



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de Nederlandse Grondwet?

Barkhuysen, T.; Emmerik, M.L. van; Loof, J.P.

Citation

Barkhuysen, T., & Emmerik, M. L. van. (2009). Het recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de Nederlandse Grondwet? In J. P. Loof (Ed.), *Geschakeld recht: verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70ste verjaardag van prof. mr. E.A. Alkema* (pp. 13-39). Deventer: Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13766>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13766>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

GESCHAKELD RECHT

Verdere studies over Europese grondrechten
ter gelegenheid van de 70^{ste} verjaardag van
prof. mr. E.A. Alkema

Redactie:

T. Barkhuysen
M.L. van Emmerik
J.P. Loof

Met bijdragen van:

J.A.M. van Angeren	A.C. Hendriks	W. den Ouden
T. Barkhuysen	A.W. Heringa	J.E.M. Polak
A.F.M. Brenninkmeijer	S. Hillebrink	A.E. Schilder
M. van den Brink	C. de Kruif	J.G.C. Schokkenbroek
J.G. Brouwer	M. Kroes	M. Schreuder-Vlasblom
F.H. van der Burg	M. Kuijer	C.J.J.M. Stolker
A.G. Castermans	R.H. Lauwaars	S. Trechsel
P.B. Cliteur	R.A. Lawson	J. Uzman
P. van Dijk	M.L.P. Loenen	J. van der Velde
Th.G. Drupsteen	J.P. Loof	L.F.M. Verhey
M.L. van Emmerik	D.H.M. Meuwissen	Y.M. van der Vlugt
M.W.C. Feteris	K.J.M. Mortelmans	W.J.M. Voermans
J.H. Gerards	B.E.P. Myjer	R.E. de Winter
Tj. Gerbranda	H.-M.Th.D. ten Napel	

2 | Het recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de Nederlandse Grondwet?

*Tom Barkhuysen & Michiel van Emmerik**

1 Inleiding

In deze bijdrage onderzoeken wij een thema waarvan onze jubilerende en inspirerende leermeester waarschijnlijk zou vinden dat het zelden tot nooit opportuun is. Centraal staat namelijk de vraag of de Nederlandse Grondwet aanvulling behoeft met de opname van een recht op toegang tot de rechter en het daarmee verband houdende recht op een eerlijk proces.¹ Evert Alkema over de vraag of voorstellen tot Grondwetsherziening in Nederland opportuun zijn: ‘Eigenlijk is het dat zelden.’²

Met name vier overwegingen hebben ons doen besluiten dit thema toch nader uit te werken. In de eerste plaats is het de bedoeling een staatscommissie in te stellen die zich gaat buigen over herziening van de Grondwet en die ook de opdracht heeft meegekregen te bezien in hoeverre dit document aanvulling behoeft met rechten die wel in internationale verdragen (waaronder het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM)) zijn verankerd maar niet in de Grondwet, zoals het recht op leven en het recht op een eerlijke procesgang (‘fair trial’).³ Ook indien deze staatscommissie er op korte termijn niet mocht komen, blijft de vraag relevant of in de

■ Prof. mr. T. Barkhuysen is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en advocaat te Amsterdam. Mr. dr. M.L. van Emmerik is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger in de rechtbank Amsterdam, sector bestuursrecht. Met veel dank aan Stefan Wissing, onze student-assistent, voor zijn onontbeerlijke steun bij het verzamelen van materiaal en het doen van vooronderzoek alsmede aan Janneke Gerards voor haar waardevolle commentaar. Deze bijdrage is mede geschreven in het kader van een onderzoek dat de Leidse afdeling staats- en bestuursrecht uitvoert in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties ter voorbereiding van de Staatscommissie Grondwet. Deze bijdrage is afgesloten op 7 oktober 2008.

1 In deze bijdrage zullen we meestal spreken van een recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces, hoewel we ons realiseren dat het strikt genomen om twee rechten gaat.

2 E.A. Alkema, *Aanzetten voor een nieuwe Nederlandse constitutie na ‘Maastricht’*, Thorbecke-college, Antwerpen 1996, p. 30.

3 Dit ter uitvoering van het regeerakkoord Balkenende IV. Zie *Kamerstukken II* 2007/08, 31 570, nrs. 1-3 (inclusief het kritische advies Raad van State en nader rapport). Voor de opname van procesrechten in de Grondwet is eerder gepleit door o.a. A.M.L. Jansen, *Constitutionalisering van het bestuursprocesrecht*, *Preadvies NVvR*, Deventer 2004.

toekomst nieuwe grondrechten aan de Grondwet zouden moeten worden toegevoegd.⁴ In de tweede plaats de minstens zo belangrijke overweging, op basis van langjarige meer en minder intensieve samenwerking met EVerT alkeMa, dat voorstellen en thema's waarover deze laatste in eerste instantie kritisch is uiteindelijk toch vaak – ook bij hem – in vruchtbare bodem blijken te vallen. In de derde plaats sluit het thema – conform de opdracht van de redactie van deze feestbundel – min of meer aan bij de door ons verdedigde proefschriften, waarbij Evert Alkema als promotor optrad. Immers, met enige goede wil, kunnen de onderwerpen 'Effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten' en 'Schadevergoeding bij schending van mensenrechten' in verband gebracht worden met het thema toegang tot de rechter.⁵ In de vierde plaats sluit het onderwerp van deze bijdrage goed aan bij het thema van deze bundel. Juist een codificatie in de Grondwet van een reeds in verdragen verankerd recht leidt namelijk tot belangrijke vragen op het terrein van de schakeling tussen nationaal enerzijds en internationaal en Europees recht anderzijds.

De opbouw van deze bijdrage is als volgt. In paragraaf 2 staan wij kort stil bij het feit dat in de huidige Grondwet een duidelijk en algemeen recht op toegang tot de rechter ontbreekt. Gekeken wordt naar de totstandkomingsgeschiedenis van de Grondwet, in het bijzonder naar de redenen om een dergelijk recht niet constitutioneel te verankeren. Daarnaast worden enkele bepalingen in de Grondwet genoemd die wel raken aan het recht op toegang tot de rechter. In paragraaf 3 bespreken wij de wijze waarop het recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces wordt beschermd in artikel 6 EVRM, artikel 14 IVBPR en artikel 47 EU-Grondrechtenhandvest. In de volgende paragraaf (4) gaan wij in op de vraag van de mogelijke waarde van opneming van een recht op toegang tot de rechter in de Grondwet en argumenten tegen een dergelijke codificatie. De bijdrage besluit met enkele concluderende opmerkingen (paragraaf 5).

Een belangrijke opmerking vooraf is dat, hoewel we het vaker zullen hebben over het recht op toegang tot de rechter, wij ons niet beperken tot dit recht sec, maar in bredere zin het recht op een eerlijk proces en de diverse onderdelen daarvan in

4 Het eerder genoemde advies van de Raad van State – dat onder meer kritische kanttekeningen plaatst bij de door de regering voorgestane brede taakopdracht aan de staatscommissie – lijkt immers enige weerklink te vinden in de Tweede Kamer, waar een debat over de instelling van de staatscommissie onder druk van de oppositie is afgebroken (zie diverse media op 2 en 3 oktober 2008). Zie ook de kritische column van D.J. Elzinga, Staatscommissie Grondwet staat voor een onmogelijke opgave, *Binnenlands Bestuur* 3 oktober 2008, p. 23. De Raad van State erkent echter wel dat de vraag naar de wenselijkheid van opname van nieuwe grondrechten in de Grondwet relevant is en blijft. Deze vraag hoeft echter niet per se aan een staatscommissie te worden voorgelegd, maar kan ook worden beantwoord door één of meer speciale commissies van externe deskundigen, aldus de Raad van State.

5 T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten* (diss. Leiden), Lelystad 1998; M.L. van Emmerik, *Schadevergoeding bij schending van mensenrechten, De rechtspraak in Nederland vergeleken met die onder het EVRM* (diss. Leiden), Leiden 1997.

de behandeling betrekken. Het recht op toegang tot de rechter is immers onverbrekelijk verbonden met de garanties voor een fair trial, waaronder bijvoorbeeld de vereisten van onafhankelijkheid en onpartijdigheid waaraan de rechter moet voldoen.⁶

2 Het recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de huidige Grondwet

2.1 Achtergronden

Belangrijk om vast te stellen is dat in de Nederlandse Grondwet een algemeen recht op toegang tot de rechter en/of effectieve rechtsbescherming – anders dan in vele andere Grondwetten en mensenrechtenverdragen – ontbreekt.⁷ Dat is opmerkelijk omdat bij de grondwetsherziening van 1983 juist de grondrechten veel aandacht kregen. In deze (sub) paragraaf wordt aandacht besteed aan de geschiedenis van deze grondwetswijziging op dit punt. Zijn daar aanknopingspunten in te vinden waarom destijds niet gekozen is voor constitutionele verankering van een recht op toegang tot de rechter? Of is deze vraag überhaupt niet uitdrukkelijk aan de orde geweest? In de hierop volgende deelparagraaf wordt een kort beeld gegeven van de bepalingen in de Grondwet die wel raken aan het recht op toegang tot de rechter.

Voor het niet opnemen van een recht op toegang tot de rechter in de Grondwet kunnen mede op basis van bestudering van de relevante parlementaire stukken, de Proeve en het voorwerk van staatscommissie terzake van de grondwetsherziening 1983 alsmede de analyse van De Waard een aantal redenen worden genoemd.⁸ Vooropgesteld dient te worden dat het hier om niet meer kan gaan dan verklarende vooronderstellingen die vooral gebaseerd zijn op de hele context waarbinnen deze laatste grote grondwetsherziening haar beslag heeft gekregen. Nergens in de parlementaire stukken wordt namelijk uitgesproken dat de vraag naar de constitutionele verankering van een recht op toegang tot de rechter expliciet aan de orde is geweest. Ook in de literatuur ten tijde van het proces tot grondwetsherziening lijkt niet of

6 Daarbij zullen we niet specifiek ingaan op strafrechtelijke vraagstukken. Deze komen meer uitvoerig aan de orde in de brede studie van R. de Lange, B.J.G. Leeuw & P.A.M. Mevis, *Grondwet, strafrecht en eerlijk proces? Een onderzoek ten behoeve van de Staatscommissie herziening Grondwet in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties*, Erasmus Universiteit Rotterdam, juni 2008 waarvan wij over een concept konden beschikken tijdens het schrijven van deze bijdrage.

7 Alleen voor zover het gaat om vrijheidsberoving, biedt art. 15, tweede lid, van de Grondwet, wel uitdrukkelijk een recht op toegang tot de rechter (het zogenaamde beginsel van *habeas corpus*), zie nader deelparagraaf 2.1.2.

