

Het recht op leven in de
Nederlandse Grondwet

Het recht op leven in de Nederlandse Grondwet

Een verkennend onderzoek

Prof. mr. J.A. Peters
Dr. A.J. Nieuwenhuis
Mevr. dr. C.M. Zoethout
Mr. G. Boogaard
Mevr. H. Bosdriesz

Kluwer 2009

© 2009 Kluwer, Alphen aan den Rijn

Alle rechten voorbehouden: niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 j^o het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

All rights reserved. No part of this book may be reproduced, stored in a database or retrieval system, or published, in any form or in any way, electronically, mechanically, by print, photo print, microfilm or any other means without prior written permission from the publisher.

Samensteller(s) en de uitgever zijn zich volledig bewust van hun taak een zo betrouwbaar mogelijke uitgave te verzorgen. Niettemin kunnen zij geen aansprakelijkheid aanvaarden voor onjuistheden die eventueel in deze uitgave voorkomen.

Inhoud

Inleiding	9
1. Het recht op leven in de Nederlandse rechtsorde: artikel 2 EVRM	11
1.1 Inleiding	11
1.2 Artikel 2 EVRM	12
1.3 De reikwijdte	13
1.4 Uitzonderingen	15
1.4.1 Doodstraf	15
1.4.2 Politiegeweld	16
1.4.3 Militair optreden	18
1.5 Positieve verplichtingen	19
1.5.1 Bedreigde personen	20
1.5.2 Gezondheidszorg	20
1.5.3 Milieu	21
1.5.4 Gevangenen	22
1.6 Besluit	23
2. Het recht op leven in de constituties van de landen van de Europese Unie: een inventarisatie	25
2.1 Inleiding	25
2.2 Het formele karakter van het recht op leven	26
2.2.1 Het recht op leven als individueel recht	26
2.2.2 De bescherming van het leven geformuleerd als zorgplicht van de staat	28
2.3 Het materiële karakter van het recht op leven	28
2.3.1 De erkenning van het recht op leven van de ongeborene	28
2.3.2 Het recht op leven geformuleerd als verbod van opzettelijke levensberoving	30
2.3.3 De onschendbaarheid van het menselijk leven	30
2.3.4 Het recht op een menswaardig leven	30

3.	Het recht op leven in de Duitse Grondwet	33
3.1	Inleiding	33
3.2	Reikwijdte	34
3.3	Onthoudingsplicht en uitzonderingen	35
3.4	Schutzpflicht	37
3.5	Besluit	40
4.	Het recht op leven in het Verenigd Koninkrijk	41
4.1	Inleiding	41
4.2	De Human Rights Act 1998	42
4.3	Jurisprudentie op basis van artikel 2 EVRM	44
4.4	Besluit	49
5.	De Nederlandse Grondwet – een karakterisering	51
5.1	Karakterisering van de Grondwet in het algemeen	51
5.2	Karakterisering van de Grondwet met het oog op de grondrechten	52
6.	Opties	55
6.1	Het opnemen van een recht op leven in de Grondwet en constitutioneel toetsingsrecht	55
6.2	Verandert het karakter van de Grondwet?	56
6.3	Politiek gevoelige zaken	58
6.4	Voordelen en nadelen van het opnemen van een recht op leven in de Grondwet	60
6.4.1	Voordelen van het opnemen in de Grondwet met behoud van het toetsingsverbod	60
6.4.2	Nadelen van het opnemen in de Grondwet met behoud van het toetsingsverbod	60
6.4.3	Voordelen van het opnemen in de Grondwet met toetsingsmogelijkheid	61
6.4.4	Nadelen van het opnemen in de Grondwet met toetsingsmogelijkheid	61
6.5	Mogelijke formuleringen	62
6.5.1	Voordelen van formulering als sociaal grondrecht	62
6.5.2	Nadelen van formulering als sociaal grondrecht	62

6.5.3	Voordelen van een formulering die nauw aansluit bij artikel 2 EVRM	63
6.5.4	Nadelen van een formulering die nauw aansluit bij artikel 2 EVRM	64
6.6	Een recht op onschendbaarheid van de menselijke waardigheid?	64
6.6.1	Voordelen van een recht op onschendbaarheid van de menselijke waardigheid	65
6.6.2	Nadelen van een recht op onschendbaarheid van de menselijke waardigheid	65
6.7	Rangorde van grondrechten	65
6.7.1	Voordelen van een rangorde in onze Grondwet	66
6.7.2	Nadelen van een rangorde in onze Grondwet	67
7.	Besluit	69

Inleiding

Het ministerie van BZK heeft ons verzocht een verkennend vooronderzoek te doen naar de meerwaarde van het opnemen van het recht op leven in onze Grondwet, naast de bescherming die internationale mensenrechtenverdragen reeds bieden. Het betreft een vooronderzoek voor het werk van een staatscommissie. Afgesproken is dat het onderzoek de navolgende aspecten zou omvatten:

1. Een inventarisatie van de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) onder artikel 2 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) en de jurisprudentie van de Nederlandse rechter onder artikel 2 EVRM. Het EVRM neemt een centrale plaats in het vooronderzoek vanwege de betekenis die dit verdrag, als gevolg van de doorwerking ervan in nationaal recht, heeft in de Nederlandse rechtsorde.

2. Een inventarisatie van EU landen die een grondrecht op het recht op leven kennen en de verschillende omschrijvingen van dit recht. Deze inventarisatie beperkt zich (gelet op de beperkte opdracht van dit onderzoek) tot de teksten van de verschillende grondwetten van de lidstaten en gaat verder niet in op de ruimere constitutionele betekenis die het recht kan hebben zoals die bijvoorbeeld naar voren kan komen in de jurisprudentie.

3. Een korte, rechtsvergelijkende verkenning naar de betekenis van een nationaal constitutioneel grondrecht op het recht op leven naast de bestaande internationaalrechtelijke bescherming van dit recht. Is hier een meerwaarde te ontdekken? De korte verkenning wordt beperkt tot twee landen, in een samenvatting van de jurisprudentie van Duitsland en het Verenigd Koninkrijk.

Duitsland is interessant, niet alleen omdat dit land het recht op leven in de nationale Grondwet kent maar ook vanwege een vrij uitgebreide jurisprudentie van het "Bundesverfassungsgericht", het Duitse constitutionele Hof, over de betekenis van dit recht. Dit Hof heeft een actieve rol gespeeld bij de bescherming van het recht op leven.

Het Verenigd Koninkrijk heeft geen geschreven Grondwet waardoor een vergelijking met Nederland lastig is. Anderzijds kent het VK wel, middels de Human Rights Act van 1998 waarin de grondrechten uit het EVRM nationaal zijn verankerd, een nationale (constitutionele) bescherming van het recht op leven. Interessant is nu te bezien of en wat de rechter met de eigen ruimte heeft gedaan naast de bescherming die al geboden wordt door het EHRM. Met het oog op de onderzoeksvraag is dit aspect interessant voor een vergelijking.

4. Een beschouwing over de verschillende formuleringen die we zijn tegengekomen in onze inventarisatie en een afbakening van het recht op leven in relatie tot daarmee direct samenhangende en annexe rechten zoals bijvoorbeeld het recht op veiligheid, menselijke waardigheid, recht op lichamelijke integriteit, recht op gezondheidszorg, recht van de ongeborene vrucht en euthanasie.

5. Een korte beschouwing over het karakter van onze Grondwet m.b.t. de bescherming van grondrechten en de vraag in hoeverre dit karakter zou veranderen door toevoeging van een grondrecht op leven. Wordt het normatieve karakter versterkt en maakt het bijvoorbeeld uit of het hierbij gaat om een zogenaamd klassiek grondrecht of een meer sociaal grondrecht? Hierbij nemen we ook in beschouwing het element van constitutionele toetsing.

6. Het vooronderzoek wordt afgerond met de beschrijving van mogelijke opties.

Het verkennend vooronderzoek is vooral descriptief van aard. De methode van onderzoek bestaat uit een rechtsvergelijkende studie, wetgevingsonderzoek, jurisprudentie- en literatuuronderzoek. De volgende medewerkers van de Leerstoelgroep staats- en bestuursrecht van de Universiteit van Amsterdam hebben een bijdrage geleverd: Dr. Aernout Nieuwenhuis, dr. Carla Zoethout, mr. Geerten Boogaard en Hanna Bosdriesz. De eindverantwoordelijkheid berust bij Prof.mr. Jit Peters.

1. Het recht op leven in de Nederlandse rechtsorde: artikel 2 EVRM

1.1 Inleiding

De Nederlandse Grondwet kent wel een doodstrafverbod (art. 114 Grondwet) maar niet een meer algemeen recht op leven. Voor de aanneming van een ongeschreven fundamenteel recht op leven bestaan in de jurisprudentie geen aanwijzingen, ook niet als concretisering van het door de Hoge Raad geformuleerde algemeen persoonlijkheidsrecht.¹

Het recht op leven is wél vastgelegd in artikel 2 EVRM. Artikel 2 EVRM heeft als een ieder verbindende verdragsbepaling verbindende kracht in de Nederlandse rechtsorde. De Nederlandse rechter dient wettelijke voorschriften van nationale origine buiten toepassing te laten indien zij in strijd zijn met artikel 2 EVRM. De arresten van het EHRM geven een bindende uitleg van de verdragsbepalingen. Bij het bepalen van de omvang van de bescherming van artikel 2 EVRM neemt de Hoge Raad dan ook de uitleg van het EHRM over, onafhankelijk van de vraag of Nederland partij was bij de specifieke procedure.

In voorkomende gevallen laat het EHRM de nationale autoriteiten ruimte om meer bescherming te bieden dan het zelf doet. De Nederlandse rechter acht zich echter niet bevoegd een uitleg aan de verdragsbepalingen te geven die verder gaat dan de uitleg van het EHRM, indien op grond van die verdergaande uitleg wetten in formele zin buiten toepassing gelaten zouden moeten worden. Een dergelijke verdergaande bescherming bieden komt volgens de Hoge Raad in strijd met artikel 120 Grondwet.²

Een uiteenzetting van het in de Nederlandse rechtsorde geldende recht op leven kan dan ook bestaan uit een analyse van het in artikel 2 EVRM vastgelegde recht op leven, zoals dat door het EHRM en de Nederlandse rechter is uitgelegd en toegepast. In dit hoofdstuk zullen we eerst de bepaling zelf voor het voetlicht brengen. Aansluitend wordt de reikwijdte van het recht op leven onderzocht; daarbij passeren onder meer de verhouding tussen het recht op leven en abortus en euthanasie de revue. Vervolgens brengen we de aard en omvang van een aantal uitzonderingen in kaart. Daarna is er aandacht voor de positieve verplichtingen van de overheid. De uiteenzetting wordt onderbouwd met jurisprudentie van het EHRM en de Nederlandse rechter. Hierbij is niet gestreefd naar een uitputtende weergave.

1 HR 15 april 1994, NJ 1994, 608 (Valkenhorst).

2 HR 10 augustus 2001 NJ 2002, 278 (Onderhoudsplicht uit lesbische relatie).

1.2 Artikel 2 EVRM

In het EVRM is het recht op leven vastgelegd in artikel 2 lid 1:

“Het recht op leven wordt beschermd door de wet. Niemand mag opzettelijk van het leven worden beroofd, behoudens door de tenuitvoerlegging van een gerechtelijk vonnis wegens een misdrijf waarvoor de wet in de doodstraf voorziet”.

Dit recht op leven is een bij uitstek fundamenteel recht en staat hoog in een mogelijke hiërarchie van grondrechten: “it is an inalienable attribute of human beings and forms the supreme value in the hierarchy of human rights”.³ Dat fundamentele karakter blijkt ook uit het feit dat het recht op leven een voorwaarde vormt voor het bestaan van de drager van andere grondrechten.⁴ Ook zo gezien komt het op de eerste plaats.

Desondanks bestaan er uitzonderingen op dit recht. Het eerste lid van artikel 2 EVRM laat uitdrukkelijk de mogelijkheid van doodstraf open. Een tweede uitzondering is te vinden in het tweede lid van artikel 2 EVRM:

“De beroving van het leven wordt niet in strijd geacht met dit artikel te zijn geschied ingeval zij het gevolg is van het gebruik van geweld dat absoluut noodzakelijk is:

- a. *ter verdediging van wie dan ook tegen onrechtmatig geweld*
- b. *teneinde een rechtmatige arrestatie te bewerkstelligen of het ontsnappen van iemand, die op rechtmatige wijze is gedetineerd, te voorkomen*
- c. *teneinde in overeenstemming met de wet een oproer of opstand te onderdrukken”.*

Onder omstandigheden en onder strikte voorwaarden kan het gebruik van geweld door de overheid dus gerechtvaardigd zijn ook wanneer dat het risico met zich mee brengt dat er slachtoffers vallen.

Een derde uitzondering geldt ten tijde van oorlog: artikel 15 lid 1 jo. lid 2 EVRM staan in geval van rechtmatige oorlogshandelingen een afwijking van artikel 2 toe. Uit artikel 15 blijkt overigens dat de normen van artikel 2 EVRM onverkort blijven gelden in geval van een noodtoestand, anders dan een oorlogssituatie.

³ EHRM 22 maart 2001. K.-H.W. v Germany.

⁴ Mathieu, B., *The Right to Life in European constitutional and international case-law*, Council of Europe Publishing, April 2006, p. 9.

Tot zover hebben we voornamelijk over de onthoudingsplicht van de overheid gesproken. Van groot belang is echter dat artikel 2 EVRM ook zogeheten positieve verplichtingen omvat. De overheid dient het recht op leven ook te waarborgen tegen agressie van derden en dient er bijvoorbeeld ook voor te zorgen dat er geen milieurampen plaatsvinden.

1.3 De reikwijdte

Het recht op leven kan in een grote verscheidenheid van casus in het geding zijn, van extreme vormen van politieverhoor⁵ tot aan ernstige gebreken in de zorg voor het milieu.⁶ Het Hof heeft echter ook bepaalde grenzen gesteld aan de reikwijdte. In het bijzonder van belang is de positie van het ongeboren kind en de vraag of het recht op leven ook een "recht op sterven" in zich bergt.

In de zaak *Vo. v. France*⁷ heeft het Hof zich uitgelaten over de status van de ongeborene:

"the Court is convinced that it is neither desirable, nor even possible as matters stand, to answer in the abstract the question, whether the unborn child is a person for the purposes of artikel 2 of the Convention".

Het beantwoorden van deze vraag is onmogelijk nu er in Europa geen "common ground" te vinden is op dit punt. De moraal in de verschillende lidstaten is op dit punt immers zeer divers, hetgeen ook blijkt uit de sterk uiteenlopende abortuswetgeving.⁸

Hooguit bestaat er in Europa overeenstemming over het feit dat de embryo wel behoort tot de "human race" en een zekere "human dignity" toekomt. Hier valt een vergelijking te trekken met de in het kader van de Raad van Europa tot stand gekomen "Convention on Biomedical Ethics" die een onderscheid maakt tussen "human beings" en "persons". Beide dienen met waardigheid te worden bejegend, maar slechts de menselijke persoon komt het recht op leven toe. Het standpunt van het Hof geldt ook ten aanzien van buitenbaarmoederlijke embryo's.⁹ Technische ontwikke-

5 EHRM 27 juni 2000, *Ilhan v. Turkey*.

6 Zie hieronder.

7 EHRM 8 juli 2004, *Vo. v. France*; in deze zaak ging het om de regeling ten aanzien van fouten van een arts waardoor een embryo was overleden.

8 Het EHRM achtte overigens de afwezigheid van een goede procedure om op medische gronden de mogelijkheid van een abortus te krijgen in strijd met het in art. 8 EVRM vastgelegde recht op lichamelijke integriteit, EHRM 20 maart 2007, *Tysiack v. Poland*.

9 EHRM 10 april 2007, *Evans v. UK*.

lingen kunnen overigens wél tot de vraag leiden of de geboorte de enige grens kan of moet blijven vormen. Tot dusverre heeft het Hof ook geen standpunt hoeven bepalen over de vraag of bijvoorbeeld een zeer vroeg geboren foetus het recht op leven toekomt.

De rechtspraak van de Hoge Raad strookt met de uitleg die het EHRM aan de reikwijdte heeft gegeven. Dat blijkt uit de procedure van die de juristenvereniging Pro Vita heeft aangespannen tegen de abortuspraktijken in Nederland. De vereniging stelde daarbij dat de abortuspraktijk in strijd was met het recht op leven, maar kreeg bij de Hoge Raad nul op het rekest:

*“De in artikel 2 EVRM neergelegde bescherming van het recht op leven gaat in elk geval niet zo ver dat zij de bij het Verdrag aangesloten partijen zou beletten een wettelijke regeling tot stand te brengen, die onder bepaalde voorwaarden afbreking van de zwangerschap toelaat”.*¹⁰

Het recht op leven omvat niet een recht om te sterven. Dat zou een “distortion” van de tekst van artikel 2 zijn, aldus het EHRM.¹¹ Deze bepaling is anders dan veel andere fundamentele rechten ook niet geformuleerd als een vrijheidsrecht. Mag het recht op vrijheid van meningsuiting het recht om zijn mening niet te uiten omvatten – dat geldt niet voor het recht op leven. Evenmin kan uit het recht op leven een *verbod* van – vrijwillige – actieve euthanasie worden afgeleid. Dat strookt met de inhoud van Recommendation 1418 (1999) van het parlement van de Raad van Europa waarin alle “intentional killing” wordt afgewezen, maar waarin een expliciete uitzondering is opgenomen ten aanzien van euthanasie.

Het EHRM heeft overigens wel uit artikel 8 EVRM een beginsel van “personal autonomy” afgeleid; daarop kan een zeker recht op zelfbeschikking worden gebaseerd.¹²

Het recht om een behandeling te weigeren kan als element van het recht op zelfbeschikking worden beschouwd. Daar staat tegenover dat een algemeen verbod van hulp bij zelfdoding geen schending vormt van artikel 8 EVRM, gezien de door de staten in te schatten risico's van onder meer misbruik daarvan.¹³

10 HR 16 juni 1995, NJ 1997, 131.

11 EHRM 29 april 2004, Pretty v. UK.

12 EHRM 29 april 2004, Pretty v. UK.

13 EHRM 29 april 2004, Pretty v. UK.

Het recht op leven omvat niet het recht zich voort te planten. Het recht op leven kan derhalve geen rol spelen bij sterilisaties.¹⁴

1.4 Uitzonderingen

Hierboven is vastgesteld dat artikel 2 EVRM ruimte laat voor een beperkt aantal uitzonderingen op het recht op leven. Deze worden hieronder in kaart gebracht.

1.4.1 Doodstraf

Het eerste lid van artikel 2 EVRM mag ruimte laten voor de doodstraf, twee protocollen bij het EVRM verbieden de doodstraf zowel in vreedstijd¹⁵ als in oorlogstijd.¹⁶ Het EHRM is bovendien van oordeel dat de rechtsontwikkeling ertoe geleid heeft dat de doodstraf in vreedstijd steeds onrechtmatig is, ook los van het eerstgenoemde protocol.¹⁷ Voor Nederland is dat minder belangrijk omdat Nederland beide protocollen heeft geratificeerd waarmee de doodstraf zonder uitzondering is uitgesloten. De Nederlandse Grondwet bevestigt dat (art. 114 Grondwet).

