Staatscommissie **Grondwet**

Rapport
Staatscommissie **Grondwet**

1. Nederland is een democratische rechtsstaa
2. De overheid eerbiedigt en waarborgt de mens waardigheid, de grondrechten en de fundame rechtsbeginselen.
3. Openbaar gezag wordt alleen uitgeoefend kr tens de Grondwet of de wet.

Rapport Staatscommissie Grondwet

Voorwoord **5**
Samenvatting **6**
1 Inleiding **13**
1.1 Opdracht van de Staatscommissie 13
1.2 Wat betekent 'noodzaak tot wijziging'? 13
1.3 'Versterking van de Grondwet' 14
1.4 Uitbreiding van de opdracht: aanvullende vragen 14
1.5 Afbakening van de opdracht 15
1.6 Periode van werkzaamheid 16
1.7 Opbouw van het rapport 16

Deel I
2 De betekenis van de Grondwet: waarborging van de democratische rechtsstaat **21**
2.1 Inleiding 21
2.2 Wat is de betekenis van de Grondwet voor de burger? 21
2.3 Moet het normatieve karakter van de Grondwet worden versterkt? 24
2.4 Hoe kan de Grondwet aan betekenis winnen voor de burger? 26

3 Toegankelijkheid **28**
3.1 Inleiding 28
3.2 Wat is toegankelijkheid? 28
3.3 Is de Grondwet voldoende toegankelijk? 28
3.4 Belang van toegankelijkheid van de Grondwet 29
3.5 Verbetering van de toegankelijkheid door wijzigingen van de tekst en structuur 30
3.6 Verbetering van de toegankelijkheid door voorlichting en educatie 33

4 Preambule en algemene bepaling **35**
4.1 Inleiding 35
4.2 Kenschets van een preambule 35
4.3 Advies van de Staatscommissie: geen preambule maar een algemene bepaling 36

5 Constitutionele toetsing **43**
5.1 Inleiding 43
5.2 Stand van zaken 43
5.3 Toetsingsverbod in het licht van versterking en betekenis van de Grondwet 46
5.4 Belang van toetsing voor onderdelen van de opdracht 48

Deel II
6 Beperkingssystematiek **53**
6.1 Inleiding 53
6.2 De huidige systematiek van beperkingen van grondrechten 53
6.3 Advies Staatscommissie: handhaving en uitbreiding 54
6.4 Uitbreiding: inhoudelijke vereisten voor de beperking van grondrechten 54
6.5 Algemene aanvullende beperkingsclausule 55

7 Toevoeging van grondrechten aan de Grondwet 57
7.1 Inleiding 57
7.2 Verhouding tussen de opgenomen grondrechten in de Grondwet en de uit internationale verdragen voortvloeiende rechten 57
7.3 Recht op een eerlijk proces en toegang tot de rechter 60
7.4 Het recht op leven 64
7.5 Andere fundamentele rechten 66

8 Grondrechten in het digitale tijdperk 67
8.1 Inleiding 67
8.2 Ontwikkelingen in digitalisering en recht 67
8.3 Afbakening opdracht van de Staatscommissie 68
8.4 Artikel 7 Grondwet (vrijheid van meningsuiting) 70
8.5 Artikel 10 Grondwet (eerbiediging persoonlijke levenssfeer en bescherming persoonsgegevens) 80
8.6 Artikel 13 Grondwet (vertrouwelijke communicatie) 85
8.7 Verkeersgegevens 89
8.8 Toegang tot documenten 90

9 Bestuurlijke boete 92
9.1 Verzoek aan de Staatscommissie 92
9.2 Advies van de Staatscommissie 92

Deel III
10 De betekenis van de Grondwet in een veranderende internationale rechtsorde 97
10.1 Inleiding 97
10.2 De adviesaanvraag aan de Staatscommissie 97
10.3 Ontwikkelingen in de internationale rechtsorde 99
10.4 Overzicht behandeling van de onderwerpen 102
10.5 Achtergrond en uitgangspunten 103

11 De ontwikkeling van de internationale en Europese rechtsorde 104
11.1 Inleiding 104
11.2 Bevordering van de internationale rechtsorde (artikel 90 Grondwet) 104

12 Parlementaire betrokkenheid 111
12.1 Inleiding 111
12.2 Goedkeuring van verdragen (artikel 91, lid 1, Grondwet) 111
12.3 Parlementaire betrokkenheid bij besluiten van internationale organisaties 113
12.4 Verdragen die van de Grondwet afwijken; het materiële aspect 115
12.5 Verdragen die van de Grondwet afwijken; het procedurele aspect 121

13 Internationaal en Europees recht in de Nederlandse rechtsorde 125
13.1 Inleiding 125
13.2 Nadere voorwaarden voor de werking en voorrang van het internationale recht (art. 94 Grondwet)? 125
13.3 Verduidelijking van de formulering van de artikelen 93 en 94 Grondwet 130
13.4 De toetsing aan ongeschreven internationaal gewoonterecht 132

14 Internationale ad hoc tribunalen 136
14.1 Inleiding 136
14.2 Opvatting regering 136
14.3 Opvatting Staatscommissie 137

15 Het verdrag van Tilburg 138
15.1 Inleiding 138
15.2 Opvatting Staatscommissie 138

Bijlagen
Bijlage I: Minderheidsstandpunten 143
Bijlage Ia: Verklaring van het lid Oomen met betrekking tot de toegankelijkheid van het proces van besluitvorming en het eindproduct voor de burger (paragraaf 1.6) 143
Bijlage Ib: Minderheidsstandpunt van het lid Overkleeft-Verburg met betrekking tot een nieuw grondrecht op bescherming van persoonsgegevens (paragraaf 8.5.9) 144
Bijlage Ic: Minderheidsstandpunt van het lid Overkleeft-Verburg met betrekking tot artikel 13 Grondwet (paragraaf 8.6.6) 149
Bijlage Id: Minderheidsstandpunt van het lid Overkleeft-Verburg met betrekking tot de opneming van een 'Europa'-bepaling in de Grondwet (paragraaf 11.3) 154
Bijlage II: Instellingsbesluit 158
Bijlage III: Samenstelling Staatscommissie Grondwet en secretariaat 161
Bijlage IV: Brief van Ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Justitie en Buitenlandse Zaken inzake Wens Eerste Kamer inzake grondwettelijke grondslagen vestiging ad hoc straftribunalen 162
Bijlage V: Brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties inzake motie-Kalma c.s. en de motie-Schinkelshoek c.s. 164
Bijlage VI: Brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties inzake Kennisgeving Kamerdebat Mediawet in relatie tot taak Staatscommissie 166
Bijlage VII: Brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties inzake Kennisgeving van wens van de Eerste Kamer met betrekking tot de opdracht van de staatscommissie (Verdrag van Tilburg) 167
Bijlage VIII: Lijst geraadpleegde experts 168

Voorwoord

Voor u ligt het rapport van de Staatscommissie Grondwet, dat gewijd is aan de vraag of de Grondwet op onderdelen zou moeten worden aangepast.

De Staatscommissie Grondwet, ingesteld bij koninklijk besluit van 3 juli 2009, heeft ruim een jaar de tijd gehad om zich te buigen over de onderwerpen waarover haar advies is gevraagd. Zij is ervan overtuigd dat de Grondwet een solide basis vormt voor de Nederlandse rechtsorde en dat dit zo moet blijven. De Grondwet is belangrijk voor een ieder die zich op het grondgebied van Nederland bevindt. Zij beschermt zijn fundamentele rechten en stelt regels om zijn vrijheid te beschermen tegen willekeurige machtsuitoefening. Wel moet de Grondwet bij de tijd worden gehouden. Daarvoor doet de Staatscommissie voorstellen.

Het rapport heeft een sterk juridisch karakter. Dat heeft te maken met het feit dat de leden van de Staatscommissie merendeels afkomstig zijn uit de rechtswetenschap. De Staatscommissie heeft zich op verschillende manieren laten informeren. Bijeenkomsten met experts hebben plaatsgevonden, deels op initiatief van instellingen of organisaties die van gedachten wilden wisselen over de relevantie van het werk van de Staatscommissie voor hun vakgebied, deels op initiatief van de Staatscommissie zelf. Daarnaast hebben personen en instanties ideeën aangedragen op de website van de Staatscommissie en is op haar verzoek een studie verricht naar de reikwijdte van het beginsel van eerbiediging van de menselijke waardigheid. Een lijst van personen en instanties die met de Staatscommissie hebben meegedacht is aan het rapport gehecht. De Staatscommissie is hun veel dank verschuldigd.

Het advies is niet op alle onderdelen unaniem. In voorkomende gevallen zijn de uiteenlopende opvattingen van de leden in het rapport weergegeven. Zo is het binnen de Staatscommissie gevoerde debat zichtbaar gemaakt.

De Grondwet moet niet alleen uit juridisch perspectief worden bezien. Hopelijk kunnen de in het rapport genoemde overwegingen en aanbevelingen een bijdrage leveren aan een bredere gedachtewisseling over het grondwettelijke bestel.

Wilhelmina Thomassen
Voorzitter Staatscommissie Grondwet
november 2010

Samenvatting

Het rapport van de Staatscommissie Grondwet bevat een advies aan de regering om de Grondwet te wijzigen op een aantal met name genoemde onderdelen.[1]

Deel I

1.1 In het eerste deel van het rapport besteedt de Staatscommissie aandacht aan de vraag waarom aanpassing van de Grondwet wenselijk is.[2] Er bestaat volgens haar geen noodzaak tot wijziging van de Grondwet, maar van belang is wel dat deze 'bij de tijd' wordt gehouden. De samenleving heeft in de laatste tientallen jaren belangrijke veranderingen doorgemaakt. Te denken is aan de ontwikkeling van de grondrechtenbescherming mede onder invloed van het internationale recht, aan de digitalisering die heeft geleid tot andere wijzen van informatievoorziening en van communicatie, en aan de internationalisering. Een Grondwet die bij deze veranderingen onvoldoende aansluit, boet in aan normativiteit. Diverse voorstellen van de Staatscommissie beogen deze normativiteit te handhaven en te versterken.

1.2 Versterking van het normatieve karakter van de Grondwet is van belang voor de burger en voor de overheid. De Staatscommissie adviseert in dat verband opneming in de Grondwet van een algemene bepaling, luidende dat Nederland een democratische rechtsstaat is, dat de overheid de menselijke waardigheid, de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen eerbiedigt en waarborgt, en dat openbaar gezag alleen wordt uitgeoefend krachtens de Grondwet of de wet.[3]

1.3 Hoewel de Staatscommissie niet is gevraagd advies uit te brengen over rechterlijke constitutionele toetsing besteedt zij ook daaraan aandacht. Constitutionele toetsing kan de normativiteit van de Grondwet ten goede komen. De Staatscommissie meent dat er daarom goede redenen zijn het toetsingsverbod te heroverwegen.[4]

1.4 De Staatscommissie doet ook aanbevelingen over de toegankelijkheid van de Grondwet. Toegankelijkheid heeft te maken met kenbaarheid, leesbaarheid en begrijpelijkheid. Naar het oordeel van de Staatscommissie is de Grondwet voldoende kenbaar. In vergelijking met andere (grond)wetten is de Nederlandse Grondwet niet bijzonder slecht leesbaar of onbegrijpelijk. Wel is verduidelijking

1 Zie voor de opdracht aan de Staatscommissie paragraaf 1.1. en Stcrt. 2009, nr. 10354.
2 Paragraaf 2.3.
3 Paragraaf 4.3.6.
4 Paragraaf 5.3.

op een aantal plaatsen mogelijk en wenselijk. Een goed leesbare Grondwet maakt het gemakkelijker inzicht te krijgen in de grondslagen van het staatsbestel. Dat is niet alleen van belang voor de burgers, maar ook voor hen die bij de uitoefening van hun functie te maken hebben met de Grondwet, zoals bestuurders, politici, rechters en ambtenaren. De Staatscommissie beveelt daarom aan de bestaande structuur van de Grondwet kritisch te bezien door na te gaan welke artikelen gemist kunnen worden, welke regels en beginselen ten onrechte ontbreken en welke artikelen door herformulering verduidelijkt kunnen worden. De Staatscommissie doet een aantal aanbevelingen daartoe.[5] Daarnaast meent de Staatscommissie dat in het onderwijs meer aandacht zou moeten worden besteed aan de overdracht van kennis van het constitutionele bestel.[6]

Deel II

2.1 In deel II van het rapport staan de grondrechten centraal. De Staatscommissie besteedt aandacht aan de verhouding tussen de grondrechten die zijn opgenomen in de Grondwet en de in internationale verdragen vervatte grondrechten, zoals het recht op een eerlijk proces en het recht op leven.[7] Daarnaast wordt de beperkingssystematiek van grondrechten besproken.[8]

2.2 De Staatscommissie doet voorstellen tot aanpassing van de beperkingssystematiek, omdat de huidige Grondwet weliswaar bepaalt welke instanties (zoals de wetgever) grondrechten mogen beperken, maar daarbij meestal niet vaststelt hoe ver de wetgever hierin mag gaan. De Staatscommissie adviseert de opneming van een bepaling luidende dat beperkingen van grondrechten niet verder mogen gaan dan het doel van de beperking vereist en dat de kern van grondrechten niet mag worden aangetast.[9] Ook hiermee wordt de normativiteit van de Grondwet versterkt.

2.3 De regering heeft de vraag voorgelegd of het aanbeveling verdient om bepaalde rechten die zijn opgenomen in voor Nederland geldende internationale verdragen, ook in de Nederlandse Grondwet een plaats te geven. Bij de beantwoording daarvan neemt de Staatscommissie tot uitgangspunt dat, nu iedereen in Nederland een rechtstreeks beroep kan doen op die verdragsrechten, de opneming van deze rechten in de Grondwet uit strikt juridisch oogpunt op zichzelf de rechtsbescherming niet versterkt. Opneming van alle internationale grondrechten

5 Paragraaf 3.5.
6 Paragraaf 3.6.
7 Hoofdstuk 7.
8 Hoofdstuk 6.
9 Paragraaf 6.5.

zou bovendien afbreuk doen aan de toegankelijkheid van de Grondwet. Wel kunnen de zichtbaarheid van grondrechten en de wenselijkheid van een volledige grondrechtencatalogus redenen zijn om in elk geval de meest fundamentele grondrechten in de Grondwet op te nemen. Waar nu in wetgevingspraktijk en rechtspraak vooral wordt getoetst aan verdragen, kan na aanvulling de Grondwet vaker normerend zijn. Aanvulling van de grondrechtencatalogus kan bijdragen aan de versterking van de normatieve kracht van de Grondwet.[10]

2.4 De Staatscommissie beveelt de opneming aan van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet omdat dit kan leiden tot aanvullende rechtsbescherming, indien dit recht zo wordt geformuleerd dat het een ruimer toepassingsbereik heeft dan artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Daarnaast is de Staatscommissie van mening dat, vanwege de nauwe samenhang tussen het recht op een eerlijk proces en het recht op toegang tot de rechter, ook dat laatste recht in de Grondwet een plaats verdient.[11]

2.5 Vijf leden van de Staatscommissie menen dat voorlopig kan worden volstaan met de opneming van het recht op een eerlijk proces en het recht op toegang tot de rechter. Deze leden zien op dit moment geen aanleiding om het recht op leven in de Grondwet op te nemen omdat dit de rechtsbescherming van de burger niet verruimt. De opneming van het beginsel van eerbiediging van de menselijke waardigheid,[12] dat kan worden beschouwd als de grondslag van de mensenrechten, maakt het niet onmiddellijk noodzakelijk om het recht op leven of andere grondrechten in de Grondwet op te nemen. De praktische toepassing van de algemene bepaling kan worden afgewacht.[13]

2.6 De andere vijf leden zijn van mening dat met opneming van het recht op leven niet zou moeten worden gewacht, ook al leidt die opneming niet tot aanvullende rechtsbescherming. Het recht op leven is, evenals het verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling, van een zodanig fundamenteel karakter dat zij in de grondrechtencatalogus thuishoren. Dat geldt ook voor het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven. Nederland is verscheidene malen door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens terecht gewezen wegens schending van dit recht. Opneming van de drie genoemde rechten versterkt de normatieve kracht van de Grondwet.[14]

10 Paragraaf 7.2.
11 Paragrafen 7.3.3. en 7.3.4.
12 Paragrafen 4.3.8. en 7.4.
13 Paragrafen 7.4. en 7.5.
14 Paragrafen 7.4. en 7.5.

2.7 In hoofdstuk 8 gaat de Staatscommissie in op de wenselijkheid grondrechten aan te passen in het licht van de digitalisering van de samenleving. Deze digitalisering roept vragen op over de grondwettelijke bescherming van onder meer de vrije ontvangst van informatie en het gebruik van elektronische middelen zoals internet, nieuwe mediavormen en -diensten, de vertrouwelijkheid van communicatie en de bescherming van persoonsgegevens. In dit verband heeft de Staatscommissie vooral de artikelen 7, 10 en 13 van de Grondwet in ogenschouw genomen.[15]

2.8 Artikel 7 Grondwet, dat de vrijheid van meningsuiting beschermt, dient om verschillende redenen te worden aangepast.[16] Het verbod van voorafgaand verlof in het eerste lid is beperkt tot de drukpers. De Staatscommissie stelt voor dit verbod te handhaven, maar de beperking tot de drukpers te laten vervallen. Het verbod van voorafgaand verlof strekt zich dan uit tot alle vormen van meningsuiting. Verder stelt de Staatscommissie voor het begrip gevoelens te vervangen door meningen. Daarnaast doet de Staatscommissie de aanbeveling de vrije ontvangst van informatie in de Grondwet te garanderen. Omdat in een democratische samenleving de pluriformiteit van de pers van groot belang is, adviseert de Staatscommissie een bepaling op te nemen, luidende dat de overheid de pluriformiteit van de media eerbiedigt.

2.9 In het huidige artikel 10 Grondwet is de registratie van persoonsgegevens gekoppeld aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. De Staatscommissie is van mening dat beide onderwerpen beter tot hun recht komen wanneer de bepaling wordt gesplitst. De bescherming van de persoonlijke levenssfeer beheerst veel meer terreinen van het privéleven van personen dan alleen bescherming tegen onrechtmatige registratie van persoonsgegevens. Anderzijds betreft bescherming van persoonsgegevens niet alleen de persoonlijke levenssfeer. Gegevensbescherming kan ook te maken hebben met andere grondrechten zoals het discriminatieverbod. De Staatscommissie doet de aanbeveling om het recht op bescherming van persoonsgegevens als een zelfstandig grondrecht te formuleren.[17]

15 Paragrafen 8.3, 8.4, 8.5 en 8.6.
16 Paragraaf 8.4.
17 Paragraaf 8.5.

2.10 Artikel 13 Grondwet beschermt het briefgeheim en het telefoon- en telegraafgeheim. De tekst van deze bepaling is niet in overeenstemming met nieuwe ontwikkelingen. Zo is de telegraaf in onbruik geraakt en zijn naast de brief allerlei andere communicatiemiddelen, zoals e-mail, ontstaan. De Staatscommissie stelt daarom voor artikel 13 Grondwet aldus te formuleren dat ieder recht heeft op vertrouwelijke communicatie. Mensen moeten erop kunnen rekenen dat zij vertrouwelijk met elkaar kunnen communiceren zonder dat de overheid meeleest of –luistert, van welke middelen zij ook gebruik maken.[18]

2.11 In hoofdstuk 9 worden vragen van de regering over de grondslag van de bestuurlijke boete beantwoord.[19]

Deel III

3.1 Aan de Staatscommissie is ook gevraagd te adviseren over de invloed van de internationale rechtsorde op de nationale rechtsorde en over de verhouding tussen wezenlijke Nederlandse constitutionele waarden en besluiten van volkenrechtelijke organisaties of verdragsbepalingen. Daarnaast maakt advisering over 'codificatie van de constitutionele verhouding tussen Nederland en de Europese Unie' deel uit van de opdracht.

3.2 Voor haar advies neemt de Staatscommissie tot uitgangspunt dat de Nederlandse Grondwet gekenmerkt wordt door openheid jegens de internationale rechtsorde.[20] Zo bepaalt artikel 90 Grondwet dat de regering de internationale rechtsorde bevordert. De Staatscommissie beveelt aan om in deze bepaling ook de Europese rechtsorde op te nemen om zo de deelname van Nederland aan de Europese integratie, in het kader van de Europese Unie en de Raad van Europa, in de Grondwet een plaats te geven.[21]

3.3 Met betrekking tot de verhouding tussen de nationale en de internationale rechtsorde is de Staatscommissie van mening dat verdragen die bepalingen bevatten die een ieder verbinden of die bevoegdheden opdragen aan internationale organisaties die burgers rechtstreeks raken, uitdrukkelijk door de Staten-Generaal moeten worden goedgekeurd. De Staatscommissie is van oordeel dat de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen te veel ruimte geeft voor stilzwijgende goedkeuring.

18 Paragraaf 8.6.
19 Hoofdstuk 9.
20 Paragraaf 10.5.
21 Paragraaf 11.2.4.

Zij beveelt aan deze wet zo aan te passen dat parlementaire betrokkenheid bij de totstandkoming van verdragen gewaarborgd is als deze bepalingen bevatten die een ieder verbindend zijn.[22]

3.4 Daarnaast meent de Staatscommissie dat het parlement intensiever bij de besluitvorming van internationale organisaties betrokken zou moeten zijn. Dit gelet op het feit dat de besluiten van deze organisaties ingevolge de artikelen 93 en 94 doorwerken in de Nederlandse rechtsorde. Een grondwetswijzing is daarvoor niet nodig.[23]

3.5 De Staatscommissie heeft in haar beschouwingen ook betrokken een vraag van de Tweede Kamer over de huidige interpretatie en toepassing van artikel 91, lid 3, Grondwet. De Kamer wil bij de goedkeuring van verdragen scherper voor ogen krijgen hoe zij moet vaststellen of een verdrag al dan niet afwijkt van de Grondwet. Indien een verdrag niet verenigbaar is met de Grondwet, is volgens artikel 91, lid 3, Grondwet een meerderheid vereist van twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen in de beide kamers der Staten-Generaal. De Staatscommissie is van oordeel dat de vraag of sprake is van afwijking van de Grondwet tijdens de goedkeuringsprocedure van verdragen diepgaander aan de orde zou moeten komen dan nu het geval is. Bovendien meent zij dat voor de beantwoording van deze vraag niet alleen moet worden gekeken naar de letterlijke tekst van de Grondwet, maar ook naar de aan de Grondwet ten grondslag liggende beginselen. De door de Staatscommissie voorgestelde algemene bepaling maakt dit beter mogelijk. Daarvoor is geen grondwetswijziging nodig.[24]

3.6 Een meerderheid van de Staatscommissie meent dat voor een beperkt aantal verdragen die een zeer grote invloed hebben op de constitutie, goedkeuring met een tweederde meerderheid moet plaatsvinden, ook als deze niet van de Grondwet afwijken.[25] Verschillende criteria die daarvoor zouden kunnen gelden, worden besproken.[26]

22 Paragraaf 12.2.3.
23 Paragraaf 12.3.3.
24 Paragraaf 12.4.3.
25 Paragraaf 12.4.4.
26 Paragraaf 12.4.4.

3.7 Artikel 94 Grondwet bepaalt dat een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van internationale organisaties voorrang hebben op wettelijke voorschriften. De helft van de leden van de Staatscommissie is van oordeel dat deze voorrangsregel niet mag gelden wanneer een verdragsbepaling of besluit van een internationale organisatie in strijd komt met de door de Staatscommissie voorgestelde algemene bepaling. Zij stellen voor om artikel 94 Grondwet aan te vullen in die zin dat in zo'n geval de verdragsbepaling of het besluit buiten toepassing blijft.[27]

3.8 De andere leden van de Staatscommissie menen dat een grondwetswijziging niet nodig is. Niet alleen komt een dergelijke strijdigheid in de praktijk nauwelijks voor, de in de algemene bepaling vervatte beginselen zijn internationaal erkend. Onverenigbaarheden tussen deze beginselen en verdragsbepalingen moeten op internationaal niveau worden opgelost. Daarnaast geldt dat het de taak is van de regering en de Staten-Generaal te waarborgen dat bij het sluiten en goedkeuren van verdragen de fundamentele rechtsbeginselen in acht worden genomen.[28]

3.9 De Staatscommissie doet op nog twee onderdelen van artikel 94 Grondwet wijzigingsvoorstellen. Een meerderheid stelt voor om toetsing van nationaal recht aan dwingende bepalingen van ongeschreven internationaal gewoonterecht mogelijk te maken. Vijf leden van de Staatscommissie gaan nog een stap verder en menen dat deze toetsingsbevoegdheid moet gelden voor alle regels van internationaal gewoonterecht.[29] Ten slotte stelt de Staatscommissie voor in artikel 94 Grondwet vanuit een oogpunt van toegankelijkheid de term 'een ieder verbindend' te vervangen door de term: 'rechtstreeks werkend'.[30]

3.10 In de hoofdstukken 14 en 15 beantwoordt de Staatscommissie ten slotte vragen van de regering over internationale ad hoc tribunalen en over het Verdrag van Tilburg betreffende de ten uitvoerlegging van Belgische veroordelingen in de penitentiaire inrichting in Tilburg.

27 Paragraaf 13.2.3.
28 Paragraaf 13.2.3.
29 Paragraaf 13.4.4.
30 Paragraaf 13.3.2.

1 Inleiding

1.1 Opdracht van de Staatscommissie

De Staatscommissie is bij koninklijk besluit van 3 juli 2009 ingesteld.[31] Zij heeft de opdracht gekregen de regering te adviseren over de noodzaak tot wijziging van de Grondwet in verband met de volgende onderwerpen:

a. de toegankelijkheid en de betekenis van de Grondwet voor burgers;
b. de opneming van een preambule, waarin begrepen een concreet tekstvoorstel, tenzij de Staatscommissie zou willen adviseren hiertoe niet over te gaan;
c. de verhouding tussen de opgenomen grondrechten en de uit internationale verdragen voortvloeiende rechten, zoals het recht op een eerlijke procesgang en het recht op leven;
d. de grondrechten in het digitale tijdperk;
e. de invloed van de internationale rechtsorde op de nationale rechtsorde;
f. de verhouding tussen wezenlijke Nederlandse constitutionele waarden en besluiten van volkenrechtelijke organisaties of verdragsbepalingen;
g. de beperkingssystematiek van grondrechten.

1.2 Wat betekent 'noodzaak tot wijziging'?

De opdracht van de Staatscommissie spreekt van 'noodzaak tot wijziging van de Grondwet'. De Staatscommissie legt de opdracht zo uit dat zij adviseert over de vraag of er gegronde redenen zijn de Grondwet in het kader van de in de opdracht genoemde onderwerpen te wijzigen. De Staatscommissie benadert de vraag of er gegronde redenen zijn, vooral uit het perspectief van versterking van het normatieve karakter van de Grondwet.

Er zijn geen aanwijzingen dat zonder wijzigingen van de Grondwet het constitutionele bestel in gevaar zou zijn of komen. Dat neemt niet weg dat er, in het kader van de in de opdracht genoemde onderwerpen, wel aanleiding kan zijn om grondwettelijke bepalingen te heroverwegen, en in het licht van eventuele gewijzigde omstandigheden te bezien of het aanbeveling verdient de Grondwet aan te passen.

De uitleg die de Staatscommissie aan de opdracht geeft, ligt voor de hand, nu ook in het verleden het merendeel van de grondwetswijzigingen duidelijk niet berustte op een noodzaak tot wijziging in de strikte zin. Grondwetswijzigingen zijn meer dan eens tot stand gekomen in het kader van, wat men zou kunnen noemen, het 'bij de tijd houden' van de Grondwet.

31 Stcrt 2009, nr. 10354.

1.3 'Versterking van de Grondwet'

De opdracht aan de Staatscommissie is blijkens de toelichting op het Instellingsbesluit staatscommissie Grondwet, geplaatst in het bredere kader van 'een versterking van de Grondwet'.

De Staatscommissie begrijpt dit aldus dat een Grondwet die niet aansluit bij maatschappelijke, politieke en juridische ontwikkelingen haar kracht dreigt te verliezen en aan belang inboet.

Soms vonden herzieningen en discussies over de Grondwet plaats in samenhang met belangrijke internationale gebeurtenissen, zoals de democratische revoluties van 1848, de Eerste Wereldoorlog en de Tweede Wereldoorlog. De vastlegging van internationale mensenrechten in de Grondwet is hiervan een voorbeeld. Maar ook in perioden waarin geen sprake was van dramatische gebeurtenissen als een wereldoorlog, hebben herzieningen van de Grondwet plaatsgevonden. In het verleden waren diverse staatscommissies met de voorbereiding daarvan belast. Niet alleen naar aanleiding van het werk van staatscommissies vonden overigens herzieningen plaats. De verklaringswet tot wijziging van artikel 120 Grondwet – die mogelijk tot invoering van een beperkte vorm van toetsing van wetten leidt – bijvoorbeeld, kwam tot stand naar aanleiding van een initiatief van het Kamerlid Halsema.[32] Veel recente grondwetswijzigingen hadden tot doel ervoor te zorgen dat de Grondwet past bij gewijzigde maatschappelijke inzichten en verhoudingen en bij juridische ontwikkelingen. Als voorbeelden zijn te noemen de wijziging van de bepalingen over de dienstplicht en de opneming van artikel 100 Grondwet, inzake de plicht van de regering de Staten-Generaal vooraf inlichtingen te verstrekken over de inzet of het ter beschikking stellen van de krijgsmacht ter handhaving of bevordering van de internationale rechtsorde.[33] Deze wijzigingen waren niet 'strikt noodzakelijk', maar wel een duidelijke weerslag van wijzigingen in de (geo-)politieke context (de 'Val van de Muur'). Tegen deze achtergrond begrijpt de Staatscommissie haar opdracht aldus dat de regering vraagt of het wenselijk is de Grondwet te wijzigen in het licht van ontwikkelingen, die hierna (in paragraaf 2.3) nader worden toegelicht.

1.4 Uitbreiding van de opdracht: aanvullende vragen

De opdracht van de Staatscommissie is na haar instelling uitgebreid met een aantal vragen. Deze betreffen kwesties die opkwamen in het verkeer tussen regering en Staten-Generaal en waarvan het wenselijk werd geoordeeld daarover de mening van de Staatscommissie te vragen. Het gaat om de volgende kwesties:

32 Wet van 25 februari 2009, Stb. 120, tweede lezing: Kamerstukken II 2009/10, 32 334, nrs. 1-3.

33 Rijkswet van 22 juni 2000, Stb. 294; Kamerstukken 26 243.

- de bestuurlijke boete in het licht van artikel 113 Grondwet;[34]
- de grondwettigheid van internationale strafrechtelijke ad hoc tribunalen;[35]
- de grondwettigheid van de toepassing van Belgisch recht – op basis van het zogenoemde Verdrag van Tilburg[36] - met betrekking tot de tenuitvoerlegging van straffen, opgelegd door de Belgische rechter, in de gevangenis te Tilburg;[37]
- de huidige interpretatie en toepassing van artikel 91, lid 3, Grondwet, dit in verband met en naar aanleiding van het initiatiefvoorstel-Van der Staaij (2009) tot wijziging van de Grondwet om vast te leggen dat bij toekomstige wijzigingen van de EU-Verdragen steeds de procedure van artikel 91, lid 3, Grondwet wordt gevolgd.[38]

1.5 Afbakening van de opdracht

Er zijn ook kwesties ter zake waarvan de regering een voornemen tot grondwetsherziening heeft, zonder dat daarover het oordeel van de Staatscommissie is gevraagd. Een voorbeeld daarvan is een grondwetsbepaling omtrent de taal.[39] Verder hebben enige kamerleden in het kader van de behandeling van de voorstellen tot wijziging van het Statuut voor het Koninkrijk en de wijziging van de status van de BES-eilanden de vraag aan de orde gesteld of niet een herziening van een aantal grondwetsbepalingen nodig is. Ook over deze vraag is geen advies aan de Staatscommissie gevraagd.

De Staatscommissie stelt zich terughoudend op over kwesties waarover de regering niet uitdrukkelijk haar oordeel heeft gevraagd, tenzij een dergelijke kwestie nauw verband houdt met vragen om advies die wel zijn voorgelegd. Dit is bijvoorbeeld het geval bij het onderwerp constitutionele toetsing.

Het onderwerp constitutionele toetsing komt aan de orde (in hoofdstuk 5) omdat het naar het oordeel van de Staatscommissie niet los kan worden gezien van enkele onderwerpen die deel uitmaken van de opdracht. Ten eerste is het onderwerp constitutionele toetsing van belang in het kader van het onderwerp ‘betekenis van de Grondwet voor burgers’. Verder rijst bij een bezinning op de plaats van de grondrechten in de Grondwet en op de vraag hoe de nationale en internationale bescherming van grondrechten zich tot elkaar verhouden,

34 Handelingen I 2008/09, nr. 36, p. 1597–1647.

35 Kamerstukken I 2008/09, 31 700 VI, L, p. 4.

36 Het op 31 oktober 2009 te Tilburg tot stand gekomen Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en het Koninkrijk België over de terbeschikkingstelling van een penitentiaire inrichting in Nederland ten behoeve van de tenuitvoerlegging van bij Belgische veroordelingen opgelegde vrijheidsstraffen. Trb. 2010, nr. 56.

37 Handelingen I 2009/10, nr. 15, p. 551-554 en 569-578.

38 Kamerstukken II 2008/09, 30 874 (R 1818), nr. 13.

39 Zie Kamerstuk 32 522.

onvermijdelijk de vraag welke de consequenties zijn voor de onderwerpen die de Staatscommissie behandelt, als het thans aanhangige voorstel tot (beperkte) constitutionele toetsing in tweede lezing een meerderheid van twee derden verkrijgt of als op een andere wijze toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet mogelijk wordt gemaakt.[40]

1.6 Periode van werkzaamheid

De Staatscommissie is na haar instelling met haar werkzaamheden begonnen in augustus 2009. De periode van haar werkzaamheid is kort geweest.[41] Het Instellingsbesluit staatscommissie Grondwet bepaalt dat de Staatscommissie haar advies uitbrengt voor 1 oktober 2010. De Staatscommissie heeft haar werkzaamheden binnen deze termijn moeten afronden, zij het dat zij tot 15 november 2010 uitstel heeft verkregen in verband met extra tijd die nodig bleek te zijn voor afronding van haar rapport.

1.7 Opbouw van het rapport

Het rapport bestaat uit drie delen.

In het eerste deel zijn de hoofdstukken opgenomen over de meer algemene onderwerpen. Het gaat in de eerste plaats om de betekenis en de toegankelijkheid van de Grondwet voor burgers. Vervolgens komt de wenselijkheid van de opneming van een preambule in de Grondwet aan de orde. In dat kader adviseert de Staatscommissie tot opneming van een 'algemene bepaling'. Tot slot komt de kwestie van constitutionele toetsing aan de orde.

Het tweede deel bevat de hoofdstukken over onderwerpen die de grondrechten betreffen. Het eerste onderwerp is de systematiek van de beperking van grondrechten. Vervolgens komt de verhouding tussen de in de Grondwet opgenomen grondrechten en de uit internationale verdragen voortvloeiende rechten aan de orde. In dat kader gaat de Staatscommissie met name in op de vraag of nog niet in de Grondwet vervatte grondrechten in de Grondwet moeten worden opgenomen. Daarna komt het onderwerp 'grondrechten in het digitale tijdperk' aan bod. Daarbij gaat de Staatscommissie in op de artikelen 7, 10 en 13 Grondwet. Het laatste onderwerp betreft een van de aanvullende, aan de Staatscommissie voorgelegde, vragen, te weten de bestuurlijke boete en artikel 113 Grondwet.

40 Wet van 25 februari 2009, Stb. 120, tweede lezing: Kamerstukken II 2009/10, 32 334, nrs. 1-3.

41 Het lid Oomen wenst aantekening te maken van haar teleurstelling over het proces van besluitvorming. Haar verklaring daarover is te vinden in Bijlage Ia.

Het derde deel tot slot is het 'internationale' deel, waarin de verhouding tussen de Grondwet en het internationale recht aan de orde komt. Het bestaat uit zes hoofdstukken. Het eerste hoofdstuk bevat een uiteenzetting van de opdracht en een schets van de ontwikkelingen in de internationale rechtsorde. Het tweede hoofdstuk ziet op de grondwettelijke opdracht aan de regering tot bevordering van de internationale rechtsorde (artikel 90 Grondwet). Het volgende hoofdstuk betreft aspecten van parlementaire betrokkenheid bij de binding aan internationale regels. In dat kader komt ook aan de orde een van de aanvullende, aan de Staatscommissie voorgelegde, vragen, namelijk de interpretatie en toepassing van artikel 91, lid 3, Grondwet. Vervolgens gaat de Staatscommissie in op verschillende aspecten van artikel 94 Grondwet, dat de voorrang van internationaal recht regelt. Tot slot komen in de laatste twee hoofdstukken twee andere aanvullende vragen aan de orde, namelijk de grondwettigheid van internationale strafrechtelijke ad hoc tribunalen en de kwestie rond het zogenoemde Verdrag van Tilburg.

In bijlage I bij het rapport is een aantal minderheidsstandpunten opgenomen. Uitgangspunt is geweest dat waar binnen de Staatscommissie behoefte bestond aan minderheidsstandpunten, de desbetreffende standpunten en de daarbij horende argumenten zoveel mogelijk in het rapport zelf (in de hoofdtekst dan wel in een voetnoot) worden opgenomen. Slechts bij uitzondering – namelijk waar de omvang van een minderheidsstandpunt hiertoe noopte – zijn minderheidsstandpunten in de bijlage opgenomen. In de tekst van het rapport zelf is dan wel het minderheidsstandpunt kort vermeld met verwijzing naar de bijlage voor de uitwerking ervan.

Deel I

Rapport Staatscommissie Grondwet

2 De betekenis van de Grondwet: waarborging van de democratische rechtsstaat

2.1 Inleiding

De Staatscommissie heeft de opdracht gekregen de regering te adviseren over de noodzaak tot wijziging van de Grondwet in verband met onder meer de toegankelijkheid en de betekenis van de Grondwet voor burgers. In dit hoofdstuk komt het onderwerp 'betekenis' aan de orde. In het volgende hoofdstuk (hoofdstuk 3) gaat de Staatscommissie in op het onderwerp 'toegankelijkheid'.
Hierna bespreekt de Staatscommissie de vraag of er gegronde redenen zijn de betekenis van de Grondwet voor de burger te vergroten, en zo ja, op welke manieren dat kan gebeuren. Daartoe gaat de Staatscommissie eerst in op de vraag wat de betekenis van de Grondwet voor de burger is.

2.2 Wat is de betekenis van de Grondwet voor de burger?

De Nederlandse Grondwet is een juridisch-staatkundig document.[42] Zij is een centraal onderdeel van het constitutionele recht. Dat recht heeft grotendeels betrekking op staatsinstellingen. Het constitueert die instellingen, kent daaraan bevoegdheden toe, en regelt de onderlinge verhouding van die instellingen. Het regelt en normeert bovendien het handelen van die instellingen jegens de burger. In dat kader zijn vooral de grondrechten van belang. Deze grondrechten zijn niet alleen opgenomen in de Grondwet, maar ook in internationale verdragen.

De Grondwet heeft niet alleen een juridische betekenis. Zij kan ook uit een ander dan een juridisch perspectief worden bezien. Naast een staatkundig en politiek perspectief kan dat ook bijvoorbeeld zijn een economisch, sociologisch of antropologisch perspectief. De betekenis van de Grondwet voor de burger hangt mede af van het perspectief van waaruit men kijkt. Gelet op de samenstelling van de Staatscommissie, beziet de Staatscommissie de betekenis van de Grondwet voor de burger vooral in juridische en staatkundige zin.

Een kernbegrip van het Nederlandse constitutionele recht evenals dat van andere staten, is dat van de democratische rechtsstaat. Dit begrip houdt in dat de overheid zich moet houden aan heldere, kenbare en vooraf, door democratisch gelegitimeerde organen, vastgestelde regels. Ook houdt het in dat de overheid fundamentele rechten en vrijheden van burgers eerbiedigt en waarborgt. Het concept van de

42 Vgl. Raad van State in Kamerstukken II, 2007/08, 31 570, nr. 3, en meer recent J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M. van Roosmalen, Rol en betekenis van de Grondwet. Constitutionele toetsing in relatie tot de Raad van State, Raad van State 2010, p. 140.

democratische rechtsstaat omvat daarmee verschillende elementen.
De legaliteitseis houdt in dat de overheid slechts die bevoegdheden heeft, die haar bij of krachtens de Grondwet of de wet zijn toegekend. Haar optreden is bovendien gebonden aan de grenzen die het recht stelt. De verdeling van machten brengt mee dat de wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende macht tot op zekere hoogte zijn gespreid over onderscheiden overheidsinstellingen (machtenscheiding) die elkaar controleren en in evenwicht houden (evenwicht van machten; 'checks and balances'[43]), met als doel absolute macht en willekeurige machtsuitoefening tegen te gaan. Grondrechten zijn de fundamentele rechten en vrijheden van burgers die de overheid moet eerbiedigen. Toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter moet garanderen dat de rechten van de burgers onderling en ten opzichte van de overheid worden beschermd.
Het element van democratie houdt onder meer in dat burgers of de instellingen die hen vertegenwoordigen betrokken zijn bij de vaststelling van de belangrijkste wettelijke regels. Bovendien moet de uitvoerende macht verantwoording afleggen aan vertegenwoordigende colleges. In de Grondwet komt een element van democratie bijvoorbeeld tot uitdrukking in het actief en passief kiesrecht, waardoor burgers invloed kunnen uitoefenen op het overheidsbeleid.
Uit het voorgaande volgt dat uit juridisch oogpunt de betekenis van de Grondwet voor de burger vooral gelegen is in de hem toekomende fundamentele rechten en in de regels van de rechtsstaat die de burgers beogen te beschermen tegen willekeurige machtsuitoefening. De bepalingen betreffende democratie waarborgen de mogelijkheid van participatie van burgers in het politieke proces, waarin regelgeving tot stand komt die hen bindt.

Het Nederlandse constitutionele recht, waarvan de Grondwet deel uitmaakt, kent vele regels die uitdrukking geven aan de democratische rechtsstaat. Niet altijd zijn die regels in de Grondwet zelf terug te vinden. De termen democratie en rechtsstaat komen niet in de Grondwet voor, evenmin als de uitdrukking onafhankelijke en onpartijdige rechter. De betekenis van de Grondwet binnen het constitutionele recht is dus in zoverre en in die zin beperkt dat diverse constitutionele regels, waaronder verscheidene grondrechten, niet in de Grondwet zijn opgenomen.
De beperkte betekenis van de Grondwet voor het constitutionele recht hangt mede samen met een aantal kenmerken van de Nederlandse Grondwet.
In de eerste plaats is de Grondwet sober. Zij beperkt zich vaak tot onderwerpen waarvan het in een zekere periode nodig werd gevonden deze vast te leggen,

43 In het kader van 'checks and balances' speelt overigens ook territoriale decentralisatie een rol.

niet zelden op vooral politieke gronden. Sommige belangrijke constitutionele regels zijn niet in de Grondwet opgenomen, zoals de vertrouwensregel (kort gezegd: de minister of het kabinet kan niet aanblijven als blijkt dat de minister of het kabinet onvoldoende steun in de volksvertegenwoordiging ondervindt).[44] Ook de afwezigheid van ideologische verklaringen over de grondslagen van de Nederlandse staat en de oorsprong van het overheidsgezag draagt bij aan het sobere karakter.
Voorts is de Grondwet in diverse opzichten een open wettelijke regeling. De Grondwet laat ruimte voor de ontwikkeling van constitutioneel recht buiten de Grondwet. De Grondwet draagt bijvoorbeeld de wetgever op om over verschillende constitutionele onderwerpen regels te stellen, zoals over de inrichting van het bestuur van decentrale overheden en de wijze van goedkeuring van verdragen. Ook zorgt de Grondwet voor een relatieve openheid van de nationale rechtsorde ten opzichte van de internationale rechtsorde (vergelijk artikelen 93 en 94 Grondwet inzake de werking en voorrang van het internationale recht binnen de nationale rechtsorde).[45] Aan het internationale recht, met name mensenrechtenverdragen en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, ontleent de burger in belangrijke mate – in aanvulling op de grondrechten die zijn opgenomen in de Grondwet – bescherming op het terrein van fundamentele rechten en vrijheden.

In verband met de betekenis van de Grondwet voor de burger is tot slot van belang de regel dat de Grondwet de rechter verbiedt om formele wetten aan de Grondwet te toetsen (artikel 120 Grondwet). In veel andere constitutionele stelsels is dat anders en zijn rechters of één bepaalde rechterlijke instantie (bijvoorbeeld een constitutioneel hof) bevoegd om dat te doen. In het huidige Nederlandse constitutionele stelsel wordt de wetgever gezien als de meest geëigende instantie om de verenigbaarheid van formele wetten met de Grondwet te beoordelen. De 'verklaringswet-Halsema' zou echter kunnen leiden tot gedeeltelijke afschaffing van het rechterlijk toetsingsverbod (zie daarover paragraaf 5.2.3).[46]

Het voorgaande maakt duidelijk dat de Grondwet in de eerste plaats een basiswet is die overheidsinstellingen creëert, daaraan bevoegdheden toekent, de uitoefening van die bevoegdheden regelt - zowel in de relatie tussen die instellingen onderling als in die tussen die instellingen en de burgers - en grondrechten van de

44 Vgl. Van der Pot, Handboek van het Nederlandse staatsrecht, Kluwer 2006, p. 188-189.
45 Zie over de open houding ten opzichte van het internationale recht ook paragraaf 10.5.
46 Wet van 25 februari 2009, Stb. 120, tweede lezing: Kamerstukken II 2009/10, 32 334, nrs. 1-3.

burgers bevat. Slechts een beperkt aantal regels in de Grondwet betreft de burger rechtstreeks. Naast de grondrechten in het eerste hoofdstuk gaat het dan bijvoorbeeld om het actief en passief kiesrecht. Veel andere regels die de burgers rechtstreeks raken, zijn niet of slechts zijdelings in de Grondwet te vinden. En de regels in de Grondwet die wel de burgers betreffen, zijn niet steeds handhaafbaar door de rechter als gevolg van het toetsingsverbod.

2.3 Moet het normatieve karakter van de Grondwet worden versterkt?

Een aantal maatschappelijke en juridische ontwikkelingen geeft naar het oordeel van de Staatscommissie voldoende aanleiding om thans het normatieve karakter van de Grondwet, en daarmee haar betekenis voor de burger, te versterken.

Ten eerste is het belang van het internationale recht binnen de nationale rechtsorde de afgelopen decennia sterk toegenomen. De grondrechtenbescherming van burgers berust in belangrijke mate op mensenrechtenverdragen, zoals het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (EU-Handvest) versterkt dit nog voor zover het gaat om handelen van de instellingen en organen van de Europese Unie en van de lidstaten 'uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen' (artikel 51 EU-Handvest). Daarnaast is in het Verdrag van Lissabon voorzien dat de Europese Unie partij zal worden bij het EVRM. De onderhandelingen daarover zijn inmiddels gaande.[47]

De betekenis van deze internationale bronnen binnen het constitutionele recht is vooral groot vanwege enerzijds het open karakter van de Nederlandse Grondwet, waardoor toetsing aan de in de mensenrechtenverdragen opgenomen grondrechten mogelijk is (zie artikelen 93 en 94 Grondwet), en anderzijds het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet, waardoor toetsing van wetten aan de in de Grondwet opgenomen grondrechten niet mogelijk is.

De mensenrechtenverdragen zijn bedoeld om minimumbescherming te bieden. De handhaving ervan door internationale (semi-)juridische instellingen heeft een aanvullend karakter. Uitgangspunt is dat verdragsstaten intern de zaken 'op orde' hebben. Dat betekent overigens niet dat de mensenrechtenverdragen een lidstaat ertoe dwingen de desbetreffende grondrechten in de eigen grondwet vast te leggen. Ook in de Nederlandse context bestaat daarvoor geen directe juridische aanleiding, omdat de verdragsrechtelijke grondrechten vaak rechtstreeks inroepbaar zijn in de Nederlandse rechtsorde. Ingevolge de artikelen 93 en 94 van de Grondwet kunnen burgers die vinden dat hun fundamentele

47 Zie ook Kamerstuk 32 317, nr. 15.

rechten zijn aangetast, voor de Nederlandse rechter een beroep doen op het EVRM of een van de andere grondrechtenverdragen. Uit het perspectief van rechtsbescherming is er dan ook geen aanleiding om de grondrechten die nu in de Grondwet ontbreken maar in verdragen zijn opgenomen, aan de grondwettelijke grondrechtencatalogus toe te voegen. Wanneer echter grondwettelijke grondrechten een ruimere bescherming zouden kunnen bieden dan bestaande verdragsgrondrechten, is opneming aangewezen. Daarnaast kunnen uit het oogpunt van toegankelijkheid, consistentie en versterking van het normatieve karakter van de Grondwet argumenten bestaan om de meest fundamentele grondrechten in de Nederlandse Grondwet op te nemen. Het tweede deel van dit rapport gaat hierop nader in.

