

De beperkingsystematiek van de Nederlandse grondrechten:

Kanttekeningen bij het rapport van de Staatscommissie Grondwet

DR. G. VAN DER SCHYFF*

* Dr. G. van der Schyff is universitair docent staatsrecht aan de Universiteit van Tilburg.

1 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 47.

2 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 13.

3 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 13, 53;

Kamerstukken II 2007/08, 31 570, nr. 3, p. 35.

4 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 46.

5 Over de wenselijkheid van rechterlijke constitutionele toetsing, vgl. M. Adams en G. van der Schyff, 'Constitutional Review by the Judiciary in the Netherlands: A Matter of Politics, Democracy or Compensating Strategy?'

Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 2006, p. 399; G. van der Schyff, 'Waarom het wetsvoorstel Halsema tekort schiet: Mythes rondom het verdragsargument', *Nederlands Juristenblad* 2009, p. 2408; C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer, 2005, p. 374-381; L.F.M. Besselink, *Constitutional Law of the Netherlands: An Introduction With Texts, Cases and Materials*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, p. 91-94; P.B. Cliteur, *Constitutionele toetsing*, 's-Gravenhage: Teldersstichting, 1991, p. 27-118; Gerhard van der Schyff, *Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the United Kingdom, the Netherlands and South Africa*,

1. Normativiteit van de Grondwet

In haar rapport van november 2010 heeft de Staatscommissie Grondwet aangegeven dat er goede redenen bestaan om het toetsingsverbod van wetten in formele zin in art. 120 Gw. te heroverwegen.¹ Hoewel de pertinente vraag of het toetsingsverbod gewijzigd of afgeschaft dient te worden niet deel uitmaakte van haar opdracht, acht de commissie dit vraagstuk wel belangrijk voor het onderzoek of er een grondwetswijziging nodig is om de betekenis en normativiteit van de Grondwet voor de burger te versterken, welke vraag wel deel uitmaakte van haar opdracht.² Deze vraag behoorde wel deels tot de opdracht van de commissie in zoverre zij werd gevraagd de regering te adviseren over de wenselijkheid om de beperkingsclausules in hoofdstuk een van de Grondwet aan te vullen met bijkomende materiële voorwaarden voor beperking.³ De commissie vindt, onder andere, dat rechterlijke toetsing de Grondwet meer zichtbaar zou maken voor de burger en de handhaving en effectiviteit ervan zou bevorderen.⁴ Constitutionele toetsing door de rechter kan, aldus de commissie, een goede zaak worden gevonden, maar daarmee is nog niets gezegd over de toetsbaarheid van de Grondwet. De voordelen van toetsing zijn pas aanwezig als ook zou blijken dat de Grondwet een instrument is waaraan zo nodig kan worden getoetst.

Deze bijdrage heeft tot doel om enkele kanttekeningen te maken op het rapport van de commissie in zake de beperkingsystematiek. Er wordt er in dit verband vanuit gegaan dat constitutionele toetsing door de rechter de normativiteit van de Grondwet versterkt en dus wenselijk is, waarop de vraag volgt of de huidige beperkingsystematiek aan verandering of aanvulling toe is om deze nieuw verworven normativiteit ook in de praktijk te laten doorschijnen.⁵

2. Wetgevergecentreerde beperkingssystematiek

Een kort overzicht van de huidige beperkingssystematiek bevestigt dat de Grondwet uitgaat van het primaat van de formele wetgever. De beperkingssystematiek centreert zich rondom de kwestie of een grondrecht door de wetgever zelf mag worden beperkt of door een ander ambt krachtens een daartoe gedelegeerde bevoegdheid conform de relevante competentievoorschriften.⁶ Voor enkele grondrechten is daarnaast vereist dat de beperkingen bepaalde doeleinden nastreven of dat zij voldoen aan bepaalde procedurele voorschriften.⁷ Opvallend is dat de beperkingsclausules nauwelijks een materiële rem bieden op de mate waarin een recht mag worden beperkt door zich grotendeels alleen maar te bemoeien met het duiden van een ambt dat al of niet op basis van een gedelegeerde bevoegdheid een beperking kan stellen. Op één uitzondering na heeft het betreffende ambt een grote keuzevrijheid om de inhoudelijke reikwijdte van een beperking vast te stellen.⁸ De beperkingssystematiek is zonder twijfel gestoeld op een verregaand, zelfs bijna negentiende-eeuws, vertrouwen in de legitimerende werking van de vertegenwoordigende democratie, aangezien de formele wetgever de spil vormt van deze systematiek. Hij krijgt immers een ruime bevoegdheid toebedeeld om zelf beperkingen vast te stellen of waar toegelaten te delegeren.

