

Het recht op een eerlijk proces in het EVRM, het Handvest en... de Grondwet!

Een verrijking voor de individuele rechtsbescherming in Nederland?

M.M. JULICHER*

1. Inleiding

Op dit moment is het recht op een eerlijk proces niet opgenomen in de Grondwet. In het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en Fundamentele Vrijheden (EVRM) en het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Handvest) is daarentegen het recht op een eerlijk proces wel verankerd in de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest.

Op 30 mei 2017 stemde de Tweede Kamer in eerste lezing in met het voorstel om het recht op een eerlijk proces in de Grondwet op te nemen.¹ Het kabinet Rutte II had dit voorstel ingediend als antwoord op een motie van de Eerste Kamer uit 2012.² Het is nu aan de Eerste Kamer om het voorstel in eerste lezing aan te nemen.

In deze bijdrage wordt aan de orde gesteld in hoeverre de opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet van toegevoegde waarde is voor de individuele rechtsbescherming, gelet op bescherming die rechtszoekenden nu al kunnen ontleenen aan de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest. De regering stelt in de memorie van toelichting bij het voornoemde wetsvoorstel dat van deze juridische meerwaarde sprake is, omdat opname in de Grondwet zal zorgen voor een uitbreiding van de situaties waarop het recht op een eerlijk proces voor de rechter ingeroepen kan worden. De bepaling in de Grondwet heeft namelijk een ruimer toepassingsbereik dan de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest.³ Daarnaast zal de opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet volgens de regering een legitimatie bieden voor actieve rechtsvorming door de rechter en de wetgever. Deze actieve rechtsvorming zal leiden tot meer rechtsbescherming.⁴ Naast juridische meerwaarde benadrukt de regering ook de belangrijke symbolische functie van het wetsvoorstel. Deze symboolfunctie houdt in dat met de opname van het recht op een eerlijk proces aan

* Mr. Manon Julicher is als docent en junior-onderzoeker verbonden aan de afdeling Staatsrecht, Bestuursrecht en Rechtstheorie van het departement Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Utrecht.

1 *Handelingen II 2016/2017*, 34517, nr. 80, item 10.

2 *Kamerstukken I 2011/12*, 31570, C (Motie Lokin-Sassen, 7 februari 2012); In deze motie heeft de Eerste Kamer, naar aanleiding van het rapport van de staatscommissie Grondwet uit 2010 (*Kamerstukken II 2011/12*, 31570, nr. 20) de regering opgeroepen een algemeen recht op een eerlijk proces in de Grondwet op te nemen. Zie voor nadere informatie over de achtergrond van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Van den Eijnden & Van Sasse van Yssel 2017, p. 120-121.

3 *Kamerstukken II 2015/16*, 34517, nr. 3, p. 3-4 en 17; *Kamerstukken II 2011/12*, 31570, nr. 20, p. 60-62.

4 *Kamerstukken II 2015/16*, 34517, nr. 3, p. 4, 9 en 31.

burgers getoond wordt dat de grondwetgever het van groot belang vindt dat de waarborgen van een eerlijk proces worden gegarandeerd. Het wetsvoorstel kan zo bijdragen aan meer vertrouwen van de burger in de Nederlandse rechtsstaat en rechtsspraak.⁵ Nu deze symboolfunctie losstaat van de vraag of het wetsvoorstel zorgt voor een verruiming van de rechtsbescherming, wordt hieraan in deze bijdrage verder geen aandacht besteed.

In dit artikel wil ik de veronderstellingen van de regering over *de juridische toegevoegde waarde* nuanceren. Besproken zal worden dat van een reikwijdteverandering in de praktijk geen sprake lijkt te zijn. Wel zal de nieuwe grondwetsbepaling, zoals de regering betoogt, een legitimatie bieden om actiever recht te vormen. Te verwachten is dat de rechter hierdoor minder terughoudend zal zijn en meer rechtsbescherming zal bieden.

Voorafgaand aan deze bespreking zijn drie opmerkingen van belang. Allereerst moet benadrukt worden dat de focus in dit artikel ligt op de toegevoegde waarde van het nieuwe artikel in de Grondwet ten opzichte van specifiek de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest. Gekozen is voor een focus op deze artikelen, omdat de regering in de memorie van toelichting ook ingaat op deze artikelen; de 'beperkte' bescherming van het EVRM en het Handvest wordt namelijk als een belangrijke reden opgevoerd om tot grondwettelijke bescherming over te gaan.⁶

Verder is van belang te noemen dat het onderwerp van deze bijdrage, de meerwaarde van een grondwettelijk recht op een eerlijk proces, eerder centraal heeft gestaan in verkennend onderzoek ter voorbereiding op het werk van de Staatscommissie Grondwet van De Lange, Leeuw & Mevis,⁷ in verkennend onderzoek ter voorbereiding op het werk van de Staatscommissie Grondwet van Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards,⁸ en in het proefschrift van Bas Leeuw.⁹ Wat kan deze bijdrage nog toevoegen? Allereerst is in de genoemde onderzoeken vooral onderzoek gedaan naar de meerwaarde ten opzichte van het EVRM. Toegevoegde waarde ten opzichte van het Handvest is niet of niet uitgebreid aan de orde gekomen. In deze bijdrage wordt dit aspect uitgebreider besproken. Ook bevat de aangestipte literatuur nog een zekere mate van speculatie. De formulering, inhoud en plaats van de bepaling waarin het recht op een eerlijk proces zou worden opgenomen waren ten tijde van deze onderzoeken nog niet bekend. Nu er een wetsvoorstel is ingediend zijn deze aspecten wel bekend en kunnen aan de hand van een concrete bepaling gericht conclusies worden getrokken. Als laatste worden in dit artikel conclusies

arti- kelen

5 *Kamerstukken II 2015/16*, 34517, nr. 3, p. 7; B. Leeuw 2013, p. 200.

6 *Kamerstukken II 2015/16*, 34517, nr. 3, p. 16-17.

7 De Lange, Leeuw & Mevis 2009.

8 Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2009.

9 Leeuw 2013.

getrokken voor het gehele Nederlandse recht. In het eerste en het laatste onderzoek stond daarentegen specifiek de meerwaarde van een grondwettelijke recht op een eerlijk proces voor het Nederlandse strafrecht centraal.

Tot slot nog een verheldering van wat in deze bijdrage wordt bedoeld als gesproken wordt over ‘het recht op een eerlijk proces’. Ik onderscheid als hoofdelementen het recht op toegang tot de rechter, het recht op behandeling van een zaak binnen een redelijke termijn, het recht op een onpartijdige en onafhankelijke rechter en het recht op ‘equality of arms’ (wapengelijkheid). De term ‘het recht op een eerlijk proces’ wordt gebruikt als overkoepelende term voor deze elementen. Verschillende auteurs onderscheiden ook andere elementen als apart onderdeel van het recht op een eerlijk proces, zoals het recht op rechtsbijstand of het waarborgen van de rechten van de verdediging. Mijns inziens zijn deze andere elementen altijd onder te brengen bij een van de door mij onderscheiden hoofdelementen.¹⁰ Ik noem deze rechten daarom niet als aparte deelelementen van het recht op een eerlijk proces.

2. Formulering en plaats van het wetsvoorstel

Formulering

Het wetsvoorstel strekt tot het toevoegen van de volgende bepaling aan de Grondwet:

‘Ieder heeft bij het vaststellen van zijn rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter’.

Deze bepaling zal het eerste lid van het nieuwe artikel 17 Grondwet gaan vormen. Het zal daarmee de ‘ius de non evocando’-bepaling (‘niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent’) uit het huidige artikel 17 Grondwet aanvullen.

¹⁰ Zo vloeit rechtsbijstand logisch voort uit het recht op toegang tot de rechter (kosteloze rechtsbijstand) en het recht op ‘equality of arms’. Vgl. ook EHRM 9 oktober 1979, *NJ* 1980, 376 (*Airey t. Ierland*). Ook het waarborgen van de rechten van de verdediging is onderdeel van het recht op ‘equality of arms’.

¹¹ *Kamerstukken II 2011/12*, 31570, nr. 20, p. 63-64.

¹² *Kamerstukken II 2011/12*, 31570, nr. 20, p. 63.

Eerder adviseerde een meerderheid van de Staatscommissie Grondwet het recht op een eerlijk proces als volgt te formuleren: ‘ieder wiens door het recht beschermde belangen worden getroffen heeft recht op een eerlijk proces voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter’.¹¹ Met de term ‘beschermde belangen’ zou het recht op een eerlijk proces zich uitstrekken over een ruimer scala aan situaties dan nu het geval is met artikel 6 EVRM. Met name rechtsbescherming tegen de overheid zou hierdoor meer dan nu het geval is gewaarborgd worden.¹² De regering heeft echter, samen met een minderheid van de Staatscommissie, gekozen voor een

formulering die meer aansluit bij de tekst van artikel 6 EVRM. Reden hiervoor is dat zo wordt aangesloten bij begrippen die in de rechtspraktijk al vertrouwd zijn. Zo zal een goede toepassing van de grondwettelijke bepaling worden vergemakkelijkt.¹³ Omdat in de nieuwe bepaling in algemene zin sprake is van ‘rechten en verplichtingen’, en niet, zoals in artikel 6 EVRM, van ‘*burgerlijke* rechten en verplichtingen’ wordt met het nieuwe artikel in de Grondwet tevens een algemene werking van het recht op een eerlijk proces bereikt.¹⁴

Plaats

De nieuwe bepaling zal een plaats krijgen in hoofdstuk 1 van de Grondwet. Deze plaats wordt bepaald door het doel van het wetsvoorstel. Dat behelst het vestigen van een grondrecht dat de burger kan inroepen tegenover de rechter.¹⁵ Het grondrechtelijk karakter van de bepaling past volgens de regering bij andere bepalingen die in hoofdstuk 1 staan geformuleerd. Ook sluit plaatsing in hoofdstuk 1 aan bij de plaatsing van het recht op een eerlijk proces in internationale grondrechtendocumenten.¹⁶

Er zijn ook argumenten voor het plaatsen van deze bepaling in hoofdstuk 6 van de Grondwet. Het recht op een eerlijk proces kan namelijk gezien worden als opdracht aan de rechter om in alle zaken die aan hem worden voorgelegd een eerlijk proces te waarborgen.¹⁷ Ook kan het artikel worden gezien als instructienorm aan de wetgever om te zorgen voor een systeem waarin het recht op een eerlijk proces kan worden gewaarborgd.¹⁸ Dan ligt plaatsing in het hoofdstuk over de rechtspraak meer voor de hand. Daarbij is de aard van het recht op een eerlijk proces verschillend van de andere klassieke grondrechten die in hoofdstuk 1 staan genoemd. Dit zijn namelijk afweerrechten die direct inroepbaar zijn voor de rechter. Het recht op een eerlijk proces is geen afweerrecht en zal als gezegd nadere uitwerking in wetgeving behoeven.¹⁹

De regering heeft uiteindelijk niet gekozen voor plaatsing in hoofdstuk 6 van de Grondwet, omdat zij het van belang acht dat met opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet de inrichting van de rechterlijke organisatie zoals vormgegeven in hoofdstuk 6 niet wordt gewijzigd. Ook komt het belang van het grondrechtelijke karakter van de bepaling dan niet voldoende naar voren.²⁰ Nu echter uit het vervolg van deze bijdrage zal blijken dat de toegevoegde waarde van dit wetsvoorstel voornamelijk ligt in legitimatie voor toekomstige rechtsvorming, is deze keuze dubieus te noemen. De nieuwe grondwetsbepaling zal namelijk niet direct meer rechtsbescherming kunnen bieden aan burgers. Dat kan pas als de rechter en de wetgever actief gaan rechtsvormen. De grondwets-

¹³ Kamerstukken II 2015/16, 34517, nr. 3, p. 18-19.

