

# Uitbreiding van de nationale grondrechtencanon? Over de opname van nieuwe grondrechten in de Grondwet

A.J. NIEUWENHUIS\*

## 1 Introductie

Het rapport van de Staatscommissie Grondwet geeft een duidelijk overzicht van een aantal mogelijke wijzigingen van de Grondwet.<sup>1</sup> Eén van de opdrachten van de Commissie was te adviseren over 'de noodzaak tot grondwetswijziging in verband met de verhouding tussen de in de Grondwet opgenomen grondrechten en de uit internationale verdragen voortvloeiende rechten'. De Commissie heeft zich aan deze opdracht gehouden zonder uitgebreid in te gaan op de vraag waarom grondrechten überhaupt worden vastgelegd. Daardoor zijn kansen gemist om het rapport op dit punt aansprekender te maken.

Onderstaande bijdrage vormt een reactie op de overwegingen die de Commissie wijdt aan het opnemen van nieuwe grondrechtsbepalingen in de Grondwet. De bijdrage is als volgt opgebouwd. Eerst wordt aandacht besteed aan de redenen die voorheen zijn aangenomen om grondrechten vast te leggen. Deze schets dient als contrast voor de benaderingen die te vinden zijn in het rapport van de Commissie.

Op verzoek van de redactie wordt in deze bijdrage weinig of geen aandacht besteed aan het door de Commissie voorgestelde recht op een eerlijk proces en op toegang tot de rechter en aan de voorstellen voor een wijziging van de 'informatiegrondrechten' – deze onderdelen zijn reeds in andere bijdragen aan bod gekomen.<sup>2</sup>

## 2. Historie

In veel staten komen aan het einde van de 18<sup>e</sup> eeuw geschreven grondwetten tot stand. Deze vormen veelal een breuk met het verleden. Ze vloeien voort uit ervaringen met onderdrukking en willekeur en zijn tegelijkertijd bedoeld om de staatsinrichting een duidelijke grondslag te geven. Het verlangen om de macht van de overheid in te perken<sup>3</sup> komt onder meer naar voren in het vastleggen van grondrechten. Soms gaat de vaststelling

\* Dr. A.J. Nieuwenhuis is universitair hoofddocent staatsrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

<sup>1</sup> *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*.

<sup>2</sup> B.J.G. Leeuw, P.A.M. Mevis, 'Grondwettelijk recht op eerlijk proces en toegang tot de rechter: goede aanzet, maar ook gemiste kans', *TvCR* 2011, p. 140-151; L.F.M. Verhey, 'Grondrechten in het digitale tijdperk: driemaal is scheepsrecht?', *TvCR* 2011, p. 152-167; B.J. Koops, 'Digitale grondrechten en de

Staatscommissie: op zoek naar de kern', *TvCR* 2011, p. 168-185.

<sup>3</sup> Zie voor een uitgebreid en meer genuanceerd betoog, G.F.M. van der Tang, *Grondwetsbegrip en grondwetsidee*, diss. EUR, Deventer: Gouda Quint 1998, p. 146 e.v.

van een grondrechtencatalogus vooraf aan de vaststelling van een grondwet (zoals de Franse *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*), dan weer vormt de catalogus een toevoeging aan een al bestaande grondwet (zoals de Amerikaanse *Bill of Rights*). Later wordt het gebruikelijk de grondrechtencatalogus direct in de grondwet zelf op te nemen. De Staatsregeling voor de Bataafse Republiek uit 1798 mag als voorbeeld dienen.

Bij de vastlegging van grondrechten wordt vaak expliciet of impliciet verwezen naar misstanden uit het verleden. Zo was de Franse *Déclaration* bedoeld om voorgoed paal en perk te stellen aan de ontarding van de overheid:

'que l'ignorance, l'oubli et le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des maux publics et de la corruption des gouvernements'.<sup>4</sup>

Dit verklaart ook waarom veel grondwetsbepalingen uit deze periode als natuurrechtelijke principes zijn geformuleerd, maar soms ook meer in het bijzonder terugverwijzen naar als kwalijk beschouwde maatregelen uit het verleden. De vrijheid van meningsuiting is bijvoorbeeld vaak vastgelegd als een censuurverbod, omdat de overheid in het verleden haar macht had doen gelden met een stelsel van censuur.<sup>5</sup>