8 B.W.N. de Waard, De grote ogen van de grondwetgever, Het onderwerp 'rechtspraak' in de Grondwet van 1983, in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg (Burkens-bundel)*, Zwolle 1995, p. 435-450.

nauwelijks aandacht geschonken te zijn aan de kwestie van opneming in de Grondwet van een recht op toegang tot de rechter.⁹

Een belangrijk oogmerk van de grondwetswijziging van 1983 (en 1987) was deconstitutionalisering. Al te gedetailleerde regelingen zouden niet (meer) in de Grondwet opgenomen moeten worden, maar zouden moeten worden overgelaten aan de formele wetgever.¹⁰ In dat kader zou het minder passend zijn de Grondwet al te zeer uit te breiden met nieuwe bepalingen, zoals het recht op toegang tot de rechter, zij het dat dit op andere onderdelen (denk bijvoorbeeld aan de sociale grondrechten) juist wel is gebeurd. Hiermee samenhangend was het uitgangspunt dat de herziening vooral van praktische en niet zozeer van theoretische aard was.¹¹ Evenmin behoorde het onderzoeken van de wenselijkheid van een grondwettelijk recht op toegang tot de rechter tot de opdracht van de staatscommissie Cals/Donner. Ook was er gelijktijdig een belangrijke herziening van de rechterlijke organisatie gaande, die men niet al te zeer in de wielen wilde rijden.¹²

Verder kan worden vastgesteld dat de focus bij de beraadslagingen over de bepalingen inzake de rechterlijke macht die wel in de Grondwet terecht zijn gekomen niet lag op het element van toegang tot de rechter. In de (mondelinge) behandeling was er veel discussie over opname van een verbod op de doodstraf (en dan met name de gevolgde procedure),¹³ de mogelijke afschaffing van artikel 163 waarin was bepaald dat recht wordt gesproken in naam des Konings hetgeen vragen opriep ten aanzien van de onafhankelijkheid, het nieuwe begrip ‘rechterlijke macht’, de militaire (straf)rechtspraak (berechting in het buitenland en mobiele krijgsraden), het al dan niet opheffen van het toetsingsverbod en de vervolging van ambtsmisdrijven (de eventuele noodzaak van een *forum privilegium* en de berechting in twee instanties).¹⁴

In het licht van het voorgaande verbaast het dan ook niet dat destijds noch vanuit de literatuur noch vanuit officiële adviescolleges in dezen (Raad van State, Hoge Raad) aandacht werd gevraagd voor het ontbreken van een expliciete codificatie van het recht op toegang tot de rechter. Ook na de bedoelde grondwetswijzigingen is bij de wetgever de vraag of het recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces alsnog in de Grondwet opgenomen zou moeten worden niet meer uitdrukkelijk aan de orde geweest.

Bij de grondwetsherziening van 1983 speelde het EVRM terzake van het onderwerp van deze bijdrage geen rol van betekenis. De mogelijk verstrekkende reikwijdte van het EVRM en betekenis voor de Nederlandse rechtsorde werden pas later bekend.

9 Vgl. A.Ch.M. Rijnen, Niet in de Grondwet opgenomen grondrechten, in: A.K. Koekoek e.a (red.), *Grondrechten. Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet (Jeukensbundel)*, Nijmegen 1982, p. 506-533.

10 C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983-1987*, Deventer 1987, p. 37-38.

11 *Handelingen II* 1974/75, p. 2385-2386 en Kortmann 1987, p. 2.

12 *Kamerstukken II* 1980/81, 16 162, nr. 11, p. 2.

13 *Handelingen II* 1980/81, p. 3264.

14 Zie onder meer *Handelingen II* 1980/81, p. 3317 en *Handelingen I* 1980/81, p. 848.

In de periode dat de nieuwe Grondwet werd voorbereid was zowel in de politiek als in de rechtspraktijk de heersende gedachte dat Nederland ruimschoots voldeed aan de eisen van het EVRM.¹⁵ Het Benthem-arrest,¹⁶ met verstrekkende gevolgen voor de bestuursrechtelijke rechtsbescherming in Nederland, dateert uit 1985 (van na de grondwetsherziening dus).¹⁷ Wel had het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM of Hof) in het Golder-arrest¹⁸ reeds een recht op toegang tot de rechter in artikel 6 EVRM gelezen. Het argument dat een recht op toegang tot de rechter reeds verzekerd was op grond van artikel 6 EVRM (en de prille Straatsburgse jurisprudentie) en daarmee ook in de Nederlandse rechtsorde (conform de huidige artikelen 93 en 94, van de Grondwet) lijkt echter in het kader van de grondwetswijziging geen enkele rol te hebben gespeeld bij de – al dan niet bewuste keuze – om een dergelijk recht niet in de Grondwet op te nemen. In ieder geval kan met De Waard worden aangenomen dat wanneer men destijds wel een recht op toegang tot de rechter in de Grondwet zou hebben opgenomen dit niet van toepassing zou zijn gemaakt op bestuursrechtelijke geschillen. Daarvoor wilde men – in het pre-Benthem tijdperk – immers de mogelijkheid openhouden van administratief beroep in hoogste instantie.¹⁹

2.2 Huidige Grondwet

2.1.1 Algemeen

Het is niet zo dat in de huidige Grondwet geen enkel spoor van een recht op toegang tot de rechter en in bredere zin het recht op een eerlijk proces is terug te vinden.²⁰ In deze deelparagraaf zullen dan ook de belangrijkste bepalingen uit de huidige Grondwet die raken aan het recht op toegang tot de rechter en een eerlijke procesvoering worden gepresenteerd.

15 J.C.M. Leijten, Het fluorideringsarrest, in: *'t Exempel dwinght*, Zwolle 1975, p. 314.

16 EHRM 23 oktober 1985, Benthem t. Nederland, *NJCM-Bulletin* 1985, p. 669 e.v., m.nt. Heringa & Zwart, *NJ* 1986, 102, m.nt. Alkema, *AB* 1986, 1, m.nt. Hirsch Ballin.

17 Wel had G.J. Wiarda, De betekenis van artikel 6, eerste lid van het Europese Verdrag voor de rechten van de mens voor de Nederlandse administratieve rechtsgangen, in: *Non sine causa, Opstellen aangeboden aan G.J. Scholten*, Zwolle 1979, p. 459 e.v., reeds in 1979 gepreludeerd op de mogelijke strijdigheid van het Kroonberoep met art. 6 EVRM. Wellicht ging Alkema hem hierin voor (zie E.A. Alkema, *Studies over Europese grondrechten* (diss. Leiden), Deventer 1978, p. 65).

18 EHRM 21 februari 1975, Golder t. Verenigd Koninkrijk, *NJ* 1975, 462, m.nt. Alkema.

19 De Waard 1995, p. 440.

20 Vgl. E.M.H. Hirsch Ballin, Het grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het Nederlandse administratieve recht, *Preadvies NJV*, Zwolle 1983, p. 18-21.

2.1.2 Artikel 15: vrijheidsberoving

In artikel 15, tweede lid, van de Grondwet ligt het zogenaamde ‘habeas corpus’-principe besloten, het recht op toegang tot de rechter in geval van vrijheidsberoving. Het beginsel is in 1983 aan artikel 15 toegevoegd, waarmee tevens meer aansluiting is verkregen bij artikel 5 EVRM.²¹ Het betreft hier in het bijzonder het recht van een ieder, aan wie anders dan op rechterlijk bevel, zijn vrijheid is ontnomen om aan de rechter zijn invrijheidsstelling te verzoeken. Het kan hier bijvoorbeeld gaan om politionele vrijheidsontneming of een gedwongen spoedopname op grond van de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen. De rechter dient de onmiddellijke invrijheidstelling te gelasten, indien hij de vrijheidsontneming onrechtmatig oordeelt. Uit de grondwetsgeschiedenis blijkt overigens dat de bepaling een ruimere strekking heeft dan de letterlijke tekst doet vermoeden. Immers, ook in geval de vrijheidsontneming rechtmatig plaatsvond maar de voortzetting daarvan ongegrond of onrechtmatig mocht worden, dient de rechter de invrijheidstelling te gelasten.²²

2.1.3 Artikel 17: *ius de non evocando*

Artikel 17 van de Grondwet bepaalt dat niemand tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent. Dit zogenaamde *ius de non evocando* garandeert dat niemand ten gevolge van overheidsingrijpen kan worden afgehouden van een bij de wet opengestelde rechtsgang. Brenninkmeijer spreekt in zijn dissertatie van ‘een negatief geformuleerde garantie van recht op toegang tot de rechter’. Als er krachtens positief recht een beroep op de rechter mogelijk is, kan een rechtssubject niet van deze rechter worden afgehouden.²³ Het recht kent een lange geschiedenis en de oorspronkelijke betekenis²⁴ is deels achterhaald. Uit de bepaling werd ook wel afgeleid een verbod op de instelling van bijzondere gerechten.²⁵ Het instellen van bijzondere gerechten is blijkens de grondwetsgeschiedenis echter niet (meer) in strijd met het *ius de non evocando*, mits die instelling op de wet berust.²⁶ Brenninkmeijer geeft aan dat het *ius de non evocando* heden ten dage nog twee aspecten omvat.²⁷ In de eerste plaats een verbod op handelingen waarmee een rechtssubject buiten staat wordt gesteld zich tot een rechter te wenden. Hierbij kan worden gedacht aan algemeen verbindend verklaring van een CAO-bepaling waarin de gang naar de

21 Zie *Kamerstukken II* 1975/76, 13 872 nr. 3, p. 48.

22 *Kamerstukken I* 1976/77, 13 872 en 13 873, nr. 55b, p. 46.

23 A.F.M. Brenninkmeijer, *De toegang tot de rechter. Een onderzoek naar de betekenis van onafhankelijke rechtspraak in een democratische rechtsstaat* (diss. Tilburg), Zwolle 1987, p. 71.

24 Onder meer de waarborg tegen onttrekking van een geschil aan de rechtsmacht van een *collegium parium* door ‘evocatie’ voor een vorstelijke rechtbank, zie nader C.W. van der Pot/D.J. Elzinga & R. de Lange, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer 2006, p. 426.

25 *Tekst & Commentaar Grondwet*, Deventer 2004, p. 17 (Bunschoten).

26 *Kamerstukken II* 1979/80, 16 162, nr. 8, p. 10.

27 Brenninkmeijer 1987, p. 72.

gewone rechter wordt afgesneden.²⁸ In de tweede plaats een verbod van willekeur met betrekking tot rechtspleging (bijvoorbeeld gelegenheidsrechtspraak). Het grondwetsartikel verbiedt niet dat men, bijvoorbeeld bij contract, afziet van een beroep op de rechter, zolang dat maar vrijwillig gebeurt.²⁹ Dat het recht op toegang tot de rechter op deze wijze inderdaad negatieve bescherming geniet is algemeen aanvaard. Probleem is echter dat wanneer de wet niet voorziet in een rechtsmiddel, dit negatieve recht geen soelaas biedt.

2.1.4 Het begrip 'rechter' in grondwettelijke zin

Over het begrip 'rechter', zoals dat ook wordt gebruikt in de hiervoor behandelde bepalingen van de Grondwet, zijn geen beschouwingen gehouden tijdens de parlementaire behandeling van de voorstellen tot grondwetswijziging. In de Grondwet wordt niet bepaald wat onder een rechter is te verstaan. Duidelijk is dat het begrip in ieder geval ook kan zien op rechters bij gerechten die niet tot de rechterlijke macht (over dit begrip hierna meer) worden gerekend.³⁰ Belangrijk om te vermelden is dat de term rechter in artikel 15 van de Grondwet volgens de regering – anders dan de Raad van State en oud-senator Jurgens – niet per se een *Nederlandse* rechter behoeft te zijn. De strekking van deze bepaling is immers dat er effectieve rechtsbescherming plaatsvindt en die kan in voorkomende gevallen ook worden geboden door een internationale rechter. Tekst noch geschiedenis van artikel 15 verzet zich ertegen dat deze effectieve rechtsbescherming wordt geboden door een internationale rechter.³¹ Een zelfde redenering is gevolgd – met dezelfde tegenspraak van Jurgens – ten aanzien van artikel 17 van de Grondwet bij het wetsvoorstel tot goedkeuring van het zogenaamde Lockerbie-verdrag. De strekking van dit grondrecht is – zo stelde de regering – namelijk dat er toegang tot *een* rechter bestaat.³²

2.1.5 Artikel 18: rechtsbijstand

Artikel 18 van de Grondwet bevat waarborgen ten aanzien van beroep op de rechter en rechtsbijstand. Op grond van het eerste lid van deze bepaling kan een ieder zich in rechte en in administratief beroep doen bijstaan. Hoewel artikel 18 de eerste

28 HR 8 juni 1951, *NJ* 1952, 144, m.nt. Veegens.

29 HR 27 oktober 1967, *NJ* 1968, 3.

30 Kortmann 1987, p. 112.

31 Zie met name de toelichting bij het wetsvoorstel tot goedkeuring Statuut Internationaal Strafhof. Volgens de regering kan dit – anders dan de Raad van State meent – dus ook zijn het Internationaal Strafhof, zie onder meer het nader rapport *Kamerstukken II* 2000/01, 27 484 (R1669), A, p. 5 en de memorie van toelichting *Kamerstukken II* 2000/01, 27 484 (R1669), nr. 3, p. 8-9. Volgens senator Jurgens moet dit een Nederlandse rechter zijn, waarmee sprake zou zijn van een afwijking van de Grondwet en noodzaak om de procedure van art. 91, derde lid, van de Grondwet te volgen. Zie onder meer *Kamerstukken I* 2000/01, 27 484 (R1669), nr. 237a, p. 9.

