

# Grondwet en eerlijk proces

Een onderzoek naar de eventuele meerwaarde van  
het opnemen van het recht op een eerlijk proces in  
de Nederlandse Grondwet

B.J.G. Leeuw



## **Grondwet en eerlijk proces**

Een onderzoek naar de eventuele meerwaarde van het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Nederlandse Grondwet

B.J.G. Leeuw

ISBN: 978-94-6240-003-0

Omslagbeeld: Grondwet van 1848. ProDemos//Jan Dirk Gerritsen

Dit boek is een uitgave van:

Wolf Legal Publishers (WLP)

Postbus 313

5060 AH Oisterwijk

[info@wolfpublishers.nl](mailto:info@wolfpublishers.nl)

[www.wolfpublishers.com](http://www.wolfpublishers.com)

Alle rechten voorbehouden. Behoudens de door de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden veelevoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De bij toepassing van artikel 16B en 17 Auteurswet 1912 wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopiëren, dienen te worden voldaan aan de Stichting Reprorecht. Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van artikel 16 Auteurswet 1912 dient men zich tevoren tot de uitgever te wenden. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden.

© B.J.G. Leeuw, 2013

## **Grondwet en eerlijk proces**

Een onderzoek naar de eventuele meerwaarde van het opnemen van het recht  
op een eerlijk proces in de Nederlandse Grondwet

## **Constitution and Fair Trial**

A research into the added value of incorporating the right to a fair trial into  
the Dutch Constitution

### **Proefschrift**

ter verkrijging van de graad van doctor aan de  
Erasmus Universiteit Rotterdam  
op gezag van de  
rector magnificus

Prof.dr. H.G. Schmidt

en volgens besluit van het College voor Promoties.

De openbare verdediging zal plaatsvinden op

donderdag 13 juni 2013 om 13.30 uur

door

Bas Johan Gerrit Leeuw  
geboren te Delft



**Promotiecommissie:**

**Promotor:** Prof.mr. P.A.M. Mevis

**Overige leden:** Prof.mr. F.W. Bleichrodt  
Prof.mr. C.P.M. Cleiren  
Prof.mr. R. de Lange

# Voorwoord

Het schrijven van een proefschrift is in beginsel een zeer individueel project. Een geslaagde afronding van dat project kan echter alleen geschieden met de steun en aanmoediging van anderen. Ik prijs mij gelukkig tijdens het schrijven van mijn proefschrift deze steun en aanmoediging te hebben gekregen, en ben blij diverse mensen te kunnen en mogen bedanken nu dit proefschrift is afgerond.

Allereerst gaat mijn grote dank uit naar mijn promotor, prof. Paul Mevis. Al tijdens mijn periode als student-assistent heeft hij mijn interesse voor wetenschappelijk onderzoek gestimuleerd. Ik was dan ook erg blij, toen mij de mogelijkheid werd geboden om mee te denken over een onderzoeksvorstel voor een proefschrift, vooral ook omdat het onderwerp het staatsrecht, strafrecht en internationaal recht betrof. Ook later tijdens het promotietraject is de bezielende en enthousiaste begeleiding tot grote steun geweest. Verder wil ik de leden van de kleine commissie, prof. Edwin Bleichrodt, prof. Tineke Cleiren en prof. Roel de Lange, danken voor hun aanmerkingen op het manuscript die tot waardevolle aanpassingen en verbeteringen hebben geleid.

Het grootste gedeelte van het proefschrift is tot stand gekomen tijdens mijn aanstelling als promovendus bij de sectie strafrecht op de Erasmus Universiteit. Mijn dank gaat uit naar alle collega's van de sectie voor de plezierige samenwerking en sfeer binnen de sectie. Enkele collega's van buiten de sectie strafrecht wil ik in het bijzonder bedanken; Joke de Wit voor het doorlezen van grote delen van het manuscript, Annette van Dijk voor haar gezelschap in Londen en het optreden als postbode en Nick Efthymiou voor het leveren van commentaar op het staatsrechtelijke gedeelte van het proefschrift. Ook de contacten met andere promovendi binnen en buiten de faculteit en hebben sterk bijgedragen aan een plezierige periode, en de af en toe broodnodige afleiding. Van deze groep promovendi wil ik vooral Jacob, Maarten, Marjolein, Ulla, Petra, Hanneke, Laura, Aubrich, Munish, Jerfi en Elaine bedanken. Van mijn collega promovendi wil ik in het bijzonder nog Mónica Ambrus noemen, aangezien zij tot mijn grote vreugde bereid was om als paranimpf op te treden tijdens mijn verdediging. Mijn dank gaat ook nog uit naar Mohammed Akhloufi en Jos van der Klein die als student-assistent een bijdrage aan mijn onderzoek hebben geleverd.

Na het aflopen van mijn aanstelling aan de Erasmus Universiteit kon ik gelukkig verder in de wetenschap. Ik heb de overstap naar Leiden gemaakt en

## VOORWOORD

daar nog geen moment spijt van gehad. Dank aan al mijn collega's van het Instituut voor Strafrecht en Criminologie voor het warme welkom binnen het Instituut en het bieden van de ruimte om de laatste hand aan mijn proefschrift te leggen; in het bijzonder gaat mijn dank hierbij uit naar mijn kamergenoten Pinar en Pim.

I was fortunate enough to do part of my research in the United Kingdom as a visiting research student at the Faculty of Laws of University College London. I want to thank dr. George Letsas for acting as my supervisor during my stay and for making it possible to come to UCL in the first place. I also want to thank my fellow Ph.D's for the great and inspiring time at UCL, especially Andreas, Carrie, Joe, Matthew and Pritam.

Tot slot wil ik mijn familie bedanken voor alle steun in de afgelopen jaren. Vooral mijn ouders, mijn broers Guus en Mark en mijn tante Willy zonder wier aanmoeding het boek wellicht nooit af zou zijn afgerond. Deze steun is altijd zeer op prijs gesteld, ook al is dat misschien niet altijd gebleken op mijn antwoorden op de vraag 'is het boek al af?'.

# Inhoudsopgave

Voorwoord.....	I
Afkortingen.....	IX
Hoofdstuk I: Inleiding.....	1
1.1 Het recht op een eerlijk proces in de Grondwet.....	1
1.2 Probleemstelling.....	2
1.2.1 Meerwaarde?.....	3
1.2.1.1 Nationaal niveau.....	3
1.2.1.2 Internationaal niveau.....	3
1.2.2 Deelvraag I: Past een nationaal recht op een eerlijk proces in de Grondwet gelet op de historische ontwikkeling van de Grondwet?.....	4
1.2.3 Deelvraag II: Hoe geschiedt de handhaving van het EVRM (in het bijzonder artikel 6 EVRM) door het EHRM en welke elementen van die handhaving zijn relevant met het oog op eventuele opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet?.....	5
1.2.4 Deelvraag III: Hoe geschiedt de handhaving en realisering van het recht op een eerlijk proces op nationaal niveau in Nederland?.....	7
1.2.5 Deelvraag IV: Hoe wordt in het Verenigd Koninkrijk omgegaan met de doorwerking van EVRM-recht in de nationale (straf)rechtsorde?.....	7
1.2.6 Deelvraag V: Wat zou de meerwaarde van een recht op een eerlijk proces in de Grondwet kunnen zijn en hoe zou een dergelijke bepaling moeten worden vormgegeven?.....	9
1.3 Inventarisatie en finale afweging.....	10
Hoofdstuk II: De Grondwet in het Nederlandse staatsbestel.....	11
2.1 Inleiding.....	11
2.2 Historische ontwikkeling van de Grondwet.....	12
2.2.1 Inleiding.....	12
2.2.2 Bataafse periode.....	13
2.2.3 1814/1815: De eerste Grondwetten.....	15
2.2.4 1848: Het toetsingsverbod wordt voor het eerst opgenomen in de Grondwet.....	17
2.2.5 De jaren '50 van de 20e eeuw.....	19
2.2.6 Algehele grondwetsherziening van 1983.....	21
2.2.7 Eind jaren 80: Opkomst EVRM en Harmonisatiewet-arrest.....	24
2.2.8 De jaren '90 tot heden.....	27
2.2.8.1 Inleiding.....	27

## INHOUDSOPGAVE

2.2.8.2 Nationale Conventie.....	28
2.2.8.3 De Staatscommissie Grondwet 2009-2010.....	30
2.2.9 Conclusie.....	41
2.3 Plaats van de Grondwet in de verhouding tussen de rechter en de wetgever: wie beschermt de grondrechten?.....	43
2.3.1 Inleiding.....	43
2.3.2 De verhouding tussen de nationale rechter en de wetgever bij de bescherming van de grondrechten uit de Grondwet.....	44
2.3.3 Rechtsbescherming met behulp van het EVRM zet druk op constitutionele verhoudingen.....	46
2.3.4 Conclusie.....	50
2.4 Conclusie.....	50
Hoofdstuk III: Handhaving van het EVRM in Straatsburg.....	53
3.1 Inleiding.....	53
3.2 Het beschermingsmechanisme van het EVRM op het niveau van het Hof in Straatsburg.....	54
3.2.1 Inleiding.....	54
3.2.2 Het mechanisme van Straatsburg: subsidiariteit en (individueel) klachtrecht.....	55
3.2.3 Taak van het EHRM: ontwikkeling naar meer constitutionaliteit?.....	58
3.2.4 Conclusie.....	60
3.3 Structurele/Procedurale elementen van het Straatsburgse beschermingsmechanisme.....	60
3.3.1 Toenemende overbelasting van het Straatsburgse mechanisme.....	60
3.3.2 Protocol 14.....	64
3.3.3 Verder dan Protocol 14?.....	69
3.3.4 Hervormingsvoorstellen naar aanleiding van Interlakenconferentie.....	70
3.3.5 Conclusie.....	72
3.4 Inhoudelijke elementen van het Straatsburgse beschermingssysteem.....	73
3.4.1 Inleiding.....	73
3.4.2 Interpretatie van bepalingen en de standaard van bescherming.....	74
3.4.2.1 Minimumrechten.....	75
3.4.2.2 Het verdrag als ‘living instrument’.....	76
3.4.2.3 Europese consensus als richtlijn voor interpretatie.....	77
3.4.2.4 Oordeelsvorming in concrete gevallen.....	78
3.4.3 Margin of Appreciation.....	81
3.4.4 Inhoudelijke kenmerken van artikel 6 EVRM.....	86
3.4.4.1 Beperkte reikwijdte.....	86
3.4.4.2 Ontbreken deelonderdelen van een ‘eerlijk proces’.....	88



3.4.4.3 Artikel 6 EVRM als ‘open’ recht.....	89
3.4.5 Verschil in concepten: mensenrechtenrechter versus hoogste rechter in strafzaken.....	90
3.4.6 Conclusie.....	91
3.5 Conclusie.....	92
Hoofdstuk IV: De realisering van het recht op een eerlijk proces in de Nederlandse strafrechtsorde.....	95
4.1 Inleiding.....	95
4.2 Aspecten van de realisering en handhaving van het eerlijk proces in de Nederlandse strafwetgeving.....	96
4.2.1 Inleiding.....	96
4.2.2 Geen concrete (constitutionele) bepaling met rechten voor de verdachte.....	97
4.2.2.1 Normering van bevoegdheden justitiële autoriteiten als garantie voor een eerlijk proces.....	98
4.2.2.2 Plaats van een eventueel constitutioneel recht op een eerlijk proces in verhouding tot het Wetboek van Strafvordering.....	101
4.2.3 Beginselen van een goede procesorde.....	104
4.2.4 Ontbreken van constitutionaliteit in het strafprocesrecht.....	108
4.2.5 Sterke afhankelijkheid van het EVRM.....	110
4.2.6 Conclusie.....	113
4.3. Extra waarborg voor eerlijk proces in Nederlandse strafrechtsorde door middel van de werking van artikel 6 EVRM.....	114
4.3.1 Inleiding.....	114
4.3.2 Het effect van EHRM-uitspraken tegen Nederland op de Nederlandse strafrechtsorde.....	115
4.3.3 Doorwerking van artikel 6 EVRM binnen de Nederlandse strafrechtsorde.....	123
4.3.3.1 Toepassing van artikel 6 EVRM door de rechter in het concrete geval.....	124
4.3.3.2 Doorwerking van uitspraken van het EHRM tegen andere lidstaten van de Raad van Europa.....	132
4.3.4 Conclusie.....	140
4.4 Conclusie.....	141
Hoofdstuk V: Doorwerking en verwezenlijking van het EVRM in het Verenigd Koninkrijk.....	143
5.1 Inleiding.....	143
5.2 Schets van enkele relevante hoofdlijnen van het Britse staatsbestel	144
5.2.1 Staatsindeling.....	144

## INHOUDSOPGAVE

5.2.2 Sovereignty of parliament & common law.....	145
5.3 Ontwikkeling van het EVRM binnen de Britse rechtsorde.....	146
5.4 Bescherming van fundamentele rechten door de rechter tot aan de invoering van de Human Rights Act 1998.....	148
5.5 De Human Rights Act 1998.....	149
5.5.1 Totstandkoming en invoering.....	149
5.5.2 Systeem van de HRA.....	153
5.5.3 Verplichting voor rechters 'to take into account' Straatsburgse jurisprudentie (artikel 2 HRA).....	155
5.5.4 Verdragsconforme interpretatie (artikel 3 HRA).....	166
5.5.5 Declaration of Incompatibility (artikel 4 HRA).....	168
5.5.6 Vernietiging strijdige besluiten public authority (artikel 6 HRA).....	170
5.5.7 Meldingsplicht voor ministers (artikel 19 HRA).....	170
5.6 Wetgeving en rechtspraak na invoering van de HRA.....	171
5.6.1 Inleiding.....	171
5.6.2 Gevolgen voor het wetgevingsproces.....	172
5.6.3 Gevolgen voor rechtspraak.....	173
5.6.3.1 Effect van de HRA op de relatie met Straatsburg?.....	174
5.6.3.2 Effect van de HRA op de relatie tussen de rechter en de wetgever op nationaal niveau?.....	180
5.6.3.3 Conclusie.....	184
5.7 Naar een (British/UK) Bill of Rights?.....	185
5.7.1 Inleiding.....	185
5.7.2 Discussie over Bill of Rights.....	185
5.7.3 Voorzetten tot discussie in JUSTICE rapport en rapport JCHR.....	189
5.7.4 Effecten Bill of Rights.....	190
5.7.5 Twijfels/Tegenargumenten.....	192
5.7.6 Bill of Rights commissie.....	193
5.8 Conclusie.....	194
Hoofdstuk VI: Inventarisatie van mogelijke vormen van meerwaarde.....	197
6.1 Inleiding.....	197
6.2 Mogelijke meerwaarde op nationaal niveau?.....	199
6.2.1 Inleiding.....	199
6.2.2 Symboolfunctie.....	200
6.2.3 Aanvullende rechtsbescherming ten opzichte van artikel 6 EVRM.....	202
6.2.4 Model van rechtsvorming.....	204
6.2.5 Toetsingskader voor nieuwe wetgeving en handelen van strafvorderlijke autoriteiten.....	206
6.2.6 Conclusie.....	208

## GRONDWET EN EERLIJK PROCES

6.3 Meerwaarde op internationaal niveau.....	208
6.3.1 Inleiding.....	208
6.3.2 Verlichting caseload.....	208
6.3.3 Dialoog met EHRM.....	210
6.4 Procedurele elementen van invoeging recht op een eerlijk proces....	213
6.4.1 Inleiding.....	213
6.4.2 Vorm van en plaats van een bepaling over het recht op een eerlijk proces.....	213
6.4.3 Optimalisering van meerwaarde door aanpassing constitutionele structuren.....	216
6.5 Conclusie.....	219
Hoofdstuk VII: Opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet?.....	221
7.1 Inleiding.....	221
7.2 Inventarisatie van de antwoorden op de deelvragen.....	221
7.3 Waarom eventueel niet opnemen?.....	227
7.4 Opnemen of weglaten?.....	230
Jurisprudentieregister.....	255
Samenvatting.....	259
Summary.....	267
Curriculum vitae.....	275



# Afkortingen

A-G	Advocaat-Generaal
Art.	artikel
EHRC	European Human Rights Cases
EHRM	Europees Hof voor de bescherming van de rechten van de mens
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
Gw	Grondwet
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HRA	Human Rights Act 1998
IVBPR	Internationaal verdrag inzake burger en politieke rechten
JCHR	Joint Committee on Human Rights
Kamerstukken I	Kamerstukken Eerste Kamer
Kamerstukken II	Kamerstukken Tweede Kamer
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
m.nt.	met noot van
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
Rb	Rechtbank
r.o.	Rechtsoverweging

## AFKORTINGEN

Sr	Wetboek van Strafrecht
Stb.	Staatsblad
Sv	Wetboek van Strafvordering
t.	tegen
UK	United Kingdom
UKSC	United Kingdom Supreme Court

# Hoofdstuk I: Inleiding

## *1.1 Het recht op een eerlijk proces in de Grondwet*

Het recht op een eerlijk proces is één van de belangrijkste elementen van het strafprocesrecht. Dat recht wordt dermate belangrijk geacht dat het in verschillende internationale verdragen en handvesten is vastgelegd.<sup>1</sup> Sommige landen hebben daarnaast dit recht ook nog verankerd in hun Grondwet.<sup>2</sup> In Nederland is dit recht niet uitdrukkelijk in (grond)wetgeving vastgelegd. Noch in het Wetboek van Strafvordering noch in de Grondwet is het recht op een eerlijk proces concreet te vinden. De verdachte heeft uiteraard wel rechten. Deze staan opgesomd of zijn impliciet opgenomen in het Wetboek van Strafvordering. Deze rechten zijn daarin echter vooral te vinden als voorschriften gericht tot de rechter en andere strafvorderlijke autoriteiten teneinde het recht op een eerlijk proces van de verdachte te realiseren.<sup>3</sup>

Er zijn in de Grondwet enkele artikelen te vinden die onderdelen van het recht op een eerlijk proces bevatten,<sup>4</sup> maar er is geen sprake van een expliciet recht dat de verdachte kan invoeren in een strafprocedure. Nederland is wel partij bij enkele van de verdragen waarin het recht op een eerlijk proces concreet en expliciet is opgenomen. De voornaamste van deze verdragen is het Verdrag tot Bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (hierna: EVRM) opgesteld kort na de Tweede Wereldoorlog in het kader van de Raad van Europa. Via de artikelen 93 en 94 van de Grondwet werken een ieder verbindende bepalingen van verdragen direct door in de Nederlandse rechtsorde. Artikel 6 EVRM is een dergelijke bepaling en daarom oefent artikel 6 EVRM veel directe invloed uit op en binnen het Nederlandse strafproces.

Dit onderscheid tussen het wel hebben van een internationale bepaling over het eerlijk proces, en het ontbreken van een nationale bepaling die dit recht voor de burger vastlegt, is één van de voorbeelden van de problematische onderdelen van de toepassing van het recht op een eerlijk proces in de Nederlandse strafrechtsorde. De internationale bepalingen, artikel 6 EVRM

---

<sup>1</sup> Art. 6 EVRM, art. 14 IVPBR en art. 10 Universele verklaring van de Rechten van de Mens.

<sup>2</sup> Zie onder andere het vijfde en zesde amendement bij de Grondwet van de Verenigde Staten.

<sup>3</sup> Cleiren 1992, p. 20-24 en Cleiren 1989, p. 44-45.

<sup>4</sup> Onder andere artikelen 15, 17 en 121 Grondwet.

voorop, hebben, zoals gezegd, een directe doorwerking in het Nederlandse strafproces. De vraag is echter of de afstemming tussen ‘Straatsburg’ en de Nederlandse rechtsorde optimaal is in de huidige situatie. Met name het feit dat de rechten uit het EVRM soms de enige beschikbare rechten zijn die de burger direct in een procedure voor de rechter kan inroepen, is een factor die niet bijdraagt aan een soepele afstemming.

Naast deze en andere ‘internationale’ elementen met betrekking tot het recht op een eerlijk proces, kunnen de gevolgen van het ontbreken van het recht op een eerlijk proces ook op nationaal niveau worden belicht. Het ontbreken van een concreet recht op een eerlijk proces op nationaal niveau roept namelijk de vraag op hoe de realisering van de notie van een eerlijk proces in de nationale strafprocedure plaatsvindt, en in hoeverre deze realisering optimaal verloopt. De vraag die in dit onderzoek wordt gesteld, is in hoeverre in het kader van de rechtsvorming binnen het strafprocesrecht de toevoeging van een constitutionele basis voor het recht op een eerlijk proces een bijdrage kan leveren om een betere realisatie van het recht op een eerlijk proces te creëren en te garanderen.

### ***1.2 Probleemstelling***

In dit onderzoek staat de vraag centraal naar de meerwaarde van het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Nederlandse Grondwet. In de eerste plaats zal worden gekeken of de problemen die spelen bij het garanderen van een eerlijk proces op nationaal niveau en het toepassen van artikel 6 EVRM in de Nederlandse strafrechtsorde kunnen worden weggenomen of verminderd, wanneer er een nationale grondwettelijke bepaling over het eerlijk proces zou zijn. Ten tweede zullen meer zelfstandige vormen van meerwaarde worden besproken los van eventuele problematische elementen binnen het strafproces. De probleemstelling van het onderzoek luidt:

*Heeft het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Nederlandse Grondwet meerwaarde, en dient in dat kader overgegaan te worden tot opname van dit recht in de Nederlandse Grondwet?*

Het gaat in dit onderzoek niet om de vraag wat de inhoud van het recht op een eerlijk proces is en welke rechten voor de verdachte hieronder vallen. De vraag naar de meerwaarde wordt vooral besproken in het licht van processen van vormgeving, handhaving en realisering van het recht op een eerlijk proces door de diverse te bespreken actoren. Deze actoren zijn het Europees Hof voor de Rechten van de mens (hierna: EHRM) en de nationale rechter en wetgever in Nederland. De vraag zal moeten worden beantwoord in hoeverre



de opname het recht op een eerlijk proces in de Grondwet kan bijdragen tot een betere wisselwerking tussen deze actoren met als gevolg een betere rechtsbescherming van de burger binnen het strafproces.

Uit het voorgaande moge duidelijk zijn dat dit onderzoek zich vooral richt op het strafprocesrecht. Vragen over constitutionalisering van procesrechten spelen echter ook in andere rechtsgebieden.<sup>5</sup> De conclusies van dit onderzoek zouden deels ook relevant kunnen zijn voor andere rechtsgebieden.

### *1.2.1 Meerwaarde?*

De meerwaarde van het opnemen van een nationale bepaling omtrent het eerlijk proces kan zich uiten in de nationale (straf)rechtsorde, maar ook in de verhouding tussen het nationale recht en het internationale recht, inclusief eventuele beschermingsystemen die ter handhaving van dat internationale recht zijn gecreëerd. Een belangrijk voorbeeld van een dergelijk systeem is de controle die wordt uitgevoerd op de handhaving van het EVRM door het EHRM in Straatsburg.

#### **1.2.1.1 Nationaal niveau**

Voor wat betreft de eventuele meerwaarde op nationaal niveau valt te denken aan de rechtsbescherming van de burger en de positie van de rechter ten opzichte van de wetgever. De vraag is dan in hoeverre de opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet een positieve bijdrage kan leveren aan de realisatie van het recht op een eerlijk proces in de concrete strafzaak. Daarnaast is het van belang om te bezien in hoeverre een grotere constitutionele rol van de rechter kan leiden tot een sterkere positie van de rechter ten opzichte van de wetgever. Dit zou dan wellicht kunnen leiden tot een kritischer blik van de rechter als het gaat om de verenigbaarheid van (nieuwe) wetgeving met de normen die onderdeel uitmaken van het recht op een eerlijk proces en die zijn vastgelegd in nationale en internationale catalogi van rechten. Tot slot moet ook gekeken worden naar het zelfstandige belang en symbolische aspect van het opnemen van een dergelijk recht als constitutioneel recht.

#### **1.2.1.2 Internationaal niveau**

Als het gaat om een eventuele meerwaarde op internationaal niveau speelt vooral de verhouding van het nationale strafprocesrecht en de nationale rechter met het EVRM en EHRM een grote rol. Het gaat er bij de gevolgen op internationaal niveau vooral om te bezien wat de meerwaarde van een recht

---

<sup>5</sup> Jansen 2003.

op een eerlijk proces in de Grondwet kan zijn, náást de bescherming op grond van artikel 6 EVRM.

Om tot een antwoord te kunnen komen op de - ruime - centrale probleemstelling zal eerst een aantal tussenstappen worden gezet. Daarom zijn enkele deelvragen opgesteld die hierna kort zullen worden beschreven.

*1.2.2 Deelvraag I: Past een nationaal recht op een eerlijk proces in de Grondwet gelet op de historische ontwikkeling van de Grondwet?*

Voorafgaand aan een uitgebreide beschouwing van de manier waarop het recht op een eerlijk proces een rol speelt in het Nederlandse strafprocesrecht, en welke rol de Grondwet daarbij speelt, is het van belang om na te gaan hoe de huidige positie van de Grondwet binnen de Nederlandse (straf)rechtsorde zich heeft ontwikkeld. Tevens is daarbij van belang wat de positie van de rechter is ten opzichte van de wetgever bij de handhaving van de fundamentele rechten uit de Grondwet. Ten slotte wordt gekeken of er een historische reden is waarom het recht op een eerlijk proces nooit in de Grondwet is opgenomen, ondanks het feit dat diverse andere grondrechten wel zijn opgenomen.

Er zal in hoofdstuk II worden gekeken naar de ontwikkeling van de Grondwet vanaf de eerste versie in 1814, en voornamelijk vanaf de grondwetwijziging van 1848. Bij deze laatste grondwetwijziging is immers de basis gelegd voor ons huidige constitutionele stelsel. Ook zullen de van voor 1814 daterende staatsregelingen van de Bataafse Republiek worden bekeken. Dit is nodig om te begrijpen waar de huidige constitutionele verhoudingen uit zijn voortgekomen. In de historische analyse worden een aantal kenmerkende periodes en onderwerpen uit de grondwetsgeschiedenis van Nederland belicht. Te denken valt dan aan de introductie van de doorwerking van internationale fundamentele rechten in de Grondwet en de discussie over de opname van (nieuwe) grondrechten in de aanloop naar de grondwetsherziening van 1983. Bij deze wijziging van de Grondwet is de vraag naar de noodzaak van opname van grondrechten in de Grondwet uitvoerig aan de orde geweest. Dat geldt vooral voor de voor dit onderzoek belangrijke vraag of rechten die reeds in verdragen zijn opgenomen ook nog in de Grondwet moeten worden geplaatst. Tot slot zal er worden bekeken wat er in de loop der jaren aan strafprocesrechtelijke rechten is verwerkt in de Grondwet en of de vraag naar de opname van het recht op een eerlijk proces in het verleden al eens aan de orde is geweest. Voor wat betreft het punt van de doorwerking van internationaal recht zal het vooral gaan over de rol die de rechter speelt bij de handhaving van deze normen uit het internationale recht,

in het bijzonder zijn houding ten opzichte van de wetgever Deze houding komt aan de orde als het gaat om de vraag naar de reikwijdte van de rechtsvormende taak van de rechter.

Als eindpunt van de historische ontwikkeling van de (discussie over de) Grondwet zal worden stilgestaan bij de recente discussie betreffende de Staatscommissie Grondwet die het vierde kabinet-Balkenende in 2006 aankondigde<sup>6</sup> en die in 2010 haar eindrapport uitbracht.<sup>7</sup> Veel van de vragen die in dit onderzoek worden besproken, zijn ook opgenomen geweest in de opdrachtverlening van de Staatscommissie.<sup>8</sup> In het debat rondom de opdrachtverlening voor de Staatscommissie Grondwet is bijvoorbeeld de beperkte inspirerende (normatieve) waarde van de Grondwet aan de orde gekomen. Een Tweede Kamerlid omschreef de Grondwet in het algemeen overleg over de opdrachtverlening aan de Staatscommissie als ‘een scheidsrechtersboekje voor de politieke strijd die wij hier voeren’.<sup>9</sup> Ook is de vraag naar de eventuele opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet door de Staatscommissie besproken.

Voor het onderzoek als geheel is het van belang dat uit dit hoofdstuk blijkt waarom de Grondwet binnen de Nederlandse (straf)rechtsorde een beperkte rol speelt en in hoeverre hiervoor een bewuste keuze is gemaakt. Daarnaast zal moeten worden vastgesteld in hoeverre de opname van het recht op een eerlijk proces in de nationale Grondwet past binnen de systematiek van de Grondwet zoals deze nu is opgesteld, en of het enkele bestaan van artikel 6 EVRM een reden is om een dergelijk recht niet ook nog in de Grondwet op te nemen.

*1.2.3 Deelvraag II: Hoe geschiedt de handhaving van het EVRM (in het bijzonder artikel 6 EVRM) door het EHRM en welke elementen van die handhaving zijn relevant met het oog op eventuele opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet?*

Hoewel het EVRM zelf uitgaat van handhaving op nationaal niveau<sup>10</sup> en het EHRM in theorie slechts een subsidiaire rol vervult<sup>11</sup>, zal de handhaving van

---

<sup>6</sup> Regeerakkoord kabinet CDA, ChristenUnie en PvdA.

<sup>7</sup> Staatscommissie Grondwet 2010.

<sup>8</sup> *Kamerstukken II* 2008/09, 31570, nr. 1.

<sup>9</sup> *Kamerstukken II* 2008/09, 31570, nr. 9, p. 2.

<sup>10</sup> Corstens & Pradel 2003, p. 301 en Van Dijk & Van Hoof 2006, p. 27. Zie ook de Explanatory Report bij Protocol 14 van het EVRM (CETS no. 194), nr. 15 en de aanbevelingen van het Comité van Ministers in CvM, Rec. (2004)6.

<sup>11</sup> Polakiewicz 2001, p. 35.

de rechten van het EVRM, en het recht op een eerlijk proces in het bijzonder, op Europees niveau door het EHRM als eerste aan bod komen in hoofdstuk III. De bespreking van de handhaving van het EVRM op nationaal niveau door de nationale rechter volgt in het hoofdstuk erna. Op deze manier kunnen in het navolgende duidelijker de gevolgen van de doorwerking van het EVRM in Nederland en de werkwijze van het EHRM worden belicht.

Het EHRM kijkt van buiten het strafrecht op basis van de autonome normen van het EVRM naar de concrete strafzaak. Het is mogelijk dat een oordeel over een concrete zaak ook zeer verstrekkende gevolgen heeft voor het achterliggende rechtssysteem. In die zin is de rol van het EHRM vergelijkbaar met die van een constitutionele rechter in een land waar het recht op een eerlijk proces in de grondwet staat en waaraan de uitkomst van het strafproces in concreto door die constitutionele rechter kan worden getoetst. De wisselwerking tussen de constitutionele rechter met zijn eigen model van rechtsvorming en toetsing en de strafrechtspleging brengt een extra niveau van rechtsbescherming aan. De werkwijze is namelijk verschillend, de strafrechter is er vooral op gericht om op basis van de wettelijke bepalingen tot een optimale oplossing te komen in het concrete geval, en een constitutionele/mensenrechten rechter kijkt voornamelijk naar de eerlijkheid van de procedure in zijn geheel.<sup>12</sup> Op nationaal niveau heeft Nederland dit extra niveau (nog?) niet, maar zoals gezegd is de werkwijze van het EHRM ermee te vergelijken.

Voor het beantwoorden van de probleemstelling is het van belang als antwoord op deze deelvraag vast te stellen of het opnemen van het recht op een eerlijk proces meerwaarde zal hebben in het licht van de handhaving van het EVRM op het niveau van Straatsburg.

Om deze deelvraag te beantwoorden moet eerst worden bekeken hoe het model van rechtsvorming en handhaving van het EVRM door het EHRM op dit moment functioneert. Als zou blijken dat de toepassing ervan weinig tot geen problemen oplevert, lijkt er geen noodzaak te zijn om op nationaal niveau aanvullende bescherming te bieden. Die problemen lijken er echter wel te zijn. Deze problematische elementen van de bescherming door het EHRM zullen in hoofdstuk III worden besproken.

---

<sup>12</sup> Mevis 1998, p. 39 en Swart & Young 1995, p. 64.

*1.2.4 Deelvraag III: Hoe geschiedt de handhaving en realisering van het recht op een eerlijk proces op nationaal niveau in Nederland?*

Na de handhaving en realisering van het recht op een eerlijk proces op het niveau van 'Straatsburg' te hebben bekeken, zal het onderzoek zich richten op de wijze waarop dit recht op nationaal niveau wordt gerealiseerd. De vraag is dan of deze handhaving en realisering in de huidige situatie optimaal functioneert en in hoeverre binnen de nationale strafprocedure problematische elementen spelen bij het handhaven en realiseren van de normen van artikel 6 EVRM. De focus zal in dit hoofdstuk liggen op de realisering van het recht op een eerlijk proces door de rechter in de concrete strafzaak.

In hoofdstuk IV zal eerst de wijze waarop in Nederlandse strafwetgeving en praktijk het recht op een eerlijk proces wordt gewaarborgd aan de orde komen, los van de werking van artikel 6 EVRM. Vervolgens zal de doorwerking van artikel 6 EVRM in Nederland worden belicht. Deze doorwerking geschiedt in de eerste plaats aan de hand van de uitspraken van het EHRM tegen Nederland. Indien het EHRM namelijk een schending van het EVRM door Nederland constateert, ontstaat er een verdragsrechtelijke verplichting voor Nederland om deze schending ongedaan te maken. Dit kan leiden tot een noodzaak tot wijziging van (straf)wetgeving. In de tweede plaats heeft het EVRM grote invloed vanwege de directe werking van een ieder verbindende bepalingen van het verdrag via de artikelen 93 en 94 van de Grondwet waardoor rechters in strafprocedures het EVRM direct kunnen, en zonodig moeten, toepassen in de concrete strafprocedure.

De belangrijkste vraag in dit hoofdstuk is in hoeverre er behoefte is aan aanvullende bescherming naast de bescherming zoals deze op dit moment wordt geboden door de regeling in het Wetboek van Strafvordering, of dat deze regeling in combinatie met artikel 6 EVRM al voldoende bescherming biedt.

*1.2.5 Deelvraag IV: Hoe wordt in het Verenigd Koninkrijk omgegaan met de doorwerking van EVRM-recht in de nationale (straf)rechtsorde?*

De aspecten van handhaving en realisering van het recht op een eerlijk proces en van de doorwerking van internationale fundamentele rechten die in de vorige deelvragen aan de orde komen spelen ook in andere landen. Vooral het aspect van EVRM-doorwerking op nationaal niveau speelt in alle landen van

de Raad van Europa.<sup>13</sup> Het is daarom waardevol om in het kader van de beantwoording van de probleemstelling te bezien hoe in andere landen met de doorwerking van het EVRM wordt omgegaan. In hoofdstuk V zal een overzicht worden gegeven van de wijze van doorwerking van het EVRM in het Verenigd Koninkrijk. Er is voor gekozen om één land als object van vergelijking te gebruiken om een diepgaande analyse te kunnen maken. Doel daarbij is vooral om een alternatieve wijze van doorwerking van het EVRM te bestuderen en te illustreren. Daarnaast is het Verenigd Koninkrijk bij uitstek geschikt voor een rechtsvergelijkende analyse gezien de wijze waarop de doorwerking van het EVRM in dat land wordt gerealiseerd. Het Verenigd Koninkrijk kent met de Human Rights Act namelijk een unieke wijze van doorwerking van het EVRM. Aan het eind van het onderzoek zal dan kunnen worden bezien in hoeverre dit alternatieve systeem van betekenis zou kunnen zijn voor de Nederlandse situatie. Aan de hand van enkele (strafrechtelijke) voorbeelden uit de jurisprudentie zal de discussie die plaatsvindt over de invloed van het EVRM op de Britse rechtsorde, worden besproken. Vragen die aan de orde zullen komen zijn onder andere:

- Op welke wijze is de doorwerking van het EVRM vormgegeven in het nationale recht?
- Wat betekent de wijze van doorwerking voor de verhouding tussen rechter en wetgever?
- Wat betekent het eigen systeem van rechtsvorming voor de relatie met Straatsburg? Draagt de nationale regeling bij aan een betere communicatie met het EHRM?

Naast de bijzondere wijze van doorwerking van het EVRM is het Verenigd Koninkrijk om nog een andere reden interessant als object van rechtsvergelijking. In dit land hebben recent concrete ontwikkelingen plaatsgevonden die direct betrekking hebben op de relatie met het EVRM en de positie van de rechter in de nationale lidstaten bij het toepassen van het EVRM ten opzichte van nationale wetgeving. In 2011 is namelijk een commissie geïnstalleerd die moet adviseren over het eventueel invoeren van een nationale Bill of Rights. Veel vragen die in de Britse discussie aan de orde komen, spelen ook bij de discussie omtrent een eventuele opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet. In beide gevallen gaat het namelijk om het constitutionaliseren van fundamentele rechten in een nationale catalogus van grondrechten. Voor Nederland gaat het dan om de

---

<sup>13</sup> Zie voor een specifiek overzicht van de doorwerking van het EVRM in de diverse lidstaten van de Raad van Europa Blackburn & Polakiewicz 2001 en Keller & Stone-Sweet 2008.

Grondwet en voor het Verenigd Koninkrijk om constitutionalisering door middel van het creëren van een eigen nationale catalogus van grondrechten.

*1.2.6 Deelvraag V: Wat zou de meerwaarde van een recht op een eerlijk proces in de Grondwet kunnen zijn en hoe zou een dergelijke bepaling moeten worden vormgegeven?*

In hoofdstuk VI zal een inventarisatie plaatsvinden van de diverse wijzen waarop het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet eventueel meerwaarde kan hebben. De vraag is dan vooral in hoeverre het opnemen van het recht op een eerlijk proces een bijdrage kan leveren aan het oplossen of deels wegnemen van de problematische elementen die bij de beantwoording van de eerdere deelvragen aan het licht zijn gekomen.

Een onderdeel van dit hoofdstuk vormt de bespreking van enkele varianten van hoe een recht op een eerlijk proces in de Grondwet eruit zou moeten komen te zien, als inderdaad zou blijken dat het opnemen van een dergelijk recht meerwaarde heeft. Met het enkele vaststellen van een eventuele meerwaarde is namelijk nog geen volledig antwoord op de probleemstelling gegeven. Het is van belang om ook te kijken naar het constitutionele systeem en welke veranderingen daarin eventueel nodig zouden zijn om de meerwaarde van het invoegen van het recht op een eerlijk proces te maximaliseren. Hoe groot die veranderingen moeten zijn, is onder andere afhankelijk van de vorm waarin een (eventueel) recht op een eerlijk proces in de Grondwet wordt opgenomen. Het antwoord op de vraag hoe een eventueel recht op een eerlijk proces moet worden ingevuld, is afhankelijk van de visie die men heeft op de rol van de rechter en de functie van de Grondwet waarop in hoofdstuk II zal worden ingegaan. De vraag naar de vorm en inhoud van een bepaling over het recht op een eerlijk proces kan namelijk niet los worden gezien van de discussie over de constitutionele verhouding tussen de rechter en wetgever bij de bescherming van fundamentele rechten. In het zesde en laatste inhoudelijke hoofdstuk zal deze verhouding derhalve ook nog aan de orde komen bij de bespreking van de mogelijke keuzes voor een eventuele bepaling over het recht op een eerlijk proces. Zodoende kan een weloverwogen keuze voor de vorm en inhoud van een eventuele bepaling worden gemaakt.

Met de vraag naar de vorm en inhoud van de bepaling hangt ook nog samen in hoeverre, naast de invoering van een bepaling over het recht op een eerlijk proces, ook nog naar de constitutionele bevoegdheidsverdeling tussen de rechter en de wetgever wordt gekeken. De bestaande bevoegdheidsverdeling

tussen de rechter en de wetgever kan namelijk blijken onderdeel te zijn van de in eerdere hoofdstukken geconstateerde problemen. Deze verdeling speelt daarom een belangrijke rol bij de beantwoording van de centrale probleemstelling. Dit onderwerp zal daarom ook in dit hoofdstuk worden besproken.

### ***1.3 Inventarisatie en finale afweging***

Nadat de deelvragen aan de orde zijn geweest, zal in het concluderende hoofdstuk allereerst een inventarisatie van de antwoorden op de diverse deelvragen worden gemaakt. Daarbij zullen de eventuele vormen van meerwaarde van het opnemen van het recht op een eerlijk proces worden gewogen tegen de in het onderzoek gedane conclusies over de handhaving en realisering van het recht op een eerlijk proces in het huidige strafproces. Na deze inventarisatie kan dan een antwoord worden gegeven op de centrale probleemstelling aangaande de meerwaarde van het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet, en zal de finale afweging worden gemaakt over de eventuele opname van dat recht in de Nederlandse Grondwet. Daarmee wordt dan de hoofdvraag van dit onderzoek beantwoord, namelijk of het recht op een eerlijk proces in de Grondwet moet worden opgenomen.

Het onderzoek voor dit proefschrift is op 1 november 2012 afgerond. Met ontwikkelingen na deze datum is slechts beperkt rekening gehouden.



# Hoofdstuk II: De Grondwet in het Nederlandse staatsbestel

## 2.1 Inleiding

In 2008 kwam het vierde kabinet-Balkenende tot de conclusie dat de Nederlandse Grondwet niet 'leeft' in de samenleving en weinig relevant is in maatschappelijke en juridische discussies.<sup>14</sup> In de wetenschap werd al langer gesteld dat de Grondwet geen grote rol in het maatschappelijke debat speelde, vooral vanwege het sobere karakter dat de Grondwet heeft. In verschillende discussies over de Grondwet, fundamentele rechten en het EVRM wordt wel betoogd dat de Grondwet een schrijnend bestaan heeft en een sterker normatief karakter zou moeten hebben.<sup>15</sup> Het feit dat de Nederlandse Grondwet een vrij sober karakter heeft, kan wellicht vanuit een historisch perspectief worden verklaard. In dit hoofdstuk zal de historische ontwikkeling van de Grondwet worden beschreven en zullen enkele tijdsperiodes worden behandeld waarin de Grondwet in sterke mate onderwerp van discussie is geweest, of de Grondwet is gewijzigd op punten die voor dit onderzoek van belang zijn.

In het kader van de historische ontwikkeling van de Grondwet zal in het bijzonder het toetsingsverbod van (thans) artikel 120 Grondwet worden besproken. Het toetsingsverbod is een uitvloeisel van de gedachte dat de wetgever het best gelegitimeerd is om beslissingen over de inhoud van wetgeving te nemen als het gaat om de conformiteit van die inhoud met de Grondwet. Dit verbod wordt nog al eens beschreven als een van de voornaamste redenen dat de Grondwet voor wat betreft de bescherming van fundamentele rechten een marginale rol speelt ten opzichte van het EVRM. Doordat de rechter geen bevoegdheid heeft om wetten in formele zin te toetsen aan de Grondwet, is de Grondwet van weinig belang in juridische procedures betreffende fundamentele rechten. Met fundamentele rechten worden zowel de grondrechten uit de Grondwet bedoeld, als de rechten vastgelegd in internationale verdragen. Daarvan is het voornaamste voorbeeld het EVRM. Voor zover in een (straf)procedure een beroep op fundamentele rechten wordt gedaan of kan worden gedaan, lijkt het EVRM de Grondwet te hebben overvleugeld. De rechter kan namelijk wel aan de

---

<sup>14</sup> Ter Horst 2008, p. 10.

<sup>15</sup> Zie bijvoorbeeld Oomen 2007, Rouvoet & Pot 2011 en Moorman van Kappen 2001, p. 2.

fundamentele rechtencatalogus van het EVRM toetsen via de artikelen 93 en 94 van de Grondwet, maar niet aan de grondrechten van de Grondwet. Dit heeft ertoe geleid dat het EVRM in de rechtspraak de belangrijkste rechtsbron is voor wat betreft de bescherming van fundamentele rechten door de rechter, meer dan dat de in de Grondwet vastgelegde grondrechten dat zijn.<sup>16</sup>

Ter afsluiting van de paragraaf over de historische ontwikkeling zal de Staatscommissie Grondwet worden besproken. Deze commissie werd in 2008 ingesteld door het vierde kabinet-Balkenende en bracht eind 2010 haar rapport uit. De opdracht van de Staatscommissie was onder andere om advies te geven over de vraag in hoeverre het wenselijk is om het recht op een eerlijk proces in de Grondwet op te nemen.

Na de bespreking van de historische ontwikkeling van de Grondwet in paragraaf 2.2, zal vervolgens in paragraaf 2.3 de rol van de Grondwet in de verhouding tussen de constitutionele actoren (rechter en wetgever) in Nederland worden besproken. Ook de relatie tussen de rechter en het EHRM komt hier aan de orde, vooral om te bezien of de relatie tussen deze twee organen zoals deze nu wordt vormgegeven op een juiste wijze bijdraagt aan de ontwikkeling van het niveau van de bescherming van fundamentele rechten. In het bijzonder komt dan de vraag aan de orde wie de bescherming van de grondrechten in de Grondwet in de eerste plaats voor zijn rekening neemt en of daar een historische verklaring voor is.

## ***2.2 Historische ontwikkeling van de Grondwet***

### *2.2.1 Inleiding*

Als startpunt van de bespreking van de plaats van de Grondwet binnen de Nederlandse (straf)rechtsorde is gekozen voor het schetsen van de historische ontwikkeling van de Grondwet. Daarbij zal in de eerste plaats worden gekeken naar wat er in de diverse historische versies van de Nederlandse Grondwet te vinden is aan strafvorderlijke bepalingen. Verder komt een aantal kenmerkende ontwikkelingen met betrekking tot de Grondwet aan de orde, zoals de invoering van het toetsingsverbod in 1848 en de invoering van de doorwerking van een ieder verbindende bepalingen in de jaren '50 van de 20<sup>e</sup> eeuw.

---

<sup>16</sup> Redactie NJCM 2007, p. 418.

### 2.2.2 Bataafse periode

De eerste nationale grondwet van de eenheidsstaat Nederland was de Staatsregeling voor het Bataafsche Volk van 1798.<sup>17</sup> Deze Staatsregeling was de grondwet van de Bataafse Republiek. Hoewel de eerste Grondwet van Nederland als de huidige monarchale staatsvorm dateert van 1814 en onze huidige Grondwet qua structuur vooral veel verwantschap toont met de Grondwet van 1848 zal eerst bij deze Staatsregeling worden stilgestaan aangezien de Staatsregeling een inspiratiebron is geweest voor de latere Grondwetten.<sup>18</sup>

Na het gedwongen vertrek van stadhouder Willem V en de revolutie in de Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden ontstond de noodzaak om een nieuwe staat op te richten met een bijbehorende constitutie.<sup>19</sup> Er ontstond een richtingenstrijd tussen federalisten die de oude staatsvorm van een confederatie min of meer wilden handhaven, en unitaristen die meer een eenheidsstaat nastreefden. Uiteindelijk overwonnen de unitaristen, mede door Franse hulp.<sup>20</sup> De Fransen hielpen ook met het opstellen van een constitutie waarbij de Franse constitutie van 1795 als voorbeeld werd genomen. Van der Tang stelt echter wel dat er een aantal kenmerkende verschillen zijn. Hij wijst daarbij op enkele institutionele verschillen en op de erkenning van God in de Staatsregeling.<sup>21</sup> Ook werd inspiratie gehaald uit de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* uit 1789.<sup>22</sup> Dit resulteerde in 1798 in de Staatsregeling voor het Bataafsche volk.

De Staatsregeling van 1798 bestond uit vijf onderdelen, voorafgegaan door een preambule. In de eerste twee onderdelen (Algemene beginselen en Burgelijke en staatkundige grondregels) meteen aan het begin van de Staatsregeling is een zeer groot aantal burgerlijke rechten opgesomd. Die nadruk op burgerlijke rechten aan het begin van de Staatsregeling is niet verwonderlijk aangezien de Staatsregeling onder Franse invloed tot stand kwam en daarom een sterke nadruk legde op rechten voor de burger ter bescherming tegen het bestuur. Een algemene verklaring betreffende de rechten van de mens ontbreekt echter. De Staatsregeling bevatte wel rechten in het kader van het sluiten van een maatschappelijk verdrag, maar over onvervreembare rechten zoals in de *Déclaration des droits de l'homme et du*

---

<sup>17</sup> Groen 2007, p. 119, Rosendaal 2005, p. 10 en Ter Horst 2008.

<sup>18</sup> Van den Berg 1998, p. 299-300.

<sup>19</sup> Van der Pot/Elzinga & De Lange 2006, p. 129-131.

<sup>20</sup> Rosendaal 2005, p. 21 e.v.

<sup>21</sup> Van der Tang 1998, p. 135-138.

<sup>22</sup> Groen 2007, p. 119.

## HOOFDSTUK II

citoyen werd in de Staatsregeling niet gesproken.<sup>23</sup> Na de eerste acht artikelen die worden aangemerkt als ‘algemene beginselen’ en die sterk zijn beïnvloed door de ideeën van Rousseau (*volonté générale*),<sup>24</sup> volgen de ‘burgerlijke en staatkundige grondregels’. Naast bepalingen over godsdienstvrijheid (artikel 19) en de vrijheid van drukpers (artikel 16) bevat dit deel ook een flink aantal strafrechtelijke bepalingen in de artikelen 28 t/m 42. Enkele van die bepalingen zijn ook vastgelegd in de Grondwet van 1814, en zelfs in de huidige Grondwet zijn (varianten van) deze bepalingen te vinden. Voorbeelden zijn het codificatiebeginsel (artikel 28 Staatsregeling/artikel 107 van de huidige Grondwet) en het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel (artikel 29 Staatsregeling/artikel 16 van de huidige Grondwet).

Naast de aanwezigheid van burgerrechten valt in de Staatsregeling ook op dat de verhouding tussen rechter en wetgever vrij duidelijk is geregeld; de rechter heeft een duidelijk ondergeschikte rol ten opzichte van de wetgever (artikel 260), maar ook ten opzichte van de uitvoerende macht. Zo konden uitspraken van rechters en rechters zelf worden geschorst door het uitvoerend bewind (artikel 107).<sup>25</sup>

Al snel bleek echter dat de Staatsregeling in de praktijk niet goed uitvoerbaar was en vanwege Franse druk werd de Staatsregeling in 1801 al vervangen door een nieuwe regeling.<sup>26</sup> Deze staatsregeling was echter ook geen al te lang leven beschoren en werd in 1805 vervangen. In de opeenvolgende Staatsregelingen van 1801 en 1805 was het aantal bepalingen betreffende grondrechten aanzienlijk beperkter.

Hoewel de drie Staatsregelingen ieder geen lang leven waren beschoren, waren ze wel richtinggevend voor de Grondwetten die later nog zouden volgen en die hieronder worden besproken. Dit blijkt in de eerste plaats uit de opname van burgerlijke rechten. Tevens is het idee van sociale grondrechten al in de eerste staatsregeling te vinden.<sup>27</sup> In de tweede plaats werden de Staatsregelingen ook gekenmerkt door een zwakke positie van de rechter ten opzichte van de wetgever. Deze verhouding veranderde niet of nauwelijks in de Grondwet van 1814.

Een belangrijk verschil tussen de staatsregeling en de latere Grondwet was, dat de staatsregeling van 1798 qua document ook bedoeld was om inspirerend te zijn, een functie en eigenschap die de huidige Grondwet

---

<sup>23</sup> Zie hierover uitgebreider Van den Berg 2001, in het bijzonder p. 38-39.

<sup>24</sup> Rosendaal 2005, p. 41.

<sup>25</sup> Van Houten 1997, p. 30.

<sup>26</sup> Van der Pot/Elzinga & De Lange 2006, p. 132.

<sup>27</sup> Van der Berg 1998, p. 301.

ontbeert.<sup>28</sup> De redenen hiervoor zullen in het navolgende uiteen worden gezet.

### 2.2.3 1814/1815: De eerste Grondwetten

Na de soevereiniteitsaanvaarding van Willem I in 1814 werd een commissie onder leiding van Gijsbert Karel van Hogendorp ingesteld om een Grondwet op te stellen.<sup>29</sup> Dit leidde tot de Grondwet voor de Vereenigde Nederlanden van 1814.

Hoewel de huidige Grondwet qua opzet zeer verschilt van de Grondwet van 1814 zijn vooral de institutionele bepalingen vrijwel hetzelfde.<sup>30</sup> In de grondwetten van 1814 en 1815 is de Franse invloed zeer sterk te voelen. Zo ontbreken grondrechten grotendeels en is de Grondwet een tekst die voornamelijk gaat over de verdeling van bevoegdheden tussen de diverse staatsorganen. Dat laatste is een kenmerk waarop in de huidige Grondwet ook de nadruk ligt. Nieuwenhuis verklaart de zeer beperkte rol van grondrechten in de Grondwet van 1814 door het feit dat deze Grondwet vooral was bedoeld ter restauratie van oude structuren en niet in de eerste plaats was bedoeld als een breuk met misstanden uit het verleden. Vooral als dat laatste wel wordt beoogd, is dat vaak een reden om in een nieuwe grondwet een uitgebreide grondrechtencatalogus op te nemen.<sup>31</sup>

Enkele elementen van het recht op een eerlijk proces zijn al in de Grondwet van 1814 te vinden. Artikel 101 bevat onder andere het ‘ius de non evocando’ en de openbaarheid van rechtspraak:

*Ten einde aan de Ingezetenen dezer Landen te waarborgen de onschatbare voorregten van burgerlijke vrijheid en persoonlijke veiligheid, zullen de volgende regelen de grondslagen der wettelijke beschikkingen uitmaken.*

- a. *Wanneer een Ingezeten in buitengewone omstandigheden door het politiek gezag mogt worden gearresteerd, is hij, op wiens bevel zoodanige arrestatie heeft plaats gehad, gehouden daarvan terstond aan den plaatselijken regter kennis te geven, en voorts den gearresteerden binnen den tijd van drie dagen aan deszelfs competenten regter overteleveren.*
- b. *De criminele regtbanken zijn bevoegd en verpligt, elk in haar ressort, te zorgen, dat zulks worde nagekomen.*

---

<sup>28</sup> Ter Horst 2008, p. 11-12.

<sup>29</sup> Van der Pot/Elzinga & De Lange 2006, p. 135.

<sup>30</sup> Kortmann 2008, p. 90.

<sup>31</sup> Nieuwenhuis 2011, p. 254-256.

## HOOFDSTUK II

- c. *De rechterlijke macht wordt alleen uitgeoefend door rechtbanken, welke bij of ten gevolge deze grondwet worden ingesteld.*
- d. *Niemand kan tegen zijn wil worden afgetrokken van den rechter, dien de wet hem toekent.*
- e. *Op geene misdaad mag ten straf worden gesteld de verbeurdverklaring der goederen, den schuldigen toebehorende.*
- f. *Bij criminele vonnissen, ten laste van eenen beschuldigen geweest, moet de misdaad worden uitgedrukt.*
- g. *Alle vonnissen moeten met opene deuren worden uitgesproken.*

De Grondwet van 1814 moest al vrij snel worden vervangen door een nieuwe Grondwet vanwege de samenvoeging van de Noordelijke en Zuidelijke Nederlanden in 1815. Deze nieuwe Grondwet van 1815 werd de eerste Grondwet van het Koninkrijk der Nederlanden. Deze nieuwe Grondwet bevatte enkele nieuwe grondrechten; bijvoorbeeld de toevoeging aan de Grondwet van het censuurverbod zulks op aandringen van de Belgen.<sup>32</sup> Naast dit censuurverbod (artikel 227) werden in de Grondwet van 1815 ook het petitierecht (artikel 161), het eigendomsrecht (artikel 164), het recht om buiten heterdaad enkel met bevel van een rechter te worden aangehouden (artikel 168) en het huisrecht (artikel 170) toegevoegd.<sup>33</sup> Dit laatste recht stond overigens ook in de Staatsregeling van 1798.

De eerste grondwetten in Nederland bevatten dus weinig rechten voor de verdachte in het strafproces en nauwelijks een rol voor de rechter. Volgens Gutwirth en De Hert is dit het gevolg van de Franse invloed. Vanwege een groot wantrouwen ten opzichte van de rechterlijke macht, heeft de grondwetgever in Frankrijk de wetgever het laatste woord gegeven en zijn de andere staatsmachten daaraan ondergeschikt. Er was in Franse constitutionele teksten derhalve nauwelijks aandacht voor de rechterlijke macht, deze moest slechts uitvoeren wat de wetgever haar opdroeg. Deze lijn lijkt in de Nederlandse Grondwetten te zijn doorgetrokken. Voor een constitutionele rol voor de rechter als beschermer van grondrechten van de burger tegenover de wetgever was geen plaats.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Nieuwenhuis 2011, p. 256.

<sup>33</sup> Van der Pot/Elzinga & De Lange 2006, p. 138.

<sup>34</sup> De Hert & Gutwirth 2005, p. 219-220.

### 2.2.4 1848: *Het toetsingsverbod wordt voor het eerst opgenomen in de Grondwet*

De Grondwet van 1848 bevatte diverse grondrechten zoals de ook in eerdere grondwetten vermeldde vrijheid van drukpers (artikel 8), het petitierecht (artikel 9), het huisrecht (artikel 153), maar ook nieuwe grondrechten als de vrijheid van vereniging (artikel 10) en het briefgeheim (artikel 154). Andere artikelen die ook op strafrechtelijk terrein een rol spelen zijn bepalingen zoals de motiveringsplicht van vonnissen en de openbaarheid van terechtzittingen (beide artikel 156). Nieuwenhuis beschouwt de uitbreiding van de grondrechtencatalogus tot op zekere hoogte als een uitzondering op de normale ontwikkeling van grondrechten in Nederland, namelijk dat deze slechts geleidelijk in de Grondwet worden opgenomen.<sup>35</sup>

De Grondwet van 1848 kiest ervoor dat de bescherming van de grondwettelijke grondrechten moet geschieden door het parlement en de Koning als het gaat om de verhouding tot wetgeving in formele zin. Een rol voor de rechter bij de bescherming van grondrechten, indien wetgeving in formele zin daarmee in strijd is, wordt uitdrukkelijk uitgesloten door het toetsingsverbod van (toen) artikel 115 Grondwet.<sup>36</sup> Het gevolg van dit artikel is, dat de rechter niet mag beoordelen in hoeverre wetgeving in formele zin in strijd is met de Grondwet. Het gevolg is dat hij wetten in formele zin die strijdig zouden kunnen zijn met de Grondwet niet om die reden onverbindend kan verklaren.

Er wordt wel betoogd dat dit een codificering was van ongeschreven recht dat al sinds de Grondwet van 1814 gold. Van Houten stelt in haar proefschrift op grond van een analyse van literatuur en rechtspraak van voor 1848 dat er van een toetsingsrecht nooit sprake is geweest.<sup>37</sup> Het idee achter het toetsingsverbod is dat de rechter geen uitspraken doet over de geldigheid van wetten die het parlement heeft vastgelegd.<sup>38</sup> Het gevolg van deze bepaling is dat de wetgever de enige instantie is die oordeelt over de grondwettigheid van wetgeving in formele zin.

---

<sup>35</sup> Nieuwenhuis 2011, p. 256.

<sup>36</sup> De tekst van artikel 115 Grondwet luidde als volgt: “Alle voorstellen van wet, door den Koning en de beide Kamers der Staten-Generaal aangenomen, verkrijgen kracht van wet en worden door den Koning afgekondigd. De wetten zijn onschendbaar.” Het toetsingsverbod is vastgelegd in de laatste zin van dit artikel.

<sup>37</sup> Van Houten 1997, p. 27-32.

<sup>38</sup> Er wordt ook wel geopperd dat het toetsingsverbod niet zozeer gericht was op het beschermen van de wetgeving tegen aantasting door de rechter, maar meer uit angst voor aantasting door de koning. Zie Eskes 2005.

## HOOFDSTUK II

De expliciete opname van het toetsingsverbod in de Grondwet van 1848 is enigszins opmerkelijk aangezien de voorzitter van de Staatscommissie die de grondwetsherziening voorbereidde, Thorbecke, een groot tegenstander was van het verbod op constitutionele toetsing. Hij meende dat de Grondwet daarmee werd gelijkgesteld aan ‘normale’ wetgeving en aan kracht zou inboeten. Een veel aangehaald citaat van hem hierover is het volgende:

*“zou men dan meenen, van de phrase een schild te maken voor eene wet tegen de Grondwet? Het is onmogelijk, dan men dit meene, men zou de eenheid der wetgeving verbreken; de Grondwet zou ophouden Grondwet te zijn; en de gewone wetgever, die zijn bestaan en zijn regt enkel uit de Grondwet ontleent, boven de Grondwet wezen.”*<sup>39</sup>

Desondanks koos de regering er voor om door middel van een eigen voorstel tot het invoeren van het toetsingsverbod over te gaan, hetgeen dus geen voorstel van de Staatscommissie was.<sup>40</sup> De discussie over het toetsingsverbod die er al in 1848 was, is eigenlijk nooit echt verstomd. Deze discussie komt in de loop der jaren af en toe weer boven. De meest recente discussie over het toetsingsverbod ontstond nadat het (toenmalige) Kamerlid Halsema in 2002 een initiatiefwetsvoorstel indiende dat tot een gedeeltelijke opheffing van het toetsingsverbod moet leiden.<sup>41</sup>

De discussie is moeilijk, aangezien voor zowel het handhaven als het afschaffen van het toetsingsverbod veel te zeggen is. Het is in het kader van dit onderzoek niet noodzakelijk en wenselijk om de hele discussie over het toetsingsverbod te beschrijven. In het navolgende zullen slechts enkele van de voornaamste voor- en tegenargumenten kort worden besproken, waarbij de argumenten zo zijn geselecteerd dat zij bijdragen aan de beantwoording van de vragen die in dit onderzoek centraal staan. Voor dit onderzoek is vooral van belang wat het gevolg is van het toetsingsverbod voor de verhouding tussen de wetgever en de rechter bij de bescherming van grondrechten.<sup>42</sup>

Het voornaamste argument dat tegen het opheffen van het toetsingsverbod wordt aangevoerd, is het democratie-argument. Dit houdt in dat de wetgever democratisch gelegitimeerd is omdat hij is gekozen door de bevolking en de rechter niet. Om deze reden zou de wetgever zich als enige uit

---

<sup>39</sup> Thorbecke 1948, p. 61.

<sup>40</sup> Van der Pot/Elzinga & De Lange 2006, p. 203.

<sup>41</sup> *Kamerstukken II* 2001/02, 28331, nr. 1-3.

<sup>42</sup> Zie daarvoor nader paragraaf 2.3.



mogen laten over de grondwettelijkheid van wetgeving. De niet democratisch gekozen rechter zou daarin geen rol mogen spelen.<sup>43</sup>

Er zijn ook diverse argumenten te noemen die pleiten vóór het opheffen van het toetsingsverbod. In de eerste plaats is er een rechtsstatelijk argument dat inhoudt dat burgers in staat moeten kunnen zijn om hun rechten die de democratisch gelegitimeerde (grond)wetgever hen toekent, te claimen bij de rechter. De rechter kan dan in een individueel geval bescherming bieden. De wetgever heeft die mogelijkheid niet en zal bij het opstellen van wetgeving vooral hebben gekeken of de wet in zijn algemeenheid voldoet aan de Grondwet.<sup>44</sup> De angst dat de rechter zich al te activistisch op zal gaan stellen, lijkt daarbij ongegrond aangezien de toetsing aan internationale verdragen nu ook al terughoudend gebeurt.<sup>45</sup> Het opheffen van het toetsingsverbod zou voorts een bijdrage kunnen leveren aan het versterken van de waarde van de Grondwet.<sup>46</sup>

Aan de voorgaande argumenten voor opheffing werd nog een belangrijk argument toegevoegd na de grondwetswijziging in de jaren '50 van de 20<sup>e</sup> eeuw, namelijk de openheid die de Grondwet sindsdien uitdrukkelijk biedt ten opzichte van het internationale recht. Dat wordt in de paragraaf hierna nader en separaat belicht.

### *2.2.5 De jaren '50 van de 20e eeuw*

Ondanks doorlopende discussies over het toetsingsverbod is dit verbod in de loop der jaren in de Grondwet blijven staan. Zoals al eerder werd aangegeven is het hier niet van belang om alle argumenten voor en tegen opheffing te bespreken. Voor de argumenten van beide kanten is in theorie veel te zeggen. Als men kiest voor een grondwet die vooral door de wetgever moet worden gehandhaafd is het toetsingsverbod een te verdedigen keuze. De grondwetswijzigingen in de jaren '50 van de 20<sup>e</sup> eeuw voegden echter een nieuw argument aan de discussie over het toetsingsverbod toe aangezien de absolute bevoegdheid van de wetgever om te oordelen over de conformiteit van wetten in formele zin met fundamentele rechten werd beperkt.

In de jaren '50 is met de introductie van voorlopers van de huidige artikelen 93 en 94 in de Grondwet namelijk een aparte situatie ontstaan. Er werd een doorwerking van verdragsrechtelijke bepalingen in de Nederlandse

---

<sup>43</sup> Zoethout e.a. 2006, p. 29.

<sup>44</sup> Zoethout e.a. 2006, p. 29.

<sup>45</sup> Zoethout e.a. 2006, p. 30.

<sup>46</sup> Zoethout e.a. 2006, p. 30.

## HOOFDSTUK II

rechtsorde gecreëerd. Het betrof hier een codificatie van ongeschreven constitutioneel recht en jurisprudentie.<sup>47</sup> Deze bepalingen zijn een uitwerking van het open karakter van de Grondwet ten opzichte van internationaal recht.

De rechter kreeg de mogelijkheid om alle Nederlandse wetgeving (dus ook wetgeving in formele zin die op grond van het huidige artikel 120 Gw niet aan de Grondwet mag worden getoetst) buiten toepassing te laten wanneer deze wetgeving naar het oordeel van de rechter niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van internationale verdragen. Hoewel er dan geen sprake is van nietigheid van de formele wetgeving moet de wetgever wel reageren als een rechter een wet buiten toepassing laat. De wet bestaat feitelijk nog wel, maar moet aangepast worden aangezien deze niet meer kan worden toegepast.

Er is zodoende een aparte situatie ontstaan in die zin dat de rechter, op alle niveaus, dus ook de laagste rechter, wetten in formele zin niet kan toetsen aan de Grondwet, maar wel aan een ieder verbindende bepalingen van internationale verdragen. Deze tweedeling wordt door sommigen gezien als een anomalie en daarom is sinds de jaren '50 het anomalie-argument toegevoegd aan de discussie over het handhaven of opheffen van het toetsingsverbod. Voorstanders van opheffing van het toetsingsverbod wijzen dan ook op deze bijzondere tweedeling als reden om toetsing aan de Grondwet mogelijk te maken. Deze anomalie wordt namelijk nog eens versterkt door de aanwezigheid van het EVRM. Door de aanwezigheid van dit verdrag heeft de rechter namelijk een catalogus van rechten tot zijn beschikking die de Grondwet hem slechts beperkt biedt, en voor zover grondrechten in de Grondwet aanwezig zijn, kan de rechter deze niet operationaliseren ten opzichte van wetgeving in formele zin. Hierdoor heeft het EVRM een grotere rol dan de Grondwet bij de bescherming van fundamentele rechten. In de eerste plaats is dit problematisch aangezien de waarde van de Grondwet in concrete procedures klein is en het EVRM een prominentere positie inneemt.<sup>48</sup> Ten tweede vereist de aanwezigheid van twee aparte catalogi van rechten met verschillende bevoegdheden van de rechter tot een precieze afstemming tussen deze catalogi. In het vervolg van dit proefschrift zal gekeken worden in hoeverre deze afstemming soepel verloopt als onderdeel van de discussie over de plaats en reikwijdte van het recht op een eerlijk proces in strafzaken.

---

<sup>47</sup> Van Emmerik 2008, p. 149. Zie ook Fleuren p. 18-19.

<sup>48</sup> Peters 2003, p. 19.

### 2.2.6 *Algehele grondwetsherziening van 1983*

De algehele grondwetsherziening van 1983 heeft een lang voortraject gekend. Al in 1966 werd een 'Proeve van een nieuwe Grondwet' opgesteld om de discussie over een grondwetsherziening op gang te brengen. Deze Proeve bestond uit een ontwerp-Grondwet inclusief een bijbehorende toelichting. Hoewel het recht op een eerlijk proces niet in de Proeve was opgenomen, is er wel nagedacht over de samenstelling van de grondrechtencatalogus in de Grondwet. De opstellers hadden zich namelijk in zijn algemeenheid de vraag gesteld of het nodig was om grondrechten die reeds in internationale verdragen zijn opgenomen (zoals in het EVRM) ook (nog eens) in de Grondwet op te nemen. Uiteindelijk meende men dat opname op nationaal niveau wel nodig was. Daarvoor werden twee argumenten aangedragen. Ten eerste het feit dat de Nederlandse staat geen invloed kon uitoefenen op het voortbestaan van de verdragen. Hierbij geven de opstellers direct al aan dat dit alleen niet doorslaggevend is. Het tweede argument lijkt belangrijker te zijn, namelijk dat door opname op nationaal niveau een grotere waarborg aan de burger tegen de overheid kan worden geboden, bijvoorbeeld door een ruimere strekking aan het artikel te geven dan op internationaal niveau.<sup>49</sup> Rijnen concludeert dat hiermee door de Proeve internationale verdragen als uitgangspunt worden genomen en de Grondwet enkel aanvullende bescherming zou (moeten) bieden.<sup>50</sup> De blijkens de Proeve gekozen opstelling zou ook zo gezien kunnen worden dat juist primair een sterk belang wordt gehecht aan nationale bepalingen vanwege de ruimere bescherming die zij zouden kunnen bieden.

Een andere fundamentele grondwetswijziging die in de Proeve werd voorgesteld was om het toetsingsverbod af te schaffen. Er werd namelijk voorgesteld een toetsingsbevoegdheid voor de rechter te creëren in het ontworpen artikel 78 lid 2<sup>51</sup> van de Proeve. Het argument hiervoor was vooral dat het onlogisch was om wel toetsing aan internationale verdragen toe te staan, maar niet aan de Grondwet. In het bijzonder omdat de opstellers van de Proeve bij de samenstelling van de grondrechtencatalogus hadden beoogd om de nationale grondrechten een ruimere reikwijdte te geven dan de internationale.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> Proeve van een nieuwe Grondwet 1996, p. 51; zie ook Pelle 1998, p. 74.

<sup>50</sup> Rijnen 1982, p. 508.

<sup>51</sup> De voorgestelde tekst van het artikellid luidde als volgt: 'Wettelijke voorschriften vinden, behoudens het bepaalde in artikel 73, geen toepassing indien deze toepassing niet verenigbaar zou zijn met de bepalingen van hoofdstuk 1'.

<sup>52</sup> Proeve van een nieuwe Grondwet 1966, p. 55.

## HOOFDSTUK II

In dezelfde tijd waarin de Proeve verscheen groeide de roep om een nog grotere herziening van de Grondwet.<sup>53</sup> Om te onderzoeken of er tegemoet zou moeten worden gekomen aan deze oproep werd in 1967 de Staatscommissie Cals/Donner ingesteld. Deze Staatscommissie bracht in 1971 een eindrapport uit. Een tussenrapport over het onderwerp van de opname van grondrechten was al eerder verschenen.<sup>54</sup> De meerderheid van de Staatscommissie kwam voor wat betreft het toetsingsverbod tot eenzelfde conclusie als de opstellers van de Proeve en zij koos voor een (beperkte) vorm van toetsing. Over dit advies waren de meningen in de Staatscommissie echter sterk verdeeld.<sup>55</sup> Net als bij de Proeve, werd aan het feit dat toetsing aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen reeds mogelijk was, zeer veel waarde toegekend als argument om het verbod op toetsing van wetten in formele zin aan de Grondwet deels op te heffen. Daarnaast speelden het verlangen de vrijheidssfeer van de burger te beschermen en de positieve ervaringen met betrekking tot toetsing van lagere wetgeving aan de Grondwet een rol.<sup>56</sup> Wel werd opgemerkt dat er sprake zou moeten zijn van marginale toetsing, zoals ook gebruikelijk was bij de toetsing aan verdragen.<sup>57</sup> De regering koos er echter voor om het toetsingsverbod te handhaven, uit angst voor een vermindering van de besluitvaardigheid van de overheid maar ook vanuit de wens om aan de wetgever het laatste woord over conformiteit van wetgeving met de Grondwet te geven.<sup>58</sup> Het opheffen van het toetsingsverbod is vervolgens in de discussie over de grondwetsherziening die leidde tot de Grondwet van 1983 niet meer aan de orde gekomen.

De Staatscommissie Cals/Donner heeft ook gekeken naar de vraag welke grondrechten in de Grondwet moesten worden opgenomen. Zij koos voor een iets ander criterium dan de opstellers van de Proeve. Waar de opstellers van de Proeve de Grondwet als een aanvullend kader zagen, zag de Staatscommissie het internationale en nationale recht als twee aparte stelsels die ieder een eigen betekenis hebben maar in wisselwerking met elkaar opereerden.<sup>59</sup> Volgens Rijnen is de verhouding tussen beide in de benadering van de Staatscommissie derhalve gelijkwaardiger dan bij de Proeve waar de voorrang van het internationale recht nadrukkelijker wordt gesteld.<sup>60</sup>

---

<sup>53</sup> Van der Pot/Elzinga & De Lange 2006, p. 157.

<sup>54</sup> Staatscommissie Cals/Donner 1969.

<sup>55</sup> Pelle 1998, p. 117-118

<sup>56</sup> Staatscommissie Cals/Donner 1969, p. 37-38.

<sup>57</sup> Staatscommissie Cals/Donner 1969, p. 38.

<sup>58</sup> Pelle 1998, p. 128-130.

<sup>59</sup> Staatscommissie Cals/Donner 1969, p. 31-32

<sup>60</sup> Rijnen 1982, p. 509.

De Staatscommissie heeft ook overwogen in hoeverre het recht op een eerlijk proces in de Grondwet moest worden opgenomen. De commissie zag daartoe geen noodzaak aangezien de regeling in het Wetboek van Strafvordering voldoende waarborgen bood:

*“De commissie heeft tenslotte overwogen, of in de Grondwet de beginselen van fair trial, zoals deze in artikel 6 van het Verdrag van Rome zijn vervat, dienen te worden vastgelegd. Zij is van oordeel, dat zulks, naast de uitvoerige regeling welke het Wetboek van Strafvordering bevat, niet nodig is; te dezer zake kan voldoende op de wettelijke regeling worden vertrouwd.”<sup>61</sup>*

Dit standpunt van de Staatscommissie wordt in het rapport niet verder toegelicht. In hoeverre kan worden volstaan met enkel de regeling van het Wetboek van Strafvordering (en de doorwerking van artikel 6 EVRM) om het eerlijk proces in de concrete strafzaak te realiseren zal nader worden besproken in Hoofdstuk IV.

De regering heeft de adviezen van de Staatscommissie voor wat betreft de grondrechten over het algemeen overgenomen, inclusief de opvatting dat nationale grondrechten een eigen functie hebben en er geen sprake is van samensmelting van de nationale en internationale bepalingen.<sup>62</sup> De motivering van de keuzes die de regering maakt, is vrij beperkt vooral door het voorwerk dat in het kader van de Proeve en de Staatscommissie Cals/Donner reeds is gedaan.<sup>63</sup> De regering beantwoordde de vraag naar de wenselijkheid van opname van nationale bepalingen in de Grondwet naast, en aanvullend op, internationale bepalingen in het eerste wetsvoorstel omtrent de klassieke grondrechten als volgt, daarbij gebruik makend van de tekst uit het rapport van de Staatscommissie:

*“Het internationale en het nationale recht hebben derhalve, aldus de staatscommissie, elk voor zich zelfstandige betekenis. Het zou daarom niet gewenst zijn indien de bescherming van de vrijheidssfeer van de burger geheel afhankelijk zou worden gesteld van de toepassing van het internationale recht, hoezeer zulks ook op grond van de rechtstreekse werking van het Verdrag van Rome in de Nederlandse rechtsorde theoretisch tot de mogelijkheden zou behoren. Evenmin dient de inhoud van de meest relevante internationale regelingen of aanbevelingen overgebracht te worden naar de Grondwet; men zou hiermee elementen in de Grondwet introduceren, die,*

---

<sup>61</sup> Staatscommissie Cals/Donner 1969, p. 81.

<sup>62</sup> Rijnen 1982, p. 510.

<sup>63</sup> Rijnen 1982, p. 516.

*gelet op de behoeften van de eigen samenleving, in de Grondwet overbodig zijn. Het internationale en het nationale recht staan weliswaar in voortdurende wisselwerking en steunen elkaar, maar vervullen niettemin elk een eigen functie. Een samensmelting dient naar het oordeel der staatscommissie dan ook niet te worden nagestreefd.*

*De ondergetekenden kunnen zich met de gedachten gang der staatscommissie verenigen. Het concrete resultaat waartoe de staatscommissie komt, heeft hun instemming.”<sup>64</sup>*

De regering kiest, in navolging van de staatscommissie, dus voor het bestaan van sommige rechten in zowel de Grondwet, als in internationale verdragen. Vooral omdat nationale grondrechten concreter kunnen zijn dan internationale rechten die noodzakelijkerwijs vager zijn geformuleerd en een zekere van mate ‘buigzaamheid’ moeten hebben.<sup>65</sup> In het uiteindelijke wetsvoorstel dat tot de herziening van de Grondwet leidde, is bovenstaande passage vrijwel letterlijk overgenomen.<sup>66</sup> De keuze van de Proeve voor een primaat van het internationale recht wordt derhalve van de hand gewezen en het belang van nationale grondrechten wordt benadrukt en voorop gezet.<sup>67</sup>

De discussie over de verhouding tussen nationale en internationale grondrechten kwam weer aan de orde toen vanaf eind jaren '70 het EVRM aan belang won. Deze ontwikkeling is voorwerp van beschouwing in de volgende paragraaf.

### *2.2.7 Eind jaren 80: Opkomst EVRM en Harmonisatiewet-arrest*

Na de inwerkingtreding van de herziene Grondwet van 1983 heeft het niet lang geduurd voordat de discussie over de Grondwet weer oplaaide. Twee ‘gebeurtenissen’ uit die tijd zijn met name relevant om in dat kader te bespreken; ten eerste de steeds verdergaande invloed van het EVRM en het bijbehorende beschermingsmechanisme van ‘Straatsburg’ en ten tweede het Harmonisatiewetarrest.

Hoewel het EVRM reeds in de jaren '50 tot stand kwam en al snel door Nederland werd geratificeerd, speelde het verdrag lange tijd geen rol in de Nederlandse rechtsorde, ook niet na de invoering van de voorrangsbepalingen van de artikelen 93 en 94 in de Grondwet. Dit kwam in

---

<sup>64</sup> *Kamerstukken II 1970/71*, 11 051, nr. 3, p. 5.

<sup>65</sup> *Kamerstukken II 1970/71*, 11 051, nr. 3, p. 4-5; zie ook Rijnen 1982, p. 517.

<sup>66</sup> *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 3, p. 12.

<sup>67</sup> Rijnen 1982, p. 517.

de eerste plaats door de beperkte activiteit van het EHRM zelf, maar ook door het idee dat Nederland wel voldeed aan de eisen van het EVRM. Tijdens de procedure tot ratificatie werd door de Minister in de Tweede Kamer het volgende betoogd:

*“dat het complex regelingen van de Nederlandse wet, zowel van strafrechtelijke als van andere aard, voldoende waarborgen biedt dat deze beginselen in ons land eerbiediging zullen vinden”*<sup>68</sup>

Dat beeld van een EVRM conforme rechtsorde bleef lange tijd in stand tot het einde van de jaren '70. Toen kreeg Nederland voor het eerst met een veroordeling door het Hof in Straatsburg te maken. In de zaak Engel tegen Nederland werd de toepassing van het Nederlandse militaire tuchtrecht in de concrete casus in enkele opzichten in strijd verklaard met artikel 6 EVRM.<sup>69</sup> In de jaren '80 werd vervolgens nog pijnlijker duidelijk dat er wel degelijk nog iets te doen was op het gebied van de mensenrechten toen er (nog) meer veroordelingen vanuit Straatsburg volgden. In Hoofdstuk IV zal de ontwikkeling van het EVRM in de Nederlandse (straf)rechtsorde uitgebreid aan de orde komen. Op deze plaats volstaat het op te merken dat een discussie op gang kwam over de waarde van de Grondwet ten opzichte van het EVRM doordat het EHRM op cruciale onderdelen van het nationale strafprocesrecht schendingen door Nederland constateerde. Voor het strafrecht hebben met name de uitspraken over (anoniem) getuigenbewijs veel impact gehad.<sup>70</sup> Naarmate het EHRM meer uitspraken ging doen en een belangrijke rol kreeg binnen de Europese rechtsorde voor wat betreft grondrechtenbescherming, groeide ook de waarde en het belang van het EVRM binnen het nationale strafproces. Dit vooral vanwege het feit dat (bijvoorbeeld) artikel 6 EVRM direct doorwerkt via de artikelen 93 en 94 van de Grondwet.<sup>71</sup> Bij gebrek aan een gelijkwaardige nationale constitutionele bepaling in combinatie met het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet nam de waarde van het EVRM in strafproces toe, en werd de rol van de Grondwet erg klein in verhouding tot die van het EVRM. Er ontstond zodoende een situatie dat de Grondwet als

---

<sup>68</sup> *Kamerstukken II 1953/54*, nr. 6, p. 3, zie ook Kuijer 2008, p. 424. Zie voor een overzicht de ontvangst van het EVRM in Nederland Myjer 2001, in het bijzonder p. 5-7.

<sup>69</sup> EHRM 8 juni 1976, nr. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, NJ 1978, 223, m.nt. D.H.M. Meuwissen onder 1978, 224 (Engel/Nederland).

<sup>70</sup> Onder andere de volgende uitspraken van het EHRM: EHRM 20 november 1989 nr. 11454/85, NJ 1990, 245, m.nt. E.A. Alkema (Kostovski/Nederland); EHRM 26 maart 1996, nr. 20524/92, NJ 1996, 741, m.nt. G. Knigge, (Doorson/Nederland); EHRM 23 april 1997, nr. 21363/93; 21364/93; 21427/93; 22056/93, NJ 1997, 635, m.nt. G. Knigge (Van Mechelen/Nederland). Zie hiervoor nader Hoofdstuk IV.

<sup>71</sup> Zoals hiervoor ook aangegeven in paragraaf 2.2.5.

het gaat om grondrechtenbescherming werd overvleugeld door het EVRM.<sup>72</sup> Nederland is het enige land binnen de Raad van Europa dat het EVRM een hogere positie heeft gegeven dan de eigen nationale Grondwet.<sup>73</sup>

De discussie over het toetsingsverbod kwam weer op naar aanleiding van het Harmonisatiewetarrest dat de civiele kamer van de Hoge Raad in 1989 wees.<sup>74</sup> In deze zaak ging het over de invoering van een wet waardoor studenten extra collegegeld moesten betalen voor een (tweede) studie waar zij op het moment van inwerkingtreding van de wet al mee bezig waren. In deze zaak liet de Hoge Raad de wet in stand aangezien toetsing aan de Grondwet niet mogelijk was. Ook toetsing aan algemene rechtsbeginselen werd door de Hoge Raad uitgesloten.<sup>75</sup> De Hoge Raad merkte echter nog wel op dat de Harmonisatiewet niet in stand behoorde te blijven, vooral vanwege strijd met het rechtszekerheidsbeginsel:

*“Het eerste onderdeel van het in dit beroep voorgedragen middel stelt de vraag aan de orde of art. 120 Grw. de rechter vrijheid laat de wet (in formele zin) te toetsen aan fundamentele rechtsbeginselen. In het arrest van 16 mei 1986, NJ 1987, 251 ligt reeds besloten dat deze vraag naar het oordeel van de HR ontkennend moet worden beantwoord. Aan dat oordeel meent de HR — hoezeer ook hij de te dezen bestreden bepalingen van de zgn. Harmonisatiewet (Wet van 7 juli 1977, Stb. 334) in strijd acht met gerechtvaardigde verwachtingen van de betrokken studenten en derhalve met het rechtszekerheidsbeginsel — te moeten vasthouden.”<sup>76</sup>*

De keuze om het toetsingsverbod niet restrictief uit te leggen en toetsing aan rechtsbeginselen derhalve niet mogelijk te maken, is vooral ingegeven door het feit dat het toetsingsverbod bij de meest recente grondwetsherziening is besproken en door de regering in stand is gelaten:

*“Tegenover voormelde argumenten voor restrictieve uitleg van het toetsingsverbod staat evenwel dat ter gelegenheid van de grondwetswijziging die in 1983 haar beslag heeft gekregen, de vraag of het grondwettelijk toetsingsverbod geheel of ten dele moest worden opgeheven, in de doctrine uitvoerig aan de orde is gesteld, door verscheidene adviesorganen is gezien en mede aan de hand daarvan in het parlement principieel is besproken en ontkennend beantwoord. In dat kader is van de zijde van de regering bij herhaling betoogd dat, hoewel de tekst van de voorgestelde bepaling (het*

---

<sup>72</sup> Besselink 2012, p. 235 & Rouvoet & Pot 2011, p. 75.

<sup>73</sup> Polakiewicz 2001, p. 37-38.

<sup>74</sup> HR 14 april 1989, NJ 1989, 469, m.nt. M. van der Scheltema.

<sup>75</sup> Zie ook Besselink 2012, p. 236.

<sup>76</sup> HR 14 april 1989, NJ 1989, 469, m.nt. M. van der Scheltema, r.o. 3.1.



*latere art. 120) toetsing aan fundamentele rechtsbeginselen niet uitsluit, de nieuwe bepaling dezelfde strekking heeft als de oude onschendbaarheidsregel, zodat zodanige toetsing niet is toegelaten. Dat betoog is van de zijde van de volksvertegenwoordiging niet wezenlijk weersproken. Tot amendering in andere zin is het ook niet gekomen. Aangenomen moet daarom worden dat bij het tot stand komen van de Grondwet van 1983 de argumenten voor afschaffing of beperking van het toetsingsverbod onder ogen zijn gezien en tegenover de aan toetsing door de rechter verbonden bezwaren te licht zijn bevonden.*

*Bovendien moet in aanmerking worden genomen dat een ruim toetsingsverbod als in 3.2 omschreven wezenlijk is voor de traditionele plaats van de rechterlijke macht in ons staatsbestel en dat niet kan worden gezegd dat over de wenselijkheid daarin verandering te brengen in brede kring overeenstemming bestaat.”<sup>77</sup>*

Hoewel de Hoge Raad inhoudelijk de eisers (de studentenvakbond) wel gelijk lijkt te willen geven, ziet de Hoge Raad geen mogelijkheden dit te doen gezien de aanwezigheid van het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet. De Hoge Raad laat wel inhoudelijk weten wat hij van de zaak vindt en geeft daarmee een signaal af aan de wetgever. De wetgever heeft vervolgens de wet gewijzigd. Dit is een voorbeeld van een dialoog tussen rechter en wetgever die echter niet al te vaak voorkomt.<sup>78</sup>

Ondanks de uiteindelijke wetswijziging is vooral de beperkte toetsingsbevoegdheid voor de rechter die in dit arrest werd benadrukt, weer actueel. Dit arrest was dan ook de opmaat tot een nieuwe discussie over het toetsingsverbod.

