

# De kernrechtbenadering bij de grondrechten

A.J. NIEUWENHUIS\*

## 1. Inleiding

Lang niet alle grondrechten hebben een absoluut karakter. In dat geval zijn de beperkingsvoorwaarden, die uitsluitel moeten geven over de toelaatbaarheid van een beperking, van groot belang. Zo kent de Nederlandse Grondwet competentievoorschriften, doelcriteria en procedurevoorschriften.<sup>1</sup> In het EVRM vinden we het vereiste 'bij wet voorzien', doelcriteria en de noodzakelijkheidseis.

Aan voorwaarden voor een beperking wordt soms de idee van een kernrecht toegevoegd: het idee dat de reikwijdte van een grondrecht een centraal gedeelte kent, dat in het bijzonder voor bescherming in aanmerking komt. De Duitse Grondwet bevat de bepaling dat de '*Wesensgehalt*' van de grondrechten onaantastbaar is (art. 19 GG). Daarnaast wordt de menselijke waardigheid, waarvan de onaantastbaarheid is vastgelegd in art. 1 GG, als deel van de kern van de meeste vrijheidsrechten beschouwd. De constituties van Spanje en Portugal kennen naar Duits voorbeeld<sup>2</sup> vergelijkbare bepalingen. De Zwitsers gebruiken in art. 36 lid 4 BW de term '*Kerngehalt*' van de grondrechten. De Poolse Grondwet bevat een algemene bepaling ten aanzien van beperking van grondrechten die ook de voorwaarde vastlegt dat beperkingen niet de essentie van vrijheden en rechten mogen aantasten.<sup>3</sup>

Ook het Handvest van de Grondrechten van de EU legt het idee van het kernrecht vast (art. 52 Hv EU). In het EVRM valt te wijzen op art. 17 dat niet alleen op misbruik van recht ziet maar ook aan de staat verbiedt een recht 'te niet te doen'. Dit verbod speelt in de jurisprudentie echter geen belangrijke rol; wel komt in een aanzienlijk aantal uitspraken van het EHRM de vraag aan de orde of 'the very essence' ('*substance même*') of the '*core*' ('*coeur*') van een grondrecht in het geding is. Deze bewoordingen suggereren op zijn minst dat binnen de reikwijdte van veel rechten onderscheid gemaakt kan worden tussen een bij uitstek beschermd centrum en een minder sterk beschermde periferie.

\* Mr. dr. A.J. Nieuwenhuis is universitair hoofddocent Staatsrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

<sup>1</sup> In de Grondwet wordt ook wel een proportionaliteitsvereiste ingelezen, bijv. *Kamerstukken II* 2000/01, 27 460, nr. 1, p. 6.

<sup>2</sup> Leisner-Egensperger 2009, p. 591 e.v. en p. 630.

<sup>3</sup> Zie hiervoor EHRM 22 juni 2004, nr. 31443/96 (*Broniowski/Polen*) '*stripped of their substance*'.

In Nederland is de idee van het kernrecht door de Grondwetgever expliciet verworpen. In de Toelichting bij de Grondwet van 1983 vinden we als belangrijkste argument voor die afwijzing dat de kern zich moeilijk in abstracto laat aanduiden, omdat zij eerder situationeel en dynamisch bepaald is.<sup>4</sup> Deze motivering strookt met het standpunt van Burkens, die in de beperkingssystematiek evenmin een plaats weggelegd ziet voor de kernrechtbenadering.<sup>5</sup> Een bijkomend bezwaar is volgens hem dat de afbakening van een kern ertoe kan leiden dat beperkingen die slechts de periferie raken al snel onbeduidend schijnen.

In de Nederlandse jurisprudentie zijn desondanks aanzetten tot een kernrechtbenadering te vinden, niet alleen in navolging van het EHRM. Het door de Hoge Raad<sup>6</sup> van het verspreidingsrecht onderscheiden recht te openbaren wordt soms als de kern van de vrijheid van drukpers beschouwd.<sup>7</sup> De Advocaat Generaal in de SGP-zaak wees erop dat de praktijk van deze partij om vrouwen niet kandidaat te stellen bij verkiezingen voor vertegenwoordigende organen niet onder *'the very essence'* van het grondrecht op vrijheid van godsdienst valt.<sup>8</sup> De Afdeling Bestuursrechtspraak was van oordeel dat de vrijheid van godsdienst niet in haar wezen was aangetast door het bestemmingsplan dat niet toestond dat er op een bepaalde plaats een kapel werd geconstrueerd.<sup>9</sup>

De Staatscommissie Grondwet die in 2010 rapport uitbracht, was van mening dat het idee van het kernrecht uitdrukkelijk in de Grondwet zou moeten worden vastgelegd:<sup>10</sup> bepaalde beperkingen horen niet te zijn toegestaan, ook als er zwaarwegende belangen voor zijn en er geen ander middel is om deze belangen te dienen. Het voorstel tot invoering van een dergelijke bepaling koppelde zij overigens aan het vastleggen van de onaanastbaarheid van de menselijke waardigheid die de wezenlijke betekenis van een grondrecht mede kan invullen.<sup>11</sup> Het kabinet reageerde afwijzend op het idee van een kernrechtbepaling, onder meer verwijzend naar de bovengenoemde argumentatie van de Grondwetgever om van zo'n bepaling af te zien.<sup>12</sup>

Dit alles maakt nieuwsgierig naar de betekenis van de kernrechtidee. De hoofdvraag van deze bijdrage is dan ook in hoeverre het kernrecht een meerwaarde heeft boven de bestaande beperkingsvoorwaarden, en in het bijzonder boven de eis van proportionaliteit. Bij de toepassing van de proportionaliteitstoets wordt immers vaak al onderscheid gemaakt tussen minder en meer ingrijpende beperkingen.

Ter beantwoording van deze vraag wordt in de eerste plaats de Duitse leer onderzocht. Daar zijn door de rechter en in de literatuur de nodige overwegingen gewijd aan de menselijke waardigheid, de *'Wesensgehalt'* en hun onderlinge verhouding. Vervolgens wordt de jurisprudentie van het

## arti- kelen

4 Kamerstukken II 1976/77, 13 872, nr. 3, p. 12.

5 Burkens 1989, p. 96.

6 HR 28 november 1950, NJ 1951, 137.

7 Boukema 1966, p. 110.

8 HR 9 april 2010, NJ 2010, 388, m.nt. Alkema.

9 ABRvS 6 april 2005, AB 2005, 225, m.nt. Groothuijse en Ortlep.

10 Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 55.

11 Ibid., p. 42.

12 Reactie kabinet op rapport Staatscommissie Grondwet (brief van 24 oktober 2011), Kamerstukken II 2011/12, 31 570, nr. 20.

EHRM geanalyseerd, in het bijzonder de jurisprudentie van de Grote Kamer, waarin gesproken wordt over de 'core' of de 'very essence' van een bepaald recht. In de conclusie wordt de hierboven geformuleerde hoofdvraag beantwoord door de resultaten uit de verschillende delen te integreren tot één geheel.

## 2. Duitsland

De Duitse Grondwet van 1949 is in veel opzichten te beschouwen als een reactie op de ondergang van de Weimar-republiek en het daaropvolgende racistische schrikbewind. In de na-oorlogse grondwet (*Grundgesetz*, hierna GG) is dan ook een aantal onaantastbare uitgangspunten vastgelegd. Art. 79 GG bepaalt dat bepaalde grondwettelijke normen niet wettelijk gewijzigd mogen worden.<sup>13</sup> Dat verbod ziet op het recht op onaantastbaarheid van de menselijke waardigheid, vastgelegd in art. 1 lid 1 en op het democratisch en bondsstatelijk karakter van het staatsbestel.

De menselijke waardigheid maakt tevens deel uit van de kern van de meeste vrijheidsrechten. Art. 19 lid 2 GG stelt bovendien dat een grondrecht in geen geval in zijn 'Wesensgehalt' aangetast mag worden. Deze norm moet voorkomen dat de grondrechten die door de wetgever beperkt kunnen worden volledig 'leeglopen'.<sup>14</sup> Daarbij is het van belang om op te merken dat in Duitsland een constitutioneel vereiste van evenredigheid bestaat.<sup>15</sup> Indien de wetgever bevoegd is een grondrecht te beperken dient de beperking daarom te voldoen aan de eis van subsidiariteit, van geschiktheid en van proportionaliteit in enge zin. Uit dat laatste vereiste volgt: hoe ingrijpender een inmenging, hoe groter het belang dat ter rechtvaardiging ervan zal moeten worden aangevoerd.

Bij de beoordeling van de evenredigheid van beperking van een grondrecht kan binnen de reikwijdte van een grondrecht onderscheid gemaakt worden. Zo genieten 'Beiträge zur Auseinandersetzung in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührende Frage' bijvoorbeeld een relatief sterke bescherming van de vrijheid van meningsuiting.<sup>16</sup> In de rest van deze paragraaf wordt dan ook in het bijzonder onderzocht in hoeverre de onaantastbaarheid van de menselijke waardigheid en het verbod de *Wesensgehalt* van een grondrecht aan te tasten wat aan het vereiste van evenredigheid toevoegen.

### 2.1 Menselijke waardigheid

De grondrechtencatalogus opent in art. 1 GG met de bepaling dat de waarde van de mens onaantastbaar is. Dit is de centrale en hoogste norm van de Duitse grondwet,<sup>17</sup> die het hele grondwettelijk waardensysteem

<sup>13</sup> Naar de letter van art. 79 lid 3 GG is iedere verandering van art. 1 en art. 20 GG uitgesloten. Naar de geest is iedere wezenlijke aantasting van deze uitgangspunten verboden.

<sup>14</sup> Leisner-Egensperger 2009, p. 592.

<sup>15</sup> Kirchhof, 1988, p. 132-133. Zie ook Hins 2005, p. 61 e.v.

<sup>16</sup> BVerfG 26 juni 1990, E 82, 272, onder verwijzing naar BVerfG 19 april 1990, E 54, 124.