Zou men echter besluiten om art. 120 Gw. te wijzigen of af te schaffen dan verdient het sterk de aanbeveling om een materiële norm te gebruiken, als men een effectieve rechtsbescherming door de rechter wil bereiken.⁹ Anders zou rechterlijke toetsing weinig meer toevoegen dan het controleren van competentievoorschriften, doelcriteria en enkele procedurele voorschriften. Als de rechter niet wordt vertrouwd bij het maken van inhoudelijke keuzes in het kader van beperkingen kan er geen sprake zijn van een gezond evenwicht van machten en zou rechterlijke toetsing bijgevolg niet veel voorstellen..

3. Het voorstel van de Staatscommissie

In haar rapport was de Staatscommissie van mening dat de huidige beperkingssystematiek in hoofdlijnen kan worden gehandhaafd.¹⁰ Zij vindt het voornamelijk uit democratisch oogpunt gewenst dat het de formele wetgever is die in eerste instantie de grondrechten en de daarmee botsende politieke en constitutionele belangen tegen elkaar afweegt. Maar volgens de commissie is de beperkingssystematiek wel aan uitbreiding toe. Men denke aan preciezere inhoudelijke eisen die gesteld dienen te worden aan beperkingen ten einde de vrijheid van de wetgever te begrenzen om belangen tegen elkaar af te wegen. Kortom, de commissie heeft veel vertrouwen in de wetgever, maar niet genoeg om af te zien van de

arti- kelen

Dordrecht: Springer 2010, p. 22-33 en 47-76.

⁶ Vgl. art. 11 Gw.

⁷ Vgl. art. 9 lid 1 Gw. en art. 12 Gw.

⁸ Vgl. art. 15 lid 3 Gw. De zinsneede 'voor zover' impliceert een proportionaliteitsanalyse.

⁹ Theodor Maunz en Reinhard Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, München: Beck, 1991, p. 158 stellen hierover: 'In diesen Fällen bringt der Grundrechtsschutz keine zusätzliche Sicherung, er ist dann eigentlich entberlich "leerlaufend", alles hängt letztlich vom einfachen Gesetzgeber ab.'

¹⁰ *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 54.

noodzaak om materiële grenzen aan de bevoegdheid van de wetgever te stellen met betrekking tot de beperking van grondrechten. Hoewel dergelijke normen vanuit het internationaal recht, zoals het in het EVRM opgenomen begrip ‘noodzakelijk in een democratische samenleving’, doorwerken in de Nederlandse rechtsorde en zij op grond van art. 93 en 94 Gw. voorrang genieten boven nationale wetgeving, is de commissie toch overtuigd van het nut van opneming van zulke normen in de Grondwet. Dit valt te begrijpen aangezien de reikwijdte van rechten in de Grondwet niet altijd overeenkomt met de reikwijdte van vergelijkbare rechten in verdragen. Tevens, indien men er niet voor kiest om materiële voorwaarden uitdrukkelijk in de Grondwet op te nemen, dan zou de rechter zulke voorwaarden uit de Grondwet moeten afleiden, hoe anders kan de rechter toetsen of een beperking inhoudelijk te handhaven valt? Door zulke voorwaarden echter te expliciteren blijft deze wellicht omstreden oefening de rechter gespaard.¹¹ De commissie wijst er terecht op dat het invoeren van materiële voorwaarden een houvast zal bieden aan wetgever en rechter bij het beoordelen van de aanvaardbaarheid van beperkingen terwijl het de burger laat zien onder welke voorwaarden zijn grondrechten mogen worden beperkt.¹² Deze keuze voor de rechtszekerheid moet worden verwelkomd boven ermee tegenstrijdige standpunten die inhouden dat dergelijke voorwaarden geen explicitering behoeven.¹³ Maar wat stelt de commissie precies voor?