## 2.2.8 De jaren '90 tot heden

### 2.2.8.1 Inleiding

Na de grondwetsherziening van 1983 leek het er aanvankelijk op dat de Grondwet weer een lange tijd ongewijzigd mee zou kunnen gaan. Maar vooral door de opkomst van het EVRM en het Harmonisatiewetarrest laaide de discussie toch weer op. Ook wordt wel betoogd dat de toenemende aandacht voor de Grondwet het gevolg is van de sterke mate van pluriformiteit in de huidige Nederlandse samenleving. Vanwege deze pluriformiteit is er een groter verlangen naar een Grondwet die, ook in zijn

---

<sup>77</sup> HR 14 april 1989, NJ 1989, 469, m.nt. M. van der Scheltema, r.o. 3.5.

<sup>78</sup> Barkhuysen, Van Emmerik & Uzman 2011, p. 650.

symboliek, de diverse groepen in de samenleving bindt.<sup>79</sup> Deze aandacht voor de Grondwet resulteerde mede in twee algemene onderzoeken over de Grondwet; dat door de Nationale Conventie en dat door de Staatscommissie Grondwet.

### 2.2.8.2 Nationale Conventie

In 2005 trad het tweede kabinet-Balkenende aan. Een van de speerpunten van dit kabinet was het versterken van de democratie. Er werd namelijk een gebrek aan vertrouwen van de burger in de overheid geconstateerd. Het kabinet presenteerde daarom een ambitieuze agenda voor democratische vernieuwing.<sup>80</sup> Een belangrijk onderdeel van die agenda vormde de instelling van een Nationale Conventie. Deze moest in samenspraak met de samenleving een aantal voorstellen doen over veranderingen in het staatsbestel teneinde het vertrouwen van de burger in de overheid te herwinnen. Het was de bedoeling ook de Grondwet in deze discussie mee te nemen. Onderwerpen als rechterlijke toetsing aan de Grondwet en de functie van de Grondwet ten opzichte van de burgers werden uitdrukkelijk genoemd in de agenda van de regering.<sup>81</sup>

De Nationale Conventie werd bij besluit van 22 december 2005 ingesteld met als opdracht om voor eind september 2006 verslag te doen aan de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties.<sup>82</sup> De Conventie selecteerde vier deelthema's waarop afzonderlijke werkgroepen bestaande uit leden van de Nationale Conventie vooronderzoek zouden doen.<sup>83</sup> Voor dit onderzoek is vooral van belang dat er ook een werkgroep was die zich ging buigen over de Grondwet. Dit resulteerde in een voorstudie getiteld 'Een Grondwet voor de 21<sup>ste</sup> eeuw'.<sup>84</sup>

De werkgroep concludeert in de inleiding van haar rapport dat de bestaande Grondwet als basisdocument voor de huidige staatsinrichting in principe wel volstaat. Echter, voor wat betreft de betekenis voor de samenleving schiet de Grondwet in de opvatting van de werkgroep tekort. De werkgroep meent dat de Grondwet een bindende functie binnen de samenleving kan hebben. Het doel van het rapport is dan ook voorstellen te doen om die bindende factor te versterken.<sup>85</sup> De werkgroep plaatst de Grondwet dus binnen de discussie die

---

<sup>79</sup> Zoethout e.a. 2006, p. 9-11.

<sup>80</sup> *Kamerstukken II* 2004/05, 30184, nr. 1.

<sup>81</sup> *Kamerstukken II* 2004/05, 30184, nr. 1, p. 10.

<sup>82</sup> Staatscourant 22 december 2005, art. 5 lid 1 Instellingsbesluit Nationale Conventie.

<sup>83</sup> Nationale Conventie 2006, p. 62-63.

<sup>84</sup> Zoethout e.a. 2006.

<sup>85</sup> Zoethout e.a. 2006, p. 7-8.

de regering op gang probeert te brengen door middel van de Nationale Conventie.

Vanwege de beperkte tijd die de commissie had voor het opstellen van het rapport heeft de werkgroep geen uitgebreid onderzoek gedaan naar welke grondrechten eventueel zouden moeten worden toegevoegd aan de catalogus van grondrechten in de Grondwet. Er werd enkel geconstateerd dat onder andere het recht op een eerlijk proces ontbreekt in de Grondwet.<sup>86</sup> De werkgroep bepleitte dat vanuit het oogpunt van de wenselijkheid van het kweken van meer bewustzijn over de Grondwet bij de burgers een herformulering van de grondrechten aangewezen zou zijn. De werkgroep wees er uitdrukkelijk op dat een dergelijke herformulering niet noodzakelijk is voor wat betreft de opheffing van het toetsingsverbod en de mogelijkheden voor toetsing voor de rechter die dan ontstaan. De werkgroep is van mening dat de huidige redactie van de grondrechten voldoende handvatten biedt voor toetsing door de rechter. De werkgroep gaat daarmee dus in tegen de opvatting in dat de huidige grondrechtencatalogus niet geschikt is als toetsingsinstrument.<sup>87</sup> De Werkgroep is ook van mening dat het toetsingsverbod zou moeten verdwijnen.<sup>88</sup>

In het eindrapport van de Nationale Conventie worden de aanbevelingen van de werkgroep grotendeels overgenomen. Zo is de Conventie van oordeel dat het toetsingsverbod zou moeten worden opgeheven. Zo zal de positie van de Grondwet relevanter worden als deze onderwerp van discussies is en door burgers kan worden ingeroepen:

*“Het feit dat burgers zich niet op de rechter kunnen beroepen als zij menen dat een wet in strijd is met de Grondwet, werkt niet mee aan versterking van de positie van de Grondwet in de samenleving. Indien de Grondwet voor burgers een factor van belang moet zijn, moeten zij zich daarop ook in rechte kunnen beroepen. In ieder geval moet dat zo zijn voor zover de Grondwet burgers direct rechten toekent (zoals het recht op gelijke behandeling of de vrijheid van meningsuiting). Bovendien zal door uitspraken van rechters en daaraan verbonden publiciteit, de Grondwet een meer prominente maatschappelijke positie krijgen.”<sup>89</sup>*

De Conventie bepleit verder uitdrukkelijk de instelling van een Constitutioneel Hof. Dit om prestige aan de Grondwet te verlenen, maar ook

---

<sup>86</sup> Zoethout e.a. 2006, p. 22.

<sup>87</sup> Zoethout e.a. 2006, p. 22-23. Zie ook Schutgens 2007 waarin door de auteur hetzelfde wordt bepleit.

<sup>88</sup> Zoethout e.a. 2006, p. 30.

<sup>89</sup> Nationale Conventie 2006, p. 46.

ter versterking van de rechtsbescherming en ontwikkeling van fundamentele rechten:

*“De Conventie is voorstander van een constitutioneel hof. In een dergelijk hof kan staatsrechtelijke deskundigheid worden samengebracht. Het kan een kwaliteitsimpuls geven aan het maatschappelijke debat over grondrechten in het algemeen en de toepassing ervan in de praktijk in het bijzonder. Een constitutioneel hof verleent ook prestige aan de Grondwet. De voorstellen voor toetsing door iedere rechter en oprichting van een constitutioneel hof leiden samen tot een gemengd stelsel van constitutionele toetsing (zowel de gewone rechters als een constitutioneel hof krijgen hierin een rol). Ze bieden een combinatie van individuele rechtsbescherming voor de burger en een kwaliteitsimpuls voor de rechtsontwikkeling van de grondrechten.”<sup>90</sup>*

Het kabinet-Balkenende IV kwam eind 2007 met een reactie op het rapport van de Nationale Conventie.<sup>91</sup> De voorstellen van de Nationale Conventie die tot een meer inspirerende Grondwet zouden moeten leiden, zoals de invoering van een preambule en een hoofdstuk algemene bepalingen werden door het kabinet doorgeschoven naar een in te stellen staatscommissie. Ook zou deze commissie moeten adviseren over het in de Grondwet invoegen van andere rechten zoals het recht op een eerlijk proces en het recht op leven.<sup>92</sup> Een discussie over het instellen van een Constitutioneel Hof vond het kabinet ‘prematuur’ aangezien het voorstel-Halsema tot wijziging van de Grondwet op dat moment nog in eerste lezing in behandeling was bij de Eerste Kamer.<sup>93</sup>

### **2.2.8.3 De Staatscommissie Grondwet 2009-2010**

De (voorlopig) laatste ontwikkeling in de geschiedenis van de Nederlandse Grondwet was op 9 juli 2009 de installatie van een staatscommissie. Deze staatscommissie kreeg als opdracht om een advies uit te brengen over de noodzaak tot wijziging van de Grondwet. In het regeerakkoord van het kabinet-Balkenende IV uit 2007 werd de komst van deze commissie aangekondigd. In het regeerakkoord stond een aantal onderwerpen dat de commissie werd geacht te onderzoeken. De eventuele opname van het recht op een eerlijk proces werd in het akkoord expliciet genoemd:

*“Ten aanzien van de Grondwet, waarvan de laatste algehele herziening 25 jaar geleden van kracht is geworden, wordt door een staatscommissie advies uitgebracht over onder meer (niet limitatief) de voor- en nadelen van een*

---

<sup>90</sup> Nationale Conventie 2006, p. 47.

<sup>91</sup> *Kamerstukken II* 2007/08, 30184, nr. 14.

<sup>92</sup> *Kamerstukken II* 2007/08, 30184, nr. 14, p. 9-10.

<sup>93</sup> Kabinetsreactie Nationale Conventie, *Kamerstukken II* 2007/08, 30184, nr. 14, p. 10.

*preambule, de toegankelijkheid voor burgers, en de verhouding tussen de opgenomen grondrechten en de uit internationale verdragen voortvloeiende rechten, zoals het recht op eerlijke procesgang (fair trial) en het recht op leven.”*<sup>94</sup>

Deze passage lijkt voort te komen uit het rapport van de hiervoor besproken werkgroep Grondwet van de Nationale Conventie, waar dit recht al werd genoemd als voorbeeld van een recht dat in de Grondwet ontbreekt.<sup>95</sup>

In het beleidsprogramma van het kabinet volgde een iets uitgebreidere uitleg over het doel van de Staatscommissie. Het advies van de Staatscommissie zou moeten leiden tot een versterking van de Grondwet. Deze versterking van de Grondwet wordt gekoppeld aan een discussie over verantwoordelijk burgerschap.<sup>96</sup>

Er zijn dus twee trajecten te herkennen, een juridisch traject in de vorm van de instelling van een Staatscommissie en daarnaast een maatschappelijk traject waarbij het kabinet een dialoog wil aangaan met de bevolking omtrent verantwoordelijk burgerschap en omtrent de plaats die de Grondwet daarbij zou moeten spelen.<sup>97</sup>

Hoewel het regeerakkoord dateerde van begin februari 2007, werd pas op 19 augustus 2008 het advies van de Raad van State omtrent de opdrachtverlening aan de Staatscommissie aangeboden aan de Tweede Kamer.<sup>98</sup> Dit was aanzienlijk later dan oorspronkelijk was gepland. De bedoeling was namelijk dat de Staatscommissie reeds eind 2008 advies zou uitbrengen.<sup>99</sup> Voor de vertraging bij het instellen van de Staatscommissie is door de regering geen reden gegeven. Echter, de hierna nog te bespreken kritische reacties van zowel de Raad van State als de Tweede Kamer op de concept-adviesaanvraag aan de Staatscommissie zullen zeker aan die vertraging hebben bijgedragen. Het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties was in de tussentijd al wel begonnen met de

---

<sup>94</sup> Regeerakkoord CDA, PvdA en ChristenUnie, 7 februari 2007, p. 37. Er is in het regeerakkoord geen verwijzing gemaakt naar de staatscommissie die genoemd werd in de kabinetsreactie op de Nationale Conventie, maar gezien de onderwerpen die bij de staatscommissie zijn ondergebracht lijkt deze staatscommissie een logisch vervolg op het traject dat met de Nationale Conventie is ingezet.

<sup>95</sup> Zoethout e.a. 2006, p. 22.

<sup>96</sup> Beleidsprogramma Kabinet Balkenende IV, p. 78, nr. 67.

<sup>97</sup> Zie ook *Kamerstukken II 2007/08*, 31570, nr. 3, p. 3. Eenzelfde ontwikkeling valt waar te nemen in het Verenigd Koninkrijk, daar werd in 2011 een vergelijkbare commissie ingesteld die moest gaan adviseren over het opstellen van een Bill of Rights voor het Verenigd Koninkrijk, zie daarover nader hoofdstuk 5, paragraaf 5.6.

<sup>98</sup> *Kamerstukken II 2007/08*, 31570, nr. 1.

<sup>99</sup> *Kamerstukken II 2007/08*, 31570, nr. 2, p. 1

## HOOFDSTUK II

voorbereidende werkzaamheden ten behoeve van de in te stellen Staatscommissie. Ter ondersteuning van de Staatscommissie werd aan diverse experts gevraagd om vooronderzoeken te verrichten over diverse onderwerpen waarover de commissie advies uit zou moeten brengen.<sup>100</sup>

Zoals gezegd, heeft de Raad van State geadviseerd over de adviesaanvraag aan de Staatscommissie. In de adviesaanvraag<sup>101</sup> noemde de regering de drie onderwerpen die in het regeerakkoord stonden als onderwerpen die de Staatscommissie in ieder geval moest oppakken. Dit zijn:

- De voor- en nadelen van een preambule
- De toegankelijkheid van de Grondwet voor burgers
- De verhouding tussen de opgenomen grondrechten en de uit internationale verdragen voortvloeiende rechten (onder andere het recht op een eerlijk proces)

Daarnaast werd advies aan de Staatscommissie gevraagd over het vastleggen van het Nederlands in de Grondwet als nationale taal, hetgeen ook al in het regeerakkoord stond.<sup>102</sup> De adviesaanvraag bevat echter nog een drietal andere onderwerpen, namelijk:<sup>103</sup>

- De vraag naar het opnemen van een hoofdstuk Algemene bepalingen
- De constitutionele weerbaarheid van de democratie
- De ministeriële verantwoordelijkheid en de interbestuurlijke samenwerking.

Aan het eind van de adviesaanvraag wordt de mogelijkheid opengelaten om ook andere onderwerpen gedurende de looptijd van de werkzaamheden van de Staatscommissie aan haar voor te leggen. Dit is vervolgens ook gebeurd.<sup>104</sup>

De Staatscommissie heeft echter ook geadviseerd over onderwerpen die niet in de adviesaanvraag stonden vermeld. De vraag naar het al dan niet opheffen van het toetsingsverbod is bijvoorbeeld niet aan de Staatscommissie voorgelegd. De Staatscommissie heeft er echter toch voor gekozen om hier over te adviseren.

De Raad van State plaatst een aantal kritische kanttekeningen in zijn advies over de adviesaanvraag aan de Staatscommissie.<sup>105</sup> De Raad stipt eerst twee algemene kritiekpunten aan. In de eerste plaats meent de Raad dat de

---

<sup>100</sup> Dit resulteerde in diverse vooronderzoeken over verscheidene onderwerpen. Waaronder een onderzoek naar de opname van het recht op een eerlijk proces en het recht op leven.

<sup>101</sup> *Kamerstukken II 2007/08*, 31570, nr. 2.

<sup>102</sup> Regeerakkoord CDA, PvdA en ChristenUnie, 7 februari 2007, p. 38.

<sup>103</sup> *Kamerstukken II 2007/08*, 31570, nr. 2, p. 2.

<sup>104</sup> Zie Staatscommissie Grondwet 2010, p. 14-15 en Leeuw & Mevis 2011, p. 142.

<sup>105</sup> *Kamerstukken II 2007/08*, 31570, nr. 3

regering niet voldoende duidelijk heeft gemaakt welke problemen er op dit moment met de Grondwet zijn en op welke manier wijzigingen in de Grondwet die problemen op zouden moeten lossen.<sup>106</sup> De Raad mist derhalve een voldoende onderbouwing voor het instellen van de staatscommissie. Ten tweede plaatst de Raad kanttekeningen bij het gebruiken van de naam staatscommissie. De Raad meent dat onderscheid dient te worden gemaakt tussen een staatscommissie en een commissie van experts. De Raad meent dat een staatscommissie vooral gebruikt moet worden om tot consensusvorming over een concreet onderwerp te komen. Historisch gezien was het gebruikelijk dat politici van verschillende partijen een dergelijke commissie vormden. Zodoende werd een brede politieke basis gelegd om bij te dragen aan het daadwerkelijk uitvoeren van het advies van een dergelijke commissie. De kans op een advies waar niets mee gebeurt is dan kleiner.<sup>107</sup> Ook door anderen is geopperd dat een commissie zonder toonaangevende politici niet tot resultaten zal leiden.<sup>108</sup>

De Raad stelt vervolgens en meer inhoudelijk vast, dat de verschillende onderwerpen in de adviesaanvraag in grofweg drie categorieën zijn in te delen. Ten eerste zijn er diverse onderwerpen waar dermate veel informatie over is dat het kabinet zelf naar het oordeel van de Raad van State een besluit kan nemen (bijvoorbeeld het opnemen van het Nederlands in de Grondwet). Ten tweede zijn er naar 's Raads oordeel onderwerpen waar het kabinet een besluit over kan nemen en dan de verdere uitwerking kan overlaten aan een 'politieke' Staatscommissie (bijvoorbeeld de invoeging van een preambule en de wijziging van de procedure van grondwetsherziening) en ten derde zijn er in deze indeling van de Raad van State diverse onderwerpen die zich bij uitstek lenen voor een adviesaanvraag aan een commissie van experts (bijvoorbeeld de uitbreiding van de grondrechtencatalogus).<sup>109</sup>

De kritiek van de Raad lijkt zich erop te richten dat het kabinet voor alle onderwerpen de derde categorie wil gebruiken, maar de commissie wel een staatscommissie wil noemen.

Als reactie op het eerste punt van kritiek plaatst het kabinet de vorming van de staatscommissie in het streven naar versterking van de Grondwet, een doelstelling die hiervoor al kort is aangehaald. Voor wat betreft het tweede punt van het instellen van een niet-politieke commissie wijst het kabinet erop dat er al eerder staatscommissies zijn geweest die bestonden uit niet-politici. Daarnaast is het gelet op de onderwerpen die aan de orde zijn naar het

---

<sup>106</sup> *Kamerstukken II 2007/08*, 31570, nr. 3, p. 1-2.

<sup>107</sup> *Kamerstukken II 2007/08*, 31570, nr. 3, p. 10.

<sup>108</sup> *Vis 2009*.

<sup>109</sup> *Kamerstukken II 2007/08*, 31570, nr. 3, p. 2-3.

oordeel van het kabinet wenselijker om een staatscommissie die bestaat uit experts in te stellen.<sup>110</sup>

Na de algemene opmerkingen over de staatcommissie bespreekt de Raad van State ook nog de individuele onderwerpen van de opdrachtverlening. Voor wat betreft de aanvulling van de Grondwet met nieuwe grondrechten merkt de Raad op dat bij een algehele herziening van de Grondwet aanleiding bestaat om meer systematisch te kijken of grondrechten moeten worden toegevoegd. Er moet dan wel worden gekeken of toevoeging iets bijdraagt aan de al bestaande bescherming. De Raad van State stelt uitdrukkelijk dat dit bij het recht op een eerlijk proces bijvoorbeeld zou kunnen betekenen dat dit algemener wordt geformuleerd, en niet qua toepassing de beperkte reikwijdte van artikel 6 EVRM krijgt.<sup>111</sup>

De vaste Kamercommissie voor Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties van de Tweede Kamer heeft twee keer overleg gevoerd met de toenmalige ministers van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties en Justitie (respectievelijk de ministers Ter Horst en Hirsch Ballin) over de adviesaanvraag aan de Staatscommissie.<sup>112</sup> De oppositiepartijen zagen niet veel in de adviesaanvraag aan de Staatscommissie. De kritiek van de Kamer richtte zich op dezelfde punten als de kritiek van de Raad van State. Vooral het feit dat niet duidelijk werd voor welke problemen een wijziging van de Grondwet een oplossing zou moeten bieden, werd bekritiseerd. Ook meende men dat veel onderwerpen reeds rijp waren voor een beslissing door de Tweede Kamer en dat deze niet weer in een staatscommissie besproken hoefden te worden.

Ondanks de kritiek van de Raad van State en de oppositie in de Tweede Kamer werd de staatscommissie bij Koninklijk Besluit van 3 juli 2009 ingesteld. Het voorzitterschap werd vervuld door Wilhelmina Thomassen, destijds lid van de Hoge Raad. De Staatscommissie bestond verder vooral uit wetenschappers.<sup>113</sup>

Het eindrapport van de Staatscommissie Grondwet werd in november 2010 aan het kabinet-Rutte I aangeboden. Het rapport kenmerkt zich vooral door het feit dat er over diverse onderwerpen aanzienlijke meningsverschillen binnen de commissie blijken te bestaan. Naast kritiek hierop, werd er in de literatuur ook vrij kritisch en/of teleurgesteld gereageerd op de afzonderlijke

---

<sup>110</sup> *Kamerstukken II 2007/08*, 31570, nr. 3, p. 11-12.

<sup>111</sup> *Kamerstukken II 2007/08*, 31570, nr. 3, p. 27-28.

<sup>112</sup> Verslagen van deze overleggen zijn te vinden in *Kamerstukken II 2008-2009*, nrs. 6 & 9.

<sup>113</sup> Staatscourant 2009, nr. 10354.



voorstellen van de staatscommissie. Vooral ook vanwege het feit dat het advies op bepaalde punten beperkt is onderbouwd.<sup>114</sup>

De Staatscommissie bekijkt de noodzaak tot wijziging van de Grondwet vanuit het oogpunt van versterking van het normatieve karakter van de Grondwet. Dit betekent dat, hoewel wijziging strikt genomen niet noodzakelijk hoeft te zijn in die zin dat er geen grote problemen zijn die met een wijziging al dan niet dringend moeten worden opgelost, er toch redenen kunnen zijn om de Grondwet te wijzigen om zodoende de Grondwet bij de tijd te houden.<sup>115</sup>

Voor dit onderzoek zijn voor wat betreft de afzonderlijke wijzigingsvoorstellen met name de voorstellen van de Staatscommissie omtrent het eventueel toevoegen van nieuwe grondrechten en de afschaffing van het toetsingsverbod van belang. Dit laatste punt is vooral interessant vanwege het feit dat dit onderwerp niet in de adviesaanvraag aan de Staatscommissie was opgenomen.<sup>116</sup> De Staatscommissie heeft er echter toch over geadviseerd aangezien de opheffing van het toetsingsverbod volgens de Staatscommissie kan leiden tot versterking van de normativiteit van de Grondwet en de betekenis van de Grondwet voor de burger kan vergroten.<sup>117</sup> Bij de vraag naar de opname van nieuwe grondrechten in de Grondwet formuleert de Staatscommissie eerst een criterium waaraan een dergelijk grondrecht moet voldoen voordat het voor opname in aanmerking komt. De Staatscommissie bekijkt de verhouding tussen de grondrechten opgenomen in de Grondwet en de fundamentele rechten die zijn opgenomen in internationale verdragen. De Staatscommissie merkt daarbij op dat vanwege de doorwerking van een ieder verbindende bepalingen op grond van de artikelen 93 en 94 Grondwet er geen strikte noodzaak (althans niet vanuit juridisch oogpunt) is om laatstgenoemde rechten ook in de Grondwet op te nemen.<sup>118</sup> Als redenen die er wel voor zouden pleiten om dergelijke rechten op te nemen, wijst de commissie op de toegankelijkheid en zichtbaarheid van grondrechten voor burgers en het idee dat grondrechtenbescherming in de

---

<sup>114</sup> Zie Leeuw & Mevis 2011, Sillen 2011 en Verhey 2011.

<sup>115</sup> Staatscommissie Grondwet 2010, p. 13.

<sup>116</sup> Het ontbreken van het onderwerp constitutionele toetsing in de opdrachtverlening werd nog uitdrukkelijk aan de orde gesteld tijdens het overleg in de Tweede Kamer over de Staatscommissie. Minister Hirsch Ballin stelde toen dat geen advies over dit onderwerp werd gevraagd aangezien er al een wetsvoorstel in eerste lezing door de Tweede Kamer was aangenomen. De minister laat daarbij wel de ruimte aan de staatscommissie om onderwerpen toe te voegen aan het advies als dit in verband met andere onderwerpen relevant is. *Kamerstukken II 2008/09*, 31570, nr. 9, p. 25-26.

<sup>117</sup> Staatscommissie Grondwet 2010, p. 43.

<sup>118</sup> Staatscommissie Grondwet 2010, p. 57.

eerste plaats tot de eigen verantwoordelijkheid van de staat behoort. De Staatscommissie ziet dus plaats voor de opname in de Grondwet van grondrechten die in vergelijkbare vorm reeds zijn opgenomen in verdragen.<sup>119</sup> Als concreet criterium voor opname kiest de Staatscommissie dat opname moet bijdragen aan een ruimere rechtsbescherming van het betreffende recht en aan een versterking van de normatieve kracht van de Grondwet.

De Staatscommissie meent (bij wijze van uitzondering unaniem) dat het recht op een eerlijk proces aan de beide onderdelen van voornoemd criterium voldoet en dat het dus dient te worden opgenomen in de Grondwet.<sup>120</sup> De argumentatie waarom het opnemen van het recht op een eerlijk proces zal leiden tot meer rechtsbescherming, beperkt zich tot de opmerking dat diverse procedures die nu niet onder artikel 6 EVRM vallen, voortaan, door opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet ook zullen worden beschermd.<sup>121</sup> Alleen in het geval dat het artikel een ruimere reikwijdte heeft dan artikel 6 EVRM kan een burger er in een procedure een beroep op doen. Het is teleurstellend te noemen dat de argumentatie van de Staatscommissie zo beperkt is. Hoewel de Staatscommissie van mening is dat de opname van het recht op een eerlijk proces wenselijk is, worden de redenen waarom niet uitgebreid uitgewerkt. Ook een noodzaak tot het opnemen van het recht op een eerlijk proces wordt niet sterk benadrukt.<sup>122</sup> In dit onderzoek zal worden gekeken of er nog meer redenen zijn aan te dragen die zouden wijzen op een meerwaarde van het opnemen van het recht op een eerlijk proces.

De reactie in de staatsrechtelijke literatuur op het rapport van de Staatscommissie was vrij kritisch. Verhey omschreef de staatscommissie zelfs als 'een doodgeboren kind'<sup>123</sup> en Sillen noemde de voorgestelde algemene bepaling een 'doos van Pandora'.<sup>124</sup> Ook in artikelen waar begrip werd geuit voor de lastige situatie waarin de Staatscommissie moest opereren, werd toch behoorlijk wat (opbouwende) kritiek geuit, vooral op het feit dat de onderbouwing van de aanbevelingen die de staatscommissie doet op punten vrij mager is.<sup>125</sup> Het unanieme advies van de Staatscommissie om het recht op een eerlijk proces aan de Grondwet toe te voegen wordt daarentegen wel positief beoordeeld.<sup>126</sup>

---

<sup>119</sup> Staatscommissie Grondwet 2010, p. 57-58.

<sup>120</sup> Staatscommissie Grondwet 2010, p. 59.

<sup>121</sup> Staatscommissie Grondwet 2010, p. 60.

<sup>122</sup> Zie ook Leeuw & Mevis 2011.

<sup>123</sup> Verhey 2011.

<sup>124</sup> Sillen 2011.

<sup>125</sup> Zie onder andere Leeuw & Mevis 2011 en Van Gestel 2011, p. 70.

<sup>126</sup> Leeuw & Mevis 2011, Schutgens 2011, p. 208 en Nehmelman 2011, p. 92-93 & 97.

Een klein jaar na de aanbidding van het rapport verscheen de reactie van het kabinet.<sup>127</sup> Het kabinet begint zijn reactie met de vaststelling dat de noodzaak tot wijziging van de Grondwet deels afhankelijk is van de visie op de functie en op het karakter van de Grondwet. Het kabinet geeft aan dat het een voorstander is van het huidige karakter van de Grondwet die zich kenmerkt als sober met vooral een ‘institutioneel-organisatorische en waarborgfunctie’.<sup>128</sup> Met een dergelijke functie van de Grondwet in het achterhoofd, stelt het kabinet dat wijzigingen van de Grondwet enkel plaats moeten vinden als er sprake is van langlopende politieke thema’s:

*“Aanpassingen moeten voortvloeien uit ontwikkelingen die reeds in bestaande regelgeving of andere besluiten met voldoende draagvlak zijn bevestigd, dan wel in andere zin breed door de samenleving worden gedragen. Er moet, met andere woorden, een dringende behoefte aan bestaan en het moet gaan om zaken die voldoende constitutionele rijpheid vertonen. Aldus moet de dringende juridische en/of maatschappelijke noodzaak worden verstaan die vereist is voor een wijziging van de Grondwet en in het bijzonder van de bepalingen waarin de grondrechten zijn verankerd.”*

Bij de bespreking van het deelonderwerp ‘toevoeging van grondrechten aan de Grondwet’, concludeert het kabinet vervolgens, met het hierboven genoemde criterium in de hand, dat de noodzaak tot toevoeging van ‘nieuwe’ grondrechten vooral niet is aangetoond omdat in de meeste gevallen de commissie zelf al niet unaniem tot toevoeging adviseert. Van unanimiteit was enkel sprake bij de vraag of het recht op een eerlijk proces moest worden toegevoegd. Bij dit recht wordt er echter door het kabinet op gewezen dat de Staatscommissie zelf heeft gezegd dat opneming van grondrechten die al in internationale verdragen staan, niet strikt noodzakelijk is. Zoals hierboven al is aangegeven, is op dit standpunt behoorlijk wat af te dingen. Nochtans leunt het kabinet er sterk op. Het kabinet ziet verder ook geen andere redenen om het recht op een eerlijk proces toe te voegen aan de grondwettelijke grondrechtencatalogus:

*“Daarnaast ontbreekt het aan een indicatie of uitwerking van gebeurtenissen in het (recente) verleden of gevreesde ontwikkelingen in de toekomst, tegen welke achtergrond opneming van nieuwe grondwetsbepalingen mede in de rede zou kunnen liggen. Ook al kent artikel 6 EVRM, dat niet ziet op de toepassing van het vreemdelingenrecht, (delen) van het belastingrecht, en (delen van) het ambtenarenrecht, een beperktere reikwijdte dan de diverse tekstvoorstellen van de staatscommissie, de organisatie van de Nederlandse*

---

<sup>127</sup> Kamerstukken II 2011/12, 31570, nr. 20.

<sup>128</sup> Kamerstukken II 2011/12, 31570, nr. 20, p. 2-3.

## HOOFDSTUK II

*rechtspraak is zodanig ingericht dat ook ten aanzien van deze rechtsgebieden toegang tot een rechter bestaat, en een eerlijk proces is gewaarborgd. Van een jarenlang lopende politieke en juridische discussie die toe zou zijn aan beslechting is evenmin sprake. Het kabinet ziet daarom geen noodzaak om deze aanbeveling van de staatscommissie op te volgen.”<sup>129</sup>*

Deze opstelling van het kabinet breekt met de opvatting van de Staatscommissie Cals/Donner. De Staatscommissie was namelijk van oordeel dat opname van grondrechten in de Grondwet die ook al zijn opgenomen in internationale verdragen, meerwaarde heeft.<sup>130</sup> Dit lijkt in lijn met het streven van het kabinet om de Grondwet sober te houden. Opname van het recht op een eerlijk proces zou echter niet strijdig zijn met de wens van een sobere Grondwet aangezien de Staatscommissie Cals/Donner ook een sobere Grondwet bepleitte en in dat kader dus blijkbaar geen problemen had met opname in de Grondwet van internationaal reeds gewaarborgde fundamentele rechten in de Grondwet.

In de rest van dit onderzoek zal nog nader worden gekeken in hoeverre dit standpunt van het kabinet verdedigbaar is en of er niet toch problematische elementen binnen de toepassing van het recht op een eerlijk proces zijn aan te wijzen die toevoeging van dit recht aan de Grondwet noodzakelijk of wenselijk zouden kunnen maken.

Slechts op een enkel onderdeel (aanpassing van artikel 13 Grondwet) vindt het kabinet het noodzakelijk om het advies van de staatscommissie op te volgen. De rest van het advies wordt vrij ruw ter zijde geschoven onder verwijzing naar een ander inzicht bij het kabinet over de functie en rol van de Grondwet in de Nederlandse rechtsorde en de beperkte uitwerking van enkele voorstellen van de Staatscommissie. Ook wordt de verdeeldheid binnen de commissie op veel punten naar voren gehaald als reden om niet tot wijziging over te gaan. Dit is een natuurlijk en voorspelbaar argument als men inhoudelijk niet veel in de voorstellen ziet. Concluderend stelt het kabinet het als volgt:

*“Het kabinet ziet echter onvoldoende aanleiding en urgentie om thans over te gaan tot een herziening van de Grondwet anders dan van artikel 13 Grondwet. Daaraan heeft in het bijzonder bijgedragen het oordeel van de staatscommissie dat een wijziging ook volgens haar niet noodzakelijk is en het feit dat dit kabinet de basispresumptie van de staatscommissie voor de voorstellen die zij doet, namelijk om te komen tot een meer normatieve en*

---

<sup>129</sup> Kamerstukken II 2011/12, 31570, nr. 20, p. 7.

<sup>130</sup> Zie paragraaf 2.2.6.

*toegankelijker Grondwet, niet deelt. De basispresumpties zijn te weinig uitgewerkt en onderbouwd om als grondslag te kunnen dienen voor een heroverweging van de Grondwet op meerdere onderdelen als gevolg waarvan bovendien de onderlinge relatie tussen de drie staatsmachten danig zou veranderen. Het kabinet wenst daarom vast te houden aan de huidige functie en betekenis van de Grondwet in welk licht de Grondwet immers prima functioneert, zoals de staatscommissie impliciet concludeert en ook de Nationale Conventie reeds nadrukkelijk concludeerde in 2006. Voorts maakt het advies duidelijk dat de thema's waarover zij heeft geadviseerd nog onvoldoende constitutionele rijpheid vertonen, mede tot uitdrukking komend in de verdeeldheid binnen de staatscommissie ten aanzien van veel van die onderwerpen en in de nadien verschenen staatsrechtelijke literatuur over het advies. Kortom, een dringende politieke en/of maatschappelijke behoefte om tot een herziening van de Grondwet op meerdere onderdelen over te gaan, ontbreekt naar het oordeel van het kabinet.”*

Ondanks (of juist dankzij) het negatieve advies van het kabinet, riep D66 Tweede Kamerlid Gerard Schouw kort na de verschijning van de kabinetsreactie op tot het toevoegen van het recht op een eerlijk proces en op toegang tot de rechter aan de Grondwet. Hij diende daartoe samen met de Kamerleden Dibi en de Raak een motie in met een oproep aan het kabinet om het initiatief te nemen dit recht in de Grondwet op te nemen.<sup>131</sup> In het debat over de begroting van het ministerie van Veiligheid en Justitie, waarin de motie aan de orde kwam, antwoordde minister Opstelten dat hij opname van het recht op een eerlijk proces en op toegang tot de rechter niet nodig vindt, aangezien deze rechten al in het EVRM zijn opgenomen:

*“Het EVRM regelt het recht op toegang tot de rechter en het recht op een eerlijk proces al afdoende (...) De commissie heeft dat (opname van het recht op een eerlijk proces (BL)) niet geadviseerd, in ieder geval niet unaniem. Het is dus geen advies dat wij naast ons neer hebben gelegd. In artikel 6 van het EVRM is de toegang tot het recht opgenomen. Wij vragen ons voortdurend af of iets wel EVRM-proof is. (...) Er is een verschil tussen de opvatting van de heer Schouw en zijn fractie en die van het kabinet. Wij vinden dat niet nodig. Integendeel, de toegang tot het recht is een in de Grondwet gewaarborgd systeem. Die toegang wordt ook in internationale verdragen en met name in het EVRM gewaarborgd.”<sup>132</sup>*

---

<sup>131</sup> Kamerstukken II 2011/12, 33000 VI, nr. 38.

<sup>132</sup> *Handelingen II 2011/12*, nr. 18, p. 80. In tegenstelling tot wat de minister hier zegt, was het advies om het recht op een eerlijk proces toe te voegen één van de onderdelen waar de commissie nu juist wel unaniem tot een advies kwam.

De motie werd vervolgens verworpen, enkel de oppositiepartijen (met uitzondering van de SGP) steunden de motie.<sup>133</sup> Afgewacht moet worden of het verwerpen van de motie door de Tweede Kamer wellicht wordt gevolgd door een initiatiefwetsvoorstel vanuit de Kamer. Bij het afsluiten van deze tekst was dat nog niet het geval.

Een vergelijkbare motie werd echter in februari 2012 wel aangenomen in de Eerste Kamer.<sup>134</sup> Dit gebeurde in het kader van het debat in de Eerste Kamer over de kabinetsreactie op het rapport van de Staatscommissie Grondwet. Later in het voorjaar van 2012 werd ook in de Tweede Kamer een debat gehouden over de kabinetsreactie op het rapport van de Staatscommissie. Minister Spies van Binnenlandse Zaken zag net als haar collega Opstelten geen voldoende redenen om tot opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet over te gaan:

*“Los van die omstandigheid heb ik eerder in de Eerste Kamer gezegd dat het recht op toegang tot de rechter feitelijk al in verdragen en in artikel 17 van de Grondwet is geborgd. Daarnaast is het ook voldoende geborgd in verschillende uitspraken in de nationale jurisprudentie. Internationale garanties en nationale jurisprudentie betreffen ook het recht op een eerlijk proces. Het is daarom naar mijn mening onvoldoende duidelijk waarin de extra bescherming en dus de meerwaarde van de opname van een dergelijk grondrecht in onze Grondwet zouden zijn gelegen. De staatscommissie was niet unaniem over de vraag hoe dit recht precies zou moeten komen te luiden en op welke plaats in de Grondwet het zou moeten worden opgenomen.”<sup>135</sup>*

Later in het debat concretiseert de Minister haar standpunt nog nader:

*“Een aantal leden hebben aangekondigd dat zij overwegen om opnieuw een motie in te dienen die de toegang tot de rechter (in de moties worden het recht op een eerlijk proces en het recht op toegang tot de rechter steeds samen genoemd, BL) zou moeten borgen. Op dit moment past mij niets anders dan daarvan kennis te nemen. In eerste termijn heb ik wel heel nadrukkelijk gezegd, net zoals destijds in de Eerste Kamer, dat in mijn beleving die toegang tot de rechter en het recht op een eerlijk proces voldoende zijn geborgd, en wel op tal van manieren: via de internationale rechtsorde, via onze Grondwet en via jurisprudentie. Om die reden is het kabinet tot een andere conclusie gekomen dan de Eerste Kamer, zoals deze die heeft vastgelegd in een motie. Het kabinet is dus van mening dat de Grondwet op dat punt niet hoeft te worden veranderd.”*

---

<sup>133</sup> *Handelingen II 2011/12*, nr. 20, p. 25.

<sup>134</sup> *Kamerstukken I 2011/12*, 31 570, nr. C.

<sup>135</sup> *Kamerstukken II 2011/12*, 31 570, nr. 23, p. 7 & 8.

Van de kant van de regering waren op dit moment dus geen voorstellen omtrent de opname van het recht op een eerlijk proces te verwachten. Enkele Kamerleden gaven aan dat hun fracties wel iets zouden voelen op de opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet. Kamerlid Heijnen van de PvdA merkte op dat de Grondwet behoort weer te geven waar een land voor staat, onder andere de beginselen van de democratische rechtstaat behoren daarom in de Grondwet te staan. Om die reden is de PvdA ook van mening dat het recht op een eerlijk proces ook dient te worden opgenomen.<sup>136</sup> Het Kamerlid Helder van de PVV merkte op dat haar fractie erkent dat het recht op een eerlijk proces in het EVRM staat, maar dat de PVV van mening was dat de invloed van Europa beperkt moest worden en dat het recht daarom in de Grondwet diende te worden opgenomen.<sup>137</sup> Mede met het oog op de verkiezingen en naderende einde van het toenmalige parlement zijn er uiteindelijk geen concrete voorstellen vanuit de Tweede Kamer gedaan. In de verkiezingsprogramma's voor die verkiezingen wordt enkel door D66 een verkapte verwijzing naar de opname van het recht op een eerlijk proces gemaakt. De partij stelt namelijk dat er gekeken wordt worden naar de modernisering van de Grondwet met gebruikname van het rapport van de Staatscommissie en met inachtneming van de ingediende moties. Die laatste verwijzing lijkt te slaan op de moties over de opname van het recht op een eerlijk proces. Na de verkiezingen reageerde Minister Spies in een brief op de eerder aangenomen moties over de opname van het recht op een eerlijk proces. Zij stelde in deze brief dat het gezien de demissionaire status van het kabinet op dat moment niet in de rede lag dat het kabinet een besluit zou nemen over de uitvoering van de moties.<sup>138</sup>

Het rapport van de Staatscommissie Grondwet en de daaropvolgende discussie zijn de voorlopig laatste stappen in een proces van ontwikkeling van de Grondwet. Op basis van de reactie van het kabinet-Rutte I zijn niet direct ontwikkelingen te verwachten op het gebied van de opname van het recht op een eerlijk proces.

### 2.2.9 Conclusie

Uit de voorgaande historische schets kan worden geconcludeerd dat de vraag naar de wenselijkheid van opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet vooral in de afgelopen jaren aan de orde is geweest. Het recht op een eerlijk proces zelf is nooit in de Grondwet te vinden geweest. Wel zijn

---

<sup>136</sup> *Kamerstukken II* 2011/12, 31 570, nr. 22, p. 16.

<sup>137</sup> *Kamerstukken II* 2011/12, 31 570, nr. 23, p. 13 & 14.

<sup>138</sup> *Kamerstukken I* 2012/13, 31 570, nr. D.

## HOOFDSTUK II

enkele rechten die als deelrechten van het recht op een eerlijk proces zijn te beschouwen, in de Grondwet vastgelegd. Gezien het feit dat er nauwelijks discussie is geweest over opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet is het lastig vast te stellen of er een concrete reden is waarom het recht op een eerlijk proces nooit is opgenomen. De opmerking in het tweede rapport van de Staatscommissie Cals/Donner verschaft wat dit betreft slechts beperkt duidelijkheid.<sup>139</sup> De Staatscommissie Cals/Donner hecht een grote waarde aan de bescherming die reeds door het Wetboek van Strafvordering wordt geboden. In hoeverre dit vertrouwen terecht is, zal nader worden bekeken in hoofdstuk IV. De Hert en Gutwirth hebben gewezen op het feit dat strafvorderlijke rechten niet in de Grondwet zijn vastgelegd om historische redenen, namelijk de Franse invloed op de Grondwet.<sup>140</sup> Indien deze constatering juist is, is dat op zich geen zwaar argument om geen verdere discussie over de opname van dit recht in de Grondwet meer te voeren.

Bij diverse eerdere grondwetsherzieningen is er wel uitgebreid nagedacht over de vraag in hoeverre grondrechten die reeds in internationale verdragen zijn neergelegd, ook nog in de Grondwet moeten worden opgenomen. Het uitgangspunt van de Staatscommissie Cals/Donner voor de grondwetsherziening van 1983 was dat bescherming op nationaal niveau meerwaarde kan bieden gezien het verschillende karakter van nationaal en internationaal recht. Ook de Staatscommissie Grondwet oordeelde dat nationale grondrechten een aanvullende rechtsbescherming kunnen bieden. Het kabinet-Rutte I lijkt weinig te zien in het opnemen van rechten die reeds in internationale verdragen zijn vastgelegd.

Naast de discussie over het al dan niet opnemen van grondrechten in de Grondwet is in deze paragraaf ook het sobere karakter van de Grondwet aan de orde geweest. Gewezen is op de sterke rol van de wetgever bij de bescherming van de Grondwet en het feit dat de wetgever die sterke rol zelf in ieder geval wel wenselijk acht. Dit punt komt nog het best tot uitdrukking in het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet dat een rol voor de rechter bij de bescherming van nationale grondrechten uitsluit als er mogelijk sprake is van strijdigheid van wetgeving in formele zin met de Grondwet. A contrario kan dan worden geconcludeerd dat de wetgever het laatste woord heeft. Van betekenis is dat dit toetsingsverbod (en daarmee ook de rol van de wetgever) in de voorbije jaren ook (weer) een punt van discussie is geworden. De relatie tussen de wetgever en de rechter zal in de volgende paragraaf nader worden bekeken.

---

<sup>139</sup> Zie paragraaf 2.2.6.

<sup>140</sup> De Hert & Gutwirth 2005.



## ***2.3 Plaats van de Grondwet in de verhouding tussen de rechter en de wetgever: wie beschermt de grondrechten?***

### *2.3.1 Inleiding*

In de vorige paragraaf is gebleken dat de Grondwet van oudsher een sober karakter heeft en in de eerste plaats gezien moet worden als een document dat constitutionele bevoegdheden tussen de diverse overheidsorganen regelt. De gevolgen van dit sobere karakter voor de bescherming en realisering van grondrechten op nationaal niveau zullen in het navolgende worden belicht, mede in het licht van de invloed van het EVRM op deze constitutionele verhoudingen.

In paragraaf 2.3.2 is dan allereerst van belang om te bezien wat het sobere karakter van de Grondwet betekent voor de verhouding tussen de rechter en de wetgever op nationaal niveau bij de bescherming van grondrechten. Het gaat dan vooral over de controle op de conformiteit van wetgeving in formele zin met de eisen van het EVRM en met de inhoudelijke garanties gegarandeerd door de grondrechten in de Grondwet. De wetgever beoordeelt bij het opstellen van wetgeving in hoeverre deze wetgeving voldoet aan de normen die zijn gesteld in de Grondwet en in de internationale verdragen. Ondanks deze toetsing en beoordeling door de wetgever vooraf, kan de toepassing van wetgeving in individuele gevallen toch voor grondrechtelijke problemen zorgen. Deze individuele zaken zullen bij de rechter komen en moeten daar worden opgelost. Indien er toetsing door de rechter plaatsvindt en de rechter van oordeel is dat de wet niet door de beugel kan, zal de rechter een oplossing in het concrete geval moeten zoeken. De ruimte die de rechter daarbij heeft, wordt bepaald door de grondslagen en de grenzen van zijn rechtsvormende taak. Er zal in deze paragraaf worden gekeken naar de algemene constitutionele verhoudingen in dit opzicht.

In paragraaf 2.3.3 zal worden belicht hoe de invloed van het EVRM de bestaande verhoudingen tussen de rechter en wetgever op nationaal niveau onder druk heeft gezet. Daarnaast komt aan de orde welke gevolgen de beperkte rol van de Grondwet binnen de (straf)rechtsorde in zijn algemeenheid heeft voor de verhouding met het EVRM. In Hoofdstuk IV zal worden gekeken wat dit concreet betekent voor de toepassing van artikel 6 EVRM in het straf(proces)recht.

### 2.3.2 *De verhouding tussen de nationale rechter en de wetgever bij de bescherming van de grondrechten uit de Grondwet*

Historisch gezien is er bij de (grond)wetgever geen behoefte geweest om de rechter een grote rol te geven bij de handhaving van de grondrechten uit de Grondwet tegenover wetgeving in formele zin. Dat blijkt uit inhoudelijke gronden zoals het toetsingsverbod, maar ook meer institutioneel uit het feit dat Nederland geen Constitutioneel Hof heeft. Toch wordt tegenwoordig algemeen wel erkend dat de Hoge Raad een rechtsvormende taak heeft.<sup>141</sup> Bijvoorbeeld in het geval er sprake is van leemtes en onduidelijkheden in de wetgeving, of wanneer er sprake is van een wet die op grond van verdragenrecht buiten toepassing moet worden gelaten. De rechter zal dan met een oplossing in het concrete geval moeten komen, indien het enkel buiten toepassing laten niet een voldoende oplossing voor de burger biedt.<sup>142</sup> De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter ten opzichte van de wetgever zijn niet vastgelegd in de Grondwet en daarom niet strikt te trekken. Het toetsingsverbod beperkt de rol van de rechter wel zeer sterk doordat toetsing van wetten in formele zin aan de Grondwet niet mogelijk is. De grondrechten in de Grondwet spelen daarom in rechterlijke procedures nauwelijks een rol en worden wel aangemerkt als een dode letter.<sup>143</sup>

Voor het strafrecht is de aanwezigheid van het toetsingsverbod niet direct problematisch, omdat in het strafrecht in een concreet strafproces door de rechter vooral wordt gekeken of wettelijke bevoegdheden in de concrete zaak wel juist zijn toegepast. Er zal niet snel een situatie ontstaan waarbij de strafrechter een wetsbepaling buiten toepassing zou moeten laten. Dit valt eerder binnen het takenpakket van een constitutionele rechter. Als hij het al zou kunnen, zou de strafrechter derhalve niet veel aan toetsing doen. Desondanks heeft het toetsingsverbod wel een (indirect) effect op de rechter in die zin dat de rechter zich in Nederland over het algemeen terughoudend op zal stellen ten opzichte van de wetgever, bijvoorbeeld bij de toepassing van fundamentele rechten uit verdragen. De dominante positie van de wetgever ten opzichte van de rechter is historisch zo gegroeid door het grote belang dat altijd werd en wordt gehecht aan het feit dat de wetgever het laatste woord zou moeten hebben over de grondwettelijkheid van wetgeving. Het toetsingsverbod is daar een uitvloeisel van en hoewel dat verbod dus niet direct invloed heeft op de handelswijze van de strafrechter, wordt de

---

<sup>141</sup> R. de Lange 1999, p. 7; Martens 2000, p. 748-749; Anders Kortmann 2009.

<sup>142</sup> Zie De Wit 2012, p. 3-5.

<sup>143</sup> Redactie NJCM 2007, p. 419, zie ook Van den Berg 1998, p. 306.

terughoudendheid wel gezien als een soort van reflexwerking van het verbod van artikel 120 Grondwet.<sup>144</sup>

De Hoge Raad heeft wel een rechtsvormende taak, maar stelt zich daarbij bescheiden op ten opzichte van de wetgever. Zodra er beleidskeuzes dienen te worden gemaakt, zal de rechter ‘abstineren’ en wordt verwezen naar de wetgever. Het maken van dergelijke beleidskeuzes gaat de rechtsvormende taak van de rechter dan te buiten.<sup>145</sup> Een voorbeeld van overweging waarbij de rechter abstineert is te vinden in het arrest over het Arbeidskostenforfait uit 1999<sup>146</sup>:

*“3.14 In dit geval kan een dergelijke bescherming niet daarin worden gevonden dat de discriminatoire regeling — de tegemoetkoming aan werkenden door verhoging van het arbeidskostenforfait — buiten toepassing wordt gelaten. Die oplossing zou immers belanghebbende niet baten. Dat doet de vraag rijzen of de rechter de effectieve rechtsbescherming kan bieden door op andere wijze in het door de regeling veroorzaakte rechtstekort te voorzien dan wel of hij zulks vooralsnog aan de wetgever dient over te laten. In zodanige situaties dienen, met inachtneming van de aard van het rechtsgebied waar de vraag rijst, twee belangen tegen elkaar afgewogen te worden. Voor het zelf in het rechtstekort voorzien pleit dat de rechter daardoor aan de belanghebbende direct een effectieve bescherming kan bieden, maar ertegen pleit dat in de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen de rechter bij zulk ingrijpen in een wettelijke regeling een terughoudende opstelling past.*

*3.15 Deze afweging zal in het algemeen ertoe leiden dat de rechter aanstonds zelf in het rechtstekort voorziet indien zich uit het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of de wetsgeschiedenis, voldoende duidelijk laat afleiden hoe zulks dient te geschieden. In gevallen echter waarin verschillende oplossingen denkbaar zijn en de keuze daaruit mede afhankelijk is van algemene overwegingen van overheidsbeleid of belangrijke keuzes van rechtspolitieke aard moeten worden gemaakt, is aangewezen dat de rechter die keuze vooralsnog aan de wetgever laat, zulks zowel in verband met de in 3.14 bedoelde staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid van de rechter als wegens zijn beperkte mogelijkheden op dit gebied.”*

---

<sup>144</sup> Van der Woude 2009, p. 44-47.

<sup>145</sup> Van Emmerik 2008, p. 149, Barkhuysen, Van Emmerik & Uzman 2011, p. 666; Martens 2000, p. 750; Besselink 2012, p. 239.

<sup>146</sup> HR 12 mei 1999, NJ 2000, 170, m.nt. A.R. Bloembergen.

Hoewel de Hoge Raad geen grote rol heeft bij de handhaving van grondrechten uit de Grondwet, is de invloed en de rechtsvormende taak van de rechter wel gegroeid.<sup>147</sup> Dit komt vooral door de opkomst van het EVRM en de mogelijkheid voor de rechter om wetgeving en handelen van de overheid te toetsen aan internationale verdragen. Bij de toepassing van die verdragen moet de rechter positie kiezen tussen de wetgever en de internationale instanties verbonden aan die verdragen (zoals het EHRM). In het navolgende zal echter blijken dat deze toepassing niet altijd soepel verloopt.

### *2.3.3 Rechtsbescherming met behulp van het EVRM zet druk op constitutionele verhoudingen*

De hiervoor besproken wisselwerking tussen de rechter en de wetgever bij de bescherming van de grondrechten uit de Grondwet wordt sinds de opkomst van het EVRM bemoeilijkt door de invloed van dit verdrag. De invloed van het EVRM kan de rechter namelijk in een positie brengen waarbij hij een oordeel moet vellen over de conformiteit van wetgeving in formele zin met het EVRM. De werking van het EVRM binnen de Nederlandse rechtsorde kan zich op twee manieren laten voelen. Ten eerste wordt de invloed van het verdrag gevoeld door uitspraken die het EHRM tegen Nederland doet. In het geval dat er een schending wordt geconstateerd, rust er een verdragsrechtelijke verplichting op Nederland om deze schending ongedaan te maken. Ten tweede speelt het EVRM een rol doordat een ieder verbindende bepalingen van het verdrag direct doorwerken in de nationale rechtsorde en in nationale (straf)processen direct door de rechter kunnen worden toegepast en door de burger, in het strafrecht voor wat betreft het recht op een eerlijk proces vooral de verdachte, kunnen worden ingeroepen. Bij beide wijzen van invloed komt de rechtsvormende taak van de rechter aan de orde als blijkt dat de Nederlandse praktijk of wetgeving niet aan internationale normen voldoet. De nationale rechter zal dan in een concrete situatie in een oplossing moeten voorzien indien er sprake is van een constatering van strijdigheid van wetgeving met het EVRM. Deze constatering kan dan in de eerste plaats worden gedaan door het EHRM in een zaak tegen Nederland, en in de tweede plaats door een Nederlandse rechter bij de directe toepassing van het EVRM in een concrete strafzaak. De vraag die in een dergelijke situatie vooral speelt is dan hoeveel ruimte de rechter heeft om in een concrete situatie in een oplossing te voorzien, en in hoeverre die oplossing in de concrete situatie gevolgen heeft voor het bredere strafrechtelijke systeem. In vergelijkbare zaken kan immers hetzelfde probleem zich voordoen.

---

<sup>147</sup> Martens 2000, p. 749-750.

Voor wat betreft de invloed van het EVRM op de nationale rechtsorde is hiervoor al opgemerkt dat deze aanzienlijk groter is dan men oorspronkelijk dacht, toen het verdrag werd geratificeerd.<sup>148</sup> De eerste uitspraak tegen Nederland waarin een schending werd geconstateerd werd, zoals hiervoor aangegeven, in 1976 geweest.<sup>149</sup> Sindsdien is uit diverse uitspraken gebleken dat er wel degelijk terreinen binnen de Nederlandse rechtsorde zijn die niet EVRM-proof waren, mede door de zich steeds verder ontwikkelende jurisprudentie van het EHRM.<sup>150</sup> Voor het strafrecht hebben vooral de uitspraken over het (anoniem) getuigenverhoor eind jaren '80 en begin jaren '90 grote invloed gehad.<sup>151</sup> Vanaf 2008 kwam het vraagstuk van de aanwezigheid van de raadsman bij het politieverhoor centraal te staan na de uitspraak in de zaak *Salduz versus Turkije*.<sup>152</sup>

De ontwikkeling van het EVRM binnen de Nederlandse rechtsorde verliep gestaag. Van Dijk neemt de periode rond 1980 als scheidslijn waar het de omgang van de Hoge Raad met het EVRM betreft. Vóór 1980 was het gebruik van het EVRM door de Hoge Raad vrij beperkt.<sup>153</sup> Vanaf 1980 stijgt het aantal zaken waarin de Hoge Raad gebruik maakt van grondrechten, over het algemeen door toepassing van verdragsconforme interpretatie.<sup>154</sup> Er wordt derhalve een ontwikkeling van terughoudendheid naar een iets meer dynamische rol van de Hoge Raad geconstateerd. Volgens Van Dijk komt dit niet door constitutionele wijzigingen, maar vooral door een andere opstelling van de Hoge Raad.<sup>155</sup>

De meningen over de houding die de Hoge Raad moet aannemen bij de toepassing van verdragen, zijn verdeeld. Van Dijk bijvoorbeeld, vindt een dynamische houding van de Hoge Raad niet echt problematisch aangezien de Hoge Raad kiest voor oplossingen die binnen het Nederlandse systeem passen. De Hoge Raad is naar het oordeel van Van Dijk bovendien waar nodig ook bereid de scherpe randjes van zijn oplossingen af te halen. Een te afwachtende houding is volgens Van Dijk ook niet wenselijk aangezien dit een

---

<sup>148</sup> Zwaak 2001, p. 595.

<sup>149</sup> EHRM 8 juni 1976, nr. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, *NJ* 1978, 223, m.nt. D.H.M. Meuwissen, *NJ* 1978, 224 (Engel/Nederland).

<sup>150</sup> Zie hierover nader hoofdstuk III.

<sup>151</sup> Zie voor de doorwerking binnen het strafrecht nader Hoofdstuk IV.

<sup>152</sup> EHRM 27 november 2008, *NJ* 2009, 214 (*Salduz/Turkije*).

<sup>153</sup> Van Dijk 1988, p. 181-184.

<sup>154</sup> Van Dijk 1988, p. 188-191.

<sup>155</sup> Van Dijk 1988, p. 202-205.

negatieve reactie van het EHRM kan uitlokken.<sup>156</sup> Donner heeft wat meer moeite met een actieve rol van de rechter bij de toetsing aan internationale verdragen, aangezien het voor de (grond)wetgever niet gemakkelijk is om een gekozen interpretatie van het verdrag terug te draaien. Een dergelijke corrigerende reactie van de grondwetgever is wel mogelijk bij een onwelgevallige interpretatie van de Grondwet.<sup>157</sup> Donner meent voorts dat de terughoudendheid van de rechter bij de toepassing van internationale grondrechten niet zozeer komt door een reflexwerking van artikel 120 Grondwet, maar vooral omdat rechters zich bewust zijn van het feit dat er eigenlijk geen correctiemogelijkheid voor de wetgever is, als de rechter een internationale norm voor zijn beslissing gebruikt.<sup>158</sup>

Ondanks het voorzichtige positivisme dat Van Dijk toont over een ontwikkeling van de Hoge Raad naar een actieve dynamische rechter heeft die ontwikkeling niet doorgezet. De Hoge Raad wordt in de huidige tijd als een terughoudende medewetgever gezien.<sup>159</sup> Besselink geeft aan dat de Hoge Raad niet echt als een activistische rechter kan worden beschouwd aangezien de Hoge Raad goed rekening houdt met de constitutionele grenzen waarbinnen hij moet opereren.<sup>160</sup> Hier zal voor wat betreft het strafrecht nader en concreter op worden ingegaan in hoofdstuk IV.

De terughoudendheid die de rechter toont in de verhouding tot de wetgever is ook te zien als het gaat om de verhouding tot het EHRM bij de toepassing van de EVRM bepalingen in nationale zaken. Bij de toepassing van het EVRM in de Nederlandse rechtsorde door middel van de doorwerking via de artikelen 93 en 94 Grondwet lijkt de Hoge Raad niet genegen te zijn om een ruimere bescherming te geven dan ‘Straatsburg’ biedt.<sup>161</sup> De Hoge Raad acht zich niet bevoegd om die ruimere bescherming te bieden en verwijst in een dergelijk geval naar de wetgever die de keuze moet maken om een ruimere bescherming wettelijk te regelen. De Hoge Raad toont zich wel zeer loyaal ten opzichte van het EHRM. In jaarverslag van 2009/2010 werd het aldus verwoord:

*“Zoals de uitvoerende macht zich loyaal dient op te stellen ten opzichte van beslissingen van zijn eigen rechters, zo dient de nationale rechter op zijn beurt*

---

<sup>156</sup> Van Dijk 1988, p. 207-208.

<sup>157</sup> Donner 1982, p. 43-44.

<sup>158</sup> Donner 1982, p. 41-46. Zie ook R. de Lange 1999, p. 8.

<sup>159</sup> Barkhuysen, Van Emmerik, Uzman 2011, in het bijzonder p. 667-673 & 688.

<sup>160</sup> Besselink 2012, p. 240.

<sup>161</sup> Peters 2003, p. 22 & Gerards 2010, p. 243. Enkele uitzonderingen binnen het familierecht uitgezonderd. Zie De Wit 2012, p. 196 – 198.

*loyale toepassing te geven aan beslissingen van het EHRM. Ook bij hem kan het zich voordoen dat hij zo'n beslissing minder gelukkig acht, bijvoorbeeld omdat het EHRM is ingegaan tegen een bestendige nationale praktijk. Met het oog op het instandhouden van zo'n belangrijke verworvenheid als rechtspraak door een internationale rechter op het terrein van fundamentele, ons allen binnen de Raad van Europa verbindende waarden, is ook dan die loyaliteit van belang. Die dient overigens ook door andere nationale autoriteiten dan rechters te worden opgebracht.”<sup>162</sup>*

De Hoge Raad kiest derhalve voor een volgzaam en loyale houding ten opzichte van het EHRM.<sup>163</sup> Een goed voorbeeld hiervan is de reactie op de zogenaamde Salduz-jurisprudentie van het EHRM betreffende de toegang van de raadsman tot het politieverhoor. Dit voorbeeld zal nader worden uitgewerkt in hoofdstuk IV.<sup>164</sup> De Hoge Raad volgt over het algemeen dus de lijnen zoals deze uitgezet worden door het EHRM. Zodra de grenzen van het EVRM bereikt zijn, zoals het EHRM die trekt, wordt verwezen naar de wetgever.

In hoeverre de Hoge Raad kan worden gevolgd in de noodzaak voor een dergelijke voorzichtige houding is afhankelijk van hoe de doorwerking op grond van de artikelen 93 en 94 Grondwet moet worden gezien. Er zijn twee wijzen waarop naar de doorwerking van eenieder verbindende bepalingen kan worden gekeken. Ten eerste kan worden gezegd dat enkel de tekst van het betreffende artikel doorwerkt en dat de Hoge Raad daar een eigen nationale interpretatie aan kan geven. Ten tweede is er de variant dat het EVRM-artikel doorwerkt in de Nederlandse rechtsorde inclusief de uitleg die het EHRM aan die bepaling heeft gegeven.<sup>165</sup> De Hoge Raad lijkt uit te gaan van de tweede variant. Dat is gezien de constitutionele verhoudingen in Nederland op zichzelf wel verklaarbaar. De rechter zal oppassen niet zomaar een oordeel van de wetgever opzij te schuiven.<sup>166</sup> Daarmee zou hij namelijk het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet omzeilen. Deze terughoudendheid lijkt echter niet geheel te stroken met het uitgangspunt van het Straatsburgse

---

<sup>162</sup> Hoge Raad 2011, p. 11.

<sup>163</sup> Dit is niet in alle andere lidstaten van de Raad van Europa hetzelfde. Zie Hoofdstuk V voor de reactie in het Verenigd Koninkrijk op bepaalde uitspraken van het EHRM en hoe daar door de nationale autoriteiten mee wordt omgegaan.

<sup>164</sup> Zie paragraaf 4.3.3.2.

<sup>165</sup> Deze tweedeling is tevens te zien in het Verenigd Koninkrijk bij de vraag wat de omvang van de rechten uit de HRA is. Daarbij is van belang of de rechten uit de HRA eigen nationale rechten zijn, of de internationale bepalingen die doorwerken in de Britse rechtsorde. Zie hierover nader hoofdstuk V.

<sup>166</sup> R. de Lange 1999, p. 7.

beschermingssysteem, namelijk dat de omvang van de grondrechtenbescherming vanuit impulsen op nationaal niveau wordt bepaald, waarbij boven het Straatsburgse minimum kan worden gegaan.<sup>167</sup>

### *2.3.4 Conclusie*

Mede vanwege de beperkte taak die de rechter in de Grondwet toebedeeld heeft gekregen bij de bescherming van nationale grondrechten, stelt de Hoge Raad zich bescheiden op ten opzichte van de wetgever. Deze constitutionele verhouding tussen de nationale rechter en wetgever is historisch zo gegroeid. Dit resulteert in het feit dat in bepaalde gevallen de Hoge Raad geen uitkomst kan bieden in individuele gevallen. Dit bleek reeds in het Harmonisatiewet-arrest, maar ook in zaken waarin er verschillende keuzes mogelijk zijn om een concreet probleem op te lossen wordt naar de wetgever verwezen. De rechter zal in een dergelijk geval tegen de grenzen van zijn rechtsvormende taak aanlopen.

Deze beperkte rol van de Grondwet in het grondrechtendebate is extra problematisch in het licht van de invloed van het EVRM in de Nederlandse rechtsorde die sinds het eind van de jaren '70 van de 20<sup>e</sup> eeuw steeds groter is geworden. Hierdoor is de waarde van het EVRM ten opzichte van de Grondwet sterk gegroeid en heeft de Grondwet een marginale rol gekregen als het gaat om de bescherming van de rechten van burgers. Voor het strafrecht houdt dit concreet in dat het EVRM veelvuldig wordt ingeroepen in strafzaken, maar dat de Grondwet geen enkele rol in concreto speelt bij de afwegingen van de rechter. Dit is in het kader van de normatieve rol van de Grondwet binnen de nationale (straf)rechtsorde geen wenselijke situatie. Daarnaast heeft deze terughoudende opstelling tot gevolg dat de nationale rechter ook niet bereid lijkt om de grenzen van het EVRM op te zoeken, of zelfs een ruimere bescherming te bieden. Dit zal voor het strafrecht nader worden uitgewerkt in Hoofdstuk IV.

## *2.4 Conclusie*

Het doel van dit hoofdstuk was in de eerste plaats om te bezien in hoeverre er in de geschiedenis van de Nederlandse Grondwet discussies zijn geweest over het invoegen van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet. Geconcludeerd kan worden dat het recht op een eerlijk proces op zichzelf nooit expliciet in de Grondwet heeft gestaan en dat het wel opnemen van dat recht daarin, tot vrij recent ook nooit uitgebreid onderwerp van discussie is geweest. Wel zijn er in het voortraject van de grondwetsherziening van 1983

---

<sup>167</sup> Peters 2003, p. 22. Zie hierover uitgebreider Hoofdstuk III.



discussies geweest over de vraag in hoeverre nationale grondrechten in de Grondwet een plaats zouden moeten of kunnen hebben naast de grondrechten in internationale verdragen. De heersende opinie bij het opstellen van de Grondwet van 1983 was, dat er wel degelijk een meerwaarde is in het opnemen van grondrechten op nationaal niveau, naast de internationale fundamentele rechten uit verdragen. Zulks vanwege het verschillende karakter van beide soorten bepalingen. Dit uitgangspunt werd geformuleerd door de Staatscommissie Cals/Donner en is destijds overgenomen door de toenmalige regering. Het kabinet-Rutte I heeft een andere weg gekozen door het advies van de Staatscommissie Grondwet om een bepaling over het recht op een eerlijk proces in de Grondwet op te nemen, af te wijzen met als argumentatie dat dit niet nodig is aangezien een dergelijk recht al in een internationaal verdrag is vastgelegd. Dit argument is derhalve in strijd met het uitgangspunt van de grondwetsherziening van 1983. Voor wat betreft het recht op een eerlijk proces kan worden gesteld dat opname in de Grondwet niet uitzonderlijk zou zijn in het licht van de historie van de Grondwet. Ook in de huidige Grondwet staan rechten die ook reeds in internationale verdragen zijn vastgelegd.

Ten tweede is in dit hoofdstuk aan de orde gekomen hoe historisch gezien de verhouding tussen rechter en wetgever bij de bescherming van grondrechten in de Grondwet is geweest en gegroeid. Uit dit hoofdstuk blijkt, dat van oudsher de wetgever de leidende positie heeft bij het beschermen van de grondrechten uit de Grondwet. Dit komt vooral door het feit dat de eerste Grondwet van Nederland sterk geïnspireerd is door de Franse traditie en daardoor vooral het karakter heeft van een regeling die bevoegdheden verdeelt tussen de diverse constitutionele actoren. Een inspirerend normatief karakter heeft de Grondwet derhalve nooit gehad, noch is dat beoogd en betoogd. Slechts in recente jaren is er meer aandacht voor dit inspirerende en normatieve karakter van de Grondwet. Om de rechter een rol te geven bij het opwaarderen van de Grondwet kan worden gedacht aan opname van meer grondrechten, waaronder het recht op een eerlijk proces. Indien dit het doel is, zal ook moeten worden nagedacht over het bestaan van het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet. Vanwege dit toetsingsverbod heeft de wetgever altijd het laatste woord over de grondwettigheid van wetgeving in formele zin gehad en gehouden. Ondanks diverse discussies door de jaren heen is het toetsingsverbod altijd in de Grondwet verankerd gebleven. Het meest recente initiatief van het voormalige Kamerlid Halsema om tot een gedeeltelijke opheffing van het toetsingsverbod te komen, lijkt nog een moeilijke weg te moeten volgen in tweede lezing in de Staten Generaal. De vraag naar de opheffing van het toetsingsverbod komt nog nader aan de orde

## HOOFDSTUK II

in hoofdstuk VI aangezien de realisering van eventuele aspecten van meerwaarde van opname van het recht op een eerlijk proces afhankelijk kan zijn van de opheffing van dit verbod, of eventuele andere institutionele aanpassingen van de Grondwet.<sup>168</sup>

Hoewel het toetsingsverbod in het strafrecht geen grote rol speelt in die zin dat de strafrechter veel aan toetsing zou doen als de mogelijkheid tot toetsing zou bestaan, speelt het indirect wel een rol. Betoogd kan worden dat het toetsingsverbod leidt tot een zekere terughoudendheid van de rechter als het gaat om bescherming van grondrechten uit de Grondwet in het strafproces. Hierdoor speelt de Grondwet nauwelijks een rol binnen het strafproces. Vanuit het aspect van symboolwaarde van de Grondwet is deze beperkte rol betreurenswaardig. Het belang van het EVRM is daarentegen veel groter en heeft de leemte die de Grondwet binnen het strafproces laat opgevuld. Echter, ook bij de doorwerking van EVRM-normen is de terughoudendheid van de rechter aan de orde. De rechter lijkt namelijk niet het toetsingsverbod te willen omzeilen door middel van een uitgebreide toetsing aan een ieder verbindende bepalingen van internationale verdragen. De Hoge Raad stelt zich daarom voorzichtig op bij het toepassen van het EVRM op nationaal niveau en blijft daarbij binnen de door het EHRM uitdrukkelijk gestelde kaders. Het is aan de wetgever om een ruimere bescherming te bieden, indien hij dit nodig acht. De vraag is of deze terughoudende opstelling de ontwikkeling van de normen van het EVRM ten goede komt, onder andere deze vraag zal in het volgende hoofdstuk worden besproken.

---

<sup>168</sup> Zie hoofdstuk VI, paragraaf 6.4.

# Hoofdstuk III: Handhaving van het EVRM in Straatsburg

## 3.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk is de ontwikkeling van de Nederlandse Grondwet vanaf 1814 besproken. Aan het einde van dat hoofdstuk kwam de sterke opkomst van het EVRM en het EHRM in de jaren '80 van de vorige eeuw aan de orde. Het EHRM ontwikkelde zich tot een bewaker van de fundamentele rechten in Europa en breidde zich steeds meer uit tot het belangrijke mensenrechtenhof dat het nu is. Het wordt wel aangemerkt als het meest succesvolle en efficiënte mensenrechtenregime in de wereld.<sup>169</sup> Deze ontwikkeling heeft onmiskenbaar ook grote gevolgen voor Nederland gehad. Zowel via de doorwerking van het EVRM binnen de Nederlandse rechtsorde via de artikelen 93 en 94 van de Grondwet, maar ook door de uitspraken die het EHRM doet op basis van het EVRM. In dat laatste geval spelen niet alleen uitspraken tegen Nederland een rol, maar kunnen uitspraken tegen andere landen ook grote gevolgen hebben voor de Nederlandse (straf)rechtsorde.

In dit hoofdstuk zal het eigen beschermingsmechanisme van het EVRM aan de orde komen. Het gaat dan over de handhaving en toepassing van het EVRM door het Hof in Straatsburg. De doorwerking van het EVRM in de (straf)rechtsorde van Nederland wordt in hoofdstuk IV besproken. In dit hoofdstuk zal een globaal overzicht worden gegeven van hoe het systeem van bescherming op het niveau van het Hof in Straatsburg werkt. In het bijzonder wordt gezien hoe enkele kenmerkende elementen van het EVRM beschermingsmechanisme van invloed zijn op handhaving van fundamentele rechten in Nederland, en dan in het bijzonder die van het recht op een eerlijk proces. Deze elementen zijn te verdelen in structurele elementen die voornamelijk te maken hebben met het systeem van handhaving enerzijds en inhoudelijke elementen die vooral betrekking hebben op de inhoudelijke uitspraken die het Hof doet anderzijds. Eerst zal de procedure zoals deze in Straatsburg wordt toegepast, worden besproken. Daarbij komen diverse procedurele elementen aan de orde die van belang zijn voor de doorwerking van het EVRM op nationaal niveau. Na de bespreking van deze procedurele elementen zal in het tweede deel van het hoofdstuk worden besproken welke inhoudelijke elementen van het Straatsburgse beschermingsmechanisme van

---

<sup>169</sup> Keller & Stone Sweet 2008, p. 3, Helfer 1993, p. 133 en Kuijer 2008, p. 424, 426.

invloed zijn op het Nederlandse strafprocesrecht in geval van doorwerking van het EVRM. De bespreking van deze elementen vindt plaats in het kader van de hoofdvraag naar de meerwaarde van het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet. In Hoofdstuk VI zal namelijk gekeken worden wat een eventuele meerwaarde van opname van dat recht zou zijn in het licht van de bespreking van de genoemde elementen.

Voorafgaand aan de bespreking van de genoemde problematische elementen van de werking van het beschermingsmechanisme van het EVRM, zullen eerst twee kenmerkende eigenschappen van de bescherming van het EVRM door het Hof worden besproken.

### ***3.2 Het beschermingsmechanisme van het EVRM op het niveau van het Hof in Straatsburg***

#### *3.2.1 Inleiding*

Het Nederlandse strafprocesrecht is sterk beïnvloed door het EVRM. Er wordt wel betoogd dat geen enkel ander rechtsgebied in Nederland zo door het EVRM is beïnvloed als het strafprocesrecht.<sup>170</sup>

Die invloed van het EVRM laat zich op twee manieren voelen. In de eerste plaats door middel van de directe doorwerking van een ieder verbindende bepalingen van het EVRM via de artikelen 93 en 94 Grondwet. In de tweede plaats door de controle op de naleving van het EVRM door het Hof in Straatsburg nadat de Nederlandse procedure volledig is doorlopen. De eerste wijze van invloed komt in het volgende hoofdstuk aan de orde aangezien het daarbij vooral gaat over handhaving van het EVRM op nationaal niveau. In dit hoofdstuk wordt voornamelijk de aard van de handhaving van het EVRM door het Hof in Straatsburg bekeken en geanalyseerd. Het doel van deze analyse is te bezien welke elementen van de bescherming door het EHRM als problematisch zijn te beschouwen. In hoofdstuk VI zal dan kunnen worden gekeken in hoeverre de opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet kan helpen deze problemen weg te nemen of in ieder geval te verminderen.

In dit hoofdstuk ligt de nadruk op voorbeelden uit de jurisprudentie betreffende artikel 6 EVRM, maar ook op grond van artikel 5 en artikel 8 EVRM heeft het Nederlandse strafrecht (indirect) veel met het EVRM te maken gehad.

---

<sup>170</sup> Baauw 2000, p. 409.

Te denken valt aan de toepassing van de voorlopige hechtenis,<sup>171</sup> en bijzondere opsporingsmethoden die inbreuk maken op de privacy van de verdachte en andere burgers.

### 3.2.2 *Het mechanisme van Straatsburg: subsidiariteit en (individueel) klachtrecht*

Het mechanisme van rechtsbescherming door het Hof in Straatsburg heeft twee kenmerkende eigenschappen. In de eerste plaats de subsidiariteit van de bescherming en in de tweede plaats de aanwezigheid van het individueel klachtrecht.

Het beginsel van de subsidiariteit houdt in dat het EHRM pas in beeld komt als de realisering van de bescherming van het EVRM op nationaal niveau tekort is geschoten, althans wanneer dat wordt betoogd door een eventuele klager. Het EVRM en het Hof zelf leggen daarmee de primaire verantwoordelijkheid voor het beschermen van de rechten uit het verdrag bij de nationale autoriteiten in de diverse lidstaten.<sup>172</sup> Het ideaalbeeld is dat op nationaal niveau geen schendingen plaatsvinden, en als dat al gebeurt, dat er dan door de rechterlijke macht op nationaal niveau wordt ingegrepen. Het Hof zou dan alleen nodig zijn om de meest ernstige gevallen en extreme excessen te behandelen.<sup>173</sup> Maar volgens Myjer kan toch niet worden verwacht dat lidstaten alles zelf regelen, vooral vanwege de zich steeds ontwikkelende jurisprudentie van het Hof, de positieve verplichtingen die het verdrag oplegt en de margin of appreciation die het Hof soms laat aan de lidstaten, maar die dan wel door de staten moet worden ingevuld.<sup>174</sup>

De subsidiaire rol van de bescherming door het EHRM is niet letterlijk in de tekst van het verdrag vastgelegd, maar wordt wel ingelezen in artikel 1 EVRM.<sup>175</sup> Daarnaast blijkt het belang van het subsidiariteitsbeginsel in de praktijk op diverse manieren. Ten eerste uit het feit dat de klager eerst op

---

<sup>171</sup> EHRM 29 November 1988, nr. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, NJ 1989, 815, m.nt. E.A. Alkema (Brogan). Zie voor kritiek op wijze van inpassing van Brogan Uit Beijerse, 2005. 972-974.

<sup>172</sup> Wildhaber 2002, p. 161, Gerards 2010, p. 231 & Myjer 2004, p. 31. Zie de ook de afsluitende verklaringen van de conferenties in Interlaken, Izmir & Brighton over de toekomst van het EHRM.

<sup>173</sup> Wildhaber 2002, p. 161.

<sup>174</sup> Myjer, 2004, p. 31 & Rapport Group of Wise Persons, punt 16, het rapport beschrijft de bescherming op nationaal niveau als 'the first line of defence of the rule of law and human rights'.

<sup>175</sup> Zie onder andere de Nota van de Jurisconsult van 8 juli 2010 als follow-up op de Interlaken conferentie.

nationaal niveau alle tot de beschikking staande rechtsmiddelen moet gebruiken.<sup>176</sup> Als dat niet is gebeurd, is een klacht in Straatsburg in beginsel niet-ontvankelijk.<sup>177</sup> Ten tweede is het instrument van de margin of appreciation een uitvloeisel van de gedachte dat in sommige gevallen aan de lidstaten de ruimte moet worden gelaten om een eigen koers te varen bij het naleven en implementeren van het EVRM in de eigen rechtsorde.<sup>178</sup> Door het Hof wordt tenslotte in de jurisprudentie ook regelmatig gewezen op zijn subsidiaire plaats bij de bescherming van het EVRM.<sup>179</sup> Dat betekent dat de lidstaten in eerste instantie zelf de rechten van het EVRM op nationaal niveau moeten garanderen en realiseren. Dat hoeft niet in iedere lidstaat precies hetzelfde te zijn. Het EHRM toetst enkel of een zeker minimum niveau van bescherming wordt gehaald.

In de verklaring naar aanleiding van de Brighton conferentie in 2012 over de toekomst van het EHRM is vastgelegd dat de landen die partij zijn bij het EVRM het subsidiariteitsbeginsel toegevoegd willen zien aan de preambule van het EVRM.<sup>180</sup>

De achtergrond van het subsidiariteitsbeginsel is ten eerste de veronderstelling dat nationale autoriteiten in een betere positie zijn om een individueel geval te beoordelen. Nationale autoriteiten zitten namelijk dichterbij de feiten en zijn meer bekend met eventuele nationale eigenaardigheden die van invloed zijn op een uiteindelijke beslissing. Ten tweede biedt het EVRM minimumrechten; het staat de lidstaat altijd vrij om ruimere bescherming te bieden.<sup>181</sup> Dit laatste is uit het verdrag zelf op te maken en wel uit artikel 53 EVRM. De vraag kan worden gesteld in hoeverre de Nederlandse rechter de ruimte ziet om een dergelijke ruimere bescherming te bieden op nationaal niveau door middel van een ruimere interpretatie van het EVRM dan die het EHRM biedt.<sup>182</sup> In hoofdstuk II bleek dat vanwege de bescheiden positie in Nederland van de rechter ten opzichte van de wetgever

---

<sup>176</sup> Art. 35 lid 1 EVRM.

<sup>177</sup> Zie ook Gerards 2009, p. 412 en Corstens & Pradel 2003, p. 265.

<sup>178</sup> Zie over de margin of appreciation verder paragraaf 3.4.3.

<sup>179</sup> Vande Lanotte & Haeck 2005, p. 180.

<sup>180</sup> Brighton Declaration 2012, paragraaf B, punt 12, sub b.

<sup>181</sup> Vande Lanotte & Haeck 2005, p. 180.

<sup>182</sup> Een voorbeeld is de Salduz-jurisprudentie waar de Hoge Raad bewust heeft gezocht naar de minimumgrens die Straatsburg heeft gesteld als het gaat om de toegang van de raadsman bij het politieverhoor. Zie hierover verder hoofdstuk IV, paragraaf 4.3.2. en Leeuw & Mevis 2011. Zie over de discussie over Salduz in het Verenigd Koninkrijk in hoofdstuk V.

een ruimere mate bescherming niet door de rechter pleegt te worden geboden.

Het andere belangrijke kenmerk van het beschermingssysteem van het EVRM is het bestaan van het klachtrecht en dan vooral de wijze waarop dat klachtrecht is ingevuld. Er zijn twee manieren om een zaak aan te brengen bij het Hof; een klacht door een individu (artikel 34 EVRM) en een klacht door een staat tegen een andere staat (artikel 33 EVRM). De interstatelijke procedure wordt nauwelijks toegepast en moet meer worden gezien als een voorziening van principiële aard; het bestaan ervan benadrukt dat de lidstaten onderling jegens elkaar verantwoordelijk zijn voor de handhaving van de rechten van het EVRM.<sup>183</sup> Een reden die wordt aangedragen voor deze beperkte toepassing van het statenklachtrecht is dat staten onderling huiverig zijn om elkaar te dagen voor een internationaal hof.<sup>184</sup>

Het individueel klachtrecht wordt daarentegen gezien als een kernonderdeel van het Straatsburgse beschermingsmechanisme en als een van de belangrijkste redenen voor de sterke ontwikkeling van het EVRM en de grote impact die het verdrag heeft in de lidstaten.<sup>185</sup> In de eindverklaring van de Izmir-conferentie in 2011 over de toekomst van het EHRM wordt het belang van het individueel klachtrecht niet voor niets benadrukt en wordt het aangemerkt als een ‘cornerstone’ van het Straatsburgse beschermingsmechanisme.<sup>186</sup>

Wanneer er wordt gediscussieerd over de vraag welke hervormingen dienen te worden doorgevoerd om de werkdruk van het Hof te verlagen, wordt vaak betoogd dat het individueel klachtrecht van zo groot belang is dat het absoluut gehandhaafd moet blijven.<sup>187</sup> Het individueel klachtrecht is namelijk een uitvloeisel van de wens om de toegang tot het Hof zo laagdrempelig mogelijk te maken om zodoende iedereen de gelegenheid te geven zijn of haar zaak aan te brengen.<sup>188</sup> Dat komt onder andere tot uitdrukking in het feit dat juridische bijstand niet noodzakelijk is voor het indienen van een klacht en dat voor het indienen van een klaagschrift ook maar weinig vormvereisten bestaan.<sup>189</sup> De schaduwzijde hiervan is dat het hierdoor gemakkelijk is om een klaagschrift in te dienen waardoor er veelvuldig van deze mogelijkheid gebruik wordt gemaakt, ook in zaken die dermate betekenisloos zijn dat ze eigenlijk niet bij het EHRM horen te

---

<sup>183</sup> Tomuschat 2007, p. 4.

<sup>184</sup> Van Dijk & Van Hoof 2006, p. 51.

<sup>185</sup> Thomassen 2003, p. 13.

<sup>186</sup> Izmir Declaration, 2011, p. 3.

<sup>187</sup> Thomassen 2003 & Bernhardt 2007, p. 32.

<sup>188</sup> Myjer 2004, p. 16.