<sup>17</sup> Vgl. Herzog 1992, p. 92.

beheerst.<sup>18</sup> De opstellers van de Grondwet knoopten hier aan bij de notie dat de mens een van God of de natuur gegeven eigenwaarde en onafhankelijkheid (*Eigenständigkeit*) heeft, die zijn wezen vormt.<sup>19</sup> Dat blijkt ook uit een bij de opstelling van de Grondwet geopperde alternatieve norm: de staat is er omwille van de mens, in plaats van andersom.

Een nadere positieve invulling van het grondrecht ontbreekt grotendeels.<sup>20</sup> Het is makkelijker om aan te geven wat in strijd is met de menselijke waardigheid.<sup>21</sup> Het *Bundesverfassungsgericht* heeft in de eerste plaats gewezen op specifieke maatregelen die in het verleden werden toegepast: *'Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung, Achtung usw.'*<sup>22</sup> In de jaren tachtig heeft het *Bundesverfassungsgericht* ook aandacht voor de verhouding tussen menselijke waardigheid en het mogelijke misbruik van persoonsgegevens.<sup>23</sup> Dat komt opnieuw naar voren bij de verwerking van het onrecht dat in de voormalige DDR plaatsvond.<sup>24</sup> Meer recent heeft het *Bundesverfassungsgericht* gewezen op vragen die met de bescherming van de persoonlijke identiteit of de psychisch-sociale integriteit te maken hebben.<sup>25</sup> Voorts zou ook een commercialisering van het menselijke bestaan in strijd kunnen geraken met de menselijke waardigheid.<sup>26</sup> Maatregelen dienen een bepaalde mate van ernst te hebben, alvorens de menselijke waardigheid in het geding is. Ongelijke behandeling of negatieve bejegening alléén is niet voldoende: *'Erforderlich ist vielmehr, daß der angegriffenen Person ihr Lebensrecht als gleichwertige Persönlichkeit in der staatlichen Gemeinschaft abgesprochen und sie als unterwertiges Wesen behandelt wird.'*<sup>27</sup> De menselijke waardigheid is evenmin onmiddellijk in het geding indien een persoon object van strafrechtelijk onderzoek wordt. Dat wordt anders *'wenn durch die Art der ergriffenen Maßnahme die Subjektqualität des Betroffenen grundsätzlich in Frage gestellt wird'*.<sup>28</sup> De mens mag namelijk niet *'zum bloßen Objekt der Staatsgewalt'* worden gemaakt.<sup>29</sup> De menselijke waardigheid dient door de overheid overigens niet alleen ontzien, maar ook meer actief beschermd te worden: de overheid moet een menswaardig bestaan garanderen.<sup>30</sup>

Het recht op menselijke waardigheid ligt als kern besloten in de meeste overige vrijheidsrechten. Dat is niet verrassend, nu menselijke waardigheid en persoonlijke autonomie in elkaars verlengde liggen. De specifieke grondrechtenbepalingen hebben wel een beduidend ruimere reikwijdte dan het recht op menselijke waardigheid;<sup>31</sup> ze zijn er zeker niet geheel uit af te leiden.

De onaantastbare menselijke waardigheid vormt een harde grens voor het ingrijpen van de overheid, maar concrete omstandigheden kunnen een rol spelen bij de vaststelling waar de grens precies loopt: *'Der Maßstab der Menschenwürde ist mit dem Blick auf die spezifische Situation näher*

18 Onder andere: BVerfG 23 maart 1971, E 30, 347; BVerfG 16 januari 1957, E 6, 32; BVerfG 3 maart 2004, E 109, 279.

19 Pieroth & Schlink 1994, p. 91-92.

20 Stern 1988, p. 21.

21 BVerfG 17 december 1951, E 1, 97 (104); BVerfG 16 juli 1969, E 27, 1 (6); BVerfG 15 december 1970, E 30, 1 (25); BVerfG 24 april 1986, E 72, 105 (113 e.v.).

22 Vgl. BVerfG 17 december 1951, E 1, 97 (104).

23 BVerfG 15 december 1983, E 65, 1.

24 BVerfG 9 augustus 1995, E 93, 213 (245).

25 BVerfG 3 maart 2004, E 109, 279.

26 BVerfG 12 november 1997, E 96, 375.

27 O.a. BVerfG 4 februari 2010, 1 BvR 369/04; zie ook al BGH 15-3-1994, NJW 1994, 1421, onder verwijzing naar BT Drucksache III 1746 S.3.

28 BVerfG 3 maart 2004, E 109, 279.

29 Vgl. BVerfG 15 december 1970, E 30, 1 en BVerfG 12 november 1997, E 96, 375 (399).

30 Die plicht kan, in samenhang met art. 20 GG, waarin het beginsel van de sociale staat is neergelegd, onder meer gevolgen hebben voor het beleid ten aanzien van uitkeringen. Zie: Van Wissen 2011, p. 273 e.v.

31 Zippelius & Würtenberger 2005, p. 2000 e.v. Zie ook: Herzog 1992, p. 92.

zu konkretisieren, in der es zum Konfliktfall kommen kann'.<sup>32</sup> Dat betekent bijvoorbeeld dat een regeling die het af luisteren in woningen ten behoeve van het opsporen van strafbare feiten mogelijk maakt, niet op zichzelf al inbreuk maakt op de menselijke waardigheid, ook al zou een bepaalde toepassing wel tot een zodanige schending kunnen leiden.

Het grondrecht op menselijke waardigheid ziet net als de overige grondrechten in de eerste plaats op de verhouding overheid – burger. Tegelijkertijd zijn de grondrechten te beschouwen als belangrijke constitutionele uitgangspunten die een uitstraling hebben naar de verhouding tussen burgers onderling.<sup>33</sup> Dat impliceert dat de menselijke waardigheid bijvoorbeeld ook in het geding kan zijn indien een perspublicatie louter is gericht op de 'Herabwürdigung' van een bepaalde persoon. Anders gezegd: de menselijke waardigheid behoort (ook) tot de kern van het persoonlijkheidsrecht dat eer en goede naam beschermt.<sup>34</sup> Indien een bepaalde uitlating deze kern aantast, is een belangenafweging niet meer opportuun; de vrijheid van meningsuiting zal moeten wijken voor het recht op onaanastbaarheid van de menselijke waardigheid.<sup>35</sup>

## 2.2 Wesensgehalt

Het in art. 19 Grundgesetz vastgelegde verbod om de 'Wesensgehalt' van een grondrecht aan te tasten is bedoeld om te voorkomen dat er zodanige beperkingen op een grondrecht worden gesteld dat er niets van overblijft.<sup>36</sup> Het verbod heeft betekenis bij alle vrijheidsrechten waarbij meer en minder vergaande beperkingen mogelijk zijn.<sup>37</sup> De door de wetgever nagestreefde belangen kunnen geen rechtvaardiging vormen voor aantasting van de essentie van zulke grondrechten.<sup>38</sup>

Tot zover bestaat er in de literatuur een zekere overeenstemming over de betekenis van de *Wesensgehaltsgarantie*. Er doen zich echter diepgaande meningsverschillen voor bij de nadere uitleg van de bepaling; de betekenis blijkt hevig omstreden.<sup>39</sup> De onenigheid ziet op twee samenhangende vraagstukken. In de eerste plaats moet de vraag beantwoord worden of het in Art. 19 GG vastgelegde verbod alleen ziet op hetgeen een maatregel *in het algemeen* overlaat van een bepaald vrijheidsrecht of – ook – op het individuele geval.<sup>40</sup> De eerste benadering ziet de betekenis vooral in de bescherming van het bestaan van het grondrecht als zodanig. Zo mag bijvoorbeeld het eigendomsrecht niet worden afgeschaft.<sup>41</sup> In de tweede benadering kan het verbod bij de ontneming van eigendom in ieder individueel geval een rol van betekenis spelen.

Wanneer het verbod om de kern aan te tasten in ieder individueel geval geldt, wordt – in de tweede plaats – het verschil tussen een absolute en een relatieve benadering van het kernrecht belangrijk. Een relatieve

32 Een regeling op dat gebied moet dan ook garanties kennen om dat te voorkomen. BVerfG 27 juli 2005, E 109, 279.

33 BVerfG 15 januari 1958, E 7, 198.

34 Von Mangoldt & Klein 1985, p. 567.

35 BVerfG 3 juni 1987, E 75, 369.

36 Stern 1992, p. 45 e.v. en p. 95.

37 Het wordt daarentegen niet van toepassing geacht op het sociaalstaatsprincipe, het *ius de non-  
evocando* en op onder meer het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel en het *ne bis in idem* beginsel. Voorts is het moeilijk van de kern van het recht op leven te spreken nu een beperking eigenlijk per definitie een einde maakt aan het leven.

38 Stern 1992, p. 95.

39 Schmidt-Bleibtreu, Hofmann & Hopfauf 2011, p. 608.

40 BVerfG 7 mei 1953, E 2, 266.

41 Men vergelijk de zogeheten institutionele benadering van Haberle 1962, p. 70 e.v. en p. 237. Vgl. ook Burkens 1971, p. 143 e.v.

benadering komt er op neer dat het centrale gedeelte van de reikwijdte weliswaar grote bescherming toekomt, maar het niet bij voorbaat uitgesloten is dat een beperking toch proportioneel en daarom acceptabel is. De kern is eigenlijk datgene wat in een concreet geval overblijft,<sup>42</sup> na een afweging met andere – grondrechtelijke – belangen.<sup>43</sup> De absolute benadering gaat er daarentegen vanuit dat de kern van het grondrecht zich juist onttrekt aan iedere afweging, mede omdat anders de specifieke betekenis van de bepaling dreigt te verdwijnen.