De commissie pleit in haar rapport voor een algemene, aanvullende beperkingsclausule. ‘Aanvullend’ in de zin dat een dergelijke bepaling naast de huidige beperkingsvoorwaarden komt te staan en ‘algemeen’ in de zin dat zij als uitgangspunt geldt voor alle gevallen waarin de grondwettelijke grondrechten worden beperkt. Het huidige scala aan beperkingsvoorwaarden komt dus niet te vervallen, maar wordt uitgebreid met materiële voorwaarden. De commissie adviseert de volgende bepaling in de Grondwet op te nemen:

Artikel x

1. Beperkingen van grondrechten gaan niet verder dan het doel van de beperking vereist.
2. De kern van grondrechten wordt niet aangetast.

De voorgestelde bepaling bevat enerzijds het vereiste van proportionaliteit (lid 1) en anderzijds de waarborg dat de kern van grondrechten niet mag worden beperkt (lid 2). De commissie hanteert een klassieke definitie van proportionaliteit in haar rapport door te stellen dat lid 1 erop toeziet dat de beperking geschikt en noodzakelijk is ter bereiking van het gekozen doel en dat er een evenredige verhouding bestaat tussen het doel van de beperking en de aantasting van het grondrecht. In lid 2 doelt de commissie op

¹¹ Van der Schyff 2010, p. 161.

¹² Van der Schyff 2010, p. 54.

¹³ Vgl. *Kamerstukken II*

2000/01, 27 460, nr. 1, p. 6, waar het kabinet het volgende standpunt innam n.a.v. het rapport van de Commissie Grondrechten in het Digitale Tijdperk: ‘Uit de karakter van het grondrecht vloeit immers reeds per definitie voort, dat beperkingen hierop noodzakelijk moeten zijn in een democratische samenleving. Ook nu reeds zal de wetgever moeten motiveren waarom een beperking op een grondrecht nodig is in onze samenleving. Opneming van dit vereiste in de Grondwet voegt dan in feite weinig toe.’

de onaantastbaarheid van de wezenlijke kern van grondrechten. Hieronder verstaat de commissie een uiterste grens die nooit mag worden overschreden ongeacht het belang van het doel van de beperking. Hoe weegt dit voorstel van de commissie op tegen de gangbare praktijk en theorie over de beperking van grondrechten? Deze evaluatie wordt hieronder gemaakt.

4. Een korte evaluatie van het voorstel

4.1 Algemene aanvullende beperkingsclausule

Het voorstel van de Staatscommissie om een algemeen aanvullende beperkingsclausule in de Grondwet op te nemen verdient steun. Rechten zijn geen klip en klare regels die alleen maar mechanisch hoeven te worden toegepast, maar zijn beter te begrijpen als beginselen die tegenover elkaar en tegenover andere belangrijke maatschappelijke waarden moeten worden afgewogen om fatsoenlijk te kunnen worden toegepast.¹⁴ Het idee van een algemene beperkingsclausule zou niet alleen deze onderlinge 'lotsverbondenheid' tussen de grondrechten kunnen symboliseren, maar zou ook het normatieve kader kunnen bieden waartegen de nodige belangenafweging kan plaatsvinden. Het voorstel van de commissie lijkt echter alleen betrekking te hebben op grondrechtsbepalingen met een eigen beperkingsclausule, zoals ieders recht op onaantastbaarheid van zijn lichaam in art. 11 Gw. dat bij of krachtens de wet mag worden beperkt. De strekking van het voorstel is dus niet om alle rechten beperkbaar te maken, zoals het recht op petitie in art. 5 dat geen beperkingsclausule kent. Hoewel de meeste grondrechten thans onderworpen kunnen zijn aan beperkingen is tot op zekere hoogte toch jammer dat niet alle rechten onder de algemene beperkingsclausule zullen komen te vallen. Hoe men het ook draait of keert, het blijft onontkoombaar dat de actuele bescherming van een bepaald recht het product is van een onderling samenspel van belangen dat beter geëxpliciteerd kan worden.¹⁵ Het feit dat rechten elkaar wederkerig beperken is des te meer evident in horizontale verhoudingen, voor zover derdenwerking is toegelaten, en zou ook daarom reden kunnen zijn om te erkennen dat alle rechten in beginsel beperkt kunnen worden.¹⁶ Dit neemt echter niet weg dat er mogelijk rechten zijn die zo belangrijk worden geacht in een bepaald stelsel dat men in alle redelijkheid niet een geval kan bedenken dat tot de beperking van zulke rechten zou kunnen leiden.¹⁷ Dus zelfs nadat men rekening heeft gehouden met enige contextuele factoren blijkt dan dat dergelijke factoren toch niet belangrijk genoeg zijn om bij zulke rechten de geboden bescherming te beperken.