Een tweede aanleiding tot bezinning op de inhoud en betekenis van de Grondwet is gelegen in technologische ontwikkelingen, waaronder de 'digitalisering' van de samenleving. Deze ontwikkelingen hebben een grote invloed, ook op de verhouding tussen overheid en burger. Moderne technologieën bieden nieuwe mogelijkheden, maar brengen ook maatschappelijke en juridische problemen mee. Het is de vraag of de Grondwet op dit punt voldoende bij de tijd is. Zo is – in het licht van de moderne communicatietechnologie – de formulering van een aantal grondrechten verouderd (zie ook paragrafen 8.4 en 8.6). Een modernere, wellicht techniekneutrale, formulering zou de normatieve functie van deze grondrechten kunnen versterken.

Bovendien is het in iedere pluriforme samenleving,[48] zoals de Nederlandse, van belang dat de Grondwet duidelijk en toegankelijk is, opdat overheid en burgers de kernbeginselen van de democratische rechtsstaat en haar fundamentele rechtsbeginselen goed voor ogen houden, alsook de grondwettelijk gewaarborgde rechten.

Tot slot kan in de steeds verdergaande internationalisering, mondialisering en verdieping en verbreding van de Europese samenwerking een aanleiding worden gezien om de betekenis van de Grondwet te heroverwegen. Omdat de Grondwet overheidshandelen normeert, en overheidshandelen in toenemende mate in samenwerking met andere staten of in internationale samenwerkingsverbanden tot stand komt, rijst de vraag of de Grondwet die normerende functie in deze gewijzigde context nog goed genoeg kan vervullen.

48 Vgl. Kamerstuk 29 614, Grondrechten in een pluriforme samenleving.

2.4 Hoe kan de Grondwet aan betekenis winnen voor de burger?

De Grondwet kan naar het oordeel van de Staatscommissie vooral aan betekenis winnen voor de burger door de normativiteit, de rechtskracht, ervan te versterken. In de eerste plaats kunnen de democratische rechtsstaat en elementen daarvan, en het aan de grondrechten ten grondslag liggende respect voor de menselijke waardigheid, duidelijker in de Grondwet tot uitdrukking worden gebracht.[49] Verder kan opneming van reeds in de Nederlandse rechtsorde geldende, maar nog niet in de Grondwet opgenomen grondrechten bijdragen aan de versterking van haar normativiteit. Dit geldt in het bijzonder als opneming van grondrechten leidt tot een hoger niveau van rechtsbescherming dan nu uit de internationale verdragen voortvloeit. Van belang is daarbij dat de mogelijkheden voor de overheid om de rechten van burgers te beperken zo nauwkeurig mogelijk vastliggen.[50] Tevens behoren er voor de burger geen belemmeringen te bestaan om zijn rechten voor de rechter af te dwingen. Bij dat laatste kan men denken aan de regeling van de toegang tot de rechter en waarborgen voor een eerlijk proces.[51] Verder kan in het kader van versterking van de normativiteit van de Grondwet worden gedacht aan heroverweging van het constitutionele toetsingsverbod.[52]

Een argument voor vergroting van de betekenis van de Grondwet door versterking van de normativiteit langs deze wegen is ook dat dit de Grondwet als geheel meer toegankelijk maakt. Als kenmerkende elementen van het constitutionele recht in één (goed leesbaar) document zijn opgenomen, is het eenvoudiger om kennis te nemen van en begrip te ontwikkelen voor de grondslagen en grenzen van het optreden van de overheidsinstellingen.

Versterking van de normativiteit van de Grondwet kan ook nog op een andere manier een positieve invloed hebben op de betekenis van de Grondwet voor de burger. Wanneer in de politiek, het wetgevingsproces en de rechtspraak de Grondwet daadwerkelijk als fundamenteel toetsingskader fungeert, kan de Grondwet ook een belangrijker rol spelen in het publieke debat over bijvoorbeeld sociale, politieke en economische vraagstukken. Wanneer voor de burger zichtbaar is dat de overheid aan de fundamentele regels van de democratische rechtsstaat is gebonden, kan dit het gezag van en het vertrouwen in de overheid versterken.

49 Daartoe doet de Staatscommissie een aanbeveling in de vorm van een algemene bepaling; zie hoofdstuk 4.

50 De Staatscommissie adviseert in dat verband tot opneming van een algemene beperkingsclausule; zie hoofdstuk 6.

51 Zie voor het voorstel van de Staatscommissie in dit kader paragraaf 7.3.

52 Zie hoofdstuk 5 over constitutionele toetsing.

De Staatscommissie is, gelet op het voorgaande, van oordeel dat er goede argumenten zijn om de Grondwet op een aantal punten te herzien en aan te vullen met het oog op de versterking van haar normatieve betekenis. Zij ziet evenwel geen aanleiding voor grootscheepse aanpassing en aanscherping van de constitutionele regels die aan de democratische rechtsstaat uitdrukking geven.

3 Toegankelijkheid

3.1 Inleiding

De Staatscommissie heeft de taak te adviseren over de noodzaak tot wijziging van de Grondwet in verband met de toegankelijkheid van de Grondwet. Hierna gaat de Staatscommissie achtereenvolgens in op het begrip toegankelijkheid, op de vraag of de Grondwet voldoende toegankelijk is, op het belang van toegankelijkheid van de Grondwet en op methoden ter verbetering van de toegankelijkheid.

3.2 Wat is toegankelijkheid?

Het begrip toegankelijkheid heeft diverse betekenissen. In de eerste plaats gaat het om de kenbaarheid van de Grondwet in de zin van beschikbaarheid en vindbaarheid. Een wet, ook de Grondwet, moet worden bekendgemaakt voordat deze in werking kan treden.[53] Bekendmaking in deze juridische zin (tegenwoordig alleen nog elektronisch[54]) is echter geen waarborg dat de Grondwet voor een breder publiek toegankelijk is, in die zin dat burgers weten dat de Grondwet bestaat en bovendien weten en begrijpen wat er in de Grondwet staat. De toegankelijkheid in deze laatste zin – die kan worden bevorderd door bijvoorbeeld voorlichting en educatie – komt aan bod in paragraaf 3.6.
Verder kan het gaan om de leesbaarheid en begrijpelijkheid van de Grondwet. Is de tekst lang of kort, pregnant of langdradig? Is de tekst modern of nodeloos ouderwets? Is hij in eenvoudige of ingewikkelde taal geschreven? Is de tekst op een logische manier (uit hoofdstukken en paragrafen) opgebouwd? Zijn de artikelen van een gelijk gewicht of lopen zij op dit punt sterk uiteen? Ontbreken voor een goed begrip belangrijke elementen? Bevat de tekst nodeloze details?

3.3 Is de Grondwet voldoende toegankelijk?

De Grondwet is naar het oordeel van de Staatscommissie voldoende kenbaar in de zin van beschikbaarheid en vindbaarheid. Vanwege de overheid is de Grondwet op het internet beschikbaar gesteld voor eenieder die ervan wil kennisnemen.[55] Daarnaast zijn er gedrukte versies van de Grondwet verkrijgbaar.

53 Artikelen 88 en 139 Grondwet.
54 Op verzoek wordt overigens een papieren afschrift verstrekt; artikel 10 Bekendmakingswet.
55 Artikel 13 Bekendmakingsbesluit.

De meeste Nederlanders zijn op de hoogte van het bestaan van de Grondwet, zij het dat zij vaak niet precies weten wat er in staat.[56]
Wat betreft twee andere aspecten van toegankelijkheid – leesbaarheid en begrijpelijkheid – stelt de Staatscommissie voorop dat een grondwet altijd een zeker gesloten karakter zal hebben. Juridische teksten ontkomen daar zelden of nooit aan, onder meer omdat zij werken en moeten werken met begrippen waarvan inhoud en betekenis zich over een lange reeks van jaren hebben ontwikkeld. Een wettekst kent zijn eigen eisen. Met inachtneming hiervan overweegt de Staatscommissie dat de Grondwet in vergelijking tot diverse andere wetten niet bijzonder slecht leesbaar of onbegrijpelijk is. Ook de vergelijking met vele grondwetten van andere landen kan zij in dit opzicht doorstaan. Dat neemt niet weg dat verbetering van de leesbaarheid en begrijpelijkheid van de Grondwet mogelijk is. Naar het oordeel van de Staatscommissie zijn er mogelijkheden om de toegankelijkheid van de Grondwet in dit opzicht te verbeteren (zie paragraaf 3.5 voor enige suggesties).

3.4 Belang van toegankelijkheid van de Grondwet

Voor elk juridisch document, dus ook voor de Grondwet, geldt dat een goed leesbare en begrijpelijke tekst de rechtszekerheid dient. Verbetering van de toegankelijkheid van de Grondwet kan bovendien bijdragen tot een beter inzicht in de grondslagen van het staatsbestel en de belangrijkste regels die de verhouding tussen overheid en burger beheersen. Een goed leesbare en begrijpelijke grondwet kan ook worden benut voor elke vorm van informatieoverdracht over de inhoud van de Grondwet, of deze nu plaats heeft in de media, in de publieksvoorlichting door de overheid of in het onderwijs.

Het is belangrijk dat – naast ambtenaren, bestuurders, politici en rechters – ook burgers de hoofdlijnen van de staatsinrichting kennen evenals hun grondrechten. Een goed leesbare en begrijpelijke Grondwet kan hieraan bijdragen. De Staatscommissie koestert ter zake hiervan geen overspannen verwachtingen. Een leesbare Grondwet alléén levert de benodigde basiskennis zeker niet op – daarvoor is meer nodig (zie daarover paragraaf 3.6). Niettemin vormt een goed toegankelijke Grondwet een bouwsteen voor de basiskennis die nodig is voor een goed begrip van de rol van de overheid in de samenleving en van de rechten (en soms verplichtingen) die de burger ten opzichte van de overheid heeft.

56 Vgl. over de kennis van Nederlandse burgers over de Grondwet bijv. B. Oomen en H.T. Lelieveldt, Onbekend maar niet onbemind. Wat weet en vindt de Nederlander van de Grondwet? Nederlands Juristenblad 2008, p. 577-578, dat mede is gebaseerd op een onderzoek van TNS-NIPO van februari 2008 in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.

3.5 Verbetering van de toegankelijkheid door wijzigingen van de tekst en structuur

De grondwetgever kan de toegankelijkheid van de Grondwet verbeteren door de tekst en structuur van de Grondwet aan te passen.

In de literatuur zijn voorstellen tot sterke vereenvoudiging gedaan, soms met een ingrijpende aanpassing van de omvang en de structuur van de Grondwet.[57] De Staatscommissie is van mening dat het niet tot haar opdracht behoort een zodanig integraal voorstel te doen. Dit omdat een dergelijk voorstel tot sterke vereenvoudiging constitutionele veranderingen meebrengt, ook op terreinen buiten haar opdracht.

De Staatscommissie ziet wel mogelijkheden tot verbetering van de leesbaarheid en begrijpelijkheid van de Grondwet. De Staatscommissie beveelt aan bij toekomstige evaluaties en herzieningen van delen of hoofdstukken van de Grondwet de volgende punten te betrekken. Enige ervan komen nog nader in dit rapport aan de orde.

Aanpassing van de structuur

Aanpassing van de structuur kan de inzichtelijkheid van de Grondwet verbeteren. De Staatscommissie geeft hiervan een aantal voorbeelden.

De Grondwet zou kunnen openen met een of meer algemene bepalingen die uitdrukking geven aan de beginselen van de democratische rechtsstaat en de fundamentele rechten en vrijheden. De Staatscommissie doet daartoe een voorstel (zie paragraaf 4.3). Na het hoofdstuk grondrechten bevat de huidige Grondwet bepalingen over de Koning, de regering respectievelijk de Staten-Generaal. Het is de vraag of deze volgorde in de rede ligt, gezien de tegenwoordige staatsrechtelijke en staatkundige verhoudingen.[58] Hoofdstuk 5 van de Grondwet ('Wetgeving en bestuur') bevat een reeks uiteenlopende onderwerpen. Onderzoek verdient of aanpassing van de structuur hier meer duidelijkheid kan scheppen.

57 Bijv. C.A.J.M. Kortmann, Wegwerprecht, oude dame of frisse juf, in: De Grondwet herzien, 25 jaar later, Ministerie van Binnenlandse Zakenen Koninkrijksrelaties 2008, p. 7-24. Zie ook J.W. Sap, Een Nederlandse Ontwerp-Grondwet, EON Pers 2006. Zie verder ook de discussie over de Grondwet in eenvoudig Nederlands; zie bijvoorbeeld H.D. Tjeenk Willink, De Grondwet in eenvoudig Nederlands, I. Hertaling: een goed bedoeld misverstand, RM Themis 2008-6, p. 253-254, en H.R.B.M. Kummeling, De Grondwet in eenvoudig Nederlands, II. Veritatis simplex oratio est, RM Themis 2008-6, p. 255-256.

58 Vgl. het door Sap (2006) opgestelde ontwerp, dat een andere volgorde kent dan de huidige Grondwet.

Zo is denkbaar dat de grondwetgever de bepalingen over de buitenlandse betrekkingen en de krijgsmacht in een apart hoofdstuk onderbrengt.[59] Ter zake van hoofdstuk 6 van de Grondwet ('Rechtspraak') is in de literatuur[60] gesignaleerd dat bepaalde kwesties daarin niet of onvoldoende duidelijk naar voren komen. De Staatscommissie doet de aanbeveling dit hoofdstuk nader te bezien, bijvoorbeeld op het punt van verankering van de bestuurlijke boete (zie paragraaf 7.3.3 en hoofdstuk 9).

Vermindering van het aantal artikelen

Het is de vraag of alle bepalingen die nu in de Grondwet staan, daarin moeten zijn vastgelegd. Bij een evaluatie kan men bezien of de desbetreffende materie die bepaalde grondwettelijke bepalingen regelen, van zodanig gewicht is dat die bepalingen daadwerkelijk in de Grondwet thuishoren. Een voorbeeld is artikel 111 Grondwet, dat bepaalt dat ridderorden bij de wet worden ingesteld. Het kan uit het perspectief van toegankelijkheid de voorkeur hebben alleen de essentiële onderdelen van een bepaalde materie in de Grondwet op te nemen en het overige aan de gewone wet over te laten.

Opneming van ontbrekende regels en beginselen

De kern van het Nederlandse constitutionele recht is de democratische rechtsstaat. Zoals al is opgemerkt, is deze niet met zoveel woorden in de Grondwet vervat. Het verdient, naar het oordeel van de Staatscommissie, aanbeveling om een algemene bepaling vast te stellen die uitdrukking geeft aan deze kern (zie hoofdstuk 4). Er zijn meer belangrijke constitutionele regels die niet, of niet expliciet, of niet geheel, in de Grondwet zijn vastgelegd. Voorbeelden zijn het legaliteitsbeginsel en de eerder genoemde vertrouwensregel. Te overwegen is dergelijke regels bondig in de Grondwet vast te leggen. Ter zake van het legaliteitsbeginsel doet de Staatscommissie een concreet voorstel (zie paragraaf 4.3). Ook ontbreken enkele van de meest fundamentele grondrechten in de Grondwet. Veel van deze grondrechten zijn verdragsrechten die onderdeel uitmaken van de Nederlandse rechtsorde en waarop de burgers een rechtstreeks beroep kunnen doen, waardoor het voor de rechtsbescherming strikt juridisch niet uitmaakt of de grondwetgever ze ook in de Grondwet vastlegt. Wel kan het om andere redenen wenselijk zijn de meest fundamentele grondrechten in de

59 Nadere studie en gedachtevorming zouden nodig zijn over de vraag of artikel 103 Grondwet niet ook in zo'n hoofdstuk thuishoort, mede gezien de ontwikkelingen rond de verhouding tussen defensie en inwendige veiligheid. Onderzoek verdient dan ook welke gevolgen een afsplitsing van deze bepalingen zou hebben voor de overblijvende bepalingen.

60 Van der Pot, Handboek van het Nederlandse staatsrecht, Deventer 2006, hoofdstuk 27.

Grondwet op te nemen. Dit komt in het algemeen aan de orde in paragraaf 7.2 en in paragraaf 7.4 met betrekking tot het recht op leven. Wanneer opneming van een grondrecht in de Grondwet meebrengt dat een ruimere bescherming wordt geboden dan door de bestaande verdragsrechten, dan is opneming van dat grondrecht aangewezen. De Staatscommissie doet in dat kader een voorstel tot opneming van het recht op een eerlijk proces en het recht op toegang tot de rechter in de Grondwet (zie paragraaf 7.3).

Herformulering

De Grondwet bevat verschillende artikelen die door hun formulering moeilijk te begrijpen zijn, zeker voor de gemiddelde burger. Ten eerste gaat het om artikelen die om historische redenen complex zijn. Een voorbeeld is artikel 23 Grondwet inzake onderwijs. De exacte betekenis van dit artikel is voor niet-deskundigen lastig te achterhalen, maar de bepaling is ook moeilijk te wijzigen zonder een zwaar bevochten status quo aan te tasten. Niettemin is nader onderzoek naar mogelijke herformulering wenselijk uit het perspectief van toegankelijkheid. Datzelfde geldt voor bijvoorbeeld artikel 89 Grondwet, dat geacht wordt onder meer uitdrukking te geven aan het legaliteitsbeginsel en het primaat van de wetgever, terwijl dat moeilijk uit de tekst is op te maken.[61]
Ten tweede gaat het om artikelen waarin het begripsgebruik niet steeds meer passend is gelet op maatschappelijke, juridische of technologische ontwikkelingen. Voorbeelden hiervan zijn de artikelen 7 en 13 Grondwet met betrekking tot uitingsvormen (drukpers, radio, televisie) en communicatiemiddelen (brief, telegraaf). De Staatscommissie doet in haar advies een voorstel tot aanpassing van deze artikelen (zie paragrafen 8.4 en 8.6). Verder stelt de Staatscommissie met het oog op verbetering van de toegankelijkheid voor om in artikel 94 Grondwet de term ‘een ieder verbindend’ te vervangen door de term ‘rechtstreeks werkend’ (zie paragraaf 13.3).
Een derde voorbeeld betreft het gebrek aan systematiek in het gebruik van terminologie. Een voorbeeld hiervan is de delegatieterminologie. Voor gevallen waarin de formele wetgever de desbetreffende materie mag regelen, maar ook mag delegeren, gebruikt de Grondwet verschillende termen: ‘bij of krachtens de wet’, ‘de wet stelt regels’ of een andere vorm van ‘regelen’. Het verdient aanbeveling deze terminologie goed tegen het licht te houden.

61 W.J.M. Voermans, Heroverweging van artikel 89 Grondwet, in: D.J. Elzinga en W.J.M. Voermans (red.), Brieven aan de Staatscommissie, Publicaties van de staatsrechtkring nr. 27, Wolf publishers 2009, p. 45-57.

3.6 Verbetering van de toegankelijkheid door voorlichting en educatie

De Staatscommissie wijst er tot slot op dat de betekenis en de toegankelijkheid van de Grondwet ook vergroot en verbeterd kunnen worden langs andere wegen dan grondwetswijziging.

De Staatscommissie is van oordeel dat de burger basiskennis zou moeten hebben van de aard en inhoud van de Nederlandse democratische rechtsstaat. Om dat te bereiken kan voorlichting en educatie meer bereiken dan herformulering van grondwetsartikelen of zelfs de hele Grondwet. Het is een illusie te denken dat de tekst van de Grondwet, of van een grondwet, de genoemde basiskennis kan verschaffen. De Grondwet zal altijd – net als andere wetten – een tot op zekere hoogte gesloten karakter met een eigen systematiek blijven behouden. Daarnaast geldt dat belangrijke elementen van het constitutioneel bestel vaak ook elders te vinden zijn: in mensenrechtenverdragen, gewone wetgeving en het ongeschreven recht.

Er bestaan aanwijzingen dat deze kennis van het constitutioneel bestel in Nederland niet groot is.[62] Ook blijkt de kennis van de mensenrechten die vervat zijn in internationale verdragen beperkt.[63] Dit is opvallend gezien het grote belang van deze verdragen binnen het Nederlandse constitutionele bestel. Hiervoor heeft de Staatscommissie al geconstateerd dat de gemiddelde Nederlander weinig weet van de inhoud van de Grondwet (zie paragraaf 3.3). Voor wie de toegankelijkheid en de betekenis van de Grondwet wil verbeteren en vergroten, lijkt op dit gebied veel te winnen.
Een mogelijke verklaring voor het gebrek aan kennis van Grondwet en constitutioneel bestel lijkt te zijn gelegen in het gebrek aan systematische aandacht voor het onderwerp en aan de specifieke invulling van het burgerschapsonderwijs.
In het funderend onderwijs bijvoorbeeld, ontbreekt sedert de afschaffing van

62 Vgl. Inspectie van het Onderwijs, De Staat Van Het Onderwijs: Onderwijsverslag 2008/2009, 2010 p. 273; Rapport van de Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa T. Hammarberg over zijn bezoek aan Nederland, 21 – 25 september 2008, p. 31-33; Kinderrechtencomité, Concluding observations on the Netherlands, CRC/C/NLD/CO/3, 27 maart 2009; R. Maslowski e.a., Eerste Bevindingen International Civic and Citizenship Education Study: Rapportage Voor Nederland, GION 2010 (http://www.rug.nl/gion/rapporten/ICCSrapportNederland.pdf). Zie ook de Wet op het Primair Onderwijs, de Wet op het Voortgezet Onderwijs en met name het Toezichtkader Actief Burgerschap en Sociale Integratie, dat in de operationalisering van de aandacht voor "basiswaarden en de democratische rechtsstaat" slechts een deel van de grondrechten noemt, en geen aandacht heeft voor internationale verdragen.

63 Zie bijvoorbeeld over de kennis van het Kinderrechtenverdrag: Flash eurobarometer afgelopen jaar (Flash EB no. 273, The rights of the Child, mei 2009). Zie ook H. Binnema, M. Adriaansen, en D. Verhue, Jonge burgers en democratie: kennis, houding en vaardigheden, Veldkamp 2007.

het vak staatsinrichting systematische aandacht voor de grondslagen van de rechtsstaat. Mensenrechteneducatie maakt geen deel uit van het formele curriculum. Het burgerschapsonderwijs, sedert 2006 onderdeel van de wettelijke opdracht aan alle scholen, richt zich vooral op het versterken van gemeenschapszin. Het omvat niet altijd aandacht voor democratisch burgerschap en mensenrechteneducatie.[64]

De Staatscommissie adviseert om in het onderwijs meer aandacht te besteden aan het constitutionele recht. Voorlichting en educatie op het terrein van constitutioneel recht zouden zich vooral moeten richten op overdracht van algemene uitgangspunten en op de hoofdlijnen van het constitutioneel bestel: de beginselen van de staatsinrichting, de aard van de democratische rechtsstaat, en het belang van zowel mensenrechtenverdragen als gewone wetgeving voor de rechten en vrijheden van burgers. In dit kader merkt de Staatscommissie bovendien op dat educatie niet ophoudt bij het onderwijs. Juist nu de overheid burgerschap centraal stelt in haar beleid is er ruimte voor meer aandacht voor de rechtsstaat.

De Staatscommissie merkt tot slot op dat niet alleen de burger, maar ook de overheid zelf en haar ambtsdragers – als adressaten van constitutionele normen – baat kunnen hebben bij een toegankelijker Grondwet. Ook hier is verbetering te bereiken door voorlichting.

64 Dit overigens in afwijking van het burgerschapsonderwijs in de ons omringende landen en de afspraken op dit gebied binnen de context van de Raad van Europa. De onderwijsinspectie uitte in de afgelopen jaren regelmatig haar zorg over het gebrek aan aandacht voor de democratie binnen het burgerschapsonderwijs, zie bijvoorbeeld De Staat van het Onderwijs 2008-2009, p. 274. In de afgelopen jaren uitten het Kinderrechtencomité, de Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa, het Mensenrechtencomité van de Verenigde Naties hun zorg over het gebrek aan aandacht voor mensenrechten in het Nederlands onderwijs.

4 Preambule en algemene bepaling

4.1 Inleiding

Tot de opdracht van de Staatscommissie behoort het geven van een advies over de opneming van een preambule in de Grondwet. Daartoe behoort ook het geven van een concreet tekstvoorstel voor een preambule, tenzij de Staatscommissie zou willen adviseren hiertoe niet over te gaan. De vraag naar de wenselijkheid van opneming van een preambule in de Grondwet is in de opdracht opgenomen naar aanleiding van het advies van de Nationale conventie.[65]

4.2 Kenschets van een preambule

4.2.1 Omschrijving van een preambule

Een preambule kan worden omschreven als een ongenummerde en inleidende voorverklaring bij een grondwet die ingaat op de overwegingen, redenen en de doelen van die grondwet.[66]

Veel staten hebben een grondwet met een preambule. Preambules komen vaak, maar niet alleen, voor bij grondwetten die een (recent) verleden afwijzen en een nieuw begin inluiden. De preambule brengt dan deze ommekeer tot uitdrukking. Preambules bevatten vaak uiteenlopende elementen: historische verwijzingen, ideologische verwijzingen, een 'invocatio dei' of een proclamatie van de religieus neutrale staat, multiculturele of pluralistische kenmerken van een staat, de uitdrukking van de soevereiniteit van de staat, verwijzingen naar rechtsstaat en democratie als dragende waarden, een verwijzing naar de constituante of het totstandkomingsproces, etc.[67]

4.2.2 Kenschets van een preambule volgens de Nationale conventie

Volgens de Nationale conventie (2006) kan een preambule als volgt worden gekenschetst.[68]

Ten eerste illustreert een preambule of een inleidend artikel dat de Grondwet als 'hoogste staatsregeling' niet een louter juridisch-staatkundig document is. Zij maakt duidelijk dat de Grondwet een functie heeft voor de gehele bevolking en niet alleen voor juristen, wetgevers en staatsrechtdeskundigen.

Ten tweede kan een preambule de historische identiteit van een politiek stelsel

65 Aanbevelingen van de Nationale conventie voor de 21e eeuw, Hart voor de publieke zaak, september 2006.

66 P.B. Cliteur en W.J.M. Voermans, Preambules, Kluwer 2009, p. 15.

67 P.B. Cliteur en W.J.M. Voermans, Preambules, Kluwer 2009, p. 18 e.v.

68 Aanbevelingen van de Nationale conventie voor de 21e eeuw (2006), p. 42-43.

tot uitdrukking brengen. Een preambule kan de functie van het politieke systeem in de huidige tijd uitdrukken en aspiraties benoemen. Als zodanig kan een preambule samenbinden, doordat zij richting, inspiratie en houvast biedt.
Ten derde drukt een preambule – in de visie van de Nationale conventie van 2006 – juridische en politieke waarden uit en plaatst daarmee de Grondwet en het staatsbestel in een fundamenteel perspectief.

4.2.3 De Nederlandse Grondwet en een preambule

De Nederlandse Grondwet heeft geen preambule. Dat is niet altijd zo geweest. De – overigens sterk Frans geïnspireerde – Staatsregeling voor het Bataafse Volk van 1798, die slechts korte tijd voor Nederland heeft gegolden, bevatte wel een preambule.[69]
Anders dan de Grondwet bevat het Statuut voor het Koninkrijk (1954) wel een preambule. Hierin verklaren de landen onder welke omstandigheden, met welk doel en onder welke voorwaarden zij zich in het Koninkrijk hebben verenigd.[70]

4.3 Advies van de Staatscommissie: geen preambule maar een algemene bepaling

4.3.1 Beoordelingskader

De Staatscommissie beziet de vraag naar de wenselijkheid van een preambule uit het perspectief van de versterking van de normativiteit van de Grondwet. Ook moet, naar het oordeel van de Staatscommissie, de vraag worden bezien in samenhang met de mogelijke inhoud van een preambule.

4.3.2 Analyse

Zoals boven (paragraaf 4.2.1) aangegeven, kan een preambule verschillende elementen bevatten. Die elementen zijn grofweg onder te verdelen in elementen die verwijzen naar historische gebeurtenissen, elementen die verwijzen naar

69 Deze preambule luidde: 'Het Bataafsche volk zig vormende tot eenen ondeelbaren staat en bezeffende, dat het voornaame bederf van alle regeeringen gelegen is in de miskenning der natuurlyke en geheiligde regten van den mensch in maatschappy, verklaart de navolgende stellingen als de wettigen grondslag waarop het zyne staatsregeling vestigt en als zoo veele regels, waarnaar het zyne burgerlyke en staatkundige betrekkingen wil hebben gewyzigd.'

70 Deze preambule luidt: 'Nederland, Aruba, Curaçao en Sint Maarten, constaterende dat Nederland, Suriname en de Nederlandse Antillen in 1954 uit vrije wil hebben verklaard in het Koninkrijk der Nederlanden een nieuwe rechtsorde te aanvaarden, waarin zij de eigen belangen zelfstandig behartigen en op voet van gelijkwaardigheid de gemeenschappelijke belangen verzorgen en wederkerig bijstand verlenen, en hebben besloten in gemeen overleg het Statuut voor het Koninkrijk vast te stellen; constaterende dat de statutaire band met Suriname is beëindigd (…); constaterende dat Aruba uit vrije wil heeft verklaard deze rechtsorde als land te aanvaarden (…); overwegende dat Curaçao en Sint Maarten elk uit vrije wil hebben verklaard deze rechtsorde als land te aanvaarden; hebben besloten in gemeen overleg het Statuut voor het Koninkrijk als volgt nader vast te stellen.'

gemeenschappelijke waarden, elementen die verwijzen naar symbolen die kenmerkend zijn voor een staat en elementen die verwijzen naar de staatsinrichting en de rechtsstaat.

De Staatscommissie ziet onvoldoende reden om elementen die een sterk feitelijk karakter hebben – zoals elementen die verwijzen naar historische gebeurtenissen – op dit moment in een preambule op te nemen. Dergelijke elementen dragen niet bij aan de versterking van de normativiteit van de Grondwet. Voor elementen die verwijzen naar historische gebeurtenissen, geldt bovendien dat er geen aanleiding is om nu plots dergelijke verwijzingen in de Grondwet op te nemen. Opneming van dergelijke verwijzingen zou bovendien niet goed passen bij het relatief sobere, in hoge mate juridische, karakter dat de Nederlandse Grondwet van oudsher heeft.
Om vergelijkbare redenen meent de Staatscommissie dat er onvoldoende grond is voor opneming van elementen die verwijzen naar symbolen. Opneming van die elementen draagt niet bij aan de versterking van de normativiteit van de Grondwet en past niet bij het zojuist geschetste karakter van de Grondwet.

De Staatscommissie adviseert ook af te zien van opneming van elementen die verwijzen naar gemeenschappelijke waarden (anders dan de beginselen van de democratische rechtsstaat, eerbiediging van de menselijke waardigheid, de grondrechten en fundamentele rechtsbeginselen). De Staatscommissie heeft geen hooggespannen verwachtingen van de mogelijkheid om nationale overeenstemming te bereiken over een formulering die verwijst naar gemeenschappelijke waarden en bijdraagt aan de 'samenbinding' van de burgers. Ook voor opneming van elementen die verwijzen naar gemeenschappelijke waarden, geldt bovendien dat twijfelachtig is of daarmee een wezenlijke bijdrage wordt geleverd aan de versterking van de normativiteit van de Grondwet.

De Staatscommissie ziet wél aanleiding om een verwijzing naar de democratische rechtsstaat en aspecten daarvan op te nemen in de Grondwet.
Naar het oordeel van de Staatscommissie is het een fundamenteel uitgangspunt dat Nederland een democratische rechtsstaat is die fundamentele rechten en vrijheden eerbiedigt (feitelijk) en vooral dat ook behoort te zijn (normatief). Dat betekent dat de inrichting van de overheid en de rechtsverhouding tussen overheid en burger in de kern zijn gebaseerd op een aantal fundamentele beginselen, zoals het beginsel van democratie, de scheiding van machten, de legaliteitseis, eerbiediging van grondrechten, en de toegang van burgers tot een onafhankelijke rechter. Een aantal bepalingen van de Nederlandse Grondwet geeft – als gezegd – impliciet uitdrukking aan het feit dat Nederland een democratische rechtsstaat is.

Het feit dat Nederland een democratische rechtsstaat is en ook behoort te zijn, is echter niet rechtstreeks uit de Grondwet op te maken.
De vermelding in de Grondwet dat Nederland een democratische rechtsstaat is en dat de overheid de verschillende aspecten daarvan eerbiedigt en moet eerbiedigen, verduidelijkt dat de verschillende aspecten van de democratische rechtsstaat, waaronder de grondrechten en fundamentele rechtsbeginselen, de uitoefening van overheidsgezag normeren. Grondwettelijke bepalingen en andere wettelijke voorschriften moeten worden begrepen en geïnterpreteerd in het licht van het beginsel van de democratische rechtsstaat en de aspecten daarvan. Opneming van een verwijzing in de Grondwet naar de democratische rechtsstaat en naar bijzondere aspecten daarvan zorgt in die zin voor een expliciet interpretatiekader. Opneming kan daarom bijdragen aan de versterking van de normativiteit van de Grondwet.
Voordeel van vastlegging van belangrijke constitutionele beginselen in de Grondwet is ook dat burgers eenvoudig kunnen kennisnemen van de essentialia van de Nederlandse rechtsstaat, van waaruit de (overige) bepalingen van de Grondwet, de andere onderdelen van het constitutionele recht en uiteindelijk het optreden van de overheid moeten worden begrepen. Opneming van een verwijzing naar (aspecten van) de democratische rechtsstaat kan daarom ook bijdragen aan de toegankelijkheid van het constitutionele recht, in het bijzonder de Grondwet, voor de burger.

4.3.3 Preambule of een algemene bepaling?

Uit het voorgaande volgt dat de Staatscommissie van mening is dat er goede redenen zijn voor opneming van verwijzingen naar de democratische rechtsstaat en aspecten daarvan in de Grondwet. Daarmee is niet gezegd dat deze verwijzingen in een preambule moeten worden opgenomen. Een alternatieve mogelijkheid bestaat erin de verwijzingen in een algemene bepaling op te nemen.

De Staatscommissie heeft een sterke voorkeur voor dit alternatief van opneming in een algemene bepaling. In tegenstelling tot een preambule maakt een algemene bepaling namelijk deel uit van het lichaam van de Grondwet. Zij heeft dezelfde juridische status als de overige grondwettelijke bepalingen. Opneming van verwijzingen naar (aspecten van) de democratische rechtsstaat in een algemene bepaling benadrukt dan ook het bindende karakter van (aspecten van) de democratische rechtsstaat als interpretatiekader voor de overige inhoudelijke grondwettelijke en overige wettelijke bepalingen. Een algemene bepaling brengt, meer dan een preambule, tot uitdrukking dat de daarin opgenomen beginselen niet alleen declaratoir of verklarend van aard zijn, maar ook en vooral een normatief karakter hebben.

4.3.4 Conclusie

De Staatscommissie stelt voor om aan de Grondwet een algemene bepaling toe te voegen waarin verwijzingen naar de democratische rechtsstaat en aspecten daarvan zijn opgenomen.

4.3.5 Karakter van de algemene bepaling

De rechter kan alle handelingen en besluiten van overheidsambten, inclusief algemeen verbindende voorschriften die niet in een wet in formele zin zijn vervat, toetsen aan de Grondwet. Uitsluitend voor wetten en verdragen bevat artikel 120 Grondwet in dit opzicht een uitzondering. In het geval de grondwetgever het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet (gedeeltelijk) zou opheffen, bijvoorbeeld als gevolg van de verklaringswet-Halsema[71] (zie daarover paragraaf 5.2.3), wordt toetsing door de rechter van formele wetten aan (een deel van) de Grondwet mogelijk. In verband met deze mogelijke toekomstige toetsingsmogelijkheden van de rechter is het van belang in te gaan op het karakter van de door de Staatscommissie voorgestane algemene bepaling.

De Staatscommissie ziet de door haar voorgestelde algemene bepaling vooral als een bepaling in het licht waarvan andere grondwettelijke en andere wettelijke bepalingen moeten worden geïnterpreteerd.
Daarbij kan men zich afvragen of de algemene bepaling zou moeten behoren tot de artikelen die het door de eerdergenoemde verklaringswet-Halsema voorgestelde tweede lid van artikel 120 Grondwet noemt. Gelet op de stand van de behandeling van het voorstel-Halsema in tweede lezing, is het thans naar het oordeel van de Staatscommissie prematuur hier een keuze te maken voor of tegen een dergelijke vermelding. Het is echter aannemelijk dat op enig moment de grondwetgever zo'n keuze wel zal moeten maken. Daarbij tekent de Staatscommissie aan dat de betekenis van de voorgestelde algemene bepaling ook groot kan zijn als zij geen deel uitmaakt van de in artikel 120, tweede lid vermelde artikelen. De rechter kan dan weliswaar formele wetgeving niet buiten toepassing laten, maar de overheid blijft bij al haar handelen - wetgevend, besturend en rechtsprekend – aan de algemene bepaling gebonden. De Staatscommissie merkt in verband met dit laatste op dat de algemene bepaling ook van belang kan zijn bij de toepassing van de artikelen 93 en 94 Grondwet, waarin de werking en voorrang van internationaal recht tot uitdrukking komt (zie nader paragraaf 13.2).

71 Wet van 25 februari 2009, Stb. 120, tweede lezing: Kamerstukken II 2009/10, 32 334, nrs. 1-3.

4.3.6 Tekstvoorstel

De Staatscommissie stelt voor om de volgende algemene bepaling aan de Grondwet toe te voegen.

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

4.3.7 Toelichting (algemeen)

Het eerste lid bepaalt dat Nederland een democratische rechtsstaat is. De reden om dit op te nemen is hierboven (paragraaf 4.3.2) toegelicht. De bepaling heeft niet alleen een declaratoir, maar ook een normatief karakter.

In het tweede en het derde lid zijn vervolgens aspecten van de rechtsstaat opgenomen. De reden voor opneming van deze aspecten is dat het zinvol is het concept van de rechtsstaat te concretiseren. Dit is zinvol, niet alleen met het oog op de toepasbaarheid, maar ook met het oog op toegankelijkheid van de Grondwet voor de burger.
De term 'overheid' in het tweede lid ziet op ieder persoon die (of ambt dat) overheidsgezag uitoefent. Onder de term 'de grondrechten' worden niet alleen begrepen de grondrechten opgenomen in de Grondwet, maar ook de fundamentele rechten beschermd in verdragen waarbij het Koninkrijk der Nederlanden partij is. Fundamentele rechtsbeginselen zijn onder meer het gelijkheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel '*pacta sunt servanda*'. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de beginselen van behoorlijke rechtspleging zijn te zien als uitwerkingen van de fundamentele rechtsbeginselen.
Het derde lid legt het legaliteitsbeginsel vast. Dit betreft een beginsel dat in een rechtsstaat tot de algemeen aanvaarde belangrijke constitutionele beginselen behoort.

De Staatscommissie heeft overwogen om in de algemene bepaling een verwijzing naar het lidmaatschap van de Europese Unie op te nemen, maar heeft daarvan afgezien; zie daarover paragraaf 11.3.

Bij de bespreking van andere onderwerpen verwijst de Staatscommissie in dit rapport verscheidene malen naar de hier voorgestelde algemene bepaling. Dat gebeurt vooral in het derde deel over de internationale rechtsorde, in het bijzonder bij de bespreking van artikel 90 Grondwet, artikel 91, lid 3, Grondwet en artikel 94 Grondwet. De Staatscommissie benadrukt nu reeds dat de verwijzingen naar de algemene bepaling in dat derde deel niet kunnen worden gezien als een 'afweer' tegen het internationale recht. De algemene bepaling bevat fundamentele beginselen die internationaal aanvaard zijn en omvat ook de verdragsgrondrechten. Dit betekent bijvoorbeeld dat de vereiste inachtneming van de Grondwet en de algemene bepaling door de regering bij haar taak tot bevordering van de internationale rechtsorde (artikel 90 Grondwet) moet worden gezien als een bijdrage aan de kwaliteit van de internationale rechtsorde.

4.3.8 Toelichting (menselijke waardigheid)

De opneming van het beginsel van eerbiediging van de menselijke waardigheid in het tweede lid verdient bijzondere toelichting.

Respect voor de menselijke waardigheid ligt ten grondslag aan veel van de mensenrechtencatalogi van na de Tweede Wereldoorlog. Eigenlijk zijn alle mensenrechten, met inbegrip van de grondrechten die in de Grondwet zijn opgenomen, in meerdere of mindere mate te zien als een uitdrukking van het beginsel van eerbiediging van de menselijke waardigheid. Dit beginsel komt in verscheidene constituties voor alsmede in het EU-Handvest,[72] het Handvest van de Verenigde Naties (VN-Handvest), het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten (IVBPR), het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR) en de Universele verklaring van de rechten van de mens (UVRM).[73] Weliswaar is respect voor de menselijke waardigheid ('*human dignity*') niet expliciet in het EVRM opgenomen, maar volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) is "*[t]he very essence of the Convention (is) respect for human dignity and human freedom.*"[74]

72 Het belang van de menselijke waardigheid kwam reeds eerder tot uitdrukking in jurisprudentie van het Hof van Justitie; zie bijvoorbeeld HvJ 14 oktober 2004, C-36/02 (Omega), r.o. 34: "de communautaire rechtsorde [beoogt] onbetwistbaar de eerbied voor de menselijke waardigheid als algemeen rechtsbeginsel te verzekeren." Zie voorts HvJ 9 oktober 2001, C-377/98 (Nederland v. Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie).

73 Zie voor een overzicht E. Brems en J. Vrielink, Menselijke waardigheid in de Nederlandse grondwet?, Voorstudie ten behoeve van de Staatscommissie Grondwet. Kluwer 2010, Bijlage I en Bijlage II. Zie over de menselijke waardigheid ook de afscheidsrede 'Minderheidsrechten: een majeure misvatting?' van B. de Gaay Fortman.

74 Bijv. EHRM 11 juli 2002, I. v. The United Kingdom, nr. 25680/94 (Grote Kamer), r.o. 70, EHRM 11 juli 2002, Goodwin v. The United Kingdom, nr. 28957/95 , r.o. 90 en EHRM 10 juni 2010, Jehovah's witnesses of Moscow v Russia, nr. 302/02, r.o. 135.

Sommige rechten spelen een bijzondere rol bij de bescherming van de menselijke waardigheid. Dat geldt in het bijzonder voor het recht op leven en het verbod van marteling en onmenselijke behandeling.
Het beginsel van eerbiediging van de menselijke waardigheid kan verschillende functies vervullen. Het speelt bijvoorbeeld een rol bij de interpretatie en toepassing van grondrechten.[75] Zo gebruikt het EHRM de menselijke waardigheid als oriëntatiepunt bij de beantwoording van de vraag of sprake is van schending van het in artikel 3 EVRM opgenomen verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling, vooral op het punt van vernederende behandeling.[76] Daarnaast kan het beginsel een leidraad vormen voor het maken van keuzes bij de afweging van belangen in het geval grondrechten met elkaar botsen. Gezichtspunt daarbij kan zijn dat hoe nauwer het verband is tussen (de aantasting van) een grondrecht en de menselijke waardigheid, des te meer gewicht toekomt aan dat grondrecht. Om die reden kan het beginsel ook een rol spelen bij de vraag of de beperking van een grondrecht de kern, de wezenlijke betekenis ervan aantast.[77]
Opmerking verdient verder dat de menselijke waardigheid verschillende aspecten kent zoals het beginsel van zelfbeschikking en persoonlijke autonomie. Dat beginsel impliceert dat iedere persoon binnen grenzen gerechtigd is om te handelen op basis van zijn eigen idee van inrichting van zijn eigen leven, in plaats van op basis van de ideeën die de overheid heeft.[78] Binnen het concept van menselijke waardigheid kunnen zich botsingen voordoen. Zo kan het beginsel van persoonlijke autonomie conflicteren met andere aspecten van menselijke waardigheid. In zijn algemeenheid valt geen voorrang voor een van de aspecten aan te geven. Een belangenafweging zal in het concrete geval moeten plaatsvinden.

De Staatscommissie is van oordeel dat, gelet op het fundamentele karakter ervan, opneming van het beginsel van eerbiediging van de menselijke waardigheid kan bijdragen aan de versterking van de normativiteit van de Grondwet en van de betekenis van de Grondwet voor de burger.

75 Vgl. E. Brems en J. Vrielink, Menselijke waardigheid in de Nederlandse grondwet?, Voorstudie ten behoeve van de Staatscommissie Grondwet. Kluwer 2010, p. 13-14.

76 Bijv. EHRM 25 april 1978, Tyrer v The United Kingdom, nr. 5856/72. Het EHRM is in de loop der tijd bij de toepassing van steeds meer EVRM-bepalingen regelmatig naar de notie van menselijk waardigheid gaan verwijzen; zie bijv. C. McCrudden, Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights, The European Journal of International Law (19) 2008, p. 683.

77 In dit verband wijst de Staatscommissie ook op haar voorstel tot opneming van een algemene beperkingsclausule in de Grondwet, waarvan bescherming van de kern van grondrechten een element is; zie hoofdstuk 6.

78 Zie over het beginsel van persoonlijke autonomie uitgebreid N.R. Koffeman, (The right to) personal autonomy in the case law of the European Court of Human Rights (nota opgesteld ten behoeve van de Staatscommissie), Leiden 2010.

5 Constitutionele toetsing

5.1 Inleiding

Een opvallend aspect van het Nederlandse constitutionele recht is het zogenoemde toetsingsverbod. Ingevolge artikel 120 Grondwet mag de rechter formele wetten (en verdragen) niet beoordelen op hun grondwettigheid.
Advisering over dit toetsingsverbod als zodanig behoort niet tot de opdracht van deze Staatscommissie.[79] Tot die opdracht behoort wel het adviseren over de noodzaak tot een grondwetswijziging in verband met de betekenis van de Grondwet voor burgers. Zoals eerder (paragrafen 1.2 en 2.1) uiteengezet, beziet de Staatscommissie dit onderwerp uit het perspectief dat rechterlijke toetsing van wetten aan de Grondwet de normativiteit van de Grondwet kan versterken en de betekenis van de Grondwet voor de burger kan vergroten. Daarom verdient het onderwerp 'constitutionele toetsing' aandacht. Ook verdient aandacht de interactie tussen enerzijds de 'verklaringswet-Halsema' – die strekt tot gedeeltelijke opheffing van het toetsingsverbod – en anderzijds adviezen van de Staatscommissie over de onderwerpen die tot haar opdracht behoren.

5.2 Stand van zaken

5.2.1 Toetsing van wetgeving

Wettelijke voorschriften en andere besluiten horen verenigbaar te zijn met hogere regels, waaronder de Grondwet. Bij onverenigbaarheid kan de rechter in beginsel het desbetreffende besluit vernietigen, onverbindend verklaren of buiten toepassing laten.
Voor toetsing van andere wettelijke voorschriften dan wetgeving in formele zin gelden in die zin geen beperkingen dat de rechter die voorschriften kan toetsen aan de Grondwet, algemene rechtsbeginselen en een ieder verbindende[80] bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.
Voor toetsing van wetgeving in formele zin geldt de beperking dat volgens artikel 120 Grondwet de rechter een wet (in formele zin) niet mag beoordelen op haar grondwettigheid. De Hoge Raad heeft dit toetsingsverbod in het Harmonisatiewetarrest zo uitgelegd dat de rechter een wet in beginsel evenmin aan fundamentele rechtsbeginselen mag toetsen.[81] Op basis van artikel 94 Grondwet

79 Onder andere de Staatscommissie Cals-Donner (1967-1971), de Proeve van een nieuwe Grondwet (1966) en de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk (2000) hebben zich eerder gebogen over constitutionele toetsing.

80 In paragraaf 13.3 stelt de Staatscommissie voor om de term 'een ieder verbindend' te vervangen door 'rechtstreeks werkend'.

81 HR 14 april 1989, NJ 1989, 469.

kan de rechter (de toepassing van) wetgeving in formele zin echter wel toetsen aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Een en ander betekent dat de rechtsbescherming door internationale verdragen ten aanzien van wetgeving in formele zin groter kan zijn dan de rechtsbescherming die de Grondwet biedt.

5.2.2 Toetsing tijdens het wetgevingsproces

Tijdens het wetgevingsproces wordt op verschillende momenten de rechtmatigheid van voorgestelde wetgeving getoetst: tijdens de ambtelijke voorbereiding, bij de advisering door de Raad van State, bij de behandeling in de Tweede Kamer en de Eerste Kamer. Onderdeel van die rechtmatigheidstoets is de beoordeling of de voorgestelde wetgeving in overeenstemming is met de Grondwet.[82] Onderwerp van discussie is of de Grondwet daarbij altijd de aandacht krijgt die zij verdient.[83]

Of de Grondwet in het kader van de goedkeuring van verdragen die aandacht wel altijd krijgt, is, voor zover de Staatscommissie heeft kunnen nagaan, nog niet systematisch onderzocht. Hier geldt hetzelfde als voor gewone wetgeving in formele zin. Als de wetgever zich eenmaal, al dan niet uitdrukkelijk, heeft uitgesproken over de grondwettigheid van verdragen, mag de rechter die beoordeling niet overdoen. Bij verdragen die (noodzaken tot) afwijken van bepalingen van de Grondwet, welke met een tweederde meerderheid moeten worden goedgekeurd, lijkt de bereidheid van de gewone meerderheid om artikel 91, lid 3, Grondwet toe te passen gering.[84] Dit punt komt hierna in Deel III van het rapport uitgebreider ter sprake (paragrafen 12.4 en 12.5).