<sup>189</sup> Vande Lanotte & Haecck 2005, p. 323-324.

komen.<sup>190</sup> De stroom zaken die binnenkomt, is onder andere om die reden heel groot, hetgeen weer leidt tot aanzienlijke capaciteitsproblemen. Deze problemen worden hierna nog besproken. Wel kan hier al worden geconstateerd dat meer dan 90% van de zaken niet-ontvankelijk wordt verklaard. De kans dat een klager ook een inhoudelijk oordeel over de klacht krijgt, is dus niet zo heel erg groot. Dat is niet alleen het gevolg van het grote aantal kennelijk niet-ontvankelijke klachten. Het is ook nodig dat een groot aantal zaken niet-ontvankelijk wordt verklaard om aan de meer ernstigere zaken toe te komen.<sup>191</sup> Het is zelfs zo dat bij de zaken die wel ontvankelijk zijn, een prioritering wordt gemaakt van welke zaak als eerste zal worden behandeld.<sup>192</sup>

Er wordt wel betoogd dat de bescherming van individuele klagers niet het oorspronkelijke doel van het EVRM was. De oorspronkelijke gedachte was dat het EVRM vooral de democratische identiteit van de lidstaten moest beschermen en de samenwerking tussen landen moest versterken.<sup>193</sup> Oorspronkelijk was er ook weerstand van een aantal landen om zich te onderwerpen aan de jurisdictie van een internationaal hof. Dit probleem werd opgelost door het individueel klachtrecht in eerste instantie optioneel te maken.<sup>194</sup> De keuzemogelijkheid voor lidstaten om het individueel klachtrecht al dan niet open te stellen verdween definitief ten gevolge van de inwerkingtreding van het Elfde Protocol op 1 november 1998.

### 3.2.3 *Taak van het EHRM: ontwikkeling naar meer constitutionaliteit?*

Het individueel klachtrecht is de laatste jaren steeds verder onder druk komen te staan. In paragraaf 3.3 wordt in dat kader het beperken van het individueel klachtrecht besproken in het licht van het verlichten van de caseload van het EHRM. De discussie over het klachtrecht bevat echter ook een element dat voor het betoog in deze paragraaf over het beschermingsmechanisme van belang is. Dat betreft de vraag wat de primaire taak van het Hof binnen het beschermingsmechanisme van het EVRM eigenlijk is.

Enerzijds zijn er auteurs die menen dat de voornaamste taak van het Hof is het bieden van rechtsbescherming aan de individuele klager. Aan de andere kant zijn er auteurs die vinden dat het Hof een meer constitutionele rol zou

---

<sup>190</sup> Myjer 2004, p. 16.

<sup>191</sup> Garlicki 2009, p. 393.

<sup>192</sup> Garlicki 2009, p. 393 en Prioriteitenlijst van het Hof gepubliceerd op [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int). Deze prioriteitenlijst is opgesteld naar aanleiding van de Interlaken conferentie in 2010.

<sup>193</sup> Greer & Williams 2009, p. 464.

<sup>194</sup> Bates 2011, p. 28-29.



moeten vervullen door zich meer te focussen op belangrijke richtinggevende beslissingen ten koste van de bescherming in ieder concreet geval. Dit zou betekenen dat het Hof zich minder zou gaan richten op zoveel mogelijke individuele rechtsbescherming, maar meer uitspraken zou gaan doen die een algemene lijn uitzetten over hoe bepaalde rechten moeten worden toegepast c.q. gehandhaafd. De nadruk gaat dan liggen op het aangeven aan de lidstaten hoe bepaalde rechten op nationaal niveau moeten worden ingevuld en vormgegeven. Christoffersen omschrijft de twee taakopvattingen respectievelijk als het bieden van ‘individual justice’ en ‘constitutional justice’.<sup>195</sup>

In 2002 stelde de toenmalige president van het Hof, Wildhaber, voor dat het Hof zich meer zou gaan richten op zijn ‘constitutionele’ rol en meer principiële uitspraken zou moeten gaan doen.<sup>196</sup> Volgens Wildhaber is de voornaamste rol van het Hof het verhogen van de standaard van mensenrechtenbescherming in Europa door middel van het doen doordringen van de jurisprudentie van het Hof in de lidstaten van de Raad van Europa.<sup>197</sup> Dit zou dan wel ten koste gaan rechtsbescherming ten aanzien van de individuele klachten.<sup>198</sup> Ook Greer en Williams stellen dat de nadruk moet liggen op een meer constitutionele rol. De nadruk op het individuele klachtrecht kan volgens hen om drie redenen niet meer worden gehandhaafd. Ten eerste was individuele bescherming niet het beoogde doel bij het opstellen van de Conventie, ten tweede is geen reële mogelijkheid te bedenken waarbij het Hof alle individuele klagers voldoende rechtsbescherming kan bieden en ten derde heeft het Hof nauwelijks mogelijkheden om de gevolgen van schendingen door lidstaten te herstellen of financieel te compenseren.<sup>199</sup>

Een concreet voorstel dat in dit kader van hervorming van het Straatsburgse systeem wel is gedaan, is om een soort verlostelsel in te voeren vergelijkbaar met het certiorari stelsel dat het Amerikaanse Supreme Court hanteert. Hiermee zou de nadruk op enkel zaken die voor de rechtsontwikkeling van belang zijn, kunnen worden gerealiseerd. Bij het opstellen van Protocol 14 is deze optie echter afgewezen omdat het een

---

<sup>195</sup> Christoffersen 2008.

<sup>196</sup> Dit voorstel is in grote lijnen te vergelijken met de discussie bij de Hoge Raad over de vraag wat voorrang moet krijgen; rechtsbescherming of rechtsvorming. Zie Hammerstein 2008.

<sup>197</sup> Wildhaber 2002, p. 162-163.

<sup>198</sup> Wildhaber 2002, p. 164-165.

<sup>199</sup> Greer & Williams 2009, p. 466.

bepanking van het individueel klachtrecht zou inhouden.<sup>200</sup> Ook in de literatuur is er weerstand tegen de invoering van een certiorari stelsel.<sup>201</sup>

### *3.2.4 Conclusie*

Het subsidiariteitsbeginsel waarop het systeem van bescherming van het EVRM en de taak van het Hof is gestoeld, gaat in eerste plaats uit van bescherming van het EVRM op nationaal niveau. Het is daarom noodzakelijk dat de lidstaten van de Raad van Europa zelf op nationaal niveau het maximale doen om de rechten van het EVRM te beschermen. Deze verplichting vloeit uit het verdrag voort en wordt regelmatig door het EHRM en de Raad van Europa benadrukt. In Nederland is onder andere voldaan aan deze verplichting door de artikelen van het EVRM direct, voor zover zij ‘een ieder verbindend’ zijn, te laten doorwerken via de artikelen 93 en 94 Grondwet. In het volgende hoofdstuk zal worden bekeken in hoeverre deze doorwerking goed verloopt en inhoudelijk tot gewenste resultaten leidt.

Indien de ontwikkeling naar een meer constitutionele rol voor het EHRM zich doorzet, zijn voor de rechtsbescherming van de individuele burger twee zaken van belang. Ten eerste dat de rechter op nationaal niveau nog meer moet proberen op een vermeende schending te reageren om zodoende de gang naar Straatsburg niet nodig te maken. De kans dat een eventuele klager zijn zaak behandeld zal zien worden in Straatsburg, wordt namelijk steeds kleiner als meer de nadruk op een constitutionele rol van het Hof wordt gelegd. Ten tweede zal de rechter op nationaal niveau de lijnen die het EHRM uitzet in zijn meer ‘constitutionele’ zaken uitdrukkelijk op moeten pakken. Deze ontwikkeling naar een meer constitutionele rol van het Hof is onder andere te zien bij de toepassing van het 14<sup>e</sup> Protocol. Dit Protocol zal in de volgende paragraaf nader worden besproken.

## ***3.3 Structurele/Procedurele elementen van het Straatsburgse beschermingsmechanisme***

### *3.3.1 Toenemende overbelasting van het Straatsburgse mechanisme*

De grootste bedreiging voor een effectieve bescherming van de rechten van het EVRM door het Hof is de enorme hoeveelheid zaken die ieder jaar bij het Hof aanhangig wordt gemaakt. Deze overbelasting is daarom een factor van betekenis in de vraag of opname van een bepaling over het recht op een eerlijk

---

<sup>200</sup> Explanatory Report Protocol 14, punt 34.

<sup>201</sup> Barkhuysen & Van Emmerik 2009, p. 446.

proces in de Grondwet een meerwaarde heeft naast de bestaande bescherming die geboden wordt door het EVRM.

Het Hof betaalt de prijs voor zijn eigen succes doordat er zoveel klachten binnenkomen. Sinds het begin van de jaren '90 is het aantal klaagschriften bij het Hof sterk gestegen. Dit komt door de groei van het aantal lidstaten van de Raad van Europa, maar ook door het groeiende bewustzijn omtrent mensenrechten.<sup>202</sup> Uit het jaarrapport van het EHRM van 2011 bleek dat het aantal lopende zaken op 31 december 2011 151.600 bedroeg.<sup>203</sup>

Het probleem van de groeiende werklast van het Hof is al enkele jaren bekend. Er zijn daarom reeds diverse maatregelen genomen om te proberen de werklast van het Hof te verlichten. De eerste belangrijke stap die de Raad van Europa probeerde te zetten om de werklast te verlichten, was het opstellen van Protocol 11 waarbij het institutionele geraamte van het EVRM werd veranderd.<sup>204</sup> Tot aan de inwerkingtreding van het Protocol werden klachten afgedaan door een Commissie en eventueel daarna pas (indien door de Commissie ontvankelijk verklaard) door het Hof behandeld. Met de inwerkingtreding van Protocol 11 werd de Commissie afgeschaft en werd het Hof een fulltime instantie die als enige instantie op het Straatsburgse niveau verantwoordelijk werd voor het inhoudelijk beoordelen van klachten. Na en mede ten gevolge van de invoering van het 11<sup>e</sup> Protocol nam echter het aantal zaken sterk toe. Hiervoor werd al gewezen op de uitbreiding van het aantal lidstaten en het groeiende bewustzijn omtrent fundamentele rechten als redenen voor deze sterke groei. De groei die het Protocol teweegbracht kwam door het feit dat het individueel klachtrecht en de jurisdictie van het Hof verplicht werden. Daarnaast was er in veel nieuwe lidstaten behoorlijk wat wantrouwen ten opzichte van de nationale autoriteiten, hetgeen ook tot meer klachten leidde.<sup>205</sup> De invoering van Protocol 11 en de uitbreiding gezamenlijk leidden derhalve tot een verdere toename van het aantal zaken.<sup>206</sup> De gehoopte verlichting van de werklast bleef uit.

Een dergelijke caseload leidt onvermijdelijk tot vertraging in de afhandeling van zaken. Gezien de grote belangen die vaak spelen bij zaken waar fundamentele rechten in het spel zijn, is een tijdige uitspraak essentieel om tot een optimale verwezenlijking van de rechten van burgers te komen.<sup>207</sup> Dit is vooral van belang in het strafrecht waar iemand anders mogelijk (te)

---

<sup>202</sup> Reiss 2009, p. 295.

<sup>203</sup> Jaarrapport EHRM te vinden op de website van het Hof ([www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)).

<sup>204</sup> Van Dijk & Van Hoof 2006, p. 35 e.v.

<sup>205</sup> Beernaert 2004, p. 545 & Caflich 2006, p. 406.

<sup>206</sup> Keller & Stone Sweet 2008, p. 12.

<sup>207</sup> Myjer 2004, p. 27.

lang in gevangenschap kan hebben gezeten, voordat het Hof tot het oordeel komt dat er sprake is van een schending van het EVRM. Het aanbrengen van een zaak bij het Hof heeft namelijk geen opschortende werking.<sup>208</sup> Iemand die tot een celstraf is veroordeeld zal in gevangenschap blijven zolang de Straatsburgse procedure loopt, tenzij deze gevangenisstraf binnen de termijn van de behandeling in Straatsburg afloopt. Zelfs na een eventuele constatering van een schending zal er op grond van nationaal recht een procedure moeten zijn die de schending ongedaan maakt. Dat gebeurt niet automatisch aangezien de constatering van een schending slechts een declaratoir karakter heeft. Een constatering van een schending kan in een klacht over een strafrechtelijke procedure wel een grond voor herziening en schadevergoeding zijn, maar iemand heeft dan wel al lange tijd vastgezet.<sup>209</sup> Tot slot komt het de legitimiteit en reputatie van het Hof niet ten goede wanneer het Hof zich zelf niet aan de redelijke termijn eisen die het aan lidstaten stelt, kan houden.<sup>210</sup> Het niet binnen een redelijke termijn afhandelen van zaken is niet het enige punt waar het Hof door de grote werklast tekortschiet. Onder andere vanwege de caseload-problemen is er ook geen verplichting om een negatief oordeel over de ontvankelijkheid van een zaak te motiveren. Dit is problematisch aangezien het grootste deel van de zaken dat binnenkomt bij het Hof tot deze (dan onbevredigende) uitspraak leid. Deze gang van zaken komt het vertrouwen in het Hof niet ten goede.<sup>211</sup>

Om te voorkomen dat het beschermingsmechanisme dicht zou slibben, is men kort na de invoering van Protocol 11 begonnen om te bezien welke maatregelen nog meer noodzakelijk waren om het probleem van de toenemende caseload van het Hof op te lossen. In mei 2004 nam de Raad van Ministers van de Raad van Europa een pakket van maatregelen aan dat de werkdruk van het Hof zou moeten verlichten. De meest verregaande maatregel was de aanpassing van het EVRM door middel van het 14<sup>e</sup> Protocol dat de procedure bij het Hof moest stroomlijnen. Daarnaast werd een drietal aanbevelingen aangenomen die er in het bijzonder op gericht waren om de

---

<sup>208</sup> Corstens & Pradel 2003, p. 254.

<sup>209</sup> Zie voor een voorbeeld van een nationale afhandeling van een individuele strafzaak naar aanleiding van een veroordeling door het EHRM HR 18 maart 2005, *NJ* 2005, 201, m.nt. E.A. Alkema. Dit arrest is een reactie op de uitspraak van het EHRM in de zaak Van Mechelen, EHRM 23 april 1997, nr. 21363/93; 21364/93; 21427/93; 22056/93, *NJ* 1997, 635, m.nt. G. Knigge (Van Mechelen/Nederland).

<sup>210</sup> Tomuschat 2007, p. 13, zie ook Barkhuysen & Van Emmerik 2009, p. 444 en Corstens & Pradel 2003, p. 254.

<sup>211</sup> Zie Bernhardt 2007, p. 34 en Barkhuysen & Van Emmerik 2009, p. 442.

bescherming van EVRM-rechten op nationaal niveau te verbeteren.<sup>212</sup> Dit vanuit het besef dat de handhaving van het EVRM in de eerste plaats op nationaal niveau moet geschieden en dat verlichting van de caseload niet alleen moet worden gevonden door aanpassing van het beschermingsmechanisme van het Hof, maar in het bijzonder ook door maatregelen op nationaal niveau.<sup>213</sup> De aanbevelingen richten zich zowel op preventie van schendingen van het EVRM als op het beter reageren op eventuele schendingen.<sup>214</sup>

Aanbeveling 4 richt zich in het bijzonder op het onderwijs; door middel van beter onderwijs op universiteiten en voorlichting door NGO's moet bekendheid met en kennis over het EVRM worden vergroot. Op deze manier hoopte men door middel van preventie het ontstaan van schendingen en de daaropvolgende gang naar Straatsburg te voorkomen.

Ook de tweede aanbeveling in de serie van drie, Aanbeveling 5, is gericht op preventie. De aanbeveling roept op tot controle van bestaande en toekomstige wetgeving op compatibiliteit met het EVRM. Voor wat betreft toekomstige wetgeving wordt aangeraden om nieuwe wetsvoorstellen systematisch te toetsen aan het EVRM. Zodoende zou de kans dat een dergelijke wet (of actie op basis van die wet) tot een schending van het EVRM leidt, af moeten nemen.<sup>215</sup>

Aanbeveling 6 richt zich niet op preventie, maar roept de lidstaten op ervoor te zorgen dat er in het nationale recht een effectief rechtsmiddel is om tegen een vermeende schending van het EVRM te ageren. Ook hier is weer de intentie zichtbaar dat door meer actie op nationaal niveau de werkdruk van het Hof kan worden verminderd. In de eerste plaats, omdat zaken überhaupt niet meer in Straatsburg worden aangebracht als deze zaken op nationaal niveau op een juiste wijze worden afgedaan. In de tweede plaats wordt, zo is de redenering, de behandeling van een zaak in Straatsburg ook gemakkelijker als er ondanks de behandeling op nationaal niveau een beroep op het Hof wordt gedaan aangezien de zaak helderder is omdat hij al eens inhoudelijk is behandeld.<sup>216</sup>

Alle drie de aanbevelingen zijn opgesteld met als voornaamste doel het verlichten van de werklust van het Hof. De oplossing wordt hier gezocht op nationaal niveau, de subsidiaire rol van het Hof in de bescherming van het

---

<sup>212</sup> Recommendation Rec(2004)4, Rec(2004)5 en Rec(2004)6 van 12 mei 2004.

<sup>213</sup> Beerneart 2004, p. 546 & Thomassen 2003, p. 16-17.

<sup>214</sup> Beerneart 2004, p. 547.

<sup>215</sup> Rec(2004)5, nr. 5.

<sup>216</sup> Rec(2004)6, nr. 3.

EVRM wordt uitdrukkelijk genoemd in de aanbevelingen. Het was echter duidelijk dat deze (bepaalde) aanpassingen op nationaal niveau alleen niet voldoende soelaas zouden bieden. Vandaar dat ook is gekeken naar mogelijkheden tot wijziging van het beschermingsmechanisme van het Hof zelf.

### 3.3.2 Protocol 14

In 2004 werd het 14<sup>e</sup> Protocol opgesteld dat op een aantal punten de werkwijze van het Hof zou moeten aanpassen. Het Protocol was vooral bedoeld om de werklust van het Hof te verminderen door zaken efficiënter aan te pakken. In het Explanatory Report bij het Protocol werd ook nadrukkelijk gesteld dat het ging om een verfijning van het beschermingsmechanisme en dat er geen grote structuurwijzigingen werden beoogd, zoals wel het geval was bij Protocol 11.<sup>217</sup> In tegenstelling tot de hiervoor besproken aanbevelingen ging het bij het 14<sup>e</sup> Protocol dus vooral om wijzigingen op het Straatsburgse niveau van bescherming.

Er werd vastgesteld dat het merendeel van de bij het Hof aanhangige zaken grofweg in twee categorieën kan worden ingedeeld. Ten eerste zaken die duidelijk niet-ontvankelijk zijn en ten tweede zaken die klachten betreffen waar het Hof al in een eerder stadium een uitspraak over heeft gedaan, maar waarbij de oorzaak nog niet is aangepakt door de betreffende lidstaat.<sup>218</sup> Het is daarom niet verwonderlijk dat het Protocol voornamelijk maatregelen bevat om iets te doen aan de zaken die in de genoemde categorieën vallen, maatregelen die echter geen afbreuk mochten doen aan het al eerder besproken individueel klachtrecht.<sup>219</sup> Op die manier, zo is de verwachting, houdt het EHRM meer tijd over voor de echt inhoudelijk principiële zaken. De drie belangrijkste wijzigingen die het Protocol aanbrengt aan het EVRM zijn:

- het invoeren van een nieuwe ontvankelijkheidsgrond in artikel 35 EVRM (artikel 12 14<sup>e</sup> Protocol).
- de mogelijkheid dat een alleen zittende rechter kennelijk niet-ontvankelijke zaken af kan doen (artikel 7 14<sup>e</sup> Protocol).
- meer mogelijkheden om een zaak in een kamer met slechts drie rechters af te doen als er sprake is van repetitieve zaken (artikel 8 14<sup>e</sup> Protocol).

---

<sup>217</sup> Explanatory Report Protocol 14, punt 35.

<sup>218</sup> Explanatory Report Protocol 14, punt 7, Schokkenbroek 2004, p. 74 & Van Dijk & Van Hoof 2006, p. 36.

<sup>219</sup> Explanatory Report Protocol 14, punt 10.

De twee laatstgenoemde maatregelen zijn er direct op gericht de grote groep kennelijk niet-ontvankelijke en repetitieve zaken sneller af te doen. De nieuwe ontvankelijkheidsgrond is bedoeld om de filteringsmogelijkheden voor het Hof te verbeteren.

Kennelijk niet-ontvankelijke zaken kunnen door een alleen zittende rechter worden afgedaan; alleen bij twijfel over de ontvankelijkheid kan de zaak worden doorverwezen. (In de situatie van vóór Protocol 14 kon een dergelijke beslissing alleen worden genomen door een comité van drie rechters die met eenparigheid van stemmen moesten beslissen tot de al dan niet ontvankelijkheid van de zaak).<sup>220</sup> De rechter wordt hierbij ondersteund door rapporteurs van de griffie, maar de uiteindelijke beslissing ligt bij hem alleen.<sup>221</sup> Tegen een beslissing dat een klacht niet-ontvankelijk is, staat geen hoger beroep open.<sup>222</sup> Door het oordeel van slechts één rechter, kan een klacht dus stranden en een procedure eindigen. Er wordt op gewezen dat de bevoegdheid van een enkele rechter om zaken niet-ontvankelijk te verklaren, of van de rol te schrappen, wel op een juiste manier moet worden ingevuld en alleen dan verantwoord is.<sup>223</sup> Maar er kan ook worden betoogd dat de keuze om zo een beslissing aan een enkele rechter over te laten niet verantwoord is en afbreuk doet aan de legitimiteit van de Straatsburgse procedure.<sup>224</sup>

Om het grote aantal repetitieve klachten aan te pakken wordt de beslissingsbevoegdheid van het comité van drie rechters uitgebreid. Zoals hiervoor vermeld, kon een dergelijk comité voor de inwerkingtreding van Protocol 14 slechts beslissingen nemen over de ontvankelijkheid van een klacht. Het Protocol verruimt de taakomschrijving van de comités als omschreven in artikel 28 EVRM. De comités mogen zaken nu ook inhoudelijk afdoen indien 'de onderliggende vraag van de zaak, betreffende toepassing van het Verdrag of de Protocolen daarbij, reeds behoort tot de vaste rechtspraak van het Hof'.<sup>225</sup> Dit comité handelt zaken af in een kortere procedure dan de volledige procedure voor een kamer van vijf rechters die dat soort zaken voor Protocol 14 afdeed.<sup>226</sup> Door de kortere procedure en behandeling door drie in plaats van vijf rechters is de hoop dat er een aanzienlijke capaciteitswinst wordt

---

<sup>220</sup> Art. 27 EVRM (oud).

<sup>221</sup> Explanatory Report Protocol 14, nummer 67.

<sup>222</sup> Art. 27 lid 2 EVRM (nieuw).

<sup>223</sup> Tomuschat 2007, p. 14.

<sup>224</sup> Zie voor een nuancering Arikboga 2009, p. 37-38 en Beerneart 2004, p. 549.

<sup>225</sup> Art. 28 lid 1 sub a EVRM (nieuw).

<sup>226</sup> Explanatory Report Protocol 14, nummer 69.

behaald.<sup>227</sup> Ook voor deze procedure geldt dat hoger beroep tegen de beslissing niet mogelijk is.<sup>228</sup> Doordat voor de klager negatieve beslissingen van zowel de alleen zittende rechter als van een comité van drie rechters niet kan worden voorgelegd aan een hogere instantie, zal een groot aantal zaken slechts door één instantie binnen het Hof worden beoordeeld en dan ook nog in een beperkte samenstelling.<sup>229</sup>

Het invoeren van de nieuwe ontvankelijkheidsgrond is de maatregel die ook meer inhoudelijk het meeste weerstand en vragen heeft opgeroepen.<sup>230</sup> De nieuwe grond houdt in dat klachten niet-ontvankelijk kunnen worden verklaard als de klager geen significant nadeel heeft geleden. De kritiek op deze grond is dat deze teveel inbreuk maakt op het individueel klachtrecht. Ruebin heeft echter aangetoond dat de mogelijkheid om aan beperkte inbreuken geen gevolgen te verbinden reeds in de rechtspraak van het Hof aanwezig is, waardoor de invoering van de nieuwe grond eigenlijk helemaal niet nodig is.<sup>231</sup> Het Hof mag klachten niet-ontvankelijk verklaren als de klager geen wezenlijk nadeel heeft geleden.<sup>232</sup> Er zijn voor het gebruik van de nieuwe grond echter wel twee aanvullende voorwaarden waaraan moet zijn voldaan ('safeguards' volgens het explanatory report<sup>233</sup>). Er moet ten eerste een goede en adequate behandeling van de zaak op nationaal niveau zijn geweest en ten tweede kan het zijn dat het respect voor de rechten van het EVRM (toch) noopt tot een inhoudelijke behandeling.<sup>234</sup> In het explanatory report bij Protocol 14 wordt het doel van de safeguards als volgt omschreven:

*“80. The main element contained in the new criterion is the question whether the applicant has suffered a significant disadvantage. These terms are open to interpretation (this is the additional element of flexibility introduced); the same is true of many other terms used in the Convention, including some other admissibility criteria. Like those other terms, they are legal terms capable of, and requiring, interpretation establishing objective criteria through the gradual development of the case-law of the Court.*

*81. The second element is a safeguard clause to the effect that, even where the applicant has not suffered a significant disadvantage, the application will not*

---

<sup>227</sup> Explanatory Report Protocol 14, nummer 70.

<sup>228</sup> Art. 28 lid 2 EVRM (nieuw).

<sup>229</sup> Janssen 2006, p. 127.

<sup>230</sup> Beerneart 2004, p. 553 & Ruedin 2008, p. 82.

<sup>231</sup> Ruedin 2008, p. 93-100.

<sup>232</sup> Art. 35 lid 3 sub b EVRM (nieuw).

<sup>233</sup> Explanatory Report Protocol 14, nummer 81 & 82.

<sup>234</sup> Beerneart 2004, p. 551.



*be declared inadmissible if respect for human rights as defined in the Convention or the protocols thereto requires an examination on the merits. The wording of this element is drawn from the second sentence of Article 37, paragraph 1, of the Convention where it fulfils a similar function in the context of decisions to strike applications out of the Court's list of cases.*

*82. A second safeguard clause is added to this first one. It will never be possible for the Court to reject an application on account of its trivial nature if the case has not been duly considered by a domestic tribunal. This clause, which reflects the principle of subsidiarity, ensures that, for the purposes of the application of the new admissibility criterion, every case will receive a judicial examination whether at the national level or at the European level.*

*83. The wording of the new criterion is thus designed to avoid rejection of cases warranting an examination on the merits. As was explained in paragraph 39 above, the latter will notably include cases which, notwithstanding their trivial nature, raise serious questions affecting the application or interpretation of the Convention or important questions concerning national law.”<sup>235</sup>*

De safeguards zijn er vooral om te garanderen dat zaken, ondanks hun beperkt belang, toch ergens in een gerechtelijke procedure worden behandeld. Hetzij op nationaal niveau, hetzij bij het EHRM. Dit vloeit voort uit de eerste safeguard. De tweede safeguard beoogt ervoor te zorgen dat een zaak toch wordt behandeld ondanks het geringe belang dat is geschonden, indien een zaak belangrijke vragen over het EVRM oproept.

Deze nieuwe ontvankelijkheidsgrond zou kunnen wijzen op een verschuiving van de koers van het Hof, weg van de nadruk op individuele rechtsbescherming naar een meer constitutionele koers.<sup>236</sup> Greer en Williams hebben dit punt aangestipt en zien een meer constitutionele koers van het EHRM zich ontwikkelen.<sup>237</sup> Deze ontwikkeling wordt echter niet door iedereen als positief ervaren.<sup>238</sup> Het lijkt er echter op dat het individueel klachtrecht nog dermate belangrijk werd geacht dat het gehandhaafd moest blijven. Eerdere, verdergaande voorstellen voor een nieuw filteringscriterium werden namelijk afgewezen omdat dat afbreuk zou doen aan het individueel klachtrecht.<sup>239</sup> Beerneart heeft nog betoogd dat in plaats van een beperkter ontvankelijkheids criterium zou moeten worden gekozen voor het verplicht

---

<sup>235</sup> Explanatory report Protocol 14, nummers 80-83.

<sup>236</sup> Zie voor een bespreking van die discussie paragraaf 3.2.

<sup>237</sup> Greer & Williams 2009, p. 470.

<sup>238</sup> Beerneart 2004, p. 556.

<sup>239</sup> Schokkenbroek 2004, p. 76 & Beerneart 2004, p. 553-554.

stellen van procesvertegenwoordiging bij het Hof. Dat zou kunnen leiden tot een kleinere toestroom van zaken, maar tevens tot beter voorbereide zaken. Dit idee werd afgewezen omdat dit het recht op toegang tot het Hof zou beperken voor financieel minder draagkrachtigen. Beerneart betoogt dat dit zou kunnen worden opgelost door vergoeding van kosten voor rechtsbijstand op nationaal niveau beschikbaar te stellen. Zij stelt dat door de invoering van het nieuwe ontvankelijkheids criterium de toegang van burgers verder is ingeperkt dan zou zijn gebeurd als verplichte rechtsbijstand was ingevoerd.<sup>240</sup> De spanning tussen het individueel klachtrecht en een eventueel meer constitutionele rol van het Hof is derhalve ook hier zichtbaar.

Protocol 14 was bedoeld om de torenhoge werkdruk van het Hof te verminderen en om de grote hoeveelheid zaken die het Hof bereikt, sneller af te doen. Een belangrijke reden hiervoor was dat het individueel klachtrecht illusoir zou worden als het EHRM zaken niet meer binnen een redelijke termijn zou kunnen behandelen. Schokkenbroek wijst er echter op dat dit niet het hoofddoel van de hervorming zou moeten zijn. Het EVRM-systeem moet juist gericht zijn op het voorkomen van klachten door goede bescherming van de EVRM-rechten op nationaal niveau. Hij geeft aan dat de nieuwe elementen van Protocol 14 wijzen op een beweging naar een meer constitutionele rol van het EHRM. Hij wijst daarbij ook vooral op het nieuwe ontvankelijkheids criterium dat als filter kan dienen om minder belangrijke zaken niet meer af te doen en het sneller af kunnen doen van repetitieve zaken die vanuit constitutioneel oogpunt minder interessant, zijn omdat het EHRM daar al eerder uitspraak over heeft gedaan.<sup>241</sup> In dat kader bepleit hij een focus van het EHRM op het geven van meer richtinggevende uitspraken waarin een duidelijk richtsnoer wordt gegeven dat kan leiden tot ‘betere’ rechtspraak op nationaal niveau waardoor verdragsschendingen worden voorkomen. De maatregelen in de hiervoor besproken Aanbevelingen van het Comité van Ministers kunnen volgens Schokkenbroek daarbij helpen.<sup>242</sup>

Naast de hiervoor besproken kritiek zijn ook enkele maatregelen van Protocol 14 bekritiseerd. Zo zijn er twijfels of de maatregelen om zaken door één rechter af te laten doen en de verruiming van de bevoegdheden van het comité van drie rechters wel echt verlichting zullen bieden.<sup>243</sup>

---

<sup>240</sup> Beernaert 2004, p. 557.

<sup>241</sup> Schokkenbroek 2004, p. 83, zie ook Janssen 2006, p. 129.

<sup>242</sup> Schokkenbroek 2004, p. 83.

<sup>243</sup> Beerneart 2004, p. 555.

Doordat Rusland lange tijd weigerde om Protocol 14 te ratificeren,<sup>244</sup> duurde het tot 2010 voordat het Protocol in werking trad. Op dat moment was echter reeds duidelijk dat niet volstaan kon worden met dit Protocol en dat aanvullende maatregelen moesten worden genomen om de werklast van het Hof op een acceptabel niveau te houden.<sup>245</sup> Afgewacht moet worden in welke mate de maatregelen van het Protocol een wezenlijke bijdrage leveren aan het terugdringen van de caseload.<sup>246</sup> Dit zou aan de ene kant positief zijn, omdat klagers sneller een uitspraak zullen krijgen. Er wordt echter ook op gewezen dat de maatregelen de positie van individuele klagers verslechtert, omdat zaken sneller en vaker zonder een inhoudelijk oordeel kunnen worden afgedaan.<sup>247</sup>

### 3.3.3 *Verder dan Protocol 14?*

Er bestonden derhalve lange tijd twijfels of Protocol 14 door Rusland geratificeerd zou worden. Doordat men ook twijfelde of de maatregelen van het Protocol voldoende zouden zijn om de problemen helemaal op te lossen, is men na het opstellen van Protocol 14 niet gestopt met nadenken over manieren om het beschermingsmechanisme van het EHRM aan te passen om de stroom klachten aan te pakken.<sup>248</sup>

In 2006 presenteerde de ‘Group of Wise persons’ op verzoek van de Raad van Europa een rapport met hervormingsvoorstellen om het dichtslibben van het Hof door een niet langer te behappen werkdruk te voorkomen. In het rapport wordt Protocol 14 als startpunt genomen, en wordt uitdrukkelijk gesteld dat gekeken is naar maatregelen die verder gaan dan Protocol 14.<sup>249</sup> De maatregelen die de Group voorstelt, richten zich zowel op het controlemechanisme van het Hof als op bescherming van EVRM-rechten op nationaal niveau. Het gecombineerde effect van de maatregelen zou de efficiëntie van het Hof op de lange termijn moeten waarborgen.<sup>250</sup> Hier is dezelfde mix van maatregelen gericht op nationaal én op Straatsburgs niveau te zien als bij Protocol 14 en de Aanbevelingen van 2004.

---

<sup>244</sup> Zie voor een overzicht van de ontwikkeling van Protocol 14 en de Russische bezwaren Reiss 2009. Rusland ratificeerde het Protocol in het voorjaar van 2010, waardoor het op 1 juni 2010 in werking kon treden.

<sup>245</sup> Kuijer 2008, p. 429.

<sup>246</sup> Zie voor wat betreft het nieuwe ontvankelijkheids criterium Leach 2006, p. 23-25.

<sup>247</sup> Barkhuysen & Van Emmerik 2009, p. 443.

<sup>248</sup> Kuijer 2008, p. 429.

<sup>249</sup> Rapport Group of Wise Persons, punt 33.

<sup>250</sup> Rapport Group of Wise Persons, punt 38.

De Group noemt eerst twee maatregelen die wel kort bekeken zijn, maar niet haalbaar bleken te zijn. Dat betreft het invoeren van regionale gerechten van eerste aanleg en het introduceren van een certiorari procedure. De eerste maatregel bleek om procedurele redenen niet haalbaar. Van de certiorari procedure vond men dat die niet paste binnen het systeem van het EVRM.<sup>251</sup> Er worden tien wel haalbaar geachte maatregelen voorgesteld, onderverdeeld in vier categorieën; aanpassingen van het beschermingsmechanisme, maatregelen betreffende de verhouding tussen nationale lidstaten en het Hof, alternatieve geschillenbeslechting en tot slot maatregelen betreffende de institutionele status van het Hof. Voor het onderhavige onderzoek zijn vooral de maatregelen betreffende de verhouding tussen het nationale niveau en het Hof van belang. De meest opvallende daarbij is het voorstel tot het introduceren van de mogelijkheid voor nationale rechters om advies te vragen aan het EHRM over de interpretatie van het EVRM. Het voorbeeld daarvoor is waarschijnlijk de prejudiciële procedure geweest die mogelijk is bij het Hof van Justitie van de Europese Unie. De vraag ligt voor de hand of hiermee de werkdruk van het Hof juist niet wordt verhoogd en of een dergelijke maatregel wel echt zal helpen.<sup>252</sup> Voor vragen omtrent een eerlijk proces is het tevens de vraag of wel op een antwoord kan worden gewacht, aangezien de looptijd van een proces bij het gebruik van dit instrument behoorlijk op kan lopen, daarnaast betreffen zaken over artikel 6 EVRM vooral vraagstukken die juist door de feitenrechter dienen te worden beantwoord.<sup>253</sup> Er is kritiek op het feit dat het rapport geen echt nieuwe keuzes maakt en vooral oplossingen recyclet die in het kader van de discussie over Protocol 14 zijn afgewezen.<sup>254</sup> Ook inhoudelijk is een flink aantal van de voorgestelde maatregelen vrij kritisch ontvangen.<sup>255</sup>

### 3.3.4 *Hervormingsvoorstellen naar aanleiding van Interlaken-conferentie*

Het meest recente proces van discussie omtrent hervorming van het EHRM werd ingezet met de Interlaken-conferentie in februari 2011. Deze conferentie vond plaats naar aanleiding van een oproep van de president van het Hof, Costa, aan de lidstaten van de Raad van Europa om de problemen

---

<sup>251</sup> Rapport Group of Wise Persons, punt 40-43. (Dit argument zagen we ook al eerder bij de discussie over de rol van het Hof (bescherming van individueel klachtrecht versus een meer constitutionele rol) en Protocol 14 toen het ging om de formulering van de nieuwe ontvankelijkheidsgrond).

<sup>252</sup> Kuijer 2008, p. 431.

<sup>253</sup> Leeuw 2007, p. 32.

<sup>254</sup> Greer & Williams 2009, p. 467.

<sup>255</sup> Kuijer 2008, p. 431.

van het Hof te bespreken.<sup>256</sup> Op deze conferentie werd gesproken over maatregelen die zouden moeten worden genomen om de caseload waarmee het Hof kampt, het hoofd te bieden.

Naar aanleiding van deze conferentie verschenen een declaration en een action plan. Het uitgangspunt van de declaration is dat het individueel klachtrecht gehandhaafd moet blijven, en dat het subsidiariteitsbeginsel van groot belang is gezien de gedeelde verantwoordelijkheid van het Hof en de lidstaten bij de bescherming van het EVRM. De declaration roept echter het Comité van Ministers op om met ideeën te komen om de toegang tot het Hof te reguleren.<sup>257</sup> Deze twee punten lijken tegenstrijdig met elkaar. Afgewacht moet worden of eventuele nieuwe filteringsmechanismen het individueel klachtrecht zullen ontzien.

Het action plan bevat maatregelen die zich zowel richten op hervorming van het Hof als op betere handhaving van het EVRM op nationaal niveau.<sup>258</sup> Wat betreft het Hof wordt aanbevolen om maatregelen te verzinnen waardoor het nog beter mogelijk zou moeten worden om onderscheid te maken tussen het hoge aantal niet-ontvankelijke klachten en klachten waarbij een inhoudelijk en snel oordeel door het Hof wel gewenst is. Tegelijk wordt het Hof ook voorgesteld dat het zich niet moet opstellen als een court of fourth instance<sup>259</sup> en dat het nadrukkelijker aan de slag moet met het nieuwe ontvankelijkheids criterium van Protocol 14. Van de lidstaten wordt onder andere gevraagd het bewustzijn van het EVRM op nationaal niveau te verhogen. Daarnaast moet door de autoriteiten in de lidstaten worden goed gekeken naar de ontwikkeling van de jurisprudentie van het Hof, in het bijzonder ook naar uitspraken tegen andere landen die in de eigen lidstaat tot problemen kunnen leiden.

In april 2011 werd een vervolg gegeven aan het traject ingezet met de Interlaken-conferentie met een bijeenkomst in het Turkse Izmir. Hier werd onder andere geconstateerd dat het Hof naar aanleiding van de Interlaken-conferentie een prioriteringssysteem had ingesteld. Zorgelijk was echter dat het aantal verzoeken om interim measures (wederom) sterk gestegen was. Daarnaast werd opgeroepen om maatregelen te onderzoeken die de toegang tot het Hof minder vrijblijvend zouden moeten maken, onder andere door het invoeren van griffiegelden.<sup>260</sup>

---

<sup>256</sup> Mowbray 2010, p. 519.

<sup>257</sup> Zie Mowbray 2010, p. 526.

<sup>258</sup> Deze combinatie zagen we reeds eerder in paragraaf 3.3.1 bij de Recommendations die de Raad van Ministers uitvaardigde.

<sup>259</sup> Zie hierover meer in paragraaf 3.4.5.

<sup>260</sup> Izmir-Declaration 2011, p. 3 & 6.

De Nederlandse regering toonde zich in oktober 2011 voorstander van het invoeren van verplichte procesvertegenwoordiging. Vooral om klagers te dwingen goed na te denken over het al dan niet indienen van een klacht bij het Hof.<sup>261</sup>

In 2012 vond de volgende bijeenkomst in dit proces van discussie over het EHRM plaats in het Britse Brighton. Naar aanleiding van deze conferentie verscheen ook weer een declaration. Opvallend daarin is, zoals eerder al is aangegeven, een verwijzing dat het subsidiariteitsbeginsel en de margin of appreciation vastgelegd dienden te worden in de preambule van het EVRM.<sup>262</sup> Volgens de Nederlandse regering was deze opname niet bedoeld om de bevoegdheden van het EHRM in te perken, maar om het belang van deze beginselen te bevestigen.<sup>263</sup> Ook wordt er in deze declaration wederom melding gemaakt van het invoeren van de mogelijkheid om prejudiciële vragen ('advisory opinions') te stellen aan het EHRM. Het Comité van Ministers wordt opgeroepen om een tekstvoorstel te doen voor een optioneel protocol voor eind 2013.<sup>264</sup>

De conclusie die voor dit onderzoek uit het Interlaken-proces kan worden getrokken is, dat verwacht kan worden dat het lastiger gaat worden om een klacht in Straatsburg behandeld te krijgen. De drempel voor ontvankelijkheid van een klacht zal hoger worden door steeds intensievere filtering van klachten. Meer aandacht op nationaal niveau voor de bescherming van fundamentele rechten is dan geboden aangezien niet langer (volledig) op Straatsburg kan worden vertrouwd. Een dergelijke nadruk op nationaal niveau past ook binnen het subsidiariteitsbeginsel waar de verklaringen van Interlaken, Izmir en Brighton van uitgaan. Het is dan de vraag of het constitutionaliseren van fundamentele rechten op nationaal niveau kan helpen een groter bewustzijn voor fundamentele rechten op nationaal niveau te creëren.

### 3.3.5 Conclusie

Concluderend kan worden gesteld dat de caseload-problemen bij het Hof dusdanig zijn dat niet kan worden verwacht dat Straatsburg snel kan reageren op schendingen van het EVRM. Zelfs als de werklust kan worden terug-

---

<sup>261</sup> Kabinetstandpunt inzake de hervormingen van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en de toetreding van de Europese Unie tot het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens, *Kamerstukken II* 2011–2012, 32 735, nr. 32, p. 8.

<sup>262</sup> Brighton Declaration, paragraaf B, punt 12 onder b.

<sup>263</sup> *Kamerstukken I* 2011-2012, 33 000 V, Y, p. 2.

<sup>264</sup> Brighton Declaration, paragraaf B, punt 12 onder d.

gebracht, zal er een sterk element van selectie blijven in de zaken die het Hof kiest te behandelen.<sup>265</sup> Het Hof kan simpelweg niet alle zaken behandelen. Dat is eigenlijk ook helemaal niet de bedoeling van het beschermingssysteem van Straatsburg. Zoals in paragraaf 3.2 reeds werd geschetst, dwingt het subsidiariteitsbeginsel tot een actieve bescherming van mensenrechten op nationaal niveau, maar nu de handhaving door Straatsburg steeds meer onder druk komt te staan is het des te meer noodzakelijk om op nationaal niveau een goede bescherming van fundamentele rechten te garanderen, daarnaast betreft het naleven van het EVRM een verdragsrechtelijke verplichting voor Nederland. Er zijn derhalve zowel praktische als meer principiële redenen om meer nadruk te leggen op de bescherming van fundamentele rechten op nationaal niveau.

In hoofdstuk VI zal nader worden gezien op welke wijze een constitutionele bepaling betreffende het recht op een eerlijk proces hierbij kan helpen. Meer nadruk op fundamentele op nationaal niveau zou namelijk kunnen worden gerealiseerd door middel het creëren van nationale constitutionele bepalingen. Op die manier kunnen rechtszoekenden in hun eigen jurisdictie reeds hun recht halen en hoeft niet in alle gevallen de gang naar Straatsburg gemaakt te worden, waar een lange wachtrij is met aan het einde van de procedure in veel gevallen geen inhoudelijk oordeel over de zaak.

### ***3.4 Inhoudelijke elementen van het Straatsburgse beschermingssysteem***

#### *3.4.1 Inleiding*

Naast de procedurele elementen die nopen tot een effectievere en intensievere bescherming van fundamentele rechten op nationaal niveau, speelt ook de wijze waarop het EHRM zijn inhoudelijke taak vervult een rol bij de handhaving van de fundamentele rechten van het EVRM op nationaal niveau. Daarbij zijn een viertal elementen te onderscheiden. Deze elementen zullen in deze paragraaf worden besproken en geanalyseerd in het kader van hun betekenis voor de handhaving van het recht op een eerlijk proces in Straatsburg en de gevolgen voor de handhaving en realisering van het recht op een eerlijk proces op nationaal niveau. Het gaat om de volgende elementen:

- De interpretatie van bepalingen en de door het EHRM daarbij toegepaste standaard.

---

<sup>265</sup> De Lange, Leeuw & Mevis 2009, p. 59.

- De toepassing door het EHRM van het instrument van de margin of appreciation.
- De wijze waarop specifiek artikel 6 EVRM wordt toegepast door het EHRM.
- De verschillen in concepten tussen het EHRM als mensenrechten-rechter en de nationale rechter als rechter in een concrete (straf)zaak.

Ieder van deze elementen roept vragen en problemen op bij de handhaving van het EVRM op nationaal niveau. De vraag is in hoeverre het vastleggen van grondrechten op nationaal niveau in de Grondwet kan helpen deze problemen te verminderen. In de navolgende paragraaf zal een analyse van de problematiek worden gemaakt. De beantwoording van de vraag in hoeverre specifiek het recht op een eerlijk proces meerwaarde kan hebben, volgt in hoofdstuk VI.

### *3.4.2 Interpretatie van bepalingen en de standaard van bescherming*

De standaard van bescherming die het Hof hanteert bij de interpretatie van het EVRM is om een aantal redenen als problematisch, en op nationaal niveau lastig toepasbaar te beschouwen. De paragraaf bevat een beschrijving van de standaard van interpretatie van het EHRM en beoordeelt in hoeverre deze standaard problematisch is in het licht van de handhaving en realisering van het recht op een eerlijk proces.

De interpretatie van het EVRM door het Hof is gebaseerd op een aantal uitgangspunten. Het voornaamste uitgangspunt van het Hof bij de interpretatie van het EVRM is dat het EHRM het verdrag ziet als een ‘living instrument’.<sup>266</sup> Hierdoor is het mogelijk voor het EHRM om het verdrag bij de tijd te houden en rekening te houden met maatschappelijke ontwikkelingen binnen Europa. Ondanks deze ‘living instrument’-doctrine, is er kritiek dat het EHRM zich bij de ontwikkeling van de eisen onder het EVRM te terughoudend opstelt. Hier speelt vooral het punt dat het EHRM als internationaal hof slechts een beperkte standaard van bescherming kan bieden. Hierboven werd al beschreven dat het EHRM zich bij de handhaving van het EVRM niet te activistisch moet opstellen gezien het subsidiariteitsbeginsel en de soevereiniteit van de lidstaten. Het EHRM zal in zijn uitspraken daarom behoudend en voorzichtig te werk (moeten) gaan.

Dit uit zich in de eerste plaats in het feit dat het Hof een minimumniveau van bescherming biedt. Ten tweede houdt het Hof bij de interpretatie van de diverse bepalingen rekening met het al dan niet bestaan van een bepaalde

---

<sup>266</sup> Zie hierover nader paragraaf 3.4.2.2.



consensus over onderwerpen binnen de diverse nationale lidstaten. Een laatste punt is nog dat het EHRM (slechts) oordeelt of in een concreet geval een schending van het EVRM heeft plaatsgevonden. Het Hof geeft geen oordeel over het systeem in een lidstaat, maar enkel over de gevolgen in dat enkele geval. Het EHRM legt geen algemene concepten op en dwingt op zichzelf niet tot systeemwijzigingen.

In het navolgende zullen de hiervoor opgesomde en besproken uitgangspunten nader worden toegelicht.

### 3.4.2.1 Minimumrechten

De rechten van het EVRM zijn bedoeld als een minimum niveau van bescherming waar lidstaten niet minimaal aan moeten voldoen, het betreft een soort van absolute ondergrens. Dit past bij de positie van het EHRM als een internationaal gerechtshof dat in het leven is geroepen om de meest ernstige schendingen van fundamentele rechten tegen te gaan. Lidstaten hebben echter de mogelijkheid om een ruimere bescherming te geven van de rechten die het EVRM waarborgt. Artikel 53 EVRM benadrukt uitdrukkelijk die mogelijkheid en ook het Hof zelf geeft regelmatig aan dat lidstaten zelf meer mogen doen.<sup>267</sup>

Wanneer het recht van een lidstaat verdergaande bescherming biedt, moet die wel voldoen aan de andere eisen van het EVRM.<sup>268</sup> Voor wat betreft het recht op een eerlijk proces bleek dat in de zaak *Lalmahomed vs. Nederland*.<sup>269</sup> Daarbij toetste het EHRM in hoeverre de toegang tot de Nederlandse hoger beroepsprocedure door middel van het verlostelsel aan de eisen van artikel 6 EVRM voldeed. Dit ondanks het feit dat artikel 6 EVRM zelf geen recht op hoger beroep bevat. Protocol 7 van het EVRM dat een dergelijk recht wel bevat, is door Nederland niet geratificeerd. Dit betekent echter niet dat het EHRM de procedure niet aan een toetsing aan (andere artikelen van) het EVRM kan onderwerpen. Het Hof stelde het als volgt:

*“35. It is also correct that the Kingdom of the Netherlands has not ratified Protocol No. 7. Consequently the Convention did not impose on the respondent Party the obligation to provide the applicant with the opportunity to appeal.*

---

<sup>267</sup> Gerards 2010, p. 226.

<sup>268</sup> Gerards 2010, p. 231, zie voor een ander voorbeeld: EHRM 22 januari 2008, nr. 43546/02, *EHRC* 2008/44, m.nt. Gerards (E.B./Frankrijk).

<sup>269</sup> EHRM 22 februari 2011, nr. 26036/08, *EHRC* 2011, 75, m.nt. Th.A. de Roos (*Lalmahomed/Nederland*).

36. *Even so, a Contracting Party which provides for the possibility of an appeal is required to ensure that persons amenable to the law shall enjoy before the appellate court the fundamental guarantees contained in Article 6”*

Gezien het feit dat het EHRM zelf al aangeeft dat het slechts een minimumniveau aan bescherming biedt, moet de conclusie worden getrokken dat niet enkel op het EVRM kan worden vertrouwd. Het is het aan de lidstaten om op nationaal niveau voort te bouwen op het EVRM, dit is ook in lijn met het subsidiariteitsbeginsel. Een sterke grondrechtencatalogus in de Grondwet zou daarbij wellicht een belangrijke rol kunnen spelen.

### 3.4.2.2 Het verdrag als ‘living instrument’

Het EHRM acht zich bij de interpretatie van de tekst van het EVRM niet strikt gebonden aan de tekst van het Verdrag. In het voorgaande is al opgemerkt dat het Hof het EVRM ziet als een ‘living instrument’ dat door middel van een extensieve interpretatie bij de tijd moet worden gehouden. Het Hof past indien het zo interpreteert een evolutieve interpretatie van het EVRM toe. Zodoende kan het Hof rekening houden met ontwikkelingen in de samenleving en zijn interpretatie van de EVRM-bepalingen aan die ontwikkelingen aanpassen.<sup>270</sup> De oorsprong van de ‘living instrument’ doctrine is de uitspraak *Tyrer vs. het Verenigd Koninkrijk*:

*“The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions.”*<sup>271</sup>

Het voordeel van een dergelijke wijze van interpreteren is dat het Hof goed rekening kan houden met (sociale) veranderingen binnen de zeer diverse lidstaten van de Raad van Europa. Wanneer er niet voor een dergelijke interpretatiemethode zou zijn gekozen, zou dat de ontwikkeling van fundamentele rechten binnen Europa zeer beperken.<sup>272</sup> Een bijkomend voordeel is dat een dergelijke interpretatie veel ruimte laat om met diverse onderling zeer verschillende gevallen om te gaan voortvloeiend uit de diversiteit van lidstaten van de Raad van Europa. Het Hof is dan niet beperkt door een al te beperkte interpretatieruimte. Door middel van een dergelijke interpretatie kan het EHRM derhalve een effectieve bescherming bieden doordat het niet gebonden is aan een rigide uitleg van het EVRM.<sup>273</sup>

<sup>270</sup> Vande Lanotte & Haec 2005, p. 192-193.

<sup>271</sup> EHRM 25 april 1978, nr. 5856/72 (*Tyrer/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 31.

<sup>272</sup> Vande Lanotte & Haec 2005, p. 193.

<sup>273</sup> Senden 2011, p. 163.

Een belangrijk nadeel van een dergelijke wijze van interpreteren is wel dat de precieze grenzen van bepaalde artikelen onduidelijk en onvoorspelbaar zijn. Uit de rechtspraak van het EHRM is niet duidelijk af te leiden wanneer het EHRM gebruik maakt of gaat maken van een evolutieve interpretatie.<sup>274</sup> Dit maakt het lastig om het EVRM op nationaal niveau te handhaven. Wetgever en rechter kunnen bij het opstellen en toepassen van wetgeving namelijk niet binnen strakke door het Hof vastgestelde kaders werken. Dit kan tot onduidelijkheid over de conformiteit met het EVRM leiden.

Een punt van aandacht bij deze wijze van interpreteren is dat het EHRM zich daarnaast ook bewust moet blijven van de grens tussen interpretatie en het maken van nieuwe regels.<sup>275</sup> Ook omdat de meningen over een bepaald onderwerp zeer kunnen verschillen binnen de diverse lidstaten.<sup>276</sup> Het Hof kan daardoor niet te ver gaan in zijn interpretatie van het EVRM. Dit om te voorkomen dat zijn uitspraken legitimiteit verliezen, waarmee dus moet worden voorkomen dat landen de uitspraken van het Hof niet uitvoeren.<sup>277</sup> Het Hof moet en zal daarom bijvoorbeeld rekening moeten houden met een zekere mate van consensus onder de lidstaten.

### 3.4.2.3 Europese consensus als richtlijn voor interpretatie

Het Hof heeft te maken met 47 lidstaten die op onderdelen zeer van elkaar verschillen. Omwille van naleving van zijn uitspraken en politieke stabiliteit binnen de Raad van Europa moet het Hof bij de bepaling van het beschermingsniveau zoeken naar consensus (de ‘common European standard’). Er is een zekere spanning tussen de positie van het Hof als hoogste mensenrechtenrechter en acceptatie van zijn uitspraken door nationale rechters.<sup>278</sup> Er wordt veelvuldig gebruik gemaakt van de ‘common European standard’ vooral bij de bepaling van de reikwijdte van de margin of appreciation en de interpretatieruimte die het Hof kan nemen.

Dit leidt er wel toe dan het Hof niet altijd het hoogst mogelijke niveau van rechtsbescherming voor de klager hanteert, maar zoekt naar minimumgrenzen die voor de meeste landen acceptabel zijn. Dit punt speelt overigens voornamelijk bij sociale onderwerpen als abortus, euthanasie en gelijke rechten voor homoseksuelen.

---

<sup>274</sup> Senden 2011, p. 169 & 288.

<sup>275</sup> Vande Lanotte & Haecq 2005, p. 194-195.

<sup>276</sup> Gerards 2009, p. 429-430.

<sup>277</sup> Dzehtsiarou 2011, p. 534.

<sup>278</sup> Gerards 2009, p. 412.

Een recent voorbeeld daarvan is de zaak Schalk en Kopf vs. Oostenrijk<sup>279</sup> waar het EHRM een oordeel moest geven of het homohuwelijk onder de bescherming van artikel 12 EVRM valt. Voor een positief antwoord op deze vraag was noodzakelijk dat het Hof artikel 12 EVRM zo zou interpreteren dat het recht op een huwelijk van mensen van hetzelfde geslacht daaronder zou vallen. Met een verwijzing naar de common European standard kwam het Hof tot de conclusie dat een dergelijke interpretatie niet mogelijk is gezien het gebrek aan consensus over dit onderwerp binnen de Raad van Europa:

*“58. The Court is not persuaded by the applicants' argument. Although, as it noted in Christine Goodwin, the institution of marriage has undergone major social changes since the adoption of the Convention, the Court notes that there is no European consensus regarding same-sex marriage. At present no more than six out of forty-seven Convention States allow same-sex marriage (see paragraph 27 above).”*

Het gebrek aan Europese consensus werkt hier derhalve als een rem op de interpretatie van artikel 12 EVRM. Hoewel dit gezien de positie van het EHRM als internationaal gerecht begrijpelijk is, toont het wel de beperking van bescherming door het EHRM.

Om de standaard van interpretatie te ontwikkelen moeten de nationale lidstaten signalen afgeven aan het Hof dat de standaard verder ontwikkeld moet worden. Het Hof houdt immers bij de interpretatie van de betreffende bepaling rekening met de meningen in Europa over een bepaald onderwerp. Het voorgaande voorbeeld illustreert dit goed. Pas wanneer een ruime meerderheid van de lidstaten van de Raad van Europa het homohuwelijk zou invoeren, zou het Hof genegen zijn om bescherming onder het bereik van artikel 12 EVRM te brengen. In dat geval zou namelijk kunnen worden gezegd dat er enige mate van consensus binnen Europa bestaat. Wanneer lidstaten enkel het niveau van bescherming van Straatsburg zouden aanhouden, zal de mate van bescherming zich niet verder ontwikkelen. Hier ligt dus (wederom) een taak voor de nationale rechter.<sup>280</sup>

#### **3.4.2.4 Oordeelsvorming in concrete gevallen**

Het EHRM oordeelt in het kader van de individuele klachtprocedure enkel of in het voorliggende geval sprake is geweest van een schending van het EVRM.

---

<sup>279</sup> EHRM 24 juni 2010, nr. 30141/04, EHRC 2010/9, m.nt. Koffeman (Schalk en Kopf/Oostenrijk).

<sup>280</sup> Zie onder andere de speech van Lord Kerr in de uitspraak van het Britse Supreme Court in de zaak *Ambrose v Harris* (Procurator Fiscal, Oban) (Scotland), 6 oktober 2011, [2011] UKSC 43.

Het achterliggende rechtssysteem of procesmodel wordt over het algemeen niet ter discussie gesteld. Het is daardoor niet zo gemakkelijk om uit dergelijke oordelen in concrete gevallen af te leiden in hoeverre wijzigingen aan het nationale stelsel moeten worden aangebracht en hoe ver die wijzigingen moeten gaan. Het maakt voor het EHRM in beginsel bijvoorbeeld niet uit of een lidstaat een accusatoir of inquisitoir procesmodel kent. Problemen ontstaan wel als het EHRM zelf vervolgens bijvoorbeeld bij het beantwoorden van rechtsvragen omtrent het horen van getuigen uitgaat van een accusatoir systeem waarbij getuigen eerder op de zitting (moeten) verschijnen. Wanneer het Hof dan in een concreet geval oordeelt dat een getuige op de zitting had moeten worden gehoord, leidt dat tot een discussie over de vraag wat dat betekent voor strafzittingen in de toekomst. De discussie in de jaren '80 naar aanleiding van de diverse uitspraken over het gebruik van anonieme getuigen in Nederland illustreert dit.

Een recenter voorbeeld is de discussie over het horen van aangehouden verdachten zonder dat hierbij een advocaat aanwezig is. In Nederland was er lange tijd geen recht voor de verdachte om zijn advocaat bij een dergelijk verhoor aanwezig te hebben, noch om voorafgaand aan het verhoor zijn raadsman te consulteren. De discussie in hoeverre dit recht niet toegekend zou moeten worden, speelde al een tijd<sup>281</sup> in Nederland toen het onderwerp plotseling extra actueel werd door de Salduz-uitspraak van het EHRM tegen Turkije. In de Salduz-uitspraak werd Turkije veroordeeld voor een schending van artikel 6 EVRM. In deze zaak was namelijk de (minderjarige) verdachte door de politie verhoord zonder dat daarbij een advocaat aanwezig was. De dragende overweging luidt:

*“ Against this background, the Court finds that in order for the right to a fair trial to remain sufficiently “practical and effective” (see paragraph 51 above) Article 6 § 1 requires that, as a rule, access to a lawyer should be provided as from the first interrogation of a suspect by the police, unless it is demonstrated in the light of the particular circumstances of each case that there are compelling reasons to restrict this right. Even where compelling reasons may exceptionally justify denial of access to a lawyer, such restriction - whatever its justification - must not unduly prejudice the rights of the accused under Article 6 (see, mutatis mutandis, Magee, cited above, § 44).*

---

<sup>281</sup> Onder andere naar aanleiding van de Schiedammer Parkmoord waarin een verdachte (naar later bleek) ten onrechte werd veroordeeld mede op basis van bekennende verklaringen afgelegd bij de politie welke verklaringen later weer waren ingetrokken. Ten tijde van de Salduz-uitspraak was reeds een pilot onderzoek aan de gang waar in bepaalde zaken als proef advocaten tot het verhoor werden toegelaten. In 2010 verscheen het eindrapport van dit onderzoek, zie Stevens & Verhoeven 2010.

*The rights of the defence will in principle be irretrievably prejudiced when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer are used for a conviction.”<sup>282</sup>*

Na deze uitspraak ontstond een discussie over wat ‘access to a lawyer’ inhoudt. In Nederland werd vooral de vraag gesteld of dit betekent dat een advocaat tot het verhoor moet worden toegelaten.<sup>283</sup> Dergelijke onduidelijkheid is een direct uitvloeisel van het feit dat het EHRM in deze zaak enkel een uitspraak doet over het concrete geval. Het is dan aan de lidstaten zelf om te bepalen in hoeverre hun wetgeving een dergelijke situatie mogelijk zou maken, maar op basis van een concrete uitspraak is het niet altijd gemakkelijk om te bepalen in hoeverre deze uitspraak gevolgen voor de gehele strafprocedure dient te hebben en welke gevolgen dit dan zouden zijn.

Een laatste punt dat hiermee nog samenhangt, is dat de inhoud van het oordeel van het EHRM in een concrete zaak formeel gezien alleen tegen een enkel land is gericht.<sup>284</sup> De Salduz-uitspraak was gericht tegen Turkije en legt geen directe verplichting onder het EVRM aan Nederland op om te zorgen dat het Nederlandse rechtsstelsel voldoet aan de Salduz-norm. Het verdient uiteraard wel aanbeveling om aandacht te hebben voor uitspraken tegen andere landen, al kunnen de omstandigheden in een ander land dermate anders zijn dat het lastig is om te bepalen in hoeverre een veroordeling tegen bijvoorbeeld Turkije ook zou moeten leiden tot een aanpassing van de wetgeving in Nederland. Ook in de discussie omtrent de Salduz-rechtspraak werd betoogd dat de conclusie dat een verdachte recht heeft op aanwezigheid van zijn raadsman bij het verhoor heeft, niet zomaar getrokken kon worden aangezien de omstandigheden in de betreffende lidstaten anders waren.<sup>285</sup>

Het voordeel van een dergelijke zaaksgebonden aanpak is dat het een grote mate van flexibiliteit aan het Hof biedt. Het Hof kan bijvoorbeeld goed rekening houden met specifieke omstandigheden in een land, maar ook met

---

<sup>282</sup> EHRM 27 november 2008, nr. 36391/02, NJ 2009, 214 (Salduz/Turkije). r.o. 55.

<sup>283</sup> Zie over deze discussie paragraaf 4.3.3.2.

<sup>284</sup> Zie echter de oproep in de Izmir-verklaring om ook rekening te houden met uitspraken tegen andere landen.

<sup>285</sup> Onder andere in Kamervragen over de zaak-Brusco tegen Frankrijk werd dit argument gebruikt. In Brusco bouwde het Hof verder voort op de Salduz-jurisprudentie en lijkt het recht op aanwezigheid tijdens het verhoor uitdrukkelijk te worden toegekend. In antwoord op Kamervragen stelde staatssecretaaris Teeven dat de omstandigheden in de Brusco-uitspraak dermate bijzonder waren dat niet in zijn algemeenheid het recht op aanwezigheid van de advocaat uit de uitspraak van het Hof kon worden afgeleid. Zie voor de uitspraak van het Hof in deze zaak EHRM 14 oktober 2010, nr. 1466/07, NJ 2011, 386, m.nt. T.M. Schalken (Brusco/Frankrijk).

bepaalde culturele gevoeligheden.<sup>286</sup> Het nadeel is uiteraard dat een dergelijke aanpak slechts beperkte duidelijkheid biedt aan nationale rechters over de precieze normen, met name voor rechters uit andere lidstaten dan die waartegen een bepaalde klacht zich richt. Gerards constateert een beweging naar meer richtinggevende uitspraken onder andere om deze reden. De nationale rechter kan namelijk een grote bijdrage leveren aan het verlichten van de werklast van het EHRM als het EVRM op een juiste wijze op nationaal niveau kan worden toegepast.<sup>287</sup> Daarvoor moet de jurisprudentie van het Hof dan wel voldoende inzichtelijk zijn. De vraag is of die mate van inzichtelijkheid ooit volledig kan worden behaald.

### 3.4.3 *Margin of Appreciation*

Het Hof maakt in zijn jurisprudentie gebruik van de margin of appreciation-doctrine. Deze doctrine houdt in dat het EHRM het in bepaalde omstandigheden aan de lidstaten laat om te bepalen hoe bepaalde EVRM-rechten in het nationale recht het best kunnen worden beschermd. De margin of appreciation-doctrine is, zoals hiervoor reeds aangegeven, een uitvloeisel van het subsidiariteitsbeginsel.<sup>288</sup> Het Hof laat door de toepassing van de margin of appreciation-doctrine een bepaalde mate van vrijheid aan de lidstaten om vergelijkbare situaties verschillend te regelen in het nationale recht, terwijl tegelijkertijd toch de minimumgrenzen van de EVRM-rechten in acht worden genomen. Dit past bij het karakter van een internationaal Hof dat gezien het aantal lidstaten van de Raad van Europa geen uniforme toepassing van het EVRM in alle gevallen kan garanderen, noch kan eisen. In tegenstelling tot delen van het EU-recht is het EVRM niet bedoeld om tot een grote mate van uniformering binnen Europa te komen. Tevens wordt met het bieden van een margin of appreciation de primaire rol voor nationale lidstaten bij de bescherming van de EVRM rechten benadrukt.<sup>289</sup> Dit mede vanwege het feit dat het EHRM afhankelijk is van de lidstaten voor de uitvoering van zijn uitspraken. Om de acceptatie van zijn uitspraken te vergroten is het nodig dat het Hof door middel van de margin of appreciation ruimte aan nationale autoriteiten laat. Zodoende moet de bereidheid van lidstaten om de uitspraken van het EHRM uit te voeren behouden blijven.<sup>290</sup>

---

<sup>286</sup> Gerards 2006, p. 99.

<sup>287</sup> Gerards 2006, p. 100, 102 & 108.

<sup>288</sup> Schokkenbroek 1990, p. 43.

<sup>289</sup> Vande Lanotte & Haeck 2005, p. 204-205.

<sup>290</sup> Rombouts 2003, p. 266.

De margin of appreciation is niet in het verdrag vastgelegd, maar is een creatie van het EHRM.<sup>291</sup>

De basisuitspraak met betrekking tot de margin of appreciation is de Handyside-uitspraak uit 1976.<sup>292</sup> In deze zaak was de klager veroordeeld wegens het in bezit hebben van obscene boeken ten behoeve van het verkrijgen van winst. Hij wilde een boek voor scholieren uitbrengen dat pornografische passages en passages over drugs bevatte. De klager stelde dat deze veroordeling in strijd moest worden bevonden met artikel 10 EVRM, namelijk de vrijheid van meningsuiting. De vraag voor het Hof was of de beperking van de vrijheid van meningsuiting van de klager gerechtvaardigd was op grond van artikel 10 lid 2 EVRM. Het EHRM moest dus kijken of er voldaan was aan de in dit lid gestelde criteria voor een gerechtvaardigde beperking op de vrijheid van meningsuiting. De veroordeling had een wettelijke basis en voldeed aan de doelcriteria van lid 2. De vraag die het Hof vervolgens moest beantwoorden was in hoeverre de beperking ‘necessary in a democratic society’ was. Daarbij overwoog het Hof het volgende:

*“48. The Court points out that the machinery of protection established by the Convention is subsidiary to the national systems safeguarding human rights (judgment of 23 July 1968 on the merits of the "Belgian Linguistic" case, Series A no. 6, p. 35, para. 10 in fine). The Convention leaves to each Contracting State, in the first place, the task of securing the rights and liberties it enshrines. The institutions created by it make their own contribution to this task but they become involved only through contentious proceedings and once all domestic remedies have been exhausted (Article 26) (art. 26). These observations apply, notably, to Article 10 para. 2 (art. 10-2). In particular, it is not possible to find in the domestic law of the various Contracting States a uniform European conception of morals. The view taken by their respective laws of the requirements of morals varies from time to time and from place to place, especially in our era which is characterised by a rapid and far-reaching evolution of opinions on the subject. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, State authorities are in principle in a better position than the international judge to give an opinion on the exact content of these requirements as well as on the "necessity" of a "restriction" or "penalty" intended to meet them.*

(...)

---

<sup>291</sup> Letsas 2006, p. 705-706.

<sup>292</sup> EHRM 7 december 1976, appl. nummer 5493/72 (Handyside/Verenigd Koninkrijk). Zie ook Vande Lanotte & Haeck 2005, p. 208.



*Consequently, Article 10 para. 2 (art. 10-2) leaves to the Contracting States a margin of appreciation. This margin is given both to the domestic legislator ("prescribed by law") and to the bodies, judicial amongst others, that are called upon to interpret and apply the laws in force".*

Naast het principiële argument vóór de margin of appreciation is er in de uitspraak nog een tweede, meer praktisch, argument te vinden voor de margin of appreciation, namelijk dat de nationale autoriteiten in de lidstaten in bepaalde gevallen in een betere positie zijn om over een bepaalde situatie te oordelen. Dit is het zogenaamde ‘better position’-argument.<sup>293</sup> Schokkenbroek geeft aan dat een kenmerkend verschil tussen het subsidiariteits-argument en het ‘better position’-argument het feit is dat het eerste argument in alle gevallen geldt. De vraag of de autoriteiten in een lidstaat in een bepaald geval in een betere positie zijn om te oordelen, hangt vrij sterk af van de omstandigheden van het geval.<sup>294</sup>

De margin of appreciation blijkt in grofweg twee soorten gevallen te worden toegepast.

Ten eerste bij verdragsbepalingen die positieve verplichtingen voor de lidstaat inhouden.<sup>295</sup> Dat concept van positieve verplichtingen houdt in dat een lidstaat niet alleen gehouden is om zich te onthouden van bepaalde gedragingen (de zogenaamde negatieve verplichting), maar in bepaalde gevallen ook zelf actie moet ondernemen om de rechten van een bepaald artikel te waarborgen voor de burger. Het is dan vaak aan de lidstaat zelf om te bepalen hoe een positieve verplichting wordt ingevuld. Het EHRM laat in dat soort gevallen dan een margin of appreciation aan de lidstaat om te bepalen hoe de positieve verplichting wordt ingevuld.

Ten tweede kan de margin of appreciation een rol spelen bij de beperkingsclausules onder artikel 8 tot en met 11 EVRM.<sup>296</sup> Indien er door een lidstaat een inbreuk wordt gemaakt op een recht van de burger uit het eerste lid van een van deze artikelen kan dat onder bepaalde omstandigheden gerechtvaardigd zijn. De criteria waaraan voldaan moet zijn staan in lid 2 van de betreffende artikelen. In de meeste gevallen zal het criterium ‘necessary in a democratic society’ het twistpunt zijn. Daarbij zal een belangenafweging moeten worden gemaakt over de noodzakelijkheid en proportionaliteit van de beperkende maatregel. Vooral bij die afweging wil het EHRM de margin of appreciation toepassen en de afweging in het concrete geval aan de nationale

---

<sup>293</sup> Rombouts 2003, p. 251, Schokkenbroek 1990, p. 44 en Jak & Vermont 2007, p. 127.

<sup>294</sup> Schokkenbroek 1990, p. 44.

<sup>295</sup> Vande Lanotte & Haecck 2005, p. 204-205 & Schokkenbroek 1990, p. 53-54.

<sup>296</sup> Rombouts 2003, p. 246 & Schokkenbroek 1990, p. 48-49.

autoriteiten laten. Zoals gezegd, vallen de meeste zaken waarbij de margin of appreciation wordt gehanteerd in een van de twee hiervoor genoemde categorieën. De margin of appreciation wordt daarnaast ook toegepast bij sommige andere artikelen van het verdrag waarbij er sprake is van een belangenafweging.<sup>297</sup> Voor artikel 6 EVRM is dat bijvoorbeeld gebeurd bij de jurisprudentie betreffende het recht op toegang tot de rechter.<sup>298</sup>

De omvang van de margin of appreciation die aan lidstaten wordt gelaten, hangt af van diverse factoren. Daarbij is niet altijd even duidelijk wat de belangrijkste factor is.<sup>299</sup> Een van de voornaamste factoren betreft de Europese consensus. In de voorgaande paragraaf is al aangegeven dat het Hof bij de interpretatie van de EVRM-artikelen rekening houdt met de mate waarin binnen Europa consensus bestaat over bepaalde onderwerpen. Bij de margin of appreciation speelt deze consensus ook een belangrijke rol. Dat betekent dat op terreinen waar een grote mate van consensus is, er een kleinere margin aan de lidstaten wordt gelaten dan op terreinen waar in lidstaten zeer verschillende wetgeving is, aangezien het denken over bepaalde onderwerpen daar kennelijk anders is. Dus, hoe meer overeenstemming er tussen de lidstaten is, hoe kleiner de margin of appreciation.<sup>300</sup> De nadelen die in de voorgaande paragraaf zijn genoemd bij het hanteren van de standaard van de Europese consensus bij de interpretatie van EVRM-bepalingen spelen dus ook bij het gebruiken van consensus bij margin of appreciation.

Naast de factor van de Europese consensus spelen de aard van de bepaling, het doel en de aard van de beperking en het beleidsterrein dat het betreft ook een rol.<sup>301</sup> Er wordt ten slotte ook nog wel betoogd dat de omvang van de margin die wordt gelaten, ook afhankelijk is van de omvang van toetsing door de rechter op nationaal niveau. Als blijkt dat er op nationaal niveau een (te) beperkte toetsing door de rechter heeft plaatsgevonden, kan dat leiden tot een beperktere margin of appreciation, of wordt er helemaal geen margin of appreciation aan de lidstaat gelaten. Het EHRM maakt bij de overweging of er een schending heeft plaatsgevonden geen onderscheid tussen het handelen van de rechter, het bestuur en de wetgever op nationaal niveau. De nationale autoriteiten zijn gezamenlijk verantwoordelijk voor de handhaving van het

---

<sup>297</sup> Vande Lanotte & Haecq 2005, p. 209-210.

<sup>298</sup> EHRM 28 oktober 1998, nr. 23452/94, *NJ* 2000, 134, m.nt. E.A. Alkema (Osman/Verenigd Koninkrijk).

<sup>299</sup> Vande Lanotte & Haecq 2005, p. 216 & Schokkenbroek 1990, p. 54-57.

<sup>300</sup> Helfer 1993, p. 138.

<sup>301</sup> Rombouts 2003, p. 247 & Vande Lanotte & Haecq 2005, p. 216-222. Zie ook de opsomming die het EHRM zelf geeft in de zaak EHRM 10 april 2007, nr. 6339/05, *NJ* 2007, 459, m.nt. J. de Boer (Evans/Verenigd Koninkrijk), r.o. 77-79.

EVRM. Als het EHRM tot de conclusie komt dat de toetsing door de rechter te beperkt is geweest vanwege een terughoudende houding ten opzichte van de wetgever of het bestuur, kan dat leiden tot een kleinere margin of appreciation.<sup>302</sup>

Bij de toepassing van de margin of appreciation moet door het Hof een balans worden gezocht in die zin dat het niet teveel ruimte kan laten aan de lidstaten om te voorkomen dat het zijn Hof toezichthoudende taak niet langer optimaal uitvoert. Anderzijds moet het EHRM ook ervoor waken dat het de beslissingsruimte van lidstaten niet te zeer inperkt.<sup>303</sup> Het EHRM is voor het uitvoeren van zijn uitspraken afhankelijk van de lidstaten. Wanneer het een lidstaat te zeer tegen zich in het harnas jaagt, kan dat tot politieke problemen leiden.<sup>304</sup> Zo wordt de halsstarrigheid van Rusland bij het ratificeren van Protocol 14 voor een groot deel toegeschreven aan het grote aantal gegrond bevonden klachten waar het land in de afgelopen jaren mee is geconfronteerd. Vanuit het nationale niveau zou de balans tussen afstand houden en (zeer) kritisch toetsen kunnen worden beïnvloed door actief op nationaal niveau met EVRM-rechten aan de slag te gaan. Door duidelijk aan het EHRM aan te geven welke keuzes op nationaal niveau worden gemaakt, zal het Hof wellicht wat meer afstand houden.<sup>305</sup>

Een probleem voor de rechter en wetgever op nationaal niveau is, dat het niet gemakkelijk te voorspellen is wanneer het EHRM een margin aan de lidstaat laat en wat de omvang van die margin is. Dit is een van de voornaamste kritiekpunten op de margin of appreciation-doctrine. De onduidelijkheid lijkt echter onvermijdelijk aangezien het EHRM juist behoefte heeft aan een flinke mate van flexibiliteit gezien de diversiteit van de zaken die het behandelt.<sup>306</sup> Een ruime mate van flexibiliteit is dus juist een van de sterke voordelen van de margin of appreciation doctrine en deze onduidelijkheid zal daarom blijven bestaan.

Als laatste dient nog te worden opgemerkt dat nog het probleem speelt dat indien het EHRM een margin of appreciation laat deze op nationaal niveau moet worden ingevuld, de vraag is dan welke autoriteit op nationaal niveau daarvoor verantwoordelijk is. Echter, dit is een vraag van nationaal recht en valt buiten de beslissingsbevoegdheid van het Hof. Hierover wordt door het

---

<sup>302</sup> Rombouts 2003, p. 251.

<sup>303</sup> Vande Lanotte & Haeck 2005, p. 205.

<sup>304</sup> Helfer 1993, p. 137.

<sup>305</sup> De Lange, Leeuw & Mevis 2009, p. 60, zie hierover ook Hoofdstuk VI.

<sup>306</sup> Schokkenbroek 1990, p. 58.

EHRM derhalve ook geen uitspraak gedaan. Het EHRM maakt geen onderscheid tussen invulling van de geboden margin door de nationale wetgever of door de nationale rechter. De margin of appreciation is vooral bedoeld als middel voor het Hof zelf. Hierdoor is het voor nationale rechters lastig te bepalen hoeveel ruimte zij moeten laten aan de wetgever en het bestuur.<sup>307</sup> De verhouding tussen die twee organen zal op nationaal niveau moeten worden geregeld. In Nederland hebben rechters de neiging om in een situatie waarvan mag worden verwacht dat die binnen de margin of appreciation valt, deze niet zelf in te vullen maar dit aan de wetgever te laten.<sup>308</sup>

#### 3.4.4 Inhoudelijke kenmerken van artikel 6 EVRM

##### 3.4.4.1 Beperkte reikwijdte

Een voorname beperking van de toepassing van artikel 6 EVRM is de beperkte reikwijdte van het artikel voor wat betreft de toepasselijke procedures.<sup>309</sup> De waarborgen van artikel 6 EVRM gelden alleen als er sprake is van ‘civil rights and obligations’ of van een ‘criminal charge’. Het EVRM zelf geeft geen definitie van deze begrippen. De invulling van deze begrippen geschiedt door het EHRM op basis van de doctrine van de ‘autonomous concepts’. Dit houdt in dat bepaalde begrippen in het verdrag een autonome betekenis hebben die op Europees niveau door het EHRM wordt bepaald. Het begrip ‘criminal charge’ is aangemerkt als een begrip met een autonome betekenis. In de zaak *Engel vs Nederland* stelde het EHRM voor het eerst vast wat onder de term ‘criminal charge’ moet worden verstaan:

*“Hence, the Court must specify, limiting itself to the sphere of military service, how it will determine whether a given “charge” vested by the State in question - as in the present case - with a disciplinary character nonetheless counts as “criminal” within the meaning of Article 6 (art. 6).*

*In this connection, it is first necessary to know whether the provision(s) defining the offence charged belong, according to the legal system of the respondent State, to criminal law, disciplinary law or both concurrently. This however provides no more than a starting point. The indications so afforded have only a formal and relative value and must be examined in the light of the common denominator of the respective legislation of the various Contracting States.*

---

<sup>307</sup> Rombouts 2003, p. 252-253.

<sup>308</sup> Jak & Vermont 2007.

<sup>309</sup> Mevis 2008, p. 454.

*The very nature of the offence is a factor of greater import. When a serviceman finds himself accused of an act or omission allegedly contravening a legal rule governing the operation of the armed forces, the State may in principle employ against him disciplinary law rather than criminal law. In this respect, the Court expresses its agreement with the Government.*

*However, supervision by the Court does not stop there. Such supervision would generally prove to be illusory if it did not also take into consideration the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring. In a society subscribing to the rule of law, there belong to the "criminal" sphere deprivations of liberty liable to be imposed as a punishment, except those which by their nature, duration or manner of execution cannot be appreciably detrimental. The seriousness of what is at stake, the traditions of the Contracting States and the importance attached by the Convention to respect for the physical liberty of the person all require that this should be so (see, mutatis mutandis, the De Wilde, Ooms and Versyp judgment of 18 June 1971, Series A no. 12, p. 36, last sub-paragraph, and p. 42 in fine).*

83. *It is on the basis of these criteria that the Court will ascertain whether some or all of the applicants were the subject of a "criminal charge" within the meaning of Article 6 para. 1 (art. 6-1)."*

Van belang zijn derhalve drie zaken. Ten eerste de classificatie van de procedure op nationaal niveau, ten tweede de aard van het feit dat aan de orde is en tot slot de zwaarte van de straf. Het Hof past deze voorwaarden soepel toe en brengt steeds meer procedures onder de reikwijdte van artikel 6 EVRM. Zo vallen procedures over de bestuurlijke boete ook onder de reikwijdte van artikel 6 EVRM aangezien een dergelijke boete als een criminal charge wordt aangemerkt. Ondanks deze ontwikkeling vallen diverse procedures er nog steeds buiten, zoals bijvoorbeeld het uitleveringsrecht<sup>310</sup> en bepaalde fiscale procedures.

Een bepaling over het recht op een eerlijk proces in de Grondwet zou de mogelijkheid bieden om het recht op een eerlijk proces voor meer procedures dan enkel degene waarin sprake is van een 'criminal charge' of van 'civil rights or obligations' te laten gelden.<sup>311</sup> De mogelijkheid tot aanvullende rechtsbescherming was een voorname reden voor de Staatscommissie

---

<sup>310</sup> EHRM 7 juli 1989, nr. 14038/88, NJ 1990, 158, m.nt. E.A. Alkema (Soering/Verenigd Koninkrijk).

<sup>311</sup> Mevis 2009a, p. 16.

Grondwet om positief te adviseren over het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet.<sup>312</sup>

### 3.4.4.2 Ontbreken deelonderdelen van een ‘eerlijk proces’

Naast de beperkte toepassingsreikwijdte van artikel 6 EVRM is het artikel ook niet alomvattend als het gaat om de inhoud. Bepaalde deelonderdelen die ook wel beschouwd worden als onderdeel van het recht op een eerlijk proces ontbreken.<sup>313</sup> Dit hoeft niet op zichzelf problematisch te zijn aangezien de opsomming van rechten niet limitatief is en omdat door het EHRM rechten aan het artikel kunnen worden toegevoegd of in het artikel kunnen worden ingelezen. Een voorbeeld daarvan is het recht op toegang tot de rechter dat het EHRM in de zaak *Golder* voor het eerst in artikel 6 EVRM inlas:

*“Taking all the preceding considerations together, it follows that the right of access constitutes an element which is inherent in the right stated by Article 6 para. 1 (art. 6-1). This is not an extensive interpretation forcing new obligations on the Contracting States: it is based on the very terms of the first sentence of Article 6 para. 1 (art. 6-1) read in its context and having regard to the object and purpose of the Convention, a lawmaking treaty (see the Wemhoff judgment of 27 June 1968, Series A no. 7, p. 23, para. 8), and to general principles of law.”<sup>314</sup>*

De bevoegdheid van het Hof om rechten in te lezen heeft echter ook zijn grenzen en is soms ook onvoorspelbaar. Ondanks de keuze voor een evolutieve interpretatie van het EVRM, zal het EHRM toch niet al te zeer van de tekst van het EVRM af kunnen wijken. Daarnaast komt het de rechtszekerheid ten goede als de diverse deelrechten zo compleet mogelijk in een bepaling zijn omschreven.

Er zijn internationale bepalingen die ruimer zijn dan artikel 6 EVRM. Zo bevat artikel 14 van het Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten (IVBPR) het recht op hoger beroep (artikel 14 lid 5 IVBPR). Hoewel artikel 6 EVRM een dergelijk recht niet bevat, is het toch gebeurd dat een zaak betreffende het recht op een hoger beroep binnen het bereik van artikel 6 EVRM is gebracht. In 2010 oordeelde het Mensenrechtencomité van de VN dat het Nederlandse verlostelsel voor hoger beroep in strafzaken niet voldeed aan de eisen van artikel 14 lid 5 IVBPR. Dit was in de literatuur<sup>315</sup> en

---

<sup>312</sup> Staatscommissie Grondwet 2010, p. 59-60.

<sup>313</sup> Mevis 2004, p. 454-455.

<sup>314</sup> EHRM 21 februari 1975, nr. 4451/70 NJ 1975, 462, m.nt. E.A. Alkema (*Golder/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 36.

<sup>315</sup> Wiewel 2008 en Jebbink 2008.

in de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel over het verlofstelselal betoogd, maar de regering was van mening dat het verlofstelsel de verdragsrechtelijke toets wel zou kunnen doorstaan.<sup>316</sup> Hierboven kwam al aan de orde dat ook het EHRM toch een uitspraak over het verlofstelsel heeft gedaan.<sup>317</sup> Het Hof oordeelde dat de procedure niet voldeed aan de (motiverings)eisen van artikel 6 EVRM. Soms probeert het Hof derhalve een beperking van de tekst van het artikel te omzeilen. Een dergelijke aanpak komt de rechtszekerheid echter niet ten goede.

Net als bij de reikwijdte van de bepaling kan een nationale grondwettelijke regeling de in het EVRM ontbrekende rechten vastleggen op nationaal niveau.<sup>318</sup> Zodoende ontstaat er meer rechtszekerheid en neemt de druk op de rechter af om bepaalde deelrechten in artikel 6 EVRM in te lezen.

