



**Universiteit
Leiden**
The Netherlands

Mensenrechten als waarborg voor toegankelijk, zorgvuldig, voortvarend en evenredig bestuursrecht

Barkhuysen, T.; Emmerik, M.L. van

Citation

Barkhuysen, T., & Emmerik, M. L. van. (2012). *Mensenrechten als waarborg voor toegankelijk, zorgvuldig, voortvarend en evenredig bestuursrecht*. *Jb-Plus*, 180-194. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/19931>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/19931>

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

Mensenrechten als waarborg voor toegankelijk, zorgvuldig, voortvarend en evenredig bestuursrecht

Prof. mr. T. Barkhuysen & mr. dr. M.L. van Emmerik¹

Trefwoorden: bestuursrecht, mensenrechten, EVRM, EU-Grondrechtenhandvest, VN-mensenrechtenverdragen, toegang tot de rechter, zorgvuldigheid, redelijke termijn, proportionaliteit, evenredigheid, doorwerking, verdragsconforme toepassing, effectieve rechtsbescherming, overheidsaansprakelijkheid.

Mensenrechten zijn een integraal onderdeel gaan vormen van ons bestuursrecht. Dat is een ontwikkeling die nu of meer parallel heeft gelopen met de emancipatie van het algemene bestuursrecht sinds de inwerkingtreding van de Algemene wet bestuursrecht, die de afleiding vormde voor de oprichting van het jurisprudentietijdschrift «JB», de oudere broer van het nu jubilerende «JBplus».

In deze bijdrage wordt ingegaan op de belangrijkste functies van de mensenrechten in het bestuursrecht (waaronder ook het overheidsaansprakelijkheidsrecht wordt verstaan) anno 2012: de functie als waarborg voor toegankelijke, zorgvuldige en voortvarende procedures enerzijds en als ultieme evenredigheidstoets anderzijds. Alvorens daarop in respectievelijk de paragrafen 2 en 3 nader in te gaan, wordt echter eerst de positie van mensenrechten in de Nederlandse rechtsorde belicht (onder 1). Ten slotte wordt in de afsluitende paragraaf 4 de blik op de toekomst gericht: welke belangrijke ontwikkelingen staan ons de komende jaren te wachten?

Daarbij ontkomen wij niet aan beperkingen. Een uitvoerige behandeling is niet mogelijk. Daarom worden alleen de grote lijnen geschetst, af en toe gelardeerd met (recente) jurisprudentie of wetgeving. Verder blijven de bijzondere delen van het bestuursrecht in beginsel buiten beeld. Bovendien zal het accent liggen op de mensenrechten zoals die voortvloeien uit het EVRM, zonder echter het EU-Grondrechtenhandvest en de VN-mensenrechtenverdragen uit het oog te verliezen.

1. Positie in de Nederlandse rechtsorde

1.1 Introductie

Anno 2012 werken diverse mensenrechtenverdragen direct door in de Nederlandse rechtsorde. Het gaat hier zowel om verdragen met klassieke mensenrechten (zoals het EVRM en

IVBPR), met sociale mensenrechten (zoals het ESH en IVESCR) als verdragen met combinaties van beide soorten rechten (zoals het IVRK, IVDV en het EU-Grondrechtenhandvest (weliswaar geen verdrag maar juridisch bindend via het Verdrag van Lissabon)). In deze inleidende paragraaf staan wij kort stil bij de doorwerking

bij de sector bestuursrecht van de Rechtbank Amsterdam. Met dank aan onze student-assistent A.H.A. Mohammad voor zijn onmisbare hulp. De tekst van deze bijdrage is afgesloten op 29 maart 2012.

¹ Prof. mr. T. Barkhuysen is advocaat-partner te Amsterdam bij Stribbe en hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden. Mr. dr. M.L. van Emmerik is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger

van deze verdragen in de Nederlandse rechtsorde, met afzonderlijke aandacht voor het EU-Grondrechtenhandvest.²

1.2 Positie in de rechtsorde en toepassingsbereik

In Nederland is het uitgangspunt dat al het bindende internationale recht, waaronder de mensenrechtenverdragen, automatisch doorwerkt in de nationale rechtsorde. Dit internationale recht heeft, anders gezegd, *interne werking*. Dit betekent dat de drie staatsmachten – wetgever, rechter en bestuur – daaraan zijn gebonden en daarmee niet in strijd mogen handelen.³ De vraag naar, respectievelijk, *rechtstreekse werking* en *voorrang* is geregeld in de artikelen 93 en 94 Grondwet.

Daaruit volgt dat sprake is van rechtstreekse werking wanneer het gaat om 'enieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties'. De bepalingen van het EVRM en het IVBPR worden in de Nederlandse rechtspraak in het algemeen aangemerkt als enieder verbindend. Voorts kunnen de kernbepalingen van het IVDV en het Verdrag tegen Foltering als een ieder verbindend

worden aangemerkt. Ook met betrekking tot het IVDV en het IVRK heeft de rechter bepalingen als een ieder verbindend aangemerkt.⁴ Per (onderdeel van de) verdragsbepaling moet steeds worden nagegaan of deze zich leent voor rechtstreekse toepassing door de rechter, waarbij het feit dat een bepaling is opgenomen in een verdrag dat voornamelijk economische, sociale of culturele rechten bevat niet op voorhand de rechtstreekse werking uitsluit. Een en ander laat echter onverlet dat ook de niet een ieder verbindende verdragsbepalingen een belangrijke invloed kunnen uitoefenen, nu de nationale wetgever, het bestuur en de rechter daaraan wel zijn gebonden. De rechter kan zich erdoor laten inspireren bij de uitleg en toepassing van nationale wettelijke bepalingen.⁵

Aan de bindende bepalingen uit mensenrechtenverdragen komt voorrang toe boven (daarmee strijdig) nationaal recht (ook boven formele wetten en de Grondwet). Op grond van artikel 94 Grondwet blijven bepalingen van nationaal recht waarvan de toepassing niet verenigbaar is met enieder verbindende verdragsbepalingen buiten toepassing. Het buiten toepassing laten van nationaal recht is geen exclusieve bevoegdheid c.q. verplichting van de rechter. Ook het

² Zie voor een integrale benadering van de betekenis van mensenrechten in het bestuursrecht R.J.N. Schössaels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*. Deventer: Kluwer 2010. Vgl. Van Wijck/Konijnenbelt & Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, Amsterdam: Elsevier Reed Business 2011.

³ ABRvS 29 juli 2011, «JB» 2011/196, AB 2011, 281 m.nt. Backes, bevestigt dat een gemeente als onderdeel van de staat geen beroep toekomt op artikel 6 EVRM in een zaak over de Crisis- en herstelwet (Ciw).

⁴ Zie bijv. HR 9 april 2010, AB 2010, 190 m.nt. E.J. van Ommen (SGP-zaak t.a.v. artikel 7 IVDV) en CRvB 26 januari 2006, «JB» 2006/66 m.nt. Evdt. (artikel 2

v.m. artikel 27 IVRK zijn rechtstreeks werkend). Vgl. G.J.W. Pulles, 'Onduidelijkheid over de rechtstreekse werking van kernbepalingen van het VN-kinderrechtenverdrag', *NJB* 2011, p. 231-234, die onder meer voorbeelden noemt van ABRvS-uitspraken (vreemdelingenrecht) waarin delen van het IVRK geacht worden juist geen een ieder verbindende bepalingen te bevatten.

⁵ Zie bijv. t.a.v. het IVESCR: HR 7 mei 1993, *NJCM-Bulletin* 1993, p. 694 e.v. m.nt. Heringa, waar de Hoge Raad via artikel 26 IVBPR wel op indirecte wijze werking toekende aan artikel 7(a) (i) IVESCR.

bestuur is daartoe gehouden.⁶ Het gaat daarbij om een concrete toetsing: ook wanneer de regel in abstracto niet onverenigbaar is met de verdragsbepaling, moet deze toch buiten toepassing blijven indien de toepassing daarvan in het concrete geval zich niet verdraagt met de verdragsbepaling.