Het praktisch belang van het doodstrafverbod ligt daarom in het bijzonder in het verbod personen uit te leveren of uit te zetten die daardoor het risico lopen de doodstraf opgelegd te krijgen.¹⁸ Deze uitleveringsverboden zijn gebaseerd op een samenstel van artikelen 1 en 2 EVRM. Artikel 1 EVRM moet ruim worden uitgelegd, in die zin dat een verdragsstaat de verplichtingen uit het EVRM moet naleven ten opzichte van degenen die binnen zijn territorium verblijven en daarom onder zijn rechtsmacht vallen, meer in het algemeen ten aanzien van degenen over wie effectieve zeggenschap ("effective control")¹⁹ bestaat. Een verdragsstaat mag niemand in de positie brengen waarin voor zijn leven gevreesd moet worden, bijvoorbeeld indien een verdachte wordt uitgeleverd die de doodstraf kan krijgen.

In de Nederlandse jurisprudentie is dezelfde aanpak zichtbaar. De Hoge Raad moest oordelen over de uitlevering van een Amerikaanse militair die bekende zich in Nederland schuldig te hebben gemaakt aan het doden en in stukken snijden van zijn echtgenote. Voor een dergelijk vergrijp liep hij in Amerika het risico om de doodstraf te krijgen. De Hoge Raad oordeelde

14 Mathieu, p. 21/22.

15 Protocol 6, 28 april 1983.

16 Protocol 13, 2 mei 2002.

17 EHRM 12 maart 2003, *Öcalan v. Turkey*.

18 EHRM 7 juli 1989, *NJ 1990, 158, Soering v. UK*; o.a. ook EHRM 8 november 2005, *Bader a.o. v. Sweden*.

19 EHRM 23 maart 1995 Series A. 310, *Loizidou v. Turkey*.

dat zijn uitlevering onrechtmatig zou zijn in het licht van artikel 1 en artikel 2 EVRM.²⁰

1.4.2 Politiegeweld

Het tweede lid omschrijft een aantal maatregelen van de overheid die slachtoffers tot gevolg kunnen hebben maar onder voorwaarden niet als schending van het recht op leven zijn aan te merken. De overheid mag geweld toepassen "which is no more than absolutely necessary"²¹ ter verdediging van wie ook tegen onrechtmatig geweld, teneinde een rechtmatige arrestatie te bewerkstelligen of ontsnappen te voorkomen, en teneinde in overeenstemming met de wet een oproer of opstand te onderdrukken. Artikel 2 is niet alleen van toepassing indien er daadwerkelijk slachtoffers vallen, maar ook als een maatregel "potentially lethal" was. Dat is bijvoorbeeld het geval indien een politie-actie zestien kogelgaten in een auto oplevert.²² Maatregelen die (net) buiten de reikwijdte van artikel 2 vallen, zullen veelal voor een beoordeling op grond van artikel 3 EVRM in aanmerking komen; dat ziet onder meer op het verbod op foltering en onmenselijke behandeling en bestraffing.²³ De klager dient in beginsel te bewijzen dat de overheid verantwoordelijk is voor de dood van het slachtoffer. Sterk overeenstemmende aanwijzingen zijn overigens voldoende. En indien iemand bijvoorbeeld voor de laatste maal in leven is gezien toen hij gearresteerd werd door de politie, is het eerder aan de overheid een plausibele verklaring te geven voor het overlijden.²⁴ De uitzonderingen in het tweede lid dienen strikt te worden uitgelegd, juist ook omdat het recht op leven een van de meest fundamentele bepa-

20 De strafkamer van de Hoge Raad, die over de toelaatbaarheid van de gevraagde uitlevering heeft te oordelen, stelt daarbij dat de beantwoording van de vraag of een opgeëiste persoon voor zijn leven heeft te vrezen, toekomt aan de minister van Justitie, HR 28 augustus 2007, NJ 2007/457 en verder: HR 17 december 1996, NJ 1997/534. Overigens stond de Hoge Raad oorspronkelijk uitgesproken negatief, zo niet afwijzend, tegenover beroepen op mensenrechtenverdragen in uitleveringsprocedures, zie noot AHJS onder NJ 1991, 249. Op 7 juli 1989 oordeelt het Hof in Straatsburg echter dat het EVRM aan de uitlevering van een persoon in de weg staat, indien deze het risico loopt in de om uitlevering verzoekende Staat onderworpen te worden aan een onmenselijke behandeling of aan een "flagrant denial" van zijn recht op een eerlijk proces. (Soering) De Hoge Raad volgt de redenering van het EHRM niet veel later, HR 30 maart 1990, NJ 1991, 249 (Amerikaanse militair).

21 Deze eis geldt niet alleen voor het gebruik van geweld in eigenlijke zin maar bijvoorbeeld ook voor inrijden met een legervoertuig op een wegversperring, EHRM 28 mei 2002, McShane v. UK.

22 EHRM 20 december 2004, Makaratzis v. Greece.

23 EHRM 27 juni 2000, İlhan v. Turkey.

24 Bijv. EHRM 1 december 2006, Taïs v. France.

lingen is.²⁵ Ook uit de formulering “absolutely necessary” kan opgemaakt worden dat de toetsing of de maatregelen noodzakelijk waren strikt is, strikter dan de noodzakelijkheidstoets van beperkingen onder artikel 8 tot en met 11 EVRM.²⁶ Voor de vraag of aan de eisen van artikel 2 tweede lid is voldaan is een aantal factoren van belang, zo blijkt uit de jurisprudentie. Gaat het om de aanhouding van verdachten, dan is geweldstoepassing alleen acceptabel bij verdachten van bepaalde delicten.²⁷ Het EHRM onderzoekt tevens of een actie een wettig doel heeft, of de planning zorgvuldig is geweest, en of de risico’s dat er “lethal force” gebruikt moest worden tot een minimum zijn teruggebracht.²⁸

Mede om deze redenen achtte het EHRM het doden van drie IRA leden door een Britse anti-terrorisme eenheid in strijd met artikel 2 EVRM. Het was namelijk niet aannemelijk dat op het moment van schieten onmiddellijk een aanslag dreigde en alternatieve maatregelen leken niet of nauwelijks te zijn overwogen.²⁹ Daarentegen achtte het EHRM de toepassing van dodelijk geweld tegen een man die zijn vriendin bedreigde met een jachtgeweer geen schending van artikel 2 EVRM. Daarbij liet het EHRM onder meer meewegen dat eerst getracht was de man te overreden om met de bedreiging op te houden. Ook van belang was het feit dat de politie, die in dit geval onverwachts in actie moest komen, goed geïnstrueerd was.³⁰ Meer in het algemeen dienen de nationale regelingen, waaronder de vuurwapeninstructie van de politie, in essentie de maatstaf onder artikel 2 – en de daarop gebaseerde jurisprudentie – te weerspiegelen.³¹

In dit soort gevallen legt het EHRM de eis dat de geweldstoepassing absoluut noodzakelijk was zo uit, dat de agenten oprecht moesten geloven, en redelijkerwijs moesten kunnen geloven, dat de toepassing van geweld noodzakelijk was. Aan deze eis kan zijn voldaan, ook als achteraf blijkt dat de feiten anders lagen dan de agenten tijdens hun ingrijpen hadden aangenomen, bijvoorbeeld als achteraf blijkt dat het slachtoffer slechts een namaakpistool bij zich had.³²

Ook de Nederlandse rechter onderzoekt of dodelijk politiegeweld voldoet aan de eisen van artikel 2 EVRM. In een procedure ex artikel 12 Sv tegen

25 EHRM 27 september 1995, *McCann and others v. UK* par.147.

26 Strictly proportionate, EHRM 9 oktober 1997, *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*; vgl. J. Schokkenbroek, art. 2 EVRM, in: A.W. Heringa e.a. (red.) *EVRM, rechtspraak & commentaar*,

27 EHRM 26 februari 2006, *Nachova v. Bulgaria*.

28 EHRM 9 okt 1997, *Andronicou and Constantinou v Cyprus*; vgl. EHRM 13 maart 2007, *Huohvanainen v. Finland*.

29 EHRM 27 september 1995, *McCann and others v. UK*.

30 EHRM 9 oktober 1997, *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*.

31 EHRM 27 september 1995, *McCann and others v. UK*.

32 EHRM 17 maart 2005, *Bubbins v. UK*.

de agent die in augustus 2003 iemand neerschoot (Mercatorplein (?)) overwoog het Gerechtshof Amsterdam:

*“Klagers hebben er terecht op gewezen dat de Staat der Nederlanden inbreuk heeft gemaakt op het in artikel 2 EVRM verankerde recht op leven. Deze levensberoving kan desondanks gerechtvaardigd zijn indien zij het gevolg is van het gebruik van geweld dat absoluut noodzakelijk was ter verdediging van wie dan ook tegen onrechtmatig – ander – geweld”.*³³

Indien er een slachtoffer is gevallen als gevolg van het gebruik van geweld door de politie dan dient er een adequaat onderzoek plaats te vinden.³⁴ Dat onderzoek dient aan een viertal eisen te voldoen.³⁵ In de eerste plaats dienen de onderzoekers onafhankelijk te zijn, zowel hiërarchisch, als institutioneel, als praktisch.³⁶ Zo heeft het EHRM Nederland recent veroordeeld wegens een schending van de onderzoeksverplichtingen, omdat het onderzoek op een aantal essentiële punten was uitgevoerd door het korps waartoe ook de politieagenten behoorden die het geweld hadden toegepast.³⁷ In de tweede plaats dient het onderzoek effectief te zijn; het dient onder meer te kunnen leiden tot de identificatie en bestraffing van de verantwoordelijken.³⁸ In de derde plaats dient het onderzoek onverwijld ter hand te worden genomen en voortvarend te worden uitgevoerd. In de vierde plaats dient er enige vorm van openbare controle te zijn en dienen ook de nabestaanden bij het onderzoek te worden betrokken.³⁹ Een mogelijke schending van de onthoudingsplicht brengt met andere woorden een aantal positieve onderzoeksverplichtingen met zich mee.

1.4.3 Militair optreden

De in artikel 1 EVRM omschreven jurisdictie is allereerst territoriaal bepaald.⁴⁰ Bij militair optreden buiten het eigen territorium lijkt artikel 2 EVRM daarom vooral dan van toepassing te kunnen zijn indien er over een bepaald gebied effectieve controle wordt uitgeoefend.⁴¹ Dat zal bij een

33 Hof Amsterdam 23 juni 2004, LJN AU7729, r.o. 5.5.

34 EHRM 27 september 1995, McCann and others v. UK; EHRM 15 maart 2002 Edwards v. UK, EHRM 19 februari 1998, Kaya v. Turkey; EHRM 13 maart 2007, Huohvanainen v. Finland.

35 Schokkenbroek, p. 15.

36 EHRM 15 maart 2002, Edwards v. UK par. 70; EHRM 15 mei 2007, Ramsahai a.o. v. NL.

37 EHRM 15 mei 2007, Ramsahai a.o. v. NL.

38 EHRM 15 maart 2002, Edwards v. UK par. 71.

39 Ook zonder dat ze daar eerst zelf om vragen, EHRM 27 juli 2004, Slimani v. France; EHRM 26 juli 2007, Angelova & Iliev v. Bulgaria.

40 EHRM 12 december 2001, Bankovic & others v. Belgium & other countries.

41 EHRM 23 maart 1995 Series A. 310, Loizidou v. Turkey.

heel scala van militaire acties in beginsel niet het geval zijn. Een goed voorbeeld vormen de bombardementen op doelen in de Federale Republiek Joegoslavië door NATO-landen. Een klacht tegen deze luchtacties was in Straatsburg dan ook niet-ontvankelijk.⁴²

Het gebruik van militair geweld in Joegoslavië (24 maart tot 10 juni 1999) kwam ook aan de orde in een kort-geding procedure die Joegoslavische militairen tegen de Nederlandse Staat aanspanden. De claim van de Joegoslavische militairen was dat de Staat het recht op gezondheid en leven van de Joegoslavische militairen schond of dreigde te schenden.

De Hoge Raad oordeelde dat niet gezegd kon worden dat de militairen onder de "effective control" van de Nederlandse Staat stonden.⁴³

Bij de Nederlandse rechter is artikel 2 EVRM ook in stelling gebracht tegen het voor handen hebben van militaire wapens. De aanwezigheid van atoomwapens stond centraal in de Kruisrakettenzaak.⁴⁴ Toen oordeelde de Hoge Raad dat artikel 2 EVRM er niet aan de weg stond dat de Staat zou meewerken aan de plaatsing van met kernkoppen uitgeruste kruisvluchtwapens.

In beide laatstgenoemde zaken toonde de Hoge Raad zich bewust van "de politieke lading". Hij overwoog dat als uitgangspunt heeft te gelden dat dit soort vorderingen betrekking hebben op het beleid van de Staat op het gebied van buitenlandse politiek en defensie, welk beleid in sterke mate zal afhangen van de politieke afwegingen in verband met de omstandigheden van het geval. Voor de burgerlijke rechter betekent dit grote terughoudendheid bij de beoordeling van de vordering. Het is namelijk niet aan hem om dit soort politieke afwegingen te maken. Op grond van de Straatsburgse jurisprudentie laat zich vooralsnog niet beoordelen hoe groot de beleidsvrijheid in dezen is.

1.5 Positieve verplichtingen

In het voorgaande zijn we al de positieve verplichting van de overheid tegengekomen om adequaat onderzoek te doen, indien er bij optreden van de overheid slachtoffers zijn gevallen. Meer in het algemeen heeft de overheid de verplichting het recht op leven actief te beschermen, onder meer in relaties tussen burgers onderling. Er dienen met andere woorden effectieve wettelijke normen ter bescherming van het recht op leven te zijn en deze dienen ook gehandhaafd te worden. Tegen doelbewuste aantasting van het recht op leven is strafrechtelijk optreden geboden.

42 EHRM 12 december 2001, Bankovic & others v. Belgium & other countries.

43 HR 29 november 2002, NJ 2003/35.

44 HR 10 november 1989, NJ 1991/248 (Kruisraketten).

In andere gevallen zal het civiele recht veelal ook voldoende bescherming kunnen bieden.⁴⁵

Wij onderscheiden hier op grond van de jurisprudentie een aantal specifieke aspecten van de positieve verplichting.

1.5.1 Bedreigde personen

Onder omstandigheden is de overheid verplicht tot "preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual".⁴⁶

De overheid schendt haar positieve verplichting wanneer zij wist van een "real and immediate risk" en zij geen maatregelen heeft genomen waarvan redelijkerwijs verwacht kon worden dat deze het risico af zouden hebben kunnen wenden. Er is niet pas een schending in geval van "gross negligence or wilful disregard".⁴⁷

Deze verplichting gaat overigens niet zover dat de "toevallige" moord door een voor geweldsmisdrijven veroordeelde gevangene met tijdelijk verlof per definitie een schending op zou leveren. In casu kende het Engelse verlofstelsel volgens het EHRM voldoende waarborgen tegen lichtvaardige verlening van dergelijk verlof.⁴⁸

1.5.2 Gezondheidszorg

Het EHRM heeft overwogen dat artikel 2 in het geding kan zijn indien de nationale autoriteiten iemands leven in de waagschaal stellen door hem de medische zorg te onthouden die voor de bevolking in het algemeen wel beschikbaar is.⁴⁹ Uit het in artikel 2 EVRM vastgelegde recht op leven valt overigens niet een recht op gratis gezondheidszorg af te leiden. Het bestaan van een eigen bijdrage, ook voor een medicijn dat letterlijk van levensbelang is, hoeft daarom niet in strijd te komen met enige positieve verplichting.⁵⁰

De jurisprudentie van het EHRM⁵¹ maakt voorts duidelijk dat op de overheid de positieve verplichting rust zeker te stellen dat in ziekenhuizen

45 EHRM 24 oktober 2002, *Mastromatteo v. Italy*; vgl. EHRM 8 juli 2004, *Vo. v. France*.

46 EHRM 28 oktober 1998, *Osman v. UK* par. 115.

47 EHRM 28 oktober 1998, *Osman v. UK* par. 116.

48 EHRM 23 november 1999, *Bromiley v. UK*.

49 EHRM 31 mei 2007, *Makuc and others v. Slovenia*.

50 EHRM 21 maart 2002, *Nitecki v. Poland*. In de betreffende zaak overweegt het Hof bovendien dat een eigen bijdrage evenmin in strijd is met artikel 14 EVRM, nu de overheid bij de publieke financiering van de gezondheidszorg en de verdeling van de schaarse middelen voor moeilijke keuzen staat.

51 EHRM 17 januari 2002, *Calvelli & Ciglio v. Italy*. De zaak betrof een baby die twee dagen na de geboorte was overleden, mogelijk door medische fouten in het ziekenhuis.

en vergelijkbare instellingen het recht op leven niet wordt geschonden. Bovendien dient er een effectief en onafhankelijk juridisch systeem te zijn: “so that the cause of death of patients in the care of the medical profession, whether in the public or the private sector, can be determined and those responsible made accountable”.⁵²

1.5.3 Milieu

In bepaalde gevallen kan milieuvervuiling zodanige risico's opleveren dat de overheid op grond van artikel 2 EVRM een positieve verplichting heeft om in te grijpen en levensbedreigende risico's af te wenden. Dat blijkt uit de zaak *Öneryildiz v. Turkey*.⁵³ Klager woonde in Istanbul in een sloppenwijk in de directe nabijheid van een vuilnisbelt. In 1991 verscheen er een deskundigenrapport dat de autoriteiten wees op het risico van een explosie van uit het rottend afval vrijkomend methaangas. In 1993 deed zich een enorme explosie voor waarbij klager negen familieleden verloor. Het EHRM stelt vast dat er op grond van artikel 2 EVRM een positieve verplichting bestaat om afdoende maatregelen te nemen, indien de autoriteiten kennis hebben van de gevaren. In dit verband spreekt het EHRM over de groeiende gevoeligheid voor milieugevaren en van het bij uitstek bestaan van een positieve verplichting ten aanzien van industriële activiteiten die uit de aard der zaak gevaarlijk zijn zoals de exploitatie van een vuilnisbelt. Het EHRM zal in geval van levensbedreigende omstandigheden bovendien niet snel tot een afweging met andere belangen overgaan. Bovendien eist het EHRM maatregelen van strafrechtelijke aard, indien er van meer dan vergissingen of zorgeloosheid sprake is. Los daarvan dienen wetgeving en bestuur ervoor te zorgen dat industriële activiteiten geen gevaar opleveren voor het recht op leven.⁵⁴

Bij de Nederlandse rechter zijn de vuurwerkcramp in Enschede en de gang van zaken rond de legionellabesmetting op de Westfriese Flora mede in de sleutel van artikel 2 EVRM gezet. Ten aanzien van de beoordeling van de vuurwerkcramp legde de rechtbank een tot op zekere hoogte vergelijkbare maatstaf aan:

“Het uitgangspunt is de wetenschap die de Staat en de gemeente tot op het moment van de ramp bezaten of hadden moeten bezitten. Aansprake-

52 Vgl. EHRM 4 mei 2000 Powell v. UK.

53 EHRM 20 november 2004, *Öneryildiz v. Turkey*; In deze zaak is voorts van belang dat het Hof de geringe sanctie tegen de verantwoordelijke burgemeester onvoldoende acht voor een effectieve rechtsbescherming.