De literatuur is sterk verdeeld over het antwoord op de vraag of er een absoluut beschermde kern bestaat die onder alle omstandigheden, in ieder individueel geval, moet worden ontzien. Aan de ene kant staat de opvatting dat alleen verstokte romantici een absolute benadering op individueel niveau kunnen zijn toegedaan.<sup>44</sup> Onder bepaalde omstandigheden zullen immers altijd zeer ingrijpende maatregelen als levenslange opsluiting nodig zijn. Andere schrijvers houden vast aan het idee van een onaantastbare kern,<sup>45</sup> mede op grond van de bewoordingen van de bepaling, de historische achtergrond, en de overlap met de menselijke waardigheid. Levenslange gevangenisstraf, bijvoorbeeld, wordt alleen toelaatbaar geacht, zolang er een kans bestaat dat een gevangene nog vrij kan komen.<sup>46</sup> Daarmee wordt de kern van het recht op persoonlijke vrijheid overigens wel heel klein.<sup>47</sup> Om de betekenis van de *Wesensgehaltgarantie* op dit punt niet te doen verwateren wordt ook wel aangenomen dat gevangenen niet onverkort beroep op het grondrecht op persoonlijke vrijheid kunnen doen.<sup>48</sup>

De meningsverschillen in de literatuur zijn in de jurisprudentie niet definitief beslecht. De jurisprudentie die specifiek op de *Wesensgehalt* ziet, is beperkt van omvang.<sup>49</sup> Het resultaat van de overwegingen van de rechter is meestentijds dat de kern niet is aangetast.<sup>50</sup> Soms is dat weinig verrassend: het verbod om duiven te voeren op de openbare weg raakt niet de kern van het algemeen vrijheidsrecht.<sup>51</sup> En het door art. 9 GG gedekte recht op vrijheid van onderhandelen blijft grotendeels intact indien de rechter slechts één bepaald middel om die onderhandelingen kracht bij te zetten verbiedt.<sup>52</sup> Bij verder gaande maatregelen heeft het

*Bundesverfassungsgericht* in het algemeen overwogen dat in het absolute kernbereik ook ‘*überwiegende Interessen der Allgemeinheit*’ geen rechtvaardiging voor een inmenging kunnen vormen. Het kwam echter tezelfdertijd tot de conclusie dat ook bij de zeer ingrijpende maatregel in kwestie het absolute kernbereik niet was aangetast.

Een nader onderzoek van de jurisprudentie naar antwoorden op de twee eerder gestelde vragen levert het volgende resultaat op. Het *Bundesverfassungsgericht* heeft de vraag of de *Wesensgehalt* al wordt

42 Ook een benadering die ervan uitgaat dat *onder normale omstandigheden* geen belangen zo groot kunnen zijn dat een inmenging te rechtvaardigen is, kan nog als een relatieve benadering worden beschouwd.

43 Vgl. Haberle 1962, p. 61.

44 Lerche 1992, p. 775 e.v.

45 Leisner-Egensperger 2009, p. 604.

46 Vgl. ook Bundesverfassungsgericht 21 juni 1977, E 45, 187.

47 Leisner-Egensperger 2009, p. 605.

48 Loschelder 1992, p. 819.

49 Leisner-Egensperger 2009, p. 606.

50 Leisner-Egensperger 2009, p. 607.

51 BVerfG 23 mei 1980, E 54, 143.

52 BVerfG 26 juni 1991, E 84, 212.

aangetast wanneer er sprake is van een ‘*restlose Entziehung in Einzelfall*’ of pas wanneer er van het grondrecht als zodanig weinig of niets overblijft, aanvankelijk uitdrukkelijk onbeantwoord gelaten.<sup>53</sup> Op grond van latere jurisprudentie mag echter worden aangenomen dat het verbod (ook) van betekenis kan zijn voor het individuele geval.<sup>54</sup>

De rechtspraak is minder eenduidig waar het gaat om een keuze tussen de relatieve en de absolute benadering. Er bestaan bepaalde aanknopingspunten voor de absolute benadering. Zo heeft het *Bundesverfassungsgericht* overwogen dat in de kern van art. 2 lid 1 GG, waarin het recht op vrijheid van handelen is vastgelegd, een onaantastbaar bereik van ‘*privater Lebensgestaltung*’ ligt, waar maatregelen buiten dienen te blijven.<sup>55</sup> Daar staat tegenover dat andere jurisprudentie toch de term ‘onevenredig’ gebruikt om aan te geven dat de kern in het geding is en zo de suggestie wekt dat de relatieve benadering de juiste is.<sup>56</sup>

Binnen het *Bundesverfassungsgericht* bestaan er waarschijnlijk verschillende opvattingen op dit punt. Dat kan geïllustreerd worden aan de hand van het bekende dagboek-arrest.<sup>57</sup> De vraag was of justitie de inhoud van het zeer persoonlijke dagboek van een mogelijkerwijs bij een aantal moorden betrokken man mocht gebruiken bij het strafrechtelijk onderzoek. Vier van de rechters overwogen dat een dergelijk dagboek, waarin een persoon alleen met zichzelf in gesprek is, in het verlengde van de vrijheid van gedachte ligt en tot de absolute kern van de ‘privacy’ behoort, zodat dit gebruik aan justitie was ontzegd. De vier andere rechters waren van oordeel dat, wanneer het dagboek ook overwegingen bevat die op mogelijke misdrijven betrekking hebben, er een voldoende groot belang is om dat gebruik door justitie toe te staan. Hun opvatting kan begrepen worden als een voorbeeld van de relatieve benadering, nu de omschrijving van de kern mede afhankelijk wordt gemaakt van de publieke belangen in het voorliggende geval.

Uit het bovenstaande blijkt al dat de jurisprudentie geen uitsluitsel geeft over de vraag hoe de kern van de verschillende grondrechten omschreven zou moeten worden. Het *Bundesverfassungsgericht* beperkt zich tot weinig scherpe indicaties als ‘*Kernbereich privater Lebensgestaltung*’ of ‘*Menschenwürdegehalt*’. Uiteindelijk wordt steeds casuïstisch en situationeel bepaald of een bepaalde inmenging strookt met de *Wesensgehaltsgarantie*.

Wanneer bijvoorbeeld geoordeeld wordt dat de kern van het recht op persoonlijke vrijheid is aangetast als een wilsonbekwaam persoon wordt opgesloten alleen ter verbetering, zonder dat er gevaar voor de samenleving of de persoon zelf bestaat, blijkt direct al dat andere belangen zo’n maatregel eventueel wel kunnen rechtvaardigen.

53 BVerfG 2, 266 (285).

54 BVerfG 16 januari 1957, E 6,

32.

55 Vgl. BVerfG 31 januari 1973, E 34, 238 (245).

56 Vgl. Leisner-Egensperger 2009, p. 620.

57 BVerfG 14 september 1989, E 80, 367.

Schrijvers die weinig zien in een absolute benadering op individueel niveau, concluderen dan ook met enige ironie dat het 'wezen van het wezen' onbekend is.<sup>58</sup> De norm heeft volgens hen veeleer een symbolische dan een praktische betekenis.<sup>59</sup> Schrijvers die een absolute benadering zijn toegedaan,<sup>60</sup> blijven er echter naar streven een meer algemene omschrijving van de *Wesensgehalt* bij ieder grondrecht te formuleren. Bij de meeste grondrechten blijkt dat echter geen sinecure te zijn.<sup>61</sup> Wel kan gewezen worden op het grondwettelijk vastgelegd censuurverbod, dat mede als essentie van de persvrijheid wordt beschouwd.<sup>62</sup>

Het resultaat van het onderzoek is dat het verbod om de kern van een grondrecht aan te tasten een grote mate van onbepaaldheid heeft en een betrekkelijk lage praktische relevantie. Deze aspecten hangen samen en versterken elkaar.<sup>63</sup> Zolang het moeilijk is een absoluut beschermde kern scherp af te bakenen,<sup>64</sup> kan de kernrechtbepaling niet simpelweg worden toegepast in een individueel geval. Volgens een deel van de schrijvers is dat ook terecht,<sup>65</sup> nu de bepaling eigenlijk alleen ziet op maatregelen die in algemene zin niets van het grondrecht overlaten. Andere schrijvers menen dat juist een wezenlijk element van de bescherming verloren zou gaan, indien het verbod de *Wesensgehalt* aan te tasten niet ook in het individuele geval van betekenis is.

### 2.3 Verhouding tussen menselijke waardigheid en *Wesensgehalt*

Er bestaat een duidelijke overlap tussen de menselijke waardigheid en de *Wesensgehalt* van de grondrechten.<sup>66</sup> Tevens zullen inmengingen die in de buurt van de menselijke waardigheid of de *Wesensgehalt* komen aan hoge eisen van proportionaliteit moeten voldoen. De gevolgtrekking dat *Wesensgehalt* en menselijke waardigheid geheel aan elkaar gelijkgesteld kunnen worden, is echter niet terecht.<sup>67</sup> Ook het *Bundesverfassungsgericht* is van oordeel dat de wetgever enerzijds de '*Würde des Menschen*' niet mag aantasten en anderzijds de '*geistige, politische und wirtschaftliche Freiheit nicht so einschränken dass sie im ihre Wesensgehalt angetastet würde*'.<sup>68</sup> Het wezen van een bepaald grondrecht kan immers specifieke, niet direct door de menselijke waardigheid gedekte elementen omvatten. Het censuurverbod kan als voorbeeld dienen. Het verbod om de *Wesensgehalt* aan te tasten kan bovendien een rol spelen bij grondrechten die niet in de kern ook de menselijke waardigheid beschermen. Te wijzen valt onder meer op de omroepvrijheid en het recht op vrijheid van vakvereniging. De norm ten aanzien van de *Wesensgehalt* zal voorts eerder betekenis kunnen hebben voor rechtspersonen. Een ander verschil is dat het recht op onaanstaaftbaarheid van de menselijke waardigheid tot de onveranderbare bepalingen van de Grondwet behoort; dat geldt niet voor het verbod de

58 Lerche 1992, p. 775 e.v.

59 Lerche 1992, p. 795.

60 Vgl. Leisner-Egensperger 2009, p. 605.

61 Zippelius & Würtenberger 2005, p. 191.

62 Schmidt-Jortzig 1989, p. 635 e.v. en p. 660.

63 Lerche 1992, p. 795.

64 Zippelius & Würtenberger 2005, p. 191.

65 Lerche 1992, p. 792.

66 De *Wesensgehalt* wordt daardoor ook wat grijpbaarder.

Zippelius & Würtenberger 2005, p. 191.