¹⁴ Kamerstukken II 2015/16, 34517, nr. 3, p. 18-19.

¹⁵ Kamerstukken II 2015/16, 34517, nr. 3, p. 8.

¹⁶ Kamerstukken II 2015/16, 34517, nr. 3, p. 10.

¹⁷ Leeuw 2013, p. 214;

Kamerstukken II 2015/16, 34517, nr. 3, p. 4 en 9.

¹⁸ Kamerstukken II 2015/16, 34517, nr. 3, p. 4 en 9;

Kamerstukken II 2011/12, 31570, nr. 20 p. 62.

¹⁹ Kamerstukken II 2011/12, 31570, nr. 20 p. 62.

²⁰ Kamerstukken II 2015/16, 34517, nr. 3, p. 10.

bepaling is daarmee vooral op te vatten als opdracht aan de rechter en wetgever. Zo bezien zou een keuze voor plaatsing in hoofdstuk 6 meer voor de hand liggen dan plaatsing in hoofdstuk 1.

3. Het toetsingsverbod en het recht op een eerlijk proces in de Grondwet

Wie de memorie van toelichting van het voorliggende wetsvoorstel bestudeert, ziet dat het grondwettelijke recht op een eerlijk proces bijna gepresenteerd wordt als panacee dat de beperkingen van het huidige internationale grondrechteninstrumentarium zomaar kan wegnemen. Voorbij lijkt te worden gegaan aan het feit dat de Grondwet zelf ook een vergaande beperking kent: het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet. Omdat procesrechtelijke normen vaak zijn vormgegeven in wetten in formele zin,²¹ wordt door verschillende adviesinstanties de vraag opgeworpen of de veronderstelde aanvullende rechtsbescherming niet feitelijk een wassen neus is.²²

Met de regering ben ik van mening dat de soep zo heet niet gegeten wordt.²³ Het grondwettelijke recht heeft ook betekenis zonder dat er iets verandert aan het huidige toetsingsverbod. Grondrechten kunnen namelijk ook een belangrijke rol spelen zonder dat wetten in formele zin rechtstreeks worden getoetst. Zo kunnen grondrechten door de rechter worden gebruikt bij de invulling van open normen in wetgeving door deze normen grondwetconform uit te leggen.²⁴ In dat kader stelt De Graaff dat de Hoge Raad regelmatig de maatstaven van redelijkheid en billijkheid gebruikt om grondrechtelijke belangen te beschermen.²⁵ Het nieuwe grondwetsartikel kan voor deze praktijk inspiratie bieden. Verder bevat het procesrecht veel discretionaire bevoegdheden en kaderwetgeving. Het procesrecht laat daarmee ruimte aan lagere wetgevers om procesrechtelijke normen uit te werken.²⁶ De lagere regelgeving mag wel getoetst worden aan de Grondwet en dus ook aan het nieuwe artikel 17 van de Grondwet. Kortom, het toetsingsverbod zal de meerwaarde van het grondwettelijk recht op een eerlijk proces dus niet in de weg hoeven staan.²⁷

21 Zo is het bestuursprocesrecht voornamelijk afkomstig uit de Algemene wet bestuursrecht (Awb), zijn voorschriften voor het strafproces opgenomen in het Wetboek van Strafvordering (Sv) en zijn de normen voor civiele procedures vormgegeven in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvorming (Rv). Dit zijn allen wetten in formele zin.

22 *Kamerstukken II 2015/16*, 34517, nr. 3, p. 9. Onder meer het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten en de Raad voor de Rechtspraak hebben erop gewezen dat het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet pas echt effect teweeg kan brengen als het toetsingsverbod wordt opgeheven. Zie Raad voor de Rechtspraak, Advies grondwetswijziging recht op een eerlijk proces, 19 december 2014, p. 6-7 en NJCM, Advies grondwetswijziging recht op een eerlijk proces, 14 oktober 2014, p. 2.

23 *Kamerstukken II 2015/16*, 34517, nr. 3, p. 9.

24 Kortmann 2016, p. 377-378; Nieuwenhuis, Den Heijer & Hins 2014, p. 139; De Lange, Leeuw & Mevis 2009, p. 14-16. Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2009, p. 36.

25 De Graaff 2016.

26 Raad voor de Rechtspraak, Advies grondwetswijziging recht op een eerlijk proces, p. 6-7. Een wet die de rechter veel discretionaire bevoegdheden geeft is de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Zie bijvoorbeeld de artikelen 8:46 – 8:51a Awb.

4. Reikwijdte

4.1. Reikwijdte *ratione materiae*

Inleiding

De regering stelt in de toelichting dat de nieuwe bepaling in de Grondwet op meer situaties van toepassing is dan het EVRM en het Handvest. Daarom zal de rechtsbescherming van de burger verruimd worden. Mijns inziens moet deze stelling genuanceerd worden. De nieuwe bepaling in de Grondwet zal de facto namelijk niet veel toevoegen aan de situaties waarop burgers zich met behulp van de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest op het recht op een eerlijk proces kunnen beroepen. Om dit standpunt te illustreren wordt hieronder de reikwijdte *ratione materiae* van het recht op een eerlijk proces in respectievelijk het EVRM, het Handvest en de Grondwet uiteengezet.

Artikel 6 EVRM

Het recht op een eerlijk proces is in het EVRM primair vastgelegd in artikel 6. Dit artikel is alleen van toepassing als sprake is van geschillen over een ‘criminal charge’ (‘strafvervolging’) of van geschillen over de vaststelling van ‘civil rights and obligations’ (‘burgerlijke rechten en verplichtingen’).²⁸

Om te bepalen of sprake is van een ‘criminal charge’ moeten de zogenaamde ‘Engel’ of ‘Öztürk’-criteria worden aflopen.²⁹ Deze criteria luiden als volgt: (1) hoe is de overtreding naar nationaal recht geclassificeerd? (2) wat is de aard van de overtreding? (3) wat is de aard en ernst van de opgelegde sanctie? Ten aanzien van de eerste voorwaarde geldt dat als de overtreding in nationaal recht onder het strafrecht valt, er zonder meer sprake is van een strafvervolging in de zin van artikel 6 EVRM. Bij de tweede voorwaarde is de vraag of de overtredingsnorm tot alle burgers is gericht en de sanctie tot doel heeft om af te schrikken en te straffen. Ten aanzien van de derde voorwaarde geldt dat ook als de norm tot slechts enkele groepen is gericht, maar de sanctie buitengewoon zwaar is, de norm kan worden aangemerkt als strafvervolging.³⁰ Het eerste criterium is slechts een startpunt, maar zowel het tweede als het derde criterium kan op zichzelf maken dat sprake is van een strafvervolging. Zodoende kunnen ook bestuurlijke sancties onder de bescherming van artikel 6 EVRM vallen.³¹

Hoewel het EHRM de term ‘civil rights and obligations’ ruim uitlegt,³² is er alsnog een aanzienlijk aantal geschillen dat door deze term buiten de toepassing van artikel 6 EVRM blijft.³³ Zo vallen geschillen over

27 Wellicht zou het voorliggende wetsvoorstel zelfs een stimulans kunnen zijn voor de rechter om het toetsingsverbod, dat nu in jurisprudentie ruim wordt uitgelegd (HR 27 januari 1961, NJ 1963, 248 Prof. Van den Bergh en HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 Harmonisatiewet), minder ruim te gaan interpreteren. In het vervolg van deze bijdrage wordt namelijk besproken dat dit wetsvoorstel kan worden opgevat als een legitimatie aan de rechter om over te gaan tot actieve rechtsvorming. Deze legitimatie kan de ondergeschikte rol van de rechter in de verhouding tussen rechter en wetgever op het gebied van rechtsvorming veranderen. Gevolg zou kunnen zijn dat de rechter zich gerechtigd voelt om bijvoorbeeld sneller aan fundamentele rechtsbeginselen te toetsen dan nu het geval is (*Harmonisatiewet*arrest).

28 Zie artikel 6 lid 1 EVRM.

29 EHRM 8 juni 1976, nr. 5100/71 (*Engel e.a. t. Nederland*), punt 82; EHRM 21 februari 1984, nr. 8544/79 (*Öztürk t. Duitsland*), punt 50, 53.

30 EHRM 8 juni 1976, nr. 5100/71 (*Engel e.a. t. Nederland*), punt 82; EHRM 21 februari 1984, 8544/79 (*Öztürk t. Duitsland*), punt 50, 53.

31 EHRM 21 februari 1984, nr. 8544/79 (*Öztürk t. Duitsland*), punt 50, 53; Deze sancties moeten wel een punitief karakter hebben en mogen niet zuiver reparatorisch van aard zijn.

32 Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, p. 9-12.

33 Zie voor een uitgebreide beschrijving van de geschillen waarop artikel 6 EVRM niet van toepassing is onder meer Viering 1994; Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p.130-131; Barkhuysen & Van Emmerik 2013, p. 214 en de Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights, p. 12-13.

