

Constitutionele toetsing en de toekomst van de beperkingssystematiek van de Nederlandse grondrechten

Prof. dr. Monica Claes

Dr. Šejla Imamović

Prof. mr. drs. Joost Sillen

Universiteit Maastricht



Maastricht University

Faculteit der Rechtsgeleerdheid

Samenvatting

Aanleiding

In 2022 gaf de regering aan het toetsingsverbod van art. 120 Gw zó te willen wijzigen dat de rechter de bevoegdheid krijgt om de wet te toetsen aan de klassieke grondrechten in de Nederlandse Grondwet.¹ Los van de vraag of alle rechters die toetsingsbevoegdheid zouden moeten krijgen of dat die bevoegdheid exclusief zou moeten worden toegekend aan een constitutioneel hof, roept dat voornemen de vraag op of de klassieke grondrechten in de Nederlandse Grondwet voor zulke rechterlijke toetsing genoeg handvatten bieden. In dit rapport staat daarom de volgende vraag centraal: Is de beperkingssystematiek van de Nederlandse klassieke grondrechten geschikt om te fungeren als toetssteen voor de rechter en, zo nee, hoe kan zij daarvoor worden gemaakt?

Grondrechten en beperkingssystematiek

- Grondrechten beogen de burger te beschermen tegen de overheid. De voor Nederland belangrijkste grondrechtencatalogi zijn de Grondwet, het Europees Verdrag ter bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM) en het Handvest van de Grondrechten van de EU.
- De meeste grondrechten zijn niet absoluut, maar kunnen beperkt worden als een algemeen belang of het recht van een ander dat eisen. De 'beperkingssystematiek' van een grondrechtencatalogus bepaalt op welke manier de overheid grondrechten kan beperken.

Grondwet, EVRM en Handvest

- De beperkingssystematiek van de Grondwet is te vinden in de tekst van de verschillende grondrechtenbepalingen. De beperkingsclausules van de meeste grondrechtenbepalingen bestaan uit (een combinatie van) een competentievoorschrift (wie mag een grondrecht beperken?), doelcriteria (met het oog op welk belang mag het grondrecht worden beperkt?) en, soms, procedure- en vormvoorschriften (welke vormen moeten in acht worden genomen bij het beperken van grondrechten?). Op het eerste gezicht lijkt de Grondwet weinig inhoudelijke eisen te stellen aan een grondrechtenbeperking.
- Het EVRM stelt die inhoudelijke eisen wel, en eist dat een beperking niet alleen moet zijn voorgeschreven bij wet, maar ook dat de beperking proportioneel (ook wel 'evenredig') is.
- Het Handvest voegt daar nog aan toe dat de 'kern van het recht' (ook wel 'essentie') niet mag worden aangetast.

Handhaving bestaande grondwettelijke beperkingssystematiek

- Hoe zal de rechter na invoering van het toetsingsrecht grondrechtbeperkende wetten toetsen als de bestaande beperkingssystematiek wordt gehandhaafd wordt? Op basis van ervaringen met rechterlijke toetsing van lagere wetgeving, toetsing door de Afdeling advisering van de Raad van State en ervaringen in België, waar het Grondwettelijk Hof met een eveneens summiere Grondwet aan de slag moest, kan worden verwacht dat de rechter, ook zonder aanpassing van de beperkingssystematiek nuttig gebruik zal kunnen maken van het toetsingsrecht. Dit vergt enige creativiteit, bijvoorbeeld door gebruik te maken van algemene beginselen zoals proportionaliteit, of door de grondwettelijke beperkingssystematiek samen te lezen met die van het EVRM en eventueel het Handvest.

¹ *Kamerstukken II 2021/22*, 35 925 VII, nr. 169 (Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing).

De grondwetgever kan overigens, bij de wijziging van artikel 120 Gw, duidelijk maken dat hij dit van de rechter verwacht: toetsing dient immers nuttig te zijn.

Wijziging van de grondwettelijke beperkingssystematiek

- Er kan ook voor worden gekozen de beperkingssystematiek aan te passen en meer toe te snijden op de nieuwe rechterlijke toetsingsbevoegdheid. Die benadering levert meer duidelijkheid en voorspelbaarheid op, en kan de rechter behoeden voor verwijten van activisme. Het nadeel van zo'n wijziging is dat zij veel tijd in beslag neemt en (afhankelijk van de gemaakte keuzes) een aanzienlijke wetgevingsoperatie met zich brengt.
- Het meer toesnijden van de beperkingssystematiek op rechterlijke toetsing kan op verschillende manieren gebeuren. Gekozen kan worden voor:
 - (1) een aanvullende algemene beperkingsclausule met proportionaliteitseis en kernrechtbepaling,
 - (2) een algemene aanvullende beperkingsclausule met proportionaliteit, zonder kernrechtbepaling,
 - (3) een algemene beperkingsclausule die in de plaats komt van de bestaande beperkingsclausule in elk afzonderlijk grondrecht of
 - (4) wijziging van elk van die afzonderlijke beperkingsclausules.
 - (5) Ook zou kunnen worden gewerkt met een coördinatiebepaling, die voorschrijft dat de onderscheiden beperkingssystematieken (Grondwet, EVRM en Handvest) tezamen dienen te worden toegepast, en dat de ruimste bescherming voor gaat.

Inhoudsopgave

1. Inleiding	7
2. Beschrijving van drie beperkingsstelsels op hoofdlijnen	11
2.1. Inleiding	11
2.2. Grondwet.....	11
2.2.1 De grondwettelijke beperkingssystematiek: hoofdregel.....	12
2.2.2. Afwijking van de grondwettelijke beperkingssystematiek	13
2.3. Het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM)	14
2.3.1. De beperking moet ‘bij wet voorzien’ zijn	15
2.3.2. Legitiem doel	15
2.3.3. Noodzakelijk	15
2.4. Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.....	16
2.4.1. De beperkingssystematiek van het Handvest: de algemene beperkingsclausule .	16
2.4.2. Legaliteitseis: ‘bij wet gesteld’	16
2.4.3. Kernrecht: ‘eerbiedigt de wezenlijke inhoud van de rechten en vrijheden’	17
2.4.4. Proportionaliteits- of evenredigheidstoets	18
2.4.5. Nogmaals: kernrecht en evenredigheid	18
2.5. Vergelijking	19
2.6. Samenloop van grondrechten en beperkingssystematiek	19
2.6.1. Samenloop naar Nederlands recht.....	19
2.6.2. Samenloop in het recht van het EVRM	20
2.6.3. Samenloop in het EU-recht	20
2.7. Toetsingsintensiteit	21
2.7.1. Toetsing aan grondrechten door de Nederlandse (bestuurs)rechter	21
2.7.2. Toetsing door het EHRM: de margin of appreciation.....	22
2.7.3. Toetsing door het Hof van Justitie EU aan het Handvest	23
3. Hoe zal de Nederlandse rechter toetsen bij (gedeeltelijke) afschaffing van het toetsingsverbod en zonder aanpassing van de beperkingssystematiek in de Grondwet?	25
3.1. Inleiding	25
3.2. Rechterlijke toetsing van ander overheidshandelen dan de wet aan klassieke grondrechten	25
3.2.1. Uitzondering op de afwijzing van algemene beperkingen.....	25
3.2.2. Uitzonderingen op de eis van specifieke delegerende wet	26
3.2.3. Uitzonderingen op de strikte beperking tot de grondwettelijke doelcriteria	27
3.2.4. Proportionaliteitstoetsing buiten de grondrechten om.....	27

3.2.5. Deelconclusie	28
3.3. Advisering door de Afdeling advisering van de Raad van State	28
3.3.1. Competentievoorschriften als grens aan de mate waarin grondrechten mogen worden beperkt.....	29
3.3.2. Competentievoorschriften als grens aan de mate waarin de wetgever de bevoegdheid om grondrechten te beperken mag delegeren	30
3.4. Rechtelijke toetsing aan grondrechten in België.....	31
3.4.1. Toetsing aan de Grondwet en aan internationale en Europese verdragen	32
3.4.2. Het toetsingskader	33
3.5. Suggesties in de Nederlandse juridische literatuur.....	34
3.6 Conclusie	35
4. Aanpassing van de grondwettelijke beperkingssystematiek?	37
4.1. Inleiding.....	37
4.2. Handhaving van de bestaande beperkingssystematiek	37
4.3. Scenario's voor aanpassing	38
4.3.1. Een aanvullende algemene beperkingsclausule met proportionaliteitseis en kernrechtbepaling	38
4.3.2. Een algemene aanvullende beperkingsclausule met proportionaliteit, zonder kernrechtbepaling	39
4.3.3. Eén algemene beperkingsclausule	39
4.3.4. Een nieuwe specifieke beperkingssystematiek	40
4.3.5. Coördinatiebepaling	40

1. Inleiding

Grondrechten beschermen de burger tegen de overheid.² Al haar organen moeten deze in acht nemen. Zij vormen daarmee een belangrijk onderdeel van de rechtsstaat. Daarom zijn grondrechten vastgelegd in onze Grondwet (Gw) en in diverse internationale verdragen, zoals het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Hv).

Sommige grondrechten zijn absoluut: zij mogen nooit beperkt worden. Een voorbeeld daarvan biedt het verbod op de doodstraf uit art. 114 Gw: dit artikel bepaalt dat deze straf in Nederland nooit mag worden opgelegd. Absolute grondrechten komen echter heel weinig voor. Zij blijven hierna buiten beschouwing. De meeste grondrechten kunnen wel beperkt worden. Wij spreken dan van relatieve (of beperkbare) grondrechten. De overheid kan besluiten dat de uitoefening van een grondrecht moet wijken voor een algemeen belang of een recht van een ander. Toch bieden grondrechten ook in dat geval bescherming aan de burger, namelijk doordat zij aan de overheid extra eisen stellen als zij de uitoefening van zo'n grondrecht wil beperken; eisen die niet gelden als geen grondrecht in het geding is. Het soort aanvullende eisen dat wordt gesteld aan het beperken van grondrechten wordt de beperkingssystematiek van grondrechten genoemd.

Door het stellen van zulke aanvullende eisen wordt voorkomen dat grondrechten door daaraan te stellen beperkingen hun beschermende functie verliezen. Tegelijkertijd moeten deze extra eisen niet zó streng zijn, dat zij de overheid de mogelijkheid ontnemen om beleid te voeren en de grondrechten van anderen te beschermen. Een goede 'beperkingssystematiek' moet daarom het juiste evenwicht vinden tussen enerzijds de bescherming van het betreffende grondrecht en anderzijds de mogelijkheid van de overheid om beleid te voeren en de grondrechten van anderen te beschermen.

Er zijn verschillende technieken om deze aanvullende eisen voor het beperken van grondrechten juridisch vorm te geven. De meest gebruikte technieken zijn: (1) het stellen van de eis dat de beperking moet zijn neergelegd in regels die aan bepaalde voorwaarden voldoen (legaliteitseis); (2) het opnemen van de voorwaarde dat de beperking proportioneel of evenredigheid moet zijn in het licht van de met de beperking te dienen belangen en (3) door te bepalen dat de kern van het grondrecht niet mag worden aangetast. Meestal wordt gebruik gemaakt van een combinatie van deze technieken. Zo legt de beperkingssystematiek van grondrechten die zijn vervat in de Nederlandse Grondwet de nadruk op de hiervoor genoemde legaliteitseis: groot belang komt toe aan *wie* een grondrecht mag beperken. Naast de grondrechten uit onze Grondwet gelden in ons land ook andere grondrechten. Een belangrijke andere bron van grondrechten is bijvoorbeeld het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM). De beperkingssystematiek van de grondrechten uit dat verdrag onderscheidt zich van die van de Nederlandse Grondwet doordat dit verdrag veel aandacht vraagt voor de proportionaliteit van een grondrechtenbeperking. Verder moeten overheidsmaatregelen vaak ook voldoen aan de eisen die voortvloeien uit het Handvest van de Grondrechten van de EU (Hv).³ De beperkingssystematiek van het Handvest onderscheidt zich van die van de Nederlandse Grondwet en het EVRM doordat zij bovendien uitdrukkelijk vereist dat 'de kern' van het grondrecht niet geschonden wordt.

Bovendien bestaat – los van de inhoudelijke eisen die aan grondrechtenbeperkingen worden gesteld – verschil in waar die eisen zijn neergelegd. Tenminste drie varianten komen

² Klassieke grondrechten kunnen ook tussen burgers werken. De beperkingssystematiek, waarop dit onderzoek betrekking heeft, is daarvoor echter niet relevant.

³ Namelijk als de overheid, kort gezegd, handelt binnen de werkingssfeer van het Unierecht (art. 51 lid 1 Hv).

voor.⁴ Ten eerste kan een uitdrukkelijke beperkingsclausule ontbreken. Vaak wil dat echter niet zeggen dat het grondrecht niet kan worden beperkt, maar volgen de eisen die daarvoor gelden uit de rechtspraak. Dat is bijvoorbeeld het geval bij een aantal rechten uit het EVRM.⁵ Ten tweede kan er één algemene beperkingsclausule zijn voor alle grondrechten. Dat is bijvoorbeeld het geval in de Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.⁶ Tot slot kan elk grondrecht een eigen beperkingsclausule hebben. Dat is de variant waarvoor de Nederlandse grondwetgever heeft gekozen.

Grondrechten kunnen dus enkel worden beperkt wanneer aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Wetgever en bestuur zullen bij het vaststellen van wetgeving of bij het nemen van bestuursbesluiten steeds zelf moeten nagaan of hun besluiten aan die eisen voldoen. Uiteindelijk kan de burger de rechter vragen om te toetsen of de overheid zich bij het beperken van een grondrecht aan genoemde aanvullende eisen heeft gehouden. Hoewel de rechter die toetsing steeds kan verrichten als het gaat om beperkingen van grondrechten uit het EVRM en het Handvest van de Grondrechten van de EU, kan hij dat niet altijd als het grondrechten uit de Nederlandse Grondwet betreft. Art. 120 Gw verbiedt de rechter namelijk om de wet aan de Grondwet te toetsen. Dat betekent dat als een grondrechtenbeperking rechtstreeks voortvloeit uit de wet, de Nederlandse rechter niet kan toetsen of de wetgever (regering en Staten-Generaal tezamen) binnen de grenzen is gebleven die de Nederlandse Grondwet daaraan stelt. Dit rechterlijk toetsingsverbod heeft zijn weerslag gehad op de wijze waarop de Nederlandse grondwetgever bij de laatste algehele herziening van de Grondwet in 1983 de beperkingssystematiek van de Nederlandse grondrechten heeft vormgegeven: de tekst van de Nederlandse Grondwet biedt weinig houvast bij de beoordeling of de wetgever bij het beperken van grondrechten binnen zijn grondwettelijke grenzen is gebleven.⁷

In 2022 heeft de regering haar voornemen geuit om te komen tot een voorstel tot wijziging van het toetsingsverbod van art. 120 Gw. Zij wil de rechter de bevoegdheid geven om de wet te toetsen aan de klassieke grondrechten in de Nederlandse Grondwet.⁸ Met dit voornemen dienen zich een aantal vragen aan,⁹ die wij in dit onderzoek zullen beantwoorden:¹⁰

- (1) Hoe zal de rechter die toetsing van de wet aan de klassieke grondrechten in de Nederlandse Grondwet vormgeven als de beperkingssystematiek van die grondrechten niet wijzigt?
- (2) Welke alternatieven bestaan er voor de Nederlandse grondwettelijke beperkingssystematiek en hoe zouden deze kunnen worden ingepast in de Nederlandse Grondwet?
- (3) Wat zijn de voor- en nadelen van de verschillende varianten?

⁴ Dawood Ahmed & Elliot Bulmer, *Limitation Clauses*, Stockholm International IDEA 2014, p. 11-12.

⁵ Bijv. art. 6 EVRM. Zie par. 2.3.

⁶ Art. 52 lid 1 Hv.

⁷ Wij laten uitzonderings- en noodtoestanden buiten beschouwing (vgl. art. 103 Gw), omdat zij geschreven zijn voor zeer uitzonderlijke omstandigheden.

⁸ *Kamerstukken II 2021/22*, 35 925 VII, nr. 169 (Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing).

⁹ Deze vragen spelen overigens óók als besloten zou worden om niet iedere rechter de bevoegdheid te geven de wet aan de grondwettelijke klassieke grondrechten te toetsen (waarvan de hiervoor genoemde hoofdlijnenbrief uitgaat), maar als besloten wordt die bevoegdheid toe te kennen aan een gespecialiseerd constitutioneel hof.

¹⁰ Deels zijn deze vragen ook al aan de orde gekomen in een brief van de regering over de beperkingssystematiek, zie *Kamerstukken II 2022/23*, 35 786, nr. 8. Zie verder *Kamerstukken II 2022/23*, 35 786, nr. 9.

Bij het beantwoorden van deze vragen gaan wij als volgt te werk.

In hoofdstuk 2 schetsen wij eerst de beperkingssystematiek van de klassieke grondrechten die in de Nederlandse Grondwet zijn opgenomen. Wij contrasteren die beperkingssystematiek met twee andere stelsels van grondrechtenbeperkingen, namelijk die van het EVRM en die van Handvest van de Grondrechten van de EU.