32 *Kamerstukken I* 1998/99, 26 221, nr. 6, p. 11 en nr. 36b, p. 2.

bepaling is in de rij van de in 1983 in de Grondwet opgenomen sociale grondrechten, heeft het eerste lid van deze bepaling juist trekken van een klassiek grondrecht. De garantie is beperkt tot procedures in rechte en administratief beroep. Of zij ook geldt voor de bezwaarschriftprocedure is onduidelijk, maar daar geldt in ieder geval de waarborg van artikel 2:1 Algemene wet bestuursrecht.³³ Opvallend is dat artikel 18 niet vermeldt door wie men zich mag laten bijstaan.³⁴ Het ontbreken van een beperkingsclausule betekent niet dat er geen voorwaarden kunnen worden gesteld, bijvoorbeeld ten aanzien van de hoedanigheid van de raadsman. Dergelijke procedurele regels mogen echter niet (feitelijk) tot gevolg hebben dat iemand zich in rechte of administratief beroep niet kan laten bijstaan.³⁵

Ingevolge het tweede lid van artikel 18 stelt de wet regels ten aanzien van het verlenen van rechtsbijstand aan minder draagkrachtigen. Dit is wel bij uitstek een sociaal grondrecht: het gaat om een opdracht aan de wetgever, die hij heeft uitgewerkt in de Wet op de rechtsbijstand, en niet om een in rechte afdwingbaar recht voor de justitiabelen. De bepaling biedt dan ook geen bescherming tegen verlagingen van het voorzieningenniveau op grond van de Wet op de Rechtsbijstand.³⁶

2.1.6 Hoofdstuk 6 van de Grondwet: rechtspraak

Hoofdstuk 6 van de Grondwet over de rechtspraak bevat diverse bepalingen die raken aan het recht op toegang tot de rechter, alhoewel geen van deze bepalingen een subjectief recht op toegang tot de rechter bevat (mogelijk met uitzondering van het hierna te behandelen recht op toegang tot de rechter in geval van vrijheidsbeneming, zie artikel 113, derde lid, van de Grondwet). De diverse artikelen in dit hoofdstuk worden niet in extenso behandeld. Er worden de meest opvallende elementen uitgelicht die mogelijk interessant zijn voor het recht op toegang tot de rechter en, meer in het bijzonder, het recht op een eerlijke procesvoering.

2.1.6.1 Artikel 112 (en 115): bevoegdheid rechter

De bevoegdheid van de rechter is van oudsher in de Grondwet vastgelegd.³⁷ Reeds in de Grondwet van 1815 was een competentiebepaling opgenomen waarin de rechterlijke macht exclusief bevoegd werd verklaard voor wat betreft, kort gezegd, burgerlijke twistgedingen.³⁸ De betekenis van de competentiebepaling was echter

33 *Tekst & Commentaar Grondwet* 2004, p. 37 (Bunschoten).

34 Van der Pot/Elzinga & De Lange 2006, p. 450.

35 *Kamerstukken II* 1976/77, 13 873, nr. 3, p. 8-9.

36 Vgl. Tj. Gerbranda & M. Kroes, *Grondrechten evaluatie-onderzoek, Eindrapport*, Leiden 1993, p. 283-288 en 333.

37 Vgl. Th.G.M. Simons, De rechterlijke bevoegdheid ingevolge artikel 112 van de Grondwet, in: *Gegeven de Grondwet, CZW-bundel*, Deventer 1988, p. 197-217.

38 Art. 165 Grondwet 1815: 'Alle twistgedingen over eigendom of daaruit voortvloeiende regten, over schuldvorderingen of burgerlijke rechten, behoren bij uitsluiting tot de kennis van de rechterlijke macht.'

omstreden.³⁹ Discussie bestond over de exacte interpretatie van de termen ‘schuld-vorderingen’ en ‘burgerlijke rechten’. Vooral de discussie of het begrip ‘schuldvor-dering’ ook publiekrechtelijke schuldvorderingen omvatte, leidde tot twijfels over de grondwettigheid van wetgeving waarin de berechting van geschillen over bepaalde schuldvorderingen werd opgedragen aan de administratieve rechter. Zoals bekend, heeft de Hoge Raad reeds in 1915 in het arrest *Guldemonde / Noordwijkerhout* bepaald dat de competentiebepaling uitgelegd dient te worden volgens de *objectum litis* leer, daarmee een zeer ruime bevoegdheid creërend voor de burgerlijke rechter.⁴⁰ De vraag naar de grondwettigheid was daarmee evenwel nog niet beantwoord. Ook de regering was zich van deze discussie bewust en meende daar bij de algehele Grond-wetsherziening van 1983 een einde aan te moeten maken nu volgens de regering ‘ten aanzien van een belangrijk onderwerp als de bevoegdheid van de rechterlijke macht geen onzekerheid mag bestaan.’⁴¹

In artikel 112, eerste lid, van de Grondwet van 1983, is daarom bepaald dat de berechting van geschillen over burgerlijke rechten en over schuldvorderingen is opgedragen aan de rechterlijke macht (waar artikel 116 Grondwet vervolgens bepaalt dat de formele wet regelt welke gerechten daartoe behoren). Het tweede lid van artikel 112 Grondwet bepaalt dat bij wet de berechting van geschillen die niet uit burgerlijke rechtsbetrekking zijn ontstaan, kan worden opgedragen aan de rechterlijke macht, dan wel gerechten die niet tot de rechterlijke macht behoren. Artikel 115 Grondwet bepaalt dat ten aanzien van dit laatste type geschillen eveneens administra-tief beroep opgesteld kan worden. Daarmee was er voor het eerst een grondwettelij-ke basis voor administratief beroep. Opgemerkt moet worden dat ten tijde van de grondwetsherziening nog werd beoogd dat dit administratieve beroep in plaats van een beroep op de rechter zou kunnen komen. Het Straatsburgse Benthem-arrest van 1985 heeft – als bekend – de betekenis van administratief beroep sterk geredu-ceerd.⁴² Al met al kan worden vastgesteld dat artikel 112 Grondwet geen subjectief recht op toegang tot de rechter biedt.⁴³

2.1.6.2 Artikel 113: strafrechtspraak

Een toevoeging bij de Grondwetswijziging in 1983 was de opname van een expliciete competentiebepaling voor de berechting van strafbare feiten: waar voorheen de Grondwet zweeg over bevoegdheid in strafzaken, werd nu (in artikel 113) expliciet vastgelegd dat de berechting van strafbare feiten is opgedragen aan de rechterlijke macht (eerste lid) en het opleggen van een straf van vrijheidsontneming uitsluitend door de rechterlijke macht kan geschieden (derde lid). De bepaling van het eerste

39 Zie daarover o.a. Kortmann 1987, p. 310-311 en A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet, Een systema-tisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer 2000, p. 522-523 (C.J. Bax).

40 HR 31 december 1915, *NJ* 1916, p. 407.

41 *Kamerstukken II* 1979/80, 16 162, nr. 3, p. 6.

42 Zie nader paragraaf 3.1.2 van deze bijdrage.

43 Vgl. F.M.C. Vlemminx, Meer grondwettelijke steun in de rug voor de bestuursrechter, *NJB* 1998, p. 235-236.

lid ziet niet op de oplegging van bestuurlijke sancties, zoals een bestuurlijke boete.⁴⁴ Bij de totstandkoming van het wetsvoorstel OM-afdoening is bovendien gebleken dat deze bepaling er niet aan in de weg staat dat het Openbaar Ministerie in eerste instantie onder voorwaarden zelf bepaalde strafbare feiten – zonder voorafgaande tussenkomst van een rechter – afdoet. De regering is onder meer van oordeel dat in dat geval immers geen sprake is van berechting van strafbare feiten in de zin van deze grondwetsbepaling.⁴⁵ Het derde lid maakt duidelijk dat er bij vrijheidsberoving een rechter aan te pas moet komen, waarmee er – zo zou men kunnen zeggen – een recht op toegang tot de rechter bestaat.

2.1.6.3 Artikel 116: inrichting rechterlijke macht

In artikel 116, eerste lid van de Grondwet ligt de wat rechtspraak betreft meest ingrijpende wijziging van de Grondwetsherziening 1983. Waar in de oude Grondwet de term ‘rechterlijke macht’ nog enkel sloeg op de ‘gewone’ rechterlijke macht (te weten, de kantongerechten, arrondissementsrechtbanken, gerechtshoven en de Hoge Raad), wordt het begrip ‘rechterlijke macht’ nu gebruikt om ‘alle rechterlijke instanties, die binnen onze rechtsorde een duurzame rechterlijke taak vervullen’ aan te duiden.⁴⁶ De Grondwet zelf bepaalt dus niet welke gerechten tot de rechterlijke macht behoren; dat is aan de formele wetgever overgelaten, overigens zonder delegatiemogelijkheid. Deze aanwijzing tot onderdeel van de rechterlijke macht heeft zijn beslag gekregen in de Wet op de Rechterlijke Organisatie, waar wordt bepaald dat de Hoge Raad, de gerechtshoven en de rechtbanken (alle sectoren daarvan) tot deze rechterlijke macht behoren.⁴⁷

Met deze ruime uitleg van het begrip ‘rechterlijke macht’ week de regering af van het voorstel van de staatscommissie. De regering achtte het onjuist de term nog langer te beperken tot – zoals de staatscommissie wilde – de ‘traditionele’ rechterlijke macht, ‘terwijl buiten deze rechterlijke instanties vele andere rechterlijke organen in onze samenleving met een omvangrijke en gewichtige rechtsprekende taak zijn belast.’⁴⁸ Daarbij verwees zij uitdrukkelijk naar de wenselijkheid om ook administratiefrechtelijke gerechten tot de rechterlijke macht te kunnen rekenen.⁴⁹ Het bezwaar van de staatscommissie dat daarmee de grondwettelijke onafhankelijkheidswaarborgen voor met name administratieve rechters afhankelijk zouden worden gesteld van nader overheidsingrijpen (namelijk de aanwijzing bij formele wet als onderdeel van de

44 *Kamerstukken II* 1979/80, 16 162, nrs. 3-4, p. 6-7 en 11. Kritisch daarover – mede vanwege het toenemende gebruik van bestuurlijke boetes – is R.J.G.M. Widdershoven, *De bestuurlijke boete in de Grondwet*, *NJB* 1998, p. 236-237.

45 Zie o.m. *Kamerstukken II* 2004/05, 29 849, nr. 3, p. 56-57; *Kamerstukken I* 2005/06, 29 849, C, p. 13.

46 *Kamerstukken II* 1979/80, 16 162, nr. 3, p. 4.

47 Art. 2 Wet RO; bijzondere kamers worden in enkele wetten aangewezen, zoals de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam als bedoeld in art. 66 Wet RO.

48 *Kamerstukken II* 1979/80, 16 162, nr. 3, p. 2.