Gaandeweg kunnen overigens nieuwe misstanden, een groter gezamenlijk besef van bestaande misstanden, of een nieuwe waardering van een situatie die eerder niet als misstand werd beschouwd, leiden tot aanvullingen op de catalogus. Men denke bijvoorbeeld aan het slavernijverbod dat in 1865 als dertiende amendement in de Amerikaanse Grondwet werd opgenomen. Ook meer recente grondrechtsverklaringen en grondwetten hebben dikwijls een tweeledig karakter. De Universele verklaring van de rechten van de mens uit 1948 is te beschouwen als een reactie op de in de preambule genoemde barbarij en onderdrukking, maar zij tracht tevens algemene en universele uitgangspunten vast te leggen, die een blauwdruk vormen voor een menswaardige samenleving. In de Duitse Grondwet is het streven om een terugval in de verschrikkingen van het nationaal-socialisme te voorkomen nog duidelijker zichtbaar. De menselijke waardigheid als hoogste en onveranderbare norm en de idee van misbruik van grondrechten zijn daar de uitdrukking van. Tegelijkertijd vormen de grondrechten in de Duitse Grondwet ook de meer algemene uitgangspunten van een nieuwe en rechtvaardige staatsinrichting. Er is bijvoorbeeld ook plaats ingeruimd voor een algemeen vrijheidsrecht en een algemeen persoonlijkheidsrecht (art. 2 (1) GG). Met name dat laatste recht heeft in de jurisprudentie een belangrijke rol gekregen in de bescherming van de burger tegen verwerking van zijn persoonsgegevens. Tevens heeft het

## arti- kelen

<sup>4</sup> Zie de openingszin van de preambule van de *Déclaration* van 1789.

<sup>5</sup> Zie A.J. Nieuwenhuis, 'Achtergrond en huidige betekenis van het verbod van voorafgaand verlof', *NTM* 2011, p. 24 e.v.

beseft dat er nieuwe gevaren voor de privacy kunnen dreigen bijvoorbeeld geresulteerd in een uitgebreider regeling in de Grondwet met betrekking tot het afluisteren in woningen (art. 13 GG).

De Nederlandse Grondwet die het meest aan de gegeven karakterisering van breuk en blauwdruk voldoet is de reeds genoemde Staatsregeling voor de Bataafsche Republiek uit 1798. Deze regeling, die onder meer het oogmerk van de staat vastlegt ('beveiliging van persoon, leven, eer en goederen en beschaaving van verstand en zeden', art. 2 Algemene Beginselen), kent dan ook een groot aantal grondrechten, waaronder enkele sociale grondrechten.

### 3. De Nederlandse Grondwet in de 19<sup>e</sup> en 20<sup>e</sup> eeuw

De Grondwet van 1814 draagt in veel opzichten een ander karakter. De introductie van de monarchie ging juist gepaard met bepaalde restauratieve tendensen – men denke onder meer aan de herintroductie van de standenvertegenwoordiging in de provinciale staten. Grondrechten kregen slechts een zeer bescheiden plaats. Zelfs de vrijheid van drukpers ontbrak. Deze werd beschouwd als een van oudsher bestaande vrijheid, die met de afschaffing van de Franse censuurmaatregelen uit 1810 de facto weer was ontstaan en daarom ook geen plaats in de Grondwet behoeft.<sup>6</sup> Onder druk van de Belgen, die andere ervaringen hadden, verwierf het censuurverbod wel een plaats in de Grondwet van 1815.

Sinds die tijd is de catalogus van grondrechten langzamerhand aangegroeid, maar niet als gevolg van grote omwentelingen. Ook het opnemen van de sociale grondrechten in 1983 vormt geen echte cesuur. De sociale wetgeving en de ratificatie van verdragen met sociale grondrechten waren de vastlegging reeds voorgegaan.

Een uitzondering geldt tot op zekere hoogte voor 1848. Het spook van de revolutie dat door Europa waarde, zorgde voor een grondwet van liberale snit die onder meer de vrijheid van vereniging en het briefgeheim bracht. De Pacificatie en de daarmee samenhangende grondwetwijziging van 1917, met daarin het algemeen kiesrecht en de financiële gelijkstelling van het bijzonder onderwijs, kunnen op die specifieke punten wellicht eveneens als een zekere breuk met het verleden worden beschouwd.