¹⁴ Zoals Robert Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2002, uitvoerig betoogt.

¹⁵ Dat de door een recht geboden bescherming niet voor zich spreekt, maar een contextuele afweging behoeft, zelfs bij rechten die vaak als 'absoluut' worden getypeerd, blijkt uit een aantal arresten, bijv.: EHRM 28 juli 1999, *Reports and Judgments and Decisions*, 1999-V (Selmouni/Frankrijk), § 101: '[H]aving regard to the fact that the Convention is a "living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions" [...], the Court considers that certain acts which were classified as "inhuman and degrading treatment" as opposed to "torture" could be classified differently in future.' Tevens EHRM 18 januari 1978, *Series A*, nr. 25 (Ierland/Verenigd Koninkrijk), § 162: 'As was emphasised by the Commission, ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3 (art. 3). The assessment of this minimum is, in the nature of things, relative; it depends on all the circumstances of the case, such as the duration of the treatment, its physical or mental effects and, in some cases, the sex, age and state of health of the victim, etc.' Vgl. Michael K. Addo en Nicholas Grief, 'Does Article 3 of the European Convention on Human Rights Enshrine Absolute Rights?', *European Journal of International Law* 1998, p. 510.

¹⁶ Dit was voornamelijk de reden om alle rechten in het handvest van rechten in de Zuid-Afrikaanse Grondwet onderworpen te maken aan een algemene beperkingsclausule. Zie Lourens du Plessis en Hugh Corder, *Understanding South Africa's Transitional Bill of Rights*, Kenwyn: Juta, 1994, p. 126.

¹⁷ Alexy 2002, p. 195-196.

Het punt is gewoon dat men potentiële conflicten tussen rechten altijd moet oplossen middels een beperkingsclausule en niet onder het mom dat het vaststellen van de reikwijdte van een betreffend recht vanzelfsprekend is en dus niet afhankelijk van een belangafweging zou zijn.

4.2 Proportionaliteit en haar maatstaf

In de twintigste eeuw liep het vertrouwen in de wetgever wereldwijd een fikse deuk op door de verschrikkingen van twee wereldoorlogen en groeide er twijfel over de geschiktheid van het democratisch proces om zonder rechterlijke toetsing van wetgeving fundamentele rechten effectief te beschermen. In de constitutionele praktijk en theorievorming ging ook het materiële rechtsstaatsbegrip een rol spelen.¹⁸ Dit begrip vereist een inhoudelijke rechtvaardiging van beperking van rechten; enkel formele aanvaardbaarheid van een beperking als product van het democratisch proces volstaat niet langer. Het is dus te verwelkomen dat lid 1 van het voorstel van de Staatscommissie een proportionaliteitsanalyse introduceert. Waar de beperkingssystematiek thans niet de vraag stelt naar de mate waarin een recht mag worden beperkt, stelt het voorstel deze juist in het vooruitzicht.

Reeds een eerste oogopslag leert evenwel dat er een belangrijk verschil is tussen het voorstel en vergelijkbare bepalingen in verdragen en andere grondwetten. Hoewel vergelijkbare beperkingsclausules over het algemeen ook de maatstaf van een proportionaliteitsanalyse aangeven, door bijvoorbeeld te bepalen dat een beperking nodig moet zijn in een *democratische samenleving*, zwijgt de voorgestelde clausule op dit punt.¹⁹ Men moet zich realiseren dat proportionaliteitstoetsing alleen maar een techniek is en dat ze een maatstaf behoeft. Met andere woorden, wat proportioneel zou zijn tegen de achtergrond van de ene maatstaf kan bijvoorbeeld disproportioneel zijn, gemeten aan een andere maatstaf.