67 BVerfG 3 maart 2004, E 109, 279, p. 311. Vgl. ook Pieroth & Schlink 1994, p. 80 en Leisner-Egensperger 2009, p. 616.

68 BVerfG 16 januari 1957, E 6, 32 (41).



*Wesensgehalt* aan te tasten.<sup>69</sup> In de menselijke waardigheid klinkt met andere woorden het natuurrecht door, terwijl de *Wesensgehalt* zijn grondslag volledig vindt in het positieve constitutionele recht.<sup>70</sup>

### 3. EVRM

In deze paragraaf wordt onderzocht in hoeverre uit het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM het idee van een kernrecht bij de grondrechten naar voren komt. Art. 17 EVRM, dat de staten onder meer verbiedt daden te verrichten die de in de Conventie vastgelegde rechten teniet doen, zou als formulering daarvan beschouwd kunnen worden. De bepaling speelt op dit punt echter geen rol van betekenis in de jurisprudentie.

Wel komt in een aanzienlijk aantal arresten de vraag aan bod of een beperking de *'very essence'* of de *'core'* van een recht raakt. Deze termen, die inwisselbaar lijken te zijn,<sup>71</sup> worden gebruikt bij rechten die geen absoluut karakter hebben, maar zich in het bijzonder verzetten tegen bepaalde, vergaande inmengingen. Dat gebeurt zowel bij rechten die zonder clausulering zijn vastgelegd, zoals die in art. 5, 6, 12 EVRM en art. 3 Eerste Protocol, als bij art. 8, 10, 11 EVRM en art. 1 Eerste Protocol, bepalingen mét een beperkingsclausule.

Wat opvalt, is dat het Hof veel vaker dan de Duitse rechter tot de conclusie is gekomen dat de *'very essence'* of de *'core'* van een recht in het geding was. Dat betekent overigens lang niet altijd dat er sprake was van een schending van het betreffende recht. In bepaalde gevallen is ingrijpen in de kern toegestaan, indien de daarmee gediende belangen maar groot genoeg zijn. In dat geval is de kernrechtbenadering wellicht als een bijzonder onderdeel van de proportionaliteitstoets te beschouwen.<sup>72</sup>

Nu het Hof nauwelijks algemene overwegingen aan de kern van de grondrechten heeft gewijd, zal deze paragraaf bij een aantal specifieke grondrechten de relevante jurisprudentie, met name die van de Grote Kamer, over het voetlicht brengen. Vervolgens wordt getracht enkele meer algemene opmerkingen te maken, in het bijzonder over de vraag of het Hof een absolute dan wel een relatieve benadering van het kernrecht voorstaat.<sup>73</sup> Eerst wordt echter kort aandacht besteed aan de plaats van de menselijke waardigheid en de democratie binnen het systeem van de Conventie, en aan het vereiste van proportionaliteit.

#### Menselijke waardigheid

Bij de opkomst van de internationale mensenrechten na de Tweede Wereldoorlog is menigmaal gerefereerd aan de menselijke waardigheid.<sup>74</sup> De Universele Verklaring van de Rechten van de Mens stelt bijvoorbeeld

69 Het *Bundesverfassungsgericht* kan een wijziging van een grondrechtsbepaling daarom wel toetsen aan het recht op onaantastbaarheid van de menselijke waardigheid maar niet aan de *Wesensgehalt*, BVerfG 3 maart 2004, E 109, 279 (310).

70 Häberle 1962.

71 EHRM 17 februari 2004, NJ 2005, 420 (*Gorzelik/Polen*). Vgl. ook Rivers 2006, p. 174 e.v.

72 Vgl. reeds Eissen 1993, p. 127.

73 Vgl. Van Drooghenbroeck 2002, p. 371.

74 Voor een uitgebreide inventarisatie, zie Brems & Vrieling 2010, p. 7 e.v.

dat de mens een intrinsieke waarde heeft, die in elk geval wordt aangetast door onmenselijke behandeling, het ontkennen van iedere autonomie en discriminatie.<sup>75</sup> Hoewel de preambule van het EVRM ook op de menselijke waardigheid wijst, kent het EVRM geen aparte bepaling waarin het recht op onaantastbaarheid van de menselijke waardigheid is vastgelegd. Toch neemt de menselijke waardigheid binnen het verdrag een centrale positie in: ‘*Respect for human dignity and human freedom*’ vormen volgens het EHRM de ‘*very essence of the Convention*’.<sup>76</sup> Daar kan wellicht uit afgeleid worden dat vrijheid en waardigheid als algemene beginselen aan de door het Verdrag geboden bescherming ten grondslag liggen.<sup>77</sup>

De menselijke waardigheid is steeds onmiddellijk in het geding bij aantasting van het in art. 3 EVRM vastgelegde recht om niet aan foltering of onmenselijke of vernederende bestraffing of behandeling te worden onderworpen.<sup>78</sup> Iedere inmenging op dit absoluut geformuleerde recht is dan ook een schending ervan. Het Hof heeft dit recht ook expliciet aangeduid als een ‘*core right*’.<sup>79</sup>

Uit de verbinding van vrijheid en waardigheid valt voorts het belang van de persoonlijke autonomie te destilleren, die in het bijzonder binnen de ontwikkeling van de jurisprudentie op grond van art. 8 EVRM een rol speelt.<sup>80</sup> Het begrip kan omschreven worden als ‘*the ability to conduct one’s life in a manner of one’s own choosing*’,<sup>81</sup> waarbij overigens niet steeds duidelijk is of het hier om een recht gaat dan wel om een waarde die meespeelt bij de interpretatie van de verdragsrechten.<sup>82</sup> In elk geval blijft van de persoonlijke autonomie weinig over indien anderen bijvoorbeeld zouden kunnen voorschrijven of iemand wel of niet kinderen mag krijgen.<sup>83</sup> Individuen zullen een zelf gekozen leven<sup>84</sup> in waardigheid moeten kunnen leiden, ook als de maatschappij daardoor een zekere mate van ongerief heeft te accepteren.

Bij andere aspecten van art. 8 EVRM speelt de menselijke waardigheid ook een rol. Een voorbeeld vormt de maatregel gericht tegen het uitbrengen van een autobiografie van een seriemoordenaar, waarin hij zijn eigen verhaal zou vertellen over de moorden en over het verminken van de lichamen van zijn slachtoffers. Het Hof wijst daarbij niet alleen op het recht op respect voor het privéleven van de nabestaanden, maar ook op het feit dat een dergelijke publicatie een krenking van de menselijke waardigheid zou vormen.<sup>85</sup> De strekking van het betoog lijkt te zijn dat het beginsel van proportionaliteit hier op een grens stuit.

Een dergelijke grens is bij de vrijheid van godsdienst en overtuiging overigens in het verdrag zelf vastgelegd. De vrijheid een bepaalde overtuiging te koesteren kent, anders dan de vrijheid een bepaalde overtuiging te manifesteren, immers geen beperkingsmogelijkheden. In een zaak die de – verplichte – vermelding van de godsdienst op een identiteitskaart betrof,

75 McCrudden 2008, p. 683 e.v.  
76 EHRM 11 juli 2002, nr. 25680/94 (*I./Verenigd Koninkrijk*).

77 N. Koffeman 2010; vgl. reeds Martens, *dissenting* in EHRM 27 september 1990 (*Cossey/Verenigd Koninkrijk*), NJ 1995, 678, m.nt. Alkema.

78 Bijv. EHRM 11 juli 2006, RvdW 2006, 818 (*Jalloh/Duitsland*). Zie ook Brems & Vrielink 2010, p. 26 en de daar aangehaalde jurisprudentie.

79 Het komt overigens ook voor dat uitdrukkelijk wordt gesteld dat een recht niet zulk een ‘*core right*’ van de Conventie is. Zie de *dissenting opinion* in EHRM 22 december 2009, NJB 2010, 383 (*Sejdic & Finci/Bosnië Herzegovina*) t.a.v. het passief kiesrecht; en de *dissenting opinion* in EHRM 4 december 2007, NJB 2008, 384 (*Dickson/Verenigd Koninkrijk*) t.a.v. de weigering om gevangenen de mogelijkheid van artificiële inseminatie te bieden.

80 O.a. EHRM 20 maart 2007 (*Tysiac/Polen*), NJCM-bulletin 2007, p. 497 e.v. m.nt. Hendriks; EHRM 10 april 2007, NJB 2007, 1114 (*Evans/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 27 april 2010, NJB 2010, 1532 (*Vordur Olafsson/IJsland*); uitgebreider bij Koffeman 2010.

81 EHRM 29 april 2002 (*Pretty/Verenigd Koninkrijk*), NJ 2004, 543 m.nt. Alkema; vgl. ook EHRM 10 juni 2010, nr. 302/02 (*Jehovah’s Witnesses of Moscow a.o./Rusland*).

82 Koffeman 2010, p. 31.

83 EHRM 10 april 2007 (*Evans/Verenigd Koninkrijk*), NJB 2007, 1114.

84 In casu ‘*in accordance with the sexual identity chosen by them at great personal cost*’, EHRM 11 juli 2002, nr. 25680/94 (*I./Verenigd Koninkrijk*).

85 EHRM 9 maart 2010, nr. 36882/05 (*Nilsen/Verenigd Koninkrijk*) (dec.)

overwoog het Hof dat een van de meest intieme aspecten van het recht op vrijheid van godsdienst in het geding was, nu het ging om de vrijheid zijn godsdienst niet kenbaar te maken.<sup>86</sup> Het Hof sprak niet expliciet uit dat hier een absoluut beschermd gedeelte van de godsdienstvrijheid wordt geraakt, maar past in elk geval niet een proportionaliteitstoets toe.

### Democratie

Het Hof heeft vastgesteld dat de democratie een fundamenteel kenmerk van de Europese ‘*public order*’ is; het is het enige politieke model dat verenigbaar is met de Conventie.<sup>87</sup> Ter ondersteuning wijst het Hof op de preambule bij het verdrag en op het gemeenschappelijke erfgoed van de lidstaten. Het Hof wijst eveneens op de ‘noodzakelijkheidstoets’;<sup>88</sup> bij een aantal grondrechten geldt immers de voorwaarde dat een beperking noodzakelijk moet zijn in een *democratische* samenleving. Er bestaat volgens het Hof ook een meer directe verbinding tussen grondrechten en democratie. In arresten van het Hof worden grondrechten als de vrijheid van godsdienst en de vrijheid van meningsuiting regelmatig als van fundamenteel belang in een democratische samenleving omschreven.