Vervolgens formuleren wij in hoofdstuk 3 een antwoord op de eerste vraag: hoe zal de Nederlandse rechter de wet toetsen aan de klassieke grondrechten uit de Grondwet? De vraag vereist een voorspelling; het is immers niet met zekerheid te zeggen wat de rechter zal gaan doen. Om een geïnformeerde voorspelling te doen, onderzoeken wij (a) hoe de rechter lagere regelgeving dan de wet in formele zin en ander overheidshandelen toetst aan deze rechten, (b) hoe de Afdeling advisering wetsvoorstellen toetst aan de klassieke grondrechten, (c) hoe in België – wiens Grondwet een vergelijkbare beperkingssystematiek als de Nederlandse kent – de rechter aan de Belgische grondrechten is gaan toetsen en (d) welke suggesties in de Nederlandse juridische literatuur zijn gedaan aan de rechter.

Hoofdstuk 4 brengt ten slotte – in het licht van de bevindingen in hoofdstuk 3 – enkele alternatieven in kaart waaruit de grondwetgever zou kunnen kiezen als hij besluit art. 120 Grondwet te wijzigen zoals de regering voorstelt. Van elk van die alternatieven schetsen wij enkele voor- en nadelen. Dit laatste hoofdstuk beantwoordt daarmee de tweede en derde vraag van dit onderzoek.

2. Beschrijving van drie beperkingstelsels op hoofdlijnen

2.1. Inleiding

Er zijn verschillende technieken om de voorwaarden voor de beperking van grondrechten juridisch vorm te geven. De meest gebruikte zijn: (1) het stellen van de eis dat de beperking moet zijn neergelegd in regels die aan bepaalde voorwaarden voldoen (legaliteitseis); (2) het opnemen van de voorwaarde dat de beperking proportioneel of evenredig moet zijn in het licht van de met de beperking te dienen belangen en (3) door te bepalen dat de kern van het grondrecht niet mag worden aangetast. Vaak wordt een combinatie van die elementen gebruikt.

Opvallend aan de beperkingssystematiek van grondrechten in de Nederlandse Grondwet is dat deze veel belang hecht aan de vraag welk overheidsorgaan tot een grondrecht mag beperken. Het voor Nederland belangrijke Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM) legt op andere zaken de nadruk. In het oog springt bijvoorbeeld het grote gewicht dat bij de toetsing aan dit verdrag toekomt aan de vraag of een beperking proportioneel is. In vergelijking met de Grondwet en het EVRM is een bijzonder kenmerk van de beperkingssystematiek van het Handvest van de Grondrechten van de EU dat deze uitdrukkelijk vereist dat de 'kern' van een grondrecht onaantastbaar is.

Hierna beschrijven wij – op hoofdlijnen – de beperkingssystematiek van de grondrechten in achtereenvolgens de Grondwet (par. 2.2), het EVRM (par. 2.3) en het Handvest van de Grondrechten van de EU (par. 2.4), waarna een korte vergelijking volgt van de verschillende stelsels (par. 2.5). Vervolgens gaan wij kort in op de – van de beperkingssystematiek te onderscheiden, maar daaraan wel verwante vraag van de – indringendheid waarmee de rechter toetst of aan de beperkingsvoorwaarden van grondrechten is voldaan (par. 2.5). Wij sluiten dit hoofdstuk af met een korte conclusie (par. 2.6).

2.2. Grondwet

De beperkingssystematiek van de klassieke grondrechten in de Nederlandse Grondwet komt (voor een belangrijk deel) tot uitdrukking in de tekst van de verschillende grondrechtenbepalingen.¹¹ De Nederlandse Grondwet kent dus geen algemene beperkingsclausule; elk grondrecht kent een eigen beperkingsclausule.

Kerngedachte van de grondwetgever van 1983 was dat elke beperking van een grondrecht aan de relevante beperkingsclausule moet voldoen. Daarmee beoogde de Grondwet van 1983 afscheid te nemen van de zogenoemde 'leer van algemene beperkingen'. Volgens die leer hoefden beperkingen van grondrechten die een min of meer toevallig neveneffect zijn van een algemene regel, niet te voldoen aan de grondwettelijke beperkingsclausules.¹²

Bij de vormgeving van de beperkingsclausules gaf de grondwetgever ervan blijk veel vertrouwen te hebben in de formele wetgever, wiens beperkingsbevoegdheid hij nauwelijks

¹¹ De bestaande grondwettelijke beperkingssystematiek is al veelvuldig geëvalueerd. Zie bijv. Tj. Gebranda & M. Kroes, *Eindrapport Grondrechten Evaluatie-onderzoek*, Leiden: NJCM-Boekerij 1993; B.P. Vermeulen, 'Beperking van grondrechten', in: *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg. Burkens-bundel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 1-34; L.F.M. Verhey, 'Het grondwettelijk beperkingssysteem: handhaving of herbezinning', *NJCM-Bulletin* 2003, p. 216-232.

¹² *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 21. Zie uitgebreid over algemene beperkingen van grondrechten M.C.B. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 113 e.v.

aan grenzen bond. Daarmee onderscheidt de grondwettelijke beperkingssystematiek zich van de meeste mensenrechtenverdragen en de meeste nationale grondwetten die ook diverse inhoudelijke eisen stellen aan grondrechtenbeperkende wetten, zoals de eis dat de beperking proportioneel is en de kern van het grondrecht niet aantast.

De beperkingsclausules van de meeste Nederlandse grondrechten zijn opgebouwd uit (een combinatie van) verschillende terugkerende elementen. Deze komen aan de orde in par. 2.2.1. Daarnaast kent de Nederlandse Grondwet enkele grondrechten met een afwijkende beperkingssystematiek. Deze uitzonderingen op de hoofdregel bespreken wij in par. 2.2.2.

2.2.1 De grondwettelijke beperkingssystematiek: hoofdregel

De beperkingsclausules van de meeste grondrechtenbepalingen in de Nederlandse Grondwet bestaan uit (een combinatie van) een competentievoorschrift (wie mag een grondrecht beperken?), doelcriteria (met het oog op welk belang mag het grondrecht worden beperkt?) en, soms, procedure- en vormvoorschriften (welke vormen moeten in acht worden genomen bij het beperken van grondrechten?).

Competentievoorschrift

Vrijwel alle grondwettelijke beperkingsclausules bevatten een competentievoorschrift.¹³ Zo'n voorschrift beantwoordt de vraag: wie is bevoegd de uitoefening van een grondrechten te beperken? De Grondwet kan twee verschillende antwoorden op die vraag geven, namelijk: uitsluitend de wetgever in formele zin (dat is: de regering en Staten-Generaal gezamenlijk)¹⁴ óf de wetgever in formele zin met de mogelijkheid om die beperkingsbevoegdheid toe te kennen aan een ander ambt, bijvoorbeeld aan de regering (delegatie).¹⁵ Welke van de twee mogelijkheden geldt, is afhankelijk van bewoordingen die de Grondwet kiest. Als een grondwettelijke beperkingsclausule de woorden 'bij of krachtens', (een vorm van het werkwoord) 'regelen' of (het zelfstandig naamwoord) 'regels' bevat, dan is de wetgever bevoegd om het grondrecht te beperken én mag hij die bevoegdheid delegeren. Een voorbeeld daarvan biedt art. 10 lid 1 Gw: 'Ieder heeft, behoudens *bij of krachtens* de wet te stellen beperkingen, recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer.' Gebruikt de Grondwet andere bewoordingen, dan mag alleen de wetgever in formele zin het grondrecht beperken en is delegatie van beperkingsbevoegdheid niet toegestaan. Een voorbeeld daarvan biedt art. 8 Gw: 'Het recht tot vereniging wordt erkend. *Bij de wet* kan dit recht worden beperkt in het belang van de openbare orde.'

Besluit de wetgever de bevoegdheid om een grondrecht te beperken aan een ander ambt te delegeren, dan volgt uit de grondwetsgeschiedenis dat de delegerende wet aan bepaalde eisen moet voldoen: uit de wet moet blijken dat de wetgever daadwerkelijk heeft

¹³ Een uitzondering is art. 15 lid 4 Gw.

¹⁴ Art. 81 Gw. Mag alleen de wetgever in formele zin een grondrecht beperken, dan moet de wet alle wezenlijke elementen van de grondrechtbeperkende regeling bevatten. De uitvoering van zulke precies omschreven wetgeving mag vervolgens wel aan andere ambten worden opgedragen. Het delegatieverbod staat dat toe. De vraag wanneer sprake is van een voldoende gedetailleerde regeling, leidt soms tot discussie. Vgl. ABRvS 30 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1763 (*Gebiedsverbod imam*) en de bespreking daarvan door Pommer (*Gst.* 2018/117), Munneke (*Gst.* 2018/118) en Brouwer & Schilder (*AB* 2018/327).

¹⁵ De wetgever kan er dan bovendien voor kiezen dat andere ambt de bevoegdheid te geven om die beperkingsbevoegdheid te delegeren aan weer een ander ambt (subdelegatie). Van delegatie is volgens de grondwetgever sprake als de wetgever een min of meer discretionaire bevoegdheid tot het beperken van een grondrecht overdraagt, ongeacht of de bevoegdheid het vaststellen van algemene regels inhoudt of het verrichten van bestuurshandelingen betreft (*Kamerstukken II* 1978/79, 13 872, nr. 3, p. 23).

beoogd de bevoegdheid om een bepaald grondrecht te beperken over te dragen.¹⁶ Een schoolvoorbeeld van zo'n specifieke delegerende wet is de Wet openbare manifestaties. Zowel uit de considerans van die wet als uit haar bepalingen blijkt klip en klaar dat deze beoogt bevoegdheden te delegeren waarmee de gemeenteraad en de burgemeester grenzen kunnen stellen aan de demonstratievrijheid en de godsdienstvrijheid.¹⁷ Een voorbeeld van een wettelijke bevoegdheid die de rechter onvoldoende specifiek acht om daarop een beperking van een grondwettelijk grondrecht te baseren is art. 149 van de Gemeentewet: 'De raad maakt de verordeningen die hij in het belang van de gemeente nodig oordeelt.' Uit deze bepaling blijkt niet dat de raad door het vaststellen van een verordening grondwettelijke grondrechten mag beperken.¹⁸

Doelcriteria

In enkele beperkingsclausules zijn doelcriteria opgenomen. Een voorbeeld biedt het hiervoor genoemde art. 8 Gw: de wetgever mag de verenigingsvrijheid beperken 'in het belang van de openbare orde'. Andere doelcriteria zijn te vinden in art. 6 lid 2 Gw (de vrijheid van godsdienst): 'bescherming van de gezondheid', 'het belang van het verkeer' en 'bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden'. Zulke doelcriteria zorgen ervoor dat de vrijheid om grondrechten te beperken verder wordt ingesnoerd: alléén met het oog op de in de grondwetsbepaling genoemde belangen, mag het grondrecht worden beperkt.

Procedure- en vormvoorschriften

Tot slot bevatten enkele grondwetsbepalingen voorschriften over de procedures of de vormen die in acht moeten worden genomen bij het beperken van deze grondrechten. Het betreft art. 12 (huisrecht), 13 (brief- en telecommunicatiegeheim) en 15 (vrijheidsbeneming) Gw. Voorbeelden van de daarin opgenomen voorschriften zijn de eis van rechterlijke betrokkenheid (art. 13 lid 2 en 15 lid 2 Gw) of – bij het huisrecht – voorafgaande legitimatie bij binnentreden van een woning (art. 13 lid 2 Gw).

Combinatie

Soms bevat de beperkingsclausule van een grondwettelijk grondrecht slechts één van de hiervoor genoemde elementen, zoals in art. 11 Gw het geval is: 'Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op onaantastbaarheid van zijn lichaam.' Een beperkingsclausule kan echter ook meerdere van de hiervoor genoemde elementen bevatten, zoals art. 13 lid 2 Gw doet: 'Beperking van [het recht op eerbiediging van zijn brief- en telecommunicatiegeheim] is mogelijk in de gevallen bij de wet bepaald met machtiging van de rechter, of in het belang van de nationale veiligheid, door of met machtiging van hen die daartoe door de wet zijn aangewezen.' Door het combineren van de hiervoor genoemde elementen wordt het moeilijker om een grondrecht te beperken.

2.2.2. Afwijking van de grondwettelijke beperkingssystematiek

De Grondwet kent ook grondrechten die zich onttrekken aan de hiervoor geschetste beperkingssystematiek. Soms kiest de Grondwet daar uitdrukkelijk voor, zoals in het geval van

¹⁶ *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 23-24; *Kamerstukken II 1976/77*, 13 872, nr. 7, p. 14-15.

¹⁷ Volgens de rechtspraak kan de specificiteit van zo'n delegerende ook blijken uit haar wetsgeschiedenis. Zie bijv. C.A.J.M. Kortmann (bew. door P.P.T. Bovend'Eert e.a.), *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2021, p. 444, met verdere verwijzingen.

¹⁸ ABRvS 28 augustus 1995, AB 1996/204 (*Drugspand Venlo*).

art. 15 lid 4 Gw. Volgens deze bepaling kunnen de grondrechten van gedetineerden worden beperkt 'voor zover [de uitoefening van deze rechten] zich niet met de vrijheidsbenaming verdraagt'. De reden voor deze afwijkende (algemene) beperkingsclausule voor gedetineerden is gelegen in het feit dat zij – vanwege hun detentie – in een bijzondere verhouding tot de overheid staan.¹⁹

Van afwijking van de hiervoor geschetste beperkingssystematiek kan echter ook sprake zijn zonder dat dit in de tekst van de Grondwet tot uitdrukking komt. Daarvan is sprake bij art. 7 lid 1 Gw (vrijheid van meningsuiting via de drukpers) en art. 23 Gw (vrijheid van onderwijs). Art. 7 lid 1 Gw is bij herziening van 1983 (nagenoeg) ongewijzigd gebleven, onder meer omdat de grondwetgever de genuanceerde rechtspraak over deze bepalingen wilde behouden.²⁰ Het gevolg daarvan is dat ook lagere wetgevers dan de wetgever in formele zin aspecten van dit grondrecht onder voorwaarden kunnen reguleren,²¹ hoewel dit niet tot uitdrukking komt in de tekst van de grondwetsbepaling.²² Ook art. 23 Gw hanteert een afwijkende beperkingssystematiek, omdat pogingen de grondwetsbepaling in 1983 te herzien zijn mislukt. Voor de beperkingssystematiek heeft dat twee gevolgen.²³ Ten eerste geldt voor deze bepaling (net als voor art. 7 lid 1 Gw) dat delegatie van beperkingsbevoegdheid door de wetgever in formele zin soms is toegelaten, hoewel de Grondwet niet de hiervoor beschreven delegatieterminologie gebruikt. Ten tweede geldt voor dit grondwetsartikel niet dat elke beperking moet zijn terug te voeren tot een beperkingsclausule: heeft een algemene regeling tot neveneffect dat de vrijheid van onderwijs wordt beperkt, dan kan die regeling toch de toets aan het grondrecht doorstaan, ook al zou die regeling naar letter van de grondwetsbepaling daarmee in strijd zijn.²⁴

2.3. Het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM)

De meeste rechten en plichten die uit het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) voortvloeien hebben geen absoluut karakter en mogen dus beperkt worden.²⁵ Wanneer er sprake is van een beperking van niet-absolue EVRM-rechten, moet worden onderzocht of die beperking kan worden gerechtvaardigd door objectieve en overtuigende redenen van algemeen belang die voldoen aan de relevante normen en voorwaarden die zijn vastgelegd in het EVRM en in de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM).

De wijze waarop het EHRM beoordeelt of een beperking van een niet-absoluut EVRM-recht rechtmatig is, is afhankelijk van de in het geding zijnde EVRM-bepaling. Met betrekking tot het recht in kwestie kan men onderscheid maken tussen rechten die beperkingen slechts

¹⁹ Ook ambtenaren staan in zo'n bijzondere verhouding tot de overheid. Daarom erkennen wetgever en rechter dat ook hun grondrechten makkelijker kunnen worden beperkt dan de grondrechten van andere dragers van grondrechten. Zie daarover C.A.J.M. Kortmann (bew. door P.P.T. Bovend'Eert e.a.), *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2021, p. 428-429, met verdere verwijzingen).

²⁰ Vgl. *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 7, p. 28.

²¹ Het betreft hier de zogenoemde 'verspreidingsjurisprudentie'. Zie HR 28 november 1950, ECLI:NL:HR:1950:1, *NJ 1951/137 (APV Tilburg)*.

²² Volgens bepaling geldt de vrijheid van meningsuiting via de drukpers namelijk 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet'.

²³ C.A.J.M. Kortmann (bew. door P.P.T. Bovend'Eert e.a.), *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2021, p. 598-600.

²⁴ Deze afwijking was bijv. relevant voor verplichte sluiting van scholen tijdens de coronapandemie. Zie P.W.A. Huisman, 'Recht op onderwijs, onderwijswetgevingsbeleid en inrichtingsvrijheid ten tijde van de coronapandemie', *NTOR* 2020, nr. 4, p. 24-36.