Gelukkig biedt de voorgestelde algemene waardenbepaling hier een uitkomst. De commissie adviseert een algemene bepaling aan de Grondwet toe te voegen waarin verwijzingen naar de democratische rechtsstaat en aspecten daarvan zijn opgenomen.²⁰ De reden voor opneming is om aspecten van de democratische rechtsstaat te concretiseren. Deze bepaling is wel meer dan een preambule aangezien zij rechtswerking zal genieten door de overheid te binden. Het voorstel ziet er als volgt uit:

1. Nederland is een democratische rechtsstaat.
2. De overheid eerbiedigt en waarborgt de menselijke waardigheid, de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen.
3. Openbaar gezag wordt alleen uitgeoefend krachtens de Grondwet of de wet.

18 Zie Gerhard van der Schyff, *Limitation of Rights: A Study of the European Convention and the South African Bill of Rights*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2005, pp. 141-145.

19 Vgl. art. 1 van het Canadees *Charter of Rights and Freedoms* (1982): 'The Canadian Charter of Rights and Freedoms guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.'

20 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 39.

Zulk een bepaling zou alsnog kunnen dienen als substantieel handvat voor de rechter bij het maken van een proportionaliteitsanalyse zoals vereist in de algemene beperkingsclausule. Het is dus van belang dat de waardenbepaling en de algemene beperkingsclausule als een geheel worden gezien opdat de techniek van proportionaliteitstoetsing tegen een ideaaltypisch rechtsstatelijke achtergrond kan geschieden.

4.3 Kern van grondrechten

Opmerkelijk is het voorstel van de Staatscommissie om een bepaling in de Grondwet op te nemen die de kern van een recht tegen enige aantasting moet vrijwaren. Dit onderdeel van de algemene beperkingsclausule stelt teleur. De commissie lijkt te beweren, door te eisen dat de wezenlijke kern nooit mag worden aangetast, dat de kern van een grondrecht een op zichzelf staand goed is waarvan de inhoud vanzelfsprekend is. Anders gezegd, de kern zou absolute bescherming bieden. Zij merkt bijvoorbeeld op dat de kern kan dienen als toetssteen voor de rechter in een concreet geval.²¹ Hoe mooi dit ook mag klinken, de kern van een recht kan nooit als een op zichzelf staand goed worden gezien.

De bescherming geboden door een recht is geen *a priori* gegeven, maar het resultaat van een zorgvuldige proportionaliteitsanalyse. Men zou kunnen zeggen dat wat we onder de kern verstaan het resultaat is van een beperkingsanalyse en op zichzelf geen bijkomende bescherming biedt tegen beperkingen. Alexy vat dit standpunt goed samen:

[T]he absoluteness of [...] protection remains a matter of the relation between different principles. [...] [This is because] the certainty of protection is so high [in some matters] that under ordinary circumstances we can talk about absolute protection. But the relativized basis of this protection must not be lost from sight. [...] The impression that the core can be identified directly without balancing interests, or known intuitively, derives from the certainty with which we are able to relate principles in [some cases]. [...] The result is that the guarantee of essential core [...] does not contain any further control on the limitability of constitutional rights beyond that already contained in the principle of proportionality.²²

Het kan ook zijn dat de commissie voor ogen had dat de kern van een recht meegewogen moet worden in een proportionaliteitsanalyse, hoewel deze veronderstelling niet lijkt te rijmen met de bewoordingen van het voorgestelde lid 2 dat ziet op de onaantastbaarheid van de wezenlijke kern. Als men dat voor ogen had, had men beter niet kunnen spreken van een kern, maar had men erop moeten wijzen dat het belang van een recht, of onderdeel ervan, zwaar moet meewegen voor de rechter in het al dan niet rechtvaardigen van een beperking. Men denke aan de zogeheten wegingsfactoren die de rechter worden opgelegd in de algemene beperkingsclausule van art. 36 lid 1 van de Zuid-Afrikaanse Grondwet:

²¹ Rapport Staatscommissie Grondwet 2010, p. 56.

²² Alexy 2002, p. 195-196.

The rights in the Bill of Rights may be limited only in terms of law of general application to the extent that the limitation is reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom, taking into account all relevant factors, including-

- (a) the nature of the right;
- (b) the importance of the purpose of the limitation;
- (c) the nature and extent of the limitation;
- (d) the relation between the limitation and its purpose; and
- (e) less restrictive means to achieve the purpose.