In het algemeen is de huidige catalogus aan grondrechten echter te beschouwen als het resultaat van tal van 'periodieke onderhoudsbeurten' in het 'polderlandschap'.<sup>7</sup> Er is sprake van een geleidelijke en weinig planmatige aangroei die vaak al was voorbereid door de wetgever. De centrale rol van de wetgever komt overigens ook naar voren in de grondwettelijke systematiek van beperking van grondrechten en in het toetsingsverbod.

6 Zie H.T. Colenbrander, *Ontstaan der Grondwet*, dl. II (1815), 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1909, p. 474.

7 Zie voor deze termen, gebruikt in een enigszins ander verband, Van der Tang 1998, p. 373; vgl. ook *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 13.

De laatste decennia strekken ook de bestaande grondrechtsbepalingen in verdragen tot voorbeeld voor de grondwetgever. Zo gaat de ratificatie van het ESH (1981)<sup>8</sup> vooraf aan de vastleggen van de sociale grondrechten in de Grondwet (1983). Ook in de uitleg van de Grondwet in jurisprudentie en wetgeving wordt aangesloten bij de verdragen. Zo constateert de Hoge Raad op grond van de wetsgeschiedenis dat bij de bepaling van de reikwijdte van art. 10 Grondwet moet worden voortgebouwd op art. 8 EVRM.<sup>9</sup> In het tweede en derde lid van art. 10 Grondwet is, anders dan in de tekst van art. 8 EVRM, overigens wel uitdrukkelijk aandacht voor het belang van persoonsgegevens. In de loop van de jaren zeventig zorgt de groeiende vrees voor de ontwikkeling van grote en geautomatiseerde gegevensbestanden voor meer aandacht voor de informationele privacy. Deze komt in de Grondwet tot uitdrukking in de twee genoemde leden van art. 10.<sup>10</sup> Wat wel opvalt, is dat de wetgever weliswaar een opdracht krijgt, maar tegelijkertijd weer alle vrijheid.

#### 4. Huidige behoefte aan nieuwe grondrechtsbepalingen?

Ervaringen met onrecht en vrees voor toekomstige ontwikkelingen kunnen belangrijke redenen voor het vastleggen van grondrechten zijn. Gaat men daar van uit, dan zou het onderzoek van de staatscommissie er in de eerste plaats op gericht geweest moeten zijn om de vraag te beantwoorden of bepaalde gebeurtenissen in het (recente) verleden of gevreesde ontwikkelingen in de toekomst een reden zouden kunnen vormen om nieuwe grondrechtsbepalingen in de Grondwet op te nemen of de bestaande bepalingen aan te passen.

Nu zou die vraag waarschijnlijk niet makkelijk te beantwoorden zijn geweest. Enkele voorbeelden kunnen dat illustreren. Zo wordt slavernij en slavenhandel tegenwoordig als groot onrecht beschouwd, maar het lijkt wat geforceerd om daar na een zeer lange periode alsnog op te willen reageren met een grondwetsbepaling. Ook de politionele acties en de daarmee verbonden schendingen van de mensenrechten liggen al weer enige tijd achter ons. Daar staat tegenover dat Nederlandse militairen steeds vaker opereren in gebieden waar in elk geval door andere betrokkenen, en ook door bondgenoten, gemarteld wordt. Dat zou een reden kunnen zijn om het martelverbod een extra nadruk te geven.

Traumatische ervaringen als de moord op Fortuyn en de moord op Van Gogh zouden, ook tegen de achtergrond van de terreurdreiging, een motief kunnen vormen om het recht op – bescherming van het – leven een plaats te geven in de Grondwet. Dat recht zou de rol van de overheid bij de bescherming van haar burgers in het algemeen en van sommige – bedreigde – burgers in het bijzonder kunnen benadrukken. De

8 De ondertekening van het ESH dateert overigens al uit 1961.

9 HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928 (Edamse bijstandsvrouw).

10 *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 42 e.v.

veroordeling van onschuldigen in een aantal geruchtmakende strafprocessen zou een overweging kunnen vormen om het recht op een eerlijk proces uit te lichten. Hier is overigens niet gezegd dat de inbreuken op het rechtsgevoel die de genoemde 'misstanden uit het verleden' hebben veroorzaakt steeds *linea recta* een grondrechtelijke vertaling verdienen, maar het zijn wel relevante kwesties in zoverre de opname van grondrechtsbepalingen te maken heeft met ervaringen van onrecht.