- 34 EHRM 12 juli 2011, nr. 44759/98 (*Ferrazzini t. Italie*).
- 35 EHRM 23 november 2006, nr. 73053/01 (*Jussila t. Finland*).
- 36 EHRM 5 oktober 2000, nr. 39652/98 (*Maaouia t. Frankrijk*); EHRM 4 februari 2005, nrs. 46827/99 en 4651/99 (*Mamatkulov en Askarov t. Turkije*) en EHRM 13 oktober 2009, nr. 11230/07, (*Panjeheighalehei t. Denemarken*).
- 37 EHRM 19 april 2007, nr. 63235/00 (*Eskelinen e.a. t. Finland*), punt 62.
- 38 EHRM 21 oktober 1997, nr. 24194/94 (*Pierre-Bloch t. Frankrijk*).
- 39 EHRM 3 oktober 2000, nrs. 42340/98, 41342-44/98 (*Refah Partisi en anderen t. Turkije*).
- 40 EHRM 14 april 2009, nr. 11721/04 (*Geraguyin Khorhurd Patgamavorakan Akumb v. Armena*). Voor Nederland zou dit betekenen dat artikel 6 EVRM niet van toepassing is op procedures ingevolgde de Wet openbaarheid van bestuur, zie ABRvS 30 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1567. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft dit standpunt echter gerelativeerd in ABRvS 1 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3547. Zie voor deze relativering het vervolg van deze paragraaf.
- 41 ABRvS 3 december 2008, AB 2009, 70, m. nt. Barkhuysen & Van Emmerik; ABRvS 17 april 2009, ECLI:NL:RVS:2009:Bl2283.
- 42 HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO5087.
- 43 ABRvS 1 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3547. Zie ook AB 2015/69 m. nt. Barkhuysen & Van Emmerik en Barkhuysen & Den Ouden 2015.
- 44 ABRvS 3 december 2008, AB 2009, 70, m. nt. Barkhuysen & Van Emmerik; ABRvS 17 april 2009, ECLI:NL:RVS:2009:Bl2283; HR 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO5087.
- 45 ABRvS 1 oktober 2014, ECLI:NL:RVS:2014:3547. Zie ook AB 2015/69 m. nt. Barkhuysen &

belastingprocedures, daar waar die geschillen gaan over de (on)verschuldigheid van belastingen, niet onder de bescherming van artikel 6 EVRM.³⁴ Fiscale boetes kunnen hier wel onder vallen.³⁵ Verder worden geschillen met betrekking tot de toelating, het verblijf en de uitzetting van vreemdelingen uitgesloten.³⁶ Ook geschillen betreffende ambtenaren kunnen buiten de reikwijdte van artikel 6 EVRM vallen.³⁷ Bovendien worden politieke rechten niet altijd gezien als burgerlijke rechten in de zin van artikel 6 EVRM. Het gaat dan bijvoorbeeld om het recht voor politici om zich verkiesbaar te stellen³⁸ en het recht voor een politieke partij om politieke activiteiten te kunnen uitoefenen.³⁹ Als laatste vallen geschillen waarin het recht op toegang tot overheidsinformatie (openbaarheid van bestuur) aan de orde wordt gesteld buiten de reikwijdte van artikel 6 EVRM.⁴⁰

In Nederland is de beperking tot ‘civil rights and obligations’ minder van belang. Sinds enkele jaren past de Nederlandse rechter namelijk ook op geschillen die buiten artikel 6 EVRM vallen – vreemdelingenprocedures,⁴¹ geschillen in het niet-punitieve belastingrecht,⁴² procedures omtrent openbaarheid⁴³ – de EHRM-eisen toe. Deze uitgebreide toepassing wordt gemotiveerd met een beroep op de beginselen waarop de vereisten van artikel 6 EVRM zijn gebaseerd. Zo wordt het rechtszekerheidsbeginsel ingeroepen om het stellen van redelijke termijneisen (zoals deze volgen uit artikel 6 EVRM) te motiveren.⁴⁴ Het beginsel van een eerlijk proces wordt aangehaald om waarborgen van het recht op ‘equality of arms’ toe te passen.⁴⁵ Deze beginselen liggen ten grondslag aan artikel 6 EVRM, maar gelden volgens de Nederlandse rechter eveneens binnen de nationale rechtsorde, los van artikel 6 EVRM.⁴⁶ Deze redenering kan worden doorgetrokken naar alle geschillen die buiten de reikwijdte van het EVRM vallen, ook al heeft de rechter zich nog niet specifiek over al deze geschillen uitgesproken. Het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van het recht op een eerlijk proces kunnen immers ook in die geschillen worden toegepast.

Artikel 47 Handvest

In het Handvest wordt het recht op een eerlijk proces primair beschermd in artikel 47 lid 2. Deze bepaling is in tegenstelling tot artikel 6 EVRM wel van toepassing op alle rechtsgebieden. Dit recht kent echter een beperking van een andere aard. Artikel 51 lid 1 Handvest bepaalt dat burgers in lidstaten van de Europese Unie zich alleen op het Handvest kunnen beroepen als het gaat om een handeling van een lidstaat die EU-recht ‘implementeert’. In het arrest *Akerberg Fransson* heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) verduidelijkt dat

‘implementatie’ in dit geval betekent dat het Handvest geldt voor alle situaties waarin lidstaten ‘handelen binnen het toepassingsgebied van het Unierecht’.⁴⁷ Deze overweging houdt in dat op het moment dat er EU-recht van toepassing is, de grondrechten uit het Handvest ook toepassing moeten vinden: ‘[E]r [kunnen] geen gevallen zijn waarin het Unierecht geldt zonder dat d[e] grondrechten [uit het Handvest] toepassing vinden’.⁴⁸ Dit betekent niet dat zomaar elke link met het Unierecht volstaat om het Handvest te mobiliseren. Er moet een zekere mate van verband bestaan tussen de nationale maatregel en het Unierecht. Dat verband moet verder gaan dan ‘het dicht bij elkaar liggen van de betrokken materies of de indirecte invloed van de ene materie op de andere’.⁴⁹ Nagegaan moet daarom worden of de nationale maatregel en het toepasselijke Unierecht qua oogmerk, doelstellingen en aard overeenkomen.⁵⁰ Het is onvoldoende dat de maatregel binnen een gebied valt waarop de Unie over bevoegdheden beschikt.⁵¹

Concreet betekent het voorgaande dat het Handvest in de volgende drie situaties door burgers kan worden ingeroepen:⁵² de situatie waarin lidstaten (meestal secundair) EU-recht implementeren (situatie 1),⁵³ de situatie waarin lidstaten beroep doen op een uitzonderingsgrond uit het EU-recht om een nationale handeling die een beperking vormt op de verkeersvrijheden of het EU-burgerschap te rechtvaardigen (situatie 2)⁵⁴ en de situatie waarin de effectuering, sanctionering of handhaving van het Unierecht aan de orde is, ook al is deze situatie niet specifiek gereguleerd in het Unierecht in de zin dat deze situatie binnen de procedurele autonomie van lidstaten valt (situatie 3).⁵⁵

Als wordt gekeken naar de letterlijke tekst van artikel 47 Handvest, dan lijkt er ook nog een artikelspecifieke reikwijdtebeperking aan deze bepaling te kleven. Het artikel stelt namelijk dat iemand pas recht heeft op een doeltreffende voorziening in rechte als er sprake is van een daadwerkelijke schending van ‘de rechten en vrijheden die door het Unierecht gewaarborgd worden’. Betekent dit nu dat eerst aangetoond moet worden dat er sprake is van een ‘EU-recht of vrijheid’ voor men zich kan beroepen op 47 Handvest? Dat zou het beroep op artikel 47 Handvest erg compliceren. Het Handvest bevat namelijk ook bepalingen die geen rechten of vrijheden, maar ‘beginselen’ omvatten.⁵⁶ Het Hof heeft zich recentelijk over deze kwestie uitgesproken in de zaak *Berlioz*.⁵⁷ Het Hof stelt dat er geen sprake hoeft te zijn van concrete rechten of vrijheden wil men een beroep kunnen doen op artikel 47 Handvest. Het is voldoende als is voldaan aan de vereisten van het eerste lid van artikel 51 Handvest.⁵⁸

Van Emmerik en Barkhuysen & Den Ouden 2015.

46 Zie voor een overzicht van jurisprudentie en literatuur inzake deze kwestie de annotatie van Barkhuysen & Van Emmerik bij EHRM 26 oktober 2000, nr. 3021/96 (*Kudla t. Polen*), in: Barkhuysen e.a. 2016, p. 416-420.

47 HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Akerberg Fransson*). In recentere arresten hanteert het Hof de formulering ‘handelen binnen de werkingssfeer van het Unierecht’, zie bijvoorbeeld HvJ EU 30 juni 2016,

ECLI:EU:C:2016:499 (*Toma*).

48 HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Akerberg Fransson*), punt 21; Zie voor een overzicht over het toepassingsgebied van het Handvest Van Bockel & Wattel 2013, p. 4, 7; Sarmiento 2013 en De Mol 2016.

49 HvJ EU 6 maart 2014, C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126 (*Siragusa*), punt 24.

50 Idem, punt 25
51 HvJ EU 20 juli 2014, C-198/13 ECLI:EU:C:2014:2055

(*Hernandez*), punt 36. Zie ook HvJ EU 15 september 2011, C-483/09 en C-1/10, ECLI:EU:C:2011:583 (*Gueye en Salmerón Sánchez*), punt 55, 69 en 70, en HvJ EU 27 november 2012, C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756, (*Pringle*), punt 104, 105, 180 en 181.

52 Annotatie van Barkhuysen & Widdershoven bij HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Akerberg Fransson*), in: Barkhuysen e.a. 2016, p. 636-638; Jans e.a. 2011 p. 124-125; Punt 18 van de annotatie van Widdershoven bij HvJ EU 30 juni 2016,

ECLI:EU:C:2016:499 (*Toma*).