Een belangrijke vraag in dit verband is of de Nederlandse rechter meer bescherming zou mogen bieden dan strikt genomen geboden is volgens (de eenieder verbindende bepaling uit) het mensenrechtenverdrag in kwestie. De meeste mensenrechtenverdragen staan het verdragsstaten immers expliciet toe een verdergaande mensenrechtenbescherming toe te kennen. De vraag is dan of de Nederlandse rechter gelet ook op zijn plaats in het staatsbestel op basis van artikel 94 Grondwet een wetbepaling buiten toepassing zou mogen laten op grond van zijn eigen ruimere uitleg van de mensenrechtenbepaling in kwestie. De Hoge Raad heeft deze vraag in negatieve zin beantwoord en daarbij, onder verwijzing naar het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet, aangegeven dat het bieden van verdergaande bescherming in het Nederlandse staatsbestel een keuze voor de wetgever is.⁷

De positie van het EU-Grondrechtenhandvest is in dit kader in twee opzichten bijzonder. In de eerste plaats omdat het EU-recht – als bekend – onafhankelijk van de grondwettelijke bepalin-

gen doorwerkt in de Nederlandse rechtsorde, zij het dat de meer sociaal-economische bepalingen van het Handvest niet als rechten maar als beginselen worden gekwalificeerd die niet (primair) door de rechter kunnen worden gehandhaafd. Daarnaast is ook het toepassingsbereik beperkter. Artikel 51 Handvest bepaalt namelijk dat '[d]e bepalingen van dit Handvest zijn gericht tot de instellingen, organen en instanties van de Unie met inachtneming van het subsidiariteitsbeginsel, alsmede, uitsluitend wanneer zij het recht van de Unie ten uitvoer brengen, tot de lidstaten. (...) Daaruit volgt dat alle instellingen, organen en instanties⁸ van de Unie zelf gebonden zijn aan het Handvest. Deze binding is onbeperkt en geldt voor al hun handelen en nalaten. De lidstaten zijn echter alleen gebonden aan het Handvest wanneer zij optreden binnen het 'toepassingsgebied' van het Unierecht.⁹ Daarbij gaat het om alle onderdelen van de overheid en dus behalve om onderdelen van de centrale overheid en de rechtspraak ook om decentrale overheden, zelfstandige bestuursorganen, private rechtspersonen die een publieke taak vervullen en andere overheidslichamen.¹⁰ Dit betekent dat binding aan het Handvest voor de lidstaten niet aan de orde is wanneer zij geheel onafhankelijk van het Unierecht opereren (in dat geval zal – als grondrechten in het geding zijn – dus een beroep moeten worden gedaan op andere mensenrechtenbepalingen). Het is

artikel 6 lid 1 VEU. Zie voor een ruime toepassing van het Handvest op het terrein van asiel HvJ EU 21 december 2011, C-411/10 en C-493/10, naar aanleiding van verzoeken om een prejudiciële beslissing door de Court of Appeal (Verenigd Koninkrijk) en door de High Court (Ierland).

10 Vgl. over het EU-overheidsbegrip E. Steyger, 'Awb en Europa. Het bestuursorgaan in het licht van het Europese recht: houdbaar of aan wijzigingen onderhevig?', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 9-28.

echter niet altijd makkelijk de grenzen terzake af te bakenen. Overigens laat de jurisprudentie wel een voorbeeld zien waarin het Handvest de invulling van het EVRM beïnvloedt en daarmee ook buiten de EU-context van belang wordt.¹¹ Ten slotte is het van belang te vermelden dat het Handvest mogelijk een beroep van overheden op daarin opgenomen rechten niet uitsluit.¹²

1.3 *Betekenis uitspraken Europese rechters en VN-comités*

Aangenomen wordt dat de uitspraken van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, al dan niet gewezen tegen Nederland, als gezaghebbende interpretatie van de betreffende verdragsbepalingen deel uitmaken, zodat de nationale rechter, de wetgever en het bestuur daarmee ook rekening dienen te houden.¹³ Daarbij moet wel worden bedacht dat het in veel casus niet makkelijk is een algemeen geldende regel af te leiden uit Straatsburgse uitspraken, aangezien deze veelal zijn toegesneden op de specifieke omstandigheden van een concreet geval. Ten aanzien van de 'views' van VN-comités en het ESH-comité liggen de zaken iets anders, nu

deze op grond van de betrokken verdragen formeel niet bindend zijn. Desalniettemin kunnen deze 'views', al dan niet gewezen tegen Nederland, worden beschouwd als een gezaghebbende interpretatie van deze verdragen. Dit is erkend door de Centrale Raad van Beroep ten aanzien van 'views' van het VN-Mensenrechtencomité: de overheid dient deze in beginsel te volgen en mag er alleen – gemotiveerd – van afwijken in geval daarvoor zwaarwegende redenen bestaan.¹⁴ Ook kan de rechter zich laten inspireren door de 'views' van het Comité dat toezicht houdt op de naleving van het (herziene) ESH, dat via een collectief klachtrecht kan worden benaderd.¹⁵

Ten aanzien van uitspraken van EU-rechters geldt dat alle staatsmachten en partijen daaraan gebonden zijn. Bijzonder is dat er in EU-verband een prejudiciële procedure bestaat waarvan gebruik gemaakt kan worden zonder dat de nationale rechtsmiddelen hoeven te worden uitgeput. Ook heeft het HvJ EU bijzondere eisen gesteld aan de nationale rechtsbescherming om effect te geven aan zijn uitspraken. Zo moet een besluit dat naar nationaal recht onantastbaar is onder omstandigheden naar aanleiding van een der-

11 HR 12 juli 2011, «JB» 2011/207 m.nt. Albers, AB 2011, 312 m.nt. Jansen (inlezen lex mitior in artikel 7 EVRM n.a.v. EHRM 17 september 2009, *Scoppola v. Italië*, AB 2010, 102 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik waarbij artikel 49, eerste lid, Handvest inspiratiebron was).

12 Zie over de betekenis van het Handvest T. Barkhuysen & A.W. Bos, 'De betekenis van het Handvest Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht', «JBplus» 2011/1, p. 3-34; A. Pahlad Singh & H.J. Th.M. van Roozmalen, 'Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie één jaar juridisch bindend: rechtspraak in kaart', *NTER* 2011, p. 54-61.

13 Zie o.m. HR 10 mei 1998, *NJ* 1998, 578 met een verwijzing naar EHRM 27 maart 1996, *Goodwin v. Verenigd Koninkrijk*, *NJ* 1996, 577 (zie noot E.J. Donnering onder 578); Vgl. ABRvS 10 april 2002, «JB»

2002/146. Zie recent HR 1 februari 2011, «JB» 2011/56 m.nt. Van Tilborg, AB 2011, 225 m.nt. Jansen (interpretatie nu bis in idem norm met toepassing EHRM 10 februari 2009, *Zolotkhin v. Rusland*, AB 2009, 309 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik).