Politieke vrijheden spelen in een democratische samenleving bij uitstek een belangrijke rol. Het EHRM heeft bijvoorbeeld meermalen aangegeven dat het politiek debat zich in het hart van de democratische samenleving bevindt. Inmengingen worden relatief strikt onderzocht. Het EHRM hecht ook zeer veel waarde aan de vrijheid voor politieke partijen, die een essentiële rol vervullen ‘*in assuring pluralism and the proper functioning of democracy*’.<sup>89</sup> Om de vrijheid voor politieke partijen nog te benadrukken, legt het Hof bovendien een link met art. 3 Eerste protocol, waarin het recht op vrije verkiezingen is vastgelegd, dat het mogelijk maakt dat het volk zijn opvattingen tot uitdrukking brengt.<sup>90</sup> Vrije verkiezingen zijn op hun beurt onmiddellijk verbonden met de democratie.<sup>91</sup>

### Proportionaliteit

Zoals gezegd is in een aantal verdragsbepalingen het vereiste vastgelegd dat een beperking van het betreffende recht noodzakelijk moet zijn in een democratische samenleving. Daarin ligt naast het vereiste van subsidiariteit en geschiktheid ook het vereiste van proportionaliteit in enge zin besloten: de beperking dient in verhouding te staan tot het met de beperking te dienen doel.<sup>92</sup> Ook bij andere rechten onderzoekt het Hof met grote regelmaat of een maatregel proportioneel is.<sup>93</sup> Het is niet overdreven te stellen dat het hele verdrag in belangrijke mate doortrokken is van het beginsel van proportionaliteit.

Het is dan ook de vraag of de overwegingen van het Hof ten aanzien van de kern van een recht – en ook de overwegingen ten aanzien van de kern

86 EHRM 2 februari 2010, *NJB* 2010, 860 (*Sinan Isik/Turkije*).

87 EHRM 13 februari 2003, (*Refah Partisi e.a./Turkije*), *NJ* 2005, 73, m.nt. Alkema.

88 *Ibid.*

89 EHRM 30 januari 1998, nr. 19392/92 (*United Communist Party of Turkey/Turkije*).

90 *Ibid.*

91 EHRM 8 juli 2008, *NJB* 2008, 1513 (*Yumak en Sadak/Turkije*).

92 Gerards 2011, p. 158 e.v.

93 Van Drooghenbroeck 2002, p. 86. Zie hieronder voor de artikelen 5, 6 en 12 EVRM en art. 3 EP.

van de democratie – te begrijpen zijn als onderdeel van het vereiste van proportionaliteit of juist een grens trekken aan de toepassing ervan. Deze vraag wordt hieronder voor een aantal specifieke grondrechten nader onderzocht.

### 3.1 Op zoek naar de kern van verschillende rechten

#### Artikel 5

Niet iedere maatregel van de overheid die binnen het bereik van art. 5 EVRM komt, is als schending te kwalificeren. Wel heeft het Hof regelmatig de voorwaarde gesteld dat de *'very essence'* van het recht niet aangetast mag worden. Deze kern lijkt in bepaalde uitspraken een absoluut karakter te hebben. Zo moet de overheid in de strijd tegen het terrorisme weliswaar voortvarend kunnen optreden, maar ook dan is een arrestatie wegens een misdrijf alleen gerechtvaardigd indien er sprake is van een redelijke verdenking die op enigerlei wijze aannemelijk kan worden gemaakt;<sup>94</sup> anders wordt de kern van het recht aangetast.<sup>95</sup> Datzelfde geldt indien aan iemand die zijn vrijheid wordt ontnomen niet alle redenen daarvoor worden medegedeeld.<sup>96</sup>

Het vereiste dat degene aan wie zijn vrijheid is ontnomen *'promptly'* voor een rechter gebracht dient te worden, laat evenmin veel ruimte voor een flexibele interpretatie. Dat zou afbreuk doen aan de kern van dat beginsel, dat ervoor moet zorgen dat mishandeling wordt ontdekt en dat een ongerechtvaardigde vrijheidsontneming tot een minimum wordt beperkt.<sup>97</sup>

Een afweging met andere belangen is daarom niet aan de orde.

Dat is enigszins anders indien een gevangene lang moet wachten voordat hij in een tbs-inrichting geplaatst kan worden. Daarbij was volgens het Hof de kern van art. 5 in het geding omdat de autoriteiten er niet in geslaagd waren om een redelijk evenwicht te vinden tussen de relevante in het geding zijnde belangen. Hier lijken kernrechtidee en proportionaliteitseis in elkaars verlengde te liggen.<sup>98</sup>

#### Artikel 6

Art. 6 EVRM kent evenmin een expliciet vastgelegde beperkingsclausule, maar in jurisprudentie vinden we desondanks de vereisten van een legitiem doel en proportionaliteit terug.<sup>99</sup> Het Hof onderzoekt daarnaast regelmatig of *'the very essence'* in het geding is,<sup>100</sup> zowel om maatregelen te beoordelen die de in het eerste lid vastgelegde toegang tot de rechter kunnen belemmeren als om te beoordelen of een maatregel strookt met bepaalde beginselen van een eerlijk strafproces als vastgelegd in het tweede lid.

94 EHRM 30 augustus 1990, (*Fox, Campbell & Hartley/Verenigd Koninkrijk*), NJCM-bulletin 1992, p. 810 e.v. m.nt Myjer.

95 Vgl. EHRM 28 oktober 1994, nr. 14310/88 (*Murray/Verenigd Koninkrijk*).

96 EHRM 9 juli 2009 (*Mooren/Duitsland*), NJ 2010, 178, m.nt. Reijntjes.

97 EHRM 29 maart 2010 (*Medvedyev/Frankrijk*), NJB 2010, 963, onder verwijzing naar EHRM 29 november 1988, nr. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85 (*Brogan a.o./Verenigd Koninkrijk*).

98 EHRM 11 mei 2004, NJ 2005, 57 (*Brand/Nederland*).

99 Zie bijv. EHRM 18 februari 1999, nr. 26083/94 (*Waite & Kennedy/Duitsland*); EHRM 21 november 2001, nr. 37112/97 (*Fogarty/Verenigd Koninkrijk*).

100 Zie ook de terminologie in de *dissenting opinion* bij EHRM 4 februari 2005 (*Mamatkulov & Askarov/Turkije*), AB 2005, 274, m.nt. Barkhuysen: *'a flagrant denial of a fair trial (...) as to mount to a nullification, or destruction of the very essence of the right guaranteed by that Article'*.

In een zaak waarin de klager een geschil niet door een rechter had kunnen laten behandelen wegens toekenning van diplomatieke immuniteit aan de tegenpartij, overwoog het Hof dat er alternatieven waren geweest voor die toekenning. Mede daarom oordeelde het dat er geen *'reasonable relationship of proportionality'* was; de staat was zijn marge te buiten was gegaan en *'thus impaired the very essence of the applicant's right to a court'*.<sup>101</sup> De kern lijkt met andere woorden geraakt, omdat de beperking disproportioneel is. De bescherming is dus niet absoluut, wat wellicht te maken heeft met het feit dat het bestaan van diplomatieke immuniteit, die ertoe leidt dat een geschil soms niet voor de rechter kan worden gebracht, op zichzelf niet strijdig is met het verdrag.<sup>102</sup>

Er bestaat in het Hof overigens niet steeds unanimitieit over de vraag of de kern van art. 6 lid 1 in het geding is. De weigering van het parlement om de immuniteit van een parlementslid op te heffen, met als gevolg dat de parlementariër zich niet voor de rechter tegen een aanklacht van belediging kon verweren, werd door het Hof niet gezien als een aantasting van de kern, nu er sprake was van een *'fair balance'* tussen *'the general interest in preserving Parliament's integrity and the applicant's individual interests'*. De weigering kwam neer op uitstel, niet op afstel en een kandidaat-parlementslid is van tevoren bekend met de regeling inzake immuniteit.<sup>103</sup> De *'dissenting opinion'* was zeer kritisch over de benadering van het Hof omdat de hele gemaakte afweging de kerngarantie ten onrechte *'relatieveerde'*.<sup>104</sup>

In de zaak *Hans-Adam II t. Duitsland* zien we in zeker zin dezelfde tegenstelling naar voren komen. Behandeling van een geschil door de rechter stuitte af op bepalingen uit de overeenkomst uit 1954 tussen de bezettingsmachten VS, VK en Frankrijk enerzijds en Duitsland anderzijds, bedoeld om van (West-)Duitsland weer een soeverein land te maken. Het EHRM oordeelde in meerderheid dat deze beperking van het recht op toegang tot de rechter niet disproportioneel was, gezien ook het legitieme doel. De overeenkomst uit 1954 zag immers op *'vital public interests'* en daarom heeft de Duitse rechter niet the *'very essence of the applicants' right of access to a court within the meaning of the Courts case law'* aangetast. Volgens de *'concurring opinion'* van rechter Costa haalt het Hof hier echter twee criteria door elkaar, namelijk of een maatregel de toegang tot de rechter niet zodanig beperkt dat de kern is aangetast, en – los daarvan – of er sprake is van een legitiem doel en van proportionaliteit.<sup>105</sup>

Het recht op een eerlijk strafproces kent een aantal belangrijke beginselen die vooral bedoeld zijn ter bescherming van de verdachte tegen *'abusive coercion on the part of the authorities'*.<sup>106</sup> Het Hof onderzoekt regelmatig de vraag of the *'very essence'* van zo'n beginsel in het geding is, in het bijzonder bij *'the right to remain silent under police questioning and the*

101 EHRM 23 maart 2010 (*Cudak/Litouwen*), NJB 2010, 1156. Zie ook EHRM 29 juni 2011, nr. 34869/05 (*Sabeh El Leil/Frankrijk*). In een andere zaak waarin naar het oordeel van het Hof een disproportionele belemmering bestond om het recht op hoger beroep uit te oefenen, is de redenering van het Hof vergelijkbaar. EHRM 29 juli 1998, nr. 25201/94 (*Guérin/Frankrijk*).  
102 EHRM 18 februari 1999, nr. 26083/94 (*Waite & Kennedy/Duitsland*); EHRM 21 november 2001, nr. 37112/97 (*Fogarty/Verenigd Koninkrijk*).