53 Widdershoven noemt dit ook wel de ‘agent-situatie’. Deze categorie beslaat veel sub-situaties. Het kan gaan om de omzetting, het nader uitwerking geven aan en de toepassing van (secundair) Unierecht. Ook nationale handelingen die uitvoering geven aan

Artikel 17 Grondwet

De voorgestelde formulering van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet lijkt erg op artikel 6 lid 1 EVRM. Wil iemand zich kunnen beroepen op de grondwettelijke bepaling, dan moet sprake zijn van een geschil over de vaststelling van ‘rechten en verplichtingen’ of van een geschil over een ‘strafvervolgning’. Belangrijk verschil met het eerste lid van artikel 6 EVRM is dat de toepasbaarheid van deze bepaling niet is beperkt tot geschillen over de vaststelling van *burgerlijke* rechten en verplichtingen. De toepassing van artikel 17 Grondwet wordt daarmee niet beperkt tot geschillen binnen bepaalde rechtsgebieden, zoals wel het geval is bij artikel 6 EVRM. Blijkens de memorie van toelichting hangt de vraag of sprake is van ‘rechten en verplichtingen’ uiteindelijk af van het feit of iemand ‘op verdedigbare gronden kan betogen dat het door hem ingeroepen recht door het nationale recht wordt erkend’.⁵⁹ Dit is meestal niet het geval als aan de nationale rechter of het betrokken bestuursorgaan een discretionaire bevoegdheid wordt toegekend.⁶⁰ Dan is er immers geen sprake van een recht dat kan worden afgedwongen. Wat betreft de vaststelling of sprake is van een ‘strafvervolgning’ wordt geheel aangesloten bij de jurisprudentie van het EHRM: men spreekt van een ‘vervolgning’ in de zin van artikel 17 lid 1 Grondwet als dat volgt uit de genoemde ‘Engel’ of ‘Özturk’-criteria.⁶¹

Conclusie

Kan geconcludeerd worden dat artikel 17 Grondwet in meer situaties rechtsbescherming zal bieden dan de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest? Hiervoor moet een onderscheid worden gemaakt tussen situaties die vallen binnen het toepassingsbereik van het EU-recht en situaties die niet worden gereguleerd door het Unierecht. In situaties die vallen binnen het toepassingsbereik van het EU-recht zullen burgers een beroep kunnen doen op het Handvest, het EVRM (via de artikelen 93 en 94 Grondwet) en de Grondwet. In situaties die niet worden gereguleerd door het EU-recht zullen alleen het EVRM en de Grondwet gelden.

In geschillen die vallen binnen het toepassingsbereik van het Unierecht zal de nieuwe grondwetsbepaling geen verschil maken ten opzichte van de bescherming die nu al geboden wordt. Artikel 17 Grondwet biedt in deze situaties namelijk geen ruimere reikwijdte dan artikel 47 Handvest. In situaties die niet worden gereguleerd door het Unierecht zorgt het nieuwe artikel in de Grondwet ook niet voor een uitbreiding van de situaties waarop het recht op een eerlijk proces van toepassing is. In de Nederlandse rechtspraktijk wordt de reikwijdtebeperking van artikel 6 EVRM namelijk al omzeild door de rechter. Deze reikwijdtebeperking

een door het EU-recht verleende discretionaire bevoegdheid vallen onder deze categorie. Zie HvJ EU 22 oktober 2013, C-276/12, ECLI:EU:C:2013:678 (*Sabou*), punt 4-43 en HvJ EU 6 december 2012, C-356/11 en C-357/11, ECLI:EU:2012:776 (*O. and S*), punt 77. Zie ook Jans e.a. 2011, p. 124 en De Mol 2016, p. 651.

54 Zie bijvoorbeeld de zaak HvJEU 26 juni 1997, C-368/95 (*Familiapress*), ECLI:EU:C:1997:325.

55 Deze situatie was aan de orde in de zaak HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10,

ECLI:EU:C:2013:105 (*Akerberg Fransson*). Widdershoven noemt deze situaties ook wel de ‘remedial context’ van de situaties 1 en 2, zie Widdershoven 2014, p. 8.

56 Zie voor het verschil tussen rechten en beginselen Barkhuysen & Bos 2014, p. 92-95; De Mol, Pahladsingh & Van Heijningen 2012, p. 222 e.v.; S. Peers & S. Prechal, ‘Article 52’, In: Peers e.a. (red.) 2014, p. 1506-1508; Emaus 2015, p. 73.

57 HvJ EU 16 mei 2017, C-682/15, ECLI:EU:C:2017:373 (*Berlioz*), punt 49-50. S. Prechal, *The Court of Justice and Effective Judicial Protection: What has the Charter Changed?*, in: Paulussen e.a. 2016, p. 148.

58 HvJ EU 16 mei 2017, C-682/15, ECLI:EU:C:2017:373 (*Berlioz*), punt 46-52.

59 *Kamerstukken II 2015/16*, 34517, nr. 3, p. 20-21.

60 *Kamerstukken II 2015/16*, 34517, nr. 3, p. 21.

61 *Kamerstukken II 2015/16*, 34517, nr. 3, p. 20.

vormt daarmee geen obstakel meer dat met opname van het nieuwe grondwetsartikel zal worden weggenomen. De stelling van de regering dat de nieuwe bepaling zorgt voor een uitbreiding van de situaties waarin het recht op een eerlijk proces voor de rechter kan worden ingeroepen, moet daarom worden genuanceerd.

Bovengenoemde neemt niet weg dat het artikel in de Grondwet wel zorgt voor een *grondwettelijke grondslag* voor de rechterlijke praktijk waarin het beperkte toepassingsbereik van artikel 6 EVRM wordt omzeild. Deze grondslag zal het voor de wetgever moeilijk maken om deze praktijk nog terug te draaien. Met de verankering van de nieuwe bepaling in de Grondwet wordt immers zowel aan de rechter als aan de wetgever een plicht opgelegd om het recht op een eerlijk proces te waarborgen, ook in die geschillen die buiten de reikwijdte van artikel 6 EVRM vallen. De wetgever kan de rechtswaarborgen die de rechter ten aanzien van deze geschillen nu al geeft dan niet meer zomaar met behulp van wetgeving intrekken. Hoewel het niet in de lijn der verwachting ligt dat zoiets op dit moment snel zal gebeuren, is deze mogelijkheid zonder (grond)wettelijke verankering niet uitgesloten.

4.2. Reikwijdte *ratione personae*

Inleiding

Het reikwijdtevraagstuk behelst niet alleen de vraag naar *de situaties* waarin het recht op een eerlijk proces kan worden ingeroepen. Ook is van belang de vraag *welke entiteiten* zich op het recht op een eerlijk proces kunnen beroepen (reikwijdte *ratione personae*). Het nieuwe artikel in de Grondwet zal voor een vergroting van de rechtsbescherming zorgen als meer entiteiten zich op het recht op een eerlijk proces in de Grondwet kunnen beroepen dan op de equivalenten van dit recht in het EVRM en het Handvest. Uit de hiernavolgende bespreking van de reikwijdte *ratione personae* van het EVRM, het Handvest en de Grondwet zal echter blijken dat van deze vergroting geen sprake is.

Artikel 6 EVRM

Uit artikel 34 EVRM volgt dat natuurlijke personen, niet-gouvernementele organisaties en groepen van individuen zich op het EVRM kunnen beroepen. Naast natuurlijke personen kunnen dus ook private rechtspersonen (niet-gouvernementele organisaties) zich op artikel 6 EVRM beroepen.⁶² Overheidsorganen (publiekrechtelijke rechtspersonen) worden echter uitgesloten. Het EHRM gaat daarmee uit van de traditionele benadering dat grondrechten gelden ter bescherming *tegen* de staat, niet als

⁶² Sewnandan Mishre 2012, p. 165.

bescherming voor de staat.⁶³ Deze personele reikwijdte-eisen gelden ook als voor de Nederlandse rechter een beroep wordt gedaan op het EVRM. Ook daar kunnen privaatrechtelijke rechtspersonen wel, maar overheidsorganen geen beroep doen op (artikel 6 van) het EVRM.⁶⁴

63 Zie voor uitleg wat het EHRM verstaat onder overheidsorganen of 'governmental organisations' de uitspraak EHRM 23 september 2003 (ontvankelijkheidsbeslissing), nr. 53984/00, punt 26.

64 In dit verband is het arrest HR 6 februari 1987, NJ 1988, 926, m.nt. Scheltema (*Gemeente Den Haag/Aral*) van belang, waarin de Hoge Raad oordeelde dat een gemeente geen beroep op artikel 6 EVRM toekwam. Het uitgangspunt dat overheidsorganen geen beroep toekomt op grondrechten (uit het EVRM) is niet altijd consistent gevolgd, zie HR 22 jan. 1993, AB 1993, 198 (*Rost van Tonningen*) waarin de Hoge Raad oordeelde dat de regering een beroep op het recht op de vrijheid van meningsuiting toekwam. Dit oordeel wordt in de literatuur echter niet als het algemene uitgangspunt gezien. Vgl. Kortmann 2016, p. 372-373 en Van der Pot 2014, p. 276. Zie voor een uiteenzetting omtrent de wenselijkheid van overheidsberoepen op grondrechten (waaronder het recht op een eerlijk proces) ook de noot van Gerards bij het arrest Gerecht EU 6 september 2013, T-35/10 en T-7/11, ECLI:EU:T:2013:397, EHRC 2013/250.

65 HvJ EU 13 maart 2007, C-432/05, ECLI:EU:C:2007:163 (*Unitrading*); HvJ EU 30 april 2014, C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281 (*Pfleger*). Zie ook M. Bulterman, 'Ontwikkelingen in de Luxemburgse rechtspraak', In: Gerards, De Waele & Zwaan (red) 2015, p. 63-64.

66 HvJ EU 6 september 2012, C-619/10, ECLI:EU:C:2012:531 (*DEB*).

67 HvJ EU 6 september 2012, C-619/10, ECLI:EU:C:2012:531 (*DEB*), punt 59.

68 HvJ EU 18 februari 2016, ECLI:EU:C:2016:96, C-176/13 P, (*Bank Mellat*).

Artikel 47 Handvest

Artikel 47 Handvest is inroepbaar voor privaatrechtelijke rechtspersonen. Dat is af te leiden uit de jurisprudentie van het Hof. In de zaken *Unitrading* en *Pfleger* wilden privaatrechtelijke rechtspersonen het recht op hoor en wederhoor (*Unitrading*) en het recht op duidelijke en voorspelbare wettelijke regelingen (*Pfleger*) aan de orde stellen.⁶⁵ Zonder aandacht te besteden aan de vraag of de rechtspersonen die in deze zaken partij waren überhaupt wel een beroep konden doen op artikel 47 Handvest, ging het Hof meteen in op de beoordeling van de reikwijdte ratione materiae van artikel 47 Handvest. Ook uit de zaak *DEB* volgt dat rechtspersonen een beroep op artikel 47 Handvest kunnen doen.⁶⁶ In deze zaak deed rechtspersoon DEB een beroep op rechtsbijstand ex artikel 47 lid 3 Handvest. DEB kon namelijk de verplichte kosten voor het starten van een rechterlijke procedure niet betalen. Het Duitse Landesgericht weigerde in eerste instantie rechtsbijstand toe te kennen. DEB zou hier als rechtspersoon geen aanspraak op kunnen maken. Het Kammergericht besloot prejudiciële vragen te stellen. Het Hof antwoordde dat het in principe niet onmogelijk is voor rechtspersonen om een beroep te doen op artikel 47 Handvest en het daarin neergelegde recht op rechtsbijstand.⁶⁷

