meest intieme gesprekken in de slaapkamer kunnen worden afge-
luisterd.

Het BVerfG oordeelt met een meerderheid van zes tegen twee stemmen dat de wet tot wijziging van artikel 13 GG nog net toelaatbaar is. Daarvoor moet het hof wel een eigen interpretatie aan het nieuwe artikel geven. Het hof is het met de klagers eens dat bepaalde vormen van afluisteren absoluut verboden zijn, gezien de fundamentele verplichting de menselijke waardigheid te respecteren. ‘Dieser Schutz darf nicht durch Abwägung mit den Strafverfolgungsinteressen nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes relativiert werden’, aldus het hof. De tekst van artikel 13, derde lid, GG wekt de indruk dat een afweging wel mogelijk is. Volgens de meerderheid moet artikel 13 GG echter gelezen worden in combinatie met artikel 1 GG. Het evenredigheidsbeginsel komt pas aan de orde, als zeker is dat de menselijke waardigheid niet geschonden wordt. De minderheid is van mening dat de grondwetswijziging ongeldig verklaard had moeten worden, omdat de tekst misverstaan oproept. Over de uitvoeringswet is het hof unaniem. Op verschillende punten is deze wet in strijd met het Grundgesetz, onder meer met het zojuist beginselconform geïnterpreteerde artikel 13 GG.

3.4 De ‘Erektometer’ (BVerfG 15 mei 2004)

Een 81-jarige man staat terecht voor meerdere verkrachtingen. Hij ontkent de feiten en zegt dat hij nooit de dader kan zijn geweest. Omdat hij al enkele jaren aan diabetes lijdt, zou hij niet in staat zijn een erectie te krijgen. Het Landgericht van Keulen beveelt daarop dat de verdachte gedurende zeven dagen moet worden opgesloten in een kliniek. Daar zal hij dag en nacht – ook tijdens zijn slaap – worden geobserveerd teneinde de ‘Erektions- und Ejakulationsfähigkeit’ vast te stellen. Het plan van de deskundigen is om een bandje rond zijn geslacht te leggen dat in verbinding staat met een ‘Erektometer’. Tegen dit bevel stelt de verdachte hoger beroep in bij het Oberlandesgericht van Nordrhein-Westfalen. Deze laat het vonnis in stand, met dien verstande dat het onderzoek beperkt wordt tot de ‘Erektionsfähigkeit’ en dat de maximale duur van de observatie drie etmalen mag bedragen. Ervaren juristen weten: zo’n verhaal verzint men niet, dit moet echt gebeurd zijn.

Er volgt een ‘Verfassungsbeschwerde’ bij het BVerfG, waarin de verdachte zich beroept op de menselijke waardigheid, het algemene persoonlijkheidsrecht en het ‘Verhältnismäßigkeitsgebot’. Dat laatste argument treft doel. Op 15 mei 2005 besluit de derde kamer van de tweede senaat dat de klacht kennelijk gegrond is. Het BVerfG overweegt: ‘Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlangt, dass die Maßnahme zur Erreichung des angestrebten Zwecks geeignet und erforderlich ist und dass der mit ihr verbundene Eingriff nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache und zur Stärke des Tatverdachts steht’. Daaraan is in casu niet voldaan. Het hof acht van groot belang dat deskundigen hebben verklaard dat een dergelijk onderzoek nog nooit tegen de wil van een

patiënt is uitgevoerd. Over de ‘Erektionsfähigkeit’ van onwillige mannen is daarom weinig bekend. Welke waarde moet men dan toekennen aan de gemeten resultaten? Tegen die achtergrond stelt het hof vast dat het Oberlandesgericht van Nordrhein-Westfalen de inhoud en reikwijdte van het evenredigheidsbeginsel heeft miskend. In het midden kan blijven of ook de menselijke waardigheid (artikel 1 GG) en het algemeen persoonlijkheidsrecht (artikel 2 GG) zijn geschonden. Het bevel wordt opgeheven.