²⁵ EVRM-rechten die een absoluut karakter hebben zijn art. 3, 4 lid 1 en 7.

onder zeer bijzondere omstandigheden toelaten (bijv. art. 2, 4 en 5), rechten die naar de letter absoluut zijn, maar waarop het EVRM toch beperkingen aanvaardt (bijv. art. 6, 13 en 14),²⁶ rechten met algemene beperkingsclausules (bijv. art. 8, 9, 10 en 11) en rechten met een bijzonder beperkingsregime (bijv. art. 12 dat beperkingen toestaat die voortvloeien uit de nationale wetgeving).

Hoewel voor beperkingen van de verschillende EVRM-rechten dus verschillende eisen gelden, volgen uit de jurisprudentie van het EHRM ook enkele algemene voorwaarden waaraan de beperking van alle niet-absolute rechten moeten voldoen: (1) zij moeten steunen op een adequate juridische grondslag, (2) moeten een legitiem doel dienen en (3) dienen 'noodzakelijk in een democratische samenleving' te zijn.²⁷

2.3.1. De beperking moet 'bij wet voorzien' zijn

De eerste eis (de beperking moet bij wet zijn voorzien) komt, zij het in verschillende formuleringen, voor in vrijwel alle verdragsbepalingen: een beperking moet 'bij wet [zijn] voorgeschreven' (bijv. art. 8 EVRM), 'in overeenstemming [zijn] met de wet' (bijv. art. 2 lid 2 sub c EVRM) of, algemener, 'rechtmatig' moet zijn (bijv. art. 5 lid 1 EVRM). Al deze formuleringen worden door het Hof autonoom geïnterpreteerd. Dat wil zeggen dat het Hof niet beslissend acht of de regeling waarin de grondrechtenbeperking is opgenomen in een rechtsbron die naar nationaal recht de naam 'wet' draagt. In plaats daarvan onderzoekt het Hof of de beperking steunt op een rechtsregel die toegankelijk (kenbaar) en voorzienbaar is (voldoende precies is geformuleerd).

2.3.2. Legitiem doel

De beperking moet daarnaast een legitiem doel dienen. Deze doelen zijn opgesomd in het EVRM. Zij zijn vaak breed geformuleerd en het Hof legt ze doorgaans ruim uit. Voorbeelden van in het EVRM opgenomen legitieme doelen zijn de bescherming van de openbare veiligheid, de nationale veiligheid, het voorkomen van criminaliteit en de bescherming van de rechten en vrijheid van anderen. In de meeste gevallen is het voor de Staten niet moeilijk om aan deze eis te voldoen en aanvaardt het Hof eenvoudigweg dat een maatregel of besluit een van de in de Verdragstekst genoemde doelstellingen dient, soms zelfs zonder te specificeren welk doel het van toepassing acht.²⁸

2.3.3. Noodzakelijk

Het derde en moeilijkste deel van de beoordeling of een beperking van een EVRM-recht rechtmatig is, is de vraag of zij 'noodzakelijk' is. Daarvoor legt het EHRM verschillende maatstaven aan: van 'absoluut noodzakelijk' (het recht op leven), tot 'strikt noodzakelijk' (het recht op een eerlijk proces), tot 'noodzakelijk in een democratische samenleving' (het recht op respect voor het privéleven, de vrijheid van meningsuiting, de vrijheid van gedachten enz.), tot eenvoudigweg 'noodzakelijk' (bescherming van eigendom).

De eis dat de beperking van het grondrecht 'noodzakelijk is in een democratische samenleving' wordt in de praktijk het meest toegepast. Van zulke noodzakelijkheid is volgens het EHRM sprake als de beperking tegemoetkomt aan 'een dringende maatschappelijke

²⁶ Het EHRM spreekt dan van impliciete of inherente beperkingen.

²⁷ Deze vereisten worden door het EHRM overigens niet voor alle rechten in dezelfde mate en even systematisch toegepast.

²⁸ Zie bijvoorbeeld EHRM 17 februari 2011, appl. nr. 12884/03 (*Wasmuth/Duitsland*), par. 55; EHRM 12 juli 2016, appl. nr. 43777/13 (*Vrzic/Kroatië*), par. 62.

behoefte'. Het Hof toetst dan of de grondrechtenbeperkende maatregel geschikt is om het legitieme doel te bereiken (draagt de maatregel bij aan het bereiken van het doel?), of hij noodzakelijk is (kan het doel ook worden bereikt met een minder ingrijpende maatregel?) en of de beperking evenredig is aan het belang dat ermee wordt nagestreefd.

Een belangrijk element bij de beoordeling van de proportionaliteit van de grondrechtenbeperking is of er minder beperkende middelen bestaan waarmee het nagestreefde doel effectief kan worden verwezenlijkt. Hoewel deze subsidiariteitseis een belangrijk aspect is van de proportionaliteitstoets, is het Hof in het algemeen terughoudend bij de toepassing ervan. De reden hiervoor is dat het voor het Hof relatief lastig is om te beoordelen of mogelijke alternatieve middelen even effectief zouden zijn als de daadwerkelijk gekozen maatregelen.²⁹

2.4. Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie

Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (hieronder: 'het Handvest') is de grondrechtencatalogus van de Europese Unie, die bindend is voor de Europese instellingen en voor de lidstaten wanneer zij handelen binnen de reikwijdte van het Unierecht. Nederlandse wetgeving en overheidshandelen dat binnen die reikwijdte valt, dient dus te voldoen aan de eisen die het Handvest stelt aan beperkingen van de daarin opgenomen grondrechten.

2.4.1. De beperkingssystematiek van het Handvest: de algemene beperkingsclausule

Enkele grondrechten vervat in het Handvest zijn absoluut: beperkingen op die rechten zijn dus niet toegestaan. Het betreft de rechten genoemd in Hoofdstuk 1 ('waardigheid'): de menselijke waardigheid (art. 1 Hv), het recht op leven (art. 2 Hv), het recht op menselijke integriteit (art. 3 Hv), het verbod van foltering en van onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen (art. 4 Hv) en het verbod van slavernij en dwangarbeid (art. 5 Hv). Ook de interne vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst (art. 10 lid 1 Hv), het vermoeden van onschuld en rechten van de verdediging (art. 48 Hv), het legaliteitsbeginsel (art. 49 lid 1 Hv) en het recht om niet tweemaal in een strafrechtelijke procedure voor hetzelfde delict te worden berecht of gestraft (art. 50 Hv) kunnen niet beperkt worden.³⁰

De overige grondrechten in het Handvest kunnen wel worden beperkt. Art. 52 lid 1 Hv voorziet daartoe in een algemene beperkingsclausule. Deze stelt drie voorwaarden: (1) 'beperkingen moeten bij wet worden gesteld', (2) zij moeten 'de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen', en (3) zij moeten 'noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen'. De algemene beperkingsclausule van het Handvest combineert dus alle drie de eerder genoemde technieken: de legaliteitseis, de kernrechtbenadering en de proportionaliteitstoets. Op elk van die drie elementen gaan wij nu achtereenvolgens in.

2.4.2. Legaliteitseis: 'bij wet gesteld'

Beperkingen van grondrechten (door de Unie en/of de lidstaten) zijn alleen toegestaan als zij 'bij wet worden gesteld'. Die 'wet' kan een EU-rechtshandeling zijn (bijvoorbeeld een

²⁹ EHRM 22 april 2013, appl. no. 48876/08 (*Animal Defenders International/Verenigd Koninkrijk*).

³⁰ Deze rechten kunnen niet worden beperkt, omdat hun evenknie in het EVRM ook niet kan worden beperkt. Op grond van art. 52 lid 3 Hv krijgen rechten in het Handvest die een analoge bepaling in het EVRM kennen, namelijk minstens dezelfde inhoud, reikwijdte en beschermingsniveau als onder het EVRM.

verordening of een richtlijn) of een nationale norm (bijvoorbeeld een formele wet of een lagere regeling).

Het EU-recht stelt vooral eisen aan de inhoud en kenbaarheid van de ‘wet’: de beperkingen moeten voldoende nauwkeurig, toegankelijk en voorzienbaar zijn. Burgers moeten in staat zijn de gevolgen die een wet met zich brengt in redelijke mate te kunnen voorzien, zodat zij hun gedrag kunnen aanpassen aan de norm.

De rechtsgrond die beperkingen toestaat moet zelf de reikwijdte van de beperking op de uitoefening van het betrokken recht bepalen.³¹ De wet moet ook voldoende duidelijk aangeven wat de reikwijdte is van de discretionaire bevoegdheden die worden verleend aan de autoriteiten die bevoegd zijn om de wet uit te voeren.

De voorwaarde dat beperking bij wet moeten worden gesteld, legt niet alleen eisen op aan de Europese Unie en de Uniewetgever, maar ook aan de lidstaten die EU-wetgeving moet implementeren, toepassen en handhaven.³²

2.4.3. Kernrecht: ‘eerbiedigt de wezenlijke inhoud van de rechten en vrijheden’

Volgens art. 52 lid 1 Hv moeten beperkingen de ‘wezenlijke inhoud’ van de rechten en vrijheden eerbiedigen: de beperking mag geen afbreuk doen aan ‘het recht als zodanig’.³³ De gedachte van de ‘wezenlijke inhoud’ komt ook tot uiting in art. 1 Hv dat de menselijke waardigheid beschermt. Het artikel luidt: ‘De menselijke waardigheid is onschendbaar. Zij moet worden geëerbiedigd en beschermd’. Volgens de Toelichtingen bij het Handvest vloeit hieruit voort dat de in het Handvest vastgelegde rechten niet mogen worden gebruikt om de waardigheid van anderen te schenden en dat de menselijke waardigheid tot ‘het wezen van de in dit Handvest vastgelegde rechten’ behoort. Er kan daarom nooit afbreuk aan worden gedaan³⁴

Tast EU-recht de wezenlijke inhoud van een grondrecht aan, dan staat de schending vast. Tot die conclusie kwam het Hof van Justitie bijvoorbeeld in de zaak *Schrems*: het oordeelde dat een beschikking van de Commissie de wezenlijke inhoud van zowel het recht op privé-leven (art. 7 Hv) als het recht op een doeltreffende voorziening in rechte (art. 47 Hv) schond en daarom ongeldig was.³⁵ Ook nationaal recht dat binnen het toepassingsbereik van het EU-recht valt, mag de kern van een recht niet aantasten. Zo oordeelde het Hof van Justitie in de zaken *Bauer en Willmeroth* dat de lidstaten de ‘wezenlijke inhoud’ van het grondrecht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon, beschermd in art. 31 lid 2 Hv, niet mogen beperken.³⁶ Een nationale regeling die de wezenlijke inhoud aantast van rechten en vrijheden beschermd in het Handvest, moet door de Nederlandse rechter buiten toepassing worden gelaten.

³¹ Zie bijvoorbeeld HvJ EU 16 juli 2020, C-311/18, EU:C:2020:559 (*Facebook Ireland en Schrems*).

³² In de praktijk is niet altijd vooraf duidelijk wie, de Unie of de lidstaten, verantwoordelijk is voor de bescherming van de grondrechten van de burgers. Soms eist het Hof van Justitie dat de Europese norm die grondrechten beperkt zelf duidelijke en precieze regels bevat (zie bijvoorbeeld HvJ 8 april 2014, Gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12, EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland*), in andere gevallen laat het toe dat de Uniewetgever de verplichting om de beperkingen duidelijk bij wet te stellen deels doorschuift naar de lidstaten (HvJ 26 april 2022, C-401/19, EU:C:2022:297 (*Republiek Polen tegen Europees Parlement en Raad van de Europese Unie (uploadfilters)*)).

³³ De ‘wezenlijke inhoud’ is de terminologie van het Handvest. Zij lijkt overeen te komen met het concept van een ‘kernrecht’ of de ‘essentie’ van een grondrecht.

³⁴ Aldus de Toelichtingen bij het Handvest, (OJ 2007/C 303/02). De Toelichtingen dienen op grond van art. 6 lid 1 VEU en art. 52 lid 7 Hv naar behoren in acht te worden genomen bij de uitlegging van het Hv.

³⁵ HvJ EU 6 oktober 2015, zaak C-362/14, EU:C:2015:650 (*Maximilian Schrems*), r.o. 94 en 95.

³⁶ HvJ EU 6 november 2018, Gevoegde zaken C-569/16 en C-570/16, EU:C:2018:871 (*Bauer en Willmeroth*), r.o. 59 en 84.

Wat is dan de ‘wezenlijke inhoud’, de kern van grondrechten? In sommige gevallen stelt het Hof dit vast op grond van een uitleg van het grondrecht zelf. Zo oordeelde het Hof dat de wezenlijke inhoud van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte (art. 47 Hv) er onder andere in bestaat, dat de drager van dit recht toegang moet hebben tot een gerecht dat bevoegd is om de eerbiediging van de uit het Unierecht voortvloeiende rechten te waarborgen en om daartoe alle voor het bij hem aanhangige geding relevante feitelijke en juridische kwesties te onderzoeken.³⁷ Wanneer een voorziening in rechte ontbreekt, is de wezenlijke inhoud van het recht aangetast. In andere gevallen stelt het Hof van Justitie niet op voorhand vast wat de wezenlijke inhoud van een recht is, maar kijkt het naar hoe diep de beperking ingrijpt in het grondrecht. De wezenlijke inhoud van een recht wordt in zulke gevallen geraakt wanneer, in de woorden van het Hof, ‘aan het recht zelf’ wordt afgedaan,³⁸ met andere woorden: wanneer de beperking zo alomvattend en ingrijpend is dat het recht als zodanig wordt uitgedoofd of teniet wordt gedaan.³⁹

2.4.4. *Proportionaliteits- of evenredigheidsstoets*

Tot slot zijn beperkingen volgens art. 52 lid 1 Hv alleen toegestaan wanneer zij ‘noodzakelijk zijn en daadwerkelijk beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen’. Dit betekent dat (1) de beperkingen een legitiem doel moeten nastreven. Het Hof van Justitie vat dit ruim op. Beperkingen mogen niet buiten de grenzen treden van wat (2) geschikt en (3) noodzakelijk is voor de verwezenlijking van de legitieme doelstellingen die met de betrokken regeling worden nagestreefd, met dien verstande dat wanneer een keuze mogelijk is tussen meerdere geschikte maatregelen, de maatregel moet worden gekozen die het minst belastend is. Tenslotte (4) mogen de door de maatregel berokkende nadelen niet onevenredig zijn aan het nagestreefde doel.

Wanneer meerdere in de EU-verdragen neergelegde grondrechten aan de orde zijn, moet bovendien bij de beoordeling of het evenredigheidsbeginsel in acht is genomen, een juist evenwicht tussen deze rechten worden verzekerd.

2.4.5. *Nogmaals: kernrecht en evenredigheid*

De eis van eerbiediging van de wezenlijke inhoud van het recht en de evenredigheid zijn dus afzonderlijke toetsen,⁴⁰ die doorgaans na elkaar worden toegepast.⁴¹ Het Hof toetst eerst of de maatregel de wezenlijke inhoud van het recht aantast. Is dat het geval, dan staat daarmee de schending van het grondrecht vast. De evenredigheid hoeft dan niet meer te worden

³⁷ HvJ EU 6 oktober 2020, Gevoegde zaken C-245/19 en C-246/19, EU:C:2020:795 (*État luxembourgeois t. B*), r.o. 66.

³⁸ HvJ EU 20 maart 2018, C-524/15, EU: C:2018:197 (*Menci*), r.o. 43. Zie ook Koen Lenaerts, ‘Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU’, *German Law Journal* 2019, p. 779-793.

³⁹ De kernrechtstoets lijkt daarmee in het verlengde te liggen van de proportionaliteitstoets. Vóór de inwerkingtreding van het Handvest schoof het Hof van Justitie het kernrecht en het evenredigheidsbeginsel trouwens in elkaar in één toets, zie bijvoorbeeld: ‘een lidstaat, wanneer hij de uitoefening van fundamentele rechten beperkt, [moet] het evenredigheidsbeginsel in acht [...] nemen. Volgens dit beginsel mogen die beperkingen, het nagestreefde doel in aanmerking genomen, geen onevenredige en onduldbare ingreep zijn, waardoor de gewaarborgde rechten in hun kern worden aangetast’, HvJ EU 13 april 2000, zaak C-292/97, EU:C:2000:202 (*Karlsson*), r.o. 58.

⁴⁰ Zie ook Koen Lenaerts, ‘Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU’, *German Law Journal* 2019, p. 781.

beoordeeld.⁴² Wanneer de kern van het recht niet is aangetast, toetst het Hof vervolgens de evenredigheid van de maatregel. Hoewel kernrechtbescherming en proportionaliteit dus twee afzonderlijke toetsen vergen, kan men zich afvragen of de toets van de 'wezenlijke inhoud' tot andere resultaten leidt dan wanneer enkel de proportionaliteit van een grondrechtenbeperking wordt beoordeeld.⁴³ Geredeneerd kan immers worden dat een beperking die raakt aan de wezenlijke inhoud van een recht nooit proportioneel kan zijn. In dat geval voegt de toets weinig toe, en leidt hij enkel tot moeilijke discussies over de 'wezenlijke inhoud', 'kern van het recht' of 'het recht zelf'.