Ten aanzien van de beroepsmogelijkheden van overheidsorganen (publiekrechtelijke rechtspersonen) heeft het Hof duidelijkheid verschaft in de zaak *Bank Mellat*.⁶⁸ In eerste aanleg oordeelde het Gerecht dat rechtspersonen die nauw verbonden zijn met overheden van derde staten een beroep kunnen doen op de grondrechten uit het Handvest, waaronder artikel 47.⁶⁹ Uit dit arrest werd nog niet duidelijk of dit uitgangspunt alleen zou gelden voor rechtspersonen die verbonden zijn met derde staten of ook voor rechtspersonen die verbonden zijn met een EU-lidstaat. Ook werd niet duidelijk of het alleen ging om rechtspersonen die zelf geen overheidsorgaan zijn, maar wel enige verbondenheid met de staat hebben, of ook om overheidsorganen als zodanig. In het hoger beroep verschaftte het Hof meer duidelijkheid. Het Hof was – net als de A-G⁷⁰ – van mening dat *elke* natuurlijke persoon of entiteit die een beroep instelt bij de rechterlijke instanties van de Unie zich moet kunnen beroepen op het recht van verdediging, het recht op effectieve rechterlijke bescherming en 'wezenlijke vormvoorschriften' (zoals bijvoorbeeld het in acht nemen van een motiveringsverplichting).⁷¹ Deze rechten zijn vervat in artikel 47

Handvest. Uit deze formulering is af te leiden dat zowel niet-overheidsorganen die verbonden zijn met staten als overheidsorganen als zodanig, of zij nu verbonden zijn aan derde staten of aan lidstaten, zich voor het Hof kunnen beroepen op dit artikel.⁷² Helaas hebben de A-G en het Hof zich nog niet uitgelaten over de vraag of overheidsorganen zich ook op andere grondrechten dan de hier genoemde procedurele rechten mogen beroepen.⁷³

Artikel 17 Grondwet

Het nieuwe artikel 17 in de Grondwet hanteert geen ruimere reikwijdte *ratione personae* dan de artikelen 47 Handvest en 6 EVRM. Blijkens de memorie van toelichting is het recht primair bedoeld voor natuurlijke personen.⁷⁴ Daarnaast wordt gesteld dat ook rechtspersonen dragers van grondrechten kunnen zijn als de aard van het grondrecht zich daar niet tegen verzet.⁷⁵ De aard van het recht op een eerlijk proces verzet zich niet tegen inroeping door rechtspersonen. Rechtspersonen kunnen namelijk net als natuurlijke personen procederen en hebben dan dezelfde behoefte aan waarborging van procesrechten als natuurlijke personen. Het recht op een eerlijk proces in de Grondwet kan ervoor zorgen dat deze rechten gewaarborgd worden.⁷⁶ Ook rechtspersonen moeten dus een beroep op het nieuwe artikel 17 Grondwet kunnen doen. Voor wat betreft overheidsorganen (bestuursorganen en openbare lichamen) wordt aangesloten bij artikel 6 EVRM. Uitgegaan wordt van de opvatting dat de overheid geen drager is van grondrechten; grondrechten beschermen juist tegen inmening van de overheid. Bestuursorganen en openbare lichamen mogen daarom geen beroep doen op het recht op een eerlijk proces.⁷⁷ Natuurlijk zijn er waarborgen met betrekking tot het recht op een eerlijk proces die ook voor de overheid moeten gelden, zoals het recht om wrakingsverzoeken in te dienen. Deze waarborgen zullen ook aan overheidsorganen worden toegekend, maar dan op grondslag van een concrete wetsbepaling en niet op grondslag van het grondwettelijk recht op een eerlijk proces.⁷⁸

Conclusie

Opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet zal met betrekking tot de reikwijdte *ratione personae* niets toevoegen aan de huidige rechtsbescherming. In situaties die vallen binnen het EU-recht geldt al de ruime reikwijdte van artikel 47 Handvest: natuurlijke personen, rechtspersonen en publiekrechtelijke rechtspersonen kunnen een beroep op dit artikel doen. Nu artikel 17 lid 1 Grondwet geen bescherming zal bieden aan overheidsorganen, is van verdergaande rechtsbescherming door de Grondwet zeker geen sprake. In situaties die niet door het Unierecht gereguleerd worden kan een beroep gedaan worden op de

69 Gerecht EU 29 januari 2013, T496/10, ECLI: EU:T:2013:39, (*Bank Mellat*) punt 35-46; Een Iraanse bank was door de Commissie geplaatst op een sanctielijst. De bank verzocht om nietigverklaring van deze plaatsing en beriep zich daarbij onder meer op het feit dat haar geen effectieve rechtsbescherming was geboden. De Commissie en de Raad hebben aangevoerd dat de bank een emanatie van de staat Iran was en om die reden geen beroep kon doen op grondrechten (uit het Handvest). Ter ondersteuning van dit standpunt werd ook artikel 34 EVRM naar voren gebracht. Het Hof overwoog uiteindelijk dat het Unierecht geen regel bevat die rechtspersonen die nauw verbonden zijn met derde staten verhindert om zich in hun belang te beroepen op de aan de grondrechten van de Unie verbonden bescherming en waarborgen, zie punt 41.

70 Conclusie 26 februari 2015 bij C-176/13 P, ECLI:EU:C:2016:96, punt. 43. AG Sharpston stelt dat zowel staten als rechtspersonen die nauw verbonden zijn met staten grondrechten kunnen genieten 71 HvJ EU 18 februari 2016, ECLI:EU:C:2016:96, C-176/13 P, (*Bank Mellat*), punt 49-50.

72 Gerards stelt dat deze uitspraak ook zo kan worden geïnterpreteerd dat het Hof van Justitie niet een rechtstreeks beroep op artikel 47 Handvest inwilligt, maar een beroep op de algemene beginselen honoreert die ten grondslag liggen aan dit artikel. Artikel 47 Handvest zou dan niet direct worden toegepast (zie de noot van Gerards bij het arrest *Bank Mellat*, HvJ EU 18 februari 2016, ECLI:EU:C:2016:96, C-176/13 P (*Bank Mellat*), EHRC 2016/66 en Gerards 2017, p. 17). Het Gerecht past artikel 47 Handvest echter wel direct toe in de eerste aanleg van de zaak en later ook in Gerecht EU 25 januari 2017, T-255/15 (*Almaz- Antey*).

artikelen 6 EVRM en 17 Grondwet. De reikwijdte *ratione personae* van deze artikelen is dezelfde, dus ook hier zorgt het recht op een eerlijk proces in de Grondwet niet voor een verruiming van de rechtsbescherming.

5. Materiële waarborgen

Inleiding

De regering stelt in de memorie van toelichting dat de materiële waarborgen van het wetsvoorstel op het moment van opname in de Grondwet aansluiten bij de waarborgen die geboden worden door artikel 6 EVRM.⁷⁹ Dit lijkt te impliceren dat het nieuwe grondwetsartikel inhoudelijk niet veel toevoegt in situaties die niet door het Unierecht gereguleerd worden. Er zijn echter wel enkele materiële toevoegingen. Dat geldt, hoewel in mindere mate, ook ten aanzien van artikel 47 Handvest. In deze paragraaf worden deze toevoegingen besproken. Ook de beperkingsmogelijkheden van genoemde artikelen komen hierbij aan de orde.

Artikelen 17 Grondwet en 6 EVRM: materiële waarborgen

Volgens de memorie van toelichting waarborgt het nieuwe grondwetsartikel, net als artikel 6 lid 1 EVRM, het recht op toegang tot de rechter, het daaraan inherente recht op rechtsbijstand, het recht op een onafhankelijke en onpartijdige rechter, het recht op afdoening van een zaak binnen een redelijke termijn, het recht op hoor en wederhoor en het waarborgen van de rechten van de verdediging (de laatste twee vallen beiden onder het recht op 'equality of arms') als elementen van het recht op een eerlijk proces.⁸⁰ Alleen het in artikel 6 lid 1 EVRM expliciet genoemde recht op een openbare behandeling van de zaak wordt niet opgenomen in artikel 17 Grondwet.⁸¹ De Grondwet bevat in artikel 121 Grondwet namelijk al een voorschrift waarin eisen staan opgenomen over de openbaarheid van rechterlijke procedures en uitspraken. Hieruit vloeit ook een eis voort dat rechterlijke uitspraken moeten worden gemotiveerd.

Voor de materiële invulling van bovengenoemde onderdelen is voornamelijk de rechtspraak van artikel 6 EVRM als leidraad genomen. Zo wordt met betrekking tot de factoren die maken dat in een concreet geval een redelijke termijn in acht is genomen, verwezen naar de factoren die het EHRM gebruikt om dit te bepalen.⁸² Ook wordt met betrekking tot de eisen die gesteld worden aan de (zakelijke) onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter verwezen naar eisen en onderscheidingen die voortvloeien uit de rechtspraak van het EHRM.⁸³ De Grondwet stelt echter

⁷³ Zie voor argumenten voor en tegen de stelling dat ook andere dan alleen procedurele grondrechten door overheidsorganen moeten kunnen worden ingeroepen de noot van Gerards bij het arrest *Bank Mellat*, HvJ EU 18 februari 2016, ECLI:EU:C:2016:96, C-176/13 P (*Bank Mellat*), EHRC 2016/66.

⁷⁴ *Kamerstukken II 2015/16*, 34517, nr. 3, p. 11-12. In deze categorie vallen ook onder curatele gestelden, minderjarigen, ambtenaren, militairen en gedetineerden.

⁷⁵ *Kamerstukken II 2015/16*, 34517, nr. 3, p. 11-12. Een grondrecht dat zich naar haar aard niet leent om door groepen of door rechtspersonen ingeroepen te worden is bijvoorbeeld artikel 11 van de Grondwet dat gaat over de onaantastbaarheid van het lichaam.

⁷⁶ Sewnandan Mishre 2012, p. 165-166; Van Strien 1996, p.9; *Kamerstukken II 2015/16*, 34517, nr. 3, p. 12.

⁷⁷ *Kamerstukken II 2015/16*, 34517, nr. 3, p. 12.

⁷⁸ *Kamerstukken II 2015/16*, 34517, nr. 3, p. 12.