Om de betekenis van de Grondwet in de wetgevingsprocedure te vergroten kan men structurele maatregelen ter verbetering nemen, zoals versterking van

82 Toetsing van de rechtmatigheid van wetgeving is een toetsing aan hogere regelgeving, waaronder de Grondwet, het Europese en internationaal recht en algemene rechtsbeginselen. Zie hierover uitgebreid P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt, Grondrechten en de regering als medewetgever, in: R. de Lange (red.), Wetgever en grondrechten, Wolf Legal Publishers 2008, p. 31-59.

83 Zie voor de beschrijving van en kritiek op het proces van toetsing tijdens de wetgevingsprocedure de verschillende bijdragen aan de Staatsrechtconferentie 2007, opgenomen in: R. de Lange (red.), Wetgever en grondrechten, Wolf Legal Publishers 2008, in het bijzonder de bijdragen van J.P. Loof over de parlementaire behandeling en van Willem Konijnenbelt over de advisering door de Raad van State. Zie verder ook J.L.W. Broeksteeg e.a., Zicht op wetgevingskwaliteit. Een onderzoek naar de wetgevingsadvisering van de Raad van State (WODC-reeks Onderzoek en beleid, 233). Boom Juridische uitgevers 2005, L.F.M. Verhey, Wetgever en constitutie, Enkele beschouwingen over de mug en de olifant, in: Wetgever en constitutie, Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, Wolf Legal Publishers 2009, p. 1-41, en J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M. van Roosmalen, Rol en betekenis van de Grondwet. Constitutionele toetsing in relatie tot de Raad van State, Raad van State 2010.

84 Zie over de praktijk bij de goedkeuringsprocedure van verdragen: L.F.M. Besselink en R.A. Wessel, De invloed van ontwikkelingen in de internationale rechtsorde op de doorwerking naar Nederlands constitutioneel recht. Een monistische benadering, Kluwer 2009, p. 45-46.

juridische ondersteuning bij de departementen en bij het Bureau Wetgeving van de Tweede Kamer,[85] vergroting van het constitutioneel bewustzijn van politici en expliciete aandacht voor de Grondwet (in een paragraaf) in de advisering van de Raad van State.[86]
Het risico dat de Grondwet niet een prominente plaats heeft in het politieke en wetgevingsproces, blijft echter bestaan. Er wordt wel aangenomen dat een belangrijke oorzaak van het gebrek aan aandacht voor de Grondwet tijdens de wetgevingsprocedure ligt in het feit dat de rechter, als de wet eenmaal tot stand is gekomen, deze niet kan beoordelen op haar verenigbaarheid met de Grondwet.[87]

5.2.3 'Verklaringswet-Halsema'

De verklaringswet-Halsema voorziet in de mogelijkheid van rechterlijke constitutionele toetsing. De verklaringswet voorziet in toevoeging aan artikel 120 Grondwet van een tweede lid met een opsomming van een aantal klassieke grondrechten en aanverwante rechten, waarvoor het toetsingsverbod niet van toepassing is.[88] Dit tweede lid luidt als volgt:

'Wetten vinden evenwel geen toepassing indien deze toepassing niet verenigbaar is met de artikelen 1, 2, derde en vierde lid, 3 tot en met 9, 10, eerste lid, 11 tot en met 17, 18, eerste lid, 19, derde lid, 23, tweede, derde, vijfde, zesde en zevende lid, 54, 56, 99, 113, derde lid, 114, 121 en 129, eerste lid.'

Dit voorstel doorbreekt gedeeltelijk het stelsel waarin de uiteindelijke interpretatie en handhaving van de Grondwet bij de wetgever ligt wat betreft wetgeving in formele zin. Het voorstel brengt mee dat de burger een deel van de Grondwet tegen de wetgever kan inroepen voor de rechter. In dit model krijgt de rechter een beperkte bevoegdheid tot toetsen van (de toepassing van) formele wetten aan de bovengenoemde bepalingen. Bij strijd van (een bepaling van) een wet met de Grondwet, moet de rechter de wet (in zoverre) buiten toepassing laten. Er

85 Suggestie van P.P.T. Bovend'Eert in zijn preadvies voor de Staatsrechtconferentie 2006: P.P.T. Bovend'Eert, De wetgevende macht van het parlement, in: J.Th.J. van den Berg e.a. (red.), Het Parlement, Wolf Legal Publishers 2007, p. 91 e.v. (p. 114: 'Of de Kamer meer of minder juristen telt is echter niet meer van overwegend belang, wanneer kamerleden voldoende juridische, wetstechnische en beleidsmatige ondersteuning krijgen bij de vaststelling van wetten.').

86 Zie ook het onderzoek van J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M. van Roosmalen, Rol en betekenis van de Grondwet. Constitutionele toetsing in relatie tot de Raad van State, Raad van State 2010, en het Jaarverslag van de Raad van State over 2009, p. 76.

87 L.F.M. Verhey, Wetgever en constitutie, Enkele beschouwingen over de mug en de olifant, in: Wetgever en constitutie, Verslag van het symposium, gehouden op 23 april 2009 ter gelegenheid van de algemene ledenvergadering van de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid, Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid 2009, Wolf Legal Publishers 2009, p. 1-41.

88 Wet van 25 februari 2009, Stb. 120, tweede lezing: Kamerstukken II 2009/10, 32 334, nrs. 1-3.

is gekozen voor dit systeem om aan te sluiten bij het reeds bestaande stelsel van toetsing van wetgeving aan internationale verdragen door iedere rechter in een concreet geschil.[89]

5.3 Toetsingsverbod in het licht van versterking en betekenis van de Grondwet

De Staatscommissie beziet het vraagstuk van de wenselijkheid van afschaffing van het toetsingsverbod uit het perspectief van de wens van versterking van het normatieve karakter van de Grondwet en vergroting van de betekenis van de Grondwet voor de burger.

Afschaffing of wijziging van het toetsingsverbod kan om verschillende redenen bijdragen aan versterking van de normativiteit van de Grondwet of vergroting van de betekenis van de Grondwet.

Ten eerste kan de mogelijkheid van constitutionele toetsing – in welke vorm dan ook – de handhaving en daarmee de effectiviteit van de Grondwet bevorderen. Dit komt de normativiteit van de Grondwet ten goede.

Ten tweede kan constitutionele toetsing bijdragen aan het vergroten van de betekenis van de Grondwet in de Nederlandse rechtsstaat in de zin dat deze meer zichtbaar wordt. Enerzijds zou het kunnen zijn dat bij een systeem waarin constitutionele toetsing mogelijk is, de wetgever wordt geprikkeld tijdens het wetgevingsproces meer aandacht te schenken aan de grondwettigheid van wetten en de motivering daarvan. Daardoor kan de Grondwet een meer prominente plaats krijgen in het publieke debat. Anderzijds zou de Grondwet meer op de voorgrond treden in het kader van de constitutionele toetsing zelf. De rechter kan bijvoorbeeld wetgeving in formele zin toetsen aan grondwettelijke normen, en hoeft niet terug te grijpen naar verdragen. Een zekere verlevendiging van de constitutionele cultuur kan hier het gevolg van zijn.[90]

Opheffing of wijziging van het toetsingsverbod kan ook een doeltreffende manier zijn om burgers in hun grondrechten te beschermen. Men zou kunnen menen dat dat niet nodig is omdat de rechter wetten – ook formele – toch al kan toetsen aan een ieder verbindende verdragsbepalingen, waaronder veel grondrechtelijke bepalingen. Maar het argument dat burgers zich voor de toetsing van formele wetten nu kunnen beroepen op grondrechten in internationale verdragen, houdt

89 Kamerstukken II 2001/02, 28 331, nr. 3.

90 Vgl. Jaarverslag van de Raad van State over 2009, p. 56.

onvoldoende rekening met het feit dat grondwettelijke grondrechten in een aantal gevallen meer rechtsbescherming bieden dan de grondrechten die zijn vervat in internationale verdragen. De Staatscommissie wijst in dit kader op artikel 7 Grondwet (inzake de vrijheid van meningsuiting) en artikel 23 Grondwet (inzake de vrijheid van onderwijs), alsmede op de door haar voorgestelde opneming van een bepaling inzake het recht op een eerlijk proces (zie paragraaf 7.3).

Tot slot merkt de Staatscommissie op dat een veelgehoord argument tegen rechterlijke constitutionele toetsing, namelijk dat toetsing het primaat van de (democratisch gelegitimeerde) wetgever aantast, in zoverre verzwakt is geraakt dat de rechter nu reeds de (toepassing van de) wet moet beoordelen op verenigbaarheid met de in verdragen vervatte grondrechten, die voor een belangrijk deel dezelfde belangen beschermen als de Grondwet.
Bovendien is het van belang te benadrukken dat ook in een systeem van rechterlijke constitutionele toetsing de wetgever vanzelfsprekend nog steeds moet beoordelen of wetsvoorstellen verenigbaar zijn met de Grondwet. Het werk van de rechter is dan veelal aanvullend en gericht op concrete gevallen die de wetgever niet kon overzien.

De Staatscommissie meent dat er daarom goede redenen zijn het toetsingsverbod te heroverwegen.
De Staatscommissie merkt daarbij op dat zij – nu dat niet tot haar opdracht behoort – verder niet ingaat op en geen standpunt inneemt ter zake van de vormgeving van eventuele constitutionele toetsing door een onafhankelijk orgaan. Naast het model van gespreide rechterlijke toetsing ex post als vervat in de verklaringswet-Halsema, zijn andere modellen en modaliteiten denkbaar, zowel wat betreft het onafhankelijke orgaan (rechter of een ander orgaan), het tijdstip (ex ante of ex post, of beide), de vraag wie bevoegd is om vragen van deze aard aan het betreffende orgaan voor te leggen, als de mate van spreiding (bijvoorbeeld gespreid: alle rechters kunnen toetsen, of geconcentreerd: één (rechterlijke) instantie wordt bevoegd om te toetsen). Ook ter zake van de rechtsgevolgen van rechterlijke toetsing zijn zeer verschillende modaliteiten voorstelbaar.

5.4 Belang van toetsing voor onderdelen van de opdracht

5.4.1 Inleiding

Constitutionele toetsing is niet alleen van betekenis voor de versterking van de normativiteit van de Grondwet en de vergroting van de betekenis ervan voor de burger. Ook op andere terreinen van de opdracht kan rechterlijke toetsing van belang zijn. Eerder (paragraaf 4.3.5) is daarom al ingegaan op het karakter van de door de Staatscommissie voorgestelde algemene bepaling met het oog op eventuele constitutionele toetsing. Hier gaat de Staatscommissie in op de interactie van (mogelijke) rechterlijke toetsing met enige onderwerpen die zij behandelt.

5.4.2 Aanvulling van de Grondwet met nieuwe grondrechten

De regering heeft de Staatscommissie gevraagd te onderzoeken of nieuwe grondrechten moeten worden toegevoegd aan de Grondwet. De Staatscommissie doet een voorstel voor toevoeging, namelijk van het grondrecht op een eerlijk proces (zie paragraaf 7.3). Het antwoord op de vraag in hoeverre daarmee de rechtsbescherming van burgers daadwerkelijk wordt versterkt, is mede afhankelijk van de vraag of constitutionele toetsing mogelijk is. Indien de grondwetgever kiest om het door de Staatscommissie voorgestelde grondrecht op een eerlijk proces op te nemen in artikel 17 Grondwet (dus in hoofdstuk 1 van de Grondwet), ziet de Staatscommissie daarin geen aanleiding om de verklaringswet-Halsema (waarin toetsing aan artikel 17 Grondwet mogelijk wordt) te wijzigen.

5.4.3 Beperkingssystematiek

De Staatscommissie is gevraagd de huidige beperkingssystematiek te heroverwegen. De regering is van opvatting 'dat de Grondwet mogelijk aan betekenis kan winnen als de beperkingsclausules waar nodig zouden worden aangevuld met limitatief opgesomde doelcriteria en verzekerd wordt dat de beperkingen in het licht van die doelcriteria noodzakelijk moeten zijn en proportioneel'.[91]
De Staatscommissie deelt het in dit citaat tot uitdrukking gebrachte oordeel. De huidige beperkingssystematiek bindt de wetgever slechts in geringe mate. De bepalingen met betrekking tot de grondrechten in de Grondwet zijn zo geformuleerd dat zij niet steeds goed als handvat kunnen dienen voor de rechter. De door de Staatscommissie voorgestelde wijziging van de huidige beperkingssystematiek (zie hoofdstuk 6) brengt mee dat de rechter meer houvast heeft.

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

5.4.4 Grondrechten in het digitale tijdperk

Tussen de problematiek van grondrechten in het digitale tijdperk en constitutionele toetsing bestaat een zekere samenhang.
Zo was een van de conclusies van het rapport van de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk (Commissie-Franken) dat het invoeren van rechterlijke toetsing kan helpen bij de actualisering en interpretatie van grondrechten die gevoelig zijn voor maatschappelijke en technologische ontwikkelingen. Een grootst mogelijke meerderheid van die commissie vond dat het techniekonafhankelijk formuleren van grondrechten de behoefte van rechterlijke toetsing doet toenemen.[92] Ook in het – in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties geschreven – onderzoeksrapport 'Internationale vergelijking van grondrechten in de digitale samenleving' komt de samenhang naar voren. In dat rapport is opheffing van het toetsingverbod een van de belangrijkste aanbevelingen. Het rapport constateert dat andere landen niet erg worstelen met het probleem van grondrechten in de digitale samenleving, juist omdat in die landen een vorm van toetsingsrecht bestaat, waardoor, aldus dat rapport, de rechter de grondwettelijke bescherming bij de tijd kan houden en geregelde aanpassing van de Grondwet niet nodig is.[93]

De Staatscommissie merkt op dat haar aanbevelingen voor aanpassingen van artikelen 7, 10 en 13 Grondwet in verband met de digitale ontwikkelingen niet afdoen aan de status van deze artikelen – volgens de verklaringswet-Halsema – als bepalingen waaraan de rechter formele wetten kan toetsen. In dat kader merkt de Staatscommissie verder op dat zij voorstelt om artikel 10 Grondwet op te splitsen in een aangepast artikel 10 en in een nieuw artikel (zie paragraaf 8.5). Het ligt in de rede dat nieuwe artikel toe te voegen aan de catalogus van grondwetbepalingen waaraan de rechter zou kunnen toetsen indien de verklaringswet zou worden aangenomen.

5.4.5 De Grondwet als toetsingskader voor verdragen

Over de Grondwet als toetsingskader voor verdragen is hierboven al het een en ander gezegd. In deel III van dit rapport komt dit onderwerp nader aan bod.

92 Rapport Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, mei 2000, p. 49.

93 R.E. Leenes, E.J. Koops, P.J.A. de Hert (red.), Constitutional rights and new technologies, A comparative study, T.M.C. Asser Press 2008, p. 284-285.

Deel II

Rapport Staatscommissie Grondwet

6 Beperkingssystematiek

6.1 Inleiding

In dit deel II van rapport staan de grondrechten centraal. De opdracht aan de Staatscommissie noemt verscheidene onderwerpen waarover de regering advies wenselijk acht. Dit hoofdstuk heeft betrekking op de grondwettelijke systematiek met betrekking tot beperkingen van grondrechten. In dit deel II komen verder aan de orde de toevoeging van grondrechten aan de Grondwet (hoofdstuk 7), grondrechten in het digitale tijdperk (hoofdstuk 8) en de bestuurlijke boete (hoofdstuk 9).

De regering heeft de Staatscommissie gevraagd te adviseren over de beperkingssystematiek van de grondrechten. Zij is van mening dat de Grondwet mogelijk aan betekenis wint wanneer de beperkingsclausules worden aangevuld met bijkomende materiële voorwaarden voor de beperking, zoals limitatief opgesomde doelcriteria en het vereiste dat de beperkingen in het licht van die doelcriteria noodzakelijk en proportioneel moeten zijn.[94] De regering stelt voor dat de Staatscommissie zich hiervoor laat inspireren door internationale verdragen, zoals het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).[95]

6.2 De huidige systematiek van beperkingen van grondrechten

Bij de uitleg en de toepassing van grondrechten is niet alleen van belang wat het grondrecht beoogt te beschermen. Belangrijk is ook de vraag hoe en in welke mate een grondrecht mag worden beperkt. Volgens de huidige systematiek kan een grondwettelijk grondrecht worden beperkt door de wetgever zelf of door een ander ambt krachtens een daartoe gedelegeerde bevoegdheid, afhankelijk van het concrete competentievoorschrift.[96] Voor enkele grondrechten is daarnaast vereist dat de beperkingen specifieke doeleinden dienen (doelcriteria) of dat zij geschieden met inachtneming van procedurele voorschriften.[97]

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

95 Zie ook de toespraak van Minister Hirsch Ballin van Justitie ter gelegenheid van de installatie van de Staatscommissie op 9 juli 2009 (http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/toespraken/2009/07/09/installatie-van-de-staatscommissie-grondwet.html).

96 Uit de formulering van bijvoorbeeld artikel 8 Grondwet (bij de wet) en artikel 9, lid 1, Grondwet (volgens de wet) is af te leiden dat uitsluitend de wetgever bevoegd is om het grondrecht te beperken. Uit de formulering van artikel 11 Grondwet (behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen) of artikel 9, lid 2, Grondwet (de wet kan regels stellen) is af te leiden dat de wetgever deze bevoegdheid kan delegeren aan een ander centraal of decentraal ambt, zoals de regering of de burgemeester.

97 Bij artikel 9 Grondwet (vrijheid van vergadering en betoging) zijn bijvoorbeeld als doelcriteria gesteld dat de wet regels kan stellen ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden. Een voorbeeld van een procedurevoorschrift is te vinden in artikel 12 Grondwet (huisrecht), dat voor het binnentreden van een woning voorafgaande legitimatie en mededeling van het doel ervan en nadien een schriftelijk verslag vereist.

6.3 Advies Staatscommissie: handhaving en uitbreiding

De Staatscommissie is van oordeel dat de huidige beperkingssystematiek van de Grondwet kan worden gehandhaafd. De Staatscommissie hecht vooral waarde aan het kenmerk van dit systeem dat de formele wetgever, waarvan de gekozen kamers deel uitmaken, centraal staat. Zij acht het uit democratisch oogpunt gewenst dat het in eerste instantie de wetgever is die bij de nadere regelstelling de vaak verschillende belangen tegen elkaar afweegt.

De Grondwet in de huidige formulering laat bij die afweging veel ruimte aan de wetgever. Weliswaar bevatten sommige grondrechten verwijzingen naar specifieke doeleinden die de overheid moet of mag nastreven (bescherming van de volksgezondheid e.d.), maar de Grondwet is verder weinig precies in het stellen van grenzen aan de activiteit van de wetgever. De Staatscommissie acht op dit punt uitbreiding van de beperkingssystematiek aangewezen. Zij motiveert dit in de volgende paragraaf.

6.4 Uitbreiding: inhoudelijke vereisten voor de beperking van grondrechten

Als gezegd, laat de Grondwet in de huidige formulering bij de beperking van de grondwettelijke grondrechten en de daarbij te maken belangenafweging veel ruimte aan de wetgever. Preciezere inhoudelijke eisen aan de beperking van grondrechten worden wel gesteld in internationale verdragen, zoals het EVRM. Nu deze normen rechtstreeks in de Nederlandse rechtsorde doorwerken en voorrang hebben op nationale wetgeving, geldt nu al dat de wetgever aan deze eisen moet voldoen als hij grondrechten wil beperken die bescherming vinden in internationale verdragen. In zoverre is – uit strikt juridisch oogpunt – opneming van die internationale eisen in de Grondwet niet nodig.[98]
De Staatscommissie is niettemin van oordeel dat het wenselijk is om enkele inhoudelijke voorwaarden voor beperking van grondwettelijke grondrechten in de Grondwet vast te leggen. Een expliciete vermelding van vereisten als die van de geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid van beperking van grondrechten, of die van de bescherming van de kern van grondrechten, komt naar het oordeel van de Staatscommissie ten goede aan de toegankelijkheid en de normativiteit van de Grondwet. Een bepaling die (nadere) vereisten bevat voor de beperking van de in de Grondwet vervatte grondrechten, kan de wetgever houvast bieden bij de beoordeling van de aanvaardbaarheid van beperkingen. Ook laat deze de burger zien onder welke voorwaarden grondrechten mogen

98 Een nuancering hierbij is dat dit niet zonder meer opgaat voor grondrechten waarvoor de Grondwet (gedeeltelijk) meer bescherming biedt dan internationale verdragen.

worden beperkt. Daarnaast geeft een dergelijke bepaling de rechter een aanknopingspunt voor zijn toetsing van de toelaatbaarheid van een inbreuk op een grondrecht in het concrete geval. Dit kan nu al van betekenis zijn bij de rechterlijke toetsing van niet-formele wetgeving waarin beperkingen van grondrechten zijn vervat. Zou de grondwetgever een mogelijkheid tot constitutionele toetsing invoeren (zie daarover hoofdstuk 5), dan neemt het belang van duidelijke, materiële aangrijpingspunten voor de rechterlijke beoordeling van wetgeving toe.

6.5 Algemene aanvullende beperkingsclausule

Gelet op deze overwegingen, beveelt de Staatscommissie aan om een bepaling in de Grondwet op te nemen die enige algemene, inhoudelijke eisen stelt aan beperkingen van grondrechten:

Artikel X

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

Toelichting

De eisen die deze bepaling stelt, gelden naast de specifieke eisen die nu al in een aantal grondwetsbepalingen zijn opgenomen (competentievoorschriften, doelcriteria, procedurevoorschriften).

De algemene, aanvullende bepaling omvat enerzijds het vereiste van proportionaliteit (lid 1), anderzijds de waarborging van het kernrecht (lid 2).

Het eerste lid van de bepaling vereist dat de beperking geschikt en noodzakelijk is ter bereiking van het gestelde doel. Daarnaast verlangt de bepaling dat er een evenredige of proportionele verhouding bestaat tussen het doel van de beperking en de aantasting van het grondrecht.

De kernrechtbepaling in het tweede lid ziet op de onaantastbaarheid van de wezenlijke kern (*'the very essence',*[99] *'das Wesensgehalt'*[100]) van het recht dat in de desbetreffende bepaling bescherming vindt. Zij geeft hiermee de uiterste

99 Zie bijv. EHRM 11 juli 2002, Goodwin v United Kingdom, nr. 28957/95 (Grote Kamer).

100 Zie bijv. artikel 19, lid 2, Duitse grondwet: *'In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.'*

grens van beperking aan: zelfs als beperking van een grondrecht het enige middel is om een bepaald doel te bereiken, en zelfs als dit doel van zwaarwegend belang is, is zo'n beperking niet aanvaardbaar voor zover zij de kern van het grondrecht aantast. De kernrechtbepaling dient vooral als een waarschuwing aan en een motiveringsverplichting voor de wetgever. Daarnaast dient zij als toetssteen voor de rechter in een concreet geval.
De bepaling van de kern van het grondrecht vergt vanzelfsprekend interpretatie door zowel wetgever als rechter. De door de Staatscommissie aanbevolen algemene bepaling (zie paragraaf 4.3) kan daarbij mede tot leidraad dienen.

7 Toevoeging van grondrechten aan de Grondwet

7.1 Inleiding

Onderdeel van de opdracht aan de Staatscommissie is adviseren over de noodzaak tot grondwetswijziging in verband met de verhouding tussen de in de Grondwet opgenomen grondrechten en de uit internationale verdragen voortvloeiende rechten. De Staatscommissie plaatst dit onderdeel van de opdracht tegen de achtergrond van de wens van de regering om de normatieve betekenis van de Grondwet te versterken. De regering vraagt de Staatscommissie of het aanbeveling verdient om bepaalde rechten die zijn opgenomen in voor Nederland geldende internationale verdragen, ook in de Nederlandse Grondwet een plaats te geven. De regering noemt daarbij specifiek het recht op een eerlijke procesgang (*fair trial*) en het recht op leven.[101]

7.2 Verhouding tussen de opgenomen grondrechten in de Grondwet en de uit internationale verdragen voortvloeiende rechten

Bij de beantwoording van deze vraag neemt de Staatscommissie in aanmerking dat in het internationale recht vele en uiteenlopende rechten zijn vastgelegd, die niet in de Grondwet zijn terug te vinden.[102] De verdragsrechten maken als zodanig deel uit van de Nederlandse rechtsorde (vergelijk artikelen 93 en 94 Grondwet). Opneming van een ieder verbindende verdragsrechten in de Grondwet versterkt op zichzelf genomen de rechtsbescherming van de burger niet. Uit strikt juridisch oogpunt acht de Staatscommissie opneming van dergelijke rechten dan ook niet nodig.

Wel meent de Staatscommissie dat er andere redenen kunnen zijn om grondrechten die op dit moment bescherming vinden in verdragen en die ontbreken in de Grondwet, een plaats te geven in de Grondwet. Uit een perspectief van toegankelijkheid van de Grondwet, zichtbaarheid van grondrechten en van consistentie, kan het wenselijk worden gevonden om over een meer volledige grondrechtencatalogus te beschikken, die in elk geval de meest fundamentele individuele grondrechten bevat.

101 Zie ook de voorstudies ten behoeve van de Staatscommissie: R. de Lange, B.J.G. Leeuw, P.A.M. Mevis, 'Grondwet en het recht op een eerlijk proces, Algemene verkenning en uitwerking voor het strafrecht,' Kluwer 2009; T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, J.H. Gerards, 'De toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de Grondwet? Behoeft de Nederlandse Grondwet aanvulling met een recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces', Kluwer 2009 en J.A. Peters, A.J. Nieuwenhuis, C.M. Zoethout, G. Bogaard en H. Bosdriesz, 'Het recht op leven in de Nederlandse Grondwet. Een verkennend onderzoek', Kluwer 2009.

102 Naast de rechten die zijn opgenomen in de algemene mensenrechtenverdragen (EVRM en IVBPR) en het EU-Handvest zijn hier ook te noemen de rechten opgenomen in verdragen zoals het Verdrag inzake de rechten van het Kind en het VN-Folteringverdrag.

Een belangrijke reden kan gelegen zijn in het standpunt dat grondrechten thuishoren in de Grondwet, en niet 'enkel' in verdragen gevonden moeten worden. Gedachte is dan dat grondrechtenbescherming niet alleen een kwestie van internationale documenten en gremia is, maar in de eerste plaats een eigen verantwoordelijkheid van de staat. Grondrechten verdienen in die gedachte een plaats in de Grondwet, die de kern vormt van het constitutionele recht. Dit geldt temeer waar mag worden aangenomen dat burgers de Grondwet beter kennen dan de mensenrechtenverdragen en de Grondwet ook vaker als bron van grondrechten zien.[103]

Opneming van meer internationale grondrechten in de Grondwet is niet alleen van belang voor de burger, maar ook voor de ambten die eraan zijn gebonden. Niet slechts verdragen maar ook de grondwettelijke grondrechten normeren immers het handelen van de ambten. Aanvulling van de grondrechtencatalogus in de Grondwet kan dan bijdragen aan de versterking van de normatieve kracht van de Grondwet als centraal onderdeel van het constitutionele recht. Waar nu in wetgevingspraktijk en rechtspraak vooral wordt getoetst aan verdragen, kan na aanvulling ook de Grondwet vaker normerend zijn. Dat kan des te sterker gelden wanneer in de toekomst toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet mogelijk zou worden (zie hoofdstuk 5).

Voorts kan de opneming van bepaalde grondrechten in de Grondwet uiting zijn van de wens het besef te versterken van de noodzaak van grondrechtenbescherming, bijvoorbeeld op het terrein van het familierecht en het vreemdelingenrecht. Zo heeft het EHRM Nederland enige malen terecht gewezen wegens ongerechtvaardigde inbreuken op het recht op eerbiediging van familie- of gezinsleven. Opneming van dat recht in de Grondwet, voor zover dat niet onder het begrip persoonlijke levenssfeer van artikel 10, lid 1, Grondwet zou vallen, kan de waarde van dit recht voor Nederland accentueren.

Opneming van meer grondrechten in de Grondwet zou, ten slotte, niet afdoen aan de bescherming die internationale catalogi bieden, de eventueel daarbij horende (rechterlijke) handhavingsmechanismen, en de toepasselijkheid van verdragsrechtelijke grondrechten in de Nederlandse rechtsorde. Uitgangspunt blijft dat verdragsrechten in Nederland voorrang hebben op nationale wetgeving, en dat Nederland zich ook onderwerpt aan externe controle.

103 Grondslag voor deze aanname vormt het feit dat de Grondwet vaak wel, en mensenrechtenverdragen niet, onderdeel uitmaken van de kerndoelen, de kerncurricula en de examenprogramma's van het onderwijs. Zie over de geringe kennis van mensenrechten in Nederland Cees Hamelink. Mensenrechten in Nederland. Terecht: nieuwsbrief van de liga voor de rechten van de mens, 2005, p. 4-5 en European Commission, Flash Eurobarometer: The Rights of the Child Analytical Report, 273, 2009. Daarnaast B.Oomen en M. Vrolijk, Inspiratie voor Mensenrechteneducatie; democratisch burgerschap en mensenrechten in het (burgerschaps)onderwijs. Stichting NJCM-Boekerij 50, ter perse.

Opneming van een lange lijst 'nieuwe' grondrechten uit verdragen in de Grondwet doet echter afbreuk aan de toegankelijkheid ervan, terwijl die toegankelijkheid naar het oordeel van de Staatscommissie juist van belang is (zie hoofdstuk 3 met aanbevelingen van de Staatscommissie tot verbetering van de toegankelijkheid van de Grondwet). Juist de toegankelijkheid vraagt om een selectie uit de veelheid van internationaal vastgelegde rechten.

Om deze reden van waarborging van de toegankelijkheid, en wegens de beperkte tijd en middelen waarover de Staatscommissie beschikte om voorstellen te kunnen doen om uiteenlopende nieuwe grondrechten in de systematiek van de Grondwet in te passen, geeft een deel van de Staatscommissie de regering in overweging voorlopig te volstaan met de opneming van enkele specifieke grondrechten.[104] Het gaat om grondrechten die nu slechts gedeeltelijk of niet grondwettelijk zijn beschermd, en die naar het oordeel van de Staatscommissie ook onvoldoende bescherming vinden in een ieder verbindende verdragsbepalingen. Voor die grondrechten leidt opneming in de Grondwet daadwerkelijk tot een ruimere rechtsbescherming van de burger en een versterking van de normatieve kracht van de Grondwet.
Deze aanvullende rechtsbescherming kan bijvoorbeeld worden geboden door een ruimere reikwijdte aan het grondrecht toe te kennen, door een explicietere bescherming te bieden dan nu in verdragen het geval is, of door scherpere voorwaarden te stellen aan de beperking van het grondrecht.
De Staatscommissie is unaniem van mening dat op dit moment dergelijke aanvullende rechtsbescherming mogelijk is door twee aanvullingen. Het gaat om toevoeging van een algemeen recht op toegang tot de rechter en op een eerlijk proces. De Staatscommissie motiveert dit nader in de volgende paragraaf. Verder gaat het om de opneming van de algemene bepaling over menselijke waardigheid, die een fundering biedt voor verscheidene grondrechten, zoals het recht op leven. Het voorstel voor opneming van de algemene bepaling is al aan de orde geweest in hoofdstuk 4.

De helft van de Staatscommissie[105] is van mening dat een aantal andere grondrechten reeds nu voor opneming in de Grondwet in aanmerking komt, ook al biedt dat geen aanvullende rechtsbescherming. Deze leden motiveren dat in paragraaf 7.4 en 7.5, waarbij onder meer het recht op leven aan de orde komt.

104 De leden Besselink, Claes, Gerards, Kortmann en De Lange.
105 De leden Gonçalves, Oomen, Overkleeft-Verburg, Thomassen en De Vries.

7.3 Recht op een eerlijk proces en toegang tot de rechter

7.3.1 Het recht op een eerlijk proces in het EVRM en het EU-Handvest

De regering vraagt om advies over opneming van het recht op eerlijk proces in de Grondwet. Dit recht hangt nauw samen met de waarborg van toegang tot de rechter (zie paragraaf 7.3.2).

Het recht op een eerlijk proces en de waarborg van toegang tot de rechter zijn verankerd in artikel 6 EVRM. Dat artikel spreekt van een 'recht op een eerlijke en openbare behandeling' binnen een redelijke termijn, door een 'onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld'. In de leden 2 en 3 van artikel 6 EVRM zijn enkele voor het strafrecht geldende verbijzonderingen van het recht op een eerlijk proces neergelegd.

In de artikelen 47 tot en met 50 van het EU-Handvest is aan artikel 6 EVRM voor het Unierecht uitwerking gegeven. Daarbij zijn tevens enkele elementen opgenomen die als een uitbreiding zijn te zien. Zo is artikel 47 EU-Handvest – anders dan artikel 6 EVRM – niet beperkt tot de 'vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen' en de 'bepaling van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging'. Het bevat een ruimere omschrijving.[106] Daarmee is voor het Unierecht een knelpunt opgelost dat in de jurisprudentie van het EHRM een rol speelt: door de termen 'burgerlijke rechten en verplichtingen' vallen bepaalde soorten van overheidshandelen buiten artikel 6 EVRM. Bij de toepassing van artikel 6 EVRM acht het EHRM het artikel niet van toepassing op het vreemdelingenrecht, (delen van) het belastingrecht, en (delen van) het ambtenarenrecht. De rechtsbescherming tegen overheidshandelen is daarmee minder volledig dan, naar het oordeel van de Staatscommissie, wenselijk is. De Staatscommissie merkt op dat het EU-Handvest derhalve op dit punt meer rechtsbescherming biedt, maar dat de burger zich alleen daarop kan beroepen indien de desbetreffende zaak onder de werking van het Unierecht valt.

7.3.2 De nauwe samenhang tussen het recht op een eerlijk proces en het recht op toegang tot de rechter

Er is een nauwe samenhang tussen het recht op een eerlijke proces en het recht op toegang tot de rechter. In artikel 6 EVRM worden de twee elementen samengenomen. Ook in artikel 47 EU-Handvest komt de nauwe samenhang tussen deze twee elementen tot uitdrukking. De grondwetten van een aantal

106 De tekst luidt: '(1) Eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden. (2) Eenieder heeft recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld.'

Europese landen bevatten eveneens bepalingen van soortgelijke strekking. Soms is dit in de vorm van een expliciete waarborg voor rechtsbescherming tegen de overheid (de '*Rechtsweggarantie*' van artikel 19, lid 4, van de Duitse grondwet[107]). In andere gevallen gaat het om vrij gedetailleerd uitgewerkte bepalingen omtrent de rechtspleging, in het bijzonder op het gebied van het strafrecht.[108] Toegang tot de rechter is om verschillende redenen van belang: in de eerste plaats omdat overheidsrechtspraak een essentieel element van waarborging van rechten van burgers is, en in de tweede plaats vanwege de noodzaak van rechtsbescherming tegen overheidshandelen. Een moderne rechtsstaat vereist een adequate rechtspleging op verschillende terreinen. Hij verlangt bijvoorbeeld een ontwikkeld stelsel van publiekrechtelijke rechtsbescherming, om ertoe bij te dragen dat de overheid bij haar handelen de grenzen van het recht in acht neemt. Zonder een ruime toegang tot de rechter en de waarborgen van daadwerkelijke rechtsbescherming tegen de overheid, zouden ook de waarborgen voor een eerlijk proces in de lucht hangen. De Staatscommissie stelt zich daarom op het standpunt dat bij opneming van het recht op eerlijk proces in de Grondwet ook het recht op toegang tot de rechter moet worden meegenomen.

7.3.3 Voorstel: opneming van het recht op een eerlijk proces en het recht op toegang tot de rechter in de Grondwet

Een algemeen recht op toegang tot de rechter kent de Grondwet niet. Ook waarborgen voor een eerlijk proces – hetzij specifiek voor het strafrecht, hetzij voor alle vormen van rechtspleging – zijn niet in de Grondwet te vinden. Wel bepaalt artikel 17 Grondwet dat niemand tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent (het '*ius de non evocando*').[109]

De Staatscommissie is van oordeel dat het recht op een eerlijk proces en het recht op toegang tot de rechter moeten worden opgenomen in de Grondwet.

De meerderheid van de Staatscommissie stelt voor dat te doen in de vorm van een eerste lid van artikel 17 Grondwet. Het huidige *ius de non evocando* kan dan worden behouden in het tweede lid van deze bepaling. Gelet op het grondrech-

107 Deze bepaling luidt: '*Wird jemand durch die öffentliche Gerwalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen.*'

108 Zie bijv. het overzicht in R. de Lange, B.J.G. Leeuw, P.A.M. Mevis, Grondwet en het recht op een eerlijk proces, Kluwer 2009, p. 172 e.v.

109 Men duidt deze bepaling ook wel aan als een negatief geformuleerde garantie van recht op toegang tot de rechter. Zie voor een nadere uitwerking van de betekenis van deze bepaling T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en J.H. Gerards, De toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de Grondwet? Behoeft de Nederlandse Grondwet aanvulling met een recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces?, Kluwer 2009, p. 12-13.

telijke karakter van de bepaling, ligt het volgens deze leden voor de hand de bepaling op te nemen in hoofdstuk 1 van de Grondwet. Wel wijzen deze leden er in dit verband op dat de bepaling nauwe samenhang vertoont met het onderwerp van hoofdstuk 6 van de Grondwet: de rechtspraak.
Hoofdstuk 6 van de Grondwet verdient volgens de Staatscommissie (unaniem) in meer algemene zin aandacht. Die aandacht betreft niet alleen de inrichting van de rechterlijke organisatie en de grondwettelijke verankering van de bestuursrechtspraak. Aandacht verdient ook de grondwettelijke verankering van oplegging van sancties door in eerste instantie een ander orgaan dan de rechter (zie ook hoofdstuk 9 over de bestuurlijke boete). Het betreft hier een complexe materie die nadere studie vergt en die buiten de opdracht van de Staatscommissie valt. De Staatscommissie doet op dit punt dan ook geen andere aanbeveling dan tot een nader onderzoek.

Twee leden[110] hebben een duidelijke voorkeur voor opneming van de bepaling in hoofdstuk 6 van de Grondwet. In hun opvatting past deze bepaling daar systematisch beter in, vooral nu de bepaling uitvoering door de wetgever behoeft en moeilijk als direct inroepbaar recht zal kunnen functioneren. Er zal immers een absoluut en relatief bevoegde rechter moeten worden aangewezen tot welke een burger toegang kan krijgen. Een rechterlijke instantie kan die aanwijzing moeilijk doen. Voorts is het recht van andere aard dan de overige klassieke grondrechten, die voornamelijk afweerrechten zijn. Het aspect van de aard van het proces (fair, eerlijk) kan wel direct inroepbaar zijn, maar past, nu het gaat om rechtspraak, uitstekend in hoofdstuk 6 van de Grondwet, dat ook andere processuele bepalingen kent.

7.3.4 De formulering van het recht op een eerlijk proces en op toegang tot de rechter

De Staatscommissie onderscheidt ter zake van de formulering van een bepaling met betrekking tot het recht op een eerlijk proces en op toegang tot de rechter enige opties.

Een optie is om de elementen van een recht op een eerlijk proces min of meer gedetailleerd in de Grondwet vast te leggen. Naar het oordeel van de Staatscommissie past deze benadering – onder erkenning van de mogelijke voordelen, met name als het gaat om het richting geven aan de rechterlijke activiteit – minder goed bij de stijl van de Grondwet.

110 De leden Kortmann en De Lange.

Een andere optie is om het recht op een eerlijk proces en op toegang tot de rechter zeer algemeen te formuleren, zonder enige begrenzing tot een bepaald type rechtsbetrekkingen of een bepaald type procedures. Deze benadering – 'ieder heeft recht op toegang tot de rechter en op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak' – heeft het voordeel van beknoptheid. Zij heeft echter het nadeel dat in het midden blijft ter zake waarvan toegang tot de rechter bestaat, en dus ook ter zake waarvan de waarborgen van een eerlijke proces relevant zijn.

De meerderheid van de Staatscommissie kiest voor een derde optie, die gelijkenis vertoont met artikel 47 EU-Handvest.[111] Daarin staat volgens deze meerderheid centraal het geschonden zijn van rechten en vrijheden. Vervanging van de woorden 'rechten en vrijheden' door de meer algemene term 'belangen', en vervanging van de woorden 'geschonden' door 'getroffen', brengt tot uitdrukking dat de toegang tot de rechter en het recht op een eerlijk proces zich uitstrekken tot alle situaties waarin iemand door enig handelen in zijn rechtens beschermde belangen is getroffen. Met name voor de rechtsbescherming tegen de overheid is dit een relevante aanpassing. Ook in de sfeer van het privaatrecht zijn vormen van geschilbeslechting aan te wijzen waarbij niet de rechten en vrijheden, maar de belangen van betrokkenen onderwerp van geschil zijn, zoals bij verzoekschriftprocedures. Duidelijk is door deze (her)formulering ten slotte dat de bepaling ook betrekking heeft op strafzaken. Ook daar is immers steeds sprake van getroffen belangen. Wel moet ervoor worden gewaakt een ruim geformuleerde bepaling aldus uit te leggen dat daarmee de deur wordt opengezet voor – dure – procedures over trivialiteiten. Een wettelijke regeling met betrekking tot niet-ontvankelijkheid of met betrekking tot misbruik van procedure moet niet onmogelijk worden gemaakt. Het is aan de wetgever om hier de grenzen te trekken door zonodig regels te stellen over de mogelijkheid van niet-ontvankelijkheid, proceskostenveroordelingen, of sancties op misbruik van procedure.
De meerderheid vindt het niet nodig om specifieke uitwerkingen van het recht op een eerlijk proces en het recht op toegang tot de rechter expliciet te vermelden, zoals het recht op berechting binnen redelijke termijn. Dat deze waarborgen gelden, ligt al besloten in de algemene formulering van het recht.
Gelet op het bovenstaande adviseert de meerderheid opneming van een bepaling die luidt als volgt:

111 Artikel 47 EU-Handvest (Recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht):
'Eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden.
Eenieder heeft recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld. (...).'

1. Ieder wiens door het recht beschermde belangen worden getroffen heeft recht op een eerlijk proces voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter.
2. Niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent.

Een minderheid van de Staatscommissie[112] adviseert voor de formulering van de bepaling aansluiting te zoeken bij de tekst van artikel 6 EVRM, met dien verstande dat het woord 'burgerlijke', dat de reikwijdte van het recht beperkt, vervalt. De in artikel 6 EVRM gehanteerde begrippen 'rechten', 'verplichtingen' en 'strafrechtelijke vervolging' zijn in de Nederlandse rechtspraktijk gangbaar en geven duidelijk aan wat de criteria zijn voor het recht op toegang tot de rechter. Door te spreken over 'rechten en verplichtingen' in plaats van over 'burgerlijke rechten en verplichtingen' krijgen het recht op toegang tot de rechter en het recht op een eerlijk proces een grotere reikwijdte dan artikel 6 EVRM heeft. Deze leden vinden het verder van belang dat de bepaling strafzaken uitdrukkelijk noemt en menen ook dat in de bepaling het recht op berechting binnen een redelijke termijn moet worden opgenomen. Dat laatste is een onmisbaar element van het recht op een eerlijk proces. Zij zijn voorstander van een bepaling die luidt als volgt:

1. Ieder heeft, bij de vaststelling van zijn rechten en verplichtingen of bij de bepaling van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolging, recht op een eerlijk proces, binnen een redelijke termijn voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter.
2. Niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent.

7.4 Het recht op leven

De Staatscommissie is ook gevraagd te bezien of het recht op leven in de Grondwet moet worden opgenomen. Het recht op leven wordt beschouwd als een van de belangrijkste mensenrechten. In de Nederlandse rechtsorde beschermen artikel 2 EVRM, artikel 2 EU-Handvest en artikel 6 IVBPR het recht en het ligt vast in vele andere internationale documenten. Het vindt ook bescherming in artikel 114 Grondwet, dat luidt 'De doodstraf kan niet worden opgelegd'.

Bij de keuze van internationale grondrechten waarvan de Staatscommissie op dit moment moet aanbevelen dat zij opneming in de Grondwet verdienen, heeft de Staatscommissie zich laten leiden door de vraag of toevoeging van een grond-

112 De leden Goncalves, Overkleeft-Verburg, Thomassen en De Vries.

recht daadwerkelijk bijdraagt aan een ruimere rechtsbescherming van de burger en een versterking van de normatieve kracht van de Grondwet. In paragraaf 7.2 zijn de argumenten in dat verband besproken. Gelet daarop, zien vijf leden van de Staatscommissie[113] op dit moment geen aanleiding om het recht op leven in de Grondwet op te nemen. Het recht op leven maakt via de genoemde bepalingen reeds deel uit van de nationale rechtsorde. Opneming als zodanig verruimt de rechtsbescherming van de burger dan ook niet. Verder beveelt de Staatscommissie aan om in de algemene bepaling de bescherming van de menselijke waardigheid expliciet te vermelden, een beginsel dat nauw verbonden is met het recht op leven. Deze vermelding versterkt reeds de normatieve kracht van de Grondwet. De genoemde vijf leden bevelen in verband hiermee aan de praktische toepassing van de genoemde algemene bepaling af te wachten en de wenselijkheid van de opneming van concrete uitwerkingen van de menselijke waardigheid (bijvoorbeeld in de vorm van het recht op leven) pas op een later moment te bezien.

Vijf andere leden van de Staatscommissie[114] zijn van oordeel dat er geen reden is om de praktische toepassing van de genoemde algemene bepaling af te wachten en de wenselijkheid van opneming van het recht op leven pas op een later moment te bezien. Dat het recht op leven, naast het folterverbod (zie paragraaf 7.5), tot de meest fundamentele van de fundamentele rechten behoort, staat buiten twijfel. Gelet hierop en op de opdracht aan de Staatscommissie aandacht te besteden aan de toegankelijkheid van de Grondwet menen deze leden dat de grondwetgever het recht op leven moet meenemen bij een grondwetswijziging waarbij het recht op een eerlijk proces en het beginsel van eerbiediging van de menselijke waardigheid een plaats krijgen. Opneming van het recht op leven in de Grondwet versterkt de normatieve kracht van de Grondwet. Met de verwezenlijking van een meer volledige grondrechtencatalogus die in elk geval de meest fundamentele individuele grondrechten bevat, moet volgens deze leden niet worden gewacht. De tekst van de op te nemen bepaling vereist nadere bestudering en uitwerking. Daarbij zou aansluiting kunnen worden gezocht bij het EU-Handvest[115] en de onlangs tot stand gekomen Staatsregeling van Sint Maarten, die een bepaling inzake het recht op leven kent.[116]

113 De leden Besselink, Claes, Gerards, Kortmann en De Lange.

114 De leden Gonçalves, Oomen, Overkleeft-Verburg, Thomassen en De Vries.

115 Artikel 2 EU-Handvest: '1. Eenieder heeft recht op leven. 2. Niemand wordt tot de doodstraf veroordeeld of terechtgesteld.'

116 Artikel 2 Staatsregeling van Sint Maarten: '1. Een ieder heeft recht op leven. Dit recht wordt beschermd bij landsverordening. Niemand wordt willekeurig van het leven beroofd. 2. De doodstraf kan niet worden opgelegd.'

7.5 Andere fundamentele rechten

De Staatscommissie realiseert zich dat er nog andere rechten zijn die nu niet of niet met zoveel woorden in de Grondwet staan, zoals het verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling (artikel 3 EVRM; artikel 4 EU-Handvest; artikel 7 IVBPR) het verbod van slavernij en dwangarbeid (artikel 4 EVRM; artikel 5 EU-Handvest, artikel 8 IVBPR), het recht op eerbiediging van familie- en gezinsleven (artikel 8 EVRM; artikel 7 EU-Handvest; artikel 17 en 23 IVBPR), het recht om te huwen en een gezin te stichten (artikel 12 EVRM; artikel 9 EU-Handvest; artikel 23 IVBPR), het eigendomsrecht (artikel 1 Eerste Protocol EVRM; artikel 17 EU-Handvest) en het recht op bewegingsvrijheid (artikel 2 Vierde Protocol EVRM; artikel 45 EU-Handvest; artikel 12 IVBPR).

Voor opneming van deze grondrechten in de Grondwet bestaat volgens vijf leden[117] van de Staatscommissie op grond van argumenten vermeld in paragraaf 7.2, geen onmiddellijke aanleiding, nu rechtstreeks beroep mogelijk is op deze in de verdragen vastgelegde rechten.