#### **3.4.4.3 Artikel 6 EVRM als ‘open’ recht**

Bij de beantwoording van de vraag in hoeverre artikel 6 EVRM in een concrete zaak is geschonden, kijkt het Hof altijd naar de ‘trial as a whole’. Dit betekent dat een handeling van de politie, rechter of aanklager die zou kunnen worden aangemerkt als een schending van een deelrecht van artikel 6 EVRM, of een ander recht van het EVRM, niet per definitie tot een schending van artikel 6 EVRM als geheel hoeft te leiden. De vraag die moet worden beantwoord is of het schenden van een deelrecht van artikel 6 EVRM in het concrete geval heeft geleid tot oneerlijkheid van het gehele proces.

Als voorbeeld kan de zaak *Gäfgen vs. Duitsland* dienen.<sup>319</sup> In deze zaak werd de verdachte op hardhandige wijze door de politie verhoord. Hij werd verdacht van het ontvoeren van een jong kind. Op het moment van verhoor dacht de politie dat het kind nog in leven was, hetgeen later niet zo bleek te zijn. Vanwege het feit dat de politie snel de locatie van het kind wilde weten om nog een poging te doen het kind te redden, werd Gäfgen verhoord op een wijze die, volgens de Grote Kamer van het EHRM, een schending van artikel 3 EVRM opleverde. De uit dit verhoor resulterende bekende verklaring werd vanwege deze schending door de rechter van het bewijs uitgesloten. Op basis van het verhoor werd echter ook het lijk van het ontvoerde slachtoffer gevonden. Bewijsmateriaal dat op de plaats delict werd gevonden en dat het

---

<sup>316</sup> Spronken 2010.

<sup>317</sup> EHRM 22 februari 2011, nr. 26036/08, *EHRC* 2011, 75, m.nt. Th.A. de Roos (Lalmahomed/Nederland).

<sup>318</sup> Mevis 2009a, p. 16.

<sup>319</sup> EHRM 1 juni 2010, appl. nr. 22978/05, *NJ* 2010, 628, m.nt. Y. Buruma (*Gäfgen/Duitsland*)

resultaat was van het gewraakte verhoor werd op de zitting wel gebruikt. Het EHRM achtte het proces ‘as a whole’ toch eerlijk, ondanks het gebruik van dit bewijs dat het directe gevolg was van handelen dat in strijd was met artikel 3 EVRM:

*“187. The Court concludes that in the particular circumstances of the applicant's case, the failure to exclude the impugned real evidence, secured following a statement extracted by means of inhuman treatment, did not have a bearing on the applicant's conviction and sentence. As the applicant's defence rights and his right not to incriminate himself have likewise been respected, his trial as a whole must be considered to have been fair.”*

Bovenstaande overweging biedt weinig aanknopingspunten voor een rechter op nationaal niveau die met een vergelijkbare zaak wordt geconfronteerd.<sup>320</sup> Algemene normen over wanneer sprake is van een eerlijk proces zijn lastig te formuleren aangezien het Hof kijkt in hoeverre de zaak in zijn geheel eerlijk is verlopen. Een inbreuk die in een bepaalde zaak tot een schending van artikel 6 EVRM leidt, hoeft dat in een andere zaak niet te doen als er door de rechter voldoende compensatie is geboden waardoor de zaak in zijn geheel als eerlijk kan worden aangemerkt. Of er sprake is van voldoende compensatie is echter lastig vast te stellen aangezien het Hof bij het bepalen of de zaak ‘as a whole’ eerlijk is geweest zich vooral richt op de concrete omstandigheden van het geval. In het bovenstaande citaat spreekt het Hof letterlijk uit dat in de specifieke omstandigheden van dit geval het niet uitsluiten van het bewijs niet tot schending van artikel leidt.

#### *3.4.5 Verschil in concepten: mensenrechtenrechter versus hoogste rechter in strafzaken*

Een laatste element van de inhoudelijke toetsing door het EHRM is het verschil in toetsing door het EHRM en de nationale (straf)rechter. In beginsel toetst het EHRM enkel of in een zaak aan de eisen van het EVRM is voldaan, zonder daarbij al te diep in te gaan op de vaststelling van de feiten op nationaal niveau. Ook is het niet de bedoeling dat het EHRM de weging van de feiten door de nationale rechter gaat overdoen. Het EHRM benadrukt daarbij regelmatig dat het geen ‘court of fourth instance’ is. Dit verschil in aanpak tussen een strafrechter en een mensenrechtenrechter kan tot problemen leiden.

Het EHRM lijkt namelijk niet altijd strikt vast te houden aan de marginale toetsing van de procedure op nationaal niveau en zich soms toch wel te

---

<sup>320</sup> Mevis 2008, p. 454.



gedragen als ‘fourth instance court’. Een voorbeeld hiervan is de eerder besproken zaak *Lalmahomed vs. Nederland* waarbij het Hof, ondanks het feit dat het eerst constateert dat het geen vierde instantie is, toch vrij uitvoerig de inhoudelijke beslissing van de nationale rechter corrigeert. In de eindverklaring van de Interlaken- en Izmir-conferentie in 2010 en 2011 wordt het Hof opgeroepen zich niet als ‘fourth instance’ rechter te gedragen.<sup>321</sup> Dit lijkt erop te duiden dat dit ook in andere landen als een probleem wordt ervaren.

Met de positie van het Hof als mensenrechtenrechter hangt samen dat het EHRM op basis van een (van het nationale recht) autonome catalogus van rechten naar het nationale strafprocesrecht kijkt. De constatering van een schending van artikel 6 EVRM door het Hof kan plaatsvinden in een geval waarin iemand volgens de Nederlandse strafrechtelijke procedure is veroordeeld. Hoewel er volgens de Nederlandse regels zoals uitgelegd door de Nederlandse (hoogste) strafrechter niets verkeerd is gegaan, kan op grond van de autonome normen van het EVRM toch worden vastgesteld dat de klager geen eerlijk proces heeft gehad.<sup>322</sup> Vaak zal de klager dan nog in gevangenschap zitten of heeft hij al een gevangenisstraf uitgezeten. De klager is echter wel door in ieder geval één nationale instantie schuldig bevonden aan het strafbare feit waarvoor hij of zij is vervolgd. Er is derhalve op basis van het nationale recht geoordeeld dat iemand strafbaar is en een straf opgelegd dient te krijgen. Dit is niet alleen ‘vervelend’ in die zin dat een individu heeft vastgezet in strijd met mensenrechtelijke normen heeft vastgezet, maar het is ook een negatief oordeel over het nationale strafrechtssysteem. Een strafrechtelijke veroordeling moet, als de zaak is gesloten, niet te vaak weer ter discussie komen te staan. Het is derhalve van belang dat op nationaal niveau nadrukkelijker wordt gekeken naar eerlijk proces normen om zoveel mogelijk te voorkomen dat indien een zaak naar Straatsburg in een later stadium door het Hof een schending van artikel 6 EVRM wordt geconstateerd. Hiermee hangt samen dat een uitspraak van het EHRM vaak erg lang op zich laat wachten, zeker vanwege het eerder genoemde caseload-probleem. Ook daarom zou meer systematische aandacht voor op eerlijk proces normen op nationaal niveau wenselijk kunnen zijn.<sup>323</sup>

### 3.4.6 Conclusie

In deze deelparagraaf zijn inhoudelijke elementen van de handhaving door het EHRM aan de orde gekomen. Voor een deel betrof het elementen die

---

<sup>321</sup> Interlaken Declaration 2010, p. 5 & Izmir Declaration 2011, p. 5.

<sup>322</sup> Mevis 2008, p. 453.

<sup>323</sup> Mevis 2005, p. 461.

kenmerkend zijn voor de behandeling van zaken door het Hof in het algemeen, maar ook zijn enkele elementen die specifiek gelden voor artikel 6 EVRM aan bod gekomen.

Getracht is om een beeld te geven van hoe de wijze van inhoudelijke beoordeling van zaken door het EHRM tot moeilijkheden leidt voor de rechter op nationaal niveau om het EVRM te handhaven. In het volgende hoofdstuk zal dit aan de hand van enkele concrete nationale voorbeelden nader worden geïllustreerd.

### ***3.5 Conclusie***

In dit hoofdstuk is het beschermingsmechanisme van het EVRM door het EHRM op het Straatsburgse niveau aan de orde gekomen. De vraag was hoe de bescherming van het EVRM, en in het bijzonder artikel 6 EVRM, door het EHRM wordt vormgegeven en welke gevolgen dit heeft voor de bescherming van het EVRM op nationaal niveau in de lidstaten van de Raad van Europa en in Nederland in het bijzonder. Vooral van belang om te bezien was in hoeverre de handhaving van het EVRM door het Hof soepel verloopt en hoe de diverse elementen van het beschermingssysteem van invloed zijn op de Nederlandse (straf)rechtsorde.

In paragraaf 3.2 is een ontwikkeling binnen het EHRM gesignaleerd van een mogelijke verschuiving van de nadruk op individuele rechtsbescherming naar een meer constitutionele positie van het EHRM binnen het EVRM-systeem. De kans dat een individuele burger een inhoudelijke uitspraak in Straatsburg krijgt, wordt dan kleiner. De bescherming op nationaal niveau wordt dan nog belangrijker. Dit is in lijn met het uitgangspunt van het Straatsburgse systeem dat het Hof slechts een subsidiaire rol heeft bij de bescherming van het EVRM. Indien deze ontwikkeling zich voortzet, is dat een sterk argument om de bescherming van fundamentele rechten op nationaal niveau nadrukkelijker vorm te geven.

Naast de principiële argumenten om op nationaal niveau een betere invulling te geven aan de bescherming van fundamentele rechten zijn in paragraaf 3.3 procedurele elementen aangewezen die een versterking van de bescherming op nationaal niveau wellicht nodig lijken te maken. Het Hof in Straatsburg is overbelast en kan de stroom zaken niet meer aan. Om die reden hebben het Hof en de Raad van Europa de lidstaten opgeroepen om maatregelen te nemen die zullen leiden tot een betere handhaving van het EVRM op nationaal niveau.

In paragraaf 3.4 kwamen de inhoudelijke problemen die spelen bij de handhaving van het EVRM aan de orde. Het betreft dan onder andere het beperkte niveau van de bescherming, maar ook het gebruik van de margin of appreciation dat tot problemen leidt bij de afstemming van de rechtspraak op nationaal niveau. Deze elementen leiden om diverse redenen tot problemen voor de nationale rechter om op nationaal het niveau van bescherming dat het EHRM eist, te bepalen en vervolgens te handhaven en te realiseren.

In hoofdstuk VI zal worden gekeken in hoeverre een nationale bepaling betreffende het recht op een eerlijk proces kan bijdragen aan het deels oplossen van deze problemen om zodoende een betere afstemming tussen het EHRM en de nationale autoriteiten mogelijk te maken. Die vraag kan, ondanks de gegeven voorzetten daartoe, op basis van het in dit hoofdstuk gestelde nog niet worden beantwoord. Eerst is het van belang om de werking van het recht op een eerlijk proces binnen het Nederlandse strafprocesrecht nader te bekijken, inclusief de rol die artikel 6 EVRM binnen dat strafprocesrecht speelt c.q. binnen de institutionele verhoudingen in de Nederlandse strafrechtspleging en staatsrechtelijke structuren al dan niet kan spelen.



# Hoofdstuk IV: De realisering van het recht op een eerlijk proces in de Nederlandse strafrechtsorde

## 4.1 Inleiding

In het vorige hoofdstuk is de handhaving van het EVRM, en artikel 6 EVRM in het bijzonder, door het EHRM in Straatsburg aan de orde geweest en geanalyseerd. Aangezien artikel 6 EVRM via de artikelen 93 en 94 van de Nederlandse Grondwet direct in de Nederlandse rechtsorde doorwerkt, vindt de handhaving van artikel 6 EVRM in de Nederlandse rechtsorde en de Nederlandse strafrechtspleging niet enkel in Straatsburg plaats. Het verdragsartikel wordt namelijk ook veelvuldig ingeroepen en toegepast in Nederlandse strafprocessen. In hoofdstuk II is aangegeven dat een belangrijke reden hiervoor lijkt te zijn, naast de directe doorwerking van een ieder verbindende bepalingen, dat dit recht in Nederland niet in een soortgelijke bepaling in de Grondwet of lagere wetgeving is vastgelegd. In dit hoofdstuk zal, na de bespreking van de handhaving van artikel 6 EVRM door het EHRM in het vorige hoofdstuk, de realisering en vormgeving van artikel 6 EVRM door de Nederlandse strafrechter worden besproken.

De realisering en vormgeving van het eerlijk proces in Nederland vindt echter niet enkel plaats door het gebruik van artikel 6 EVRM. Hoewel er geen concreet recht op een eerlijk proces in de Nederlandse (Grond)wetgeving is te vinden, beoogt de procedure zoals deze is vastgelegd in het Wetboek van Strafvordering de verdachte een eerlijk proces te garanderen door het normeren van de bevoegdheden van politie, justitie en de rechter. Naast de wettelijke regeling wordt in de Nederlandse strafprocedure voorts gebruik gemaakt van beginselen, de zogenoemde 'beginselen van een behoorlijke procesorde'. De inhoud en het gebruik van deze beginselen beogen eveneens bij te dragen aan het realiseren van een eerlijk proces, zowel in abstracto als garantie van het systeem als zodanig, maar ook in concrete strafzaken. Het gebruik van dergelijke beginselen zal in dit hoofdstuk ook worden bekeken.

In dit hoofdstuk zal derhalve de wijze waarop het recht op een eerlijk proces in de Nederlandse strafrechtsorde wordt vormgegeven aan de orde komen. Hierbij zal onder andere gekeken worden naar de realisering en vormgeving van het recht op een eerlijk proces in de concrete strafzaak, daarbij is van belang om de relatie te bezien tussen de Nederlandse wetgeving en de

doorwerking van artikel 6 EVRM op nationaal niveau. Echter, ook worden beschouwingen gewijd aan de taak van de nationale rechter bij de inpassing van uitspraken van het EHRM. Ook zal de verhouding tussen een eventuele nieuwe grondwettelijke bepaling en het bestaande systeem van het Wetboek van Strafvordering worden besproken.

Dit hoofdstuk vangt aan met een overzicht van de wijze waarop aan het begrip eerlijk proces een invulling wordt gegeven in de nationale Nederlandse regeling. Het gaat dan niet om een overzicht van de inhoudelijke rechten waarop een verdachte een beroep op kan doen, maar de focus ligt vooral op het proces van rechterlijke besluitvorming bij de realisering van het recht op een eerlijk proces. Bij de bespreking van dit besluitvormingsproces zullen ook de beginselen van een behoorlijke procesorde aan bod komen. Het gaat in de eerste plaats dus niet zozeer om de inhoud van het recht op een eerlijk proces, maar vooral om het mechanisme van hoe dit recht werkt binnen het Nederlandse strafproces. Het geheel van Nederlandse wettelijke strafvorderlijke regels en beginselen van een goede procesorde wordt aangeduid met de term ‘Nederlandse strafwetgeving’.

Na de bespreking van de Nederlandse strafwetgeving en de wijze waarop deze een eerlijk proces beoogt vorm te geven, zal de rol van artikel 6 EVRM bij de realisering en vormgeving van het eerlijk proces op nationaal niveau worden belicht. Andere internationale bepalingen betreffende het recht op het eerlijk proces, in de voornaamste plaats artikel 14 IVBPR, zullen slechts zijdelings worden besproken aangezien in de dagelijkse strafpraktijk vooral de inhoud van artikel 6 EVRM een rol speelt en het gebruik van andere verdragsartikelen, zoals artikel 14 IVBPR, niet tot andere conceptuele (onderzoeks)vragen leidt. De Nederlandse strafwetgeving in combinatie met de regels die artikel 6 EVRM stelt, wordt in dit hoofdstuk aangeduid als de ‘Nederlandse strafrechtsorde’.

## ***4.2 Aspecten van de realisering en handhaving van het eerlijk proces in de Nederlandse strafwetgeving***

### *4.2.1 Inleiding*

In hoofdstuk II bleek, dat het recht op een eerlijk proces nooit in de Nederlandse Grondwet is opgenomen, noch vaak onderwerp van discussie is geweest in het kader van de vraag welke grondrechten in de Grondwet dienen te worden opgenomen. Wel zijn er enkele deelrechten van het eerlijk proces in de Grondwet te vinden, zoals het motiveringsgebod van artikel 121 Grondwet en het *ius de non evocando* van artikel 17 Grondwet. Deze

bepalingen worden echter in het concrete strafproces nauwelijks ingeroepen. De Grondwet speelt in concrete strafrechtelijke procedures bij het vormgeven van het proces als geheel, mede door de beperkte aanwezigheid in die Grondwet van door de verdachte in te roepen strafrechtelijke bepalingen, derhalve eigenlijk geen rol.<sup>324</sup> De rol van een autonoom toetsingskader voor strafvorderlijke procedures wordt vervuld door verdragen, voornamelijk het EVRM.

In de Grondwet is wel vastgelegd dat er een wettelijke regeling voor het straf(proces)recht moet worden opgesteld. Deze eis is in artikel 107 lid 1 in de Grondwet opgenomen. Hoewel de verdachte dus weinig rechten aan de Grondwet kan ontnemen, is er wel een constitutionele verankering van, en basis voor, het straf(proces)recht. Aan die opdracht van artikel 107 Grondwet is uitwerking gegeven door middel van de regeling van het strafprocesrecht in het Wetboek van Strafvordering.

In deze paragraaf 4.2 vindt enkel een beschrijving en analyse plaats van de wijze waarop in het de nationale Nederlandse strafwetgeving wordt beoogd een eerlijk proces te garanderen. De invloed van artikel 6 EVRM wordt hier nog buiten beschouwing gelaten. De manier waarop dit artikel zijn invloed heeft doen, en nog steeds doet, gelden, wordt besproken in paragraaf 4.3.

#### 4.2.2 *Geen concrete (constitutionele) bepaling met rechten voor de verdachte*

De basisbepaling in de Nederlandse strafwetgeving voor wat betreft het formele strafrecht, het strafprocesrecht, is artikel 1 Wetboek van Strafvordering. Dit artikel verankert de dominante positie van de wetgever als het gaat om het opstellen van regels met betrekking tot de strafvordering. Alleen de wetgever in formele zin is op grond van deze bepaling bevoegd om regels met betrekking tot strafvorderlijke bevoegdheden te maken en om strafvorderlijke bevoegdheden te creëren. Delegatie van deze bevoegdheid is wel mogelijk, maar alleen als dat in een wet in formele zin is geregeld.<sup>325</sup>

De grondgedachte achter artikel 1 Wetboek van Strafvordering is volgens Simmelink dat ieder strafvorderlijk handelen van de overheid dat een inbreuk maakt op grondrechten in een wet in formele zin dient te zijn vastgelegd.<sup>326</sup> Voor een gelijke conclusie verwijst Simmelink naar De Bosch Kemper die in 1838 had aangegeven dat het eerste artikel van het Wetboek van Strafvordering ook diende om een link tussen de strafwet en de Grondwet te

---

<sup>324</sup> Mevis 2008, p. 452.

<sup>325</sup> Simmelink 1987, p. 33, Mevis 1989, p. 138 & Corstens 1987, in het bijzonder p. 97-100.

<sup>326</sup> Simmelink 1987, p. 42. Zie ook Corstens 1987, p. 96.

leggen.<sup>327</sup> Knigge en Kwakman zien deze functie als een uitwerking van de rule of law en het streven de burger te beschermen tegen willekeurig overheidsoptreden.<sup>328</sup> Cleiren wijst als aanvulling op deze primaire functie ook op nog twee andere functies. Ten eerste op de functie van artikel 1 Sv als een uitdrukking van de opdracht aan de wetgever om strafvordering bij wet te regelen, hetgeen verbonden is met de codificatiegedachte van artikel 107 Grondwet.<sup>329</sup> Daarnaast, ligt ten tweede volgens Cleiren ook in artikel 1 Wetboek van Strafvordering besloten dat het artikel uitdrukking geeft aan de gedachte dat de strafvorderlijke overheidsorganen gebonden zijn aan de wet.<sup>330</sup> Een laatste beginsel dat ten grondslag ligt aan artikel 1 Sv is wat Knigge en Kwakman omschrijven als het democratiebeginsel. Dit houdt in dat onnodige overheidsbemoeienis wordt voorkomen door de eis te stellen dat strafvordering enkel geschiedt na betrokkenheid van de democratisch gelegitimeerde wetgever.<sup>331</sup>

#### **4.2.2.1 Normering van bevoegdheden justitiële autoriteiten als garantie voor een eerlijk proces**

De procedure voor opsporing, vervolging, berechting en tenuitvoerlegging is door de wetgever uitgewerkt in een uitgebreide en gedetailleerde regeling in het Wetboek van Strafvordering. Direct inroepbare rechten voor de verdachte zijn in die regeling niet of nauwelijks te vinden. Een concreet recht op een eerlijk proces is in het geheel niet vastgelegd ergens in die regeling. Naast het ontbreken van dit recht in de Grondwet is het dus ook niet in de basisregeling van het strafproces opgenomen.

Het ontbreken van een concreet recht op een eerlijk proces voor de verdachte betekent uiteraard niet dat een verdachte in het Nederlandse strafproces niet mag verwachten dat zijn proces in Nederland niet eerlijk verloopt. De eerlijkheid van de procedure wordt namelijk geacht te zijn gewaarborgd door het systeem van regels die zijn vastgelegd in het Wetboek van Strafvordering. Deze regels, gecombineerd met de uitleg ervan in de jurisprudentie van de Hoge Raad en lagere rechters, beogen aan iedere verdachte een eerlijk proces te garanderen. Het bestaan van de uitgewerkte procedure van het Wetboek van Strafvordering was ook de reden dat de Staatscommissie Cals/Donner niet heeft geadviseerd tot de opname van het

---

<sup>327</sup> Simmelink 1987, p. 39-40.

<sup>328</sup> Knigge & Kwakman 2001, p. 245.

<sup>329</sup> Zie ook Knigge & Kwakman 2001, p. 245.

<sup>330</sup> Cleiren 1992, p. 9.

<sup>331</sup> Knigge & Kwakman 2001, p. 245 - 246.



recht op een eerlijk proces in wat uiteindelijk de Grondwet van 1983 zou worden.<sup>332</sup>

In de regeling van het Wetboek van Strafvordering staan als gezegd weinig tot geen concrete rechten voor de verdachte opgesomd; de rechten die de verdachte heeft zijn niet als concrete rechten voor de verdachte geformuleerd, maar worden op een andere wijze gewaarborgd. De strafvorderlijke regels in het Wetboek van Strafvordering beogen namelijk uiteraard wel, zoals ook al is aangestipt, een eerlijk proces vorm te geven en te garanderen. Dit geschiedt door het normeren van bevoegdheden van de diverse overheidsorganen die bij het strafproces betrokken zijn.<sup>333</sup> De eis dat ieder strafvorderlijk handelen een wettelijke basis moet hebben, is vastgelegd in artikel 1 Sv. De rechten van de verdachte worden derhalve gewaarborgd doordat de strafvorderlijke autoriteiten slechts binnen de grenzen van hun bevoegdheden, en onder de aldaar genoemde voorwaarden, mogen opereren.<sup>334</sup> Zodoende geeft de wet een bevoegdheid aan de autoriteiten, maar vindt ook gelijk normering van die betreffende bevoegdheid plaats. Met deze wijze van inrichting van het strafproces beoogt de wetgever het strafprocesrecht te laten voldoen aan de eisen van de Grondwet en het EVRM.<sup>335</sup>

Een voorbeeld van het voorgaande is de formulering van het zwijgrecht in artikel 29 Sv. Dit artikel richt zich in de eerste plaats tot de verhorende autoriteit.<sup>336</sup> Deze mag namelijk niet zodanig een verhoor afnemen dat er een verklaring volgt waarvan niet kan worden gezegd dat deze in vrijheid is afgelegd.<sup>337</sup> Tevens moet er een mededeling aan de verdachte volgen dat hij niet tot antwoorden verplicht is.<sup>338</sup> Ook dat laatste is in eerste instantie een opdracht aan de verhorende autoriteiten, en is niet geformuleerd als een concreet recht voor de verdachte. De achtergrond van deze bepaling is uiteraard het garanderen van het zwijgrecht van de verdachte. Hoewel dit recht voor de verdachte dus niet concreet is vastgelegd in wetgeving, wordt dit recht toch beschermd door middel van het stellen van normen aan het gedrag van de verhorende autoriteit. Ook de rechter krijgt met dergelijke normerende voorschriften te maken, bijvoorbeeld doordat hij het laatste

---

<sup>332</sup> Zie Hoofdstuk II, paragraaf 2.2.6.

<sup>333</sup> Mevis 2008, p. 453.

<sup>334</sup> Cleiren 1992, p. 20-24 en Cleiren 1989, p. 44-45.

<sup>335</sup> Mevis 2009b, p. 274-275.

<sup>336</sup> Mevis 2009b, p. 325-326.

<sup>337</sup> Art. 29 lid 1 Sv.

<sup>338</sup> Art. 29 lid 2 Sv.

woord tijdens het strafproces aan de verdachte moet ‘laten’.<sup>339</sup> Ook bij die bepaling is er geen sprake van een inroepbaar recht voor de verdachte, maar van een opdracht aan de rechter. Het recht om getuigen op te roepen ter zitting wordt eveneens vormgegeven door procedurele vormvoorschriften. De mogelijkheden voor verdachten om getuigen op te roepen gaat (in eerste instantie) via een procedure die loopt via het OM, maar deze procedure is wel in het wetboek genormeerd.<sup>340</sup> Zo mag de officier van justitie slechts onder bepaalde, wettelijk geformuleerde, voorwaarden een verzoek van de verdachte afwijzen.<sup>341</sup> Deze beperkte weigeringsgronden houden in de praktijk daarmee in dat er een vrij sterk recht voor de verdachte is om getuigen op te roepen. Echter, dit recht is wederom niet als zodanig in het wetboek vastgelegd.

Niet alleen het Wetboek van Strafvordering bevat bepalingen die de eerlijkheid van de procedure dienen te beschermen. Ook in organieke wetgeving en protocollen wordt in maatregelen voorzien om een eerlijk proces te garanderen. Een voorbeeld betreft het recht op de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter. Dit recht wordt, ook blijkens artikel 6 EVRM, gezien als een betrekkelijk wezenlijk onderdeel van het recht op een eerlijk proces, maar wordt in de Nederlandse wetgeving (ook) niet vastgelegd als een concreet recht voor de verdachte. De onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter wordt echter gewaarborgd door middel van wetgeving en protocollen, gericht tot de rechter waardoor diens onafhankelijkheid en onpartijdigheid dient te worden gegarandeerd.<sup>342</sup> Aangezien het bij de onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de rechter gaat om eisen die gesteld worden aan actoren binnen het strafproces, ligt regeling in organieke wetten meer voor de hand dan regeling in het Wetboek van Strafvordering dat over de bevoegdheden van de actoren gaat. Wel is de procedure om de veronderstelde partijdigheid ter discussie te stellen in het concrete proces onderdeel van de bevoegdheden van de procespartijen. Die mogelijkheid, te weten die van wraking, is daarom niet in organieke wetten, maar in het procesrecht voorzien, zie hiervoor de bepalingen van de artikelen 512 tot en met 516 Sv.

---

<sup>339</sup> Art. 311 lid 5 Sv.

<sup>340</sup> Art. 263 Sv.

<sup>341</sup> Art. 264 Sv.

<sup>342</sup> Zie hierover nader Cleiren 2011.

#### **4.2.2.2 Plaats van een eventueel constitutioneel recht op een eerlijk proces in verhouding tot het Wetboek van Strafvordering**

Hoewel door middel van het stelsel van het Wetboek van Strafvordering, bijzondere wetgeving, organieke wetgeving en protocollen het geheel van Nederlandse strafwetgeving een eerlijk proces probeert te garanderen, zijn dit slechts 'normale' wetten. De vraag die in dit onderzoek voorop staat, is of het recht op een eerlijk proces niet een dermate groot belang heeft dat vastlegging in een constitutioneel kader noodzakelijk en wenselijk is, en er een sterkere mate van constitutionaliteit in en rondom het strafprocesrecht dient te worden aangebracht in de vorm van een grondwettelijke bepaling over het recht op een eerlijk proces.

Over het antwoord op die laatste vraag zal pas in hoofdstuk VI een definitieve afweging kunnen worden gemaakt. Het is echter wel al van belang om hier te bezien in hoeverre een grondwettelijk recht op een eerlijk proces zich zou verhouden tot artikel 1 Wetboek van Strafvordering en de gedachte achter de bestaande procedure zoals deze wordt gesymboliseerd door dat artikel. Het gaat dan om de gedachte dat in de eerste plaats de wetgever degene is die bevoegd is om strafvorderlijke bevoegdheden te creëren en vast te leggen. Een grondwettelijke bepaling die door de verdachte in een concrete strafprocedure kan worden ingeroepen, zal namelijk in de eerste plaats door de rechter moeten worden gehandhaafd. Een dergelijke bepaling kan uiteraard ook als richtsnoer voor de wetgever dienen bij het opstellen van (nieuwe) wetgeving, maar de meerwaarde van een grondwettelijke bepaling moet vooral gevonden worden in de vorm van handvat voor de rechter. In hoeverre is het in dat kader problematisch dat de rechter zich met 'strafvordering' bezig zou kunnen houden op basis van een grondwettelijke bepaling over het recht op een eerlijk proces? Om deze vraag te kunnen beantwoorden kan worden gekeken naar meer formele gronden van eventuele spanning tussen artikel 1 Sv en een grondwettelijke bepaling, en naar meer inhoudelijke gronden.

Allereerst dient voor wat betreft de formele gronden opgemerkt te worden dat een grondwettelijke bepaling in hiërarchie boven bepalingen in een wet in formele zin staat. Het is echter niet problematisch om een hogere norm te hebben dan artikel 1 Sv aangezien er nu reeds sprake is van een situatie waarin er sprake is van een hogere norm dan artikel 1 Sv. Door middel van de doorwerking van artikel 6 EVRM via het grondwettelijk stelsel van de artikelen 93 en 94 Grondwet is er namelijk al een van het Wetboek van Strafvordering externe norm die door de rechter kan worden toegepast om de regels uit dat Wetboek in te kleuren of buiten toepassing te laten. Met dit

argument hangt nog samen dat artikel 1 Sv eist dat ‘strafvordering’ in een wet in formele zin is geregeld. De Grondwet is ook een wet in formele zin en voldoet dus aan dit criterium. Artikel 1 Sv eist niet dat alle strafvorderlijke bevoegdheden zijn vastgelegd in het Wetboek van Strafvordering en dat dergelijke bevoegdheden niet in andere wetten in formele zin mogen zijn geregeld. De vraag is vervolgens ook of strafvordering altijd op een wet in formele zin kan berusten. Niet alle bronnen van strafprocesrecht bevinden zich in wetten in formele zin. Zo is hiervoor reeds gewezen op het bestaan van verdragsnormen en beginselen van een goede procesorde.<sup>343</sup> Ook deze normen bestaan reeds en worden vrij uitvoerig toegepast zonder dat daar al te grote principiële bezwaren tegen worden gevoerd.

Uit het voorgaande kan geconcludeerd worden dat er geen formele gronden zijn die het creëren van een recht op een eerlijk proces in de Grondwet, naast artikel 1 Sv, in de weg zouden staan.

Ook op inhoudelijke gronden is er geen reden om aan te nemen dat er spanning zal zijn tussen een grondwettelijke bepaling over het recht op een eerlijk proces en de regeling in het Wetboek van Strafvordering. In de vorige paragraaf is al gewezen op het feit dat het Wetboek van Strafvordering juist bedoeld was om een uitwerking en invulling te geven aan de in de Grondwet vastgelegde grondrechten. Op die plaats werd al aangegeven dat Simmelink met verwijzing naar De Bosch Kemper concludeerde dat artikel 1 Sv een belangrijke waarborgfunctie heeft voor de burger. Het gaat dan in de eerste plaats om de waarborg dat de regeling van strafvordering zo ingericht moet zijn dat bevoegdheden die inbreuken maken op de grondrechten van burgers berusten op een wet in formele zin. Zowel aan een grondwettelijke bepaling inzake het recht op een eerlijk proces als aan artikel 1 Sv ligt dus de gedachte ten grondslag dat de rechten van de verdachte in het strafproces dienen te zijn gewaarborgd.

De mogelijke spanning tussen artikel 1 Sv en andere bronnen van strafvordering is onder andere aan de orde geweest in het kader van het onderzoek Strafvordering 2001. Daar worden twee wijzen geschetst waarop de verhouding tussen artikel 1 Sv en bronnen van strafprocesrecht naast wetten in formele zin kan worden gerechtvaardigd. Ten eerste door artikel 1 Sv niet als een harde regel te zien, maar als de uitdrukking van beginselen. Ten tweede door de term ‘strafvordering’ eng uit te leggen. Daarvoor wordt verwezen naar Simmelink en Cleiren die kiezen voor deze enge benadering. Die houdt in dat onder ‘strafvordering’ in art. 1 Sv enkel wordt verstaan

---

<sup>343</sup> Zie ook Knigge & Kwakman 2001, p. 243-244.

handelingen van de justitiële autoriteiten die een inbreuk maken op de grondrechten van burgers.<sup>344</sup>

In het kader van dit onderzoek is vooral van belang of het handelen van de rechter ter bescherming van het recht op een eerlijk proces als strafvordering moet worden gezien, en daarmee dus op gespannen voet zou staan met artikel 1 Sv. De eerste wijze van het rechtvaardigen van de verhouding tussen artikel 1 Sv en overig strafprocesrecht, namelijk het niet beschouwen van art. 1 Sv als een harde regel, verdient vanuit het oogpunt van legitimiteit en rechtszekerheid niet de voorkeur. Kijkend naar de tweede, meer enge, uitleg van de term 'strafvordering' zoals gebruikt door Simmelink en Cleiren valt dergelijk handelen van de rechter niet onder de term strafvordering. Op het moment dat de rechter op basis van een bepaling over het recht op een eerlijk proces aanvullende bescherming zou bieden levert dat daarom geen probleem op.<sup>345</sup> Het is immers lastig om een voorbeeld te bedenken waarbij de rechter met gebruikmaking van het recht op een eerlijk proces een inbreuk maakt op de rechten van de verdachte in een concrete strafzaak. Het concrete strafproces tegen een verdachte kan gezien worden als een inbreuk op diens grondrechten, zeker indien dit proces leidt tot een veroordeling en een vrijheidsbenemende sanctie. Echter, het is niet de rechter door wie een dergelijk strafproces wordt geïnitieerd, maar het OM. Indien de rechter binnen een dergelijk proces op basis van een bepaling over het recht op een eerlijk proces zullen over het algemeen vooral in het voordeel van de verdachte uitvallen. Te denken valt aan de situatie dat de rechter op basis van de grondwettelijke bepaling zou besluiten om een bepaalde getuige ter zitting op te roepen, of dat de rechter het recht om een raadsman aanwezig te hebben tijdens het politieverhoor in de grondwettelijke bepaling zou inlezen.

In beginsel zou het bestaan van een recht op een eerlijk proces in de Grondwet zich dus ook op inhoudelijke gronden niet slecht verhouden met artikel 1 Sv. Indien de rechter met behulp van een constitutionele bepaling over het recht op een eerlijk proces handelt om de belangen van de verdachte te beschermen is dit dus niet iets wezenlijk nieuws binnen het Nederlandse strafprocesrecht. De rechter heeft binnen het huidige systeem al de mogelijkheid om zo te handelen met behulp van beginselen van een goede procesorde en fundamentele rechten uit verdragen, hetgeen in het navolgende zal worden besproken. Nu kan worden vastgesteld dat een constitutionele bepaling niet op gespannen voet zou staan met de bestaande procedure van het Wetboek van Strafvordering kan in Hoofdstuk VI worden

---

<sup>344</sup> Knigge & Kwakman 2001, p. 244-245.

<sup>345</sup> Cleiren 1992, p. 6 & 28-29.

vastgesteld in hoeverre de aanwezigheid van een dergelijke constitutionele bepaling naast, en aanvullend op, de regeling van het Wetboek van Strafvordering ook meerwaarde kan hebben.

#### *4.2.3 Beginselen van een goede procesorde*

In het voorgaande is aangegeven dat strafvorderlijke handelingen van de autoriteiten op grond van artikel 1 Sv gebaseerd moeten zijn op een bevoegdheid in een wet in formele zin. Hiervoor werd echter ook reeds aangegeven dat de wet niet alles kan vastleggen en reguleren. De wet kan immers in de eerste plaats niet iedere mogelijke handeling van een justitiële autoriteit vastleggen en reguleren. Verder is het vooral niet mogelijk om de beslissing om in een bepaalde situatie gebruik te maken van bepaalde bevoegdheden precies te normeren. Daarnaast kan de wetgever niet alle toekomstige situaties overzien bij het opstellen van wetgeving. In gevallen waarin de wettelijke regeling tekort schiet omdat aan bepaalde situaties niet is gedacht in de wetgevingsprocedure, kan een beroep worden gedaan op de beginselen van een behoorlijk procesorde als aanvullende normen voor overheidsoptreden.<sup>346</sup> Deze beginselen kunnen aanvullend op artikel 1 Sv werken aangezien er sprake is van een ruimere mate van rechtsbescherming voor de verdachte.<sup>347</sup> Een wettelijke basis voor deze beginselen is dan niet absoluut vereist vanuit het oogpunt van rechtsbescherming. Deze beginselen vinden hun oorsprong in het bestuursrecht en hebben zich langzamerhand in het strafrecht ontwikkeld.<sup>348</sup>

Cleiren stelt dat dergelijke beginselen in het strafprocesrecht op twee manieren een rol kunnen spelen, en wel in de vorm van positieve eisen voor het gebruik van bevoegdheden door de overheid en in de vorm van negatieve toetsingsmaatstaven voor de rechter achteraf.<sup>349</sup> In de eerste plaats spelen beginselen een rol in de fase voordat van een bevoegdheid gebruik wordt gemaakt. Cleiren noemt dit de positieve werking van beginselen waarbij beginselen eisen stellen aan het gedrag van overheidsorganen en het nemen van een beslissing om van een bepaalde bevoegdheid gebruik te maken. Dit houdt in dat bij de toepassing van discretionaire bevoegdheden de straf-

---

<sup>346</sup> Corstens/Borgers 2011, p. 29-30 & Mevis 2009b, p. 557.

<sup>347</sup> Corstens 1975, p. 174-175.

<sup>348</sup> Corstens 1975, p. 187.

<sup>349</sup> Cleiren 1990, p. 499-500, zie ook Corstens/Borgers 2011, p. 30 & Corstens 1975, p. 173. Zie hierover uitgebreider Wiewel 2001, p. 20-26 & p. 63-96.

vorderlijke overheidsorganen bij het nemen van een beslissing in dat kader aan bepaalde ongeschreven normen gebonden zijn.<sup>350</sup>

De tweede manier waarop beginselen een rol spelen is de negatieve werking van beginselen als handvat voor toetsing door de rechter. Deze toetsing vindt plaats nadat van een bepaalde bevoegdheid gebruik is gemaakt, deze toetsing gebeurt over het algemeen tijdens het onderzoek ter terechtzitting. Bij het gebrek aan een concrete toetsingsmaatstaf in de (Grond)wet, kan de rechter van beginselen gebruik maken om het optreden van overheidsorganen te toetsen.<sup>351</sup> Cleiren wijst er overigens op dat bij toetsing aan de hand van beginselen achteraf niet in alle gevallen kan worden gesanctioneerd aangezien in het strafproces niet een concrete handeling van een overheidsorgaan voorwerp van behandeling is, maar geoordeeld wordt over de strafbaarheid van een verdachte.<sup>352</sup> Deze stelling klopt als men zich beperkt tot de beslispunten van de rechter van de artikelen 348 en 350 Sv. Echter, is het ook van belang dat een door de rechter genomen beslissing genomen wordt op basis van een eerlijk proces. Voor zover eventuele inbreuken op dat recht op een eerlijk proces niet via artikel 359a Sv zijn gecompenseerd, zal een constitutionele bepaling wellicht als corrigerende norm kunnen dienen waardoor alsnog de verdachte niet kan worden veroordeeld aangezien niet aan de eisen van een eerlijk proces is voldaan. Een dergelijke toetsing vindt in de huidige situatie ook al plaats, maar dan door het EHRM in Straatsburg na afloop van de nationale procedure.<sup>353</sup>

Het gebruik van beginselen van een goede procesorde in een concrete strafzaak kan om twee redenen als problematisch worden gezien. In de eerste plaats is er de onduidelijkheid over de inhoud en onzekerheid wanneer deze beginselen een rol (kunnen) gaan spelen.<sup>354</sup> Onduidelijk is of er een achterliggend concept aan de toepassing van dergelijke beginselen ten grondslag ligt of dat deze ad hoc gebruikt worden in geval er sprake is van een leemte in de wetgeving. Voor wat betreft de inhoud van de (catalogus aan) beginselen kan niet gezegd worden welke beginselen dit concept omvat, en welke rechten een verdachte daar precies aan kan ontleen. Ten tweede is er het gebrek aan legitimatie voor het gebruiken van een dergelijke catalogus van normen. Een concrete strafrechtelijke of grondwettelijke regel die rechters de bevoegdheid geeft om op basis van beginselen strafvorderlijke regels te

---

<sup>350</sup> Cleiren 1990, p. 500-503, zie ook Corstens/Borgers 2011, p. 42-43 & Corstens 1975, p. 173-174.

<sup>351</sup> Cleiren 1990, p. 503-509.

<sup>352</sup> Cleiren 1990, p. 511.

<sup>353</sup> Zie ook Mevis 1998, p. 38-39.

<sup>354</sup> Mevis 2008, p. 456-457.

ontwikkelen, ontbreekt in de Nederlandse rechtsorde.<sup>355</sup> Om deze reden wordt algemeen aanvaard dat beginselen slechts een aanvullende rol mogen spelen ten opzichte van wetgeving in formele zin. Een derogerende werking van beginselen lijkt uitgesloten.<sup>356</sup> Een grondwettelijke bepaling over het recht op een eerlijk proces zou wel een dergelijke derogerende werking kunnen hebben.

De vraag is in hoeverre een constitutionele bepaling in de plaats zou moeten of kunnen komen van het hanteren van beginselen van een goede procesorde, of een aanvullende werking zou kunnen bieden. De hiervoor besproken onduidelijkheden over de inhoud en toepassing zouden er tot op zekere hoogte ook zijn indien er sprake was van een constitutionele basis voor het recht op een eerlijk proces. Een grondwettelijke bepaling zal noodzakelijkerwijs zeer ruim geformuleerd zijn en niet alles tot in de kleinste details regelen. De flexibiliteit van beginselen en open normen, die tot onduidelijkheid leidt, is tegelijk ook een belangrijk pluspunt aangezien het de toepassing van beginselen in diverse situaties mogelijk maakt. Dit zal niet anders (moeten) zijn bij een grondwettelijke bepaling inzake het eerlijk proces. Dit is vooral van belang in zaken waarbij bepaalde wetgeving tot gevolgen leidt in concrete gevallen die de wetgever niet heeft voorzien. Een constitutionele bepaling in de Grondwet zou echter wel een legitimerend fundament bieden als model van rechtsvorming voor de beslissingen die de rechter neemt op basis van een dergelijk recht op een eerlijk proces. Een constitutionele bepaling zou tevens een derogerende werking kunnen hebben, net zoals op dit moment (enkel) bij verdragen mogelijk is. Een grotere mate van rechtsbescherming voor de verdachte is dan mogelijk. Een externe norm naast de regeling van het Wetboek van Strafvordering kan dan als legitimerende basis voor de rechter dienen om de rechten van de verdachte in een concrete strafprocedure te beschermen. Deze vorm van meerwaarde zal nader worden uitgewerkt in hoofdstuk VI.<sup>357</sup>

Aansluitend hierop is ook nog de vraag relevant wat de verhouding is tussen de beginselen van een goede procesorde en artikel 6 EVRM. De Hoge Raad zou aan beginselen wel een derogerende werking toe kunnen kennen indien die beginselen zijn vastgelegd in, of door de Hoge Raad zouden worden afgeleid uit, een verdragsbepaling. Zo zou, weliswaar via een omweg, toch aan

---

<sup>355</sup> Mevis 2008, p. 456-457.

<sup>356</sup> Corstens/Borgers 2011, p. 31.

<sup>357</sup> Zie paragraaf 6.2.4.



beginselen een derogerende werking worden toegekend.<sup>358</sup> Dan kan uiteraard ook direct de vraag worden gesteld waarom de Hoge Raad überhaupt nog gebruik maakt van beginselen en niet simpelweg kiest voor de toepassing van artikel 6 EVRM. Dat artikel is dermate ruim geformuleerd dat veel strafvorderlijke beginselen daaronder gebracht kunnen worden, indien de Hoge Raad ervoor zou kiezen ze daarin in te lezen. Dit zou in het kader van transparantie in besluitvorming en de legitimiteit van de beslissingen van de rechter zijn toe te juichen. Daarmee zou artikel 6 EVRM echter nog meer aan gewicht in het strafprocesrecht winnen. Vanuit dat oogpunt zou een constitutionele bepaling een beter handvat voor de rechter zijn. De vraag daarbij is dan nog wel of de Nederlandse rechter, de Hoge Raad voorop, de mogelijkheden die een dergelijke bepaling zou kunnen bieden ook zal benutten. Op die vraag is geen definitief antwoord te geven omdat niet valt te anticiperen op de omgang van de rechter met een eventuele nieuwe grondwettelijke bepaling. In hoofdstuk V zal geschetst worden hoe de rechter in het Verenigd Koninkrijk omgaat met fundamenteel rechterlijke normen binnen het strafproces en beschreven worden hoe ontwikkeling van dergelijke rechten binnen het strafproces is gegaan. In dat hoofdstuk zal bezien worden in hoeverre daaruit lessen kunnen worden getrokken voor de Nederlandse rechter.

De vraag naar de verhouding tussen artikel 6 EVRM en de beginselen van een goede procesorde komt vooral op omdat de rechter beiden nogal eens als gelijkwaardig aan elkaar tracht te gebruiken.<sup>359</sup> De gedachte ontstaat dan dat artikel 6 EVRM en de beginselen van een goede procesorde synoniemen van elkaar zijn. Volgens Cleiren is deze visie niet juist en hebben beginselen wel degelijk een zelfstandige functie naast verdragen.<sup>360</sup> Zij constateert wel dat de rechter niet consistent een keuze maakt tussen een nevenschikkende of zelfstandige rol voor beginselen.<sup>361</sup> Als een reden voor het gebruiken van beginselen in combinatie met een verdragsbepaling noemt Cleiren het rechtvaardigen van het sanctioneren van strafvorderlijke autoriteiten in het

---

<sup>358</sup> Corstens/Borgers 2011, p. 31.

<sup>359</sup> Zie hierover annotator Mevis in zijn noot onder HR 9 oktober 2007, *NJ* 2008,43. Hij haalt drie voorbeelden aan. HR 8 mei 2005, *NJ* 2005, 514 (gebruik van de term 'eerlijke procesvoering', artikel 6 EVRM wordt niet genoemd), HR 5 december 1989, *NJ* 1990, 719 ('uit beginselen van een goede procesorde en uit art. 6 EVRM') en HR 30 juni 1998, *NJ* 1998, 799 ('aan de mede uit art. 6 EVRM afgeleide beginselen van een behoorlijke procesorde').

<sup>360</sup> Cleiren 1989, p. 319.

<sup>361</sup> Cleiren 1989, p. 320-321.

geval van schending van een recht van de verdachte; een verdragsbepaling als artikel 6 EVRM biedt die sanctie namelijk niet.<sup>362</sup>

#### 4.2.4 *Ontbreken van constitutionaliteit in het strafprocesrecht*

In hoofdstuk II werd in zijn algemeenheid de bescheiden positie van de rechter bij de bescherming van de Grondwet geschetst. Ook in het strafprocesrecht is deze bescheiden positie van de rechter te zien. In zijn oratie wees Mevis op het gebrek aan constitutionaliteit in het strafprocesrecht en de beperkte band tussen de constitutie en het strafprocesrecht.<sup>363</sup> Dit is, en was, het gevolg van het feit dat de Grondwet de rechter geen rol heeft toebedeeld bij de bescherming van grondrechten in het strafprocesrecht, maar ook het feit dat de rechter vanuit die constitutionele verhoudingen die taak niet oppakt voor zover daartoe enige aanknopingspunten op zichzelf wel bestaan.<sup>364</sup> Het gevolg is dat een door expliciet en autonoom in de Grondwet geformuleerde rechten gestuurd model van rechtsvorming in het strafprocesrecht ontbreekt. Een dergelijk model zou een positieve stimulans kunnen bieden aan de rechtsbescherming van de burger en de ontwikkeling van het strafprocesrecht en dus ook aan het (kunnen) realiseren van het eerlijk proces als concept in abstracto en in concreto, in de concrete strafzaak.<sup>365</sup> Een belangrijke consequentie van het ontbreken van een dergelijk model is echter dat bepaalde onderwerpen, die wel in de Grondwet zijn geregeld niet door de rechter worden uitgewerkt, Mevis wijst onder andere op de motiveringseis van artikel 121 Grondwet.<sup>366</sup> De conclusie van zijn betoog is dan ook dat er sprake zou moeten zijn van een wisselwerking tussen rechter en wetgever en tussen strafrecht en constitutioneel recht. Hij meent dat zodoende een positieve stimulans kan worden gegeven aan de rechtsvorming in het strafprocesrecht.<sup>367</sup>

Het ontbreken van een constitutionele rol voor de Hoge Raad, vanwege het ontbreken van constitutionele bevoegdheden, lijkt een voorname reden te zijn waardoor hij niet veel algemene regels omtrent het eerlijk proces vaststelt met gebruik van een model van rechtsvorming met aan de Grondwet ontleende rechten. Over het algemeen beperken uitspraken zich tot het beoordelen of in een concreet geval de juiste strafvorderlijke bevoegdheden al dan niet terecht

---

<sup>362</sup> Cleiren 1989, p. 321.

<sup>363</sup> Mevis 1998, in het bijzonder p. 7-11.

<sup>364</sup> Mevis 1998, p. 11-18.

<sup>365</sup> Zie hierover nader hoofdstuk VI, paragraaf 6.2.4.

<sup>366</sup> Mevis 1998, p. 19-38.

<sup>367</sup> Mevis 1998, p. 41.

zijn toegepast.<sup>368</sup> Een model voor rechtsvorming voor meer richtinggevend uitspraken ontbreekt bij gebrek aan een legitimerende basis daarvoor.<sup>369</sup> Deze basis ontbreekt zowel inhoudelijk in die zin dat er geen inhoudelijke constitutionele bepaling is waar de rechter een dergelijk model aan kan ophangen, als formeel voor wat betreft concrete bevoegdheden voor de rechter om de Grondwet toe te passen in het strafprocesrecht. Dit wordt nog eens onderstreept en daarmee versterkt door het toetsingsverbod waardoor de positie van de rechter ten opzichte van de wetgever vrij zwak is. In hoofdstuk III bleek al, dat dit een probleem is aangezien het EHRM wel op basis van een extern van het strafprocesrecht bestaande catalogus van rechten naar het strafproces kijkt. Volgens Mevis is het nationale straf(proces)recht door deze verschillen in werkwijze ‘betrekkelijk weerloos’ ten opzichte van het EHRM.<sup>370</sup>

De ‘bescheiden positie’ van de rechter is nog om een volgende reden problematisch. Dat betreft het open karakter van het recht op een eerlijk proces. Het is in abstracto niet te zeggen wanneer een proces eerlijk is. Er zijn wel algemene regels te stellen maar de eerlijkheid van het concrete proces moet in de strafzaak zelf door de rechter worden vormgegeven. Om dat in een concreet geval ook adequaat te kunnen doen heeft de rechter wel een algemeen kader nodig waaraan hij kan refereren welke normen in een bepaald geval dienen te worden toegepast.<sup>371</sup> De Hoge Raad zou een dergelijke kader kunnen vormgeven op basis van een grondwettelijke bepaling zodat lagere rechters op basis van dat kader beslissingen kunnen nemen in de concrete strafzaak.

Daarnaast is er nu geen mogelijkheid voor de hoogste strafrechter in Nederland om op basis van een autonome constitutionele catalogus van (constitutionele) rechten te toetsen of lagere rechters in concrete zaken gehandeld hebben in lijn met de eisen van een eerlijk proces. Deze toetsing vindt op dit moment enkel in feite wel in Straatsburg plaats, hoewel Nederland er dus niet voor heeft gekozen om op nationaal niveau een vergelijkbare basis voor toetsing te bieden.

Het is in dit hoofdstuk nog niet van belang om te kijken wat de meerwaarde zou zijn van een meer constitutionele rol voor de rechter in het strafrecht

---

<sup>368</sup> Swart & Young 1995, p. 64.

<sup>369</sup> Mevis 2009a, p. 11.

<sup>370</sup> Mevis 1998, p. 40. Zie hierover nader paragraaf 4.3.2.

<sup>371</sup> De Lange, Leeuw & Mevis 2009, p. 28-30. Zie ook Mevis 2009a, p. 6-8.

waarbij deze rechter constitutionele normen binnen het strafproces inbrengt en handhaaft. Dit zal pas in hoofdstuk VI aan de orde (kunnen) komen. Op deze plaats is wel de constatering van belang dat die constitutionele taak of rol er op dit moment niet is. Het is in het vervolg van dit hoofdstuk vooral van belang om te bezien hoe de rechter een eerlijk proces poogt vorm te geven zonder een constitutionele bepaling over het recht op een eerlijk proces. Dit gebeurt nu met name door gebruik van art 6 EVRM<sup>372</sup>, maar ook door toepassing van de beginselen van een goede procesorde. Geïllustreerd zal worden dat dit niet zonder problemen is. Daarmee zijn we dan weer bij de kern; kan een constitutionele bepaling aan een oplossing of beter functioneren bijdragen? Om uiteindelijk die vraag te beantwoorden volgt in dit hoofdstuk de nadere verkenning van de huidige situatie.

#### 4.2.5 Sterke afhankelijkheid van het EVRM

Door de afwezigheid van concrete rechten voor de verdachte in de (Grond)wet is deze afhankelijk van het EVRM wanneer de wettelijke regeling onvoldoende uitkomst biedt in een situatie waarin niet door de wetgever is voorzien. Indien de beginselen van een goede procesorde ook geen uitkomst bieden, heeft de verdachte weinig mogelijkheden binnen de strafprocedure, maar ook de rechter komt dan voor een lastige situatie te staan om een concrete oplossing te vinden. De rechter heeft dan namelijk geen speelruimte om een regeling te treffen in het concrete geval. De enige optie die dan nog resteert is artikel 6 EVRM. Deze bepaling heeft echter ook zijn grenzen.

Het arrest van de Hoge Raad van 23 mei 2006<sup>373</sup> kan dit illustreren. In deze zaak heeft het Hof Leeuwarden op basis van artikel 6 EVRM en het daarin vervatte recht op toegang tot de rechter een bijzondere regeling gecreëerd die het mogelijk maakt om in bepaalde gevallen een matiging op de griffierechten toe te passen. Bij de Hoge Raad komt de vraag aan de orde in hoeverre deze matiging mogelijk is op grond van artikel 6 EVRM:

*“5.2 Noch in de WAHV noch in de WTBZ is in een geval als het onderhavige aan het Hof de bevoegdheid toegekend het wettelijk griffierecht te matigen en/of in debet te stellen en evenmin om de verschuldigde zekerheid te verminderen. Het middel stelt de vraag aan de orde of onder omstandigheden een verplichting tot zodanige matiging van het griffierecht en/of van de zekerheidstelling voortvloeit uit art. 6, eerste lid, EVRM, zoals het Hof klaarblijkelijk heeft geoordeeld. Voor het antwoord op die vraag is beslissend of art. 6, eerste lid, EVRM op de onderhavige procedure — de in art. 26a*

---

<sup>372</sup> Zie paragraaf 4.3.

<sup>373</sup> HR 23 mei 2006, NJ 2007, 145, m.nt. P.A.M. Mevis.

*WAHV* voorziene rechtsgang in hoger beroep na verzet tegen maatregelen strekkende tot verhaal van de administratieve sanctie — van toepassing is.

5.3 Art. 6, eerste lid eerste volzin, EVRM luidt:

*‘In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.’*

5.4 Uit art. 26, derde lid eerste volzin, WAHV volgt dat de verzetprocedure die hier aan de orde is slechts het onderzoek naar de rechtmatigheid van de inning door middel van verhaal betreft, zonder dat de rechtmatigheid van de sanctie zelf nog voorwerp van onderzoek kan zijn en zonder dat aan de betrokkene verdere lasten kunnen worden opgelegd. In deze omstandigheden kan niet worden gezegd dat de verzetprocedure het vaststellen van een ‘criminal charge’ betreft. Evenmin is sprake van de ‘determination of civil obligations’ omdat aan de rechter die in de verzetprocedure beslist niet de bevoegdheid toekomt geldelijke verplichtingen van de betrokkene vast te stellen. Dat betekent dat, anders dan het Hof oordeelde, art. 6 EVRM op de verzetprocedure niet van toepassing is.”

Het stelsel van matiging dat het Hof had opgetuigd op grond van artikel 6 EVRM, wordt door de Hoge Raad onderuit gehaald. Het Hof had zich namelijk niet de vraag gesteld (althans niet gemotiveerd in zijn arrest aangegeven dat het zich deze vraag gesteld had) of artikel 6 EVRM überhaupt van toepassing is op de procedure die in deze zaak aan de orde is. Volgens de Hoge Raad moet deze vraag eerst worden gesteld en bovendien negatief worden beantwoord. De Hoge Raad concludeert dat er hier noch sprake is van een strafvervolging noch van een beoordeling van burgerlijke rechten en verplichtingen. Het gevolg van dit negatieve antwoord is dan dat artikel 6 EVRM niet van toepassing op deze situatie. Aangezien artikel 6 EVRM niet van toepassing was, kon het Hof Leeuwarden niet anders doen dan in latere zaken deze matiging niet meer toepassen.<sup>374</sup> Mevis vraagt zich in zijn noot onder dit arrest af in hoeverre artikel 6 EVRM wel echt de enige mogelijke oplossing in dit geval was en of het niet meer met het nationale recht gedaan had kunnen worden om hier tot een billijke oplossing te komen. Het inhoudelijke probleem, de mogelijke beperking van het recht op toegang tot de rechter, is immers niet weg met de formele conclusie dat artikel 6 EVRM niet van toepassing is. Mevis zegt er het volgende over:

---

<sup>374</sup> Zie bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 11 december 2006, WAHV 06/01015.

*“Enerzijds is er best een redenering mogelijk is om, ook al is art. 6 EVRM niet van toepassing, naar de huidige stand van zaken in het Nederlandse recht legitimatie voor de handelwijze van het Hof te vinden. De WAHV kent betrokkene het recht op toegang tot de rechter in de vorm van verzet tegen het verhaal toe. Ook al gaat het daarbij (in de woorden van de Hoge Raad) ‘slechts’ om het onderzoek naar de rechtmatigheid van de inning door middel van verhaal, de wetgever heeft nochtans gemeend dat terzake door de burger rechterlijke toets moet kunnen worden ingeroepen, zelfs in twee instanties. Anders gezegd: al is art. 6 EVRM niet van toepassing, toch voorziet de nationale wet in (toegang tot) een rechterlijke procedure. Nederland mag immers verder gaan dan Straatsburg vereist. In art. 17 van onze nationale Grondwet, en wel in het hoofdstuk ‘grondrechten’, staat vervolgens geschreven dat niemand tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent. Natuurlijk: het is een enigszins creatieve en actieve interpretatie van nationale grondrechten en die is niet echt ‘in’ in Nederland (rondom het initiatief-wetsvoorstel tot afschaffing van het constitutionele toetsingsverbod heerst reeds lang diepe stilte), maar is het nu zoveel stappen te ver om te menen dat heffing van griffierecht en zekerheidstelling door de overheid inderdaad de burger te zeer van zijn wettelijke aanspraak op rechterlijk gehoor op zijn verzet tegen verhaal kan afhouden? De reikwijdte die de Hoge Raad in andere arresten inmiddels aan de werking van rechtsbeginselen geeft, staat deze redenering wel toe. Had dit punt niet door de Hoge Raad moeten worden onderzocht? Anders gezegd: was er naar nationaal recht al niet een legitimerende basis voor de handelwijze van het Hof, gegeven dat naar nationaal recht beroep op de rechter openstaat, ongeacht of art. 6 EVRM op de procedure van toepassing is? En omgekeerd: kan het recht op toegang tot de rechter als rechtsbeginsel dan alleen maar werking hebben als en omdat art. 6 EVRM van toepassing is? Moeten wij ons werkelijk zo afhankelijk maken van Straatsburg? Dat is naar mijn inzicht de verkeerde weg (zie mijn ‘Constitutioneel strafrecht’).”<sup>375</sup>*

Mevis wijst hier op het feit dat in Nederland een creatieve wijze van interpretatie van grondrechten niet ‘in’ is. In hoofdstuk II is geschetst dat deze terughoudendheid van de rechter historisch is te verklaren. In dat hoofdstuk is namelijk reeds aangegeven dat de Hoge Raad zeer voorzichtig is in het gebruiken van te actieve en creatieve interpretaties van nationale grondrechten. Indien deze taak echt van de rechter zou worden verlangd, zal gekeken moeten worden naar aanpassing van de constitutionele verhouding tussen rechter en wetgever en naar een versterking van de nationale

---

<sup>375</sup> Mevis in noot onder HR 23 mei 2006, NJ 2007, 145.

grondrechtencatalogus. Indien dit niet gebeurt zal waarschijnlijk de rechter zich op het EVRM blijven focussen en de rol van de Grondwet een beperkte blijven. De mogelijkheden op basis van het EVRM zijn echter ook beperkt gezien de bescheiden reikwijdte van het artikel en het feit dat de Hoge Raad niet bereid lijkt een aanvullende bescherming te bieden boven het minimumniveau dat het EHRM aan de EVRM-bepalingen toekent.

#### 4.2.6 *Conclusie*

In de voorgaande paragrafen is het procedurele mechanisme waarop de Nederlandse strafwetgeving beoogt het eerlijk proces vorm te geven beschreven. In zijn algemeenheid kan gezegd worden dat het Nederlandse strafproces vooral een eerlijk proces beoogt te garanderen door de handelingen en bevoegdheden van de strafvorderlijke autoriteiten doelgericht te regelen en te begrenzen. Er zijn niet of nauwelijks concreet inroepbare rechten voor de verdachte in nationale wetgeving vastgelegd.

Een tweede kenmerk van het Nederlandse strafprocesrecht hangt hiermee samen en dat is het ontbreken van enige vorm van constitutionaliteit. De Grondwet speelt vanwege zijn sober karakter qua inhoud als ook qua bevoegdheden voor de rechter geen rol in het strafprocesrecht, noch in concrete gevallen noch in meer abstracte zin in de vorm van rechtsvorming door de rechter. In situaties waarin de wet niet in een oplossing voorziet, wordt in bepaalde gevallen door middel van beginselen of het EVRM door de rechter naar een oplossing gezocht. Dit terwijl de Grondwet hierbij wel een rol zou kunnen spelen, en de legitimiteit van de huidige oplossing, bijvoorbeeld de beginselen van een behoorlijke procesorde, zwak is. De vraag in welke mate een grondwettelijke bepaling over het recht op een eerlijk proces kan bijdragen aan het verminderen of oplossen van deze problemen zal in hoofdstuk VI nader worden besproken.

Aan het einde van de vorige paragraaf is de afhankelijkheid aan het EVRM geschetst. Dit is een opmaat voor de nadere bespreking van de invloed van het EVRM op het Nederlandse strafproces in de volgende paragraaf. Het gaat dan vooral om het mechanisme van doorwerking van het EVRM binnen het Nederlandse strafproces en de gevolgen van die doorwerking voor datzelfde strafproces.

### ***4.3. Extra waarborg voor eerlijk proces in Nederlandse strafrechtsorde door middel van de werking van artikel 6 EVRM***

#### *4.3.1 Inleiding*

De werking van artikel 6 EVRM kan op twee manieren een effect hebben op de Nederlandse strafrechtsorde. In de eerste plaats kan een uitspraak van het EHRM in een concrete zaak tegen Nederland nopen tot een reactie van de Nederlandse autoriteiten. Er rust in dat geval op Nederland een verdragsrechtelijke verplichting om de geconstateerde schending ongedaan te maken. In de tweede plaats speelt artikel 6 EVRM een rol door middel van de doorwerking van dit artikel via de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. Bij doorwerking gaat het om de toepassing van artikel 6 EVRM door de Nederlandse rechter in de nationale strafzaak, voorafgaand aan een eventuele gang naar het EHRM.

In de eerste plaats is er dus de situatie waarin op nationaal niveau moet worden gereageerd op een uitspraak van het EHRM tegen Nederland. Voor de concrete klager in de zaak kan dat, in geval van schending, een grond zijn voor een aanvraag tot herziening in de concrete strafzaak.<sup>376</sup> Daarnaast kan de uitspraak echter ook gevolgen hebben voor het strafproces in zijn algemeenheid. De concrete schending kan namelijk ook een signalering inhouden van een meer systematisch tekort in de nationale strafprocedure. Naast de vraag welke inhoudelijke aanpassingen aan de strafprocedure in een dergelijk geval noodzakelijk zijn, moet ook besloten worden wie de noodzakelijke aanpassingen in de nationale rechtsorde maakt indien blijkt dat de bestaande wetgeving niet aan de eisen van het EVRM voldoet: de wetgever of de rechter.

In de tweede plaats kan artikel 6 EVRM preventief een rol spelen in een strafprocedure op nationaal niveau waar de Nederlandse rechter de normen van artikel 6 EVRM in een concrete strafzaak moet toepassen. Daarbij moet de nationale rechter dan ook rekening houden met de interpretatie van artikel 6 EVRM zoals deze door het EHRM aan dat artikel is gegeven. Daarom spelen uitspraken tegen andere lidstaten van de Raad van Europa ook een belangrijke rol in de beslissing van de Nederlandse strafrechter. Deze zal namelijk moeten bekijken in hoeverre de toepassing van artikel 6 EVRM door het EHRM in een bepaalde zaak tegen een ander land dan Nederland ook

---

<sup>376</sup> Art. 457 lid 1 sub 3 Sv.



gevolgen heeft voor de toepassing van artikel 6 EVRM binnen het Nederlandse strafproces.

In beide situaties is de opdracht voor de rechter niet gemakkelijk gezien de inhoudelijke beperkingen van de Straatsburgse uitspraken zoals omschreven in hoofdstuk III en de bestaande constitutionele verhoudingen in Nederland zoals geschetst in hoofdstuk II. Dit zal nader worden uitgewerkt in deze paragraaf mede aan de hand van diverse voorbeelden uit de jurisprudentie van de Hoge Raad en het EHRM.

#### *4.3.2 Het effect van EHRM-uitspraken tegen Nederland op de Nederlandse strafrechtsorde*

In hoofdstuk II werd de grote invloed van het EVRM op de Nederlandse rechtsorde reeds in zijn algemeenheid geschetst. Deze invloed bleek in eerste instantie vooral door uitspraken van het EHRM waarin schendingen van het EVRM door Nederland werden geconstateerd. Het feit dat de Nederlandse rechtsorde op diverse punten niet aan de eisen van het EVRM voldeed, kwam aanvankelijk, zo midden jaren '70 van de vorige eeuw, voor Nederland als een verrassing. Ten tijde van de ondertekening van het EVRM was de gedachte dat dit verdrag voor Nederland geen grote gevolgen zou hebben.<sup>377</sup> Dat deze gedachte niet juist was of in elk geval thans niet meer is, is inmiddels wel duidelijk. Op diverse terreinen is aanpassing van praktijk en wetgeving noodzakelijk gebleken teneinde aan de eisen van het EVRM te kunnen voldoen. Ook op het gebied van de inrichting het Nederlandse strafprocesrecht heeft het EHRM door zijn uitspraken grote invloed gehad. In deze paragraaf zal de wijze waarop door de Nederlandse autoriteiten gevolg is gegeven op uitspraken van het EHRM tegen Nederland aan de orde komen. Gezien de aard van dit onderzoek zullen in dit hoofdstuk enkel de effecten van het EVRM in het strafprocesrecht worden besproken. Algemene beschouwingen over de invloed van het EVRM kwamen reeds in hoofdstuk II aan de orde.

In hoofdstuk II bleek dat in de uitspraak in de zaak Engel de eerste schending door Nederland van het EVRM werd vastgesteld. De feitelijke impact van deze uitspraak, los van de realisatie dat Nederland wel degelijk te maken kon krijgen met schendingen van het EVRM, was vrij beperkt gezien het feit dat de door het EHRM geconstateerde schending een klacht over het militair tuchtrecht betrof. Hoewel de beslissing uiteindelijk een van de redenen was dat dit tuchtrecht door de wetgever ingrijpend werd gewijzigd, kan niet

---

<sup>377</sup> Zie paragraaf 2.2.7.

gezegd worden dat er sprake was van een enorme wijziging binnen het strafprocesrecht aangezien het een vrij bescheiden onderdeel van het strafproces betrof.

Heel anders was de situatie enkele jaren later toen het gebruik van (anoniem) getuigenbewijs in het Nederlandse strafproces door het EHRM tegen het licht werd gehouden. De eerste uitspraak in een serie van uitspraken over dit onderwerp werd door het EHRM gedaan in de zaak Kostovski.<sup>378</sup> De gang van zaken rondom de uitspraak in deze zaak is een voorbeeld van de wijze waarop een enkele uitspraak van het EHRM een belangrijk onderdeel van het nationale strafproces in één klap ten principale ter discussie kan stellen.

In de zaak Kostovski ging het over de vraag in hoeverre het gebruik van anonieme getuigen in overeenstemming was met artikel 6 EVRM, in het bijzonder lid 3 sub d van artikel 6 waar het recht voor de verdachte is vastgelegd om getuigen te ondervragen. In die tijd was het gebruikelijk dat bedreigde getuigen, die hun verklaringen anoniem wensten af te leggen, in de fase van het voorbereidend onderzoek werden gehoord enkel door de politie. De afgelegde verklaringen werden vervolgens op grond van de De auditur-jurisprudentie als schriftelijk bescheid in de zin artikel 344 Sv als bewijsmiddel aangemerkt. De getuigen hoefden zelf niet meer op de zitting te verschijnen om een verklaring af te leggen. Zodoende was er voor de verdediging geen mogelijkheid om de getuigen te ondervragen ter zitting. Deze mogelijkheid werd soms in het vooronderzoek geboden maar daarbij werd de verdediging beperkt door het feit dat zij de identiteit van de getuige niet kenden en geen vragen mochten stellen die de identiteit zouden kunnen onthullen.<sup>379</sup> Het gebruik van verklaringen van getuigen die in het vooronderzoek zijn afgelegd, hoeft in beginsel niet problematisch te zijn volgens het EHRM, mits de rechten van de verdediging in die voorfase worden gewaarborgd:

*“41. In principle, all the evidence must be produced in the presence of the accused at a public hearing with a view to adversarial argument (see the above-mentioned Barberà, Messegué and Jabardo judgment, Series A no. 146, p. 34, § 78). This does not mean, however, that in order to be used as evidence statements of witnesses should always be made at a public hearing in court: to use as evidence such statements obtained at the pre-trial stage is not in itself inconsistent with paragraphs 3 (d) and 1 of Article 6 (art. 6-3-d, art. 6-1) provided the rights of the defence have been respected.*

---

<sup>378</sup> EHRM 20 november 1989, 11454/85, NJ 1990, 245 m.nt. E.A. Alkema (Kostovski/Nederland).

<sup>379</sup> Corstens/Borgens 2011, p. 707.

*As a rule, these rights require that an accused should be given an adequate and proper opportunity to challenge and question a witness against him, either at the time the witness was making his statement or at some later stage of the proceedings (see, mutatis mutandis, the Unterpertinger judgment of 24 November 1986, Series A no. 110, pp. 14-15, § 31)."*

De mogelijkheid om de getuigen te ondervragen was in deze zaak echter ook niet ter zitting aanwezig, hetgeen leidt tot een zeer groot nadeel voor de verdediging:

*"42. Yet such an opportunity was not afforded to the applicant in the present case, although there could be no doubt that he desired to challenge and question the anonymous persons involved. Not only were the latter not heard at the trials but also their declarations were taken, whether by the police or the examining magistrate, in the absence of Mr Kostovski and his counsel (see paragraphs 11, 13, 15 and 16 above). Accordingly, at no stage could they be questioned directly by him or on his behalf.*

(...)

*The latter feature of the case compounded the difficulties facing the applicant. If the defence is unaware of the identity of the person it seeks to question, it may be deprived of the very particulars enabling it to demonstrate that he or she is prejudiced, hostile or unreliable. Testimony or other declarations inculcating an accused may well be designedly untruthful or simply erroneous and the defence will scarcely be able to bring this to light if it lacks the information permitting it to test the author's reliability or cast doubt on his credibility. The dangers inherent in such a situation are obvious."*

De maatregelen die getroffen waren om het nadeel voor de verdediging te compenseren waren volgens het EHRM onvoldoende, ook omdat het de verklaringen tot 'a decisive extent' bijdroegen aan het bewijs. Dit leidde uiteindelijk tot de constatering van een schending van artikel 6 EVRM:

*"43. Furthermore, each of the trial courts was precluded by the absence of the said anonymous persons from observing their demeanour under questioning and thus forming its own impression of their reliability. The courts admittedly heard evidence on the latter point (see paragraphs 17 and 19 above) and no doubt - as is required by Netherlands law (see paragraph 32 above) - they observed caution in evaluating the statements in question, but this can scarcely be regarded as a proper substitute for direct observation.*

(...)

45. *The Court therefore concludes that in the circumstances of the case the constraints affecting the rights of the defence were such that Mr Kostovski cannot be said to have received a fair trial. There was accordingly a violation of paragraph 3 (d), taken together with paragraph 1, of Article 6 (art. 6-3-d, art. 6-1)."*

Meteen nadat de uitspraak was gewezen, was al duidelijk dat er een reactie vanuit Nederland moest komen. Hoewel de uitspraak namelijk in beginsel enkel gevolgen heeft voor de concrete zaak, werd de Nederlandse wijze van toepassing van de nationale achterliggende bewijsregeling als onhoudbaar gezien in het licht van artikel 6 EVRM. De les die volgens annotator Alkema uit deze uitspraak moest worden getrokken, was, dat anoniem getuigenbewijs in principe ontoelaatbaar is. Slechts onder bepaalde omstandigheden mag dergelijk bewijs worden gebruikt. Met deze uitspraak kwam, naar zijn mening, de De auditu-jurisprudentie onder druk te staan.<sup>380</sup>

De reactie op deze uitspraak kwam in eerste instantie van de rechter. De Hoge Raad verscherpte namelijk de eisen aan het gebruik van anoniem getuigenbewijs ten gevolge van deze uitspraak van het EHRM. De Hoge Raad formuleerde het in de Post-Kostovski<sup>381</sup> uitspraak als volgt:

*“5.1 Het bij pleidooi voorgedragen middel gaat er terecht van uit dat in het licht van de uitspraak van het EHRM van 20 nov. 1989 (serie A vol. 166; NJ 1990, 245) moet worden aangenomen dat aan het gebruik van anonieme verklaringen voor de bewijslevering meer eisen moeten worden gesteld dan tot nu toe in de rechtspraak van de HR tot uiting zijn gekomen.*

*5.2 Daarbij kan als uitgangspunt gelden dat in een proces-verbaal neergelegde verklaringen van anoniem gebleven personen in beginsel slechts bruikbaar zijn voor het bewijs indien is voldaan aan bepaalde voorwaarden, waarvan de belangrijkste zijn dat de verklaring is afgenomen door een rechter die zelf de identiteit van de getuige kent, die in het van het verhoor opgemaakte proces-verbaal, gemotiveerd heeft doen blijken van zijn oordeel omtrent de betrouwbaarheid van de getuige en omtrent de door deze opgegeven redenen voor zijn wens anoniem te blijven, en die de verdediging in de gelegenheid heeft gesteld op enigerlei wijze aan de getuige vragen te stellen of te doen stellen.”*

Ten gevolge van de uitspraak van het EHRM worden door de Hoge Raad de eisen die gesteld worden aan dergelijk bewijs verscherpt. Het gebruik van

---

<sup>380</sup> Zie noot Alkema onder EHRM 20 november 1989 nr. 11454/85, NJ 1990, 245.

<sup>381</sup> HR 2 juli 1990, NJ 1990, 692, m.nt. Th.W. van Veen.

dergelijk bewijs materiaal is derhalve slechts mogelijk indien er ergens in de loop van het onderzoek de mogelijkheid is geweest om vragen aan de getuige te stellen.<sup>382</sup> Van Veen stelt in zijn noot dat het belang van dit arrest van de Hoge Raad vooral is het feit dat de Raad aangeeft dat de Kostovski-uitspraak scherpere eisen heeft gesteld aan het gebruik van anoniem getuigenbewijs.<sup>383</sup> Een beperking op het ondervragingsrecht kan worden aangenomen indien de rechten van de getuige in het geding zijn. In de Doorson-uitspraak stelde het EHRM dat getuigen op basis van artikel 8 EVRM rechten hebben die moeten worden afgewogen tegen de rechten van de verdachte. De rechter zal in de concrete strafzaak een oordeel moeten geven over de vraag wiens belangen in de concrete zaak zwaarder wegen. Het nadeel dat de verdachte daarbij ondervindt, moet dan echter wel gecompenseerd worden. Dit kan bijvoorbeeld doordat een getuige anoniem wordt gehoord, maar de verdediging in de gelegenheid wordt gesteld om vragen te stellen bijvoorbeeld via een videoverbinding.<sup>384</sup> Daarnaast mag een anonieme verklaring niet in beslissende mate bijdragen aan het bewijs, zelfs als compenserende maatregelen hebben plaatsgevonden.<sup>385</sup> Later voegde het EHRM in de zaak Van Mechelen nog toe, dat indien er sprake is van politieagenten die anoniem willen getuigen de balans die moet worden gezocht tussen de belangen van de verdachte en de belangen van de getuige(n) eerder in het voordeel van de verdachte zal moeten uitvallen. Een beperking op het ondervragingsrecht van de verdachte kan in die situatie minder gemakkelijk worden geaccepteerd. Van politieagenten wordt namelijk meer verwacht dan van een 'gewone' burger als het gaat om het kunnen weerstaan van de angst om in het openbaar te getuigen. Verklaringen van politieagenten mogen derhalve minder snel als anonieme verklaringen voor het bewijs worden gebruikt.<sup>386</sup>

De door de Hoge Raad ingezette lijn van nieuwe regels met betrekking tot het gebruik van anoniem getuigenbewijs is uiteindelijk door de wetgever door middel van wetgeving vastgelegd. Dit gebeurde in 1994 toen de Wet getuigenbescherming een regeling voor het gebruik van anoniem getuigenbewijs in het Wetboek van Strafvordering regelde.<sup>387</sup>

De Kostovski-uitspraak kan niet dienen als een voorbeeld van een schending die voorkomen had kunnen worden wanneer er een grondwettelijke bepaling

---

<sup>382</sup> Alink & Van Zeben 2007, p. 3-4 & Corstens/Borgens 2011, p. 707.

<sup>383</sup> Zie punt 3 van noot van Van Veen onder HR 2 juli 1990, NJ 1990, 692.

<sup>384</sup> Zie voor andere voorbeelden van compenserende maatregelen de Wilde 2009.

<sup>385</sup> EHRM 26 maart 1996, nr. 20524/92, NJ 1996, 741, m.nt Knigge (Doorson/Nederland), zie ook De Wilde 2009, p. 350.

<sup>386</sup> De Wilde 2009, p. 351.

<sup>387</sup> Wet van 11 november 1993, Stb. 1993, 603.

over het recht op een eerlijk proces zou zijn geweest, maar is vooral een voorbeeld van hoe het EHRM met een enkele uitspraak een belangrijk onderdeel van het strafprocesrecht ter discussie kan stellen. Vooral omdat het EHRM een autonome uitleg van het begrip getuige hanteert. Daardoor vielen de verklaringen van anonieme getuigen die afgelegd waren in het vooronderzoek en door middel van een proces verbaal in het dossier werden gevoegd onder het bereik van het begrip ‘getuige’. Deze vorm van het gebruiken van verklaringen van anonieme getuigen, zoals deze gebruikelijk was in Nederland, kon derhalve niet door de beugel. Hoewel op basis van het Nederlandse strafprocesrecht een strafzaak dus volgens de regels kan verlopen, kan deze desondanks in Straatsburg sneuvelen omdat het EHRM op basis van andere normen naar het strafproces kijkt. Indien de nationale rechter reeds op deze wijze naar de strafprocedure zou kijken, zouden kritische vragen over de strafprocedure wellicht al op nationaal niveau worden gesteld. Een correctie van Straatsburg kan dan worden voorkomen.

Bij het reageren op uitspraken van het EHRM waarin een schending wordt geconstateerd speelt altijd de vraag hoe de nationale autoriteiten dienen te reageren op dergelijke uitspraken. Het gaat er dan vooral om welke actor op nationaal niveau in eerste instantie een oplossing voor de geconstateerde schending moet realiseren. In het hiervoor genoemde voorbeeld van de zaak-Kostovski is het de rechter geweest die in eerste instantie de normen heeft aangescherpt. Hij moet daarbij binnen een beperkt kader blijven en zal snel naar de wetgever verwijzen. Dit kan in bepaalde situaties tot onzekerheid leiden over wat de precieze standaarden zijn

Een (voorlopig) laatste ontwikkeling met betrekking tot artikel 6 EVRM en uitspraken uit Straatsburg betreft de zaak Lalmahomed tegen Nederland uit 2011. In deze zaak moest het EHRM een uitspraak doen over de vraag in hoeverre het Nederlandse verlostelsel voor hoger beroep voldoet aan de eisen van artikel 6 EVRM. Belangrijk om daarbij op te merken is dat een vergelijkbare zaak een jaar eerder tot een uitspraak had geleid van Mensenrechten-comité van de VN.<sup>388</sup> In de zaak Mennen oordeelde het comité dat de Nederlandse procedure in strijd was met artikel 14 IVBPR:

*“8.2 As to the author's claim that he has not been able to exercise his right to appeal under article 14, paragraph 5, in an effective and meaningful way, since he did not have access to a duly reasoned, written judgment of the trial court and to other documents such as trial transcripts, the Committee notes that the State party confirmed that in the present case no such document had*

---

<sup>388</sup> Mennen vs the Netherlands, Human Rights Commission, 27 juli 2010, nr. 1797/2008.

*been produced. The Committee notes the State party's submission that the author's counsel was provided with a number of official police reports on the case prior to his application for leave to appeal, without specifying their content and relevance to the verdict. The Committee, however, observes that these reports could not have provided guidance as to the motivation of the first instance court in convicting the author of a criminal offence, nor indication on what particular evidence the court had relied. The Committee recalls its established practice that in appellate proceedings guarantees of a fair trial are to be observed, including the right to have adequate facilities for the preparation of his defence. [8] In the circumstances of the instant case, the Committee does not consider that the reports provided, in the absence of a motivated judgment, a trial transcript or even a list of the evidence used, constituted adequate facilities for the preparation of the author's defence.*

*8.3 The Committee further notes that, according to the State party, the President of the Court of Appeal denied the leave to appeal with the motivation that a hearing of the appeal was not in the interests of the proper administration of justice and that counsel's contentions were not supported in law. The Committee considers this motivation inadequate and insufficient in order to satisfy the conditions of article 14, paragraph 5, of the Covenant, which require a review by a higher tribunal of the conviction and the sentence. Such review, in the frame of a decision regarding a leave to appeal, must be examined on its merits, taking into consideration on one the hand the evidence presented before the first instance judge, and on the other hand the conduct of the trial on the basis of the legal provisions applicable to the case in question.*

*8.4 Accordingly, in these specific circumstances, the Committee finds that the right to appeal of the author under article 14, paragraph 5, of the Covenant has been violated, due to failure of the State party to provide adequate facilities for the preparation of his defence and conditions for a genuine review of his case by a higher tribunal."*

Het comité constateert een schending van artikel 14 lid 5 IVBPR op grofweg twee gronden. In de eerste plaats het gebrek aan een uitgewerkt vonnis en een proces-verbaal van de zitting in eerste aanleg. Hierdoor is een goede voorbereiding op het hoger beroep niet mogelijk. Ten tweede komt het comité tot een schending omdat er in hoger beroep geen volledige behandeling op bewijs van de inhoud heeft plaatsgevonden, vooral de motivering van de voorzitter van het Hof wordt bekritiseerd.

Artikel 14 IVBPR bevat, in tegenstelling tot artikel 6 EVRM, het recht op hoger beroep. In het EVRM is dit recht vastgelegd in artikel 2 van het

Zevende Protocol. Dit Protocol is echter niet geratificeerd door Nederland. De vraag was in hoeverre een procedure onder het EVRM tot eenzelfde uitkomst zou leiden. Spronken voorspelde na de uitspraak van het VN-comite al dat dit punt voor problemen zou kunnen zorgen in het licht van artikel 6 lid 3 EVRM. Vooral omdat er sprake was van een schending van procedurele punten die ook door het EVRM werden beschermd. Zij stelde de vraag of de Hoge Raad op basis van artikel 6 lid 3 EVRM zou ingrijpen.<sup>389</sup> De uitspraak van het EHRM in de zaak Lalmahomed kwam echter voordat de Hoge Raad zich over het verlofstelsel had uitgesproken.

Dhr. Lalmahomed was in eerste aanleg door de kantonrechter veroordeeld tot een geldboete van 60 euro wegens het niet betalen van een bekeuring. Hij wil vervolgens in hoger beroep gaan, maar op grond van artikel 410a Sv kan het hoger beroep enkel worden behandeld na verlof door de voorzitter van het gerechtshof. Deze wijst het verzoek tot verlof af aangezien behandeling van de zaak niet nodig is in het kader van een goede rechtsbedeling. Hierover wordt geklaagd in Straatsburg. Het EHRM stelt in de eerste plaats dat artikel 6 EVRM niet vereist dat landen een hoger beroep procedure hebben. Echter, als een dergelijke procedure wel aanwezig is, moet die voldoen aan de eisen van artikel 6 EVRM.<sup>390</sup> Aangezien Nederland Protocol 7 niet heeft ondertekend constateert het EHRM dat het niet dezelfde mate van toetsing kan toepassen als het VN-comite. Het EHRM bekijkt de zaak vervolgens op grond van artikel 6 EVRM en dan vooral in hoeverre aan de motiveringseisen van artikel 6 lid 1 EVRM jo. artikel 6 lid 3 sub c is voldaan. Het Hof toetst daarbij vrij indringend:

*“43. The Court reiterates that for the requirements of a fair trial to be satisfied, the accused, and indeed the public, must be able to understand the judgment or decision that has been given; this is a vital safeguard against arbitrariness. As the Court has often noted, the rule of law and the avoidance of arbitrary power are principles underlying the Convention (Taxquet v. Belgium [GC], no. 926/05, § 90, 16 November 2010, with further references). In addition, while courts are not obliged to give a detailed answer to every argument raised, it must be clear from the decision that the essential issues of the case have been addressed (Taxquet, § 91, with further references).*

(...)