Misschien kunnen soortgelijke factoren meer houvast bieden aan de Nederlandse rechter (en wetgever) dan een moeilijk toepasbare kernrecht-bepaling. Het is tevens eigenaardig, maar ook jammer dat de commissie zich niet heeft laten ontmoedigen door de interpretatieproblemen bij het begrip van de kern van grondrechten in de Duitse Grondwet, maar dat zich integendeel en vreemd genoeg voor haar standpunt op de Duitse situatie beroept.²³

4.4 Algemene en bijzondere beperkingen

Helaas biedt het voorstel van de Staatscommissie geen antwoord op het oude probleem in het Nederlands staatsrecht van het onderscheid tussen algemene en bijzondere beperkingen.²⁴ 'Bijzondere' beperkingen zijn beperkingen die een bewuste uitwerking zijn van een specifieke beperkingsclausule.²⁵ 'Algemene' beperkingen daarentegen komen niet neer op een doelbewuste beperking van een recht maar treden op als een neveneffect van rechtsregels die een ander doel dan het beperken van een specifiek recht voor ogen hadden. Brandveiligheidsvoorschriften in kerkgebouwen bijvoorbeeld beogen niet het recht op godsdienstvrijheid in te perken maar kunnen er wel toe leiden dat een kerk in geval van brand wordt onttruimd. De onbedoelde consequentie van deze voorschriften is dan dat ze kerkgangers feitelijk het recht op godsdienstvrijheid ontnemen.

Aangezien algemene beperkingen nimmer expliciet bedoeld waren om rechten direct te beperken, worden ze ook niet toegepast conform beperkingsclausules terwijl dit in beginsel wel het geval zou moeten zijn.²⁶

Hier bestaan ook goede redenen voor, gelet op het scala aan delegatiebepalingen in de Grondwet. Een algemene beperking kan bijvoorbeeld gegeven zijn op basis van gedelegeerde wetgeving terwijl een beperking van het betreffende recht alleen opgenomen mag zijn in een wet in formele zin volgens de beperkingssystematiek.²⁷ Een strakke toepassing van de beperkingssystematiek in dergelijke gevallen kan ertoe leiden dat nuttige voorschriften om deze formele reden ongedaan worden gemaakt, hetgeen toch niet de bedoeling kan zijn. Zulk een consequentie kan worden vermeden door de rechter door de reikwijdte van de betreffende overheidsmaatregel en het betreffende grondrecht zo uit te leggen dat er geen sprake is van een conflict tussen die twee, met als gevolg dat een

23 *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 55. Zie voor literatuurverwijzingen en een uiteenzetting van de problemen en argumenten rondom het begrip 'kern': Gerhard van der Schyff, 'Cutting to the Core of Conflicting Rights: The Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective', in Eva Brems (red.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerpen: Intersentia, 2006, p. 131, 132-135.

24 Over dit probleem, zie uitgebreid M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1989, pp. 113-138.

25 Bijv. art. 125a Ambtenarenwet.

26 D.J. Elzinga, R. de Lange en H.G. Hoogers, *Van der Pot, Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer, 2006, p. 252.

27 Bijv. bij art. 6 lid 1 Gw.

beperkingsclausule niet hoeft te worden ingezet. In de literatuur wordt hiernaar verwezen als de dubbele toets van ‘de redelijke uitleg’ en de ‘redelijke toepassing’.²⁸ Maar is het vaststellen van het bereik van een grondrecht tevens het geschikte moment om te oordelen of *concrete* maatregelen binnen of buiten het bereik van een recht vallen? Aharon Barak stelt het als volgt:

I believe that the scope of the right does not change when it is in conflict with other constitutional values – such as society’s interests (national security, public order) or other conflicting rights. The clash between conflicting interests or values should not be expressed in the scope of the right, but rather in the manner the right is exercised and realized, and it is in this domain that proportionality plays a central role.²⁹

Kortom, concrete maatregelen kunnen beter worden beoordeeld in het kader van een beperkingsclausule, zonder dat er wordt gesleuteld aan het bereik van een grondrecht onder het mom van de interpretatie van de erdoor geboden bescherming. Anders gesteld, het antwoord op de problematiek van de algemene beperkingen ligt niet in het kunstmatig verschraken van het toepassingsgebied van een grondrecht met als reden te ontkomen aan de beperkingssystematiek, maar komt gewoon neer op het toepassen van een op dit probleem bedachte en goed ontworpen beperkingssystematiek.