De andere vijf leden[118] menen dat het verbod van foltering en onmenselijke of vernederende behandeling reeds nu in de Grondwet een plaats moet krijgen. Daarvoor geldt volgens deze leden hetzelfde als voor opneming van het recht op leven. Ook het folterverbod wordt beschouwd als een van de meest wezenlijke van de fundamentele rechten en heeft de status van *ius cogens*. Daarnaast zijn deze leden van mening dat het recht op eerbiediging van het familie- en gezinsleven met zoveel woorden in de Grondwet zou moeten worden opgenomen. Zoals de Staatscommissie hiervoor heeft geconstateerd, heeft het EHRM Nederland enige malen terechtgewezen wegens ongerechtvaardigde inbreuken op dat recht en kan opneming van dit grondrecht het besef versterken van de noodzaak van grondrechtenbescherming op dit gebied. Artikel 10 Grondwet noemt het recht niet met zoveel woorden. Vanuit een oogpunt van toegankelijkheid en volledigheid van de grondrechtencatalogus adviseren deze leden dit recht in artikel 10 Grondwet op te nemen. De verwezenlijking van een meer volledige grondrechtencatalogus door de opneming van de hier genoemde rechten moet volgens deze leden niet worden uitgesteld omdat die opneming de normatieve kracht van de Grondwet versterkt. Dit kan tegelijk met de opneming van het recht op een eerlijk proces en de algemene bepaling plaatsvinden. De toegankelijkheid van de Grondwet en de zichtbaarheid van grondrechten maken dat wenselijk. Wat betreft de andere genoemde grondrechten sluiten deze leden zich aan bij de andere vijf leden.

117 De leden Besselink, Claes, Gerards, Kortmann en De Lange.

118 De leden Gonçalves, Oomen, Overkleeft-Verburg, Thomassen en De Vries.

8 Grondrechten in het digitale tijdperk

8.1 Inleiding

De regering heeft de Staatscommissie gevraagd te adviseren over de noodzaak tot grondwetswijziging in verband met het onderwerp 'grondrechten in het digitale tijdperk'. Voordat de Staatscommissie ingaat op de afbakening van deze opdracht, schetst zij ten behoeve van de context van de opdracht enige ontwikkelingen op het terrein van het onderwerp.

8.2 Ontwikkelingen in digitalisering en recht

Internet en het gebruik van websites, e-mail, sociale netwerken, *twitter* en *games* zijn deel van ons dagelijks leven geworden. Boeken, tijdschriften en kranten worden via internet geraadpleegd. Muziek- en beeldmateriaal zijn elektronisch beschikbaar. Een recente ontwikkeling is die van *mobile networking*, dat wil zeggen gebruikmaken van internetfuncties via mobiele telefoons.
Daarnaast wordt het elektronische verkeer tussen de overheid en de burger steeds belangrijker. De overheid is bij de uitvoering van publieke taken in toenemende mate een elektronische overheid geworden.
Er is ook een toenemend besef van ongewenste vormen van internetgebruik. Daarbij gaat het in het bijzonder om schendingen van auteursrecht, *hate speech* (bijvoorbeeld in de vorm van discriminerende uitlatingen op internetfora), kinderporno en andere vormen van *cybercrime*.

Bovengenoemde ontwikkelingen gaan gepaard met nieuwe vormen van organisatie van het internetverkeer. Het beheer van internet vindt in toenemende mate plaats op internationaal niveau. Verder is sprake van normering van internet en zijn toepassingsmogelijkheden, toezicht daarop en handhaving daarvan op zowel nationaal als Europees niveau. Daarbij is sprake van regulering en afsluiting van internet door overheden.
Ontwikkelingen zijn eveneens zichtbaar bij de bestrijding van criminaliteit, zoals *cybercrime*, grensoverschrijdende georganiseerde criminaliteit en terrorisme. Nieuwe werkwijzen en faciliteiten, zoals cameratoezicht, de opslag van verkeersgegevens en uitwisseling van persoonsgegevens zijn mogelijk geworden.[119]

Op Europees niveau is een tendens zichtbaar tot actualisering en harmonisering van de bescherming van grondrechten en van harmonisatie van beleid. In het bijzonder gaat het om nadere invulling en uitwerking van het (grond)recht op

119 Zie hierover uitgebreid Corien Prins e.a. (red.), '16 Miljoen BN'ers? Bescherming van Persoonsgegevens in het Digitale Tijdperk', Stichting NJCM-Boekerij 2010.

bescherming van persoonsgegevens en het recht op elektronische communicatie enerzijds, en om bestuurlijke, politiële en justitiële samenwerking anderzijds. Ook harmoniseert de EU de regulering van (massa)media, waardoor staten gebonden worden aan verplichtingen die vanuit Europese Unie worden opgelegd.

Het is gegeven deze ontwikkelingen de vraag of de Grondwet, in het bijzonder de grondrechtenbescherming, nog wel 'bij de tijd' is. Die vraag is bijvoorbeeld relevant op het terrein van communicatie. De Grondwet noemt nu alleen traditionele informatie- en communicatiemiddelen, zoals de 'drukpers', 'radio en televisie', 'brief', 'telefoon' en 'telegraaf'. De vraag rijst in hoeverre de bescherming van grondrechten in de Grondwet ook op nieuwe informatie- en communicatietechnieken van toepassing is.

8.3 Afbakening opdracht van de Staatscommissie

De wenselijkheid van actualisering van de grondrechten in de Grondwet in verband met de ontwikkelingen van de informatietechnologie staat al geruime tijd op de agenda. Pogingen om dit onderwerp te regelen zijn tot nu toe zonder resultaat gebleven.[120] Het onderwerp 'grondrechten in het digitale tijdperk', waarover de regering de Staatscommissie heeft gevraagd te adviseren, is een veelomvattend onderwerp. De Staatscommissie stelt bovendien vast dat de hierboven beschreven tendensen in de digitalisering van de samenleving verschillende grondrechten raken. Zij denkt daarbij in de eerste plaats aan de vrije meningsuiting, de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de bescherming van het briefgeheim en telefoongeheim. Daarnaast zijn deze ontwikkelingen relevant voor andere grondrechten, zoals het kiesrecht, het petitierecht, de vrijheid van vereniging, de vrijheid van vergadering en betoging, de onaantastbaarheid van het lichaam, en het huisrecht.

De Staatscommissie is zich bewust van de voorstellen die zijn gedaan in het rapport van de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, de kabinetsreactie daarop, en het advies van de Raad van State over voorgenomen wetsvoorstellen ter zake.[121]

120 De voorgenomen wetsvoorstellen voor artikel 7, artikel 10 en artikel 13 Grondwet, die waren aangekondigd naar aanleiding van het rapport van de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, zijn na een kritisch advies van de Raad van State niet ingediend. De aankondiging van een nieuw grondrecht met betrekking tot bij de overheid berustende informatie heeft evenmin gevolg gekregen.

121 Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk, rapport Grondrechten in het digitale tijdperk, Kamerstukken II 2000/01, 27 460, nr. 1, bijlage 1; Kabinetsreactie rapport Grondrechten in het digitale tijdperk, Kamerstukken II, 2000/01, 27 460, nr. 1. De voorstellen voor de herziening van de artikelen 7, 10 en 13 Grondwet, de Memorie van toelichting daarbij, de adviezen van de Raad van State en de Nadere rapporten zijn na te lezen in De grondwetsherziening 2006 (Eerste lezing (tweede deel) en tweede lezing), deel 39 van de documentatiereeks 'Naar een nieuwe grondwet', Sdu Uitgevers 2006, p. 429 e.v. (artikel 7 Grondwet), p. 473 e.v. (artikel 10 Grondwet) en p. 497 e.v. (artikel 13 Grondwet).

Zij heeft daarin een belangrijke basis gevonden voor haar discussies.
De Staatscommissie neemt zelfstandig stelling in over de problematiek, daarbij uitgaande van de huidige stand van de discussie en de huidige omstandigheden. Zij beperkt zich daarbij tot een advies over de actualisering van artikel 7 (vrijheid van meningsuiting), artikel 10 (eerbiediging persoonlijke levenssfeer) en artikel 13 (vertrouwelijke communicatie) Grondwet, omdat zich daar de meeste knelpunten lijken voor te doen.[122] Zij beziet dit onderdeel van de opdracht bovendien in het licht van de vraag of de normativiteit van de Grondwet kan worden versterkt en de betekenis van de Grondwet voor de burger kan worden vergroot.

Een aantal leden[123] betreurt deze beperking in het bijzonder waar het gaat om de opneming in de Grondwet van een nieuw grondrecht op toegang tot documenten. Een kenmerk van het digitale tijdperk is dat de betekenis van informatie(grond)rechten toeneemt. Vandaar het bijzondere belang dat volgens deze leden deze in onderling verband op evenwichtige wijze geborgd zijn. Dat geldt volgens hen in het bijzonder voor grondrechtelijke aanspraken op privacy en openbaarheid. Om deze reden hebben deze leden een aanvullend voorstel gedaan tot opneming van een nieuw grondrecht op toegang tot documenten (openbaarheid van bestuur). Zie hieromtrent paragraaf 8.8.
Een van deze leden[124] betreurt de beperking van de opdracht temeer omdat zij van oordeel is dat er, gezien de ontwikkeling van de informatietechnologie en daarop gebaseerde producten en diensten, belangrijke redenen zijn om de artikelen 5, 11 en 12 Grondwet opnieuw op inhoud en formulering te bezien. Tevens dringt de vraag zich op of het wenselijk is om in de Grondwet een grondrecht op toegang tot de (elektronische) communicatie-infrastructuur - in het bijzonder internet - op te nemen. In dit verband behoeven volgens dit lid ook de grondrechtelijke consequenties van nieuwe methodes van bestrijding van cybercrime via surveilleren en opsporing, toezicht en handhaving op internet aandacht, in het bijzonder de duiding en regulering van filtering/afsluiting en blokkering van informatie (internetcensuur).[125]

122 In het Nader rapport dat aan de opdracht voorafging, wordt overwogen dat het hier vooral gaat om de artikelen 7, 10 en 13 Grondwet en wordt dit onderdeel van de opdracht besproken in het kader van de verhouding tussen de internationale en nationale grondrechten; Kamerstukken II 2007/08, 31 570, nr. 3, p. 35-36.

123 De leden Oomen, Overkleeft-Verburg en De Vries.

124 Het lid Overkleeft-Verburg.

125 Zie Kamerstukken II 2007/08, 28 684, nr. 133 en het elektronisch (www.rijksoverheid.nl) op 28 juli 2010 in publieke consultatie gegeven concept-Wetsvoorstel versterking bestrijding computercriminaliteit. Zie in dit verband tevens het Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad ter bestrijding van seksueel misbruik, seksuele uitbuiting van kinderen en kinderpornografie van 29 maart 2010 (COM (2010) 94), Kamerstukken II 2009/10, 22 112, nr. 1029.

8.4 Artikel 7 Grondwet (vrijheid van meningsuiting)

8.4.1 Huidige bepaling

Het huidige artikel 7 Grondwet luidt:

> 1. Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om door de drukpers gedachten of gevoelens te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.
> 2. De wet stelt regels omtrent radio en televisie. Er is geen voorafgaand toezicht op de inhoud van een radio- of televisieuitzending.
> 3. Voor het openbaren van gedachten of gevoelens door andere dan in de voorgaande leden genoemde middelen heeft niemand voorafgaand verlof nodig wegens de inhoud daarvan, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet. De wet kan het geven van vertoningen toegankelijk voor personen jonger dan zestien jaar regelen ter bescherming van de goede zeden.
> 4. De voorgaande leden zijn niet van toepassing op het maken van handelsreclame.

8.4.2 Aanleiding tot herziening

De vrijheid van meningsuiting is van groot belang in een democratische samenleving. Gedurende de laatste decennia is in wetgeving en rechtspraak, op zowel nationaal als internationaal niveau, aan dit recht steeds verdere invulling gegeven, mede als reactie op ontwikkelingen in die samenleving, waaronder die van de technologie. Onder de bescherming van de vrijheid van meningsuiting kan bijvoorbeeld ook het recht worden begrepen om informatie te ontvangen. Toegang tot het internet om informatie te vergaren en de mogelijkheid om via internet met anderen van gedachten te wisselen zijn randvoorwaarden geworden voor een vrije uitwisseling van gevoelens en gedachten.
De tekst van het huidige artikel 7 Grondwet is niet duidelijk over de vraag of en hoe deze bepaling op deze 'nieuwe' invulling van de vrijheid van meningsuiting moet worden toegepast. In het bijzonder rijzen vragen over de bescherming van nieuwe categorieën van voor vrije meningsuiting geschikte media, zoals die welke gebruik maken van internet.[126]

126 Zo ontstond er recentelijk discussie over de grondwettelijke grondslag voor het regelen van massamediale diensten. De term 'televisie' in artikel 7, lid 2, Grondwet, die betrekking heeft op traditionele televisiediensten, leek immers niet geschikt om ook mediadiensten op aanvraag te omvatten, zoals video 'on demand'. Uiteindelijk koos de regering ervoor om mediadiensten op aanvraag als televisiediensten te omschrijven, omdat het naar haar mening in de aard met televisie vergelijkbare diensten zijn. Hierdoor kon artikel 7, lid 2, Grondwet als basis dienen voor de implementatie van de Richtlijn Audiovisuele mediadiensten. Zie Brief van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschappen d.d. 16 november 2009 over de Mediabegroting 2010, p. 33-34, Kamerstuk II 32 123, VIII, nr. 62. Zie ook de Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten (Richtlijn 2007/65/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van Richtlijn 89/552/EEG van de Raad betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake de uitoefening van

Deze vragen en onduidelijkheden vormen naar het oordeel van de Staatscommissie reden om artikel 7 Grondwet te herzien.

8.4.3 Voorgesteld nieuw artikel 7 Grondwet

De Staatscommissie adviseert artikel 7 Grondwet als volgt te redigeren:

1. Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om gedachten en meningen te openbaren, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.
2. Het ontvangen van informatie is vrij, behoudens beperkingen bij de wet gesteld.
3. De overheid eerbiedigt de pluriformiteit van de media.

8.4.4 Toelichting bij het eerste lid (vrijheid openbaring gedachten en meningen) en bij het vervallen van enige leden van de huidige bepaling

De Staatscommissie meent dat bij de herziening van artikel 7 Grondwet zo nauw mogelijk moet worden aangesloten bij de huidige tekst.
Typerend voor het huidige artikel 7 Grondwet is dat het uitdrukkelijk waarborgt dat niemand voorafgaand verlof nodig heeft voor het openbaren van gedachten of gevoelens. Dit betekent een verbod voor de overheid om van burgers te eisen dat zij voorafgaande toestemming van de overheid vragen voor het uiten van gedachten en gevoelens (het openbaren). Dit is een bijzonder kenmerk van artikel 7 Grondwet, in die zin dat internationale verdragen die de vrije meningsuiting beschermen, deze formulering niet kennen.[127] Het verbod in de Grondwet heeft diepe historische wortels. De Staatscommissie wenst het huidige beschermingsniveau van het verbod van voorafgaand verlof te behouden. Reden is de hogere bescherming die deze bepaling biedt in vergelijking met internationale verdragen.

televisie-omroepactiviteiten) en de Wet van 10 december 2009 tot wijziging van de Mediawet 2008 en de Tabakswet ter implementatie van de richtlijn Audiovisuele mediadiensten, Stb. 552 (Kamerstukken 31 876).

127 De vrije meningsuiting vindt bescherming in artikel 10 EVRM, artikel 11 EU-Handvest en artikel 19 IVBPR. De jurisprudentie behorende bij artikel 10 EVRM spreekt wel van een verbod van censuur, maar onder omstandigheden, zij het onder zeer strikte voorwaarden, wordt wel een voorafgaande beperking toegelaten. Van censuur is daarom eerder sprake in het geval van een ongerechtvaardigde voorafgaande beperking. Het Nederlandse verbod van voorafgaand verlof kent deze nuance niet en is absoluter van aard.

Het voorgestelde eerste lid beschermt het openbaren van gedachten en meningen. Het is gelijkluidend aan het huidige eerste lid, met dien verstande dat het woord 'drukpers' vervalt en de term 'meningen' de ouderwetse en vaak misverstane term 'gevoelens' vervangt. De Staatscommissie kiest ervoor om niet uitdrukkelijk het middel te noemen waarmee men vrij een gevoelen of mening kan uiten. Hierdoor vallen alle vormen onder de bescherming van artikel 7, lid 1, Grondwet, van traditionele middelen - zoals de drukpers, radio, televisie en vertoningen - tot nieuwe media - zoals die welke gebruik maken van internet. Daardoor is het huidige derde lid van artikel 7 Grondwet overbodig. De inhoud van de eerste zin van die bepaling[128] is opgenomen in het eerste lid van de voorgestelde bepaling, met dien verstande dat de gebezigde woorden 'wegens de inhoud daarvan' zijn vervallen. Dit betekent dat een algemeen vergunningstelsel, dat op grond van de tekst van het huidige artikel 7, lid 3, Grondwet is toegestaan op andere dan inhoudelijke gronden, voor deze uitingen niet meer mogelijk is. Een dergelijk algemeen vergunningenstelsel is echter ook nu al in de rechtspraak[129] aan zodanige beperkingen onderworpen dat het regime van het derde lid in de praktijk nagenoeg overeenkomt met dat van het eerste lid.[130]

De toevoeging 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet' – die ook in de huidige bepaling voorkomt – brengt mee dat (alleen) repressieve beperkingen op het openbaren van gedachten en meningen zijn toegestaan. Voor dergelijke beperkingen geldt vanzelfsprekend wel de algemene, aanvullende beperkingsclausule (zie nader hoofdstuk 6): beperkingen van het recht om gedachten en meningen te openbaren mogen niet verder gaan dan het doel ervan vereist en mogen de kern van het recht niet aantasten. Daarnaast maakt de formulering van het voorgestelde eerste lid duidelijk dat eventuele beperkingen bij wet moeten worden gesteld.
Op die laatste eis wordt wel een nuance aangebracht. Uit de Nederlandse rechtspraak (de zogenoemde verspreidingsjurisprudentie) volgt dat een beperking van de *verspreiding* van een meningsuiting niet onderworpen is aan de strikte legaliteitseisen van artikel 7 Grondwet, maar dat een verdergaand beperkingsregime is toegestaan.[131] Dit betekent dat beperkingen op de verspreiding ook zijn toegestaan door middel van lagere regels, mits geen sprake is van een beperking op grond van de inhoud, van oplegging van een algemeen verbod

128 Huidige eerste volzin van artikel 7, lid 3, Grondwet: 'Voor het openbaren van gedachten of gevoelens door andere dan in de voorgaande leden genoemde middelen heeft niemand voorafgaand verlof nodig wegens de inhoud daarvan, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet.'
129 Vgl. onder meer ARRvS 19 januari 1987, AB 1988/58; ABRvS 5 januari 1996, AB 1996/179.
130 Het vervallen van de tweede zin komt hieronder aan de orde.
131 Met name HR 28 november 1950, NJ 1951, 137 (Tilburg).

van verspreiding of van instelling van een algemeen vergunningstelsel voor verspreiding van gedachten en meningen. De Staatscommissie acht het niet noodzakelijk de verspreidingsjurisprudentie te codificeren. Zij merkt wel uitdrukkelijk op dat die jurisprudentie ook onder de voorgestelde bepaling haar betekenis blijft behouden.

Het huidige lid 2 van artikel 7 Grondwet maakt regulering van radio en televisie mogelijk. De Staatscommissie stelt in meerderheid voor deze bepaling te laten vallen, omdat deze vormen van meningsuiting nu binnen het beschermingsbereik van het voorgestelde artikel 7, lid 1, Grondwet komen. Beperkingen op de inhoud kunnen daardoor enkel bij wet worden gesteld.
Een lid[132] is van mening dat er niettemin goede redenen zijn om de opneming van een bijzondere regelingsgrondslag voor radio, televisie en andere (audiovisuele) massamedia in artikel 7 Grondwet te continueren. Zij wijst daartoe op de reeds door de Staatscommissie Cals-Donner genoemde institutionele component van de vrijheid van meningsuiting (omroep), alsmede op de volgens dit lid aan de vrijheid van meningsuiting inherente positieve verplichtingen van de overheid, zoals vastgelegd in het Unierecht, de Europese mediaverdragen in het kader van de Raad van Europa in samenhang met de jurisprudentie van het EHRM.[133]

8.4.5 Bescherming van minderjarigen

De huidige tweede volzin van artikel 7, lid 3, Grondwet vervalt in het voorstel van de Staatscommissie.[134] Deze tweede zin bevat een bepaling die de grondslag vormde voor de Wet op de Filmvertoningen.[135] Deze wet regelde preventief toezicht door middel van de zogenaamde filmkeuring voor jeugdigen. De wet is ingetrokken op 22 februari 2001. De Staatscommissie is van mening dat de formulering van de genoemde tweede volzin naar huidige maatstaven geen passende grondslag biedt voor bescherming tegen onder andere schadelijk beeldmateriaal dat kan worden ontvangen via televisie, video en internet. Onder de door de Staatscommissie voorgestelde bepaling in lid 1 en lid 2 kan de wetgever specifieke bepalingen vaststellen ter bescherming van onder anderen minderjarigen, zoals uitzendbeperkingen en beperkingen met betrekking tot internet. Een afzonderlijke grondwettelijke bepaling ter bescherming van jeugdigen voor vertoningen die voor hen mogelijk schadelijk zijn, is hiermee

132 Het lid Overkleeft-Verburg

133 Vgl. het door de Staatscommissie voorgestelde derde lid van artikel 7 Grondwet inzake de eerbiediging van de pluriformiteit van de media. Zie in dit verband tevens de ontwikkelingen in het nationale en Europese frequentiebeleid, Kamerstuk 24 095.

134 Huidige tweede volzin van artikel 7, lid 3, Grondwet: 'De wet kan het geven van vertoningen toegankelijk voor personen jonger dan zestien jaar regelen ter bescherming van de goede zeden.'

135 Wet op de Filmvertoningen, Stb. 1977, 170.

volgens de meerderheid van de Staatscommissie overbodig. Verruiming van de huidige reikwijdte van de bepaling tot (schadelijke) uitingen in zijn algemeenheid, is volgens deze leden onwenselijk. Een belangrijk bezwaar tegen een dergelijke verruimde uitzonderingsbepaling is erin gelegen dat deze gebruikt kan worden om kinderen te beschermen tegen het ontvangen van welke informatie dan ook die voor hen schadelijk wordt geacht. Dit kan al snel leiden tot een vergaande beperking van de uitingsvrijheid en de vrijheid om informatie te ontvangen. De bezwaren tegen een verruimde uitzonderingsregeling gelden sterker indien deze gepaard gaat met een ruimere competentieregeling. Het is onwenselijk dat bij een bepaling die een zo ruime reikwijdte heeft, het maken van een beperking van de uitingsvrijheid wordt overgelaten aan een ander orgaan dan de wetgever, zoals een individuele minister of andere bestuursorganen.

Een minderheid van de Staatscommissie[136] is wel voorstander van opneming van een verruimde uitzonderingsbepaling voor de bescherming van minderjarigen. Naar het oordeel van deze minderheid moet bescherming van minderjarigen mogelijk zijn tegen allerlei soorten schadelijke uitingen. De beperking tot 'vertoningen' in het huidige artikel 7, lid 3, Grondwet is in het licht van de technologische ontwikkelingen als verouderd te beschouwen.
Wat betreft bescherming van minderjarigen tegen schadelijke uitingen is volgens deze leden denkbaar dat bijvoorbeeld ter zake van internetgebruik op scholen specifieke restricties nodig zijn. In de praktijk blijkt behoefte aan zekere belemmeringen van de vrijheid om informatie te ontvangen. Het is duidelijk dat die belemmeringen per leeftijdsgroep verschillend kunnen zijn.
Volgens deze minderheid zou daarom aan het voorgestelde artikel 7 Grondwet een lid met de volgende uitzonderingsbepaling moeten worden toegevoegd:

De wet kan regels stellen ter bescherming van minderjarigen.

De minderheid stelt hierbij voorop dat de door deze uitzonderingsbepaling mogelijk gemaakte beperkingen in geen geval een stelsel van voorafgaand verlof mogen inhouden. Dat zou de waarborg van artikel 7, lid 1, Grondwet ondermijnen.

136 De leden De Lange, Oomen, Overkleeft-Verburg en De Vries.

8.4.6 Handelsreclame

Handelsreclame is momenteel uitgesloten van grondwettelijke bescherming als gevolg van artikel 7, lid 4, Grondwet.[137]

De Staatscommissie beveelt aan om de uitsluiting van handelsreclame op te heffen.

De meerderheid is van mening dat volstaan kan worden met het doen vervallen van het vierde lid van artikel 7 Grondwet, zodat handelsreclame onder de bescherming van het eerste lid valt. Dit is naar de mening van deze leden in overeenstemming met de reikwijdte van de door artikel 10 EVRM beschermde vrijheid van meningsuiting. Het onderscheid tussen handelsreclame en andere uitingen, zoals ideële reclame of voorlichting, is volgens deze leden bovendien niet altijd gemakkelijk te maken. Opmerking verdient dat beperkingen bij formele wet van handelsreclame op grond van het voorgestelde artikel 7, lid 1, Grondwet mogelijk blijven. Ingevolge de voornoemde verspreidingsjurisprudentie bestaan ter zake van handelsreclame dezelfde mogelijkheden tot verspreidingsbeperking als voor andere uitingen. Grenzen daaraan vloeien vanzelfsprekend voort uit de voorgestelde algemene beperkingsclausule. De Staatscommissie wijst erop dat door de toepasselijkheid van artikel 7, lid 1, Grondwet op handelsreclame de Grondwet een nieuwe situatie schept voor – onder anderen - de wetgever. (Uitvoerings)regelingen die nu zijn vervat in algemene maatregelen van bestuur en ministeriële regelingen, zullen onder het nieuwe regime in een formele wet moeten worden opgenomen of zullen vervallen. Naar de mening van de Staatscommissie is dit echter niet onoverkomelijk. Van een deel van de regelingen die reclame raakt kan bovendien worden aangenomen dat dit niet per se onder de bescherming van artikel 7 Grondwet valt. Te denken valt aan voorschriften inzake de etikettering ter bescherming van de volksgezondheid.

Enkele leden[138] delen het standpunt dat de uitsluiting van handelsreclame in het vierde lid van artikel 7 Grondwet moet vervallen, maar zijn van oordeel dat de categorie handelsreclame in artikel 7 Grondwet een zelfstandige regeling behoeft, die zowel de inhoud als de verspreiding betreft. Handelsreclame vormt een specifieke categorie binnen de uitingsvrijheid door het commerciële oogmerk ervan. Beperkingen met betrekking tot de inhoud en vorm zien vooral op het tegengaan van oneerlijke handelspraktijken, gezondheids- en consumenten-

137 Huidige artikel 7, lid 4, Grondwet: 'De voorgaande leden zijn niet van toepassing op het maken van handelsreclame.'

138 De leden Oomen, Overkleeft-Verburg en De Vries.

bescherming. De regulering van handelsreclame is grotendeels uitvoering van Unierecht. Beperkingen inzake verspreiding van handelsreclame betreffen vooral eisen van welstand en van planologische/ bouwkundige aard. Dit naast beperkingen in gemeentelijke verordeningen met het oog op afvalbeperking (milieu) en openbare orde-aspecten.

Deze leden verwijzen voor hun standpunt naar de jurisprudentie van het EHRM inzake artikel 10 EVRM. Wat de mate van bescherming en de daaraan te stellen beperkingen betreft, maakt dit Hof uitdrukkelijk onderscheid tussen handelsreclame (*commercial speech*) en andere typen meningsuitingen.[139] Uit deze jurisprudentie blijkt dat het Hof voor eerstgenoemde categorie uitgaat van een ruimere '*margin of appreciation*' en verdergaande beperkingen accepteert dan bij '*ideas*' of '*information*' het geval is. Het Hof van Justitie heeft het EHRM in deze rechtspraak gevolgd en onderscheidt dus eveneens tussen een commercieel gebruik van de vrijheid van meningsuiting - in het bijzonder reclame - en uitingen die een bijdrage leveren aan een debat van algemeen belang.[140] In eerstgenoemde gevallen toetst dit Hof slechts of de inmenging redelijk en evenredig is. Deze rechtspraak is inmiddels verankerd in het EU-Handvest, waarin naast de vrijheid van meningsuiting in artikel 11, tevens de rechten op gezondheidsbescherming (artikel 35) en consumentenbescherming (artikel 38) zijn gewaarborgd.

Uit een analyse van de jurisprudentie blijkt, dat de afbakening door de (bestuurs) rechter van wat als handelsreclame geldt, mede in relatie tot – onder het eerste lid van artikel 7 Grondwet vallende – vormen van 'ideële reclame' en voorlichting, geen bijzondere problemen oplevert.[141]

---

139 Zie in het bijzonder de volgende uitspraken: EHRM 20 november 1989, Markt Intern Verlag GMBH en Klaus Beermann v. Duitsland, nr. 10572/83, EHRM 28 maart 1990, Groppera Radio AG v. Zwitserland, nr. 10890/84, EHRM 24 februari 1994, Casado Coca v. Spanje, nr. 15450/89 en EHRM 28 juni 2001, Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) v. Zwitserland, nr. 32772/02, NJ 2002, 181.

140 Zie de belangrijke conclusie van A-G Fennelly bij het arrest van het HvJ 5 oktober 2000, nr. C-376/98 (Duitsland v. Europees Parlement en Raad van de Europese Unie) (reclame en sponsoring voor tabaksproducten), HvJ 25 maart 2004, nr. C-71/02 (Herbert Karner v. Troostwijk) en HvJ 2 april 2009, nr. C-421/07 (Anklagemyndigheden v. Frede Damgaard) (reclame geneesmiddelen). Vgl. de verwijzing in de conclusie van A-G Ruiz-Jarabo Colomer in de laatstgenoemde zaak naar de jurisprudentie van het Supreme Court van de VS onder het First Amendment, waarin '*commercial speech*' op een lager niveau wordt beschermd dan andere vormen van expressie (Bolger v Youngs Drug Products Corp. 463 U.S. 60 (1983)).

141 Wat de inhoud betreft is de jurisprudentie inzake handelsreclame tamelijk beperkt. Een beroep op het ideële karakter van de inhoud van de reclame komt nauwelijks voor. Een uitzondering is het arrest HR 25 oktober 2005, LJN: AU2030, JOL 2005, 604 (plakken van posters voor culturele evenementen is reclame). Zie met betrekking tot de afbakening van uitingsvrijheid en handelsreclame (artikel 7, lid 1 en lid 4, Grondwet) het arrest HR 21 maart 2000, LJN: AA5201, NJ 2000, 482 (verkoop posters met reproducties van aquarellen en afbeeldingen van foto's, al dan niet met teksten), waarin de regel van een zeer ruime uitleg van het eerste lid is geformuleerd. Voor de afbakening van handelsreclame en voorlichting zijn in het bijzonder de volgende arresten illustratief: HR 15 oktober 2002, LJN: AE6874, en HR 25 november 2003, LJN: AM0244, IER 2004, 37, NS 2004, 22, beide betreffende de toepassing van het Reclamebesluit Geneesmiddelen.

In het licht van het voorgaande adviseren deze leden om het huidige vierde lid van artikel 7 Grondwet te vervangen door de volgende bepaling:

> Handelsreclame is vrij behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen.

Met deze bepaling vervalt de uitsluiting van handelsreclame in het huidige vierde lid van artikel 7 Grondwet en wordt deze categorie van reclame-uitingen weer onder de vrijheid van meningsuiting begrepen, echter onder uitsluiting van het verbod op voorafgaand verlof in het eerste lid en onderworpen aan een bijzondere beperkingsclausule.
De keuze voor een ruimere beperkingsclausule dan onder het eerste lid het geval zou zijn, baseren deze leden op de volgende overwegingen. Regelingen inzake handelsreclame delen enkele bijzondere karakteristieken, want ze zijn dikwijls complex en uitvoerig[142], terwijl de grens tussen beperkingen van inhoud en van verspreiding soms vloeiend is. Om die reden is een verplichting tot een beperking bij formele wet niet steeds goed uitvoerbaar. Door de opneming van een delegatiebevoegdheid in de beperkingsclausule kan de huidige systematiek van een getrapte regeling van handelsreclame via wet, amvb en/of ministeriële regeling dan wel gemeentelijke verordening behouden blijven. In aanvulling op deze competentiebepaling waarborgt de algemene beperkingsgrondslag de inhoud van de grondrechtelijke bescherming inzake handelsreclame.

8.4.7 Toelichting bij het tweede lid (vrijheid tot het ontvangen van informatie)

Het voorgestelde tweede lid garandeert de vrijheid om informatie - waaronder gedachten en meningen, maar ook zogeheten feitelijke mededelingen - te ontvangen. Deze informatie kan men ontvangen door middel van televisie, radio, internet, enzovoort. Deze vrijheid moet, conform de rechtspraak van het EHRM over het door artikel 10 EVRM beschermde recht om informatie te ontvangen, ruim worden uitgelegd. Ook het ontvangen van informatie door middel van, bijvoorbeeld, schotelantennes kan hieronder worden begrepen. Datzelfde geldt volgens de meerderheid van de Staatscommissie ook voor het zoeken van informatie bijvoorbeeld via internet.

142 Zie ter illustratie het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft.

Het tweede deel van lid 2 brengt mee dat de wet aan het ontvangen van informatie beperkingen kan stellen. Dit betekent dat alleen de formele wetgever beperkingen kan stellen; er is geen mogelijkheid tot delegatie. Ingevolge de door de Staatscommissie voorgestelde aanvullende beperkingsclausule (zie hoofdstuk 6) mogen deze beperkingen niet verder gaan dan het doel ervan vereist en mogen zij de kern van het recht niet aantasten.
Het tweede lid beschermt uitdrukkelijk de ontvangst, dus niet het openbaren of verstrekken. Dat laatste valt onder het eerste lid.

Twee leden[143] zijn van mening dat het tweede lid van het voorgestelde artikel 7 Grondwet uitdrukkelijk het garingsrecht moet vermelden. De vermelding van vergaren naast ontvangen zorgt er volgens deze leden voor dat de bepaling, naast de passieve ontvangstvrijheid, ook de actieve ontvangstvrijheid expliciet benoemt en beschermt. Er is immers veel informatie die (nog) niet gezonden wordt, maar die berust bij instanties, in bibliotheken of in archieven en die actief moet worden opgespoord. Daarvan te kunnen kennisnemen behoort binnen wettelijke en redelijke grenzen ook tot de voorwaarden voor het kunnen uitoefenen van het recht van vrije meningsuiting.[144] De leden benadrukken dat dit niet alleen geldt voor journalisten maar voor alle burgers, zoals wetenschappelijke onderzoekers die inlichtingen van de overheid vragen zonder het oogmerk de verkregen informatie meteen wereldkundig te maken.[145] In het naast elkaar plaatsen van 'vergaren en ontvangen' mag men volgens deze leden geen absoluut afdwingbaar recht zien op de vergaring van informatie respectievelijk een plicht tot de verschaffing van informatie. Gezien de aard van de problematiek zou de beperkingsclausule ruimer moeten zijn dan die voor het ontvangen van informatie. Er kan worden gedacht aan een formulering zoals in het voorstel uit het rapport Cals-Donner: 'Bij of krachtens de wet kan het recht om inlichtingen te vergaren worden beperkt'.[146]

143 De leden Oomen en de Vries.

144 Zie artikel 5 Duitse grondwet: '*(1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten.*' Artikel 19, lid 2, IVBPR luidt: 'Eenieder heeft het recht op vrijheid van meningsuiting; dit recht omvat mede de vrijheid inlichtingen en denkbeelden van welke aard ook te garen, te ontvangen en door te geven, ongeacht grenzen, hetzij mondeling, hetzij in geschreven of gedrukte vorm, in de vorm van kunst, of met behulp van andere media naar zijn keuze.'

145 Staatscommissie Cals/Donner, Tweede Rapport (1969), 71.

146 De Staatscommissie Cals/Donner, Tweede Rapport (1969), stelde voor: 'Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om door geschrift gedachten of gevoelens te openbaren, of om inlichtingen te garen, te ontvangen en door te geven, onverminderd (...). Bij of krachtens de wet kan het recht om inlichtingen te garen worden beperkt.' De kersverse Staatsregeling van Sint Maarten bepaalt in hoofdstuk II, artikel 8, lid 5: 'Niemand heeft voorafgaand verlof nodig om inlichtingen te garen of te ontvangen, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens landsverordening. Bij of krachtens landsverordening kan het recht om inlichtingen te vergaren worden beperkt.'

8.4.8 Toelichting bij het derde lid (pluriformiteit en media)

De Staatscommissie heeft in haar discussies over de bescherming van de vrije meningsuiting ook de pluriformiteit van de media betrokken. Daarbij speelt de vraag welke de rol van de overheid hierin is en of deze in de Grondwet tot uitdrukking moet komen.

Dat de vrijheid van meningsuiting een jegens de overheid afwerende functie heeft, is onbetwist. De vrijheid van meningsuiting beschermt de burger in de eerste plaats tegen bemoeienis van de overheid. Daarnaast wordt uit het recht wel een zorgplicht afgeleid voor de overheid om effectieve uitoefening van het recht mogelijk te maken. Deze kan de vorm hebben van een opdracht aan de overheid om, indien nodig, maatregelen te nemen om de uitoefening van deze vrijheid mogelijk te maken en inbreuken daarop door anderen tegen te gaan. Verder gaat het om optreden van de overheid dat erop is gericht mededingingsverstoringen in de informatiemarkt tegen te gaan of om de pluriformiteit actief te beschermen. Daarvoor bestaat niet alleen een economisch georiënteerde rechtvaardiging – het voorkomen van monopolievorming – maar kan ook een argument van culturele en zelfs staatkundige aard bestaan: veelvormigheid van media- en uitingsvormen kan een vitale uitwisseling van opvattingen, ideeën en standpunten bevorderen en daarmee een bijdrage leveren aan een 'levende democratie'. Verlening van steun aan de pers of het European Media Initiative, een vorm van Europese steunverlening voor bepaalde media zoals de filmindustrie, is daarvan een voorbeeld.

De Staatscommissie is gelet op het voorgaande van oordeel dat ten behoeve van een 'levende democratie' pluriformiteit van de media wenselijk is.
Binnen de Staatscommissie bestaan uiteenlopende meningen over de vraag of, en zo ja in hoeverre, de overheid een rol zou moeten spelen bij het behoud of de bescherming van de pluriformiteit van de media.
De Staatscommissie is zich ervan bewust dat een bepaling omtrent bescherming van de pluriformiteit van het informatieaanbod ertoe kan leiden dat de overheid zich actief en inhoudelijk gaat bemoeien met allerlei vormen van informatieaanbod via verschillende media, en dat de overheid daarnaast of daarbij gaat bepalen welke soorten pluriformiteit wel en niet gewenst of aanvaardbaar zijn. Voorts is het in eerste instantie een zorg van de samenleving – van de burgers zelf – om de pluriformiteit van meningen en gezichtspunten levend te houden. Gelet op het gevaar dat is verbonden aan een grondwettelijk vastgelegde plicht tot overheidsoptreden in het kader van de vrijheid van meningsuiting, en gelet op het gebrek aan een aangetoonde noodzaak voor een dergelijk optreden, acht zij het onwenselijk om een bepaling in de Grondwet op te nemen, die de

overheid actief verplicht tot optreden. Wel meent zij dat het wenselijk is dat de Grondwet uitdrukking geeft aan de betekenis die pluriformiteit van de media kan hebben of heeft. De Staatscommissie gebruikt daartoe de term 'eerbiediging' in het door haar voorgestelde derde lid.

8.5 Artikel 10 Grondwet (eerbiediging persoonlijke levenssfeer en bescherming persoonsgegevens)

8.5.1 Huidige bepaling

Het huidige artikel 10 Grondwet luidt:

> 1. Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer.
> 2. De wet stelt regels ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens.
> 3. De wet stelt regels inzake de aanspraken van personen op kennisneming van over hen vastgelegde gegevens en van het gebruik dat daarvan wordt gemaakt, alsmede op verbetering van zodanige gegevens.

8.5.2 Aanleiding tot herziening

Het huidige artikel 10 Grondwet koppelt de regels met betrekking tot de registratie van persoonsgegevens (lid 2 en 3) aan die met betrekking tot de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (lid 1). De Staatscommissie is van mening dat beide onderwerpen beter tot hun recht komen wanneer de bepaling wordt gesplitst in een bepaling inzake het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en een bepaling inzake het recht op bescherming van persoonsgegevens. Verschillende argumenten liggen hieraan ten grondslag. Deze komen in de volgende paragrafen aan bod.

8.5.3 Verzelfstandiging van recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer

De bescherming van de persoonlijke levenssfeer beheerst veel meer terreinen van het privéleven van de mens dan alleen de bescherming tegen onrechtmatige registratie van persoonsgegevens. Een zelfstandige bepaling verwoordt beter de aparte waarde van het recht op persoonlijke levenssfeer. Dit generieke recht beschermt bovendien ook de aspecten die geen bescherming vinden in de specifiekere privacygrondrechten (artikelen 11, 12 en 13 Grondwet). Dat wordt zichtbaarder gemaakt door dit recht zelfstandig te beschermen en enige deelaspecten of gerelateerde rechten (zoals de bescherming van persoonsgegevens) in afzonderlijke bepalingen onder te brengen. De Staatscommissie adviseert

dan ook om het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de Grondwet ongewijzigd te laten en wel als een zelfstandige bepaling:

> Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer.

De Staatscommissie herinnert eraan dat zij een algemene aanvullende beperkingsclausule heeft voorgesteld in hoofdstuk 6. Indien de grondwetgever deze aanbeveling opvolgt, is die clausule ook van toepassing op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer. Dit betekent dat een beperking van dat recht niet alleen bij of krachtens de wet moet zijn voorzien, maar ook dat de beperking evenredig moet zijn aan het beoogde doel en dat de kern van het recht moet worden geëerbiedigd.

8.5.4 Verzelfstandiging en herziening recht op bescherming van persoonsgegevens

De Staatscommissie adviseert om het huidige lid 2 en lid 3 van artikel 10 Grondwet te schrappen en een zelfstandig recht op bescherming van persoonsgegevens in de Grondwet op te nemen. Aan deze aanbeveling liggen verschillende overwegingen ten grondslag.

Ten eerste is de huidige tekst van artikel 10 Grondwet mede afgestemd op de ontwikkeling van wetgeving betreffende persoonsregistraties. De verschillende leden van artikel 10 zijn om die reden nu nog op elkaar betrokken. Dit is te lezen in lid 2: 'De wet stelt regels ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer in verband met het vastleggen en verstrekken van persoonsgegevens'. De huidige regelingsopdracht in de Grondwet is daarom beperkt tot de verwerking van persoonsgegevens die de privacy raken. Door een aparte grondwetsbepaling te wijden aan de bescherming van persoonsgegevens komt duidelijker tot uitdrukking dat de bescherming van persoonsgegevens niet alleen is gekoppeld aan de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Gegevensverwerking kan immers ook gerelateerd zijn aan of botsen met andere grondrechten, zoals de vrije meningsuiting (met name de persvrijheid) en het discriminatieverbod.

In de tweede plaats heeft de rechtsontwikkeling op het niveau van de Raad van Europa en de Europese Unie ertoe geleid dat het recht op gegevensbescherming als zelfstandig grondrecht naast het grondrecht ter bescherming van het privéleven is komen te staan. De Raad van Europa heeft het recht op gegevensbescherming uitgewerkt in het Europese Dataverdrag van 1981, naast de artikelen 8 en 10 EVRM (en, door het EHRM, in de jurisprudentie ter zake).

De Europese Unie heeft, naast het artikel 7 EU-Handvest, dat het privéleven beschermt, de gegevensbescherming uitgewerkt in een apart artikel 8 EU-Handvest[147] en in de richtlijnen 95/46/EG en 2002/58/EG en de verordening nr. 45/2001. Gegevensbescherming en bescherming van het privéleven worden onder omstandigheden wel nog complementair ingeroepen.

Tot slot kan men stellen dat – als gevolg van de technologische ontwikkelingen, Europese samenwerking en globalisering – de omvang van de uitwisseling en verwerking van persoonsgegevens de laatste jaren explosief is gestegen. Een verzelfstandiging van het recht op bescherming van persoonsgegevens geeft volgens de Staatscommissie uitdrukking aan de toegenomen betekenis van de verwerking van persoonsgegevens en de wenselijkheid van een behoorlijke bescherming in de huidige samenleving.

De Staatscommissie stelt unaniem voor de huidige leden 2 en 3 van artikel 10 Grondwet om te vormen tot een zelfstandig grondrecht op bescherming van persoonsgegevens. Over de vormgeving bestaat verschil van inzicht. Hierna komt het voorstel van de meerderheid aan de orde. In paragraaf 8.5.9 volgt het voorstel van de minderheid.

8.5.5 Tekstvoorstel meerderheid

De meerderheid van de Staatscommissie[148] stelt de volgende bepaling voor:

Nieuw Artikel X

1. Ieder heeft recht op bescherming van zijn persoonsgegevens.
2. Persoonsgegevens worden alleen verwerkt voor welbepaalde doeleinden,
a. hetzij met toestemming van de betrokkene,
b. hetzij op grond van bij de wet te stellen regels.
3. Ieder heeft recht op inzage in de over hem verzamelde gegevens, op kennisneming van de verwerking van die gegevens, en op de verbetering van die gegevens, behoudens bij de wet gestelde beperkingen.

147 Deze bepaling luidt als volgt:
'Artikel 8
Bescherming van persoonsgegevens
1. Eenieder heeft recht op bescherming van de hem betreffende persoonsgegevens.
2. Deze gegevens moeten eerlijk worden verwerkt, voor bepaalde doeleinden en met toestemming van de betrokkene of op basis van een andere gerechtvaardigde grondslag waarin de wet voorziet. Eenieder heeft recht op toegang tot de over hem verzamelde gegevens en op rectificatie daarvan.
3. Een onafhankelijke autoriteit ziet toe op de naleving van deze regels.'

148 Het lid Overkleeft-Verburg neemt een minderheidsstandpunt in; zie paragraaf 8.5.9.

8.5.6 Toelichting op het eerste lid

Het eerste lid introduceert in de Grondwet een zelfstandig recht op bescherming van persoonsgegevens. Om de toegankelijkheid en consistentie te vergroten en om te waarborgen dat de bepaling goed aansluit bij de Nederlandse praktijk, is daarbij – door het gebruik van de term 'persoonsgegevens' – aangesloten bij de huidige terminologie van de Grondwet (artikel 10, lid 2 en 3) en de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp).[149]

8.5.7 Toelichting op het tweede lid

Het tweede lid stelt de vereisten voor de verwerking van persoonsgegevens. Onder verwerking van persoonsgegevens wordt in lijn met de Wbp begrepen 'elke handeling of elk geheel van handelingen met betrekking tot persoonsgegevens, waaronder in elk geval het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiding of enige andere vorm van terbeschikkingstelling, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwissen of vernietigen van gegevens' (artikel 1, aanhef en sub b, Wbp).

Het tweede lid brengt mee dat, behoudens verwerking van persoonsgegevens met toestemming van de betrokkene, gegevens enkel kunnen worden verwerkt wanneer daarvoor een wettelijke grondslag bestaat. De evenvermelde meerderheid van de Staatscommissie adviseert – zoals ook in de voorgestelde tekst tot uitdrukking komt ('bij de wet te stellen regels') – om de verwerking van gegevens niet enkel bij wet mogelijk te maken, maar ook delegatie toe te staan.

Deze meerderheid van de Staatscommissie adviseert bovendien om een extra waarborg in de Grondwet op te nemen. Daartoe bevat het tweede lid de eis dat gegevens enkel kunnen worden verwerkt voor welbepaalde doeleinden. Dit betekent dat een precies doel moet worden aangegeven voor de verwerking van gegevens en dat degene die gegevens opslaat, zich moet houden aan het doel waarvoor hij de gegevens heeft opgeslagen.

149 De Wet bescherming persoonsgegevens definieert persoonsgegevens als 'elk gegeven betreffende een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon' (artikel 1, aanhef en sub a, Wbp).

Hoewel doelbinding in de praktijk volgens sommigen aan uitholling onderhevig lijkt te zijn, kiest de meerderheid van de Staatscommissie er bewust voor om de eis van doelbinding grondwettelijk te verankeren. Ten eerste is de eis van doelbinding internationaal en algemeen aanvaard. Ten tweede leidt feitelijke uitholling van dit vereiste niet automatisch tot vermindering van het belang ervan. Het vereiste biedt extra bescherming bij de verwerking van gegevens en verdient juist daarom opneming.

Ten slotte vormt de door de Staatscommissie voorgestelde algemene aanvullende beperkingsclausule (hoofdstuk 6) een waarborg ter bescherming van het recht op bescherming van persoonsgegevens.

8.5.8 Toelichting op het derde lid

Het derde lid verwoordt het recht op inzage en verbetering van de verzamelde gegevens en van de verdere verwerking van deze gegevens. De terminologie sluit aan bij de huidige grondwetsbepaling en de gebruikelijke terminologie uit de relevante nationale wetgeving. Beperkingen van het recht op inzage en verbetering zijn alleen toegestaan indien de formele wetgever ze stelt. Ten opzichte van het huidige derde lid van artikel 10 Grondwet betekent dit in zoverre een bevestiging van de huidige rechtsbescherming in de praktijk. De door de Staatscommissie voorgestelde algemene aanvullende beperkingsclausule (hoofdstuk 6) zorgt voor additionele rechtsbescherming door beperkingen inhoudelijk te normeren.