49 *Kamerstukken II* 1979/80, 16 162, nr. 3, p. 5 en 16.

rechterlijke macht), werd van de hand gedaan door op te merken dat ‘in het voorgestelde systeem ligt besloten, dat die toepasselijkheid er in beginsel zal zijn.’⁵⁰ Een uitdrukkelijke uitspraak over de aanwijzing van administratiefrechtelijke gerechten, waaronder het College van Beroep voor het bedrijfsleven, wenste de regering niet te doen.⁵¹ Evenmin wilde de regering grondwettelijk vastleggen dat alle administratieve gerechten tot de rechterlijke macht zouden behoren, nu de regering wenste af te wachten wat de staatscommissie herziening rechterlijke organisatie zou adviseren en hoe de functie van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State zich verder zou ontwikkelen.⁵² Hoewel de regering stelde dat de wetgever de administratieve rechters in beginsel zou onderbrengen bij de ‘rechterlijke macht’,⁵³ is tot op heden geen van de speciale administratieve gerechten aangewezen als onderdeel van de rechterlijke macht.

2.1.6.4 Artikel 117 (116 lid 4): benoeming, ontslag en rechtspositie leden rechterlijke macht

Artikel 117 van de Grondwet beoogt de onafhankelijkheid van de leden van de rechterlijke macht die met rechtspraak zijn belast te waarborgen.⁵⁴ De waarborg bestaat uit drie concrete elementen. Ten eerste de benoeming voor het leven van deze leden van de rechterlijke macht.⁵⁵ Een tweede element is de regeling van ontslag op eigen verzoek en wegens leeftijd: de benoeming voor het leven staat niet in de weg aan ontslag op eigen verzoek en de wet kan een functionele leeftijdsgrens bepalen waarop ontslag wordt verleend. Welk orgaan bevoegd is het ontslag te verlenen, is niet nader in de Grondwet omschreven, maar hoeft niet op problemen te stuiten nu een ontslag op de genoemde gronden de onafhankelijkheid van de rechter niet aantast.⁵⁶ Een derde element van de regeling van de onafhankelijkheid van de rechter is de bepaling terzake van schorsing en ontslag. Dit kan alleen door de rechterlijke macht geschieden. In geval van ambtsmisdrijven of ambtsverzuim kan de wet gevallen bepalen waarin de met rechtspraak belaste leden van de rechterlijke macht kunnen worden geschorst en ontslagen. De schorsing en het ontslag dienen te gebeuren door een gerecht dat tot de rechterlijke macht behoort. Een garantie dat het een rechter in hoogste ressort betreft, is evenwel niet opgenomen. Het vierde lid van artikel 117 Grondwet bepaalt dat voor het overige de rechtspositie in de wet geregeld wordt, waarbij delegatie mogelijk is. De bepaling is een verruiming ten opzichte van de oude bepaling die slechts stelde dat de wet de bezoldiging regelt.

50 *Kamerstukken II* 1979/80, 16 162, nr. 3, p. 17.

51 *Kamerstukken II* 1979/80, 16 162, nr. 11, p. 2.

52 *Kamerstukken II* 1979/80, 16 162, nr. 8, p. 6-7.

53 *Kamerstukken II* 1979/80, 16 162, nr. 3, p. 5 en 19.

54 *Kamerstukken II* 1979/80, 16 162, nr. 3, p. 19.

55 Hetzelfde geldt voor de P-G bij de Hoge Raad. Dat hangt samen met zijn rol bij de vervolging van ambtsmisdrijven, zoals vervat in de Wet op de ministeriële verantwoordelijkheid.

56 *Kamerstukken II* 1979/80, 16 162, nr. 8, p. 20.

Tot slot bepaalt het vierde lid van artikel 116 nog dat het toezicht op de ambtsvervulling van leden van de rechterlijke macht met rechtspraak belast geregeld moet worden door de wet. De waarborg ligt daar met name besloten in het feit dat de Grondwet bepaalt dat dit toezicht een interne aangelegenheid is.⁵⁷ Hoewel de wet het toezicht regelt, is immers in de Grondwet al wel bepaald dat dit toezicht dient te gebeuren door leden van de rechterlijke macht met rechtspraak belast.

Met de drie besproken bepalingen, in combinatie met het wat algemener geformuleerde vierde lid van artikel 117 en het vierde lid van artikel 116, bevat de Grondwet ruime waarborgen voor de persoonlijke (rechtspositionele) onafhankelijkheid van de leden van de rechterlijke macht, aldus Bovend'Eert.⁵⁸ Hij geeft echter aan dat de regering bij de grondwetsherziening ten onrechte heeft aangenomen dat rechtspositionele waarborgen voldoende zijn om de onafhankelijkheid van de rechter te waarborgen. Daarvoor is namelijk ook het bieden van waarborgen voor zakelijke (functionele) onafhankelijkheid nodig. De beslissingsvrijheid van de rechter, een verbod op kritiek van Kamerleden of ministers zolang de zaak *sub judice* is en de regel dat geen ambt van de uitvoerende of wetgevende macht de rechter aanwijzingen kan geven zijn evenwel niet grondwettelijk vastgelegd.⁵⁹

Ook moet worden aangetekend dat de hier vermelde onafhankelijkheidswaarborgen enkel zien op leden van de rechterlijke macht. Lekenrechters vallen wel onder de bepaling in artikel 116, vierde lid, maar worden niet beschermd door artikel 117 van de Grondwet. Leden van gerechten die niet tot de rechterlijke macht behoren, zoals leden van de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, ontberen grondwettelijke onafhankelijkheidswaarborgen.⁶⁰ Een uitzondering geldt echter voor de leden van de Raad van State (ook de rechtsprekende leden): voor hen zijn in artikel 74 en 75 van de Grondwet gelijklopende onafhankelijkheidswaarborgen opgenomen. Overigens kan nog worden gewezen op een extra waarborg ten aanzien van de leden van de Hoge Raad: in artikel 118, eerste lid Grondwet is bepaald dat de benoeming van de leden van de Hoge Raad gebeurt uit een voordracht van drie personen, opgemaakt door de Tweede Kamer. De regering is in dat geval niet vrij in haar keuze.

2.1.6.5 Artikel 121: openbaarheid en motivering van vonnissen

Artikel 121 Grondwet bevat achtereenvolgens drie waarborgen voor 'behoorlijke' rechtspraak: de openbaarheid van de terechtzittingen, de motiveringsplicht en de openbaarheid van de uitspraak. In de memorie van toelichting is daarbij aangegeven dat het begrip 'terrechtzitting' duidt op zittingen van de gerechten behorende tot de

57 P.P.T. Bovend'Eert m.m.v. C.A.J.M. Kortmann, *Rechterlijke organisatie, rechters en rechtspraak*, Alphen aan de Rijn 2008, p. 18.

58 Bovend'Eert 2008, p. 18.

59 Bovend'Eert 2008, p. 21 en 23.

60 Zie daarover ook Bovend'Eert 2008, p. 11.

rechterlijke macht.⁶¹ Daarmee geldt de eis van openbaarheid van de terechtzitting niet voor administratieve gerechten die niet tot de rechterlijke macht behoren, evenmin als voor zittingen in administratief beroep. De oude uitzonderingsmogelijkheid dat de rechter in het belang van de openbare orde en zedelijkheid van openbaarheid af kan zien, is komen te vervallen; de mogelijkheid van uitzonderingen bij de wet is evenwel gehandhaafd.

Voor de motiveringsplicht bestaat eveneens de mogelijkheid om uitzonderingen bij de wet te bepalen. De regering wijkt daarmee uitdrukkelijk af van hetgeen de staatscommissie voorstelde: volgens de staatscommissie was het in het belang van de verstaanbaarheid van de rechtspraak dat de motiveringsplicht onverkort zou gelden.⁶² Hoewel de regering het belang van motivering van het vonnis onderkent, zijn er volgens haar gevallen waarin de plicht tot motivering niet tot haar recht kan komen, zoals bij mondelinge vonnissen.⁶³ Tot slot bepaalt artikel 121 dat de uitspraak in het openbaar dient te geschieden. Onder verwijzing naar artikel 6 EVRM geeft de regering aan, in navolging van de staatscommissie, dat te dier zake geen uitzondering kan worden toegelaten.⁶⁴ Daarbij verdient nog opmerking dat in dit geval onder de term ‘vonnissen’ ook de beslissingen van de administratieve rechters worden begrepen.⁶⁵

2.3 Resumé

Het voorgaande laat zien dat het recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces niet uitdrukkelijk als een subjectief recht in de Grondwet is opgenomen. De vraag of dat wel zou moeten is ook geen voorwerp geweest van debat. Dit neemt niet weg dat de huidige Grondwet – zij het zeer versnipperd – wel elementen van het recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces beschermt. Soms in de vorm van een grondrecht in hoofdstuk 1, zoals het recht op *habeas corpus*, het recht op rechtsbijstand en het *ius de non evocando* (dat slechts bescherming biedt tegen het beperken van het gebruik van een reeds bij wet voorzien rechtsmiddel maar niet tegen het ontbreken daarvan), maar meestal als instructienorm in het kader van hoofdstuk 6. Zo is in dat laatste hoofdstuk bepaald dat vrijheidsbenemende straffen alleen door de rechterlijke macht kunnen worden opgelegd. Ook zijn in dat hoofdstuk waarborgen opgenomen voor de persoonlijke onafhankelijkheid van de leden van rechterlijke macht en de motivering van vonnissen. Probleem hierbij is echter dat deze waarborgen – op de openbaarheid van uitspraken na – alleen gelden wanneer

61 *Kamerstukken II* 1979/80, 16 162, nr. 3, p. 21.

62 Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet (Cie Cals/Donner), *Eindrapport*, 's-Gravenhage 1971, p. 275.

63 *Kamerstukken II* 1979/80, 16 162, nr. 3, p. 22.

64 *Kamerstukken II* 1979/80, 16 162, nr. 3, p. 23.

65 *Kamerstukken II* 1979/80, 16 162, nr. 3, p. 22-23.

het gaat om gerechten die door de formele wetgever zijn aangewezen als onderdeel van de rechterlijke macht, zodat er geen daadwerkelijke grondwettelijke garantie bestaat terzake.⁶⁶ Dat is praktisch ook een punt nu verschillende hoogste bestuursrechters niet zijn aangewezen als onderdeel van de rechterlijke macht. Bovendien bevat de Grondwet geen waarborg voor de institutionele onafhankelijkheid. Ten slotte bevat hoofdstuk 6 wel een – nog steeds weinig inzichtelijke – regeling van de bevoegdheid van diverse gerechten, maar daaruit valt niet een recht op toegang tot de rechter af te leiden. Daarvoor is de justitiabele afhankelijk van een regeling in formele wetgeving.