2.5. Vergelijking

De drie hierboven beschreven beperkingssystemen (Grondwet, EVRM en Handvest) hebben ieder een eigen, maar in sommige opzichten vergelijkbare beperkingssystematiek.

Ze omvatten allemaal een legaliteitseis, zij het dat de Nederlandse Grondwet op dat punt strenger is dan het EVRM en het Handvest. Omdat het EVRM en het Handvest met de legaliteitseis vooral willekeur willen voorkomen, volstaan zij met het stellen van materiële voorwaarden aan de wet: die moet voldoende duidelijk, toegankelijk en voorspelbaar zijn. De Grondwet beperkt de mogelijkheid tot het stellen van beperkingen aan grondrechten soms tot de formele wetgever, of beperkt de mogelijkheid voor de formele wetgever om de bevoegdheid tot het stellen van beperkingen te delegeren. De ratio daarvan lijkt te zijn dat de wetgever in formele zin over de sterkste democratische legitimatie beschikt.

Zowel het EVRM als het Handvest kennen een proportionaliteitstoets. Alleen het Handvest kent daarnaast een kernrechtbepaling. In de praktijk is echter ook voor het Handvest de proportionaliteitseis de cruciale toets. Alleen in de uitzonderlijke omstandigheid wanneer een beperking raakt aan de 'essentiële inhoud' van een grondrecht, staat de schending automatisch vast, en hoeft de proportionaliteit van de beperking niet meer afzonderlijk beoordeeld te worden.

2.6. Samenloop van grondrechten en beperkingssystematiek

In de praktijk zijn de onderscheiden grondrechtencatalogi en de bijbehorende beperkingsgronden vaak tegelijk van toepassing. De Nederlandse rechter past in die gevallen dan ook twee (of meer) beperkingssystemen tegelijk toe. Wij spreken in dat geval van samenloop. Wat geldt in zo'n geval?

2.6.1. Samenloop naar Nederlands recht

De Nederlandse Grondwet bepaalt niet uitdrukkelijk hoe de rechter dient om te gaan met de gelijktijdige toepassing van grondwettelijk gegarandeerde grondrechten en verdragsrechten. In de praktijk past de rechter beide beperkingssystematieken afzonderlijk toe. Hij toetst de beperking dus bijvoorbeeld eerst aan de Grondwet, en als de beperking die toets doorstaat, toetst de rechter de beperking vervolgens aan het EVRM en daarna eventueel aan het Handvest.

Wanneer de beperking van een grondrecht echter is neergelegd in een wet in formele zin, dan zal de rechter die beperking door het toetsingsverbod van art. 120 Gw niet aan de grondwettelijke beperkingssystematiek kunnen toetsen. Hij zal de beperking dan alleen

⁴² HvJ EU 6 oktober 2015, zaak C-362/14, EU:C:2015:650 (*Maximillian Schrems*), r.o. 98; HvJ EU 23 maart 2023, zaak C-412/21, ECLI:EU:C:2023:234, (*Dual Prod SRL*), r.o. 64.

⁴³ Zie ook M. Dawson, O. Lynskey & E. Muir, 'What is the Added Value of the Concept of the "Essence" of EU Fundamental Rights?', *German Law Journal* 2019, p. 766.

kunnen toetsen aan (de minimumbescherming geboden door) het EVRM, zoals uitgelegd door het EHRM.⁴⁴ De rechter oordeelt dat het bieden van verdergaande bescherming dan die door EHRM is uitgesproken niet door hem, maar alleen door de wetgever kan worden geboden.⁴⁵

Het Handvest speelt een steeds grotere rol in de Nederlandse rechtspraak.⁴⁶ In veel zaken waarin het Handvest een rol speelt, verwijst de rechter ook naar het EVRM. In sommige zaken toets de rechter vooral aan het EVRM, en stelt hij dat het Handvest niet tot een andere uitkomst zou leiden. In andere zaken wordt alleen aan het EVRM getoetst, zonder of met slechts een zijdelingse verwijzing naar het Handvest.⁴⁷ Soms toetst de rechter afzonderlijk aan het Handvest en aan het EVRM.⁴⁸ Kortom, de samenloop van Handvest en EVRM heeft nog niet geleid tot een eenvormige benadering in de Nederlandse rechtspraak. Omdat beide toetsen in de praktijk zelden tot een andere uitkomst leiden, lijkt dit niet problematisch te zijn.

2.6.2. Samenloop in het recht van het EVRM

Voor het EHRM is samenloop niet van belang, omdat dit Hof enkel moet beslissen of een staat een EVRM-recht wel of niet heeft geschonden. Het EHRM laat zich wel soms door het Handvest en nationaal recht inspireren bij de uitlegging van het EVRM, maar het is aan die rechtsbronnen niet gebonden. Voor de Nederlandse rechter (of een andere nationale rechter) die het EVRM toepast in de eigen rechtsorde is het vraagstuk van samenloop wel van belang: hij moet in zo'n geval beslissen hoe hij beide toetsen met elkaar verenigt, of kiezen welke hij toepast in een concreet geval. Hoe de Nederlandse rechter dat doet bespreken we hiervóór, in par. 2.6.1.

2.6.3. Samenloop in het EU-recht

Het Handvest bevat twee bepalingen die betrekking hebben op de verhouding tussen Handvest en EVRM. Op grond van art. 52 lid 3 en art. 53 Hv moeten de rechten in het Handvest minimaal dezelfde bescherming bieden als de daarmee vergelijkbare rechten in het EVRM. Het Unierecht mag dus niet minder bescherming bieden dan het EVRM, maar wel meer. Beperkingen die niet gerechtvaardigd zijn op grond van het EVRM, zijn dat dus ook niet op grond van het Handvest.

Art. 52 lid 4 Hv schrijft bovendien voor dat voor zover het Handvest grondrechten erkent zoals die voortvloeien uit 'de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen' hebben, die rechten in overeenstemming met die tradities moeten worden uitgelegd. In de praktijk is deze bepaling minder van belang, omdat de gemeenschappelijke constitutionele tradities, voor zover zij helder zijn, ook tot uiting komen in het EVRM. Het Hof gebruikt het EVRM dan als graadmeter voor die gemeenschappelijke constitutionele tradities. Belangrijker in dit verband is de uitleg die het Hof van Justitie geeft aan art. 53 Hv met betrekking tot het beschermingsniveau geboden door een nationale grondwet en door het Hv. In de zaak *Melloni* heeft het Hof van Justitie namelijk bepaald dat de lidstaten binnen het toepassingsgebied van het Unierecht geen ruimere bescherming mogen bieden op grond van de eigen grondwet als dat de

voorrang, eenvormigheid en uniformiteit van het Unierecht zou aantasten.⁴⁹ Hoe moet de rechter daarmee omgaan?', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2010, p. 224-255.

⁴⁵ HR 10 november 1989, NJ 1990, 628 (*post-Berrehab*); HR 10 augustus 2001, NJ 2002, 278.

⁴⁶ Hierover Jasper Krommendijk, 'Tien jaar bindend EU-Grondrechtenhandvest in de Nederlandse rechtspraak: een inleidende schets van de *status quo*', in H. de Waele, J. Krommendijk & K. Zwaan (red.), *Tien jaar EU-Grondrechtenhandvest in Nederland. Een impact assessment*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 1-44.

⁴⁷ Rb. Den Haag 6 juli 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:16204; Rb. Den Haag 18 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:7253.

⁴⁸ Rb. Den Haag 10 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:12415.

⁴⁹ HvJ EU 26 februari 2013, zaak C-399/11, EU:C:2013:107 (*Melloni*).

Samenvattend kan worden gesteld dat op grond van het Handvest de bescherming van grondrechten nooit mag zakken onder de ondergrens van het EVRM; dat het Unierecht en het Handvest wel een ruimere bescherming mogen bieden dan het EVRM, en dat nationaal recht wel mag uitgaan boven het niveau van EVRM en Unierecht, maar niet wanneer daarmee het Unierecht wordt geschonden.

2.7. Toetsingsintensiteit

Van de beperkingssystematiek van grondrechten moet de mate van indringendheid worden onderscheiden waarmee de rechter aan die systematiek toetst (toetsingsintensiteit). Dat neemt niet weg dat soms concepten die een rol spelen bij de vraag of een grondrecht mag worden beperkt, tevens een rol spelen bij het bepalen van de toetsingsintensiteit. Wij illustreren dat aan de hand van de wijze waarop de Nederlandse (bestuurs)rechter overheidshandelen toetst (par. 2.7.1), hoe het EHRM invulling geeft aan zijn toetsingsbevoegdheid (par. 2.7.2) en hoe het Hof van Justitie van de EU dat doet (par. 2.7.3.). Bovendien speelt in het debat over rechterlijke toetsing aan de grondrechten de rechterlijke intensiteit dikwijls een prominente rol. Ook dat is een reden om het vraagstuk van de toetsingsintensiteit hier aan de orde te stellen.

Van belang om op te merken is dat de vraag hoe indringend de rechter beslissingen van de overheid moet toetsen, doorgaans niet in het geschreven recht is neergelegd.⁵⁰ De toetsingsintensiteit wordt veelal door de rechter zelf bepaald aan de hand van zijn constitutionele positie en aan de hand van de bij de zaak betrokken belangen. Hoewel de rechterlijke toetsingsintensiteit in theorie kan variëren ten aanzien van alle facetten van de rechterlijke beoordeling van een grondrechtenbeperking, speelt zij in het bijzonder een rol bij de beoordeling van de proportionaliteit van de grondrechtenbeperking. Dat is zo, omdat wat proportioneel is en wat niet, lang niet altijd duidelijk is. Vaak kunnen redelijk denkende mensen daarover van mening verschillen. De rechter moet dan schipperen tussen twee uitgangspunten: enerzijds moet hij voorkomen dat hij op de stoel van de wetgever of het bestuur gaat zitten, die als eerste aan zet zijn bij de beoordeling van de proportionaliteit van een maatregel, en anderzijds moet hij ervoor waken dat grondrechten niet onnodig worden beperkt en daarmee worden uitgehouden. Tegen de achtergrond van die concurrerende uitgangspunten bepaalt de rechter de intensiteit waarmee hij een grondrechtenbeperking toetst.

2.7.1. Toetsing aan grondrechten door de Nederlandse (bestuurs)rechter

Lange tijd nam de (bestuurs)rechter tot uitgangspunt dat hij de uitoefening van discretionaire bevoegdheden door bestuursorganen marginaal – dat wil zeggen: terughoudend – moest beoordelen. Dat geldt in het bijzonder voor de beoordeling van de proportionaliteit (evenredigheid) van de op die bevoegdheden gebaseerde besluiten. De afgelopen tien jaar is

⁵⁰ Dit was bijvoorbeeld wel het geval in de Zweedse Grondwet die tot 2011 de rechter enkel toeliet een wet buiten toepassing te laten wanneer sprake was van een ‘manifeste’ schending van de grondwet. Die voorwaarde is nu geschrapt. Zij bestaat nog wel in Finland, waar de rechter op grond van sectie 106 van hoofdstuk 10 van de grondwet de wet alleen buiten toepassing mag laten wanneer sprake is van een ‘evidente’ schending van de grondwet. De Commissie van Venetië toonde zich kritisch over deze beperking, maar accepteerde haar wel (‘The creation of a specialised constitutional court is not imposed by any European standard, as long as the Finnish system guarantees in practice the protection of human rights, even if it could be suitable to extend the judicial control of constitutionality beyond the cases of evident conflict with the Constitution’, Opinion on the Constitution of Finland, adopted by the Venice Commission at its 74th plenary session (Venice, 14-15 March 2008), CDL-AD(2008)010, rn. 134.

die marginale toetsing in toenemende mate bekritiseerd.⁵¹ Sinds 2022 kiest de bestuursrechter daarom een andere koers. Hij stelt voortaan zijn toetsingsintensiteit af aan de hand van '(i) de aard en het gewicht van de bij het besluit betrokken belangen; (ii) de ingrijpendheid van het besluit en de mate waarin het fundamentele rechten van de belanghebbenden aantast.'⁵² Beperkingen van grondrechten toetst de bestuursrechter sindsdien dus indringender dan besluiten die geen grondrechten beperken, en bovendien neemt de toegepaste toetsingsintensiteit toe naarmate een besluit de uitoefening van grondrechten (fundamentele rechten) verdergaand beperkt. Daarmee zoekt de bestuursrechter aansluiting bij het groeiende belang dat wordt gehecht aan de grondrechten zoals beschermd in onder meer Grondwet, het EVRM en het Handvest: daarin vindt hij een rechtvaardiging om de andere staatsmachten dichter op de huid te zitten.

2.7.2. Toetsing door het EHRM: de margin of appreciation

Het proportionaliteitsvereiste komt bij de toetsing aan het EVRM met name tot uitdrukking in de daarin vervatte 'noodzakelijkheidstoets'. De indringendheid waarmee het EHRM die noodzakelijkheid beoordeelt, hangt af van verschillende factoren. Zij komen tot uitdrukking in breedte van de zogenoemde *margin of appreciation* (beoordelingsmarge) die het Hof aan de nationale autoriteiten laat.⁵³ Daarmee is meteen duidelijk dat de *margin of appreciation* een andere achtergrond heeft dan de discussie over toetsingsintensiteit van de bestuursrechter: de laatste heeft haar wortels in de machtscheiding tussen rechter, wetgever en bestuur; de eerste heeft haar bestaansreden in de verhouding van het EHRM als een internationale rechter tot de verdragsstaten. Het EHRM heeft in die verhouding een subsidiair karakter: de bescherming van rechten en vrijheden van het EVRM is primair de verantwoordelijkheid van de nationale autoriteiten.

Net als de toetsingsintensiteit van de Nederlandse bestuursrechter varieert ook de breedte van de beoordelingsmarge die het Hof gunt aan de Staten. Zij wordt in grote lijnen bepaald door: (1) de bijzondere context van de zaak, (2) de mate van Europese consensus over de kwestie die op het spel staat en (3) de aard en het belang van het recht.

(1) de bijzondere context van de zaak

De bijzondere context van de zaak kan het EHRM tot de conclusie leiden dat nationale autoriteiten in beter in staat zijn om de rechtmatigheid van de beperking van het EVRM-recht te beoordelen dan het EHRM. Dat kan het geval zijn als een beslissing moet worden genomen over gevoelige morele en ethische kwesties, als het gaat om de beoordeling van maatregelen die zijn genomen tijdens een noodsituatie en wanneer twee verdragsrechten tegen elkaar moeten worden afgewogen.

(2) de mate van Europese consensus

De tweede factor die de breedte van de beoordelingsmarge bepaalt, is de mate van Europese consensus over de kwestie die op het spel staat. Deze zogenoemde '*common ground*'-benadering verwijst in wezen naar de vraag of er een (opkomende) Europese consensus over

⁵¹ R.J.N. Schlössels, 'De toetsing van beleidsruimte en het evenredigheidsbeginsel: een nieuwe horizon?', *JB-plus* 2022, p. 43-58.

⁵² ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285, r.o. 7.9.

⁵³ De beoordelingsmarge werd geïntroduceerd in EHRM 23 juli 1968, appl. nr. 1474/62 (*Belgian Linguistics*) en werd later verder ontwikkeld in EHRM 7 december 1976, appl. nr. 5493/72 (*Handyside/Verenigd Koninkrijk*). Sinds de inwerkingtreding van Protocol 15 is zij ook opgenomen in de preambule van het EVRM.

de te beoordelen kwestie bestaat. Hoe breder die consensus, hoe kleiner de beoordelingsmarge zal zijn, en omgekeerd. Ten eerste kan deze *common ground* een rol spelen bij de vraag of een maatregel voldoet aan een van de legitieme doelen. Ten tweede kan zij een rol spelen bij de beoordeling van de noodzakelijkheid of evenredigheid van de grondrechtenbeperking. Het Hof zal de staten een ruimere beoordelingsmarge laten als er in Europa weinig consensus bestaat over welke maatregelen het meest geschikt en passend zijn om een algemeen belang te dienen.

