Grondrechten

Wat is een grondrecht?

door Ingrid Leijten

In december 2023 adviseerde verkenner Plasterk de informatiefase te starten met PVV, VVD, NSC en BBB. Daarin zou dan eerst overeenstemming moeten worden bereikt 'over een gezamenlijke basislijn voor het waarborgen van de Grondwet, de grondrechten en de democratische rechtsstaat'. Deze basislijn werd uiteindelijk opgenomen in het verslag dat informateur Plasterk op 12 februari aan de Kamer stuurde.[1] Het plan oogstte echter ook direct kritiek. 'De Nederlandse waarden zijn niet onderhandelbaar', aldus Rob Jetten. Frans Timmermans schreef op LinkedIn: 'Onderhandelen over de vraag of we in Nederland de grondwet, de grondrechten en de democratische rechtsstaat kunnen waarborgen, wie had dat voor mogelijk gehouden?' Elke minuut die zou worden besteed aan het bediscussiëren van grondrechten, zou 'verloren' zijn.

Natuurlijk moet naleving van de Grondwet, grondrechten en de democratische rechtsstaat vanzelfsprekend zijn. Maar dat betekent niet dat we het hier niet over moeten hebben. Juist in de dialoog krijgt onze rechts-

staat gestalte; de Grondwet levendig houden is een iteratief proces. En specifiek als het gaat om grondrechten, zoals de vrijheid van meningsuiting of het recht op persoonlijke levenssfeer, kunnen we er niet omheen dat die rechten toch vrij veel politieke 'afwegingsruimte' laten aan – in eerste instantie – democratisch gelegitimeerde organen.

Ik zal dat in deze bijdrage nader toelichten. De vraag wat een grondrecht *is*, kan op verschillende niveaus worden beantwoord. Gekeken kan worden naar de historische ontwikkeling van grond- en mensenrechten, of naar de manier waarop zij zijn opgeschreven in de Grondwet en verschillende mensenrechtenverdragen. Daar zal ik ook bij stilstaan, maar om echt iets te kunnen zeggen over de waarborg die grondrechten in onze rechtsorde (kunnen) bieden, moeten we vooral ook kijken naar hoe deze rechten *werken*; naar de omvang die ze hebben en de eisen die ze stellen, en naar wie daarbij aan zet is.

Historische ontwikkeling grond- en mensenrechten

Een rechtsstaat is denkbaar zonder grondrechten. Een overheid die zich aan de wet houdt; een rechter die dat controleert. Volgens een dergelijke 'formele' opvatting van de rechtsstaat maakt het niet uit wat de inhoud van het recht is; aan materiële eisen hoeft het niet te voldoen. Hoe anders is dat als we grondrechten wel als inherent onderdeel van de rechtsstaat beschouwen, zoals tegenwoordig doorgaans gebeurt.[2] In grondwetten krijgen organen van de Staat bevoegdheden toegekend, zoals de bevoegdheid van regering en Staten-Generaal tot het maken van wetten in artikel 81 van de Nederlandse Grondwet. Grondrechten kunnen dan worden gezien als een begrenzing van deze bevoegdheden, als (inhoudelijke) normen waaraan bij de uitoefening daarvan steeds moet worden voldaan.

Al in oude documenten als de *Magna Carta* uit 1215 zijn waarborgen vastgelegd die moeten beschermen tegen overheidsgezag dat willekeurig of onderdrukkend is, en als voorlopers van moderne grondrechten kunnen worden gezien. Deze komen vervolgens tot ontwikkeling in de contractstheorie van Locke in de zeventiende eeuw; daarin gaan grondrechten als het ware vooraf aan de Grondwet en komen mensen van nature toe als terrein waar de overheid niet in mag treden ('life, liberty and property'). Dit idee komt terug in de *Declaration of Independence* van 1776 en de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789), en in ons land ook in de *Bataafse Staatsregeling* van 1798.