Daarnaast zijn, zoals vaker, de voortschrijdende mogelijkheden van de techniek van betekenis.<sup>11</sup> De ontwikkelingen in het onderzoek naar hersenactiviteit, bijvoorbeeld, gaan snel. Dergelijk onderzoek lijkt een steeds betere indicatie te kunnen geven van de inhoud van het gedachtenleven van personen. Dat leidt tot de vraag of de vrijheid van gedachte niet als absoluut geformuleerd grondrecht een plaats in de Grondwet verdient of dat althans een deel van het recht op lichamelijke en psychische integriteit (art. 11 Gw) niet veel sterker beschermd moet worden dan op dit moment het geval is. Die sterkere bescherming zou bijvoorbeeld naar voren kunnen komen uit een absoluut verbod van dergelijk onderzoek, voor zover daar geen toestemming voor is gegeven.

Ook kan men zich afvragen of de grondwetgever niet zijn licht moet laten schijnen over de toelaatbaarheid van het klonen van mensen. De vrees voor het gebruik van die technische mogelijkheden zou een reden kunnen vormen voor de opname van een 'kloonverbod' in de Grondwet, zoals dat in Zwitserland is gebeurd.<sup>12</sup> De wetgever mag er dan niet meer voor kiezen om ruimte te scheppen voor bijvoorbeeld het klonen van kinderen om bepaalde problemen bij echtscheidingen te vermijden.<sup>13</sup>

Ziet men ervaren onrecht en de vrees voor nieuwe ontwikkelingen als belangrijke redenen voor het vastleggen van grondrechten, dan is het opvallend dat overwegingen dienaangaande grotendeels ontbreken in het rapport van de staatscommissie. Meer aandacht daarvoor zou waarschijnlijk niet tot een grotere mate van consensus hebben geleid, maar het rapport was voor niet-juristen wel 'toegankelijker' geworden.

<sup>11</sup> Men vergelijk de aandacht in het rapport voor de 'informatiegrondrechten'.

<sup>12</sup> Zo werd mij gewaar uit EHRM 13 januari 2011, nr. 16354/06, *Mouvement Raëlien Suisse t. Zwitserland*.

<sup>13</sup> Art. 24 lid f Embryowet legt op dit moment een verbod vast om 'handelingen met geslachts-cellen of embryo's te verrichten met het oogmerk van de geboorte van genetisch identieke menselijke individuen'.

## 5. Verhouding Verdrag en Grondwet

De opdracht aan de staatscommissie had van meet af aan een vrij intern-juridisch karakter, namelijk om te onderzoeken in hoeverre er aanleiding is om wel in verdragen maar niet in de Grondwet vastgelegde grondrechten in de Grondwet op te nemen. De verdragsgrondrechten vormden daarmee voor de staatscommissie het gegeven ijkpunt voor de grondrechtelijke catalogus (zie ook de opdracht aan de commissie). De mogelijkheid om geheel nieuwe grondrechten of afscheidingen van bestaande grond-

rechten op te nemen kwam daarmee enigszins op de achtergrond te staan.

Over de vraag naar de juiste verhouding tussen de Grondwet en internationale grondrechtencatalogi toont de Commissie zich tamelijk verdeeld. In theorie, dus los van het rapport, kunnen hier twee ideaaltypische benaderingen worden onderscheiden. De ene opvatting is dat de bescherming van grondrechten in belangrijke mate is geïnternationaliseerd, en dat deze ontwikkeling toe te juichen is omdat zij toont dat ook de grondwetgever zelf aan de grondrechten is gebonden. Zo beschouwd hoeft er voor de Grondwet slechts een aanvullende rol weggelegd te zijn. Het zou bijvoorbeeld kunnen dat in het internationale recht een bepaald grondrecht onvoldoende is gewaarborgd en daarom de Grondwet extra bescherming dient te bieden. Consequent geredeneerd, zou een dergelijk uitgangspunt ook kunnen leiden tot een voorstel om bepaalde grondwetsbepalingen maar te schrappen, nu het verdragsrecht hier voldoende uitkomst biedt. Aan de andere kant staat de ideaaltypische opvatting dat alle grondrechten juist in de Grondwet moeten staan, nu dat document op zijn minst een goed overzicht moet geven van onder meer de burgerlijke en politieke vrijheden in Nederland. Een grondwettelijke catalogus waarin grondrechten ontbreken, zou immers verkeerde suggesties kunnen wekken en de burger bovendien nopen elders, in verdragen, te rade te gaan. Wel het petitierecht vastleggen, maar niet de bewegingsvrijheid, zou bijvoorbeeld moeilijk te verdedigen zijn.