8.5.9 Tekstvoorstel minderheid

Een lid van de Staatscommissie[150] stelt voor een nieuw artikel betreffende de bescherming van persoonsgegevens een andere tekst voor, luidende als volgt:

> 1. Eenieder heeft recht op bescherming van zijn persoonsgegevens.
> 2. De verwerking van persoonsgegevens wordt geregeld bij en krachtens de wet.
> 3. De wet stelt regels inzake de rechten van betrokkenen op kennisneming en verbetering van over hen vastgelegde gegevens, alsmede over hun aanspraak op kennisneming van de verwerking hiervan.

Dit lid licht deze bepaling uitgebreid toe in bijlage Ib.

150 Het lid Overkleeft-Verburg.

8.6 Artikel 13 Grondwet (vertrouwelijke communicatie)

8.6.1 Huidige bepaling

Het huidige artikel 13 Grondwet luidt:

> 1. Het briefgeheim is onschendbaar, behalve, in de gevallen bij de wet bepaald, op last van de rechter.
> 2. Het telefoon- en telegraafgeheim is onschendbaar, behalve, in de gevallen bij de wet bepaald, door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen.

8.6.2 Aanleiding tot herziening

De Staatscommissie adviseert om het huidige artikel 13 Grondwet over enerzijds het huidige briefgeheim en anderzijds het telefoon- en telegraafgeheim te herzien met oog op uitbreiding van de bescherming van communicatie buiten de nu in de Grondwet genoemde middelen. Niet alleen bestaan er tegenwoordig meer communicatiemiddelen dan die in artikel 13 Grondwet genoemde, ook gebruikt men de nieuwe communicatiemiddelen, zoals e-mail en andere internet-toepassingen op het gebied van communicatie, vaker dan de klassieke brief. De telegraaf wordt zelfs vrijwel nooit meer gebruikt.
De Staatscommissie is van mening dat het belang van de bescherming van het hier aan de orde zijnde grondrecht is dat men in een democratische samenleving vertrouwelijk met elkaar moet kunnen communiceren,[151] zonder de angst dat de overheid meeluistert. Dat belang weegt tegenwoordig des te zwaarder, omdat de overheid meer middelen en mogelijkheden heeft gekregen om communicatie af te luisteren en af te tappen.

8.6.3 Voorgesteld nieuw artikel 13 Grondwet (meerderheid)

De meerderheid van de Staatscommissie[152] doet tegen de zojuist geschetste achtergrond de aanbeveling om het huidige onderscheid tussen de communicatiemiddelen op te heffen en de meer (techniek)neutrale term 'communicatie' te gebruiken. Zowel traditionele als nieuwe vormen van communicatie vallen naar de mening van deze meerderheid onder de bescherming van dit recht.
In lijn met de opvatting over de kern van de bescherming geldt dat niet alleen communicatie met gebruik van middelen, maar ook communicatie zonder

151 Vgl. Rapport Grondrechten in het digitale tijdperk (2000), p. 155.
152 Het lid Overkleeft-Verburg is weliswaar ook voorstander van herziening van artikel 13 Grondwet, maar stelt een andere bepaling voor; zie paragraaf 8.6.6.

gebruik van middelen (live-gesprek) moet worden beschermd.
Deze meerderheid stelt voor artikel 13 Grondwet als volgt te herzien:

1. Ieder heeft recht op vertrouwelijke communicatie.
2. Beperking van dit recht is alleen mogelijk
a. in gevallen bij de wet bepaald, met machtiging van de rechter of
b. in het belang van de nationale veiligheid door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen.

8.6.4 Toelichting op het eerste lid (recht op vertrouwelijke communicatie)

Het eerste lid van de door de meerderheid van de Staatscommissie voorgestelde bepaling richt zich op de bescherming van vertrouwelijke communicatie. Dit betekent dat de overheid geen kennis mag nemen van de inhoud van vertrouwelijke communicatie, ongeacht of deze communicatie verloopt via een middel, zoals een brief, telefoon of e-mail, of plaatsvindt door een vertrouwelijk live-gesprek.
Het gaat in beide gevallen om communicatie die objectief gezien als vertrouwelijk moet worden gekwalificeerd en waarbij een redelijke verwachting van vertrouwelijkheid kan bestaan bij degene die communiceert. Zo kunnen in een privéruimte gevoerde gesprekken worden geacht vertrouwelijk te zijn. Wat betreft communicatie via een middel hangt de redelijke verwachting af van de aard van het communicatiemiddel en van de maatschappelijke standaarden over de vraag of een bepaald communicatiemiddel naar zijn aard als vertrouwelijk kan worden beschouwd.[153]

De bescherming van het recht op vertrouwelijke communicatie is beperkt tot de communicatiefase, dat wil zeggen vanaf het moment dat de afzender zijn bericht verstuurt tot het moment dat het bericht de ontvanger bereikt.
Voor middellijke vormen van communicatie (dat wil zeggen andere vormen van communicatie dan het 'live-gesprek') geldt dat (in beginsel) steeds een derde nodig is voor het transport van het bericht. Vroeger was dat de overheid (PTT), tegenwoordig zijn dat voornamelijk privé-instanties, zoals private post- en telefoonbedrijven en internetaanbieders. De bescherming van communicatie binnen de communicatiefase betekent dat het voorgestelde artikel 13 Grondwet communicatie beschermt die aan derden is toevertrouwd voor transport.
De inhoud van de communicatie buiten het transport valt buiten deze bescherming. Dit betekent mede dat indien de correspondentie is ontvangen, maar niet geopend, de correspondentie niet meer onder de bescherming van artikel 13

153 Vgl. Rapport Grondrechten in het digitale tijdperk (2000), p. 155.

Grondwet valt. Artikel 10 Grondwet (bescherming van de persoonlijke levenssfeer) of artikel 12 Grondwet (huisrecht) kunnen nog wel bescherming bieden. Anders gezegd: indien de overheid bij de transporteur (de derde) wenst kennis te nemen van de inhoud van een bericht, treedt de bescherming van artikel 13 Grondwet in werking. Wil de overheid kennisnemen van de inhoud bij de afzender of de ontvanger van de correspondentie, dan geldt de bescherming van artikelen 10 of 12 Grondwet.[154]
Verder verdient opmerking dat de zogenoemde verkeersgegevens niet onder het voorgestelde artikel 13 Grondwet vallen; zie paragraaf 8.7.

8.6.5 Toelichting op het tweede lid (beperkingen)

Het tweede lid van de door de meerderheid voorgestelde bepaling stelt beperkingen op de bescherming van vertrouwelijke communicatie, zonder onderscheid tussen de gebruikte communicatiemiddelen.

De evenvermelde meerderheid van de Staatscommissie kiest als uitgangspunt dat een beperking alleen is toegestaan wanneer die een wettelijke grondslag heeft en na machtiging van de rechter. Dit is neergelegd in het voorgestelde onderdeel a van lid 2. Aangezien wetgeving geen verder onderscheid maakt tussen de – in het huidige artikel 13 Grondwet gebruikte – termen last en machtiging, gebruikt deze meerderheid hier de term machtiging. De voorgestelde formulering houdt – ten opzichte van de huidige regeling – een aanpassing in van de competentieregeling, in die zin dat steeds een machtiging van de rechter vereist is. Dit leidt tot een verhoging van het beschermingsniveau voor alle vormen van communicatie, behalve voor de brief. Onder de voorgestelde regeling kunnen namelijk alle communicatiemiddelen slechts bij de wet worden beperkt en slechts na machtiging van de rechter. Delegatie is niet toegestaan. Deze beperkingsbepaling heeft gevolgen voor de huidige competentieregelingen met betrekking tot telefoonverkeer, omdat, naast een wettelijke basis, ook steeds machtiging van de rechter vereist is. Voor alle andere communicatiemiddelen die nu niet onder de bescherming van artikel 13 Grondwet vallen, maar wellicht wel onder de bescherming van artikel 8 EVRM, geldt als uitgangspunt dat steeds een wettelijke grondslag en rechterlijke machtiging zijn vereist. Deze voorwaarden voor beperking van het grondrecht zijn strikter dan de vereisten onder de bescherming van artikel 8 EVRM.

Het voorgestelde onderdeel a van lid 2 houdt in dat bij uitzondering een beperking van het grondrecht in het belang van de nationale veiligheid geoor-

154 Vgl. Kabinetsreactie op het Rapport Grondrechten in het digitale tijdperk, Kamerstukken II 2000/01, 27 460, nr. 1, p. 25-26.

loofd kan zijn door of met machtiging van hen die daartoe bij de wet zijn aangewezen.

In alle gevallen geldt ten slotte dat de door de Staatscommissie voorgestelde algemene aanvullende beperkingsclausule (zie hoofdstuk 6) materiële voorwaarden stelt aan beperkingen.

8.6.6 Voorgesteld nieuw artikel 13 Grondwet (minderheid)

Een lid van de Staatscommissie[155] heeft bezwaren tegen het gebruik van de termen 'vertrouwelijk' en 'communicatie' in de voorgestelde formulering van de reikwijdte van artikel 13 Grondwet. Zij stelt een alternatieve bepaling voor die luidt:

> 1. Het briefgeheim is onschendbaar, behalve in de gevallen bij de wet bepaald, op last van de rechter.
> 2. Het telecommunicatiegeheim is onschendbaar, behalve in de gevallen bij de wet bepaald, door of met machtiging van hen die daartoe door de wet zijn aangewezen.
> 3. Ieder heeft recht op vrijwaring van heimelijke opneming van mondeling gevoerde gesprekken, behoudens bij de wet te stellen beperkingen, door of met machtiging van hen die daartoe door de wet zijn aangewezen.
> 4. Verkeersgegevens zijn geheim, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen.

Dit lid licht deze bepaling uitgebreid toe in bijlage Ic.

155 Het lid Overkleeft-Verburg.

8.7 Verkeersgegevens

Een bijzonder aspect van het recht op bescherming van persoonsgegevens, het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en het recht op vertrouwelijke communicatie vormen de verkeersgegevens. Dit zijn de verbindingsgegevens over (vaak elektronische) communicatie, zoals gegevens over wie met wie contact opneemt en gegevens over wanneer en hoe dat gebeurt. Verkeersgegevens zijn daarmee gegevens over het transport van de communicatie, die inzicht geven in communicatiepatronen. De actualiteit en het belang van dit onderwerp zijn benadrukt door de discussie rondom de Richtlijn Dataretentie.[156]

Verkeersgegevens houden nauw verband met de communicatie, waardoor er een duidelijke relatie bestaat met artikel 13 Grondwet. De Staatscommissie heeft echter in paragraaf 8.6 voorstellen gedaan die de inhoud van vertrouwelijke communicatie (gedurende het communicatietraject) beschermen tegen overheidsinmenging. Zij heeft daarbij niet de bescherming van het verbindingskanaal als zodanig op het oog. De Staatscommissie meent in meerderheid dat de bescherming van verkeersgegevens, afhankelijk van de omstandigheden, moet worden ondergebracht onder het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer (voorgestelde artikel 10 Grondwet; zie paragraaf 8.5.3) of onder het recht op bescherming van persoonsgegevens (voorgestelde artikel X Grondwet; zie paragraaf 8.5.4). In geval van samenloop is het recht van toepassing dat de meeste bescherming biedt. Zowel het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer als het recht op bescherming van persoonsgegevens biedt – in de voorstellen van de Staatscommissie – een sterkere bescherming voor verkeersgegevens ten opzichte van de huidige situatie. Deze sterkere bescherming betreft de competentievoorschriften en de doelcriteria waaraan beperkingen van deze rechten mede moeten voldoen.

De meerderheid van de Staatscommissie acht het niet noodzakelijk en praktisch onwerkbaar om voor opvraging van verkeersgegevens steeds een rechterlijke machtiging te vereisen, zoals wel nodig zou zijn voor beperking van het recht op vertrouwelijke communicatie zoals vervat in het door de Staatscommissie voorgestelde artikel 13 Grondwet.

Een lid van de Staatscommissie[157] neemt op dit punt een minderheidsstandpunt in; zie paragraaf 8.6.6 en bijlage Ic.

156 De discussie betrof de bewaartermijn van telecommunicatiegegevens en speelde voornamelijk rondom de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens van 18 juli 2009, ter implementatie van Richtlijn 2006/24/EG (Dataretentierichtlijn), Stb. 333 (wijziging Telecommunicatiewet en WED) en het in 2009 bij de Tweede Kamer ingediende Wetsvoorstel tot wijziging van de Telecommunicatiewet in verband met de aanpassing van de bewaartermijn voor telecommunicatiegegevens met betrekking tot internettoegang, e-mail over het internet en internettelefonie, Kamerstukken II 2009/10, 32 185, nrs. 1-3.

157 Het lid Overkleeft-Verburg.

8.8 Toegang tot documenten

Drie leden van de Staatscommissie[158] zijn van mening dat de toegang tot informatie onvoldoende in de Grondwet is gewaarborgd. De beschikbaarheid van overheidsinformatie in het publieke domein is een kernelement van de democratische rechtsstaat. Deze beschikbaarheid is niet alleen van belang met het oog op een democratische besluitvorming, maar ook om overheidsbesluiten te kunnen controleren en de integriteit van het bestuur te bewaken.[159] De openbaarheid van bestuur, die in het digitale tijdperk veel ruimere mogelijkheden kent, staat mede ten dienste van het vergaren van informatie door de pers.[160] Die kan zijn maatschappelijke rol slechts vervullen indien de overheid voldoende transparant is. Toegang tot informatie is essentieel voor het publieke debat. Vandaar dat dit recht steeds sterker een grondrechtendimensie krijgt. In recente jurisprudentie leidt het EHRM een recht op toegang tot documenten af uit zowel artikel 10 EVRM (de vrijheid van meningsuiting)[161] als artikel 8 EVRM (privéleven en het huisrecht).[162] Het EU-Handvest kent in artikel 42 een zelfstandig grondrecht op toegang tot documenten bij de instellingen van de Unie,[163] nader uitgewerkt in verordening (EG) nr. 1049/2001. Deze regeling is mede van toepassing op de openbaarheid van bij de Europese instellingen aanwezige documenten van Nederlandse overheidsorganen[164] en heeft voorts doorwerking bij de toepassing van de Wet openbaarheid van bestuur op van de Europese instellingen afkomstige documenten.[165] Een nieuw verdrag in het kader van de Raad van Europa, de voor toetreding opengestelde 'Convention on Access to Official Documents' van 27 november 2008, is eveneens een illustratie van deze ontwikkeling.
Sinds de herziening van 1983 kent de Grondwet in artikel 110 de volgende bepaling: 'De overheid betracht bij de uitvoering van haar taak openbaarheid volgens regels bij de wet te stellen'. Deze instructienorm vormt de grondslag van de Wet openbaarheid van bestuur. De Commissie-Franken heeft (in meerderheid) geadviseerd om een zelfstandig grondrecht op toegang tot bij de overheid

158 De leden Oomen, Overkleeft-Verburg en De Vries.

159 ABRvS van 23 juni 2010, JB 2010/191 (Koggenland/Distriport).

160 Vgl. het voorstel van de Staatscommissie Cals-Donner om tevens het recht op het garen van inlichtingen in artikel 8 (thans artikel 7) op te nemen, als onderdeel van de informatievrijheid (Tweede rapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet, 's-Gravenhage 1969, p. 69-76.

161 EHRM 14 april 2009, Társaság Szabadságjogokért v. Hongarije, nr. 37374/05 en EHRM 26 augustus 2009, Kenedi v. Hongarije, nr. 31475/05.

162 EHRM 19 februari 1998, Guerra e.a. v. Italië, nr. 116/1996/735/932. De Guerra-jurisprudentie verplicht de overheid ook tot actieve openbaarmaking, in het bijzonder van milieu-informatie.

163 De werkingssfeer van deze verordening is echter ruimer, met name door overeenkomstige van toepassing verklaring in de instellingsverordeningen van de agentschappen.

164 HvJ 18 december 2007, C-64/05P (Zweden en IFAW/Commissie), JB 2008/53.

165 ABRvS 9 april 2008, JB 2008/124.

berustende informatie in de grondwet op te nemen.[166] Deze leden sluiten zich bij dit voorstel aan. Zij zijn van mening dat een zelfstandige aanspraak op toegang tot documenten in het digitale tijdperk niet in de Grondwet gemist kan worden. Daarom adviseren zij om in aansluiting op de vrijheid van meningsuiting in artikel 7 Grondwet het volgende grondrecht op te nemen na artikel 7 Grondwet:

> Ieder heeft recht op toegang tot bestuurlijke documenten onder bij wet te stellen beperkingen.

Een belangrijk motief om dit grondrecht in de Grondwet op te nemen is het evenwicht in het stelsel van grondwettelijke informatierechten, in het bijzonder bij de belangenafweging van – botsende - openbaarheidsaanspraken en de grondrechten op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en op de bescherming van persoonsgegevens.[167] Naast de grondrechtelijke verankering van de Wob en andere openbaarheidsregelingen, vervult dit grondrecht tevens een complementaire functie in relatie tot de vrijheid van meningsuiting. In de visie van deze leden betekent de opneming van een dergelijk grondrecht niet dat artikel 110 Grondwet zou moeten vervallen. Als instructienorm blijft artikel 110 Grondwet van waarde, in het bijzonder waar het gaat om het bevorderen van openbaarheid op initiatief van de overheid (actieve openbaarmaking) alsook de zorg voor de toegankelijkheid van bij de overheid aanwezige informatie.

166 Het voorstel was als volgt: '1. Ieder heeft recht op toegang tot bij de overheid berustende informatie. Dit recht kan bij of krachtens de wet worden beperkt. 2. De overheid draagt zorg voor de toegankelijkheid van bij de overheid berustende informatie.'

167 Zie het arrest van het HvJ 29 juni 2010, C-28/08P (Europese Commissie v. Bavarian Lager Company), JB 2010/172.

9 Bestuurlijke boete

9.1 Verzoek aan de Staatscommissie

Ter gelegenheid van de bespreking in de Eerste Kamer van de Nota keuze sanctiestelsel[168] en de wetsvoorstellen betreffende de invoering van de Vierde tranche van de Awb[169] is de wens uitgesproken dat de Staatscommissie zich buigt over enkele onderwerpen die betrekking hebben op de oplegging van bestuurlijke sancties door bestuursorganen.[170] Die onderwerpen betreffen de verhouding tussen oplegging van bestuurlijke sancties door bestuursorganen en artikel 113 Grondwet, de opneming van een bepaling in de Grondwet over de bevoegdheid voor bestuursorganen om bestuurlijke sancties op te leggen, de aard en de omvang van de rechtsbescherming daartegen en, in bredere zin, de verhouding tussen artikel 6 EVRM en de Grondwet.

9.2 Advies van de Staatscommissie

Bestuurlijke sancties doen zich in verschillende vormen voor. Zo maakt de Algemene wet bestuursrecht (Awb) in hoofdstuk 5 een onderscheid tussen herstelsancties – in het bijzonder de last onder bestuursdwang en de last onder dwangsom – en de bestraffende sanctie, de bestuurlijke boete. Een kenmerkend onderscheid in vergelijking met het traditionele strafrecht is dat bij een bestuurlijke boete niet in eerste instantie de rechter maar het bestuursorgaan de boete oplegt. Wel kan de burger de boete laten toetsen door de rechter (zie hierna over rechtsbescherming). Ook het strafrecht is in ontwikkeling; zo bestaat thans de mogelijkheid tot buitengerechtelijke afdoening van strafzaken.[171]

De sterke toename van de bestuurlijke boete en vergelijkbare sancties heeft geleid tot de vraag hoe deze zich verhouden tot de in de Grondwet aangeduide sancties die uitsluitend de rechter mag opleggen. In dat kader merkt de Staats-

168 Kamerstukken I, 31 700–VI, letters D en J.

169 Kamerstukken 29 702 en 31 124.

170 Handelingen I 2008/2009, nr. 36, p. 1597-1647. Het verzoek is overgebracht middels de toespraak van Minister Hirsch Ballin van Justitie ter gelegenheid van de installatie van de Staatscommissie Grondwet op 9 juli 2009: 'Wat betreft het recht op een eerlijk proces neem ik de vrijheid daarvoor een suggestie te doen die mij twee weken geleden vanuit de Eerste Kamer werd aangereikt. Bij de behandeling van de vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht wezen verschillende senatoren op het spanningsveld tussen de bestuurlijke boete en artikel 113 Grondwet. Daarin wordt de berechting van strafbare feiten aan de rechterlijke macht opgedragen. In de Eerste Kamer werd de wens geuit dat de staatscommissie nagaat of grondwettelijke verankering wenselijk is van sancties opgelegd door bestuursorganen, zoals de bestuurlijke boete. Ik breng dit verzoek hierbij graag aan u over.' (http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/toespraken/2009/07/09/installatie-van-de-staatscommissie-grondwet.html).

171 Geregeld in de Wet OM-afdoening (Wet van 7 juli 2006, Stb. 330) en het bijbehorende Besluit (Besluit van 4 juli 2007, Stb. 255).

commissie op dat, hoewel van onverenigbaarheid niet direct sprake lijkt te zijn, er in elk geval wel spanning bestaat tussen enerzijds artikel 113, lid 1, Grondwet, dat bepaalt dat de berechting van strafbare feiten is opgedragen aan de rechterlijke macht, en anderzijds strafoplegging door in eerste instantie een ander orgaan dan de rechter.[172] Deze onderwerpen moeten naar het oordeel van de Staatscommissie worden bezien in een breder verband. Zoals eerder ook in paragraaf 7.3.3 is opgemerkt, verdient heel hoofdstuk 6 van de Grondwet aandacht. Nu advisering over dat hoofdstuk buiten de opdracht van de Staatscommissie valt en deze materie bovendien complex is, doet de Staatscommissie op dit punt verder geen andere aanbeveling dan die tot een nader onderzoek.

Wat betreft de aard en de omvang van de rechtsbescherming op het terrein van bestuurlijke sancties merkt de Staatscommissie op dat er geen aanwijzingen zijn dat de rechtsbescherming op fundamentele punten tekortschiet.
De toegang tot de rechter is in die zin gewaarborgd dat een burger aan wie het bestuur een financiële sanctie oplegt, daartegen in bezwaar bij het bestuursorgaan en vervolgens in beroep bij de bestuursrechter kan gaan.[173]
Verder zijn bepaalde inhoudelijke waarborgen op het terrein van rechtsbescherming die uit het strafrecht bekend zijn, ook in de Awb terug te vinden.[174]
Bovendien, ingeval zich al een specifieke situatie zou voordoen waarin de rechtsbescherming waarin de Awb voorziet onvoldoende is in vergelijking tot de waarborgen van artikel 6 EVRM, kan de rechter aanvullende rechtsbescherming bieden. Opmerking verdient in dat kader dat bestuurlijke boetes – ook lage – onder het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM vallen, en dat dat ook geldt voor bestuurlijke boetes op terreinen die zelf niet onder het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM vallen, zoals het belastingrecht.[175]

172 Artikel 6 EVRM verzet zich overigens niet tegen een systeem waarbij het bestuur boetes oplegt, mits de toegang tot de rechter gewaarborgd is; vgl. EHRM 24 februari 1994, Bendenoun v France, nr. 12547/86.

173 Van belang is dat het bestuursorgaan de burger wel op de hoogte stelt van de mogelijkheid om in bezwaar en beroep te gaan, zoals de Awb ook voorschrijft (vgl. artikelen 3:45 en 6:23 Awb). Verder is van belang dat wanneer de burger de relatief korte termijn van zes weken voor bezwaar en beroep (artikel 6:7 Awb) overschrijdt, niet zonder meer – afhankelijk van de oorzaak van die overschrijding – de sanctie van niet-ontvanklijkheid volgt. Er bestaat namelijk een regeling voor verschoonbare termijnoverschrijding (artikel 6:11 Awb), die in beginsel voldoende flexibiliteit biedt.

174 Zo wordt geen sanctie opgelegd voor zover voor de overtreding een rechtvaardigingsgrond bestaat (artikel 5:4 Awb). Voor in het bijzonder bestuurlijke boetes is bovendien bepaald onder meer dat geen boete wordt opgelegd voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten (artikel 5:41 Awb), dat geen boete wordt opgelegd indien aan de overtreder wegens dezelfde overtreding reeds een boete is opgelegd (‘*ne bis in idem*’-beginsel; artikel 5:43 Awb), en dat bij verandering in de wetgeving na het tijdstip waarop de overtreding begaan is, de voor de overtreder gunstigste bepalingen toepassing vinden (‘l*ex mitior*’-beginsel; artikel 5:46, lid 4, Awb).

175 Vgl. EHRM 21 februari 1984, Öztürk v Germany, nr. 8544/79, en EHRM 23 november 2006, Jussila v Finland, nr. 73053/01 (Grote Kamer).

Tot slot verwijst de Staatscommissie naar haar aanbeveling tot opneming van het recht op een eerlijk proces en toegang tot de rechter in de Grondwet (zie paragraaf 7.3).

Deel III

Rapport Staatscommissie Grondwet

10 De betekenis van de Grondwet in een veranderende internationale rechtsorde

10.1 Inleiding

Dit deel van het rapport gaat nader in op twee onderdelen van de opdracht:

- de invloed van de internationale rechtsorde op de nationale rechtsorde;
- de verhouding tussen wezenlijke Nederlandse constitutionele waarden en besluiten van volkenrechtelijke organisaties of verdragsbepalingen.

Uit de totstandkoming van de opdracht blijkt dat de regering advies heeft willen inwinnen over een reeks deelonderwerpen in het licht van de ontwikkeling van de internationale en Europese rechtsorde.

Deze verschillende deelonderwerpen komen aan de orde in de volgende hoofdstukken. In dit hoofdstuk vat de Staatscommissie eerst de opdracht en haar achtergrond samen. Vervolgens beschrijft zij – ten behoeve van de context van dit deel van de opdracht – enkele relevante ontwikkelingen in de internationale rechtsorde. Daarna geeft zij aan welke deelonderwerpen van dit deel van de opdracht zij in welk hoofdstuk behandelt. Tot slot zet de Staatscommissie uiteen welke haar algemene uitgangspunten zijn bij de behandeling van de deelonderwerpen.

10.2 De adviesaanvraag aan de Staatscommissie

Bij de totstandbrenging van de adviesaanvraag aan de Staatscommissie heeft de regering geconstateerd dat sinds de jaren vijftig het internationale recht sterk is ontwikkeld, terwijl de artikelen in de Grondwet betreffende de buitenlandse betrekkingen sinds de grondwetswijzigingen van 1953 en 1956 in de kern onveranderd zijn gebleven. In het licht hiervan dringt zich, aldus de regering, de vraag op 'of het grondwettelijke kader nog voldoende is toegesneden op verwezenlijking van de visie die daaraan ten grondslag ligt'.[176] Zij verzoekt de Staatscommissie zich te buigen over de invloed van de internationale rechtsorde op de nationale rechtsorde, en de vraag of het grondwettelijke kader ter zake nog toereikend is. In het bijzonder vraagt de regering in te gaan op de wenselijkheid van de opneming van een bepaling op grond waarvan verdragsbepalingen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties die in strijd zijn met wezenlijke waarden van de Nederlandse constitutie, geen voorrang hebben op nationaal recht.[177]

176 Kamerstukken II 2007/08, 31 570, nr. 3, p. 34.
177 Kamerstukken II 2007/08, 31 570, nr. 3, p. 35.

Ook het onderwerp 'de codificatie van de constitutionele verhouding tussen Nederland en de Europese Unie' maakt deel uit van de opdracht. De regering wil, mede met het oog op een sterkere normatieve werking van de Grondwet, een standpunt bepalen over de wenselijkheid de constitutionele verhouding tussen Nederland en de Europese Unie grondwettelijk te codificeren. Dat zou kunnen door een grondwetswijziging die ertoe strekt de Europese rechtsorde te verankeren of te voorzien in een aparte grondwetsbepaling inzake de toepassing, rechtstreekse werking en voorrang van het EU-recht.[178]

De opdracht van de Staatscommissie is na haar instelling uitgebreid met een aantal vragen die opkwamen in het verkeer tussen regering en de kamers. Voor dit deel van het rapport gaat het om drie vragen.
Ten eerste heeft de Tweede Kamer bij de behandeling van het initiatiefvoorstel-Van der Staaij bij motie gevraagd of de Staatscommissie zich kan buigen over de huidige interpretatie en toepassing van artikel 91, lid 3, Grondwet. De Kamer wil bij de goedkeuring van verdragen scherper voor ogen krijgen hoe moet worden vastgesteld of een verdrag verenigbaar is met de Grondwet en of voor goedkeuring al dan niet een tweederde meerderheid noodzakelijk is.[179]
Verder heeft de Eerste Kamer de regering in overweging gegeven om de kwestie van grondwettigheid van internationale strafrechtelijke ad hoc tribunalen aan de Staatscommissie voor te leggen. Daarbij is de vraag gesteld of een raamverdrag, dan wel een nationale kaderwet, eventuele constitutionele fricties kan ondervangen.[180]
Tot slot is naar aanleiding van de behandeling van het wetsvoorstel betreffende de goedkeuring en uitvoering van het Verdrag van Tilburg[181] aan de Staatscommissie gevraagd de grondwettigheid te beoordelen van de toepassing van Belgisch recht met betrekking tot de tenuitvoerlegging van straffen opgelegd door de Belgische rechter in de gevangenis te Tilburg. De vraag is of dit verdrag afwijkt van de Grondwet en of daarom de procedure van artikel 91, lid 3, Grondwet had moeten worden gevolgd. Daarbij is aan de orde gesteld dat hier – in tegenstelling tot eerdere verdragen - geen sprake is van de opdracht van een bevoegdheid aan een internationale organisatie, maar van die aan een andere staat. Tevens werd erop gewezen dat door middel van dit verdrag geen uitvoering wordt gegeven aan een besluit van een internationale organisatie.[182]

178 Kamerstukken II 2007/08, 31 570, nr. 3, p. 35 en Kamerstukken II 2008/09, 31 700 VII, F, p. 3.
179 Kamerstukken II 2008/09, 30 874 (R 1818), nr. 13.
180 Kamerstukken I 2008/09, 31 700 VI, L, p. 4.
181 Het op 31 oktober 2009 te Tilburg tot stand gekomen Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en het Koninkrijk België over de terbeschikkingstelling van een penitentiaire inrichting in Nederland ten behoeve van de tenuitvoerlegging van bij Belgische veroordelingen opgelegde vrijheidsstraffen; Trb. 2010, nr. 56.
182 Handelingen I 2009/10, nr. 15.

10.3 Ontwikkelingen in de internationale rechtsorde

10.3.1 Inleiding

Sinds de Tweede Wereldoorlog is het internationale recht in een stroomversnelling geraakt. De wens tot voorkoming van gewapende conflicten, codificatie van universele mensenrechten en toenemende economische samenwerking en integratie vormden hierbij een belangrijke stimulans. De grondwetswijzigingen van 1953 en 1956 stonden in het teken van de Nederlandse wens bij te dragen aan deze ontwikkelingen en aan de bevordering van de internationale rechtsorde. Sindsdien heeft het internationale recht zich verder ontwikkeld. De Staatscommissie wijst op vijf ontwikkelingen die van belang zijn bij een heroverweging van het relevante grondwettelijke kader. De Staatscommissie is van mening dat deze internationale ontwikkelingen aanleiding zijn om – zoals de regering verzoekt – na te gaan of het grondwettelijke kader hierop voldoende is toegesneden.

10.3.2 Een proces van internationalisering en globalisering

De afgelopen decennia zijn samenlevingen en culturen onderling nauwer met elkaar verweven geraakt. Op steeds meer terreinen vindt internationale samenwerking plaats, in internationale organisaties en door middel van verdragen. De Nederlandse overheid handelt vaak in samenwerking met andere staten. Bovendien heeft de internationale samenwerking zich uitgebreid tot andere actoren dan staten. Internationale organisaties, niet-gouvernementele organisaties, maatschappelijke organisaties, internationale ondernemingen, lokale overheden en andere organisaties zijn deelnemers geworden in de internationale rechtsontwikkeling. Mondialisering heeft tot gevolg dat de nationale staat minder dan voorheen een centrale rol speelt in het internationale (rechts)verkeer. Internationale betrekkingen zijn niet meer alleen intergouvernementeel, maar vaak ook administratief van aard. Daarbij vinden velerlei vormen van formele en informele rechtsvorming plaats in interactie tussen ambtenaren die een overheidssector vertegenwoordigen van binnen of buiten de centrale overheid, lagere overheden, belangengroeperingen en soms ook volksvertegenwoordigers.[183] Dit is in de internationale context het geval, maar in nog grotere mate in de Europese context.

183 Enige voorbeelden van organisaties waarin overheden en overheidsdienaren actief participeren zijn: op gebied van internationale regulering bankentoezicht en de financiële sector Basel Committee on Banking Supervision, OECD Principles of Corporate Governance, OECD Financial Action Task Force (FATF); op gebied van beheer en technische standaarden van internet: Global Cybersecurity Agenda (GCA) of the ITU, Governmental Advisory Committee of ICANN (GAC); op gebied van medicijnen: International Cooperation on Harmonization of Technical Requirements for Registration of Veterinary Medicinal Products (VICH), International Conference on Harmonization of Technical Requirements for Registration of Pharmaceuticals for Human Use (ICH).

10.3.3 De burger als internationaal rechtssubject

In het verleden werd het internationale recht vooral gezien als het recht dat de betrekkingen tussen staten onderling regelt. Het internationale recht is echter niet meer alleen het recht tussen staten. Internationale organisaties oefenen bevoegdheden uit die rechtsgevolgen hebben voor staten én voor burgers. Die gevolgen begunstigen burgers niet alleen, maar leggen burgers niet zelden ook plichten op. In een beperkt aantal gevallen staan aan burgers internationale procedures ter beschikking om hun rechten ten opzichte van staten en internationale organisaties af te dwingen.

10.3.4 Constitutioneel pluralisme

Benaderingen gebaseerd op het enkelvoudige onderscheid tussen nationaal en internationaal recht en het naast elkaar bestaan van onderscheiden rechtsorden die gebaseerd zijn op eigen constituties of fundamentele beginselen, zijn niet langer geschikt om de onderlinge verhouding tussen de verschillende rechtsstelsels en systemen te omschrijven. Veeleer is sprake van een pluraliteit van rechtssystemen die elkaar overlappen en in hoge mate met elkaar vervlochten zijn. Er gelden niet altijd wederzijds erkende voorrangsregels die een hiërarchische verhouding tussen deze systemen vastleggen. De onderlinge verhoudingen tussen rechtssystemen kunnen daarom het best worden begrepen in termen van pluralisme en afwezigheid van hiërarchie. Een en ander gaat ook gepaard met wederzijdse beïnvloeding en vervlechting ter zake van de fundamentele beginselen waarop de verschillende rechtsorden zijn gebaseerd.

10.3.5 Constitutionalisering van het internationale recht

Binnen het internationale recht ontwikkelen zich geleidelijk rechtsnormen van constitutionele aard. Het gaat hier om fundamentele regels en beginselen die eerst tot ontwikkeling zijn gekomen in het constitutionele recht van staten, en die ook het internationale handelen van staten, internationale organisaties en andere internationale actoren moeten normeren. Te denken is aan grondrechten, maar ook aan eisen van rechtsstatelijkheid en mechanismen die de handhaving van fundamentele beginselen waarborgen. Men spreekt ook wel van de ontwikkeling van een internationale constitutionele orde.[184]

De heersende opvatting is dat in deze internationale constitutionele orde fundamentele rechtsregels en beginselen voorrang dienen te krijgen op andere internationale regels. Fundamentele rechtsbeginselen vervat in nationale

184 Vgl. E. de Wet, 'The International Constitutional Order', International & Comparative Law Quarterly (55) 2006, p. 51-76 en J. Klabbers, A. Peters en G. Ulfstein (eds), The Constitutionalization of International Law, Oxford University Press 2009.

grondwetten kunnen een bijdrage leveren aan de ontwikkeling van zo'n internationale constitutionele orde gebaseerd op fundamentele beginselen van rechtsstatelijkheid.

10.3.6 De Europese rechtsorde

De Europese Unie en de Raad van Europa zijn van grote betekenis voor de burger in Nederland en het functioneren van de Nederlandse overheid.

De Europese Unie heeft zich gedurende de afgelopen decennia sterk ontwikkeld. De Unie is op steeds meer terreinen actief geworden, ook op die welke voorheen behoorden tot het exclusieve domein van de staat. Het recht van de Europese Unie grijpt diep in op het handelen van de Nederlandse overheid en van de burgers. In het recht van de Europese Unie zijn beginselen en mechanismen ontwikkeld (zowel in de verdragen als in de rechtspraak van het Hof van Justitie en de handelingen van de andere instellingen), die het optreden van de Europese Unie zelf en dat van de lidstaten binnen de context van de Unie regelen en begrenzen. Ook in dit verband spreekt men van een proces van constitutionalisering. Hierbij spelen de nationale constitutionele beginselen die de lidstaten gemeen hebben een belangrijke rol.[185]
Het recht van de Unie werkt door in de rechtsorde van de lidstaten en heeft voorrang op het nationale recht. De Nederlandse grondwettelijke bepalingen staan aan die werking niet in de weg. Wel rijst de vraag of het bijzondere belang van de Unie en de weerslag die zij heeft op de Nederlandse rechtsorde, voldoende in de Grondwet tot uiting komen.[186]

Ook de Raad van Europa heeft een grote invloed op de nationale rechtsorde, in het bijzonder via het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM. Het EVRM maakt materieel deel uit van de Nederlandse constitutie. Het vervult in de Nederlandse rechtspraktijk een functie die in veel andere landen is weggelegd voor grondwetsbepalingen. De Nederlandse rechter toetst ook veelvuldig aan het EVRM bij gebreke van mogelijkheden van toetsing aan de Grondwet. In dit laatste komt overigens mogelijk verandering; zie hoofdstuk 5.

185 Zie artikel 2 EU: 'De waarden waarop de Unie berust, zijn eerbied voor de menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, de rechtsstaat en eerbiediging van de mensenrechten, waaronder de rechten van personen die tot minderheden behoren. Deze waarden hebben de lidstaten gemeen in een samenleving die gekenmerkt wordt door pluralisme, non-discriminatie, verdraagzaamheid, rechtvaardigheid, solidariteit en gelijkheid van vrouwen en mannen.' Zie ook artikel 6, lid 3, EU: 'De grondrechten, zoals zij worden gewaarborgd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, maken als algemene beginselen deel uit van het recht van de Unie.'

186 Dit komt aan de orde in paragrafen 11.2.4 en 11.3.

Ook het EU-recht is sterk met het EVRM vervlochten. De EU-instellingen en de lidstaten – als deze handelen binnen de context van de Unie – moeten de rechten van het EVRM eerbiedigen als beginselen van het recht van de Unie (artikel 6 EU). Verder is het EU-Handvest sterk geïnspireerd op het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM. Zo zijn het EU-recht, EVRM en nationaal recht hecht met elkaar verweven.

10.4 Overzicht behandeling van de onderwerpen

De geschetste ontwikkelingen doen de vraag rijzen of de bepalingen over de verhouding tussen de internationale en nationale rechtsorde die in 1953 en 1956 in de Grondwet zijn vastgelegd, aanpassing behoeven in het licht van de vraag of het grondwettelijke kader nog voldoende is toegesneden op verwezenlijking van de visie die daaraan ten grondslag ligt. De Staatscommissie gaat hierop in de volgende hoofdstukken in.

Hoofdstuk 11 ziet op de grondwettelijke taakstelling tot bevordering van de internationale rechtsorde. In dit hoofdstuk komt ten eerste aan de orde de vraag of artikel 90 Grondwet wijziging behoeft (paragraaf 11.2). Daarbij gaat de Staatscommissie ook in op de vraag of een 'Europa'-bepaling in de Grondwet moet worden opgenomen. Aanleiding hiervoor is mede dat de regering heeft aangegeven dat zij een standpunt wenst te bepalen over de wenselijkheid de constitutionele verhouding tussen Nederland en de Europese Unie grondwettelijk te codificeren.
Vervolgens gaat hoofdstuk 12 in op onderwerpen inzake de parlementaire betrokkenheid bij binding aan internationale regels. Centraal staat daarbij artikel 91 Grondwet. Aan de orde komt zowel de procedure van goedkeuring van verdragen (artikel 91, lid 1, Grondwet) (paragraaf 12.2) als de procedure met betrekking tot besluiten van internationale organisaties (paragraaf 12.3). Verder gaat de Staatscommissie in op de problematiek van goedkeuring van verdragen die van de Grondwet afwijken (artikel 91, lid 3, Grondwet). Daarbij onderscheidt de Staatscommissie een materieel aspect (paragraaf 12.4) en een procedureel aspect (paragraaf 12.5). Bij de behandeling van het procedurele aspect komt ook het voorstel-Van der Staaij aan de orde, dat aanleiding vormde voor de aan de Staatscommissie gestelde aanvullende vraag inzake de interpretatie van artikel 91, lid 3, Grondwet.
In hoofdstuk 13 behandelt de Staatscommissie de vraag of nadere voorwaarden moeten gelden voor de voorrang op het nationale recht – op grond van artikel 94 Grondwet – van het internationale recht (paragraaf 13.2). Dit heeft betrekking op de vraag van de regering om in te gaan op de wenselijkheid van opneming van een bepaling op grond waarvan verdragsbepalingen en besluiten van

volkenrechtelijke organisaties die in strijd zijn met wezenlijke waarden van de Nederlandse constitutie, geen voorrang hebben op nationaal recht. Verder doet de Staatscommissie een voorstel – mede in het licht van het aan haar gevraagde advies over vergroting van de toegankelijkheid van de Grondwet (zie hoofdstuk 3) – tot verduidelijking van de artikelen 93 en 94 Grondwet (paragraaf 13.3). Tot slot gaat de Staatscommissie in op toetsing van wettelijke voorschriften aan ongeschreven internationaal gewoonterecht (paragraaf 13.4).
De laatste twee hoofdstukken zien op twee aan de Staatscommissie gestelde aanvullende vragen, een die betrekking heeft op internationale ad hoc tribunalen (hoofdstuk 14) en een inzake het zogenoemde Verdrag van Tilburg (hoofdstuk 15).

10.5 Achtergrond en uitgangspunten

Het 'internationale' deel van de opdracht ziet de Staatscommissie tegen de achtergrond van de huidige grondwetssystematiek waaruit een open houding spreekt jegens internationale verdragen en besluiten van internationale organisaties. Internationale bepalingen maken deel uit van de nationale rechtsorde en burgers kunnen daaraan onder bepaalde voorwaarden rechtstreeks rechten en plichten ontlenen. In de Nederlandse rechtsorde spelen (mensenrechten-) verdragen een grote rol. Dit is mede het gevolg van enerzijds het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet, dat toetsing van de wet aan de Grondwet verbiedt, en anderzijds artikel 94 Grondwet, dat rechterlijke toetsing van wettelijke voorschriften aan een ieder verbindende verdragsbepalingen mogelijk maakt. Van belang is verder dat ook plichten die een ieder verbindende internationale bepalingen aan burgers opleggen, voorrang hebben op nationale rechten en plichten, in voorkomende gevallen zelfs op die van de Grondwet. Illustratief voor de open houding ten opzichte van het internationale recht is ook de grondwettelijke taakstelling opgenomen in artikel 90 Grondwet dat de regering de ontwikkeling van de internationale rechtsorde bevordert.

De Staatscommissie stelt voorop dat de traditionele openheid van de Nederlandse Grondwet jegens de internationale rechtsorde behouden moet blijven. De grondwettelijke opdracht bij te dragen aan de ontwikkeling van de internationale rechtsorde, en het open karakter van de Grondwet betreffende de doorwerking van het internationale en Europese recht in de Nederlandse rechtsorde, moeten uitgangspunt zijn. Vanuit deze uitgangspunten heeft de Staatscommissie de grondwetsbepalingen over de internationale rechtsorde heroverwogen.

11 De ontwikkeling van de internationale en Europese rechtsorde

11.1 Inleiding

De regering heeft de Staatscommissie verzocht zich te buigen over de invloed van de internationale rechtsorde op de nationale rechtsorde, en de vraag of het grondwettelijke kader ter zake nog toereikend is. In dat kader stelt de Staatscommissie de vraag aan de orde of de grondwettelijke opdracht aan de regering tot bevordering van de ontwikkeling van de internationale rechtsorde (artikel 90 Grondwet) wijziging behoeft. Onder meer rijst de vraag of algemene constitutionele beginselen die bevordering moeten normeren, en of in dat verband een wijziging van artikel 90 Grondwet wenselijk is. Verder verdient onderzoek of degene tot wie de regeling van artikel 90 Grondwet zich richt (de normadressaat) gewijzigd moet worden van 'de regering' in 'de overheid'. Ook gaat de Staatscommissie in op de vraag of in artikel 90 Grondwet expliciet ook over bevordering van de 'Europese rechtsorde' gesproken moet worden, en of aanleiding bestaat om een 'Europa'-bepaling in de Grondwet op te nemen.

11.2 Bevordering van de internationale rechtsorde (artikel 90 Grondwet)

11.2.1 Huidige bepaling en haar strekking

Het huidige artikel 90 Grondwet luidt:

> De regering bevordert de ontwikkeling van de internationale rechtsorde.

Uit de grondwetshistorie en de toepassing van dit artikel blijkt dat het uiteenlopende betekenissen heeft die niet direct uit de tekst van de bepaling zijn af te leiden.

Artikel 90 Grondwet is allereerst een taakstellende bepaling. Zij normeert waartoe de regering in de internationale betrekkingen haar bevoegdheden heeft te gebruiken.[187] Zo is de bepaling ook van oorsprong en door de indieners van het voorstel bij de grondwetswijziging van 1983 bedoeld.[188] Zij was opvolger van een bepaling uit 1922, die voorschreef de vreedzame beslechting van internationale geschillen na te streven. Voor welke taak zij de regering precies stelt blijkt echter niet duidelijk uit haar tekst. Uit de grondwetsgeschiedenis blijkt dat aan de

187 C.A.J.M. Kortmann, De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987, Kluwer 1987, p. 270-271.

188 Voor een beschrijving en analyse van de geschiedenis, de jurisprudentie en betekenissen die aan de bepaling zijn toegekend, zie L.F.M. Besselink, 52. The Constitutional Duty to Promote the Development of the International Legal Order: the Significance and Meaning of Article 90 of the Netherlands Constitution, in: Netherlands Yearbook of International Law, Volume XXXIV, 2003, p. 89-138.

verplichting tot bevordering van de ontwikkeling van de internationale rechtsorde verschillende betekenissen werden gehecht.[189] Zij behelst primair een taakstelling; de literatuur gaat ervan uit dat de regering er derhalve geen bevoegdheden aan ontleent.[190]
Beoogd was niet een precieze afbakening te geven van de bevoegdheden van de regering enerzijds en het parlement anderzijds.

Wel wordt in artikel 90 Grondwet een aanduiding gelezen van het ambt dat de verdragsluitende bevoegdheid bezit: de regering. De Grondwet regelt in artikel 91 dat het Koninkrijk niet aan verdragen wordt gebonden zonder voorafgaande goedkeuring door de Staten-Generaal, maar legt niet met zoveel woorden vast wie naar nationaal recht bevoegd is op internationaal vlak verdragen te sluiten.[191] Alleen door artikel 91 Grondwet in verband te lezen met artikel 90 Grondwet wordt duidelijk dat die bevoegdheid bij de regering berust.[192]

11.2.2 Wijziging van de taakstelling van artikel 90 Grondwet?

De Staatscommissie ziet geen redenen om verandering te brengen in de van oudsher open houding van de Nederlandse Grondwet ten opzichte van de internationale en Europese rechtsorde (zie ook paragraaf 10.5). De Staatscommissie stelt voorop dat de wijze van bevordering van de ontwikkeling van de internationale rechtsorde uit constitutioneel oogpunt niet onverschillig is. De internationale rechtsorde die bevorderd wordt, moet in overeenstemming zijn met constitutionele kernbeginselen. Artikel 90 Grondwet moet in de context van de gehele Grondwet worden gelezen. Het lijdt geen twijfel dat het internationale optreden van Nederland door dezelfde grondwettelijke bepalingen wordt genormeerd als het zuiver nationale optreden. De gehele Grondwet normeert en

189 Het gaat er onder meer om dat in het Nederlandse constitutionele bestel de nationale soevereiniteit niet als absolute norm wordt beschouwd; dat wordt gestreefd naar een op universeel geldende rechtsnormen gebaseerd internationaal bestel; naar de vreedzame beslechting van geschillen met andere staten; naar goede verhoudingen van het Koninkrijk met andere staten; naar een goede internationale wetgeving en de daadwerkelijke naleving daarvan; naar duurzame internationale vrede en veiligheid; naar de universele verwezenlijking van de rechten van de mens in de breedste zin van het woord, zowel de burger- en politieke rechten als de economische, sociale en culturele rechten; en naar de bevordering van het welzijn van de wereldbevolking, zoals een eerlijke verdeling van de immateriële en materiële goederen onder de wereldbevolking. Zie onder meer Naar een nieuwe grondwet, Algemene grondwetsherziening, deel 26 Vb: buitenlandse betrekkingen, Staatsuitgeverij 1983, p.48-50, 63, 113, 127, 140, 172, 176.

190 Zie C.A.J.M. Kortmann e.a., Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden; Tekst en Commentaar, Kluwer 1998, p. 94.