54 Ook dient bijv. een bestaand mijnenveld effectief te worden afgeschermd ter voorkoming van ongelukken, EHRM 12 december 2006, *Pasa & Erkan Erol v. Turkey*.

*lijkheid kan niet worden aangenomen, op de enkele grond dat een risico zich heeft verwezenlijkt, waarvan de overheid op de hoogte was of had moeten zijn. Bepalend is of dat risico dermate groot was, dat daaruit een rechtsplicht voor een overheidsinstelling voortvloeide om maatregelen te nemen ter verkleining van dat risico. Daarbij spelen zowel de aard van de mogelijke effecten als de kans dat deze optreden een rol. En tevens diende de (maatschappelijke) kosten van zodanig optreden te worden afgewogen tegen de voordelen daarvan”.*⁵⁵

De rechtbank oordeelde uiteindelijk dat de Staat niet aansprakelijk gesteld kon worden.

Ten aanzien van de aansprakelijkheid voor de legionellabesmetting knoopte het Gerechtshof uitgebreid aan bij jurisprudentie van het EHRM over artikel 2.⁵⁶ Maar ook in die zaak oordeelt het Hof dat in dit geval de verplichtingen op grond van artikel 2 EVRM niet geschonden zijn. Daarbij is het Hof wel voorzichtig wanneer het gaat om het verwijt dat afdoende preventieve regelgeving ontbrak. Daarover citeert het Gerechtshof het arrest *Waterpakt*⁵⁷ waaruit hij afleidt dat de burgerlijke rechter in zijn algemeenheid geen oordeel toekomt over de onrechtmatigheid van het niet uitvaardigen van wetten in formele zin. Op dat punt zijn bij de doorwerking van artikel 2 EVRM wellicht nog problemen te verwachten.

1.5.4 Gevangenen

Een verhoogde zorgplicht geldt ten aanzien van het leven van gevangenen.⁵⁸ Daarmee is niet gezegd dat de overheid steeds haar rechtsplicht schendt in geval van prematuur overlijden.

In *Keenan v. UK* stond de zelfmoord van een gevangene met medicatie centraal. Het EHRM oordeelde dat artikel 2 niet was geschonden nu de mogelijke schizofrene afwijking net als de onmiddellijke risico's niet duidelijk waren geweest en de reactie van de autoriteiten op het gedrag van de gevangene redelijk waren geweest.⁵⁹ Het oordeel van het EHRM was minder positief in de zaak waarin een gevangene in een cel was gezet met een buitengewoon labiel en agressief persoon en door deze medegevangene was vermoord.⁶⁰

55 Rb Den Haag 24 december 2003, NJ 2004/230.

56 Hof Amsterdam 25 oktober 2007, LJN BB6504, met name 4.8.

57 HR 21 maart 2003, NJ 2003/691.

58 Bijv. EHRM 1 december 2006, *Tais v. France* EHRM 1 december 2006, *Tais v. France*.

59 EHRM 3 april 2001, *Keenan v. UK*.

60 EHRM 15 maart 2002, *Edwards v. UK*.

Bij gevangenen in hongerstaking doet zich een conflict voor tussen het recht om een behandeling te weigeren en de plicht van de overheid het leven van de gevangene te beschermen. In een dergelijk geval is het niet uitgesloten dat dwangvoeding rechtmatig kan zijn.⁶¹

Komt een arrestant te overlijden, mogelijkerwijs door nalatigheid van de politie, dan is wederom adequaat onderzoek geboden. In de Nederlandse jurisprudentie valt te wijzen op de beoordeling van een klaagschrift tegen een besluit van het OM om de politie en/of enkele politieambtenaren niet te vervolgen voor de dood van een arrestant in een Amsterdamse politiecel. Het onderzoek dat daarop volgde stond onder leiding van de Amsterdamse officier van justitie. Het Gerechtshof Amsterdam acht dit onwenselijk, omdat op deze manier ingeboet werd op de eis van onafhankelijkheid. In casu wordt hieraan tegemoet gekomen, omdat het Hof de officier van justitie gelast om een gerechtelijk vooronderzoek te vorderen. Dit gerechtelijke vooronderzoek zal dan tegemoet kunnen komen aan de procedurele verplichtingen die verband houden met artikel 2 EVRM. Meer in het algemeen voegt het Hof daaraan toe:

*“Ten slotte beveelt het Hof het OM aan om een onderzoek naar het overlijden van een burger in overheidshanden in alle gevallen te laten uitvoeren in het kader van een gerechtelijk vooronderzoek, onder verantwoordelijkheid van een rechter-commissaris en onder leiding van een officier van justitie van het Landelijk Parket”.*⁶²

1.6 Besluit

De bescherming geboden door artikel 2 EVRM valt in twee delen uiteen. Enerzijds is ingrijpen van de overheid waarbij slachtoffers (kunnen) vallen slechts bij hoge uitzondering toegestaan. Anderzijds dient de overheid actief maatregelen te treffen om het recht op leven te beschermen. Die bescherming dient zich niet alleen uit te strekken tot het voorkomen en bestraffen van moord en doodslag, maar ook tot de regulering van bijvoorbeeld industriële activiteiten die ernstige risico's met zich mee brengen. Onthoudingsplicht en positieve verplichtingen kunnen overigens niet simpelweg gescheiden worden. Dat blijkt alleen al uit de eis van een deugdelijk onderzoek indien bij ingrijpen van de overheid (onverhoopt) slachtoffers zijn gevallen.

61 Zie ook: Knigge, G., “Dwangvoeding van gedetineerden en de rechten van de mens”, *Sancties* 2003, 77v.

62 Hof Amsterdam 16 februari 2007, LJN AZ8826.

Het EHRM stelt in zijn arresten een Europese minimumnorm vast. Verplicht strafrechtelijk optreden tegen moord, maar ook tegen ernstig in gebreke blijven bij bekende milieugevaren, maakt daar deel van uit. Ten aanzien van abortus en de toekenning van het recht op leven aan een embryo bestaat niet een dergelijke "common ground" in Europa; daarom stelt het EHRM zich in dezen juist terughoudend op.

In de inleiding is reeds opgemerkt dat de Nederlandse rechter geen uitleg zal geven aan artikel 2 EVRM die verder gaat dan die van het EHRM indien die uitleg zou leiden tot het oordeel dat een formele wet buiten toepassing dient te blijven. Dat geldt dus ook op dit specifieke gebied. Meer in het algemeen komt de toepassing van artikel 2 EVRM door de Nederlandse rechter in grote lijnen overeen met de toepassing door het EHRM.

2. Het recht op leven in de constituties van de landen van de Europese Unie: een inventarisatie

2.1 Inleiding

In het merendeel van de grondwetten van de landen van de Europese Unie is het recht op leven op enigerlei wijze opgenomen. De wijze waarop dit recht gestalte is gegeven is echter zeer verschillend. Om enkele voorbeelden te noemen: in de Belgische Grondwet van 1970 spreekt men van het "recht op een menswaardig leven", de constituties van Finland,⁶³ Estland⁶⁴ en Hongarije⁶⁵ van het "recht op leven", terwijl de constitutie van Polen stelt dat de staat "de juridische bescherming van het leven" zal waarborgen.⁶⁶ Een minderheid van de landen van de Europese Unie heeft het recht op leven niet in de Grondwet opgenomen; Frankrijk, Griekenland, Italië, Oostenrijk, Roemenië noch Zweden kennen een dergelijk grondwettelijk recht. Desondanks is het recht veelal wel erkend in de jurisprudentie van de constitutionele hoven en door de implementatie van het EVRM in deze landen. Dit hoofdstuk richt zich echter primair op het grondwettelijk vastgelegde recht op leven.

Ten aanzien van het recht op leven kunnen verschillende formuleringen worden onderscheiden:

- het recht op leven als individueel recht (of het recht op leven gekoppeld aan de integriteit of onschendbaarheid van het lichaam)
- de bescherming van het leven geformuleerd als zorgplicht van de staat
- het verbod van opzettelijke beroving van het leven
- de onschendbaarheid van het menselijk leven
- de erkenning van het leven van de ongeborene
- het recht op een menswaardig leven.⁶⁷

Aan de hand van deze formuleringen kan een nadere indeling worden gemaakt. Zo kan onderscheid worden gemaakt tussen een formele en een materiële benadering van het recht op leven. In de formele benadering

63 Artikel 7 Constitutie van Finland 1999.

64 Artikel 16 Constitutie van Estland 1992.

65 Artikel 54 Constitutie van Hongarije van 1949, in 1989 aangevuld met *Fundamental Amendments to the Constitution*.

66 Artikel 38 Constitutie van Polen 1997.

67 Aan deze opsomming kan worden toegevoegd het verbod op de doodstraf. Oorspronkelijk bestond het recht op leven uit het recht niet van zijn leven te worden beroofd. Dit verbod werd nader gestalte in het strafrechtelijk verbod op moord en het verbod van de doodstraf. De biomedische ingrepen die sinds de twintigste eeuw mogelijk zijn hebben aanleiding gegeven tot fundamentele heroverwegingen van het recht op leven. Tegenwoordig zijn de meest prangende vragen wanneer het leven begint en eindigt en de mate van (zelf)beschikking van het individu over zijn eigen leven of dat van een ander, vanuit het perspectief van wetenschappelijke of medische ingrepen in het menselijk leven. Mathieu, *The Right to Life*, p. 12.

gaat het om een onderscheid tussen de formulering van het recht op leven als vrijheidsrecht enerzijds en als zorgplicht van de staat anderzijds. In de materiële benadering ligt de nadruk op de wijze waarop het recht op leven inhoudelijk gestalte wordt gegeven.

Hieronder volgt een overzicht van het recht op leven in de constituties van de EU-landen, waarbij ervoor is gekozen om de bepalingen – voor zover relevant – volledig weer te geven, om zo enig inzicht te bieden in de diversiteit van de bepalingen.

2.2 Het formele karakter van het recht op leven

2.2.1 Het recht op leven als individueel recht

Een groot aantal constituties erkent het recht op leven, geformuleerd als een recht van het individu, als klassiek grondrecht. Dat geldt in elk geval voor een aantal van de landen die in de jaren negentig van de vorige eeuw een overgang hebben doorgemaakt van een communistisch regime naar een democratische rechtsstaat.⁶⁸ Zo stelt de constitutie van *Estland* (1992) in artikel 16:

“Everyone has the right to life. This right is protected by law. No one shall be arbitrarily deprived of his or her life”.

Vergelijkbare formuleringen treft men aan in de constituties van *Letland* (of *Latvia*, artikel 93 van de constitutie van 1922, in 1998 aangevuld met een hoofdstuk over fundamentele rechten, waarvan dit recht deel uitmaakt), *Litouwen* (artikel 19, constitutie van 1922), *Slowakije* (artikel 15 lid 1, constitutie van 1992) en *Tsjechië* (artikel 1 lid 1, constitutie van 1992). De constitutie van *Hongarije* uit 1949 (vanaf 1989 fundamenteel gewijzigd) spreekt in artikel 54 lid 1 van een “inherent right to life and to human dignity”.

Van de voormalige communistische landen die in de nieuwe constituties het recht op leven hebben erkend, verdient *Bulgarije* aparte vermelding. In de constitutie van Bulgarije uit 1991 is naast het recht op leven ook een ruim geformuleerde opdracht aan de staat neergelegd, om de waardigheid en de rechten van het individu te garanderen en zijn ontwikkeling mogelijk te maken.

68 Over de transformatie van een socialistische naar een democratisch-rechtsstatelijke opvatting van grondrechten, zie: Kahl, W., *Das Grundrechtsverständnis der postsozialistischen Verfassungen Osteuropas, Eine Studie am Beispiel von Polen, Ungarn, Tschechien, Slowakei und Russland*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994.

Artikel 4 van de Constitutie van Bulgarije (1991):

*“(1) The Republic of Bulgaria shall be a state governed by the rule of law. It shall be governed by the Constitution and the laws of the country
(2) The Republic of Bulgaria shall guarantee the life, dignity and rights of the individual and shall create conditions conducive to the free development of the individual and of civil society.
(3) (...)”.*

Artikel 28 van de Constitutie van Bulgarije:

“Everyone shall have the right to life. Any attempt upon a human life shall be punished as a most severe crime”.

Het *Verenigd Koninkrijk* heeft met de aanvaarding van de Human Rights Act 1998, artikel 2 EVRM geïncorporeerd in het Britse stelsel.⁶⁹ Verschillende constituties voegen aan het recht op leven eveneens het recht op lichamelijke integriteit toe. Zo kent de Grundgesetz van de Bondsrepubliek Duitsland uit 1949 naast het supraconstitutionele artikel 1 lid 1 GG “Die Würde des Menschen ist unantastbar”, bovendien in artikel 2 lid 2 GG het recht op leven en lichamelijke integriteit.⁷⁰ De constitutie van *Finland* uit 2000 erkent in artikel 7 lid 1 het recht op leven (in hetzelfde lid aangevuld met het recht op persoonlijke vrijheid, integriteit en zekerheid). Ook de constitutie van *Cyprus* uit 1960 voegt in artikel 7 lid 1 het recht op leven en lichamelijke integriteit samen, evenals de constitutie van *Spanje* uit 1978, waarin bovendien nog het recht op “morele integriteit” in artikel 15 wordt geïncorporeerd.

69 In artikel 1 (1) a Human Rights Act 1998, waarin wordt verwezen naar de artikelen 2 tot en met 12 en 14 van het EVRM.

70 Over het grondrecht dat “Jeder hat das Recht auf Leben”, zie: *Grundgesetz-Kommentar, Band 1, (Präambel bis Art. 20)*, herausgegeben von Ingo von Münch, 3., neubearbeitete Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1985, p. 134-142. Over de aan de mens inherente grondrechten, zie: Geiger, Willi, “Menschenrecht und Menschenbild in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland”, in: *Menschenrecht und Menschenbild in den Verfassungen Schwedens, Deutschlands und Österreichs, Ethische Grundlagen und praktische Folgerungen, Deutsche Sektion der Internationalen Juristen-Kommission*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1983, p. 47.

2.2.2 De bescherming van het leven geformuleerd als zorgplicht van de staat

De bescherming van het leven geformuleerd als zorgplicht van de staat komt men tegen in de constitutie van *Ierland* uit 1937. Artikel 40 lid 3 sub 2 stelt het volgende:

*“The State shall, in particular, by its laws protect as best it may from unjust attack and, in the case of injustice done, vindicate the life, person, good name, and property rights of every citizen”.*⁷¹

In de constitutie van *Polen* uit 1997 is het recht eveneens op een dergelijke manier verwoord. Artikel 38 van de constitutie stelt dat de republiek van Polen de juridische bescherming van het leven van ieder mens zal verzekeren.

In dit verband kan ook artikel 4 lid 2 van de constitutie van *Bulgarije* worden genoemd, dat – zoals eerder opgemerkt – naast een positieve formulering in artikel 28, de statelijke verplichting neerlegt.

2.3 Het materiële karakter van het recht op leven

Bij de constitutionele bepalingen die vallen binnen de materiële benadering van het recht op leven kan opnieuw een nadere onderverdeling worden gemaakt. Zo zijn er constitutionele bepalingen waarbij:

- de menselijke existentie voorop staat (par. 2.3.1);
- het gaat om de bescherming van de fysieke integriteit (par. 2.3.2 en 2.3.3);
- de volledige ontplooiing van de mens bepalend is (par. 2.3.4).

2.3.1 De erkenning van het recht op leven van de ongeborene

De Ierse constitutie van 1937 kent, sinds de toevoeging van het achtste amendement uit 1983, eveneens een bepaling waarin het recht op leven van de ongeborene wordt toegekend:⁷²

Artikel 40

“1. (...)

3.

⁷¹ In 1983 is hier nog aan toegevoegd het Achtste Amendement bij de constitutie, waarin het recht op leven van de ongeborene is erkend. Zie paragraaf 5 van dit hoofdstuk.

⁷² Voor de historische achtergrond van het achtste amendement, zie: John A. Quinlan, “The Right to Life of the Unborn- An Assessment of the Eighth Amendment to the Irish Constitution”, *Brigham Young University Law Review*, 1984, Vol. 1984, issue 3, p. 371-402.

3° The State acknowledges the right to life of the unborn and, with due regard to the equal right to life of the mother, guarantees in its laws to respect, and, as far as practicable, by its laws to defend and vindicate that right.

This subsection shall not limit freedom to travel between the State and another state.

This subsection shall not limit freedom to obtain or make available, in the State, subject to such conditions as may be laid down by law, information relating to services lawfully available in another state”.

Opmerkelijk is dat in 1992 aan dit artikellid twee leden werden toegevoegd (de tweede en derde zin van artikel 40 lid 3 sub 3 van de Constitutie van Ierland). Bij het Veertiende Amendement werd de vrijheid om van Ierland naar een andere staat te reizen neergelegd en daarnaast de vrijheid om in Ierland informatie te vergaren of beschikbaar te stellen die te maken heeft met diensten die rechtmatig in een andere staat worden aangeboden. Hoewel de tekst van het amendement het woord “abortus” niet noemt, was deze bedoeld om inwoners van Ierland in de gelegenheid te stellen informatie over abortus te vergaren (en ook daadwerkelijk abortus te laten verrichten) in andere landen.

Van alle landen van de Europese Unie erkennen verder de constituties van zowel *Tsjechië* als *Slowakije* dat het menselijk leven al voor de geboorte bescherming verdient:⁷³

Artikel 15, lid 1, tweede zin van de Constitutie van Slowakije, 1992:
“Human life is worthy of protection even prior to birth”.

Artikel 6, lid 1, tweede zin van de Constitutie van Tjechië, 1992:
“Human life deserves to be protected already before birth”.

73 Volgens Mathieu moet uit de formulering van het recht op leven in artikel 17 van de Sloveense en artikel 24 van de Portugese Constitutie waarin wordt gesproken van de onschendbaarheid van “human life” eveneens worden afgeleid dat de grondwettelijke bescherming zich mede uitstrekt tot het ongeboren leven. Mathieu, *The Right to Life*, p. 13. Ten aanzien van Portugal, zie ook Mathieu, p. 24. Voorzover het gaat om het leven van het embryo in het constitutionele recht in brede zin (jurisprudentie van de constitutionele hoven inbegrepen) dient het volgende te worden opgemerkt. Zowel in Spanje, Portugal als Italië, maar ook blijkens de rechtspraak in Duitsland en Frankrijk wordt het recht op leven van het embryo erkend. Idem.