3 De Europese en internationale bescherming

3.1 Bescherming van het recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces onder het EVRM

3.1.1 Algemeen

Artikel 6 EVRM, waarin het recht op een eerlijk proces is neergelegd, is door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (verder EHRM of Hof) ontwikkeld tot een van de belangrijkste verdragsrechten.⁶⁷ Om te beginnen met het arrest *Golder* uit 1975, waarin het Hof een recht op toegang tot de rechter in artikel 6 EVRM las hoewel dat niet expliciet in de tekst van het artikel is te vinden.⁶⁸ Vanzelfsprekend is een recht op toegang tot de rechter in een rechtsstaat een essentiële voorwaarde om materiële rechten te kunnen verwezenlijken. Dit recht op toegang tot de rechter moet eveneens effectief zijn, zodat er onder omstandigheden ook gefinancierde rechtsbijstand beschikbaar moet zijn.⁶⁹ Verdragsstaten mogen beperkingen stellen aan het recht op toegang tot de rechter, bijvoorbeeld ten aanzien van handelingsonbekwamen, zolang de kern van dit recht niet wordt aangetast.⁷⁰ Hieruit blijkt dat onnodige drempels, zoals excessieve formaliteiten⁷¹ en ontvankelijkheidsvoorwaarden die geen legitiem doel dienen,⁷² uit den boze zijn. Ook mag de regeling van de toegang tot de rechter niet (onnodig) ingewikkeld en onoverzichtelijk zijn voor de burger.⁷³ Het enkele bestaan van griffierechten en het ontbreken van volle-

66 Vgl. J.B.J.M. ten Berge & A.M. Hol (red.), *De onafhankelijke rechter*, Den Haag 2007.

67 Vgl. Hirsch Ballin 1983.

68 EHRM 21 februari 1975, *Golder t. Verenigd Koninkrijk*, NJ 1975, 462, m.nt. Alkema.

69 EHRM 9 oktober 1979, *Airey t. Ierland*, NJ 1980, 376, m.nt. Alkema.

70 Zie bijv. EHRM 24 oktober 1979, *Winterwerp t. Nederland*, NJ 1980, 114, m.nt. Alkema.

71 EHRM 28 juni 2005, *Zednik t. Tsjechië*, EHRC 2005, 94, m.nt. Fernhout en meer recent EHRM 24 mei 2006, *Liakopoulou t. Griekenland*, AB 2006, 257, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

72 EHRM 11 januari 2001, *Platakou t. Griekenland*, EHCR 2001, 17, m.nt. Heringa.

73 EHRM 16 december 1992, *De Geouffre de la Pradelle t. Frankrijk*, NJCM-Bulletin 1993, p. 330 e.v., m.nt. Van der Velde.

dig kosteloze rechtsbijstand in civiele zaken, is op zichzelf niet in strijd met artikel 6 EVRM;⁷⁴ onredelijk hoge griffierechten⁷⁵ en het ontbreken van gefinancierde rechtsbijstand voor personen die zelf onvoldoende financiële middelen hebben terwijl rechtsbijstand wel nodig is voor een behoorlijke rechtspleging⁷⁶ zijn dat wel. Hetzelfde geldt voor bezwaar-, beroep- en verjaringstermijnen: dergelijke termijnen zijn toegestaan ter bevordering van de rechtszekerheid,⁷⁷ maar ze mogen niet zodanig kort zijn dat *de facto* geen toegang tot de rechter heeft opengestaan.⁷⁸

Het sluitstuk van het recht op toegang tot de rechter is dat er de mogelijkheid tot effectieve tenuitvoerlegging van uitspraken dient te zijn: partijen (de overheid in het bijzonder) mogen zich niet onttrekken aan een bindende rechterlijke beslissing.⁷⁹

Ook de vernietiging van een definitieve en bindende gerechtelijke beslissing door een hogere rechter om de enkele reden dat deze het niet eens is met de beoordeling van het lagere gerecht, doet afbreuk aan het recht op toegang tot de rechter. Een dergelijke algemene vernietigingsmogelijkheid, zeker wanneer deze niet is gebonden aan een tijdslimiet en wanneer de vernietiging gebeurt op verzoek van een 'State official',⁸⁰ belemmert niet alleen het recht op toegang tot de rechter, maar zou ook afbreuk doen aan de rechtszekerheid, terwijl rechtszekerheid een wezenlijk element is van de rechtsstaat.⁸¹

Nauw samenhangend met het recht op toegang tot de rechter, is de kwestie van de *omvang van de rechterlijke toetsing*. Artikel 6 EVRM vereist immers niet alleen toegang tot de rechter, maar ook dat deze rechter de bevoegdheid heeft alle voor het geschil relevante kwesties betreffende de feiten en het recht te onderzoeken. Zo acht het EHRM in de zaak *Terra Woningen* het feit dat de kantonrechter zich in casu geen eigen oordeel had gevormd over eventuele bodemverontreiniging in strijd met dit aspect van het recht op toegang tot de rechter uit artikel 6 EVRM.⁸² Dit zogenaamde recht op 'full jurisdiction' vormt volgens de Straatsburgse jurisprudentie een wezenskenmerk van het recht op toegang tot de rechter uit artikel 6 lid 1 EVRM.

74 EHRM 19 juni 2001, Kreuz t. Polen, *EHRC* 2001, 54, m.nt. Heringa; EHRM 9 oktober 1979, *Airey t. Ierland*, *NJ* 1980, 376, m.nt. Alkema.

75 EHRM 19 juni 2001, Kreuz t. Polen, *EHRC* 2001, 54, m.nt. Heringa.

76 Daarbij wordt onder meer gekeken naar de belangen die voor de procespartij op het spel staan, de complexiteit van de wetgeving en de procedure en de mate waarin de procespartij in staat is om zichzelf effectief te verdedigen. Zie o.m. EHRM 15 februari 2005, Steel en Morris t. Verenigd Koninkrijk, *NJ* 2006, 39, m.nt. Dommering en EHRM, 9 oktober 1979, *Airey t. Ierland*, *NJ* 1980, 376, m.nt. Alkema.

77 EHRM 22 oktober 1996, Stubbings t. Verenigd Koninkrijk, *NJ* 1997, 449, m.nt. De Boer, *NJCM-Bulletin* 1997, p. 287 e.v., m.nt. Loenen.

78 EHRM 6 december 2001, Yagtzilar e.a. t. Griekenland, *EHCR* 2002, 5.

79 EHRM 19 maart 1997, Hornsby t. Griekenland, *JB* 1997, 98, m.nt. Heringa, *NJ* 1998, 434.

80 EHRM 18 januari 2007, Kot t. Rusland.

81 EHRM 28 oktober 1999, Brumarescu t. Roemenië.

82 EHRM 17 december 1996, *Terra Woningen BV t. Nederland*, *NJCM-Bulletin* 1997, p. 617 e.v., m.nt. Viering.

3.1.2 Toepassingsbereik artikel 6 EVRM

Het EHRM hanteert een zogenaamde autonome, van nationale rechtsstelsels onafhankelijke, uitleg, teneinde de reikwijdte van dit verdragsartikel te bepalen. De diverse waarborgen van een eerlijk proces, zoals gegarandeerd door artikel 6 EVRM, gelden bij de vaststelling van ‘civil rights and obligations’ (‘burgerlijke rechten en verplichtingen’) en terzake van een ‘criminal charge’ (‘strafvervolging’). De uitleg van de zojuist genoemde termen is derhalve bepalend voor de vraag of men zich op de garanties van artikel 6 EVRM kan beroepen.

Onder *civil rights and obligations* vallen volgens autonome Straatsburgse uitleg vrijwel alle civielrechtelijke en bestuursrechtelijke geschillen.⁸³ Het gaat hierbij om naar nationaal recht erkende of verdedigbare rechten en verplichtingen, waarbij niet doorslaggevend is of een geschil naar nationaal recht als civielrechtelijk wordt gezien.⁸⁴ Dit betekent dat vrijwel alle geschillen onder het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM vallen, met uitzondering van geschillen over politieke rechten als het kiesrecht,⁸⁵ geschillen met betrekking tot de toelating en uitzetting van vreemdelingen,⁸⁶ fiscale procedures⁸⁷ en (arbeidsrechtelijke) geschillen van ambtenaren voor zover naar nationaal recht toegang voor deze categorie van ambtenaren tot de rechter uitdrukkelijk is uitgesloten en deze uitsluiting op objectieve gronden van staatsbelang gerechtvaardigd kan worden.⁸⁸ Op deze beperkingen wordt terecht kritiek uitgeoefend omdat ook in de uitgezonderde zaken de rechtspositie van een individu aan de orde is en niet duidelijk is waarom daar niet eveneens het recht op een eerlijk proces van artikel 6 EVRM zou moeten gelden.⁸⁹

Daarnaast heeft het Hof ook het begrip ‘criminal charge’ op ruime en autonome wijze uitgelegd, waardoor daaronder in beginsel ook bestuurlijke (en dus ook fiscale) sancties vallen tenzij deze, zoals bestuursdwang, de last onder dwangsom en in bepaalde gevallen de intrekking van een vergunning, een zuiver reparatoir karakter hebben en niet zijn gericht op afschrikking en leedtoevoeging.⁹⁰ Het Hof heeft daarmee voorkomen dat staten zich door het overhevelen van sancties van het

83 Zie o.m. M.L.W.M. Viering, *Het toepassingsgebied van artikel 6 EVRM* (diss. Nijmegen), Zwolle 1994.

84 EHRM 23 oktober 1985, Benthem t. Nederland, *NJCM-Bulletin* 1985, p. 669 e.v., m.nt. Heringa & Zwart, *NJ* 1986, 102, m.nt. Alkema, *AB* 1986, 1, m.nt. Hirsch Ballin.

85 EHRM 21 oktober 1997, Pierre-Bloch t. Frankrijk.

86 EHRM 5 oktober 2000, Maaouia t. Frankrijk, *NJ* 2002, 424, *NJCM-Bulletin* 2001, p. 762 e.v., m.nt. Kuijer, *EHRC* 2000, 84, m.nt. Heringa.

87 EHRM 12 juli 2001, Ferrazzini t. Italië, *AB* 2005, 400, m.nt. Barkhuysen, *NJ* 2004, 435, m.nt. Alkema, *NJCM-Bulletin* 2002, p. 400 e.v., m.nt. Bender & Douma, *EHRC* 2001, 57, m.nt. Heringa.

88 EHRM, 19 april 2007, Eskelinen e.a. t. Finland, *EHRC* 2007, 82, m.nt. Geurink, *NJ* 2007, 375, m.nt. Alkema, *AB* 2007, 317, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

89 Zie bijv. P. van Dijk, De toegang tot de rechter – Een Straatsburgse springprocessie, *NJCM-Bulletin* 2003, p. 945-961.

90 EHRM 21 februari 1984, Öztürk t. Duitsland, *NJ* 1988, 937, m.nt. Alkema. Vgl. EHRM 7 juli 1989, Tre Traktörer Aktiebolag t. Zweden.

strafrecht naar het bestuursrecht zouden kunnen onttrekken aan de vereisten van artikel 6 EVRM ten aanzien van ‘criminal charges’. Onder een ‘charge’ wordt verstaan de officiële mededeling dat iemand wordt verdacht van een overtreding of een andere maatregel waaruit blijkt dat op de betrokkene een verdenking rust die zijn inhoudelijke positie raakt.⁹¹ Vanaf het moment dat er sprake is van een ‘charge’, zijn de (specifieke) vereisten van artikel 6 EVRM op dit punt van toepassing.

3.1.3 Overige relevante rechtsnormen uit artikelen 6 en 13 EVRM

In het bestek van deze feestelijke bijdrage voert het te ver uitgebreid alle overige uit artikel 6 voortvloeiende (procedurele) vereisten te behandelen. Volstaan wordt dan ook met een korte opsomming daarvan.

Om te beginnen de overige algemene vereisten op grond van artikel 6 lid 1 EVRM. In de eerste plaats eist deze bepaling dat sprake is van een openbaar proces. Verder moet er sprake zijn van een behandeling binnen een redelijke termijn. In artikel 6 lid 1 EVRM wordt verder de eis van een eerlijk proces gesteld. Op basis van dit vereiste is een uitgebreide jurisprudentie tot stand gekomen. Daaruit volgt dat sprake moet zijn van een eerlijke en gelijke behandeling (‘equality of arms’) hetgeen impliceert dat partijen moeten worden gehoord, dat er een debat op tegenspraak plaatsvindt, dat er een regeling omtrent bewijs bestaat, dat er toegang is tot de relevante stukken en dat een reactie kan worden gegeven op een conclusie van een Advocaat-generaal. Ook bestaat de verplichting tot motivering van een rechterlijke uitspraak. Artikel 6 lid 1 EVRM vereist, ten slotte, ook toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter.⁹²

Wanneer er een ‘criminal charge’ aan de orde is gelden aanvullende vereisten. Artikel 6 EVRM verzet zich niet tegen het opleggen van sancties die een ‘criminal charge’ inhouden door het bestuur, maar wel moet daartegen rechterlijk beroep open staan conform artikel 6 lid 1 en ook dienen de eisen van artikel 6 leden 2 en 3 in acht te worden genomen.⁹³ Artikel 6 lid 2 EVRM garandeert ten aanzien van procedures die een ‘criminal charge’ betreffen het vermoeden van onschuld. Daarnaast leest het EHRM in deze bepaling het *nemo tenetur*-beginsel (zwijgrecht) in. Voor dergelijke procedures kent artikel 6 lid 3 EVRM nog een set extra waarborgen: recht op informatie over de tenlastelegging, recht op voldoende tijd en faciliteiten voor de verdediging, het recht zichzelf te verdedigen en het recht op bijstand door een raadsman, het recht op het (doen) oproepen van getuigen en het (doen) ondervragen van getuigen à charge en à décharge alsmede het recht op een tolk.