191 Artikel 7 Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht bepaalt wie naar internationaal recht wordt beschouwd de Staat te vertegenwoordigen.

192 H.H.M. Sondaal, De Nederlandse Verdragspraktijk, dissertatie RU Leiden 1986, p. 68-76 weerspreekt dit overigens.

begrenst ook het overheidsoptreden in internationaal en Europees verband. Daarnaast wordt dat optreden ook genormeerd en begrensd door internationaal en Europees recht dat Nederland bindt. Hoe deze normenstelsels zich tot elkaar verhouden wordt verder uiteengezet in hoofdstuk 13.
In dit verband is verder van belang dat de Staatscommissie voorstelt een algemene bepaling in de Grondwet op te nemen die bepaalt dat Nederland een democratische rechtsstaat is en dat de overheid de menselijke waardigheid, de grondrechten en de fundamentele rechtsbeginselen eerbiedigt (zie hoofdstuk 4). Deze fundamentele rechtsbeginselen en grondrechten omvatten ook beginselen van internationale oorsprong en grondrechten beschermd in verdragen waarbij Nederland partij is. Ook deze algemene bepaling ziet niet alleen op handelingen van de overheid in Nederland, maar normeert ook overheidshandelen in internationaal verband. Deze uitleg van artikel 90 Grondwet in het licht van de gehele Grondwet en de voorgestelde algemene bepaling komt overeen met de grondwethistorische uitleg ervan.[193] De Staatscommissie ziet daarom geen reden om de tekst van artikel 90 Grondwet op dit punt aan te passen.

11.2.3 Normadressaat: regering of overheid?

De Staatscommissie heeft zich de vraag gesteld of de normadressaat van artikel 90 Grondwet, 'de regering', moet worden gewijzigd in 'de overheid'. Niet alleen de regering, maar ook de Staten-Generaal, de wetgever en andere overheden behoren bij de uitoefening van de hun toegekende bevoegdheden in voorkomende gevallen zodanig te handelen dat dit kan bijdragen aan de ontwikkeling van de internationale rechtsorde. De regering is weliswaar de formele vertegenwoordiger van de staat, maar zij is niet meer de enige Nederlandse overheidsinstelling die optreedt in de internationale betrekkingen, die op hun beurt ook niet meer alleen interstatelijk van aard zijn (zie paragraaf 10.3.2). Het behoeft geen betoog dat dit a fortiori geldt voor de Europese betrekkingen.
Het verdient overigens opmerking dat de bepaling niet uitsluitend betrekking heeft op overheidshandelen in internationale en Europese organen, maar tevens op het handelen van de overheid in Nederland. Uit de rechtspraktijk valt af te leiden dat het huidige artikel 90 Grondwet al zo begrepen wordt dat het mede de rechtsplicht omvat het geldende internationale recht te eerbiedigen.[194]

193 Vgl. C.A.J.M. Kortmann, De grondwetsherzieningen 1983 en 1987, Kluwer 1987, p. 271, met verwijzing naar Kamerstukken II 1979/1980, 15 049 (R 1100), nr. 7, p. 5, nr. 8 en nr. 15.

194 Zie nader bijv. L.F.M. Besselink, 52. The Constitutional Duty to Promote the Development of the International Legal Order: the Significance and Meaning of Article 90 of the Netherlands Constitution, in: Netherlands Yearbook of International Law, Volume XXXIV, 2003, par. 5.1.

Dat betekent dat de bepaling nu reeds zo wordt geïnterpreteerd dat dit een rechtsplicht is die niet alleen voor de regering geldt.[195]

De meerderheid van de Staatscommissie[196] meent dat er geen aanleiding is om artikel 90 Grondwet op dit punt te herzien. De bepaling is nimmer aanleiding tot problemen geweest. Verder wijzen deze leden erop dat wijziging van 'regering' in 'overheid' naar nationaal recht zou kunnen raken aan de verdragsluitende bevoegdheid van de regering of aan de positie van de regering als vertegenwoordiger van de staat in de buitenlandse betrekkingen.

De minderheid van de Staatscommissie[197] adviseert tot wijziging van de normadressaat van artikel 90 Grondwet. Een dergelijke wijziging sluit naar het oordeel van deze leden goed aan bij de ontwikkelingen in zowel de internationale als de nationale rechtsorde zoals hierboven geschetst en maakt duidelijk dat niet alleen de regering, maar ook andere ambten de opdracht hebben om binnen de grenzen van hun onderscheiden bevoegdheden en met inachtneming van constitutionele beginselen de internationale rechtsorde te bevorderen. Deze leden stellen een wijziging van artikel 90 Grondwet voor die luidt als volgt:

> De overheid bevordert de ontwikkeling van de internationale [en Europese][198] rechtsorde.

Deze leden merken op dat bij een wijziging van 'de regering' in 'de overheid' als normadressaat het noodzakelijk is de bepaling, zoals ook de oorspronkelijke bedoeling was van de grondwetgever van 1983 met het huidige artikel 90 Grondwet, uitsluitend op te vatten als een taakstellende bepaling die de uitoefening van bestaande bevoegdheden nader normeert. Het gaat niet om een bepaling die nieuwe bevoegdheden toekent. Deze leden menen daarom dat ter vermijding van elk misverstand het wenselijk is deze wijziging gepaard te laten gaan met toevoeging van een nieuw lid aan artikel 91 Grondwet.

---

195 Aldus reeds de Commissie Eysinga, Eindrapport van de Commissie nopens de samenwerking tussen regering en Staten-Generaal inzake het buitenlands beleid, 9 juli 1951, p. 14, instemmend geciteerd door de regering bij de grondwetswijziging van 1953 bij de invoering van wat nu artikel 90 Grondwet is (zie Handelingen der Staten-Generaal, bijlagen, 2374, nr. 3, p. 3). Dit standpunt is ook in de jurisprudentie ingenomen, zie President Rechtbank Den Haag 26 oktober 2001, LJN AD4855; meer indirect HR 21 december 2001, NJ 2002, 217, r.o. 3.7.2, ter zake van de vraag of eiser een rechtens te beschermen belang had bij eerbiediging van het internationaal recht ex artikel 90 Grondwet.

196 De leden Goncalves, Kortmann, De Lange, Overkleeft-Verburg, Thomassen en De Vries.

197 De leden Besselink, Claes, Gerards en Oomen.

198 Zie paragraaf 11.2.4

Het gaat om een lid dat voorafgaat aan het huidige eerste lid en dat expliciet bepaalt dat de verdragsluitende bevoegdheid bij de regering berust:

> De regering heeft verdragsluitende bevoegdheid.

11.2.4 Afzonderlijke verwijzing naar de Europese rechtsorde in artikel 90 Grondwet?

Een andere kwestie is of het wenselijk is om naast de verwijzing naar internationale rechtsorde ook een verwijzing naar de Europese rechtsorde op te nemen in artikel 90 Grondwet.

De Staatscommissie is daarvan voorstander. Zij stelt voor om de bepaling in dit verband als volgt te laten luiden:

> De regering [c.q. de overheid[199]] bevordert de ontwikkeling van de internationale en Europese rechtsorde.

De toevoeging 'en Europese' in artikel 90 Grondwet is bedoeld om de deelname van Nederland aan de Europese integratie, in het bijzonder in het kader van de Europese Unie en de Raad van Europa, een plaats te geven in de Grondwet. De bevordering van de ontwikkeling van de Europese rechtsorde moet worden gespecificeerd naast de bredere opdracht tot bevordering van de ontwikkeling van de internationale rechtsorde. De Europese rechtsorde en het recht dat deze orde omvat, in het bijzonder het recht van de Europese Unie en het recht dat verband houdt met de Raad van Europa (onder andere het EVRM), zijn zo belangrijk voor Nederland dat de Europese rechtsorde naar het oordeel van de Staatscommissie uitdrukkelijke vermelding verdient naast de internationale rechtsorde in het algemeen.
Zoals de taakopdracht van artikel 90 Grondwet in zijn huidige versie beoogt dat de internationale orde wordt gegrondvest op het recht, zo beoogt de toevoeging van de Europese rechtsorde dat dit ook geldt voor de Europese integratie.

11.2.5 Opneming van een 'Europa'-bepaling?

De Staatscommissie heeft ook overwogen om bij wijze van 'Europa-bepaling' in de Grondwet een verwijzing op te nemen naar de 'Europese Unie'.

199 Zie paragraaf 11.2.3.

Ten eerste heeft de Staatscommissie overwogen het lidmaatschap van de Europese Unie op te nemen in een algemene bepaling, zoals zij die heeft voorgesteld in hoofdstuk 4. Het grote belang van het EU-recht voor de Nederlandse rechtsorde, de historische betrokkenheid van Nederland bij de EU en het grote Nederlandse belang bij de Europese eenheid zijn hiervoor argumenten.
De Staatscommissie is geen voorstander van opneming van het lidmaatschap van de Europese Unie in de algemene bepaling. De reden is dat zij met de door haar voorgestelde algemene bepaling beoogt fundamentele constitutionele beginselen in de Grondwet vast te leggen. Het lidmaatschap van de Europese Unie is geen fundamenteel constitutioneel beginsel en past daarom niet in de algemene bepaling.

Een alternatief bestaat in de opneming van een afzonderlijke bepaling of een apart hoofdstuk over de Europese Unie, zoals bestaat in enkele andere EU-lidstaten.[200] Ook daarvoor ziet de Staatscommissie in meerderheid onvoldoende aanleiding. Deze leden wijzen op het volgende.
Voor sommige van die EU-lidstaten geldt dat voor handelen binnen de context van de Europese Unie de verdeling van bevoegdheden van de constitutionele organen anders is dan voor handelen in het zuiver nationale kader. Dat is in de Nederlandse context niet het geval. De algemene constitutionele regels en beginselen betreffende de verhouding tussen de regering en het parlement zijn ook van toepassing op het overheidsoptreden in Europees verband, ook al is een verschuiving waar te nemen in de feitelijke relatie en krachtsverhoudingen tussen de constitutionele instellingen onder invloed van de integratie in het kader van de EU.
Sommige andere landen kennen een aparte Europa-bepaling of een apart Europa-hoofdstuk in de grondwet als een waarborg van de verdeling van bevoegdheden tussen verschillende overheden (eventueel met een praktische aanpassing met het oog op de praktische uitwerking daarvan), zoals het geval is voor de verdeling van bevoegdheden tussen Bund en Länder in Duitsland. Een dergelijke waarborg ligt wat betreft fundamentele constitutionele beginselen besloten in de door de Staatscommissie voorgestelde algemene bepaling, die de regering c.q. overheid ook in acht moet nemen bij de toepassing van artikel 90 Grondwet.
In de opvatting van de meerderheid van de Staatscommissie kunnen bovendien eventuele aanvullende regels over de verhouding regering en parlement, zoals ter zake van informatieplichten, behandelingsvoorbehouden, en instemmingseisen, bij gewone wet geregeld worden. Deze regels vergen dus geen grondwetswijziging. Ook overige Europese aangelegenheden, zoals de voordracht door

200 Zie bijvoorbeeld artikel 88-1 e.v. Franse grondwet, artikel 23 Duitse grondwet en artikel 23a e.v. Oostenrijkse grondwet.

Nederland van kandidaten voor de Europese rechterlijke instanties of de Europese Commissie, kan de wetgever regelen.
Bovendien zou door vaststelling van een specifieke verwijzing naar de Europese Unie de vraag rijzen, waarom de Grondwet deze organisatie wel, en andere internationale organisaties niet noemt. Dit vraagt om een weging van het constitutionele belang van diverse Europese en internationale organisaties, zoals de Europese Unie, de Raad van Europa en de Verenigde Naties, voor de Nederlandse rechtsorde. De meerderheid van de Staatscommissie acht een dergelijke weging niet goed mogelijk en ook niet zinvol. De door de Staatscommissie voorgestelde aanduiding 'internationale en Europese rechtsorde' in artikel 90 Grondwet (zie paragraaf 11.2.4) is ruim genoeg om deze organisaties te omvatten, die daarom niet meer afzonderlijk moeten worden genoemd.
Tot slot zou de enkele vermelding van het EU-lidmaatschap in de Grondwet slechts een declaratoire functie hebben en geen normatief doel dienen. Een vermelding van de plicht tot de bevordering van de ontwikkeling van de Europese rechtsorde acht de meerderheid van de Staatscommissie een meer betekenisvolle norm voor overheidshandelen.

Een van de leden[201] is van mening dat wel een bepaling in de Grondwet moet worden opgenomen over het lidmaatschap van de Europese Unie. Zij stelt de volgende bepaling voor:

> 1. Nederland is lid van de Europese Unie, op grondslag van en in overeenstemming met de verdragen inzake de inrichting en werking van de Unie.
> 2. De wet regelt de betrokkenheid van de Staten-Generaal bij de goede werking van de Unie, in het bijzonder bij de totstandkoming van wetgeving, het sluiten van verdragen en het toezicht op de eerbiediging van het beginsel van subsidiariteit.

Dit lid licht dit toe in de bijlage Id.

201 Het lid Overkleeft-Verburg.

12 Parlementaire betrokkenheid

12.1 Inleiding

De regering heeft de Staatscommissie gevraagd zich te buigen over de invloed van de internationale rechtsorde op de nationale rechtsorde, en de vraag of het grondwettelijke kader ter zake nog adequaat is. In dat verband gaat de Staatscommissie in op enige aspecten van democratische legitimering van internationale rechtsregels. Aanleiding hiervoor is ook de vraag van de Tweede Kamer – bij motie tijdens de behandeling van het initiatiefvoorstel-Van der Staaij – of de Staatscommissie zich kan buigen over de huidige interpretatie en toepassing van artikel 91, lid 3, Grondwet. De Kamer wil bij de goedkeuring van verdragen scherper voor ogen krijgen hoe zij moet vaststellen of een verdrag verenigbaar is met de Grondwet en of voor goedkeuring al dan niet een tweederde meerderheid noodzakelijk is.

De Staatscommissie gaat eerst in op de procedure van de goedkeuring van verdragen (artikel 91, lid 1, Grondwet), en op mogelijkheden tot vergroting van de parlementaire betrokkenheid bij besluiten van internationale organisaties. Vervolgens stelt de Staatscommissie artikel 91, lid 3, Grondwet, aan de orde. Daarbij onderscheidt de Staatscommissie een materieel aspect en een procedureel aspect. Bij de behandeling van het procedurele aspect komt ook het voorstel-Van der Staaij aan de orde.[202]

12.2 Goedkeuring van verdragen (artikel 91, lid 1, Grondwet)

12.2.1 Inleiding

In verband met de parlementaire betrokkenheid bij de binding aan internationale regels beziet de Staatscommissie eerst de procedure van de goedkeuring van verdragen. Daarbij is onder meer de vraag of er aanleiding bestaat voor een grondwetswijziging op dat terrein.

12.2.2 Parlementaire goedkeuring

Artikel 91, lid 1, Grondwet luidt als volgt:

202 In dit hoofdstuk staat artikel 91 Grondwet derhalve centraal. Er zij op gewezen dat een minderheid van de Staatscommissie voorstelt om een nieuw eerste lid toe te voegen – onder vernummering van de huidige leden – aan artikel 91 Grondwet; zie paragraaf 11.2.3. Dit blijft in deze paragraaf verder onbesproken.

Het Koninkrijk wordt niet aan verdragen gebonden en deze worden niet opgezegd zonder voorafgaande goedkeuring van de Staten-Generaal. De wet bepaalt de gevallen waarin geen goedkeuring is vereist.

Deze bepaling betekent niet dat de kamers steeds beraadslagen en besluiten over de verdragen waaraan de regering het Koninkrijk bindt. De Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen bepaalt dat de kamers de goedkeuring ook stilzwijgend kunnen verlenen.[203] Dit is het geval, indien niet binnen dertig dagen na een daartoe strekkende overlegging van een verdrag aan de Staten-Generaal, door of namens een van de kamers of door ten minste een vijfde van het grondwettelijke aantal leden van een van de kamers de wens te kennen wordt gegeven dat het verdrag aan uitdrukkelijke goedkeuring zal worden onderworpen.[204] De Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen somt bovendien een reeks gevallen op waarin geen goedkeuring is vereist. Dit is onder meer het geval bij verdragen waarvoor dat bij wet is bepaald, zoals sommige uitvoeringsverdragen.[205] Bij de uitzonderingen op de eis van parlementaire goedkeuring speelt geen rol of het desbetreffende verdrag ook de burgers kan binden.

12.2.3 Advies Staatscommissie

De door artikel 91, lid 1, Grondwet voorgeschreven voorafgaande goedkeuring door de Staten-Generaal verschaft democratische legitimering voor de binding van het Koninkrijk aan een verdrag.

De Staatscommissie meent dat de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen een te grote uitzondering mogelijk maakt op het uitgangspunt van democratische legitimering van belangrijke verdragen, door toe te staan dat verdragen die een ieder verbindende bepalingen bevatten, of die bevoegdheden aan internationale organisaties opdragen die burgers rechtstreeks binden, bindend worden zonder parlementaire goedkeuring. Dergelijke verdragen kunnen leiden tot de beperking van de burgerlijke vrijheden door de oplegging van plichten aan burgers en de beperking van grondrechten. Voor gebondenheid aan deze verdragen zou naar het oordeel van de Staatscommissie altijd uitdrukkelijke goedkeuring van de Staten-Generaal vereist moeten zijn.

203 Artikel 3 Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen.
204 Artikel 5 Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen.
205 Artikel 7 Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen.

De Staatscommissie geeft in overweging de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen in deze zin aan te passen, zodat de democratische legitimering van een ieder verbindende bepalingen is gewaarborgd. Er is op het hier besproken punt dan geen noodzaak de Grondwet te wijzigen.

12.3 Parlementaire betrokkenheid bij besluiten van internationale organisaties

12.3.1 Inleiding

Behalve de zojuist besproken kwestie van parlementaire betrokkenheid bij verdragen is ook die betrokkenheid bij besluiten van internationale organisaties van belang. Dergelijke besluiten hebben immers – voor zover het de werking van de artikelen 93 en 94 Grondwet betreft – een zelfde invloed op de nationale rechtsorde als verdragen. Op grond van artikel 94 Grondwet dienen nationale wettelijke voorschriften buiten toepassing te worden gelaten indien de toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

12.3.2 Stand van zaken

Er bestaan geen grondwettelijke bepalingen betreffende de goedkeuring van (ontwerp)besluiten van internationale organisaties door de Staten-Generaal. De betrokkenheid van de Staten-Generaal bij de totstandkoming van besluiten van internationale organisaties krijgt gestalte door gebruikmaking van de gewone controlebevoegdheden, die de kamers jegens de regering uitoefenen. Op die manier kunnen de kamers invloed uitoefenen op de inbreng van Nederland in de besluitvorming van internationale organisaties.[206]

Wel is enige malen in de goedkeuringswet bij een verdrag bepaald dat instemming van de Staten-Generaal is vereist voordat de vertegenwoordiger van het Koninkrijk zijn medewerking kan verlenen aan de totstandkoming van een ontwerp-besluit van een internationale organisatie. Dit gebeurde in de goedkeuringswet van de Schengen Uitvoeringsovereenkomst, het Verdrag van Prüm en in de Verdragen van Maastricht, Amsterdam, Nice en Lissabon tot wijziging van de oprichtingsverdragen van de E(E)G en EU.

Verder is de rol van vertegenwoordigende organen bij internationale besluitvorming doorgaans beperkt. Slechts bij hoge uitzondering kennen internationale organisaties een 'internationale' volksvertegenwoordiging. Nationale parlementen

206 Een voorbeeld is de motie-Berg c.s. uit 1967, die stelt dat de regering altijd het parlement moet raadplegen voorafgaand aan het innemen in de Raad van standpunten omtrent 'communautaire regelingen ten aanzien van de omvang en verdeling van de belastingdruk'; Bijlage Handelingen II 1966/67, 8556, nr. 8.

worden zelden direct betrokken bij de internationale besluitvorming. Een uitzondering is het zogenoemde Barroso-initiatief op grond waarvan de Europese Commissie voorgenomen wetgevingsvoorstellen aan de nationale parlementen zendt om hun reacties in te brengen. Nationale parlementen kunnen kenbaar maken dat zij een voorstel in strijd achten met de subsidiariteitseis van het Verdrag. Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon voorziet het EU-Verdrag erin dat wanneer nationale parlementen kenbaar maken dat zij een wetgevingsvoorstel in strijd achten met de subsidiariteitseis van het Verdrag, het voorstel – afhankelijk van het aantal parlementen dat bezwaren kenbaar maakt –moet worden heroverwogen. Tevens is in het Verdrag de mogelijkheid geschapen dat een nationaal parlement een beweerde inbreuk op het subsidiariteitsbeginsel ter beoordeling voorlegt aan het Hof van Justitie. In Nederland bestaat het voornemen dit door (juridisch de regering niet bindende) moties vorm te geven.[207]

12.3.3 Advies Staatscommissie

De Staatscommissie meent dat de betrokkenheid van de Staten-Generaal bij de besluitvorming van internationale organisaties moet worden geïntensiveerd. Daarvoor is een grondwetswijziging echter niet nodig.

Het huidige constitutionele kader biedt de kamers, naar het oordeel van de Staatscommissie, voldoende mogelijkheden om hun invloed op de Nederlandse inbreng in de internationale besluitvorming te vergroten. Wel zouden zij daarvan intensiever gebruik kunnen maken. Een grotere parlementaire betrokkenheid is vooral gewenst bij besluiten van internationale organisaties die, als zij op nationaal niveau zouden worden genomen, tot de bevoegdheid van de wetgever in formele zin zouden behoren.
Daarbij verdient aandacht dat, gelet op het belang van bepaalde internationale besluitvorming en de aard en inrichting van de internationale besluitvormingsprocedure, het mogelijk is om in de goedkeuringswet bij een verdrag voorwaarden op te nemen over de informatievoorziening door de regering aan de kamers, de mogelijkheden tot voorafgaand overleg en parlementaire instemming.

207 Kamerstukken II 2009/10, 30 593, nr. 4 en Kamerstukken I 2009/10, 30 953, nr. K.

12.4 Verdragen die van de Grondwet afwijken; het materiële aspect

12.4.1 Inleiding

Mede naar aanleiding van het door de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties doorgeleide verzoek van de Tweede Kamer ter zake – naar aanleiding van het debat inzake het voorstel-Van der Staaij[208] – heeft de Staatscommissie zich gebogen over de problematiek die artikel 91, lid 3, Grondwet heeft opgeroepen.

Artikel 91, lid 3, Grondwet bepaalt:

> Indien een verdrag bepalingen bevat welke afwijken van de Grondwet dan wel tot zodanig afwijken noodzaken, kunnen de kamers de goedkeuring alleen verlenen met ten minste twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen.

De bijzondere meerderheid van twee derden kan ook vereist zijn voor de opdracht, bij of krachtens verdrag, van bevoegdheden aan volkenrechtelijke organisaties. Een dergelijke opdracht van bevoegdheid is mogelijk krachtens artikel 92 Grondwet:

> Met inachtneming, zo nodig, van het bepaalde in artikel 91, derde lid, kunnen bij of krachtens verdrag aan volkenrechtelijke organisaties bevoegdheden tot wetgeving, bestuur en rechtspraak worden opgedragen.

De procedure van artikel 91, lid 3, Grondwet is sinds de oorspronkelijke vaststelling in 1953 met enige regelmaat aan de orde geweest, maar zelden gevolgd.[209]

De Staatscommissie onderscheidt in de problematiek rond de toepassing van artikel 91, lid 3, Grondwet een inhoudelijk en een procedureel aspect. Het inhoudelijke aspect komt in deze paragraaf aan de orde; het procedurele aspect in paragraaf 12.5.

Vooraf merkt de Staatscommissie op dat de regeling van artikel 91, lid 3, Grondwet een bijzondere is. In nagenoeg alle lidstaten van de Europese Unie kunnen verdragen die afwijken van de grondwet, niet worden gesloten alvorens de grondwet is gewijzigd in overeenstemming met de daartoe voorgeschreven

208 Kamerstukken II 2008/09, 30 874 (R 1818), nr. 13.

209 Zie het onderzoek 'De constitutionele bepalingen over verdragen die van de Grondwet afwijken en de opdracht van bevoegdheid aan internationale organisaties', Kamerstukken II 2002/03, 27 484 (R 1669), nr. 289, p. 4 en 14-15.

procedure. In veel lidstaten van de Europese Unie is bovendien voor de sluiting van de verdragen waarbij bevoegdheden worden overgedragen aan internationale organisaties, of voor (bepaalde) verdragen betreffende de Europese Unie een bijzondere procedure voorgeschreven. Daarbij is vaak een bijzondere meerderheid in het parlement vereist bij de aanneming van de goedkeuringswet, terwijl soms voorgeschreven is dat de procedure van grondwetswijziging wordt gevolgd.[210]

12.4.2 Context en stand van zaken

Zoals boven opgemerkt, volgen de kamers de procedure van artikel 91, lid 3, Grondwet zelden. Daarvoor zijn verschillende, samenhangende oorzaken aan te wijzen.

Ten eerste leggen de regering en de Raad van State artikel 91, lid 3, Grondwet restrictief uit. Zij achten de bijzondere procedure alleen van toepassing als de verdragsbepalingen in kwestie afwijken van één of meer concrete grondwetsbepalingen. De toepassing van artikel 91, lid 3, Grondwet zou te ruim en te onbepaald worden, als het ook wordt toegepast op een verdrag dat afwijkt van de geest, strekking of systematiek van de Grondwet of daaraan ten grondslag liggende beginselen. Wel moeten, aldus de regering en de Raad van State, bij het onderzoek naar de inhoud van een concrete grondwetsbepaling de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten en strekking mede in aanmerking worden genomen.[211]

Daarbij komt dat de Grondwet op dit moment geen bepalingen kent die de 'grote concepten' waarop het staatsbestel berust tot uitdrukking brengt, zoals 'soevereiniteit'. Daardoor wordt minder snel aangenomen dat een verdrag afwijkt van de Grondwet, dan het geval zou zijn wanneer die grote concepten wel in de Grondwet zouden zijn opgenomen.
Ook is van belang dat de Grondwet thans geen algemene bepalingen kent die de grondslagen en beginselen waarop zij berust, tot uitdrukking brengen. Wel valt uit de grondwetgeschiedenis af te leiden dat vanaf de invoering van het voorschrift van artikel 91, lid 3, Grondwet het standpunt is dat een inbreuk op kernbeginselen het constitutionele bestel aantast en dus ontoelaatbaar is.[212]

210 Tot de landen met een verzwaarde of grondwetswijzigingsprocedure voor goedkeuring EU-wijzigingsverdragen behoren: Bulgarije, Duitsland, Denemarken (tot aan het Verdrag van Lissabon een die afweek van de grondwet (!)), Finland, Griekenland (niet voor alle EU-verdragen; wel voor toetreding), Ierland, Letland, Luxemburg, Oostenrijk, Spanje, Tsjechië, Polen, Roemenië, Slowakije, Slovenië en Zweden.

211 Kamerstukken II 1999/2000, 26 800 VI nr. A, p. 6.

212 Handelingen I 1952/53, 496, 480 en 484. In afwijking van het vaste standpunt omtrent de restrictieve uitleg van artikel 91, lid 3, Grondwet heeft ook de Raad van State dit standpunt ingenomen, Kamer-

Bij gebreke van een algemene bepaling waarin de kernbeginselen uitdrukkelijk zijn opgenomen, zal waarschijnlijk echter minder snel worden aangenomen dat een verdrag afwijkt van de Grondwet, dan het geval zou zijn als een dergelijke bepaling wel in de Grondwet is opgenomen.

Verder wordt vaak aangenomen dat vele van de bepalingen van de Grondwet uitsluitend zien op de nationale rechtssfeer en de nationale constitutionele verhoudingen. Daaraan wordt de conclusie verbonden dat een verdrag in beginsel niet van deze bepalingen kan afwijken of tot afwijken kan nopen.[213] Wanneer bijvoorbeeld een rechtsprekende bevoegdheid bij verdrag wordt opgedragen aan een internationaal orgaan, is dit niet strijdig met voorschriften die de rechtsprekende bevoegdheid aan nationale organen toedelen. De nationale bepalingen betreffen immers uitsluitend de nationale rechtssfeer en niet de internationale rechtsprekende bevoegdheid.

De enge uitleg van artikel 91, lid 3, Grondwet biedt het voordeel van duidelijkheid, maar brengt mee dat de eis van een tweederde meerderheid niet geldt voor verdragen die niet in strijd zijn met concrete bepalingen van de Grondwet, maar die niettemin grote gevolgen voor de nationale rechtsorde hebben. Voor dergelijke verdragen volstaat de democratische legitimering van een gewone meerderheid van de volksvertegenwoordiging, zelfs als het verdrag een verregaande en ingrijpende opdracht en overdracht van bevoegdheden mogelijk maakt. Zo is bij geen van de (wijzigings-)verdragen betreffende de Europese Unie de procedure van artikel 91, lid 3, Grondwet gevolgd. Bij minder belangwekkende verdragen die afwijken van de letter van de Grondwet is wel een meerderheid van twee derden vereist.[214]

12.4.3 Adviezen van de Staatscommissie binnen het huidige grondwettelijke kader van artikel 91, lid 3, Grondwet

De Staatscommissie meent dat de sluiting van een verdrag dat strijdig is met de kernbeginselen van de democratische rechtsstaat zoals zij deze heeft geformuleerd in haar voorstel voor een algemene bepaling (zie hoofdstuk 4), altijd ongeoorloofd is, ook als niet van enige concrete grondwetsbepaling wordt afgeweken. Dit is – zoals zojuist vermeld (paragraaf 12.4.2) – een standpunt dat vanaf de invoering van het voorschrift van artikel 91, lid 3, Grondwet is gehuldigd.

---

stukken II 1999/2000, 26 800 VI nr. A, p. 6.

213 J.W.A. Fleuren, Verdragen die afwijken van de Nederlandse Grondwet, in: Van de constitutie afwijkende verdragen, Publicaties van de Staatsrechtkring nr. 20, Kluwer 2002, p. 52-53.

214 Dit was de strekking van de motie-Jurgens c.s. van 18 december 2001, Kamerstukken I 2001/02, 27 484, nr. 174 (ook los gepubliceerd onder 237c, nr. 174).

De Staatscommissie is voorts van oordeel dat de vraag of er sprake is van afwijken van de Grondwet, tijdens de goedkeuringsprocedure van verdragen in voorkomende gevallen meer diepgaand aan de orde moet komen dan nu vaak het geval is.

De Staatscommissie meent dat de huidige, enge uitleg van artikel 91, lid 3, Grondwet niet de enige mogelijke en evenmin de meest wenselijke uitleg is. De Staatscommissie is unaniem van mening dat een ruimere uitleg en toepassing van artikel 91, lid 3, Grondwet wenselijk is met het oog op versterking van het normatieve karakter van de Grondwet, alsook de constitutionele legitimiteit van het Nederlands buitenlands beleid en Nederlandse deelname in internationale samenwerkingsverbanden. Verdragen die afwijken van concrete bepalingen van de Grondwet óf van de daaraan ten grondslag liggende beginselen, vereisen een sterkere dan gewone democratische legitimering. Zij moeten daarom met een meerderheid van twee derden worden goedgekeurd. Het is aan de regering en de Staten-Generaal om hiervoor op passende wijze zorg te dragen. Hiervoor is geen grondwetswijziging vereist.
Opmerking verdient hierbij dat als de grondwetgever de door de Staatscommissie voorgestelde algemene bepaling (zie hoofdstuk 4) invoert, er eerder zichtbaar sprake kan zijn van een verdrag dat afwijkt van de Grondwet.

12.4.4 Denkrichtingen over aanvulling van de Grondwet

Een meerderheid van de Staatscommissie meent dat er aanleiding is een stap verder te gaan en acht grondwetswijziging wenselijk. Naast een bepaling omtrent verdragen die afwijken van de Grondwet wenst deze meerderheid te waarborgen dat voor ons land en het constitutionele bestel belangrijke verdragen op een ruime parlementair-democratische legitimering kunnen rekenen, ook als zij niet van de Grondwet afwijken.

De bedoelde meerderheid van de Staatscommissie volstaat in dit stadium met het aangeven van denkrichtingen die de grondwetgever bij een grondwetswijziging ter zake kan volgen.

De voorgestelde wijziging kan daarin worden gezocht dat het vereiste voor goedkeuring met gekwalificeerde meerderheid wordt verduidelijkt en in een groter aantal gevallen wordt toegepast. Een dergelijke wijziging kan bijdragen aan de duidelijkheid van de Grondwet (en aan een meer eenduidige interpretatie ervan in de praktijk) en kan de normatieve kracht van de Grondwet versterken. Deze verduidelijking en verbreding van het vereiste van goedkeuring met een versterkte meerderheid kan op verschillende wijzen vorm krijgen. Daarbij moet onderscheiden worden tussen formele en materiële criteria. Bij formele criteria

gaat het om criteria die de toepassing van de gekwalificeerde meerderheid van een meer uiterlijk kenmerk laten afhangen; bij materiële criteria gaat het om een kwalitatief kenmerk.

Formele criteria

Er zijn verschillende formele criteria denkbaar. Een meer formeel dan materieel criterium is: verdragen die bevoegdheden opdragen aan volkenrechtelijke organisaties die door de Grondwet aan de regering, de Staten-Generaal of de rechterlijke macht zijn toegekend. Een ander meer formeel criterium is 'verdragen tot wijziging van de verdragen waarop de Europese Unie is gegrondvest', zoals het Kamerlid Van der Staaij heeft voorgesteld.[215]

Formele criteria hebben het voordeel van eenduidige toepasbaarheid. Er hoeft – afhankelijk van het specifieke formele criterium – minder twijfel over te bestaan wanneer de bijzondere goedkeuringsprocedure moet worden toegepast.

Het nadeel is echter dat het niet eenvoudig is om een formeel criterium te vinden dat een in alle opzichten bevredigende schifting aanbrengt tussen verdragen waarvoor het wenselijk is om een versterkte meerderheid te eisen, en verdragen waarvoor dit niet nodig is.

Zo is het criterium of sprake is van opdracht van bevoegdheden die de Grondwet aan regering, Staten-Generaal en rechter toekent, mogelijk te beperkt. Buiten dit criterium vallen, bijvoorbeeld, verdragen waarbij de zeggenschap van Nederland als lidstaat van de Europese Unie aanmerkelijk wordt beperkt bijvoorbeeld door wijziging van de stemverhoudingen in de Raad, het lidmaatschap van de Commissie en het Hof, of het uitsluitend bezigen van de unanimiteitsregel.

Het criterium van het voorstel-Van der Staaij – een verdrag tot wijziging van de verdragen waarop de Europese Unie is gegrondvest – is mogelijk zowel te ruim als te beperkt. Hoewel er geen historisch voorbeeld bestaat van een onbelangrijke wijziging van de Unieverdragen, en het gezien de complexiteit van verdragswijziging (die instemming van alle zevenentwintig lidstaten vergt volgens de nationale procedures) moeilijk aannemelijk is dat er zich ooit onbelangrijke wijzigingen van de oprichtingsverdragen voordoen, is het theoretisch niet uitgesloten dat zich minder belangrijke wijzigingen voordoen. In dit opzicht is het criterium te ruim. Het is echter te beperkt, in die zin dat ook andere verdragen dan die tot wijziging van de oprichtingsverdragen van de Europese Unie, belangrijke gevolgen hebben of kunnen hebben voor de nationale rechtsorde en de Nederlandse burger.[216]

215 Kamerstukken II 2006/07, 30 874 (R 1818), nr. 2.

216 Dit laatste laat overigens de mogelijkheid onverlet dat voor EU-verdragen een aparte procedure wordt gevolgd, zoals in vele lidstaten het geval is.

Materiële criteria

Een andere denkrichting is om een meer materieel criterium te kiezen om te bepalen of een meerderheid van twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen van beide kamers is vereist. Hierbij valt te denken aan verdragen die 'wezenlijke bevoegdheden opdragen aan internationale organisaties', die 'wezenlijke constitutionele gevolgen hebben', die 'belangrijke gevolgen hebben voor de nationale constitutionele orde', die 'belangrijke gevolgen hebben voor de bevoegdheden van en verhoudingen tussen de staatsinstellingen', of die 'aanzienlijke gevolgen hebben voor de rechten en plichten van de burger'.
Het voordeel van een dergelijk materieel criterium is dat het antwoord op de vraag of een verdrag met een tweederde meerderheid van het aantal uitgebrachte stemmen wordt goedgekeurd meer afhankelijk is van de gevolgen die het verdrag heeft of kan hebben voor de Nederlandse rechtsorde. Een nadeel is echter dat het bij materiële criteria in het algemeen moeilijker is vast te stellen of daaraan voldaan is. Zij hebben een sterk normatief element. De vraag of iets 'wezenlijk', 'belangrijk', of 'aanzienlijk' is, vergt een waardeoordeel van geval tot geval. Een materieel criterium geeft dan ook niet een onmiddellijk antwoord op de vraag of een verdrag al dan niet met een tweederde meerderheid moet worden goedgekeurd.

Overwegingen

De Staatscommissie constateert dat aan beide typen criteria voor- en nadelen zijn verbonden. Binnen de bedoelde meerderheid van de Staatscommissie bestaat geen uitgesproken voorkeur voor een van de hierboven genoemde mogelijkheden. Sommige leden hebben een voorkeur voor een materieel criterium, terwijl andere leden een zekere voorkeur hebben voor een formeel criterium of een combinatie van een materieel criterium met een formeel criterium. Zo achten zij denkbaar dat naast een materieel criterium voor verdragen in het algemeen, er een bijzondere procedure wordt gevolgd ter zake van de EU-Verdragen.

Deze meerderheid van de Staatscommissie beperkt zich wat de verdere uitwerking betreft tot de opmerking dat een materieel of formeel criterium zijn plaats kan krijgen naast het huidige derde lid van artikel 91 Grondwet. Dit vergt de invoeging van een nieuw lid na het huidige derde lid met de volgende structuur:

'De kamers kunnen de goedkeuring van een verdrag dat [materieel/ formeel criterium] alleen verlenen met ten minste twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen.'

Tevens moet dan in het huidige artikel 92 Grondwet de woorden 'en vierde' worden ingevoegd na het woord 'derde'.

Motivering opvatting minderheid

Een minderheid meent dat er op dit moment geen aanleiding is om artikel 91 Grondwet te wijzigen op het hier besproken punt, omdat een ruimere interpretatie van artikel 91, lid 3, Grondwet – zoals hiervoor in paragraaf 12.4.3 door de Staatscommissie geadviseerd – vooralsnog voldoende soelaas biedt.[217] Zij is deze mening temeer toegedaan, nu de meerderheid van de Staatscommissie geen concrete tekstvoorstellen, maar slechts enige suggesties doet, waarvan de concretisering in een tekstvoorstel naar het oordeel van de minderheid op grote problemen kan stuiten.

12.5 Verdragen die van de Grondwet afwijken; het procedurele aspect

12.5.1 Inleiding

Zoals de Staatscommissie hiervoor in paragraaf 12.4.1 heeft opgemerkt, onderscheidt zij bij de problematiek die artikel 91, lid 3, Grondwet oproept twee aspecten. In de vorige paragraaf is het materiële aspect aan de orde geweest. In deze paragraaf gaat de Staatscommissie in op het procedurele aspect.

Artikel 91, lid 3, Grondwet bepaalt:

> Indien een verdrag bepalingen bevat welke afwijken van de Grondwet dan wel tot zodanig afwijken noodzaken, kunnen de kamers de goedkeuring alleen verlenen met ten minste twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen.

12.5.2 Kritiek op de procedure van artikel 91, lid 3, Grondwet

De procedure rond de toepassing van artikel 91, lid 3, Grondwet ondervindt kritiek.[218]

Een eerste punt van kritiek betreft het feit dat het mogelijk is dat de oordelen van de regering en van beide kamers uiteenlopen over de vraag of de procedure van artikel 91, lid 3, Grondwet moet worden gevolgd, en dat voor die situatie niet in een regeling is voorzien.

217 De leden Kortmann, De Lange en Thomassen.

218 Zie onder meer de motie-Jurgens c.s. van 18 december 2001, Kamerstukken I 2001/02, 27 484, nr. 174 (ook los gepubliceerd onder 237c, nr. 174).

Dit kan er bijvoorbeeld toe leiden dat in de ene kamer een tweederde meerderheid van het aantal uitgebrachte stemmen wordt vereist, terwijl in de andere kamer het verdrag met gewone meerderheid wordt goedgekeurd.[219]

Een ander punt van kritiek heeft betrekking op het feit dat een gewone meerderheid beslist of artikel 91, lid 3, Grondwet van toepassing is. Wanneer is besloten dat een verdrag afwijkt van de Grondwet of tot zodanig afwijken noodzaakt, kan een minderheid van een derde van de kamerleden die hun stem uitbrengen, de goedkeuring van het desbetreffende verdrag voorkomen. Dit is een noodzakelijk gevolg van de eis van een gekwalificeerde meerderheid. Het is echter een gewone meerderheid die beslist over de vraag of sprake is van afwijking van de Grondwet en daarmee over de toepasselijkheid van de procedure.[220] Daarmee kan – zo luidt de kritiek dan – een gewone meerderheid voorkomen dat de desbetreffende minderheid goedkeuring van een verdrag verhindert met gebruikmaking van haar grondwettelijke bevoegdheid daartoe. Deze bevoegdheid bestaat ingeval dat verdrag afwijkt of tot afwijking noopt van de Grondwet en dus de procedure van artikel 91, lid 3, Grondwet zou moeten worden gevolgd.

De Staatscommissie hecht eraan op te merken dat zij vindt dat het in de rede ligt dat voor de beslissing óf de procedure van artikel 91, lid 3, Grondwet gevolgd moet worden, de eis van een gewone meerderheid geldt. Deze eis geldt ook voor andere, vergelijkbare beslissingen, waaronder de beslissing of een voorgesteld wettelijk voorschrift in strijd komt met de Grondwet. De Staatscommissie kan zich daarom niet vinden in dit tweede punt van kritiek.

12.5.3 Mogelijke oplossingen

De mogelijkheid bestaat dus dat de regering en beide kamers uiteenlopend oordelen over de vraag of de procedure van artikel 91, lid 3, Grondwet moet worden gevolgd. Hiervoor worden wel twee mogelijke oplossingen aangedragen.

Een eerste mogelijke oplossing is om een derde instantie bij wijze van constitutionele arbiter te laten beslissen over het al dan niet afwijken van de Grondwet. Een nader te bepalen deel van elk der kamers, bijvoorbeeld een gewone meerderheid, een derde of een vijfde, kan dan bevoegd worden gemaakt aan deze instantie de vraag voor te leggen of een verdrag afwijkt of noopt tot afwijken van de Grondwet.

219 Voor een overzicht van alle mogelijke combinaties van verschillende oordelen, zie het onderzoek 'De constitutionele bepalingen over verdragen die van de Grondwet afwijken en de opdracht van bevoegdheid aan internationale organisaties'; Kamerstukken 2002/03, 27 484 (R 1669), nr. 289, p. 7-8.

220 Zie artikel 67, lid 2, Grondwet.

Een andere mogelijke oplossing is om de vraag of een verdrag afwijkt van de Grondwet te laten beantwoorden door de verenigde vergadering van de Staten-Generaal. Daarbij zou dan hetzij een gewone meerderheid van elk van de kamers, hetzij een derde van het grondwettelijk aantal leden van elk van de kamers deze vraag naar de verenigde vergadering mogen verwijzen. Daarna zou de verenigde vergadering met een gewone meerderheid beslissen of een verdrag afwijkt van de Grondwet of daartoe noodzaakt. De goedkeuring verloopt vervolgens volgens het bestaande stelsel, zodat – bij een bevestigend antwoord – elk van de kamers het verdrag met tweederde meerderheid moet goedkeuren.

12.5.4 Advies van de Staatscommissie

Gelet op het functioneren van de huidige procedure en de complexiteit van de genoemde oplossingen, adviseert een meerderheid van de Staatscommissie tot handhaving van de bestaande procedure. Zij meent dat onder de bestaande procedure de kwestie van al dan niet afwijken diepgaand kan worden onderzocht en dat de procedure van artikel 91, lid 3, Grondwet in de praktijk geen grote problemen oplevert.
De genoemde oplossingen bieden naar de mening van de meerderheid geen bruikbaar alternatief. Wat betreft de mogelijkheid de beslissing bij de verenigde vergadering van de Staten-Generaal te leggen, merkt de meerderheid op dat dit de verhouding tussen de kamers wezenlijk verandert. Een belangrijk gevolg van de mogelijkheid van een procedurebesluit van een kamer om de besluitvorming bij de verenigde vergadering te leggen, is dat de kamers zo hun bevoegdheid tot zelfstandig besluiten op dit punt verliezen. Bovendien zou deze procedure aanleiding kunnen zijn voor tactische besluitvorming inzake de inschakeling van de verenigde vergadering.

Een minderheid van de Staatscommissie[221] is van mening dat het de taak van de grondwetgever is procedures zodanig in te richten dat geen situaties mogelijk zijn waarin niet meer is vast te stellen of de Staten-Generaal een voorstel tot goedkeuring van een verdrag met de juiste meerderheid hebben aangenomen. Dit is des te belangrijker waar de internationale betrekkingen in het geding zijn. De procedurele problematiek rond artikel 91, lid 3, Grondwet speelt bovendien al geruime tijd, komt regelmatig in parlementaire debatten aan de orde, vooral bij de goedkeuring van verdragen tot vestiging van internationale gerechten in Nederland, en is nog niet opgelost.
Indien de kamers uitvoering geven aan het advies artikel 91, lid 3, Grondwet, ruimhartiger toe te passen, zal, zo meent deze minderheid, het aantal gevallen

221 De leden Besselink, De Lange, Oomen en De Vries.

toenemen waarin de kamers over de toepasselijkheid van de procedure moeten besluiten. Daarmee neemt ook het risico toe van onderling tegengestelde oordelen daarover.
Deze minderheid adviseert daarom de beslissingsmacht over de vraag of een verdrag afwijkt van de Grondwet, neer te leggen bij de verenigde vergadering van de Staten-Generaal, op voorstel van een der kamers of van een derde van het grondwettelijke aantal leden van elk der kamers. Eveneens kan worden overwogen om de gehele goedkeuring in zo'n geval bij de verenigde vergadering te leggen. Daartoe bestaat de mogelijkheid nu artikel 91, lid 1, Grondwet sinds 1983 voor verdragsgoedkeuring niet meer de wetsvorm voorschrijft. Deze minderheid realiseert zich dat het neerleggen van besluitvorming bij de verenigde vergadering de verhoudingen tussen de kamers wijzigt. Evenzeer als bij andere constitutioneel gewichtige besluiten die worden voorbehouden aan de verenigde vergadering, achten de desbetreffende leden dit gerechtvaardigd.

13 Internationaal en Europees recht in de Nederlandse rechtsorde

13.1 Inleiding

Met betrekking tot artikel 94 Grondwet gaat de Staatscommissie in op verschillende aspecten. Een belangrijke – in paragraaf 13.2 aan de orde komende - vraag is of nadere voorwaarden moeten worden verbonden aan de voorrang van het internationale recht op het nationale recht op grond van artikel 94 Grondwet. In het bijzonder gaat de Staatscommissie daarbij in op de door de regering gestelde vraag naar de wenselijkheid van opneming van een bepaling op grond waarvan verdragsbepalingen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties die in strijd zijn met wezenlijke waarden van de Nederlandse constitutie, geen voorrang hebben op nationaal recht. Een ander aspect betreft – in verband met de toegankelijkheid van de Grondwet – de vraag of verduidelijking van de artikelen 93 en 94 Grondwet mogelijk is. De Staatscommissie doet in dat kader een voorstel (paragraaf 13.3). Tot slot gaat de Staatscommissie in paragraaf 13.4 in op de vraag of artikel 94 Grondwet zodanig aanpassing verdient dat rechterlijke toetsing van wettelijke voorschriften aan ongeschreven internationaal gewoonterecht mogelijk wordt.

13.2 Nadere voorwaarden voor de werking en voorrang van het internationale recht (artikel 94 Grondwet)?

13.2.1 Inleiding

De regering heeft de Staatscommissie verzocht in te gaan op de wenselijkheid van opneming van een bepaling op grond waarvan verdragsbepalingen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties die in strijd zijn met wezenlijke waarden van de Nederlandse constitutie, geen voorrang hebben op nationaal recht.[222]

13.2.2 Achtergrond en context van de vraag

De achtergrond van de vraag van de regering is dat naar de huidige stand van zaken op grond van artikel 93 Grondwet internationale bepalingen die een ieder kunnen verbinden, jegens particulieren kunnen werken. Bovendien moet de rechter op basis van artikel 94 Grondwet wettelijke voorschriften buiten toepassing laten indien hun toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Deze bepalingen luiden als volgt:

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

Artikel 93
Bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden, hebben verbindende kracht nadat zij zijn bekendgemaakt.

Artikel 94
Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

In principe geldt de voorrang van een ieder verbindende bepalingen ook ten opzichte van fundamentele constitutionele regels en beginselen.[223] Daarbij zij opgemerkt dat krachtens artikel 93 Grondwet een internationale bepaling slechts jegens burgers kan werken nadat zij is bekendgemaakt.[224] In zoverre is het fundamentele rechtsbeginsel van de rechtszekerheid een voorwaarde voor doorwerking en voorrang van internationaal recht.