(3) de aard en het belang van het recht

De aard en het belang van het verdragsrecht is de derde factor die de breedte van de beoordelingsmarge bepaalt. Hier kijkt het EHRM naar het soort recht, de omvang van de inmenging en of de inmenging de kern van het betreffende recht aantast. Ten aanzien van die kern lijkt het Hof twee verschillende benaderingen te hanteren. In sommige gevallen lijkt het EHRM van oordeel dat de kern van een verdragsrecht nooit mag worden aangetast door een nationale maatregel of besluit, ongeacht de gewichtigheid van het algemeen belang dat met die beperking is gediend. In andere gevallen lijkt het Hof toch enige beperking op de kern van het grondrecht in theorie mogelijk te achten, maar duidt de verwijzing naar de kern van het grondrecht aan dat de nationale maatregel duidelijk onevenredig is.⁵⁴ Overigens bestaan er geen duidelijke richtlijnen of criteria aan de hand waarvan bepaald kan worden wat de 'kern' van een grondrecht is.⁵⁵

2.7.3. Toetsing door het Hof van Justitie EU aan het Handvest

Ook het Hof van Justitie toetst niet altijd even indringend, en laat soms meer of minder ruimte voor een eigen beoordeling door de EU-instellingen en de lidstaten. De intensiteit van de toets hangt onder meer af van de aard van het recht, de ingrijpendheid van de beperking en het doel dat met de beperking wordt nagestreefd. Een goed voorbeeld hiervan bieden enkele arresten over de bewaring en verwerking van persoonsgegevens in de sector elektronische communicatie.⁵⁶ Daarin oordeelde het Hof dat de bescherming van het grondrecht op eerbiediging van het privéleven vereist dat uitzonderingen op de bescherming van persoonsgegevens en de beperkingen ervan binnen de grenzen van het 'strikt noodzakelijke' blijven. Wat 'strikt noodzakelijk' is, hangt af van de aard van de beperking en de mate waarin in het recht wordt ingegrepen (zo zijn wettelijke maatregelen die voorzien in preventieve algemene en ongedifferentieerde bewaring van verkeers- en locatiegegevens nooit gerechtvaardigd, maar is het Hof minder streng voor de bewaring van IP-adressen) en van de het doel van de beperking (de bescherming van de nationale veiligheid en bestrijding van terrorisme rechtvaardigt ernstigere inmengingen in de grondrechten dan andere doelstellingen, zoals de bestrijding van criminaliteit en de bescherming van de openbare veiligheid).

⁵⁴ Janneke Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge: CUP 2019, p. 254-255.

⁵⁵ Eén manier om dit te beoordelen zou zijn in de context van de kernwaarden van het EVRM-systeem (menselijke waardigheid, autonomie, democratie, pluralisme); hoe dichter het aspect van een recht ligt bij een van de kernwaarden die ten grondslag liggen aan het EVRM-systeem, des te belangrijker dit aspect is. Andere relevante aspecten zijn de mate/omvang van de inmenging en Europese consensus over wat de kern is van een bepaald recht. Het bepalen van de kern van een recht in het EVRM-recht blijft echter moeilijk en redelijk zeldzaam.

⁵⁶ HvJ EU 6 oktober 2020, gevoegde zaken C-511/18, C-512/18 en C-520/18, EU:C:2020:791 (*La Quadrature du Net*); HvJ EU 5 april 2022, zaak C-140/20, EU:C:2022:258 (*G.D. t Commissioner of An Garda Síochána*).

3. Hoe zal de Nederlandse rechter toetsen bij (gedeeltelijke) afschaffing van het toetsingsverbod en zonder aanpassing van de beperkingssystematiek in de Grondwet?

3.1. Inleiding

Als de rechter – zoals de regering voorstelt – de bevoegdheid krijgt de wet te toetsen aan de klassieke grondrechten in de Nederlandse Grondwet, biedt de bestaande grondwettelijke beperkingssystematiek dan een geschikt rechterlijk toetsingskader? Beantwoording van deze vraag vereist een voorspelling over hoe de rechter de wet aan de grondwettelijke grondrechten zal gaan toetsen als hij die toetsingsbevoegdheid krijgt. De vraag wat de rechter zál doen, kan echter niet met zekerheid worden beantwoord. Wat wel kan, is bekijken hoe andere ambten die nu al de grondwettelijke beperkingssystematiek (of een daarmee sterk vergelijkbare systematiek) als toetsingskader gebruiken, daarmee omgaan. Om die reden bespreken wij in dit hoofdstuk achtereenvolgens hoe de Nederlandse rechter ander overheidshandelen dan de wet in formele zin toetst aan de grondwettelijke beperkingsclausules (par. 3.2), hoe de Afdeling advisering wetsvoorstellen daaraan toetst (par. 3.3), hoe in België – wiens Grondwet een vergelijkbare beperkingssystematiek als de Nederlandse kent – de rechter aan de grondrechten is gaan toetsen (par. 3.4) en, ten slotte, welke suggesties dienaangaande in de Nederlandse juridische literatuur zijn gedaan (par. 3.5). Wij sluiten af met een korte conclusie (par. 3.6).

3.2. Rechterlijke toetsing van ander overheidshandelen dan de wet aan klassieke grondrechten

Hoewel de Nederlandse rechter de wet niet mag toetsen aan de klassieke grondrechten uit de Nederlandse Grondwet, mag hij daaraan wel ander overheidshandelen toetsen, zoals bestuursbesluiten of lagere regelgeving. De wijze waarop hij die toetsing verricht kan ons wellicht informatie verschaffen over hoe de rechter wetten aan de Nederlandse grondrechten zal toetsen als het toetsingsverbod (gedeeltelijk) wordt afgeschaft. In de regel houdt de rechter bij toetsing van dit ander overheidshandelen strikt de hand aan de uitgangspunten van de grondwettelijke beperkingssystematiek zoals die in het vorige hoofdstuk is besproken. Soms echter aanvaardt hij daarop uitzonderingen. Deze betreffen het afwijzen van de mogelijkheid van algemene beperkingen (par. 3.2.1), de eis van specifieke wettelijke grondslag voor het beperken van grondrechten (par. 3.2.2) en de doelcriteria (par. 3.2.3). Tot slot gaan wij in op het verschijnsel dat de rechter ook de proportionaliteit beoordeelt van het in deze paragraaf bedoelde overheidshandelen, maar die beoordeling niet baseert op de in het geding zijnde grondrechten (par. 3.2.4). Wij sluiten deze paragraaf af met een korte deelconclusie (par. 3.2.5.).

3.2.1. Uitzondering op de afwijzing van algemene beperkingen

Uitgangspunt van de grondwettelijke beperkingssystematiek is dat álle beperkingen moeten zijn te herleiden tot een grondwettelijke beperkingsclausule. Algemene beperkingen (beperkingen van grondrechten die een toevallig neveneffect zijn van algemene overheidsmaatregelen) zijn daarmee in beginsel ontoelaatbaar, omdat deze per definitie niet berusten op een specifieke wettelijke grondslag die tot een grondwettelijk beperkingsclausule herleidbaar is. Volgens de rechter kan deze eis in de praktijk onwenselijke gevolgen hebben. Zo zou dit uitgangspunt tot gevolg hebben dat de algemene eis dat bedrijven moeten beschikken over een (zoals dat vroeger heette) Hinderwetvergunning voor drukkerijen buiten toepassing moeten blijven (art. 7 Gw). Hetzelfde geldt voor bestemmingsplanvoorschriften die

grenzen stellen aan het te produceren geluidsniveau, waardoor een kerkgenootschap in zijn vrijheid om zijn geloof te belijden wordt beperkt (art. 6 Gw). De rechter lost deze situaties op door in die concrete gevallen de reikwijdte van het grondrecht beperkt uit te leggen: hoewel beperkingen moeten kunnen worden teruggevoerd tot een grondwettelijke beperkingsclausule, brengt een 'redelijke uitleg' van het grondrecht mee dat genoemde beperkingen *in dit geval* niet onder reikwijdte van het grondrecht vallen.⁵⁷ De rechter aanvaardt in die gevallen dus feitelijk toch de leer van algemene beperkingen van grondrechten. Daarbij hanteert hij als ondergrens dat de algemene, grondrechtenbeperkende regeling de uitoefening van het grondrecht in het concrete geval niet geheel onmogelijk mag maken.⁵⁸

3.2.2. Uitzonderingen op de eis van specifieke delegerende wet

Een belangrijk element van de grondwettelijke beperkingssystematiek zijn de competentievoorschriften. Deze bepalen wie een grondrecht mag beperken. Soms is dat alleen de wetgever in formele zin en soms is dat de wetgever in formele zin die tevens de mogelijkheid heeft om die beperkingsbevoegdheid aan ander ambt te delegeren. Zulke delegatie vereist, als gezegd, een specifieke wettelijke grondslag: uit de wet zelf of uit haar parlementaire behandeling moet blijken dat de wetgever beperkingsbevoegdheid heeft willen overdragen en de wet moet bepalen tot hoever die beperking mag gaan. Daaruit volgt dat de rechter grondrechtenbeperkingen onrechtmatig acht die zijn gebaseerd op heel algemene bevoegdheidsgrondslagen zoals: 'de [gemeente]raad maakt de verordeningen die hij in het belang van de gemeente nodig oordeelt' (art. 149 van de Gemeentewet).⁵⁹

Zijn grondrechtenbeperkingen gebaseerd op noodbevoegdheden, dan lijkt de rechter de laatste jaren echter minder strikt de hand te houden aan deze eis van een specifieke delegerende wet. De in de praktijk belangrijkste noodbevoegdheden kent de wet toe aan de burgemeester. Deze kan in geval van 'oproerige beweging, van andere ernstige wanordelijkheden of van rampen, dan wel van ernstige vrees voor het ontstaan daarvan' de nodige maatregelen treffen die hij 'ter handhaving van de openbare orde of ter beperking van gevaar' nodig acht, zo bepaalt de Gemeentewet.⁶⁰ Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever de burgemeester daarmee de bevoegdheid heeft willen geven om art. 6 Gw (vrijheid van godsdienst), art. 7 Gw (vrijheid van meningsuiting) en art. 9 Gw (vrijheid van vergadering en betoging) te beperken.⁶¹ Gebruikt de burgemeester deze noodbevoegdheden echter om art. 10 Gw (privacy) te beperken, dan zette de rechter door die maatregelen een streep, omdat de wetgever bij de toekenning van die noodbevoegdheden niet heeft beoogd beperkingen op die grondwetsbepaling mogelijk te maken.⁶² In afwijking van die stelregel

⁵⁷ Zie resp. HR 11 februari 1986, NJ 1986/673 (*Hinderwetvergunning*); Vz. ABRvS 16 februari 1989, AB 1990/9 (Evangeliegemeente De Deur); ABRvS 15 juli 1991, Gst 1992, 6939-6 (*Evangeliegemeente De Deur*). De grondwetsgeschiedenis erkent overigens de mogelijkheid van zulke 'redelijke uitleg', maar waarschuwt dat deze methode 'slechts met grote terughoudendheid' mag worden toegepast (*Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 21-22).

⁵⁸ Zie bijv. ABRvS 14 juli 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN1135 (*Jezus Redt*), r.o. 2.12.5.

⁵⁹ Dat is anders als het beperkte grondrecht niet de hoofdregel van de grondwettelijke beperkingssystematiek volgt, zoals bij de vrijheid van meningsuiting door de drukpers (art. 7 lid 1 Gw). Zie par. 2.2.2.

⁶⁰ Art. 175 en 176 Gemw.

⁶¹ *Kamerstukken II 1985/86*, 19 403, nr. 3, p. 150; *Kamerstukken II 1988/89*, 19 403, nr. 10, p. 95-101. Vgl. ABRvS 30 december 1993, AB 1994, 242 (*Verbod persconferentie*). Zie uitgebreid: M.A.D.W. de Jong, *Orde in beweging* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 155-119. Zie ook

⁶² Rb. Roermond 24 maart 2003, JB 2003, 132 (*Noodverordening Bergen*).

stelde de rechter zich ten aanzien van noodmaatregelen genomen in het begin van de coronapandemie soepeler op: hij achtte noodmaatregelen die het recht op privacy beperkten – zoals een mondkapjesplicht – soms toch rechtmatig. De rechter rechtvaardigde die beslissing met een beroep op de ernst van de crisis die de burgemeester trachtte te beteugelen en de daarbij betrokken belangen, waaronder de plicht van de overheid om burgers te beschermen tegen ernstige gezondheidsschade.⁶³

3.2.3. Uitzonderingen op de strikte beperking tot de grondwettelijke doelcriteria

De in de Grondwet opgenomen doelcriteria spelen in de rechtspraak geen grote rol. De reden daarvoor is vermoedelijk – net als bij de doelcriteria van het EVRM – dat zij ruim zijn geformuleerd, zodat in de praktijk tal van maatregelen daaraan eenvoudig voldoen. Een zeldzaam geval waarin de doelcriteria wel serieuze beperkingen stellen aan het handelen van de overheid, biedt het reguleren van kerkklokgelui. Het luiden van deze klokken valt onder de bescherming van de vrijheid van godsdienst, omdat daarmee wordt opgeroepen tot gebed. Het beperken van zulke godsdienstige uitingen ‘buiten gebouwen of besloten plaatsen’ (art. 6 lid 2 Grondwet) mag de wetgever aan andere overheidsambten delegeren, maar uitsluitend met het oog op de ‘bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden’. De wetgever heeft van die mogelijkheid gebruik gemaakt met de vaststelling van de Wet openbare manifestaties. Art. 10 van die wet geeft gemeenteraden de bevoegdheid om ‘regels te stellen met betrekking tot duur en geluidsniveau’ van zulk klokgelui. De gemeenteraad van Tilburg bepaalde vervolgens dat kerken tussen 23:00 en 7:30 uur slechts gedempte klokken mogen luiden. Volgens de pastoor van een Tilburgse kerk, die elke dag om 7:15 de klokken luidde om op te roepen tot de ochtendmis van 7:30 uur, beperkte deze regel zijn vrijheid van godsdienst: met gedempte klokken kon hij namelijk slechts een kwart van de parochianen bereiken. Bij de rechter wees hij er – terecht – op dat deze beperking van de vrijheid van godsdienst niet een van de doelen diende die art. 6 lid 2 van de Grondwet noemt. Toch gaf de rechter de pastoor ongelijk. De rechter overwoog dat zolang de regulering van het klokgelui ‘binnen redelijke grenzen’ blijft en ‘er niet toe leidt dat geen gebruik van betekenis om de klok te luiden meer resteert’ geacht moet worden geen beperking van de vrijheid van godsdienst te zijn.⁶⁴ Op die wijze hoefde de overheid in dit geval niet te voldoen aan de grondwettelijke doelcriteria. Men kan dit oordeel ook begrijpen als een toepassing van een buitenwettelijke proportionaliteitstoets: het belang van de pastoor woog minder zwaar dan dat van de omwoners, zodat de beperking toch was toegestaan.

3.2.4. Proportionaliteitstoetsing buiten de grondrechten om

De grondwettelijke beperkingsclausules vereisen naar de letter niet dat een beperking proportioneel is. Ons zijn geen rechterlijke uitspraken bekend waarin de rechter zo’n proportionaliteitstoets toch inleest in de grondwettelijke grondrechten. Toch beoordeelt de rechter de proportionaliteit (evenredigheid) van grondrechtenbeperkende maatregelen die niet rechtstreeks voortvloeien uit een wet in formele zin. Hij doet dat door die maatregelen te

⁶³ Bijv. Rb. Amsterdam 1 mei 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:2659 (*Mondkapjesplicht*). Zie verder over deze thematiek: M.A.D.W. de Jong, ‘Onder druk wordt alles vloeibaar. Over noodverordeningen en het wetsvoorstel Tijdelijke wet maatregelen covid-19 in relatie tot de persoonlijke levenssfeer’, *TvCR* 2022, p. 364-381 en M.A.D.W. de Jong, ‘Tijd voor een Wet maatregelen virusuitbraak?’, *RegelMaat* 2021, p. 16-20.

⁶⁴ ABRvS 13 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR1448 (*Tilburgs klokgelui*), r.o. 2.3.1. De uitspraak is kritisch besproken door J.L.W. Broeksteeg in *JB* 2011/192.

toetsen aan het (ongeschreven) evenredigheidsbeginsel, dat onder meer is vastgelegd in art. 3:4 lid 2 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb).⁶⁵ Zo toetst de bestuursrechter de proportionaliteit en subsidiariteit van door de burgemeester aan een demonstratie gestelde beperkingen, hoewel noch art. 9 Gw, noch art. 5 van de Wet openbare manifestaties (Wom) uitdrukkelijk bepalen dat zulks is vereist.⁶⁶

Vloeit de beperking van het grondrecht wél rechtstreeks voort uit de wet in formele zin, dan kan de rechter die wet niet toetsen aan dat Nederlandse (ongeschreven) rechtsbeginsel. Volgens vaste jurisprudentie verbiedt het toetsingsverbod van artikel 120 Gw namelijk niet alleen rechterlijke toetsing van de wet aan de Grondwet, maar ook toetsing van de wet aan fundamentele rechtsbeginselen, zoals het proportionaliteitsbeginsel.⁶⁷ In zulke gevallen kan echter wel de proportionaliteitseis zoals die tot uitdrukking komt in het EVRM en Handvest uitkomst bieden.

3.2.5. Deelconclusie

Overzien wij hoe de rechter tot op heden ander overheidshandelen dan de wet in formele zin aan de grondwettelijke beperkingssystematiek toetst, dan is het beeld als volgt. Als gezegd houdt de rechter in het algemeen strikt de hand aan de uitgangspunten van de grondwettelijke beperkingssystematiek zoals die in hoofdstuk 2 zijn geschetst. Als deze uitgangspunten de overheid naar het oordeel van de rechter echter te weinig armslag geven, dan wijkt hij van die uitgangspunten af. De rechter maakt daarbij gebruik van diverse technieken. De voornaamste is de zogenoemde 'redelijke uitleg' van grondrechten: deze techniek houdt in dat bepaalde handelingen, waarvan gezegd kan worden dat zij binnen de reikwijdte van een grondrecht vallen, dat in een concreet geval niet doen, omdat de gevolgen daarvan maatschappelijk onredelijk zouden zijn.