91 EHRM 10 december 1982, Foti e.a. Italië; EHRM 22 mei 1998, Hozee t. Nederland.

92 Zie met nadere verwijzingen onder meer J. vande Lanotte & Y. Haeck (eds.), *Handboek EVRM, Deel 2 Artikelsgewijze Commentaar Volume I*, Antwerpen/Oxford 2004, p. 371-652; T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Rechtsbescherming tegen de overheid en het EVRM, TMA* 2006, p. 130-142.

93 Vgl. EHRM 21 februari 1984, Öztürk t. Duitsland, *NJ* 1988, 937, m.nt. Alkema.

Verder dient de rechter in geval van een maatregel die een ‘criminal charge’ inhoudt indringend te toetsen of de feiten de oplegging van deze maatregel rechtvaardigen en eveneens vol de evenredigheid ervan te toetsen.⁹⁴

In de zaak *Jussila t. Finland* maakt het EHRM duidelijk dat er in ‘criminal charge’-zaken wel kan worden gedifferentieerd in het gewenste niveau van rechtsbescherming al naar gelang de kwestie die aan de orde is.⁹⁵ Het Hof overweegt om te beginnen dat de procedurele rechten van artikel 6 EVRM niet absoluut zijn, zodat beperkingen zijn toegestaan. Voorts stelt het Hof dat geschillen over belastingverhogingen niet behoren tot ‘the hard core of criminal law’. Het verwijst hierbij naar zijn eigen autonome interpretatie van het begrip ‘criminal charge’, waardoor steeds meer terreinen die klassiek niet tot het strafrecht behoren toch het predikaat ‘criminal charge’ hebben gekregen. Als voorbeelden noemt het Hof naast het belastingrecht, bestuurlijke (verkeers)boeten, het penitentiair recht, het douanerecht en het mededingingsrecht. In de ogen van het Hof gaat het hier om zaken die niet hetzelfde stigma als het klassieke strafrecht met zich brengen. Dit betekent dat niet zonder meer alle (‘criminal charge’-) waarborgen van artikel 6 EVRM, zoals het houden van een hoorzitting, in dit soort zaken hoeven te worden toegepast. De Grote Kamer kiest hier dus wel voor differentiatie – waarbij we uit de genoemde voorbeelden opmaken dat deze niet beperkt is tot de belastingmaatregelen zoals die in casu aan de orde zijn – terwijl het bij het plakken van het etiket ‘criminal charge’ geen nader onderscheid maakt.

Naast artikel 6 EVRM biedt artikel 13 EVRM een meer specifiek recht op effectieve rechtsbescherming waar het betreft vermeende schendingen van EVRM-rechten. De eisen die aan deze rechtsbescherming worden gesteld zijn – zo kan voor het doel van deze bijdrage worden gesteld – goeddeels vergelijkbaar met die onder artikel 6 EVRM. Aangezien de meeste geschillen onder het toepassingsbereik vallen van artikel 6 EVRM heeft artikel 13 daar geen toegevoegde waarde. Dit is echter anders op die terreinen die wel zijn uitgezonderd zoals het vreemdelingenrecht (via artikel 2, 3 en 8 EVRM) en het belastingrecht (via artikel 1 EP EVRM het eigendomsrecht).⁹⁶

3.1.4 *Wie kunnen zich op artikel 6 EVRM beroepen?*

Naast natuurlijke personen kunnen ook privaatrechtelijke rechtspersonen zich op artikel 6 EVRM beroepen; voor publiekrechtelijke rechtspersonen staat het individuele klachtrecht ingevolge artikel 34 EVRM niet open.⁹⁷ De vraag of publiekrechtelijke rechtspersonen de waarborgen van artikel 6 EVRM in kunnen roepen in nationale

94 Zie nader T. Barkhuysen, *Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht*, *Preadvies VAR*, Den Haag 2004, p. 61-64.

95 EHRM 23 november 2006, *Jussila t. Finland*, *AB* 2007, 51, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik, *NJCM-Bulletin* 2007, p. 167 e.v., m.nt. Den Houdijker.

96 Vgl. Barkhuysen 1998.

97 Zie art. 34 EVRM en voor een geval in de jurisprudentie EHRM 1 februari 2001, *Ayuntamiento de Mula t. Spanje* (ontv. besl.).

procedures, wordt daarmee overgelaten aan de nationale rechter. De jurisprudentie van de Hoge Raad is op dat punt niet compleet eenduidig,⁹⁸ maar in de literatuur wordt er algemeen van uitgegaan dat grond- en mensenrechten niet door publiekrechtelijke rechtspersonen kunnen worden ingeroepen.⁹⁹

3.2 IVBPR

Het equivalent van artikel 6 EVRM op VN-niveau is artikel 14 IVBPR. Deze bepaling biedt in grote lijnen niet meer waarborgen dan artikel 6 EVRM, zij het dat het toezichthoudend comité nog in het midden heeft gelaten of het zich al dan niet aansluit bij de uitzonderingen die het EHRM heeft gemaakt op het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM in geval van geschillen over 'civil rights and obligations'. Anders dan in artikel 6 EVRM is in artikel 14 lid 3 onder g IVBPR wel expliciet het recht opgenomen dat een ieder die wordt vervolgd voor een strafbaar feit, het recht heeft niet te worden gedwongen tegen zichzelf te getuigen of een bekentenis af te leggen. Zoals hiervoor al is gebleken, heeft het EHRM een dergelijk recht echter wel ingelezen in artikel 6 EVRM. Anders dan artikel 6 EVRM kent artikel 14 lid 5 IVBPR ook een recht op hoger beroep in strafzaken (een recht dat ook is opgenomen in het door Nederland niet geratificeerde Zevende Protocol bij het EVRM).¹⁰⁰

3.3 EU¹⁰¹

Ten slotte is het interessant om te bezien op welke wijze het recht op toegang tot de rechter is opgenomen in het EU-Grondrechtenhandvest. Dit is immers een meer moderne bepaling dan artikel 6 EVRM en artikel 14 IVBPR. Bovendien krijgt dit Handvest – hoewel het niet bindend is – in de jurisprudentie van de Luxemburgse rechters een groeiende betekenis.¹⁰² Deze zal alleen nog maar groter worden wan-

98 In HR 8 juli 2005, *AB* 2006, 17, m.nt. Jansen, erkent de Hoge Raad dat een gemeente een beroep kan doen op de redelijke termijn van art. 6 EVRM. In zijn annotatie wijst Jansen echter op HR 6 februari 1986 (*ARAL/Den Haag*), *AB* 1987, 272, m.nt. Van der Burg als standaardarrest, waarin (uitgebreider gemotiveerd dan het arrest van 2005) is bepaald dat gemeenten juist geen beroep toekomt op art. 6 EVRM. Zie nader A.G. Maris, *Grondrechten tegen, jegens en voor de overheid*, Deventer 2008.

99 Zie onder meer M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen & R.J.G.M. Widdershoven, *Beginnelsen van de democratische rechtsstaat*, Alphen aan den Rijn 2006, p. 124.

100 Zie nader M. Nowak, *CCPR Commentary*, Kehl 2005, p. 302-357. P. van Dijk, *De op Nederland rustende internationale verplichtingen ter zake van een behoorlijke rechtspraak*, *Preadvies NJV*, Zwolle 1983, p. 62-67 noemt als kleine verschillen met art. 6 EVRM nog dat in art. 14 IVBPR expliciet het beginsel staat dat alle personen voor de rechter gelijk zijn en dat de rechter ook 'competent' moet zijn.

101 Gemakshalve is in deze bijdrage gekozen voor het verzamelbegrip EU-recht, daarmee voorbijgaand aan het nog steeds relevante onderscheid daarvan met het EG-recht.

102 Vgl. HvJ EG 3 september 2008, Kadi, gevoegde zaken C-402/05P en C-315/05P, nng.

neer het Handvest conform het Verdrag van Lissabon bindend zou worden. Dan zullen de EU-instellingen en de lidstaten waar zij EU-recht ten uitvoer leggen ook formeel aan de grondrechten neergelegd in dit Handvest gebonden zijn. Overigens geldt binnen de EU thans ook al een bindende bescherming van het recht op toegang tot de rechter en effectieve rechtsbescherming, nu dit erkend is als een beginsel van gemeenschapsrecht.¹⁰³ Artikel 47 Handvest waarborgt uitdrukkelijk – anders dan de letterlijke tekst artikel 6 EVRM – het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht. Deze bepaling biedt een vergelijkbare bescherming als artikel 6 lid 1 EVRM. Bijzonder is wel dat het recht op toegang tot de rechter volgens de toelichting bewust niet alleen van toepassing is op geschillen over ‘civil rights and obligations’ (en ‘criminal charges’) maar op het hele recht van de Unie. Daartoe verwijst de toelichting naar jurisprudentie van het HvJ EG waarin wordt overwogen dat het recht op toegang tot de rechter in brede zin van toepassing moet zijn omdat de Unie een ‘rechtsgemeenschap’ is.¹⁰⁴ Opvallend is ook dat in artikel 47 Handvest de *Airey*-jurisprudentie van EHRM wordt gecodificeerd. De laatste zin van deze bepaling luidt: ‘Rechtsbijstand wordt verleend aan diegenen die niet over toereikende financiële middelen beschikken, voorzover die bijstand noodzakelijk is om de daadwerkelijke toegang tot de rechter te waarborgen.’ In artikel 47 Handvest is deze lijn ook doorgetrokken ten aanzien van het recht om zich te laten adviseren, verdedigen en vertegenwoordigen in alle geschillen, dat in artikel 6 EVRM alleen expliciet voor het strafrecht is opgenomen en voor het overige (in beperktere zin) uit de jurisprudentie moet worden afgeleid. Voorts is in artikel 47 Handvest uitdrukkelijk opgenomen dat het moet gaan om een gerecht dat ‘vooraf’ bij de wet is ingesteld (artikel 6 EVRM spreekt alleen van ‘bij de wet’), hetgeen een garantie kan bieden tegen gelegenheidsrechtspraak. Artikel 48 Handvest legt het vermoeden van onschuld en de rechten van de verdediging in strafzaken vast. Deze bepaling biedt een vergelijkbare bescherming als artikel 6 lid 2 en 3, zij het dat artikel 6 lid 3 deze rechten preciezer uitwerkt, hetgeen bij het Handvest in de Toelichting gebeurt. Voor het strafrecht en het bestuurlijke boeterecht is ten slotte interessant dat artikel 49 lid 3 Handvest expliciet bepaalt dat een straf niet onevenredig mag zijn aan het strafbare feit.

103 Het HvJ EG heeft dit recht erkend als een algemeen beginsel van het recht van de Unie in zijn arrest van 15 mei 1986, *Johnston*, zaak 222/84, *Jurispr.* 1986, p. 1651; zie ook de arresten van 15 oktober 1987 in zaak 222/86, *Heylens*, *Jurispr.* 1987, p. 4097 en van 3 december 1992 in zaak C-97/91, *Borelli*, *Jurispr.* 1992, p. I-6313. Vgl. A. Ward, Access to justice, in: S. Peers & A. Ward (eds.), *The European Union Charter of Fundamental Rights*, Oxford 2004, p. 123-140.