14 CRvB 21 juli 2006, AB 2007, 97 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

15 Zie ECSR 27 oktober 2009, *Defence for Children v. Nederland*, *NTAW/JCM-Bull.* 2010, p. 205 e.v., m.nt. A.C. Buyse; het Comité constateert een schending van diverse bepalingen van dit ESH, nu de Nederlandse wetgeving en de uitvoering daarvan (nietgeprocedeerde) minderjarige asielzoekers geen volledige garanties geeft tegen dakloosheid. Zie voor een toepassing van dit oordeel bijv. Rb. Utrecht 6 april 2010, *LJN: BM0846*.

gelijke uitspraak worden heroverwogen.¹⁶ Ook moet de staat onder omstandigheden aansprakelijk kunnen zijn voor nationale rechtspraak in strijd met het EU-recht. Deze bijzondere eisen gelden ook ten aanzien van de grondrechten uit het Handvest.¹⁷ Bijzonder is dat de Centrale Raad van Beroep ook een heroverwegingsplicht heeft aangenomen naar aanleiding van een view van een VN-Comité.¹⁸

1.4 De toepassing van eenieder verbindende verdragsbepalingen als rechtsnorm in het bestuursrecht

Voor de bestuursrechter is strijdigheid met een eenieder verbindende mensenrechtenbepaling een reden voor gegrondverklaring van een tegen een appellabel besluit of een daarmee gelijkgestelde overheids-handeling ingesteld beroep (vergelijk artikel 8:77, tweede lid, Awb). Naar aanleiding daarvan kan eventueel ook een schadevergoeding worden verkregen op grond van een zelfstandig schadebesluit of artikel 8:73 Awb.¹⁹ Een beroep op een eenieder verbindende mensenrechtenbepaling kan ook de basis zijn voor een actie uit onrechtmatige daad tegen de overheid bij de civiele rechter, omdat schending van een dergelijke bepaling wordt beschouwd als handelen in strijd met een wettelijke plicht in de zin van artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek (BW).²⁰ In dat kader kan schadevergoeding worden gevorderd, maar ook, bijvoorbeeld, een gebod

of een verbod met betrekking tot een bepaald overheids-handelen dan wel een verklaring voor recht. Ten aanzien van wetgeving kan ook onverbindendverklaring c.q. buitentoepassinglating worden gevorderd.

Een relatief nieuw fenomeen is het – ook buiten schending van de redelijke termijn – toekennen van vergoeding van immateriële schade bij schending van fundamentele rechten. Daarbij gaat het onder meer om onrechtmatige huisbezoeken of het ten onrechte intrekken van een bijstandsuitkering (strijd met artikel 8 EVRM). Daarbij worden vergoedingen toegekend die variëren van 200 tot 500 euro. Deze praktijk roept wel vragen op onder meer over de afstemming van de hoogte van de bedragen gerelateerd aan de ernst van de schending.²¹

De mensenrechtenverdragen verplichten niet tot ambtshalve toetsing waarbij buiten de grenzen van het geschil wordt getreden, een en ander conform de hoofdregel van de Awb. Een verzuim om, indien mogelijk, in de nationale procedure een beroep te doen op mensenrechten of een vergelijkbare (nationale) rechtsnorm, leidt in een latere Straatsburgse of Geneefse procedure in beginsel tot niet-ontvankelijkheid wegens niet-uitputting van de nationale rechtsmiddelen. Wordt er – op zijn minst ‘in substance’ – wel een beroep gedaan op mensenrechten, dan moet over een dergelijke klacht mede op grond van artikel 13 EVRM en artikel 2, derde lid, IVBPR worden geoordeeld door een instantie met een

dusdanige rechtsmacht dat deze in materiële zin naleving van deze rechten kan afdwingen.²² Een dergelijke plicht geldt overigens ook op grond van artikel 8:69, tweede lid, Awb, namelijk de plicht tot ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden binnen de grenzen van het geschil. Voor het EU-recht geldt iets vergelijkbaars, nu de bepalingen uit het Handvest (nog) niet als zijnde van openbare orde zijn aangemerkt.²³

2. Waarborg voor toegankelijke, zorgvuldige en voortvarende procedures

2.1 Introductie

De Nederlandse (bestuurs)rechtspraak van de afgelopen jaren laat zien dat het waarborgen van toegankelijke, zorgvuldige en voortvarende procedures een van de twee hoofdfuncties van de mensenrechten is. Met name voor de rechterlijke fase zijn de artikelen 6 en 13 EVRM daarbij leidend geweest. De uit artikel 6 EVRM voortvloeiende zwaardere procedurele eisen voor het geval sprake is van een ‘criminal charge’ hebben het Nederlandse bestuurlijke boeterecht

vergaand beïnvloed.²⁴ De VN-mensenrechtenverdragen zijn hierbij, enkele uitzonderingen daargelaten,²⁵ (nog) niet of nauwelijks van extra betekenis gebleken.²⁶ Ook het EU-grondrechtenhandvest speelt tot nu toe een bescheiden rol, maar daarbij moet worden aangetekend dat het nog pas sinds 1 december 2009 juridisch bindend is.²⁷ Het recht op effectieve rechtsbescherming uit het Handvest biedt – daar waar het EU-recht van toepassing is – overigens een belangrijke meerwaarde boven artikel 6 EVRM, nu het niet de uitsluiting kent van vreemdelingenrechtelijke en belastingrechtelijke geschillen. Dat zal hierna nog blijken.

Daarnaast is er de laatste jaren een nieuwe trend om procedurele eisen ook uit materiële rechten af te leiden. Daarmee komt ook de bestuurlijke fase verder onder invloed van procedurele mensenrechtelijke eisen te staan. Dit wordt verder versterkt door de EU-eisen van effectieve rechtsbescherming en behoorlijk bestuur, zoals die in het Handvest worden aangetroffen.²⁸ Een en ander wordt hierna in vogelvlucht nader uitgewerkt met betrekking tot in het oog springende wetgeving en jurisprudentie eerst in de context

16 J.H. Jans, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ass Aequi Libri 2011; R. Ortiep, *De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsverhoudingen in het licht van het Unierecht* (diss. Utrecht), Utrecht 2011.

17 Barkhuysen & Bos 2011 met verwijzingen.

18 CRvB 4 mei 2011, «JB» 2011/159 m.m. Sandersink, AB 2011, 171 m.m. Barkhuysen & Van Emmerik.

19 B.J. Schuiler, *Schadevergoeding en de Awb*, Deventer: Kluwer 2005; C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige over-*

heidsbesluiten (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2006.

20 Vgl. M.L. van Emmerik, *Schadevergoeding bij schending van mensenrechten, De rechtspraak in Nederland vergeleken met die onder het EVRM* (diss. Leiden), Leiden 1997, p. 316.

21 Zie bijv. CRvB 8 juni 2010, AB 2011, 45 m.m. Bröring (huisbezoek i.s.m. artikel 8 EVRM en vergoeding immateriële schade); T. Barkhuysen, ‘Smartengeld bij schending van mensenrechten’, *NJB* 2011, p. 667 met verwijzingen.

22 T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten* (diss. Leiden), IJlstad: Vermande 1998, p. 113-151. Vgl. D. Brugman, *Hoe komt de bestuursrechter tot zijn recht?* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2010.

23 Barkhuysen & Bos 2011.

24 Zie daarover nader de bijdrage van B.C.M.A. Michiels aan dit bijzondere nummer; R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011.

25 Zie de betekenis van de artikelen 14 en 15 IVBPR voor het bestuurlijke boeterecht in de Vierde tranche van de Awb, vgl. *Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3*. In het bijzonder gaat het hier om de in artikel 15 IVBPR

besloten liggende *lex-mitior*-regeling, die inmiddels ook in artikel 7 EVRM wordt gelezen; EHRM 17 september 2009, *Scoppola v. Italië*, AB 2010, 102 m.m. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

26 De artikelen 9, tweede lid, en 12 IVRK geven kinderen wel bijzondere procedurele rechten (onder meer hoorrecht) in zaken die hen betreffen.

27 De uitspraken die tot nu toe zijn gedaan m.b.t. het Handvest betreffen met name de vraag of dit al dan niet van toepassing is. Vgl. o.m. ABRvS 1 december 2010, AB 2011, 64 m.m. Barkhuysen & Bos; ABRvS 23 februari 2011, AB 2011, 117 m.m. Barkhuysen & Bos.