Ook in de eerste grondwetten van 1814-1815 staan grondrechten: vrijheden met betrekking tot godsdienst, maar ook het petitierecht, de onschendbaarheid van de woning en de drukpersvrijheid. In 1848, toen met de Grondwet van Thorbecke de basis werd gelegd voor de Nederlandse parlementaire democratie, werden daar vrijheden als bijvoorbeeld het recht tot vereniging en vergadering aan toegevoegd. Tegelijkertijd werd daarin vastgelegd dat de Nederlandse rechter niet mag controleren of parlementaire wetgeving nu wel of niet voldoet aan de Grondwet – wat we nu het toetsingsverbod noemen (art. 120 Grondwet) –, daarover later nog iets meer. Na de toevoeging van het algemeen kiesrecht en de gelijkstelling van bijzonder en openbaar onderwijs in 1917, vond

de grootste aanpassing van de Grondwet plaats in 1983. Bij de algemene grondwetsherziening dat jaar kregen de grondrechten een plaats in hoofdstuk 1 van de Grondwet, aangevuld bovendien met een reeks sociale grondrechten in de vorm van opdrachten aan de overheid met betrekking tot onder meer bestaanszekerheid, bewoonbaarheid, wonen, en zorg.

Na de Tweede Wereldoorlog is bovendien een snelle ontwikkeling te zien van de vastlegging van grondrechten op 'bovennationaal' niveau, in zogenoemde mensenrechtenverdragen. Na de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens uit 1948, werden voor Staten bindende mensenrechtennormen opgenomen in bijvoorbeeld het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) uit 1950, of in de VN-verdragen over burger- en politieke rechten en economische, sociale en culturele rechten uit 1966 (IVBPR; ICESCR). Nog steeds komen er verdragen bij, die bijvoorbeeld specifieke groepen (VN-Vrouwenverdrag; VN-Kinderrechtenverdrag) of thema's (VN-Rassendiscriminatieverdrag) betreffen. In Europa valt dan nog de inwerkingtreding van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie in 2009 te noemen; hiermee kreeg de EU een eigen grondrechtencatalogus, waarin zowel 'klassieke' vrijheidsrechten als sociale rechten zijn opgenomen.

Klassieke en sociale grondrechten; negatieve en positieve verplichtingen

'Mensenrechten' worden aldus gekenmerkt door het feit dat deze op internationaal niveau in verdragen zijn opgenomen, als extra waarborg tegen machtsmisbruik door een staat die – zo leerde de geschiedenis – eigen (grondwettelijke) normen niet altijd respecteert. Ik kies hierbij voor een juridische definitie die tot op zekere hoogte losstaat van natuurrecht en moraal, maar kijkt naar rechten zoals die zijn *gecodificeerd*.[3] Onder 'grondrechten' verstaan we doorgaans de normen die zijn opgenomen in nationale grondwetten, maar deze term kan gerust ook voor internationale normen worden gebruikt, en dat geldt al helemaal voor het ook vaak gehoorde 'fundamentele rechten'.

Die laatste term benadrukt dat we het hier wel over een bijzondere categorie hebben. Grondrechten beschermen *fundamentele* vrijheden en belangen, die de basis vormen voor een goed functionerende democratische rechtsstaat en de voorwaarden scheppen voor het leiden van een menswaardig bestaan. Toch wil ik, in wat volgt, dit fundamentele karakter ook iets nuanceren. Althans waar het gaat om de vaak bijbehorende gedachte dat de overheid aan bepaalde vrijheden in het geheel niet mag komen – dat grondrechten (min of meer) absoluut zijn. Dat is namelijk juridisch onjuist en misschien zelfs mede debet aan een politiek en publiek discours over grondrechten dat aan de waarborg die deze rechten bieden, nogal eens voorbijgaat. Om dit toe te lichten, is het nodig nog iets nader stil te staan bij de ontwikkeling en inhoud van grondrechten.