3.5 *Het Europese arrestatiebevel (BVerfG 18 juli 2005)*

Artikel 16, tweede lid, GG bepaalt dat Duitse staatsburgers niet aan het buitenland mogen worden uitgeleverd. Door een grondwetswijziging in 2000 is hier een voorbehoud aan toegevoegd luidende: ‘Durch Gesetz kann eine abweichende Regelung für Auslieferungen an einen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder an einen internationalen Gerichtshof getroffen werden, soweit rechtsstaatliche Grundsätze gewahrt sind’. Ter uitvoering van een kaderbesluit van de Raad van de Europese Unie is vervolgens in 2004 het Europäische Haftbefehlsgesetz (EuHbG) tot stand gekomen.⁴⁴ Deze wet maakt het mogelijk dat Duitse staatsburgers aan lidstaten van de EU worden uitgeleverd. In de zaak die hier aan de orde is, gaat het om een man die zowel de Syrische als de Duitse nationaliteit bezit. In Spanje wordt hij ervan verdacht een sleutelfiguur te zijn geweest in het Europese terreurnetwerk van Al-Qaeda. Hij zou zich bezig hebben gehouden met de financiën van deze criminele organisatie. Een Spaanse rechtbank vaardigt een Europees arrestatiebevel tegen hem uit, waarna het Oberlandesgericht te Hamburg op 23 november 2004 besluit dat een uitlevering toelaatbaar is. Een dag later besluiten de justitiële autoriteiten dat de uitlevering aan Spanje zal plaats vinden, met dien verstande dat de verdachte na een eventuele veroordeling zijn straf in Duitsland zal mogen ondergaan. In een ‘Verfassungsbeschwerde’ bij het BVerfG voert de verdachte aan dat de wet EuHbG ongrondwettig is. De wet zou het recht om als Duitser niet uitgeleverd te worden ‘unverhältnismäßig’ beperken.

De klacht heeft succes. Zeven van de acht rechters zijn van oordeel dat de wetgever te ver is gegaan met het maken van een uitzondering op artikel 16, tweede lid, GG. Binnen deze meerderheid zijn drie opvattingen te onderscheiden. De opvatting die de meeste aanhang krijgt – vijf rechters – houdt in dat de wetgever onvoldoende gebruik heeft gemaakt van de uitzonderingen in het Europese kaderbesluit. Dat geldt in het bijzonder als het strafbare feit is begaan op Duits grondgebied. De wetgever moet de vrijheid die het kaderbesluit laat, gebruiken om strijd met de grondwet te voorkomen. Nu dat niet is gebeurd, is de wet nietig. Eén rechter is nog radicaler. In een ‘concurring opinion’ benadrukt hij dat Duitse staatsburgers in beginsel nooit uitgeleverd mogen worden, ook niet als zij strafbare feiten in het buitenland hebben begaan. Alleen als Duitsland feitelijk niet in staat is een noodzakelijke strafvervolgung uit te voeren, zou een uitlevering aan andere EU-lidstaten in aan-

44. Kaderbesluit van de Raad van de Europese Unie van 13 juni 2002 betreffende het Europees aanhoudingsbevel en de procedures van overlevering tussen de lidstaten (2002/584/JBZ), Pb 18 juli 2001, L 190/1.

merking komen. Hij wijst daarbij op het subsidiariteitsbeginsel, zoals dat voor de Duitse deelname aan de Europese Unie is neergelegd in artikel 23 GG. Een andere rechter is juist voorzichtiger. Haar ‘concurring opinion’ komt erop neer dat een algemene nietigverklaring van de wet onnodig is. Door een nietigverklaring wordt uitlevering immers ook onmogelijk gemaakt in gevallen die grondwettelijk geen probleem opleveren. Naar haar oordeel had het BVerfG precies moeten omschrijven in welke situaties uitlevering ongrondwettig is.

Slechts één rechter had de klacht willen afwijzen. Deze ‘dissenter’ wijst op de plicht tot loyale samenwerking in de derde pijler van de Europese Unie, zoals omschreven in het Pupino-arrest van het Hof van Justitie van 16 juni 2005. Uit dat arrest blijkt dat het rechtsbeginsel waaraan artikel 10 van het EG-verdrag uitdrukking geeft, ook van toepassing is op de politieke en justitiële samenwerking in strafzaken.⁴⁵ Het doel dat artikel 16, tweede lid, GG beoogt – burgers niet afschuiven naar een rechtssysteem waarmee zij geen enkele binding hebben – wordt volgens de ‘dissenting opinion’ volledig gerespecteerd door het Europese kaderbesluit. Als een berechting in het buitenland de verdachte onevenredig zou belasten, kan een uitlevering zonder schending van het kaderbesluit en de daarop gebaseerde wet EuHbG worden geweigerd. De meerderheid had volgens de ‘dissenter’ meer vertrouwen moeten hebben in de werking van het Europese recht en de uitleg daarvan door het Hof van Justitie. Er is geen reden de wetgever opnieuw aan het werk te zetten, want het verbod van onevenredige benadeling kan als een impliciet onderdeel van de wet EuHbG worden beschouwd. Alle rechters – de meerderheid van vijf, de twee concurring collega’s en de dissenter – beroepen zich dus op beginselen van proportionaliteit en/of subsidiariteit. Alleen hun conclusies verschillen hemelsbreed.