28 Vgl. ABRvS 19 juli 2011, AB 2011, 260 m.m. Widdershoven (over een aan artikel 41 Handvest te ontlenen hoorplicht in de bestuurlijke fase).

van de Algemene wet bestuursrecht en daarna ook – kort – daarbuiten. Daarbij baseren wij ons op eerder onderzoek.²⁹

2.2 Wetgeving Awb

De Benthem-uitspraak³⁰ heeft na een aarzende start ervoor gezorgd dat het EVRM een prominente rol ging spelen in het kader van de tweede tranche van de Awb en de herziening van de rechterlijke organisatie. Alles was erop gericht een EVRM-proof systeem van rechtsbescherming en bijbehorend procesrecht in het leven te roepen.³¹ Opmerkelijk daarbij was dat de wetgever expliciet aangaf de EVRM-eisen als minimumwaarborgen te beschouwen en in het bijzonder om ook niet door artikel 6 EVRM bestreken geschillen dezelfde waarborgen te laten genieten. In het kader van de derde tranche kwam het EVRM alleen aan de orde door vragen van de Raad van State over de noodzakelijke extra waarborgen bij herstelsancties. Daartoe zag men geen noodzaak nu het daarbij niet zou gaan om 'criminal charges'.³² De voorbereiding van de vierde tranche, daarentegen, stond door met name de beoogde regeling van de bestuurlijke boete voor een groot deel in de sleutel van het EVRM. Beoogd werd immers een aantal

belangrijke waarborgen uit het EVRM in de Awb te codificeren en ook voor het overige een regeling te ontwerpen die aan de eisen van dit verdrag zou voldoen. Opvallend hierbij was dat de wetgever daarbij – mede als gevolg van de punten onduidelijke Straatsburgse jurisprudentie – vaak koos voor een eigen invulling van de EVRM-waarborgen en in dat kader op veel punten niet voor een veiligere bovenminimale uitleg.³³ In enkele afzonderlijke wetsvoorstellen tot aanpassing van de Awb speelde het EVRM vooral op de achtergrond een rol. Zo lijkt de afschaffing van de gronduitk tussen bezwaar en beroep door aanpassing van de memorie van toelichting mede geïnspireerd door artikel 6 EVRM.³⁴ Hetgeen ook geldt voor de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen.³⁵ Ook lijkt artikel 6 EVRM te hebben bijgedragen aan het beter waarborgen van de positie van de burger in een procedure waarin de bestuurlijke lus wordt toegepast.³⁶ Al met al is het EVRM een constante factor geworden in het Awb-wetgevingsproces dat enerzijds is gericht op een toegankelijke en zorgvuldige procedure en anderzijds – zeker de laatste jaren – ook het accent legt op tijdige afronding van procedures en definitieve geschilbeslechting.

29 T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Het EVRM als inspiratiebron en correctiemechanisme voor de Awb', in: Barkhuysen/Den Ouden/Polak (red.), *15 jaar Awb: bestuursrecht harmoniseren*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 557-587.

30 EHRM 23 oktober 1985, *Benthem t. Nederland*, AB 1986, 1 m.zt. Hirsch Ballin, *NJ 1986*, 102 m.zt. Alkema, *NJCM-Bulletin* 1985, p. 669 e.v. m.zt. Zwart; *AB Klassiek* (zesde druk), Deventer: Kluwer 2009, nr. 10, p. 139-150 m.zt. Barkhuysen.

31 Vgl. over de EVRM-invloed op het bestuursprocesrecht ook M. Schreuder-Vlaspolder, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2011, p. 69-102.

32 *Kamerstukken II 1993/94*, 23 700, nr. 3, p. 3-4.

33 *Kamerstukken II 2003/04*, 29 702, nr. 3.

34 *Kamerstukken II 2003/04*, 29 421, nr. 3, p. 7. Vgl. *Kamerstukken II 2004/05*, 29 421, nr. 11. Zie ook R. Stijnen, 'Artikel 8:69 Awb en de taak van de bestuursrechter', «JBplus» 2008, p. 40-66, die op het verband tussen artikel 6:13 en 8:69 Awb wijst. Vgl. ook J.E.M. Polak e.a., *De toekomst van de rechtsbescherming tegen de overheid. Van toetsing naar geschilbeslechting*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

35 PG Awb par. 4.1.3.2 en afd. 8.2.4a.

36 Vgl. *Kamerstukken II 2007/08*, 31 352, nr. 4, p. 7-8; *Kamerstukken I 2008/09*, 31 352, C, p. 7.

2.3 Jurisprudentie Awb

In de nationale jurisprudentie wordt de Awb regelmatig de – met name artikel 6 – EVRM-maat genomen.³⁷ Daarbij blijkt dat de Awb in het algemeen heel goed de toets aan het EVRM kan doorstaan en wordt het EVRM hooguit gebruikt ter nadere invulling of ondersteuning van de Awb-regeling. Daar waar een beroep op het EVRM leidt tot een correctie betreft het meestal fine tuning, hoewel het daarbij niet gaat om onbelangrijke zaken, zoals de bijstelling van de afgeleidbelangjurisprudentie op grond van artikel 1:2 Awb als er een fundamenteel recht in het geding is.³⁸ de mogelijkheid om in afwijking van artikel 6:5 Awb summier bezwaar- en beroepsgronden in te dienen in verband met het zwijgrecht van artikel 6 EVRM³⁹ of een matiging van het griffierecht (dan wel betaling in twee termijnen) van artikel 8:41 Awb om de toegang tot de rechter van minvermogenenden te waarborgen.⁴⁰ De toegevoegde waarde van artikel 47 Handvest (het recht op effectieve rechtsbescherming) blijkt uit een recente vreemdelingenrechtelijke

zaak. De Afdeling past deze bepaling daar toe om de gedetemeerde vreemdeling te ontheffen van betaling van het griffierecht van € 227, nu daarmee sprake zou zijn van een wezenlijke inbreuk op diens toegang tot de rechter. Daarbij weegt vooral mee dat hij geen vermogen noch adequate inkomsten heeft en het om een ambtshalve, belastend besluit gaat.⁴¹ Grotere correcties op grond van het EVRM zijn aan de orde bij het met een beroep op artikel 6 EVRM in feite contra legem toepassen van de artikelen 8:73 en 8:26 Awb om zo te kunnen voorzien in de vereiste compensatie bij schending van de redelijke termijn door bestuur en rechter.⁴² Ook kan daarbij worden gedacht aan de bijstelling mede vanwege de redelijke termijn van de praktijk op grond van artikel 8:72, vierde lid, Awb, zodat thans ook zelf in de zaak kan worden voorzien wanneer er niet slechts één nader besloten denkbaar is.⁴³ De Straatsburgse jurisprudentie laat geen voorbeelden zien van veroordelingen van Nederland direct als gevolg van de toepassing van de Awb. In die zin lijken de inspanningen van de wetgever en de Nederlandse rechters om

37 Vgl. de toets of de afschaffing onder de Chw van de mogelijkheid van een onder de Awb toegestaan pro forma beroep voldoet aan artikel 6 EVRM, ABRvS 17 november 2010, AB 2011, 42 m.zt. Widdershoven (bevestigend antwoord); bevestigd in ABRvS 14 december 2011, LJN: BU7928.

38 ABRvS 21 november 2007, AB 2008, 9 m.zt. De Waard, «JB» 2008/14 m.zt. Schlössels; ABRvS 23 februari 2011, «JB» 2011/95. Vgl. EHRM 27 juli 2006, *Coorplan-Jenni GmbH en Hascie t. Oostenrijk*, «JB» 2006/287 m.zt. Schlössels. Volgens ABRvS 26 februari 2011, «JB» 2011/58 staat artikel 13 EVRM er overigens niet aan in de weg te eisen dat een appellerende partij nog enig reëel belang heeft bij het doorzetten van een bodemeroep.