Terloops werd al opgemerkt dat in 1983 ook sociale grondrechten aan onze Grondwet werden toegevoegd, naast de al langer daarin opgenomen 'klassieke' rechten op bijvoorbeeld de vrijheid van godsdienst en van meningsuiting, het demonstratierecht en het kiesrecht. Dit sluit aan bij de ontwikkeling

van een liberale nachtwakersstaat naar een democratische en sociale rechtsstaat; een staat die de vrijheid van zijn burgers niet enkel garandeert door hen op bepaalde terreinen met rust te laten, maar ook een taak heeft in het voorzien in bestaanszekerheid, en de middelen die een menswaardig bestaan – evenals gebruikmaking van andere grondrechten[4] – überhaupt mogelijk maken. Nu zijn de sociale rechten in de Grondwet wel op een andere manier geformuleerd dan de klassieke vrijheidsrechten. Waar het recht op wonen luidt: 'Bevordering van voldoende woongelegenheid is voorwerp van zorg der overheid' (art. 22 lid 2 Gw), is dat op persoonlijke levenssfeer als volgt in de Grondwet te vinden: 'Ieder heeft, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer' (art. 10 lid 1 Gw). Waar het bij die laatste bepaling gaat over een individuele aanspraak, volgt uit het sociale grondrecht op wonen vooral dat de overheid op dit vlak een taak heeft.

Het onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten wordt vaak gelijkgesteld met dat tussen negatieve en positieve verplichtingen (overigens niet te verwarren met negatieve en positieve vrijheid).[5] Klassieke vrijheidsrechten verlangen dat de overheid zich onthoudt van inmenging (zich passief opstelt), terwijl sociale grondrechten een actieve bijdrage verlangen, in de vorm van het reserveren van budget en maken van beleid. Dit onderscheid moet echter worden genuanceerd. Ook in de Nederlandse doctrine wordt al lang aangenomen dat klassieke rechten overheidsoptreden kunnen verlangen (zo kan het recht op vergadering in omstandigheden verlangen dat vergaderruimte beschikbaar wordt gesteld;[6] veronderstelt het kiesrecht dat verkiezingen worden georganiseerd). Met name in de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, dat belast is met de interpretatie van en toetsing aan het EVRM, heeft dit geleid tot een uitgebreid leerstuk van positieve verplichtingen.[7] Ook het Urgenda-arrest geeft hier blijk van: op basis van (klassieke) rechten op leven en privéleven, werd hierin immers aangenomen dat de Staat een verplichting had om emissiereductie te verwezenlijken.[8] Omgekeerd kunnen sociale grondrechten ook negatieve plichten met zich brengen: om een bestaande uitkering niet zomaar te korten of terug te vorderen, bijvoorbeeld.[9]

De mogelijkheid van het beperken van grondrechten

Het onderscheid tussen (klassieke) resultaatverplichtingen en (sociale) inspanningsverplichtingen, is dus niet zo precies als wel wordt voorgesteld.[10] Dit komt uiteindelijk ook doordat het te behalen 'resultaat' bij grondrechten als de vrijheid van meningsuiting, van godsdienst, op persoonlijke levenssfeer of het demonstratierecht, niet per se in steen gebeiteld is. Wat dan weer te maken heeft met het feit dat de meeste grondrechten – mits daarbij aan bepaalde eisen wordt voldaan – beperkt mogen worden. Een uitzondering is bijvoorbeeld het verbod van foltering (art. 3 EVRM; folteren mag nooit), maar voor het overige geldt dat de meeste grondrechten in *hun formulering* in de Grondwet en verdragen, ruimte bieden voor beperkingen.