2.3.2 Het recht op leven geformuleerd als verbod van opzettelijke levensberoving

In "The *Malta Independence Order*", 1964 is het verbod van opzettelijke levensberoving neergelegd, grotendeels vergelijkbaar met artikel 2 EVRM:

"33. (1) No person shall intentionally be deprived of his life save in execution of the sentence of a court in respect of a criminal offence under the law of Malta of which he has been convicted.

(2) Without prejudice to any liability for a contravention of any other law with respect to the use of force in such cases as are hereinafter mentioned, a person shall not be regarded as having been deprived of his life in contravention of this article if he dies as the result of the use of force to such extent as is reasonably justifiable in the circumstances of the case -

(a) for the defence of any person from violence or for the defence of property;

(b) in order to effect a lawful arrest or to prevent the escape of a person lawfully detained;

(c) for the purpose of suppressing a riot, insurrection or mutiny; or

(d) in order to prevent the commission by that person of a criminal offence, or if he dies as the result of a lawful act of war".

2.3.3 De onschendbaarheid van het menselijk leven

Het recht op leven geformuleerd als onschendbaarheid van het menselijk leven is neergelegd in de constitutie van *Portugal* van 1976 (artikel 24 lid 1) en de constitutie van *Slovenië* uit 1991 (artikel 17). Beide constituties laten hier een verbod op de doodstraf op volgen.

2.3.4 Het recht op een menswaardig leven

Weer een andere formulering treft men aan in de Belgische Grondwet, waar het "recht op een menswaardig leven" wordt geplaatst in het licht van de sociale grondrechten. Hoewel het hierbij strikt genomen om een ander soort grondrecht gaat, vergelijkbaar met artikel 1 en 2 (1) GG, is de relatie die wordt gelegd met de sociale grondrechten zozeer van belang, dat het artikel hier aparte vermelding verdient.

Het recht op een menswaardig leven brengt met zich dat de staat de voorwaarden voor de uitoefening van de sociale, culturele en economische rechten bij wet nader gestalte dient te geven. In de Grondwet zelf vindt een nadere uitwerking van die sociale, culturele en economische rechten plaats.

Artikel 23 van de Grondwet van België, 1970:

“Ieder heeft het recht een menswaardig leven te leiden.

Daartoe waarborgen de wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel, rekeninghoudend met de overeenkomstige plichten, de economische, sociale en culturele rechten, waarvan ze de voorwaarden voor de uitoefening bepalen.

Die rechten omvatten inzonderheid:

- 1° het recht op arbeid en op de vrije keuze van beroepsarbeid in het raam van een algemeen werkgelegenheidsbeleid dat onder meer gericht is op het waarborgen van een zo hoog en stabiel mogelijk werkgelegenheidspeil, het recht op billijke arbeidsvoorwaarden en een billijke beloning, alsmede het recht op informatie, overleg en collectief onderhandelen;*
- 2° het recht op sociale zekerheid, bescherming van de gezondheid en sociale, geneeskundige en juridische bijstand;*
- 3° het recht op een behoorlijke huisvesting;*
- 4° het recht op de bescherming van een gezond leefmilieu;*
- 5° het recht op culturele en maatschappelijke ontplooiing”.*

Gelet op het feit dat het Belgische grondwetsartikel over het recht op een menswaardig leven kenmerken vertoont van zowel klassieke als sociale grondrechten en dit artikel relatief recentelijk in de Grondwet is opgenomen, is het interessant artikel 23 Grondwet nog wat nader te belichten.⁷⁴ Aan de opneming van het artikel is een lange discussie voorafgegaan, die zich in het bijzonder richtte op het opnemen van de sociale grondrechten in de Belgische Grondwet.⁷⁵ Artikel 23 Grondwet bevat drie leden: een algemeen lid waarin naar de menswaardigheid wordt verwezen, een tweede lid dat een opdracht formuleert aan de regelgever en een derde lid

⁷⁴ Artikel 24 *bis*, het huidige artikel 23, is in de Grondwet opgenomen op 31 januari 1994. Maes duidt het aan als een zeer belangrijke gebeurtenis in het leven van de Grondwet: “Niet alleen vanuit juridisch standpunt maar ook gezien de maatschappelijke evolutie en de gerechtvaardigde verwachting terzake. Niet in het minst ook omdat dit het eindpunt betekende van een lang juridisch en politiek denkproces waarin de overwegende teneur lange tijd was dat een dergelijke ideologische bepaling hoegenaamd niet thuishoort in het (concept van) de Belgische Grondwet”. Gunther Maes, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Groningen, Oxford 2003, p. 393.

⁷⁵ Over de discussie zie: in het bijzonder hoofdstuk 8 “Artikel 23 Grondwet: Verankering van de sociale grondrechten in de Belgische Grondwet”. Maes, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*.

als catalogus van sociale rechten. Het eerste lid kan als een soort “matrix-grondrecht” worden gebruikt; dit recht kan in samenhang met andere grondrechten worden aangewend.⁷⁶ Het gebruik van het woord “ieder” brengt tot uitdrukking dat dit grondrecht en de klassieke vrijheidsrechten nauw met elkaar verbonden zijn.

In de concrete rechtspraktijk blijkt door de verschillende Belgische rechterlijke instanties verschillend wordt gedacht over de mate van afdwingbaarheid van het recht.⁷⁷

Zo beschouwt de Raad van State artikel 23 Grondwet niet als een afdwingbaar recht, terwijl het Hof van Cassatie, ten minste impliciet, heeft erkend dat uit dit artikel subjectieve rechten kunnen worden geput. Ook overigens zijn in de rechtspraak meerdere uitspraken te vinden die dit laatste standpunt bevestigen. Voor zover dat het geval is, gaat het steeds om de rechten zoals genoemd in de catalogus van het derde lid.

Volgens Maes impliceert het recht een menswaardig leven te leiden dat ieder grondrecht aan dit recht onderworpen is. “Dit grondrecht is de bron en het doel van alle grondrechten, het overstijgt ze en vat ze samen”.⁷⁸ Dit uitgangspunt geldt voor de klassieke zowel als de sociale grondrechten. Het recht een menswaardig leven te leiden kan bovendien worden gezien “als marginaal toetsingscriterium voor beperkingen op andere grondrechten. Het recht een menswaardig leven te leiden als grondwettelijk materieel criterium waar de beperkingen op grondrechten aan moeten voldoen, rekening houdend met de redelijkheid en proportionaliteit”.⁷⁹

76 Maes, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, p. 410-411.

77 Vgl. hierover opnieuw: Maes, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, p. 444 e.v.

78 Vgl. hierover opnieuw: Maes, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, p. 444 e.v.

79 Vgl. hierover opnieuw: Maes, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, p. 444 e.v.

3. Het recht op leven in de Duitse Grondwet

3.1 Inleiding

De Duitse Grondwet en de Duitse grondrechten moeten worden gezien tegen de achtergrond van de ondergang van de Weimar-republiek en het daarop volgende racistische schrikbewind. De hoogste norm van de Grondwet is de onaantastbaarheid van de menselijke waardigheid (art. 1). Deze norm is onveranderbaar en evenals de grondwettelijke normen ter verdediging van de democratie bedoeld om vergelijkbare ontwikkelingen in de toekomst te voorkomen. Het recht op leven (art. 2 lid 1, eerste zin) is eveneens opgenomen wegens de ervaring met de “massenhaft das Leben von Einzelnen vernichtenden und preisgebenden NS-staats”⁸⁰ of zoals het Bundesverfassungsgericht overwoog, naar aanleiding van het toenmalig “schaamteloos misbruik” van overheidsmacht.⁸¹

De Duitse grondrechten vormen een waardenstelsel dat een zekere hiërarchie kent. Daarbinnen is het recht op onaantastbaarheid van de menselijke waardigheid uiteraard de hoogste norm; het vormt ook de – onaantastbare – kern van ieder ander grondrecht. Het recht op leven heeft in de hiërarchie eveneens een bijzonder hoge rang. Het fysieke bestaan is namelijk in veel opzichten te beschouwen als basis voor de menselijke waardigheid⁸² en vormt de “vitale vooronderstelling” voor alle overige grondrechten.

Deze hoge rang impliceert niet dat er geen uitzonderingen op het recht op leven mogelijk zijn. Zo mag de politie in uitzonderlijke gevallen geweld gebruiken, dat inbreuk kan maken op het recht op leven. Tegelijkertijd valt uit de positie van het recht op leven binnen het grondrechtelijke waardenstelsel op te maken dat de overheid niet alleen een onthoudingsplicht heeft maar ook een “Schutzpflicht” om het recht op leven te beschermen. Onder omstandigheden heeft de overheid zelfs de plicht bepaalde prestaties te leveren, een “Leistungspflicht”.

Hieronder zal eerst de omvang van het Duitse grondrecht op leven worden geanalyseerd; daarin is met name aandacht voor begin en eind van het leven. Vervolgens komen de uitzonderingen aan bod, waaronder de vraag of de overheid onder omstandigheden een door terroristen gekaapt passagiersvliegtuig mag neerschieten. Daarna richt de plicht zich op de Schutzpflicht, die onder meer consequenties heeft voor de abortuswetgeving.

80 Von Münch/Kunig, *Grundgesetzkommentar*, München 2000, p. 154; vgl. B. Pieroth, “Die Grundrechte des Grundgesetzes in der Verfassungstradition”, in: Merten/Papier (hrsg.), *Handbuch der Grundrechte II*, Heidelberg 2006, p. 17v.

81 BVerfG E 18, 112 (117); vgl.: BVerfG E 39, 1 (36).

82 De nauwe samenhang blijkt ook uit het feit dat er – anders dan onder het nationaal-socialisme – niet kan worden gesproken over “lebensunwertes Leben”.

3.2 Reikwijdte

Art. 2 lid 2, eerste zin, Grundgesetz (GG) luidt als volgt:

“Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unverletzlichkeit“.

Het in deze bepaling vastgelegde recht op leven beschermt het fysiek bestaan van de mens tussen begin en eind. De vraag naar de omvang valt derhalve grotendeels samen met de vraag naar het begin en het eind.⁸³ Het leven in de zin van artikel 2 lid 2 GG begint niet pas met de geboorte, maar in beginsel al met de bevruchting. Zelfs het stellen van een extra voorwaarde als de innesteling van de bevruchte eicel is niet in overeenstemming met de jurisprudentie.⁸⁴ Het embryo ontwikkelt zich volgens het Bundesverfassungsgericht niet *tot mens* maar *als mens*.⁸⁵ De redenering dat de ongeborene het recht op bescherming van de menselijke waardigheid toekomt en dus ook het daarmee nauw verbonden recht op leven⁸⁶ leidt tot dezelfde conclusie. De term “Jeder mensch” in artikel 2 lid 1 dekt dus ook het embryo. Dat wijst erop dat het Bundesverfassungsgericht het embryo, en meer in het algemeen de *nasciturus*, als subjectieve drager van rechten ziet. Hoe dat ook zij, het embryo, en meer in het algemeen de ongeborene, komen in elk geval objectiefrechtelijke bescherming toe. Ondanks dit strikte uitgangspunt van het Bundesverfassungsgericht is het in de literatuur omstrede of een embryo in een reageerbuis binnen de bescherming van het grondrecht valt. Deze discussie heeft alles te maken met de vraag naar de toelaatbaarheid van stamcelonderzoek en gentechnologische ingrepen. Daar zou door het gewicht van het fundamentele recht op leven weinig ruimte voor zijn. Voor zover dergelijk onderzoek te beschouwen is als een instrumentalisering van de mensenwaarde van het embryo zou het zelfs zonder meer ontoelaatbaar zijn. Duidelijk is wél dat het recht op leven niet ziet op nog te verwekken leven. Een regeling die de kosten van IVF slechts vergoedde indien het om een echtpaar ging én er gebruik werd gemaakt van eigen zaad en eicel kon daarom volgens het Bundesverfassungsgericht niet aan het grondrecht getoetst worden.⁸⁷

83 Wij gaan niet in op de vraag naar de positie van deels menselijke levensvormen die zouden kunnen ontstaan door modificatie of geleide kruising.

84 Sachs, *Grundgesetzkommentar*, München 2003, p. 145; vgl. Von Münch Kunig a.w. p.49.

85 BVerfG E 88, 203 (251).

86 BVerfG E 88, 203 (251).

87 BVerfG 28 februari 2007, 1 BvR 5/03

Als het eind van het leven wordt over het algemeen de onomkeerbare hersendood beschouwd. Kritiek is mogelijk in zoverre andere lichamelijke functies nog werken; zo beschouwd is het proces van sterven nog niet beëindigd. Daar staat tegenover dat er niet meer gesproken kan worden van een geestelijk-lichamelijk "Lebewesen".

Aan het recht op leven kan geen recht op zelfdoding worden ontleend.⁸⁸ Hoe de staat op zelfdoding moet reageren, hangt van de omvang van de Schutzpflicht af. De algemene handelingsvrijheid, die ook de zelfdoding dekt, heeft daartegenover in beginsel weinig gewicht,⁸⁹ zeker indien het om een geestelijk verward persoon gaat. Bij passieve euthanasie is dat anders; gezien het belang van de vrijheidsrechten voor de persoonlijke autonomie kan de wil van de betrokkene in dat geval voorgaan. Actieve euthanasie is in het Duitse strafrecht verboden.⁹⁰ De argumenten voor het verbod zijn het belang om het dodingstaboe in stand te houden, het gevaar van misbruik en het feit dat er oneigenlijke druk kan worden uitgeoefend.

3.3 Onthoudingsplicht en uitzonderingen

Iedere gewilde of ongewilde doding door de staat vormt een inbreuk op het recht op leven.

Bij een gewilde doding valt bijvoorbeeld te denken aan een politieactie waarbij gericht wordt geschoten om te doden. Het ten uitvoerleggen van de doodstraf is in de Duitse Grondwet expliciet verboden in artikel 102 GG, dat als een species van artikel 2 GG is te beschouwen. Het uitzetten van iemand die kans loopt op de doodstraf valt wél onder artikel 2 GG.

Bij een ongewilde doding valt bijvoorbeeld te denken aan een politieactie waarbij onverhoopt doden vallen of aan het laten ontsnappen van radioactief materiaal waardoor het leven wordt bedreigd of kan worden bedreigd. Uit dat laatste voorbeeld blijkt al dat het recht op leven niet alleen in het geding is indien er doden vallen maar ook wanneer dat risico bestaat.⁹¹ Zo kan het grondrecht ook in het geding zijn wanneer de uitzetting van iemand uit een woning volgens de behandelend arts de kans op een beroerte of een zelfmoord beduidend groter maakt.⁹²

88 Merten, D., "Negative Grundrechte", in: Merten/Papier (hrsg.) *Handbuch der Grundrechte II*, Heidelberg 2006, p. 750.

89 Von Münch/Kunig a.w. p. 50.

90 Kritisch daarover: Kusch, R., "Tabu Sterbehilfe", NJW 2006, p. 261-264.

91 Sachs a.w. p. 160.

92 BVerfG 4 april 1998, 1 BvR 672/98.

Een inbreuk op het recht op leven is niet zonder meer verboden. Dat is opmerkelijk omdat bij een inbreuk niets van het recht op leven over hoeft te blijven. De grondwettelijke “Wesensgehaltsgarantie”, die er op neer komt dat de wetgever een grondrecht niet in de kern mag aantasten is in strikte zin dus niet van toepassing op het recht op leven. Niet iedere inbreuk op het recht op leven is met andere woorden een inbreuk op de menselijke waardigheid.

Een beperking dient aan twee voorwaarden te voldoen.⁹³ Wegens de ernst van een dergelijke beperking dient er een formeel wettelijke grondslag te zijn. In de tweede plaats dient de beperking proportioneel te zijn. Gezien het fundamentele karakter van het grondrecht en de onomkeerbaarheid van een beperking zal dat niet snel het geval zijn. Zo kan alleen de afweer van onwettige aanvallen op belangrijke rechtsgoederen een rechtvaardiging voor een inbreuk vormen. Daarbij hoeft het overigens niet alleen om de redding van mensenlevens te gaan, ook het voorkómen van een verkrachting of een “Putsch” is van voldoende belang. Zijn deze belangen in het geding dan is een inbreuk op het recht op leven nog steeds pas dan aanvaardbaar, indien er geen ander middel meer overblijft. De Grondwet gaat er voorts van uit dat ook defensieve⁹⁴ oorlogsvoering binnen de grenzen van het oorlogsrecht toelaatbaar is.⁹⁵

Deze uitgangspunten kunnen uitgewerkt worden voor toepassing in bepaalde situaties. Zo zal de politie in het algemeen eerst dienen te waarschuwen of waarschuwingsschoten dienen af te vuren alvorens als uitiem middel gericht mag worden geschoten. Uiteraard hangt het van de situatie af of er misschien ook geheel andere maatregelen mogelijk zijn. Van belang in dergelijke gevallen is dat de richtlijnen voor de politie duidelijk zijn.⁹⁶

Het Bundesverfassungsgericht heeft betrekkelijk recent geoordeeld over de door de wetgever gecreëerde mogelijkheid een door terroristen gekaapt passagiersvliegtuig neer te halen, indien het de bedoeling is daarmee een aanslag te plegen.⁹⁷ De vraag of de staat in zo'n geval bewust onschuldigen mag doden omdat het er minder zijn dan het aantal dat de staat hoopt te redden werd door het Bundesverfassungsgericht ontken-

93 Bijv. BVerfG E 49, 89.

94 De aanvalsoorlog is in art. 26 GG verboden.

95 Sachs a.w. p. 172

96 Sachs a.w. p. 182

97 BVerfG 15 februari 2006, 1 BvR 357/05. Zie ook Schenke, W., “Die Verfassungswidrigkeit des par. 14 III LuftSiG”, NJW 2006, 736-739.

nend beantwoord.⁹⁸ De Schutzpflicht ten opzichte van degenen die de staat hoopt te redden, kan nooit zover strekken. Een dergelijke inbreuk op het recht op leven zou in strijd zijn met de menselijke waardigheid omdat de onschuldigen louter object zijn van de maatregel. Het argument dat zij al door de terroristen tot object gemaakt zijn treft geen doel. Een bijkomend argument van het Hof is veeleer pragmatisch van aard. Er bestaat nooit volledige zekerheid over de situatie (aan boord) of over de precieze afloop zonder dat het vliegtuig neergehaald wordt. In een ander interessant arrest heeft Bundesverfassungsgericht zich uitgesproken over het verbod op orgaandonatie door levenden, anders dan door naaste familieleden en andere personen waarmee een bijzondere band bestaat.⁹⁹ Het Hof oordeelde dat er sprake was van een beperking van het recht op leven maar dat deze proportioneel was. De belangen gemoeid met het verbod – het vooropstellen van donatie door overledenen als alternatief, het verzekeren van de vrijwilligheid van donatie door levenden en het tegengaan van orgaanhandel – hadden met andere woorden voldoende gewicht.