De huidige situatie leidt nog tot een ander nadeel. De wetgever wordt alleen gebonden aan de grondwettelijke beperkingssystematiek indien hij kiest voor een bijzondere beperking. Dit is vreemd. De beperkingssystematiek kan toch niet een instrument van de wetgever zijn dat hij naar keus mag gebruiken? Veel beter zou het zijn als de beperkingssystematiek een sluitstuk zou bieden voor alle, hetzij bewuste of onbewuste, beperkingen van grondrechten.

Dit ideaal ligt meer binnen handbereik dan men zou denken. Door te bepalen in de algemene beperkingsclausule dat een beperking ‘bij wettelijk voorschrift voorzien’ dient te zijn wordt het probleem verholpen. Het effect hiervan is dat alle beperkingen van rechten een wettelijke basis dienen te hebben om ze zo aan de beperkingssystematiek te onderwerpen. Met andere woorden, het vertrekpunt is een materieel wetsbegrip vergelijkbaar met het vereiste in het tweede lid van de art. 8 tot 11 van het EVRM.³⁰ Elke beperking van een recht zou dan moeten voldoen aan de eis dat ze is gebaseerd op in ieder geval een wet in materiële zin.³¹ De brandveiligheidsvoorschriften in het voorbeeld van zo-even zouden dus een juridische basis moeten hebben die kenbaar en voorzienbaar was. De huidige delegatiebepalingen zouden ook van kracht blijven, zodat een inmenging niet alleen aan de algemene eis maar ook aan de strengere eisen zou moeten voldoen voorzover de inmenging beoogd was en niet slechts een

28 L.F.M. Verhey, ‘Het grondwettelijk beperkingssysteem: Handhaving of herbezuiniging?’, *NJCM-Bulletin* 2003 p. 216, p. 223-225.

29 Aharon Barak, ‘Proportionality and Principled Balancing’, *Law and Ethics of Human Rights* 2010, art. 1, p. 5. Zie tevens J. Gerards en H. Senden, ‘The Structure of Fundamental Rights and the European Court of Human Rights’, *International Constitutional Law Review* 2009, p. 619.

30 Zie EHRM 2 augustus 1984, *Series A*, nr. 82 (Malone/Verenigd Koninkrijk), § 66, waarin het Hof uitlegt dat: ‘the word “law/loi” is to be interpreted as covering not only written law but also unwritten law (...). A second principle, recognised by Commission, Government and applicant as being applicable in the present case, was that “the interference in question must have some basis in domestic law”.’

31 Waar de beperking opgenomen is in een wet in formele zin zou men kunnen inbrengen dat vrijwel alle wetten in formele zin tevens wetten in materiële zin zijn, maar het voordeel is nu dat alle feitelijke beperkingen van grondrechten terug te herleiden zijn tot een beperkingsclausule. Dit verankert de normativiteit van de Grondwet als het gaat om de beperking van grondrechten.

toevallige 'bijwerking' van een voorschrift. 'Bijzondere' beperkingen zouden dus aan zowel het algemene als het bijzondere legaliteitsvereiste moeten voldoen, 'algemene' beperkingen alleen aan de algemene legaliteitsvereiste. Alle potentiële inbreuken zouden dan onderhevig zijn aan een basale legaliteitstoets en omstandigheden zouden kunnen nopen tot een aanvullende toets. Als op een bepaald moment blijkt dat een beperking voldoet aan deze formele voorwaarde(n) kan de vraag gesteld worden naar de proportionaliteit van de beperking, hetgeen het voorstel van de commissie wel omvat.

5. Concluderend

De Staatscommissie Grondwet verdient lof voor haar voorstel om een algemeen aanvullende beperkingsclausule in de Grondwet op te nemen, hoewel de precieze uitwerking ervan wellicht op enkele punten vatbaar is voor verbetering, zoals hierboven is betoogd. Verdere interessante vragen in verband met constitutionele toetsing hebben uiteraard betrekking op de institutionele inrichting ervan (men denke aan het al dan niet instellen van een constitutioneel hof) en de verschillende te bedenken modaliteiten waar het gaat over de rechtsgevolgen van een dergelijke toetsing (men denke aan constructies in de zin van de Britse *Human Rights Act* en art. 33 van het Canadees *Charter of Rights and Freedoms*), maar zover mocht de opdracht van deze commissie helaas niet strekken.