⁷⁹ *Kamerstukken II 2015/16*, 34517, nr. 3, p. 4.

⁸⁰ *Kamerstukken II 2015/16*, 34517, nr. 3, p. 12-13; p. 16-17; p. 22-24; p. 25-26; en p. 28-29.

⁸¹ *Kamerstukken II 2015/16*, 34517, nr. 3, p. 27.

⁸² *Kamerstukken II 2015/16*, 34517, nr. 3, p. 25. Het gaat om (1) de complexiteit van de zaak; (2) de invloed van de verdachte of de raadsman op het procesverloop en (3) de wijze waarop de zaak door de bevoegde autoriteiten is behandeld. Dit volgt onder meer uit EHRM 31 maart 1992, nr. 18020/91 (*X t. Frankrijk*).

⁸³ *Kamerstukken II 2015/16*, 34517, nr. 3, p. 27.

wel hogere eisen aan de persoonlijke onafhankelijkheid van de rechter dan het EVRM.⁸⁴ Zo eist de Grondwet in artikel 117 lid 1 dat de leden van de rechterlijke macht met rechtspraak belast voor het leven benoemd worden. Het EHRM staat echter ook benoeming van rechterlijke ambten voor tijdelijke duur toe.⁸⁵ Ook stelt het EHRM, in tegenstelling tot artikel 117 lid 3 Grondwet, niet de eis dat schorsing en ontslag van rechters voorbehouden moet zijn aan leden van de rechterlijke macht. Vereist is slechts dat rechters niet op oneigenlijke gronden door een orgaan van de uitvoerende macht geschorst of ontslagen worden.⁸⁶ Deze genoemde strengere vereisten staan reeds geformuleerd in het bestaande artikel 117 Grondwet. In principe worden zij dus niet nieuw in het leven geroepen door het nieuwe artikel in de Grondwet. Zij zullen echter wel ook in deze nieuwe bepaling gelezen worden. Zo bezien zal artikel 17 Grondwet daarom, net als artikel 117 Grondwet, op zichzelf meer bescherming bieden dan artikel 6 EVRM.

Een ander relevant verschil tussen het nieuwe artikel in de Grondwet en artikel 6 EVRM is dat het recht op een eerlijk proces in de Grondwet een rechter eist die *vooraf bij wet* is ingesteld.⁸⁷ Artikel 6 EVRM vereist slechts een *bij wet* ingesteld gerecht.⁸⁸ De formulering van artikel 17 Grondwet sluit daarmee de mogelijkheid tot gelegenheidsrechtspraak uit. Artikel 6 EVRM doet dat niet.⁸⁹ Buiten deze verschillen biedt het nieuwe artikel 17 Grondwet dezelfde bescherming als artikel 6 EVRM.

Artikelen 17 Grondwet en 6 EVRM: beperkingsmogelijkheden

Artikel 17 Grondwet zal geen aparte clausule hebben die bepaalt wanneer welke beperkingen zijn toegestaan. Daarentegen zal dit artikel, net als artikel 6 EVRM, een impliciete beperkingsmogelijkheid hanteren die in de bepaling zelf gelezen moet worden.⁹⁰ Het uitgangspunt is dat alleen het deelelement recht op toegang tot de rechter beperkt kan worden.⁹¹ Aan de volgende drie voorwaarden moet in dat geval zijn voldaan: de beperking mag de essentie van het recht niet aantasten, de beperking moet een legitiem doel dienen (bijvoorbeeld de rechtszekerheid of het goed functioneren van de rechterlijke macht)⁹² en de beperking moet proportioneel zijn in licht van het legitieme doel.⁹³ Exact deze voorwaarden worden ook door het EHRM gehanteerd.⁹⁴ In beginsel zullen de beperkingen die het EHRM op basis van deze criteria toelaatbaar acht ook ten aanzien van artikel 17 Grondwet toelaatbaar zijn.⁹⁵ In dat kader is bijvoorbeeld het beperken van het recht op (gesubsidieerde) rechtsbijstand in bepaalde omstandigheden toegestaan.⁹⁶ Ook het heffen van griffierechten en het stellen van bezwaar-beroep- en verjaringstermijnen zijn doorgaans geoorloofd.⁹⁷

83 *Kamerstukken II 2015/16*, 34517, nr. 3, p. 23-24. Zie over de eisen die het EHRM stelt aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid ook Kortmann 2016, p. 246-252 en de EHRM-uitspraken EHRM 25 september 2001, *ECHR 2001-II (Yakis t. Turkey)* – ten aanzien van de zakelijke onafhankelijkheid – en EHRM 24 mei 1989, *NJ 1990*, 627 (*Hauschildt*) – ten aanzien van de rechterlijke onpartijdigheid.

84 De persoonlijke onafhankelijkheid ziet op de individuele rechtspositie van de rechters. Deze heeft als doel te bewerkstelligen dat rechters na hun benoeming in vrijheid kunnen oordelen. De zakelijke onafhankelijkheid ziet op de beslissingsvrijheid van rechters en gerechten tegenover ambten van de wetgevende en uitvoerende macht in een concrete zaak. Vgl. ook Kortmann 2016, p. 246-247.

85 EHRM 16 juli 1971, *Series A*, Vol 13, punt 15 (*Ringelsen*). Vgl. ook Kortmann 2016, p. 246.

86 Kortmann 2016, p. 246; Van den Eijnden 2011, p. 86-95.

87 *Kamerstukken II 2015/16*, 34517, nr. 3, p. 33. Dit volgt uit analogie met de term 'rechter' in de *de ius de non evocando* bepaling (deze bepaling vormt thans artikel 17 Grondwet); niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van *de rechter die de wet hem toekent*.

88 Zie voor hetgeen het EHRM onder 'wet' verstaat het arrest EHRM 26 april 1979, *Series A: Judgements and decisions*, vol. 30 (*Sunday Times*).

89 Barkhuysen & Van Emmerik, 2013, p. 218.

90 Ten aanzien van artikel 6 EVRM is dit bijvoorbeeld bepaald in de zaak EHRM 21 februari 1975, nr. 4451/70 (*Golder t. Verenigd Koninkrijk*), punt 38-39.

91 *Kamerstukken II 2015/16*, 34517, nr. 3, p. 16-17. De andere elementen van het recht op een eerlijk proces gelden absoluut.

92 EHRM 19 december 1997, nr. 26737/95 (*Brualla Gomez de la Torre t. Spanje*).

93 *Kamerstukken II 2015/16*, 34517, nr. 3, p. 16-17

94 EHRM 17 januari 2012, nr. 36760/06 (*Stanev t. Bulgarije*) en EHRM 18 februari 1999, nr. 26083/94 (*Waite and Kennedy v. Germany*), punt 59;

95 *Kamerstukken II 2015/16*, 34517, nr. 3, p. 17

96 Factoren die hierbij in acht moeten worden genomen zijn het belang van de zaak voor de rechtszoekende, de complexiteit van de zaak en het toepasselijke recht en het vermogen van de rechtszoekende om daadwerkelijk zijn verdediging op zich te nemen, EHRM 9 oktober 1979, nr. 6289/73 (*Airey t. Ierland*) punt 26 en EHRM 5 februari 2005, nr. 68416/01, (*Steel en Morris t. Verenigd Koninkrijk*) punt 62.

97 EHRM 19 juni 2001, *EHRC* 2001/ 54, m. nt. Heringa (*Kreuz t. Polen*); EHRM 22 oktober 1996, *NJ* 1997/ 449, m. nt. De Boer, (*Stubblings t. Verenigd Koninkrijk*); Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards, 2009, p. 26-27. *Kamerstukken II 2015/16*, 34517, nr. 3, p. 16

98 Kortmann, 2016, p. 383-386.

99 Vgl. ABRvS 28 augustus 1995, *AB* 1996, 204 (*Drugspond Venlo*); CrvB 03 mei 2002, ECLI:NL:CRVB:2002:AE4696 (*Drankverbod*).

100 Deze inhoud en reikwijdte worden ook bepaald door de jurisprudentie van het EHRM, zie de Toelichting bij artikel 52 lid 3 Handvest. Zie ook de Toelichting bij de afzonderlijke artikelen uit het Handvest voor de vraag met welk artikel uit het EVRM deze artikelen corresponderen.

Opmerking verdient dat deze impliciete beperkingsmogelijkheid van artikel 17 Grondwet niet strookt met de leer van de bijzondere beperkingen.⁹⁸ Deze leer dient sinds 1983 als uitgangspunt voor het beperken van grondrechten uit de Grondwet. De leer houdt in dat grondrechtenbeperkingen altijd op een expliciete grondwettelijke beperkingsclausule zijn terug te voeren en herleidbaar moeten zijn tot specifieke wetten in formele zin.⁹⁹ Nu het recht op een eerlijk proces in de Grondwet geen beperkingsclausule bevat, maar wel beperkt kan worden, is het wetsvoorstel niet in overeenstemming met deze leer. Het gaat buiten de omvang van deze bijdrage om diep op deze problematiek in te gaan, maar nadere studie zou wellicht de moeite zijn.

Artikelen 17 Grondwet, 6 EVRM en 47 Handvest: materiële waarborgen

De inhoudelijke waarborgen van artikel 6 EVRM komen grotendeels overeen met de waarborgen die artikel 47 Handvest biedt. Dat is niet verwonderlijk. Er is namelijk sprake van afstemming tussen het EHRM en het Hof met betrekking tot de bescherming die het EVRM en het Handvest bieden. Artikel 52 lid 3 Handvest bepaalt dat de artikelen uit het Handvest die corresponderen met bepalingen uit het EVRM qua inhoud en reikwijdte minimaal evenveel bescherming moeten bieden als corresponderende bepalingen uit het EVRM.¹⁰⁰ Het Handvest mag wel verdergaande rechtsbescherming bieden. Omdat artikel 47 Handvest correspondeert met artikel 6 van het EVRM,¹⁰¹ moet het eerstgenoemde artikel in ieder geval de minimumbescherming bieden van artikel 6 EVRM, maar verdergaande bescherming is toegestaan.

Deze verdergaande bescherming is zichtbaar als gekeken wordt naar de letterlijke tekst van de artikelen 47 Handvest en artikel 6 EVRM. In artikel 47 Handvest gaat het, net als bij het nieuwe artikel in de Grondwet, om een gerecht dat *vooraf bij wet* moet zijn ingesteld. Eerder is aan de orde gekomen dat artikel 6 EVRM slechts een *bij wet* ingesteld gerecht vereist. Daar waar artikel 6 EVRM gelegenheidsrechtspraak dus niet expliciet uitsluit, doet artikel 47 Handvest dat wel.¹⁰² Verder divergeren de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest niet in inhoudelijke waarborgen.¹⁰³ Door artikel 47 Handvest worden dus ook geen andere vereisten aan de persoonlijke onafhankelijkheid van de rechter gesteld dan door artikel 6 EVRM.