3.4 Schutzpflicht

De Staat heeft niet alleen een onthoudingsplicht maar ook een Schutzpflicht.¹⁰⁰ Deze volgt in zijn algemeenheid uit het feit dat de grondrechten niet alleen subjectieve rechten zijn maar het stelsel van grondrechten ook als “Wertsetzender Grundordnung” is te beschouwen. De Schutzpflicht verplicht de staat op ieder gebied “sich schützend und fördernd vor dieses Leben zu stellen”.¹⁰¹ Gezien de samenhang met artikel 1 GG, dient de bescherming voor ieder menselijk wezen in beginsel gelijk te zijn. De hoge waarde van het recht op leven impliceert tevens dat alle staatsorganen gehouden zijn op te treden tegen zowel inbreuken als gevaren. Wel zal er op bepaalde terreinen en onder bepaalde omstandigheden van beoordelingsvrijheid, “Gestaltungsspielraum” en van alternatieven sprake kunnen zijn, zodat de rechterlijke toetsing begrensd kan zijn.¹⁰² Die beleidsvrijheid geldt niet voor het in het algemeen tegengaan van de opzettelijke aantasting van het recht op leven door burgers – moord en doodslag. Deze inbreuken dienen strafrechtelijk gesanctioneerd te zijn.

98 Dat is mogelijk anders indien het om de dreigende vernietiging van de gehele rechtsorde gaat. Vgl. Hirsch, B., “Zum Verbot des Rettungstotschlags”, NJW 2007, 1188-1190.

99 BVerfG 11 augustus 1999, 1 BvR 2181/98.

100 BVerfG E 88, 203.

101 BVerfG E 45, 160 (164).

102 BVerfG E 50, 290 (332).

De plicht van de overheid tot bescherming hoeft overigens niet te betekenen dat de overheid in iedere concrete situatie al het mogelijke moet doen om een moord te voorkomen. Zo is de overheid niet verplicht tegevoet te komen aan de eisen van gijzelnemers, die dreigen een gijzelaar te vermoorden, aldus het Bundesverfassungsgericht.¹⁰³ Een dergelijke norm zou het gedrag van de overheid voor gijzelnemers calculeerbaar maken en zodoende nieuwe gijzelingen kunnen uitlokken. Bovendien is de overheid veelal bezig met alternatieve maatregelen en is de uitkomst – overigens ook bij het toegeven aan de eisen – nooit zeker. Hier zij opgemerkt dat het grote verschil met “het gekaapte vliegtuig” is dat de overheid in dat geval zelf de hand aan de trekker heeft en er dus van strijd met de onthoudingsplicht sprake is.

De Schutzpflicht strekt zich ook uit tot de ongeborene. Het recht op leven en de daarop gebaseerde arresten van het Bundesverfassungsgericht hebben op de regelgeving ten aanzien van abortus een grote impact gehad.¹⁰⁴ Het uitgangspunt is dat er sprake is van een botsing van grondrechten: het recht op leven van de *nasciturus* tegenover het algemene recht op handelsvrijheid en het recht op lichamelijke integriteit van de vrouw. Over het algemeen zal het gewicht van het recht op leven groter zijn, afgezien van gevallen waarin het leven of de gezondheid van de moeder ernstig gevaar loopt, en eventueel als de zwangerschap het gevolg is van een verkrachting. Voor het overige zorgt de bescherming van het recht op leven ervoor dat abortus in beginsel als “Unrecht” is te kwalificeren, en zeker geen vrije keuze is van de vrouw. Desondanks heeft het Bundesverfassungsgerecht geaccepteerd dat er voor een abortus die binnen 12 weken plaatsvindt en waarbij de vrouw “in beraad” is geweest een strafuitsluitingsgrond geldt. Het Bundesverfassungsgericht accepteert dat de wetgever bij het terugdringen van het aantal (illegale) abortussen meer verwacht van het propageren van voorzorgsmaatregelen, van het genoemde beraad, en van het bieden van sociale hulp, dan van strafvervolgning.

Op andere gebieden ziet de Schutzpflicht minder op het voorkomen van directe inbreuken dan op het voorkomen van gevaren. Daarbij is het in het algemeen niet zo dat de overheid voor een risicoloze samenleving hoort te zorgen.¹⁰⁵ Bij het recht op leven kan een relatief klein risico echter al tot ingrijpen nopen.¹⁰⁶ Zo is er bijvoorbeeld een grondwettelijke plicht om de

103 BVerfG E 46, 160 (165)(Schleyer).

104 BVerfG E 88, 203; BVerfG E 39, 1.

105 BVerfG E 45, 51 (61). Het Hof wijst erop dat de mate van waarschijnlijkheid vermenigvuldigd moet worden met de potentiële schade.

106 BVerfG E 49, 89 (141).

mogelijk nadelige effecten van chemische fabrieken of atoomcentrales preventief te controleren.¹⁰⁷ Wel zij herhaald dat de beleidsruimte op bepaalde terreinen groot kan zijn en de rechter soms terughoudend toetst. Zo wees het Bundesverfassungsgericht op het belang van de machtscheiding bij de beoordeling van de vraag of het recht op leven zou nopen tot een verlaging van de maximumsnelheid.¹⁰⁸ Het was evenmin van oordeel dat de overheid haar Schutzpflicht verzaakte bij het tegengaan van de gevaren als gevolg van het gat in de ozonlaag. Dat zou eigenlijk alleen het geval kunnen zijn indien de overheid inactief zou blijven of alleen evident ontoereikende maatregelen zou nemen. Daar was bij dit relatief nieuwe en uiterst complexe probleem geen sprake van.¹⁰⁹

Ook bij de uitvoering van de Schutzpflicht om schade door meeroeken te voorkomen kreeg de wetgever van het Bundesverfassungsgericht een ruime beleidsvrijheid. In dit geval kon het de overheid niet achteraf tegengeworpen worden dat de wetenschappelijke inzichten waren geëvolueerd.¹¹⁰ Onder omstandigheden kan de Schutzpflicht overgaan in een Leistungspflicht. Zo is er een plicht voor de staat te voorkomen dat er een inwoner verhongert. Nu het recht op leven alleen op het naakte bestaan ziet, zal het zogeheten "Sozialstaatsprinzip" in dit soort gevallen overigens al snel een ruimere strekking hebben. Andersoortige "Leistungen" die samenhangen met het recht op leven zijn in het bijzonder te vinden op het gebied van de gezondheidszorg. Zo is er strijd met artikel 21 jo. het Sozialstaatsprinzip indien iemand die lijdt aan een levensbedreigende kwaal geen vergoeding van de wettelijke ziekteverzekering krijgt voor een behandeling die uitzicht op genezing kan bieden of een positieve uitwerking op het ziekteverloop kan hebben.¹¹¹ Bij de beantwoording van de vraag of de wettelijke ziekteverzekering voor een patiënt met een ernstige longziekte ook de ambulante variant van de behandeling moest vergoeden toetste de rechter evenmin marginaal.¹¹² In dergelijke individuele gevallen biedt de zorgplicht de overheid met andere woorden weinig beleidsvrijheid. Dat ligt anders indien het gaat om meer abstracte vragen als de vraag of de overheid voldoende doet aan het voorkomen van kanker of de zeer algemene vraag of de overheid zich voldoende inspanningen getroost om voor een "funktionsfähig Gesundheitssystem" te zorgen.¹¹³

107 Vgl. BVerfG 53, 30 (61).

108 BVerfG 26 oktober 1995, NJW 1996, 651.

109 BVerfG 29 november 1995, NJW 1996, 651.

110 BVerfG 9 februari 1998, 1 BvR 2234/97.

111 BVerfG 6 december 2005, 1 BvR 347/98; dat staat los van een mogelijke financiële grens.

112 BVerfG 22 november 2002, 1 BvR 2234/97.

113 Vgl. Von Münch a.w. p. 69.

3.5 Besluit

Het recht op leven in de Duitse Grondwet heeft een hoge status. Dat blijkt onder meer uit het feit dat het de overheid, vanwege het recht op leven van de passagiers, zelfs verboden is een door terroristen gekaapt vliegtuig neer te schieten. Het grondrecht is in een relatief groot aantal gevallen in het geding. Eén van de redenen is dat de reikwijdte zich ook uitstrekt tot de ongeborene. Nog belangrijker is dat het recht op leven ook positieve verplichtingen voor de overheid met zich mee brengt; de Schutzpflicht kan al in het geding zijn indien er bepaalde risico's optreden. Dat betekent dat bijvoorbeeld ook maatregelen om meeroeken te voorkomen in het licht van het grondrecht beoordeeld kunnen worden. Wel zij opgemerkt dat de overheid in dergelijke gevallen wel de nodige beleidsvrijheid toekomt.

4. Het recht op leven in het Verenigd Koninkrijk

4.1 Inleiding

Het Verenigd Koninkrijk kent geen geschreven Grondwet, en biedt als zodanig geen voor de hand liggend vergelijkingsmateriaal in het onderzoek naar de merites van het opnemen van een recht op leven in de Nederlandse Grondwet. Net als in Nederland, is ook in het Verenigd Koninkrijk artikel 2 EVRM de meest relevante codificatie van het recht op leven. De reikwijdte daarvan is reeds elders uiteengezet.

Toch is de positie van artikel 2 in het Verenigd Koninkrijk op een aantal punten anders dan in Nederland. Twee punten verdienen in dit verband aandacht. Allereerst de formele positie van het EVRM als geheel. Het Verenigd Koninkrijk kent een dualistische verhouding met het internationale recht, waar de Nederlandse rechtsorde ten opzichte van artikel 2 EVRM een monistische verhouding heeft. Dit betekent dat het EVRM "getransformeerd" moest worden, om rechtstreeks te kunnen worden ingeroepen. Deze transformatiewet is de Human Rights Act 1998 (HRA 1998) geworden. De discussie rondom deze wet ging in op de positie van de mensenrechten in de nationale rechtsorde, maar besteedde ook aandacht aan de rol van de rechter ten opzichte van de wetgever. Men vreesde door het relatief algemeen geformuleerde EVRM de rechter een legitimatie te verschaffen zich onder het mom van de mensenrechtenbescherming steeds indringender met politieke besluitvorming te bemoeien; een als onwenselijk beoordeelde ontwikkeling. Een vergelijkbare discussie speelt in Nederland ook ten aanzien van de positie van 120 Grondwet. Het is daarom interessant om de in het Verenigd Koninkrijk gekozen oplossing op dit punt te bezien.

Het tweede punt van vergelijking betreft de specifieke betekenis van artikel 2 EVRM in de rechtspraak. Het is opvallend dat een zoektocht naar jurisprudentie waarin met zoveel woorden gerefereerd wordt aan dit artikel veel meer vindplaatsen oplevert dan bij een gelijke inventarisatie voor Nederland het geval is. Terwijl een rechtstreeks beroep op dit artikel in Nederland al veel langer mogelijk is.¹¹⁴

114 De HRA 1998 trad per 2 oktober 2000 in werking.

Bij de inventarisatie van Engelse jurisprudentie op basis van artikel 2 EVRM is niet gestreefd naar volledigheid. Het doel is slechts een korte indruk te geven, en daarbij te bezien of de Britse rechter zich met een beroep op artikel 2 EVRM inderdaad (meer) mengt in politieke afwegingen. En daarbij kan ook de vraag gesteld worden of de Britse rechter in zijn interpretatie verder gaat dan het EHRM. De Nederlandse rechter heeft – zoals gezegd – aangegeven dat niet te doen wanneer een formele wet in het geding is, omdat artikel 120 Grondwet hem dat verbiedt. De Britse rechter kent een dergelijk toetsingsverbod in principe niet.

4.2 De Human Rights Act 1998

Het Verenigd Koninkrijk ratificeerde het EVRM in 1951 en is ook partij bij de protocollen die de doodstraf verbieden in oorlogs- en vreedstijd. Het EVRM maakte evenwel lange tijd geen deel uit van de nationale rechtsorde, omdat de verdragsbepalingen niet werden omgezet in nationale wetgeving. Het was dus niet mogelijk om rechtstreeks een beroep te doen op de rechten uit het EVRM. Desondanks speelde het verdrag al wel een bescheiden rol in de jurisprudentie, bijvoorbeeld in gevallen waarin wetgeving onduidelijk was. De rechter redeneerde dan dat hij er vanuit mocht gaan dat de wetgever geen wetten had willen maken die in strijd zouden zijn met het EVRM, en op basis van dit uitgangspunt interpreteerde hij de wet uiteindelijk verdragsconform. Ook leidden veroordelingen in Straatsburg¹¹⁵ regelmatig tot wijziging van wetgeving. Een van de redenen waarom het EVRM niet meteen werd omgezet in eigen wetgeving, was de weerstand die een geschreven grondrechten-catalogus van oudsher oproep. In de woorden van John Major: “We need no Bill of Rights, because we have freedom”. Die weerstand is echter gesleten, en vervangen door de *Bringing Rights Home*-beweging. (Jack Straw presenteerde in December 1996 een Consultation Paper onder die titel).¹¹⁶ Uiteindelijk mondde deze beweging uit in de HRA 1998, waarmee het EVRM formeel onderdeel werd van de eigen nationale rechtsorde. De HRA 1998 maakt het EVRM op een aantal manieren meer relevant voor de Britse rechter. In de eerste plaats zijn alle rechters verplicht het EVRM voorrang te geven boven nationaal recht (ook common law), en daarbij acht te slaan op de jurisprudentie uit Straatsburg. Ze zijn in strikte zin niet verplicht de uitspraken te volgen, het zijn geen “binding precedents”.

115 Het Verenigd Koninkrijk erkende het individuele klachtrecht in 1966.

116 Zie verder: Wadham, J., & Mountfield, H., *Human Rights Act 1998*, London: Blackstone Press, 2004, hfdst 1 en Jowell, J., & Olivier, D., *The changing constitution*, Oxford: University Press, 2004, hfdst. 3

Deze verplichting tot voorrang leidt slechts uitzondering wanneer het om "primary legislation" gaat, of om "provisions made under primary legislation". De HRA definieert zelf welke wetgevingsproducten met "primary legislation" bedoeld zijn: in hoofdzaak "Acts of Parliament". Het EVRM heeft weliswaar geen voorrang op deze wetgeving, maar de regels moeten waar mogelijk wel verdragsconform worden geïnterpreteerd. Als dat niet meer mogelijk is kunnen verschillende hogere rechters een zogenaamde "declaration of incompatibility" afgeven. De rechter blijft dan wel verplicht om de met het EVRM strijdige wet toe te passen, maar via een snelle procedure (de minister is dan bevoegd) kan de wet zelf aangepast en in overeenstemming met het EVRM gebracht worden. Overigens bestaan er onder de HRA 1998 ook verplichtingen voor de wetgever om zich pro-actief op te stellen. Zo is een minister verplicht om bij elk wetsvoorstel aandacht te besteden aan de eisen van het EVRM, en er bestaat een "Joint Parliamentary Committee on Human Rights" die onder andere actief uitspraken van het EHRM analyseert en de regering be vraagt over de mogelijke consequenties daarvan voor wetgeving.

In de tweede plaats zijn "public authorities" onder de HRA 1998 verplicht om hun handelen te conformeren aan het EVRM. Burgers kunnen dit laten beoordelen door een rechter. Ook hier is een compromis gevonden met de positie van het parlement. Dat is (voor verreweg het grootste gedeelte van zijn bevoegdheden) geen public authority en rechters mogen geen primary legislation buiten toepassing laten over de band van overheidshandelen. Een public authority handelt niet onrechtmatig wanneer bijvoorbeeld een Act of Parliament geen andere keuze liet.

Uiteindelijk is de rechter dus niet bevoegd om met het EVRM strijdige primary legislation buiten toepassing te laten, wanneer conforme interpretatie niet meer mogelijk is. Maar de rechter kan wel toetsen aan het EVRM en middels een declaration of incompatibility duidelijk maken dat bepaalde wetgeving niet door de beugel kan. Dan blijft het parlement bevoegd om de declaration te "overrulen", en de rechter is verplicht de betrokken wet te blijven toepassen. Maar het is natuurlijk nog wel mogelijk om tot in Straatsburg te procederen, en een declaration of incompatibility zal in dat geval de positie van een Britse klager niet verzwakken. Uit een overzicht van het "Department for Constitutional Affairs" blijkt dan ook dat alle 13 afgegeven en onherroepelijk geworden declarations opgevolgd zijn door wetgeving, of dat nog onderzocht wordt hoe de

wetgeving gewijzigd moet worden.¹¹⁷ Artikel 2 EVRM is (nog) geen enkele keer aanleiding geweest voor een declaration of incompatibility. Dat wil echter niet zeggen dat al het geldende recht reeds geheel in overeenstemming was met artikel 2, maar wel dat de rechter steeds in staat is geweest om binnen zijn bevoegdheden de eisen van dit artikel te incorporeren – voor zover dat naar zijn inzicht noodzakelijk was.

4.3 *Jurisprudentie op basis van artikel 2 EVRM*

Rond de inwerkingtreding van de HRA 1998, en daarmee de positie van artikel 2, werd in de literatuur verwacht dat de eisen voor het gebruik van dodelijk geweld herziening behoeften. Het geldende criterium was een “reasonable” gebruik van geweld, en deze “reasonableness” moest beoordeeld worden aan de hand van de informatie die de gebruiker van het geweld “honestly believed to exist”. Dit is primair een subjectieve test, terwijl de eisen van artikel 2 EVRM objectiever zouden zijn: het gebruikte geweld moet getoetst worden aan de vraag of het absoluut noodzakelijk was (deze mate van) geweld te gebruiken.¹¹⁸ De rechtspraak heeft zich echter op het standpunt gesteld dat de nationale eisen die aan dodelijk overheids geweld worden gesteld min of meer samenvallen met de eisen van artikel 2.¹¹⁹ Dit werd duidelijk in een zaak waarin een dodelijk slachtoffer van politiegeweld te betreuren was, die een sigarettenaansteker herhaaldelijk op agenten gericht had. In het onderzoek naar de omstandigheden, in het Verenigd Koninkrijk van oudsher een aangelegenheid van de zogenaamde “Coroner”, had de betrokken Coroner de jury op de gebruikelijke wijze geïnstrueerd. Daarbij had zij de juryleden meegegeven dat voor het oordeel “lawful killing” de “reasonableness of the honest view” van de betrokken agent moest worden beoordeeld. Hiertegen is geprocedeerd, onder andere op de grond dat deze instructie voor de jury

117 Department for Constitutional Affairs : www.dca.gov.uk. Het overzicht is bijgewerkt tot 1 augustus 2006. Zes declarations of incompatibility werden overruled door hogere rechters, waarvan vier door het House of Lords. De Britse regering heeft deze informatie in Straatsburg gebruikt om te betogen dat het verkrijgen van een “declaration of incompatibility” een nationaal rechtsmiddel is dat eerst moet worden beproefd alvorens een zaak pas ontvankelijk kan zijn. (art. 35 EVRM) Het EHRM constateerde echter dat er geen *verplichting* bestaat om de betrokken wetgeving aan te pakken. De stelling van de Britse regering dat dit feitelijk altijd gebeurde, was volgens het EHRM op onvoldoende feiten gebaseerd. Maar “it is possible that at some future date evidence of a long-standing and established practice of ministers giving effect to the courts’ declarations of incompatibility might be sufficient to persuade the Court of the effectiveness of the procedure. At the present time, however, there is insufficient material on which to base such a finding”. EHRM 12 december 2006, *Burden vs. UK*.