39 HR 8 mei 2002, AB 2002, 353 m.zt. O.J.D.M.L. Jansen.

40 V.z. Rb. Assen 21 maart 1994, «JB» 1994/77. Vgl. ook Rb. Assen 8 november 1995, «JB» 1995/321 m.zt. Simon.

41 ABRvS 4 juli 2011, «JB» 2011/188 m.zt. Bok. Daarbij is relevant HvJ EU 22 december 2010, AB 2011, 222 m.zt. Widdershoven. Vgl. EHRM 16 november 2010, *Perdigão t. Portugal*, AB 2011, 221 m.zt. Barkhuysen & Van Emmerik (artikel 1 EP EVRM en griffierechten).

42 Vgl. met verwijzingen naar de jurisprudentie J.C.A. de Poorter & A. Pahdsingh, 'Bestuursvorming rond de redelijke termijn', «JBplus» 2010, p. 81-102; T. Barkhuysen & B.J. van Errehoven, 'De compensatie voor de schending van de redelijke termijn van artikel 6 EVRM door de bestuursrechter', NTB 2009, p. 129-141; A.M.L. Jansen, 'Overheidsaansprakelijkheid voor overschrijding van de redelijke termijn', OeA 2009, p. 60-68; T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Schadevergoeding bij schending van de redelijke termijn: op weg naar een effectief rechtsmiddel?', *NJB* 2008, p. 1579-1582.

43 ABRvS 20 februari 2008, AB 2009, 200, «JB» 2008/76 m.zt. Aibers; CB5 23 juli 2008, «JB» 2008/213, AB 2009, 5 m.zt. Cartigny.

de Awb EVRM-conform vorm te geven en toe te passen hun vruchten af te werpen. Wel laat de Straatsburgse jurisprudentie voorbeelden zien van veroordelingen die mogelijk samenhangen met – in algemenere zin – meer structurele gebreken in ons systeem van bestuursrecht (elijke rechtsbescherming) die aandacht verdienen. Zo vindt in de ogen van Straatsburg in bepaalde zaken een te afstandelijke en marginale toetsing van bestuursbesluiten plaats in gevallen waarin zeer fundamentele belangen op het spel staan. Het gaat hier in het bijzonder om zaken van uitzetting van vreemdelingen die in hun land van herkomst een behandeling in strijd met artikel 2 (recht op leven), dan wel artikel 3 EVRM (verbod van foltering) te wachten staat.⁴⁴ Verder betreft het vooral het niet definitief beslechten van geschillen binnen een redelijke termijn⁴⁵ en het aanbrengen van te formalistische drempels in de rechtsbescherming.⁴⁶ Een recent voorbeeld van dergelijk te vergaand formalisme vormt een Nederlandse vreemdelingenzaak, waarin het Hof een schending van artikel 13 EVRM heeft aangenomen. Volgens het Hof bestond er immers een wanverhouding tussen de gevraagde leges voor het in behandeling nemen van de aanvraag voor een permanente

verblijfsvergunning en het gezinsinkomen van de aanvrager.⁴⁷

2.4 Betekenis buiten de Awb

Vastgesteld kan worden dat de EVRM-normen (met name de artikelen 6 en 13), zoals uitgelegd door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, de bestuurspraktijk, de rechtspraak en de wetgeving op het terrein van rechtsbescherming tegen de overheid steeds meer beïnvloeden.⁴⁸ Zo worden er naar aanleiding van de Straatsburgse rechtspraak bepaalde eisen gesteld aan de feitenvaststelling door het bestuur en de voorbereiding van besluiten (met name ook in geval van bestuurlijke boeten).⁴⁹ Ook werken de garanties van het EVRM door in rechterlijke procedures (zoals het recht op tegenspraak) en in de wetgeving.⁵⁰ In dat licht verdient vermelding een recente uitspraak van de Afdeling waarin deze op grond van artikel 8 juncto 13 EVRM een bepaling van de Wet inlichtingen- en veiligheidsdiensten buiten toepassing laat die het eindoordeel over de gerechtvaardigheid van beperking van kennisname van stukken bij de minister van BZK en niet – zoals voorzien in artikel 8:29 e.v. Awb – bij de rechter legt.⁵¹

Ook materiële EVRM-bepalingen kunnen grote procedurele consequenties hebben.⁵² Zeker in geval van zeer fundamentele EVRM-rechten, zoals het recht op leven en het verbod van een onmenselijke of vernederende behandeling, is Straatsburg coulantier dan nationale instanties bij het in de beoordeling betrekken van pas laat in de procedure door de klager ingebrachte bewijsmiddelen. Kort gezegd, er worden naarmate het recht in kwestie fundamenteeler van aard is meer zorgvuldigheidseisen gesteld aan de procedure.

3. Ultieme evenredigheidstoets

3.1 Introductie

Een bespreking van de betekenis van mensenrechten voor het materiële bestuursrecht gaat het bestek van deze bijdrage ver te buiten. Mensenrechten hebben in diverse bijzondere delen van het bestuursrecht – zoals het vreemdelingenrecht en het socialezekerheidsrecht – een vaste plaats verworven. Er is daarbij sprake van een gespecialiseerde, fijnmazige jurisprudentie die in de (hand)boeken op deze terreinen aan de orde komt.⁵³ Om te achterhalen wat de mogelijke implicaties zijn van (internationale) uitspraken is overigens vaak een dubbele veritaalslag nodig, namelijk van het buitenlandse recht naar het nationale recht (bij uitspraken ten aanzien van andere landen) en vaak van een ander rechtsgebied als bijvoorbeeld het strafrecht naar het bestuursrecht.⁵⁴ Daarbij blijft

dat mensenrechten zowel een rol spelen bij de totstandkoming van wetgeving op het terrein van het bestuursrecht als in de jurisprudentie over de toepassing daarvan.

Deze bijdrage beperkt zich tot een algemeen overzicht van voor het materiële bestuursrecht relevante rechten en het uit de jurisprudentie afleiden van het algemene toetsingskader dat aan de orde is bij beperking van mensenrechten. Dit is namelijk op alle terreinen van het bestuursrecht bruikbaar. Ook hier geldt weer dat het EVRM leidend is zodat het accent daarop ligt. Voor een uitgebreide behandeling met verwijzing naar veel relevante jurisprudentie kan worden verwezen naar eerder onderzoek.⁵⁵ Hierna wordt alleen naar recente jurisprudentie verwezen ter illustratie van het gestelde.

3.2 Relevante rechten

De mensenrechten (het EVRM voorop) dringen tegenwoordig diep door op het terrein van het materiële bestuursrecht en daarbij speelt de Straatsburgse jurisprudentie een belangrijke rol. Aan de diverse EVRM-rechten kan een breed scala van relevante rechtsnormen worden ontleend.

Deze normen zijn in beginsel over de volle breedte van het bestuursrecht van toepassing. Sommige van deze normen zijn echter met name van belang voor bepaalde bijzondere delen van het materiële bestuursrecht, bijvoorbeeld voor het omgevingsrecht (de artikelen 2, 8, 9 en

44 EHRM 5 juli 2005, *Said t. Nederland*, AB 2005, 369 m.nt. Batjes & Vermeulen, «JV» 2005/304, m.nt. Spijkerboer, NJCM-Bulletin 2005, p. 831 e.v. m.nt. Van Bennekom; EHRM 11 januari 2007, *Salah Sheekh t. Nederland*, AB 2007, 76 m.nt. Vermeulen.
45 EHRM 24 juli 2001, *Van Nus t. Nederland* (zaaknr. 37538/97); EHRM 29 juli 2003, *Beumer t. Nederland* (zaaknr. 48086/99); EHRM 29 september 2005, *Van Houten t. Nederland* (zaaknr. 24919/03).
46 EHRM 31 januari 2006, *Rodriguez da Silva en Hoogkamer t. Nederland*, EHRC 2006, 35 m.nt. Wollf, «JV» 2006/90 m.nt. Boeles.
47 EHRM 10 januari 2012, G.R. t. Nederland, AB 2012, 31 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

48 Vgl. A.M.L. Jansen, *Constitutionalisering van het bestuursprocesrecht* (proefschrift NVvR), Deventer: Kluwer 2004.

49 Zie uitgebreid D.W.M. Wenders, *Doorwerking van de beginselen van behoorlijke rechtspleging in de bestuurlijke voorprocedures* (diss. Maastricht), Deventer: Kluwer 2010.