104 HvJ EG 23 april 1986, *Les Verts t. Europees Parlement*, zaak 294/83, *Jurispr.* 1986, p. 1339.

3.4 Resumé

Uit het voorgaande blijkt dat het recht op toegang tot de rechter en op een eerlijke procesvoering zowel op het Europese (EVRM en EU) als internationale (VN) niveau in ruime mate en – zeker als daar de jurisprudentie bij wordt betrokken – vrij gedetailleerd zijn verzekerd. Artikel 6 EVRM – zoals uitgewerkt in de Straatsburgse rechtspraak – biedt een subjectief recht op toegang tot de rechter en vele garanties voor een eerlijke procesvoering. Tot nu toe worden echter wel bepaalde typen van geschillen uitgesloten van de bescherming van artikel 6 EVRM. Artikel 14 IVBPR lijkt vrijwel dezelfde reikwijdte te hebben als zijn Straatsburgse evenknie. De relevante bepalingen in het EU-grondrechtenhandvest (artikelen 47 t/m 49) steken de artikel 6 EVRM-eisen in een moderner jasje. Zo wordt er letterlijk gesproken van een recht op een doeltreffende voorziening in rechte. Bovendien gelden de door het EHRM aangenomen uitzonderingen op de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM (bijv. ten aanzien van de toelating en uitzetting van vreemdelingen en geschillen over belasting-schulden) niet. Het Handvest is echter vooralsnog niet juridisch bindend, zij het dat bepaalde elementen eruit reeds voortvloeien uit de Luxemburgse rechtspraak en bepalingen ervan steeds vaker worden genoemd door het HvJ EG en het Gerecht van Eerste Aanleg. Maar ook dan gelden de EU-waarborgen alleen voorzover lidstaten EU-recht ten uitvoer leggen.

Er vallen derhalve vele en gedetailleerde eisen in verband met het recht op toegang tot de rechter en op een eerlijk proces uit het – bindende – Europese en internationale recht af te leiden, zij het dat een aantal geschillen vooralsnog niet onder deze bescherming valt. Bovendien zijn vele nadere eisen ontwikkeld in de jurisprudentie die niet direct te lezen zijn in de relevante bepalingen, waarmee de rechtszekerheid in het geding kan zijn.

4 Codificatie opportuun?

4.1 Argumenten voor en tegen codificatie

Wanneer we de bevindingen van de voorgaande twee paragrafen met elkaar combineren, kan worden vastgesteld dat de Grondwet op de meeste punten aanzienlijk minder bescherming biedt aan het recht op toegang tot de rechter en het recht op een eerlijk proces dan het EVRM, het IVBPR en het EU-Grondrechtenhandvest (als uitdrukking van bestaande beginselen van gemeenschapsrecht) doen, waarbij onder meer in het oog springt de stiefmoederlijke positie van de bestuursrechter. Op het Europese en internationale vlak gelden terzake ruime en vrij gedetailleerde waarborgen op grond van artikel 6 EVRM en artikel 14 IVBPR. Deze bepalingen van Europees en internationaal recht werken op grond van het ongeschreven staatsrecht en artikel 93 en 94 Grondwet met voorrang door in de Nederlandse rechtsorde en justitiabelen

kunnen zich daarop in de meeste gevallen ook rechtstreeks beroepen bij de Nederlandse rechter¹⁰⁵ en voorzover het gaat om het EVRM in ieder geval bij het EHRM.

Het een en ander zou tot de conclusie kunnen leiden dat codificatie van het recht op toegang tot de rechter en het recht op een eerlijk proces niet nodig is. De EVRM en IVBPR normen terzake gelden immers toch al in Nederland en wel als hoogste rechtsnorm. Alkema verwoordde dit bij een vergelijkbare discussie over de vraag of de codificatie van de strafrechtelijke artikel 6 EVRM-waarborgen in het handhavingsdeel van de Vierde Tranche Awb zo: ‘Wat draagt codificatie dan bij, als het EVRM hoe dan ook penetreert en domineert?’¹⁰⁶ Ook zou kunnen worden aangenomen dat sommige regels van de rechtsstaat zoals toegang tot de rechter zo evident en vanzelfsprekend zijn dat zij geen codificatie behoeven om tot het geldende constitutionele recht te behoren.¹⁰⁷

Daarmee ligt de vraag op tafel of er desalniettemin redenen kunnen zijn om toch tot codificatie over te gaan. Om deze vraag te beantwoorden moet eerst duidelijk zijn welk doel met codificatie precies wordt nagestreefd. Het hoofddoel van de codificatie kan meer symbolisch zijn (het benadrukken van de uitgangspunten van de democratische rechtsstaat hetgeen het recht op toegang tot de rechter bij uitstek is temeer daarmee de naleving van andere grondrechten kan worden gerealiseerd). Daarmee houdt verband de waarde die men aan de eigen Grondwet toedicht. Moet de Grondwet al dan niet een volledige uitdrukking zijn van alle in Nederland geldende fundamentele regels? Is het antwoord op deze vraag positief, dan ligt het in de rede tot codificatie over te gaan. Datzelfde geldt waarschijnlijk als het hoofddoel zou zijn het vergroten van de duidelijkheid voor justitiabelen als het gaat om de vraag welke waarborgen nu precies gelden op basis van de niet voor iedereen even inzichtelijke jurisprudentie op grond van het EVRM en het IVBPR. Het EU-Grondrechtenhandvest laat van een dergelijke codificatie een voorbeeld zien als het gaat om het recht op (gefinancierde) rechtsbijstand. De codificatievraag is echter lastiger te beantwoorden als het hoofddoel zou zijn het in positiefrechtelijke zin verbeteren van de bescherming van het recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de vorm van fundamentele rechten.

Als het gaat om die laatste vraag – kort gezegd die naar de mogelijke juridische meerwaarde van een codificatie – zijn verschillende aspecten van belang. Voordeel

105 Een uitzondering wordt aangenomen met betrekking tot de artikelen 6 en 13 EVRM als het gaat om de uitbreiding van de rechtsmacht van de rechter. Zie HR 18 februari 1986, *NJ* 1987, 62; HR 30 januari 1996, *NJ* 1996, 288. Aan de overige onderdelen van art. 6 EVRM wordt wel rechtstreekse werking toegekend.

106 E.A. Alkema, Regels voor bestuurlijke sancties in Awb, bijzondere wet of verdrag?, in: M. Lurks, W. den Ouden, J.E.M. Polak & A.E. Schilder (red.), *De grootste gemene deler, Opstellen aangeboden aan prof. mr. Th.G. Drupsteen*, Deventer 2002, p. 111-124 (op p. 124).

107 L.F.M. Besselink, Tweeërlei constitutie, in: J.L. de Reede & J.H. Reestman (red.), *Op het snijvlak van recht en politiek. Opstellen aangeboden aan prof. mr. L. Prakke*, Deventer 2003, p. 13-26 geeft aan dat een dergelijke visie past in een ‘constitutie oude stijl’ terwijl een ‘constitutie nieuwe stijl’ juist alle geldende regels overzichtelijk beoogt vast te leggen.

van een codificatie zou dan kunnen zijn dat deze wordt aangegrepen om de op grond van de jurisprudentie van de bescherming onder het EVRM en het IVBPR uitgezonderde zaken, een fundamenteelrechtelijke bescherming toe te kennen.¹⁰⁸ Daarbij zou een voorbeeld kunnen worden genomen aan artikel 47 EU Grondrechtenhandvest, dat alle zaken en dus ook vreemdelingen- en belastingzaken onder het beschermingsbereik brengt van het recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces. Ook zou er voor kunnen worden gekozen – maar dit is niet het meest relevant – om (lagere) overheden onder deze bescherming te laten vallen, waar dit nu op grond van artikel 6 EVRM en artikel 14 IVBPR niet het geval is. Eveneens zou een dergelijke codificatie kunnen worden aangegrepen om meer in algemene zin te bezien of het op punten noodzakelijk is om in de Grondwet een verdergaande bescherming te bieden dan thans geldt op basis van de verdragen, al dan niet door het invullen van de ‘margin of appreciation’ die op het Europese niveau vaak aan de verdragsstaten wordt gelaten. Daartoe bieden deze verdragen alsmede het EU-recht in beginsel ruimte (vgl. artikel 53 EVRM). Hierbij zou kunnen worden gedacht aan striktere eisen terzake van de redelijke termijn of het verankeren van de restfunctie van de burgerlijke rechter.¹⁰⁹ Ten slotte zou hier nog het argument kunnen worden genoemd dat het waarschijnlijk lastig zal zijn de Grondwet via een herziening te ontdoen van een eenmaal opgenomen recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces, misschien wel moeilijker dan het opzeggen van het EVRM of het IVBPR. Voor de herziening van de Grondwet geldt immers een behandeling in twee lezingen en het vereiste van tweederde meerderheid in de tweede lezing, hetgeen niet aan de orde is bij het opzeggen van een verdrag. Een en ander laat onverlet dat opzegging van mensenrechtenverdragen in de huidige politieke context eigenlijk ondenkbaar is.

In algemene zin kan daarnaast de stelling worden verdedigd dat codificatie kan bijdragen aan een betere schakeling tussen nationaal en internationaal recht en daarmee aan de implementatie van verdragsverplichtingen, maar daar kan ook anders tegenaan gekeken worden.¹¹⁰ Overkleeft-Verburg heeft er op gewezen dat de vertaling van EVRM-normen in nationale normen, zoals bijvoorbeeld in het kader van de Awb, er niet toe mag leiden dat het zicht op de bijzondere herkomst daarvan verloren gaat.¹¹¹ Alkema heeft zich kritisch betoond over de codificatie van artikel 6 EVRM waarborgen in de Vierde Tranche Awb omdat dergelijke nationale normen in het licht van de dynamische Straatsburgse rechtspraak ook relatief snel achterhaald kunnen raken.¹¹² Daarmee zou – zeker wanneer het een meer gedetailleerde regeling betreft – codificatie de effectieve doorwerking dus ook kunnen

108 Hetgeen meer waarborgen biedt dan de thans vaak bestaande bescherming op grond van een formele wet, zoals de Vreemdelingenwet 2000 of belastingwetgeving.

109 Dat laatste suggereert De Waard 1995, p. 444.

110 Vgl. E.A. Alkema, *Schakelbepalingen* (oratie UvA), Deventer 1981.

111 G. Overkleeft-Verburg, *De Algemene wet bestuursrecht en de (beperking van) grondrechten*, in: *Het bestuursrecht als agenda voor het staatsrecht, Preadvies Staatsrechtconferentie 1998*, Deventer 1999, p. 129-153.

112 Alkema 2002, p. 111-124.

belemmeren. Een ander argument tegen codificatie, dat in het verlengde hiervan ligt, is het feit dat er dan naast het EVRM, het IVBPR en EU-rechtsbeginselen (en in de toekomst misschien bepalingen van een bindend Handvest), nog een bindende bepaling zou worden gecreëerd waardoor het risico op tegenstrijdige interpretaties alleen maar toeneemt.¹¹³

Codificatie zou in algemene zin ook kunnen bijdragen aan een betere dialoog tussen de internationale en Europese rechters enerzijds en de nationale rechter anderzijds.¹¹⁴ Een stimulans daarvoor zou wel zijn het opheffen van het nu nog geldende verbod om formele wetten te toetsen aan de Grondwet (artikel 120 Grondwet). Daarmee zou de Nederlandse rechter namelijk meer ruimte krijgen voor eigen rechtsvorming op het terrein van het recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces.¹¹⁵ Daar ligt nu immers een blokkade als de rechter qua procedurele bescherming verder zou willen gaan dan vereist door Straatsburg en voorzien in een Nederlandse formele wet.¹¹⁶ Er ontstaat aldus een mogelijk geringere afhankelijkheid van de grillen van het EHRM in die zin dat de Nederlandse rechter ruimere bescherming kan bieden.¹¹⁷ In ieder geval is een geringere afhankelijkheid van het EHRM geen overbodige luxe in een tijd waarin dit Hof geplaagd wordt door een enorme werklast waardoor er wellicht minder ruimte bestaat voor verfijnde rechtsvorming ten aanzien van procesrechten. Voor het overige is het toetsingsverbod ten aanzien van procedurele rechten als hier aan de orde minder een echt een obstakel, omdat anders dan bij materiële rechten hun toepassing meestal niet het karakter heeft van toetsing van formele wetten maar eerder de invulling van open normen betreft die in het proces voor partijen gelden.