118 Wadham, J. & Mountfield, H., *Human Rights Act 1998*, London: Blackstone Press, 2000 (2nd ed.) p. 71

119 Department for Constitutional Affairs, *A Guide to the Human Rights Act 1998: third edition*, (oktober 2006), p. 14. (Geraadpleegd via www.dca.gov.uk).

geen recht deed aan artikel 2 EVRM, dat gebruik van geweld immers alleen accepteert wanneer dit absoluut noodzakelijk was. Het "High Court" dat over deze zaak moest oordelen, constateerde echter geen strijd tussen het nationale recht en de eisen van het EVRM. Enerzijds volgde dit uit een nauwkeurige analyse van de jurisprudentie van het EHRM. In de zaak McCann was het Verenigd Koninkrijk weliswaar veroordeeld, maar bij nauwkeurige analyse van deze uitspraak bleek het EHRM het Engelse criterium als zodanig te accepteren. Dit wordt verder nog ondersteund door latere jurisprudentie van het EHRM, waaronder *Bubbins v. UK* (hierboven verder uitgewerkt). Anderzijds, los van wat het EHRM oordeelt, van strijd met het EVRM kan geen sprake zijn:

*"If any officer reasonably decides that he must use lethal force, it will inevitably be because it is absolutely necessary to do so. To kill when it is not absolutely necessary to do so is surely to act unreasonably. Thus, the reasonableness test does not in truth differ from the Article 2 test as applied in McCann".*¹²⁰

Een vergelijkbare kwestie speelde rondom de anonimiteit van getuigen. Het onder Common Law relevante criterium daarvoor is de "fairness to witness". Ook de toetsing aan dat criterium is in beginsel subjectief: het vertrekpunt ligt bij de angst die een getuige voelt. Angst kan veroorzaakt worden door de psychologische achtergrond van de potentiële getuige. Bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van anonieme getuigen kan artikel 2 EVRM in beeld komen. Dat artikel eist namelijk dat niemand aan "real and immediate" levensgevaar mag worden blootgesteld (*Osman*), en die eis moet naar de feiten getoetst worden. Ook hier zijn de objectieve en de subjectieve invalshoek inmiddels geïntegreerd. Het House of Lords oordeelde dat het gebruikelijke "fairness to witness"-criterium moest worden aangevuld met een objectieve beoordeling van de vraag of het getuigen een "real and immediate" levensgevaar met zich meebracht.¹²¹ Artikel 2 EVRM wordt in het Verenigd Koninkrijk ook gebruikt bij de beoordeling van medisch handelen. Zo is geoordeeld dat artikel 2 niet verbiedt om medische zorg te beëindigen, wanneer die zorg neerkomt op het rekken van een vegetatieve staat van een patiënt.¹²² Artikel 2 verbod

120 *Regina (Bennet) v. HM Coroner for Inner South London and others* [2006] EWHC 196. In hoger beroep is dit oordeel niet meer betwist: *Regina (Benett) v HM Coroner for Inner South London and others* [2007] EWCA Civ 617.

121 *In re Officer L and others* [2007] UKHL 36.

122 *NHS Trust A v. M* [2001] 2 WLR 942.

verder niet een operatie om een Siamese tweeling van elkaar te scheiden, hoewel duidelijk was dat een van beiden het leven zou laten. Het “Court of Appeal” accepteerde de keuze om te opereren.¹²³ Het medisch ingrijpen was uiteindelijk niet gericht op het beëindigen van het leven van de een, maar op het redden van dat van de ander.

Artikel 2 EVRM eist, zoals gezegd, dat er onderzoek gedaan wordt naar sterfgevallen die (mogelijk) onder het bereik van dit artikel vallen. Dit onderzoek moet onder andere effectief en onafhankelijk zijn, maar ook de nabestaanden moeten erbij betrokken worden.

Dit kan in sommige gevallen betekenen dat de nabestaanden recht hebben op een vorm van rechtsbijstand.¹²⁴ Een onderzoek onder artikel 2 EVRM moet tot op zekere hoogte ook openbaar zijn. Sinds de inwerking-treding van de HRA 1998 is het de vraag of onderzoeken uitgevoerd door de Coroner voldoen aan de eisen van artikel 2, althans, of de procedure bij de Coroner volstaat bij het voldoen aan de verdragsverplichtingen. In de procedures die daarover gevoerd werden, leek het Court of Appeal niet bereid om de volle consequenties van artikel 2 te aanvaarden.¹²⁵ De eisen van artikel 2 EVRM ten aanzien van openbaarheid en familieparticipatie hoefden niet altijd even strikt geïnterpreteerd te worden. Het Court of Appeal vond daarbij dat ze binnen de ruimte bleef die de jurisprudentie uit Straatsburg de nationale instanties liet. Het “House of Lords” heeft deze beslissing echter overruled, en de wetgeving voor Coroners opnieuw (en ruimer) geïnterpreteerd, met het doel daarmee de procedure bij de Coroner in overeenstemming met het EVRM te brengen.¹²⁶

Dat het Verenigd Koninkrijk zijn onderzoeken naar verdachte sterfgevallen voor de inwerkingtreding van de HRA 1998 niet op orde had, is een en ander maal gebleken uit de veroordelingen in Straatsburg. Een van die zaken was aangespannen door Jonathan McKerr, wiens vader in Noord-Ierland in 1982 werd doodgeschoten door de “Royal Ulster Constabulary”. Er was wel onderzoek gedaan, maar het EHRM oordeelde in 2001 toch dat dit onderzoek niet voldeed aan de eisen van artikel 2 (McKerr v. Verenigd Koninkrijk, maart 2001). McKerr kreeg een schadevergoeding toegekend, die werd uitgekeerd door de Britse regering, maar aanvullend onderzoek werd er niet meer gedaan. Met de inwerkingtreding van de HRA 1998 probeerde McKerr het opnieuw, stellende dat het Verenigd Koninkrijk nog steeds in strijd handelde met artikel 2. Lagere rechters volgden hem

123 *In re A (Conjoined Twins)* [2001] 2 WLR 480.

124 *Regina (Khan) v. Secretary of State for Health* [2003] EWCA Civ 1129

125 *Regina (Middleton) v. HM Coroner for Western Somerset* [2002] EWCA Civ 390

126 *Regina (Middleton) v. HM Coroner for Western Somerset* [2004] UKHL 10

in die stelling, maar het House of Lords bepaalde dat de HRA 1998 niet van toepassing is op onderzoeken die “getriggerd” zijn door incidenten van voor 2 oktober 2000.¹²⁷ Ook andere nabestaanden van slachtoffers van overheidsoptreden in Noord-Ierland zijn bij de rechter inmiddels op deze grens gestuit.¹²⁸

Dit gold niet voor zes nabestaanden van Iraakse slachtoffers van het optreden van het Verenigd Koninkrijk in Irak kregen. De dood van de slachtoffers dateerde immers van na 2000. De nabestaanden eisten van de minister dat hij aansprakelijkheid zou erkennen en dat hij een onderzoek zou gelasten naar de omstandigheden waarin hun verwanten waren omgekomen. De nabestaanden zochten voor hun eis steun in artikel 2 EVRM, en wezen er daarbij op het EHRM het begrip jurisdictie in artikel 1 EVRM niet volledig territoriaal invult. Ook effectieve controle over een bepaald gebied kan de verdragsverplichtingen activeren.

De zaak is uiteindelijk door het House of Lords beslecht.¹²⁹ Daarbij speelde onder andere de vraag of de HRA 1998 wel werking kan hebben buiten het Verenigd Koninkrijk. Artikel 1 EVRM is namelijk in deze Act niet opgenomen. In het House of Lords zocht een meerderheid aansluiting bij de doelstelling van de HRA 1998: het thuis brengen van de mensenrechtenbescherming. Vanuit dat oogpunt zou het onwenselijk zijn, als het nog altijd mogelijk bleef dat iemand waarvan min of meer duidelijk is dat zijn claim in Straatsburg succesvol zou zijn, bij de nationale rechter geen zaak zou hebben. Artikel 2 EVRM werd uiteindelijk gelezen in relatie tot wat het EHRM opmerkt over artikel 1 EVRM. Op een dergelijke manier werden de “public authorities” in Irak toch onder de werking van het EVRM gebracht. Dusdoende, oordeelde het House of Lords dat vijf van de zes slachtoffers zich bij hun overlijden niet onder de effectieve controle van het Verenigd Koninkrijk bevonden. Dat gold wel voor het zesde slachtoffer, dat omkwam terwijl hij door het Britse leger gevangen werd gehouden. In zijn geval oordeelde het House of Lords dat het Verenigd Koninkrijk wel verdragverplichtingen jegens het slachtoffer en dus ook de nabestaanden had, met name de onderzoeksverplichting ex artikel 2 EVRM. Overigens is in het House of Lords bij deze zaak ook gereflecteerd op de verhouding met het EHRM. Als uitgangspunt stelde het House of Lords:

127 *In re McKerr* [2004] UKHL (NI) 12

128 *Police service of Northern Ireland v. Owen McCaughey & Pat Grew* [2005] NICA 1

129 *Regina (Al-Skeini and others) v. Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 26

“since it was the function of the European Court of Human Rights to give the definitive interpretation of the Convention, domestic courts should not construe article 1 as having any wider reach than that established by the existing jurisprudence of that court”.

In deze specifieke zaak leverde de vraag naar de precieze lijn van het EHRM nog wel discussie op, omdat er tegenstrijdige geluiden uit Straatsburg zouden komen. Men besloot uit te gaan van “the established case law of the Grand Chamber which was to be regarded as authoritative”. De vraag naar de jurisdictie van het Verenigd Koninkrijk speelt geen rol in de zaak die zes andere nabestaanden van slachtoffers van de Irak-oorlog aanspannen. Zij zijn namelijk nabestaanden van Britse militairen. Ook zij vragen de rechter te oordelen over de onderzoeksverplichtingen onder artikel 2 EVRM, en dan met name die ten aanzien van de vraag of het Verenigd Koninkrijk het recht op leven van zijn militairen geschonden heeft door hen naar Irak te sturen om een onrechtmatige oorlog uit te vechten. In eerste aanleg¹³⁰ kregen de eisers nul op het rekest. Hun motieven kwamen – volgens het High Court – feitelijk neer op het ter verantwoording roepen van Blair zelf. Dat is echter een zaak die “essentially belongs to Parliament” en zou overigens neerkomen op een “over generous application of the HRA 1998”. Twee moeders zetten de procedure voort, waarvan de bekendste inmiddels Rose Gentle is. Haar zoon sneuvelde toen zijn voertuig door een berm bom werd opgeblazen. Het Court of Appeal accepteerde het hoger beroep en deed eind 2006 uitspraak.¹³¹

De moeders hadden hun eis inmiddels gepreciseerd tot een onderzoek naar de vraag of “the government took reasonable steps to be satisfied that the invasion of Iraq was lawful under the principles of public international law”. De precieze omstandigheden waaronder Gentle was omgekomen spelen dus geen rol. Voor zover die niet al bekend zijn, zijn ze voorwerp van een aparte procedure bij een Coroner.¹³²

130 Regina (Rose Gentle and others) v. the Prime Minister and others [2005] EWHC 3119 (Admin) QBD (Admin)

131 Regina (Gentle and Clarke) v. the Prime Minister and others [2006] EWCA 1690 (Civ)

132 Die overigens op 8 november 2007 oordeelde dat de dood van Gentle gekwalificeerd kon worden als “unlawful killing”. Gentle zou waarschijnlijk niet zijn gedood als het leger niet had verzuimd elektronische apparatuur op zijn voertuig aan te brengen waarmee die de signalen stoorde waarmee van afstand bommen tot ontploffing worden gebracht. Deze apparatuur was al wel in Irak aanwezig, maar de eenheid van Gentle was er door een communicatiestoornis nog niet mee uitgerust.

Het Court of Appeal constateerde allereerst dat artikel 2 EVRM een afdwingbaar recht op een onderzoek geeft wanneer er (vermoedelijk) sprake is van een inhoudelijke schending van artikel 2 zelf. Dat betekent dus dat artikel 2 moet eisen dat het Verenigd Koninkrijk zich er voldoende van vergewist of het zijn soldaten niet inzet bij onrechtmatige militaire operaties. Pas wanneer vaststaat dat die verplichting bestaat, kan de vraag aan de orde komen of de nabestaanden van de militairen eventueel recht hebben op een onderzoek naar de mogelijke schending van die materiële verplichting. Het Court of Appeal is van mening dat artikel 2 niet eist dat het Verenigd Koninkrijk zich vooraf van de rechtmatigheid van een oorlog verzekert, en dat er dus ook geen recht kan bestaan op een onderzoek naar een eventuele schending van die eis. Een van de centrale argumenten in de redenering van het Court of Appeal is dat er eigenlijk geen zinvol onderscheid gemaakt kan worden tussen het beoordelen van de rechtmatigheid van de oorlog enerzijds en de politieke wenselijkheid en de militaire mogelijkheden anderzijds. Het is niet mogelijk om een "clinical point of law" te isoleren in de totale afweging in zaken van oorlog en dus zal een onderzoek naar de rechtmatigheid van de oorlog noodzakelijk verweven raken met "matters of policy, which are essentially matters for the executive and not the courts". Het Court of Appeal wees de eis van Rose Gentle dan ook niet toe. Inmiddels heeft zij een beroep gedaan op het House of Lords, dat in juni 2007 oordeelde haar zaak opnieuw te zullen bekijken. Dit is voorzien voor begin 2008.

4.4 Besluit

Het recht op leven is via de HRA 1998 onderdeel geworden van de rechtsorde van het Verenigd Koninkrijk. Men vreesde voor (te veel) politieke inmenging van de rechter, en daarom werd de rol van de rechter ten aanzien van het parlement beperkt tot het afgeven van declarations of incompatibility. Uit de korte bloemlezing van de jurisprudentie volgt dat de rechters hun taak om de mensenrechtenbescherming ten aanzien van het recht op leven "thuis te brengen" hebben opgepakt. Op verschillende punten heeft artikel 2 EVRM het geldende recht veranderd. Waar het recht op leven betrokken raakt op politiek gevoeligere zaken, hebben de rechters blij gegeven zich bewust te zijn van de grenzen van hun rechtsprekende functie.¹³³ De jurisprudentie op basis van artikel 2 EVRM illustreert verder de opstelling van de nationale rechters ten opzichte van het EHRM. De casus rondom de eisen die gesteld moeten worden aan het

¹³³ Wadham, J., & Mountfield, H., *Human Rights Act 1998*, London: Blackstone Press, 2004, p. 11.

gebruik van dodelijk politiegeweld illustreert de intensieve wijze waarop de jurisprudentie uit Straatsburg geanalyseerd en betrokken wordt op nationaal recht. De zaak van de bedreigde getuige voegt daar een voorbeeld bij van een geval waarin het Court of Appeal minder ver wilde gaan dan het EHRM, maar het House of Lords corrigeerde dit met een herinterpretatie van een nationale wet waarbij tegemoet gekomen werd aan de eisen uit Straatsburg. Het House of Lords stelt zich namelijk op het standpunt – zoals bijvoorbeeld blijkt uit de zaak van de nabestaanden van Iraakse slachtoffers – dat het doel van de HRA 1998 is om te voorkomen dat men in Straatsburg een zaak zou hebben die onder nationaal recht niet voor een nationale rechter gebracht kan worden. In diezelfde zaak oordeelden de “Lawlords” ook dat zij de bij de interpretatie van artikel 1 EVRM in principe niet verder wilden dan de vaste lijn in Straatsburg.

5. De Nederlandse Grondwet – een karakterisering

5.1 Karakterisering van de Grondwet in het algemeen

De afgelopen eeuw is met enige regelmaat een discussie gevoerd over het karakter en de waarde van de Grondwet.¹³⁴ In het begin van de twintigste eeuw spitste de kritiek zich vooral toe op de rigiditeit van onze basiswet. Door de bijzonder lastige wijzigingsprocedure en het ontbreken van de mogelijkheid formele wetten te toetsen, zou de Grondwet in de weg staan aan de rechtsontwikkeling.¹³⁵ Vanaf de jaren zestig werd het geloof in een “normative Verfassung” sterk gerelativeerd. Met name Van der Hoeven benadrukte dat de ontwikkeling van de constitutionele instellingen zelf de ontwikkeling van het constitutionele recht bepaalde en niet andersom. Het recht wordt gevormd in de onderlinge relaties tussen de staatsinstellingen. De Grondwet kan de bestaande verhoudingen slechts registreren, maar in geen geval beïnvloeden.¹³⁶

Eén van de doelstellingen bij de algehele grondwetswijziging van 1983 was te komen tot een zogenaamde “deconstitutionalisering”.¹³⁷ Daarnaast was het bovendien de bedoeling tot een modernisering van de Grondwet te komen en een aantal inhoudelijke wijzigingen aan te brengen. Zo zijn de bepalingen over de grondrechten aangevuld en uitgebreid en zijn bovendien een aantal sociale grondrechten in het eerste hoofdstuk opgenomen. Ook heeft de grondwetgever zich in positieve zin uitgesproken over het leerstuk van horizontale werking van grondrechten.¹³⁸

134 Vgl. Krabbe, H., “De heerschappij der Grondwet”, *De Gids*, 1906, 4^e deel, p. 371-407; Savornin Lohman, B.C. de, “Over het begrip Grondwet”, (oratie Universiteit Utrecht, 1912); Struycken, A.A.H., “De Grondwet, haar karakter en waarde”, 1914, Rijpperda Wierdsma, J.V., *De Grondwet in onze tijd*, (oratie Leiden, 1948, p. 17).

135 Vgl. hierover: Peters, J., “Wie beschermt onze Grondwet?”, oratie Universiteit van Amsterdam 2003, p.

136 Zie: Meuwissen, D.H.M., “Voorwoord”, p. xviii-xix, tot *Grondwet en Grondwetsherziening*, Tekstverzameling, samengesteld door: P.W.C. Akkermans, P.J. Boukema en D.H.M. Meuwissen, Zwolle 1984.

137 Hieronder werd verstaan (a) het schrappen van bepaalde artikelen uit de Grondwet (bv. het artikel over het toezicht op kerkgenootschappen; artikel 186 Gw 1972); (b) het overlaten van bepaalde onderwerpen aan de gewone wetgever (bv. de regeling van de procedure voor goedkeuring van verdragen; art. 60 e.v. Gw 1972) en (c) het niet vermelden van de bevoegde organen, met name de regering.

Kortmann, C.A.J.M., *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, 2^e druk, Deventer 1987, p. 34-36. “Zo bepaalt de nieuwe Grondwet niet welk orgaan de uitvoerende macht bezit of de buitenlandse betrekkingen onderhoudt”, p. 36.
Kortmann, 1987, p. 34 e.v.

138 *Algehele grondwetsherziening*, eerste lezing, deel Ia Grondrechten, 's-Gravenhage 1979, p. 15 e.v.