3.3. Advisering door de Afdeling advisering van de Raad van State

Hoewel het toetsingsverbod de rechter verbiedt wetten aan de Grondwet te toetsen, biedt de Grondwet wel enkele andere mechanismen die naleving van de Grondwet door de wetgever moeten bevorderen. Wellicht de belangrijkste daarvan is de verplichte advisering over wetsvoorstellen door de Afdeling advisering van de Raad van State.⁶⁸ In het kader van die advisering toetst de Afdeling advisering wetsvoorstellen onder meer aan de Grondwet.⁶⁹ De wijze waarop zij dat doet, kan een indicatie zijn voor hoe de rechter na wijziging van art. 120 Gw wetten aan de Grondwet zal toetsen.⁷⁰ Met name de wijze waarop de Afdeling advisering de competentievoorschriften in de grondwettelijke beperkingsclausules uitlegt, biedt daarvoor interessante gezichtspunten. Naar haar oordeel volgt uit deze

⁶⁵ Het artikellid luidt: 'De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.'

⁶⁶ Zie bijv. ABRvS 27 augustus 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3174 (*Occupy*), r.o. 4.1 en Rb. Noord-Holland 21 juli 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:5579 (*Abortuskliniek*), r.o. 6.1 e.v. Vgl. B. Roorda, J.G. Brouwer & A.E. Schilder, *Evaluatie Wet openbare manifestaties*, 2015, p. 188 (Bijlage bij *Kamerstukken II 2015/16*, 34 324, nr. 1)

⁶⁷ HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 (*Harmonisatiewet*), r.o. 3.6; ABRvS (GK) 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772, r.o. 9.10.

⁶⁸ Art. 73 lid 1 Gw.

⁶⁹ Zie uitgebreid <https://www.raadvanstate.nl/overrvs/advisering/beoordelingskader/>.

⁷⁰ Dat wil natuurlijk niet zeggen dat er geen verschillen bestaan tussen wetgevingsadvisering vooraf en rechterlijke toetsing achteraf. Zie over die verschillen: L.F.M. Verhey & L.C. Groen, 'Voorkomen is beter dan genezen. De betekenis van constitutionele advisering door de Raad van State in het wetgevingsproces', *RegelMaat* 2023, p. 315.

competentievoorschriften niet alleen wie grondrechten mag beperken, maar stellen zij ook grenzen aan de mate waarin grondrechten mogen worden beperkt (par. 3.3.1) en aan de mate waarin de wetgever beperkingsbevoegdheden mag delegeren (par. 3.3.2).⁷¹

3.3.1. Competentievoorschriften als grens aan de mate waarin grondrechten mogen worden beperkt

Sinds enkele jaren legt de Afdeling advisering grondwettelijke beperkingsclausules zo uit dat zij mede inhouden (1) dat een beperking proportioneel moet zijn, (2) dat een beperking van een grondrecht de uitoefening van dat grondrecht niet illusoir mag maken, en (3) dat een beperking de kern van het grondrecht niet mag aantasten.⁷²

(1) Vereiste van proportionaliteit

Ten eerste leest de Afdeling advisering in de grondwettelijke competentievoorschriften de eis dat de beperking van een grondrecht ‘proportioneel’ moet zijn.⁷³ Dat wil zeggen dat een redelijke verhouding moet bestaan tussen, enerzijds, de gevolgen van de grondrechtenbeperking voor de dragers van dat grondrecht en, anderzijds, het algemeen belang dat met die beperking wordt gediend. De Afdeling verwijst daarbij naar de noodzakelijkheidseis die voorkomt in het EVRM. Deze impliceert volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens een proportionaliteitstoets. De Afdeling meent (zij licht dit niet verder toe) dat deze EVRM-eis in de Nederlandse competentievoorschriften kan worden ‘ingelesen’.⁷⁴

(2) Verbod op het illusoir maken van het grondrecht

Ten tweede volgt volgens de Afdeling advisering uit de grondwettelijke competentievoorschriften dat ‘[d]e uitoefening van de in de Grondwet beschermde grondrechten [...] op basis van deze clausulering weliswaar [mag] worden beperkt, maar [...] niet geheel of nagenoeg geheel onmogelijk [mag] worden gemaakt.’⁷⁵ Zij vindt voor deze interpretatie steun in de parlementaire behandeling van de grondwetsherziening van 1983. De regering merkte toen op: ‘In het algemeen mag in geen enkele beperkingsbevoegdheid de bevoegdheid worden gelezen het grondrecht illusoir te maken.’⁷⁶ Met deze uitleg krijgen de grondwettelijke competentievoorschriften een materiële invulling. Op basis van deze uitleg meende de Afdeling advisering bijvoorbeeld dat het voorgestelde verbod op onbedwelmde

⁷¹ Vgl. L. Groen & L.F.M. Verhey, ‘De betekenis van grondwettelijke grondrechten voor de wetgever: dode letter of zelfstandig ijkpunt?’, *RegelMaat* 2020, p. 426-449.

⁷² Vroeger deed zij dat dus niet. Vgl. bijv. *Kamerstukken II* 2003/04, 29 413, nr. 4, p. 2, waarin de Afdeling onomwonden verklaarde dat art. 10 Gw ‘geen materiële criteria’ bevatte waaraan een beperking kan worden getoetst. Zie verder J.L.W. Broeksteeg e.a., *Zicht op wetgevingskwaliteit. Een onderzoek naar de wetgevingsadviesing van de Raad van State*, Den Haag: BJu 2005, p. 149 e.v.

⁷³ Bijv. *Kamerstukken II* 2009/10, 31 571, nr. 4, p. 3. Ook de regering heeft zich wel eens op het standpunt gesteld dat bij het beperken van de Nederlandse grondrechten een proportionaliteitseis (en een subsidiariteitseis) geldt, maar zij keerde zich tegen uitdrukkelijk opnemings van die eis in de Grondwet. Zij schreef: ‘Uit de [sic] karakter van het grondrecht vloeit immers reeds per definitie voort, dat beperkingen hierop noodzakelijk moeten zijn in een democratische samenleving. [...] Opnemings van dit vereiste in de Grondwet voegt dan in feite weinig toe.’ Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 27 460, nr. 1, p. 6.

⁷⁴ *Kamerstukken II* 2009/10, 31 571, nr. 4, p. 4. Terminologisch is de Afdeling advisering overigens niet consequent. In andere adviezen heet het bijvoorbeeld dat de wetgever ‘eisen van noodzaak, proportionaliteit en subsidiariteit’ in acht moet nemen. Zie *Kamerstukken II* 2019/20, 35526, nr. 4, p. 7.

⁷⁵ *Kamerstukken II* 2009/10, 31 571, nr. 4, p. 3.

⁷⁶ *Kamerstukken II* 1976/77, 13 872, nr. 7, p. 33. Zie ook *Kamerstukken II* 2000/01, 27 460, nr. 1, p. 6.

rituele slacht in strijd met de Grondwet was, omdat door het verbod 'deze vorm van godsdienstig belijden niet langer mogelijk' is.⁷⁷

(3) Kernrechtbescherming

Tot slot meent de Afdeling advisering dat de Nederlandse competentievoorschriften zó moeten worden gelezen dat daaruit de plicht volgt dat de beperking niet de kern van het grondrecht mag aantasten. Deze eis volgt volgens de Afdeling advisering uit (de jurisprudentie over) het EVRM en zou volgens haar besloten liggen in de proportionaliteitseis.⁷⁸ Kennelijk vat de Afdeling advisering kernrechtbescherming zó op dat naarmate de grondrechtenbeperking dichter de kern van het grondrecht nadert, een beperking eerder disproportioneel is.

Intussen is onduidelijk hoe het verbod om het grondrecht illusoir te maken (welk verbod volgt uit de grondwetsgeschiedenis) zich tot de kernrechtbescherming verhoudt (die volgens de Afdeling advisering uit het EVRM voortvloeit). Hoe dit ook zij: na haar advies over het wetsvoorstel tot verbod van onbedwelmde rituele slacht heeft de Afdeling beide benaderingen niet meer naast elkaar genoemd.

3.3.2. Competentievoorschriften als grens aan de mate waarin de wetgever de bevoegdheid om grondrechten te beperken mag delegeren

De competentievoorschriften in de grondwettelijke beperkingsclausules stellen volgens de Afdeling niet alleen grenzen aan de mate waarin een grondrecht beperkt mag worden, zij stellen ook grenzen aan de mate waarin de wetgever de bevoegdheid tot het beperken van grondrechten mag delegeren. Wij bespreken twee aspecten daarvan: (1) de vereiste mate van specificiteit van de door de wet toegekende bevoegdheid om grondrechten te beperken en (2) de mate waarin subdelegatie van beperkingsbevoegdheid geoorloofd is.

(1) Mate van specificiteit van de grondrechtenbeperking

Dat een beperking van grondrechten uit de Nederlandse Grondwet moet berusten op een specifieke wettelijke grondslag volgt, zoals gezegd,⁷⁹ uit de grondwetsgeschiedenis. In haar wetgevingsadviezen geeft de Afdeling advisering van de Raad van State aan dat criterium handen en voeten. Zo vereist zij dat een delegerende wet specifiek moet zijn naarmate de beperking de kern van het grondrecht dichter nadert. De Afdeling advisering overwoog bijvoorbeeld dat de bevoegdheid om beperkingen te stellen aan de uitoefening van het recht op persoonlijke levenssfeer (art. 10 Gw) specifiek moet worden geformuleerd dan andere grondrechtenbeperkende bevoegdheidsgrondslagen als daarmee kan worden ingegrepen 'achter de voordeur'. Dat is zo, aldus de Afdeling, omdat de woning 'een kernelement' van het recht op persoonlijke levenssfeer vormt.⁸⁰

(2) Mate van subdelegatie

De grondwettelijke competentieclausules 'bij of krachtens de wet', 'regels' of (een vorm van het werkwoord) 'regelen' brengen tot uitdrukking dat de wetgever de bevoegdheid heeft om zijn bevoegdheid om grondrechten te beperken toe te kennen (te delegeren) aan een ander ambt (bijvoorbeeld aan de regering). De wetgever mag in zo'n geval tevens bepalen dat dit

⁷⁷ *Kamerstukken II 2009/10*, 31 571, nr. 4, p. 4.

⁷⁸ *Kamerstukken II 2009/10*, 31 571, nr. 4, p. 4. De grondwetgever van 1983 zag overigens weinig in de kernrechtbenadering (*Kamerstukken II 1975/76*, nr. 3, p. 19-20).

⁷⁹ Par. 2.2.1.

⁸⁰ *Kamerstukken II 2019/20*, 35526, nr. 4, p. 9.

andere ambt op zijn beurt die beperkingsbevoegdheid aan weer een ander ambt mag toekennen (subdelegatie), zoals aan een individuele minister. De mate waarin delegatie en subdelegatie is toegestaan wordt (niet bindend) geregeld door de Aanwijzingen voor de regelgeving. Dit is een circulaire van de minister-president die door alle ministers en onder hen ressorterende ambtenaren in acht wordt genomen. Deze Aanwijzingen stellen het 'primaat van de wetgever' voorop. Uit dat primaat volgt dat '[b]ij verdeling van de elementen van een regeling over de wet en algemeen verbindende voorschriften van lager niveau [...] de wet ten minste de hoofdelementen van de regeling [bevat].'⁸¹ De Aanwijzingen bepalen verder dat delegatie of subdelegatie van regelgevende bevoegdheid aan een minister wordt beperkt 'tot voorschriften van administratieve aard, uitwerking van de details van een regeling, voorschriften die dikwijls wijziging behoeven en voorschriften waarvan te voorzien is dat zij mogelijk met grote spoed moeten worden vastgesteld.'⁸² Volgens de Afdeling advisering gelden deze uitgangspunten 'te meer als het gaat om grondrechten'.⁸³ Zij lijkt daarom deze Aanwijzingen voor de regelgeving in de grondwettelijke competentievoorschriften 'in te lezen'. Zo achtte zij het ten tijde van de coronapandemie ongeoorloofd dat de wet zou bepalen dat de minister (en niet de regering) bevoegd was om regels te stellen 'met betrekking tot het beschikken over een testuitslag voor toegang tot te bepalen activiteiten of voorzieningen op de aangewezen niet-essentiële sectoren' aangezien dit geen – kort gezegd – zuivere uitvoeringsaspecten van de regeling betroffen, maar het ging om inhoudelijke normstelling.⁸⁴

3.3.3. *Deelconclusie*

Volgens de Afdeling advisering van de Raad van State bevatten de grondwettelijke beperkingsclausules dus meer eisen dan uit hun tekst blijkt. Zij doet dit door diverse normen in de die clausules in te lezen. Deze normen hebben hun herkomst in passages uit de parlementaire behandeling van de grondwetsherziening van 1983, uit (de rechtspraak over) het EVRM en uit de Aanwijzingen voor regelgeving. Deze (de wetgever) beperkende uitleg van de grondwettelijke beperkingsclausules contrasteert met de soepelere uitleg die de rechter nu en dan kiest.⁸⁵ Een verklaring voor dat verschil kan zijn, dat de rechter doorgaans de toepassing van wettelijke voorschriften in een concreet geval toetst en dan indringender wordt geconfronteerd met botsende belangen, terwijl de Afdeling advisering wetsvoorstellen in abstracto moet beoordelen, waardoor zij met zulke toepassingsvragen minder snel wordt geconfronteerd.

3.4. *Rechtelijke toetsing aan grondrechten in België*

De situatie die zich in Nederland kan voordoen wanneer de afschaffing van het toetsingsverbod van art. 120 Gw niet gepaard gaat met de herijking van de bestaande beperkingssystematiek, heeft zich daadwerkelijk voorgedaan in België. Het is daarom interessant om te bekijken hoe de Belgische rechter wetten⁸⁶ toetst aan grondwettelijk

⁸¹ Ar 2.19.

⁸² Ar 2.24 lid 1.

⁸³ *Kamerstukken II 2020/21*, 35 807, nr. 4, p. 17.

⁸⁴ *Kamerstukken II 2020/21*, 35 807, nr. 4, p. 18.

⁸⁵ Onderdelen van deze 'soepele' rechterlijke uitleg worden overigens door de Afdeling advisering van de Raad van State erkend, zoals de (beperkte) mogelijkheid van algemene beperkingen van grondrechten. Zie bijv. haar advies over het wetsvoorstel boerkaverbod: *Kamerstukken II 2007/08*, 31 108, nr. 4, p. 4.

⁸⁶ Met 'wetten' wordt hier bedoeld: 'wetskrachtige normen', d.w.z. wetten, decreten en ordonnantiën. Dit zijn normen vastgesteld door de 'wetgevende macht', d.w.z. de federale wetgever (Kamer en Senaat, samen met de Koning), die 'wetten' vaststelt, of de wetgever van één van de deelstaten, d.w.z. de parlementen van de gewesten

beschermde grondrechten. De beperkingssystematiek in de Belgische Grondwet dateert van 1831 en is zeer summier. Naar de letter is zij, net als de Nederlandse, met name gericht op het aanwijzen wie een grondrecht mag beperken en niet op het reguleren tot hoever zo'n grondrechtenbeperking mag gaan. De Grondwetgever van 1831 leek ervan uit te gaan dat de grondrechten vooral moesten beschermen tegen de uitvoerende macht, en had een groot vertrouwen in de wetgever. Veel bepalingen laten het daarom, net als in Nederland, aan de wetgever over om de uitoefening van de grondrechten 'bij of door de wet' te regelen of te beperken.⁸⁷ De grondwettelijke beperkingssystematiek is nooit aangepast, ook niet toen het Grondwettelijk Hof bevoegd werd om wetten te toetsen aan de Grondwet. De Belgische ontwikkelingen zijn verder interessant omdat de Belgische rechter zich tot de oprichting van het Grondwettelijk Hof in 1984 (toen nog 'Arbitragehof') bevond in een vergelijkbare situatie als de Nederlandse rechter nu: hij mocht wetten niet toetsen aan de Grondwet, maar wel aan rechtstreeks werkende bepalingen van internationale en Europese verdragen. Alvorens in te gaan op het toetsingskader dat de Belgische constitutionele rechter hanteert (par. 3.4.2), lichten wij eerst kort toe hoe grondwettigheidstoetsing zich in België heeft ontwikkeld (par. 3.4.1).