50 Zie T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 41-78.

51 ABRvS 30 november 2011, «JB» 2012/11, onder verwijzing naar verschillende Straatsburgse uitspraken. Vgl. EHRM 20 juli 2010, A. t. Nederland, AB 2011, 132 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

52 T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Het EVRM en het Nederlandse milieurecht', «JPlus» 2004, p. 234-244.

53 W. van Bennekom & J. van der Winden, *Azielrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2011; G.J.J. Heerma van Vos & F.J.L. Pennings, *Sociale zekerheidsrecht (Tekst & Commentaar)*, Deventer: Kluwer 2008; A. Kuijter e.a.,

Nederlands vreemdelingenrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2005.

54 E.A. Alkema, 'Bestuursrecht en EVRM – Awb en artikel 6, Enkele verkennde opmerkingen', NTB 1996, p. 18-24 op p. 19.

55 Barkhuysen & Van Emmerik 2010; Barkhuysen & Van Emmerik 2011, met verdere verwijzingen.

10 EVRM en artikel 1 EP),⁵⁶ het vreemdelingenrecht (de artikelen 3 en 8 EVRM), het gezondheidsrecht (zij het aarzeland, via de artikelen 2 en 8 EVRM), het mediarecht (artikel 10 EVRM) en het onderwijsrecht (artikel 2 EP).⁵⁷ Andere rechtsnormen – zoals de beginselen van rechtszekerheid, vertrouwen en proportionaliteit die besloten liggen in artikel 1 EP en het discriminatieverbod van artikel 14 en het Twaalfde Protocol – hebben een meer algemeen karakter en spelen als zodanig bijvoorbeeld een rol in het socialezekerheidsrecht, het fiscale recht en het economisch bestuursrecht.⁵⁸ Ten aanzien van toezicht en handhaving – ook onderdelen van het algemene bestuursrecht – springen met name de artikelen 2, 3, 5, 7 en 8 EVRM in het oog⁵⁹ en voor openbareordekwesies de artikelen 5, 10 en 11 EVRM en artikel 2 VP.⁶⁰ Opvallend is dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens er niet voor terugschrikt om op het terrein van het materiële bestuursrecht ook positieve verplichtingen aan

te nemen op basis waarvan bepaalde normen feitelijk ook effect kunnen krijgen in horizontale verhoudingen. Buiten het EVRM kunnen onder meer als relevante rechten worden genoemd het discriminatieverbod van artikel 26 IVBPR, dat zeker in het verleden een prominente rol heeft gespeeld op het terrein van de sociale zekerheid, en diverse bepalingen uit het IVRK (met bijzondere bepalingen voor rechten van kinderen, zoals artikel 3, dat bepaalt dat bij maatregelen ten aanzien van kinderen hun belangen de eerste overweging moeten vormen en artikel 27, dat hen het recht op een passende levensstandaard biedt) die een extra ondersteuning kunnen vormen voor kinderen in procedures die hen betreffen, bijvoorbeeld in zaken over voorzieningen (zoals opvang en bijstand) voor 'illegale' uitgeprocedeerde minderjarigen.⁶¹ In theorie bieden de VN-mensentechtenverdragen gericht op speciale groepen of speciale rechten in algemene zin een meerwaarde boven de algemene

56 ABRvS 14 juli 2010, «JB» 2010/215 m.nt. Sanderink (last onder dwangsom m.b.t. religieuze uiting via dakpannen niet in strijd met artikel 9 en 10 EVRM); ABRvS 23 februari 2011, AB 2011, 117 m.nt. Barkhuysen & Bos (aanwijzing monument niet in strijd met artikel 1 EP), Vgl. over artikel 1 EP T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht', «JBlus» 2003, p. 1-14.

57 CRvB 27 mei 2011, «JB» 2011/178 (geen recht op studiefinanciering voor meerjarige illegalen o.g.v. artikel 2 EP juncto 14 EVRM).

58 ABRvS 27 oktober 2010, «JB» 2011/23 m.nt. De Kamals (verbod uittreding woningcorporatie uit bestel niet in strijd met artikel 1 EP); CRvB 24 juni 2011, «JB» 2011/179 (niet toegestane ongelijke behandeling m.b.t. halfvezenuitkering tussen kinderen uit een heterohuwelijk en een homohuwelijk); ABRvS 22 juni 2011, AB 2011, 254 m.nt. Stolk (onderscheid tussen politieke partijen die al zitting hebben in een vertegenwoordigend lichaam en partijen die dat niet hebben m.b.t.

verplichting storting waarborgsom geen ongerechtvaardigde ongelijke behandeling); CRvB 5 augustus 2011, LjN: BR4268 (beperking export uitkering niet in strijd met artikel 14 EVRM juncto 1 EP; vgl. EHRM 16 maart 2010, *Carson t. Verenigd Koninkrijk*, AB 2011, 149 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik).

59 Vgl. ABRvS 15 december 2010, «JB» 2011/30 (binnentreden in woning en artikel 8 EVRM); CRvB 8 juni 2010, AB 2011, 45 m.nt. Bröring (huisbezoek in strijd met artikel 8 EVRM en vergoeding immateriële schade).

60 ABRvS 15 december 2010, «JB» 2011/29, AB 2011, 237 m.nt. Brouwer & Schilder (verbljfsontzegging en artikel 2 VP en 12 IVBPR).

61 Zie bijv. Hof 's-Gravenhage 11 januari 2011, LjN: BO9924 (verbod om uitgeprocedeerde 'illegaal' gezin met minderjarige kinderen op straat te zetten wegens strijd met artikel 8 EVRM, mede in het licht van de bepalingen van het IVRK) en CRvB 15 juli 2011, «JB» 2011/202 (algemene uitsluiting kinderbijslag o.g.v. koppelingseigensel is onevenredig in het licht van het IVRK en artikel 8 juncto 14 EVRM).

verdragen. Zij dienen als *lex specialis* steeds in een concreet geval te worden onderzocht op meerwaarde. Ook het EU-grondrechtenhandvest heeft een meerwaarde boven het EVRM. Vastgesteld kan worden dat het Handvest eigenlijk vrijwel alle denkbare grondrechten zoals we die al kennen uit het EVRM, het ESH en VN-verdragen codificeert en daarmee samenbrengt in één document. In een aantal gevallen biedt het Handvest ook noviteiten. Zo introduceert artikel 8 van het Handvest een van het recht op bescherming van het privéleven separaat recht op bescherming van persoonsgegevens, waartoe ook behoort het recht op inzage en rectificatie van verzamelde gegevens. Voor het bestuursrecht is verder, als gezegd, relevant de expliciete codificatie in artikel 41 Handvest van het recht op behoorlijk bestuur. In dit verband bestaat er een recht op schadevergoeding wanneer de EU-overheid schade toebrengt door het plegen van een onrechtmatige overheidsdaad. Van belang is verder artikel 42 Handvest, dat het recht regelt op inzage in documenten die berusten bij instellingen, organen en instanties van de EU. Noch in de Nederlandse Grondwet, noch in het EVRM is een dergelijke grondrechtelijke verankering van de openbaarheid van bestuur te vinden. Op basis van EHRM-jurisprudentie onder artikel 10 EVRM geldt echter wel een recht op informatie. Dit vult het toetsingskader van de Nederlandse Wob aan, in die zin dat in de belangenafweging onder omstandigheden naast het belang van openbaarheid ook meer individuele, specifieke belangen een rol zouden moeten spelen.⁶² Ten slotte kan worden gewezen op artikel 49, derde lid, Handvest waarin expliciet is bepaald dat

de zwaarte van een straf – waaronder ook een bestuurlijke boete is te verstaan – niet onevenredig mag zijn aan het strafbare feit. Deze eis is onder het EVRM alleen impliciet afgeleid uit artikel 6 EVRM.⁶³