Artikel 47 Handvest: beperkingsmogelijkheden

Artikel 47 Handvest hanteert (op papier) een andere beperkingssystematiek dan artikel 6 EVRM en artikel 17 Grondwet. Artikel 52 lid 1 Handvest bevat namelijk een algemene beperkingsclausule die voor alle

Handvestrechten bepaalt onder welke voorwaarden zij beperkt mogen worden.¹⁰⁴

Opmerkelijk is nu dat het Hof in zaken waarin (het recht op toegang tot de rechter uit) artikel 47 Handvest centraal staat alleen nog maar beperkingen heeft aangenomen op basis van de zogenaamde *Alassini*-formule en artikel 52 lid 1 Handvest links laat liggen.¹⁰⁵ Deze formule stelt dat de toegang tot de rechter mag worden beperkt als beperkingen ‘werkelijk beantwoorden aan de doeleinden van algemeen belang die met de betrokken maatregel worden nagestreefd, en, het nagestreefde doel in aanmerking genomen, geen onevenredige en ondukbare ingreep impliceren, waardoor de gewaarborgde rechten in hun kern worden aangetast’.¹⁰⁶

Met toepassing van de *Alassini*-formule komen de voorwaarden waaronder artikel 47 Handvest beperkt mag worden sterk overeen met de voorwaarden waaronder artikel 6 EVRM (en artikel 17 Grondwet) mag worden beperkt.¹⁰⁷ Deze beïnvloeding van artikel 6 EVRM is niet vreemd.

Immers, artikel 47 Handvest moet blijkens artikel 52 lid 3 Handvest minimaal het beschermingsniveau van artikel 6 EVRM garanderen. Daarom mag artikel 47 Handvest niet verdergaan in het toestaan van beperkingen dan artikel 6 EVRM. Dit betekent dat op het moment dat een handeling in overeenstemming is met artikel 6 EVRM inclusief impliciete beperkingsmogelijkheden, er geen mogelijkheid meer kan zijn om de handeling ook nog op basis van artikel 52 Handvest te beperken (de zogenaamde ‘double limitation trap’).¹⁰⁸ Het is daarom logisch dat de artikelen 47 Handvest en 6 EVRM (en 17 Grondwet) in hun beperkingsmogelijkheden overeenkomen.

Conclusie

Op het gebied van materiële waarborgen komen artikel 6 EVRM, artikel 47 Handvest en het nieuwe artikel 17 in de Grondwet grotendeels overeen. Zowel artikel 47 Handvest als artikel 17 Grondwet zijn qua inhoudelijke waarborgen en beperkingsmogelijkheden namelijk sterk gebaseerd op artikel 6 EVRM. Wel eisen het nieuwe artikel in de Grondwet en artikel 47 Handvest dat de rechter of het gerecht vooraf bij wet is ingesteld. Het ad hoc benoemen van rechters of aanwijzen van gerechten is uitgesloten. Artikel 6 EVRM biedt deze garantie niet. Daarnaast stelt de Grondwet hogere eisen aan de persoonlijke onafhankelijkheid van de rechter dan het EVRM en het Handvest. Artikel 47 Handvest gaat op dit punt uit van de bescherming die artikel 6 EVRM biedt.

101 Dit volgt uit de Toelichting bij artikel 47 Handvest. Strikt genomen *corresponderen* het tweede en derde lid van artikel 47 Handvest met het eerste lid van artikel 6 EVRM en is het eerste lid van artikel 47 Handvest gebaseerd op artikel 13 EVRM. De inhoud van artikel 13 EVRM wordt echter ook in artikel 6 EVRM gelezen.

102 Barkhuysen & Van Emmerik 2013, p. 218.

103 Annotatie van Barkhuysen en Widdershoven bij HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Akerberg Fransson*), in: Barkhuysen e.a. 2016, p. 640.

104 Beperkingen moeten bij wet worden gesteld, zij moeten de wezenlijke inhoud van de rechten die beperkt worden eerbiedigen en zij moeten beantwoorden aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of vereist zijn in de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Daarbij moeten beperkingen noodzakelijk zijn en het evenredigheidsbeginsel moet in acht worden genomen. Alleen Handvestbepalingen die *rechten* codificeren mogen worden beperkt, beginselen niet.

105 HvJ EU 18 maart 2010, C-317-320/08, ECLI:EU:C:2010:146 (*Alassini*).

106 Deze formule werd bijvoorbeeld toegepast HvJ EU 30 juni 2016, ECLI:EU:C:2016:499 (*Toma*) en de al eerder aangehaalde zaak HvJ EU 6 september 2012, C-619/10, ECLI:EU:C:2012:531 (*DEB*), punt 45-52.

107 Prechal, 2016, p. 155; Vgl. ook HvJ EU 6 september 2012, C-619/10, ECLI:EU:C:2012:531 (*DEB*), punt 45-52.

108 Prechal, 2016, p. 156-157.

Dit betekent dat artikel 17 Grondwet op dit moment in situaties die alleen door de nationale rechtsorde worden gereguleerd waarborgen ten aanzien van het verbieden van gelegenheidsrechtspraak en de onafhankelijkheid van de rechter toevoegt aan de rechtsbescherming die nu al wordt geboden door het EVRM. Ten aanzien van situaties die vallen binnen het EU-recht voegt het nieuwe artikel in de Grondwet alleen extra waarborgen toe met betrekking tot de onafhankelijkheid van de rechter. Qua beperkingsmogelijkheden zal artikel 17 Grondwet niks toevoegen, niet in situaties die niet worden gereguleerd door het EU-recht en niet in situaties die wel worden gereguleerd door het EU-recht.

6. Legitimatie tot rechtsvorming

Uit het voorgaande volgt dat het recht op een eerlijk proces in de Grondwet op het moment van opname naar verwachting geen grote veranderingen in rechtsbescherming zal bewerkstelligen ten opzichte van de huidige rechtsbescherming op basis van de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest. Qua reikwijdte verandert er immers niet veel en slechts op enkele kleine punten worden materiële waarborgen toegevoegd. Het lijkt er dus niet op dat er veel toegevoegde waarde is.

Dan wordt echter over het hoofd gezien dat met het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet ook een handvat wordt geboden aan de Nederlandse wetgever en rechter om de materiële waarborgen van artikel 17 Grondwet zelf – los van de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest – nader in te vullen en zo verdergaande bescherming te ontwikkelen. In de memorie van toelichting worden de rechter en wetgever meermaals op deze taak gewezen.¹⁰⁹ In die zin kan het nieuwe artikel in de Grondwet worden gezien als een expliciete legitimatie (en daarmee een stimulans) voor de rechter en wetgever om het recht op een eerlijk proces zelf nader vorm te geven. Zowel het Handvest als het EVRM biedt hiertoe aan lidstaten (verdragsstaten) de mogelijkheid. De artikelen 53 Handvest en 53 EVRM stellen namelijk dat lidstaten in hun nationale grondrechtenbescherming minimaal evenveel bescherming moeten bieden als het Handvest cq. het EVRM, maar hierin ook verder mogen gaan. Voor wat betreft artikel 53 van het Handvest heeft het Hof in het arrest *Melloni*¹¹⁰ wel bepaald dat deze verdergaande bescherming aan een bovengrens is verbonden: de nationale grondrechtenbescherming mag geen afbreuk doen aan de voorrang, eenheid en de effectiviteit van het Unierecht. De mate van verdergaande nationale grondrechtenbescherming lijkt dus ook weer niet onbegrensd.¹¹¹ Van belang om hierbij aan te stippen is wel dat

¹⁰⁹ *Kamerstukken II 2015/16*, 34517, nr. 3, p. 4, 9 en 31.
¹¹⁰ HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11, AB 2013/132 m. nt. Widdershoven (r.o. 60). Het hof heeft dit ook opgemerkt in de zaak *Akerberg Fransson*, HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, AB 2013/131 m. nt. Widdershoven (r.o. 29).

¹¹¹ In *Melloni* was de vraag aan de orde of een lidstaat de overlevering van een bij verstek veroordeelde afhankelijk mocht stellen van de voorwaarde dat de veroordeling in de uitvaardigende lidstaat kon worden herzien. Dat was een voorwaarde die niet volgde uit het toepasselijke Unierecht – het Kaderbesluit 2002/584 – , maar wel werd voorgeschreven door de nationale grondrechtenbescherming van de lidstaat. Het Hof oordeelde dat een dergelijke eis afbreuk zou doen aan de eenheid en effectiviteit van het Kaderbesluit en daarmee in strijd was met artikel 53 Handvest.

nog niet zeker is in hoeverre de *Melloni*-criteria alleen moeten worden toegepast op het specifieke EU-recht dat in de *Melloni*-zaak van toepassing was – het Kaderbesluit 2002/584 – of ook aangewend zullen worden als ander Unierecht wordt geïmplementeerd. Hier heeft het Hof zich nog niet over uitgesproken. Een slag om de arm wat betreft deze begrenzing van verdergaande bescherming is dus geboden.