103 EHRM 3 december 2009 (*Kart/Turkije*), NJB 2010, 231.

104 Het Hof heeft overigens geaccepteerd dat de parlementaire immuniteit de gang naar de rechter volledig blokkeert, EHRM 23 september 1998, nr. 25599/94 (*A./Verenigd Koninkrijk*). In deze zaak overwoog het Hof slechts in het algemeen dat *'the very essence'* van artikel 6 EVRM niet aangetast mag worden om zich daarna te beperken tot een proportionaliteits-toets; daarbij speelde het gegeven dat zeer veel landen een zekere parlementaire immuniteit kennen een belangrijke rol.

105 Overigens wil hij evenmin concluderen dat er sprake is van een schending. In dit zeer bijzondere geval zal volgens hem eerder overwogen moeten worden dat art. 6 EVRM buiten toepassing blijft.

106 EHRM 27 november 2008 (*Salduz/Turkije*), NJB 2009, 66.

*privilege against self-incrimination*'.<sup>107</sup> Wanneer personen bijvoorbeeld alleen daarom worden opgesloten omdat ze weigeren inlichtingen te verschaffen over hun handel en wandel, wordt dat recht teniet gedaan.<sup>108</sup> Daar staat tegenover dat het Hof de verplichting van de bezitters van een auto om de naam en adres van de bestuurder op een bepaald moment op te geven op straffe van een boete van 100 pond en een aantal strafpunten op het rijbewijs niet zover vindt gaan dan dat de kern van het recht is geraakt.<sup>109</sup> Het Hof let in dezen meer in het algemeen op de aard en de mate van dwang, het bestaan van procedurele waarborgen en het gebruik van de zo verkregen informatie.<sup>110</sup> Een verplichting om mede te werken bij het verzamelen van materiaal dat eventueel tot bewijs kan dienen is daarom evenmin steeds in strijd met art. 6 EVRM. Zo vormt het afnemen van wangslijm een maatregel die een verdachte zich onder omstandigheden moet laten welgevalen. De toediening van een braakmiddel om ingeslikte voorwerpen aan het licht te brengen gaat echter te ver.<sup>111</sup>

#### Artikel 12

Art. 12 EVRM, waarin het recht om te huwen is vastgelegd, verwijst uitdrukkelijk naar de wetgeving in de lidstaten. Dat geeft de nationale autoriteiten ruimte om dat recht nader uit te werken. De Zwitserse regeling die voorschreef dat iemand na een scheiding pas een jaar later weer kon trouwen, raakte echter de *'very essence'* en was disproportioneel. Daarbij liet het Hof in het midden of die beide oordelen eigenlijk samenvallen.<sup>112</sup> Klachten van transseksuelen dat zij niet konden trouwen met iemand van hun oorspronkelijke geslacht, waren aanvankelijk niet succesvol. Het Hof overwoog zonder veel nadere uitleg dat niet *'the very essence'* van art. 12 EVRM wordt geraakt.<sup>113</sup> In *Christine Goodwin* stelt het Hof echter dat het gekunsteld zou zijn te beweren dat voor klaagster het recht om te trouwen nog enige betekenis heeft nu zij immers kan trouwen met een persoon van de voormalige andere sekse. Daarom raakt de uit de nationale regeling voortvloeiende beperking wel degelijk *'the very essence'* van het recht.<sup>114</sup>

#### Artikel 3 Eerste Protocol

Het Hof plaatst het recht op vrije verkiezingen in het hart van de democratische samenleving. Het individuele kiesrecht, niet met zoveel woorden vastgelegd in de bepaling, is echter geen absoluut recht. Nationale autoriteiten kunnen voorwaarden stellen aan de uitoefening ervan; inmengingen mogen echter niet: *'curtail the rights in question to such an extent as to impair their very essence and deprive them of their effectiveness'*.<sup>115</sup> Daarnaast vinden we ook hier weer het vereiste van een legitiem doel en van proportionaliteit.

107 Door de verdachte te beschermen tegen ongepaste vormen van dwang kunnen onder meer rechterlijke dwalingen worden voorkomen.

108 EHRM 21 december 2000, nr. 34720/97 (*Heaney & McGuinness/Ierland*).

109 EHRM 29 juni 2007 (*O'Halloran & Francis/Verenigd Koninkrijk*), NJB 2007, 1689.

110 EHRM 10 maart 2009 (*Bykov/Rusland*), RvdW, 2009, 1135.

111 EHRM 11 juli 2006 (*Jalloh/Duitsland*), NJ 2007, 226, m.nt. Schalken.

112 EHRM 18 december 1987, nr. 11329/85 (*F./Zwitserland*).

113 EHRM 17 september 1990 (*Cossey/Verenigd Koninkrijk*), NJ 1995, 678, m.nt. Alkema; EHRM 30 juli 1998, nr. 22985/93; 23390/94 (*Sheffield & Horsham/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 17 oktober 1986, nr. 9532/81 (*Rees/Verenigd Koninkrijk*).

114 EHRM 11 juli 2002, nr. 28957/95 (*Christine Goodwin/Verenigd Koninkrijk*).

115 EHRM 18 februari 1999 (*Matthews/Verenigd Koninkrijk*), NJ 1999, 515. Dezelfde overweging is onder meer in de zaak *Hirst v. U.K.* te vinden, maar meerderheid en minderheid concentreren zich in die zaak verder alleen op de (dis)proportionaliteit van de regeling, EHRM 6 oktober 2005, nr. 74025/01 (*Hirst/Verenigd Koninkrijk*).

Indien een regeling een gehele bevolkingsgroep uitsluit van het kiesrecht voor de verkiezing van het parlement, is de kern al snel aangetast en oordeelt het Hof tot een schending van art. 3 EP. Dat gold bijvoorbeeld zowel de uitsluiting van de Turks Cypriotische bevolking, wonend in het door de Cypriotische overheid gecontroleerde gedeelte van het eiland,<sup>116</sup> als het uitsluiten van de in Gibraltar wonende Britten bij de verkiezingen van het Europees parlement.<sup>117</sup> De kort voor de verkiezingen in Moldavië ingevoerde regeling, op grond waarvan verkozen kandidaten pas een parlementszetel mochten innemen indien zij hun Roemeense nationaliteit opgaven, vormde eveneens een schending. Het Hof achtte het in deze zaak van bijzonder belang dat deze regel nadelig uitwerkte voor de oppositie en de voorwaarde was ingevoerd op het moment dat de aanhang van de regering aan het slinken was.<sup>118</sup> In al deze gevallen valt de inmenging in het kiesrecht van de klager samen met een meer objectieve verstoring van de uitdrukking van de volkswil. Men vergelijk de uitgangspunt van het Hof dat voorwaarden in elk geval niet *'the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature'* mogen blokkeren.<sup>119</sup>

In de hierboven genoemde gevallen was het Hof betrekkelijk eenstemmig over de aantasting van de kern. Dat is niet steeds het geval. Zo noemde de meerderheid van het Hof de Turkse kiesdrempel van 10% weliswaar excessief, maar zij raakt niet *'the very essence'*. Vier dissenters hadden een andere opvatting, kort gezegd omdat de mogelijkheid van een daadwerkelijk pluralisme ernstig geweld wordt aangedaan.<sup>120</sup>

Bij de beoordeling van inmengingen in rechten met een beperkingsclausule komt de vraag of de kern in het geding is ook regelmatig naar voren.<sup>121</sup>

### Artikel 8

Art. 8 EVRM kent een beperkingsclausule, waarin onder meer het vereiste van proportionaliteit is vastgelegd. Het is de vraag of het recht daarnaast nog een kern kent die niet voor inmenging in aanmerking komt. In de zaak *Dudgeon* aangaande (homo)seksuele handelingen in de privé sfeer tussen *'consenting adults'* overwoog het Hof dat de zaak *'a most intimate aspect'* van het privé leven betrof.<sup>122</sup> Het vervolg van de redenering, dat alleen *'particularly serious reasons'* een inmenging zouden kunnen rechtvaardigen, wijst erop dat ook dit zeer intieme deel van het privé leven geen absolute bescherming toekomt.

Voor de bescherming van het recht te weten van wie men afstamt, geldt mogelijk anderszins hetzelfde. Het Hof ging akkoord met een regeling, die voorzag in de geheimhouding van de identiteit van de moeder bij het afstaan van pasgeboren baby's, gezien de met de regeling gemoeide

116 EHRM 22 juni 2004, nr. 69949/01 (*Aziz/Cyprus*). Men vergelijk ook de zaak *Sejdic & Finci/Bosnië Herzegovina* (EHRM 22 december 2009, *NJB* 2010, 383) waar overigens slechts in de *concurring opinion* de term *'very essence of discrimination'* wordt gebruikt.

117 EHRM 18 februari 1999 (*Matthews/Verenigd Koninkrijk*), *NJ* 1999, 515, m.nt. Knigge.

118 EHRM 27 april 2010, *NJB* 2010, 1334 (*Tanase/Moldavië*).

119 EHRM 2 maart 1987, nr. 9267/81 (*Mathieu-Mohin and Clerfayt/België*).

120 EHRM 8 juli 2008, *NJB* 2008, 1513 (*Yumak & Sadak/Turkije*).

121 Het gebruik van de term *'very essence'* bij het eigendomsrecht wordt hier niet apart behandeld. In *Broniowski* oordeelt het Hof dat een aantal opeenvolgende beperkingen het *'right to credit'* in de praktijk geheel onbruikbaar maakte. Daarmee was het recht in kwestie illusoir geworden en *'its very essence'* vernietigd, EHRM 22 juni 2004, nr. 31443/96 (*Broniowski v. Poland*). Tot op zekere hoogte vergelijkbaar is het arrest *Hütten-Czapska*. De Grote Kamer beaamt de conclusie van de Kamer dat een aantal maatregelen tezamen *'the very essence'* van het eigendomsrecht van de klager hadden aangetast, EHRM 19 juni 2006 (*Hütten-Czapska/Polen*), *RvdW* 2006, 849.