3.4.1. Toetsing aan de Grondwet en aan internationale en Europese verdragen

Tot in de jaren 80 van de vorige eeuw waren de Belgische opvattingen over grondwettigheidstoetsing zeer vergelijkbaar met de Nederlandse. De rechter werd niet bevoegd geacht om de wet aan de Grondwet te toetsen. Wel kon hij vanaf 1971 toetsen aan rechtstreeks werkende bepalingen van internationale verdragen. Het Hof van Cassatie leidde die bevoegdheid af uit de 'aard zelf' van internationaal verdragsrecht.⁸⁸

Met de staatshervorming en de verdeling van wetgevende bevoegdheid tussen de federatie en de deelstaten werd het Arbitragehof in het leven geroepen. Het kreeg de taak om te oordelen over bevoegdheidsgeschillen tussen de verschillende wetgevende vergaderingen van de federatie, de gemeenschappen en de gewesten. Bij de grondwetsherziening van 1989 werd de bevoegdheid van het Arbitragehof uitgebreid met de bevoegdheid om wetten te toetsen aan drie grondrechten uit de Belgische Grondwet: het recht op gelijke behandeling (art. 10), het verbod van discriminatie (art. 11) en de vrijheid van onderwijs (art. 17).⁸⁹

In zijn rechtspraak beperkte het Hof zich echter niet tot toetsing aan die drie grondrechten. Het breidde zijn toetsingsbevoegdheid uit tot alle grondrechten door middel van de techniek van 'onrechtstreekse toetsing'. Het Hof redeneerde dat de beperking van grondrechten die een bepaalde categorie van personen de waarborg van een grondwettelijk grondrecht ontnemt, terwijl diezelfde waarborg blijft gelden voor alle andere personen, een inbreuk maakt op de grondrechten van gelijkheid en niet-discriminatie waaraan het Hof wél mocht toetsen. Het Arbitragehof toetste op deze manier onrechtstreeks aan alle grondrechten in de Grondwet en ontwikkelde zich zo tot een echt grondwettelijk hof in alles, behalve naam. Die realiteit werd uiteindelijk door de Bijzondere Wetgever erkend. In 2003 wijzigde hij de Bijzondere Wet op het Grondwettelijk Hof zó dat Hof uitdrukkelijk bevoegd werd om wetten

en gemeenschappen, die decreten of ordonnantiën vaststellen. Zij zijn vergelijkbaar met wetten in formele zin naar Nederlands recht.

⁸⁷ 'De wetgever' is hier, naar Belgisch staatsrecht, de 'wetgevende macht', d.w.z. de federale wetgever (Kamer en Senaat, samen met de Koning), of de wetgever van één van de deelstaten, d.w.z. de parlementen van de gewesten en gemeenschappen.

⁸⁸ Hof van Cassatie 27 mei 1971, Arr. Cass. 1971, 959; *S.E.W.* 1972, 42 (*Fromagerie Franco-Suisse le Ski*).

⁸⁹ De toetsing door het Arbitragehof was bedoeld om de gelijke behandeling tussen de burgers in de verschillende landsdelen te garanderen.

te toetsen aan alle grondrechten in de Grondwet. In 2009 werd het 'Arbitragehof' officieel omgedoopt tot het 'Grondwettelijk Hof van België'.⁹⁰

Het Grondwettelijk Hof is op grond van de Grondwet en de Bijzondere Wet op het Grondwettelijk Hof alleen bevoegd om te toetsen aan de Grondwet, niet aan verdragen. In veel gevallen, echter, overlappen grondrechten uit de Grondwet en grondrechten uit verdragen en EU-recht elkaar ('samenloop'). De bescherming van die overlappende grondrechten was echter opgesplitst tussen verschillende rechters: het Grondwettelijk Hof toetste aan grondwettelijk beschermde grondrechten, de overige rechtscolleges aan verdragsrechten ('procedurele samenloop')

Ook hier ging het Grondwettelijk Hof creatief te werk. Het loste het probleem van samenloop op door grondrechten uit internationaal en Europees recht (inclusief EVRM en Handvest) samen te lezen met de 'analoge' (daarmee corresponderende) bepalingen van de Grondwet ('samenlezing'). Deze techniek is gebaseerd op de gedachte dat de grondwettelijke en de internationaalrechtelijke grondrechten een 'onlosmakelijk geheel' vormen.⁹¹

Het probleem van de 'procedurele samenloop' werd opgelost door de bijzondere wetgever. Op grond van art. 26 § 4 van de Wet of het Grondwettelijk Hof moeten gewone rechtscolleges nu, wanneer alleen de schending van de bepaling van EU- of internationaal recht wordt aangevoerd nagaan of de Grondwet een geheel of gedeeltelijk analoog grondrecht bevat. Als dat het geval is, moet het rechtscollege éérst aan het Grondwettelijk Hof een prejudiciële vraag te stellen over de verenigbaarheid met de bepaling uit titel II van de Grondwet.⁹² Toetsing aan de Grondwet heeft dus voorrang, en het Grondwettelijk Hof is daarom eerst aan zet, maar vervolgens kunnen ook de gewone rechters toetsen aan het EVRM en het Handvest.

3.4.2. Het toetsingskader

De beperkingssystematiek van de Belgische Grondwet is vergelijkbaar met die van de Nederlandse Grondwet. De Grondwet bevat geen algemene beperkingsclausule: elk grondrecht bevat een eigen clausule met betrekking tot de beperking ervan. Evenmin werkt de Belgische Grondwet met een 'kernrecht' of kent zij een proportionaliteitsvereiste.

De grondwettelijke grondrechten kunnen worden beperkt indien aan twee voorwaarden is voldaan: (1) de beperking moet vervat zijn in een 'wetgevende norm' aangenomen door één van de parlementen (dus een wet, decreet of ordonnantie) en (2) een beperking mag niet preventief zijn: alleen regelende (die de modaliteiten van de uitoefening regelen) en repressieve beperkingen zijn toegelaten.⁹³

⁹⁰ Over die ontwikkeling zie J. Theunis, 'Het Grondwettelijk Hof (1980-2020): van bevoegdheidshof over gelijkheidshof naar grondrechtenhof', in: Riet Leysen, Koen Muylle, Jan Theunis & Willem Verrijdt (red.), *Semper Perseverans. Liber amicorum André Alen*, Larcier Intersentia, 2020, p. 247 en Jan Velaers, 'De samenloop van grondrechten in het Belgische rechtsbestel', *Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht* 2008, p. 61-141.

⁹¹ Arbitragehof 22 juli 2004, nr. 136/2004.

⁹² Art. 26 §4 van de Bijzondere Wet op het Grondwettelijk Hof.

⁹³ Die voorwaarden zijn te verklaren door het wantrouwen van de grondwetgever van 1831 tegenover de uitvoerende macht: in de periode 1815-1830 regeerde de Nederlandse Koning Willem I immers via koninklijke besluiten en beperkte hij enkele grondrechten, zoals de vrijheid van meningsuiting, aan de hand van preventieve beperkingen. Het verbod van preventieve maatregelen is terug te vinden in verschillende artikelen: art. 19 ('De vrijheid van erediens, de vrije openbare uitoefening ervan, alsmede de vrijheid om op elk gebied zijn mening te uiten, zijn gewaarborgd, behoudens bestraffing van de misdrijven die ter gelegenheid van het gebruikmaken van de vrijheden worden gepleegd.'), art. 24, par. 1, ('Het onderwijs is vrij; elke preventieve maatregel is verboden...'),

De eis dat alleen de wetgever de grondwettelijke grondrechten mag beperken,⁹⁴ is af te lezen uit de vermelding in de betreffende grondwetsbepaling dat een aangelegenheid ‘door’ of ‘bij’ een wet geregeld moet worden. Het Grondwettelijk Hof legt die bepaling zo uit dat de wetgever de ‘essentiële elementen’ moet bepalen van aangelegenheden die door de Grondwetgever aan de wet zijn voorbehouden. Niet-essentiële elementen van de aangelegenheden die de Grondwet aan de wetgever voorbehoudt of essentiële elementen van aangelegenheden die niet aan de wetgever zijn voorbehouden mogen wel door de uitvoerende macht, bijvoorbeeld de regering, geregeld worden. Daarnaast stelt het Grondwettelijk Hof ook materiële eisen aan de grondrechtenbeperkende wet: de wet moet voldoende toegankelijk en duidelijk zijn.

De eis dat geen preventieve maatregelen mogen worden opgelegd past het Grondwettelijk Hof toe, ondanks het feit dat het EVRM die algemene regel niet kent.⁹⁵

Het Grondwettelijk Hof toetst bovendien de proportionaliteit van beperkingen van grondrechten, ook al staat dit niet in de Grondwet: het leest de beperkingsystematiek van het EVRM en van het Handvest in de Grondwet samen (‘samenlezing’).

Een grondrecht dat wordt beschermd door zowel de Grondwet als het EVRM en/of het Handvest kan dus alleen worden beperkt als aan de volgende voorwaarden is voldaan: (1) de beperking is voorgeschreven door een voldoende precieze en toegankelijke formele wetsbepaling; (2) zij beantwoordt aan een dwingende maatschappelijke behoefte; (3) zij streeft een wettige doelstelling na; en (4) de gevolgen van de beperking zijn evenredig met die doelstelling. Preventieve beperkingen zijn niet toegestaan.

Wanneer de waarborgen of beperkingsgronden niet identiek zijn, krijgt de meest gunstige bepaling in beginsel voorrang (beginsel van de ruimste bescherming).⁹⁶ Zo worden conflicten tussen de grondwettelijke rechtspraak en de supranationale rechtspraak vermeden, en wordt recht gedaan aan de eigen invulling van grondrechten in de Belgische Grondwet.

3.5. Suggesties in de Nederlandse juridische literatuur

In de juridische literatuur is weinig aandacht voor de vraag hoe de rechter de wet aan de bestaande grondwettelijke beperkingsclausules zou moeten toetsen als het toetsingsverbod zou worden gewijzigd. Een uitzondering is een bijdrage van Schutgens uit 2007. Zijn bijdrage vertrekt vanuit de stelling dat áls de rechter de bevoegdheid krijgt om de wet aan de Grondwet

Art. 25 (‘De drukpers is vrij; de censuur kan nooit worden ingevoerd; geen borgstelling kan worden geëist van de schrijvers, uitgevers of drukkers.’), art. 26 (‘De Belgen hebben het recht vreedzaam en ongewapend te vergaderen, mits zij zich gedragen naar de wetten, die het uitoefenen van dit recht kunnen regelen zonder het echter aan een voorafgaand verlov te onderwerpen.’), Art. 27 (‘De Belgen hebben het recht van vereniging; dit recht kan niet aan enige preventieve maatregel worden onderworpen.’) Eén uitdrukkelijke uitzondering is opgenomen in art. 26, lid 2, G.W., voor de vrijheid van vergadering in open lucht, en, volgens het Hof van Cassatie voor elke uitoefening van een vrijheid in open lucht. Cass. 23 januari 1879, Pas. 1879, I, 75 (i.v.m. processies) en Cass. 18 januari 1892, Pas. 1892, I, 86 (i.v.m. het uitdelen van pamfletten); Cass. 14 januari 2005, C030622N (i.v.m. een stickeractie en betoging van GAIA tegen een circus).

⁹⁴ Dit kan de federale wetgever zijn, of de wetgever van één van de gefedereerde entiteiten: de Gemeenschappen en de Gewesten.

⁹⁵ Zie bijv. Arbitragehof 7 december 1993, nr. 84/93 (m.b.t. de vrijheid van vereniging); 12 juli 1996, nr. 45/96, (m.b.t. de negationismewet); 7 februari 2001, nr. 10/2001 (i.v.m. de financiering van politieke partijen); 21 januari 2004, nr. 9/2004 (m.b.t. de verkoop van abonnementen op kranten); 31 maart 2004, nr. 60/2004 (m.b.t. werkings- en toezichtsmodaliteiten voor een vereniging die overheidssubsidies ontvangt); 6 oktober 2004, nr. 157/2004 (m.b.t. het bevel tot staking van racistische uitingen).

⁹⁶ Zie bijv. Arbitragehof 21 december 2004, nr. 202/2004 (over (materiële) ‘wet’ in art. 8 EVRM en (formele) ‘wet’ in art. 22 G.W.).

te toetsen (toen: het voorstel-Halsema⁹⁷), deze aan die toetsingsbevoegdheid betekenis zal moeten geven. Houdt de Nederlandse rechter zich bij die toetsing echter aan de letter van de Nederlandse grondrechtenbepalingen, dan zal hij tot de conclusie moeten komen dat een belangrijk deel van die bepalingen geheel door de formele wetgever kan worden beperkt. Krijgt de Nederlandse rechter de bevoegdheid om de wet aan de grondwettelijke klassieke grondrechten te toetsen zonder dat hun beperkingssystematiek gelijktijdig verandert, dan zal de rechter zich daarom gedwongen voelen om – in de woorden van Schutgens – ‘hulpnormen’ in te lezen in de grondwettelijke grondwetsbepalingen.⁹⁸

In zijn bijdrage onderscheidde Schutgens een aantal potentiële hulpnormen, die hij onderverdeelde in materiële en formele hulpnormen. De eerste categorie hulpnormen omvat het verbod om het grondrecht illusoir te maken, het proportionaliteitsbeginsel, de eis van subsidiariteit, het rechtszekerheidsbeginsel en het *égalité*-beginsel (volgens dit beginsel kan een proportionele overheidsmaatregel voor individuele burgers soms toch tot recht op schadevergoeding leiden, omdat deze ten gevolge van die maatregel in een concreet geval onevenredige schade lijden). In de tweede categorie pleitte hij voor erkenning van de eis van een specifieke wettelijke grondslag, het beginsel van weloverwogenheid van de grondrechtbeperkende maatregel (volgens welk beginsel grondrechtsbeperkingen moeten zijn terug te voeren op een bewuste afweging van de wetgever) en het beginsel van een actuele afweging (op grond waarvan de rechter een wet buiten toepassing kan laten die vroeger wellicht wel, maar thans niet meer aansluit bij maatschappelijke opvattingen over een grondrecht).⁹⁹

Volgens andere auteurs biedt de algemene bepaling van de Grondwet een rechtvaardiging voor het ‘inkleuren’ door de rechter van de (naar de letter) zeer formele Nederlandse beperkingsclausules. Zo wijzen Leijten en Loven erop dat de regering de algemene bepaling onder meer beschouwde als interpretatiekader voor de gehele Grondwet.¹⁰⁰ De bepaling luidt: ‘De Grondwet waarborgt de democratie, de rechtsstaat en de grondrechten.’ Zij is in 2022 in werking getreden. Leijten en Loven opperen dat de rechter daaruit kan afleiden dat grondrechtenbeperkingen slechts op basis van een voldoende specifieke wettelijke grondslag kunnen geschieden, proportioneel moeten zijn, moeten voldoen aan het subsidiariteitsvereiste en de kern van het grondrecht moeten eerbiedigen.¹⁰¹

3.6 Conclusie

De wijze waarop de Nederlandse rechter reeds nu lagere regelgeving en bestuursbesluiten toetst aan de Grondwet, hoe de Afdeling advisering de grondwettigheid van wetsvoorstellen beoordeelt, de manier waarop de Belgische rechter invulling heeft gegeven aan zijn

⁹⁷ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 331, nr. 1 e.v.

⁹⁸ R.J.B. Schutgens, ‘Het voorstel-Halsema en toetsbaarheid van de wet’, *RegelMaat* 2007, p. 13. Vgl. C.A.J.M. Kortmann (bew. door P.P.T. Bovend’Eert e.a.), *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2021, p. 447-448 (‘Probleem is echter, dat bij een louter formele uitleg van het wetsbegrip in de beperkingsclausules – elke wet telt als ‘wet’ in de zin van die clausules – geen enkele inhoudelijke eis aan die producten gesteld wordt. Maar dat kan de grondwetgever niet beoogd hebben.’)

⁹⁹ R.J.B. Schutgens, ‘Het voorstel-Halsema en toetsbaarheid van de wet’, *RegelMaat* 2007, p. 15-23.

¹⁰⁰ *Kamerstukken II 2015/16*, 34516, nr. 3, p. 9.

¹⁰¹ A.E.M. Leijten & C.M.S. Loven, ‘Rechterlijke toetsing aan de grondwettelijke grondrechtenbepalingen: daadwerkelijke meerwaarde verlangt meer dan het afschaffen van het toetsingsverbod’, in: J.H. Gerards, J. Goossens & E.Y. van Vugt (red.), *Constitutionele verandering in Nederland. De grondwetswijzigingen van 2022 en 2023*, Den Haag: BJu 2023, p. 107, met verwijzing naar C.A.J.M. Kortmann (bew. door P.P.T. Bovend’Eert e.a.), *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2021, p. 447-448, waarin wordt gesteld dat de wetgever deze normen bij zijn eigen toetsing van wetsvoorstellen aan de Grondwet zou kunnen gebruiken.

toetsingsbevoegdheid en de suggesties in de Nederlandse literatuur, maken het aannemelijk dat de Nederlandse rechter – als hem de toetsingsbevoegdheid zou worden toegekend zonder gelijktijdige wijziging van de beperkingssystematiek van de Nederlandse grondrechten – creatief te werk zal gaan. Gezien het voorgaande ligt het voor de hand dat hij in dat geval tenminste een proportionaliteitstoets zal inlezen in de bestaande competentievoorschriften, en dat hij wellicht verder gaat, bijvoorbeeld door de vrijheid van de formele wetgever te begrenzen om beperkingsbevoegdheid te delegeren.