Een legitimatie voor rechtsvorming door de rechter is nodig, omdat het recht op een eerlijk proces een ‘open’ recht is dat door de rechter aan de hand van concrete omstandigheden vorm gegeven moet worden.¹¹² Het recht op een eerlijk proces heeft namelijk in verschillende zaken verschillende implicaties, afhankelijk van de feiten van het voorliggende geval. Het rechtssysteem waarin de rechter zich bevindt, moet hem in staat stellen deze verschillende implicaties vast te stellen. Met de nieuwe grondwetsbepaling wordt een duidelijk signaal aan de rechter gegeven dat hij tot uitvoering van deze taak gelegitimeerd wordt.¹¹³ Een explicitering van deze legitimatie in de Grondwet lijkt noodzakelijk, omdat de Nederlandse rechter vooralsnog terughoudend is als het gaat om rechtsvorming.¹¹⁴ Dat blijkt uit het feit dat uitspraken van de Europese hoven vaak erg terughoudend worden uitgelegd. Als bijvoorbeeld een EHRM-uitspraak niet helemaal duidelijk is, dan is de rechter niet snel geneigd de proef op de som te nemen en te kiezen voor een uitleg die misschien wel verdergaat dat wat het EHRM voor ogen had, terwijl dat wel zou mogen. Dit blijkt onder meer uit de manier waarop de Hoge Raad omging met het *Salduzarrest* van het EHRM.¹¹⁵

De terughoudendheid in de uitleg van uitspraken van de Europese rechters kan ertoe leiden dat op nationaal niveau niet de rechtsbescherming wordt geboden die door de Europese hoven bedoeld is. Ook belemmert deze aarzelende houding van de Nederlandse rechter mogelijkheden om EVRM- en Handvestrechten verder te ontwikkelen. Het EVRM is volgens het EHRM een ‘living instrument’ dat in zijn uitleg moet meebewegen met maatschappelijke omstandigheden.¹¹⁶ Dat kan alleen maar als nationale rechters niet blindelings de uitleg van het EHRM kopiëren, maar deze uitleg inkleuren aan de hand van de hedendaagse opvattingen en ontwikkelingen in de maatschappij. Een legitimatie hiertoe wordt geboden door artikel 53 EVRM. Uit het vergelijkbare artikel 53 Handvest volgt dat de EU-wetgever nationale staten hiertoe ook legitimeert (zij het dat deze legitimatie – waarschijnlijk¹¹⁷ – minder ver gaat wegens de *Melloni*-criteria). De nieuwe bepaling in de Grondwet is voor de Nederlandse rechter een aansporing om meer uitdrukking te geven aan de gewenste eigentijdse inkleuring van de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest. Omdat het

112 De Lange, Leeuw & Mevis 2009, p. 142-143, 147.

113 De Lange, Leeuw & Mevis 2009, p. 142.

114 Leeuw 2013, p. 204-205.

115 EHRM 27 november 2008, nr. 36391/02 (*Salduz*). In dit arrest kan gelezen worden dat artikel 6 EVRM eist dat een verdachte recht heeft op een raadsman tijdens het eerste politieverhoor. De Hoge Raad legde dit arrest echter zo uit dat een verdachte slechts voorafgaand aan het eerste politieverhoor een consultatierecht heeft, tenzij de verdachte een minderjarige is (HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3079). Pas toen EU-richtlijn 2013/48 de EU-lidstaten verplichtte tot het geven van bijstand tijdens het eerste verhoor ging de Hoge Raad om (HR 22 december 2015, ECLI: NL:HR:2015:3608). Zie ook Leeuw 2013, p. 225.

116 EHRM 25 april 1978, nr. 5856/72 (*Tyrell/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 31; Zie ook Leeuw 2013, p. 76.

117 Het is immers nog afwachten in hoeverre de *Melloni*-criteria zich gaan uitstreken over het gehele Unierecht.

makkelijker is deze inkleuring over de band van het eigen, nationale recht te bewerkstelligen, zal de rechter geneigd zijn om hier ook daadwerkelijk uitvoering aan te geven.¹¹⁸

Het nieuwe artikel 17 Grondwet biedt echter niet alleen een legitimatie voor de rechtsvormende taak van de rechter, maar spoort ook de wetgever aan om rekening te houden met de eisen van het recht op een eerlijk proces bij de totstandkoming van nieuwe wetgeving.¹¹⁹ Het signaal dat wordt afgegeven met opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet kan namelijk leiden tot discussies, zowel specifiek binnen de rechtspraktijk als binnen de maatschappij in het algemeen. Standpunten in deze discussie kunnen de wetgever ertoe aanzetten nadrukkelijk te bekijken of aan de vereisten van het recht op een eerlijk proces wordt voldaan. Deze actieve houding van de wetgever kan tot gevolg hebben dat burgers uiteindelijk, door middel van nieuwe wetgeving, meer rechtsbescherming kunnen afdwingen.¹²⁰

De toekomst zal moeten uitwijzen of, en zo ja, hoe de Nederlandse rechtspraktijk van de mogelijkheid gebruik maakt om verdergaande rechtsbescherming te bieden. Mijn verwachting is dat dit wel zal gebeuren. Niet alleen worden de rechter en de wetgever hier in de memorie van toelichting expliciet op gewezen, ook nodigt de open vorm waarin het artikel is gegoten uit tot rechtsvorming.¹²¹ Verder is het zo dat, hoewel de algemene attitude van de Nederlandse rechter ten aanzien van rechtsvorming een terughoudende is,¹²² er wel tendensen waarneembaar zijn die aantonen dat de deur naar actievere rechtsvorming open staat. In dat verband kan nogmaals De Graaff worden aangehaald die stelt dat de Hoge Raad de maatstaven van redelijkheid en billijkheid inzet om indirect grondrechten te beschermen. Hij laat zien dat de Hoge Raad meer dan eens niet schroomt om daarbij verdergaande rechtsbescherming te bieden dan de bescherming die uit het EVRM kan worden afgeleid.¹²³

7. Conclusie

Geconcludeerd is dat de meerwaarde van het nieuwe artikel in de Grondwet ten opzichte van de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest niet lijkt te zitten in een verruiming van de reikwijdte of in een aanzienlijke uitbreiding van de materiële bescherming. Deze meerwaarde wordt daarentegen gevonden in de legitimatie die met het wetsvoorstel aan de rechter en wetgever wordt geboden om tot rechtsvorming over te gaan. Het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet biedt namelijk

118 De Lange, Leeuw & Mevis 2009, p. 138.

119 *Kamerstukken II 2015/16*, 34517, nr. 3, p. 4 en 9.

120 Leeuw 2013, p. 204.

121 *Kamerstukken II 2015/16*, 34517, nr. 3, p. 4, 9 en 31.

122 Leeuw 2013, p. 204-205.

123 De Graaff 2016.

een duidelijk signaal om de waarborgen van artikel 17 Grondwet – los van de artikelen 6 EVRM en 47 Handvest – nader in te vullen en, in lijn met artikel 53 EVRM en artikel 53 Handvest, verdergaande bescherming te ontwikkelen.¹²⁴ Het is dit signaal dat maakt dat opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet van toegevoegde waarde kan zijn voor een verruiming van de rechtsbescherming voor de Nederlandse rechtszoekende.

Literatuur

Barkhuysen e.a. 2016

T. Barkhuysen e.a. (red.), *AB klassiek*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2016

Barkhuysen & Bos 2014

T. Barkhuysen & A. W. Bos, 'De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht: een actualisatie anno 2014', *JBplus*, 2014

Barkhuysen & Den Ouden 2015

T. Barkhuysen & W. den Ouden, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht', *NJB* 2015/732

Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2009

T. Barkhuysen, M. van Emmerik & J. Gerards, *De toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de Grondwet? Behoeft de Nederlandse Grondwet aanvulling met een recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces?*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009

Barhuysen & Van Emmerik 2013

T. Barkhuysen & M. van Emmerik, 'Rechtsbescherming tegen de overheid en het EVRM', *TMA*, 2006, afl. 4

De Graaff 2016

R. de Graaff, 'De betekenis van de redelijkheid en billijkheid voor de bescherming van grondrechten', *Themis* 2016, afl. 4

De Lange, Leeuw & Mevis 2009

R. de Lange, B.J.G. Leeuw & P.A.M. Mevis, *Grondwet en het recht op een eerlijk proces. Algemene verkenning en uitwerking voor het strafrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2009

De Mol 2016

M. De Mol, 'Article 51 of the Charter in the legislative processes of the Member States', 23 *MJ* 4, 2016

De Mol, Pahladsingh & Van Heijningen 2012

M. de Mol, A. Pahladsingh & L.R. van Heijningen, 'Inroepbaarheid in rechte van het Handvest van de Grondrechten van de Europese

124 Hierbij moet wel in acht worden genomen dat deze verdergaande bescherming voor wat betreft situaties die binnen het EU-recht vallen moet voldoen aan de Melloni-criteria.

Unie: Toepassingsgebied en het onderscheid tussen 'rechten' en 'beginselen', *SEW* 2012

Emaus 2015

J.M. Emaus, 'Rechten, beginselen en horizontale directe werking van de grondrechten uit het EU-Handvest', *NTBR* 2015/10

Gerards 2017

J. Gerards, *Grondrechten onder spanning. Bescherming van fundamentele rechten in een complexe samenleving* (oratie Utrecht), 2017

Gerards e.a. 2013

J. Gerards e.a., (red), *Grondrechten. De nationale, Europese en internationale dimensie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013

Gerards, De Waele & Zwaan 2015

J. Gerards, H. de Waele & K. Zwaan (red.), *Vijfjaar bindend EU-Grondrechtenhandvest*, Deventer: Wolters Kluwer 2015

Jans e.a. 2011

Jans e.a., *Inleiding tot het Europees Bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011

Kortmann 2016

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2016

Leeuw 2013

B.J.G. Leeuw, *Grondwet en eerlijk proces*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, 2013

Nieuwenhuis, Den Heijer & Hins 2014

A.J. Nieuwenhuis, M. den Heijer & A.W. Hins, *Hoofdstukken Grondrechten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2014

Paulussen e.a. 2016

C. Paulussen e.a., *Fundamental Rights in International and European Law*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2016

Peers e.a. 2014

S. Peers, T. Hervey, J. Kenner & A. Ward (red), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford: Hart Publishing 2014

Sarmiento, 2013

D. Sarmiento, 'Who's afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe', *Common Market Law Review* 2013, 50

Sewnandan Mishre 2012

A.J. Sewnandan Mishre, 'Het belang van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden voor rechtspersonen', *V&O* 2012, afl. 10

Van Bockel en Wattel 2013

B. van Bockel & P. Wattel, 'New Wine into old wineskins: the scope of the Charter of Fundamental Rights of the EU after Akerberg Fransson', *European Law Review* 2013, 38(6)

Van der Pot 2014

Van der Pot, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014

Van den Eijnden 2011

P.M. van den Eijnden, *Onafhankelijkheid van de rechter in constitutioneel perspectief* (diss. RUN), Deventer: Kluwer 2011, p. 86-95

Van den Eijnden & Van Sasse van Ysselt 2017

P.M. van den Eijnden & P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt, 'Voorstellen voor een algemene bepaling en het recht op een eerlijk proces in de Grondwet', *TvCR*, 2017, afl. 2

Van Strien 1996

L.J. van Strien, 'Rechtspersonen en mensenrechten', *RM Themis* 1996

Viering 1994

L.W.M. Viering, *Het toepassingsgebied van artikel 6 EVRM* (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle 1994

Widdershoven 2014

R.J.G.M. Widdershoven, 'Developing Administrative Law in Europe: Natural Convergence or Imposed Uniformity?', *Review of European Administrative Law*, 2014, Vol. 7, nr. 2