3.3 Evenredigheid als ultieme toetssteen

In de meeste gevallen komt de toepassing van de hiervoor genoemde normen erop neer dat aan het overheidsoptreden dat een inbreuk maakt op EVRM-rechten zowel procedurele als materiële eisen worden gesteld. Aan deze eisen moet worden voldaan, wil het overheidsoptreden in kwestie gerechtvaardigd zijn. De voorbereiding van de betreffende wetgeving en/of besluiten moet zorgvuldig zijn en alle relevante belangen moeten in kaart worden gebracht. Verder moet voldaan worden aan het vereiste van legaliteit en rechtszekerheid door te voorzien in een adequate rechtsbasis.⁶⁴

In materiële zin is meestal doorslaggevend of in het concrete geval sprake is van een 'fair balance' tussen het algemene belang dat met het overheidsoptreden wordt gediend en het daardoor geschade individuele belang.⁶⁵ Dit impliceert een proportionaliteits- en een willekeurtoets, waarbij in beginsel niet kan worden volstaan met een toetsing in abstracto. Bij zijn toetsing van deze belangenafweging laat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens de staten – afhankelijk van het recht in kwestie en de feiten en omstandigheden van het geval – wel een meer of minder grote 'margin of appreciation', waardoor deze toets in de praktijk varieert van een intensieve toets tot een marginale willekeurtoets. Naast een goede motivering voor de

62 Zie E.J. Daalder, *Handboek openbaarheid van bestuur*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011; ABRvS 19 januari 2011, AB 2011, 148 m.nt. Daalder.

63 Zie Barkhuysen & Bos 2011.

64 Zie bijv. recent Vrzngz. Rb. 's-Gravenhage (sector civiel) 3 januari 2012, LjN: BU9921: afschaffing van

uitkering o.g.v. de Wet werk en inkomen kunstenaars (WWIK) zonder overgangsregeling is in strijd met artikel 1 EP.

65 Vgl. ook J.H. Gerards, *EVRM - Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

gemaakte belangenafweging, speelt voorts een rol of voldoende waarborgen bestaan tegen misbruik van bevoegdheden, zoals de mogelijkheid van rechterlijke toetsing. Ten aanzien van het nalaten van de overheid, ondanks het bestaan van positieve verplichtingen tot optreden, geldt een vergelijkbaar toetsingskader. De overheid mag dan alleen afzien van optreden wanneer de betrokkenen daardoor niet onevenredig worden geraakt. Dat kan bijvoorbeeld aan de orde zijn wanneer de overheid ervan afziet handhaven op te treden tegen ernstige geluidsoverlast. Wanneer de jurisprudentie op dit punt wordt samengenomen, ontstaat het beeld van een ultieme evenredigheidstoets: evident onevenredige c.q. evident onredelijke uitkomsten kunnen niet door de beugel.⁶⁶ Soms is een bepaald overheidsoptreden of -nalaten echter in geen geval toegestaan, namelijk wanneer daarmee het recht op leven (artikel 2 EVRM) of het recht om gevrijwaard te blijven van vernederende of onmenselijke handelingen (artikel 3 EVRM) in gevaar komt. Daarbij kan worden gedacht aan het niet-optreden tegen levensbedreigende situaties⁶⁷ – al dan niet veroorzaakt door derden – of een uitzetting van een vreemdeling naar een land waarin deze een reëel risico loopt te worden gefolterd. Een belangenafweging is daarbij niet aan de orde en zelfs andere, wel-beperkbare EVRM-rechten als het recht op privéleven moeten dan in beginsel wijken. Van een belangenafweging is ook geen sprake bij een vrijheidsbenaming buiten de in

artikel 5 EVRM voorziene gevallen of een beoogde oplegging waarbij de vereisten van artikel 7 EVRM niet in acht worden genomen. Ten slotte is nog van belang expliciet te constateren dat EVRM-rechten niet alleen via het EU-recht toepassing krijgen, namelijk als algemeen beginsel van Unierecht en het bindende EU-Grondrechtenhandvest, maar dat de handhaving van EU-recht nu ook via het EVRM kan worden afgedwongen. Dit laatste omdat een vaststaande aanspraak op grond van het EU-recht wordt gezien als een eigendomsrecht in de zin van artikel 1 EP en om die reden in het nationale recht geldend gemaakt moet kunnen worden.⁶⁸ Overigens eist ook het EU-recht het bestaan van deze mogelijkheid, maar het EVRM voegt daar de afdwingbaarheid via de Straatsburgse kanalen aan toe.

4. Afsluitende vooruitblik

Uit het voorgaande kunnen in het kader van een afsluitende vooruitblik een aantal lijnen naar de toekomst worden doorgetrokken. Daarbij zal het gaan om zowel meer algemene tendensen in het bestuursrecht als om kleinere, technische details die hier niet verder worden uitgewerkt. Het EVRM zal in dat verband zijn geschetste inspirerende en corrigerende rol blijven vervullen (ook ten aanzien van de formele wetgever), hoewel er wel een gevaar bestaat dat de rol van het Straatsburgse Hof, als gevolg van zijn chronische overbelasting en uitblijvende oplossingen daar-

achterwege blijven wegens strijd met artikel 14 juncto 8 EVRM maar is in casu niet onevenredig).

67 Zie bijv. EHRM 30 november 2004, *Önerilidiz t. Turkije*, AB 2005, 43 m.nt. A.J.Th. Wolterj (ontplofing van vuurisabelt in Istanbul waardoor vele illegale bewoners de dood vonden; autoriteiten verantwoordelijk aangezien zij ondanks wetenschap van levensgevaar niet optraden).

68 EHRM 16 april 2002, *Dangeville SA t. Frankrijk*, AB 2004, 75 m.nt. N. Verheij.

voor, beperkter zal zijn. De rol van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie en mogelijk ook van de VN-verdragen zal mede daardoor groter worden. Als gevolg van het bestaan van de prejudiciële procedure kan immers sneller een oordeel worden verkregen van het HvJ EU, hoewel na de voorziene toetreding van de EU tot het EVRM het Europese Hof voor de Rechten van de Mens het laatste woord krijgt terzake, zij het dat over de precieze modaliteiten nog geen overeenstemming bestaat en de onderhandelingen tussen Straatsburg en Brussel/Luxemburg nog volop gaande zijn.⁶⁹ Mogelijk bieden de klachtmogelijkheden bij de diverse VN-comités op den duur ook voordelen boven een procedure voor het Straatsburgse Hof.