Een tweede argument om alle grondrechten in de Grondwet vast te leggen zou kunnen zijn dat de grondrechtelijke bescherming bij uitstek van nationale makelij dient te zijn. Dat zou in het bijzonder het geval kunnen zijn indien het vastleggen van grondrechten als een vorm van 'soevereine zelfbeperking' valt te kenmerken. Het zwaartepunt van de grondrechtenbescherming zou wellicht ook daarom in de Grondwet moeten liggen, omdat Straatsburgse rechters zich terughoudend op horen te stellen. In dit verband valt te wijzen op de recente discussie over de legitimiteit van – bepaalde – uitspraken van het EHRM.<sup>14</sup> Hier zij slechts gezegd dat een pleidooi voor een terughoudende opstelling van het EHRM bij de bindende uitleg van de verdragsbepalingen een argument kan vormen voor een grotere rol voor de Grondwet. De Nederlandse rechter neemt immers de door het EHRM gegeven uitleg van het EVRM in beginsel over, zoals hieronder nog aan bod komt.

## 6. Verdeeldheid in Commissie

Uit het rapport van de Commissie kan worden afgeleid dat de benadering van vijf van haar leden vrij dicht bij de eerstgenoemde opvatting staat.

<sup>14</sup> Voor een overzicht en evaluatie van deze discussie alsmede voor de nodige literatuurverwijzingen J. Gerards, 'Waar gaat het debat over het Europees Hof voor de Rechten van de Mens nu eigenlijk over?', *NJB* 2011, p. 608-612.

Deze vijf leden zijn namelijk alleen bereid een recht op eerbiediging van de menselijke waardigheid en een (nader uitgewerkt) recht op een eerlijk proces en op toegang tot de rechter in de Grondwet op te nemen. Het recht op eerbiediging van de menselijke waardigheid, dat overigens niet in het EVRM, maar wel in andere internationale teksten als het Handvest van de grondrechten van de EU is te vinden, wordt door de Commissie als een van de basisbepalingen van de hele Grondwet opgevoerd. De introductie ervan moet dan ook in dat licht worden gezien.

In het Duitse recht wordt dat recht op eerbiediging van de menselijke waardigheid ook als – deel van de – kern van de meeste (andere) grondrechten teruggevonden. De suggestie dat het recht op bescherming van de menselijke waardigheid ook een verbod van marteling in zich bergt,<sup>15</sup> is dan ook zeker niet onjuist. Hoe het recht op eerbiediging van de menselijke waardigheid zich verhoudt tot het recht op leven is minder duidelijk, met name nu bij laatstgenoemd recht, anders dan bij het martelverbod, pleegt te worden vastgelegd dat bepaalde berovingen van het leven er niet mee in strijd zijn (zie art. 2 lid 2 EVRM).

De Commissie is overigens niet echt scheutig met een nadere uitwerking van het recht op eerbiediging van de menselijke waardigheid. Zo had ik graag wat willen vernemen – de lezer begrijpt het al – over de mogelijke verhouding met onderzoek naar hersenactiviteit en klonen.

Een ander grondrecht dat volgens de Commissie opname in de grondwet verdient, is het recht op een eerlijk proces en op toegang tot de rechter. Dat recht ligt weliswaar al vast in het EVRM, maar bepaalde geschillen, niet zijnde strafzaken of geschillen over burgerlijke rechten en verplichtingen, blijven buiten de reikwijdte van de verdragsbepaling. Dat zijn onder meer geschillen over toelating en uitzetting van vreemdelingen en niet-punitieve belastinggeschillen. De opname in de Grondwet zorgt dus voor aanvullende rechtsbescherming en daarom is deze te rechtvaardigen.