Wat de discussie over de waarde van de Grondwet betreft, leidde de grondwetsherziening van 1983 niet tot een wezenlijke verandering – zij sloot grotendeels aan bij bestaande ontwikkelingen op dat moment.¹³⁹ De Grondwet laat zich terecht typeren als een staatkundig basisreglement, dat de bestaande rechtsontwikkeling slechts ten dele codificeert en normeert.

De discussie over de waarde van de Grondwet kreeg aan het begin van de 21^{ste} eeuw een nieuwe impuls met de indiening van het initiatiefwetsvoorstel Halsema.¹⁴⁰ Eén van de redenen voor dit voorstel was dat het ontbreken van de mogelijkheid formele wetten aan de Grondwet te toetsen als consequentie heeft dat de Grondwet sterk aan belang inboet.¹⁴¹

5.2 Karakterisering van de Grondwet met het oog op de grondrechten

Bij de grondwetsherziening van 1983 zijn de grondrechten in het eerste hoofdstuk ondergebracht. Toch moet aan deze plaats maar zeer beperkte betekenis worden gehecht.

De geboden opzet houdt in, dat de grondrechten een zelfstandig en gelijkwaardig onderdeel naast de andere onderdelen van de Grondwet vormen.¹⁴²

In de Memorie van Toelichting bij de grondwetsherziening van 1983 formuleert de regering de functie van grondrechten als volgt:

*“Grondrechten hebben tot doel bij te dragen aan de ontplooiing van elk individu naar eigen gaardheid door hem in een aantal facetten van zijn persoonlijk leven te beschermen, zoals zijn intimiteit, zijn uitingsmogelijkheden, zijn deelname aan het openbaar leven”.*¹⁴³

Opvallend in deze betrekkelijk algemene omschrijving is dat geen onderscheid wordt gemaakt tussen de klassieke vrijheidsrechten en de sociale grondrechten, terwijl in deze herziening wel voor het eerst sinds de Staatsregeling van 1798, sociale grondrechten werden opgenomen. Nog opmerkelijker is het dat bij het voorstel ook sociale grondrechten in de Grondwet op te nemen slechts met de volgende argumentatie wordt volstaan:

¹³⁹ Bekend is de kritiek die al snel na invoering van de nieuwe Grondwet werd geformuleerd. A.W. Heringa en T. Zwart duiden de herziening veelzeggend aan als een “Facelift van een oude dame?” *Nederlands Juristenblad* 1983, p. 233 e.v.

¹⁴⁰ Kamerstukken II 2003/04, 28 331.

¹⁴¹ Terwijl het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens steeds belangrijker wordt.

¹⁴² *Algehele grondwetsherziening*, p. 10.

¹⁴³ *Algehele grondwetsherziening*, p. 10.

*“Allerwegen is de overtuiging gegroeid, dat vrijheidsrechten alleen optimaal kunnen functioneren wanneer niet alleen een politieke constellatie aanwezig is waarvan vrijheid en verdraagzaamheid essentialia zijn, maar wanneer ook een sociale situatie bestaat waarin eenieder in staat is zonder sociale of financiële belemmeringen zijn rechten uit te oefenen. Dit besef ligt ten grondslag aan de bij velen levende wens om naast de klassieke ook voor de sociale grondrechten een plaats in de Grondwet in te ruimen (...)”.*¹⁴⁴

De bedoeling van de grondwetsherziening van 1983 was met de grondrechten aan te sluiten bij de internationale en nationale ontwikkelingen en bij de heersende rechtsovertuiging op dat moment.¹⁴⁵ Wat de klassieke grondrechten betreft was de Grondwet dan ook vooral codificerend en normatief van karakter te noemen. Het normatieve karakter van de Grondwet werd op dit punt bovendien nog eens versterkt door de uitgewerkte systematiek van de beperking van grondrechten. Niet alleen kan uit de grondwettelijke bepaling worden afgeleid of mag worden beperkt, maar eveneens (tot op zekere hoogte) welk overheidsorgaan daartoe bevoegd is en binnen welke kaders deze beperking dient plaats te vinden (op basis van procedurevoorschriften of binnen bepaalde doelcriteria). De Grondwet is daardoor – in elk geval voorzover het de grondrechten betreft – normerend voor wetgever, bestuur en rechter, en voor de burger voorzover deze de rechtsbescherming van de klassieke grondrechten inroept. Wat de sociale grondrechten betreft kan de invoering bij de grondwetsherziening van 1983 wel degelijk worden gezien als een verandering van het karakter van de Grondwet. Weliswaar vormen de sociale grondrechten in wezen een explicitering van waarden die geacht werden aan het overheidsbeleid ten grondslag te liggen, maar deze hadden tot dan toe nooit grondwettelijk uitdrukking gekregen.¹⁴⁶ Niet alleen de onthoudingsplicht van de overheid wordt voortaan benadrukt, maar van de overheid wordt ook een actief optreden ten aanzien van de in de sociale grondrechten neergelegde waarden verwacht. De Grondwet krijgt daarmee van een voornamelijk liberaal-rechtsstatelijk ook een meer sociaal karakter.

¹⁴⁴ *Algehele grondwetsherziening*, p. 9-10.

¹⁴⁵ “(...) met de voorgestelde opzet wordt beoogd een aantal grondrechtenartikelen in de Grondwet op te nemen, die met name voor wat de beperkingsmogelijkheden betreft aan de heersende rechtsovertuiging beantwoorden en op bevredigende wijze in het huidige rechtsbestel kunnen functioneren”. *Algehele grondwetsherziening*, p. 11.

¹⁴⁶ Vgl. te Velde, H., *De Grondwet van Nederland*, Amsterdam 2006, p. 35. “De grondwetsherziening [van 1983, redactie] was een verlate conclusie van de politieke ontwikkelingen in de jaren zestig en volgde dus de politiek in plaats van die vorm te geven; daarom is ze betrekkelijk geruisloos ingevoerd”.

Toch moet het belang van de sociale grondrechten tegelijkertijd worden gerelativeerd. Het gaat hierbij immers niet om in rechte afdwingbare normen, zoals de klassieke grondrechten, maar om beleidsdoelstellingen voor de overheid, die afhankelijk van de politieke constellatie en de sociaal-economische omstandigheden nader gestalte krijgen.

6. Opties

6.1 *Het opnemen van een recht op leven in de Grondwet en constitutioneel toetsingsrecht*

Een centrale vraag in ons onderzoek is wat de meerwaarde is van de opname van een recht op leven in onze Grondwet, ook al is uit de tekst van het regeerakkoord niet duidelijk op te maken wat de bedoeling van een eventueel op te nemen recht op leven is.¹⁴⁷

Uit onze inventarisatie blijkt dat de meeste EU landen een grondrecht op leven in één of andere vorm in hun nationale Grondwet kennen. Op zich zelf vormt dit uiteraard geen argument om in Nederland zo'n grondrecht op te nemen. Immers, wij zijn wel meer uitzonderlijk wat onze nationale constitutie betreft. Hierbij kunnen wij denken aan het ontbreken van constitutioneel toetsingsrecht. Wel dwingt ons inziens een uitzonderingspositie tot een nadenken over de vraag waarom wij dit grondrecht niet kennen. De vraag waarom andere landen wel gekozen hebben voor een grondrecht op leven laat zich niet makkelijk beantwoorden en zou een diepgravender onderzoek vergen. Deze vraag gaat de kaders van dit verkennend onderzoek dan ook te buiten. De vraag waarom zo'n recht niet is opgenomen in een aantal landen is nog lastiger te beantwoorden, als er al een éénduidig antwoord te vinden zou zijn.

Onze Grondwet kent wel het recht op onaantastbaarheid van het menselijk lichaam (art. 11 Grondwet) en een verbod op de doodstraf (art. 114 Grondwet).

De meerwaarde van het eventueel opnemen van een recht op leven hangt nauw samen met het constitutioneel toetsingsrecht. Zolang onze nationale rechter formele wetten niet mag toetsen aan de Grondwet moet de meerwaarde van de opname van een grondrecht op het recht op leven betrekkelijk gering worden geacht. Het heeft dan vooral een symbolische waarde, zoals ook sociale grondrechten in onze Grondwet een vooral symbolische waarde hebben, daar de rechter er niet aan pleegt te toetsen. Mocht het wetsontwerp Halsema, dat beoogt het toetsingsverbod ten aanzien van klassieke grondrechten op te heffen, ooit de eindstreep halen, dan ligt het in de rede om ook het recht op leven uit te sluiten van het

147 Het enige dat over dit onderwerp te vinden is in het coalitieakkoord is de volgende zin:

"Ten aanzien van de Grondwet, waarvan de laatste algehele herziening 25 jaar geleden van kracht is geworden, wordt door een staatscommissie advies uitgebracht over onder meer (niet limitatief) de voor- en nadelen van een preambule, de toegankelijkheid voor burgers, en de relatie tussen opgenomen grondrechten en de uit internationale verdragen voortvloeiende rechten, zoals het recht op een eerlijke procesgang (fair trial) en het recht op leven".
Coalitieakkoord, p. 37, onder 8, via www.regering.nl.

toetsingsverbod. Uiteraard hangt dit tevens af van de precieze formulering van het recht op leven. Het artikel kan geformuleerd worden als subjectief recht, in welk geval toetsing voor de hand ligt, of meer als zorgplicht van de overheid. Mocht voor dat laatste worden gekozen, dan ligt het niet voor de hand het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet voor het nieuwe artikel op te heffen.

Nu maakt het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet het niet alleen onmogelijk dat de rechter een bepaling van een wet aan de Grondwet toetst maar het toetsingsverbod heeft ook een uitstraling naar de toetsing van de rechter aan artikel 2 EVRM zoals hierboven is aangegeven. De rechter voelt zich door het toetsingsverbod niet vrij of gelegitimeerd om de bescherming van artikel 2 EVRM ruimer uit te leggen dan het EHRM. Dit terwijl het EVRM een minimum bescherming beoogt te bieden. Onze nationale rechter volgt nauw de jurisprudentie van het EHRM en beïnvloedt deze niet door een eigen ruimere interpretatie.

Zo merkt Matieu op:

*“The rules laid down in European law are, however, very general and their aim is to afford a basic level of protection rooted in universally applicable values. States retain a large measure of discretion. Moreover, it is particularly important that rights should be established at national level because of the way that national systems of law interact with one another and with international law”.*¹⁴⁸

Aan deze interactie doet onze nationale rechter niet mee vanwege het constitutionele toetsingsverbod. Ook voor onze wetgever wordt het normatieve karakter van onze nationale Grondwet verder uitgehouden door het toetsingsverbod. Zo worden wetsontwerpen op bijvoorbeeld het gebied van terreurbestrijding wel getoetst op de houdbaarheid ten opzichte van het EVRM maar niet ten opzichte van onze Grondwet.¹⁴⁹

6.2 Verandert het karakter van de Grondwet?

Zoals hierboven gesteld is onze Grondwet met betrekking tot de klassieke grondrechten codificerend en normerend bedoeld. Normerend voor wetgever, bestuur en rechter. Echter zoals eerder gesteld neemt de normerende kracht zelfs voor de wetgever af. De wetgever toetst wetten

¹⁴⁸ Matieu, p. 104

¹⁴⁹ Albers, C.L.G.H., en Schlössels, R.J.N., “Terrorisbestrijding: het bestuursrecht aan zet, de rechtsstaat in gevaar?”, NJB 2006, p. 2522-2531.

in formele zin, die spanning veroorzaken met de klassieke grondrechten vooral aan het EVRM. Immers, daar loopt men enig risico.

De meeste klassieke grondrechten kennen in onze Grondwet een beperkingsystematiek die de formele wetgever de bevoegdheid toekent de grondrechten te beperken. Daarbij functioneert de wetgever als waarborg van het grondrecht. Als voorbeelden hiervan noem ik de godsdienstvrijheid, de vrijheid van meningsuiting en het recht op vergadering en betoging (zie de artikelen 6, 7 en 9 Grondwet). De betreffende garantie luidt: "behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet". De wet, kortom, wordt gezien als de waarborg van onze vrijheid; bij deze formule mag de wetgever zijn wetgevende bevoegdheid om te beperken ook niet delegeren. Dit betreft een formele bescherming van onze grondrechten. Echter, velen menen dat de normatieve kracht van de formulering van onze grondrechten niet bijzonder groot is, nu de bedreiging van beperkingen van onze grondrechten vaak juist afkomstig is van de wetgever. Hierbij kunnen we bijvoorbeeld denken aan wetgeving op het gebied van preventie van terrorisme.

Velen menen dan ook dat de beperkingsystematiek van het EVRM meer bescherming biedt. Niet alleen moet bij de beperkingen worden voldaan aan een formeel criterium, voorzien bij wet (hier wordt de wet in materiële zin bedoeld), maar de beperkingen moeten ook worden getoetst aan het noodzakelijkheidscriterium in combinatie met doelvoorschriften met het oog waarop de beperkingen mogen worden aangebracht. Het EHRM toetst de noodzakelijkheid en de proportionaliteit van de beperking. Dit biedt meer materiële bescherming dan onze competentievoorschriften. Een aansluiting bij de methodiek van het EVRM staat echter niet altijd haaks op de beperkingsystematiek van onze Grondwet. Hierbij kan bijvoorbeeld gewezen worden op artikel 8 Grondwet, het recht tot vereniging, waarbij gesteld wordt dat de wet dit recht kan beperken in het belang van de openbare orde. Materiële doelcriteria vinden we bijvoorbeeld ook in artikel 6 lid 2 en artikel 9 lid 2 waar het gaat om het recht op vergadering en betoging.

Het karakter van onze Grondwet zal niet veranderen door toevoeging van één grondrecht hoe belangrijk dit grondrecht ook is. Wanneer het recht op leven wordt opgenomen als grondrecht, of dit nu is als sociaal grondrecht of klassiek grondrecht, dan kan men niet stellen dat de systematiek van

grondrechtenbescherming van onze Grondwet gewijzigd wordt. Daarvoor kent onze Grondwet een te weinig systematische opzet van grondrechtenbescherming en een te hybride karakter.

6.3 Politiek gevoelige zaken

Het opnemen van het recht op leven in de Grondwet zal er ons inziens toe kunnen leiden dat meer zogenaamd politiek getinte zaken op het bord van de rechter komen te liggen. Dat leert ons het onderzoek naar Duitsland, Verenigd Koninkrijk, de jurisprudentie van het EHRM en ook onze Nederlandse jurisprudentie. Het gaat immers vaak om ethische kwesties van leven en dood en dat raakt de politieke besluitvorming; dikwijls betreft het dan politieke meningsverschillen met een vrijwel onoverbrugbaar karakter.

Zoals al eerder aangegeven bestaat er alom onduidelijkheid over de reikwijdte van het recht op leven. In Duitsland is door het Bundesverfassungsgericht bepaald dat het leven niet pas begint met de geboorte maar reeds bij de bevruchting. Dat betekent bijvoorbeeld dat het Hof in Duitsland ernstig heeft geworsteld met het vraagstuk van abortus en abortuswetgeving. Daarmee betrad de rechter de politieke arena gezien de zeer uiteenlopende standpunten van de verschillende politieke partijen en de politieke gevoeligheid van het onderwerp. Aan het recht op leven kan volgens de Duitse jurisprudentie geen recht op zelfdoding worden ontleend. Ook het EHRM heeft bepaald dat het recht om te leven niet het recht om te sterven omvat. Bij euthanasie kan overigens wel een relatie met het recht op "persoonlijke autonomie" gelegd worden. Zowel in de Duitse jurisprudentie als in de jurisprudentie van het EHRM staat wel voorop, zoals reeds gesteld, dat de staat een taak heeft het leven actief te beschermen. In de Duitse jurisprudentie is de Schutzpflicht zelfs overgegaan in een Leistungspflicht. Zo heeft de staat de plicht te voorkomen dat een inwoner verhongert. Ook vragen over de beveiliging van direct bedreigde personen hangt hier onmiddellijk mee samen. Artikel 2 EVRM kan tevens in het geding zijn indien de nationale autoriteiten iemand medische zorg onthouden. Dat de overheid op basis van het recht op leven bepaalde milieurisico's dient uit te sluiten staat vast.

Over de eisen die gesteld kunnen worden aan een onafhankelijk onderzoek, dat vereist is wanneer door toedoen van de overheid slachtoffers vallen, bestaat een uitgebreide jurisprudentie van het EHRM. In het

Verenigd Koninkrijk heeft dat zelfs geleid tot de vraag voor de rechter of er een onafhankelijk onderzoek moet komen naar de rechtmatigheid van de aanval van de Britse troepen op Irak. Men zou kunnen stellen dat dit een politieke kwestie bij uitstek is. Het Engelse Lagerhuis voelde niets voor een onafhankelijk onderzoek.

Wanneer wij de Nederlands jurisprudentie ten aanzien van artikel 2 EVRM bezien wordt het beeld bevestigd dat het hier vaak om politiek gevoelige zaken gaat. Als voorbeelden van politiek gevoelige zaken noemden wij reeds: de procedure van Pro Vita tegen de abortuswetgeving in Nederland, de Kruisrakettenzaak, de Joegoslavische militairen tegen de Nederlandse staat, de vuurwerkramp en de legionellabesmettingszaak. De Hoge Raad heeft aangegeven dat in dit soort zaken de rechter grote terughoudendheid moet betrachten wegens het politiek gevoelige karakter.

Zoals wij zien wordt door de reikwijdte van het recht op leven meer dan bij andere grondrechten de relatie gelegd met controversiële issues, die ook in de politieke arena spelen. Als voorbeeld hiervan noemden wij reeds de vraag of de regering gemachtigd kan worden een passagierstoestel dat door terroristen is gekaapt neer te halen om erger te voorkomen. Het Bundesverfassungsgericht was van oordeel dat dit in strijd zou zijn met het recht op leven.¹⁵⁰ Daarmee is deze zaak nog niet beslecht want de politieke meerderheid in de "Bundestag" blijft het fundamenteel oneens met deze beslissing. In vergelijking hiermee wordt een soortgelijke machtiging in Nederland verleend middels een ministeriële regeling in plaats middels een formele wet.¹⁵¹

Wordt de poort nu opengezet voor dit soort rechtszaken wanneer het recht op leven wordt opgenomen in onze Grondwet? De kans wordt wel groter dat onze rechter ook met dit soort zaken wordt geconfronteerd wanneer opname gepaard gaat met het opheffen van het constitutioneel toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet. Dit is minder het geval wanneer het toetsingsverbod gehandhaafd blijft. Belanghebbenden kunnen overigens ook nu al in politiek gevoelige zaken een beroep op artikel 2 EVRM doen.

150 Zie over deze zaak ook: R.Nehmelman, "License to kill? Over de rechtmatigheid van een extreme antiterrormaatregel", NJCM Bulletin, jrg. 32, nummer 7, november 2007, p.972-984.

151 Zie hierover Nehmelman, p. 977 e.v.

6.4 Voordelen en nadelen van het opnemen van een recht op leven in de Grondwet

6.4.1 Voordelen van het opnemen in de Grondwet met behoud van het toetsingsverbod

Wanneer het toetsingsverbod gehandhaafd wordt ten opzichte van een op te nemen recht op leven in de Grondwet, dan is de meerwaarde beperkt. Zogenaamde lagere regelingen als Algemene Maatregelen van Bestuur en Ministeriële Regelingen, evenals verordeningen van gemeenten, provincies en waterschappen, kunnen wel getoetst worden aan de Grondwet.