De vraag of een grondrecht is gewaarborgd, is dus doorgaans niet gelijk aan de vraag of het grondrecht 'ten volle' is beschermd (er bijvoorbeeld geen enkele uitzondering op de vrijheid van meningsuiting bestaat), maar of de beperkingen van het recht aan de daartoe

gestelde eisen voldoen. Kijken we naar het demonstratierecht, dan lezen we in artikel 9 van de Grondwet: 'Het recht tot vergadering en betoging wordt erkend, behoudens ieders verantwoordelijkheid voor de wet' (lid 1). Dit betekent zoveel als dat de formele wetgever (regering en Staten-Generaal) in de wet beperkingen kan opnemen. 'De wet kan regels stellen ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden', zo vervolgt lid 2. Inderdaad, met het oog op bepaalde doelen kunnen regels worden gesteld door de wetgever, die deze bevoegdheid op zijn beurt mag delegeren. In bijvoorbeeld de Wet openbare manifestaties (WOM) zien we hiervan het resultaat.

Waar de Nederlandse Grondwet bovenal verlangt dat beperkingen van grondrechten worden vastgelegd in 'formele' (oftewel parlementaire) wetgeving, vanuit het idee van legaliteit en democratische legitimatie, legt het EVRM de nadruk juist op inhoudelijke beperkingseisen. Ook in dat verdrag worden rechten gevolgd door de verplichting dat beperkingen niet alleen 'bij wet voorzien' maar ook 'noodzakelijk in een democratische samenleving' moeten zijn.[11] Die wil kortweg zeggen dat deze proportioneel moeten zijn.[12] Om het verschil te verduidelijken kan een voorbeeld helpen: coronamaatregelen die raken aan het recht op persoonlijke levenssfeer of privéleven, moeten volgens de Grondwet voldoen aan de eis dat ze zijn vastgelegd door de formele wetgever, bijvoorbeeld in de Coronawet (waarbij geen nadere inhoudelijke eisen worden gesteld), terwijl het EVRM nu juist verlangt dat ze niet verder mogen gaan dan noodzakelijk om bepaalde legitieme doelen te bereiken. De grondwettelijke formulering van beperkingseisen is daarmee minder geschikt voor toetsing door de rechter (die naar de letter van de Grondwet alleen zou mogen controleren of een beperking in de wet is vastgelegd) dan die van het EVRM, wat reden is voor pleidooien om bij invoering van constitutionele toetsing ook een proportionaliteitseis aan de grondwettelijke grondrechten toe te voegen (Leijten & Loven 2023).

De Corona-casuïstiek kan overigens nog meer illustreren. Natuurlijk moeten beperkingen van grondrechten tot een minimum worden beperkt, maar de complexiteit van hedendaagse vraagstukken in combinatie met een veelvoud aan (vaak ruim uitgelegde) grondrechten, maken dat ze niettemin wel aan de orde van de dag zijn. Een recht op persoonlijke levenssfeer beschermt het recht om zonder mondkapje de straat op te gaan, maar de overheid heeft ook een grondwettelijke (grondrechtelijke!) plicht om gezondheid en gezondheidszorg te waarborgen, welke eraan kan bijdragen dat een mondkapjesplicht toch rechtmatig is. Demonstreren is een fundamenteel recht dat zoveel mogelijk moet worden beschermd, maar het is evident dat beperkingen soms nodig zijn. En dan heb ik het nog niet eens over welbekende botsingen tussen de vrijheid van meningsuiting en privacy, tussen godsdienstuitingen en bijvoorbeeld het recht op gelijke behandeling. Nogmaals: grondrechtenbescherming gaat vaak niet over het afzien van beperkingen, maar over het zo goed mogelijk vormgeven daarvan.

Rechter én wetgever

Ik heb het nog nauwelijks over de rechter gehad, en met reden. Als we het hebben over de rechtsstaat, recht, en zeker ook grondrechten, bestaat al snel de neiging naar de rechter te

kijken. Als die vervolgens zijn nek uitsteekt, door bijvoorbeeld in een zaak als *Urgenda* met een vergaande plicht voor de Staat op de proppen komt, is al snel de rede van 'rechterlijk activisme'. Maar dit is te makkelijk; grondrechten zijn geen kunstje van de rechter, en rechterlijk ingrijpen volgt in beginsel alleen wanneer de wetgevende of uitvoerende macht zijn eigenstandige, grondrechtelijke taak verzaakt.