De toevoeging van andere grondrechten wordt door deze vijf leden echter afgewezen. Ten aanzien van het martelverbod, het recht op leven en de bewegingsvrijheid wordt gewezen op de directe werking van de relevante verdragsbepalingen.<sup>16</sup> De opvatting ten aanzien van het martelverbod lijkt me consistent, nu de betreffende verdragsbepaling geen beperkingen toelaat. Opname in de Grondwet van een bepaling met eenzelfde reikwijdte zorgt in dat geval niet voor een grotere bescherming. Indien een grondrecht wel beperkt kan worden, biedt de grondwettelijke beperkingssystematiek echter vrijwel per definitie een bepaalde bescherming die niet in verdragen is terug te vinden. Dat geldt in het bijzonder de centrale positie van de wet in formele zin en het daarmee samenhangende gebod van een specifieke wettelijke grondslag. Indien bijvoorbeeld de bewegingsvrijheid

<sup>15</sup> *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 42.

<sup>16</sup> Wel wordt uitdrukkelijk de mogelijkheid opengehouden om het recht op leven op een later tijdstip in de Grondwet vast te leggen.

in dat systeem wordt opgenomen, krijgt zij een sterkere bescherming dan door het verdragsrecht wordt geboden. Of dat wenselijk is of juist een reden de bewegingsvrijheid buiten de Grondwet te houden, daarover kunnen de meningen vervolgens verschillen.

Opname in de grondwet van het recht op leven zou de bescherming ook (kunnen) doen toenemen. De Grondwet zou bijvoorbeeld minder uitzonderingen kunnen bevatten dan het tweede lid van art. 2 EVRM.<sup>17</sup> Een andere uitbreiding van de bescherming van het recht op leven zou kunnen liggen in het feit dat op nationaal niveau meer zekerheid geboden wordt over het antwoord op de vraag wanneer het recht op leven een aanvang neemt. Het EHRM is hier namelijk buiten gebleven bij gebrek aan een Europese standaard op dit punt.<sup>18</sup> Nu mag men aannemen dat daar in Nederland ook allesbehalve consensus over bestaat en dat een voorstel tot invoering van het recht op leven tot grote controverses aanleiding kan geven. Misschien een reden ervan af te zien, maar niet op grond van de gegeven argumenten.

Meer in het algemeen is de vraag of een grondwettelijke bepaling een grotere bescherming biedt dan een verdragsbepaling slechts te beantwoorden indien de formulering en de interpretatie daarvan bekend is. In dit verband valt er op te wijzen dat de opname van een grondwettelijk recht om te huwen bij uitstek een ruimere bescherming zou kunnen bieden dan art. 12 EVRM,<sup>19</sup> indien dat grondwettelijk recht ook zou gelden voor mensen van gelijk geslacht. Ziet men in het feit dat een dergelijke mogelijkheid tot enige jaren geleden niet bestond een misstand uit vroeger tijd, die nooit meer mag terugkomen, dan zou een dergelijk recht zelfs bij uitstek in aanmerking moeten komen voor opname in de Grondwet.

Kortom, de overweging van deze vijf leden dat eigenlijk alleen de opname in de Grondwet van een recht op een eerlijk proces met een ruime reikwijdte iets toevoegt aan de grondrechtelijke bescherming die de verdragsbepalingen bieden, is onvoldoende gemotiveerd, nu ook de opname in de Grondwet van andere rechten in tal van opzichten voor een uitgebreider bescherming zou kunnen zorgen.

De vraag of opname in de Grondwet tot een ruimere bescherming zou kunnen leiden, hangt voorts samen met het toetsingsvraagstuk.<sup>20</sup> De opheffing van het toetsingsverbod zou namelijk ook voor een grotere bescherming kunnen zorgen, indien reikwijdte en clausulering van een grondwettelijke bepaling en een verdragsbepaling zo goed als overeenkomen. De Nederlandse rechter is op dit moment immers slechts bereid wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten op grond van een interpretatie van de verdragsbepaling die strookt met de Straatsburgse jurisprudentie.<sup>21</sup> In beginsel is het dus aan de wetgever en niet aan de rechter

17 Zie voor een suggestie in die richting J.A. Peters e.a., *Het recht op leven in de Nederlandse Grondwet. Een verkennend onderzoek*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009, p. 64.

18 EHRM 8 juli 2004, 53924/00, Vo. t. Frankrijk

19 Vgl. EHRM 24 juni 2010, nr. 30141/04, Schalk & Kopf t. Oostenrijk.

20 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 48.