Wanneer we kijken naar toetsing van lagere regelingen aan de Grondwet dan betreft het nu vooral toetsing aan artikel 1 van de Grondwet (het discriminatieverbod).¹⁵² Maar toetsing aan de overige klassieke grondrechten vindt, zij het sporadisch, ook plaats.¹⁵³

Recente nationale jurisprudentie ten aanzien van artikel 2 EVRM betreft bijvoorbeeld uitzettingen in vreemdelingenzaken, dodelijk geweld door politie optreden, de vuurwerkramp in Enschede en legionellabesmetting.¹⁵⁴

De zaken blijken vaak eerder te gaan om toetsing van bestuurshandelen dan om toetsing van regelgeving. Toch, door de traditionele rol van onze nationale rechter zal hij geen extra bescherming bieden ten aanzien van de jurisprudentie van het EHRM.

Een voordeel van het opnemen zou in dit geval kunnen zijn dat Nederland in de eigen Grondwet het recht op leven als essentieel grondrecht, als basis van de andere grondrechten, erkent. De symbolische waarde van de Grondwet zou kunnen toenemen.

6.4.2 Nadelen van het opnemen in de Grondwet met behoud van het toetsingsverbod

Toetsing aan een recht op leven in onze Grondwet zal niet veel voorkomen. Hoewel voorspellingen op dit terrein hachelijk zijn, kan men toch aannemen gezien vooral de materie waar het hier om zal gaan dat de kwestie van "leven" op lager niveau dan de formele wetgever niet zoveel

152 Zie bijlage. Van de in totaal 17 gevallen waarin sinds 01-01-2003 voor rechtbanken en gerechtshoven een beroep werd gedaan op de Grondwet tegen een lagere regeling of tegen beleid, werd in 15 gevallen een beroep gedaan op art. 1.

153 Zie bijlage. In de overige twee gevallen waarin een beroep werd gedaan op de GW tegen lagere regelgeving of beleid werd éénmaal beroep gedaan op art. 23 (RB Amsterdam 08-11-2005), en éénmaal op art. 10 (RB Maastricht 19-07-2004).

154 Respectievelijk: RB Den Haag, 18-10-2002.
Hof Amsterdam 23-06-2004 en Hof Amsterdam 09-12-2005.
RB Den Haag 13-12-2006.
Hof Amsterdam 25-10-2007.

zal voorkomen. Het overzicht van de Nederlandse jurisprudentie van artikel 2 EVRM biedt wellicht een indicatie. Wel zou men bijvoorbeeld naast de genoemde voorbeelden van jurisprudentie kunnen denken aan geweldsinstructies van de politie of militairen. Gezien het geringe effect kan men zich afvragen of de beperkte meerwaarde opweegt tegen de tijd en moeite die moet worden geïnvesteerd in het bewerkstelligen van een grondwetswijziging.

6.4.3 Voordelen van het opnemen in de Grondwet met toetsingsmogelijkheid

Wanneer het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet vervalt voor de zogenaamde klassieke grondrechten ontstaat er een geheel nieuwe situatie. De nationale rechter krijgt dan de mogelijkheid verder te gaan in de bescherming dan de jurisprudentie van het EHRM. Niet alleen zou de rechter vrijer worden in zijn interpretatie ten opzichte van artikel 2 EVRM maar ook mag men aannemen dat een beroep op artikel 2 EVRM bijna altijd gepaard zal gaan met een beroep op het grondrecht van een recht op leven in onze eigen Grondwet. Dit zal mede van de vraag afhangen of het recht op leven een vergelijkbare formulering kent als artikel 2 EVRM. Het uitlokken van nieuwe jurisprudentie zou niet langer alleen in Straatsburg kunnen plaatsvinden maar ook bij onze rechters. Onze eigen nationale rechters verkrijgen dan ook een eigen rol bij de toetsing aan het recht op leven met in achtneming uiteraard van de minimum bescherming zoals geïnterpreteerd door het EHRM. Onze rechters kunnen dan een actieve rol spelen die mogelijk in sommige gevallen een veroordeling van Nederland door het EHRM kan voorkomen.

6.4.4 Nadelen van het opnemen in de Grondwet met toetsingsmogelijkheid

Wanneer het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet met betrekking tot de zogenaamde klassieke grondrechten zou verdwijnen kan de nationale rechter al een eigen jurisprudentie ontwikkelen ten aanzien van artikel 2 EVRM. Een eigen formulering in de Grondwet van een recht op leven, wanneer deze formulering aansluit bij artikel 2 EVRM, heeft dan betrekkelijk weinig meerwaarde. Wanneer men zou opteren voor een ander soort formulering in de Grondwet van het recht op leven als een klassiek grondrecht dan bestaat het gevaar voor verschillende sporen in de jurisprudentie.

Naast de geringe meerwaarde kan als nadeel nog worden gewezen op het toenemen van het risico van uitspraken van de rechter op politiek contro-versieel terrein. Dit risico wordt wel vergroot.

6.5 Mogelijke formuleringen

In hoofdstuk 2 hebben we aangegeven dat het recht op leven in de grondwetten van de lidstaten van de EU op verschillende wijzen is omschreven. Grofweg kan men opteren voor een omschrijving van het recht op leven als een zorgplicht van de staat, een individueel recht, als het beschermen van menselijk leven als zodanig of als het recht op een menswaardig leven zoals de Belgische Grondwet stelt.

6.5.1 Voordelen van formulering als sociaal grondrecht

De optie het grondrecht uitsluitend te formuleren als een zorgplicht van de staat, waarbij het grondrecht meer het karakter van een zogenaamd sociaal grondrecht zou krijgen heeft het voordeel dat het kan aansluiten bij de opname van sociale grondrechten in onze Grondwet. Zoals zovele sociale grondrechten heeft het vooral symbolische waarde. De rechter is niet gewoon aan zogenaamde sociale grondrechten te toetsen. De formulering als sociaal grondrecht voorkomt in ieder geval dat de rechter makkelijker de politieke arena betreedt met uitspraken op politiek contro-versieel terrein. Anderzijds legt het wel een essentiële, zo niet de meest essentiële overheidstaak vast in onze Grondwet. Daarnaast creëert men verwachtingen.

Voor zover uit een sociaal grondrecht verder gaande, rechtens afdwingbare verplichtingen zouden zijn af te leiden, zou dit aansluiten bij de jurisprudentie van het EHRM ten aanzien van de positieve verplichtingen op basis van artikel 2 EVRM.

6.5.2 Nadelen van formulering als sociaal grondrecht

De meerwaarde van een formulering als sociaal grondrecht naast artikel 2 EVRM zou gering zijn, omdat artikel 2 EVRM waar de bescherming van het leven is geformuleerd als een subjectief recht op leven verder reikt dan een uitsluitende zorgplicht van de overheid. Nu uit de jurisprudentie van het EHRM al een zorgplicht van de staat is afgeleid zou een uitsluitend formuleren van een grondrecht in de zin van een sociaal grondrecht geen versterking betekenen van de bescherming. Bovendien wekt de overheid

met de formulering van een sociaal grondrecht verwachtingen die men niet altijd waar kan maken.

6.5.3 Voordelen van een formulering die nauw aansluit bij artikel 2 EVRM

Wanneer aansluiting wordt gezocht bij de formulering van artikel 2 EVRM voorkomt dit verwarring en rechtsonzekerheid. Immers, wanneer gekozen wordt voor een eigen formulering van het recht op leven die afwijkt van artikel 2 EVRM, dan bestaat de kans dat onze nationale rechter een ander spoor gaat bewandelen met een mogelijk eigen jurisprudentie naast die van EHRM. Daarnaast dient hij rekening te blijven houden met de jurisprudentie van het EHRM.

Het voordeel van het aansluiting zoeken bij de formulering van artikel 2 EVRM is dat duidelijk kan worden waar onze nationale rechter mogelijk verder gaat in zijn bescherming.

Indien het toetsingsverbod wordt opgeheven kan sowieso duidelijk worden in hoeverre de Nederlandse rechter verder gaat dan het EHRM – bij de toepassing van artikel 2 EVRM – ook als de Grondwet een heel andere formulering bevat.

Artikel 2 EVRM, eerste zin luidt: “Het recht van een ieder op leven wordt beschermd door de wet”. Men zou ook kunnen kiezen voor de formulering van artikel 2 lid 1 Handvest van Grondrechten van de Europese Unie (hierna te noemen Handvest), “Ieder heeft het recht op leven”. De laatste formulering komt iets krachtiger over omdat de bescherming als positief postulaat is geformuleerd en niet afhankelijk is gemaakt van de wetgever. De tweede zin van artikel 2 EVRM, eerste lid (“Niemand mag opzettelijk van het leven worden beroofd, behoudens door de tenuitvoerlegging van een gerechtelijk vonnis wegens een misdrijf waarvoor de wet in de doodstraf voorziet”) kan gemist worden nu onze Grondwet de doodstraf uitsluit. Een ander voordeel zou ook kunnen zijn om aansluiting te zoeken bij de beperkingsgronden van lid 2 van artikel 2 EVRM. Als doelcriteria met het oog waarop de bescherming van het leven kan worden beperkt, worden genoemd:

“a. ter verdediging van wie dan ook tegen onrechtmatig geweld; b. ten einde een rechtmatige arrestatie te bewerkstelligen of het ontsnappen van iemand die op rechtmatige wijze is gedetineerd te voorkomen; c. teneinde in overeenstemming met de wet een oproer of opstand te onderdrukken”.

Men kan zich wel afvragen of het gebruik van dodelijk geweld om het ontsnappen van gevangenen te voorkomen op zich zelf een uitzonderingsgrond zou moeten vormen. Het EHRM heeft wel bepaald dat deze uitzondering alleen acceptabel is bij verdachten van bepaalde delicten. In ieder geval wanneer men meer bescherming wil bieden aan het recht op leven kunnen de zogenaamde doelcriteria van artikel 2 lid 2 EVRM niet ruimer worden genomen, maar moeten zij als absoluut minimum gelden. Verder voordeel van een formulering die aansluit bij artikel 2 EVRM zou kunnen zijn een sterkere onafhankelijke legitimatie van de nationale rechter om lagere wetgeving te toetsen aan het eigen grondwetsartikel.

6.5.4 Nadelen van een formulering die nauw aansluit bij artikel 2 EVRM

De meerwaarde van een artikel in onze Grondwet dat nagenoeg het hetzelfde luidt als artikel 2 EVRM, zal niet groot zijn. Voor het grootste gedeelte blijft de jurisprudentie van het EHRM leidend. Het voordeel van een geheel andere formulering is dat onze rechter los van de jurisprudentie van het EHRM een eigen weg kan zoeken en minder gebonden is aan de jurisprudentie van het EHRM. Uiteraard blijft de jurisprudentie van uit Straatsburg wel de minimumbodem voor onze eigen rechter, welke formulering men ook kiest voor een grondrecht van het recht op leven.

6.6 Een recht op onschendbaarheid van de menselijke waardigheid?

Hoewel de wenselijkheid van het opnemen van het recht op menselijke waardigheid geen deel uitmaakt van dit verkennend onderzoek willen we dit recht toch kort vermelden nu het vaak in één adem wordt genoemd wordt met het recht op leven. De vraag doet zich dan ook voor of de opname van zo'n recht naast het recht op leven te overwegen valt. Voor de vraag naar de meerwaarde van dit recht zonder het constitutioneel toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet en de vraag of dit recht als zogenaamd klassiek grondrecht moet worden geformuleerd of als zogenaamd sociaal grondrecht, gelden mutatis mutandis dezelfde voor- en nadelen als voor het recht op leven. Vandaar dat wij die voor- en nadelen niet meer apart vermelden.

6.6.1 Voordelen van een recht op onschendbaarheid van de menselijke waardigheid

Men sluit aan bij het Handvest van Grondrechten van de Europese Unie. Het Handvest begint met artikel 1: "De menselijke waardigheid is onschendbaar. Zij moet worden geëerbiedigd en beschermd".

In de systematiek van het Handvest staan anders dan bij onze Grondwet en het EVRM geen afzonderlijke uitzonderingsbepalingen. Het Handvest volstaat slechts met één algemeen artikel (art. 52 Handvest) ten aanzien van de beperkingen van grondrechten. Onze Grondwet kent ook een aantal absoluut geformuleerde grondrechten zoals artikel 3 (benoembaarheid in openbare dienst) artikel 5 (het recht op petitie), artikel 16 (geen straf dan uit kracht van een voorafgaande strafbepaling) en artikel 18 (recht op rechtsbijstand). Daarnaast is artikel 1 Grondwet, het discriminatieverbod, positief geformuleerd.¹⁵⁵ In deze systematiek past een ongeclausuleerde formulering van het recht op menselijke waardigheid heel goed.

Een ander voordeel zou kunnen zijn dat de symbolische waarde van onze Grondwet versterkt zou worden. Het sluit ook aan bij de ontwikkeling om rechten die reeds een plaats innemen in onze rechtsorde te codificeren.

6.6.2 Nadelen van een recht op onschendbaarheid van de menselijke waardigheid

Nu het EHRM in zijn jurisprudentie dit grondrecht reeds heeft erkend voegt het niet zoveel toe. Bovendien heeft onze nationale rechter dit recht ook al als uitgangspunt erkend.

6.7 Rangorde van grondrechten

Zoals eerder aangegeven kent onze Grondwet formeel geen rangorde van grondrechten.

Verandert dit nu wanneer een grondrecht op het recht op leven wordt opgenomen in onze Grondwet?

Het recht op leven vormt niet een grondrecht als de overige grondrechten.

¹⁵⁵ Overigens kent het Hof te Den Haag in de SGP zaak wel betekenis toe aan het feit dat het discriminatieverbod in artikel 1 Grondwet geen beperkinsclausule kent anders dan bijvoorbeeld de formulering van de vrijheid van godsdienst, het recht van vereniging en de vrijheid van meningsuiting. Bij de onderlinge afweging van de genoemde grondrechten overweegt het Hof: "Hoewel dit op zichzelf niet doorslaggevend is, levert dit verschil tussen de wederzijds in het geding zijnde grondrechten wel een gezichtspunt op dat bij de te maken afweging een rol speelt". Gerechtshof 's-Gravenhage, 20-12-2007, LJN:BC0619, 05/1725.

Hoewel het geen absoluut recht is en beperkt kan worden zoals blijkt uit de formulering van het tweede lid van artikel EVRM (limitatieve gronden) is het niet een grondrecht dat in botsing met andere grondrechten eenvoudig kan worden "weggewogen". Het vormt samen met het daarmee verbonden recht op menselijke waardigheid in feite de basis van alle andere grondrechten. Niet voor niets begint het EVRM materieel met de bescherming van het recht op leven. Hetzelfde is het geval met het Handvest.

Artikel 1: "De menselijke waardigheid is onschendbaar. Zij moet worden geëerbiedigd en beschermd". Artikel 2 lid 1: "Een ieder heeft recht op leven".

Ook in de Duitse Grondwet vormt de (onschendbaarheid van de) menselijke waardigheid de basis van andere grondrechten. Het gaat hier dan zelfs om een grondrecht dat niet amendeerbaar en dus onveranderlijk is. Wanneer men zou overgaan tot opname van het grondrecht op leven in onze Grondwet dan is het de vraag of de grondrechtenopsomming dient aan te vangen met dit grondrecht vanwege het bijzondere karakter. Onze Grondwet begint nu met het gelijkheidsbeginsel (artikel 1 Grondwet) maar dit geeft uitdrukkelijk geen prioriteitsvolgorde aan.¹⁵⁶

6.7.1 Voordelen van een rangorde in onze Grondwet

Wanneer men zou besluiten om de zogenaamde klassieke grondrechten te laten aanvangen met het recht op leven, in navolging van bijvoorbeeld het EVRM, het Handvest en de Duitse Grondwet dan zou daar een rangorde uit afgeleid kunnen worden. Dit zou een waardig begin van onze Grondwet kunnen zijn, eventueel gecombineerd met een recht op menselijke waardigheid. Men zou dan ook kunnen overwegen aansluiting te zoeken bij het huidige artikel 11 Grondwet dat de onaantastbaarheid van het menselijke lichaam garandeert. Indien men het recht op leven laat volgen door het gelijkheidsbeginsel drukt men daarbij uit dat het recht op leven en het gelijkheidsbeginsel feitelijk de dragende zuilen vormen van onze overige grondrechten.

Een voordeel zou kunnen zijn dat de symbolische waarde van de Grondwet wordt versterkt.

¹⁵⁶ In de SGP zaak lijkt het Hof Den Haag in tegenstelling tot de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State wel een zekere rangorde aan te nemen, maar dan gebaseerd op de beperkingsclausules van de betreffende grondrechten en niet gebaseerd op de plaats in de Grondwet. Zie noot 154.

6.7.2 Nadelen van een rangorde in onze Grondwet

Wanneer men het recht op leven in onze Grondwet opneemt als een nieuw artikel 1 zou dat een breuk kunnen inhouden met de heersende leer in Nederland die geen rangorde van grondrechten kent. Vraag is of deze rangorde meer betekenis zal krijgen dan een symbolische.

Wanneer de rechter betekenis zal geven aan de plaats van het grondrecht in onze Grondwet scheidt dit onduidelijkheid ten aanzien van de bescherming van de andere grondrechten die het dan theoretisch met een lagere positie zouden moeten doen. Ten onrechte zou de indruk gewekt kunnen worden dat het hier om een absoluut recht zou gaan dat niet beperkt zou mogen worden.

7. Besluit

Het voorgaande geeft de resultaten weer van een verkennend onderzoek naar de mogelijke opname van het recht op leven in de Nederlandse Grondwet. Op grond van de bestudering van het bestaande Nederlandse recht, een vergelijking met het recht in andere Europese landen, en een karakterisering van de Nederlandse Grondwet zijn in hoofdstuk 6 een aantal opties geformuleerd. Hieronder volgt een korte herhaling van een aantal resultaten van de studie.

Veel landen kennen in hun Grondwet in een of andere vorm het recht op leven. In de Nederlandse Grondwet ontbreekt dat recht. Daar staat tegenover dat artikel 2 EVRM in de Nederlandse rechtsorde verbindende kracht heeft. De rechter kan aan dit artikel ook toetsen. Zo beschouwd zou de opname van een recht op leven in de Nederlandse rechtsorde met name dan een meerwaarde kunnen hebben indien het toetsingsverbod wordt opgeheven.. Dat zich bij de invoering van een dergelijk artikel politiek gevoelige vragen voor kunnen doen ten aanzien van de reikwijdte van het recht op leven en de mogelijke uitzonderingen is in deze studie duidelijk geworden. Ook kan de vraag naar een mogelijke hiërarchie van grondrechten een rol gaan spelen.

Afhankelijk van dergelijke rechtspolitieke afwegingen zal voor één van de geschetste opties gekozen kunnen worden. Het uitspreken van een voorkeur voor één van deze opties gaat dit verkennend onderzoek te buiten.