In het (internationale) rechtswetenschappelijk discours is lang gesproken over 'rights as trumps'; de gedachte dat fundamentele rechten een troefkaart vormen en geen tegenspraak dulden. Hierboven werd al duidelijk dat dit niet (meer) overeenkomt met de juridische realiteit. Anderzijds worden grondrechten veelal gekenmerkt als 'principles' ('beginselen') die moeten worden geoptimaliseerd in het licht van de juridische en feitelijke mogelijkheden daartoe. Dit heeft echter wel gezorgd voor een grote nadruk op de rol van de rechter, en hoe die al dan niet om moet gaan met (het afwegen) van conflicterende grondrechten en belangen. Moet hij rechten meer of minder ruim uitleggen, meer of minder intensief toetsen?

Hoe belangrijk die vragen ook zijn, ze kunnen er wel toe leiden dat juist waar (meerdere) grondrechten en andere belangen colliderен in steeds nieuwe, complexe omstandigheden, de te maken afweging toch echt in eerste instantie aan de democratisch gelegitimeerde organen is (en in het verlengde daarvan de uitvoering). Dit is te meer het geval nu er geen a priori hiërarchie tussen grondrechten bestaat. In aansluiting hierop pleit ik dan ook voor een opvatting van 'rights as rooms', als *ruimtes*, die een centraal onderdeel uitmaken van wat we wel het 'huis' van de rechtsstaat noemen.[13] Deze ruimtes kennen twee dimensies: ten eerste zijn het duurzame structuren gevormd door waarden, (grondwets)historie, conventies en rechtspraak, het bestaan waarvan niet kan worden ontkend maar juist moet worden beschermd, al kan dat af en toe een renovatie verlangen. Ten tweede is echter minstens zo belangrijk is *wat er in die ruimtes gebeurt*: wie er aan tafel zitten en welke informatie er op tafel ligt, wat er wordt gezegd en gedaan en hoe dat leidt tot een afgewogen besluit. Vragen van representatie zijn aldus inherent verbonden met waarborgen die grondrechten bieden, en dat geldt evenzeer voor het vermogen een op feiten en expertise gebaseerde onderbouwing te geven voor een afweging tussen of beperking van grondrechten. Met andere woorden, dat er ruimte bestaat om tot een passend grondrechtenresultaat te komen vormt dus geen vrijbrief; de waarborg die grondrechten bieden zit juist ook in de manier waarop met die ruimte wordt omgegaan.

Afsluiting

Volgens een 'flitspeiling' die in 2023 in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties werd uitgevoerd, heeft 93% van de Nederlandse burgers nog nooit gebruik gemaakt van of een beroep gedaan op grondrechten, terwijl 89% de Grondwet wel (heel) belangrijk vindt.[14] Ik maak *elke dag* gebruik van mijn grondrechten, was het eerste dat ik dacht toen ik de uitkomsten van de peiling zag. Volgens mij illustreren die dat grondrechten vaak heel abstract blijven.

In deze bijdrage heb ik geprobeerd uiteen te zetten dat grondrechten aan de orde van de dag zijn, maar ook dat de gestalte die zij

krijgen, steeds afhankelijk is van feiten en omstandigheden. De onderscheiden die we maken – tussen klassieke en sociale rechten, positieve en negatieve verplichtingen – zijn vaak genuanceerder dan gedacht. De werking van grondrechten is geen kwestie die we kunnen overlaten aan de rechter, als was het maar omdat rechten botsen en afwegingen noodzakelijk zijn. De rechtsstaat en grondrechten staan niet tegenover 'politiek'; in een democratische rechtsstaat kunnen ze niet zonder elkaar.