¹¹³ Zie over dit gevaar E.A. Alkema, *Over implementatie van internationaal recht – de internationale rechtsorde is de onze nog niet* (oratie Leiden), Leiden 2005, p. 16-17 die als een mogelijke oplossing van hieruit voortvloeiende problemen de instelling van een speciaal nationaal rechterlijk college met specifieke expertise suggereert waarbij andere rechters te rade kunnen gaan via prejudiciële vragen.

¹¹⁴ Zie daarover T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde* (oratie Leiden 2005), Deventer 2006.

¹¹⁵ Vgl. Jansen 2004, p. 104.

¹¹⁶ De Hoge Raad heeft aangegeven dat het bieden van verdergaande bescherming in het Nederlandse staatsbestel een keuze voor de wetgever is. De toetsing van formele wetten aan verdragsbepalingen op grond van art. 94 Grondwet geldt in het Nederlandse staatsbestel namelijk als een beperkte uitzondering op het voor het overige geldende toetsingsverbod. Daarbij speelt ook een rol dat de wetgever een verdergaande toepassing van het EVRM door de rechter ook (bijna) niet terug zou kunnen draaien. Zie HR 10 augustus 2001, *NJ* 2002, 278, m.nt. De Boer.

¹¹⁷ Zie voor een dergelijke 'gril' bijv. EHRM 11 december 2007, I.T.C. Ltd t. Malta, *EHRC* 2008, 47. Daarin achtte het Hof art. 6 EVRM opmerkelijkerwijs niet van toepassing in een procedure naar aanleiding van de afwijzing door de overheid van een tender en gunning van de opdracht aan een concurrerend bedrijf. Het acht de klacht *ratione materiae* onverenigbaar met het EVRM omdat de tenderingprocedure en de vaststelling door de overheid geen burgerlijk recht betroffen. Er bestaat volgens het Hof in casu geen geschil over een burgerlijk recht dat, op zijn minst op 'arguable grounds', is erkend onder het nationale recht. Gedurende het evaluatiestadium van de betreffende tender kon klaagster namelijk op geen enkel moment de verwachting hebben te beschikken over een burgerlijk recht.

4.2 Codificatie op welke wijze?

Mocht mede op basis van een afweging van voorgaande argumenten codificatie in beeld komen, dan is het vervolgens de vraag hoe dit dan te doen.

We kunnen er van uitgaan dat er in extremis twee soorten codificaties mogelijk zijn. In de eerste plaats een nauwkeurige codificatie – waarbij de inhoud van de diverse rechten zeer precies zou worden omschreven – en in de tweede plaats een meer globale wijze van codificeren, die vergelijkbaar is met de wijze waarop de rechten thans in het EVRM zijn gecodificeerd. Indien wordt gekozen voor een precieze codificatie die met name zou kunnen bijdragen aan de voorlichting over de reikwijdte van de betrokken EVRM-rechten zoals uitgelegd in de Straatsburgse jurisprudentie, bestaat het risico dat een dergelijke catalogus snel achterhaald is in het licht van de dynamische interpretatie van de EVRM-rechten door het EHRM. Wordt gekozen voor een meer globale codificatie, dan moet worden vastgesteld dat daarmee minder toegevoegde waarde wordt geboden ten opzichte van het thans integraal in de Nederlandse rechtsorde geldende EVRM.¹¹⁸ Een tussenvorm lijkt daarom het meest in de rede te liggen. Daarbij zou kunnen worden gedacht aan een combinatie van artikel 47 EU-Grondrechtenhandvest met artikel 6 lid 2 en 3 EVRM. Daarmee zou worden gekozen voor een ‘gemoderniseerd’ artikel 6 lid 1 EVRM in combinatie met de meer gedetailleerde bepalingen van artikel 6 lid 2 en 3 EVRM. Daarbij zou nog kunnen worden overwogen om het zwijgrecht meer expliciet te codificeren, zoals in artikel 14 IVBPR het geval is.

Verder zou moeten worden bezien waar een dergelijk recht op toegang tot de rechter en eerlijke procesvoering zou moeten worden neergelegd. Het ligt vanzelfsprekend voor de hand dit te doen in het hoofdstuk over grondrechten (hoofdstuk 1), maar ook zal dan aandacht moeten worden besteed aan de verhouding met het hoofdstuk over rechtspraak (hoofdstuk 6).¹¹⁹ Mogelijk kan een aantal artikelen of onderdelen daarvan, met duidelijke grondrechtelijke trekken, worden verplaatst naar Hoofdstuk 1. Hierbij valt, bijvoorbeeld, te denken aan het recht op een openbare en gemotiveerde rechterlijke uitspraak, zoals thans opgenomen in artikel 121 Grondwet. Uiteraard kan de grondwetgever zich hierbij laten inspireren door formuleringen van een recht op toegang tot de rechter en op een eerlijke procesvoering in andere constituties. Ook zou moeten worden overwogen om de huidige artikelen 17 (*ius de non evocando*) en 18 (gefinancierde rechtsbijstand) van de Grondwet te integreren met de nieuwe bepaling over het recht op toegang en een eerlijk proces. Voor artikel 15 van de huidige Grondwet ligt dat minder voor de hand nu dit meer een

¹¹⁸ Zie voor een voorbeeld daarvan de ‘proeve’ van een nieuwe grondwet van C.A.J.M. Kortmann, *Wegwerprecht, oude dame of frisse juf?*, in: *De Grondwet herzien 25 jaar later*, Den Haag 2008, p. 7-24.

¹¹⁹ Aanpassing van Hoofdstuk 6 Grondwet lijkt ook los van de hier centraal staande kwestie toch al geboden omdat dit hoofdstuk te weinig waarborgen biedt voor de burger, te veel overlaat aan de formele wetgever en systematisch niet goed in elkaar zit. Zie daarover bijv. C.A.J.M. Kortmann, *Uit of in de Grondwet?*, *Regelmaat* 2002, p. 75-82.

pendant van artikel 5 EVRM lijkt en specifieke waarborgen biedt ten aanzien van vrijheidsberoving. In ieder geval zou(de)n de bepaling(en) in hoofdstuk 1 van de Grondwet duidelijk moeten maken dat er een recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces bestaat in civiele, straf- en bestuursrechtzaken. Hoofdstuk 6 zou dan een nadere regeling kunnen bevatten op punten zoals het ontslag van rechters en de bevoegdheidsverdeling tussen de verschillende rechters.¹²⁰

4.3 Afweging: codificatie gewenst

Alle argumenten in ogenschouw nemend, komen wij tot de conclusie dat het recht op toegang tot de rechter (inclusief belangrijke eisen van een eerlijke procesvoering) in de Nederlandse Grondwet verankerd zou moeten worden.¹²¹ In de eerste plaats is er een meer – maar niet onbelangrijk – symbolisch argument: het is vreemd dat het recht op toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter, één van de pijlers van de rechtsstaat, in onze Grondwet ontbreekt. Zo hebben maar liefst drie van Duks tien geboden voor grondwetgevers betrekking op een recht op toegang tot de rechter en een eerlijke procesvoering.¹²² In de tweede plaats kan de grondwettelijke bescherming van het recht op toegang tot de rechter op onderdelen een verdergaande bescherming bieden dan het op Europees en internationaal niveau terzake gegarandeerde recht. Dat is ook de reden waarom de VAR-Commissie rechtsbescherming pleit voor de opname van een recht op recht op toegang en effectieve rechtsbescherming in onze Grondwet.¹²³ In de derde plaats biedt een dergelijke codificatie – die hand in hand zou moeten gaan met de opheffing van het toetsingsverbod, in ieder geval ten aanzien van de grondwettelijke grondrechten – de mogelijkheid van een betere dialoog tussen de Nederlandse rechter en zijn Europese en internationale collega's. Op die manier ontstaat er meer ruimte voor eigen, op de Nederlandse situatie toegesneden rechtsvorming ten aanzien van het recht op toegang tot de rechter en de eisen van een eerlijke procesvoering. Anders dan Alkema achten wij het gevaar niet zo groot dat hiermee de Europese en internationale ontwikkeling van het recht op toegang tot de rechter wordt gefrustreerd. Vanzelfsprekend dienen de Nederlandse (grond)wetgever, rechter en bestuur wel de minimumnormen van deze Europese en internationale bepalingen te respecteren op grond van de artikelen 93 en 94 Grondwet en het ongeschreven staatsrecht.

¹²⁰ Vgl. Vlemminx 1998.

¹²¹ Zo ook reeds Brenninkmeijer 1987; Jansen 2004. Zie ook het eerdergenoemde Rotterdamse onderzoek (De Lange, Leeuw & Mevis 2008) waarin relevante bespiegelingen over voor- en nadelen van een dergelijke grondwettelijke verankering zijn te vinden.

¹²² W. Duk, Tien geboden voor grondwetgevers, *NJB* 1998, p. 207-208. Ook R.E. de Winter, Grondwetgêne: over grondrechten in de Grondwet, *NJB* 1998, p. 217-218 pleit mede in dit licht voor een 'fikse optuiging' van de grondrechtenparagraaf.

¹²³ J.E.M. Polak e.a., *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid*, Den Haag 2004, p. 48.

Terzijde kan er nog op worden gewezen dat deze laatstbedoelde grondwetsbepalingen in andere gevallen juist een bedreiging kunnen vormen voor het recht op toegang tot de rechter. In het bijzonder bij direct doorwerkende resoluties van de VN-veiligheidsraad, lijken thans hiaten in de effectieve rechtsbescherming in de veellagige rechtsorde aan het licht te komen. Bij een eventuele grondwetswijziging zou dan ook de vraag onder ogen moeten worden gezien of er juist met het oog op een effectief recht op toegang tot de rechter een soort van rechtsstatelijke veiligheidsklep in de Grondwet zou moeten worden opgenomen in die zin dat dergelijke resoluties alleen dan doorwerken indien er daartegen effectieve rechtsbescherming open staat.¹²⁴

5 Concluderende opmerkingen

Na deze – meer dan de bedoeling was – tamelijk uitvoerige ‘tour d’horizon’ ten aanzien van de kwestie of het al dan niet wenselijk is een recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de Grondwet op te nemen, passen enige afsluitende opmerkingen. Enerzijds is duidelijk dat de door ons voorgestane grondwettelijke verankering van het recht op toegang tot de rechter een proces van heel lange adem is, als dit er al ooit van komt. Gevoegd bij de door Alkema gedebiteerde stelling dat een voorstel tot grondwetswijziging zelden opportuun is, is dit voorstel eigenlijk kansloos. Anderzijds hebben wij ook het vertrouwen dat ons voorstel uiteindelijk ook bij onze leermeester in goede aarde zal vallen, waarna de grondwetgever dit voorbeeld ongetwijfeld zal volgen.

Als uiteindelijk tot een dergelijke codificatie wordt besloten, moet daarbij ten slotte wel een bredere blik worden ontwikkeld dan alleen die van het procesrecht. Er komen dan mogelijk meer materiële én procedurele rechten in beeld die zich lenen voor grondwettelijke verankering, waar zij nu wel in Europese en andere internationale (mensenrechten)documenten staan, maar nog niet in de Nederlandse Grondwet. Alvorens tot een dergelijke codificatie te besluiten, zou dan ook een breder beleid moeten worden ontwikkeld ten aanzien van het al dan niet codificeren van thans in de Grondwet ontbrekende rechten.

¹²⁴ Zie voorstel van de (vice-president van de) Raad van State, *Jaarverslag* 2007, p. 43. Zie nader M.L. van Emmerik, De Nederlandse Grondwet in een veellagige rechtsorde, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2008, p. 145-161.