21 HR 10 augustus 2001, NJ 2002, 278.



om op grond van het verdragsrecht duidelijk meer bescherming te bieden dan het Europese minimum. Deze opstelling van de rechter laat zich op twee manieren verklaren.<sup>22</sup> In de eerste plaats past zij in de in Nederland bestaande verhouding tussen rechter en wetgever, die ook uit het toetsingsverbod (art. 120 Gw) naar voren komt. In de tweede plaats valt te verdedigen dat de door het EHRM gegeven en bindende uitleg van een verdragsbepaling zich invoegt in de door de Nederlandse rechter toe te passen verdragsbepaling.

Indien het toetsingsverbod wordt opgeheven, heeft de Nederlandse rechter het laatste woord bij de interpretatie van de bepalingen van de Grondwet. Hij zal de interpretatie ook daadwerkelijk zelf ter hand moeten nemen en niet, zoals bij het EVRM, kunnen aansluiten bij de interpretatie door het EHRM.

Is de terughoudende opstelling van de rechter ten aanzien van de interpretatie van de verdragsbepalingen overigens in belangrijke mate ingegeven door het bestaande toetsingsverbod, dan zal de opheffing ervan er toe kunnen leiden dat de rechter ook strenger zal gaan toetsen aan verdragsbepalingen. De vijf andere leden zitten wat meer op het spoor dat de Grondwet zelf een goed beeld moet geven van de bescherming van de grondrechten in Nederland. Zij steunen daarom het voorstel om het recht op een eerlijk proces en op toegang tot de rechter nader uit te werken in de Grondwet, maar willen daarnaast in elk geval ook de (andere) meest fundamentele rechten die op dit moment in de Grondwet ontbreken, daarin opgenomen zien worden. Dat zijn naar de mening van deze vijf leden wél het recht op leven en het folterverbod, maar niet de bewegingsvrijheid of het recht op eigendom. Voor het folterverbod wordt als reden aangevoerd dat het als *ius cogens* beschouwd kan worden. Eenzelfde overweging zou naar mijn mening mogelijk geweest zijn ten aanzien van het verbod van slavernij. Dat blijkt echter weer geen plaats toe te komen in de grondwettelijke catalogus. Over de redenen daarvoor tast de lezer in het duister.

Bovendien zou de opname van 'de meest fundamentele' grondrechten in de Grondwet de argeloze burger die de Grondwet ter hand neemt nog steeds een vertekend beeld kunnen geven, nu er momenteel ook minder belangrijke rechten in de Grondwet staan. Hij zal na lezing van de Grondwet waarschijnlijk toch denken dat het wel vastgelegde petitierecht meer betekenis heeft dan het ontbrekende recht op eigendom of op bewegingsvrijheid.

Ten aanzien van het recht op leven zou men van de vijf voorstanders voor opname van een dergelijk recht ook enige toelichting hebben verwacht. Het kan naar mijn mening niet de bedoeling zijn om eerst een dergelijk recht in te voeren en het vervolgens aan de rechter over te laten om vast te

22 Zie uitgebreider A.J. Nieuwenhuis, L. Dragstra, *Van minimum, tekort en meerwaarde. Een vergelijking tussen de grondwettelijke bescherming van grondrechten en de bescherming op grond van het EVRM*, preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Den Haag: Boom 2008, p. 49 e.v.

stellen waar de bescherming begint, of welke uitzonderingen op het recht mogelijk zijn. Zoals gezegd, is op dit punt een verwijzing naar de verdragsbepaling niet afdoende; de Nederlandse Grondwetgever ontkomt niet aan een eigen oordeel.