4 Tenslotte

Bijna veertig jaar geleden publiceerde het ministerie van Binnenlandse Zaken de *Proeve van een Nieuwe Grondwet*. In de Proeve werd onder meer voorgesteld toetsing van wetten aan de Grondwet gedeeltelijk mogelijk te maken, te weten aan de bepalingen inzake grondrechten. Het argument dat de opstellers aanvoerden was dat handhaving van het toetsingsverbod ‘ongerijmd’ zou zijn.⁴⁶ Immers, sedert 1953 is de rechter verplicht formele wetten te toetsen aan het EVRM. Waarom zou de rechter dan niet mogen toetsen aan de nationale grondrechten? Prakke kwam tegen dit betoog in het geweer. Hij wees op twee bezwaren. In de eerste plaats stelde de toetsing van formele wetten aan het EVRM in de praktijk weinig voor. Nog nooit was een formele wet buiten toepassing gelaten wegens strijd met dat verdrag. In de tweede plaats zou de formulering van de grondrechten in de Grondwet zich niet erg lenen voor een rechterlijke toetsing van formele wetten. Op veel plaatsen verklaart de Grondwet de wetgever zonder voorbehoud bevoegd tot het creëren van beperkingen.

45. HvJEG 16 juni 2005, C-105/03 (Pupino), r.o. 39 t/m 43.

46. Proeve van een Nieuwe Grondwet, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken 1966, p. 55.

Wat zijn dan de maatstaven voor toetsing? ‘Het hangt ervan af wat de rechter gaat doen. Wat dat zal zijn weet niemand’, aldus Prakke⁴⁷.

Het eerste bezwaar is inmiddels achterhaald, het tweede zeker niet. Wat zal de rechter doen als het wetsvoorstel-Halsema geldend recht wordt? Aan de ene kant zou de rechter de beperkingsclausules bij de grondrechten kunnen interpreteren als een blanco volmacht voor de wetgever. Het toetsingsrecht wordt dan een lege huls. Het andere uiterste is dat de rechter zelf aanvullende eisen gaat verzinnen. In dat geval dreigt een ‘gouvernement des juges’. Toetsing aan het evenredigheidsbeginsel lijkt een gulden middenweg te bieden, zeker als dat gepaard gaat met de erkenning van een ruime beleidsvrijheid voor de democratisch gelegitimeerde wetgever. De jurisprudentie van het BVerfG geeft echter aan dat ook dit beginsel voor verrassingen kan zorgen. Het ‘Verhältnismäßigkeitsprinzip’ wordt toegepast op zeer uiteenlopende terreinen, zoals het bepalen van rechterlijk overgangsrecht, de afbakening van het legaliteitsbeginsel en de relatie met Europees recht. Bovendien blijken verstandige mensen verschillend te kunnen denken over de vraag wat in een gegeven casus evenredig of onevenredig is.

In Duitsland wordt de onzekerheid gematigd door het systeem van geconcentreerde toetsing. Alleen het BVerfG is bevoegd formele wetten onverbindend te verklaren wegens strijd met het Grundgesetz. In Nederland bestaat een traditie van gespreide toetsing, die door het wetsvoorstel-Halsema gehandhaafd wordt. Onder het regime van het wetsvoorstel zouden naar mijn mening ook bestuursorganen verplicht zijn een wet buiten toepassing te laten als die toepassing in strijd is met de Grondwet. Net zoals zij dat nu moeten doen bij strijd met het EVRM. De mogelijkheid dat de jurisprudentie voor verrassingen kan zorgen is voor mij geen reden om toetsing aan het evenredigheidsbeginsel af te wijzen. Wel zou ik Kamerleden adviseren bij de behandeling in tweede lezing duidelijk onder woorden te brengen welke mate van toetsing zij gewenst achten. De ‘wil’ van de grondwetgever kan een belangrijke leidraad zijn voor toekomstige rechters.

47. L. Prakke, *Toetsing in het publiekrecht*, diss. UvA, Assen: Van Gorcum 1972, p. 23. Het desbetreffende hoofdstuk was in 1969 ook gepubliceerd in het NJB.