Het gebeurt niet heel vaak dat de rechter een wettelijk voorschrift buiten toepassing laat wegens strijd met een internationale bepaling.[225]
Een verklaring hiervoor is dat al bij de totstandkoming van verdragen wordt gelet op de overeenstemming tussen de verdragen en de geldende wettelijke voorschriften. Bovendien zal de rechter wettelijke voorschriften en verdrag zo trachten te interpreteren dat zij verenigbaar zijn. Ook is van belang dat vele internationale bepalingen niet een ieder verbindend zijn in de zin van artikel 94 Grondwet. Daarom kan de rechter deze niet met voorrang op wettelijke voorschriften toepassen. Deze niet een ieder verbindende bepalingen vergen veelal uitwerking door de wetgever en uitvoerende macht, die dit met inachtneming van fundamentele constitutionele regels en beginselen moeten doen.

223 Sommige schrijvers menen dat grondwetsbepalingen om grondwetssystematische redenen alleen buiten toepassing kunnen worden gelaten als de desbetreffende verdragen in overeenstemming met artikel 91, lid 3, Grondwet zijn goedgekeurd. Andere schrijvers zijn het daar om grondwetshistorische redenen niet mee eens. Zie ter zake L.F.M. Besselink en R.A. Wessel, Ontwikkelingen in de internationale rechtsorde en Nederlands constitutioneel recht, Kluwer 2009, p. 52 e.v.

224 Deze voorwaarde werd in 1953 in het toenmalige artikel 66 Grondwet opgenomen: 'De wet geeft regels omtrent de bekendmaking van overeenkomsten. De overeenkomsten verbinden een ieder, voorzover zij zijn bekendgemaakt.'

225 L.F.M. Besselink en R.A. Wessel, Ontwikkelingen in de internationale rechtsorde en Nederlands constitutioneel recht, Kluwer 2009, p. 52.

Wat betreft oplossing van mogelijke strijdigheid van internationale bepalingen met nationale constitutionele regels en beginselen, in het bijzonder grondrechten, stelt de Staatscommissie vast dat deze constitutionele regels en beginselen vaak (ook) zijn neergelegd in internationale bronnen. In geval van een conflict tussen een internationale bepaling enerzijds en een nationale fundamentele constitutionele norm anderzijds, is er daarom vaak tegelijk sprake van een conflict tussen die internationale bepaling en een andere internationale norm, die een gelijkwaardige inhoud heeft als de nationale constitutionele norm. In geval van een beweerdelijk conflict tussen verschillende normen van internationale oorsprong tracht de rechter de verschillende bepalingen zo uit te leggen dat zij met elkaar verenigbaar zijn. Indien dit niet mogelijk is en een conflict tussen internationale bepalingen onderling onontkoombaar is, is de Nederlandse rechter bevoegd om het conflict op te lossen.[226] Daarbij zal hij eerst bezien welke internationale regel op grond van de internationale conflictregels moet voorgaan. Geven deze conflictregels geen uitsluitsel, dan bepaalt de rechter zelf welke bepaling moet worden toegepast door over te gaan tot een belangenafweging.[227] In die belangenafweging hecht de rechter - zo blijkt uit de jurisprudentie - bijzonder belang aan bescherming van de grondrechten van de burger.[228]

13.2.3 Overwegingen Staatscommissie

De Staatscommissie overweegt als volgt over de vraag of het gewenst is om in de Grondwet met betrekking tot de doorwerking en voorrang van het internationale recht in de nationale rechtsorde nadere voorwaarden op te nemen.

De Staatscommissie is unaniem van oordeel dat in de eerste plaats op internationaal niveau moet worden bevorderd dat internationale rechtsregels in overeenstemming zijn met fundamentele regels en beginselen. Het behoort tot de taak van de regering om bij verdragsonderhandelingen en in de besluitvormingsprocedures van internationale organen in samenwerking met andere landen te bevorderen dat fundamentele constitutionele regels en beginselen worden gerespecteerd. De Staten-Generaal hebben de taak bij de goedkeuring van verdragen en bij de controle op het handelen van de ministers aandacht te schenken aan de vraag of deze beginselen in acht zijn genomen. Zij zouden bij twijfel over de verenigbaarheid van een verdrag met fundamentele constitutionele beginselen geen goedkeuring moeten verlenen.

226 HR 10 november 1989, NJ 1991, 248 (Kruisraketten).
227 J.B. Mus, Verdragsconflicten voor de Nederlandse rechter (dissertatie. UU), 1996, p. 85-128.
228 HR 30 maart 1991, NJ 1991, 249 (Short).

De Staatscommissie stelt in dit verband nog vast dat de vastlegging in de Grondwet van voorwaarden voor de toepassing en voorrang van internationaal recht in de nationale rechtsorde niet kan wegnemen dat het Koninkrijk volkenrechtelijk gehouden kan zijn internationale verplichtingen na te komen. In het geval dat het Koninkrijk een internationale verplichting niet nakomt omdat nakoming in strijd zou zijn met fundamentele constitutionele waarden, kan dit in beginsel tot volkenrechtelijke aansprakelijkheid leiden. Een staat mag zich naar algemeen volkenrecht immers in de regel niet beroepen op de bepalingen van het nationale recht ter rechtvaardiging van niet naleving van een verdrag. Dit lijdt uitzondering indien de instemming met binding aan een verdrag in strijd was met een fundamentele bepaling van nationaal recht betreffende de bevoegdheid tot het sluiten van verdragen en deze aan de wederpartij kenbaar was.[229]
Wat betreft de Europese Unie herinnert de Staatscommissie eraan dat krachtens het EU-Verdrag de Europese Unie de rechtsplicht heeft de constitutionele identiteit van de lidstaten te eerbiedigen.[230]

Het bovenstaande afwegende, is de helft van de Staatscommissie[231] van oordeel dat het noodzakelijk noch wenselijk is om aan de voorrang van een ieder verbindende bepalingen van internationaal recht binnen de nationale rechtsorde de voorwaarde te stellen dat deze in overeenstemming is met fundamentele constitutionele beginselen.
Deze leden wijzen ook op de indruk die bij de Staatscommissie bestaat dat de rechtspraktijk erop is gericht internationale verplichtingen in overeenstemming met fundamentele constitutionele regels en beginselen uit te leggen.[232]
Zij vinden het belangrijk dat de voorgestelde algemene bepaling tot eerbiediging van de constitutionele beginselen die ten grondslag liggen aan de democratische rechtsstaat, zoals door de Staatscommissie voorgesteld, al een belangrijke rol kan spelen bij de afweging die de rechter moet maken. Gelet hierop heeft een grondwettelijke bepaling die zou voorschrijven dat een ieder verbindend internationaal recht alleen voorrang heeft, indien het met fundamentele constitutionele normen verenigbaar is, volgens deze leden weinig toegevoegde

229 Artikelen 27 en 46 Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht. Onder meer is omstreden wanneer sprake is van kenbaarheid.

230 Artikel 4, lid 2, EU: 'De Unie eerbiedigt de gelijkheid van de lidstaten voor de Verdragen, alsmede hun nationale identiteit die besloten ligt in hun politieke en constitutionele basisstructuren, waaronder die voor regionaal en lokaal zelfbestuur. Zij eerbiedigt de essentiële staatsfuncties, met name de verdediging van de territoriale integriteit van de staat, de handhaving van de openbare orde en de bescherming van de nationale veiligheid. Met name de nationale veiligheid blijft de uitsluitende verantwoordelijkheid van elke lidstaat.'

231 De leden Gonçalves, Kortmann, De Lange, Overkleeft-Verburg en Thomassen.

232 Bijvoorbeeld Rechtbank 's-Gravenhage 3 februari 2010, LJN BL1862 (uitsluiting Iraanse studenten), valt aldus te lezen.

waarde uit het oogpunt van rechtsbescherming.
Tevens menen deze leden dat een dergelijke voorwaarde te veel nadruk zou leggen op de rol van de rechter in de bescherming van constitutionele beginselen. Hoewel de rechter daarin een belangrijke rol vervult, is het vooral de taak van de regering en de Staten-Generaal te waarborgen dat bij de totstandkoming en goedkeuring van verdragen grondrechten en fundamentele rechtsbeginselen in acht worden genomen en dat, zo nodig, wordt gewaarborgd dat de uitoefening van bij verdragen opgedragen bevoegdheden aan deze randvoorwaarden voldoet.

De andere helft van de Staatscommissie[233] meent daarentegen dat het wenselijk en waardevol is om aan de voorrang van het internationale recht de grondwettelijke voorwaarde te verbinden dat deze verenigbaar is met fundamentele constitutionele beginselen, buiten de voorwaarde van het in artikel 93 Grondwet besloten liggende aspect van het fundamentele rechtsbeginsel van rechtszekerheid.
Een algemene bepaling omtrent eerbiediging van de constitutionele beginselen die ten grondslag liggen aan de democratische rechtsstaat, garandeert volgens deze leden niet dat internationale bepalingen daarop nooit een inbreuk zullen maken. Evenmin kunnen regering en Staten-Generaal bij verdragsluiting altijd voorzien of de toepassing van het verdrag en de uitoefening van de bevoegdheid door organen van internationale organisaties op grond daarvan immer verenigbaar zal zijn met de grondslagen van de constitutionele orde.
Dat de huidige rechtspraktijk erop is gericht internationale verplichtingen in overeenstemming met fundamentele constitutionele regels en beginselen uit te leggen, betekent volgens deze leden nog niet dat een grondwettelijke voorwaarde geen toegevoegde waarde heeft. Opneming in de Grondwet van een dergelijke voorwaarde geeft een duidelijke rechtsbasis aan het in de rechtspraktijk al bestaande streven. De bescherming van grondrechten en fundamentele rechtsbeginselen kan dan in voorkomende gevallen worden gebaseerd op een grondwettelijke regel en is minder afhankelijk van een rechterlijke belangenafweging van geval tot geval. Voor zover de huidige praktijk normenconflicten nu al ten gunste van de bescherming van fundamentele constitutionele regels en beginselen laat uitvallen, is de voorgestelde uitbreiding van artikel 94 Grondwet een vastlegging van deze belangrijke constitutionele praktijk.
Deze leden zien onder ogen dat een onverhoopt buiten toepassing laten van een internationale bepaling wegens strijd met fundamentele constitutionele regels tot volkenrechtelijke aansprakelijkheid kan leiden. Dit is echter ook nu al het

233 De leden Besselink, Claes, Gerards, Oomen en De Vries.

geval wanneer fundamentele constitutionele regels te vinden zijn in internationale verdragen en de rechter het ontstane conflict van verdragsverplichtingen oplost via de weg van belangenafweging. Een van de twee verdragsverplichtingen weegt dan zwaarder, en de andere kan niet worden nagekomen.
Deze leden van de Staatscommissie menen ten slotte dat een grondwettelijke voorwaarde voor voorrang duidelijk maakt dat Nederland bijzonder belang hecht aan de naleving van fundamentele rechten en beginselen, die ook internationaal erkend zijn. Een dergelijke bepaling vormt een signaal aan de internationale partners dat het Koninkrijk binnen de nationale rechtsorde geen effect zal kunnen geven aan internationale voorschriften en besluiten die in strijd komen met fundamentele constitutionele regels en beginselen. Een dergelijke benadering kan positief bijdragen aan internationale besluitvorming die met deze regels en beginselen in overeenstemming is. Aldus kan zij ook een bijdrage leveren aan het proces van constitutionalisering van de internationale rechtsorde.
Deze leden stellen daarom voor aan het huidige artikel 94 Grondwet een tweede lid toe te voegen met de volgende tekst:

> 2. Bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties vinden geen toepassing indien deze toepassing niet verenigbaar is met artikel [de algemene bepaling] van de Grondwet.

13.3 Verduidelijking van de formulering van de artikelen 93 en 94 Grondwet

13.3.1 Inleiding

Tot de opdracht van de Staatscommissie behoort ook advisering over mogelijkheden tot vergroting van de toegankelijkheid van de Grondwet voor de burger. Aan dit onderwerp heeft de Staatscommissie in hoofdstuk 3 afzonderlijke aandacht besteed. De Staatscommissie heeft zich in het kader van het onderhavige 'internationale' deel van de opdracht de vraag gesteld of wijziging van de formulering van artikelen 93 en 94 Grondwet de toegankelijkheid kan bevorderen.

13.3.2 Advies Staatscommissie

De Staatscommissie stelt in het kader van de bevordering van de toegankelijkheid van de Grondwet voor de artikelen 93 en 94 Grondwet te verduidelijken door achtereenvolgens de termen 'een ieder […] verbinden' en 'een ieder verbindende' te vervangen door 'rechtstreeks […] werken' respectievelijk 'rechtstreeks werkende'.[234] Daartoe voert de Staatscommissie het volgende aan.

234 Zie voor de huidige tekst paragraaf 13.2.2.

Onder ‘een ieder verbindende’ bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties worden verstaan de internationale bepalingen die verbindende kracht hebben jegens burgers, en zich lenen voor rechterlijke toepassing jegens burgers. Het moet gaan om bepalingen die voldoende duidelijk zijn om daar als particulier rechten en plichten aan te kunnen ontlenen. Zij richten zich niet enkel tot de organen van de staat en behoeven geen nadere uitwerking door wetgever of bestuur om voor rechterlijke toepassing vatbaar te zijn. Zij zijn van dien aard dat de bepaling in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren.[235]

Bij de vervanging van de uitdrukking ‘een ieder verbindend’ en ‘een ieder verbindende’ door ‘rechtstreeks werken’ en ‘rechtstreeks werkende’, heeft de Staatscommissie vooral de duidelijkheid en toegankelijkheid van de tekst voor ogen.

Taalkundig is de uitdrukking ‘een ieder verbindend’ niet gelukkig. De taalkundige betekenis van ‘een ieder verbindend’ (een bepaling waaraan iedere persoon gebonden is) komt niet overeen met de juridische betekenis van de term. In veel gevallen creëert de betreffende verdragsbepaling aanspraken of rechten voor de burger, en geen verplichtingen.
Bovendien bedoelt het begrip ‘een ieder verbindend’ verdragsbepalingen of besluiten van volkenrechtelijke organisaties gericht op één of enkele personen niet uit te sluiten, maar is dat taalkundig wel het geval.
Ook loopt de betekenis van het begrip ‘een ieder verbindende bepaling’ in de praktijk parallel aan de betekenis van het begrip ‘rechtstreekse werking’ in het Europese recht en in het recht van andere Europese landen.
Tot slot bezigt de rechtspraak tegenwoordig de termen ‘een ieder verbindend’ en ‘rechtstreeks werkend’ als synoniemen.[236]

Een wijziging van de terminologie in de artikelen 93 en 94 Grondwet heeft geen gevolgen voor de toepasselijkheid en voorrang van internationaalrechtelijke normen. Zij heeft het voordeel van duidelijkheid en toegankelijkheid. Bovendien komt de voorgestelde formulering beter overeen met de gebruikelijke terminologie, in zowel nationaal, Europees als internationaal recht.

235 Onder meer HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688.

236 Zie bijv. HR 4 april 2010, NJ 2010, 190 (SGP-arrest). Zie verder bijv. HR 16 september 2005, LJN AO9013, ABRvS 15 september 2004, AB 2005, 12, ABRvS 21 oktober 2009, LJN BK0845, CRvB 6 juni 1991, AB 1991, 634 en CRvB 15 november 2005, LJN AU6509.

13.4 De toetsing aan ongeschreven internationaal gewoonterecht

13.4.1 Inleiding

In het kader van de opdracht om over de verhouding tussen internationaal en nationaal recht te adviseren in het licht van de internationale ontwikkelingen heeft de Staatscommissie aanleiding gevonden te bezien of rechterlijke toetsing aan internationaal gewoonterecht, waaronder ius cogens, mogelijk moet worden.

13.4.2 Stand van zaken: geen rechterlijke toetsing mogelijk aan ongeschreven internationaal gewoonterecht

Het ongeschreven internationale gewoonterecht maakt als gevolg van het monistische stelsel deel uit van het Nederlandse recht. De Hoge Raad heeft echter in 1959 in het Nyugat II-arrest geoordeeld dat de voorrang van het internationale recht op de toepassing van het nationale recht beperkt is tot 'een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties' (nu artikel 94 Grondwet).[237] Het is daarom, volgens de Hoge Raad, de rechter niet toegestaan de toepassing van nationaal recht te toetsen aan ongeschreven internationaal publiekrecht, ongeacht het karakter daarvan.

Bij de grondwetsherziening van 1983 heeft de grondwetgever het genoemde standpunt herhaald. Daarvoor werden en worden diverse argumenten aangevoerd.[238]

Het eerste is de onbepaaldheid van de inhoud van gewoonterechtelijke normen. Dit zou het de Nederlandse rechter, gelet op zijn rol ten opzichte van de wetgever en regering, moeilijk maken deze normen toe te passen. Een tweede is dat toetsing aan ongeschreven recht in wezen zou neerkomen op het schrappen van de woorden 'een ieder verbindend' in (nu) artikel 94 Grondwet. Een derde argument dat wel wordt aangevoerd is dat regels van internationaal gewoonterecht in toenemende mate zijn vastgelegd in verdragen.

13.4.3 Overwegingen van de Staatscommissie

Een meerderheid van de Staatscommissie meent dat er goede argumenten zijn om het de rechter mogelijk te maken te toetsen aan ongeschreven internationaal gewoonterecht en stelt daarom aanpassing van artikel 94 Grondwet voor. [239] Deze leden voeren het volgende aan.

237 HR 6 maart 1959, NJ 1962, 2.

238 Kamerstukken II 1977/78, 15 049 (R 1100), nrs. 1-4, p. 12-13.

239 De leden Besselink, Claes, Gerards, Gonçalves, Oomen, Overkleeft-Verburg en Thomassen.

Ten eerste verdraagt het huidige verbod van rechterlijke toetsing aan ongeschreven gewoonterecht zich niet goed met de grote openheid ten opzichte van het internationale recht die het Nederlandse (constitutionele) recht kenmerkt (zie over dat kenmerk en het uitgangspunt van de Staatscommissie ter zake paragrafen 2.2 en 10.5). Dit verbod is opvallend omdat in Europese landen waarin – anders dan in Nederland – verdragen en besluiten van internationale organisaties niet rechtstreeks doorwerken en voorrang hebben in de nationale rechtsorde, het internationaal gewoonterecht wel automatisch wordt toegelaten tot de rechtsorde met voorrang op de wet.[240] Het is een afwijking van ons stelsel van openheid jegens de internationale rechtsorde dat het juist dit deel van het internationale recht niet de status wil geven die het aan het overige internationaal recht toekent.

Bovendien zijn er sinds 1983 verschillende ontwikkelingen in de rechtspraak die de kwestie van de toetsbaarheid van nationaal recht aan internationaal gewoonterecht in een ander licht plaatsen dan voorheen.

Ten eerste is komen vast te staan dat de Nederlandse rechter *verdragen* kan toetsen aan ongeschreven gewoonterecht, in het bijzonder het dwingende gewoonterecht.[241] Dit maakt het ongerijmd dat de rechter *wettelijke voorschriften* niet daaraan kan toetsen.

Ten tweede blijkt de rechter zonder problemen beginselen van internationaal gewoonterecht, zoals die op het gebied van immuniteit van staten, *act of state*[242] en staatsaansprakelijkheid toe te passen. Niet is in te zien waarom de rechter deze regels wel kan uitleggen en toepassen, maar wettelijke voorschriften daaraan niet zou kunnen toetsen.

Ten derde acht de Hoge Raad de rechter inmiddels bevoegd lagere regels dan de formele wet te toetsen aan ongeschreven recht.[243] De rechter is mede hierdoor vertrouwd geraakt met toetsing van die wettelijke voorschriften aan ongeschreven rechtsregels en beginselen.

---

240 Dit is bijvoorbeeld het geval in de Bondsrepubliek en Italië, waar de verhouding tot het verdragsrecht dualistisch is en verdragen de rang van formele (federale) wet hebben, maar het gewoonterecht onmiddellijke toegang heeft tot de rechtsorde met voorrang op de wet. Zie artikel 25 Duitse Grondwet: *'Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes.'*. Artikel 10, lid 1, Italiaanse Grondwet: *'L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.'*.

241 HR 10 november 1989, NJ 1991, 248 (Kruisraketten) r.o. 3.4: 'Noch de door het hof bedoelde bepalingen van de Grondwet, noch enige andere regel van (nationaal) Nederlands recht staan eraan in de weg dat de Nederlandse rechter onderzoekt of een door het parlement al dan niet uitdrukkelijk goedgekeurd verdrag strijdig is met andere verdragen of andere volkenrechtelijke normen.'

242 Dit is een internationaalrechtelijk leerstuk waarbij de vraag rijst welk handelen als typisch staatshandelen *iure imperii* moet worden gekwalificeerd en welk handelen ook door niet-statelijke actoren had kunnen worden verricht.

243 HR 16 mei 1986, NJ 1987, 251.

Deze meerderheid van de Staatscommissie meent bovendien dat de bezwaren tegen toetsing aan gewoonterecht niet overtuigen.
Ten eerste zijn er geen aanwijzingen dat de rechter wat betreft de uitleg en toepassing van internationale gewoonterechtelijke regels voor bijzondere problemen wordt gesteld in vergelijking met ander ongeschreven recht. Ook blijkt dat de rechter rekening houdt met zijn constitutionele positie, in het bijzonder wat betreft de scheiding tussen enerzijds rechterlijke en anderzijds de wetgevende en uitvoerende macht.[244]
Voorts is het onjuist dat de voorwaarde van 'een ieder verbindendheid' zou vervallen wanneer de Grondwet toetsing aan gewoonterecht toelaat. Het criterium 'een ieder verbindende' bepalingen doelt slechts, zoals eerder gememoreerd (paragraaf 13.3.2), op die bepalingen die door de rechter als objectieve norm toepasbaar zijn.[245] Dit geldt vanzelfsprekend ook voor gewoonterechtelijke normen. Voor zover hierover twijfel zou ontstaan, is dit te ondervangen door een redactie die deze twijfel wegneemt.
Ook het feit dat veel internationaal gewoonterecht is gecodificeerd, levert geen argument op om de rechter te verbieden aan zulke regels te toetsen wanneer deze naar hun aard en inhoud voor rechterlijke toepassing vatbaar zijn.

13.4.4 Aanbevelingen van de Staatscommissie

Gelet op het voorgaande is de bedoelde meerderheid van de Staatscommissie van oordeel dat rechterlijke toetsing van wettelijke voorschriften aan dwingende bepalingen van ongeschreven internationaal gewoonterecht (*ius cogens*[246]) in elk geval mogelijk moet zijn. De reden hiervoor is gelegen in het dwingende karakter daarvan. Op basis van het internationale recht gaat *ius cogens* (ook wanneer het gewoonterechtelijk van aard is) voor op verdragsrecht. Op nationaal niveau betekent het dat de overheid zich niet aan deze regels van volkenrecht mag onttrekken. De meerderheid van de Staatscommissie meent dat de rechter hierop moet kunnen toezien, net zoals hij er nu al op kan toezien of wettelijke voorschriften verenigbaar zijn met een ieder verbindende verdragsbepalingen.
Deze meerderheid stelt voor artikel 94 Grondwet zodanig te wijzigen dat het als volgt luidt:

244 Vgl. HR 12 mei 1999, NJ 2000, 170, HR 17 december 1999, NJ 2000, 87 (Groningen/Raatgever) en HR 21 maart 2003, NJ 2003, 691 (Waterpakt).
245 HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688.
246 Onder *ius cogens* vallen in elk geval het verbod van piraterij, slavernij, marteling, volkerenmoord en agressie.

Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze niet verenigbaar is met [rechtstreeks werkende][247] bepalingen van verdragen, van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, en met dwingende bepalingen van ongeschreven internationaal publiekrecht.

Een deel van deze meerderheid – bestaande uit de helft van de Staatscommissie[248] – acht het echter niet wenselijk om de mogelijkheid van toetsing te beperken tot dwingende bepalingen van ongeschreven internationaal gewoonterecht, gelet op hetgeen in paragraaf 13.4.3 is overwogen. Deze leden geven er daarom de voorkeur aan om artikel 94 Grondwet als volgt te formuleren:

Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze niet verenigbaar is met [rechtstreeks werkende][249] bepalingen van verdragen, van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, en met ongeschreven internationaal publiekrecht.

Twee leden van de Staatscommissie hebben in het geheel geen behoefte aan verandering van artikel 94 Grondwet op dit punt.[250]

247 zie paragraaf 13.3
248 De leden Besselink, Claes, Gerards, Gonçalves en Oomen.
249 zie paragraaf 13.3
250 De leden De Lange en De Vries.

14 Internationale ad hoc tribunalen

14.1 Inleiding

De Eerste Kamer heeft de regering in overweging gegeven om de kwestie van grondwettigheid van internationale strafrechtelijke ad hoc tribunalen aan de Staatscommissie voor te leggen.[251] De vraag die hier aan de orde is, is of de vestiging van internationale ad hoc tribunalen in Nederland en de daaropvolgende activiteiten van deze tribunalen gepaard gaan met een afwijking van de Grondwet. Verder is de vraag of de totstandkoming van een raamverdrag, dan wel een nationale kaderwet, een eventuele constitutionele frictie kan ondervangen.

14.2 Opvatting regering

Tot op heden is vooral gediscussieerd over de vraag of de (zetel)verdragen betreffende de tribunalen in strijd zijn met de artikelen 15, 17 en 113 Grondwet. Artikel 15, lid 1, Grondwet bepaalt dat buiten de gevallen bij of krachtens de wet bepaald niemand zijn vrijheid mag worden ontnomen. Artikel 15, lid 2, Grondwet stelt vast dat hij aan wie anders dan op rechterlijk bevel zijn vrijheid is ontnomen, aan de rechter zijn invrijheidsstelling kan verzoeken. Artikel 17 Grondwet bepaalt dat niemand tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent. Artikel 113, lid 1, Grondwet draagt de berechting van strafbare feiten op aan de rechterlijke macht en artikel 113, lid 3, Grondwet bepaalt dat uitsluitend de rechterlijke macht een straf van vrijheidsontneming kan opleggen. De regering overweegt dat doorgaans[252] door middel van uitvoeringswetgeving een grondslag wordt geboden voor vrijheidsontneming door een internationaal tribunaal op Nederlands grondgebied. Daardoor wordt voldaan aan artikel 15, lid 1, Grondwet. Vervolgens is het, aldus de regering, niet in strijd met artikel 15, lid 2, Grondwet dat niet de Nederlandse rechter maar de internationale rechter rechtsbescherming biedt. Voor deze uitleg van artikel 15, lid 2, Grondwet pleit dat deze bepaling ertoe strekt een effectieve rechtsbescherming te bieden in geval van vrijheidsbeneming. Ook ter zake van artikel 17 Grondwet merkt de regering op dat de bepaling niet beperkt is tot de Nederlandse rechter. Voorts meent de regering dat artikel 113 Grondwet niet ziet op internationale rechters, ook niet wanneer zij in Nederland zijn gevestigd. Daarbij merkt zij op dat artikel 92 Grondwet de ruimte biedt om rechtspraak op te dragen aan niet-Nederlandse rechters. De regering is daarmee van oordeel dat de vestiging van internationale strafrechtelijke ad hoc tribunalen niet op constitutionele bezwaren stuit. Er is dan

251 Kamerstukken I 2008/09, 31 700 VI, L, p. 4.

252 Bij uitzondering zijn de een ieder verbindende bepalingen van een Veiligheidsraadresolutie als grondslag gehanteerd.

ook geen noodzaak om een raamverdrag te sluiten met de VN om via goedkeuring met een tweederde meerderheid van beide kamers toekomstige constitutionele fricties te ondervangen.[253]

14.3 Opvatting Staatscommissie

Om de verenigbaarheid van de verschillende verdragen waarbij ad hoc internationale tribunalen zijn opgericht en de in verband daarmee tot stand gebrachte uitvoeringswetgeving met de Grondwet te beoordelen, is naar het oordeel van de Staatscommissie een nauwgezette beoordeling per verdrag en per uitvoeringswet vereist. Mede gelet op de haar beschikbare tijd heeft de Staatscommissie een dergelijk onderzoek niet kunnen uitvoeren.

De Staatscommissie overziet daarom niet of alle verdragen die ten behoeve van de ad hoc tribunalen gesloten zijn, en alle daarbij behorende uitvoeringsregelingen in overeenstemming zijn met de Grondwet.
Het gegeven dat de Raad van State en de Eerste Kamer over sommige verdragen tot een andere beoordeling kwamen dan de regering en Tweede Kamer, is een aanwijzing dat een oordeel in algemene termen niet kan volstaan. Bovendien is het niet uitgesloten dat er andere aspecten van grondwettigheid rijzen die tot op heden weinig aandacht hebben gekregen. Zo zou het mogelijk kunnen zijn dat de wijze van selectie van rechters voor een bepaald tribunaal onvoldoende waarborg verschaft voor een onafhankelijke en onpartijdige berechting van verdachten.

Wel stelt de Staatscommissie vast dat de sluiting van een raamverdrag of de vaststelling van een kaderwet geen adequate manieren zijn om eventuele constitutionele fricties te ondervangen. Er kan niet worden voorzien hoe de juridische inbedding van toekomstige tribunalen eruit ziet, noch welke taak een toekomstig tribunaal precies krijgt, en al evenmin waarin zij onderling van elkaar verschillen. Daardoor kan niet bij voorbaat worden vastgesteld of, en zo ja op welke onderdelen, toekomstige verdragen afwijken van de Grondwet.
Wat betreft de wenselijkheid van een nationale kaderwet concludeert de Staatscommissie met de opmerking dat als zodanig een (kader)wet eventuele problemen met betrekking tot de grondwettigheid van verdragen niet kan oplossen, vanwege de genoemde onvoorzienbaarheid van de inhoud en strekking van de desbetreffende verdragen.

253 Kamerstukken I 2007/08, 31 200 VII, B. Zie ook Kamerstukken II 2000/01, 27 484 (R 1669), A, en Kamerstukken II 2005/06, 30 610, nr. 3.

15 Het verdrag van Tilburg

15.1 Inleiding

De Staatscommissie is gevraagd om bij de interpretatie van artikel 91, lid 3, Grondwet, mede in relatie tot de bevoegdheidsopdracht aan internationale organisaties ingevolge artikel 92 Grondwet, ook het Verdrag van Tilburg[254] te betrekken.[255]

Het verdrag van Tilburg heeft tot doel om Belgische veroordelingen in de penitentiaire inrichting te Tilburg ten uitvoer te leggen. Nederland stelt aan België de penitentiaire inrichting, met inbegrip van personeel en materiële middelen, ter beschikking. Op de tenuitvoerlegging van Belgische veroordelingen in de inrichting is, behoudens een aantal uitzonderingen, uitsluitend Belgisch recht van toepassing. Tijdens de behandeling van de goedkeuringswet is de vraag gesteld of de opdracht van bevoegdheden aan niet-Nederlandse autoriteiten zonder dat daaraan een besluit van een internationaal orgaan ten grondslag ligt, in overeenstemming is met de Grondwet.[256]

15.2 Opvatting Staatscommissie

De Staatscommissie meent dat het bij verdrag ter beschikking stellen van een penitentiaire inrichting aan België en het van toepassing verklaren van Belgisch recht op de tenuitvoerlegging van Belgische veroordelingen binnen deze inrichting, niet hetzelfde zijn als de opdracht bij verdrag van bevoegdheden tot wetgeving, bestuur en rechtspraak aan niet-Nederlandse autoriteiten. Het verdrag van Tilburg verklaart buitenlands recht van toepassing op een specifieke groep personen op een specifiek gedeelte van het Nederlandse grondgebied.

Van afwijken van de Grondwet zou sprake kunnen zijn als de toepassing van het Belgische recht afwijkt van een of meer in de Nederlandse Grondwet geformuleerde grondrechten. De Staatscommissie heeft op basis van de informatie waarover zij beschikt, geen aanwijzingen dat hiervan sprake is. Het vergt nadere studie om hierover zekerheid te verkrijgen. Daarvoor beschikt de Staatscommissie niet over de juiste middelen en tijd.

254 Het op 31 oktober 2009 te Tilburg tot stand gekomen Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en het Koninkrijk België over de terbeschikkingstelling van een penitentiaire inrichting in Nederland ten behoeve van de tenuitvoerlegging van bij Belgische veroordelingen opgelegde vrijheidsstraffen; Trb. 2010, nr. 56.

255 De teksten van de genoemde bepalingen zijn weergegeven in paragraaf 12.4.1.

256 Handelingen I 2009/10, nr. 15.

De hier aan de orde zijnde vraag raakt overigens de meer algemene vraag of de opdracht van bevoegdheden tot wetgeving, bestuur en rechtspraak aan overheidsorganen van andere staten mogelijk is gelet op artikel 92 Grondwet. Gedachte kan zijn dat artikel 92 Grondwet *a contrario* moet worden uitgelegd, in de zin dat uit het feit dat de grondwetgever uitdrukkelijk de opdracht van overheidsbevoegdheden aan volkenrechtelijke organisaties heeft toegelaten, moet worden afgeleid dat een zodanige opdracht aan anderen – zoals andere staten – niet is toegestaan.

De Staatscommissie beantwoordt deze meer algemene vraag in beginsel bevestigend. De Raad van State heeft in een advies over kruisvluchtwapens uit 1983 aangegeven dat artikel 92 Grondwet niet op de zojuist weergeven *a contrario* wijze moet worden uitgelegd. De Raad was bovendien van mening dat artikel 92 Grondwet zich niet verzet tegen de opdracht van overheidsbevoegdheid aan individuele staten.[257] De regering heeft het standpunt van de Raad van State overgenomen. Beide instanties hebben sindsdien dat standpunt verschillende malen herhaald.[258] De Staatscommissie kan zich in deze uitleg vinden.

257 Kamerstukken II 1983/84, 17980, nr. A, p. 3-4 en 7.
258 Kamerstukken II 1999/2000, 26800-VI, nr. A.

Bijlagen

Rapport Staatscommissie Grondwet

Bijlage I:
Minderheidsstandpunten

Bijlage Ia
Verklaring van het lid Oomen met betrekking tot de toegankelijkheid van het proces van besluitvorming en het eindproduct voor de burger (paragraaf 1.6)

De betekenis en de toegankelijkheid van de Grondwet voor de burger hoorden tot de opdracht aan de Staatscommissie. Juist daarom betreur ik de ontoegankelijkheid van zowel het proces van besluitvorming als van het eindrapport. Wij hebben, vooral uit tijdgebrek, de burger niet geraadpleegd. Daarnaast is dit rapport, vrees ik, lastig te volgen voor een niet-jurist.
Waarom vind ik dit zo jammer? Vooral omdat ik weet dat veel Nederlanders, ook niet-juristen, wel degelijk een mening hebben over de vragen uit dit rapport. Is een preambule nodig? Moet je grondrechten uit verdragen ook nog eens in de Grondwet opnemen? Hoe zou de Nederlandse Grondwet zich tot het internationale recht moeten verhouden? Het rapport had verder aan kracht gewonnen als wij burgers wel bij de besluitvorming hadden betrokken. Een wet moet aansluiten bij het rechtsbewustzijn, en dat geldt zeker voor de Grondwet. Daarnaast hebben wij hiermee een gouden kans gemist om eens in bredere kring het gesprek over de Grondwet aan te gaan.
Nu er een goed doordacht advies ligt, hoop ik dat de burger uit de opdracht bereid is door de juristentaal heen te lezen. Om er dan over in gesprek te gaan. Met kamerleden, in de krant, in de klas of aan de keukentafel. Het recht is te belangrijk om alleen aan juristen over te laten, en de Grondwet des te meer.

Bijlage Ib

Minderheidsstandpunt van het lid Overkleeft-Verburg met betrekking tot een nieuw grondrecht op bescherming van persoonsgegevens (paragraaf 8.5.9)

Dit lid is een groot voorstander van splitsing van artikel 10 Grondwet en opneming in de Grondwet van een afzonderlijk grondrecht op bescherming van persoonsgegevens, maar zij kan zich niet vinden in het meerderheidsvoorstel inzake het tweede en derde lid van dit nieuwe grondrecht.

Het unanieme voorstel voorziet in een eerste lid met de volgende tekst:
'Ieder heeft recht op bescherming van zijn persoonsgegevens.'

Dit lid interpreteert het voorgestelde eerste lid als volgt.
Met deze bepaling is gewaarborgd dat de verwerking van persoonsgegevens door de overheid is onderworpen aan normen van gegevensbescherming. Tevens betreft deze bepaling de (positieve) verplichting van de wetgever om de bescherming van persoonsgegevens in de particuliere sector te regelen (derdenwerking).[259] Gegevensbescherming heeft als bijzonder kenmerk, dat zowel de beginselen als de concretisering daarvan in nadere regelingen, in hoofdzaak een product van Europese rechtsvorming zijn. De beginselen in het Europees Data Verdrag van 1981 van de Raad van Europa zijn vervolgens geconcretiseerd en aangevuld in richtlijn 95/46/EG en in de rechtspraak van het EHRM en het Hof van Justitie.
De betekenis van deze Europese dimensie is tweeërlei. Allereerst dat reikwijdte en inhoud van een grondrecht op bescherming van persoonsgegevens in de Grondwet in belangrijke mate worden bepaald door verbindende normen van verdrags- en Unierecht. Voorts dat deze normen niet statisch, maar permanent in ontwikkeling zijn, in wisselwerking met nieuwe technologieën, werkwijzen, producten en diensten. Met de opneming van een open geformuleerd eerste lid is verzekerd dat de grondwettelijke bescherming van persoonsgegevens in overeenstemming is en blijft met de algemeen aanvaarde normen van gegevensbescherming.

259 Vgl. het tweede en derde lid van artikel 10 Grondwet, die tevens een regelingsopdracht inzake de effectuering van gegevensbescherming in de particuliere sector inhouden. Zie met betrekking tot de grondwetsgeschiedenis van deze bepalingen: G. Overkleeft-Verburg, Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer in A.K. Koekkoek, W. Konijnenbelt en F.C.L.M. Crijns (red.), Grondrechten, Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene grondwet (Jeukens-bundel), Ars Aequi Libri 1982, p. 229-231.

In dit verband dient rekening te worden gehouden met de volgende ontwikkelingen.
Het EDV 1981 en richtlijn 95/46/EG zijn op onderdelen niet of onvoldoende toegesneden op het internet-tijdperk. Dat geldt niet alleen voor nieuwe ontwikkelingen zoals: *cloud computing*, RFID-technology en het internet van de dingen, maar ook voor uit grondrechtelijk oogpunt dringende kwesties zoals de toenemende risicoprofilering, het monitorings- en surveillance-potentieel van de overheid en de groei van grensoverschrijdende samenwerking van politiële en justitiële instanties.
Binnen de Raad van Europa wordt thans gewerkt aan een nieuw verdrag, waarmee een ingrijpende herziening en uitbreiding van het EDV 1981 wordt beoogd. Ook zijn nieuwe aanbevelingen met richtsnoeren voor de wetgever over specifieke onderwerpen in voorbereiding.[260]
In Unie-verband is sprake van een vergelijkbaar wetgevingstraject. Naast een herziening en actualisering van richtlijn 95/46/EG,[261] staat tevens een nieuwe regeling van de gegevensbescherming in het kader van de politiële en justitiële samenwerking in strafzaken op het programma,[262] evenals enkele richtlijnvoorstellen inzake specifieke internettoepassingen. De indiening van dit samenhangende pakket staat voor begin 2011 gepland.[263] Uit de thans beschikbare informatie kan worden afgeleid, dat de normatieve uitgangspunten in de huidige richtlijn zullen worden omgezet in (stelsels van) concreet toepasbare regels, in combinatie met een versterking van de rechtspositie van de betrokkene en een uitbreiding van verplichtingen van de verantwoordelijke. In de normering verschuift de aandacht naar de vastlegging en het gebruik van persoonsgegevens in concreto. Vandaar dat het accent ligt op de effectuering van het 'beginsel' van dataminimalisatie, dat wil zeggen het rechtmatigheidscriterium van dringende noodzakelijkheid in verband met een concrete publieke taak. Complementair daaraan staat de versterking van de rechtspositie van de betrokkene geheel in het teken van het transparantiebeginsel.

260 Zie onder meer de inleidingen tijdens het Internet Governance Forum van de Raad van Europa in Vilnius, van 14-17 september 2010.

261 Zie de Mededeling van de Commissie aan het EP en de Raad over de follow-up van het Werkprogramma voor een betere toepassing van de Richtlijn gegevensbescherming van 7 maart 2007 (COM(2007) 87 definitief en het rapport 'The Future of Privacy' van de Article 29 Data Protection Working Party en de Working Party on Police and Justice van 1 december 2009 en de Inbreng van de Nederlandse regering in de consultatie, bijlage bij Kamerstukken I 2009/10, 31 051, A (Evaluatie Wbp).

262 Vgl. Kaderbesluit 2008/977/JBZ van 27 november 2008 over de bescherming van persoonsgegevens die worden verwerkt in het kader van de politiële en justitiële samenwerking in strafzaken.

263 In het najaar van 2010 komt er echter eerst een mededeling met uitgangspunten en concrete voornemens van de Commissie.

Dit lid meent dat in een grondrecht op bescherming van persoonsgegevens niet volstaan kan worden met het vastleggen van normatieve uitgangspunten voor de verwerking ervan, zoals met het eerste lid is beoogd. De verplichting dat de verwerking van persoonsgegevens op een wettelijke grondslag dient te berusten, is hieraan complementair en kan om reden van de waarborgfunctie van dit grondrecht dan ook niet in de Grondwet gemist worden. Het is de wetgever die bepaalt aan welke rechtmatigheidseisen de gegevensverwerking moet voldoen[264] en voor welke publieke taken persoonsgegevens in concreto verwerkt mogen worden.[265] Daarbij kan het gaan zowel om algemene wetgeving, als om een nadere voorziening in sector wet- en regelgeving, dan wel een combinatie van beide.
Deze opvatting ligt mede ten grondslag aan het huidige tweede en derde lid van artikel 10 Grondwet.[266] Het is bovendien de plicht van de wetgever om voorzieningen te treffen met betrekking tot de bescherming van persoonsgegevens in de particuliere sector.
Hoewel genoemde bepalingen aanpassing behoeven als gevolg van de verzelfstandiging van dit grondrecht, is er geen reden om van dit kernelement van de gegevensbescherming af te stappen.

Zij beveelt de volgende tekst aan voor opneming in het tweede lid van dit grondrecht:
'Persoonsgegevens worden verwerkt ingevolge bij de wet te stellen regels.'

Anders dan de meerderheid van de Staatscommissie is dit lid van mening dat afzonderlijke opneming in dit grondrecht van het doelbindingsbeginsel geen aanbeveling verdient.

Wat de overheid betreft speelt de vrijelijk gegeven toestemming van burgers als grondslag van een rechtmatige gegevensverwerking nauwelijks een rol, maar wordt de rechtmatigheid van de gegevensverwerking in de relatie overheid-burger primair bepaald door de wetgever.[267] In een groot aantal publiekrechtelijke

264 Deze rechtmatigheidseisen betreffen in het bijzonder de verplichtingen van de verantwoordelijke, waaronder die inzake een deugdelijke en veilige gegevensverwerking.
265 Vgl. het vereiste van een wettelijke grondslag in het meerderheidsvoorstel. De uit het doelbindingsbeginsel voortvloeiende regelingsplicht is echter beperkter dan de hier bedoelde regelingsplicht, betreft immers niet de 'randvoorwaarden' van een rechtmatige gegevensverwerking.
266 Niet alleen de Wbp, maar ook de Wet politiegegevens, de Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens en de Wet GBA zijn rechtstreeks gebaseerd op het tweede en derde lid van artikel 10 Grondwet.
267 Als regel zal de gegevensverwerking inzake personen een inbreuk op het grondrecht op persoonlijke levenssfeer tot gevolg hebben. In dat geval vergt de beperkingsclausule in artikel 10, lid 1, Grondwet een formeelwettelijke grondslag. Dit is een belangrijke impuls van de sterke groei van specifieke wet- en regelgeving, in aanvulling/ afwijking van algemene wetgeving als de Wbp. Het is immers de

rechtsbetrekkingen is de burger onderworpen aan – actieve – informatieverplichtingen.[268] De kern van de wettelijke informatieregimes bestaat echter uit het geheel aan – op de vervulling van specifieke publieke taken toegesneden - verplichtingen en bevoegdheden tot gegevensverwerking van bestuursorganen en politiële en justitiële instanties.[269] Dat ligt anders in de particuliere sector waar de persoonlijke (geïnformeerde) toestemming – binnen of buiten contract - als grondslag van een rechtmatige gegevensverwerking wèl een centrale rol speelt. Deze verschillen vinden hun bevestiging in de rechtspraak.
Voor zover het doelbindingsbeginsel relevant is, is opneming ervan volgens dit lid niet nodig, nu dit beginsel reeds in het eerste lid van het nieuwe grondrecht is begrepen. Bovendien wordt dit beginsel vooral met administratieve gegevensverwerking in verband gebracht, terwijl de normatieve uitdaging in de gegevensbescherming vooral gaat over de ontwikkeling, het gebruik en de (bij)effecten van nieuwe internet-toepassingen. Met het oog daarop is behoefte aan nieuwe normatieve ijkpunten. Een uitlichten in de Grondwet van het doelbindingsbeginsel is volgens dit lid ook daarom minder aangewezen.[270] Dat blijkt ook uit de standpunten inzake de modernisering van het EDV 1981 en de richtlijn bescherming persoonsgegevens. Op Europees niveau is thans het beginsel van dataminimalisatie leidend, naast het transparantiebeginsel.

De meerderheid van de Staatscommissie heeft in het derde lid opneming van de volgende tekst voorgesteld:
'Ieder heeft recht op inzage in de over hem verzamelde gegevens, op kennisneming van de verwerking van die gegevens, en op de verbetering van die gegevens, behoudens bij de wet gestelde beperkingen.'

---

wetgever die een grondrechtelijke inbreuk dient te legitimeren. Een tweede factor heeft betrekking op de informatierelaties tussen bestuursorganen en politiële en justitiële organen onderling. Uit een oogpunt van een goede werking van de gegevenshuishouding van de overheid behoeven die een wettelijke regeling. Dit nog afgezien van de - ten dele overlappende - werking van het legaliteitsbeginsel, dat eveneens tot wetgeving noodzaakt.

268 Vgl. de artikelen 4:2, lid 2, en 4:3 Awb.

269 Die gegevensverwerking gaat in belangrijke mate buiten de burger om, zij het dat deze wel met besluiten en handelingen op basis hiervan wordt geconfronteerd. Zie de herstructurering van de gegevens verwerking binnen de overheid op basis van het inrichtingsprincipe: eenmalige gegevensverstrekking en multifunctioneel gebruik, met name via een sterke uitbreiding van het aantal basisregistraties en daarop toegesneden procedures en werkwijzen.

270 Zie ook de conflictgevoeligheid van dit beginsel, mede omdat het beginsel van doelbinding een verwerking van persoonsgegevens voor met het oogmerk van de gegevensverzameling verenigbare doelen toestaat (artikel 9, lid 1, Wbp). Zie het illustratieve verslag van een schriftelijk overleg naar aanleiding van het kabinetsstandpunt omtrent het rapport van de Adviescommissie Veiligheid en persoonlijke levenssfeer (commissie Brouwer-Korf), Kamerstukken I 2009/10, 31 051, A.

Gezien het verschil in karakter tussen het inzage- en correctierecht enerzijds en het recht op kennisneming (transparantie) anderzijds, beveelt dit lid aan om dit onderscheid ook in de volgorde van de aanspraken tot uitdrukking te brengen.[271]

Samenvattend luidt dit tekstvoorstel inzake een grondrecht op bescherming van persoonsgegevens als volgt:

1. Ieder heeft recht op bescherming van zijn persoonsgegevens.
2. Persoonsgegevens worden verwerkt ingevolge bij de wet te stellen regels.
3. Ieder heeft recht op inzage in en verbetering van de over hem vastgelegde gegevens en op kennisneming van de verwerking van die gegevens, behoudens bij de wet gestelde beperkingen.

271 Zoals uit de richtlijn en de Wbp blijkt zijn het inzage- en het correctierecht op elkaar betrokken. Het recht op kennisneming bestaat uit twee afzonderlijke aanspraken, te weten: (a) het recht op actieve informatieverstrekking (artikelen 33 en 34 Wbp) en (b) het recht op kennisneming van de verwerkingsgegevens (artikelen 35 en 38 Wbp). Zie wat de concretisering van laatstgenoemde aanspraak betreft het arrest HvJ 7 mei 2009, nr. C-553/07 (College van burgemeester en wethouders van Rotterdam v. Rijkeboer), JB 2009/159.

Bijlage Ic

Minderheidsstandpunt van het lid Overkleeft-Verburg met betrekking tot artikel 13 Grondwet (paragraaf 8.6.6)

Dit lid deelt de bezwaren van de Eerste Kamer en de Raad van State tegen eerdere voorstellen tot vervanging van het brief- en telefoongeheim door een recht op vertrouwelijke communicatie in artikel 13 Grondwet,[272] Zij kan dit meerderheidsvoorstel derhalve niet steunen.