---

<sup>389</sup> Spronken 2010.

<sup>390</sup> EHRM 22 februari 2011, nr. 26036/08, EHRC 2011, 75, m.nt. Th.A. de Roos (Lalmahomed/Nederland), r.o. 34-36.



*47. The acquittals too being part of the official record, the Court considers that the single-judge chamber of the Court of Appeal ought to have been aware of them. As it was, the absence from the case file of this information meant that the denial of leave to appeal in the present case could not be based on a full and thorough evaluation of the relevant factors (see paragraph 37 above)."*

Hoewel het EHRM vaak aangeeft dat het geen 'court of fourth instance' is, wordt hier toch wel behoorlijk intensief gekeken naar de inhoudelijke gronden van de oorspronkelijke beslissing van de nationale rechter. Deze wordt in feite overgedaan, want weliswaar wordt met gebruik van de motiveringseisen van artikel 6 EVRM een schending geconstateerd, maar bij het uiteindelijke oordeel wordt simpelweg tot een andere conclusie gekomen dan de voorzitter van het Hof.

De Hoge Raad heeft zich niet nog over de verhouding tussen het verlofstelsel en de artikelen 6 EVRM en 14 lid 5 IVBPR uitgelaten.<sup>391</sup> Wat de precieze gevolgen voor de Nederlandse situatie zijn, is daarom nog niet duidelijk. Hier zal een periode van enige onzekerheid bestaan over wat de mogelijkheden van de voorzitter in de verloffprocedure zijn. Het oordeel van het EHRM komt niet geheel uit de lucht vallen aangezien bij de behandeling van het wetsvoorstel over het verlofstelsel al gewezen was op de mogelijkheid dat het stelsel in de huidige vorm niet door de Straatsburgse beugel kan. Wiewel gaf in 2008 al aan, dat hij het zich niet kon voorstellen dat het EHRM zou accepteren dat een strafprocedure door de voorzitter van het Hof zou worden stopgezet terwijl hij zich bij die beslissing moet baseren op een niet uitgewerkt vonnis en hij niet de beschikking heeft over een proces-verbaal van de zitting in eerste aanleg.<sup>392</sup> Dit is precies het punt waarover eerder het Mensenrechtencomite van de VN is gevallen.

#### *4.3.3 Doorwerking van artikel 6 EVRM binnen de Nederlandse strafrechtsorde*

Het hiervoor besproken effect van de noodzaak tot aanpassingen van het nationale strafprocesrecht vanwege directe uitspraken tegen Nederland, komt niet vaak voor. Nederland kreeg in de afgelopen jaren betrekkelijk weinig met veroordelingen door het EHRM te maken. De meeste discussie in de praktijk over de relatie tussen artikel 6 EVRM vindt plaats over het concept van doorwerking van dit artikel in de Nederlandse strafrechtsorde. In de inleiding

---

<sup>391</sup> Zie conclusie A-G Vegter, punt 4.8 voor HR 11 september 2012, LJN: BX4472, nr. 10/04605.

<sup>392</sup> Wiewel 2008 p. 214.

van paragraaf 4.3 is al aangegeven dat voor dit onderzoek twee situaties als doorwerking van artikel 6 EVRM worden gezien. Ten eerste de toepassing van artikel 6 EVRM in de nationale strafprocedure, en ten tweede de situatie waarin uitspraken tegen andere lidstaten van de Raad van Europa nopen tot een aanpassing van de nationale strafprocedure.

#### **4.3.3.1 Toepassing van artikel 6 EVRM door de rechter in het concrete geval**

De terughoudendheid en onduidelijkheid die te zien is bij de reactie op EHRM uitspraken in Nederland is ook te zien bij de doorwerking van het EVRM in Nederlandse strafzaken door middel van de toepassing van artikel 6 EVRM door de nationale rechter. Ook hier past de Nederlandse rechter Straatsburgse jurisprudentie over het algemeen toe wanneer er duidelijke richtlijnen uit Straatsburg zijn. De Hoge Raad lijkt echter niet bereid om op punten verder te gaan dan Straatsburg.<sup>393</sup>

Een eerste kritiekpunt dat te noemen valt bij deze terughoudende opstelling van de Hoge Raad is dat deze strijdig is met de oorspronkelijke gedachte van het EVRM, namelijk dat handhaving in de eerste plaats op nationaal niveau plaats moet vinden. Daarmee hangt samen dat het EHRM een evolutieve interpretatie van het EVRM hanteert. Het Hof probeert het verdrag mee te laten groeien met maatschappelijke ontwikkelingen. Daarvoor zijn signalen van de lidstaten van belang in het kader van wat zij onder bepaalde EVRM rechten verstaan.<sup>394</sup> De Nederlandse rechter levert geen bijdrage aan deze ontwikkeling als hij volstaat met het toepassen van slechts die minimumnormen die Straatsburg heeft gesteld. In paragraaf 4.2.5 werd in dit verband het voorbeeld besproken van een procedure in het kader van de WAHV. In die paragraaf werd deze uitspraak besproken als voorbeeld van de grote afhankelijkheid van het EVRM. De zaak kan echter ook als voorbeeld dienen voor het hier besproken probleem. De Hoge Raad had namelijk kunnen kiezen om het toepassingsbereik van artikel 6 EVRM ruim te interpreteren waardoor de betreffende procedure onder het bereik van artikel 6 EVRM zou vallen. Indien hij dit had gedaan had dit als signaal kunnen dienen aan Straatsburg dat een aanpassing van het toepassingsbereik van artikel 6 wenselijk kan zijn om meer rechtsbescherming te bieden.

Ten tweede is het problematisch dat de gestelde Straatsburgse minimumnormen niet altijd even duidelijk zijn. In Hoofdstuk III en de vorige

---

<sup>393</sup> Mevis 2009a, p. 12 & Besselink 2012, p. 237 & 238. Zie hoofdstuk II, paragraaf 2.3.3.

<sup>394</sup> Zie hiervoor uitgebreider Hoofdstuk III, paragraaf 3.4.2.3.

paragraaf is al gepoogd aan te tonen dat het vaak niet duidelijk is wat de eisen van het EHRM precies zijn. Dit bleek reeds bij de rechtspraak omtrent de anonieme getuigen, maar recenter is de discussie omtrent de vereisten vanuit de Salduz-jurisprudentie een goed voorbeeld van de onduidelijkheid die kan ontstaan als EHRM-jurisprudentie ingepast dient te worden in de bestaande strafrechtelijke procedure. Dit zal in de volgende paragraaf nader worden toegelicht.

Tot slot wil de wijze waarop de Hoge Raad het EVRM toepast het probleem soms nog eens versterken doordat de beslissing om het EVRM in een concrete strafzaak maar beperkt inhoudelijk wordt gemotiveerd en de keuze waarom voor het EVRM wordt gekozen niet (geheel) duidelijk is. Een voorbeeld hiervan is het arrest van de Hoge Raad van 9 oktober 2007.<sup>395</sup> In deze zaak was sprake van de behandeling in hoger beroep waarbij de verdachte de orde op de zitting ernstig verstoorde. Na diverse malen door de voorzitter te zijn gewaarschuwd, werd de verdachte uit de zittingszaal gezet tijdens het requisitoir van de A-G. Nadat de A-G het requisitoir had afgerond, sloot de voorzitter de zaak aangezien er geen raadsman van de verdachte ter zitting aanwezig was. Deze was namelijk in een eerder stadium door de verdachte ontslagen. Er is dus geen pleidooi ten behoeve van de verdachte gehouden, noch is aan de verdachte het laatste woord gelaten.

*“4.3 De Voorzitter heeft met gebruikmaking van de hem in art. 273, derde lid, Sv toegekende bevoegdheid de verdachte wegens herhaalde ordeverstoring uit de zittingszaal laten verwijderen. De Advocaat-Generaal heeft gerequireerd buiten aanwezigheid van de verdachte en direct daarna heeft de Voorzitter het onderzoek ter terechtzitting gesloten verklaard.*

*4.4 Het proces-verbaal van de terechtzitting van 29 maart 2006 houdt niet in dat het Hof, nadat de Voorzitter de verdachte tijdens het requisitoir van de Advocaat-Generaal bij wijze van ordemaatregel uit de zittingszaal had doen verwijderen, de verdachte, die niet door een raadsman werd bijgestaan, vervolgens op enig moment in de gelegenheid heeft gesteld om zonder ordeverstoringen bij de verdere behandeling van zijn zaak aanwezig te zijn en het woord te voeren. Daarom moet er in cassatie van worden uitgegaan dat hem die gelegenheid niet is geboden.*

*4.5 De onderhavige zaak kenmerkt zich door het volgende. De Advocaat-Generaal heeft tegen de verdachte de oplegging van een gevangenisstraf van twaalf jaren gevorderd. De verdachte werd op het moment dat hij uit de*

---

<sup>395</sup> HR 9 oktober 2007, NJ 2008, 43, m.nt. P.A.M. Mevis.

*zittingszaal werd verwijderd niet door een raadsman bijgestaan. Gelet op art. 6 EVRM had het Hof onder die omstandigheden na afloop van het requisitoir van de Advocaat-Generaal dienen na te gaan of de verdachte, binnen door de Voorzitter te bepalen grenzen van de orde op de terechtzitting, in staat en bereid zou zijn de verdediging te voeren. Niet blijkt dat het Hof een dergelijk onderzoek heeft verricht.”*

Deze zaak biedt een goed voorbeeld van de problemen met betrekking tot de motivering die spelen bij de toepassing van artikel 6 EVRM door de Hoge Raad. Ten eerste is de inhoudelijke motivering zeer beperkt, enkel wordt vermeld dat de Hoge Raad ‘let’ op artikel 6 EVRM. Het is niet voldoende duidelijk welke elementen vooral van belang zijn geweest voor de Hoge Raad om de regel te formuleren dat de voorzitter had moeten kijken of de verdacht afgekoeld was. Was daarvoor de strafeis doorslaggevend of het feit dat er geen advocaat aanwezig was? Was bij een lagere strafeis (en zo ja, waar ligt dan de grens?) en een aanwezige advocaat er geen probleem geweest in het licht van artikel 6 EVRM?<sup>396</sup> Met name met het oog op adequaat handelen in toekomstige situaties is het niet duidelijk welke regel de Hoge Raad nu precies stelt.

Een voorbeeld van een zaak over het aanwezigheidsrecht waarin de Hoge Raad wel inhoudelijk beter de toepassing van artikel 6 EVRM in een vergelijkbaar geval motiveert is in zijn beslissing van 17 februari 1998, NJ 1998, 428<sup>397</sup> waar de verdachte zich op de dag van de zitting ziek heeft gemeld. Gezien de omstandigheden van het geval, had in die casus volgens de Hoge Raad op grond van artikel 6 EVRM een schorsing van het onderzoek ter terechtzitting dienen plaats te vinden:

*“4.2 Een redelijke toepassing van art. 6 EVRM brengt mee dat, indien een verdachte door ziekte is verhinderd ter terechtzitting te verschijnen en in verband daarmee schorsing van het onderzoek heeft verzocht, de rechter aan dit verzoek voldoet teneinde de verdachte alsnog de gelegenheid te verschaffen bij de behandeling van zijn zaak ter terechtzitting aanwezig te zijn en alsdan gebruik te maken van de hem bij voormelde verdragsbepaling toegekende rechten. Bijzondere omstandigheden kunnen echter meebrengen dat de rechter tot het oordeel komt dat het belang van een behoorlijke strafvordering — welke omvat afdoening van de zaak binnen een redelijke termijn — ernstig in het gedrang zou komen indien het onderzoek ter terechtzitting zou worden geschorst en dat dit belang onder de gegeven*

---

<sup>396</sup> Zie ook noot Mevis onder HR 9 oktober 2007, NJ 2008, 43, punt 4.

<sup>397</sup> HR 17 februari 1998, NJ 1998, 428.

*omstandigheden zwaarder moet wegen dan het belang van de verdachte om bij de behandeling van zijn zaak tegenwoordig te zijn.”*

De beperking die de Hoge Raad aanbrengt laat een bepaalde mate van vrijheid aan de rechters aan de feitenrechter om desondanks met de zitting door te gaan. In een vergelijkbaar zaak in 2002<sup>398</sup> wordt een beroep door de verdachte verworpen.

Een tweede gebrek aan de motivering bij de beslissing van de Hoge Raad in het arrest uit 2007 is dat de toepassing van artikel 6 EVRM niet direct voor de hand ligt. De jurisprudentie op basis van artikel 6 EVRM over het aanwezigheidsrecht heeft vooral betrekking op de kennisgeving aan de verdachte dat er een zitting zal zijn, zodat hij aldaar kan verschijnen teneinde hij bij de berechting aanwezig te zijn, indien hij dat wenst. De kennisgeving aan de verdachte lijkt hier op een juiste wijze te zijn geschied aangezien hij in eerste instantie ter zitting aanwezig is, hij is pas verwijderd nadat hij herhaaldelijk de zitting heeft verstoord. Het is maar de vraag of het EHRM in het licht van artikel 6 EVRM moeite zou hebben met het feit dat de verdachte van de rest van de zitting werd uitgesloten en niet de mogelijkheid is geboden om in een later stadium, na een afkoelingsperiode, weer deel te nemen aan de zitting. Dit had (ook) in ieder geval nader moeten en kunnen worden gemotiveerd. Juist ook in het licht van het feit dat de Hoge Raad, zoals in het voorgaande uiteengezet, niet bereid lijkt te zijn om zo een ‘eigen’ interpretatie van het EVRM toe te passen.

Daarmee hangt de vraag samen waarom de Hoge Raad in dit geval überhaupt zo rechtstreeks en uitsluitend gebruik maakt van artikel 6 EVRM. Op basis van het Nederlandse strafprocesrecht had de Hoge Raad eenvoudigweg tot de nietigheid van het onderzoek ter terechtzitting kunnen besluiten vanwege het feit dat aan de verdachte, onder de omstandigheden van het concrete geval volgens hem ten onrechte, niet het laatste woord is gelaten.<sup>399</sup> Desondanks kiest de Hoge Raad ervoor om de rechter op grond van artikel 6 EVRM uitdrukkelijk naar de eerlijkheid van de procedure te laten kijken en aanvullende eisen aan de rechter op te leggen, waarschijnlijk mede in het licht van de afwezigheid van de advocaat. Mevis lijkt in zijn noot deze nadruk van de Hoge Raad op de ambtshalve taak van de rechter om te voorzien in een eerlijk proces toe te juichen, vooral in het licht van voorstellen van de wetgever die meer verantwoordelijkheden bij de procespartijen leggen en uitgaan van een meer passieve rol voor de rechter. Hij lijkt echter twijfels te plaatsen of de Hoge Raad dit zou moeten doen met een beroep op artikel 6

---

<sup>398</sup> HR 9 mei 2000, NJ 2002, 466, m.nt. G. Knigge.

<sup>399</sup> Dit wordt ook door Mevis gesteld in zijn noot onder dit arrest.

EVRM. Indien de Hoge Raad in dit soort gevallen een aanvullende bescherming wil bieden kan dat blijkbaar enkel op grond van artikel 6 EVRM. Maar daarbij wordt de Hoge Raad geconfronteerd met de grenzen van dat artikel zoals het EHRM deze heeft vastgesteld. Een grondwettelijke bepaling zou de Hoge Raad meer ruimte geven aangezien er in dat geval een sterkere legitimerende basis is om de toezichthoudende taak van de rechter vanuit het oogpunt van het eerlijk proces meer te benadrukken. Deze vorm van meerwaarde van een grondwettelijke bepaling wordt nader uitgewerkt in hoofdstuk VI.<sup>400</sup>

Een dergelijke nadruk op de taak van de feitenrechter in een concrete strafzaak om de eerlijkheid van de strafprocedure te garanderen en te bewaken is ook te zien in het arrest van de Hoge Raad in de zaak-Hoogerheide. In deze zaak stond de verdachte terecht voor het doden van een 8-jarige scholier op diens basisschool. In eerste aanleg werd de verdachte veroordeeld voor doodslag en werd een gevangenisstraf van 12 jaren en TBS opgelegd. In hoger beroep werd de verdachte veroordeeld voor moord en legde het Hof een levenslange gevangenisstraf op. Tijdens de behandeling van het hoger beroep wilde de verdachte zich niet langer door een raadsman bij laten staan (bij de behandeling in eerste aanleg werd de verdachte wel door een raadsman bijgestaan). Het Gerechtshof heeft verschillende pogingen gedaan om de verdachte ervan te overtuigen dat hij gebaat zou zijn bij de bijstand en hulp van een raadsman. De verdachte bleef echter bij zijn besluit om zichzelf te verdedigen. Als noodgreep regelde het Hof dat er een advocaat op de zitting aanwezig was om de verdachte te ondersteunen indien hij dit zou wensen. Daarmee beoogde het Hof de belangen van de verdachte te beschermen. Ondanks deze pogingen van het Hof kon de Hoge Raad zich niet vinden in de gang van zaken in het licht van artikel 6 EVRM:

*“3.4. Met die bijzondere regelingen is beoogd om verdachten die niet in staat moeten worden geacht hun positie in het strafproces te bepalen, te verzekeren van een effectieve verdediging. Dat betekent niet dat in de overige gevallen de zorg voor een dergelijke, door art. 6 EVRM vereiste verdediging steeds en zonder meer aan de verdachte kan worden gelaten. Dat geldt in het bijzonder indien een verdachte ten aanzien van wie de wetgever heeft voorzien in ambtshalve toevoeging van een raadsman, ervoor kiest om zichzelf te verdedigen en te kennen geeft afstand te willen doen van zijn recht op rechtsbijstand. Dan zal de rechter erop moeten toezien dat door die keuze aan het recht op een eerlijk proces niet wordt tekortgedaan. In een zodanig*

---

<sup>400</sup> Zie paragraaf 6.2.4.

geval zal de rechter zich ervan moeten vergewissen dat de afstand van rechtsbijstand ondubbelzinnig, desbewust en vrijwillig is gedaan. Indien de rechter oordeelt dat daarvan sprake is en hij de keuze van de verdachte respecteert, zal hij tijdens de behandeling van de zaak bijzondere aandacht moeten schenken aan de positie van de verdachte. Dat geldt met name waar het gaat om het verstrekken van informatie die de verdachte voor zijn verdediging behoeft. In dat opzicht kan de verdachte immers tekortkomen omdat hij, anders dan met de regeling van de ambtshalve toevoeging is beoogd, geen bijstand van een rechtsgeleerde raadsman heeft. In dat tekort zal de rechter zoveel als mogelijk dienen te voorzien.

3.5. In deze zaak is sprake van een zeer ernstig levensdelict, dat bedreigd is met de zwaarst mogelijke straf, levenslange gevangenisstraf. De verdachte heeft steeds ontkend het feit te hebben gepleegd en heeft geweigerd mee te werken aan een psychiatrisch onderzoek. Het Openbaar Ministerie heeft zowel in eerste aanleg als in appel, naast een langdurige gevangenisstraf, TBS met dwangverpleging gevorderd. Die maatregel is in eerste aanleg ook opgelegd. Blijkens het in hoger beroep gehouden requisitoir heeft de Advocaat-Generaal overwogen levenslange gevangenisstraf te eisen, maar daarvan uiteindelijk afgezien. Zowel in eerste aanleg als in appel is aan de orde geweest of sprake was van voorbedachte raad.

Gelet op de juridische merites van de zaak en hetgeen er voor de verdachte op het spel stond, lijdt het geen twijfel dat met rechtsbijstand ter terechtzitting een wezenlijk belang was gemoeid. Het Hof heeft dat belang klaarblijkelijk onderkend en de verdachte meermalen in de gelegenheid gesteld om, zo hij dat wenste, zich alsnog met de ter terechtzitting aanwezige toegevoegde raadsman te verstaan. Dat neemt niet weg dat het Hof eerst en vooral onder ogen had te zien of sprake was van een desbewuste afstand van de verdachte van zijn recht op rechtsbijstand. In de bijzondere omstandigheden van het geval was het Hof gehouden in dat opzicht een indringende toets aan te leggen en in dat verband de verdachte in overweging te geven al dan niet in overleg met de aanwezige raadsman en zo nodig na onderbreking of schorsing van de behandeling, zich te beraden omtrent de gevolgen van de door hem ingenomen proceshouding, opdat hij zijn standpunt op enig moment zou kunnen herzien.

3.6. Het Hof heeft geen overweging gewijd aan de door de verdachte gedane 'afstand' van rechtsbijstand. Uit het proces-verbaal van de terechtzitting in hoger beroep volgt dat het Hof de keuze van de verdachte om zichzelf te verdedigen zonder meer heeft aanvaard en het aan hem heeft gelaten of hij zich in de loop van het proces met de aanwezige raadsman wilde verstaan.

*Niet blijkt dat het Hof de motieven van de verdachte voor die keuze heeft onderzocht, ofschoon uit de door de verdachte in de loop van de terechtzitting opgegeven redenen, namelijk dat als hij zich zou hebben laten bijstaan zijn veroordeling reeds had vastgestaan, aanwijzingen vallen te putten dat hij de draagwijdte van die keuze niet ten volle overzag. Voorts blijkt niet dat het Hof bij de aanvang van de terechtzitting dan wel op enig ander in aanmerking komend moment, zoals na het requisitoir, de verdachte het belang van rechtsbijstand in deze zaak en de consequenties van de door hem ingenomen proceshouding heeft voorgehouden in het licht van hetgeen er voor hem op het spel stond, de juridische aspecten van de zaak daaronder begrepen. In de omstandigheden van het geval betekent een en ander dat sprake is van een motiveringsgebrek. Het middel klaagt daarover terecht.”<sup>401</sup>*

De mate waarin de rechter moet bezien in hoeverre op een juiste wijze afstand is gedaan van het recht op rechtsbijstand, is af te leiden uit EVRM jurisprudentie.<sup>402</sup> De Hoge Raad past die voorwaarden direct toe in de Nederlandse situatie. De Hoge Raad gebruikt artikel 6 EVRM ook hier weer om daarnaast de rechter nadrukkelijk op zijn positie te wijzen als degene die ook moet toezien op de eerlijkheid van de procedure, en op zijn verantwoordelijkheid om er voor te zorgen dat de verdachte zich bewust is van de belangen die op het spel staan. Die taak rust in dit geval extra sterk op de rechter aangezien de verdachte niet langer wordt bijgestaan door een raadsman. Deze nadruk op de toezichthoudende taak van de rechter lijkt vooral voort te vloeien uit artikel 6 EVRM en is niet gebaseerd op Nederlandse strafwetgeving.

Ondanks het feit dat extra toezicht van de rechter op de belangen van de verdachte in een concrete zaak is toe te juichen, schiet de motivering van de Hoge Raad ook in deze zaak enigszins tekort. Niet duidelijk is op welke wijze het Hof wel ervoor had kunnen zorgen dat de behandeling van de zaak eerlijk was geweest in het licht van artikel 6 EVRM. Dit zelfde punt wordt ook door annotator Schalken aangestipt in zijn noot bij dit arrest.<sup>403</sup> De Hoge Raad verwees de zaak voor behandeling naar het Gerechtshof in Arnhem. Bij de nadere behandeling van de strafzaak aldaar werd de verdachte weer wel bijgestaan door twee raadslieden en kwam het aspect van het weigeren en daardoor ontbreken van rechtsbijstand niet meer aan de orde.<sup>404</sup>

---

<sup>401</sup> HR 17 november 2009, NJ 2010, 143, m.nt. T.M. Schalken.

<sup>402</sup> EHRM 1 maart 2006, nr. 56581/00, NJ 2006, 661, m.nt. T.M. Schalken (Sejdovic/Italië).

<sup>403</sup> Noot Schalken onder HR 17 november 2009, NJ 2010, 143.

<sup>404</sup> Hof Arnhem 18 mei 2011, LJBQ4981 NJ 2011, 442 m.nt. T.M. Schalken.



In de voorgaande voorbeelden is sprake van de door de Hoge Raad gebruikte modaliteit van directe toepassing van artikel 6 EVRM in de concrete strafzaak ten faveure van de verdachte. Er is echter gewezen op het feit dat de arresten van de Hoge Raad enigszins tekortschieten in de motivering waardoor de rechtszekerheid en duidelijkheid in toekomstige gevallen niet optimaal gediend zijn. De toepassing van artikel 6 EVRM zou wat beter ingekaderd kunnen worden binnen Nederlandse strafwetgeving. De doorwerking van artikel 6 EVRM zou door de Hoge Raad beter ingebed moeten en kunnen worden door de Hoge Raad. Uit de hiervoor genoemde voorbeelden blijkt dat de Hoge Raad vooral bezig lijkt te zijn met het waarborgen van de eerlijkheid van de procedure in de concrete strafzaak. Meer uitgewerkte jurisprudentielijnen die ook in de toekomst tot meer waarborgen voor verdachten kunnen leiden worden niet uitgezet.

Bij de hiervoor genoemde voorbeelden kan de vraag gesteld worden of het een groot probleem is dat de doorwerking procedureel enigszins tekort schiet. Puur kijkend naar de uitkomst, lijkt er voor de verdachte geen probleem te zijn. Echter, er zijn ook voorbeelden te noemen waarin de doorwerking van het EVRM niet optimaal verloopt op het moment dat de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter bereikt worden. Een eerste voorbeeld hiervan is het arrest van de Hoge Raad van 8 juli 1994.<sup>405</sup> In deze zaak kwam de mogelijkheid om in hoger beroep te gaan tegen een beschikking van de rechtbank (in casus ging het om de afwijzing van een verzoek van de verdachte om twee getuigen-deskundigen te benoemen) aan de orde. Op basis van het Wetboek van Strafvordering is er geen mogelijkheid voor de verdachte om tegen een dergelijke beschikking in hoger beroep en/of cassatie te gaan. Het OM heeft wel een beroepsmogelijkheid in een dergelijk geval op grond van de algemene beroepsbevoegdheid van artikel 446 Sv die het mogelijk maakt om tegen beschikkingen van de rechtbank of de rechter-commissaris in beroep te gaan. In het cassatiemiddel werd aangevoerd dat het ontbreken van een vergelijkbare beroepsmogelijkheid voor de verdachte leidt tot een schending van artikel 6 EVRM vanwege een inbreuk op de equality of arms. De Hoge Raad beantwoordt de vraag of er sprake is van strijdigheid niet, maar stelt enkel dat de vraag naar de bevoegdheid om in hoger beroep te gaan moet worden beantwoord door de wetgever aangezien dit de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat:

*“4.2.2. Het Wetboek van Strafvordering kent velerlei beschikkingen. Deze hebben betrekking op onderwerpen van onderling verschillende aard. Bij de*

---

<sup>405</sup> HR 8 juli 1994, NJ 1995, 30 m.nt. G.J.M. Corstens.

*vraag tegen welke beschikkingen al dan niet hoger beroep en/of cassatie moet kunnen worden ingesteld door de verdachte en/of door het openbaar ministerie zijn verschillende keuzes denkbaar, waarbij uiteenlopende belangen van praktische en meer principiële aard betrokken zijn en die moeten voldoen aan de eisen die aan een samenhangend stelsel kunnen worden gesteld. Daarvan uitgaande moet, daargelaten of er wat betreft de toepassing van de art. 445 en 446 Sv sprake is van strijd met art. 6 EVRM, worden aangenomen dat het openstellen voor de verdachte van hoger beroep en cassatie, als in de hiervoor bedoelde stelling bepleit, valt buiten de rechtsvormende taak van de rechter en aan de wetgever moet worden overgelaten.”*

In zijn noot onder de uitspraak stelt de toenmalige NJ-annotator, thans president van de Hoge Raad, Corstens dat de Hoge Raad hiermee een suggestie aan de wetgever doet om deze kwestie op te lossen. Er is echter sinds dit arrest geen aanpassing geweest van de betreffende artikelen. Het signaal aan de wetgever was wellicht niet krachtig genoeg om de wetgever tot actie te bewegen.

#### **4.3.3.2 Doorwerking van uitspraken van het EHRM tegen andere lidstaten van de Raad van Europa**

Zoals gezegd hebben ook uitspraken tegen andere lidstaten van de Raad van Europa tot wijzigingen in Nederlandse wetgeving geleid. Het initiatief tot wetswijziging leunde dan vooral op de gedachte dat indien wetgeving niet gewijzigd zou worden, dit op termijn tot een gegrond beklag bij het EHRM tegen Nederland zou leiden. Een belangrijk voorbeeld hiervan is de wijziging van de procedure van de inverzekeringstelling naar aanleiding van de uitspraak in de zaak Brogan versus het Verenigd Koninkrijk.<sup>406</sup> In Brogan ging het over de termijn waarbinnen een verdachte wiens vrijheid is ontnomen in het voorbereidend onderzoek in een strafzaak op beslissing van een niet rechter voor de rechter moest verschijnen. De rechter toetst dan die vrijheidsbeneming. Mevis gaf in zijn oratie aan dat dit recht ook in de Grondwet is geregeld in artikel 15, maar dat de uitwerking van dit artikel binnen het strafrecht altijd beperkt is gebleven. De bestaande praktijk binnen het strafproces is niet aangepast aan de hand van dit artikel. Daarnaast was problematisch dat de Grondwet geen termijn voor de rechterlijke toetsing noemde en dit door de Hoge Raad nooit verder is uitgewerkt. Pas toen het

---

<sup>406</sup> Zie Uit Beijerse 2005, p. 972-974 & Corstens/Borgers 2011, p. 27.

EHRM in de Brogan-uitspraak zich uitsprak over dit onderwerp en over concrete termijnen sprak, vond er een wetswijziging plaats.<sup>407</sup>

De vraag wat er eventueel zou moeten gebeuren binnen het Nederlandse strafproces naar aanleiding van een uitspraak tegen een ander land zal in eerste instantie bij de rechter terechtkomen. Op het moment namelijk dat het erop lijkt dat het EHRM een ‘nieuwe’ uitleg aan artikel 6 EVRM heeft gegeven, zullen advocaten in concrete strafzaken op die nieuwe uitleg een beroep doen met de betreffende uitspraak in de hand. Het is dan in eerste instantie aan de nationale rechter om te bepalen of binnen het Nederlandse strafproces iets dient te veranderen gezien het feit dat door middel van de doorwerking van artikel 6 EVRM die nieuwe interpretatie ook in Nederland gevolgd zal moeten worden. Het voorgaande kan geïllustreerd worden aan de hand van de gevolgen van de Salduz-uitspraak tegen Turkije van 27 november 2008.<sup>408</sup> In deze zaak werd een schending van artikel 6 EVRM geconstateerd vanwege het feit dat de verdachte geen toegang tot een raadsman had gehad bij het politieverhoor. Het EHRM verwoordde het als volgt:

*“55. Against this background, the Court finds that in order for the right to a fair trial to remain sufficiently "practical and effective" (see paragraph 51 above) Article 6 § 1 requires that, as a rule, access to a lawyer should be provided as from the first interrogation of a suspect by the police, unless it is demonstrated in the light of the particular circumstances of each case that there are compelling reasons to restrict this right. Even where compelling reasons may exceptionally justify denial of access to a lawyer, such restriction - whatever its justification - must not unduly prejudice the rights of the accused under Article 6 (see, mutatis mutandis, Magee, cited above, § 44). The rights of the defence will in principle be irretrievably prejudiced when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer are used for a conviction.”*

Als reactie op deze uitspraak ontstond een discussie in Nederland wat deze uitspraak voor het Nederlandse strafrecht betekende aangezien (ook) in Nederland een raadsman geen toegang heeft tot het verhoor. Vrij snel na de uitspraak werd door advocaten een beroep gedaan op de Salduz-uitspraak in Nederlandse strafzaken, voor de lagere rechter werd dus in eerste instantie de discussie gevoerd wat de gevolgen voor Nederland van de uitspraak zouden zijn. De discussie was vooral mogelijk aangezien uit de uitspraak niet direct duidelijk was in hoeverre artikel 6 EVRM het recht op fysieke aanwezigheid

---

<sup>407</sup> Zie nader Mevis 1998, p. 26-29.

<sup>408</sup> EHRM 27 november 2008, nr. 36391/02, NJ 2009, 214 (Salduz/Turkije).

van de raadsman bij het verhoor waarborgt. De dragende overweging van het EHRM zoals hiervoor geciteerd bood niet voldoende duidelijkheid. Het EHRM had namelijk niet specifiek aangegeven wat onder de term ‘access to a lawyer’ moet worden verstaan.<sup>409</sup> In de literatuur ontstond een richtingensrijd tussen degenen die meenden dat uit Salduz kon worden afgeleid dat de raadsman wel degelijk recht had op aanwezigheid bij het verhoor<sup>410</sup> en auteurs die meenden dat dit recht niet uit de Salduz-uitspraak afgeleid kon worden.<sup>411</sup> De Hoge Raad beoogde duidelijkheid te scheppen door middel van een serie arresten gewezen op 30 juni 2009.<sup>412</sup>

In zijn conclusie bij de Salduz-arresten van 30 juni ging A-G Knigge vrij uitgebreid in op de vraag hoe de Hoge Raad de Salduz-rechtspraak moest laten doorwerken in het Nederlandse strafprocesrecht. Vrijwel aan het begin van zijn conclusie stelt Knigge dat het voornamelijk aan de wetgever is om te bezien in hoeverre de wettelijke regeling aangepast dient te worden, de rechter moet daarbij een terughoudende rol innemen. Gezien de rechtsonzekerheid moet de Hoge Raad een uitspraak doen die voor de korte termijn uitkomst zou bieden.<sup>413</sup> Knigge concludeert dat het uit de Salduz-uitspraak en de daarop volgende Panovits-uitspraak kan worden afgeleid dat de Nederlandse procedure voor verhoor bij de politie tekortschiet en aangepast dient te worden. Dit vooral vanwege het feit dat het EHRM vrij absolute richtlijnen stelt die weinig ruimte laten voor afwijking. Het is desondanks niet gemakkelijk om goed af te leiden wat er in Nederland zou moeten veranderen sinds de uitspraken op bepaalde punten ook weer niet zo heel helder zijn en er een vertaalslag naar de Nederlandse situatie dient te worden gemaakt.<sup>414</sup>

Knigge komt vervolgens met een algemene analyse over hoe uitspraken van het EHRM moeten worden ingepast in het Nederlandse (strafrecht). Hij stelt dat de steeds ontwikkelende jurisprudentie van het EHRM het mogelijk maakt om voor een statische interpretatie van die rechtspraak te kiezen of voor een dynamische.<sup>415</sup> Bij de hantering van een statische interpretatie wordt alleen rechtspraak toegepast waar een bepaalde rechtsontwikkeling duidelijk

---

<sup>409</sup> Zie ook noot van Schalken onder HR 30 juni 2009, *NJ* 2009, 349.

<sup>410</sup> Spronken 2009 & Jebbink 2009.

<sup>411</sup> Borgers 2009 & Beijer 2009.

<sup>412</sup> HR 30 juni 2009, *LJN* BH3079, *NJ* 2009, 349, m.nt. T.M. Schalken; HR 30 juni 2009, *LJN* BH3081 *NJ* 2009, 350; HR 30 juni 2009, *LJN* BH3084, *NJ* 2009, 351, m.nt. T.M. Schalken.

<sup>413</sup> Conclusie Knigge, punt 4.4.

<sup>414</sup> Conclusie Knigge, punt 6.1 & 6.2.

<sup>415</sup> Conclusie Knigge, punt 6.5-6.10.

tot uitdrukking komt. De rechter zal dan niet zelf aanvullen maar simpelweg de gekozen lijn van het EHRM uitvoeren.<sup>416</sup> Een dynamische interpretatie gaat gepaard met een zekere vorm van speculatie van waar de Europese rechtspraak heen zou kunnen gaan. Met name vanwege de moeilijkheid van een dergelijke speculatie meent Knigge dat een dergelijke interpretatie niet gekozen moet worden. Het is volgens Knigge namelijk aan de wetgever om wetgeving in lijn te houden met Europese rechtspraak en niet aan de rechter. Deze moet kijken naar de wet zoals deze op het moment van de uitspraak geldt. Knigge stelt dat dit zeker in het geval van de Salduz-problematiek moet gelden, aangezien aanpassing van de wettelijke regeling zeer ingrijpend zou zijn en veel lopende zaken zou raken. Dit komt vooral aangezien Nederland door de uitspraken van het EHRM is 'overvallen'. De vraag kan echter gesteld worden in hoeverre Nederland niet voorbereid had moeten zijn op het feit dat het EHRM zich over deze problematiek zou uitspreken. Onder meer het CPT erkende voor de Salduz-uitspraak al dat een verdachte recht had op de aanwezigheid van een advocaat tot het verhoor.<sup>417</sup> Door Coster van Voorhout en Franken werd in 2008 (vóór de Salduz-uitspraak) gesteld dat hoewel de Straatsburgse jurisprudentie de aanwezigheid van de advocaat bij het verhoor niet zou vereisen, dit wellicht toch wel wenselijk was gezien het grote belang dat het voorbereidend onderzoek in Nederland heeft. Zij wijzen in dat kader met instemming op een pilot-project waarbij in bepaalde zaken de aanwezigheid van een advocaat bij het verhoor als toeschouwer wordt toegestaan.<sup>418</sup> De vraag naar de aanwezigheid van de raadsman was dus voor de Salduz-uitspraak al onderwerp van discussie. De vraag kan dus gesteld worden of niet eerder al over dit onderwerp nader had moeten worden gedacht teneinde de onduidelijke situatie die is ontstaan na de Salduz-uitspraak te voorkomen. Daar ligt uiteraard ook een rol voor de wetgever, maar wellicht had een rechter met een sterkere constitutionele positie op basis van een grondwettelijke bepaling al eerder regels omtrent de aanwezigheid van de advocaat bij het verhoor kunnen stellen door op basis van een bepaling over het recht op een eerlijk proces (eventueel in combinatie met artikel 6 EVRM) te bepalen dat het recht op een eerlijk proces het recht op aanwezigheid van een raadsman garandeert.

Als conclusie stelt Knigge dat de rechter niet de vraag moet beantwoorden van hoe het verhoor moet worden ingericht om aan de eisen van artikel 6

---

<sup>416</sup> Conclusie Knigge, punt 6.6.

<sup>417</sup> Hagens 2011, p. 156-160, ook Schalken geeft in zijn noot onder deze arresten aan dat de discussie over de aanwezigheid van de raadsman bij het verhoor reeds eerder al werd gevoerd.

<sup>418</sup> Coster van Voorhout & Franken 2008, p. 366-368.

EVRM te voldoen, maar in welke gevallen het verhoor zodanig is verlopen dat verklaring van de verdachte naar aanleiding van dit verhoor niet als bewijs mag worden gebruikt.<sup>419</sup> Hij ziet dit als een oplossing voor de korte termijn, waarna de wetgever de tijd heeft om door middel van wetswijziging de regeling uitgebreider aan te passen zodanig dat deze in overeenstemming komt met artikel 6 EVRM.<sup>420</sup>

Na deze algemene beschouwing gaat de A-G over tot het bespreken van de concrete zaak en concludeert dat uit de uitspraken in Salduz en Panovits niet kan worden afgeleid dat artikel 6 EVRM een recht op aanwezigheid van de advocaat bij het verhoor bevat. De toegang tot een advocaat is vooral noodzakelijk in het kader van het nemo tenetur beginsel en de afwezigheid van deze toegang is vooral problematisch als de verdachte voorafgaand aan het verhoor helemaal geen gelegenheid tot overleg met de raadsman heeft gehad.<sup>421</sup> De oplossing die Knigge voorstaat is daarom dat de verdachte voorafgaand aan het verhoor de mogelijkheid moet krijgen om zijn raadsman te consulteren. Tevens moet aan de verdachte uitdrukkelijk worden vermeld dat hij dit recht heeft.<sup>422</sup> Indien dit niet gebeurt is, dient de verklaring te worden uitgesloten van het bewijs, tenzij de verdachte uitdrukkelijk afstand heeft gedaan van zijn recht op bijstand.<sup>423</sup>

De uitvoerige conclusie van Knigge werd gevolgd door een vrij beknopt arrest van de Hoge Raad. De Raad gaat niet in op de algemene vragen met betrekking tot de wijze van interpretatie van EHRM uitspraken, de inpassing van dergelijke uitspraken in de Nederlandse rechtsorde en de verhouding daarbij tussen de rechter en de wetgever die Knigge wel besprak. De Hoge Raad oordeelt in een betrekkelijk korte overweging het volgende:

*“2.4. Het opstellen van een algemene regeling van de rechtsbijstand met betrekking tot het politieverhoor gaat - mede gelet op de beleidsmatige, organisatorische en financiële aspecten - de rechtsvormende taak van de Hoge Raad te buiten. Niettemin roept de rechtspraak van het EHRM vragen op die de strafrechter in voorkomende gevallen dient te beantwoorden. Daartoe dient het navolgende.*

*2.5. De Hoge Raad leidt uit de rechtspraak van het EHRM af dat een verdachte die door de politie is aangehouden, aan art. 6 EVRM een aanspraak op rechtsbijstand kan ontleen die inhoudt dat hem de*

---

<sup>419</sup> Conclusie Knigge, punt 6.11.

<sup>420</sup> Conclusie Knigge, punt 6.12.

<sup>421</sup> Conclusie Knigge, punt 7.12-7.15

<sup>422</sup> Conclusie Knigge, punt 9.4-9.5.

<sup>423</sup> Conclusie Knigge, punt 10.1.

*gelegenheid wordt geboden om voorafgaand aan het verhoor door de politie aangaande zijn betrokkenheid bij een strafbaar feit een advocaat te raadplegen. Uit de rechtspraak van het EHRM kan echter niet worden afgeleid dat de verdachte recht heeft op de aanwezigheid van een advocaat bij het politieverhoor.*

*Het vorenoverwogene brengt mee dat de aangehouden verdachte vóór de aanvang van het eerste verhoor dient te worden gewezen op zijn recht op raadpleging van een advocaat. Behoudens in het geval dat hij uitdrukkelijk dan wel stilzwijgend doch in elk geval ondubbelzinnig afstand heeft gedaan van dat recht, dan wel bij het bestaan van dwingende redenen als door het EHRM bedoeld, zal hem binnen de grenzen van het redelijke de gelegenheid moeten worden geboden dat recht te verwezenlijken.*

*2.6. Het voorgaande ziet zowel op aangehouden strafrechtelijk volwassenen als op aangehouden strafrechtelijk jeugdigen. Opmerking verdient dat voor aangehouden jeugdige verdachten geldt dat zij tevens recht hebben op bijstand door een raadsman of een andere vertrouwenspersoon tijdens het verhoor door de politie.*

*2.7.1. Indien een aangehouden verdachte niet dan wel niet binnen redelijke grenzen de gelegenheid is geboden om voorafgaand aan het eerste verhoor door de politie een advocaat te raadplegen, levert dat in beginsel een vormverzuim op als bedoeld in art. 359a Sv. “*

Het recht op de fysieke aanwezigheid van de advocaat tijdens het verhoor wordt derhalve niet door de Hoge Raad ingelezen in artikel 6 EVRM en de Salduz-uitspraak en de uitspraken van het EHRM, tenzij er sprake is van een minderjarige verdachte.

Los van de vraag in hoeverre deze conclusie van de Hoge Raad juist is, kan kritiek geleverd worden op de manier waarop de Hoge Raad het EVRM doorwerking vormgeeft en motiveert. Het arrest geeft namelijk enkel de uitkomst en bevat nauwelijks de motivering van de Hoge Raad waarom hij tot bepaalde keuzes is gekomen. De conclusie die de Hoge Raad trekt, is namelijk niet een op een uit de Salduz-uitspraak te halen. Juist in een geval waar er sprake is van een onduidelijke Straatsburgse lijn van jurisprudentie die grote gevolgen kan hebben voor de Nederlandse strafrechtspraak, zou een beter onderbouwd arrest welkom zijn geweest. Zowel voor wat betreft de inhoudelijke vragen die in deze casus aan de orde zijn, als wat betreft de vraag waar de precieze grens van de rechtsvormende taak van de rechter in dit geval ligt. Dat de Hoge Raad voor een wat meer statische interpretatie kiest, is niet verrassend en past in het beeld dat eerder reeds werd geschetst van terughoudendheid bij aanpassing van wetgeving op basis van grondrechten.

Schalken bepleit in zijn noot juist een dynamische interpretatie, maar lijkt de gekozen lijn van de Hoge Raad wel te billijken. Hij hoopt alleen wel dat de wetgever niet het arrest van de Hoge Raad niet als het eindpunt van de discussie ziet, maar met een uitgebreide wettelijke regeling komt.<sup>424</sup>

De arresten van 30 juni 2009 waren zeker niet het einde van de discussie omtrent de Salduz-problematiek. De discussie in de literatuur ging verder, vooral na de uitspraak van het EHRM in de zaak Brusco tegen Frankrijk<sup>425</sup> kwam zaak ook politiek weer onder de aandacht. In deze uitspraak lijkt het EHRM uitdrukkelijk de aanwezigheid van de advocaat bij het verhoor te vereisen. Als antwoord op Kamervragen stelde de staatssecretaris dat uit de Brusco-uitspraak deze conclusie niet getrokken kon worden gezien de bijzondere omstandigheden van dat geval.<sup>426</sup>

In maart 2011 presenteerde de regering een conceptwetsvoorstel rechtsbijstand en politieverhoor.<sup>427</sup> Hierin werd een recht op aanwezigheid van de advocaat bij het verhoor geregeld, maar alleen in gevallen van een misdrijf waarop zes jaar of meer staat.<sup>428</sup> Er was op dat moment echter ook al een ontwerp-kaderbesluit bij de Europese Unie in omloop waarbij het recht op aanwezigheid bij alle verdachten werd geregeld.<sup>429</sup> Nog voordat het Nederlandse wetsvoorstel is ingediend bij de Tweede Kamer lijkt het al achterhaald te zijn door een Europees instrument waarin verdergaande voorstellen worden gedaan.

De vraag naar de precieze grenzen van de interpretatie van de Salduz-jurisprudentie kwam eind aan de orde in een arrest van de Hoge Raad van 20 december 2011.<sup>430</sup> In deze zaak concludeert A-G Hofstee met verwijzing naar, en uitgebreide citering van, een eerdere conclusie van A-G Aben<sup>431</sup> dat uit de Straatsburgse jurisprudentie omtrent Salduz niet meer is af te leiden dan de Hoge Raad reeds in zijn uitspraak van juni 2009 had gedaan. Als mogelijke reden voor deze terughoudende interpretatie van artikel 6 EVRM

---

<sup>424</sup> Schalken in noot onder HR 30 juni *NJ* 2009, 349.

<sup>425</sup> EHRM 14 oktober 2010, nr. 1466/07, *NJ* 2011, 386, m.nt. T.M. Schalken (Brusco/Frankrijk).

<sup>426</sup> *Handelingen II* 2010-2011, nr. 664.

<sup>427</sup> Bij de afronding van dit proefschrift lag het wetsvoorstel voor behandeling van de Raad van State.

<sup>428</sup> Voorgesteld artikel 28b Sv.

<sup>429</sup> COM(2011) 326 final, 8 June 2011.

<sup>430</sup> HR 20 december 2011, LJN BT7086 (concl. A-G Hofstee).

<sup>431</sup> HR 6 maart 2012, LJN BQ8596 (concl. A-G Aben).



die de Hoge Raad destijds aannam, noemt Aben het feit dat de Hoge Raad de concrete invulling op nationaal niveau van de Salduz-jurisprudentie aan de wetgever wilde laten. In deze concrete zaak van december 2011 wordt het in het cassatiemiddel aangevoerde standpunt dat de raadsman tot het verhoor moet worden toegelaten, door de A-G verworpen. De beide A-G's zijn van mening dat de terughoudendheid van de Hoge Raad om een verdergaande interpretatie aan artikel 6 EVRM toe te kennen waarschijnlijk voorkomt uit het feit dat hij dit onderwerp aan de wetgever wil laten. Aben waarschuwt in zijn eerdere conclusie wel dat de mogelijkheid zeer aanwezig is dat het EHRM in de toekomst de eisen zal verscherpen.

*“3.11. Wat van dit alles ook zij, ik durf op dit moment beslist niet uit te sluiten dat het EHRM in de nabije toekomst de Nederlandse rechtspleging de duimschroeven nog eens extra zal aandraaien. Misschien is het verstandig om aan die gedachte te wennen, want de praktijk van vandaag zal worden getoetst aan de jurisprudentie van morgen.”*

De Hoge Raad oordeelt in zijn arrest van 20 december 2011 vervolgens dat de middelen niet tot cassatie kunnen leiden en doet de zaak op grond van artikel 81 RO. Daarmee lijkt de Hoge Raad impliciet de argumentatie van de A-G Aben te volgen dat op dat moment niet meer uit de Straatsburgse jurisprudentie viel af te leiden. Een sterker en duidelijkere inhoudelijke motivering had in dit geval echter wel voor de hand gelegen in het kader van de rechtsvorming en de onduidelijkheid die er omtrent de Salduz-eisen bestaat. In het arrest van 6 maart 2012 komt de Hoge Raad tot dezelfde conclusie.

De discussie omtrent de inpassing van de Salduz-jurisprudentie is een goed voorbeeld van de problemen die spelen bij de inpassing van het EVRM. Zowel bij de vraag van wat het EHRM nu precies bedoelde te zeggen in de concrete uitspraak (een gevolg van de werkwijze van het Hof zoals omschreven in hoofdstuk III), als wat dit voor Nederland moet betekenen en wie het voortouw moet nemen tot het wijzigen van de bestaande procedure spelen problematische elementen. De bescheiden rol die de Hoge Raad zich aanneemt ten opzichte van de wetgever, is ook hier duidelijk zichtbaar. Daarnaast blijkt ook hier de sterke afhankelijkheid van het EHRM bij de interpretatie van artikel 6 EVRM en het vaststellen wat precies de eisen van het artikel zijn.

Uit de voorgaande voorbeelden is duidelijk geworden dat de Hoge Raad in zijn uitspraken slechts beperkt zijn relatie tot het EHRM en de wetgever bij de inpassing van uitspraken in Nederland aan de orde heeft gesteld. Het is

daarom niet geheel helder welke mogelijkheden de Hoge Raad voor zichzelf ziet bij de interpretatie van artikel 6 EVRM en wat de grenzen van zijn rechtsvormende taak zijn in de verhouding tot de wetgever. Uit de arresten van de afgelopen jaren kan echter worden afgeleid dat de Hoge Raad vrij volgbaar is ten opzichte van het EHRM op het moment dat er een duidelijke concrete uitspraak ligt. In dat geval is een zogenaamde statische interpretatie mogelijk, aangezien duidelijk is wat de Straatsburgse lijn is. De Hoge Raad moet dan enkel nog een vertaalslag naar de Nederlandse situatie maken.

Hoewel de strafkamer van de Hoge Raad de vraag nooit benoemd, laat staan beantwoord heeft, lijkt hij niet bereid te zijn om op onderdelen verder te gaan in zijn interpretatie van artikel 6 EVRM dan de lijn die het EHRM heeft uitgezet. In hoofdstuk II werd reeds de passage uit het jaarverslag van de Hoge Raad aangehaald waar de loyale rol die de Hoge Raad vervult werd belicht.<sup>432</sup> De omgang met de Salduz-jurisprudentie is een mooie illustratie van de voorzichtige rol die de Hoge Raad kiest bij de interpretatie van de uitspraken van het EHRM.

#### 4.3.4 *Conclusie*

In het voorgaande is beoogd om een beeld te geven van de wijze waarop het EVRM, en in het bijzonder artikel 6, doorwerkt in het Nederlandse strafproces. Duidelijk is, dat het EVRM een zeer grote rol speelt binnen dat strafproces. De rechter past het artikel regelmatig direct toe. Op het moment dat hiermee de belangen van een verdachte worden gewaarborgd, kan dat in beginsel positief zijn in elk geval voor de verdachte. Echter, vooral als het gaat om de motivering over waarom de rechter tot een bepaalde beslissing komt, schiet deze nogal eens tekort. Daarnaast speelt bij de doorwerking van het EVRM nog de vraag hoe ver de nationale rechter mag gaan in zijn interpretatie van het EVRM. Verder gaan dan Straatsburg op basis van artikel 6 EVRM zou een optie kunnen zijn, maar dat roept binnen de regeling en uitgangspunten van het Nederlandse publiekrecht vragen op over de staatsrechtelijke verhoudingen tussen de rechter en de wetgever. Zowel bij de toepassing van beginselen, als bij de doorwerking van artikel 6 EVRM komt op een gegeven moment de vraag naar de grenzen aan de rechtsvormende taak van de rechter aan de orde. Dit zal vooral het geval zijn als de beginselen en de verdragsbepaling geen eenduidig antwoord geven over hoe een in een bepaald geval moet worden geoordeeld.

---

<sup>432</sup> Zie paragraaf 2.3.3.

De conclusie voor wat betreft de doorwerking van het EVRM moet dan ook zijn, dat de doorwerking van het verdrag thans niet op de best mogelijke wijze gestructureerd is. De vraag of een grondwettelijke bepaling over het eerlijk proces kan helpen om deze structurering wel aan te brengen, en zodoende de doorwerking van het EVRM te vergemakkelijken, moet verderop in dit boek worden beantwoord.

#### **4.4 Conclusie**

In dit hoofdstuk is de invulling en realisering van het recht op een eerlijk proces binnen het Nederlandse straf(proces)recht besproken en geanalyseerd.

Daarbij is ten eerste de wijze waarop in Nederlandse strafwetgeving het eerlijk proces wordt gewaarborgd aan de orde geweest. Bij de bespreking van de Nederlandse strafwetgeving bleek dat binnen het Nederlandse strafprocesrecht het recht op een eerlijk proces niet in (grond)wetgeving is vastgelegd. Desondanks beoogt het geheel van Nederlandse strafwetgeving wel een eerlijk proces te garanderen. In het voorgaande is aangegeven dat hierbij enige problematische aspecten spelen; de gedachte van de Staatscommissie Cals/Donner dat een recht op een eerlijk proces niet hoeft te worden opgenomen vanwege de voldoende bescherming die Wetboek van Strafvordering zou bieden, lijkt daardoor niet houdbaar. Daarnaast is het gebrek aan constitutionaliteit binnen het strafprocesrecht besproken. De vraag of dit gebrek aan constitutionaliteit de besproken problematische aspecten kan oplossen of verminderen zal in Hoofdstuk VI aan de orde komen. Een belangrijke conclusie uit dit eerste gedeelte van het hoofdstuk is echter wel, dat de regeling van het Wetboek van Strafvordering, en dan vooral artikel 1, niet aan opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet in de weg hoeft te staan.

Vervolgens is de doorwerking van het EVRM binnen het Nederlandse strafproces aan de orde gekomen. Daarbij bleek dat de doorwerking, zoals deze op dit moment plaatsvindt, ook bepaald niet onproblematisch is. Ten eerste is gewezen op de moeilijkheden bij het toepassen van EHRM-uitspraken op nationaal niveau gezien de onduidelijkheid die soms blijft bestaan bij het lezen van de betreffende uitspraken. Ten tweede zijn de beperkte mogelijkheden voor de Nederlandse rechter bij de toepassing van het EVRM in het strafproces besproken. Deze lijken voort te komen uit de positie van de rechter ten opzichte van de wetgever. Zodra er bescherming buiten de grenzen van het EVRM gevraagd wordt, of indien het EVRM zwijgt over een kwestie, komen de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter en diens verhouding tot de wetgever snel in zicht. Op het moment dat,

#### HOOFDSTUK IV

en in de betrekkelijk willekeurige gevallen waarin de nationale rechter wel direct artikel 6 EVRM toepast binnen het Nederlandse strafproces is er niet altijd sprake van een duidelijke uitgewerkte en voldoende gemotiveerde toepassing

In hoofdstuk VI zal de vraag worden beantwoord in hoeverre de toevoeging van een recht op een eerlijk proces in de nationale Nederlandse Grondwet kan bijdragen aan het verminderen c.q. wegnemen van de problematische elementen en kan bijdragen aan een sterkere positie van de rechter binnen het strafproces en ten opzichte van de wetgever.

# Hoofdstuk V: Doorwerking en verwezenlijking van het EVRM in het Verenigd Koninkrijk

## 5.1 Inleiding

Bij een analyse van de doorwerking van het EVRM op nationaal niveau is rechtsvergelijkend onderzoek waardevol en noodzakelijk om te zien hoe andere lidstaten van de Raad van Europa met het EVRM omgaan. Het is dan vooral interessant om te zien hoe zij de problemen die spelen bij de toepassing van het EVRM ervaren, oplossen en de doorwerking van het EVRM realiseren. Aangezien ieder land zijn eigen unieke rechtsstelsel heeft, is het lastig om lessen voor de eigen (Nederlandse) rechtsorde te trekken uit de situatie in een ander land. Rechtsvergelijking is toch goed mogelijk door een element te kiezen dat gelijk is in zowel Nederland als in het land van onderzoek. Door te focussen op het gemeenschappelijke aspect van de aanwezigheid en invloed van het EVRM is rechtsvergelijking waardevol, ondanks de verschillen tussen rechtsstelsels. Er is voor gekozen om het Verenigd Koninkrijk als object van onderzoek te belichten. Voor dit land is gekozen, omdat hier het EVRM op een unieke wijze is geïncorporeerd in de nationale rechtsorde door de Human Rights Act (verder: HRA) die in 1998 werd ingevoerd. Daarnaast speelt in het Verenigd Koninkrijk de discussie of het land een 'eigen' Bill of Rights op zou moeten stellen.

In dit hoofdstuk zal allereerst een overzicht worden gegeven van de kenmerkende elementen van de inrichting van het Britse staatsbestel. Vervolgens zal chronologisch de ontwikkeling van het EVRM en bescherming van fundamentele rechten binnen het Verenigd Koninkrijk tot aan de invoering van de HRA worden besproken. Na een bespreking van het systeem van doorwerking dat de HRA biedt, komt de doorwerking van het EVRM en de bescherming van fundamentele rechten na de invoering van deze wet aan de orde. Na deze uiteenzetting van de structuur en de werking van de HRA kan een analyse worden gemaakt in hoeverre met de invoering van de HRA de bescherming van fundamentele rechten binnen het Verenigd Koninkrijk wezenlijk is veranderd.

Aansluitend op de analyse van de werking van de HRA zal aandacht worden besteed aan de belangrijke discussie die in het Verenigd Koninkrijk plaatsvindt over de vraag of het land een 'eigen' Bill of Rights moet opstellen. Die discussie kan worden samengevat onder de noemer van het

constitutionaliseren van fundamentele rechten op nationaal niveau en de effecten daarvan, bijvoorbeeld voor de omgang met en doorwerking van het EVRM en de omvang van de bescherming van fundamentele rechten. Door de nadruk op deze algemene vraag zijn veel van de elementen van die discussie ook van belang voor de vraag naar de meerwaarde van het opnemen van EVRM-rechten (voor wat betreft dit onderzoek het recht op een eerlijk proces) in de Nederlandse Grondwet.

Het gaat derhalve in dit hoofdstuk niet in de eerste plaats om rechtsvergelijking met betrekking tot de vormgeving van het strafproces in Verenigd Koninkrijk. Het strafproces wordt, net als een constitutioneel stelsel, zeer sterk bepaald door historische en culturele eigenaardigheden. Het enkele verschil tussen het Britse accusatoire procesmodel en het Nederlandse (gematigde) inquisitoire model is al voldoende om vergelijking tussen beide stelsels moeilijk te maken. Het strafproces in dit hoofdstuk zal enkel aan de orde komen als het gaat om de vraag hoe dat proces wordt beïnvloed door het EVRM en de wijze van doorwerking van het verdrag. Er zal geen uitgebreide inhoudelijke vergelijking tussen beide strafrechtssystemen worden gemaakt.

Aan het einde van het hoofdstuk zullen enkele conclusies uit de analyse van de Britse situatie omtrent de wijze van doorwerking en verwezenlijking van het EVRM worden getrokken en zal een link worden gelegd naar de Nederlandse situatie. Daarbij is dan vooral van belang dat bepaalde elementen uit het Britse model wellicht van belang kunnen zijn voor de Nederlandse discussie over de positie van het EVRM binnen de Nederlandse rechtsorde.

### ***5.2 Schets van enkele relevante hoofdlijnen van het Britse staatsbestel***

#### *5.2.1 Staatsindeling*

Een vergelijking tussen het Verenigd Koninkrijk en Nederland is op het eerste gezicht vrij ingewikkeld aangezien de rechtssystemen van beide landen aanzienlijk van elkaar verschillen. Een belangrijk punt dat direct in het oog springt is het feit dat het Verenigd Koninkrijk uit verschillende landen bestaat, die ieder weer verschillende rechtssystemen met 'eigen' bevoegdheden hebben. Wanneer er in dit hoofdstuk wordt gesproken over het Verenigd Koninkrijk gaat het over Engeland, Wales, Schotland en Noord-Ierland. Dit onderscheid tussen het Verenigd Koninkrijk en de afzonderlijke landen die onderdeel uitmaken van dat koninkrijk maakt vooral uit voor het strafprocesrecht aangezien er verschillende strafrechtelijke jurisdicties zijn, maar is minder van

belang als het gaat om het onderwerp van doorwerking van het EVRM, aangezien de HRA voor het gehele Verenigd Koninkrijk geldt. Het EHRM maakt ook geen onderscheid aangezien het Verenigd Koninkrijk het EVRM heeft getekend, en niet de afzonderlijke delen van het koninkrijk.

Het Supreme Court in Londen is binnen het gehele Verenigd Koninkrijk de hoogste rechter in zaken waarbij wordt geklaagd over een inbreuk op het EVRM. De nadruk in dit hoofdstuk zal daarom liggen op uitspraken van dit college en zijn voorganger, het Appellate Committee van het House of Lords. Gezien de constitutionele verschillen tussen Nederland en het Verenigd Koninkrijk zal de rechtsvergelijking, zoals in de Inleiding reeds is aangegeven, zich beperken tot het gemeenschappelijke punt van de doorwerking van het EVRM. In het licht van de bespreking van de doorwerking van het EVRM komen voornamelijk de verhouding tussen het EHRM en het parlement in Londen en de verhouding tussen het parlement en de Britse rechterlijke macht aan de orde.

### 5.2.2 *Sovereignty of parliament & common law*

Het Britse rechtstelsel kenmerkt zich in de eerste plaats door het feit dat er geen geschreven grondwet is. Het parlement heeft het hoogste gezag. Dit wordt aangeduid met de term ‘sovereignty of parliament’. Het parlement heeft de ongelimiteerde vrijheid om iedere wet te maken die men wil creëren of opstellen, en om iedere bestaande wet te schrappen. Onder deze doctrine is het uitgangspunt voor de rechter bij de interpretatie van wettelijke bepalingen dat hij geen oordeel mag geven over de inhoud en bedoeling van een wet, en deze ook niet anders mag interpreteren dan dat de wetgever heeft beoogd. De sovereignty of parliament wordt gezien als het fundament van de Britse constitutionele orde en garandeert verantwoording van overheidsmacht omdat alle besluiten gemakkelijk terug te voeren zijn tot de democratische gelegitimeerde volksvertegenwoordiging.<sup>433</sup> Young geeft daarnaast aan dat door middel van de sovereignty of parliament de democratie wordt gewaarborgd, omdat op deze wijze enkel de democratische gelegitimeerde wetgever wetten terug kan draaien en niet de rechter.<sup>434</sup> De bekendste definitie van het begrip sovereignty of parliament komt van A.V. Dicey:

*“The principle of Parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely, that Parliament thus defined has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and, further,*

---

<sup>433</sup> Pinto-Duschinsky 2011, p. 21.

<sup>434</sup> Young 2009, p. 1.

*that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament*<sup>435</sup>

Deze op het eerste gezicht vrij absolute bevoegdheid is de afgelopen jaren ingeperkt, onder andere door de toetreding van het Verenigd Koninkrijk tot de EU, maar ook door invoering van de HRA.<sup>436</sup> In geval van strijdigheid van wetgeving met fundamentele wetgeving was, tot aan de invoering van de HRA, geen mogelijkheid voor de rechter voorhanden om deze strijdigheid ongedaan te maken door middel van een alternatieve interpretatie van wetgeving of door de wetgeving terzijde te schuiven. Het was derhalve aan de wetgever zelf om erop toe te zien dat wetgeving voldeed aan de fundamentele rechten van de burgers.

Naast de wetgeving van het parlement kunnen burgers binnen de Britse rechtsorde rechten ontleen aan de common law. Dit is een vorm van ongeschreven recht die eeuwenlang door rechters is gecreëerd en ingevuld. Voor de inwerkingtreding van de HRA had het EVRM geen formele juridische status binnen de Britse rechtsorde, er bestond enkel een verplichting voor de Britse autoriteiten op basis van internationaal recht om de rechten van het EVRM te beschermen en te handhaven op nationaal niveau. Desondanks had het EVRM een beperkte invloed op het Britse rechtsstelsel doordat rechters het EVRM gebruikten bij hun interpretatie en invulling van de common law.<sup>437</sup>

### ***5.3 Ontwikkeling van het EVRM binnen de Britse rechtsorde***

Het Verenigd Koninkrijk speelde een leidende rol bij de totstandkoming van de Raad van Europa en het EVRM. Deze actieve houding was een uitvloeisel van de drang om fundamentele rechten binnen Europa sterk te promoten.<sup>438</sup> Hierdoor moest een herhaling van de excessen uit de Tweede Wereldoorlog worden voorkomen en een stabiel Europa worden gerealiseerd. Een sterk pleidooi voor het belang van fundamentele rechten kwam voor wat betreft het Verenigd Koninkrijk vooral vanuit het Ministerie van Buitenlandse Zaken

---

<sup>435</sup> Dicey 1897, p. 38.

<sup>436</sup> Hoewel in theorie iedere wet kan worden geschrapt zijn er wel enkele wetten waarvan wordt aangenomen dat ze een constitutionele status hebben en niet zomaar terzijde kunnen worden gezet. Dit geldt bijvoorbeeld voor de wet die de toetreding tot de EG regelde, er wordt ook wel betoogd dat dit ook voor de HRA geldt.

<sup>437</sup> Zie paragraaf 5.4.

<sup>438</sup> Blackburn 2001, p. 936-937. Zie voor de ontstaansgeschiedenis van het EVRM ook Bates 2011.



en is niet zozeer een uitvloeisel van de toen levende Britse rechtstraditie. Er was namelijk wel weerstand tegen het idee van het toetreden tot een beschermingsregime met betrekking tot fundamentele rechten aangezien het concept fundamentele rechten in het Verenigd Koninkrijk niet bekend was.<sup>439</sup> Het EVRM is de eerste codificatie van fundamentele rechten waaraan het Verenigd Koninkrijk zich heeft verbonden. Ondanks deze scepsis speelden Britse juristen een belangrijke rol bij het opstellen van het EVRM<sup>440</sup> en was het Verenigd Koninkrijk het eerste land dat het verdrag in 1951 ratificeerde.

De weerstand die er bestond tegen de toetreding tot het EVRM had ook te maken met het feit dat het Verenigd Koninkrijk er moeite mee had zich te onderwerpen aan het gezag van een internationaal gerechtshof. Dit obstakel bij toetreding tot het EVRM-systeem werd onder andere weggenomen door het individueel klachtrecht optioneel te maken.<sup>441</sup> Het Verenigd Koninkrijk accepteerde het individueel klachtrecht uiteindelijk wel in 1965, overigens zonder al te veel discussie in het kabinet of het parlement.<sup>442</sup> Dit was echter niet zo heel verrassend gezien het feit dat het EHRM tot dan toe een vrij anoniem en inactief bestaan leidde en het Verenigd Koninkrijk derhalve weinig met het EVRM te maken had aangezien het verdrag geen directe werking had binnen de interne Britse rechtsorde. De echte ontwikkeling van het EHRM tot beschermer van de fundamentele rechten in Europa kwam zoals in Hoofdstuk III is geconstateerd pas later, de Britse overheid kon derhalve in 1965 niet voorzien wat voor gevolgen de beslissing om het individueel klachtrecht te accepteren zou hebben.<sup>443</sup>

Bij de toetreding tot het EVRM was daarnaast in het Verenigd Koninkrijk de gedachte dat toetreding tot de Conventie geen grote gevolgen zou hebben en dat geen nieuwe wetgeving, of aanpassing van bestaande wetgeving, noodzakelijk zou zijn. Deze gedachte leefde ook in de andere landen die het verdrag ondertekenden voor wat betreft hun eigen rechtsstelsels<sup>444</sup>, in Hoofdstuk II is al beschreven dat dit in Nederland zeker ook het geval was.<sup>445</sup>

---

<sup>439</sup> Besson 2008, p. 36.

<sup>440</sup> Bingham 1993, p. 393.

<sup>441</sup> Blackburn 2001, p. 937, Besson 2008, p. 37 en Lester & Beattie 2007, p. 63.

<sup>442</sup> Pinto-Duschinsky 2011, p. 42-43.

<sup>443</sup> Lester & Beattie 2007, p. 63.

<sup>444</sup> Blackburn 2001, p. 938 & Nicol 2006 p. 725.

<sup>445</sup> Zie Hoofdstuk II, paragraaf 2.2.7.

### ***5.4 Bescherming van fundamentele rechten door de rechter tot aan de invoering van de Human Rights Act 1998***

Voorafgaand aan de invoering van de Human Rights Act had het Verenigd Koninkrijk geen catalogus van fundamentele rechten die was vastgelegd in wetgeving. Bescherming van burgers tegen de staat geschiedde door middel van het juridische concept van de civil liberties. Dit was de vrijheid die aan burgers toekwam om te doen en laten wat zij wilden voor zover bepaalde handelingen niet door de common law of wetgeving waren verboden.<sup>446</sup> Het betreft een vorm van ongeschreven recht die een ruimte van vrijheid voor burgers waarborgt en beschermt. Deze vrijheid maakt het dus niet nodig om aparte rechten te creëren, bijvoorbeeld de vrijheid van meningsuiting, men kan zeggen wat men wil zolang de betreffende uitspraken binnen de grenzen van de strafwet blijven.<sup>447</sup>

De bescherming van burgers tegen de staat moest verder vooral komen vanuit de democratische waarborgen die er waren. Er werd vooral veel waarde gehecht aan de toezichthoudende rol van het parlement op de overheid. Mocht de overheid inbreuk maken op fundamentele rechten van burgers of anderszins de grenzen van zijn bevoedheden overschrijden, dan kon deze overheid worden weggestuurd bij de eerstvolgende verkiezingen.<sup>448</sup> Er was lange tijd derhalve veel vertrouwen in het feit dat de overheid zou toezien op adequate bescherming van fundamentele rechten. Hieronder zal blijken dat dit vertrouwen onder druk is komen te staan en één van de belangrijkste redenen is waarom is gekeken naar het invoeren van een catalogus van fundamentele rechten voor burgers in wetgeving. Het vertrouwen in toezicht door de overheid is vooral onder druk komen te staan omdat in het Verenigd Koninkrijk vaak één partij een absolute meerderheid heeft in het parlement en derhalve alleen de regering vormt. Als de regeringspartij verenigd blijft, kan de oppositie het beleid slechts beperkt beïnvloeden. In een zodanig geval moet niet al te veel verwacht worden van een parlementaire controle op optreden door de overheid.

De invloed van het EVRM was in eerste instantie in de eerste jaren na de inwerkingtreding van het EVRM, net als in Nederland, gering onder andere vanwege het feit dat het EVRM geen onderdeel uitmaakte van de interne Britse rechtsorde. Er kon geen beroep op het Verdrag worden gedaan voor de

---

<sup>446</sup> Verhey 2007, p. 29 en Lester & Beattie 2007, p. 60.

<sup>447</sup> Slyn 2005, p. 480-481.

<sup>448</sup> Lester & Beattie 2007, p. 61.

Britse rechter. Zodoende kon klagen over een verdragschending alleen in Straatsburg bij het EHRM. Het EVRM speelde alleen af en toe een rol als bron voor verdragsconforme interpretatie, maar alleen als er sprake was van onduidelijkheid in de wetgeving.<sup>449</sup> Rechten van burgers werden waar mogelijk door rechters beschermd door middel van een ruime interpretatie van de common law. Daarbij werden common law principes gebruikt die ook ten grondslag liggen aan het EVRM.<sup>450</sup> Tevens werd, zoals hiervoor reeds werd aangegeven, de common law ook door de Britse rechter ingekleurd met behulp van rechtspraak over het EVRM.<sup>451</sup> Bij onduidelijkheid in wetgeving voor wat betreft interpretatie van het EVRM werd uitgegaan van de fictie dat de regering geen wetten zou beogen in te voeren die in strijd zouden zijn met het EVRM.<sup>452</sup>

Een kentering is te zien vanaf de jaren '80 van de vorige eeuw. Britse rechters namen vanaf ongeveer dat moment het EVRM steeds serieuzer nadat het EHRM een serie van schendingen van het EVRM door het Verenigd Koninkrijk had geconstateerd.<sup>453</sup> De Judicial Committee van het House of Lords bepaalde echter dat de bevoegdheid om regelingen waar weinig onduidelijkheid over was aan proportionaliteitstoetsing te onderwerpen niet aan de rechter was verleend.<sup>454</sup> Deze uitspraak maakte duidelijk dat, hoewel de Britse rechter pogingen deed om recht te doen aan het EVRM, zonder de mogelijkheid om wetten verdragsconform te interpreteren de rechter niet volledig het EVRM kon incorporeren binnen de Britse rechtsorde. Hiervoor zou een wet noodzakelijk zijn.<sup>455</sup> Dit zou uiteindelijk de Human Rights Act worden.

## ***5.5 De Human Rights Act 1998***

### *5.5.1 Totstandkoming en invoering*

Net als in Nederland groeide het bewustzijn omtrent fundamentele rechten en het belang van het EVRM vanaf het einde van de jaren zeventig. In het

---

<sup>449</sup> Verhey 2007, p. 29 & Blackburn 2001, p. 950.

<sup>450</sup> Slynn 2005, p. 484.

<sup>451</sup> Verhey 2007, p. 29-30.

<sup>452</sup> Zie onder andere Lewis 2007, p. 740 & Grosz, Beatson & Duffy 2000, p. 1-2.

<sup>453</sup> Lester & Beattie 2007, p. 65.

<sup>454</sup> Lester & Beattie 2007, p. 65 en R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind [1991] 1 AC 696 (HL). In deze zaak ging het om de vraag in hoeverre de Secretary of State op een juiste wijze gebruik had gemaakt van de bevoegdheid om aan onder andere de BBC directives op te leggen.

<sup>455</sup> Lester & Beattie 2007, p. 66 en Blackburn 2001, p. 955.

## HOOFDSTUK V

Verenigd Koninkrijk begon dat met een discussie over de invoering van een 'eigen' Bill of Rights. Echter, al snel ging de discussie vooral over de vraag of het EVRM moest worden geïncorporeerd in het Britse rechtsstelsel.<sup>456</sup> Deze verplaatsing van de focus kwam vooral omdat een Bill of Rights destijds gezien werd als niet passend binnen de Britse rechtstraditie.

De roep om incorporatie van het EVRM kwam vooral vanwege het groeiende besef dat bescherming door middel van de civil liberties niet (meer) voldoende bescherming bood.<sup>457</sup> Dit kwam onder andere doordat het EHRM schendingen begon te constateren tegen het Verenigd Koninkrijk. Daardoor groeide bij rechters het besef dat de common law niet meer voldoende bescherming bood.<sup>458</sup> Fenwick geeft aan dat dit besef reeds groeiende was in de jaren '70 en '80, maar pas echt tot ontwikkeling kwam in de jaren '90. De steeds groter wordende impact van het EVRM was derhalve een katalysator voor de ontwikkeling van de gedachte dat niet langer met het concept van civil liberties kon worden volstaan.<sup>459</sup> De rol van fundamentele rechten in de rechtspraak groeide derhalve steeds verder onder invloed van de ontwikkeling van het EHRM, dat zich nadrukkelijker liet gelden<sup>460</sup> Deze ontwikkeling werd eerder reeds geconstateerd in Nederland.<sup>461</sup>

De roep om incorporatie van het EVRM begon reeds in 1968, en werd echt kracht bijgezet door de oproep van Lord Scarman tijdens zijn Hamlyn lezingen.<sup>462</sup> Op den duur mengden rechters zich zelfs openlijk in het debat over de vraag of het EVRM moest worden geïncorporeerd binnen de Britse rechtsorde.<sup>463</sup> Onder anderen de latere voorzitter van het Appellate Committee van het House of Lords, Lord Bingham, toonde zich een voorstander van incorporatie; het feit dat het EVRM niet geïncorporeerd was in de Britse rechtsorde beperkte in zijn ogen de mogelijkheden voor Britse rechters om fundamentele rechten van burgers adequaat te beschermen.<sup>464</sup>

---

<sup>456</sup> Sedley 1998, p. 71. Sedley geeft aan dat de campagne voor meer bewustzijn voor fundamentele rechten eigenlijk enkel geslaagd is omdat het doel steeds meer naar beneden werd bijgesteld. Geen Bill of Rights, maar slechts een wet die het EVRM incorporeert en die ook zomaar kan worden geschrapt.

<sup>457</sup> Amos 2006, p. 4 & Uzman 2010, p. 769.

<sup>458</sup> Besson 2008, p. 40.

<sup>459</sup> Fenwick 2007, p. 115.

<sup>460</sup> Amos 2006, p. 4-5.

<sup>461</sup> Zie Hoofdstuk II, paragraaf 2.2.7.

<sup>462</sup> Lester & Beattie 2007, p. 66.

<sup>463</sup> Amos 2006, p. 5.

<sup>464</sup> Bingham 1993, p. 390.

Er werden diverse voorstellen gedaan om het EVRM te incorporeren, zowel binnen het parlement als daarbuiten. De toenmalige Conservatieve regering vond het echter niet nodig om de toepassing van het EVRM op nationaal niveau mogelijk te maken.<sup>465</sup> Dit is vooral wrang aangezien de roep om incorporatie niet alleen werd gevoed door de hiervoor genoemde ontwikkeling van het EVRM, maar ook door de inbreuken op de vrijheid van burgers door dezelfde Conservatieve regering in de periode van 1979 tot 1997.<sup>466</sup>

Nog tijdens de hiervoor genoemde regeerperiode van de Conservatieve partij nam Labour in 1993 het overgaan tot het incorporeren van het EVRM op in het partijhandvest. Om aan dit streven nader uitwerking te geven werd in 1996 een consultatiepaper uitgebracht onder de naam 'Bringing Rights Home'.<sup>467</sup> Hierin werd een overzicht gegeven van de vragen die moesten worden beantwoord over hoe de doorwerking van het EVRM in de praktijk vorm zou moeten krijgen. Interessant om op te merken is nog het feit dat in dit paper werd gesproken over een 'eigen' Bill of Rights. In het latere regeringsvoorstel, nadat Labour de verkiezingen had gewonnen en de regering vormde, kwam dit niet meer terug.<sup>468</sup> Kenmerk van de benadering van het paper was dat incorporatie van het EVRM binnen de Britse rechtsorde vooral veel praktische voordelen zou (moeten) hebben. Zo werd erop gewezen dat door middel van incorporatie Britse rechters een lijn van jurisprudentie op basis van het EVRM konden opbouwen en dat Straatsburg erbij gebaat zou zijn als Britse rechters hun inzichten over het EVRM zouden kunnen delen met het EHRM. Ook werd de caseload van het EHRM aangehaald als een reden om meer aan bescherming van fundamentele rechten op nationaal niveau te doen.<sup>469</sup>

In 1997 kwam de Labour partij voor het eerst sinds 1979 aan de macht.

Onderdeel van het verkiezingsprogramma van de partij was de belofte om het EVRM te incorporeren in de Britse rechtsorde.<sup>470</sup> Hoewel verkiezingsbeloftes niet altijd worden ingelost, was dat hier wel het geval. In oktober van hetzelfde jaar presenteerde de regering het white paper 'Rights brought home' en een wetsvoorstel (de Human Rights Bill) om het EVRM te incorporeren in de Britse rechtsorde.<sup>471</sup>

---

<sup>465</sup> Amos 2006, p. 6.

<sup>466</sup> Fenwick 2007, p. 116 & Klug 2007, p. 705.

<sup>467</sup> Als artikel verschenen in Straw & Boateng 1997.

<sup>468</sup> Amos 2006, p. 6-7.

<sup>469</sup> Straw & Boateng 1997, p. 72.

<sup>470</sup> Labour Party Manifesto 1997, 'New Labour because Britain deserves better'.

<sup>471</sup> Amos 2006, p. 7.

In het white paper stelde de regering in de eerste plaats dat was gebleken dat de bescherming van mensenrechten via de common law niet meer voldoende was en dat incorporatie van het EVRM in de Britse rechtsorde daarom noodzakelijk was.<sup>472</sup> Ten tweede had de regering ook twee meer praktische argumenten die pleitten voor incorporatie. In de eerste plaats betekende het feit dat het EVRM niet in de Britse rechtsorde was geïncorporeerd dat burgers niet op nationaal niveau konden klagen over schending van het EVRM en daarvoor naar Straatsburg moesten. Dat kostte destijds al veel tijd, gezien de caseload van het EHRM.<sup>473</sup> Daarnaast zag de regering als praktisch argument dat, door incorporatie, de EVRM-rechten meer deel zouden gaan uitmaken van de Britse rechtsorde en jurisprudentie, en niet langer zouden worden gezien als een product van ‘Europa’ maar als Britse rechten.<sup>474</sup>

Tot slot erkende de regering zelf ook nog dat de houding van het Verenigd Koninkrijk ten opzichte van de Conventie niet altijd even goed was geweest en dat incorporatie het belang van de Conventie moest aantonen.<sup>475</sup>

De hiervoor genoemde redenen waren op zich al voldoende om incorporatie te rechtvaardigen. De regering had echter ook een ander belangrijk doel voor ogen; door incorporatie zouden de Britse rechters meer effect op nationaal niveau kunnen geven aan de EVRM-rechten. Dit zou tot gevolg kunnen hebben dat de rechters duidelijker aan Straatsburg zouden kunnen tonen hoe de doorwerking van het EVRM wordt ingepast binnen de Britse praktijk en unieke gewoontes van het Britse rechtsstelsel. De regering meende dat, hoewel Britse rechters een goede reputatie hebben als het gaat om de bescherming van fundamentele rechten, het feit dat Britse rechters met andere concepten van rechtsvorming werken, betekent, dat zij minder goed aan Straatsburg duidelijk kunnen maken waarom bepaalde beslissingen worden genomen. De hoop was dat de uitspraken van Britse rechters meer zouden worden gevolgd door Straatsburg als zij op basis van EVRM rechten worden gedaan, zodoende hoopte de regering een positieve bijdrage te kunnen leveren aan de ontwikkeling van de Straatsburgse jurisprudentie.<sup>476</sup> Dit lijkt een eerste aanzet tot de dialoog gedachte die later nader zal worden uitgewerkt in Hoofdstuk VI.<sup>477</sup>

---

<sup>472</sup> Rights brought home, paragraaf 1.4.

<sup>473</sup> Zie Hoofdstuk III, paragraaf 3.3 voor bespreking van de caseload-problematiek.

<sup>474</sup> Rights brought home, paragraaf 1.14.

<sup>475</sup> Rights brought home, paragraaf 1.15.

<sup>476</sup> Rights brought home, paragraaf 1.14 & 1.18.

<sup>477</sup> Zie paragraaf 6.3.3.

De Human Rights Bill werd op 9 november 1998 wet. De wet trad echter pas op 2 oktober 2000 in werking om de betrokken instanties de tijd te geven om zich in te stellen op de nieuwe wet en trainingen te volgen over de karakteristieken van de nieuwe wetgeving.

### 5.5.2 *Systeem van de HRA*

Met de Human Rights Act heeft de Britse wetgever voor een vrij bijzondere wijze van incorporatie van het EVRM gekozen. Aan de ene kant heeft de Britse rechter de mogelijkheid gekregen om het EVRM in concrete zaken op nationaal niveau toe te passen, maar aan de andere kant is het uitgangspunt van de sovereignty of parliament behouden. Dit uit zich in de bevoegdheden die de rechter op basis van de wet heeft gekregen. Hoewel bepaalde rechten uit het EVRM doorwerken en de rechter aan deze rechten mag toetsen, heeft hij niet de bevoegdheid gekregen om een wet buiten toepassing te laten of te vernietigen.

De wet bevat de verplichting voor alle organen van de overheid om zich aan het EVRM te houden. Het enige overheidsorgaan dat van deze verplichting is uitgezonderd, is het parlement.<sup>478</sup> Dit is verklaarbaar in het licht van de doctrine van de sovereignty of parliament.

De HRA is in beginsel een ‘normale’ wet en zou daarom ook weer door het parlement kunnen worden geschrapt zonder dat daarvoor een versterkte meerderheid nodig is. Bij het indienen van het wetsvoorstel voor de HRA stelde de regering dat het niet binnen de Britse constitutionele rechtstraditie paste om de HRA een hogere status te geven dan andere wetten.<sup>479</sup> Inmiddels wordt de HRA echter als een dermate belangrijk onderdeel binnen het Britse constitutionele stelsel gezien, dat de vraag is gerezen of het schrappen van de wet in de praktijk nog wel mogelijk is. Daarnaast is het nog maar de vraag of het schrappen van de HRA wel echt effect zal hebben als de wens zou bestaan om rechterlijke toetsing aan fundamentele rechten terug te dringen. Er wordt wel betoogd dat rechters in het geval van een dergelijke aantasting van hun bevoegdheden de mate van toetsing van fundamentele rechten die zij nu hebben gekregen op basis van de HRA, zouden blijven waarborgen door middel van de common law.<sup>480</sup>

De doorwerking van de rechten van het EVRM is te vergelijken met de wijze waarop ‘onze’ artikelen 93 en 94 Grondwet dat doen. Wat echter ontbreekt in

---

<sup>478</sup> Lester & Beattie 2007, p. 68.

<sup>479</sup> Rights brought home, paragraaf 2.16.