De mensenrechten zullen een rol blijven spelen in het bevorderen en waarborgen van *effectieve* rechtsbescherming binnen een redelijke termijn. De komende jaren zal moeten blijken of de maatregelen die zijn ingevoerd of nog in het vat zitten inderdaad effect gaan sorteren. Er bestaat echter een risico dat de op versnelling en effectiviteit gerichte maatregelen doorslaan en dat een sfeer ontstaat dat burgers die gebruikmaken van hun rechtsbeschermingsmogelijkheden ten aanzien van door het bestuur gewenste projecten als querulanten worden weggezet.⁷⁰ Op dat punt bieden de mensenrechten (onder meer de

artikelen 6, 8 en 1 EP EVRM) een tegenwicht dat voor de noodzakelijke balans kan blijven zorgen. Daaruit vloeit immers het vereiste voort om zowel effectief en snel als zorgvuldig en evenredig te besturen en recht te spreken. Op deze manier wordt de daadwerkelijke toegang tot de rechter verzekerd. Dat geldt ook voor de mogelijk in te voeren forse verhoging van het griffierecht in het bestuursrecht, waarover de nodige procedures kunnen worden verwacht. Immers ook na aanpassing van het oorspronkelijke wetsvoorstel blijken er zeer forse financiële barrières over te zijn gebleven. Daarbij geldt de hardheidsclausule niet voor minvermogensden en middeninkomens.⁷¹ Bij het ter perse gaan van deze bijdrage blijkt de verhoging van de griffierechten vooralsnog van de baan te zijn op basis van het zogenoemde 'Lente-akkoord'.

Een andere meer algemene tendens betreft het toegenomen accent op rechtshandhaving en het daarbij steeds meer inzetten van het bestuursrecht als instrument, ook als het gaat om openbare ordehandhaving of de waarborging van de veiligheid van personen in hun privé- en familiesfeer.⁷² Daarmee zal vanzelf het aantal geschillen over de vraag of partijen al dan niet te ver in hun vrijheidsrechten (onder meer artikel 8 EVRM) alsmede procesuele rechten (onder meer artikel 6 EVRM) zijn aangetaat, toenemen.

69 Zie onder meer Draft Accession Agreement van de Steering Committee for Human Rights (CDDH) van 14 oktober 2011 op site van de Raad van Europa (www.coe.int) onder nummer CDDH(2011)009.

70 Vgl. Schiessels & Zijlstra 2010.

71 Daarover E. Bauw, E. van Dijk & F. van Tulder, 'Een stille revolutie? De gevolgen van de invoering van kostendekkende griffierechten', *NJB* 2010, p. 2528-2536; T. Barkhuysen, 'De toegang tot de rechter onder vuur', *NJB* 2010, p. 1455; C. de Bruijn, 'Het wetsvoorstel kostendekkende griffierechten en de toegang tot de rechter in het bestuursrecht', *NJB* 2011, p. 2568-2574. Zie ook de diverse bijdragen aan de recente

Prinszwaartreeksbundel over griffierechten (Nijmegen 2012).

72 Zie nader H.H. van Meegen, 'Het huisverbod: bestuursrecht in handen van de familierechter', «JBplus» 2010, p. 2-15. Vgl. A.E. Schilder & J.G. Brouwer, 'De rechten van anderen en de Grondwet. Over conflicterende rechten, positieve verplichtingen en grondwettelijke beperkingen bij de bescherming van het woon- en leefklimaat', in: Barkhuysen/Van Emmerik/Loof (red.), *Geschakeld recht. Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70e verjaardag van prof. mr. E.A. Alkema*, Deventer: Kluwer 2009, p. 55-72.

66 CRvB 20 oktober 2010, «JB» 2011/9 (buiten toepassing laten koppelingsbeginsel o.g.v. artikel 8 EVRM m.b.t. minderjarige vreemdeling zodat geïndiceerde zorg kon worden verleend); CRvB 14 maart 2011, «JB» 2011/110, AB 2011, 242 m.nt. Bröring (geen onevenredige beperking artikel 8 EVRM door weigering medewerking aan uitkeringsvervangende inkomensvoorziening); ABRvS 22 december 2010, AB 2011, 169 m.nt. Leijten & Uzman (stopzetten huurtoeslag i.v.m. koppelingsbeginsel moet in bijzondere gevallen

Dit nog afgezien van het naar verwachting toenemend aantal zaken over de precieze verhouding van de waarborgen van de vierde tranche van de Awb tot die van onder meer het EVRM en het IVBPR. Tegelijk eist met name het EVRM hier op grond van de positieve verplichtingen onder bijvoorbeeld artikel 2 en 8 juist ook actief optreden van de staat om via rechtshandhaving de veiligheid van personen te waarborgen. De grote uitdaging zal ook hier zijn om een goede balans te blijven vinden. Daarbij zou mogelijk ook de godsdienstvrijheid van artikel 9 EVRM van belang kunnen zijn bij diverse (voorgenomen) maatregelen met name op het terrein van openbare religieuze uitingen.

Daarnaast zou het feit dat vooral het Straatsburgse Hof steeds meer procedurele eisen afleidt uit materiële rechten een belangrijke invloed kunnen hebben op de inrichting van ons bestuurs(proces)recht. Uit deze jurisprudentie van het Hof vloeit steeds duidelijker voort dat naarmate een rechtsbelang dat als gevolg van een overheidsmaatregel in het geding is fundamenteel van aard is, de daarmee gepaard gaande bestuurlijke voorbereiding en rechterlijke rechtsbescherming respectievelijk zorgvuldiger en intensiever moeten zijn, wil een inbreuk op dit rechtsbelang gerechtvaardigd kunnen worden. Waar de Awb is gericht op het zoveel mogelijk uniformeren van het bestuurs(proces-)recht, lijkt deze Straatsburgse jurisprudentie juist te wijzen op noodzakelijke differentiatie wanneer fundamentele rechtsbelangen op het spel staan. Zo hoeft een procedure over een beperkend bestemmingsplan (waarmee het eigendomsrecht in het geding is) met minder waarborgen te zijn omkleed dan een procedure over de uitzetting van een vermeende vluchteling naar een land waar deze mogelijk met fol-

tering wordt bedreigd. Wat ons betreft pleit deze ontwikkeling overigens niet tegen het streven naar meer rechtseenheid aan de top van het bestuursrechtelijk rechtsbeschermingsgebouw. Als het gaat om de toepassing van mensenrechten in bestuursrechtverband is rechtseenheid juist van groot belang.

Vooorts zal ook de komende jaren de herijking van de verzorgingsstaat en het in dat kader uitsluiten van vreemdelingen van voorzieningen de agenda serieus beheersen. Daarbij komen om te beginnen de bestaande, verworven rechten van betrokkenen in het geding. Denk aan de herziening van het pensioenstelsel. Met name het eigendomsrecht en het verbod van onge-rechtvaardigde ongelijke behandeling onder de mensenrechtenverdragen zullen daarbij een belangrijke toetssteen zijn. Voor kwetsbare groepen als sommige vreemdelingen en kinderen zal daarbij extra bescherming aan de orde zijn. De mensenrechtenverdragen vervullen daarbij wederom de rol van een soort hardheidsclausule om evident onevenredige effecten van maatregelen weg te nemen.

Ten slotte zou het uitgangspunt dat partijen in het bestuursrecht zonder verplichte procesvertegenwoordiging kunnen procederen de komende jaren heel goed verder onder druk kunnen komen te staan. Het bestuursrecht is immers – ondanks de drempels die de mensenrechten opwerpen tegen excessief formalisme en het vereiste van een doorzichtig systeem van rechtsbescherming – erg complex geworden en zal de komende jaren waarschijnlijk niet minder ingewikkeld worden. Hiermee is het maar zeer de vraag of niet-deskundige partijen in veel zaken daadwerkelijk toegang tot effectieve rechtsbescherming, als gegarandeerd in artikel 6 EVRM en artikel 47 EU-grondrechtenhandvest, hebben als zij zonder advocaat procederen.⁷³ Wellicht zou ook hier differentiatie gepast zijn tussen complexe en niet-complexe zaken, om zo ook de kosten beheersbaar te houden.

⁷³ Vgl. R.M. van Male, 'Glazige blikken: het ontbreken van verplichte procesvertegenwoordiging', *NTB* 2006, p. 50-51.