Dit lid begrijpt het meerderheidsvoorstel inzake artikel 13 Grondwet in samenhang met de toelichting als volgt. Uit de toelichting blijkt dat met dit grondrecht wordt beoogd de inhoud van de communicatie te beschermen, toegespitst op de vertrouwelijkheid ervan en ongeacht de wijze waarop deze plaatsvindt. Om te kunnen bepalen of communicatie als vertrouwelijk heeft te gelden, wordt een tweeledig criterium toegepast, bestaande uit zowel een objectief als een subjectief element. Bij live-gesprekken wordt de vraag of het gaat om vertrouwelijke communicatie niet afgeleid uit een kwalificatie van de inhoud ervan, maar uit omgevingsfactoren. Bij de overige vormen van communicatie is bepalend of de communicatie voor transport aan derden is toevertrouwd. De vraag of sprake is van vertrouwelijke communicatie hangt daardoor af van de aard van het gebruikte communicatiemiddel, in tegenstelling tot een oordeel op basis van de inhoud ervan. Met deze uitleg is de waarborgfunctie van artikel 13 Grondwet gedefinieerd als bescherming van qua inhoud uiteenlopende vormen van communicatie tijdens het communicatietraject, dus tegen het van overheidswege onderscheppen en aftappen van communicatie bij het postbedrijf, de telefoonmaatschappij of de internet service provider.
Per saldo komt volgens dit lid deze uitleg in het meerderheidsvoorstel neer op een continuering van het brief- en telefoongeheim, aangevuld met een internetgeheim en een bescherming tegen af- en meeluisteren van in een bepaalde omgeving gevoerde live-gesprekken.

Met deze toelichting wordt volgens dit lid aan een belangrijk bezwaar van het begrip vertrouwelijke communicatie als beschermingsobject tegemoetgekomen, te weten: het gebrek aan uitvoerbaarheid. Telefoonmaatschappijen en internet service providers zijn immers niet in staat om op voorhand – technisch - te

272 Zie het wetsvoorstel tot wijziging van artikel 13 Grondwet in Kamerstukken II 1996/97, 25 443, nrs. 1-3 en de intrekking hiervan bij brief van de minister van BZK van 28 mei 1999, Kamerstukken I 1998/99, 25 443, nr. 40d. In verband met een kritisch advies van de Raad van State is in een latere fase afgezien van indiening van een min of meer overeenkomstig wetsvoorstel, gebaseerd op een tekstvoorstel van de Commissie-Franken.

differentiëren tussen qua inhoud al dan niet vertrouwelijke berichten.[273] Postbedrijven kunnen dat slechts beperkt, namelijk voor zover de envelop daartoe een indicatie bevat.[274]
Door de bescherming onder dit grondrecht primair als trajectbescherming te definiëren, geeft de relatieve onbestemdheid van het begrip 'communicatie' ook minder problemen. Door het feitelijk wegvallen van het element vertrouwelijk als qua inhoud onderscheidend criterium, blijft bovendien de huidige grondrechtelijke bescherming onder het brief- en telefoongeheim geheel behouden.

Naar de mening van dit lid valt echter niet te ontkennen, dat de tekst van het grondrechtvoorstel en de interpretatie hiervan in de toelichting een zekere onderlinge spanning kennen. Het element vertrouwelijk heeft in wet- en regelgeving een min of meer vast omlijnde betekenis. Dit primair op de inhoud van de communicatie betrokken criterium wordt echter in de toelichting geconverteerd in een kwalificatie van vertrouwelijkheid van het gebruikte communicatiemiddel. De waarborgfunctie van dit grondrecht ziet daardoor zowel op vertrouwelijke als op niet vertrouwelijke communicatie. Elke inhoud wordt immers beschermd, mits gebruik wordt gemaakt van een als vertrouwelijk aangeduid communicatiemiddel. Bovendien blijft het de vraag of en in hoeverre de toelichting als voldoende leidend wordt gezien, ook op enige termijn. De tekst is immers bepalend en die leent zich ook voor andere – meer op de inhoud van de communicatie toegesneden – interpretaties. Het probleem van het aan het gebruik van het begrip vertrouwelijke informatie klevende gebrek aan rechtszekerheid is volgens dit lid met de toelichting dus niet van tafel. Temeer niet omdat de toelichting geen ruimte lijkt te bieden voor bescherming tegen bijzondere vormen van (vertrouwelijke) elektronische communicatie en nieuwe inbreukvarianten.
Andere bezwaren betreffen volgens dit lid de uniformering van de beperkingsclausule en het achterwege blijven van een specifieke waarborg voor verkeersgegevens.

273 Vgl. de problematiek van herkenning en vernietiging van opgenomen geheimhoudersgesprekken in het kader van strafvordering. De oplossing wordt gezocht in de invoering van een systeem van automatische nummerherkenning. Zie de brief van de minister van Justitie van 15 april 2009, Kamerstukken II 2008/09, 30 517, nr. 8 (Evaluatie van hoofdstuk 13 van de Telecommunicatiewet). Een dergelijk systeem is in algemene zin echter onbruikbaar, omdat de grondrechtelijke bescherming ziet op de inhoud van de communicatie en – als regel – niet op de kwaliteit van de afzender.

274 Zo kan worden aangenomen dat de categorie 'blauwe brieven' altijd vertrouwelijk is. Dat geldt echter niet voor als zodanig herkenbare direct mailings en post van fondsenwervers.

Om genoemde redenen formuleert dit lid een alternatief voor de herziening van artikel 13 Grondwet in de vorm van de volgende tekst:

1. Het briefgeheim is onschendbaar, behalve in de gevallen bij de wet bepaald, op last van de rechter.
2. Het telecommunicatiegeheim is onschendbaar, behalve in de gevallen bij de wet bepaald, door of met machtiging van hen die daartoe door de wet zijn aangewezen.
3. Ieder heeft recht op vrijwaring van heimelijke opneming van mondeling gevoerde gesprekken, behoudens bij de wet te stellen beperkingen, door of met machtiging van hen die daartoe door de wet zijn aangewezen.
4. Verkeersgegevens zijn geheim, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen.

Het huidige briefgeheim blijft in dit voorstel (eerste lid) ongewijzigd.[275] Hoewel het briefverkeer in omvang terug loopt, blijft de traditionele brief een belangrijk communicatiemiddel. Dat geldt zeker voor het rechtsverkeer. Er is dus geen aanleiding om het briefgeheim als achterhaald te zien.

Het in het tweede lid genoemde telecommunicatiegeheim omvat - als koepelbegrip - alle vormen van 'elektronische communicatie', te weten: het telefoonverkeer (met inbegrip van VoIP en *video-conferencing*), e-mail, fax, sms en *instant messaging*.[276] Deze categorie wordt ook wel met het verzamelbegrip 'telefoon- en internetgegevens' aangeduid. Dit in het voorgestelde eerste en tweede lid gemaakte onderscheid tussen het brief- en het telecommunicatiegeheim[277] spoort met het onderscheid in wetgeving, respectievelijk de Postwet en de Telecommunicatiewet. De reikwijdte van dit nieuw gedefinieerde telecommunicatiegeheim[278] is functioneel bepaald, zodat hier ook nog te ontwikkelen communicatievormen onder begrepen kunnen worden. Door deze flexibiliteit is

275 Het Bundesverfassungsgericht maakt in zijn jurisprudentie eenzelfde onderscheid, begrijpt e-mail derhalve onder het '*Fernmeldegeheimnis*' in artikel 10 Grundgesetz (ook '*Telekommunikationsgeheimnis*' genoemd), in tegenstelling tot het eveneens in dit grondrecht opgenomen "*Briefgeheimnis*".

276 Zie de definitie van de sector elektronische communicatie in de Kaderrichtlijn (richtlijn 2002/21/EG, gewijzigd bij richtlijn 2009/140/EG) inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en –diensten i.s.m. richtlijn 2002/58/EG betreffende privacy en elektronische communicatie (gewijzigd bij richtlijn 2009/136/EG. Een wetsvoorstel tot implementatie van deze wijzigingen in het 'telecompakket' in de Telecommunicatiewet ligt momenteel voor advies bij de Raad van State.

277 Vgl. het huidige telefoongeheim in artikel 13, lid 2, Grondwet. Het hierin tevens genoemde telegraafgeheim is functieloos, nu de telegraaf niet meer in gebruik is.

278 Er is van afgezien om een nieuw begrip als 'het geheim van de elektronische communicatie' te gebruiken. De uitdrukkingskracht van dit begrip is te zwak om als aanduiding van een belangrijke grondrechtelijke waarborg te kunnen fungeren.

de waarborgfunctie van artikel 13 Grondwet voldoende toekomstbestendig.[279] Afgezien van de bescherming gedurende de communicatiefase van afzender naar ontvanger, biedt dit grondrecht tevens bescherming tegen het aftappen van verzonden of ontvangen berichten via van overheidswege op de pc van de ontvanger of afzender geplaatste spyware (malware)[280]. In zoverre is sprake van een uitbreiding van de waarborgfunctie van dit grondrecht, toegesneden op nieuwe methodes van aftappen in de gevallen dat dit niet bij de telefoonmaatschappij of de internet service provider kan.

Het derde lid waarborgt de bescherming tegen het afluisteren van mondelinge gesprekken door middel van afluisterapparatuur, richtmicrofoon of andere vormen van vastlegging van live-gesprekken. Het afluisteren van gesprekken zonder gebruikmaking van hulpapparatuur blijft in deze opzet beschermd onder artikel 12 (huisrecht) Grondwet, artikel 10 Grondwet in de door de Staatscommissie voorgestelde aangepaste vorm (persoonlijke levenssfeer)[281] en het voorgestelde nieuwe artikel inzake de bescherming van persoonsgegevens.[282] Dit onderscheid in bescherming houdt verband met het heimelijke karakter van het gebruik van afluisterapparatuur. In deze gevallen is specifieke bescherming in de vorm van een aangescherpt beperkingsregime onder artikel 13 Grondwet geboden. Deze categorie is bovendien goed af te bakenen, anders dan bij het zonder hulpmiddelen afluisteren van (of meeluisteren met) vertrouwelijke live-gesprekken het geval is.

Verkeersgegevens zijn als zelfstandige categorie beschermd in het vierde lid.[283] Opneming hiervan in artikel 13 Grondwet ligt in het verlengde van: (a) de jurisprudentie van het EHRM,[284] (b) de regeling van verkeersgegevens in de richtlijnen 2002/58/EG (ePrivacy) en 26/24/EG (bewaartermijnen) en (c) de implementatie van deze richtlijnen in de Telecommunicatiewet en de daarop gebaseerde uitvoeringsregelingen.

279 Zie de ontwikkeling waarbij technische eisen (redesign) aan service providers worden gesteld met betrekking tot aftapbaarheid en ontsleuteling van elektronische berichten. In de VS wordt momenteel gewerkt aan daarop toegesneden wetgeving (New York Times van 27 september 2010).

280 Vgl. het arrest BVerfG 27 februari 2008, nr. 1 BvR 370/07 inzake een "*Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme*." Deze methode is een alternatief indien elektronische communicatie niet of slecht aftapbaar is bij een internet service provider, bijvoorbeeld in het geval van 'peer to peer messaging'.

281 Zie paragraaf 8.5.3 van het rapport.

282 Het voorstel van de meerderheid van de Staatscommissie is te vinden in paragraaf 8.5.5 e.v., en het voorstel van het lid Overkleeft-Verburg is te vinden in Bijlage Ib.

283 Zie de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens, Stb. 2009, 360, en het wetsvoorstel tot aanpassing van de bewaartermijn, Kamerstukken II 2009/10, 32 185, nrs. 1-3.

284 Zie EHRM 2 augustus 1984, Malone v. het Verenigd Koninkrijk, nr. 8691/79 en EHRM 3 april 2007, Copland v. het Verenigd Koninkrijk, nr. 62617/00.

Verkeersgegevens zijn voor de communicatievrijheid van bijzondere betekenis. Hoewel het bij deze categorie om verbindingsgegevens gaat, die als zodanig dus geen betrekking hebben op de inhoud van de communicatie, kunnen deze gegevens echter wel gevoelige informatie bevatten. Dat geldt in het bijzonder wanneer deze gegevens worden verwerkt tot communicatie- en bewegingsprofielen. Naar breed gedeelde opvatting behoeven deze gegevens dan ook bijzondere grondrechtelijke bescherming. Een aanvullend motief om deze categorie qua grondrechtenbescherming onder artikel 13 Grondwet te brengen en niet onder het voorgestelde grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer, houdt verband met de vraag of wel sprake is van persoonsgegevens. Veelal wel, maar een belangrijk deel van deze gegevens betreft bedrijfs- (en instellings-)aansluitingen en die zijn niet zonder meer als persoonsgegevens te kwalificeren. Wel zal in die gevallen sprake zijn van bedrijfsvertrouwelijke communicatiegegevens. Door de categorie verkeersgegevens als geheel onder de bescherming van artikel 13 Grondwet te brengen, wordt voorkomen dat de categorie bedrijfsvertrouwelijke communicatiegegevens niet beschermd zou zijn. Omdat het van overheidswege van telefoonmaatschappijen en internetproviders verlangde (mede)gebruik van verkeersgegevens uiteenlopende vormen kent, corresponderend met variaties in de zwaarte van de daarmee samenhangende inbreuk, is in de tekst van het vierde lid in een beperkingsclausule voorzien, die - overeenkomstig de huidige situatie – delegatie van uitvoeringsregelingen mogelijk maakt. Via doorwerking van de algemene beperkingsclausule is sprake van een gedifferentieerde bescherming, al naargelang de zwaarte van de inbreuk.

Bijlage Id

Minderheidsstandpunt van het lid Overkleeft-Verburg met betrekking tot de opneming van een 'Europa'-bepaling in de Grondwet (paragraaf 11.3)

Dit lid meent dat er belangrijke redenen zijn om in de Grondwet een bijzonder artikel op te nemen over het lidmaatschap van Nederland van de Europese Unie. Allereerst uit een oogpunt van versterking van de normativiteit van de Grondwet. Het Unierecht is immers via rechtstreekse werking en voorrangspositie in belangrijke mate verweven met de nationale rechtsorde, hetgeen constitutioneel bijzondere aandacht behoeft. Dit temeer omdat naar breed gedragen opvatting de doorwerking van het Unierecht thans niet in de Grondwet is geregeld,[285] omdat de werkingssfeer van de artikelen 93 en 94 Grondwet is beperkt tot de doorwerking van het internationale recht.[286] De codificatie van de verhouding met de Europese Unie via opneming van een specifieke EU-bepaling in de Grondwet is voorts gewenst vanwege de sterk gegroeide en nog toenemende betekenis van de Europese Unie voor het functioneren van de trias (wetgever, bestuur en rechter).[287] Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009 heeft de Europese samenwerking opnieuw een belangrijke impuls gekregen.[288] Een grondwettelijke verankering van de Europese rechtsorde in de Grondwet maakt deze constitutionele realiteit niet alleen zichtbaar, maar biedt tevens een aanknopingspunt om de democratische legitimatie van de Unie op nationaal niveau te versterken.

Andere lidstaten, in het bijzonder Frankrijk en Duitsland, gingen hierin voor. Hun grondwettelijke regelingen zijn een belangrijke inspiratiebron.[289]

---

285 Zie de arresten van het Hof van Justitie in de zaken C-26/62 (Van Gend en Loos) en C-6/64 (Costa-Enel).

286 Zie HR 2 november 2004, NJ 2005, 80, de opvatting van de Raad van State (Kamerstukken II 2007/08, 31 570, nr. 3, p. 25) en het kabinetsstandpunt (Kamerstukken II 2007/08, 29 861, nr. 19, p. 4-5). Zie in dit verband tevens de rechtspraak van de hoogste bestuursrechters, in het bijzonder van de ABRvS, de CBb en de CRvB.

287 Zie Luuk van Middelaar, Tussen tafel en tribune. Het handelingsvermogen van het Nederlandse openbaar bestuur in de Europese tussensfeer, in: H. Dijstelbloem, P. den Hoed, J.W. Holtslag en S. Schouten (red.), 'Het gezicht van de publieke zaak. Openbaar bestuur onder ogen' (WRR), Amsterdam 2010, p. 143-183.

288 Zie in het bijzonder titel V van het VWEU, de Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, in samenhang met het Programma van Stockholm en de (uitbreiding van) verdragsluitende bevoegdheid van de Unie inzake de bestrijding van terrorisme en georganiseerde criminaliteit. Zie Kamerstukken II 2009/10, 31 735 en 31 584, nr. 8. Veel internationale overeenkomsten betreffende de uitwisseling van persoonsgegevens. Deze impliceren als regel een belangrijke inbreuk op de grondrechten van de hierdoor geraakte Unie-burgers. Zie als illustratie de overeenkomsten van de Unie met de VS inzake Swift en PNR-gegevens.

289 Zie artikel 23 Grundgesetz en titel XV (artikelen 88-1 t/m 88-7) van de Constitution de 1958. Vgl. voorts de tot de constitutie van het Verenigd Koninkrijk behorende wetgeving inzake de EU, in het bijzonder de European Communities Act 1972 en de European Union (amendment) Act 2008.

Wat vorm en inhoud van een dergelijke EU-bepaling in de Grondwet betreft is sprake van twee modellen. In artikel 23, lid 1, Duitse Grundgesetz is niet alleen de deelneming van de Bondsrepubliek in de ontwikkeling van de Europese Unie vastgelegd, maar zijn tevens de rechtmatigheidsvoorwaarden van deze Europese samenwerking in de vorm van normatieve grondslagen opgenomen, te weten: de democratische, rechtsstatelijke, sociale en federatieve beginselen, het subsidiariteitsbeginsel en de waarborging van een met het Grundgesetz *"im wesentlichen vergleichbaren"* grondrechtenbescherming.[290]
Anders echter de Franse Constitution, die geen nadere voorwaarden verbindt aan de Europese samenwerking. In artikel 88-1 Franse Constitution is als hoofdregel van deze titel opgenomen, dat de republiek participeert in de Europese Unie op basis van de Europese verdragen, zoals herzien bij het Verdrag van Lissabon.

De door dit lid voorgestelde bepaling luidt als volgt:

> 1. Nederland is lid van de Europese Unie, op grondslag van en in overeenstemming met de verdragen inzake de inrichting en werking van de Unie.
> 2. De wet regelt de betrokkenheid van de Staten-Generaal bij de goede werking van de Unie, in het bijzonder bij de totstandkoming van wetgeving, het sluiten van verdragen en het toezicht op de eerbiediging van het beginsel van subsidiariteit.

Aan het eerste lid ligt het Franse model ten grondslag.[291] Zoals opgemerkt is hierin niet voorzien in een grondwettelijk voorbehoud, zoals in artikel 23 Duitse grondwet het geval is.[292] De voorgestelde bepaling fungeert als een schakelbepaling, die verwijst naar de verdragen inzake inrichting en werking van de Unie, met inbegrip van de hieraan ten grondslag liggende waarden en beginselen alsmede naar het grondrechtelijke toetsingskader.[293] Deze bepaling heeft derhalve zowel een declaratoir als een normatief karakter. Declaratoir waar het

290 Zie voor de wijze waarop het BVerfG deze bepaling uitlegt en verdragswijzigingen daaraan toetst het zgn. Lissabon-Urteil van 10 juni 2009, nr. 2 BvE 2/08.

291 Voor het Duitse model ontbreekt in ons land de infrastructuur in de vorm van een Constitutioneel Hof. Gezien de waarborgen in de Europese verdragen in samenhang met de gelding van het EU-Handvest is er voorts geen aanleiding om een dergelijk normatief voorbehoud op doorwerking van het Unierecht in de Grondwet op te nemen. Zie ook de Raad van State, Kamerstukken II 2007/08, 31 570, nr. 3, p. 25.

292 Vgl. echter de verplichting van nationale rechters om prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen. Zie in dit verband het arrest van het BVerfG van 2 maart 2010, nr. 1 BvR 256/08 (Vorratsdatenspeicherung). Het Hof wees het verzoek tot het stellen van prejudiciële vragen af omdat de voorrang van het Unierecht (richtlijn) in relatie tot de grondrechten in het Grundgesetz niet in het geding was, nu de richtlijn in de nodige beleidsruimte voor de wetgever voorzag.

293 De werking van het EU Handvest voor de grondrechten op het niveau van de lidstaten moet nog verder uitkristalliseren in de jurisprudentie van het Hof van Justitie. Zie de conclusie van A-G Sharpston van 30 september 2010 in de zaak C-34/09, par. 151 e.v.

gaat om het lidmaatschap van Nederland van de Europese Unie. Normatief waar deze bepaling de rechtsorde van de Europese Unie, zoals vastgelegd in de verdragen en uitgelegd door het Hof van Justitie, in de nationale rechtsorde incorporeert.[294]

Het tweede lid beoogt het verzekeren van een actieve betrokkenheid van de Eerste en Tweede Kamer bij het functioneren van de Unie. Deze bepaling verplicht de wetgever om op nationaal niveau uitvoering te geven aan artikel 12 VWEU, dat de nationale parlementen betrekt bij de werking van de Unie.[295] Daarnaast ziet deze bepaling in het bijzonder op het door de regering tijdig betrekken van de Eerste en Tweede Kamer zowel bij het wetgevingsproces in de Raad (verordeningen en richtlijnen)[296] als bij de procedure van verdragssluiting door de Unie.[297]

Het doel van deze bepaling is tweeërlei. In de eerste plaats het versterken van de democratische legitimatie van het (nationale) wetgevingsproces in die gevallen dat sprake is van omzetting van Unierecht in nationaal recht. Tevens wordt beoogd om aldus het vertrouwen van de burger in de Europese samenwerking te bevorderen. De uitoefening van wetgevingsbevoegdheden op Unie-niveau heeft als consequentie dat ook de hieraan ten grondslag liggende belangenafweging, mede in grondrechtelijk kader, op dat niveau plaatsvindt, onder rechtmatigheidstoetsing van het Hof van Justitie. Gaat het om richtlijnen dan is de wetgever van de lidstaat bij de vaststelling van implementatiewetgeving in beginsel aan de uitkomst hiervan gebonden.[298] De democratische legitimatie van wetgeving op nationaal niveau kan worden versterkt door het parlement via de regering actief bij het (voorafgaande) wetgevingsproces in de Raad te betrekken.[299] Datzelfde geldt voor het sluiten van internationale overeenkomsten door de Unie, in het bijzonder wanneer deze de – grondrechtelijke – rechtspositie van burgers raken.

294 Met de opneming van een dergelijke schakelbepaling is derhalve tevens voldaan aan de wens tot opneming van een specifieke bepaling in de Grondwet inzake toepassing, rechtstreekse werking en voorrang van het Unierecht. Zie de opdracht aan de Staatscommissie, Kamerstukken II 2007/08, 31 570, nr. 3, p. 35.

295 Zie de hiervoor genoemde grondwetsartikelen in de Duitse en de Franse grondwet.

296 Zie voor de wetgevingsprocedure de artikelen 289 en 294 VWEU.

297 Zie het vijfde deel van het VWEU Extern optreden van de Unie, in het bijzonder artikel 216 e.v. betreffende het sluiten van internationale overeenkomsten door de Unie. Ingevolge het tweede lid van artikel 216 VWEU zijn de door de Unie gesloten overeenkomsten tevens verbindend voor de lidstaten.

298 Een voorbeeld van hierdoor opgeroepen spanningen is de implementatie van richtlijn 2006/24/EG in de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens (bewaartermijn verkeersgegevens), Stb. 2009, 333.

299 Datzelfde geldt voor de niet-verplichte omzetting van verordeningen in nationaal recht.

De opneming in de Grondwet van een regelingsplicht van de wetgever is niet vrijblijvend. Hiermee wordt tot uitdrukking gebracht dat de betrokkenheid van de Eerste en Tweede Kamer door de grondwetgever van zodanig belang wordt geacht, dat deze bij wet geregeld dient te worden.[300] Bovendien is deze bepaling tevens taakstellend voor de Eerste en Tweede Kamer. Aldus wordt immers normatief geaccentueerd dat Eerste en Tweede Kamer zich actief met de werking van de Unie dienen bezig te houden.

300 Reeds thans worden Tweede en Eerste Kamer van regeringswege actief bij de besluitvorming in Unie-verband betrokken. Zie de brief van de ministers van Justitie en BZK van 6 juli 2010 inzake de behandeling van geprioriteerde dossiers in het kader van de JBZ-Raad, Kamerstukken I 2009/10, 32 317, M. Een grondwettelijke regelingsplicht van de wetgever versterkt echter de betekenis van dit type informatievoorziening door en overleg met de verantwoordelijke minister in de Raad.

Bijlage II:

Instellingsbesluit

WIJ BEATRIX, BIJ DE GRATIE GODS,
KONINGIN DER NEDERLANDEN
PRINSES VAN ORANJE-NASSAU
ENZ. ENZ. ENZ

Besluit van 3 juli 2009, nr. 09.001852
houdende instelling van een staatscommissie voor de herziening van de Grondwet
(Instellingsbesluit staatscommissie Grondwet)

Op de voordracht van Onze Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, mede namens Onze Minister-President, Minister van Algemene Zaken, en Onze Minister van Justitie van 3 juli 2009, CZW; 2009-0000363615

Gelet op artikel 6, eerste lid, van de Kaderwet adviescolleges;

HEBBEN GOEDGEVONDEN EN VERSTAAN:

Artikel 1
Er is een staatscommissie voor de herziening van de Grondwet, hierna te noemen de staatscommissie.

Artikel 2
De staatscommissie heeft tot taak de regering te adviseren over de noodzaak tot wijziging van de Grondwet in verband met de hierna volgende onderwerpen:

a. de toegankelijkheid en de betekenis van de Grondwet voor burgers;
b. de opneming van een preambule, waarin begrepen een concreet tekstvoorstel, tenzij de staatscommissie zou willen adviseren hiertoe niet over te gaan;
c. de verhouding tussen de opgenomen grondrechten en de uit internationale verdragen voortvloeiende rechten, zoals het recht op een eerlijke procesgang en het recht op leven;
d. de grondrechten in het digitale tijdperk;
e. de invloed van de internationale rechtsorde op de nationale rechtsorde;
f. de verhouding tussen wezenlijke Nederlandse constitutionele waarden en besluiten van volkenrechtelijke organisaties of verdragsbepalingen;
g. de beperkingssystematiek van grondrechten.

Artikel 3
De staatscommissie bestaat uit ten minste zeven en ten hoogste elf leden.

Artikel 4
1. De staatscommissie brengt haar advies uit voor 1 oktober 2010 aan Onze Minister-President, Minister van Algemene Zaken, Onze Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en Onze Minister van Justitie.
2. Na het uitbrengen van het advies is de staatscommissie opgeheven.

Artikel 5
De archiefbescheiden worden na de opheffing van de staatscommissie, of indien de omstandigheden daartoe eerder aanleiding geven, zoveel eerder, overgedragen aan het archief van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.

Artikel 6

Sdu Uitgevers / Den Haag FM001959100

Dit besluit treedt in werking met ingang van 9 juli 2009 en vervalt met ingang van 1 december 2010.

Artikel 7
Dit besluit wordt aangehaald als: Instellingsbesluit staatscommissie Grondwet.

Onze Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties is belast met de uitvoering van dit besluit dat met de nota van toelichting in de Staatscourant zal worden geplaatst.

's-Gravenhage, 3 juli 2009

DE MINISTER-PRESIDENT, MINISTER VAN ALGEMENE ZAKEN,

DE MINISTER VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES,

DE MINISTER VAN JUSTITIE,

Toelichting

In het coalitieakkoord van 7 februari 2007 is het voornemen geuit tot instelling van een staatscommissie die advies zal moeten uitbrengen over een herziening van de Grondwet. In het bijzonder zal die volgens het coalitieakkoord een advies uitbrengen over onder meer (niet limitatief) de voor- en nadelen van een preambule, de toegankelijkheid voor burgers, en de verhouding tussen de opgenomen grondrechten en de uit internationale verdragen voortvloeiende rechten, zoals het recht op eerlijke procesgang (fair trial) en het recht op leven. In het beleidsprogramma van het kabinet is het gewenste advies geplaatst in het bredere kader van een versterking van de Grondwet. Het kabinet wil deze versterking bereiken door de bevordering van kennis en inzicht in de Grondwet, evenals door de voorbereiding van mogelijke wijzigingen van de Grondwet. Mede tegen deze achtergrond van het coalitieakkoord, het beleidsprogramma, het advies van de Raad van State over de opdrachtverlening aan de staatscommissie, het nader rapport en hetgeen over het kabinetsvoornemen voor de opdrachtverlening is gewisseld met de Tweede Kamer en Eerste Kamer der Staten-Generaal (*Kamerstukken II*, 31 570 en *Kamerstukken I* 2008/09, 31 700 VII, F), zal het kabinet de staatscommissie vragen advies uit te brengen over de noodzaak tot wijziging van de Grondwet in verband met de in artikel 2 van dit besluit genoemde onderwerpen. De staatscommissie zal voor 1 oktober 2010 haar advies uitbrengen.

De staatscommissie zal bestaan uit gezaghebbende leden waarbij wordt gelet op een evenwichtige samenstelling. De staatscommissie wordt ondersteund door een secretariaat.

DE MINISTER-PRESIDENT, MINISTER VAN ALGEMENE ZAKEN,

DE MINISTER VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES,

DE MINISTER VAN JUSTITIE,

Bijlage III:
Samenstelling Staatscommissie Grondwet en secretariaat

Samenstelling Staatscommissie Grondwet:

- *Mr. W.M.E. (Wilhelmina) Thomassen (voorzitter)*
  Lid van de Hoge Raad der Nederlanden
- *Prof. mr. R. de Lange (vice-voorzitter)*
  Hoogleraar Staats- en Bestuursrecht
- *Prof. dr. L.F.M. (Leonard) Besselink*
  Hoogleraar Europees Constitutioneel Recht
- *Prof. dr. M. (Monica) Claes*
  Hoogleraar Europees- en Vergelijkend Constitutioneel Recht
- *Prof. mr. J.H. (Janneke) Gerards*
  Hoogleraar Staats- en Bestuursrecht
- *Mr. L.Y. (Lilian) Gonçalves-Ho Kang You*
  Staatsraad
- *Prof. mr. C.A.J.M. (Tijn) Kortmann*
  Emeritus hoogleraar Staats- en Bestuursrecht en Algemene staatsleer
- *Prof. dr. B.M. (Barbara) Oomen*
  Bijzonder Hoogleraar Rechtspluralisme
- *Prof. mr. G. (Margriet) Overkleeft-Verburg*
  Hoogleraar Staats- en Bestuursrecht
- *Drs. J.P. (Jurn) de Vries*
  Oud-lid Eerste Kamer der Staten-Generaal

Samenstelling secretariaat:

- Drs. M.P.H. (Martin) van Haeften (secretaris)
- Dr. I.A. (Ilse) Van den Driessche (adjunct-secretaris)
- Mr. dr. G.J.M. (Guido) Evers (adjunct-secretaris)
- Mr. S. (Sander) Terphuis (adjunct-secretaris)
- Dr. mr. A.J.Th. (Aleidus) Woltjer (adjunct-secretaris van 1 januari 2010 t/m 30 juni 2010)

Eindredactie:

- Mr. dr. M.R.T. (Melvin) Pauwels

Ambtelijke ondersteuning:

- P.J. (Paul) Moerdijk, MA (bureausecretaris)
- Ank Versteegh (secretaresse)
- Drs. M.F. (Marilka) van Zevenbergen (communicatieadviseur)

Bijlage IV:

Brief van Ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Justitie en Buitenlandse Zaken inzake Wens Eerste Kamer inzake grondwettelijke grondslagen vestiging ad hoc straftribunalen

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

> Retouradres Postbus 20011 2500 EA Den Haag

Aan de voorzitter van de staatscommissie Grondwet,
mevrouw prof.mr. W.M.E. Thomassen
Postbus 20011
2500 EA Den Haag

VERZONDEN 2 SEP 2009

Constitutionele Zaken en Wetgeving
Constitutionele Zaken
Herengracht 17
2511 EG Den Haag
Postbus 20011
2500 EA Den Haag
www.minbzk.nl

Contactpersoon
mr. J.H. Klok
T 070 426 8194
hans.klok@minbzk.nl

Kenmerk
2009-0000425629

Datum 19 augustus 2009
Betreft Wens Eerste Kamer inzake grondwettelijke grondslagen vestiging ad hoc straftribunalen

Geachte mevrouw Thomassen,

Bij brief van 26 mei 2009 hebben de voorzitters van de vaste commissie voor Buitenlandse Zaken, Defensie en Ontwikkelingssamenwerking en van de vaste commissie voor Justitie uit de Eerste Kamer de regering in overweging gegeven de kwestie van de internationale ad hoc tribunalen in relatie tot de Nederlandse Grondwet aan de staatscommissie Grondwet voor te leggen. Dit tegen de achtergrond van eerdere discussies tussen regering en Eerste Kamer (zie onder meer Kamerstukken I 2007/08, 31 200 VII, B en Kamerstukken I 2008/09, 31 700 VI, H).

De staatscommissie houdt zich onder andere bezig met de invloed van de internationale rechtsorde op de nationale rechtsorde en de verhouding tussen wezenlijke Nederlandse constitutionele waarden en besluiten van volkenrechtelijke organisaties of verdragsbepalingen. Daarbij staat de vraag centraal of de verhouding tussen de internationale en de nationale rechtsorde met voldoende waarborgen is omkleed.

In dit verband heb ik u al de wens overgebracht van de Tweede Kamer om de interpretatie van artikel 91, derde lid Grondwet, mede in relatie tot de bevoegdheidsopdracht aan internationale organisaties ingevolge artikel 92 Grondwet, bij de werkzaamheden van de staatscommissie te betrekken (Kamerstukken II 30 874, R1818, nr. 12 en Handelingen II 2008/09, nr. 96, blz. 7559-7580).

Datum
19 augustus 2009

Kenmerk
2009-0000425629

De vestiging van internationale ad hoc tribunalen is een concreet voorbeeld van de bevoegdheidsopdracht aan internationale organisaties. De grondwettelijke grondslagen voor de vestiging van internationale straftribunalen maken derhalve in algemene zin reeds onderdeel uit van de werkzaamheden van de staatscommissie. Wij verzoeken u ook in meer concrete zin aandacht te besteden aan de wens van de Eerste Kamer.

DE MINISTER VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES,

Mevrouw dr. G. ter Horst

DE MINISTER VAN JUSTITIE,

Dr. E.M.H. Hirsch Ballin

DE MINISTER VAN BUITENLANDSE ZAKEN,

Drs. M.J.M. Verhagen

Bijlage V:

Brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties inzake motie-Kalma c.s. en de motie-Schinkelshoek c.s.

Tweede Kamer der Staten-Generaal

2

Vergaderjaar 2008–2009

30 874 (R1818)

Voorstel van rijkswet van het lid Van der Staaij houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot invoering van het vereiste van een meerderheid van twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen in de Staten-Generaal voor de goedkeuring van verdragen betreffende de Europese Unie

Nr. 13

BRIEF VAN DE MINISTER VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 19 augustus 2009

Bijgaand informeer ik uw Kamer over de afhandeling van een aantal moties en toezeggingen rond de interpretatie van artikel 91, derde lid, van de Grondwet.

Naar aanleiding van het debat op 17 juni 2009 in de Tweede Kamer over het voorstel van rijkswet van het lid Van der Staaij houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot invoering van het vereiste van een meerderheid van twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen in de Staten-Generaal voor de goedkeuring van verdragen betreffende de Europese Unie, zijn twee moties aanvaard (Kamerstukken II 30 874, R1818, nrs. 11 en 12).

De motie-Kalma c.s. verzoekt een activering van artikel 91, lid 3, van de Grondwet, zoals voorzien in de motie-Schinkelshoek c.s., te betrekken in de beraadslagingen van de staatscommissie Grondwet. Ik heb toegezegd deze wens over te brengen aan de staatscommissie en heb dit zo geïnterpreteerd dat het gaat om de interpretatie van artikel 91, derde lid, Grondwet, mede in relatie tot de bevoegdheidsopdracht aan internationale organisaties ingevolge artikel 92 Grondwet. In mijn toespraak bij de installatie van de staatscommissie heb ik expliciet op deze discussie en het debat van 17 juni gewezen, waarmee ik deze motie als afgehandeld beschouw.

De motie-Schinkelshoek c.s. verzoekt om in de memorie van toelichting bij elk wetsvoorstel voor goedkeuring van een verdrag tot wijziging van de verdragen waarop de Europese Unie is gegrondvest, uitdrukkelijk en gemotiveerd in te gaan op de vraag of artikel 91, lid 3, van de Grondwet van toepassing is. In het debat heb ik toegezegd deze motie uit te willen

KST134065
0809tkkst30874-R1818-13
ISSN 0921 - 7371
Sdu Uitgevers
's-Gravenhage 2009

voeren, na afstemming met de minister van Justitie, die over het wetgevingskwaliteitsbeleid gaat, en de minister van Buitenlandse Zaken, die over de goedkeuring van verdragen gaat. Deze afstemming moet nog plaatsvinden, maar mocht in de toekomst de uitvoering van deze motie eventueel op complicaties stuiten, dan zal ik u dat uiteraard melden.

In de bijlage bij de begrotingsstaten van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties voor het jaar 2009 was tevens de toezegging opgenomen dat de criteria-Oud[1] worden gezien als een extra criterium bij de beoordeling of er wel of niet sprake is van afwijking van de Grondwet (Kamerstukken II 2008/09, 31 700 VII, nr. 2, p. 187). Deze toezegging is door mij gedaan in het debat op 3 april 2007 in de Eerste Kamer over het kabinetsstandpunt op het onderzoeksrapport «De constitutionele bepalingen over verdragen die van de Grondwet afwijken en de opdracht van bevoegdheid aan internationale organisaties» (Kamerstukken I 2003/04, 27 484, A), en de motie-Jurgens c.s. inzake een rapport van de regering over artikel 91, lid 3, van de Grondwet (Kamerstukken I 2000/01, 27 484, 237c).
Met het feit dat de staatscommissie Grondwet zich in het kader van de invloed van de internationale rechtsorde op de nationale rechtsorde ook zal buigen over de interpretatie van artikel 91, derde lid, Grondwet, beschouw ik deze toezegging als afgehandeld.

Ten aanzien van de brief van 26 mei 2009 van de voorzitters van de vaste commissie voor Buitenlandse Zaken, Defensie en Ontwikkelingssamenwerking en de vaste commissie voor Justitie uit de Eerste Kamer over de vestiging van internationale ad hoc straftribunalen in relatie tot de Nederlandse Grondwet, wordt de Eerste Kamer nog apart bericht.

De minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,
G. ter Horst

[1] De criteria-Oud, zoals op 3 april 2007 verwoord door het Eerste Kamerlid Jurgens (PvdA): «Als het verdrag zaken regelt die de Grondwet zelf niet regelt, of aan de gewone wetgever overlaat, dan is er geen probleem met de Grondwet, en is een gewone meerderheid voldoende. Slechts daar waar de Grondwet zelf iets uitputtend regelt, bijvoorbeeld het tweekamerstelsel, of aan de wetgever beperkingen stelt bij de regelgeving, zoals bij sommige grondrechten, komt de vraag op of de verdragsbepaling afwijkt van de Grondwet», Handelingen I 2006/07, nr. 25, blz. 815.

Bijlage VI:

Brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties inzake Kennisgeving Kamerdebat Mediawet in relatie tot taak Staatscommissie

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

> Retouradres Postbus 20011 2500 EA Den Haag

Prof. W.F. E. Thomassen
Voorzitter staatscommissie Grondwet
Postbus 20011
2500 EA Den Haag

Constitutionele Zaken en Wetgeving (CZW)
Constitutionele Zaken

Herengracht 17
2511 EG Den Haag
Postbus 20011
2500 EA Den Haag
www.minbzk.nl

Contactpersoon
Paul van Sasse van Ysselt

T - 8302
paul.sasse@minbzk.nl

Kenmerk
2009-0000666054

Bijlagen
1

Datum 25 november 2009
Betreft Kennisgeving Kamerdebat Mediawet in relatie tot taak staatscommissie

Momenteel is aanhangig bij de Eerste Kamer der Staten-Generaal het voorstel tot wijziging van de Mediawet 2008 en de Tabakswet ter implementatie van de Richtlijn Audiovisuele mediadiensten (Kamerstukken 31876). Tijdens de behandeling van het voorstel in de Tweede Kamer is debat gevoerd over de vraag onder welk grondrechtelijk regime het wetsvoorstel valt: artikel 7, lid 2, of artikel 7, lid 3 Grondwet. Mijn ambtgenoot van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (OCW) heeft de Tweede Kamer toegezegd de Kamer nader te zullen infomeren over de keuze van de regering voor het regime van artikel 7, lid 2, Grondwet. In zijn bijgevoegde brief van 16 november jl. over de Mediabegroting 2010 komt de Minister van OCW deze toezegging na (blz. 33-34). Daarin verwijst hij ook naar de staatscommissie Grondwet die zich immers buigt over het onderwerp "grondrechten in het digitale tijdperk" (waaronder ook artikel 7 valt). Inmiddels heeft ook de vaste commissie voor Onderwijs, Cultuur en Wetenschap van de Eerste Kamer in haar voorlopig verslag mijn ambtgenoot gevraagd om een nadere toelichting op dit punt.

Het debat over de interpretatie van artikel 7 Grondwet illustreert de relevantie van het onderwerp "grondrechten in het digitale tijdperk" (waaronder ook artikel 7 valt) waarover de staatscommissie Grondwet zich thans buigt. Om die reden alsmede ter uitvoering van een toezegging daartoe van de Minister van OCW aan de Tweede Kamer, breng ik u graag op de hoogte daarvan.

DE MINISTER VAN BINNENLANDSE ZAKEN EN KONINKRIJKSRELATIES,

Mevrouw dr. G. ter Horst

Bijlage VII:

Brief van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties inzake Kennisgeving van wens van de Eerste Kamer met betrekking tot de opdracht van de staatscommissie (Verdrag van Tilburg)

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties

> Retouradres Postbus 20011 2500 EA Den Haag

Aan de voorzitter van de
staatscommissie Grondwet
mevrouw prof. mr. W.M.E. Thomassen
Postbus 20011
2500 EA DEN HAAG

Constitutionele Zaken en Wetgeving (CZW)
Constitutionele Zaken

Herengracht 17
2511 EG Den Haag
Postbus 20011
2500 EA Den Haag
www.minbzk.nl

Contactpersoon
Paul van Sasse van Ysselt

T 070-426 8302
paul.sasse@minbzk.nl

Kenmerk
2010-0000148553

Bijlagen
1

Datum 24 maart 2010
Betreft Kennisgeving van wens van de Eerste Kamer met betrekking tot de opdracht van de staatscommissie

De staatscommissie Grondwet heeft als opdracht om advies uit te brengen over onder andere de invloed van de internationale rechtsorde op de nationale rechtsorde en de verhouding tussen wezenlijke Nederlandse constitutionele waarden en besluiten van volkenrechtelijke organisaties of verdragsbepalingen. Daarbij staat de vraag centraal of de verhouding tussen de internationale en de nationale rechtsorde met voldoende waarborgen is omkleed.

In dit verband heb ik u eerder de wens overgebracht van de Tweede Kamer om de interpretatie van artikel 91, derde lid, van de Grondwet, mede in relatie tot de bevoegdheidsopdracht aan internationale organisaties ingevolge artikel 92, van de Grondwet, te betrekken bij de werkzaamheden van de staatscommissie, alsmede de wens van de Eerste Kamer om daarbij concreet in te gaan op het voorbeeld van de vestiging van ad hoc tribunalen.

Tegen deze achtergrond alsmede die van een toezegging van de toenmalige Staatssecretaris van Justitie aan de Eerste Kamer breng ik u hierbij de wens van de Eerste Kamer over om bij uw werkzaamheden te betrekken de wet van 21 januari 2010, Stb. 21, tot goedkeuring en uitvoering van het op 31 oktober 2009 te Tilburg tot stand gekomen Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en het Koninkrijk België over de terbeschikkingstelling van een penitentiaire inrichting in Nederland ten behoeve van de tenuitvoerlegging van bij Belgische veroordelingen opgelegde vrijheidsstraffen (Trb. 2009, 202). Ik breng u daarbij in het bijzonder onder de aandacht de constitutionele aspecten van het verlenen van overheidsbevoegdheden aan niet-Nederlandse autoriteiten, indien daaraan geen besluit van een internationaal orgaan aan ten grondslag ligt (zie o.a. *Kamerstukken I* 2009/10, 32215, B, blz. 1-3, en Handelingen I 2009/2010, nr. 15, blz. 551).

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,

E.M.H. Hirsch Ballin

Bijlage VIII:
Lijst geraadpleegde experts

De volgende personen zijn door de Staatscommissie geconsulteerd of hebben een bijdrage geleverd aan een bijeenkomst betreffende een (deel)onderwerp van de opdracht van de Staatscommissie.

Rondetafelbijeenkomst 'Grondrechten in het digitale tijdperk revisited', Instituut voor Informatierecht, d.d. 17 februari 2010

- *Mr. G. Boogaard*
  Universiteit van Amsterdam
- *Mr. E.J. Daalder*
  Pels Rijcken (landsadvocaat)
- *Prof. mr. E.J. Dommering*
  Instituut voor Informatierecht
- *Prof. dr. N.A.N.M. van Eijk*
  Instituut voor Informatierecht
- *Mr. dr. M.M. Groothuis*
  Universiteit van Leiden
- *Prof. mr. A.W. Hins*
  Universiteit van Amsterdam
- *Mr. drs. J.V.J. van Hoboken*
  Instituut voor Informatierecht
- *Prof. dr. B.P.F. Jacobs*
  Radboud Universiteit Nijmegen
- *Prof. dr. E.J. Koops*
  Universiteit van Tilburg
- *Mr. H.M. Linthorst*
  Ministerie van Economische Zaken
- *Dr. T. McGonagle*
  Instituut voor Informatierecht
- *Prof. mr. J.M. de Meij*
  Emeritus hoogleraar staatsrecht
- *Prof. mr. P.A.M. Mevis*
  Erasmus universiteit Rotterdam
- *Mr. dr. A.J. Nieuwenhuis*
  Universiteit van Amsterdam
- *Prof. dr. mr. J.A. Peters*
  Universiteit van Amsterdam

- *Prof. mr. L.F.M. Verhey*
  Universiteit van Maastricht
- *Prof. Mr. B.P. Vermeulen*
  Raad van State
- *Dr. C.M. Zoethout*
  Universiteit van Amsterdam

Expertmeeting 'De betekenis van de Grondwet' d.d. 8 maart 2010

- *Prof. dr. mr. C.J.M. Schuyt*
  Raad van State
- *Prof. dr. E.H. Tonkens*
  Universiteit van Amsterdam
- *Prof. dr. H. te Velde*
  Universiteit Leiden
- *Mr. J.J. Vis*
  Oud lid Eerste Kamer en oud lid Raad van State
- *Prof. dr. W.J. Witteveen*
  Universiteit van Tilburg

Expertmeeting 'Amending the (Dutch) Constitution', The Hague Institute for the Internationalisation of Law, d.d. 12 maart 2010

- *Prof. dr. L. Garlicki*
  Europees Hof voor de Rechten van de Mens
- *Prof. dr. D. Grimm*
  Institute for Advanced Study, Berlijn
- *Prof. dr. M. Guyomar*
  Franse Raad van State
- *Dr. C. Hahm*
  The Hague Institute for the Internationalisation of Law
- *Prof. dr. H.K. Lindahl*
  Universiteit van Tilburg
- *Dr. A.S. Muller*
  The Hague Institute for the Internationalisation of Law
- *Prof. dr. L. Wildhaber*
  Voormalig president Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Expertmeeting ‘Grondrechten in het digitale tijdperk’, d.d. 3 juni 2010

- *Prof. mr. E.J. Dommering*
  Instituut voor Informatierecht
- *Mr. P.M. van den Eijnden*
  Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
- *Prof. mr. A.W. Hins*
  Universiteit van Amsterdam
- *Mr. H. Hofenk*
  Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap
- *Prof. dr. B.P.F. Jacobs*
  Radboud Universiteit Nijmegen
- *Mr. dr. J. de Jong*
  Voormalig adjunct-secretaris Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk
- *Mr. J. Kohnstamm*
  College Bescherming Persoonsgegevens
- *Mr. K.E.A. Mutsaers*
  Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap
- *Mr. J.J. Stam*
  Voormalig secretaris Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk
- *Mr. dr. G.J. Zwenne*
  Universiteit Leiden

Expertmeeting ‘Verhouding internationale en nationale rechtsorde’, 23 juni 2010

- *Prof. mr. dr. W.J.M. van Genugten*
  Universiteit Tilburg
- *Dr. mr. N.M.C.P. Jägers*
  Universiteit Tilburg
- *Prof. dr. R.A. Lawson*
  Universiteit Leiden
- *Prof. mr. A.W.H. Meij*
  Gerecht van de Europese Unie
- *Prof. mr. P.A. Nollkaemper*
  Universiteit van Amsterdam
- *Prof. mr. N. Schrijver*
  Universiteit Leiden

Dit is een uitgave van:

Staatscommissie Grondwet
www.rijksoverheid.nl
www.staatscommissiegrondwet.nl

November 2010
20975/2078-GMD