<sup>480</sup> Besson 2008, p. 41.

de Nederlandse regeling in vergelijking met de HRA is een verdeling in de Grondwet van taken; wie doet wat als er sprake is van strijd tussen een nationale regeling en bepaling uit internationaal recht die een ieder verbindend is. De Nederlandse Grondwet volstaat met te zeggen dat de rechter in dat geval de nationale regeling buiten toepassing dient te laten. In het navolgende zal blijken dat de HRA daarentegen een uitgebreidere regeling bevat met verschillende opties en bevoegdheden voor de rechter. De doorwerking wordt derhalve niet enkel verschaft door de HRA, maar deze wordt tevens in een juridisch kader van bevoegdheden geplaatst. Dit kader geeft de rechter een belangrijke rol bij het doen doorwerken van het EVRM, maar laat het laatste woord, althans in theorie, toch aan de wetgever.

Naast het feit dat de HRA de doorwerking van het EVRM mogelijk maakt, tracht de wet ook meer aandacht voor individuele rechten te creëren bij de diverse overheden. Bij iedere handeling van een overheidsorgaan en bij iedere nieuwe wet die wordt gemaakt, moet worden gekeken of in lijn met de fundamentele rechten uit de HRA wordt gehandeld.<sup>481</sup>

Tot slot moet nog worden geconstateerd dat de HRA niet alle artikelen van het EVRM incorporeert. Er is niet gekozen voor een criterium als 'een ieder verbindend' om aan te geven welke artikelen direct doorwerken, zoals in de Nederlandse Grondwet. De wet geeft in artikel 1 zelf aan welke EVRM-rechten geïncorporeerd worden door het uitdrukkelijk benoemen van de betreffende artikelen. Dit zijn de meeste inhoudelijke EVRM-rechten met uitzondering van de artikelen 1 en 13. De wel geïncorporeerde artikelen worden vervolgens in de bijlage van de wet nog apart opgesomd. Hoewel de bewoordingen van de artikelen in de bijlage van de HRA overeenkomen met de tekst van de EVRM-artikelen, worden deze rechten over het algemeen als 'nationale' rechten gezien.<sup>482</sup> Kavanagh is iets genuanceerder en stelt dat er bij de rechten van de HRA rekening dient te worden gehouden met de jurisprudentie van het EHRM en de uitleg die het Straatsburgse Hof aan de corresponderende bepalingen in het EVRM heeft gegeven.<sup>483</sup>

In de navolgende paragrafen zullen enkele kernbepalingen van de HRA worden besproken. Na een bespreking van de kernbepalingen zal het effect van de wet op de Britse wetgeving en rechtspraak worden besproken en geanalyseerd.

---

<sup>481</sup> Sedley 2005, p. 7 & 17.

<sup>482</sup> Rainsbury 2008, p. 34-35.

<sup>483</sup> Kavanagh 2009, p. 834-836.



### 5.5.3 Verplichting voor rechters ‘to take into account’ Straatsburgse jurisprudentie (artikel 2 HRA)

*“Interpretation of Convention rights*

*(1) A court or tribunal determining a question which has arisen in connection with a Convention right must take into account any—*

*(a) judgment, decision, declaration or advisory opinion of the European Court of Human Rights, (...)*”

Vrijwel aan het begin van de HRA wordt aan de Britse rechter de verplichting opgelegd om Straatsburgse jurisprudentie ‘mee te nemen’ in zijn beslissingsproces. In de praktijk heeft dat ertoe geleid dat in de meerderheid van de gevallen de ‘Straatsburgse lijn’ wordt gevolgd, mits er sprake is van een duidelijke lijn van jurisprudentie uit Straatsburg.<sup>484</sup> Zelfs al was het alleen maar vanwege het feit dat een negatief oordeel op nationaal niveau zou kunnen leiden tot een veroordeling door het EHRM als er in Straatsburg over zou worden geklaagd.<sup>485</sup>

De rechten genoemd in de bijlage van de HRA hebben geen grotere reikwijdte dan de rechten van het EVRM. Het House of Lords heeft geoordeeld dat de HRA geen basis bevat voor de rechter om deze rechten een eigen interpretatie te geven binnen het Britse recht. In de zaak-Al Jedda<sup>486</sup> stelde het House of Lords vast dat dit in lijn is met de bedoeling van de HRA, die vooral gericht is op het mogelijk maken voor burgers om op nationaal niveau voor een Britse rechter te klagen over een schending van de fundamentele rechten uit het EVRM.<sup>487</sup>

De vraag die echter toch aan de orde is gekomen, is of het mogelijk is voor de Britse rechter om op basis van de HRA een ruimere bescherming te geven aan fundamentele rechten dan Straatsburg doet. Het EVRM zelf geeft de ruimte om ruimere bescherming te bieden, de vraag is echter of op grond van nationaal recht de Britse rechter dit kan doen. De (voorlopig) heersende leer is verwoord door Lord Bingham in de zaak Ullah<sup>488</sup>:

<sup>484</sup> Zie onder andere de uitspraken *R (Alconbury Developments Ltd) v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions* [2001] UKHL 23, [2003] 2 AC 295, *R (Ullah) v Special Adjudicator* [2004] UKHL 26, [2004] 2 AC 323, *Cadder (Appellant) v Her Majesty's Advocate (Respondent) (Scotland)* [2010] UKSC 43 en *Ambrose v Harris (Procurator Fiscal, Oban) (Scotland)* [2011] UKSC 43. Zie ook Hale 2012, p. 69.

<sup>485</sup> Amos 2006, p. 18, Hale 2008, p. 3-4 & Slynn 2005, p. 495.

<sup>486</sup> *R (Al-Jedda) v Secretary of State for Defence* [2007] UKHL 58.

<sup>487</sup> Amos 2006, p. 11.

<sup>488</sup> *R (Ullah) v Special Adjudicator* [2004] UKHL 26, [2004] 2 AC 323.

*“20. In determining the present question, the House is required by section 2(1) of the Human Rights Act 1998 to take into account any relevant Strasbourg case law. While such case law is not strictly binding, it has been held that courts should, in the absence of some special circumstances, follow any clear and constant jurisprudence of the Strasbourg court: R (Alconbury Developments Ltd) v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions [2001] UKHL 23, [2003] 2 AC 295, paragraph 26. This reflects the fact that the Convention is an international instrument, the correct interpretation of which can be authoritatively expounded only by the Strasbourg court. From this it follows that a national court subject to a duty such as that imposed by section 2 should not without strong reason dilute or weaken the effect of the Strasbourg case law. It is indeed unlawful under section 6 of the 1998 Act for a public authority, including a court, to act in a way which is incompatible with a Convention right. It is of course open to member states to provide for rights more generous than those guaranteed by the Convention, but such provision should not be the product of interpretation of the Convention by national courts, since the meaning of the Convention should be uniform throughout the states party to it. The duty of national courts is to keep pace with the Strasbourg jurisprudence as it evolves over time: no more, but certainly no less”.*

Uit dit citaat blijkt duidelijk dat de Britse rechter bereid is om Straatsburg te volgen, maar geen ruimte ziet om een verdergaande bescherming te geven dan die wordt geboden door het EHRM. Deze houding van de hoogste Britse rechter is ook wel aangeduid als het mirror-principle; de Britse rechter ‘spiegelt’ zijn niveau van bescherming aan het Straatsburgse niveau.

Het uitgangspunt van de Law Lords (en later van het Supreme Court) is dus dat, als er een duidelijke lijn van jurisprudentie uit Straatsburg is, de Britse rechter in de meeste gevallen deze uitspraken zal volgen. Critici van dit uitgangspunt menen dat deze beperkte benadering in strijd is met de intentie van de HRA en tevens tegen de geest van het EVRM is. Doordat de Britse rechter niet bereid is een ruimere interpretatie dan Straatsburg te geven, ontstaat er een plafond van rechtsbescherming.<sup>489</sup> De vraag is in hoeverre dit de bedoeling van de wetgever was bij het opstellen van de HRA.<sup>490</sup> Deze benadering werkt namelijk als een rem op verdere ontwikkeling van het niveau van rechtsbescherming. In hoofdstuk III is namelijk al aangegeven dat het niveau van bescherming in Straatsburg zal zich over het algemeen vooral

---

<sup>489</sup> Zie voor uitgebreide bespreking van het mirror-principle Lewis 2007 & Rainsbury 2008.

<sup>490</sup> Amos 2009, p. 896-898 & Hale 2008, p. 4.

ontwikkelen op basis van stimulansen vanuit de lidstaten.<sup>491</sup> Als echter op nationaal niveau strikt de lijn van Straatsburg wordt aangehouden vindt deze ontwikkeling niet plaats. Een van de redenen van de wetgever om de HRA in te voeren was juist het feit dat Britse rechters een bijdrage aan de ontwikkeling van fundamentele rechten zouden kunnen leveren als ze op nationaal niveau met deze rechten konden werken.<sup>492</sup>

Hoewel over het algemeen dus van een volgzaam houding ten opzichte van de rechtspraak van het EHRM kan worden gesproken, zijn er ook voorbeelden te noemen van uitspraken waar de Britse rechter niet bereid is om de Straatsburgse lijn te volgen. Indien dit het geval is, wordt vaak het argument gebruikt dat er in de jurisprudentie geen duidelijke lijn zichtbaar is.<sup>493</sup> Daarnaast kan een rol spelen dat de rechtspraak van het EHRM in de ogen van de Britse rechter niet voldoende rekening houdt met het Britse rechtssysteem.

Een voorbeeld van een zaak waarin het voorgaande zichtbaar is betreft de Horncastle-uitspraak van het Supreme Court van 9 december 2009. In deze uitspraak koos het Britse Supreme Court ervoor om niet zomaar de Straatsburgse lijn te volgen, maar om de aanpak binnen het eigen nationale rechtssysteem als alternatief voor de Straatsburgse aanpak naar voren te schuiven. De zaak betrof het gebruik van getuigen die niet op de strafzitting in het openbaar konden worden gehoord aangezien zij anoniem wilden getuigen. De vraag was in hoeverre het gebruik van verklaringen van deze anonieme getuigen in strijd was met artikel 6 EVRM. De regel die het EHRM binnen zijn rechtspraak heeft ontwikkeld, is dat een strafproces enkel eerlijk kan zijn als dergelijke verklaringen niet ‘sole or decisive’ bewijs zijn.<sup>494</sup> De Britse rechter meende dat het systeem in het Verenigd Koninkrijk van oudsher bepaalde waarborgen biedt die het mogelijk maken om dergelijk bewijs te gebruiken, zonder afbreuk te doen aan de eerlijkheid van het proces. Geconfronteerd met deze tegenstelling in opinies herinnerde Lord Phillips eraan dat artikel 2 HRA niet een absolute verplichting geeft om het EHRM strikt te volgen:

*“11. I do not accept that submission. The requirement to “take into account” the Strasbourg jurisprudence will normally result in this Court applying*

---

<sup>491</sup> Zie paragraaf 3.4.2.3.

<sup>492</sup> Hale 2012, p. 70-71.

<sup>493</sup> Amos 2006, p. 18.

<sup>494</sup> Zie onder andere EHRM 20 november 1989 nr. 11454/85, NJ 1990, 245, m.nt. E.A. Alkema (Kostovski/Nederland) en EHRM 27 februari 2001, nr. 33354/96, NJ 2002, 101, m.nt. T.M. Schalken (Lucà/Italië).

*principles that are clearly established by the Strasbourg Court. There will, however, be rare occasions where this court has concerns as to whether a decision of the Strasbourg Court sufficiently appreciates or accommodates particular aspects of our domestic process. In such circumstances it is open to this court to decline to follow the Strasbourg decision, giving reasons for adopting this course. This is likely to give the Strasbourg Court the opportunity to reconsider the particular aspect of the decision that is in issue, so that there takes place what may prove to be a valuable dialogue between this court and the Strasbourg Court. This is such a case.”<sup>495</sup>*

Deze zaak kan worden gezien als een voorbeeld waarbij het Supreme Court zich afzet tegen het Hof in Straatsburg. Echter, de insteek van het Supreme Court kan niet enkel gezien worden als het strikt vasthouden aan het eigen systeem, en zich daarbij verzetten tegen de Straatsburgse normen. Het Supreme Court probeert een dialoog op te starten met Straatsburg door aan te geven dat er een alternatieve aanpak mogelijk is. Het Britse Hof onderschrijft (uiteraard) de gedachte dat een strafproces eerlijk moet verlopen, maar bestrijdt de Straatsburgse notie dat een proces waar enkel, of in doorslaggevende mate, bewijs van anonieme getuigen wordt gepresenteerd per definitie oneerlijk is. Het Supreme Court stelt dat het Britse strafproces andere (voldoende) waarborgen bevat om een eerlijk proces te garanderen zonder de sole or decisive regel te hanteren. Door middel van deze uitspraak nodigt het Supreme Court het EHRM uitdrukkelijk uit om de lijn van jurisprudentie aan te passen. Een vergelijkbare zaak was namelijk op het moment van de Horncastle-uitspraak uitspraak aanhangig bij de Grand Chamber van het Europese Hof.<sup>496</sup> In de kameruitspraak in deze samengevoegde zaken kwam het EHRM tot de conclusie dat in beide gevallen sprake was van een schending van artikel 6 EVRM.

Op 15 december 2011 deed de Grand Chamber van het EHRM uitspraak in de zaak Al-Khawaja en Tahery. In deze uitspraak gaat het EHRM uitgebreid in op de motivering van het Britse Hof in de Horncastle-uitspraak. De Britse regering volgde de lijn van het Supreme Court en voerde bij de behandeling door de Grand Chamber aan dat de ‘sole or decisive’-regel flexibel zou moeten worden toegepast. De regering vraagt uitdrukkelijk aan

---

<sup>495</sup> R v Horncastle & Others [2009] UKSC 14.

<sup>496</sup> Het betrof de zaak Al-Khawaja & Tahery versus het Verenigd Koninkrijk waarin op 20 januari 2009 een kamer uitspraak door het EHRM was gedaan. EHRM 20 januari 2009, nr. 26766/05; 22228/06, EHRC 2009, 39, m.nt. W. Dreissen (Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk).

het EHRM om de aanpak van het Supreme Court te volgen.<sup>497</sup> Het EHRM moet vervolgens besluiten of de ‘sole or decisive’-regel als een absolute regel moet worden beschouwd, waardoor er automatisch sprake is van een schending van art. 6 EVRM zodra dergelijk bewijs wordt gebruikt.<sup>498</sup> Het EHRM gaat uitvoerig in op de argumenten van de Britse regering en het Supreme Court, maar het Hof lijkt niet mee te gaan in de naar voren gebrachte argumenten.<sup>499</sup> Desondanks concludeert het EHRM uiteindelijk dat er toch een zekere flexibiliteit moet worden aangebracht bij de toepassing van de ‘sole and decisive’-regel.<sup>500</sup> Hoewel het EHRM het dus niet uitdrukkelijk zegt, lijkt het EHRM om te gaan naar aanleiding van de Britse bezwaren tegen de bestaande lijn in de jurisprudentie van het EHRM. Hoewel dit element niet uitdrukkelijk in de uitspraak te vinden is, bieden de aan de uitspraak gehechte concurring en dissenting opinions meer duidelijkheid. In een concurring opinion stelt de Britse rechter Bratza namelijk het volgende:

*“While, as the Court has now held, in assessing the fairness of the proceedings, the fact that a conviction is based solely or to a decisive extent on the statement of an absent witness is a very important factor to weigh in the scales and one which requires strong counterbalancing factors, including the existence of effective procedural safeguards, it should not automatically result in a breach of Article 6 § 1 of the Convention.*

*4. Having re-examined the two cases in the light of these principles, I agree with the majority that, contrary to my original view in the Chamber, Article 6 § 1 was not violated in the case of Al-Khawaja but that there was a violation of that Article in the case of Tahery.”<sup>501</sup>*

In deze concurring opinion zegt de Britse rechter derhalve letterlijk dat hij tot een andere conclusie is gekomen in de zaak Al-Khawaja op basis van een nieuwe lijn van jurisprudentie. Dit beeld wordt nog eens versterkt door een felle (deels) dissenting opinion van rechters Sajo en Karakas die hun dissent eindigen met de volgende conclusie:

---

<sup>497</sup> EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05; 22228/06, ECHR 2012, 56, m.nt. T. Spronken (Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk), r.o. 94-98.

<sup>498</sup> EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05; 22228/06, ECHR 2012, 56, m.nt. T. Spronken (Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk), r.o. 119.

<sup>499</sup> EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05; 22228/06, ECHR 2012, 56, m.nt. T. Spronken (Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk), r.o. 129-145.

<sup>500</sup> EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05; 22228/06, ECHR 2012, 56, m.nt. T. Spronken (Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk), r.o. 146-147.

<sup>501</sup> Concurring Opinion van Sir Nicholas Bratza onder EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05; 22228/06, ECHR 2012, 56, m.nt. T. Spronken (Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk).

*“The sole or decisive rule that has been followed so far was intended to protect human rights against the “fruit of the poisonous tree” (if the source of the evidence (the “tree”) is tainted, then anything gained from it (the “fruit”) is as well). The adoption of the counterbalancing approach means that a rule that was intended to safeguard human rights is replaced with the uncertainties of counterbalancing. To our knowledge this is the first time ever that this Court, in the absence of a specific new and compelling reason, has diminished the level of protection. This is a matter of gravest concern for the future of the judicial protection of human rights in Europe.”<sup>502</sup>*

Spronken stelt in een noot onder deze uitspraak ook dat de heldere minimumnorm die de ‘sole and decisive’ regel bood, is aangetast.<sup>503</sup>

In een reactie op de uitspraak stelde de Britse Minister van Justitie Clarke dat hij niet verwachtte dat de nieuwe lijn van het Hof tot problemen zou leiden in het Verenigd Koninkrijk. Het feit dat in een van de twee zaken nog steeds een schending werd geconstateerd deed daar niets aan af:

*“(...)but I am obviously aware of the two judgments and have read them. I cannot see that they pose any problem at all. They (het EHRM, BL) came to a different conclusion in one of the cases, on grounds that I do not find altogether surprising, and the test that they said should be applied seemed to me to be pretty well in line with what the British courts are already doing.”<sup>504</sup>*

Dit is een voorbeeld van een onderwerp binnen het strafproces waarbij de Britse rechter door middel van het actief bezig zijn met fundamentele rechten op nationaal niveau een bijdrage kan leveren aan de ontwikkeling, en verfijning, van de Straatsburgse jurisprudentie. Onder invloed van de uitspraak van het Supreme Court heeft het EHRM een nuancering aangebracht op de bestaande regels in de jurisprudentie betreffende het gebruik van anonieme getuigen. Door het leveren van een kritische, maar inhoudelijke, bijdrage aan het debat heeft het Supreme Court deze wijziging tot stand gebracht. Eerder werd al gemeld dat het kunnen beïnvloeden van de Straatsburgse jurisprudentie een belangrijke reden was voor de Labour regering om de HRA in te voeren.<sup>505</sup> Tijdens het debat over invoering van de HRA wees de regering er uitdrukkelijk op dat er gevallen zouden zijn waarin

---

<sup>502</sup> Joint partly dissenting and partly concurring opinion van Andras Sajó en Isil Karakas onder EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05; 22228/06, EHCRC 2012, 56, m.nt. T. Spronken (Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk).

<sup>503</sup> Spronken in noot onder EHCRC 2012, nr. 56.

<sup>504</sup> Getuigenis Kenneth Clarke voor JCHR op 20 december 2011, Oral Evidence HC 1726-i, antwoord op vraag 20, p. 10

<sup>505</sup> Zie paragraaf 5.5.1.

het wenselijk was als de Britse rechter het EHRM niet zou volgen. In dat geval zou dat zelfs tot een dialoog met het EHRM kunnen leiden.<sup>506</sup> De Horncastle-uitspraak is een voorbeeld van een zaak waarin dit het geval is. Indien het Supreme Court strikt de uitspraken van het EHRM zou volgen zou deze ontwikkeling niet plaatsvinden.

Bovenstaande uitspraak is echter vrij bijzonder. Uit het citaat van Lord Phillips (waarbij hij de Ullah-doctrine bevestigt, zonder de zaak specifiek te noemen) blijkt wederom dat de Britse rechter over het algemeen Straatsburg zal volgen. Het is echter zeer de vraag of dit vaak en trouw volgen van Straatsburg de bedoeling van de wetgever was bij het opstellen van artikel 2 HRA. ‘Take into account’ betekent immers niet veel meer dan ‘rekening houden met’, het lijkt erop dat de opstelling van het House of Lords en later het Supreme Court verder gaat.<sup>507</sup> De solicitor-general stelde in 1999 nog dat ‘take into account’ niet bedoeld is om de uitspraken van Straatsburg bindend te maken, maar dat deze wel als zeer overtuigend moeten worden gezien en dat afwijking uitdrukkelijk moet worden gemotiveerd.<sup>508</sup> Deze opstelling lijkt overeen te komen met die van Lord Phillips, maar is wellicht wat meer gericht op een sterkere positie van de rechter op nationaal niveau dan de opstelling van de Britse hoogste rechter onder Lord Bingham. Het moet worden afgewacht in hoeverre de koers die het Supreme Court heeft gekozen in de Horncastle zaak navolging gaat krijgen, of dat deze zaak dermate uniek is dat afwijken van Straatsburg verder niet meer zo snel zal voorkomen. In de zaak Cadder uit 2010 is het Supreme Court namelijk weer vrij ontvankelijk voor de Straatsburgse rechtspraak waardoor er flink wordt ingegrepen in de Schotse strafrechtsorde.

In Cadder was de vraag aan de orde wat de Salduz-uitspraak<sup>509</sup> van het EHRM voor betekenis had voor Schotland waar er geen recht voor de verdachte was om zich op het politiebureau bij te laten staan door een advocaat tijdens het verhoor. Waar in Nederland uitvoerige discussie ontstond over in hoeverre de Salduz jurisprudentie ook het recht op het hebben van een raadsman bij het verhoor omvat, wordt dit door de het Supreme Court unaniem zonder veel woorden aangenomen. Een van de rechters van het Supreme Court, Lord Hope, verwoordde het in de uitspraak als volgt:

---

<sup>506</sup> Blackburn 2001, p. 965 & Besson 2008, p. 32.

<sup>507</sup> Rawlings 2008, p. 121-123.

<sup>508</sup> Cranston 1999, 202.

<sup>509</sup> EHRM 27 november 2008, nr. 36391/02, *NJ* 2009, 214 (Salduz/Turkije).

*“In para 55 the Grand Chamber expressed the conclusion which it drew from what it had said in the previous paragraphs as follows:*

*“Against this background, the Court finds that in order for the right to a fair trial to remain sufficiently ‘practical and effective’ article 6(1) requires that, as a rule, access to a lawyer should be provided as from the first interrogation of a suspect by the police, unless it is demonstrated in the light of the particular circumstances of each case that there are compelling reasons to restrict this right. Even where compelling reasons may exceptionally justify denial of access to a lawyer, such restriction – whatever its justification – must not unduly prejudice the rights of the accused under article 6. The rights of the defence will in principle be irretrievably prejudiced when incriminating statements made during police interrogation without access to a lawyer are used for a conviction.”*

*The emphasis throughout is on the presence of a lawyer as necessary to ensure respect for the right of the detainee not to incriminate himself. The last sentence of paragraph 55 could hardly be more clearly expressed.”<sup>510</sup>*

Uit voorgaand citaat van Lord Hope blijkt duidelijk dat het Supreme Court de ‘presence’ van de advocaat als een logisch gevolg van de door het EHRM uitgezette lijn ziet. Vervolgens wordt de Salduz-uitspraak aangemerkt als onderdeel van een duidelijke lijn van Straatsburgse jurisprudentie die derhalve door de Britse rechter moet worden gevolgd:

*“In my opinion the Strasbourg court has shown by its consistent line of case law since Salduz that the Grand Chamber’s finding in para 55 is now firmly established in its jurisprudence.*

(...)

*The conclusion that I would draw as to the effect of Salduz is that the contracting states are under a duty to organize their systems in such a way as to ensure that, unless in the particular circumstances of the case there are compelling reasons for restricting the right, a person who is detained has access to advice from a lawyer before he is subjected to police questioning.”<sup>511</sup>*

De voorgaande discussie kan worden gezien als een antwoord zoeken op de vraag ‘moeten we doen wat Straatsburg zegt?’ Een ander discussiepunt bij artikel 2 HRA is echter of de HRA een bevoegdheid geeft aan de Britse

---

<sup>510</sup> Cadder (Appellant) v Her Majesty’s Advocate (Respondent) (Scotland) [2010] UKSC 43, r.o. 35.

<sup>511</sup> Cadder (Appellant) v Her Majesty’s Advocate (Respondent) (Scotland) [2010] UKSC 43, r.o. 48.



rechter om juist verder te gaan dan Straatsburg door middel van het geven van een ruimere interpretatie van de betreffende rechten dan het EHRM doet. Masterman heeft betoogd dat uit de parlementaire discussie bij het opstellen van de HRA en uit het EVRM zelf blijkt dat de rechter wel degelijk de mogelijkheid heeft om op basis van de HRA een ‘eigen’ uitleg van de bepalingen van het EVRM te geven. Deze uitleg moet dan wel EVRM plus zijn en mag niet onder het niveau van het EVRM uitkomen.<sup>512</sup>

Gezien de jurisprudentie van de Britse rechter over artikel 2 HRA lijkt dit niet de lijn te zijn die de rechter volgt (zie op dit punt ook de discussie over de grenzen van de interpretatievrijheid van artikel 3 HRA hieronder). Als voorbeeld kan de zaak *Ambrose* dienen waarin het Supreme Court in moest gaan op enkele details van de *Salduz*-jurisprudentie. In deze zaak moest het Supreme Court namelijk de vraag beantwoorden of de *Salduz*-normen ook gelden voor verhoren die afgenomen worden buiten het politiebureau. Uitgangspunt van het Britse Hof is dat deze vraag enkel positief moet worden beantwoord als kan worden gemeend dat Straatsburg dit vereist:

*“The second point is that a decision by this court that there is a rule that a person who is suspected of an offence but is not yet in custody has a right of access to a lawyer before being questioned by the police unless there are compelling reasons to restrict that right would have far-reaching consequences. There is no such rule in domestic law: see para 22, below. If that is what Strasbourg requires, then it would be difficult for us to avoid holding that to deny such a person access to a lawyer would be a breach of his rights under articles 6(1) and 6(3)(c) of the Convention.*

(...)

*If Strasbourg has not yet spoken clearly enough on this issue, the wiser course must surely be to wait until it has done so.”*

Lord Hope (gevolgd door drie andere rechters) stelt zich hier op het standpunt dat wanneer Straatsburg niet zich over een onderwerp heeft uitgelaten het niet aan de Britse rechter is om ruimere bescherming te bieden. Verderop in de uitspraak expliciteert hij dit nog nader:

*“(...)Lord Bingham’s point, with which I respectfully agree, was that Parliament never intended to give the courts of this country the power to give a more generous scope to those rights than that which was to be found in the jurisprudence of the Strasbourg court. To do so would have the effect of*

---

<sup>512</sup> Masterman 2005, in het bijzonder p. 910-913, Masterman 2007, p. 58. Zie ook Bjorge 2011.

*changing them from Convention rights, based on the treaty obligation, into free-standing rights of the court's own creation.*

*20. That is why, the court's task in this case, as I see it, is to identify as best it can where the jurisprudence of the Strasbourg court clearly shows that it stands on this issue. It is not for this court to expand the scope of the Convention right further than the jurisprudence of the Strasbourg court justifies.”<sup>513</sup>*

Hier duikt weer het punt op in hoeverre de rechten van de HRA ‘nationale’ rechten zijn of dat het gaat om de rechten van het EVRM inclusief de betekenis die het EHRM aan die rechten geeft.<sup>514</sup> De meerderheid van het Supreme Court kiest voor het laatste. Na deze vaststelling gaat het Supreme Court kijken naar de Straatsburgse jurisprudentie en komt het tot de conclusie dat daaruit (nog) niet duidelijk blijkt of het recht op aanwezigheid van een advocaat ook geldt voor verhoren die afgenomen worden buiten het politiebureau. Gezien deze omstandigheid komt het Supreme Court tot de conclusie dat het recht op bijstand van een advocaat voorafgaand aan het verhoor niet verleend had hoeven worden in deze zaak. Interessant is nog dat daarmee niet gezegd is dat de betreffende verklaringen dan zondermeer van het bewijs hoeven te worden uitgesloten. Daar moet na verwijzing door de feitenrechter over worden beslist.<sup>515</sup> De meerderheidsbeslissing in deze zaak is een bevestiging van de bestaande lijn die het Supreme Court heeft gekozen, namelijk dat in principe de uitspraken van Straatsburg worden gevolgd. De Horncastle-uitspraak moet worden gezien als een uitzondering waarin de Britse rechter zich harder heeft opgesteld ten opzichte van het EHRM aangezien het in deze zaak ging om een fundamenteel onderdeel van het Britse strafprocesrecht.

Opmerkelijk aan de Ambrose-uitspraak is verder nog dat er een afwijkende mening binnen de uitspraak is van Lord Kerr die meent dat er wel ruimte aanwezig is voor de Britse rechter om op basis van de HRA ruimere bescherming te bieden:

*“128. I greatly doubt that Lord Bingham contemplated – much less intended – that his discussion of this issue should have the effect of acting as an inhibitor on courts of this country giving full effect to Convention rights unless they have been pronounced upon by Strasbourg. I believe that, in the absence of a declaration by the European Court of Human Rights as to the*

---

<sup>513</sup> Ambrose v Harris (Procurator Fiscal, Oban) (Scotland) [2011] UKSC 43, r.o. 19-20.

<sup>514</sup> Zie ook Rainsbury 2008.

<sup>515</sup> Zie onder andere Ambrose v Harris (Procurator Fiscal, Oban) (Scotland) [2011] UKSC 43, r.o. 70.

*validity of a claim to a Convention right, it is not open to courts of this country to adopt an attitude of agnosticism and refrain from recognising such a right simply because Strasbourg has not spoken. There are three reasons for this, the first practical, the second a matter of principle and the third the requirement of statute.*

*129. It is to be expected, indeed it is to be hoped, that not all debates about the extent of Convention rights will be resolved by Strasbourg. As a matter of practical reality, it is inevitable that many claims to Convention rights will have to be determined by courts at every level in the United Kingdom without the benefit of unequivocal jurisprudence from ECtHR. Moreover, as a matter of elementary principle, it is the court's duty to address those issues when they arise, whether or not authoritative guidance from Strasbourg is available. The great advantage of the Human Rights Act is that it gives citizens of this country direct access to the rights which the Convention enshrines through their enforcement by the courts of this country. It is therefore the duty of this and every court not only to ascertain "where the jurisprudence of the Strasbourg court clearly shows that it currently stands" but to resolve the question of whether a claim to a Convention right is viable or not, even where the jurisprudence of the Strasbourg court does not disclose a clear current view. Finally, section 6 of the Human Rights Act leaves no alternative to courts when called upon to adjudicate on claims made by litigants to a Convention right. This section makes it unlawful for a public authority, including a court, to act in a way which is incompatible with a Convention right. That statutory obligation, to be effective, must carry with it the requirement that the court determine if the Convention right has the effect claimed for, whether or not Strasbourg has pronounced upon it.*

*130. In this context, it would be particularly unsatisfactory, I believe, if, because of an Ullah-type reticence, we should feel constrained not to reach a decision on the arguments advanced by the respondents to these references just because those very arguments are likely to be ventilated on behalf of the applicant in ECtHR in *Abdurahman v United Kingdom* application no 40351/09 and we cannot say how Strasbourg will react to them. If the much vaunted dialogue between national courts and Strasbourg is to mean anything, we should surely not feel inhibited from saying what we believe Strasbourg ought to find in relation to those arguments. Better that than shelter behind the fact that Strasbourg has so far not spoken and use it as a pretext for refusing to give effect to a right that is otherwise undeniable. I consider that not only is it open to this court to address and deal with those arguments on their merits, it is our duty to do so."*

In deze opinie komen verschillende argumenten terug. De meest interessante in het kader van dit onderzoek is de vermelding van de dialoog tussen Straatsburg en de nationale rechter. In hoofdstuk III werd al opgemerkt dat Straatsburg openstaat voor signalen van nationale lidstaten omtrent de interpretatie van bepalingen. Eerder in dit hoofdstuk bleek dat het faciliteren van een dergelijke dialoog een belangrijke reden was voor de invoering van de HRA. Door het gebruiken van de HRA zouden Britse rechters dan signalen aan Straatsburg kunnen afgeven. Lord Kerr merkt terecht op dat dit niet gebeurt als enkel de Straatsburgse lijn uit de jurisprudentie wordt gevolgd, en afgewacht moet worden tot Straatsburg over een bepaalde kwestie een oordeel heeft gegeven. Gezien het feit dat er hier sprake is van een enkel minderheidsstandpunt moet worden afgewacht in hoeverre de Ullah-doctrine verder onder druk zal komen te staan, of een belangrijk onderdeel blijft van de jurisprudentie van de Britse hoogste rechter. De voor het Supreme Court positieve Grand Chamber uitspraak in de zaak *Al Khawaja & Tahery* zou ertoe kunnen leiden dat het Supreme Court vaker een kritische houding ten opzichte van het EHRM aan zal nemen om zodoende een aanpassing van de jurisprudentie van het EHRM af te dwingen of het EHRM daartoe trachten te bewegen.

#### 5.5.4 *Verdragsconforme interpretatie (artikel 3 HRA)*

*“Interpretation of legislation.*

*(1) So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights. (...)*”

De bevoegdheid tot verdragsconforme interpretatie werd bij het opstellen van de HRA gezien als de meest belangrijke bepaling van de nieuwe wet. De rechter krijgt door middel van deze bepaling de taak om strijdigheid tussen nationale wetgeving en het EVRM te voorkomen of op te lossen.<sup>516</sup> De bevoegdheid uit artikel 3 HRA biedt de rechter namelijk de ruimte om door middel van conforme interpretatie een bepaling binnen de grenzen van het EVRM te krijgen. De regering verwachtte bij de introductie van de wet dat de rechter in het merendeel van de gevallen door middel van conforme interpretatie strijdigheid met het EVRM zou kunnen oplossen en voorkomen.<sup>517</sup> Alleen als blijkt dat dit echt niet mogelijk is, komt de hierna te bespreken bevoegdheid van artikel 4 HRA in beeld.

---

<sup>516</sup> Lester & Beattie 2007, p. 69.

<sup>517</sup> Cranston 1999, p. 200.

De (nieuwe) bevoegdheid van artikel 3 HRA om wetgeving conform te interpreteren 'so far as it is possible to do so' gaat aanzienlijk verder dan de regel die tot de invoering van de HRA werd gehanteerd in de rechtspraak, namelijk dat het EVRM als inspiratiebron voor de interpretatie kan worden gebruikt als een regel vaag is.<sup>518</sup> Door de nieuwe bevoegdheid van artikel 3 HRA wordt het EVRM een belangrijke rol toegedicht bij de interpretatie van wetgeving. De rechter moet een rechtsregel namelijk ook conform interpreteren als de rechtsregel duidelijk is en op een bepaalde uitkomst wijst, maar het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM een andere uitkomst vereisen. Door middel van deze bepaling van de HRA werd voor het eerst het EVRM aangemerkt als een set van normen met een hogere status waaraan het Britse recht zoveel mogelijk moet worden aangepast.

Een belangrijke vraag bij artikel 3 HRA is hoe ver de interpretatieruimte van de rechter gaat. De tekst van de bepaling lijkt een vrij ruime bevoegdheid te geven, Arden wijst erop dat de rechter een maximale manoeuvreerruimte heeft bij zijn interpretatie. Zij geeft echter ook meteen aan dat er wel grenzen zijn aan de interpretatievrijheid. Dat blijkt vooral uit het feit dat de wetgever heeft ingezien dat er gevallen zouden zijn waarbij conforme interpretatie niet zou helpen. Daarvoor is artikel 4 HRA in het leven geroepen.<sup>519</sup> De ruimte die rechters kunnen nemen, komt tot uiting als het gaat om de vraag hoe ver rechters moeten gaan om een bepaling EVRM conform te maken, en op welk moment gekozen moet worden voor de bevoegdheid van artikel 4 HRA.

Hier komt de verhouding met het parlement aan de orde; laat de rechter het aan de wetgever om de strijdigheid op te lossen of interpreteert de rechter een bepaling zo ruim dat de strijdigheid wordt opgelost? Het abtineren ten gunste van de wetgever wordt aangeduid met de term 'deference'. De vraag naar de mate van deference die de rechter ten opzichte van de wetgever moet bieden, wordt verschillend beantwoord. Sedley vindt het niet problematisch dat de rechter weinig declarations of incompatibility uitvaardigt en zelf strijdigheid oplost door middel van (ruime) verdragsconforme interpretatie van de nationale wet. Dit past volgens hem binnen het stelsel van de HRA.<sup>520</sup> Door anderen wordt er echter op gewezen dat door een ruime interpretatie de dialoog tussen rechter en wetgever niet tot stand komt omdat het middel van de declaration of incompatibility niet wordt toegepast.<sup>521</sup>

---

<sup>518</sup> Rights brought home, paragraaf 2.7.

<sup>519</sup> Arden 2004, p. 169.

<sup>520</sup> Sedley 2005, p. 10-11.

<sup>521</sup> Nicol 2006, p. 729.

In paragraaf 5.6 wordt aan de hand van de jurisprudentie gekeken hoe de Britse rechter de balans tussen de artikelen 3 en 4 HRA probeert te zoeken.

### 5.5.5 Declaration of Incompatibility (artikel 4 HRA)

*“(1) Subsection (2) applies in any proceedings in which a court determines whether a provision of primary legislation is compatible with a Convention right.*

*(2) If the court is satisfied that the provision is incompatible with a Convention right, it may make a declaration of that incompatibility.*

*(3) Subsection (4) applies in any proceedings in which a court determines whether a provision of subordinate legislation, made in the exercise of a power conferred by primary legislation, is compatible with a Convention right.*

*(4) If the court is satisfied—*

*(a) that the provision is incompatible with a Convention right, and*

*(b) that (disregarding any possibility of revocation) the primary legislation concerned prevents removal of the incompatibility, it may make a declaration of that incompatibility.”*

*(...)*

*6) A declaration under this section (“a declaration of incompatibility”)*

*(a) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given; and*

*(b) is not binding on the parties to the proceedings in which it is made.*

De wetgever heeft bij het opstellen van de HRA gekeken naar de verschillende bevoegdheden voor rechters die er in andere landen bestaan als er sprake is van strijd tussen fundamentele rechten en wetgeving. Onder andere de systemen van Canada en Nieuw Zeeland werden beoordeeld.<sup>522</sup> Uiteindelijk kwam men tot de conclusie dat de sovereignty of parliament behouden moest blijven.<sup>523</sup> Om dit doel te bereiken koos de regering ervoor om de rechter niet de bevoegdheid te geven om wetten onverbindend te verklaren of te vernietigen. In plaats daarvan werd gekozen voor het middel van de ‘declaration of incompatibility’. Indien de rechter strijdigheid tussen een wet en het EVRM niet door middel van conforme interpretatie van de

---

<sup>522</sup> Rights brought home, paragraaf 2.11.

<sup>523</sup> Rights brought home, paragraaf 2.12.

Britse wet kan oplossen, zal hij een dergelijke declaration uitvaardigen. Deze verklaring heeft geen effect voor de partijen in het concrete geding en is ook niet van invloed op de geldigheid van de wet, deze blijft derhalve ‘gewoon’ geldend recht.<sup>524</sup> De declaration is enkel een signaal aan de wetgever dat de betreffende wet niet conform het EVRM is. De regering stelde in het white paper bij de HRA dat hoewel dit formeel geen effect zal hebben op de rechtskracht van de betreffende wet, een dergelijke verklaring in de praktijk wel zal leiden tot een wetswijziging.<sup>525</sup> Hoffmann voorspelde na de aanvaarding van de HRA in 1999 ook al dat indien een declaration wordt afgegeven, de druk op de wetgever zo groot zou worden om de wet aan te passen, dat daar moeilijk weerstand aan kan worden geboden.<sup>526</sup> Een declaration moet namelijk gezien worden als een signaal aan de wetgever dat wanneer hij niet handelt, er een grote kans is dat er een schending van het EVRM door het Verenigd Koninkrijk wordt geconstateerd indien een klacht bij het EHRM wordt ingediend. Wanneer de nationale rechter namelijk een mogelijke schending heeft geconstateerd, zal het EHRM niet snel tot een ander oordeel komen.

De oorspronkelijke verwachtingen met betrekking tot de declaration of incompatibility waren laag, vooral vanwege het feit dat de rechter enkel een signaal aan de wetgever kon afgeven, en niet zelf een wetswijziging kon afdwingen. Inmiddels is gebleken dat een declaration of incompatibility wel degelijk een belangrijk en zwaarwegend effect heeft. Hoewel een declaration in theorie minder kracht heeft dan een wet vernietigen of onverbindend verklaren wegens strijd met de grondwet zoals Amerikaanse en Duitse hoven kunnen doen, laat de praktijk zien dat de Britse wetgever tot nu toe na (bijna) iedere declaration of incompatibility is overgegaan tot wetswijziging.<sup>527</sup> Het effect van een declaration kan daarom bijna gelijkwaardig kunnen worden genoemd met volledige constitutionele toetsing.

---

<sup>524</sup> Lid 6 van art. 4 HRA. Zie ook Cranston 1999, p. 201 & Amos 2009, p. 892.

<sup>525</sup> Rights brought home, paragraaf 2.10, zie ook Blackburn 2001, p. 963.

<sup>526</sup> Hoffmann 1999, p. 159-160.

<sup>527</sup> Per 31 juli 2012 waren er door de Britse rechter 27 declarations uitvaardigd. Daarvan zijn er 8 vernietigd in hoger beroep. Van de overige 19 zijn er 18 opgevolgd. Eén declaration was op dat moment nog in behandeling om te bezien hoe en of de onverenigbaarheid diende te worden opgelost. Zie Ministry of Justice 2012, p. 40 e.v.

## 5.5.6 Vernietiging strijdige besluiten public authority (artikel 6 HRA)

*“Acts of public authorities*

*(1) It is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right. (...)”*

Tot aan de invoering van de HRA was er enkel een internationaalrechtelijke verplichting voor het Verenigd Koninkrijk om aan het EVRM te voldoen. De afzonderlijke overheidsorganen konden niet binnen het Verenigd Koninkrijk in rechte worden aangesproken over eventuele schendingen van het EVRM door hen begaan. Dit veranderde met de invoering van de HRA. Een belangrijk onderdeel van de HRA is het feit dat de wet een verplichting bevat voor ‘public authorities’ om EVRM conform te handelen. Indien dit niet gebeurt, kan hierover worden geklaagd bij de Britse rechter.<sup>528</sup> De regering heeft gekozen voor een brede definitie van het begrip ‘public authority’, het parlement wordt echter uitdrukkelijk uitgesloten.<sup>529</sup> Dit is logisch gezien het concept van de sovereignty of parliament. De rechter immers mag niet oordelen over de handelingen van het parlement. Het feit dat parlementaire wetgeving nog steeds als onaantastbaar wordt beschouwd, blijkt ook uit het feit dat publieke organen niet op hun handelen kunnen worden aangesproken als dit handelen noodzakelijk was op grond van wetgeving afkomstig van het parlement.<sup>530</sup>

## 5.5.7 Meldingsplicht voor ministers (artikel 19 HRA)

*“Statements of compatibility*

*(1) A Minister of the Crown in charge of a Bill in either House of Parliament must, before Second Reading of the Bill—*

*(a) make a statement to the effect that in his view the provisions of the Bill are compatible with the Convention rights (“a statement of compatibility”); or*

*(b) make a statement to the effect that although he is unable to make a statement of compatibility the government nevertheless wishes the House to proceed with the Bill.*

*(2) The statement must be in writing and be published in such manner as the Minister making it considers appropriate.”*

---

<sup>528</sup> Blackburn 2001, p. 966.

<sup>529</sup> Rights brought home, paragraaf 2.2.

<sup>530</sup> Zie art. 6 lid 2 sub a HRA.



Naast het mogelijk maken van het inroepen van EVRM-rechten in rechterlijke procedures op nationaal niveau, had de HRA ook tot doel de inachtneming van het EVRM te garanderen bij de totstandkoming van nieuwe wetgeving.<sup>531</sup> Om die reden bevat de wet ook bepalingen betreffende het wetgevingsproces. De belangrijkste bepaling in dit kader is artikel 19 HRA dat de verplichting voor ministers bevat om bij het indienen van een wetsvoorstel een verklaring af te leggen over de mate van conformiteit van het wetsvoorstel met het EVRM.

Deze bepaling is vooral bedoeld om de gevolgen van wetgeving voor de rechten die het EVRM waarborgt, zo transparant mogelijk te maken en het debat in het parlement te stimuleren.<sup>532</sup> Verder maakt het de ministers en ambtenaren bij het opstellen van de wet meer bewust van het feit dat de wet EVRM-conform moet zijn.<sup>533</sup> Zodoende moeten eventuele gebreken in het wetsvoorstel al in een vroeg stadium duidelijk worden. Er wordt wel betoogd dat deze bepaling een dermate groot effect heeft gehad op de formulering van wetgeving, dat het als één van de meest belangrijke bepalingen van de HRA kan worden aangemerkt.<sup>534</sup>

Daarnaast stelde de Labour regering, in het white paper bij de HRA, in het kader van effectievere beoordeling van EVRM conformiteit van wetgeving aan het parlement voor om een parlementaire commissie voor fundamentele rechten in te stellen. Deze commissie zou de regering kunnen adviseren en controleren als het gaat om EVRM-vraagstukken.<sup>535</sup> Aangezien de regering niet over de bevoegdheden van het parlement gaat, was het instellen van een dergelijke commissie slechts een suggestie. Echter, een suggestie die werd opgevolgd en die leidde tot de creatie van de 'Joint Commission on Human Rights' (verder: JCHR). Deze commissie bevat zowel leden van het Lager- als van het Hogerhuis van het parlement.

## ***5.6 Wetgeving en rechtspraak na invoering van de HRA***

### *5.6.1 Inleiding*

In het white paper 'Rights brought home' stelde de regering dat het bij de incorporatie van het EVRM ging om rechten waarmee het Britse volk

---

<sup>531</sup> Rights brought home, paragraaf 3.1.

<sup>532</sup> Rights brought home, paragraaf 3.3.

<sup>533</sup> Rights brought home, paragraaf 3.4.

<sup>534</sup> R. de Lange 2008, p. 36.

<sup>535</sup> Rights brought home, paragraaf 3.6 & 3.7.

‘comfortable’ en bekend was.<sup>536</sup> In hoeverre dat destijds werkelijk zo was, wordt hier buiten beschouwing gelaten. Inmiddels is het echter zo dat de HRA sterk onder druk staat, en niet alleen van politici die menen dat rechters en ‘Europa’ te veel macht krijgen. Ook onder het publiek leeft een grote antipathie tegen de wet die gezien wordt als enkel positief voor misdadigers en terroristen. De reden voor deze afkeer, en misverstanden, omtrent de HRA wordt gezocht in de te beperkte voorlichting over de wet tijdens het invoeringsproces,<sup>537</sup> maar ook in de angst voor terrorisme na 11 september 2001.<sup>538</sup> De grote maatschappelijke weerstand tegen de wet heeft er mede toe geleid dat politici opgeroepen hebben tot het schrappen van de HRA, om deze eventueel te vervangen door een ‘Bill of Rights’. Vooral de Conservatieve partij onder leiding van David Cameron maakte hier een groot punt van in de verkiezingen van 2010.<sup>539</sup> Deze verkiezingen leverden de Conservatieven echter geen absolute meerderheid op in het parlement en derhalve moest Cameron een coalitie vormen met de Liberaal-Democraten. Deze laatste partij is juist altijd een groot voorstander van de HRA geweest. Het gevolg was dat de wet is blijven bestaan en dat er een commissie is ingesteld om de mogelijkheden voor een Bill of Rights te onderzoeken.

In deze paragraaf zullen de gevolgen van de inwerkingtreding van de HRA en de discussie over de toepassing van deze wet worden geanalyseerd. Allereerst zal gekeken worden naar wat de wet heeft betekent voor het wetgevingsproces respectievelijk voor de rechtspraak. Bij de bespreking omtrent de gevolgen voor de rechtspraak zullen de relatie tussen de wetgever en de rechterlijke macht en de relatie tussen het Verenigd Koninkrijk en het EHRM afzonderlijk aan de orde komen. Nadat de discussie over de toepassing van de HRA in beeld is gebracht zal in de paragraaf erna de discussie over de mogelijke invoering van een Bill of Rights in het Verenigd Koninkrijk worden besproken.

### *5.6.2 Gevolgen voor het wetgevingsproces*

De HRA was voornamelijk bedoeld om fundamentele rechten in te kunnen zetten in juridische procedures en de rechter de mogelijkheid te geven om deze rechten op nationaal niveau toe te passen. De wet moest er echter ook op toezien dat in het wetgevingsproces al vragen over fundamentele rechten aan

---

<sup>536</sup> Rights brought home, paragraaf 1.3.

<sup>537</sup> JUSTICE 2007, p. 14 & 107 en Amos 2009, p. 886-888.

<sup>538</sup> Fenwick, Philipson, Masterman, 2007, p. 3-5 & Amos 2009, p. 883-884.

<sup>539</sup> De Conservatieven benadrukten dit punt in hun verkiezingsmanifest ‘Invitation to join the Government of Britain’, zie p. 79.

de orde kwamen. Vooral in de fase van het opstellen van wetgeving zou daarvoor meer aandacht nodig zijn. Zodoende moesten eventuele schendingen van het EVRM reeds in een zeer vroeg stadium worden voorkomen. In hoofdstuk III werd al aangegeven dat de Raad van Europa het belang van aandacht voor fundamentele rechten in het wetgevingsproces sterk heeft benadrukt.<sup>540</sup> Er zijn signalen dat de HRA daadwerkelijk ertoe heeft bijgedragen dat in de fase van opstellen van wetgeving en tijdens de parlementaire behandeling meer aandacht wordt besteed aan de conformiteit van die wetgeving met fundamentele rechten.<sup>541</sup> Feldman constateert deze houding bij ministeries, maar signaleert ook een grote interesse in fundamentele rechten binnen het parlement.<sup>542</sup>

De zojuist besproken JCHR onderzoekt alle nieuwe wetsvoorstellen van de regering op de conformiteit met het EVRM. Het uiteindelijke oordeel van de commissie is niet bindend. Echter lijkt het erop dat de wetgever nogal eens geneigd is om wetsvoorstellen aan te passen na kritiek van de commissie. Tevens worden de rapporten door rechters gebruikt wanneer zij moeten oordelen over wetten in concrete gevallen.<sup>543</sup>

Hoewel meer aandacht voor fundamentele rechten in het wetgevingsproces een positieve bijdrage levert aan de kwaliteit van wetgeving, is het noodzakelijk om daarnaast de rechter een rol te geven bij de toepassing van wetgeving in concrete gevallen. In de eerste plaats omdat wetgeving in individuele gevallen gevolgen kan hebben die niet door de wetgever zijn voorzien. Ten tweede door middel van interpretatie door de rechter wetgeving meegaan met de ontwikkeling in de interpretatie door het EHRM van bepaalde EVRM-rechten. Dat kan dus betekenen dat de uitleg van EVRM-rechten anders is op het moment dat de rechter de zaak voor zich krijgt, dan het geval was op het moment waarop de wetgeving is aangenomen.<sup>544</sup> Daarom bevat de HRA ook bepalingen die de rechter de mogelijkheid bieden om wetgeving conform aan het EVRM te interpreteren of de noodzaak tot wetswijziging te signaleren aan de wetgever.

### 5.6.3 *Gevolgen voor rechtspraak*

De voornaamste vraag als het gaat om de gevolgen van de HRA voor de rechtspraak is welke rol de HRA speelt bij de verhouding tussen de Britse

---

<sup>540</sup> Zie paragraaf 3.3.1.

<sup>541</sup> R. de Lange 2008, p. 29.

<sup>542</sup> Feldman 2004, p. 91-93.

<sup>543</sup> Ter Kuile 2006, p. 1891.

<sup>544</sup> Arden 2008, p. 178.

rechter en het EHRM enerzijds en de verhouding tussen de Britse rechter en het Britse parlement anderzijds. De eerste relatie wordt vooral geregeld via artikel 2 HRA, voor de relatie tussen de Britse rechter en het Britse parlement zijn vooral de artikelen 3 en 4 HRA van belang.

### 5.6.3.1 Effect van de HRA op de relatie met Straatsburg?

Het voornaamste doel van de HRA is, zoals hiervoor reeds is aangegeven, om de rechten van het EVRM beschikbaar te maken voor de Britse burger in een procedure voor de Britse rechter. Daarnaast beoogt de wet ook de relatie tussen de Britse rechter en het EHRM te regelen, vooral de vraag hoe de Britse rechter om moet gaan met uitspraken van het EHRM. Artikel 2 HRA bevat de aanwijzing aan de Britse rechter om beslissingen van het EHRM ‘into account’ te nemen. In de literatuur en jurisprudentie is een uitgebreide discussie ontstaan over wat de bewoordingen van dit artikel precies inhouden. De enkele bewoordingen van het artikel duiden er al op dat de Labour regering niet de bedoeling had om de Britse rechter volledig te binden aan de uitspraken van het EHRM.<sup>545</sup> Een belangrijke overweging daarbij was dat de regering hoopte dat de Britse rechter een leidinggevende rol zouden innemen bij de ontwikkeling van fundamentele rechten binnen Europa. Daarbij komt nog het feit dat het EVRM een minimumniveau van bescherming biedt en dat op nationaal niveau een hogere graad van bescherming kan, en mag, worden geboden.<sup>546</sup>

Hoewel de wetgever dus klaarblijkelijk de ruimte aan de rechter wilde laten om verder te gaan dan Straatsburg lijkt het er op basis van de hiervoor gemaakt analyse op dat de rechters vrij behoedzaam te werk zijn gegaan en vooral geneigd zijn lijnen die zijn uitgezet in de jurisprudentie van het Hof in Straatsburg te volgen.<sup>547</sup> In paragraaf 5.5.3 werd deze opstelling aangemerkt als het mirror-principle. Deze opstelling van de hoogste Britse rechter wordt bekritiseerd, omdat dit zou betekenen dat het EVRM (onbedoeld) een plafond van rechtsbescherming zou aanbrengen.<sup>548</sup> Het EVRM zelf gaat uit van een minimumniveau van bescherming, maar door dit minimumniveau van het EHRM aan te houden kan de Britse rechter op nationaal niveau niet meer aanvullende bescherming bieden. Tevens heeft de Britse rechter door deze beperking niet de bijdrage aan Europese jurisprudentie kunnen leveren die door de Britse wetgever beoogd werd bij de invoering van de HRA. Het niveau van rechtsbescherming in Straatsburg zal namelijk ook niet hoger

---

<sup>545</sup> Masterman 2007, p. 62.

<sup>546</sup> Masterman 2007, p. 66.

<sup>547</sup> Masterman 2007, p. 67-68.

<sup>548</sup> Lewis 2007.

worden als lidstaten enkel de lijn van het EHRM volgen, terwijl aanvullende bescherming en een ontwikkeling van het beschermingsniveau gewenst is.<sup>549</sup> De redenering van het House of Lords was, dat alleen het EHRM de reikwijdte van rechten uit het EVRM mag bepalen. Het Supreme Court houdt deze lijn nog steeds aan. Uiteraard staat het lidstaten vrij om een verdergaande bescherming op nationaal niveau te bieden, maar die kan volgens de Britse rechter in de Britse verhoudingen enkel door het parlement worden geboden.

Deze visie van de hoogste Britse rechters is, zoals eerder opgemerkt in Hoofdstuk II en IV, ook terug te zien bij de Hoge Raad die ook lijkt te weigeren op basis van de artikelen 93 en 94 Grondwet een ruimere interpretatie aan EVRM-rechten te geven dan het Straatsburgse Hof doet. Ook in Nederland verwijst de Hoge Raad in dergelijke gevallen naar de wetgever.

In paragraaf 5.5.3 werd aangegeven dat het mirror-principle toegepast wordt als er sprake is van een duidelijke en vaste lijn van Straatsburgse jurisprudentie. Het mirror-principle is niet behulpzaam bij de vraag wat de rechter moet doen in een situatie waarin het EHRM geen uitspraak heeft gedaan, de jurisprudentie niet duidelijk is<sup>550</sup> of waar aan het Verenigd Koninkrijk een margin of appreciation wordt gelaten.

Deze laatste situatie deed zich voor in de zaak *Re P*<sup>551</sup> betreffende adoptie door een niet getrouwd paar in Noord-Ierland. De moeder van het kind wilde gezamenlijk met haar (mannelijke) partner het kind adopteren. Noord-Ierse wetgeving stond dit niet toe; enkel getrouwde paren konden destijds een kind adopteren. De vraag voor het House of Lords was in hoeverre de weigering om niet getrouwde paren toe te laten tot de adoptieprocedure in strijd was met artikel 8 en 14 EVRM. De Law Lords komen tot de conclusie dat de Straatsburgse jurisprudentie niet geheel duidelijk is.<sup>552</sup> Lord Hoffmann meent dat het niet onvoorstelbaar is dat de zaak tot een schending zal leiden in Straatsburg, maar dat de kans ook zeer groot is dat er een margin of

---

<sup>549</sup> Rainsbury 2008, p. 41-42. Zie ook de dissent van Lord Kerr in *Ambrose v Harris (Procurator Fiscal, Oban)* (Scotland) [2011] UKSC 43 par.5.2.4.3.

<sup>550</sup> Een voorbeeld hiervan is de zaak *Ambrose v Harris (Procurator Fiscal, Oban)* (Scotland) [2011] UKSC 43. uit paragraaf 5.5.3.

<sup>551</sup> *In re P and others (AP) (Appellants)* (Northern Ireland), [2008] UKHL 38.

<sup>552</sup> Het betrof vooral de zaken *Fretté* en *E.D vs. Frankrijk*. Deze gingen over ietwat verschillende situaties en waren ook tegengesteld aan elkaar qua uitkomst. Zie EHRM 26 februari 2002, nr. 36515/97, *EHRC* 2002/30, m.nt. Janssen en Gerards (*Fretté/Frankrijk*) en EHRM 22 januari 2008, nr. 43546/02, *EHRC* 2008/44, m.nt. Gerards (*E.B./Frankrijk*).

appreciation zal zijn. Om deze reden gaat de Ullah-doctrine volgens hem niet op. Na het aanhalen van het bekende citaat van Lord Bingham uit Ullah stelt Lord Hoffmann:

*“These remarks were not, however, made in the context of a case in which the Strasbourg court has declared a question to be within the national margin of appreciation. That means that the question is one for the national authorities to decide for themselves and it follows that different Member States may well give different answers.”*<sup>553</sup>

Het is derhalve in een dergelijk geval waar het EHRM een margin of appreciation biedt (of kan worden verwacht dat dit zal gebeuren) aan de nationale autoriteiten om een antwoord te geven op de vraag of het verbieden van adoptie door niet getrouwde stellen in strijd is met het EVRM; ‘verder’ gaan dan Straatsburg is dan een optie. Vervolgens komt dan nog de vraag aan de orde aan wie de bevoegdheid om verder te gaan dan toekomt. Baroness Hale stelt dat uit de wetgeschiedenis valt af te leiden dat de rechter deze bevoegdheid toekomt:

*“But that does not answer the question of whether that judgment should be made by the courts or by the legislature. Strasbourg is no help with this: it is concerned only with the end product, not who made it. So what did Parliament mean when it required the courts to act compatibly with the Convention rights? Did it mean us only to go as far as Strasbourg would go? Or did it mean us, in at least some cases, to be able to go further? It seems clear that Parliament recognised the problem and intended the latter. The Government’s white paper, Rights brought home: the Human Rights Bill, 1997, Cm 3782, said this at para 2.5:*

*“The convention is often described as a ‘living instrument’ because it is interpreted by the European Court in the light of present day conditions and therefore reflects changing social attitudes and the changes in the circumstances of society. In future our judges will be able to contribute to this dynamic and evolving interpretation of the Convention.”*

*For what it is worth, there were also clear statements by the Home Secretary in the House of Commons (Hansard (HC Debates), 16 February 1998, Vol 306, col 768) and by the Lord Chancellor in the House of Lords (Hansard (HL Debates), 18 November 1997, Vol 583, cols 514-515) that the courts*

---

<sup>553</sup> In re P and others (AP) (Appellants) (Northern Ireland), [2008] UKHL 38, r.o. 31.

*must be free to develop human rights jurisprudence and to move out in new directions.*<sup>554</sup>

Baroness Hale stelt dus dat voor een nationale invulling van de rechten van het HRA moet worden gebruikgemaakt van duidelijke richtlijnen uit Straatsburg. Alleen indien er sprake is van een margin of appreciation zal de rechter een eigen afweging moeten maken hoe de invulling van het recht op nationaal niveau moet zijn. Daarbij zal de rechter dan wel rekening moeten houden met de democratische verhoudingen met de wetgever.<sup>555</sup>

Het algehele verbod op adoptie door niet getrouwde paren wordt vervolgens door het House of Lords in strijd met de HRA verklaard. Daarmee is ook een uitzondering op de Ullah-doctrine geaccepteerd.<sup>556</sup> De opstelling van het Supreme Court in de eerder besproken zaak Horncastle kan ook worden gezien als een teken dat het Ullah-principe niet langer als een keiharde regel wordt gehanteerd. Hoewel in die uitspraak wordt aangegeven dat slechts in uitzonderlijke gevallen een andere lijn van Straatsburg zal worden gekozen. De uitspraken in Cadder en Ambrose zijn namelijk weer voorbeelden van uitspraken die de Ullah-doctrine bevestigen.

Als het gaat om de vraag in hoeverre de Britse rechter volgbaar is ten opzichte van het EHRM is de conclusie dat de Ullah-doctrine nog steeds leidend is. Echter, deze doctrine is niet absoluut en er is enige ruimte voor de rechter om een in bepaalde gevallen ervan af te wijken. Bijvoorbeeld in het geval dat er sprake is van een margin of appreciation, of in een geval waarbij er sprake is van een dermate fundamenteel beginsel van het Britse rechtsstelsel dat het EHRM niet kan worden gevolgd.

Er wordt wel betoogd dat de Britse rechter geen optimale bijdrage aan de ontwikkeling van het niveau van fundamentele rechten levert doordat hij een te afwachtende opstelling inneemt en niet bereid is om op onderdelen verder te gaan dan het EHRM. Dit wordt als negatief ervaren omdat de rechter niet de optimale mogelijkheden voor de bescherming van fundamentele rechten zou benutten. Er is echter een tegengeluid te horen in het Verenigd Koninkrijk, namelijk dat de Britse autoriteiten (dan gaat het vooral om de uitvoerende en wetgevende macht) juist teveel beperkt worden door de HRA en op de achtergrond het EVRM. Tegenstanders van een ruime interpretatie van het HRA door de rechter stellen namelijk dat door middel van het mirror-principle de Britse rechter te zeer gebonden wordt aan de Straatsburgse

---

<sup>554</sup> In re P and others (AP) (Appellants) (Northern Ireland), [2008] UKHL 38, r.o. 119.

<sup>555</sup> Hale 2008, p. 8-9 & Hale 2012, p. 76.

<sup>556</sup> Lewis 2009.

jurisprudentie. De bewoordingen ‘take into account’ worden in feite uitgelegd als ‘follow’. Er bestaat een groot wantrouwen tegen ‘Europa’ (zowel tegen de EU als tegen de Raad van Europa, hoewel het onderscheid wellicht niet voor iedereen duidelijk is). In ieder geval één ex-Law Lord is deze mening toegedaan.<sup>557</sup> Er wordt betoogd dat door de HRA de balans teveel naar één kant is doorgeslagen, namelijk richting Europa.<sup>558</sup> De vraag is of deze weerstand enkel voortkomt uit nationalistische motieven. Pinto-Duschinsky meent dat het probleem vooral schuilt in het feit dat de afstand tot en gebrek aan verantwoording door het EHRM de voornaamste problemen zijn. Volgens hem is het Verenigd Koninkrijk niet afhankelijk van een dergelijke instantie vanwege de rijke democratische traditie die het land heeft.<sup>559</sup>

De voorgaande kritiek gaat dus niet zozeer over de HRA, maar over de rol en invloed van het EVRM. Deze discussie over de rol van het EVRM in verhouding tot de nationale autoriteiten kan worden geschetst aan de hand van de controverse waarin het Verenigd Koninkrijk is verwickeld met het EHRM over de vraag in hoeverre aan gevangenen het kiesrecht kan worden ontzegd. In het Verenigd Koninkrijk hebben gevangenen niet het recht om te stemmen, noch om gekozen te worden. Dit recht vervalt automatisch op het moment dat een persoon in de gevangenis wordt opgesloten. Een dergelijke ‘blanket ban’ is door het EHRM in strijd met artikel 3 van het Eerste Protocol bevonden, en wel in de uitspraken *Hirst en MT and Greens versus the United Kingdom*.<sup>560</sup> Het probleem lijkt vooral te zitten in het feit dat de Britse wetgever nooit een proportionaliteitstoets heeft gedaan, maar enkel een algemeen verbod heeft uitgevaardigd. Deze serie van uitspraken heeft tot veel protest binnen de Britse politiek tegen het EHRM geleid.<sup>561</sup>

De kritiek op de toepassing van het EVRM binnen de Britse rechtsorde is echter niet alleen gericht aan het EHRM zelf, ook wordt betoogd dat Britse rechters het EVRM te ruim toepassen binnen de Britse rechtsorde. Dit bleek in 2010 toen het Britse Supreme Court oordeelde dat het Britse systeem van registratie van ‘sex offenders’ in strijd was met het EVRM.<sup>562</sup> Ook hier ging het in feite om een proportionaliteitstoets die niet aanwezig was in de Britse wetgeving. Voor veroordeelden van een seksueel misdrijf die een straf hebben

---

<sup>557</sup> Mak 2011, p. 432.

<sup>558</sup> Pinto-Duschinsky 2011, p. 16-17.

<sup>559</sup> Pinto-Duschinsky 2011, p. 18 & p. 43-46.

<sup>560</sup> EHRM 6 oktober 2005, nr. 74025/01, *EHRC* 2005, 115 (*Hirst/Verenigd Koninkrijk*), EHRM 23 november 2011, nr. 60041/08; 60054/08 (*Greens en M.T./Verenigd Koninkrijk*).

<sup>561</sup> O’Cinneide 2012, p. 23, 29-30.

<sup>562</sup> *R (on the application of F (by his litigation friend F)) and Thompson (FC)(Respondents) v Secretary of State for the Home Department* [2010] UKSC 17.



gekregen van 30 maanden of meer bestond de verplichting om na vrijlating de rest van hun leven aan de politie door te geven waar zij verblijven. Dit werd door het Supreme Court in strijd met artikel 8 EVRM geacht. Hoewel het Hof nadrukkelijk stelde dat de wetgever strenge voorwaarden zou mogen vaststellen waaraan voldaan moest zijn om voor review in aanmerking te komen. Lord Phillips stelde het in de uitspraak als volgt (de andere rechters onderschreven zijn redenering):

*“I have referred earlier to a number of situations in which the degree of risk of re-offending has to be assessed in relation to sexual offenders. I think that it is obvious that there must be some circumstances in which an appropriate tribunal could reliably conclude that the risk of an individual carrying out a further sexual offence can be discounted to the extent that continuance of notification requirements is unjustified. As the courts below have observed, it is open to the legislature to impose an appropriately high threshold for review. Registration systems for sexual offenders are not uncommon in other jurisdictions. Those acting for the first respondent have drawn attention to registration requirements for sexual offenders in France, Ireland, the seven Australian States, Canada, South Africa and the United States. Almost all of these have provisions for review. This does not suggest that the review exercise is not practicable.”<sup>563</sup>*

De uitspraak laat vrij veel ruimte aan de wetgever, het systeem van ‘notification’ blijft immers in stand maar moet een mogelijkheid tot proportionaliteitstoetsing bevatten. Toch kreeg ook deze uitspraak veel kritiek, echter was het nu de Britse rechter zelf die onder vuur kwam te liggen en niet het EHRM. De regering heeft desondanks in 2011 maatregelen aangekondigd om aan de uitspraak te voldoen.

Bovenstaande uitspraken zijn voorbeelden waar bestaande Britse procedures en regelingen moesten worden aangepast naar aanleiding van de HRA of het EVRM. De discussie gaat dan vaak over de vraag hoe artikel 2 HRA moet worden toegepast. Het gaat dan om de relatie met het EHRM. Deze relatie komt ook aan de orde buiten de HRA, namelijk als het EHRM uitspraken doet die de Britse autoriteiten niet bevallen. Een belangrijk voorbeeld daarvan zijn de uitspraken over het kiesrecht voor gevangenen. De mate van volgzzaamheid van het EHRM door de Britse rechter en de directe invloed van het EHRM door uitspraken tegen het Verenigd Koninkrijk zijn blijvend

---

<sup>563</sup> Rechtsoverweging 57.

onderwerp van discussie. Ook in de discussie over een Bill of Rights komen deze punten terug.<sup>564</sup>

### **5.6.3.2 Effect van de HRA op de relatie tussen de rechter en de wetgever op nationaal niveau?**

Artikel 3 HRA bevat een interpretatiebevoegdheid voor de rechter indien er naar de mening van de rechter strijdigheid dreigt van een nationale wettelijke bepaling met een EVRM-bepaling. De vraag bij dit artikel is hoe ver de rechter mag gaan bij de interpretatie van bepalingen teneinde deze EVRM-conform te krijgen. De rechter moet een EVRM-conforme interpretatie vinden, maar een al te grote aanpassing van de wettelijke bepaling kan de rechter blootstellen aan het verwijt dat hij aan ‘legislating’ doet.<sup>565</sup> Indien de rechter niet conform het EVRM kan interpreteren zal hij een declaration of incompatibility uitvaardigen en is de wetgever weer aan zet. De discussie gaat dus vooral over de balans tussen artikel 3 en 4 HRA.

De bescherming van fundamentele rechten van burgers kan grofweg op twee manieren geschieden, door middel van rechtspraak (juridische optie) en via bescherming door het parlement (democratische optie). Dit zijn twee uitersten die in de praktijk in een constitutioneel stelsel moeten worden gecombineerd.<sup>566</sup> Echter, vaak is de vraag hoe de balans moet zijn tussen deze beide uitersten. De juridische optie wordt over het algemeen vormgegeven door een catalogus van fundamentele rechten die door de rechter wordt gebruikt om de burger te beschermen tegen de overheid of de wetgever. De democratische optie houdt in dat de overheid zich niet te repressief tegen burgers gedraagt, omdat de burgers bij de eerstvolgende verkiezingen de regering weg kunnen stemmen. Tegenover dit argument wordt wel aangevoerd dat het parlement niet altijd even effectief kan optreden in het Verenigd Koninkrijk tegen een machtige overheid.<sup>567</sup> Een veel gehoord punt van kritiek in het Verenigd Koninkrijk is dat door de HRA de balans steeds verder door dreigt te slaan naar bescherming door rechters en dat dit ten koste gaat van de democratische optie.<sup>568</sup>

De HRA probeert een balans te vinden tussen bescherming door de rechter en bescherming door de wetgever. In de eerste plaats is met artikel 19 HRA

---

<sup>564</sup> Zie paragraaf 5.7.

<sup>565</sup> Masterman 2005, p. 907.

<sup>566</sup> Pinto-Duschinsky 2011, p. 15-16.

<sup>567</sup> Fenwick 2007, p. 117.

<sup>568</sup> Pinto-Duschinsky 2011, p. 16.

beoogd dat al in het wetgevingsproces rekening wordt gehouden met de vraag in hoeverre nieuwe wetgeving voldoet aan de eisen van het EVRM. Echter, zelfs wanneer er sprake is geweest van een zeer zorgvuldig wetgevingsproces kunnen er toch situaties ontstaan waarin blijkt dat de wet in strijd is met fundamentele rechten. Bijvoorbeeld door de werking van de wet in concrete gevallen of een nieuwe interpretatie van het EVRM door het EHRM. Als dit gebeurt, is het vaak aan de rechter om strijdigheid tussen het EVRM en de wetgeving op te lossen. Dan komt de wisselwerking tussen rechter en wetgever aan de orde. De rechter kan in eerste instantie proberen de strijdigheid door middel van conforme interpretatie op te lossen. Wanneer dit resulteert in een oplossing die de wetgever niet aanstaat, kan hij daar vervolgens de wetgeving op aanpassen. Wanneer conforme interpretatie niet mogelijk is, komt het instrument van de declaration of incompatibility in beeld. De rechter geeft via een dergelijke declaration een signaal aan de wetgever af, deze zal vervolgens reageren door de strijdige wet aan te passen of aan te geven waarom de wet toch van kracht moet blijven ondanks de strijdigheid. Zodoende kan zowel bij de toepassing van artikel 3 als van artikel 4 HRA een dialoog ontstaan tussen de beide constitutionele partners.<sup>569</sup>

Het startpunt voor de rechter zal altijd artikel 3 HRA zijn, een declaration of incompatibility komt pas in beeld nadat de rechter heeft geoordeeld dat het niet mogelijk is de betreffende wettelijke bepaling conform het EVRM te interpreteren. De vraag naar de grens van die interpretatiebevoegdheid is uitvoerig in de rechtspraak aan de orde gekomen. De meest controversiële zaak in het strafrecht over de grenzen van artikel 3 HRA is de zaak *R v. A*.<sup>570</sup> In deze zaak ging het om het verbod voor de verdachte om aan een slachtoffer van een verkrachting vragen te stellen ter zitting over haar seksuele verleden (in bepaalde gevallen zou dat wel mogen met toestemming van de rechter). Door de verdachte werd gesteld dat dit een inperking is op artikel 6 EVRM, omdat hij zodoende niet de gewenste verdediging kon voeren. Er was dus sprake van een botsing van belangen. Het House of Lords kwam tot het oordeel dat de bepaling betreffende het verbod van vragen stellen aan het slachtoffer door middel van artikel 3 HRA conform moest worden geïnterpreteerd. En wel zo dat bij de toepassing van die bepaling rekening moet worden gehouden met de rechten van de verdachte onder artikel 6 EVRM. Zodoende was een declaration of incompatibility niet nodig. Deze uitspraak kan worden gezien als een grensgeval, omdat de bewoordingen van de bepaling zeer sterk werden opgerekt en een declaration daardoor meer voor de hand had gelegen.

---

<sup>569</sup> Young 2009, p. 10 & p. 116.

<sup>570</sup> *R v. A* [2001] UKHL 25.

Doordat de HRA zoekt naar een dialoog tussen rechter en wetgever, doet het systeem van de wet geen afbreuk aan het democratische recht van de wetgever om wetgeving vast te stellen. Er wordt een balans bereikt tussen democratie en fundamentele rechten van burgers (in concrete gevallen). De wetgever houdt namelijk het laatste woord.<sup>571</sup> Volgens Young wordt door een dergelijke dialoog rekening gehouden met de diverse sterke en zwakke punten van bescherming door de rechter en door de wetgever.<sup>572</sup>

Een goed voorbeeld van een geslaagde dergelijke dialoog tussen wetgever en rechter is de Davis-uitspraak van het House of Lords van 18 juni 2008.<sup>573</sup> In deze zaak ging het om de vraag in hoeverre het gebruik van anonieme getuigen in het Engelse strafrecht aan de eisen van Straatsburg voldeed. Tot aan deze uitspraak was het gebruik van anonieme getuigen toegestaan. Er was echter geen wettelijke regeling die voorwaarden aan het gebruik van dergelijk getuigenbewijs stelde. De rechter had onder de common law de bevoegdheid om hiervoor regels te stellen. Davis werd vervolgd voor tweevoudige moord. De enige getuigen die Davis hadden zien schieten, vreesden voor hun leven als ze zouden getuigen en wilden anoniem blijven. De rechter in eerste aanleg oordeelde dat er maatregelen moesten worden genomen zodat de identiteit van de getuigen niet bij de verdachte bekend zou worden. Zo mochten ze achter schermen hun verklaring doen zodat alleen de rechter en de jury de getuigen konden zien. De advocaat van Davis mocht ook de getuigen zien, maar koos ervoor van deze mogelijkheid geen gebruik te maken. De diverse getuigenverklaringen waren het voornaamste bewijs tegen de verdachte. De vraag die voor het House of Lords kwam, was in hoeverre iemand mag worden veroordeeld, indien de veroordeling voor een belangrijk deel rust op anonieme verklaringen. De advocaat van Davis verklaarde dat een dergelijke veroordeling in strijd is met de common law en artikel 6 EVRM. Het House of Lords komt na een uitvoerige analyse van het common law recht op confrontatie met een getuige en de jurisprudentie van het EHRM tot de conclusie dat de maatregelen die zijn genomen om de anonimiteit van de getuige te waarborgen, hebben geleid tot een oneerlijk proces. De rechters kwamen tot deze conclusie aangezien de verdachte werd beperkt in zijn mogelijkheden om vragen aan de getuigen te stellen omdat hun identiteit voor hem onbekend werd gehouden en er geen wettelijke basis was voor deze beperking. Lord Rodger stipte in zijn uitspraak nog de vraag aan of de rechter de mogelijkheid zou hebben om de hier toegepaste maatregelen onder de common law te plaatsen. Daarmee haalde hij direct de bevoegdheid van de

---

<sup>571</sup> Young 2009, p. 115.

<sup>572</sup> Young 2009, p. 116

<sup>573</sup> R.v. Iain Davis [2008] UKHL 36.

rechter aan om bepaalde zaken zelf te regelen onder de common law. Zijn conclusie was dat dat in dit geval de grenzen van de rechterlijke taak te buiten zou gaan en dat daarom het parlement moest besluiten in hoeverre het gebruik van anonieme getuigen wettelijk moest worden toegestaan:

*“(...) In these circumstances, while I am very conscious of the problems confronting the authorities which have led them to adopt these measures, in my view it is not open to this House in its judicial capacity to make such a far-reaching inroad into the common law rights of a defendant as would be involved in endorsing the procedure adopted in the present case. In effect, the ability of counsel for the appellant to cross-examine the decisive witnesses against him was gravely compromised. Similarly, for the reasons given by Lord Mance, the appellant’s trial did not meet the standard required by article 6 of the European Convention.*

*(...) Any change in the law on the way that witnesses give their evidence to allow for those conditions would only be second best. But Parliament is the proper body both to decide whether such a change is now required, and, if so, to devise an appropriate system which still ensures a fair trial.”<sup>574</sup>*

In deze zaak is het oordeel dat het gebruik van anonieme getuigen tot een oneerlijk proces heeft geleid gebaseerd op zowel de common law als op de Straatsburgse jurisprudentie.

Deze uitspraak leidde tot flink wat ophef omdat de praktijk van het gebruiken van anonieme getuigen in andere zaken ook niet meer mogelijk zou zijn.<sup>575</sup> De regering reageerde heel snel en kwam al na enkele dagen al met een wetsvoorstel om het gebruik van anonieme getuigen wettelijk te regelen. Het signaal van de rechter dat hier een probleem zat, werd derhalve goed door de wetgever opgepakt. In deze zaak gebeurde dat zonder dat er een declaration of incompatibility werd afgegeven aangezien er hier geen wettelijke bepaling aan de orde was, maar de bevoegdheid voor de rechter onder de common law het strafproces in te richten.

De vraag naar de verhouding tussen het parlement en de rechterlijke macht komt vaak op in individuele gevallen, vooral in zaken waar het parlement het niet eens is met een rechterlijke beslissing. Critici menen echter dat het niet zozeer om individuele gevallen gaat, maar vooral om het feit dat de HRA de verhoudingen zo fundamenteel heeft gewijzigd. Het beeld is ontstaan dat de rechter steeds meer macht krijgt ten opzichte van de wetgever. Het is

---

<sup>574</sup> R. v. Iain Davis [2008] UKHL 36, r.o. 44 en 45.

<sup>575</sup> Zie bijvoorbeeld een reactie van Minister van Justitie Straw in de krant The Guardian: <http://www.guardian.co.uk/uk/2008/jun/21/law.ukcrime>.

inmiddels zelfs de vraag of afschaffing van de HRA überhaupt wel effect zou hebben, of dat rechters dan sterkere bescherming zullen gaan bieden onder de common law.<sup>576</sup>

### 5.6.3.3 Conclusie

De HRA heeft voor zowel de rechtspraak als de wetgeving gevolgen gehad. In het parlement is in de fase van het opstellen van wetgeving bijvoorbeeld meer aandacht gekomen voor de conformiteit van wetgeving met de HRA en het EVRM.

Voor wat betreft de rechtspraak zijn twee relaties onderscheiden, de eerste betreft de relatie tussen de Britse rechter en het EHRM en de tweede de relatie tussen de Britse rechter en wetgever. De HRA heeft op beide relaties een directe invloed gehad omdat de discussie c.q. dialoog tussen de diverse actoren door de wet wordt geïnitieerd.

Door de verplichting van artikel 2 HRA om Straatsburgse jurisprudentie ‘into account’ te nemen wordt door de Britse rechter uitdrukkelijk gekeken wat de stand van zaken van die jurisprudentie is en wat dit betekent voor de Britse situatie. Dit wordt ook goed zichtbaar gemaakt in de uitspraken. De zaak Davis is een goed voorbeeld waarbij een groeiende praktijk van het gebruik van anonieme getuigen uitvoerig wordt getoetst aan de hand van normen die zijn afgeleid uit zowel de common law als het EVRM. De Britse rechter lijkt bereid om als dat nodig is forse onderdelen van het strafproces in strijd met het EVRM te verklaren, waardoor dan vaak substantiële wetswijzigingen nodig zijn. Naast de Davis-zaak is ook de zaak-Cadder hiervan een voorbeeld. Daarnaast vinden aanpassingen plaats door middel van de interpretatiebevoegdheid van artikel 3 HRA, daarvan is de ‘rape-shield’-zaak voor het strafrecht het voornaamste voorbeeld.

De zaak-Davis leent zich ook als voorbeeld om te illustreren hoe door middel van de artikelen 3 en 4 van de HRA de relatie tussen de wetgever en het parlement wordt vormgegeven. Na de constatering van de rechter dat het destijds heersende systeem niet paste binnen de common law en het EVRM werd er een declaration of incompatibility uitgevaardigd, omdat het de grenzen van de taak van de rechter te buiten ging om een oplossing te creëren. Een succesvolle dialoog is tot stand gekomen aangezien de wetgever vrij snel na de uitspraak de wet wijzigde.

---

<sup>576</sup> Pinto-Duschinsky 2011, p. 21.

## 5.7 Naar een (*British/UK*<sup>577</sup>) *Bill of Rights*?

### 5.7.1 *Inleiding*

Naast het bestaan van de HRA is er, zoals eerder vermeld, in het Verenigd Koninkrijk een andere ontwikkeling gaande op constitutioneel gebied die in het kader van dit onderzoek nadere aandacht verdient. Sinds een aantal jaren is er (opnieuw) een discussie aan de gang over de vraag of het Verenigd Koninkrijk een Bill of Rights moet opstellen. Deze discussie bevat net als de discussie over het al dan niet opnemen van het recht op een eerlijk proces vragen over de constitutionalisering van grondrechten. De afgelopen jaren is de discussie over de invoering van een Bill of Rights weer opgelaaid. Het is interessant om te zien dat de drie grote politieke partijen in het Verenigd Koninkrijk alle drie voorstander zijn van invoering van een Bill of Rights. De redenen waarom ze vóór invoering van een Bill of Rights zijn, verschillen echter per partij. In deze paragraaf zal aandacht worden besteed aan de discussie over de invoering van een Bill of Rights. De voornaamste vraag is wat de invoering van een Bill of Rights bij zou kunnen dragen aan de bescherming van fundamentele rechten en welke lessen er voor Nederland uit deze discussie kunnen worden getrokken.

### 5.7.2 *Discussie over Bill of Rights*

De vraag of het Verenigd Koninkrijk een eigen, nationale Bill of Rights moet invoeren is niet nieuw en is reeds in de jaren zeventig aan de orde geweest zoals bleek in paragraaf 5.2.4.1. Uiteindelijk is de discussie zich toen meer gaan richten op de mogelijke incorporatie van het EVRM. In de eerste documenten over de HRA werd ook nadrukkelijk gesteld dat de HRA een eerste stap was op weg naar een eigen Bill of Rights.<sup>578</sup> Latere documenten, waaronder het white paper over de HRA, maken hier echter geen melding meer van en in de eerste jaren van de HRA verdween het idee van een Bill of Rights weer enigszins naar de achtergrond.

De discussie werd weer echt actueel nadat de toenmalige leider van de oppositie, David Cameron, in een toespraak in 2006 aankondigde de HRA af te willen schaffen om deze te vervangen door een Bill of Rights.<sup>579</sup> De voornaamste reden om te pleiten voor de invoering van een Bill of Rights was

---

<sup>577</sup> Er is enige discussie binnen het Verenigd Koninkrijk of het adjectief 'British' wel gebruikt moet worden. Zie ook paragraaf 5.7.3 van het rapport van de JCHR. De JCHR noemt als alternatief de naam 'UK Bill of Rights'.

<sup>578</sup> JUSTICE 2007, p. 12.