4. Aanpassing van de grondwettelijke beperkingssystematiek?

4.1. Inleiding

Hiervoor is besproken hoe de Nederlandse beperkingssystematiek van grondrechten werkt, welke andere beperkingssystematiek er bestaan en hoe deze in de Nederlandse rechtsorde naast elkaar functioneren (hoofdstuk 2). Vervolgens is geprobeerd een voorspelling te doen over hoe de Nederlandse rechter de wet aan de Nederlandse grondrechten zal toetsen als het toetsingsverbod wordt gewijzigd zoals de regering voorstelt, terwijl de grondwettelijke beperkingssystematiek niet verandert (hoofdstuk 3). In het licht van die bevindingen schetsen wij in dit hoofdstuk enkele keuzemogelijkheden die de grondwetgever volgens ons heeft met het oog op de invoering van de door de regering voorgestelde wijziging van het toetsingsverbod. Wij onderscheiden twee – voor de hand liggende – denkrichtingen, waarbinnen variaties mogelijk zijn, en schetsen daarvan kort de voor- en nadelen.

4.2. Handhaving van de bestaande beperkingssystematiek

Op het eerste oog biedt de beperkingssystematiek van de Nederlandse grondrechten de rechter geen zinvol toetsingskader om de verenigbaarheid van de wet met de Grondwet te beoordelen. Veel van deze grondrechten lijken de Nederlandse wetgever immers een (nagenoeg) blanco volmacht te geven om grondrechten te beperken. Wordt het toetsingsverbod (gedeeltelijk) geschrapt, dan zou de rechter daarmee dikwijls alleen kunnen toetsen óf van zo'n wet sprake is en niet of (de toepassing van) de wet aan bepaalde inhoudelijke eisen voldoet. Uit hoofdstuk 3 bleek echter dat de rechter – bij het wijziging van het toetsingsverbod – vermoedelijk méér zal doen dan dat. Hij zal redeneren dat áls aan hem de bevoegdheid wordt verleend de wet aan de Grondwet te toetsen, die toetsing ook zinvol zal moeten zijn.

Om tot zulke zinvolle toetsing te komen, kan hij tenminste drie verschillende strategieën volgen. Ten eerste kan de rechter de grondwettelijke competentievoorschriften inkleuren met behulp van min of meer algemeen aanvaarde Nederlandse rechtsbeginselen (beginselconforme interpretatie). Voor de hand ligt bijvoorbeeld het inlezen van de eis van proportionaliteit, welke eis – toegepast op grondrechten – grenzen stelt aan de mate waarin grondrechten mogen worden beperkt (geschiktheid, noodzakelijkheid¹⁰² en evenwichtige afweging¹⁰³).¹⁰⁴ De rechter zou daarnaast eisen kunnen stellen aan de mate waarin de wetgever beperkingsbevoegdheid mag overdragen aan andere ambten. Onder meer het 'primaat van de wetgever' – dat ervan uitgaat dat de wetgever de belangrijkste elementen van een regeling zelf moet vastleggen – zou daarbij richtsnoer kunnen zijn. Ten tweede kan de rechter de grondwettelijke competentievoorschriften uitleggen in het licht van de eisen die het EVRM en het Handvest aan de beperking van grondrechten stellen (verdragsconforme interpretatie). Zulke uitleg kan aanleiding geven om de proportionaliteit van grondrechtenbeperking te beoordelen en na te gaan of de kern van het Nederlandse grondrecht in stand is gelaten. Ten derde kunnen beide strategieën worden gecombineerd: de rechter kan de Nederlandse beperkingsclausules bijvoorbeeld uitleggen in het licht van de

¹⁰² Ook 'subsidiariteit' genoemd.

¹⁰³ Soms ook 'proportionaliteit in enge zin' of 'proportionaliteit stricto sensu'.

¹⁰⁴ Het inlezen van een proportionaliteitseis in de grondwettelijke grondrechten moet onderscheiden worden van de vraag of de rechter – na wijziging van het toetsingsverbod – steeds (ook als geen grondrechten in het geding zijn) de proportionaliteit van (de toepassing van) wetten mag beoordelen. Over de vraag of dat laatste mogelijk zou moeten worden, bestaat discussie (*Kamerstukken II 2021/22*, 35 925 VII, nr. 169, p. 8-9).

verdragen (proportionaliteit, kernrecht) én inspiratie putten uit de Nederlandse rechtsbeginselen, zoals dat van het primaat van de wetgever.

Al deze strategieën hebben als voordeel dat zonder tijdrovende grondwetsherziening de rechter tot een zinvolle toetsing van de wet aan de Nederlandse grondrechten kan komen. Aan het inlezen van aanvullende eisen in de Nederlandse beperkingssystematiek kleven echter ook nadelen.¹⁰⁵ Zo zal het niet meteen duidelijk zijn aan welke inhoudelijke eisen de wetgever zich zal moeten houden bij het beperken van grondrechten, hetgeen tot rechtsonzekerheid kan leiden.¹⁰⁶ Bovendien zal de rechter makkelijk het verwijt kunnen krijgen hetzij ‘activistisch’ op te treden omdat hij die aanvullende eisen zelf heeft ‘verzonnen’, hetzij ‘te gouvernementeel’ te zijn als hij terughoudend is met het formuleren van zulke aanvullende eisen. Dit nadeel zou deels ondervangen kunnen worden als de grondwetgever in de toelichtende stukken bij het voorstel tot wijziging van het toetsingsverbod uitdrukkelijk zou ingaan op de wijze waarop de rechter volgens hem de toetsing aan de Nederlandse grondrechten zou moeten verrichten.¹⁰⁷ De grondwetgever zou de rechter daarmee een uitdrukkelijk mandaat geven om een proportionaliteitstoets en/of een kernrecht in de grondwettelijke beperkingssystematiek in te lezen. Dit ‘noodverband’ verdient qua wetgevingstechniek echter niet schoonheidsprijs.

4.3. Scenario’s voor aanpassing

Mocht worden besloten dat alleen schrappen van het toetsingsverbod niet voldoende is, en het de voorkeur heeft om de beperkingssystematiek in de Grondwet aan te passen, zijn verschillende scenario’s denkbaar. We bespreken er vijf. De eerste drie scenario’s werken met een algemene bepaling, die behoudens eventuele uitzonderingen,¹⁰⁸ van toepassing is op alle grondrechten. Een dergelijke bepaling kan aanvullend zijn (par. 4.3.1 en 4.3.2) of in de plaats komen van de bestaande bijzondere beperkingen (par. 4.3.3). Deze benaderingen hebben als belangrijk voordeel dat zij duidelijk en herkenbaar zijn, hetgeen een belangrijke educatieve functie heeft, en bovendien de rechter behoedt voor verwijten van activisme. Een alternatieve benadering zou zijn om de systematiek van bijzondere beperkingen te behouden en aan te passen aan de eisen van in Nederland toepasselijk internationaal en EU-recht (par. 4.3.4). Tenslotte kan er ook voor worden gekozen om de ‘samenlezing’ van grondwettelijke en verdragsrechtelijke beperkingssystematiek in de Grondwet te verankeren en daarbij aan te geven dat gekozen dient te worden voor de ruimste bescherming (par. 4.3.5).

4.3.1. Een aanvullende algemene beperkingsclausule met proportionaliteitseis en kernrechtbepaling

De Staatscommissie Grondwet stelde voor om de bestaande beperkingssystematiek van bijzondere beperkingen per artikel te handhaven, maar aan te vullen met een algemene beperkingsbepaling.¹⁰⁹ Zij achtte de bepaling strikt juridisch niet nodig vanwege de doorwerking van internationale verdragen, maar wel wenselijk ten behoeve van de

¹⁰⁵ Vgl. A.E.M. Leijten & C.M.S. Loven, ‘Rechterlijke toetsing aan de grondwettelijke grondrechtenbepalingen: daadwerkelijke meerwaarde verlangt meer dan het afschaffen van het toetsingsverbod’, in: J.H. Gerards, J. Goossens & E.Y. van Vugt (red.), *Constitutionele verandering in Nederland. De grondwetswijzigingen van 2022 en 2023*, Den Haag: BJu 2023, p. 108 e.v.

¹⁰⁶ In die zin H.R.B.M. Kummeling, ‘Proliferatie van proportionaliteit’, in: P.P.T. Bovend’Eert, J.W.A. Fleuren & H.R.B.M. Kummeling (red.), *Grensverleggend staatsrecht* (Kortmann-bundel), Deventer: Kluwer 2001, p. 250.

¹⁰⁷ In die zin R.J.B. Schutgens, ‘Het voorstel-Halsema en de toetsbaarheid van de wet’, *RegelMaat* 2007, p. 27.

¹⁰⁸ Zo heeft het recht op gelijke behandeling een eigen toets.

¹⁰⁹ *Rapport Staatscommissie Grondwet*, 2010, p. 53 e.v.

toegankelijkheid en de normativiteit van de Grondwet. Een bepaling die (nadere) vereisten bevat voor de beperking van de in de Grondwet vervatte grondrechten, zou de wetgever houvast bieden bij de beoordeling van de aanvaardbaarheid van beperkingen. Zij zou de burger laten zien onder welke voorwaarden grondrechten mogen worden beperkt, en zij zou de rechter aanknopingspunten bieden voor zijn toetsing van inbreuk op een grondrecht in het concrete geval. De bepaling die de Staatscommissie voorstelde luidde:

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

De bepaling zou dus gelden naast de specifieke eisen die nu al in een aantal grondwetsbepalingen zijn opgenomen (competentievoorschriften, doelcriteria, procedurevoorschriften), en daaraan twee inhoudelijke toetsen toevoegen: een proportionaliteitseis en een kernrecht.

4.3.2. Een algemene aanvullende beperkingsclausule met proportionaliteit, zonder kernrechtbepaling

Een alternatief voor de algemene aanvullende beperkingsclausule voorgesteld door de Staatscommissie Grondwet is een algemene aanvullende beperkingsclausule die wel een proportionaliteitseis bevat, maar geen kernrechtbepaling.¹¹⁰ Gesteld zou immers kunnen worden dat beperkingen die raken aan de kern van een grondrecht nooit proportioneel geacht kunnen worden. Zo bezien voegt een kernrechtbepaling niets toe aan een proportionaliteitseis. De enkele toets aan proportionaliteit is eenvoudiger, en voorkomt ingewikkelde discussies over wat nu precies de kern van een grondrecht is, en wat niet. De onderzochte stelsels laten zien dat zulke discussies onvermijdelijk en ogenschijnlijk onoplosbaar zijn.

4.3.3. Eén algemene beperkingsclausule

Ook zou kunnen worden gekozen voor een benadering zoals in het Handvest, waarin alléén een algemene beperkingsclausule is opgenomen, en er niet ook nog bijzondere voorschriften gelden per grondrecht, zoals op dit moment in de Grondwet het geval is.

De algemene beperkingsclausule zou dan in de plaats komen van de afzonderlijke beperkingsclausules in de Grondwet. De grootste uitdaging hier is dat een manier zal moeten worden gevonden om in één bepaling aan te geven hoe de bevoegdheden worden verdeeld tussen de formele wetgever en andere wetgevers, of in welke gevallen de formele wetgever de beperkingsbevoegdheid kan delegeren. De bepaling zou dan bijvoorbeeld kunnen aangeven dat de essentiële elementen moeten worden voorzien in een wet in formele zin.¹¹¹

Een dergelijke benadering zal aanleiding geven tot ingewikkelde discussies over wat 'essentiële elementen' zijn. Zij impliceert ook een algehele herziening van het hele hoofdstuk

¹¹⁰ De Staatscommissie Grondwet verwees voor het vaststellen van de 'kern' van grondrechten naar de algemene bepaling die zij voorstelde, en die de overheid opdroeg de menselijke waardigheid te eerbiedigen en te waarborgen. De menselijke waardigheid is echter niet opgenomen in de nieuwe algemene bepaling die in 2022 aan de Grondwet is toegevoegd.

¹¹¹ De Zwitserse grondwet maakt een onderscheid op basis van de ernst van de beperking: '*Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi.*'

1 van de Grondwet, hetgeen ingewikkeld en tijdrovend in, en niet noodzakelijk leidt tot meer helderheid.

4.3.4. Een nieuwe specifieke beperkingssystematiek

Een derde optie is om voor elk grondrecht een nieuwe op dat grondrecht toegesneden beperkingsclausule op te nemen, die – anders dan de huidige – ook recht doet aan de eisen gesteld in internationale en Europese verdragen, met name proportionaliteit, en eventueel kernrecht. Dit impliceert dat voor elk grondrecht opnieuw in de Grondwet vastgesteld wordt aan welke formele en inhoudelijke eisen de beperking van het betreffende grondrecht moet voldoen. Gezien de doorwerking van internationale en Europese grondrechten zouden die eisen in elk geval zo moeten worden geformuleerd, dat de grondwettelijke mogelijkheid tot beperking van het grondrecht minstens aan dezelfde eisen voldoet als die gesteld door de internationale en Europese verdragen.

Deze benadering heeft als voordeel dat de beperkingsclausules op het grondrecht kunnen worden toegesneden.¹¹² Zij heeft echter als nadeel dat zij een relatief omvangrijke grondwetswijziging vergt, die overigens uiteindelijk meestal zal neerkomen op het opnemen van een proportionaliteitstoets, en eventueel een kernrecht in elk van de bestaande grondrechtenbepalingen. In dat geval heeft deze benadering geen meerwaarde ten opzichte van het opnemen van één aanvullende beperkingsclausule zoals genoemd in par. 4.3.1 en 4.3.2.

4.3.5. Coördinatiebepaling

Tenslotte bestaat de optie om uitdrukkelijk in de Grondwet vast te leggen dat beperkingen moeten worden getoetst aan de Grondwet, het ERVM én, waar relevant, het Handvest. Een algemene of horizontale bepaling zou de toepassing van die deels onderscheiden, deels overlappende beperkingssystematieken kunnen coördineren. Daarbij ligt het voor de hand uitdrukkelijk vast te leggen dat de ruimste bescherming voor gaat.¹¹³ De grondrechtenbeperkende wet zal immers moeten voldoen aan de eisen gesteld door elk van de drie systemen, en zal voor elk onderdeel daarvan (legaliteit, competentie, doelcriteria, geschiktheid, noodzakelijkheid, proportionaliteit) de ruimste bescherming moeten kiezen.

Door uitdrukkelijk aan te geven dat de ruimere bescherming dient te worden toegepast zal de rechter zich gesterkt voelen om de bescherming geboden door het EVRM en het Handvest als een minimum te zien, maar niet noodzakelijk als een maximum, zodat een eigen, Nederlandse invulling zal kunnen worden gekozen voor de grondrechten.¹¹⁴ Dit voorkomt een al te slaafse houding ten opzichte van Europese en internationale grondrechten en baant de weg voor een eigen inkleuring van grondrechten. Het Europese en internationale minimum blijft vanzelfsprekend gelden, zodat de het beschermingsniveau niet onder die ondergrens kan zakken (zoals nu ook het geval is). Een dergelijke bepaling zou bijvoorbeeld kunnen luiden:

¹¹² Zie bijv. art. 12, 13, 15 lid 4 en 23 Gw. Voorstander van deze benadering lijkt L.F.M. Verhey, 'Het grondwettelijk beperkingssysteem: handhaving of herbezinning', *NJCM-Bulletin* 2003, p. 230.

¹¹³ Een dergelijke benadering is vergelijkbaar met die van de art. 52 lid 3.

¹¹⁴ Voor wat het EU recht betreft is dat niet altijd toegestaan: wanneer het EU recht het beschermingsniveau dwingend neerlegt mag een lidstaat op grond van het beginsel van voorrang geen ruimere bescherming bieden, HvJ EU 26 februari 2013, zaak C-399/11, EU:C:2013:107 (*Melloni*). Wanneer EU recht echter ruimte biedt aan de lidstaten is een eigen nationale, ruimere, bescherming toegestaan. Zie ook BVerfGE 6 november 2019, 1 BvR 16/13 (*Recht auf Vergessen I*) en BVerfGE 6 november 2019, 1 BvR 276/17 (*Recht auf Vergessen II*).

‘Voorzover hoofdstuk 1 rechten bevat die corresponderen met rechten die zijn gegarandeerd door internationale verdragen, zijn de inhoud en de reikwijdte ervan dezelfde als die welke er door genoemde verdragen aan worden toegekend, onverminderd de ruimere, in dit hoofdstuk verleende bescherming’.

Een dergelijke bepaling kan ook bestaan naast een (aanvullende) algemene bepaling en/of specifieke bepalingen. Zij heeft als voordeel dat niet gesleuteld hoeft te worden aan de grondrechten in Hoofdstuk 1 van de Grondwet, terwijl de meerwaarde van de Grondwet toch ten volle wordt erkend, in overeenstemming met het beginsel van de meest gunstige waarborg neergelegd in art. 53 EVRM. Een nadeel van deze benadering is dat toetsing aan de Grondwet zelf weinig toegevoegde waarde heeft waar het gaat om beperkingen van grondrechten door een wet in formele zin: een coördinatiebepaling stelt zelf geen nieuwe inhoudelijke eisen aan een grondrechtenbeperkende wet.