Prof. dr. Ingrid Leijten is hoogleraar Nederlands en Europees constitutioneel recht aan Tilburg University.

Literatuurlijst

- Leijten, A.E.M. & Loven, C.M.S. 'Rechterlijke toetsing aan de grondwettelijke grondrechtenbepalingen: daadwerkelijke meerwaarde verlangt meer dan het afschaffen van het toetsingsverbod', in: J.H. Gerards, J. Goossens & E.Y. van Vugt (red.), *Constitutionele verandering in Nederland. De grondwetswijzigingen van 2022-2023*, Den Haag: Boom juridisch 2023, p. 97-122.

1. Zie de aanbiedingsbrief en het eindverslag van informateur Plasterk: https://www.kabinetsformatie2023.nl/documenten/verslagen/2024/02/12/aanbiedingsbrief-en-eindverslag-informateur-plasterk

2. Maar zie de nieuwe algemene bepaling in de Grondwet: 'De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat'. Het valt goed te beargumenteren dat de losse verwijzing naar grondrechten hier overbodig is.

3. Wat niet wil zeggen dat deze juridische normen geen enkel verband houden met morele uitgangspunten; een grondrecht op gelijke behandeling (art. 1 Gw) is gebaseerd op een onderliggend idee van gelijkheid, om maar een voorbeeld te geven. Zou een dergelijk recht uit de Grondwet geschrapt worden, dan wil dat niet zeggen dat dit uitgangspunt niet langer bestaat.

4. Om überhaupt gebruik te kunnen maken van klassieke grondrechten, zo wordt beargumenteerd, moet in eerste levensbehoeften zijn voorzien. We hebben het dan over de ondeelbaarheid van de verschillende soorten grondrechten.

5. Denk hiervoor aan het werk van Isiah Berlin, waarbij negatieve vrijheid gaat over vrij zijn van bemoeienis (door de Staat), terwijl positieve vrijheid ook gaat over het (gezamenlijk) mede kunnen vormgeven van de samenleving en haar regels.

6. Vgl. HR 25 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4415 (*De Schans*).

7. Bijv. EHRM (GK) 28 oktober 1998, appl. no. 23452/94 (*Osman/VK*) (waarin duidelijk werd dat het recht op leven ook verlangd dat bedreigde personen bescherming krijgen).

8. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Staat/Urgenda*).

9. Toegekende uitkeringen worden bovendien beschermd door het eigendomsrecht uit art. 1 EP EVRM, dat idealiter een rol had gespeeld in het tijdig(er) beëindigen van de toeslagenaffaire.

10. In de politieke discussie over constitutionele toetsing wordt dit onderscheid bijvoorbeeld aangehaald om te pleiten voor enkel toetsing aan klassieke vrijheidsrechten, niet aan sociale grondrechten.

11. Het tweede lid van het recht op respect voor het privéleven uit art. 8 EVRM, leest bijvoorbeeld als volgt: 'Geen inmenging van enig openbaar gezag is toegestaan in de uitoefening van dit recht, dan voor zover *bij de wet is voorzien en in*

een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de nationale veiligheid, de openbare veiligheid of het economisch welzijn van het land, het voorkomen van wanordelijkheden en strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen' [cursivering IL].

12. Daarbij wordt wel een onderscheid gemaakt tussen eisen van geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit (evenredigheid) in enge zin.

13. Vgl. W.J. Witteveen, Plenair debat Eerste Kamer bij behandeling Staat van de rechtsstaat, 11 maart 2014, Hande¬lingen II 2013/14, nr. 22, item 5, p. 20: 'De rechtsstaat is geen rustig bezit, geen huis waarin wij onbezorgd kunnen gaan slapen.'

14. Flitspeiling Grondwet in opdracht van het Ministerie van BZK, 28 februari 2023, zie www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2023/02/28/flitspeiling-grondwet.