<sup>579</sup> Cameron 2006.

het feit dat in de ogen van Cameron handhaving van fundamentele rechten door de HRA tot ongewenste resultaten heeft geleid. Er moest volgens Cameron een juiste balans worden gezocht tussen veiligheid en vrijheid. De toenmalige Labour regering zou in de drang naar meer veiligheid te ver zijn doorgeslagen en zodoende te veel afbreuk hebben gedaan aan de vrijheid van burgers. Een vaak genoemd voorbeeld zijn de door Labour ingevoerde identiteitskaarten. De HRA is volgens Cameron verbonden aan deze discussie, omdat de wet in de eerste plaats teveel rechten aan verdachten geeft en daarnaast de mogelijkheden van de staat om terrorisme te bestrijden ondermijnt. Voor wat betreft dat laatste punt geeft Cameron terecht aan dat het ‘probleem’ daar niet de HRA is, maar de jurisprudentie van het EHRM zelf. Een ander punt van kritiek is dat kenmerkende Britse rechten zoals het recht op berechting door een jury niet door de HRA worden beschermd. Concluderend stelt Cameron derhalve dat de HRA niet (juist) werkt en dat verandering nodig is:

*“So any fair audit of the Human Rights Act would come to the conclusion that change is needed in order to protect both our security and freedom more effectively. The Human Rights Act has made it harder to protect our security. And it's done little to protect some of our liberties. It is hampering the fight against crime and terrorism. And it has helped to create a culture of rights without responsibilities”*

Een Bill of Rights zou (volgens sommigen) de problemen die er spelen bij de toepassing van de HRA oplossen door ten eerste een betere balans te vinden tussen fundamentele rechten en bescherming van de maatschappij door het plaatsen van verantwoordelijkheden versus rechten en ten tweede duidelijker aangeven wat de rechten van burgers zijn. In de woorden van Cameron:

*“So I believe that the time has now come for a new solution that protects liberties in this country that is home-grown and sensitive to Britain's legal inheritance that enables people to feel they have ownership of their rights and one which at the same time enables a British Home Secretary to strike a common-sense balance between civil liberties and the protection of public security.*

*The Conservative Party, under my leadership, is determined to provide a hard-nosed defence of security and freedom.*

*And I believe that the right way to do that is through a modern British Bill of Rights that also balances rights with responsibilities.*



*This would clearly set out people's rights, would enable those rights to be protected in British courts, and would strengthen our hand in the fight against crime and terrorism”*

In deze toespraak kwam ook naar voren dat een Bill of Rights bij zou kunnen dragen aan het op afstand houden van Straatsburg. Dit argument heeft sindsdien alleen nog maar aan kracht gewonnen en inmiddels is dit (voor de Conservatieven) eigenlijk het voornaamste argument geworden om te pleiten voor een Bill of Rights. Dit kwam nog niet volledig tot uiting in het programma van de partij voor de verkiezingen van 2010. In dat programma werd als argument om de HRA te vervangen met een Bill of Rights vooral het punt aangevoerd dat vrijheden van burgers beter kunnen worden beschermd door een Bill of Rights. Er werd geen enkele melding gemaakt van het EHRM. Echter, in latere publicaties en commentaren van vooraanstaande Conservatieve politici wordt de discussie over een Bill of Rights vaak gekoppeld aan het argument dat Straatsburg en het EVRM teveel invloed hebben.<sup>580</sup>

Ook bij de toenmalige Labour regering groeide het idee dat het invoeren van een Bill of Rights een goed idee zou zijn. Echter, niet vanuit de gedachte dat de HRA niet zou voldoen, maar dat de Bill of Rights vooral door zou moeten bouwen op de bescherming die wordt geboden door de HRA; méér bescherming voor de burgers dus. Op 3 juli 2007 presenteerde de net aangetreden regering van premier Gordon Brown het groenboek ‘The Governance of Britain’.<sup>581</sup> Dit groenboek bevatte een aantal voorstellen van de regering om diverse bestaande constitutionele verhoudingen te veranderen om zodoende meer macht te leggen bij het parlement en het Britse volk. In het groenboek wordt aangekondigd dat de regering voorstellen zal gaan doen om te komen tot een ‘Bill of Rights’. Deze Bill of Rights moet voortbouwen op de al bestaande regeling van mensenrechtenbescherming via de HRA. Daarnaast werd nadrukkelijk naar voren gebracht dat in een dergelijke Bill ook verantwoordelijkheden van burgers zouden worden vastgelegd. Het duurde tot maart 2009 voordat de regering met een groenboek over dit onderwerp kwam. In de inleiding wordt de reden om te onderzoeken of er een Bill of Rights moet komen als volgt samengevat:

*“This Green Paper addresses the central constitutional question of the relationship between the citizen and the state. It considers how this*

---

<sup>580</sup> O’Cinneide 2012, p. 28-30.

<sup>581</sup> Ministry of Justice 2007.

## HOOFDSTUK V

*relationship might best be defined in the context of the rights, responsibilities and values which unite us across all parts of the UK.*<sup>582</sup>

In 2010 pleitte de Labour partij in haar verkiezingsprogramma voor het instellen van een commissie die moest gaan adviseren over een geschreven grondwet, melding van een Bill of Rights wordt niet gemaakt. Verwacht mocht worden dat dit onderdeel van een dergelijk proces zou zijn. Tevens gaf de partij aan trots te zijn op de invoering van de HRA, en dat zij zich zou verzetten tegen pogingen de wet af te schaffen of te verzwakken.<sup>583</sup>

De derde grote partij in het Verenigd Koninkrijk, de Liberal Democrats, was al langer een voorstander van een geschreven Grondwet met daarin een Bill of Rights. In 2007 publiceerde de partij een paper waarin werd gepleit voor een geschreven Grondwet inclusief een Bill of Rights.<sup>584</sup> Als onderbouwing werd vooral het feit gebruikt dat door de regering Blair flinke inbreuken waren gemaakt op fundamentele rechten van burgers en het feit dat de rechter onder de HRA niet de mogelijkheid heeft om wetten onverbindend te verklaren. Door middel van een Bill of Rights zouden burgers wetgeving en handelen van de overheid die strijdig is met hun rechten door de rechter kunnen laten toetsen. Tevens zouden deze rechten in een Bill of Rights enkel door middel van een versterkte parlementaire meerderheid kunnen worden aangepast.<sup>585</sup> In het verkiezingsprogramma voor de verkiezingen van 2010 maakte de partij geen melding van een Bill of Rights, wel beloofde de partij de HRA te behouden en te beschermen.<sup>586</sup>

De bijzondere situatie doet zich dus voor dat de drie grote politieke partijen alle drie voor invoering van een Bill of Rights zijn, maar om daarvoor verschillende redenen hebben.<sup>587</sup>

De parlamentsverkiezingen van 2010 werden gewonnen door de Conservatieven. De partij bereikte echter geen absolute meerderheid in het parlement en sloot een coalitie met de Liberal Democrats. Aangezien deze laatste partij een groot voorstander is van de HRA, lijkt de toekomst van de wet voorlopig verzekerd. Als onderdeel van het coalitieakkoord werd wel afgesproken dat er een commissie zou worden ingesteld die moest gaan

---

<sup>582</sup> Ministry of Justice 2009, p. 7.

<sup>583</sup> Zie het manifest van Labour 'A Future Fair for All', p. 9:3.

<sup>584</sup> Liberal Democrats 2007.

<sup>585</sup> Liberal Democrats 2007, p. 14

<sup>586</sup> Liberal Democrats 2010, p. 94.

<sup>587</sup> JCHR 2008, p. 7.

adviseren over een Bill of Rights.<sup>588</sup> De commissie werd in maart 2011 geïnstalleerd. Vlak voor de installatie gaf premier Cameron als reactie op een vraag in het Parlement over de HRA, Bill of Rights en de in te stellen commissie het volgende antwoord:

*"The commission we are establishing to look at a British bill of rights will be established imminently because I think it's about time we started making sure decisions are made in this Parliament rather than in the courts."*<sup>589</sup>

Uit deze reactie blijkt dat de discussie in het Verenigd Koninkrijk op het moment van instellen van de commissie zich voornamelijk is gaan toespitsen op de vraag wie bepaalde besluiten mag nemen. Interessant is het feit dat de zaak waar de vraag over ging een interpretatie van het EVRM door de Britse rechter betrof en geen uitspraak uit Straatsburg.<sup>590</sup> Vanwege dergelijke uitspraken van vooraanstaande politici is de scepsis bij academici en mensenrechtenorganisaties over wat de voorstellen over een Bill of Rights zullen behelzen vrij groot.<sup>591</sup>

### 5.7.3 Voorzetten tot discussie in JUSTICE rapport<sup>592</sup> en rapport JCHR<sup>593</sup>

Het eerste uitgebreide rapport dat uitkwam nadat Gordon Brown had aangekondigd te onderzoeken of er een Bill of Rights zou moeten komen, was het rapport van JUSTICE. Deze organisatie is de Britse tak van de International Council of Jurists. Men was al aan dit rapport begonnen voor de aankondiging van de regering, maar doordat de regering destijds ook bezig was met het onderwerp van een Bill of Rights won het aan actualiteit. In het rapport wordt geen keuze gemaakt of een Bill of Rights moet worden ingevoerd. Het doel van de opstellers was het informeren van het publiek en het aangaan van een discussie over de vraag of een Bill of Rights moet worden ingevoerd.<sup>594</sup> Wel wordt op diverse plaatsen uitdrukkelijk gesteld dat bescherming door een Bill of Rights moet voortbouwen op de HRA.<sup>595</sup>

---

<sup>588</sup> Regeerakkoord Conservatives en Liberal Democrats, 'The Coalition: our programme for Government', p. 11.

<sup>589</sup> <http://www.bbc.co.uk/news/uk-politics-12482442>.

<sup>590</sup> R (on the application of F (by his litigation friend F)) and Thompson (FC)(Respondents) v Secretary of State for the Home Department [2010] UKSC 17. Zie voor een bespreking van de betreffende zaak paragraaf 5.2.5.3.1.

<sup>591</sup> Zie bijvoorbeeld Klug 2007.

<sup>592</sup> JUSTICE 2007.

<sup>593</sup> JCHR 2008.

<sup>594</sup> JUSTICE 2007, p. 9.

<sup>595</sup> Bijv. JUSTICE 2007, p. 21 en p. 23-24.

De lopende discussie was ook voor het Lagerhuis reden om het onderwerp van een Bill of Rights op de agenda te zetten. De JCHR presenteerde in 2008 een rapport waarin werd geadviseerd om een Bill of Rights op te stellen.

#### 5.7.4 *Effecten Bill of Rights*

Er worden diverse redenen genoemd die zouden pleiten voor de invoering van een Bill of Rights. Hierboven bleek bijvoorbeeld al dat de drie grootste politieke partijen om verschillende redenen voor invoering van een Bill of Rights pleiten. Er zijn grofweg vijf argumenten voor een Bill of Rights te noemen.

In de eerste plaats is er de verwachting dat indien Britse rechters met hun ‘eigen’ grondrechtencatalogus aan het werk kunnen gaan, dit uiteindelijk zal leiden tot het bieden van meer bescherming dan dat het EVRM stelsel nu biedt. Naast het ruimer formuleren van rechten zou de nationale rechter beter rekening kunnen houden met nationale eigenaardigheden en een preciezere interpretatie aan rechten geven dan het EHRM doet.<sup>596</sup> Dit argument wordt samengevat onder de noemer ‘EVRM plus’ bescherming. Het is duidelijk dat bescherming op nationaal niveau niet onder het minimumniveau van Straatsburg mag geraken. Het staat staten echter vrij om een hoger niveau van bescherming te bieden. In het voorgaande is gebleken dat rechters in het Verenigd Koninkrijk, gezien de constitutionele verhoudingen, terughoudend zijn om een hoger beschermingsniveau te bieden. Het House of Lords houdt vast aan wat het ‘mirror-principle’ is gaan heten. Een Bill of Rights zou de mogelijkheid bieden aan rechters om dit mirror-principle te verlaten.<sup>597</sup> Baroness Hale meent echter dat het zou kunnen betekenen dat rechters juist voorzichtiger worden met toetsing ten opzichte van hun eigen catalogus dan ten opzichte van een verdrag.<sup>598</sup>

Ten tweede zou een Bill of Rights van invloed kunnen zijn op de relatie tussen nationale autoriteiten en het EHRM. Dit was een van de belangrijke redenen voor David Cameron om te pleiten voor een Bill of Rights. Het idee is dat als een land een ‘eigen’ Bill of Rights heeft, dit leidt tot een ruimere toepassing van de margin of appreciation doctrine door het EHRM. Cameron verwoordde het in zijn toespraak in 2006 als volgt:

---

<sup>596</sup> JCHR 2008, p. 37.

<sup>597</sup> JCHR 2008, p. 21.

<sup>598</sup> Hale 2008.

*“The existence of a clear and codified British Bill of Rights will tend to lead the European Court of Human Rights to apply the “margin of appreciation”. This means that the court in Strasbourg will tend to respect and uphold the principles laid down in the Bill of Rights whenever they can. In other words we will be given the benefit of our own clearly stated statement of values.”*<sup>599</sup>

Dit argument kan steekhoudend zijn, maar niet om de reden die Cameron voor ogen heeft. De JCHR toont in haar rapport al aan dat enkel het feit dat een land een Bill of Rights heeft, niet automatisch betekent dat Straatsburg meer ruimte aan de nationale autoriteiten laat.<sup>600</sup> Toch valt er iets voor te zeggen dat een land met een ‘eigen’ Bill of Rights meer ruimte krijgt van Straatsburg. Echter niet enkel vanwege het feit dat die nationale codificatie er is, maar juist omdat de aanwezigheid van die codificatie tot een bepaald niveau van bescherming leidt. Twee voorbeelden van onderwerpen die hebben geleid tot een stevige botsing tussen het EHRM en het Verenigd Koninkrijk zijn het uitzetten van personen naar landen waar ze het risico lopen te worden gemarteld (Chahal-zaak)<sup>601</sup> en het kiesrecht voor gevangenen (Hirst en Green/MT-zaken).<sup>602</sup> Deze zaken worden door tegenstanders van het Hof als voorbeeld gebruikt om te laten zien hoe ver de invloed van het Hof op nationaal beleid gaat. Het is echter maar zeer de vraag of dit soort zaken met een Bill of Rights een andere uitkomst zouden krijgen als men ermee naar Straatsburg zou gaan. Het effect van meer ruimte krijgen van Straatsburg zou eerder te verwachten zijn in zaken waar meer een afweging tussen belangen moet worden gemaakt.

Het derde voordeel hangt enigszins met het vorige punt samen. Een actieve nationale rechter kan door een interpretatie van de nationale bepalingen een impuls geven aan de rechtspraak van het EHRM. Dit effect wilde men ook bewerkstelligen met de HRA en dat lijkt te zijn gelukt.<sup>603</sup> Het aanhangen van het mirror-principle door de Britse rechter lijkt echter een rem te zetten op de ontwikkeling van een volwaardige Britse interpretatie van fundamentele rechten. Met een Bill of Rights zou dat minder kunnen zijn aangezien de rechter dan een nationale catalogus aan rechten kan hanteren en zich minder gebonden kan achten aan het minimum van Straatsburg. Het EVRM is dan

---

<sup>599</sup> Cameron 2006.

<sup>600</sup> JCHR 2008, p. 17-18.

<sup>601</sup> EHRM 15 november 1996, nr. 22414/93 (Chahal/Verenigd Koninkrijk).

<sup>602</sup> EHRM 6 oktober 2005, nr. 74025/01, EHRC 2005, 115 (Hirst/Verenigd Koninkrijk) en EHRM 23 november 2011, nr. 60041/08; 60054/08 (Greens en M.T./Verenigd Koninkrijk), EHRC 2011, 20, m.nt. R. de Lange.

<sup>603</sup> JUSTICE 2007, p. 23.

een minimum waarop kan worden gebouwd en niet een plafond van bescherming.<sup>604</sup>

Ten vierde biedt een Bill of Rights de mogelijkheid om typische Britse rechten toe te voegen die niet in het EVRM staan. Het meest genoemd is dan het recht op jury rechtspraak, maar ook kan bij het opstellen rekening worden gehouden met technologische en maatschappelijke ontwikkelingen die plaats hebben gevonden sinds het opstellen van het EVRM.<sup>605</sup> Daarnaast wordt er ook vaak een pleidooi gehouden voor de toevoeging van sociale grondrechten.<sup>606</sup>

Een vijfde punt is dat een Bill of Rights een sterke symboolfunctie kan uitoefenen. De HRA is niet populair onder de Britse bevolking, dit wordt voor een groot deel geweten aan negatieve media aandacht. Ondanks pogingen van de Labour regering om dat te veranderen, is dat negatieve beeld blijven bestaan. Overigens wordt dit negatieve beeld ook sterk aangezet door politici, zowel van Labour als van de Conservatieven. Daarnaast blijft ook het beeld bestaan dat de bescherming van fundamentele rechten door de HRA iets is dat is opgelegd door Europa. Gezien de historische aversie van het Britse volk tegen veel wat Europees is, heeft dat ook niet geholpen bij de acceptatie van de HRA. Deze weerstand zou bij een eigen Bill of Rights minder kunnen zijn. Dit argument komt vooral in de plannen van Labour sterk naar voren. Een Bill of Rights zou een meer 'Brits' karakter dragen en daarmee meer draagvlak en 'ownership' bij de bevolking hebben.

### *5.7.5 Twijfels/Tegenargumenten*

Naast de eventuele voordelen die worden genoemd voor de invoering van een Bill of Rights, is er ook kritiek op het plan om een dergelijke catalogus van rechten in te voeren. Een voornaam probleem bij een Bill of Rights kan zijn dat er twee systemen van mensenrechtenbescherming naast elkaar gaan lopen, dat van het EVRM via de Human Rights Act en de mensenrechtencatalogus van de 'eigen' Bill of Rights. Dit hoeft geen onoverkomelijk bezwaar te zijn, mits duidelijke afstemming tussen beide systemen wordt ingebouwd. Ook voor Nederland zal dat een aandachtspunt moeten zijn mocht de grondrechtencatalogus op nationaal niveau verder worden opgetuigd.

---

<sup>604</sup> JUSTICE 2007, p. 83-85.

<sup>605</sup> JUSTICE 2007, p. 21-22.

<sup>606</sup> Amos 2009, p. 890-892.

Er is aanzienlijke kritiek van mensenrechtenorganisaties en academici op de voorstellen voor een Bill of Rights. Dit lijkt op het eerste gezicht vreemd, omdat dergelijke organisaties over het algemeen grote voorstanders zijn van de bescherming van fundamentele rechten. Hun aarzeling komt vooral voort uit het feit dat ze niet weten waar de discussie naar toe gaat. Tevens willen zij de HRA meer tijd geven om zich verder te ontwikkelen. Pogingen om een Bill of Rights in te voeren zouden vooral bedoeld zijn om de bescherming van het EVRM af te zwakken. De afkeer van de HRA bij het publiek komt over het algemeen door misverstanden en anti-Europese sentimenten. Er wordt wel betoogd dat de politiek meer zou moeten doen om het negatieve beeld over de HRA te bestrijden en misverstanden over de toepassing van de wet uit de wereld te ruimen. Kenmerkend is dat dit punt in het onderzoek van de JCHR naar voren is gebracht door Kenneth Clarke,<sup>607</sup> die in 2010 Minister van Justitie werd in het kabinet van David Cameron:

*“There is the right-wing press’s attack on the European Convention on Human Rights which was a wholly non-controversial document until about 15 years ago but once it became part of our European debate in this country suddenly it became the object of attack with the growing insistence that foreigners were making laws which were being applied at the expense of our institutions. Politicians should have been more robust in resisting that.”*

### 5.7.6 Bill of Rights commissie

De Bill of Rights commissie werd op 18 maart 2011 geïnstalleerd. De voornaamste opdracht voor de commissie was om te adviseren over de mogelijke invoering van een Bill of Rights. Deze Bill of Rights zou zowel de verplichtingen onder het EVRM moeten honoreren, maar daar tevens op moeten voortbouwen.<sup>608</sup> Daarnaast werd aan de commissie advies gevraagd over mogelijke hervormingen van het Straatsburgse beschermingssysteem. Dit met het oog op het voorzitterschap van de Raad van Europa dat het Verenigd Koninkrijk in 2012 zou vervullen.

Onderdeel van het onderzoek van de commissie is om een discussie over een Bill of Rights ook met het Britse volk te voeren. Daartoe bracht de commissie kort na de installatie een discussiepaper uit waarin diverse vragen stonden waarop ze antwoorden van belangstellenden wilden.<sup>609</sup> Deze openheid toont zich ook in het feit dat op de website van de commissie de

---

<sup>607</sup> JCHR 2008, p. 19. De JCHR zelf stelt ook dat de misverstanden en publieke onvrede geen reden op zich zijn om een Bill of Rights in te voeren (JCHR 2008, p. 14).

<sup>608</sup> Discussie paper ‘Do we need a UK Bill of Rights?’, p. 3.

<sup>609</sup> Discussie paper ‘Do we need a UK Bill of Rights?’, p. 4.

notulen van de vergaderingen van de commissie worden geplaatst.<sup>610</sup> Met deze openheid wil de commissie waarschijnlijk acceptatie en interesse bij de bevolking kweken, iets wat bij de HRA niet is gelukt.<sup>611</sup>

Enkele maanden na de installatie kwam de commissie in juli 2011 al met adviezen over mogelijke hervormingen van het EVRM beschermingssysteem in Straatsburg. De commissie legt de nadruk op het feit dat fundamentele hervormingen nodig zijn aangezien de hervormingen die reeds plaats hebben gevonden (onder andere Protocol 14) niet voldoende zullen zijn om de problemen op te lossen.<sup>612</sup> De commissie legt, na onder andere gesprekken te hebben gevoerd met leden van het EHRM, de nadruk op de subsidiaire rol van het Hof en adviseert vooral om verder te kijken naar nog striktere screening van zaken zodat zaken die geen serieuze schendingen betreffen eerder niet-ontvankelijk kunnen worden verklaard.<sup>613</sup>

De commissie moet volgens de door de regering opgestelde planning uiterlijk eind 2012 een rapport uitbrengen.<sup>614</sup>

## **5.8 Conclusie**

In dit hoofdstuk is de bescherming van fundamentele rechten en de omgang van het Verenigd Koninkrijk met het EVRM aan de orde gekomen. Aan het begin van het hoofdstuk is door middel van een chronologisch overzicht de opkomst van het EVRM binnen de Britse rechtsorde geschetst. De wijze waarop er in de jaren '50 op het moment van toetreding tot het EVRM over het Verdrag werd gedacht vertoonde veel overeenkomsten met Nederland. Het bewustwordingsproces dat het EVRM toch wel degelijk grote invloed zou hebben, en krijgen, op de nationale rechtsorde verliep in beide landen ook ongeveer op een gelijke wijze. Er zijn natuurlijk ook verschillen. Het voornaamste is dat door middel van de artikelen 93 en 94 Grondwet het

---

<sup>610</sup> <http://www.justice.gov.uk/about/cbr/index.htm>.

<sup>611</sup> Dit blijkt ook uit de notulen van de eerste bespreking van de commissie op 6 mei 2011 waar veel belang wordt gehecht aan 'public ownership' van fundamentele rechten in het Verenigd Koninkrijk.

<sup>612</sup> Interim advice, p. 2.

<sup>613</sup> Interim advice, p. 3-5.

<sup>614</sup> Het rapport van de commissie getiteld 'A UK Bill of Rights? The Choice Before Us' verscheen inderdaad eind december 2012 na afsluiting van dit onderzoek. Gezien dit feit wordt het rapport in dit proefschrift niet nader besproken. De grote mate van verdeeldheid binnen de commissie maakt het daarnaast ook lastig om al te definitieve conclusies te trekken omdat de toekomst van de discussie over een Bill of Rights in het Verenigd Koninkrijk zeer onduidelijk is.



EVRM sinds de jaren '50 directe werking binnen de Nederlandse rechtsorde heeft. Aangezien het Verenigd Koninkrijk een duaal stelsel heeft, was wetgeving nodig om het EVRM door te laten werken. Dit werd pas aan in de jaren '90 gerealiseerd door middel van de HRA.

De wijze waarop het EVRM via de HRA doorwerkt, lijkt in eerste instantie enigszins op de doorwerking zoals gecodificeerd in de Nederlandse Grondwet. Echter, de systematiek die in de HRA is verwerkt, is aanzienlijk gedetailleerder dan die in de Nederlandse regeling. De Nederlandse Grondwet volstaat met aan te geven dat een ieder verbindende bepalingen rechtstreeks werken en dat in geval van strijd tussen een dergelijke bepaling en binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften (wetten in formele zin) de rechter die wetgeving buiten toepassing laat. Die laatste bevoegdheid heeft de Britse rechter niet. Wanneer de strijdigheid niet met conforme interpretatie kan worden opgelost, zal de rechter een declaration of incompatibility afgeven. Hoewel dit middel op papier vrij krachteloos lijkt, is gebleken dat dit een dermate sterk signaal aan de wetgever is dat deze vaak zal overgaan tot aanpassing van de strijdig bevonden wetgeving. Een dergelijke compromisoplossing zou voor het Nederlandse stelsel een oplossing kunnen zijn, mocht blijken dat volledige of gedeeltelijke opheffing van het toetsingsverbod geen optie is. Hoewel tien jaar na de inwerkingtreding van de HRA geen al te definitieve conclusies kunnen worden getrokken, lijkt het erop dat de rol van fundamentele rechten in rechterlijke procedures is gegroeid en dat er een dialoog plaatsvindt tussen de rechter en de wetgever. Daarnaast lijkt het erop dat met de inwerkingtreding van de HRA het EVRM ook vaker wordt toegepast in de Britse rechtsorde en dat de Britse rechter uitgebreid kijkt naar de jurisprudentie uit Straatsburg en door conforme interpretatie het nationale en internationale recht zo goed mogelijk probeert te harmoniseren. Het Supreme Court heeft ook geprobeerd de dialoog met het EHRM aan te gaan in de zaak *Horncastle*. Hierop heeft het EHRM gereageerd in de Grand Chamber-uitspraak in de zaak *Al Khawaja en Tahery*.

De meest recente ontwikkeling die plaatsvindt op het terrein van fundamentele rechten in het Verenigd Koninkrijk is de discussie omtrent de mogelijke invoering van een Bill of Rights. Vooral deze discussie vertoont veel raakvlakken met de hoofdvraag van dit proefschrift; wordt door middel van constitutionalisering van fundamentele rechten het niveau van bescherming van de burger verhoogd en de relatie met het EHRM verbeterd? Uit de discussie in het Verenigd Koninkrijk kan de les worden getrokken dat een Bill of Rights wel degelijk positieve effecten kan hebben. Daartegenover moet echter meteen worden gesteld dat het klimaat waarin het debat

## HOOFDSTUK V

plaatsvindt dermate negatief is ten opzichte van de bescherming van fundamentele rechten dat afgewacht moet worden of de positieve effecten kunnen worden gerealiseerd of dat de Bill of Rights gebruikt wordt om het beschermingsniveau af te zwakken en vooral bedoeld is om het EVRM buiten de deur te houden.

# Hoofdstuk VI: Inventarisatie van mogelijke vormen van meerwaarde

## 6.1 Inleiding

In de hoofdstukken III en IV is een analyse gemaakt van de realisering en vormgeving van het recht op een eerlijk proces op het niveau van het EHRM in Straatsburg en op nationaal niveau in de Nederlandse (straf)rechtsorde. Daarbij is gebleken dat de realisering van het recht op een eerlijk proces niet altijd optimaal verloopt en dat hieraan een aantal problematische aspecten kleeft. In dit hoofdstuk is het aangewezen om de laatste van de in de Inleiding geformuleerde deelvragen te beantwoorden. Dat betreft de vraag of, en op welke wijze, het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet meerwaarde kan hebben, mede om de al gesignaleerde problematische aspecten tegemoet te komen.

Er is voor gekozen om dit als een aparte deelvraag te bespreken van de uiteindelijke hoofdvraag of het recht op een eerlijk proces in de Grondwet moet worden opgenomen. In de eerste plaats omdat er een grote mate van samenhang tussen de aspecten van meerwaarde zit, waardoor het logisch is om deze gezamenlijk te bespreken als reactie op de besproken punten uit de afzonderlijke voorgaande hoofdstukken. Ten tweede omdat het van belang is om de diverse vormen van meerwaarde te inventariseren voordat de uiteindelijke vraag kan worden beantwoord of tot opname van het recht op een eerlijk proces moet worden overgegaan.

De meerwaarde van het opnemen van een grondwettelijke bepaling over het recht op een eerlijk proces moet er ten eerste vooral op gericht zijn om de hiervoor beschreven problematische aspecten van de handhaving en realisering van het recht op een eerlijk proces te verlichten of weg te nemen. Ten tweede kan worden bezien of er ook een zelfstandige meerwaarde is voor het opnemen van een bepaling over het recht op een eerlijk proces in de Grondwet.

Daarnaast zal in dit hoofdstuk gekeken worden hoe een dergelijke bepaling er uit zou moeten zien; in het bijzonder in hoeverre de vorm en plaats van de bepaling in de Grondwet van belang is voor het maximaal realiseren van de meerwaarde. In hoofdstuk VII zal dan vervolgens de finale afweging worden gemaakt of het invoeren van het recht op een eerlijk proces een dusdanige

meerwaarde heeft dat ook tot opname in de Grondwet zou moeten worden overgegaan. Daartoe zal een afweging van de voor- en tegenargumenten voor opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet worden gemaakt.

De vraag naar de meerwaarde kan en moet op twee niveaus worden gezien. In de eerste plaats kan er een meerwaarde zijn voor het strafprocesrecht op nationaal niveau. Het gaat dan vooral over een betere vormgeving en realisering van het recht op een eerlijk proces in de nationale strafprocedure. Deze meerwaarde zou vooral gevonden kunnen worden in een versterking van de positie van de rechter ten opzichte van de wetgever en op de wijze waarop een eerlijk proces wordt vormgegeven en gerealiseerd in de nationale strafprocedure. Ten tweede moet gekeken worden of opname van het recht op een eerlijk proces op internationaal niveau een meerwaarde kan hebben in die zin dat het de doorwerking van het EVRM en de omgang met het EHRM kan verbeteren en versterken. Hier moet vooral gezien worden of de meerwaarde kan komen uit het feit dat een Grondwettelijke bepaling een verbinding zou kunnen vormen tussen het nationale niveau van bescherming van grondrechten en de bescherming van fundamentele rechten uit verdragen op het internationale niveau.

Deze twee niveaus kunnen niet strikt van elkaar gescheiden worden. Een verbetering en versterking van de positie van de rechter op nationaal niveau kan van belang zijn voor de relatie van diezelfde rechter met het EHRM. Voorts kan de vraag naar de doorwerking van het EVRM ook worden gezien als een vraag op het nationale niveau omdat het gaat om de realisering van het EVRM door de nationale rechter. Een strikte scheiding is derhalve lastig te maken, en tevens onwenselijk, aangezien de wisselwerking tussen de niveaus gevolgen heeft voor de aanwezigheid van enige meerwaarde op elk van beide niveaus, en de wisselwerking daarnaast zelfstandige meerwaarde kan hebben. In dit hoofdstuk zullen de niveaus apart worden besproken, een verbinding tussen beide zal in hoofdstuk VII worden gelegd.

Na de beschrijving van de verschillende wijzen waarop het opnemen van het recht op een eerlijk proces eventueel meerwaarde kan hebben, zal bekeken worden hoe een dergelijke constitutionele bepaling zou kunnen worden vormgegeven. In de eerste plaats gaat het dan om de vorm en inhoud van de betreffende bepaling. Ten tweede is nog de plaats van een eventuele bepaling in de Grondwet van belang. Tot slot komt ook de vraag aan de orde in hoeverre aanpassingen aan het constitutionele systeem van verdeling van bevoegdheden tussen rechter en wetgever noodzakelijk zijn om de meerwaarde van de Grondwettelijke bepaling te realiseren c.q. te optimaliseren. Het antwoord op deze vraag kan daarnaast weer van belang

zijn voor de inhoud van een dergelijke grondwettelijke bepaling. Er is dus sprake van een wisselwerking tussen de inhoud en vorm van de bepaling en eventuele verdere constitutionele wijzigingen. De vraag naar de inhoud en vorm van een eventuele bepaling, en het aanbrengen van wijzigingen in de constitutionele bevoegdheidsverdeling, is van belang voor de inventarisatie van de meerwaarde omdat de keuze voor de inhoud van de bepaling en de vorm van de bepaling ook van belang is voor de wijze waarop een eventuele bepaling meerwaarde kan hebben.

## **6.2 Mogelijke meerwaarde op nationaal niveau?**

### *6.2.1 Inleiding*

De mogelijke meerwaarde op nationaal niveau van het opnemen van het recht op een eerlijk proces moet vooral worden gevonden in een betere realisatie van het eerlijk proces in de concrete strafzaak. Zodanige meerwaarde schuilt daarbij niet in het creëren van een recht dat de verdachte niet nu heeft. Dat is in de eerste plaats niet zo vanwege het feit dat vanwege de doorwerking van artikel 6 EVRM een verdachte al een beroep op dat recht kan doen. Ten tweede beoogt de procedure in het Wetboek van Strafvordering een eerlijk proces te garanderen door de wijze waarop de strafprocedure in dat wetboek is vormgegeven. Binnen de Nederlandse rechtsorde wordt dus al beoogd om een eerlijk proces te garanderen. De opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet zal er echter wel voor het eerst toe leiden dat een dergelijk recht in nationale (grond)wetgeving is vastgelegd.

De meerwaarde van een dergelijke, expliciete, grondwettelijke bepaling op nationaal niveau kan op diverse manieren worden bekeken. In de eerste plaats als een zelfstandige meerwaarde vanwege de symboolfunctie die een dergelijke bepaling, in het bijzonder als onderdeel van de Grondwet, kan hebben. Ten tweede moet gekeken worden of er inhoudelijk een meerwaarde kan worden gerealiseerd in die zin dat meer rechten van de verdachte worden gerealiseerd, naast de bescherming die op dit moment reeds wordt gebonden door artikel 6 EVRM. In de derde plaats kan meerwaarde schuilen in een betere en meer transparante vormgeving van een eerlijk proces door de rechter door middel van een model van rechtsvorming. Het gaat dan om de procedure waarin een eerlijk proces tot stand komt. Maar er kan ook meerwaarde zijn in de zin van aanvullende bescherming in het concrete geval. Tot slot zou een constitutionele bepaling ook als toetsingskader voor de wetgever kunnen dienen bij het opstellen van nieuwe wetgeving. Deze vormen van meerwaarde zullen in het navolgende worden besproken en nader uitgewerkt.

### 6.2.2 *Symboolfunctie*

De eerste wijze waarop het opnemen van het recht op een eerlijk proces meerwaarde zou kunnen hebben, is de symbolische waarde die van een dergelijke bepaling uitgaat. Opname van een dergelijk recht toont dan aan dat de Grondwetgever het recht dermate van belang acht dat het opgenomen dient te worden in de Grondwet. Daardoor heeft het een zekere uitstraling binnen het strafproces, ook als er niet steeds in elke procedure een beroep op dit recht door de verdachte wordt gedaan. De sterke symboolwaarde die uitgaat van een constitutionele bepaling kan reeds worden gecreëerd door de enkele opname in de Grondwet van een dergelijk recht. Verdere aanpassingen aan de Grondwet zijn niet nodig om aan deze meerwaarde gestalte te geven. Het is derhalve de meest eenvoudige vorm van meerwaarde om te realiseren.

Onderdeel van de symboolfunctie is verder nog de gedachte dat rechten van burgers die door de samenleving belangrijk worden geacht, in de Grondwet dienen te staan. Als het gaat om het recht op een eerlijk proces is de voornaamste concrete bepaling met betrekking tot dat recht te vinden in een verdrag; voor Nederland ligt dan vooral de focus op artikel 6 van het EVRM. Deze focus op een verdragsbepaling wordt voornamelijk veroorzaakt door het ontbreken van een vergelijkbaar recht in nationale wetgeving. Daardoor speelt deze internationaalrechtelijke bepaling een belangrijke rol in het strafproces; dit is reeds betoogd in hoofdstuk IV. Vanuit het idee van symboliek zou het echter de voorkeur verdienen als de Grondwet een dergelijke belangrijke functie zou vervullen in het strafproces, en niet een bepaling uit het internationale recht. De Staatscommissie Grondwet geeft in haar rapport aan dat enkel dit idee al een goede reden is om bepaalde rechten ook in de Grondwet op te nemen aangezien grondrechtenbescherming in de eerste plaats de verantwoordelijkheid van de staat is.<sup>615</sup> Hierbij stelt de Staatscommissie verder dat opname van grondrechten past binnen de gedachte om de Grondwet te versterken en zichtbaarder te maken voor de samenleving.<sup>616</sup> Het feit dat een ieder verbindende bepalingen van verdragen binnen het Nederlandse constitutionele recht een hogere rang hebben dan grondwettelijke bepalingen doet daar niet aan af. De symbolische waarde van de Grondwet is binnen Nederland groter dan die van een internationaal verdrag.

Ook in onderzoeken naar de opname van andere rechten in de Grondwet is het argument van de symboolwaarde van een opname van dergelijke

---

<sup>615</sup> Staatscommissie Grondwet 2010, p. 58.

<sup>616</sup> Staatscommissie Grondwet 2010, p. 57-58. Zie ook De Lange, Leeuw & Mevis 2009, p. 143.

rechten naar voren gekomen. Bijvoorbeeld in de voorstudie van Peters en anderen voor de Staatscommissie Grondwet over de mogelijke opname van het recht op leven in de Grondwet. Daar werd door de onderzoekers gesteld dat opname van het recht op leven zou bijdragen aan de symbolische waarde van de Grondwet:

*“Een voordeel van het opnemen zou in dit geval kunnen zijn dat Nederland in de eigen Grondwet het recht op leven als essentieel grondrecht, als basis van de andere grondrechten, erkent. De symbolische waarde van de Grondwet zou kunnen toenemen.”<sup>617</sup>*

In zijn proefschrift over de verhouding tussen het CPT en het EVRM betoogde De Lange dat opname van het recht op menswaardige behandeling een belangrijke symbolische meerwaarde zou hebben binnen het penitentiaire systeem.<sup>618</sup>

De symboliek van een nationale grondwettelijke bepaling is ook van belang als gekeken wordt naar de ontwikkeling van fundamentele rechten in Europa. Het belang van art. 6 EVRM is inmiddels genoegzaam bekend. Er is sinds enkele jaren echter sprake van een ‘concurrent’ van het EVRM, namelijk het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon is dit Handvest bindend recht geworden binnen de lidstaten van de Europese Unie. Daarmee is een gecompliceerde situatie ontstaan van twee naast elkaar bestaande grondrechtencatalogi. Deze situatie wordt nog eens verder gecompliceerd doordat het de bedoeling is dat de EU zal toetreden tot het systeem van bescherming van het EVRM. Verder heeft de EU sinds een aantal jaren een sterke focus op de verdediging van rechten van de verdachte. In dat kader is in 2009 een ‘Roadmap’<sup>619</sup> met verdedigingsrechten aanvaard. Doel van deze Roadmap is om vanuit de EU met wetgeving te komen om de aanwezigheid van bepaalde verdedigingsrechten die onderdeel uitmaken van het recht op een eerlijk proces te garanderen binnen de EU. Binnen deze Europese ontwikkelingen is het van belang om als nationale staat een uitgebreide, eenvormige en sterke nationale grondrechtencatalogus te hebben om als basis en uitgangspunt te dienen binnen deze Europese ontwikkelingen. Een Grondwet kan daartoe dienen doordat het de binnen een bepaalde lidstaat levende waarden en rechten vastlegt zodat deze Grondwet een fundament

---

<sup>617</sup> Peters e.a. 2009, p. 60.

<sup>618</sup> J. de Lange 2008, p. 333-334, daarbij wordt verwezen naar J. de Lange & Mevis 2003, in het bijzonder p. 164-167.

<sup>619</sup> Roadmap for strengthening procedural rights of suspected or accused persons in criminal proceedings’, C 295/1, 4-12-2009.

kan zijn voor de lidstaat waar vanuit aan de Europese discussie wordt deelgenomen.

Met het bovenstaande is het belang van het opnemen van een bepaling omtrent het eerlijk proces als symbool weergegeven. Daarnaast zijn ook juridisch inhoudelijke redenen waarop een meerwaarde kan worden gecreëerd. Deze zullen hieronder nader worden besproken.

### *6.2.3 Aanvullende rechtsbescherming ten opzichte van artikel 6 EVRM*

Als het gaat om de eventuele meerwaarde die kan worden gerealiseerd op nationaal niveau in de zin van aanvullende rechtsbescherming voor de burger, is het in de eerste plaats van belang om te bezien wat de meerwaarde van een nationale grondwettelijke bepaling kan zijn naast de bescherming die geboden wordt door art. 6 EVRM. De verhouding tussen artikel 6 EVRM en een eventueel recht op een eerlijk proces in de Grondwet komt verderop in dit hoofdstuk nader aan de orde, vooral als het gaat om interactie tussen deze rechten en de verschillende beschermingssystemen, te weten die op nationaal niveau en op internationaal niveau. Op deze plaats moet echter eerst worden gewezen op de zelfstandige meerwaarde van een grondwettelijke bepaling naast artikel 6 EVRM.

De meerwaarde in de zin van aanvullende rechtsbescherming op nationaal niveau kan zich in drie vormen verwezenlijken. Deze meerwaarde kan in de eerste plaats blijken uit het feit dat de nationale bepaling een ruimere reikwijdte kan hebben dan artikel 6 EVRM. In hoofdstuk III en IV kwamen de beperkingen voor wat betreft de reikwijdte van artikel 6 EVRM reeds aan de orde. Hoewel het EHRM de begrippen ‘criminal charge’ en ‘civil rights and obligations’ autonoom en ruim uitlegt, zijn er nog steeds diverse procedures die er buiten vallen. Als voorbeeld werd in hoofdstuk IV de matiging van griffierechten in een bepaalde WAHV-procedure besproken.<sup>620</sup> Nadat bleek dat artikel 6 EVRM niet van toepassing was in dit concrete geval, had het Hof Leeuwarden geen basis meer voor het door het Hof ingestelde systeem van matiging van griffierechten ten einde het recht op toegang tot de rechter, een wezenlijk element van het recht op een eerlijk proces, te waarborgen. Door het algemeen en ruim formuleren, dus niet beperkt tot bepaalde procedures, van een nationaal recht op een eerlijk proces kunnen burgers, die zijn betrokken in procedures die nu buiten de bescherming van artikel 6 EVRM vallen, toch aanspraak maken op het recht op een eerlijk proces. Zodoende

---

<sup>620</sup> Zie hoofdstuk II, paragraaf 2.2.8.3.



wordt er een ruimere mate van rechtsbescherming geboden.<sup>621</sup> Dit was een van de voornaamste redenen voor de Staatscommissie Grondwet om aan de regering te bevelen om het recht op een eerlijk proces in de Grondwet op te nemen.<sup>622</sup> Indien zou worden besloten tot een bepaling met een ruimere reikwijdte dan artikel 6 EVRM zal de Grondwetgever een zelfstandige keuze moeten maken over welke procedures wel en niet onder de bepaling zullen vallen door middel van bepalen van de reikwijdte in de tekst van het artikel. Er kan bijvoorbeeld voor worden gekozen om de toepassing van de bepaling niet af te laten hangen van de aanwezigheid van een ‘criminal charge’, maar de bepaling van toepassing laten zijn op alle mogelijke procedures binnen het strafprocesrecht.

De tweede wijze waarop een nationale bepaling aanvullende zelfstandige meerwaarde kan hebben is doordat deze bepaling meer deelrechten zou kunnen bevatten dan artikel 6 EVRM. Afhankelijk van de keuze die gemaakt wordt voor wat betreft de formulering van de bepaling,<sup>623</sup> kan gekozen worden voor een opsomming van bepaalde deelrechten. Daarin kunnen dan rechten worden opgenomen die niet in artikel 6 EVRM staan, zoals het recht op een hoger beroep. Ook kunnen rechten die door het EHRM in artikel 6 EVRM zijn ingelezen, maar die niet in de tekst van het artikel staan, in de Grondwet worden vastgelegd. Te denken valt dan aan het nemo tenetur beginsel, de eis tot motivering van een vonnis en het recht op toegang tot de rechter.

De derde wijze waarop een nationale bepaling aanvullende werking kan hebben naast artikel 6 EVRM is als de nationale rechter en de wetgever deze bepaling gebruiken om boven het minimumniveau van bescherming van Straatsburg uit te gaan. In de nationale bepaling hoeven namelijk niet enkel deelrechten te staan die niet in artikel 6 EVRM te vinden zijn. Ook het opnemen van dezelfde rechten als in artikel 6 EVRM kan meerwaarde hebben doordat de rechter de deelrechten uit de nationale bepaling ruimhartiger interpreteert dan het EHRM dat doet met de vergelijkbare deelrechten uit het EVRM of als de wetgever in de formulering van de deelrechten al kiest voor een ruimere reikwijdte. De rechten van het EVRM zijn bedoeld als een absoluut minimum waar het nationale niveau van bescherming niet onder mag komen. In hoofdstuk II is aangegeven dat de Hoge Raad niet genegen is om aan de rechten van het EVRM op nationaal niveau een ruimere mate van

---

<sup>621</sup> Zie ook De Lange, Leeuw & Mevis 2009, p. 143.

<sup>622</sup> Staatscommissie Grondwet 2010, p. 59.

<sup>623</sup> Zie hierover nader paragraaf 6.4.

bescherming te geven dan het EHRM. In hoofdstuk V is betoogd dat dit ook in het Verenigd Koninkrijk het geval is. Dit wordt in het Verenigd Koninkrijk aangemerkt als het vasthouden aan het ‘mirror-principle’. De terughoudendheid van de Nederlandse rechter als het gaat om het bieden van een ruimere mate van bescherming lijkt voort te komen uit de bestaande constitutionele verhoudingen in Nederland. Voor deze derde vorm van meerwaarde in de zin van aanvullende bescherming ten opzichte van het EVRM lijkt daarom een wijziging van de constitutionele bevoegdheden van de rechter nodig.<sup>624</sup> Indien deze wijziging plaatsvindt zou dat de rechter meer ‘ruimte’ geven om te kiezen voor een extensieve interpretatie van de deelrechten behorende bij het recht op een eerlijk proces.

#### 6.2.4 Model van rechtsvorming

Een derde wijze waarop het opnemen van het recht op een eerlijk proces mogelijk meerwaarde zou kunnen hebben op nationaal niveau, is dat het uitdrukkelijk formuleren en vastleggen van een recht op een eerlijk proces in (Grond)wetgeving kan dienen als een legitimerende basis voor de (straf)rechter, de Hoge Raad voorop, om een model van rechtsvorming op creëren of uit te bouwen.

De eerste stap om een dergelijk model op te zetten, zal gezet moeten worden door de Grondwetgever. In geval van een geïnitieerde grondwetswijziging ligt het voor de hand dat er een discussie zal plaatsvinden over wat de plaats van het eerlijk proces binnen het strafprocesrecht is. Deze discussie op zich biedt al meerwaarde omdat het nut en noodzaak van het recht op een eerlijk proces in het strafproces uitdrukkelijke aandacht krijgt. Uiteindelijk zal de wetgever dan de rechter de ruimte moeten laten om een dergelijk model op te zetten.

Bij de meerwaarde van een bepaling over het recht op een eerlijk proces als basis van een model van rechtsvorming is een actieve bijdrage van de rechterlijke macht, de Hoge Raad voorop, noodzakelijk om een maximale meerwaarde te realiseren. Opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet dient zodoende niet enkel als basis van rechtsvorming, maar ook als aanzet en aanmoediging aan de rechter om een dergelijk recht te operationaliseren en in de jurisprudentie nader uit te werken. Vooral ook omdat een dergelijke actieve houding van de rechter binnen het Nederlandse staatsbestel niet vanzelfsprekend en onproblematisch is. Uit hoofdstuk II bleek al dat de rechter zich over het algemeen terughoudend bij het invullen van zijn rechtsvormende taak. Deze opstelling is historisch zo gegroeid. Een

---

<sup>624</sup> Zie hierover nader paragraaf 6.4.

signaal van de Grondwetgever lijkt nodig te zijn om daar verandering in aan te brengen. Daarom moet ook gekeken worden naar de bevoegdheden die de rechter op basis van de Grondwet heeft om een dergelijk constitutioneel recht toe te passen, vooral ten opzichte van de wetgever. Deze bevoegdheden komen in paragraaf 6.4.3 verder aan de orde. Een wijziging van de Grondwet die bedoeld is om een toetsingskader aan de rechter aan te reiken is immers uiteraard alleen dan aan de orde als de bereidheid aanwezig is bij de rechter om een dergelijk model op te zetten. Als de wetgever aan de rechter door middel van het invoegen van het recht op een eerlijk proces de mogelijkheid biedt om een model van rechtsvorming te construeren, zal de rechter die kans wel aan moeten grijpen.

Op twee manieren kan een bepaling over een recht op eerlijk proces als model van rechtsvorming van meerwaarde zijn in een strafzaak. Ten eerste als ‘kapstok’ voor de Hoge Raad om een model van normen op te stellen over wat een eerlijk proces moet inhouden. De tweede mogelijkheid die een dergelijk model van rechtsvorming kan bieden, is, dat het de doorwerking van het EVRM in het Nederlandse strafprocesrecht zou kunnen faciliteren en vergemakkelijken.

In de strafrechtswetenschap is niet veel gediscussieerd over rechtsvorming en rechtsvinding door de strafrechter.<sup>625</sup> De Hoge Raad is vooral gericht op het beslissen van het concrete geval dat voor hem ligt, en hoewel het bewaken van de rechtseenheid een taak van de Hoge Raad is, wijst de Raad veel arresten waarin een uitgebreide, diepgaande motivering van een afweging door de Hoge Raad zelf geformuleerde argumenten voor en tegen een bepaalde keuze ontbreekt. Deze focus op het oplossen van concrete gevallen en minder op algemene noties van constitutionaliteit is te wijten aan de historisch gegroeide positie van de rechter ten opzichte van de wetgever. Daardoor is de rechter in het strafrecht nauwelijks geroepen tot en dus ook niet bezig met het ‘bewaken’ van de Grondwet.<sup>626</sup> Dat is in het bijzonder problematisch wanneer het gaat om zaken die EVRM-rechten raken. Het voorgestelde model van rechtsvorming met het recht op een eerlijk proces als legitimerende basis zou wellicht deze verhouding kunnen veranderen. Maar de vraag is wel of die verhouding zo eenvoudig te veranderen is, gezien de bevoegdheden voor rechter en wetgever en hun verhouding en werking in de praktijk zoals die op dit moment in de Grondwet zijn vastgelegd. Een deel van de beantwoording van de deelvraag die centraal staat in dit hoofdstuk zal dus moeten gaan over de vraag of invoegen van een recht op een eerlijk proces de Hoge Raad zal aanzetten om nadrukkelijker en anders zijn overwegingen te

---

<sup>625</sup> Rozemond 2008, p. 13-18.

<sup>626</sup> Mevis 1998, p. 14-16.

motiveren, en in het verlengde daarvan ook meer richtinggevende arresten zal wijzen. Het antwoord op deze vraag is ook afhankelijk van de verdere constitutionele wijzigingen die met het invoegen van het recht op een eerlijk proces gepaard gaan.<sup>627</sup>

De Hoge Raad wil zich in de komende jaren meer gaan richten op de rechtsvorming ten koste van de rechtsbescherming in individuele gevallen. Deze lijn is gekozen naar aanleiding van het rapport ‘Versterking van de Cassatierechtspraak’ van de commissie normstellende rol Hoge Raad (Commissie-Hammerstein).<sup>628</sup> Een grondwettelijke bepaling kan dan een basis zijn voor de Hoge Raad om deze rechtsvorming vorm te geven en te legitimeren. Tot op heden lijkt deze legitimerende basis voor rechtsvorming te ontbreken, althans zijn er geen optimale alternatieven voor handen. De beginselen van een goede procesorde ontbreekt het aan een voldoende mate van legitimatie en bij de interpretatie van het EVRM acht de Hoge Raad zich gebonden aan de uitleg die het EHRM geeft aan de bepalingen.

De tweede wijze waarop een model van rechtsvorming meerwaarde kan hebben is dat het de doorwerking van het EVRM kan vergemakkelijken. Indien de rechter op nationaal niveau indringender en actiever met grondrechten aan de slag gaat, zal hij tegelijkertijd ook de verhouding tussen de grondrechten uit de Grondwet en de fundamentele rechten uit het EVRM aan de orde moeten stellen. Dit proces van interactie kan uiteindelijk leiden tot een transparanter resultaat omdat de rechter uitdrukkelijk aan zal moeten geven waarom hij bepaalde keuzes maakt en op basis waarvan.

### *6.2.5 Toetsingskader voor nieuwe wetgeving en handelen van strafvorderlijke autoriteiten*

Een laatste wijze waarop een grondwettelijke bepaling meerwaarde zou kunnen hebben is de rol die een dergelijke bepaling kan hebben als toetsingskader voor (nieuwe) wetgeving. Ondanks het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet kan een grondwettelijke bepaling over het recht op een eerlijk proces wel degelijk als toetsingskader dienen. Op grond van artikel 120 Grondwet is namelijk enkel toetsing aan wetgeving in formele zin door de rechter uitgesloten. Een constitutionele bepaling kan echter wel als toetsingskader dienen voor de wetgever in de fase van het opstellen van nieuwe wetgeving. Bij het opstellen van wetgeving wordt nu al door de wetgever rekening gehouden met, en inhoudelijk aandacht besteed aan, de eisen die de Grondwet en het EVRM aan wetgeving stellen. Ondanks deze

---

<sup>627</sup> Hierbij is vooral de discussie over het al dan niet opheffen van het toetsingsverbod en het creëren van een Constitutioneel Hof relevant.

<sup>628</sup> Hammerstein e.a. 2008.

aandacht wordt soms toch wetgeving in een later stadium in strijd met normen van een eerlijk proces geacht.<sup>629</sup> Een grondwettelijke bepaling kan tot nog meer discussie binnen het wetgevingsproces leiden naar de conformiteit van de voorgestelde wetgeving met normen van een eerlijk proces.

Daarnaast kan een dergelijke bepaling als toetsingskader gehanteerd worden door de rechter bij het toetsen van strafvorderlijk optreden door de overheid. Het Nederlandse strafproces kent van oudsher geen open normen zoals de eerlijkheid van het proces. De eerlijkheid van een procedure wordt gewaarborgd door een in wetgeving vastgelegde procedure die gevolgd moet worden. Door middel van de doorwerking van art. 6 EVRM zijn open normen echter een grotere rol gaan spelen binnen het strafproces. Deze rol zou ook vervuld kunnen worden door een constitutionele bepaling. Bij het uitoefenen van hun bevoegdheden in het Wetboek van Strafvordering zullen strafvorderlijke ambtenaren politie en justitie dan rekening moeten houden met recht op een eerlijk proces dat door de Grondwet wordt gewaarborgd. De rechter kan, juist vanwege die opdracht, het handelen van de justitiële autoriteiten dan nog achteraf toetsen. Dit zou in een strafprocedure bijvoorbeeld kunnen bij zelfstandig nemen van een beslissing door de rechter. Bijvoorbeeld door in een concrete zaak de grondwettelijke bepaling als argument te gebruiken waarom een bepaalde getuige gehoord zou moeten worden of dat bepaald bewijsmateriaal uitgesloten dient te worden. Verder zou beroep op de constitutionele bepaling dan kunnen worden ingebracht door de verdediging of het OM als een verweer in de vorm van een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt op grond van art. 359 lid 2, tweede volzin Sv.

Uiteraard zou een constitutionele bepaling ook kunnen dienen als toetsingskader voor wetgeving in formele zin in de concrete strafzaak, maar daartoe is een grotere aanpassing van de Grondwet noodzakelijk. Te denken valt dan aan de oprichting van een Constitutioneel Hof dat moet toezien op de handhaving van de Grondwet binnen de nationale procedures. Zo een Constitutioneel Hof zou anders naar een strafprocedure kijken dan de strafrechter. In het normale strafproces wordt gekeken of de juiste procedures uit het Wetboek van Strafvordering zijn gevolgd. In hoofdstuk IV bleek al dat abstracte noties van de eerlijkheid van de procedure dan lastig ingepast kunnen worden. Een Constitutioneel Hof zou juist wel naar dat soort abstracte normen kijken, zoals het EHRM dat nu ook al doet. Indien

---

<sup>629</sup> Dit bleek bijvoorbeeld bij de regeling van het verlofstelsel bij hoger beroep. Zie paragraaf

oprichting van een Constitutioneel Hof niet wenselijk of haalbaar wordt geacht, zou er voor gekozen kunnen worden dat een dergelijke vorm van toetsing op basis van een van het reguliere strafprocesrecht externe normencatalogus ook door de gewone strafrechter uitgevoerd zou kunnen worden.

### *6.2.6 Conclusie*

Uit het voorgaande blijkt dat een constitutionele bepaling over het recht op een eerlijk proces op diverse wijzen meerwaarde kan hebben. De voorgaande vormen van meerwaarde hadden vooral betrekking op de problematische elementen met betrekking tot de vormgeving van het eerlijk proces in Nederland, zoals die zijn geconstateerd in hoofdstuk II en IV. In de volgende paragraaf zal gekeken worden op welke wijze er sprake kan zijn van meerwaarde op het internationale niveau. Daarbij is wel een wisselwerking te zien met enkele aspecten van meerwaarde die hiervoor zijn besproken.

## **6.3 Meerwaarde op internationaal niveau**

### *6.3.1 Inleiding*

In deze paragraaf zullen de mogelijke vormen van meerwaarde op het internationale niveau worden behandeld. Het gaat dan vooral om de verhouding tussen het nationale niveau van bescherming en het internationale niveau. Hierbij moet de vraag worden beantwoord of een nationale bepaling over het eerlijk proces de verhouding tot en wisselwerking tussen het EHRM en de Nederlandse rechtsorde kan vergemakkelijken, en tot slot of een nationale bepaling zal leiden tot een betere, zowel in de zin van gemakkelijker als in de zin van ruimere toepassing van het EVRM-recht op een eerlijk proces. Het gaat in dit deel niet over de vraag of artikel 6 EVRM vervanging behoeft, maar vooral of er meerwaarde zou zijn als er een nationale grondwettelijke bepaling náást artikel 6 EVRM zou zijn. Aan de hand van de in de eerdere delen van het onderzoek gesignaleerde problematische elementen van de bescherming van het recht op een eerlijk proces, zal de vraag worden beantwoord of het invoegen van het recht op een eerlijk proces kan bijdragen aan het verminderen c.q. wegnemen van deze problemen.

### *6.3.2 Verlichting caseload*

In hoofdstuk III zijn de problematische aspecten van de handhaving van het EVRM door het EHRM in Straatsburg besproken. Deze aspecten zijn daartoe in dat hoofdstuk onderverdeeld in inhoudelijke en procedurele

aspecten. Het voornaamste problematische procedurele aspect waar het EHRM mee te kampen heeft, is het grote aantal zaken dat aanhangig is bij het EHRM. Dit probleem wordt ook binnen de Raad van Europa onderkend en daarom zijn er de afgelopen jaren diverse hervormingen van het beschermingsmechanisme van het EHRM geweest. De discussie over hervormingen van het EHRM gaat nog steeds door en het probleem van de verlichting van de caseload staat nog altijd op de agenda. In de internationale discussie wordt echter vooral de nadruk gelegd op wijzigingen binnen de procedure van het EHRM zelf om de caseload te verlichten. Wijzigingen op nationaal niveau komen slechts zijdelings aan de orde. Op nationaal niveau kan echter wel degelijk iets gedaan worden om de caseload te verlichten. De noodzaak hiervan moet aldaar dan wel worden onderkend.

In de eerste plaats is er een noodzaak om meer aan grondrechtenbescherming op het niveau van de nationale lidstaat te doen aangezien de wachtrijen bij het EHRM steeds langer worden. De gedachte die in Nederland soms leeft, is, dat het EHRM er altijd nog is als achtervang indien op nationaal niveau iets niet goed is gegaan. Deze gedachtegang is eigenlijk niet meer houdbaar aangezien de burger met een lange wachttijd wordt geconfronteerd indien de gang naar het EHRM moet worden gemaakt. Aan het einde van de wachtrij is de kans tevens erg groot dat de klacht niet-ontvankelijk zal worden verklaard gezien het hoge percentage van niet-ontvankelijke klachten. Zelfs indien het EHRM erin slaagt om het caseload-probleem op te lossen, is de positie van de klager geen ideale aangezien de oplossing voor het caseload-probleem waarschijnlijk ten koste zal gaan van het individuele klachtrecht. Het is namelijk moeilijk in te zien hoe een substantiële winst kan worden behaald bij het terugdringen van de caseload zonder dat dit ten koste gaat van een effectieve handhaving van het individuele klachtrecht.

Naast het feit dat nationale bescherming dus een alternatief moet zijn omdat de gang naar Straatsburg te lang duurt, kan een grotere nadruk op grondrechtenbescherming op nationaal niveau ook een bijdrage leveren aan de verlichting van de werkdruk van het EHRM. Dit tweede, meer positieve aspect van meerwaarde in het licht van de verlichting van de caseload is gericht op het terugbrengen van de aanvoer van klachten vanuit Nederland. Indien de gedachte dat de bescherming van fundamentele rechten in de eerste plaats op nationaal niveau plaats dient te vinden wordt benadrukt, leidt dit waarschijnlijk tot een situatie waarin minder klachten naar Straatsburg zullen gaan. Het idee is dan, dat door een uitgebreidere toetsing op nationaal niveau eventuele schendingen al in een vroegtijdig stadium worden geconstateerd en gecorrigeerd. Hierdoor wordt een positieve bijdrage geleverd aan het

verlichten van de caseload van het EHRM. Ook loopt Nederland in dat geval minder het risico dat het EHRM een schending constateert simpelweg omdat er minder Nederlandse zaken bij het EHRM terechtkomen. Een dergelijke proactieve houding ten opzichte van het in een vroeg stadium al constateren van eventuele schendingen op nationaal niveau past ook in het idee dat ten grondslag ligt aan het Straatsburgse beschermingsmechanisme. Die gedachtegang bestaat er namelijk uitdrukkelijk in dat handhaving van het EVRM in de eerste plaats op nationaal niveau dient te geschieden.

### 6.3.3 *Dialogo met EHRM*

In hoofdstuk III is aangegeven dat het EHRM bij de interpretatie van het EVRM dit verdrag ziet als een living instrument dat zich steeds verder ontwikkelt, en in de visie van het EHRM zich ook moet en behoort te ontwikkelen naar aanleiding van veranderende maatschappelijke omstandigheden en gevoelens over een bepaald onderwerp. Bij de vaststelling van deze omstandigheden en gevoelens is het Hof afhankelijk van signalen van de nationale lidstaten. Peters heeft uitdrukkelijk aangegeven dat de Hoge Raad door het ontbreken van het toetsingsrecht en zijn terughoudende manier van toetsen aan het EVRM hij de mogelijkheid laat liggen om de jurisprudentie van het EHRM te beïnvloeden.<sup>630</sup> Omgekeerd laat het EHRM namelijk lidstaten ook de ruimte om zelf een evolutieve interpretatie van het EVRM toe te passen.<sup>631</sup> Om tot een goede verdere ontwikkeling van de rechten van het verdrag te komen, is het dan uiteraard wel noodzakelijk dat op nationaal niveau ook gebruik wordt gemaakt van een dergelijke evolutieve interpretatie en die signalen ook door de nationale rechter worden afgegeven. Indien lidstaten enkel hun systemen afstemmen op de minimumstandaarden van het EVRM, vindt een ontwikkeling in het niveau van bescherming niet plaats.

Het EHRM lijkt dus aan lidstaten de ruimte te geven om verder te gaan dan het Hof zelf in de interpretatie van het EVRM. Of rechters die ruimte ook nemen is afhankelijk van de bevoegdheden van de rechter op nationaal niveau. In hoofdstuk II en IV is beschreven dat de Hoge Raad juist de lijn hanteert dat hij niet verder gaat dan dat hij op grond van de eisen van het EHRM moet gaan. Vanuit de Nederlandse rechter lijken aldus signalen over wat het niveau van bescherming moet zijn, in zoverre niet of nauwelijks te worden gegeven. Dat zou pas, of in ieder geval eerder, gebeuren als de nationale rechter een eigen zelfstandige interpretatie van de rechten van het EVRM of een vergelijkbare nationale grondrechtencatalogus geeft. De vraag

---

<sup>630</sup> Peters 2003, p. 22. Zie ook Heringa 2003, p. 285.

<sup>631</sup> Bjorge 2011, p. 30.



is vervolgens hoe de rechter kan worden aangezet tot een dergelijke actieve houding ten opzichte van het gebruik van fundamentele rechten in concrete (straf)procedures. Een nationale constitutionele bepaling zou kunnen helpen omdat de rechter dan uitgenodigd wordt om nadrukkelijker na te denken over fundamenteel rechterlijke vragen in het concrete geval en het gewenste niveau van bescherming, hetzij op basis van de Grondwet, hetzij op basis van het EVRM. In paragraaf 6.2.4 is al geschetst hoe een rechter met behulp van een grondwettelijke bepaling een model van rechtsvorming op kan zetten. Een dergelijk sterk(er) model kan op de hiervoor geschetste wijze dus ook van invloed zijn op de relatie met het EHRM.

Een nationaal systeem zou ook kunnen helpen om de positie van de Nederlandse rechter ten opzichte van het EHRM te versterken. Door middel van een eigen systeem van rechtsvorming op basis van een nationaal recht op een eerlijk proces, zou de rechter duidelijk aan kunnen geven hoe hij omgaat met de rechten van het EVRM. In Duitsland wordt het EVRM gebruikt om de bepalingen van de eigen nationale Grondwet te interpreteren. Op die manier vindt het EVRM zijn plaats in de Duitse nationale rechtsorde, maar kan het Bundesverfassungsgericht ook beter in de richting van het EHRM duidelijk maken hoe het tot een bepaalde beslissing is gekomen, ook in relatie tot het Straatsburgse recht. Een veroordeling door het EHRM zou dan misschien minder snel plaatsvinden.<sup>632</sup> De Britse regering heeft bij de invoering van de Human Rights Act ook gesteld dat wanneer op nationaal niveau al aan het EVRM wordt getoetst, een lidstaat meer invloed zou kunnen uitoefenen op de rechtsontwikkeling in Straatsburg.<sup>633</sup>

Tot slot kan de nationale rechter met een actievere opstelling in de hier bedoelde zin ook direct invloed uitoefenen op de bestaande jurisprudentie van het EHRM. In de rechtspraak van de House of Lords en later het Supreme Court is goed te zien dat de Britse rechter actief de rechten uit de HRA hebben uitgewerkt in de nationale rechtsorde. Het Supreme Court heeft in de zaak van *Al Khawaja en Tahery* uitdrukkelijk de dialoog met het EHRM gezocht. Dit heeft erin geresulteerd dat het EHRM de bestaande lijn in de jurisprudentie met betrekking tot het ondervragingsrecht van getuigen heeft aangepast. Het is maar zeer de vraag of het EHRM dit ook had gedaan als hiertoe geen uitdrukkelijke aanzet was gegeven door de Britse rechter.

---

<sup>632</sup> Mevis 2005, p. 453-469.

<sup>633</sup> Verhey 2007, p. 41.

Een goede dialoog tussen Nederland en het EHRM kan dus van belang zijn; een constitutionele bepaling zou kunnen helpen om de rechter ertoe aan te zetten om die dialoog ook te zoeken. Een dergelijke bepaling zou dan namelijk als basis voor de nationale rechter dienen om de dialoog met het EHRM aan te gaan. In de literatuur wordt in dit kader wel betoogd dat een dergelijke basis in het nationale recht een zeker gewicht moet hebben om tot een effectieve dialoog te kunnen komen.<sup>634</sup> Een constitutionele bepaling is wat het nationale recht daarvoor aangewezen sinds dit het zwaarste wettelijke instrument is dat de nationale autoriteiten voor handen hebben.

Indien een dergelijke constitutionele basis dus in de Grondwet wordt geboden, zouden daarmee dus drie doelen kunnen worden bereikt. Ten eerste kan een effectievere handhaving van fundamentele rechten op nationaal niveau leiden tot een afname van het aantal schendingen door Nederland dat door het EHRM wordt vastgesteld. Indien blijkt dat de nationale rechter al uitgebreid over de diverse fundamenteel rechtelijke vraagstukken heeft nagedacht en daarbij aangeeft waarom bepaalde afwegingen gemaakt zijn in het concrete geval, zal het EHRM minder snel geneigd zijn om tot een andere uitkomst te komen. Dit vanuit de gedachte dat het EHRM geen ‘fourth instance’ rechter is. Ten tweede kan de rechter, indien hij meedenkt bij de toepassing van van de EVRM-rechten, een bijdrage leveren aan de ontwikkeling van die rechten. Het EVRM biedt minimumwaarborgen; bij zijn interpretatie van de EVRM-rechten houdt het EHRM rekening met de stand van zaken met betrekking tot die rechten in de lidstaten van de Raad van Europa. Indien lidstaten echter alleen maar volgzaam zijn ten opzichte van het EHRM zal het beschermingsniveau zich dus niet, of minder snel, verder ontwikkelen. Stimulansen vanuit de lidstaten zijn daarom nodig, zodat het EHRM vervolgens de standaard van interpretatie kan bepalen. Tot slot kan een nationale rechter de jurisprudentie van het EHRM bijsturen indien op grond van een expliciete nationale bepaling van (in ons geval) het recht op een eerlijk proces de rechter aangeeft hoe hij over bepaalde jurisprudentie van het EHRM denkt. De *Al Khawaja & Tahery* zaak is hiervan een sprekend voorbeeld.

---

<sup>634</sup> Hey, De Lange & Mevis 2005, p. 1734-1736.

## ***6.4 Procedurele elementen van invoeging recht op een eerlijk proces***

### *6.4.1 Inleiding*

De enkele constatering en omschrijving van de mogelijke vormen van meerwaarde zijn niet het eindpunt van dit onderzoek. Voor de beantwoording naar de vraag van de meerwaarde van de opname van het recht op een eerlijk proces is het namelijk nog nader van belang om te bezien welke vorm en inhoud een eventuele grondwettelijke bepaling zou moeten krijgen. Daarbij is ook de plaatsing van het recht binnen de Grondwet van belang. Voorts is de mate waarin de hiervoor beoogde vormen van meerwaarde kunnen worden gerealiseerd afhankelijk van de constitutionele verhoudingen tussen de rechter en de wetgever binnen de Grondwet waarin een dergelijk recht zou worden geplaatst. Deze twee laatste punten komen in deze paragraaf nader aan de orde.

### *6.4.2 Vorm van en plaats van een bepaling over het recht op een eerlijk proces*<sup>635</sup>

Indien zou worden besloten om het recht op een eerlijk proces in de Grondwet op te nemen, dient de vraag te worden beantwoord hoe een dergelijke bepaling zou moeten worden geformuleerd.

Er zijn grofweg drie varianten te benoemen voor de vormgeving van een grondwettelijke bepaling over het recht op een eerlijk proces. In de eerste plaats gaat het dan om een artikel waarin enkel een open norm wordt geformuleerd, bijvoorbeeld: 'Een ieder heeft recht op een eerlijk proces'. Een tweede variant betreft een artikel waarin een opsomming van concrete deelrechten die het eerlijk proces omvatten bevat, zonder het algemene recht op een eerlijk proces als algemene norm in de bepaling te noemen. Het betreft dan specifieke deelrechten als het recht op een onafhankelijke en onpartijdige rechter en het recht om getuigen ter zitting te ondervragen. Tenslotte is er nog een hybride variant waarin de beide hiervoor genoemde opties zijn verwerkt. Hierbij kan de formulering van artikel 6 EVRM als voorbeeld dienen.

De Staatscommissie Grondwet heeft geadviseerd over de vorm van een bepaling over het eerlijk proces, inclusief een nadrukkelijke vermelding van het recht op toegang tot de rechter. De eerste optie van een recht met enkel een open norm zonder een begrenzing naar een bepaald type procedures geniet niet de voorkeur van de Staatscommissie aangezien volgens haar dan

---

<sup>635</sup> Zie hierover ook nader De Lange, Leeuw & Mevis 2009, p. 151-154.

niet duidelijk is voor welke procedures een dergelijk recht zou gelden.<sup>636</sup> De tweede optie van een bepaling met een opsomming van deelrechten acht de Staatscommissie niet passen bij de stijl van de huidige Grondwet.<sup>637</sup> De hybride variant is een combinatie van de beide eerste opties en sluit het meest aan bij de tekst van artikel 6 EVRM. De Staatscommissie kiest uiteindelijk voor een variant die sterk lijkt op het vastleggen van een open norm, maar de toepassing van het artikel beperkt tot gevallen waarin door het recht beschermde belangen zijn geschaad.<sup>638</sup>

De keuze voor welk soort bepaling moet worden gekozen is afhankelijk van de rol van de rechter die men voorziet of verwacht bij de toepassing van de bepaling. Indien verwacht mag worden dat de rechter actief met de bepaling zal gaan werken en inderdaad een model van rechtsvorming zal opzetten zoals hiervoor is geschetst, kan een bepaling met een open norm voldoende zijn. Mocht de rechter echter (nog steeds) een terughoudende houding aannemen ten opzichte van de grondwettelijk bepaling, dan ligt het voor de hand om een bepaling met meer specifiek genoemde deelrechten op te nemen. Ook hier is het antwoord op de vraag naar de constitutionele bevoegdheden van de rechter en de wetgever dus weer van belang.

Naast de vraag naar de vorm van een bepaling over het recht op een eerlijk proces is het ook nog van belang om te bezien waar binnen de Grondwet dit recht geplaatst wordt. Er zijn hiervoor twee opties te bepleiten. In de eerste plaats kan een grondwettelijke bepaling inhoudende een dergelijk recht worden toegevoegd aan de catalogus van grondrechten in hoofdstuk 1 van de Grondwet. In dit hoofdstuk staan reeds diverse klassieke en sociale grondrechten. Indien het artikel hier geplaatst zou worden, zal het vooral de vorm (moeten) krijgen van een recht voor de burger. Een andere optie zou zijn om het artikel te plaatsen in het hoofdstuk over de rechtspraak; hoofdstuk 6. Plaatsing in dit zesde hoofdstuk zou tot gevolg hebben dat de bepaling meer de vorm zal (moeten) krijgen van een instructienorm en dus van een opdracht aan de rechter om een eerlijk proces te garanderen en te realiseren in ieder concreet geval dat aan hem wordt voorgelegd. Een dergelijke bepaling lijkt een concreet recht voor de burger uit te sluiten. De enige mogelijkheid om een dergelijke bepaling in een concrete strafzaak in te roepen is dan immers door de rechter door middel van een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt op grond van artikel 359 lid 2, tweede volzin Sv aan zijn taakstelling om een eerlijk proces te garanderen te herinneren bij het nemen

---

<sup>636</sup> Staatscommissie Grondwet 2010, p. 63.

<sup>637</sup> Staatscommissie Grondwet 2010, p. 62.

<sup>638</sup> Staatscommissie Grondwet 2010, p. 63-64.

van een bepaalde beslissing. In zijn algemeenheid moet toch gezegd worden dat dit een lastige redenering vereist. Andersom is dat minder het geval: in een bepaling in hoofdstuk 1 kan de rechter relatief eenvoudig ook een taakstelling voor de rechter inlezen als een soort van positieve verplichting die aan het grondwettelijke recht voortvloeit. Dergelijke positieve verplichtingen worden ook ingelezen in diverse EVRM-bepalingen.

De Staatscommissie Grondwet heeft in meerderheid gekozen voor plaatsing in hoofdstuk 1 van de Grondwet. Die meerderheid van de Staatscommissie stelde voor om het recht op een eerlijk proces toe te voegen als eerste lid aan het bestaande artikel 17 Gw, de bepaling over het ius de non evocando. Dit laatste recht zou dan in het tweede lid van artikel 17 Gw worden vastgelegd.<sup>639</sup> De door de Staatscommissie voorgestelde bepaling zou dan als volgt luiden:

*“1. Ieder wiens door het recht beschermde belangen worden getroffen heeft recht op een eerlijk proces voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter.*

*2. Niemand kan tegen zijn wil worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent”*

De Staatscommissie koos in meerderheid voor hoofdstuk 1 van de Grondwet aangezien de door haar voorgestelde bepaling een grondrechtelijk karakter heeft.<sup>640</sup> Een minderheid van de Staatscommissie, de leden Kortmann en De Lange, stelden echter opname van het recht op een eerlijk proces in hoofdstuk 6 voor. Als reden noemden zij dat het recht op een eerlijk proces binnen de Nederlandse Grondwet moeilijk als een direct inroepbaar recht zou kunnen dienen, de bepaling vooral vraagt om uitvoering door de wetgever en het recht op een eerlijk proces afwijkt van de andere klassieke grondrechten gezien het feit dat deze andere rechten vooral afweerrechten zijn.<sup>641</sup>

Het antwoord op de vraag naar opname in hoofdstuk 1 of hoofdstuk 6 van de Grondwet is (mede) afhankelijk van eventuele andere wijzigingen binnen het grondwettelijk kader van de verdeling van bevoegdheden tussen de rechter en de wetgever. De rechter heeft vanwege het toetsingsverbod en de huidige constitutionele verhoudingen namelijk een beperkte ruimte bij de beoordeling van conformiteit van wetgeving in formele zin en optreden van strafvorderlijke autoriteiten met de grondrechten uit de Grondwet. In het geval van plaatsing van het recht in hoofdstuk 6 zal een zodanig recht vooral dienen als opdracht aan de rechter om een eerlijk strafproces te garanderen,

---

<sup>639</sup> Staatscommissie Grondwet 2010, p. 61 & 64.

<sup>640</sup> Staatscommissie Grondwet 2010, p. 61-62 & 64.

<sup>641</sup> Staatscommissie Grondwet 2010, p. 62.

maar ook aan de wetgever om bij het opstellen van wetgeving rekening te houden met de eerlijkheid van de procedure. Indien het recht in hoofdstuk 6 wordt geplaatst zal dit betekenen dat de verdachte zich niet, of minder gemakkelijk rechtstreeks, op dit recht zal kunnen beroepen. Indien het recht op een eerlijk proces in hoofdstuk 6 wordt opgenomen, zal het namelijk niet worden geformuleerd als recht voor de verdachte, maar als taak voor de rechter. Dit verschil bemoeilijkt de toepassing in de concrete procedure. Ook ligt een rol voor een dergelijk recht als toetsingskader voor de wetgever minder voor de hand, aangezien de adressant van de bepaling eerder en uitsluitend, gezien de opschrift van hoofdstuk 6 ('Rechtspraak'), de rechter zal zijn. Aangezien de meerwaarde van het opnemen van het recht op een eerlijk proces mede moet worden gezocht in de verhouding tussen de nationale strafrechter en het EVRM lijkt een eventuele opnamen in hoofdstuk 1 van de Grondwet meer voor de hand te liggen.

Mocht het opnemen van het recht op een eerlijk proces gepaard gaan met wijzigingen van de constitutionele structuur van bevoegdheden tussen de wetgever en de rechter, dan ligt het nog sterker voor de hand om het recht op een eerlijk proces toe te voegen aan de bestaande catalogus van grondrechten in hoofdstuk 1. De vraag naar eventuele extra wijzigingen voor wat betreft het beschermingssysteem van de Grondwet zal in de volgende paragraaf worden besproken.

#### *6.4.3 Optimalisering van meerwaarde door aanpassing constitutionele structuren*

In het voorgaande zijn diverse mogelijke vormen van meerwaarde van het opnemen van het recht op een eerlijk proces besproken. De vraag hoe deze meerwaarde ook feitelijk kan worden gerealiseerd, hangt enigszins samen met de vraag naar de vorm en inhoud van de bepaling, maar ook met de bevoegdheden van en voor de rechter en de wetgever bij het handhaven en vormgeven van een dergelijke bepaling.

Er zijn enkele vormen van meerwaarde die simpelweg kunnen worden gerealiseerd door het opnemen van een grondwettelijke bepaling die het recht op een eerlijk proces garandeert. Te denken valt dan aan de meerwaarde van de symboolfunctie van zo een bepaling en de functie als toetsingskader voor de wetgever bij het opstellen van nieuwe wetgeving. Om deze vormen van meerwaarde te realiseren, is geen aanvullende wijziging van de Grondwet nodig naast het opnemen van de bepaling inzake het eerlijk proces als zodanig.

Voor een aantal andere vormen van meerwaarde ligt dat inzake het eerlijk proces gecompliceerder. Het gaat dan vooral om de meerwaarde van een grondwettelijke bepaling inzake het eerlijk proces die gevonden moet worden in de relatie van de rechter tot het EHRM, EVRM en de wetgever.

Om te beginnen met de in paragraaf 6.3.3 besproken meerwaarde in de vorm van een actieve dialoog tussen het EHRM en de nationale rechter: om effectief tegenwicht te kunnen bieden aan het EHRM en om als een gesprekspartner in de ontwikkeling van de normen van het EVRM te kunnen dienen, is een sterkere en zelfstandigere positie van de Nederlandse rechter nodig. De rechter zal in het omgaan met de normen van het EVRM duidelijker moeten (kunnen) aangeven hoe hij met vraagstukken over fundamentele rechten omgaat. Indien dit gebeurt, kan de meerwaarde van de dialoog maximaal kunnen worden benut. Ook de verhouding tussen het nationale strafprocesrecht en het EVRM zou baat hebben bij een sterkere positie van de nationale strafrechter. In paragraaf 6.2.4 is wat dat betreft gewezen op de meerwaarde die een grondwettelijke bepaling over het recht op een eerlijk proces kan hebben in de zin dat een dergelijke bepaling kan bijdragen aan een betere en meer transparante doorwerking en toepassing van het EVRM in het Nederlandse strafproces.

Als het gaat om de verhouding tot de wetgever zou een sterkere positie van de rechter ook kunnen helpen bij de rechtsontwikkeling met betrekking tot fundamentele rechten. In hoofdstuk IV bleek, dat de Nederlandse rechter in bepaalde omstandigheden terughoudend(er) is om wettelijke regelingen uit te breiden ten faveure van de verdachte of andere procespartijen. Als voorbeeld hiervan is gewezen op de beperkte mogelijkheid tot hoger beroep voor de verdachte bij de artikelen 445 en 446 Sv waarin de Hoge Raad geen wijziging in wilde aanbrengen.<sup>642</sup> Het is dan in bepaalde gevallen niet mogelijk voor de rechter om rechtsbescherming te bieden daar waar hij dat kennelijk wel nodig vindt, bijvoorbeeld in gevallen waar de wetgever nooit aan gedacht heeft. Ook bij de inpassing van de Salduz-rechtspraak in het Nederlandse strafproces was deze terughoudende opstelling van de Hoge Raad te zien.<sup>643</sup>

We zagen eerder in dit hoofdstuk dat de hiervoor genoemde problemen zouden kunnen worden verholpen, of in ieder geval kunnen worden verlicht, indien een constitutionele bepaling over het recht op een eerlijk proces wordt opgenomen. Echter, voor de direct hiervoor besproken vormen van meerwaarde die moeten helpen bij deze problemen, is enkel het opnemen van een het recht op een eerlijk proces niet voldoende. Om het recht op een eerlijk proces in die gevallen ook optimaal te kunnen operationaliseren in het

---

<sup>642</sup> Zie hoofdstuk IV, paragraaf 4.3.3.1.

<sup>643</sup> Zie hoofdstuk IV, paragraaf 4.3.3.2.

bereiken van de hier bedoelde vormen van meerwaarde, is een uitgebreide(re) aanpassing van de Grondwet nodig en aangewezen, met als doel het versterken van de positie van de rechter bij de invulling van de bescherming van de rechten die in de Grondwet zijn opgenomen, ook tegenover de wetgever. In hoofdstuk II bleek, dat de positie van de rechter vooral wordt beïnvloed door een historische constitutionele traditie waarvan het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet het ultieme symbool is. Die traditie zal dus moeten worden doorbroken of veranderd.

In dit kader is de discussie over de invloed het toetsingsverbod, en van de eventuele afschaffing daarvan, al aan de orde gekomen in hoofdstuk II. Al sinds de invoering van het artikel over dat toetsingsverbod is er discussie geweest over de wenselijkheid van het uitsluiten van de toetsing van wetten in formele zin door de rechter. Ondanks deze discussie is het toetsingsverbod na zoveel jaren nog steeds vastgelegd in de Grondwet. Het wetsvoorstel van het (inmiddels voormalig) Kamerlid Halsema is nog steeds in tweede lezing aanhangig in de Staten-Generaal. Het is echter maar zeer de vraag of de politieke wil aanwezig is om het toetsingsverbod op te heffen. Vooral de wens om de wetgever het laatste woord te laten houden over de conformiteit van wetgeving met de Grondwet, lijkt nog steeds de belangrijkste reden te zijn om het huidige systeem in stand te laten. Er zijn juist signalen dat er eerder een politieke wil is om de taak van de rechter bij de bescherming van verdragsrechten in te perken en de positie van de wetgever ten opzichte van de rechter nog verder te versterken. In dat kader kan gewezen worden op het voorstel om de bevoegdheid van de rechter om wetgeving aan verdragen te toetsen op grond van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet in te perken.<sup>644</sup> Dit zou de positie van de rechter ten opzichte van de wetgever alleen nog maar verder verzwakken en de in dit onderzoek geschetste problemen alleen nog meer vergroten.

De vraag rijst vervolgens of de beschreven vormen van meerwaarde ook op een andere manier kunnen worden gerealiseerd. Hierbij kan het systeem, zoals dat in het Verenigd Koninkrijk in de HRA wordt toegepast, wellicht een oplossing bieden, zoals uit de beschrijving van dit systeem in hoofdstuk V kan blijken. Bij het opstellen van de HRA moest ook de vraag worden beantwoord hoe ver de toetsingsbevoegdheid van de rechter moest gaan. Een volledige toetsingsbevoegdheid, inclusief het recht om wetten buiten toepassing te laten of te vernietigen, werd niet wenselijk geacht. Ook hier was de voornaamste reden om volledige toetsing niet mogelijk te maken, de wens om

---

<sup>644</sup> Zie het voorstel van rijkswet van VVD Tweede Kamer-lid Taverne uit 2012. Kamerstukken II 2011-2012, 33359 (R 1986), nr. 1-3.



het primaat van de wetgever over de inhoud van wetgeving overeind te houden. Daarom is voor de tussenvorm gekozen van conforme interpretatie, gekoppeld aan een bevoegdheid voor de rechter om, in de eerste plaats ten behoeve van en in richting van de wetgever te signaleren wanneer wetten of wettelijke bepalingen in strijd zijn met het EVRM. Een dergelijk signaal wordt afgegeven door middel van het instrument van de ‘declaration of incompatibility’. Hoewel dit in theorie niet hele sterke bevoegdheden voor de rechter lijken, is de praktijk anders. Uit de analyse in hoofdstuk V is gebleken, dat dit systeem de rechter een bepaalde mate van inspraak geeft in de discussie over de plaats, inhoud, betekenis en reikwijdte van fundamentele rechten en dat de rechter zijn plaats in die discussie ook gekregen en daadwerkelijk ingenomen heeft. Ook ten opzichte van het EHRM is een kritische houding van de Britse rechter te zien, zonder dat de autoriteit van het EHRM (door de Britse rechter) meteen wordt betwist. Deze kritische, maar tegelijk ook respectvolle, en op punten volgzame, houding van de Britse rechter heeft er waarschijnlijk wel toe bijgedragen dat het EHRM bereid is om soms in de gedachtegang van de Britse rechter mee te gaan. De koerswijziging van het EHRM in de Al-Khawaja & Tahery-zaak is daarvan het meest indringende voorbeeld. Die koerswijziging heeft in de betreffende zaak tot het concrete resultaat geleid dat in een van de zaken de eerdere constatering in de Kameruitspraak van een schending, door de Grote Kamer werd teruggedraaid. Daarnaast is de discussie en het debat dat ontstaat indien er sprake is van een dialoog van belang. De discussie over hoe het recht op een eerlijk proces bij bepaalde deelrechten van artikel 6 EVRM moet worden geoperationaliseerd, is daarom ook al van zelfstandig belang.