## 7. Toegankelijkheid en normativiteit

De meningsverschillen tussen de twee vijftallen blijken ook niet te beslechten met behulp van de criteria 'toegankelijkheid' en 'normativiteit', die in het rapport van de Commissie zo nu en dan worden opgevoerd. Op het eerste gezicht valt te verdedigen dat de Grondwet toegankelijker wordt naarmate het aantal (grondrechts)bepalingen afneemt.<sup>23</sup> De uiterste consequentie zou kunnen zijn dat er maar enkele algemene grondrechtsnormen (een algemeen persoonlijkheidsrecht, een algemeen vrijheidsrecht en een recht op gelijke behandeling) in hoeven te staan. Gezien het feit, dat de Hoge Raad het algemeen persoonlijkheidsrecht beschouwt als grondslag voor de vrijheidsrechten<sup>24</sup> en het gelijkheidsbeginsel ook nog wel uit het persoonlijkheidsrecht valt af te leiden zou zelfs volstaan kunnen worden met één bepaling.<sup>25</sup>

Zelf zou ik overigens niet aanraden zo te werk te gaan. Uit het bovenstaande voorbeeld blijkt juist dat toegankelijkheid en beperkte omvang niet zonder meer samenvallen. In de toegankelijkheid zit ook de mate van begrijpelijkheid en aansprekendheid (godsdienst en levensovertuiging, meningsuiting, betoging) meegegeven. Bovendien kunnen de vijf andere leden aanvoeren dat datgene wat toegankelijk moet zijn, juist een goed overzicht van alle bestaande grondrechten is.

Het criterium 'normatieve kracht', dat elders in het rapport een zekere rol speelt, wordt eigenlijk nauwelijks gehanteerd bij het beantwoorden van de vraag of er nieuwe grondrechtsbepalingen in de Grondwet dienen te worden opgenomen. Het valt overigens te betwijfelen of de toepassing van dit criterium soelaas had geboden. Enerzijds valt te verdedigen dat het opnemen van nieuwe grondrechtsbepalingen de normatieve kracht van de Grondwet niet echt doet toenemen, omdat deze grondrechten in de Nederlandse rechtsorde al in belangrijke mate beschermd worden door verdragsbepalingen. Anderzijds zou beargumenteerd kunnen worden dat de normatieve inhoud en dus ook de normatieve kracht van de Grondwet toeneemt als daar meer fundamentele normen in staan.

In beide gevallen is de argumentatie sterk intern-juridisch van aard. Een alternatieve benadering is eerder in deze bijdrage geschetst. De vraag zou allereerst geweest kunnen zijn of een bepaalde norm op dit moment, gezien de ernst van bepaalde misstanden in het verleden of de ernst van

23 In elk geval geen lange lijst, *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 59.

24 HR 15 april 1994, *NJ* 1994, 608 (Valkenhorst).

25 Daarbij zal men erop moeten vertrouwen dat de rechter die ene bepaling ook deze uitgebreide en veelomvattende uitleg zal geven.

mogelijke toekomstige ontwikkelingen, een zodanige normatieve kracht hoort toe te komen dat een status als grondrecht te rechtvaardigen is. Die vraag laat zich moeilijk beantwoorden zonder te wijzen op concrete gebeurtenissen en maatschappelijke ontwikkelingen. Daarna komt pas de vraag aan bod of opname in de Grondwet geboden is, wellicht ook daarom omdat de bestaande en relevante verdragsbepaling niet dezelfde of niet hetzelfde niveau van bescherming geeft.

## 8. Afsluiting

De Commissie heeft een goed leesbaar rapport gepubliceerd waarin tal van juridische kwesties op een uiterst heldere manier uiteengezet worden.

Het rapport is – zeker voor juristen – dan ook toegankelijk genoeg. De lezer krijgt echter nauwelijks het idee dat het vastleggen van grondrechtsbepalingen te maken heeft met de wens om bepaalde vormen van onrecht te voorkomen. Daarin ligt nu juist een deel van hun toegankelijkheid.

De benadering van de Commissie lijkt tot op zekere hoogte ingegeven door de opdracht aan de Commissie, namelijk te adviseren over ‘de noodzaak tot grondwetswijziging in verband met de verhouding tussen de in de Grondwet opgenomen grondrechten en de uit internationale verdragen voortvloeiende rechten’.

Het is echter zeer de vraag of het uitvoeren van die opdracht goed mogelijk is zonder uitgebreider in te gaan op maatschappelijke ontwikkelingen die wellicht nopen tot de opname van nieuwe grondrechtsbepalingen. Daarmee is niet gezegd dat de redenen voor de opname van bepalingen die zien op een eerlijk proces en op toegang tot de rechter niet overtuigend zouden zijn. De lezer die verwacht dat er op zijn minst ook enkele overwegingen zijn gewijd aan bijvoorbeeld homohuwelijk of klonen, zal echter teleurgesteld zijn.