122 EHRM 22 oktober 1981, nr. 7525/76 (*Dudgeon/Verenigd Koninkrijk*).

belangen.<sup>123</sup> In de *concurring opinion* werd nadrukkelijk overwogen dat een ander systeem wel de ‘*very essence*’ zou kunnen beschermen maar zeer ongewenst neveneffecten zou kunnen hebben.<sup>124</sup> De *dissenting opinion* ging er eveneens van uit dat het recht op identiteit, als wezenlijke voorwaarde voor het recht op autonomie en ontplooiing, tot de kern – en niet tot de periferie – van het recht op respect voor het privé leven behoort. Daarom was ‘*the fairest scrutiny*’ van de afweging geboden. Geen van de opinies lijkt dus te doelen op een absoluut beschermde kern. De bekende zaak *Evans* zag op de Engelse regeling die voor implantatie van ingevroren embryo’s ook toestemming eist van de man in kwestie.<sup>125</sup> Volgens de meerderheid van het Hof was er geen sprake van een schending van art. 8 EVRM. De ‘*dissenters*’ overwogen echter dat de weigering van de man tot gevolg heeft dat de vrouw geen genetisch aan haar verwante kinderen meer kan krijgen. Dat was geen beperking, maar een ‘*total destruction of her right to have her own child*’. Een nadere afweging lijkt in dat geval niet meer geoorloofd.<sup>126</sup>

#### Artikel 10

Ten aanzien van art. 10 EVRM is reeds opgemerkt dat het Hof het politieke debat in het hart van de democratische samenleving plaatst.<sup>127</sup> Dat geldt in het bijzonder wanneer een parlementariër kritiek op de overheid levert.<sup>128</sup> Inmengingen worden door het Hof nauwgezet getoetst en er wordt slechts een geringe appreciatiemarge aan de nationale autoriteiten gelaten.<sup>129</sup> Dat is anders bij inmengingen ten aanzien van bijvoorbeeld reclame en pornografie, waarbij niet dezelfde sterke link met de democratie gelegd kan worden. Dat wil niet zeggen dat een inmenging in het politiek debat altijd een schending van art. 10 vormt.<sup>130</sup> Er is veeleer sprake van een kleinere marge<sup>131</sup> en een navenant striktere toepassing van de proportionaliteitstoets dan van een absoluut beschermde kern.<sup>132</sup> In een zaak betreffende de verplichting voor omroeporganisaties om politieke advertenties te accepteren refereerde de ‘*dissenting opinion*’ aan ‘*the core of freedom of expression*’. De redactionele vrijheid van een omroep zou immers direct onder een dergelijke regeling te lijden hebben. Daarom diende de inmenging met de ‘*utmost care*’ te worden onderzocht.<sup>133</sup> Ook hier is een afweging met andere belangen dus nog steeds mogelijk. Dat is waarschijnlijk anders indien het Hof overweegt dat een bepaalde beperkende maatregel ‘*infringes freedom of expression itself*’. Zo is het onmogelijk waardeoordelen te bewijzen. Er kunnen dus ook geen belangen groot genoeg zijn om een dergelijke eis te rechtvaardigen.<sup>134</sup>

123 EHRM 13 februari 2003, NJ 2003, 587 (*Odièvre/Frankrijk*).

124 Baby’s zouden dan te vondeling worden gelegd of erger.

125 EHRM 10 april 2007, nr. 6339/05 (*Evans/Verenigd Koninkrijk*).

126 Daarbij lijken recht en feitelijke mogelijkheid in elkaar over te lopen.

127 O.a. EHRM 8 juli 1986, nr. 9815/82 (*Lingens/Oostenrijk*); EHRM 23 april 1992 (*Castells/ Spanje*), NJ 1994, 102, m.nt Dommering.

128 EHRM 23 april 1992 (*Castells/ Spanje*), NJ 1994, 102, m.nt Dommering.

129 Zie voor een uitzondering EHRM 10 juli 2008 (*Soulas a.o./ Frankrijk*), NJB 2008, 1751.

130 Bijv. EHRM 11 januari 2011, nr. 4035/08, (*Barato Monteiro da Costa Nogueira & Patricio Pereira/ Portugal*), zie ook EHRM 4 april 2006, nr. 33352/02 (*Keller/ Hongarije*) (dec.).

131 Zie echter EHRM 10 juli 2008 (*Soulas a.o./Frankrijk*), NJB 2008, 1751.

132 Dat zelfde geldt in bijzondere mate voor preventieve beperkingen; die worden door het Hof extra nauwlettend onderzocht. EHRM 26 november 1991, nr. 13585/88 (*Observer & Guardian/ Verenigd Koninkrijk*).

133 EHRM 30 juni 2009, NJ 2010, 126 (*Verein gegen Tierfabriken/Zwitserland* (no. 2)).

134 EHRM 8 juli 1986, nr. 9815/82 (*Lingens/Oostenrijk*); EHRM 21 december 2010, nr. 27570/03 (*Novaya Gazeta v Voronezhe/Rusland*).



*Artikel 11*

De zaak *Demir en Baykara* zag op beperkingen van de vakvereningsvrijheid van gemeenteambtenaren.<sup>135</sup> Het Hof maakte een onderscheid tussen beperkingen op de uitoefening van het recht op vereniging van de apart in art. 11 genoemde militairen, politie en ambtenaren enerzijds en beperkingen die *'the very essence'* van hun recht om zich te organiseren aantasten anderzijds. Het Hof wees daarmee naar eigen zeggen de opvatting af dat de voor deze groepen vastgelegde clausulering geen eis van proportionaliteit zou bevatten. Het recht mag in elk geval nooit geheel ineffectief gemaakt worden.

Daarentegen overwoog het Hof in *Gorzelik* dat de *'core or essence'* van het recht op vrijheid van vereniging juist niet in het geding is. De klagers werd immers niet het recht ontnomen zich te verenigen om de Silesische cultuur uit te dragen, maar zij konden alleen de door hen gekozen naam, die duidde op het bestaan van een Silesische minderheid, niet geregistreerd krijgen. Mede op grond van die overweging kwam het Hof tot de conclusie dat de inmenging niet disproportioneel is.<sup>136</sup>

**Nadere analyse**

Uit deze rondgang langs verschillende bepalingen van het EVRM blijkt dat de idee van een kernrecht regelmatig opduikt in de jurisprudentie van het Hof. De positie van de kern is echter veelal onduidelijk. Dat geldt in het bijzonder de verhouding met het vereiste van proportionaliteit. Soms lijken beide eisen geheel in elkaars verlengde te liggen: omdat de kern in het geding is, is er sprake van een verhoogde eis van proportionaliteit<sup>137</sup> en zal een inmenging relatief snel disproportioneel zijn. In andere gevallen is het veeleer een apart vereiste, dat juist los staat van de eis van proportionaliteit. De formulering van een kern is dan bedoeld als het trekken van een absolute grens.<sup>138</sup>

In de literatuur is wel opgemerkt dat alleen in het laatste geval sprake is van een nuttige toevoeging.<sup>139</sup> Daarom zou de kernrechtbenadering slechts bij drie bepalingen een eigen betekenis hebben, los van het vereiste van proportionaliteit: namelijk bij art. 6 en 12 EVRM en art. 3 EP. Daar zou art. 5 EVRM eventueel aan toegevoegd kunnen worden. Bij art. 6 EVRM is in het bijzonder van belang dat het Hof uit de in dit artikel vastgelegde beginselen enkele harde regels lijkt te hebben afgeleid die steeds gevolgd moeten worden.<sup>140</sup> In andere gevallen is ook bij art. 6 EVRM de verhouding tussen proportionaliteit en kernrechtbenadering echter weer diffuus. Ten aanzien van art. 8, 10 en 11 EVRM lijken de termen *'core'* en *'essence'* vooral als onderdeel van de proportionaliteitstoets begrepen te kunnen worden. Een uitzondering geldt onder meer voor het stellen van

<sup>135</sup> EHRM 12 november 2008 (*Demir & Baykara/Turkije*), NJB 2009, 9.

<sup>136</sup> EHRM 17 februari 2004 (*Gorzelik a.o./Polen*), NJ 2005, 420.

<sup>137</sup> Gerards 2011, p. 169.

<sup>138</sup> Vgl. Gerards 2011, p. 167.

<sup>139</sup> Rivers 2006, p. 185.

<sup>140</sup> In een recent arrest wordt overigens de nadruk gelegd op een 'overall examination' van het strafproces, die in elk geval voor bepaalde 'inflexible rules' geen ruimte laat, EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05; 22228/06 (*Al-Khawaja and Tahery/Verenigd Koninkrijk*).

‘onmogelijke eisen’ aan de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting zoals de verplichting om waardeoordelen te bewijzen.

De literatuur is ook kritisch over het feit dat het EHRM geen casusafhankelijke omschrijving van de kern van de betreffende rechten geeft. Zonder een dergelijke toevoeging, los van de betrokken belangen<sup>141</sup> zou de term vooral tot verwarring leiden.<sup>142</sup> Deze onduidelijkheden komen ook tot uitdrukking in de onenigheid binnen het Hof. Het is opmerkelijk hoe vaak juist in een ‘*dissenting opinion*’ aan de kern van het grondrecht in kwestie wordt gerefereerd of wordt betoogd dat de meerderheid niet de juiste consequenties heeft getrokken uit het gegeven dat de kern is aangetast.

#### 4. Conclusie

Uit de bestudering van de Duitse leer en jurisprudentie en uit de bestudering van de jurisprudentie van het EHRM blijkt dat rond het kernrecht een grote mate van onduidelijkheid bestaat. In de Duitse literatuur staat het standpunt dat het verbod het kernrecht aan te tasten in ieder individueel geval een rol kan spelen, tegenover het standpunt dat de norm slechts betekenis heeft in geval maatregelen het grondrecht als zodanig raken. In de Duitse rechtspraak is er betrekkelijk weinig van dit meningsverschil terug te vinden. In de jurisprudentie van het EHRM kan gewezen worden op de samenvatting bij de beoordeling van bepaalde kiesrechtmaatregelen van objectief criterium – verstoring democratische wilsvorming – en schending van een individueel recht.

Van zeker zo groot belang is het dooreenlopen van een absolute en een relatieve benadering. In het eerste geval is de kern van een grondrecht onaanastbaar, geheel los van doelcriteria en eisen van proportionaliteit. In de tweede variant is er eerder sprake van een verzwaarde eis van proportionaliteit: uitzonderlijke belangen kunnen eventueel een inbreuk rechtvaardigen.

De Duitse rechtspraak is op dit punt voor meerdere uitleg vatbaar. Enerzijds wordt de vraag, of de *Wesensgehalt* in het geding is, mede op grond van de gegeven situatie en de betrokken belangen beantwoord. Daarmee is het welhaast onmogelijk om meer in het algemeen een absoluut beschermde kern af te bakenen. Anderzijds zijn er maatregelen aan te wijzen die per definitie een schending van bepaalde rechten vormen. In dat geval zal overigens veelal ook het recht op onaantastbaarheid van de menselijke waardigheid in het geding zijn.

De rechtspraak van het EHRM is op dit punt minstens zo moeilijk te doorgronden. Soms is de beoordeling of de kern of essentie geraakt is

<sup>141</sup> Rivers 2006, p. 185.

<sup>142</sup> Croquet 2008, p. 214 e.v.

min of meer vergelijkbaar met een proportionaliteitstoets; in andere gevallen krijgt de kernrecht benadering juist een eigen karakter. Van een meer specifieke en uitgekristalliseerde betekenis is in het bijzonder sprake bij art. 6 EVRM. Achter de in dit artikel vastgelegde beginselen lijken bepaalde harde regels schuil te gaan; aantasting daarvan is steeds een schending van het verdrag. Bij de toegang tot de rechter geldt overigens dat in bepaalde gevallen zeer zware belangen toch een inbreuk op de kern of de essentie van een recht kunnen rechtvaardigen.

Mijns inziens is er behoefte aan een grotere terminologische zuiverheid. In de eerste plaats bestaat het idee dat een gedeelte van de reikwijdte van grondrecht in het geheel niet voor beperking in aanmerking komt. Voor zover daar niet of nauwelijks een omschrijving van gegeven kan worden, kunnen ook bepaalde inbreuk makende maatregelen aangewezen worden die per definitie onaanvaardbaar zijn.

Dit absoluut beschermd gedeelte zal veelal ook beschermd zijn door het recht op onaantastbaarheid van de menselijke waardigheid. De meerwaarde van een afzonderlijke bepaling, die verbiedt de kern van de grondrechten aan te tasten, zal dus elders moeten liggen. In de eerste plaats is het mogelijk dat een grondrecht een specifieke 'kern' kent, die niet eenvoudigweg onder het recht op onaantastbaarheid van de menselijke waardigheid valt. Het censuurverbod kan bijvoorbeeld als deel van de kern van de vrijheid van meningsuiting beschouwd worden. Het uitsluiten van de leden van bepaalde bevolkingsgroepen van het kiesrecht tast het recht op vrije verkiezingen in de kern aan. Het valt te verdedigen dat de kern in deze gevallen mede bepaald wordt door de eerder beschreven sterke verbinding die er tussen bepaalde grondrechten en de democratie bestaat. In de tweede plaats kan er sprake zijn van een gedeelte van de reikwijdte dat niet tot de 'harde kern' behoort, maar waaraan wel gereede extra bescherming toekomt. Men denke aan het intieme gedeelte van het privéleven, en aan de positie van het politieke debat binnen de reikwijdte van de vrijheid van meningsuiting. Deze afbakening van een in het bijzonder beschermd gedeelte kunnen als nadere uitwerking van het vereiste van proportionaliteit worden begrepen. Indien de met een beperking gediende belangen groot genoeg zijn, kan een beperking immers toch geoorloofd zijn.<sup>143</sup>

De afbakening van een 'harde kern' en de afbakening van een ander gedeelte dat verhoogde bescherming toekomt, staan niet los van elkaar. Hoe dichter een inmenging in de buurt van de 'harde kern' komt, hoe meer gewicht de met de inmenging gemoeide belangen dienen te hebben. Beide afbakening binnen de reikwijdte kunnen ook een nuttige rol ver-

<sup>143</sup> Zo beschouwd kan het recht te openbaren moeilijk als kern van het in de Nederlandse Grondwet vastgelegde recht op vrijheid van drukpers worden gezien. Op het openbaringsrecht zijn tal van beperkingen mogelijk; het vormt dus zeker niet de 'harde kern' van het grondrecht. De geboden bescherming is evenmin te omschrijven als een verscherpte eis van proportionaliteit. Wat ook afwijkt, is dat er geen onderscheid wordt gemaakt *binnen* de reikwijdte van het in de Grondwet vastgelegde grondrecht; de grondwetsbepaling dekt immers alleen het openbaren.

vullen bij de beoordeling van beperkingen. Een inmenging die het onaantastbare gedeelte treft, vormt per definitie een schending. Bij een inmenging die 'slechts' een bij uitstek beschermd, maar niet onaantastbaar gedeelte treft, geldt een verzwaarde eis van proportionaliteit.

Deze verzwaarde eis zou zo mogelijk nader ingevuld dienen te worden. Vergaande inmengingen zouden bijvoorbeeld slechts voor bepaalde doeleinden toelaatbaar kunnen zijn. In de onderzochte jurisprudentie zijn daar voorbeelden van aan te wijzen. Zo achtte het EHRM een verhindering van de toegang tot de rechter acceptabel, omdat er 'vital interests' die met de soevereiniteit te maken hadden in het geding waren. Het *Bundesverfassungsgericht* wees erop dat 'verbetering', anders dan gevaar voor de samenleving of de persoon zelf, in ieder geval onvoldoende redenen is om iemand gedwongen op te nemen. Een verder uitwerking van een dergelijke verzwaarde eis van proportionaliteit gaat het bestek van dit artikel echter te buiten.

## Literatuur

### Boukema 1966

P.J. Boukema, *Enkele aspecten van de vrijheid van meningsuiting in de Duitse Bondsrepubliek en in Nederland. Een rechtsvergelijkende studie*, Amsterdam: Polak & Van Gennep 1966

### Brems & Vrielink 2010

E. Brems & J. Vrielink, *Menselijke waardigheid in de Nederlandse Grondwet? Voorstudie ten behoeve van de Staatscommissie Grondwet*, Alphen aan de Rijn: Kluwer 2010

### Burkens 1971

M. Burkens, *Beperking van Grondrechten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1971

### Burkens 1989

M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989

### Croquet 2008

N.A.J. Croquet, 'The Right of Silence and not to self-incriminate under the ECHR', *Cambridge SLR* 2008, p. 214 e.v.

### Eissen 1993

M.A. Eissen, 'The principle of proportionality', in: R. Macdonald e.a.(ed.), *The European system for the protection of Human Rights*, Dordrecht: Nijhoff 1993

### Gerards 2011

J. Gerards, *EVRM, Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu 2011

**Haberle 1962**

P. Haberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, Heidelberg: Müller 1962

**Herzog 1992**

R. Herzog, 'The hierarchy of constitutional norms and its function in the protection of basic rights', *HRLJ* 1992, p. 90-93

**Hins 2005**

A.W. Hins, 'Constitutionele toetsing, proportionaliteit en Verhältnismäßigkeit', in: A.J. Nieuwenhuis e.a. (red.), *Proportionaliteit in het Publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005

**Kirchhof 1988**

P. Kirchhof, 'Mittel staatlichen Handelns', in: J. Isensee & P. Kirchhof, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band III, Heidelberg: Müller 1988

**Koffeman 2010**

N. Koffeman, (*The right to*) *personal autonomy in the case law of the European Court of Human Rights (nota opgesteld ten behoeve van de Staatscommissie Grondwet)*, Leiden 2010

**Leisner-Egensperger 2009**

A. Leisner-Egensperger, 'Wesensgehaltgarantie', in: D. Mertens & H.J. Papier (hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Heidelberg: Müller 2009

**Lerche 1992**

P. Lerche, 'Grundrechtsschranken', in: P. Kirchhof en J. Isensee, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschlands*, Band V, Heidelberg: Müller 1992

**Loschelder 1992**

W. Loschelder, 'Grundrechte im Sonderstatus', in: P. Kirchhof en J. Isensee, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band V, Heidelberg: Müller 1992

**Von Mangoldt & Klein 1985**

H. von Mangoldt & F. Klein, *Das Bonner Grundgesetz. Kommentar*, München: Vahlen 1985

**McCrudden 2008**

C. McCrudden, 'Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights', *EJIL* 2008, p. 683 e.v.

**Pieroth & Schlink 1994**

B. Pieroth & B. Schlink, *Grundrechte*, Heidelberg: Müller 1994

**Rivers 2006**

J. Rivers, 'Proportionality and variable intensity of review', *Cambridge Law Journal* 2006, p. 174-207

**Schmidt-Bleibtreu, Hofmann & Hopfauf 2011**

B. Schmidt-Bleibtreu, H. Hofmann & A. Hopfauf, *Kommentar zum Grundgesetz*, Köln: Carl Heymanns Verlag 2011

**Schmidt-Jortzig 1989**

E. Schmidt-Jortzig, 'Meinungs- und Informationsfreiheit', in: P. Kirchhof en J. Isensee, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band VI, Heidelberg: Müller 1989

**Stern 1988**

K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band III/1, München: Beck 1988

**Stern 1992**

K. Stern, 'Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte', in P. Kirchhof & J. Isensee, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band V, Heidelberg: Müller 1992

**Van Drooghenbroeck 2002**

S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme; prendre l'idée simple au sérieux*, Brussel: Bruylant 2002

**Van Wissen 2011**

G. van Wissen, 'Wat is een menswaardig bestaansminimum? Het Bundesverfassungsgericht en Hartz IV', in: A.J. Nieuwenhuis e.a. (red.), *Rechterlijk activisme*, Nijmegen: Ars Aequi 2011

**Zippelius & Würtenberger 2005**

R. Zippelius & T. Würtenberger, *Deutsches Staatsrecht. Ein Studienbuch*, München: Beck 2005