Het kan daarom aangewezen zijn om te overwegen of het aanbeveling verdient om ook in Nederland te bezien of een dergelijk systeem een uitkomst zou bieden, mocht de opheffing van het toetsingsverbod niet haalbaar of politiek onwenselijk blijken te zijn.

## **6.5 Conclusie**

In dit hoofdstuk is getracht de diverse manieren aan te schetsen op welke wijze er meerwaarde uit kan gaan van het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet. Onderscheid is daarbij gemaakt tussen meerwaarde op nationaal niveau en meerwaarde op internationaal niveau. Daarbij moet worden aangetekend dat juist in het functioneren van een dergelijke bepaling als bijdrage aan de wisselwerking tussen deze beide niveaus ook positieve resultaten kunnen worden behaald. De mate waarin de meerwaarde van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet kan worden gemaximaliseerd en geoptimaliseerd is in de eerste plaats afhankelijk van de

## HOOFDSTUK VI

vorm en inhoud die een dergelijke bepaling eventueel zou krijgen, maar vooral van de vraag of er ook wijzigingen in de constitutionele verhoudingen plaatsvinden. De vraag of het komt tot een opheffing van het toetsingsverbod is daarbij vooral relevant. Opheffing van het toetsingsverbod zou sterk helpen bij het versterken van de positie van de rechter ten opzichte van de wetgever bij de handhaving van de grondrechten uit de Grondwet. Mocht echter niet gekozen worden voor de opheffing van het toetsingsverbod en de wens blijven bestaan om de wetgever het laatste woord te geven over de grondwettigheid van wetgeving, dan is dat geen reden om van het opnemen van een bepaling af te zien. In dat geval zou immers voor een tussenoplossing kunnen worden gekozen. Het model van handhaving van de HRA in het Verenigd Koninkrijk zou dan een model kunnen zijn waaruit inspiratie geput kan worden.

# Hoofdstuk VII: Opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet?

## 7.1 Inleiding

In dit laatste hoofdstuk is het van belang om op basis van het voorgaande tot een finale afweging te komen en te bezien of het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de nationale Grondwet meerwaarde heeft, en vervolgens of daarom overgegaan met worden tot de opname van dit recht in de Grondwet.

Om deze afweging op een juiste wijze te kunnen maken is in het voorgaande op basis van de in hoofdstuk I geformuleerde deelvragen een uitvoerige analyse gemaakt van de diverse elementen die betrekking hebben op deze hoofdvraag. De deelvragen zijn in de afgelopen hoofdstukken aan de orde gekomen en beantwoord. In dit hoofdstuk zal in de eerste plaats een inventarisatie van de antwoorden op de deelvragen worden gemaakt. Vervolgens zal de uiteindelijke afweging kunnen worden gemaakt. Namelijk of het, in het licht van de in de voorgaande hoofdstukken gesignaleerde problemen bij de toepassing van het recht op een eerlijk proces en de in hoofdstuk VI geformuleerde vormen van meerwaarde, wenselijk is om het recht op een eerlijk proces in de Grondwet op te nemen. Daarbij hoort een beschouwing over de bestaande, en eventueel nieuwe, bevoegdheden voor rechter en wetgever, ook in hun onderlinge verhouding, bij het handhaven en interpreteren van een dergelijke bepaling.

## 7.2 Inventarisatie van de antwoorden op de deelvragen

In hoofdstuk II zijn twee vragen aan de orde gesteld die in het kader van de uiteindelijke conclusie over de probleemstelling relevant zijn. In de eerste plaats de vraag hoe het karakter van de Nederlandse Grondwet zich historisch gezien heeft ontwikkeld. Ten tweede is vervolgens van belang in hoeverre in het licht van die ontwikkeling en het karakter van de Grondwet de opname van het recht op een eerlijk proces in de huidige Grondwet zou passen, of dat opname, gegeven dat karakter van de Grondwet, misplaatst zou zijn.

Voor wat betreft het eerste punt bleek dat de Grondwet, historisch gezien, een sober karakter kent en vooral een bevoegdheidsverdelende functie heeft. Dit sobere karakter is in recente jaren wel eens bekritiseerd in die zin dat geluiden opgaan dat de Grondwet een meer inspirerend karakter dient te

hebben. De Staatscommissie Grondwet heeft in dat kader ook enkele gedachten ontwikkeld en concrete voorstellen gedaan. Deze werden door het kabinet-Rutte I echter ter zijde geschoven met de motivering dat de Grondwet in zijn huidige functie en betekenis goed functioneert.<sup>645</sup> Er lijkt hier dus een spanning te zijn tussen degenen die een meer inspirerend en normatief karakter voor de Grondwet wensen, en de opstelling van de regering die terzake als sober kan worden gekarakteriseerd.

Het tweede deel van de eerste deelvraag dat beantwoord moet worden, is dan in hoeverre opname van het recht op een eerlijk proces voor de hand ligt, gezien de wens om het sobere karakter van de Grondwet te handhaven, aangezien bescherming van het eerlijk proces ook reeds door artikel 6 EVRM plaatsvindt. Dit laatste is voor het kabinet-Rutte I een voorname reden om opname in de Grondwet, naast artikel 6 EVRM, niet noodzakelijk te vinden. In dat kader is van belang dat de Staatscommissie Cals/Donner voor de Grondwetsherziening die leidde tot de Grondwet 1983 in zijn algemeenheid adviseerde dat het opnemen van rechten die reeds in verdragen zijn vastgelegd, toch meerwaarde heeft gezien het verschillende karakter dat nationale grondrechten en verdragsrechten hebben. Zo bezien, is het argument dat opname van het recht op eerlijk proces niet nodig is aangezien artikel 6 EVRM reeds (voldoende) bescherming biedt, op zichzelf niet steekhoudend. De reden dat de Staatscommissie Cals/Donner destijds niet adviseerde tot opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet kwam voort uit de gedachte dat de regeling in het Wetboek van Strafvordering voldoende adequate bescherming bood. In hoeverre die stelling thans nog klopt, is nader aan de orde geweest in hoofdstuk IV en zal hieronder nog aan de orde komen. De voornaamste conclusie uit dit tweede hoofdstuk voor wat betreft de Grondwet en het recht op een eerlijk proces is, dat de functie en het karakter van de Grondwet op zich er niet aan in de weg staan om het recht op een eerlijk proces daarin op te nemen. De Grondwet bevat immers reeds diverse grondrechten, ook grondrechten die in verdragen zijn opgenomen. Met deze constatering uit hoofdstuk II kan een meer principiële argument tegen opname van het recht op een eerlijk proces, namelijk dat het niet in de Grondwet zou passen omdat er staatsrechtelijke redenen zijn die tegen opname van een dergelijk recht pleiten, worden weggenomen. Dat geldt vooral omdat niet is gebleken dat er sprake is geweest van een bewuste keuze om het recht op een eerlijk proces niet op te nemen op het moment dat andere grondrechten wel in de Grondwet werden opgenomen.

---

<sup>645</sup> *Kamerstukken II 2011/12*, 31 570, nr. 20, p. 11.

Na de historische analyse van de ontwikkeling van de Grondwet kwam in hoofdstuk III de wijze van bescherming van het recht op een eerlijk proces door het EHRM in Straatsburg aan de orde. De deelvraag die in dit hoofdstuk werd besproken was, op welke wijze de handhaving van de EVRM-rechten (artikel 6 EVRM in het bijzonder) in Straatsburg plaatsvindt. Daarbij speelt in de eerste plaats vooral de vraag in hoeverre problematische elementen spelen voor wat betreft de doorwerking van het EVRM in Nederland. In de tweede plaats speelt het aspect van de bescherming van burgers door middel van het Straatsburgse beschermingsmechanisme en welke problematische elementen daarbij kunnen worden aangewezen.

In het derde hoofdstuk is ter beantwoording van die vragen een onderscheid gemaakt tussen procedurele elementen en inhoudelijke elementen van het beschermingssysteem die baat zouden hebben bij constitutionalisering van het recht op een eerlijk proces op nationaal niveau. Naast deze elementen is een meer algemene conclusie van het hoofdstuk gebaseerd op een principiële argument voor opname van het recht op een eerlijk proces. Dat argument betreft het feit dat het gehele Straatsburgse beschermingssysteem gebaseerd is op de gedachte dat bescherming van de fundamentele rechten van burgers in eerste instantie op nationaal niveau plaats moet vinden. Dit argument is op zichzelf al voldoende sterk om te pleiten voor opname van een nationaal recht op een eerlijk proces. De hiervoor genoemde procedurele en inhoudelijke elementen van het beschermingssysteem zijn dermate problematisch dat zij extra argumenten voor opname opleveren en de nadruk van nationale bescherming vergroten.

Voor wat betreft de procedurele elementen is vooral gewezen op de grote werkdruk van het Hof waardoor het zeer lang kan duren voordat een klacht door het EHRM wordt behandeld. Ten gevolge van deze werkdruk zijn hervormingsvoorstellen gedaan en ook doorgevoerd die de toegang tot het Hof in de toekomst wellicht nog verder zullen beperken. Een nationale bepaling kan de druk op het Hof verlichten doordat minder zaken naar Straatsburg zullen gaan indien schendingen van de rechten van de burger reeds op nationaal niveau zijn afgehandeld of voorkomen. Een constitutionele bepaling zou namelijk een extra stimulans zijn voor de rechter om aspecten die binnen een concrete strafzaak betrekking hebben op deze rechten (in dit geval het recht op een eerlijk proces) nadrukkelijker te behandelen en zodoende eventuele schendingen in een vroeg stadium te corrigeren of te voorkomen. Daarnaast hoeft de burger die meent dat hij getroffen is door een schending van het EVRM niet een langdurige procedure in Straatsburg te starten.

De inhoudelijke elementen van het beschermingssysteem zijn voorts vooral besproken in het licht van de problematische aspecten van de

inhoudelijke ontwikkeling van de jurisprudentie van het EHRM. Zo is erop gewezen dat het EHRM bij het bepalen van de standaard van bescherming rekening houdt met het niveau van bescherming in een meerderheid van de lidstaten van de Raad van Europa, zolang maar wordt voldaan aan een zeker minimumniveau van bescherming. Indien het EHRM dit niveau van bescherming verder wil ontwikkelen, kijkt het of er signalen zijn vanuit de lidstaten dat zij uitgaan van een hoger niveau van bescherming. Een positieve bijdrage in deze richting van de lidstaten is dan noodzakelijk. Echter, uit dit onderzoek kan worden afgeleid dat vanuit Nederland dit soort signalen niet worden afgegeven aangezien de Nederlandse rechter geen ruimere bescherming lijkt te willen, of te kunnen, geven dan door Straatsburg wordt vereist. Een reden hiervoor is de in hoofdstuk II gesignaleerde verhouding tussen de rechter en wetgever in Nederland die een al te activistische interpretatie van het EVRM door de nationale rechter in de weg lijkt te staan. Daarnaast is ook gewezen op het verschil in concepten van hoe het EHRM naar artikel 6 EVRM kijkt, en hoe dit op nationaal niveau geschiedt. Dit verschil in concepten maakt een goede omgang tussen het EVRM en het nationale strafproces in de huidige situatie ook problematisch.

In hoofdstuk IV kwam de vraag aan de orde naar de vormgeving en realisering van het recht op een eerlijk proces in de Nederlandse strafprocedure. Ten eerste werd in dit hoofdstuk een analyse gemaakt van de vormgeving en realisering van het recht op een eerlijk proces binnen het Nederlandse strafproces, en in hoeverre daarbij problematische aspecten spelen. Ten tweede moest het meer algemene argument van de Staatscommissie Cals/Donner worden beoordeeld, namelijk dat opname van het recht op een eerlijk proces niet nodig is omdat het Wetboek van Strafvordering voldoende rechtsbescherming voor de verdachte biedt.

In Hoofdstuk IV is allereerst een weergave gegeven van de realisering van het recht op een eerlijk proces in de Nederlandse strafrechtsorde. In dit hoofdstuk is de wijze waarop in Nederlandse strafwetgeving een eerlijk proces wordt gegarandeerd, beschreven. Daaruit bleek dat hoewel er nooit een recht op een eerlijk proces in Nederlandse (Grond)wetgeving is vastgelegd, er toch sprake is van eerbiediging van het idee dat een strafproces op een eerlijk wijze dient te verlopen. Dit omdat het Wetboek van Strafvordering door middel van een uitgebreide regeling van het strafprocesrecht een eerlijk proces beoogt te garanderen. Daarnaast is er nog de aanvullende werking van beginselen van een behoorlijke procesorde die ook een rol spelen bij de realisering van het recht op een eerlijk proces.

Na een bespreking van de diverse aspecten binnen de Nederlandse strafwetgeving die een eerlijk proces beogen te garanderen, is de werking van

artikel 6 EVRM binnen de Nederlandse strafrechtsorde besproken. Vanwege de doorwerking van artikel 6 EVRM kan de verdachte een aanspraak maken op het in dat artikel vastgelegde concrete recht op een eerlijk proces, naast de bescherming die door het Wetboek van Strafvordering wordt geboden. Uit de analyse van de aspecten van de realisering van het recht op een eerlijk proces in de Nederlandse strafwetgeving blijkt, dat er diverse aspecten zijn die wellicht gebaat zouden zijn bij een (sterkere) constitutionele basis voor de aanspraak op 'eerlijkheid' in het strafprocesrecht in de Grondwet. Zodoende zouden enkele van de beschreven problematische aspecten bij de realisering van het recht op een eerlijk proces kunnen worden weggenomen.

Voor wat betreft de doorwerking van het EVRM is gewezen op het feit dat deze in de huidige situatie niet optimaal verloopt. Dit komt door de moeilijkheden met het vaststellen van de precieze regels die worden gesteld door het EHRM. Zodoende is vaak niet geheel duidelijk wat het niveau van bescherming moet zijn. Daarmee hangt samen dat de Hoge Raad niet bereid lijkt om aan het EVRM een ruimere toepassing te geven dan die door het EHRM wordt geboden. Dit gezien de 'bescheiden' positie van de Nederlandse (straf)rechter ten opzichte van de wetgever voor wat betreft de wetgeving in formele zin. Het gaat dan om de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter die snel bereikt worden op het moment dat er geen duidelijke uitspraak van het EHRM is. De twee hier genoemde aspecten bleken het meest duidelijk in de reactie op de Salduz-uitspraak van het EHRM. Ten eerste was niet direct duidelijk wat deze uitspraak voor Nederland betekende. Daardoor koos de Hoge Raad voor een voorzichtige koers (het tweede aspect); hij gaf een conservatieve uitleg aan de uitspraak.

Het doel van de rechtsvergelijkende analyse in Hoofdstuk V is, om een illustratie te geven van hoe vragen over doorwerking van het EVRM ook in het buitenland spelen. Er is voor gekozen om het Verenigd Koninkrijk als voorbeeld vrij uitgebreid te belichten. Het Verenigd Koninkrijk is een goed voorbeeld om te bespreken aangezien veel van de rechtsvragen die in Nederland spelen ook in dit land aan de orde komen met dezelfde juridische en politieke discussiepunten, vaak nog diepgaander en kritischer dan in Nederland.

In de jaren na de Tweede Wereldoorlog werd in het Verenigd Koninkrijk de discussie gevoerd of het Verenigd Koninkrijk niet een 'eigen' Bill of Rights zou moeten opstellen. Nadat het opstellen van een dergelijke Bill of Rights niet mogelijk bleek, is de discussie zich gaan richten op incorporatie van het EVRM. Dit is uiteindelijk gebeurd door invoering van de HRA. Door middel van de HRA werken de meeste rechten van het EVRM door in de Britse rechtsorde en kunnen deze rechten door burgers worden ingeroepen voor de

Britse rechter. Deze wijze van het creëren van doorwerking is in Nederland niet nodig aangezien de Grondwet zelf al de doorwerking van verdragen regelt. Het kenmerkende aan de HRA zit in het feit dat de wet ook een uitgebreide regeling bevat over hoe en door wie eventuele door de rechter geconstateerde strijdigheid van wetgeving met internationaal recht moet worden opgelost. Dat is een aspect dat in de Nederlandse Grondwet ontbreekt. Mede door de bijzondere verdeling van de bevoegdheden bij de toetsing van wetgeving aan het EVRM, wordt in Britse rechterlijke uitspraken uitvoerig de verhouding van de rechter tot het EHRM en de wetgever aan de orde gesteld bij de bescherming van fundamentele rechten. Het Britse Supreme Court is over het algemeen vrij volgzaam ten opzichte van Straatsburg, maar heeft zich ook bereid getoond om bepaalde onderdelen van het Britse recht te verdedigen tegenover het EHRM en ter zake in dialoog te treden met het EHRM. Deze volgzame houding bij de toepassing van de HRA wordt vaak heftig bekritiseerd, zowel door mensen die menen dat de Britse rechter juist verder zou moeten gaan dan Straatsburg als door mensen die vinden dat de Britse rechter te vaak het EHRM volgt. In recente jaren is de discussie in het Verenigd Koninkrijk over het invoeren van een eigen, nationale Bill of Rights weer opgelaaid. Dit komt vooral door onvrede bij politici over uitspraken van het EHRM. In deze discussie zijn diverse vraagpunten te zien die ook in Nederland spelen. Mede om die reden is het volgen van de, nog lopende, discussie zeer waardevol. Vooral omdat, los van de inhoud van Brits recht, de gedachten over rechterlijke oordeelsvorming en de verhouding van de rechter met andere organen zoals wetgever en EHRM ook voor de Nederlandse discussie van belang zijn.

In Hoofdstuk VI zijn ten slotte mogelijke vormen van meerwaarde van het opnemen van het recht op een eerlijk proces geïnventariseerd en besproken. Er is daarbij getracht een overzicht te maken van de wijze waarop het recht op een eerlijk proces een meerwaarde in de Grondwet zou (kunnen) hebben ten opzichte van de huidige situatie. Deze vormen van meerwaarde zijn onderverdeeld in meerwaarde op nationaal niveau en meerwaarde op internationaal niveau. Er is echter ook sprake van een zekere wisselwerking tussen beide. Een sterkere focus op grondrechten op nationaal niveau kan bijvoorbeeld een positief effect hebben op de verhouding tussen de nationale rechter en het EHRM.

Aan het einde van hoofdstuk VI is ook gekeken of het voor het optimaliseren van de meerwaarde van een constitutionele bepaling over het eerlijk proces nog van belang is om bestaande constitutionele structuren aan te passen. De conclusie daarbij is, dat wel degelijk nagedacht zou moeten worden of de verhouding tussen rechter en wetgever bij de bescherming van



de grondrechten uit de Grondwet niet aangepast zou moeten worden. Dit is voor sommige vormen van meerwaarde niet noodzakelijk, zoals bijvoorbeeld de meerwaarde die het opnemen van het recht op een eerlijk proces biedt als het gaat om het (daardoor) versterken van de symbolische functie van de Grondwet. Echter, als het gaat om de interpretatie en toepassing van grondrechten en fundamentele rechten uit verdragen, zou een sterkere positie van de rechter ten opzichte van de wetgever noodzakelijk zijn om de ontwikkeling van dergelijke rechten maximaal te stimuleren en te faciliteren. Indien zou blijken dat opheffing van het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet politiek niet wenselijk of mogelijk is, zou het Britse model van de HRA mogelijk als een alternatief kunnen dienen. In het Verenigd Koninkrijk is gebleken dat een dergelijk model, ondanks het ontbreken van de mogelijkheid om wetten onverbindend te verklaren of te vernietigen, toch een nuttige en effectieve bijdrage kan leveren aan de rechtsvorming.

### ***7.3 Waarom eventueel niet opnemen?***

Voordat tot een definitief antwoord over het al dan niet opnemen van het recht op een eerlijk proces kan worden gegeven, dienen nog de argumenten tegen opname van een dergelijk recht te worden geïnventariseerd. De argumenten tegen opname van een dergelijk rechten zijn impliciet en expliciet in de voorgaande hoofdstukken besproken en zullen hieronder bij elkaar worden geïnventariseerd en gewogen.

Een eerste tegenargument is het argument dat de Staatscommissie Cals/Donner aanvoerde en dat in hoofdstuk II is genoemd. Dat betreft het aspect dat opname van het recht op een eerlijk proces niet nodig is aangezien de regeling in het Wetboek van Strafvordering voldoende bescherming biedt en dat er dus geen meerwaarde zou zijn in het opnemen van een grondwettelijke bepaling terzake van dat recht.<sup>646</sup> In de eerste plaats kan hiertegen worden ingebracht dat in hoofdstuk IV is aangetoond dat de bescherming door middel van het Wetboek van Strafvordering in ieder geval op dit moment problematisch is. In hoeverre de stelling van de Staatscommissie Cals/Donner destijds al juist was, is in dit onderzoek verder buiten beschouwing gelaten. Daarnaast wordt in dit argument de problematische doorwerking van het EVRM buiten beschouwing gelaten zoals deze is geanalyseerd in de hoofdstukken III en IV. Dit is gezien de tijd waarin het advies van de Staatscommissie Cals/Donner is gedaan logisch, aangezien in 1969 de problematiek van doorwerking van het EVRM überhaupt niet

---

<sup>646</sup> Zie paragraaf 2.2.6.

speelde; het EVRM had destijds nog lang niet het gezag dat het nu heeft en het EHRM had nog niet de output en status die het nu heeft. Inmiddels is echter duidelijk dat niet enkel met het EVRM kan worden volstaan als het gaat om de bescherming van de fundamentele rechten van de verdachte in het strafproces, en dat ook voor de doorwerking van het EVRM in Nederland constitutionalisering van het recht op een eerlijk proces als een in de Grondwet opgenomen grondrecht een meerwaarde kan hebben.

Een variant op dit eerste argument is, dat opname van het recht op een eerlijk proces niet noodzakelijk is aangezien artikel 6 EVRM een voldoende mate van rechtsbescherming biedt. Dit argument is bijvoorbeeld door het kabinet-Rutte I aangegrepen om het positieve advies van de Staatscommissie Grondwet op het punt van opname van het recht op een eerlijk proces niet op te volgen. Dit ondanks het feit dat de Staatscommissie heeft aangegeven dat opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet wel degelijk aanvullende rechtsbescherming kan bieden naast artikel 6 EVRM. Ook de Staatscommissie Cals/Donner stelde in 1969 dat het feit dat rechten reeds in verdragen zijn vastgelegd, niet op zichzelf een voldoende argument is om een dergelijk recht dan maar niet in de Grondwet vast te leggen. In hoofdstuk III en IV is echter gebleken dat de bescherming van artikel 6 EVRM niet maximaal is, en niet altijd soepel verloopt. Het argument dat met artikel 6 EVRM kan worden volstaan kan op inhoudelijke gronden daarom al geen stand houden. Daarnaast is er het nog meer principiële tegenargument dat voor de bescherming van een dusdanig fundamenteel recht niet met een verdrag kan worden volstaan. Ook de Grondwet dient dat recht dan te bevatten.

Een tweede argument kan nog zijn dat een grondwettelijke bepaling niet zou passen naast de regeling uit het Wetboek van Strafvordering. De verhouding tussen een recht op een eerlijk proces in de Grondwet en het bestaande systeem van het Wetboek van Strafvordering kwam in hoofdstuk IV aan de orde. Daar bleek al dat de regeling van het Wetboek van Strafvordering, in het bijzonder artikel 1 Sv, echter niet aan opname in de Grondwet in de weg hoeft te staan.

Een ander argument tegen opname van het recht op een eerlijk proces is nog dat een dergelijk recht niet zou passen in het karakter van de Grondwet. Als het enkel gaat om het opnemen van het recht op een eerlijk proces kan aan dit argument niet al te veel waarde worden gehecht. De Grondwet bevat immers op dit moment ook reeds een flink aantal grondrechten, ook grondrechten die een tegenhanger hebben in het verdragenrecht. Toevoeging van een bepaling

inzake het recht op een eerlijk proces hoeft aan het karakter van de Grondwet daarom niet af te doen. Indien opname van het recht op een eerlijk proces gepaard zou gaan met aanpassingen van de constitutionele bevoegdheden van de rechter en wetgever is er meer voor dat argument te zeggen. Indien gekozen wordt voor een model waarbij de rechter een grotere rol heeft ten opzichte van de wetgever bij de bescherming van de grondrechten uit de Grondwet, zal dit immers inderdaad leiden tot een ander soort karakter van de Grondwet. In plaats van enkel het toedelen en verdelen van bevoegdheden zal de Grondwet wellicht een prominentere en sterkere rol gaan spelen in (straf)rechtsprocedures. Indien dit echter tevens leidt tot een optimale realisatie van de diverse vormen van meerwaarde die hiervoor zijn besproken, is het maar de vraag of een verandering van karakter en plaats in de Grondwet niet wenselijk is.

Tenslotte kan in het kader van de afweging om over te gaan tot het opnemen van het recht op een eerlijk proces nog het argument worden meegenomen dat er geen garantie is dat het opnemen van het recht op een eerlijk proces de gesignaleerde meerwaarde oplevert. De vraag is dan vooral of tot een zware procedure tot Grondwetwijziging over moet worden gegaan, en een systeemwijziging binnen het strafproces moet worden aangebracht, terwijl niet gebleken is dat er oneerlijke processen in Nederland plaatsvinden. Hoewel het waar is dat er geen acute noodzaak is wijzigingen in de Grondwet aan te brengen, de Staatscommissie Grondwet kwam tot eenzelfde conclusie, betekent dit niet dat vervolgens de huidige situatie in stand kan blijven. Er is niet gebleken van een praktijk waarin veel oneerlijke processen plaatsvinden, of waarin er sprake is van een regeling met betrekking tot het strafproces dat totaal niet functioneert. Desondanks kan niet gezegd worden dat er helemaal geen problemen zijn waardoor wijzigingen niet noodzakelijk zijn. De geschetste vormen van meerwaarde bieden mogelijkheden om een redelijk functionerend systeem verder te verbeteren. Uiteraard is er geen garantie dat de in hoofdstuk VI beschreven vormen van meerwaarde zich allemaal zullen realiseren en een betere realisatie van het recht op een eerlijk proces meteen dichterbij komt. Dit is van diverse factoren afhankelijk, in de eerste plaats de bereidheid bij de rechter om een dergelijke bepaling te maximaal te operationaliseren. Echter, de geschetste mogelijkheden die voor de rechter open zouden liggen indien hij bereid zou zijn om van zijn versterkte positie gebruik te maken wegen dusdanig zwaar dat een argument dat gebaseerd is op de premisse dat opname van het recht op een eerlijk proces teveel moeite zou kosten niet op kan gaan.

### ***7.4 Opnemen of weglaten?***

Na de hiervoor gaande beschouwing van de in dit onderzoek besproken deelvragen en de bijbehorende analyse van de realisatie van het recht op een eerlijk proces in de huidige situatie, is het mogelijk om een finale afweging te maken over de in de probleemstelling opgeworpen vraag. Dit betreft uiteraard de vraag of er een meerwaarde is om het recht op een eerlijk proces in de Grondwet op te nemen, en of daarom ook tot opname van dat recht in de Grondwet dient te worden overgegaan. Uit het voorgaande kan geen andere conclusie volgen dan dat opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet is aangewezen en daarom zeer serieus door de wetgever moet worden overwogen. De argumenten voor opname zijn in de vorm van de mogelijke vormen van meerwaarde besproken. Er is gebleken dat er veelvuldige en diverse wijzen zijn waarop een grondwettelijke bepaling over het recht op een eerlijk proces meerwaarde kan hebben voor en binnen het nationale strafproces. Voor zowel de realisering en vormgeving van het eerlijk proces in nationale procedures, als het creëren van een betere dialoog met het EHRM en voor een soepeler doorwerking van het EVRM binnen dat strafproces kan een constitutionele bepaling over het recht op een eerlijk proces van zeer groot belang zijn.

Met de bovenstaande constatering dat het opnemen van het recht op een eerlijk proces aan te bevelen is, en serieus zou moeten worden overwogen, is de definitieve conclusie van dit onderzoek nog niet bereikt. Een belangrijke vraag resteert nog, namelijk de vraag welke plaats, vorm en inhoud een grondwettelijke bepaling over het recht op een eerlijk proces zou moeten krijgen. Daarmee hangt de vraag samen binnen welke constitutionele structuur een dergelijk recht zou moeten opereren en of wijzigingen binnen die structuur noodzakelijk zijn. Bij het wijzigen van de constitutionele structuur gaat het vooral om wijzigingen aanbrengen aan de bevoegdheidsverdeling tussen de rechter en de wetgever bij het handhaven van grondrechten uit de Grondwet.

Voor wat betreft het eerste punt betreffende de plaats van de bepaling moet er een keuze gemaakt worden tussen plaatsing in Hoofdstuk 1 van de Grondwet, het hoofdstuk met de grondrechten, of Hoofdstuk 6, betreffende rechtspraak. Gezien de uitkomsten van het onderzoek ligt plaatsing van het artikel met het recht op een eerlijk proces in Hoofdstuk 1 van de Grondwet het meest voor de hand. Dit omdat het in de eerste plaats gaat om een aanspraak voor de verdachte. Een plaats in de Grondwet bij de andere klassieke grondrechten is dan de meest logische. Hiermee wordt ook aangesloten bij de manier waarop

het recht in het EVRM is verankerd. De plaatsing van het recht op een eerlijk proces in Hoofdstuk 6 van de Grondwet als taakstelling aan de rechter, brengt niet voldoende het belang en de waarde van het recht op een eerlijk proces als recht voor de burger naar voren. Daarnaast is gewezen op het feit dat in een bepaling in hoofdstuk 1 van de Grondwet een taakopvatting voor de rechter kan worden ingelezen om een eerlijk proces te garanderen. Andersom ligt het minder voor de hand om in een taakstelling voor de rechter in hoofdstuk 6 van de Grondwet een concreet recht voor de verdachte in te lezen.

Als het om de concrete vorm en inhoud van het artikel gaat, zijn er meer keuzemogelijkheden. Nu in het voorgaande is gekozen voor opname in hoofdstuk I ligt een formulering van het artikel als een opdracht aan de rechter niet meer voor de hand, al kan een rechter als gezegd een dergelijk artikel ook als een taakopvatting zien. De keuze tussen een algemene en meer specifieke bepaling moet dan nog worden gemaakt. Doorslaggevend criterium moet daarbij zijn welke houding van de rechter (de Hoge Raad voorop) wordt verwacht met betrekking tot een dergelijk artikel. Kan worden verwacht, en is het de wens van de grondwetgever, dat (in de eerste plaats) de rechter met dat in de Grondwet vastgelegde recht op een eerlijk proces voortvarend aan de slag gaat, en een uitgebreide jurisprudentie op basis van het artikel ontwikkelt? Indien dit de bedoeling en de verwachting is, ligt een algemene en ruim geformuleerde bepaling voor de hand. Indien te verwachten is dat de rechter zijn terughoudende positie ten opzichte van de wetgever zal blijven behouden, is het wellicht verstandiger om een gedetailleerdere bepaling inclusief een opsomming van deelrechten te overwegen. Daarmee kan dan immers beter worden gegarandeerd dat bepaalde kernonderdelen van het recht op een eerlijk proces in ieder geval gewaarborgd zijn en door de beslissing van de rechter in het concrete geval in zijn rechtsvorming (zullen) worden meegenomen.

De houding die de rechter zal kiezen ten opzichte van de Grondwet is deels afhankelijk van de bevoegdheden die de Grondwet hem toekent ter handhaving van de grondrechten. Op dit moment werkt het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet als een belemmering. Hoewel over eventuele opheffing van dit verbod al een flink aantal jaren gesproken wordt, is het niet te verwachten dat het verbod op korte termijn zal worden afgeschaft. De vraag is echter of opheffing van het toetsingsverbod nodig is om toch de positie van de grondrechten uit de Grondwet te verbeteren en versterken. Het in het Verenigd Koninkrijk ingevoerde model van de HRA laat zien dat zelfs met een op papier zwakke bevoegdheid, de rechter een goede bescherming van rechten van burgers kan realiseren. De weerstand tegen het geven van een

volledige toetsingsmogelijkheid aan de rechter was in het Verenigd Koninkrijk net zo sterk als in Nederland, waarschijnlijk nog sterker, en daarom werd voor de tussenvariant gekozen waarbij de rechter enkel aan de wetgever kan signaleren dat bepaalde wetgeving niet aan de eisen van het EVRM voldoet. Gebleken is, dat hierdoor een waardevolle dialoog tussen rechter en wetgever ontstaat over de inhoud van fundamentele rechten.

Alles overziend, kan aan het eind van het onderzoek de conclusie getrokken worden dat de vraag of een recht op een eerlijk proces in de Grondwet dient te worden opgenomen, positief kan worden beantwoord. De mogelijke meerwaarde kan groot zijn en zich op diverse terreinen en ten opzichte van diverse aspecten verwezenlijken. Daarnaast zijn bezwaren tegen opname van een dergelijk recht eigenlijk niet of nauwelijks aanwezig of steekhoudend. Hoe een dergelijk recht eruit zou moeten zien, en welke andere wijzigingen van de Grondwet eventueel nog plaats moeten vinden, is lastiger aan te geven aangezien er meerdere keuzes te maken zijn. De verschillende opties zijn hiervoor aangedragen. Het zal (eventueel) aan de grondwetgever zijn om hiertussen een keuze te maken indien deze ervoor kiest om inderdaad tot opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet over te gaan.

Op grond van het voorgaande mag duidelijk zijn dat het meest voor de hand ligt om in ieder geval over te gaan tot het invoegen van het recht op een eerlijk proces, en wel bij voorkeur in hoofdstuk 1 van de Grondwet. Als het gaat om de inhoud van de bepaling staat vast dat in ieder geval de open norm van het recht op een eerlijk proces in de bepaling zou moeten worden opgenomen. Dit om als basis te (kunnen) dienen voor de rechter om een model van rechtsvorming op te zetten. Indien er gekozen zou worden om te volstaan met de opname van een verzameling van deelrechten van het recht op een eerlijk proces, is er geen legitimerende basis voor een dergelijk model.

Indien inderdaad de keuze gemaakt zou worden om het recht op een eerlijk proces op te nemen in de Grondwet zal de meeste discussie waarschijnlijk nog gaan over de vraag naar de constitutionele bevoegdheden voor de rechter. Om de meerwaarde van een constitutionele bepaling over het recht op een eerlijk proces te optimaliseren, is een aanpassing van die constitutionele bevoegdheden op zijn minst wenselijk, maar eigenlijk onvermijdelijk. Zelfs met de enkele opname van het recht op een eerlijk proces zal meerwaarde worden gerealiseerd, maar de discussie over de opname van een dergelijk recht zou onderdeel moeten zijn van een bredere discussie over de bevoegdheden van de rechter bij de handhaving en realisering van grondrechten. Indien overgegaan wordt tot opname van het recht op een

eerlijk proces moet namelijk de grootst mogelijke meerwaarde van een dergelijke bepaling worden gerealiseerd. Dit is alleen mogelijk als de opname van het recht op een eerlijk proces gepaard gaat met verdere constitutionele wijzigingen. Enkel opnemen van het recht op een eerlijk proces zou, hoewel een zeer wenselijke en nuttige eerste stap, (ook) een gemiste kans zijn.

Indien er gekeken wordt naar verdere aanpassingen van de constitutionele structuur van bevoegdheidsverdeling tussen de rechter en de wetgever is opheffing van het toetsingsverbod de eerste optie die bekeken moet worden. Echter is, zoals eerder al aangegeven, volledige opheffing van het toetsingsverbod niet absoluut noodzakelijk. Een alternatieve variant zoals ingevoerd in het Verenigd Koninkrijk is zeker de moeite van het overwegen waard en kan ook bijdragen aan het benutten van de meerwaarde van de nieuwe constitutionele bepaling over het recht op een eerlijk proces.

Kortom, de slotconclusie bij de afsluiting van dit onderzoek is dat opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet aangewezen is. De grondwetgever zou daarom het advies van de Staatscommissie Grondwet over moeten nemen en tot opname van dit recht over moeten gaan. Het startpunt van het proces tot opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet kan een positief antwoord zijn van het kabinet-Rutte II op de in de Eerste Kamer aangenomen motie waarin tot opname van het recht op een eerlijk proces wordt opgeroepen. Indien wordt gekozen om tot opname van het recht op een eerlijk proces over te gaan, zijn er nog diverse keuzes die gemaakt kunnen worden en allerlei varianten voor een mogelijke bepaling zijn denkbaar. Dat er echter een recht op een eerlijk proces in de Grondwet moet komen staat vast.





## Literatuurlijst

Alink & Van Zeben 2007

M.J. Alink & P.D.J. van Zeben, *Getuigen in het Nederlands strafproces 2007*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

Amos 2006

M. Amos, *Human Rights Law*, Oxford-Portland: Hart Publishing 2006.

Amos 2009

M. Amos, "Problems with the Human Rights Act and how to remedy them: is a bill of rights the answer?", 2009, 72, *Modern Law Review*, p. 883-908.

Arden 2004

Lady Justice Arden, 'The Interpretation of UK Domestic Legislation in the Light of European Convention on Human Rights Jurisprudence', *Statute Law Review*, 2004, 25 (3), p. 164-179.

Arikboga 2009

U. Arikboga, A quest to secure the future of the control system of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, Scriptie Erasmus Universiteit Rotterdam, 2009.

Baauw 2000

P. Baauw, 'Strafrecht en de schaduwzijden van 50 jaar EVRM: een impressie', in: R.A. Lawson & E. Myjer (red.), *50 Jaar EVRM: 50 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens 1950-2000*, Leiden: Stichting NJCM-boekerij 2000, p. 409-420.

Barkhuysen & Van Emmerik 2009

T. Barkhuysen & M. van Emmerik, 'Legitimacy of European Court of Human Rights Judgments: Procedural Aspects', in: N. Huls ea (red.), *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings: Judicial Deliberations and Beyond*, The Hague: T.M.C. Asser Press 2009, p. 437-449.

Barkhuysen, Van Emmerik & Uzman 2011

T. Barkhuysen, M. van Emmerik & J. Uzman, 'The Dutch Supreme Court: A reluctant positive legislator?', In: Brewer-Carías, A.R. (red.), *Constitutional Courts as Positive Legislators*, Cambridge: Cambridge University Press 2011, p. 645- 692.

## LITERATUURLIJST

Bates 2011

E. Bates, 'The Birth of the European Convention on Human Rights – and the European Court of Human Rights', in: J. Christoffersen & M.R. Madsen (red.), *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 17-42.

Beernaert 2004

M.A. Beernaert, 'Protocol 14 and New Strasbourg Procedures: Towards greater efficiency? And at what Price?', *European Human Rights Law Review* (2004), p. 544-557.

Beijer 2009

A. Beijer, 'Recht op bijstand door een advocaat tijdens het politieverhoor? Een commentaar bij de zaak Salduz versus Turkije', *Proces*, 2009, p. 14-27.

Van den Berg 1998

J.Th.J. van den Berg, 'Tweehonderd jaar grondwetgeving: historie en actualiteit', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 1998, p. 299-307.

Van den Berg 2001

P.A.J. van den Berg, 'Vaderlandsliefde, vrijheid en mensenrechten aan het eind van de achttiende eeuw: Jacob van Manen Adrz. (1752-1822) en de Staatsregeling van 1798', in: O. Moorman van Kappen & E.C. Coppens (red.), *De Staatsregeling voor het Bataafsche Volk van 1798*, Nijmegen 2001, p. 35-71.

Bernhardt 2007

R. Bernhardt, 'The Admissibility Stage: The Pros and Cons of a Certiorari Procedure', in: R. Wolfrum & U. Deutsch (red.), *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, Berlin-Heidelberg-New York: Springer 2007, p. 32-36.

Besselink 2012

L.F.M. Besselink, 'Constitutional Adjudication in the Era of Globalization: The Netherlands in Comparative Perspective'. *European Public Law* 18, nr. 2 (2012): 231-245.

Besson 2008

S. Besson, 'The Reception Process in Ireland and the United Kingdom', in: H. Keller & A. Stone-Sweet (red.), *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 31-106.

Bingham 1993

T.H. Bingham, 'The European Convention on Human Rights: time to incorporate', *Law Quarterly Review*, 1993, p. 390-400.

Bjorge 2011

E. Bjorge, 'National supreme courts and the development of ECHR rights', *International Journal of Constitutional Law*, 2011, Vol. 9, No. 1, p. 5-31.

Blackburn 2001

R. Blackburn, 'The United Kingdom', in: R. Blackburn & J. Polakiewicz (red.), *Fundamental Rights in Europe: The ECHR and its Member States, 1950-2000*, Oxford: Oxford University Press 2001, p. 935-1008.

Blackburn & Polakiewicz 2001

R. Blackburn & J. Polakiewicz (red.), *Fundamental Rights in Europe: The ECHR and its Member States, 1950-2000*, Oxford: Oxford University Press, 2001.

Boateng & Straw 1997

P. Boateng & J. Straw, 'Bringing Rights Home: Labour's plans to incorporate the European Convention on Human Rights into UK Law', in: *European Human Rights Law Review*, 1997, p. 71-80.

Borgers 2009

M. Borgers, 'Een nieuwe dageraad voor de raadsman bij het politieverhoor?', *NJB*, 2009, afl. 2, p. 88-93.

Caflich 2006

L. Caflich, 'The Reform of the European Court of Human Rights: Protocol No. 14 and Beyond', *Human Rights Law Review*, 6:2 (2006), p. 403-415.

Cameron 2006

David Cameron, 'Balancing freedom and security – A Modern British Bill of Rights', Speech voor het Centre for Policy Studies, 26 June 2006.

Christoffersen 2011

J. Christoffersen, 'Individual and Constitutional Justice: Can the Power Balance of Adjudication be Reversed?', in: J. Christoffersen & M. Madsen. *The European Court of Human Rights between Law and Politics*, Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 181-203.

## LITERATUURLIJST

Cleiren 1989

C.P.M. Cleiren, *Beginselen van een goede procesorde: een analyse van rechtspraak in strafzaken* (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint, 1989.

Cleiren 1990

C.P.M. Cleiren, 'Identiteit van beginselen van behoorlijke strafrechtspleging en beginselen van behoorlijk bestuur?', *DD*, 1990, afl. 6, p. 497-514.

Cleiren 1992

C.P.M. Cleiren, *De openheid van de wet, de geslotenheid van het recht: Een onderzoek naar de betekenis van art. 1 Sv voor onze huidige strafrechtspleging* (oratie-Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint, 1992.

Cleiren 2011

C.P.M. Cleiren, 'De Neutrale strafrechter', in: J. Velaers (red.), *Preadviezen 2011. Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 185-240.

Corstens & Pradel 2003

G.J.M. Corstens & J. Pradel, *Het Europese strafrecht*, Deventer: Kluwer 2003.

Corstens 1975

G.J.M. Corstens, 'Beginselen van behoorlijk procesrecht', *Trema*, 1975, p. 173-190.

Corstens 1987

G.J.M. Corstens, 'De wet als bron van strafprocesrecht: de betekenis van art. 1 Sv', in: Ch.J. Enschedé (red.), *Naar eer en geweten (Liber Amicorum J. Remmelink)*, Arnhem: Gouda Quint 1987.

Corstens/Borgers 2011

G.J.M. Corstens (bewerkt door M.J. Borgers), *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Coster van Voorhout & Franken 2008

J.E.B. Coster van Voorhout & A.A. Franken, 'Communicatie tussen raadsman en verdachte: Straatsburgse uitgangspunten en Nederlandse problemen', *NJCM-Bulletin*, 33-3, 2008, p. 364-374.

Cranston 1999

R. Cranston, 'The Relevance of the Human Rights Act to Government', *Statute Law Review*, 1999, p. 198-209.

Dicey 1897

A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 5e editie, London: Macmillan, 1897.

Van Dijk & Van Hoof 2006

Van Dijk e.a., (red.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2006, p. 27.

Van Dijk 1988

P. van Dijk, 'De houding van de Hoge Raad jegens de verdragen inzake de rechten van de mens', in: Baardman ea (red.), *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel; de veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 173-210.

Donner 1982

A.M. Donner, 'Het beleid van de rechter ten aanzien van grond- en mensenrechten', in: A.K. Koekkoek, W. Konijnenbelt en F.C.L.M. Crijns (red.), *Grondrechten: Commentaar op Hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet (Jeukens-bundel)*, Nijmegen: Ars Aequi 1982.

Dzehtsiarou 2011

K. Dzehtsiarou, 'Does consensus matter? Legitimacy of European consensus in the case law of the European Court of Human Rights', *Public Law*, 2011, p. 534-553.

Van Emmerik 2008

M. Van Emmerik, 'De Nederlandse Grondwet in een veellagige rechtsorde', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 2008, afl. 4, p. 145-161.

Eskes 2005

J.A.O. Eskes, 'Toetsingsverbod wet/grondwet 'bedrijfsongeval'?', *Nederlands Juristenblad*, 2005, afl. 14, p. 738-739.

Feldman 2004

D. Feldman, 'The Impact of Human Rights on the UK Legislative Process', *Statute Law Review*, 2004, p. 91-115.

## LITERATUURLIJST

Fenwick 2007

H. Fenwick, *Human Rights and Civil Liberties*, Abingdon: Routledge-Cavendish 2007.

Fenwick, Phillipson & Masterman 2007

H. Fenwick, R. Masterman & G. Phillipson, 'The Human Rights Act in contemporary context', in: H. Fenwick e.a. (red.), *Judicial Reasoning under the UK Human Rights Act*, Cambridge: Cambridge University press, 2007, p. 1-21.

Fleuren 2004

J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

Garlicki 2009

L. Garlicki, 'Judicial Deliberations: The Strasbourg Perspective', in: N. Huls ea (red.), *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings: Judicial Deliberations and Beyond*, The Hague: T.M.C. Asser Press, p. 389-397.

Gerards 2006

J. Gerards, 'Rechtsvinding door het EHRM', *NJCM-bulletin*, 2006, p. 93-122.

Gerards 2009

J. Gerards, 'Judicial deliberations in the EctHR', in: N. Huls ea (red.), *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings: Judicial Deliberations and Beyond*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2009, p. 407-436.

Gerards 2010

J. Gerards, Samenloop van nationale en Europese grondrechtenbepalingen – hoe moet de rechter daarmee omgaan?, *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht*, 2010, nr. 2, p. 224-255.

Van Gestel 2011

R.A.J. van Gestel, 'De Staatscommissie Grondwet: een wetenschappelijk project?', *RegelMaat*, 2011, afl. 2, p. 67-71.

Greer & Williams 2009

S. Greer & A. Williams, 'Human Rights in the Council of Europe and the EU: Towards 'Individual', 'Constitutional' or 'Institutional' Justice?', *European Law Journal*, Vol. 15, No. 4, 2009, p. 462-481.

Groen 2007

L. Groen, 'Staatsregeling voor het Bataafsche volk', in: H. Battjes & B.P. Vermeulen (red.), *Constitutionele klassiekers*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007, p. 112-123.

Grosz, Beatson & Duffy 2000

S. Grosz, J. Beatson & P. Duffy (red.), *Human Rights: The 1998 Act and the European Convention*, London: Street & Maxwell, 2000.

Hagens 2011

M. Hagens, Toezicht op menswaardige behandeling van gedetineerden in Europa: Een onderzoek naar de verhouding tussen het EHRM en het CPT bij de effectuering van het folterverbod, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011.

Hale 2008

B. Hale, 'Law Lords at the Margin: Who defines Convention Rights', JUSTICE lezing 2008.

Hale 2012

B. Hale, 'Argentorum Locutum: Is Strasbourg of the Supreme Court Supreme?', *Human Rights Law Review*, 2012, vol. 12, nr. 1, p. 65-78.

Hammerstein 2008

Commissie Hammerstein, Versterking van de cassatierechtspraak: Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad, Den Haag: 2008.

Helfer 1993

L.R. Helfer, Consensus, Coherence and the European Convention on Human Rights, *Cornell International Law Journal*, Vol. 26, 1993, p. 133-165.

Heringa 2003

A.W. Heringa, 'Grondrechten in de Grondwet: een evaluatie na twintig jaar in het licht van het toetsingsrecht en verdragsontwikkelingen', *NJCM-bulletin*, 2003, p. 276- 288.

De Hert & Gutwirth 2005

P. de Hert & S. Gutwirth, 'Over de betekenis van strafprocedurele grondrechten in het post-Khan tijdperk', in: A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis & J. Wöretshofer (red.), *Praktisch Strafrecht (Liber amicorum J.M. Reijntjes)*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 213-232.

## LITERATUURLIJST

Hey, R. de Lange & Mevis 2005

E. Hey, R. de Lange en P.A.M. Mevis, 'De transnationale dialoog tussen rechters inzake afstemming van Europese en nationale grondrechten', *Nederlands Juristenblad* 2005, nr. 33, p. 1734-1736

Hoffmann 1999

Lord Hoffmann, 'Human Rights and the House of Lords', *The Modern Law Review*, 1999, Vol. 62, no. 2, p. 159-166.

Hoge Raad 2011

Hoge Raad der Nederlanden, *Verslag over 2009-2010*, Den Haag: VormVijf 2011.

Ter Horst 2008

G. ter Horst, Speech in bundel *De onzichtbare Grondwet*, Woord- en beeldverslag van het Symposium op 28 februari 2008, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2008.

Van Houten 1997

M.L.P. van Houten, *Meer zicht op wetgeving: Rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Grondwet en fundamentele rechtsbeginselen*, Proefschrift Tilburg, 1997.

Jak & Vermont 2007

N. Jak & J. Vermont, 'De Nederlandse rechter en de margin of appreciation. De rol van de margin of appreciation in de interne horizontale relatie tussen de rechter, de wetgever en het bestuur', in: *NJCM* 2007, p. 125-140.

Jansen 2003

A.M.L. Jansen, *Constitutionalisering van het bestuursprocesrecht*, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer 2004 & J.M. Smits, *Constitutionalisering van het vermogensrecht*, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer 2003

Janssen 2006

H.L. Janssen, 'Protocol 14 bij het EVRM. Met maatregelen in Straatsburg zijn we er nog niet: de toekomst van het Hof ligt in handen van de verdragspartijen bij het EVRM', in: T. Barkhuysen, R.A. Lawson e.a. (red.), *55 Jaar EVRM*, *NJCM-Bulletin* (special) 2006, p. 123-133.



JCHR 2008

Joint Committee on Human Rights, 'A Bill of Rights for the UK?', Twenty-ninth Report of Session 2007-2008, Londen, 2008.

Jebbink 2008

W. Jebbink, 'Verlofstelsel in strafzaken: schijnrechtspraak in strijd met het IVBPR', *DD* 2008, p. 849-864.

Jebbink 2009

W. Jebbink, 'Salduz en de actieve raadsman', *NJB*, 2009, afl. 12, p. 732-736.

JUSTICE 2007

JUSTICE, 'A British Bill of Rights: Informing the Debate', 2007.

Kavanagh 2009

A. Kavanagh, 'Strasbourg, the House of Lords or Elected Politicians: Who decides about rights after *Re P?*', *The Modern Law Review*, 2009, 72(5), p. 828-843.

Keller & Stone Sweet 2008

H. Keller & A. Stone Sweet, *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford: Oxford University Press 2008.

Klug 2007

F. Klug, 'A bill of rights: do we need one or do we already have one?', *Public law*, 2007, p. 701-719.

Knigge & Kwakman 2001

G. Knigge & N.J.M. Kwakman, 'Het opsporingsbegrip en de normering van de opsporingstaak', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken: Tweede interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 125-347.

Kortmann 2008

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2008.

Kortmann 2009

C.A.J.M. Kortmann, *Staatsrecht en Raison D'Etat* (Afscheidsrede Nijmegen), Nijmegen: Kluwer 2009.

## LITERATUURLIJST

Kuijer 2008

M. Kuijer, 'Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens: luctor et emergo?', *Ars Aequi*, 2008, p. 424-434.

Ter Kuile 2006

G. ter Kuile, 'Verenigd Koninkrijk – Nederland: 1-0, Of: grondwettelijke toetsing vereist vooral een betere wetgevingsprocedure', *NJB*, 2006, afl. 33, p. 1890-1893.

J. de Lange & Mevis 2003

J. De Lange & P.A.M. Mevis, 'De beoordeling vna de menswaardigheid van detentiesituaties, *Sancties*, 2003, afl. 3, p. 157-167

R. de Lange 1999

R. de Lange, *Concurrerende rechtsvorming*, Nijmegen: Ars Aequi 1999.

R. de Lange 2008

R. de Lange, *Courts, Legislatures and Fundamental Rights*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2008.

J. de Lange 2008

J. de Lange, *Detentie genormeerd, een onderzoek naar de betekenis van het CPT voor de inrichting van vrijheidsbeneming in Nederland*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2008.

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 de Rijn: Kluwer 2009.

Leach 2006

P. Leach, 'Access to the European Court of Human Rights – From a legal entitlement to a lottery?', *European Human Rights Law Journal*, 2006, p. 11-25.

Leeuw 2007

B.J.G. Leeuw, *Strafrecht en EVRM: Een onderzoek naar de problemen die spelen bij de toepassing van het EVRM in nationale strafzaken*, Scriptie EUR, 2007.

Leeuw & Mevis 2011

B.J.G. Leeuw & P.A.M. Mevis, 'Grondwettelijk recht op eerlijk proces en

toegang tot de rechter: goede aanzet, maar ook gemiste kans', in: *Tijdschrift voor Constitutioneel recht*, 2011, nr. 2, p. 140-151

Lester & Beattie 2007

Lord Lester of Herne Hill & K. Beattie, 'Human Rights and the British Constitution', in: J. Jowell & D. Oliver (red.), *The Changing Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 59-83.

Letsas 2006

G. Letsas, 'Two Concepts of the Margin of Appreciation', 4 *Oxford Journal of Legal Studies* (2006), p. 705 – 732.

Lewis 2007

J. Lewis, 'The European Ceiling on Human Rights', *Public Law*, 2007, p. 720-747.

Lewis 2009

J. Lewis, 'In Re P and others: An exception to the “no more, certainly no less” rule', *Public Law*, 2009, p. 43-47.

Liberal Democrats 2007

Liberal Democrats, *For the People, by the People*, Policy Paper 83, 2007.

Mak 2011

E. Mak, 'Why do Dutch and UK judges cite foreign law', *Cambridge Law Journal*, 2007, p. 420-450.

Martens 2000

S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *Nederlands Juristenblad*, 2000, afl. 14, p. 747-758.

Masterman 2005

R. Masterman, 'Taking the Strasbourg jurisprudence into account: Developing a 'Municipal Law of Human Rights' under the Human Rights Act', *ICLQ*, vol 54, 2005, p. 907 – 932.

Masterman 2007

R. Masterman, 'Aspiration of foundation? The status of Strasbourg jurisprudence and the 'Convention Rights' in Domestic Law', in: H. Fenwick e.a. (red.), *Judicial Reasoning under the UK Human Rights Act*, Cambridge: Cambridge University press, 2007, p. 57 – 86.

## LITERATUURLIJST

Mevis 1989

P.A.M. Mevis, *Binnen zonder kloppen*, Arnhem: Gouda Quint 1989.

Mevis 1998

P.A.M. Mevis, *Constitutioneel strafrecht* (oratie-Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1998.

Mevis 2005

P.A.M. Mevis, 'Strafrecht, EVRM en Grondwet: Enkele gedachten over het belang, de ontwikkeling en de versterking van een algemeen toetsingskader voor veranderingen binnen het strafrecht', in: A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis & J. Wöretshofer (red.), *Praktisch Strafrecht (Liber amicorum J.M. Reijntjes)*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 453-469.

Mevis 2008

P.A.M. Mevis, 'Constitutionalisering en strafprocesrecht', *Strafblad*, 2008, p. 450-464.

Mevis 2009a

P.A.M. Mevis, 'Nuttig recht op een eerlijk proces in de Grondwet', *DD* 2009, 1, p. 1-18.

Mevis 2009b

P.A.M. Mevis, *Capita Strafrecht: Een thematische inleiding*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009.

Ministry of Justice 2007

Ministry of Justice, *The Governance of Britain*, Londen: TSO, 2007.

Ministry of Justice 2009

Ministry of Justice, *Rights and Responsibilities: developing our constitutional framework*, Londen: TSO, 2009.

Ministry of Justice 2012

Ministry of Justice, *Responding to human rights judgments: Report to the Joint Committee on Human Rights on the Government response to human rights judgments 2011-12*, Londen: TSO, 2012.

Moorman van Kappen 2001

Moorman van Kappen & E.C. Coppens (red.), *De Staatsregeling voor het Bataafsche Volk van 1798*, Nijmegen 2001.

Mowbray 2010

A. Mowbray, 'The Interlaken Declaration – the Beginning of a New Era for the European Court on Human Rights?', *Human Rights Law Review*, 2010, nr. 3, p. 519-528.

Myjer 2001

B.E.P. Myjer, '*Bij een vijftigste verjaardag: Aantekeningen over 'Het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en de Nederlandse strafrechtspleging'* (oratie VU-Amsterdam), Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2001.

Myjer 2004

B.E.P. Myjer, '*Straatsburg zit er niet voor zweetvoeten over de nog immer toenemende werkdruk van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, over het Veertiende Protocol en over mensenrechten waar ze thuishoren'*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2004.

Nationale Conventie 2006

Nationale Conventie, *Hart voor de publieke zaak: Aanbevelingen van de Nationale conventie voor de 21e eeuw*, september 2006.

Nehmelmann 2011

R. Nehmelmann, 'Een algemene periodieke keuring van de nationale grondrechten: Korte analyse van de grondrechtenparagraaf van de Staatscommissie Grondwet 2009/2010', *RegelMaat*, 2011, afl. 2, p. 84-98.

Nicol 2006

D. Nicol, 'Law and Politics after the Human Rights Act', *Public Law*, 2006, p. 722-751

Nieuwenhuis 2011

A.J. Nieuwenhuis, 'Uitbreiding van de nationale grondrechtencanon? Over de opname van nieuwe grondrechten in de Grondwet', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht*, 2011, afl. 3, p. 254-264.

## LITERATUURLIJST

O’Cinneide 2012

Colm O’Cinneide, *Human Rights and the UK Constitution*, Londen: The British Academy 2012.

Oomen 2007

B. Oomen, ‘Wij moeten nodig eens over onze Grondwet praten’, *de Volkskrant*, 27 oktober 2007.

Pelle 1998

J.J. Pelle, *In de Staatsrechtgeleerde wereld*, Gouda Quint 1998.

Peters 2003

J. Peters, *Wie beschermt onze Grondwet* (oratie Amsterdam-UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2003.

Peters e.a. 2009

J.A. Peters, A.J. Nieuwenhuis, C.M. Zoethout, G. Boogaard & H. Bosdriesz, *Het recht op leven in de Nederlandse Grondwet: een verkennend onderzoek*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009.

Pinto-Duschinsky 2011

M. Pinto-Duschinsky, *Bringing Rights Back Home: Making human rights compatible with parliamentary democracy in the UK*, Rapport Policy Exchange, 2011.

Polakiewicz 2001

J. Polakiewicz, ‘The Status of the Convention in National Law’, in: R. Blackburn & J. Polakiewicz (red.), *Fundamental Rights in Europe: The ECHR and its Member States, 1950-2000*, Oxford: Oxford University Press 2001, p. 31-53.

Van der Pot/Elzinga & De Lange 2006

D.J. Elzinga & R. de Lange, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Proeve van een Nieuwe Grondwet 1966

Ministerie van Binnenlandse Zaken, *Proeve van een Nieuwe Grondwet*, 1966.

Rainsbury 2008

T. Rainsbury, ‘Their Lordships’ Timorous Souls’, *UCL Human Rights Review*, vol. 1, no. 1, p. 32-50.

Rawlings 2008

R. Rawlings, 'Modelling Judicial Review', *Current legal problems*, 2008, vol. 61, p. 95-123.

Redactie NJCM 2007

Redactie NJCM, 'De Nederlandse Grondwet: quo vadis?', *NJCM-Bulletin*, 2007, nr. 4, p. 417-419.

Reiss 2009

J.W. Reiss, 'Protocol 14 ECHR and Russian non-ratification: the current state of affairs', *Harvard Human Rights Journal*, 2009, p. 293-317.

Rijnen 1982

A.Ch.M. Rijnen, 'Niet in de Grondwet opgenomen grondrechten', in: A.K. Koekkoek, W. Konijnenbelt en F.C.L.M. Crijns (red.), *Grondrechten: Commentaar op Hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet (Jeukens-bundel)*, Nijmegen: Ars Aequi 1982.

Rombouts 2003

W. Rombouts, 'Controle en zelfbeperking onder het EVRM', in: P.P.T. Bovend'Eert, L.E. de Groot-van Leeuwen & Th.J.M. Mertens, *De Rechter bewaakt: over toezicht en rechters*, Kluwer, 2003, p. 245-267.

Rosendaal 2005

J. Rosendaal, *Staatsregeling voor het Bataafsche volk 1798: De eerste Grondwet van Nederland*, Uitgeverij Vantilt 2005.

Rouvoet & Pot 2011

A. Rouvoet & J. Pot, 'De versterking van de symbolische kracht van de Grondwet', *Regelmaat*, 2011, afl. 2, p. 72-83.

Rozemond 2008

N. Rozemond, 'De rechtsvindingsleemte in het strafrecht'. *Themis*, 2008, p. 13-18

Ruedin 2008

X-B. Ruedin, 'De minimis non curat the European Court of Human Rights: the introduction of a new admissibility criterion (Article 12 of Protocol No.14)', *European Human Rights Law Review*, 2008, 1, p. 80-105.

## LITERATUURLIJST

Schokkenbroek 1990

J.G.C. Schokkenbroek, 'De margin of appreciation-doctrine in de jurisprudentie van het Europese Hof, in: A.W. Heringa e.a. (red.), *40 Jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens*, 1990.

Schokkenbroek 2004

J.G.C. Schokkenbroek, 'Het Veertiende Protocol: Een korte impressie van het Hof nieuwe stijl', in: P.D. Duyx & P.D.J. van Zeben (red.), *Via Straatsburg (Myjer-bundel)*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004, p. 73-84.

Schutgens 2007

R.J. Schutgens, 'Het voorstel-Halsema en de toetsbaarheid van de wet', *Regelmaat*, 2007, afl. 1, p. 12-27

Schutgens 2011

R.J. Schutgens, 'Het Rapport van de Staatscommissie Grondwet', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 2011, afl. 5, p. 202-214.

Sedley 1998

S. Sedley, 'A Bill of Rights for the United Kingdom: From London to Strasbourg by the Northwest Passage?', *Osgoode Hall Law Journal*, 1998, p. 63-81.

Sedley 2005

S. Sedley, 'The Rocks or the Open Sea? Where is the Human Rights Act Heading?', in: L. Clements & P.A. Thomas (red.), *Human Rights Act: A Success Story?*, Oxford: Blackwell Publishing, 2005, p. 3-18. (tevens verschenen als speciaal nummer *Journal of Law and Society*).

Senden 2011

H. Senden, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System*, Intersentia, 2011

Sillen 2011

J.J.J. Sillen, 'Een doos van Pandora: Over het voorstel een algemene bepaling aan de Grondwet toe te voegen', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht*, 2011, afl. 2, p. 130-139.



Simmelink 1987

J.B.H.M. Simmelink, *De rechtsstaatgedachte achter art. 1 SV : gedachten over de betekenis van art. 1 SV voor het handelen van de overheid in de opsporingsfase*, Arnhem: Gouda Quint, 1987

Slynn 2005

Lord Slynn, *'The Development of Human Rights in the United Kingdom'*, *Fordham International Law Journal*, p. 477-499.

Spronken 2009

T. Spronken, 'Ja, de zon komt op voor de raadsman bij het politieverhoor!', *NJB*, 2009, afl. 2, p. 94-100.

Spronken 2010

T. Spronken, 'Barsten in het verlostelsel in strafzaken?', *NJB*, 2010, p. 2019.

Staatscommissie Cals/Donner 1969

Staatscommissie Cals/Donner, *Tweede rapport van de Staatscommissie van advies inzake de Grondwet en de Kieswet*, 's-Gravenhage: Staatsuitgeverij 1969.

Staatscommissie Grondwet 2010

Staatscommissie Grondwet, *Rapport Staatscommissie Grondwet*, November 2010.

Stevens & Verhoeven 2010

L. Stevens & W.-J. Verhoeven, 'Raadsman bij politieverhoor: Invloed van voorafgaande consultatie en aanwezigheid van raadsliden op organisatie en wijze van verhoren en proceshouding van verdachten', Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2010.

Swart & Young 1995

B. Swart & J. Young, 'The European Convention on Human Rights and Criminal Justice in the Netherlands and the UK', in: P. Fennell e.a. (red.), *Criminal Justice in Europe: A Comparative Study*, Oxford: Clarendon Press 1995, p. 57-86.

Van der Tang 1998

G.F.M. van der Tang, *Grondwetsbegrip en grondwetsidee*, Gouda Quint, 1998.

## LITERATUURLIJST

Thomassen 2003

W.M.E. Thomassen, 'Het individuele klachtrecht moet behouden blijven!', NJCM-bulletin, 2003, p. 11-18.

Thorbecke 1948

J.R. Thorbecke, *Bijdrage tot de herziening der Grondwet*, 's-Gravenhage: Martinus Nijhoff 1948.

Tomuschat 2007

C. Tomuschat, 'The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions', in: R. Wolfrum & U. Deutsch (red.), *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions*, Berlin-Heidelberg-New York: Springer 2007, p. 1-18.

Uit Beijerse 2005

J. Uit Beijerse, 'De verzekeringstelling: de wettelijke uitgangspunten en de eigen weg van de praktijk', *DD* 2005, 69, p. 964-985.

Uzman 2010

J. Uzman, 'Straatsburg en Westminster: over het EVRM in de Britse rechtspraak', in: *NTM/NJCM Bulletin*, 2010, nr. 7, p. 766-780.

Vande Lanotte & Haeck 2005

J. Vande Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM. Deel I: Algemene beginselen*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2005.

Verhey 2007

L.F.M. Verhey, 'Rechtsvorming in vergelijkend perspectief: de Engelse Human Rights Act 1998; *Ars Aequi*, 2007, p. 28-41.

Verhey 2011

L.F.M. Verhey, 'De Staatscommissie Grondwet: een doodgeboren kind?', *NJB*, 2010, nr. 44/45, p. 2809.

Vis 2009

J.J. Vis, 'Grondwet is niet voor eeuwig', *NRC Handelsblad*, 15 september 2009.

Wiewel 2001

P.G. Wiewel, *Rechtsbescherming tegen bestraffing* (diss. UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001.

Wiewel 2008

P.G. Wiewel, 'Een verdragsconforme toepassing van het verlofstelsel', *NJB*, 2008, afl. 4, p. 213-216.

De Wilde 2009

B. de Wilde, 'Het gebruik van anonieme getuigenverklaringen van politieambtenaren voor het bewijs', in: M. Borgers e.a. (red.), *Politie in beeld (liber amicorum Jan Naeyé)*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009.

Wildhaber 2002

L. Wildhaber, 'A Constitutional future for the European Court of Human Rights?', *Human Rights Law Journal*, 2002, Vol. 23, No. 5-7, p. 161-165.

De Wit 2012

J.C. de Wit, Artikel 94 toegepast: Een onderzoek naar de betekenis, de bedoeling en de toepassing van de woorden 'vinden geen toepassing' in artikel 94 van der Grondwet, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2012.

Van der Woude 2009

W. van der Woude, *Democratische Waarborgen*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009

Young 2009

A. Young, *Parliamentary Sovereignty and the Human Rights Act*, Oxford & Portland: Hart Publishing, 2009.

Zoethout e.a. 2006

C.M. Zoethout e.a., *Een grondwet voor de 21ste eeuw. Voorstudie van de werkgroep Grondwet van de Nationale Conventie*, Den Haag: Nationale Conventie 2006.

Zwaak 2001

L.F. Zwaak, 'The Netherlands, in: R. Blackburn & J. Polakiewicz (red.), *Fundamental Rights in Europe: The ECHR and its Member States, 1950-2000*, Oxford: Oxford University Press 2001, p. 595-624.



# Jurisprudentieregister

## HR:

HR 14 april 1989, *NJ* 1989, 469, m.nt. M. van der Scheltema.

HR 5 december 1989, *NJ* 1990, 719, m.nt. T.M. Schalken.

HR 2 juli 1990, *NJ* 1990, 692, m.nt. Th.W. van Veen.

HR 8 juli 1994, *NJ* 1995, 30, m.nt. G.J.M. Corstens.

HR 17 februari 1998, *NJ* 1998, 428.

HR 30 juni 1998, *NJ* 1998, 799, m.nt. T.M. Schalken.

HR 12 mei 1999, *NJ* 2000, 170, m.nt. A.R. Bloembergen.

HR 9 mei 2000, *NJ* 2002, 466, m.nt. G. Knigge.

HR 18 maart 2005, *NJ* 2005, 201, m.nt. E.A. Alkema.

HR 8 mei 2005, *NJ* 2005, 514, m.n.t. P.A.M. Mevis.

HR 23 mei 2006, *NJ* 2007, 145, m.nt. P.A.M. Mevis.

HR 9 oktober 2007, *NJ* 2008, 43, m.nt. P.A.M. Mevis.

HR 30 juni 2009, *NJ* 2009, 349/350/351, m.nt. T.M. Schalken.

HR 17 november 2009, *NJ* 2010, 143, m.nt. T.M. Schalken.

HR 20 december 2011, *LJN* BT7086.

HR 6 maart 2012, *LJN* BQ8596.

HR 11 september 2012, *LJN*: BX4472 , nr. 10/04605.

## EHRM:

EHRM 21 februari 1975, nr. 4451/70 *NJ* 1975, 462, m.nt. Alkema (Golder/Verenigd Koninkrijk).

EHRM 7 december 1976, appl. nummer 5493/72 (Handyside/het Verenigd Koninkrijk).

EHRM 8 juni 1976, nr. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, *NJ* 1978, 223, m.nt. D.H.M. Meuwissen, *NJ* 1978, 224 (Engel/Nederland).

EHRM 25 april 1978, nr. 5856/72 (Tyrrer/Verenigd Koninkrijk).

EHRM 29 November 1988, nr. 11209/84; 11234/84; 11266/84; 11386/85, *NJ* 1989, 815, m.nt. E.A. Alkema (Brogan).

EHRM 7 juli 1989, nr. 14038/88, *NJ* 1990, 158 E.A. Alkema (Soering/Verenigd Koninkrijk).

- EHRM 20 november 1989 nr. 11454/85, *NJ* 1990, 245, m.nt. E.A. Alkema (Kostovski/Nederland).
- EHRM 26 maart 1996, nr. 20524/92, *NJ* 1996, 741, m.nt. G. Knigge, (Doorson/Nederland).
- EHRM 15-11-1996, appl. nr. 22414/93 (Chahal t. Verenigd Koninkrijk)
- EHRM 23 april 1997, nr. 21363/93; 21364/93; 21427/93; 22056/93, *NJ* 1997, 635, m.nt. G. Knigge (Van Mechelen/Nederland).
- EHRM 28 oktober 1998, nr. 23452/94, *NJ* 2000, 134, m.nt. E.A. Alkema (Osman/Verenigd Koninkrijk).
- EHRM 27 februari 2001, nr. 33354/96, *NJ* 2002, 101, m.nt. T.M. Schalken (Lucà/Italië).
- EHRM 26 februari 2002, nr. 36515/97, *EHRC* 2002/30, m.nt. Janssen en Gerards (Fretté/Frankrijk).
- EHRM 6 oktober 2005, nr. 74025/01, *EHRC* 2005, 115 (Hirst/Verenigd Koninkrijk).
- EHRM 1 maart 2006, nr. 56581/00, *NJ* 2006, 661, m.nt. T.M. Schalken (Sejdovic/Italië).
- EHRM 10 april 2007, nr. 6339/05, *NJ* 2007, 459, m.nt. J. de Boer (Evans/Verenigd Koninkrijk).
- EHRM 22 januari 2008, nr. 43546/02, *EHRC* 2008/44, m.nt. Gerards (E.B./Frankrijk).
- EHRM 27 november 2008, nr. 36391/02, *NJ* 2009, 214 (Salduz/Turkije).
- EHRM 20 januari 2009, nr. 26766/05; 22228/06, *EHRC* 2009, 39, m.nt. W. Dreissen (Al-Khawaja en Tahery/Verenigd Koninkrijk).
- EHRM 1 juni 2010, appl. nr. 22978/05, *NJ* 2010, 628, m.nt. Y. Buruma (Gäfgen/Duitsland).
- EHRM 24 juni 2010, nr. 30141/04, *EHRC* 2010,9, m.nt. Koffeman (Schalk en Kopf/Oostenrijk).
- EHRM 14 oktober 2010, nr. 1466/07, *NJ* 2011, 386, m.nt. T.M. Schalken (Brusco/Frankrijk).
- EHRM 22 februari 2011, nr. 26036/08, *EHRC* 2011, 75, m.nt. Th.A. de Roos (Lalmahomed/Nederland).
- EHRM 23 november 2011, nr. 60041/08; 60054/08 (Greens en M.T./Verenigd Koninkrijk), *EHRC* 2011, 20, m.nt. R. de Lange.

EHRM 15 december 2011, nr. 26766/05; 22228/06, *EHRC* 2012, 56, m.nt. T. Spronken (Al-Khawaja en Tahery/Vereinigd Koninkrijk).

**UKSC:**

R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Brind [1991] 1 AC 696 (HL).

R v. A [2001] UKHL 25.

R (Alconbury Developments Ltd) v Secretary of State for the Environment, Transport and the Regions [2001] UKHL 23, [2003] 2 AC 295.

R (Ullah) v Special Adjudicator [2004] UKHL 26, [2004] 2 AC 323.

R (Al-Jedda) v Secretary of State for Defence [2007] UKHL 58.

R.v. Iain Davis [2008] UKHL 36.

In re P and others (AP) (Appellants) (Northern Ireland), [2008] UKHL 38.

R v Horncastle & Others [2009] UKSC 14.

Cadder (Appellant) v Her Majesty's Advocate (Respondent) (Scotland) [2010] UKSC 43.

R (on the application of F (by his litigation friend F)) and Thompson (FC)(Respondents) v Secretary of State for the Home Department [2010] UKSC 17.

Ambrose v Harris (Procurator Fiscal, Oban) (Scotland) [2011] UKSC 43.

**Diversen:**

Hof Leeuwarden 11 december 2006, WAHV 06/01015.

Hof Arnhem 18 mei 2011, *LJNBQ4981 NJ* 2011, 442 m.nt. T.M. Schalken.

Mennen vs the Netherlands, Human Rights Commission, 27 juli 2010, nr. 1797/2008.





# Samenvatting

In dit boek staat de vraag naar de meerwaarde van opname van het recht op een eerlijk proces in de Nederlandse Grondwet centraal. Deze vraag is actueel mede naar aanleiding van het rapport van de Staatscommissie Grondwet uit 2011 waarin werd geadviseerd tot opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet. In dit onderzoek wordt vooral gekeken naar wat de eventuele meerwaarde van opname van het recht op een eerlijk proces zou kunnen zijn. Uiteindelijk wordt de vraag beantwoord of het in het licht van de mogelijke vormen van meerwaarde aangewezen is om tot opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet over te gaan.

Teneinde tot de finale afweging te komen over de eventuele opname van dit recht zijn eerst een aantal deelvragen in de afzonderlijke hoofdstukken aan de orde geweest.

## *Hoofdstuk I: Inleiding*

Hoofdstuk I vangt aan met de constatering dat het recht op een eerlijk proces één van de meest belangrijke grondbeginselen van het strafprocesrecht is. Het idee dat een strafproces eerlijk moet verlopen ligt ten grondslag aan de meeste strafrechtsstelsels. Het is in dat licht bijzonder dat dit recht niet in Nederlandse (grond)wetgeving is vastgelegd.

Het feit dat dit recht niet in Nederlandse (grond)wetgeving expliciet is vastgelegd, is een voorname factor voor het grote belang dat in het Nederlandse strafproces wordt gehecht aan het EVRM. De doorwerking van dit verdrag in de Nederlandse rechtsorde heeft verstrekkende gevolgen gehad. De vraag is echter of deze doorwerking optimaal verloopt. Het vraagstuk naar de doorwerking van het EVRM is slechts één van de aspecten die spelen bij de vraag naar de meerwaarde van het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet. Het doel van dit onderzoek is te bezien op welke wijze opname van het recht op een eerlijk proces eventueel meerwaarde kan hebben in het licht van de realisering van het recht op een eerlijk proces in het Nederlandse strafproces. Het gaat in dit boek kortom om de volgende probleemstelling:

*Heeft het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Nederlandse Grondwet meerwaarde, en dient in dat kader overgegaan te worden tot opname van dit recht in de Nederlandse Grondwet?*

***Hoofdstuk II: De Grondwet in het Nederlandse staatsbestel***

De eerste deelvraag die voor dit onderzoek van belang is, betreft de plaats van de Grondwet binnen het Nederlandse staatsbestel. Het is dan van belang om te bezien in hoeverre een eventueel recht op een eerlijk proces zou passen in de huidige Grondwet. Om deze vraag te beantwoorden wordt in dit hoofdstuk ten eerste een beschrijving gegeven van de historische ontwikkeling van de Nederlandse Grondwet. Deze beschrijving vangt aan bij de eerste Bataafse Staatsregeling. Het (voorlopige) sluitstuk met betrekking tot de discussie over de Grondwet is het rapport van de Staatscommissie Grondwet uit 2011.

Ten tweede wordt in dit hoofdstuk een analyse gemaakt van de plaats van de Grondwet in de verhouding tussen de rechter en de wetgever in Nederland. In het bijzonder gaat het daarbij om de vraag wie in de eerste plaats de grondrechten uit de Grondwet dient te beschermen.

Bij de bespreking van de historische ontwikkeling van de Nederlandse Grondwet blijkt dat het recht op een eerlijk proces nooit in de Grondwet is opgenomen. Daarnaast is er ook nauwelijks een uitgebreide discussie gevoerd over de vraag of dit recht in de Grondwet diende te worden opgenomen. Wel zijn er diverse malen gedachten ontwikkeld over de vraag naar de verhouding tussen grondrechten uit de Grondwet en fundamentele rechten uit verdragen. Daarbij speelt de vraag in hoeverre er een plaats is voor 'nationale' grondrechten, naast de fundamentele rechten uit verdragen. Zowel in de Proeve van een nieuwe Grondwet uit 1966 als in het rapport van de Staatscommissie Cals/Donner uit 1969 wordt de stelling verdedigd dat er redenen zijn om rechten van burgers in de Grondwet vast te leggen, ook als deze rechten reeds in verdragen zijn vastgelegd. Door de Staatscommissie Cals/Donner wordt nog nadrukkelijk opgemerkt dat opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet niet noodzakelijk is aangezien de regeling in het Wetboek van Strafvordering voldoende bescherming binnen de Nederlandse strafrechtsorde biedt. De laatste ontwikkeling betreffende de Grondwet is het rapport van de Staatscommissie Grondwet. Deze commissie adviseerde in 2011 tot opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet.

In het tweede deel van hoofdstuk II wordt de verhouding tussen de rechter en de wetgever bij de bescherming van de grondrechten uit de Grondwet belicht. Van oudsher beslist de wetgever in Nederland over de vraag naar de conformiteit van wetgeving in formele zin met de Grondwet. Dit primaat van de wetgever komt tot uitdrukking in het toetsingsverbod van artikel 120

Grondwet. Wel is er een rechtsvormende taak voor de rechter als er leemtes of onduidelijkheden in wetgeving zijn. De rechter stelt zich echter terughoudend op bij het toepassen van deze rechtsvormende taak om niet teveel op de stoel van de wetgever te gaan zitten. Er is daarom slechts een beperkte rol voor de daadwerkelijke betekenis van de grondrechten uit de Grondwet in het strafproces. Deze beperkte rol wordt verder gecompliceerd door de aanwezigheid van het EVRM en de doorwerking van bepalingen van dit verdrag via de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. De rechter kan namelijk op grond van deze doorwerking wetgeving in formele zin toetsen aan verdragen en dit internationale recht direct toepassen in de Nederlandse rechtsorde. De rechter kiest er echter ook bij de toepassing van het EVRM voor om niet te ver te gaan, maar loyaal de lijn van het EHRM te volgen. De Hoge Raad lijkt van mening te zijn dat bescherming aanvullend op het niveau van het EVRM enkel door de wetgever kan worden geboden.

### ***Hoofdstuk III: Handhaving van het EVRM in Straatsburg***

De bescherming van de rechten uit het EVRM vindt niet enkel op nationaal niveau plaats. Het EHRM in Straatsburg oefent een toezichhoudende functie uit door middel van het individueel klachtrecht dat het mogelijk maakt dat burgers een klacht over een vermeende schending van het EVRM aan het Hof kunnen voorleggen. In hoofdstuk III wordt bekeken hoe de handhaving van het EVRM op het niveau van het Hof in Straatsburg plaatsvindt.

In dit hoofdstuk wordt allereerst in zijn algemeenheid gekeken naar het beschermingsmechanisme in Straatsburg, en naar enkele concepten die daaraan ten grondslag liggen. Ook wordt aandacht besteed aan de discussie over de precieze taakopvatting van het EHRM: moet het Hof in de eerste plaats gericht zijn op het bieden van zoveel mogelijk rechtsbescherming in individuele gevallen of moet het Hof een meer constitutionele taak (gaan) vervullen?

Vervolgens worden enige, voor dit onderzoek relevante, procedurele en inhoudelijke elementen van het Straatsburgse beschermingsmechanisme besproken die als problematisch kunnen worden aangemerkt in het licht van de handhaving van het EVRM.

Als het gaat om de procedurele elementen betreft het vooral de zware caseload waarmee het Hof te kampen heeft. Hierdoor duurt het lang voordat het Hof een klacht kan behandelen. Om deze caseload te verlichten, hebben diverse hervormingen van het beschermingsmechanisme plaatsgevonden. Teneinde een bijdrage te leveren aan het verlichten van de caseload zou

grondrechtenbescherming op nationaal niveau positief kunnen zijn om de toestroom van zaken naar Straatsburg af te doen nemen. Verder is een behoorlijke mate van rechtsbescherming op nationaal niveau ook noodzakelijk gezien de lange wachtrijen bij het EHRM, indien een zaak reeds op nationaal niveau kan worden afgehandeld hoeft de klager niet de langdurige procedure bij het EHRM af te wachten.

Bij de inhoudelijke elementen gaat het vooral om de wijze waarop het EHRM tot zijn uitspraken komt en wat dit voor gevolgen heeft voor de doorwerking van het EVRM in Nederland en de toepassing van bepalingen uit het verdrag, in het bijzonder artikel 6 EVRM, door de nationale rechter. Uit de analyse van deze inhoudelijke elementen blijkt dat het voor de rechter op nationaal niveau lastig kan zijn om te bepalen wat de precieze eisen van het EVRM zijn in een concreet geval.

#### ***Hoofdstuk IV: De realisering van het recht op een eerlijk proces in de Nederlandse strafrechtsorde***

Hoewel het recht op een eerlijk proces nooit in Nederlandse (grond)wetgeving is vastgelegd, wordt (uiteraard) wel beoogd om een ieder in Nederland een eerlijk proces te geven. In hoofdstuk IV wordt de wijze geschetst waarop de realisering en vormgeving van het recht op een eerlijk proces in het Nederlandse strafproces plaatsvinden.

In dit hoofdstuk wordt een onderscheid gemaakt tussen aspecten van handhaving van het eerlijk proces in de Nederlandse strafwetgeving (dus zonder de invloed van het EVRM) en aspecten van de handhaving van het eerlijk proces binnen de Nederlandse strafrechtsorde inclusief de doorwerking van artikel 6 EVRM.

Bij de handhaving van het eerlijk proces binnen de Nederlandse strafwetgeving wordt geconcludeerd dat binnen het Nederlandse strafproces vooral een eerlijk proces wordt gegarandeerd door de bevoegdheden van de strafvordelijke autoriteiten te normeren. Daarnaast wordt de rol van ongeschreven beginselen van een goede procesorde besproken. De realisering van het recht op een eerlijk proces wordt geproblematiseerd door de afwezigheid van enige mate van constitutionaliteit binnen het strafproces en de sterke afhankelijkheid van het EVRM.

Het tweede deel van het hoofdstuk gaat over de doorwerking van het EVRM, met name artikel 6 EVRM, binnen het strafproces en de problemen die spelen bij de realisering van het recht op een eerlijk proces. Zo wordt gewezen op de grote gevolgen die enkele uitspraken van het EHRM voor Nederland hebben

gehad en de problemen die spelen bij het direct toepassen van artikel 6 EVRM door de nationale rechter in een concrete strafzaak.

### ***Hoofdstuk V: Doorwerking en verwezenlijking van het EVRM in het Verenigd Koninkrijk***

Alle landen binnen de Raad van Europa hebben te maken met de invloed van het EVRM op hun nationale rechtsstelsels. Daarom is het in het kader van het onderhavige onderzoek van belang om rechtsvergelijkend onderzoek te doen om te bezien op welke wijze in andere landen aan de doorwerking van het EVRM vorm wordt gegeven. Er gekozen voor het Verenigd Koninkrijk als object van rechtsvergelijking, en wel om twee redenen. In de eerste plaats vanwege de unieke wijze van doorwerking van het EVRM door middel van de Human Rights Act. Ten tweede speelt in recente jaren een discussie in het Verenigd Koninkrijk of het land een ‘eigen’ Bill of Rights in zou moeten voeren, in plaats van of naast het EVRM. Deze discussie sluit aan bij de discussie over het opnemen van aanvullende grondrechten in de Grondwet in Nederland en dus bij de centrale vraag van dit onderzoek.

In hoofdstuk V worden allereerst enige hoofdlijnen van het Britse staatsbestel geschetst. Vervolgens volgt een beschrijving van de ontwikkeling van het EVRM binnen de Britse rechtsorde en de bescherming van fundamentele rechten door de rechter in de periode voorafgaand aan de invoering van de Human Rights Act. Uit de analyse van deze periode blijkt dat wantrouwen ten opzichte van het parlement als controleur van de uitvoerende macht ertoe heeft geleid dat ertoe werd overgegaan om doorwerking van het EVRM op national niveau mogelijk te maken. Hoewel de HRA slechts enige jaren bestaat, zijn er wel signalen dat de wet effect heeft gemaakt op de rechtspraak en de wetgevingsprocedure. Er is meer aandacht voor fundamentele rechten te zien. Ook blijkt dat de Britse rechter zich constructief opstelt ten opzichte van het EHRM en de dialoog met het Hof zoekt teneinde de koers van de jurisprudentie van het EHRM te beïnvloeden.

Tenslotte wordt in hoofdstuk V nog aandacht besteed aan de discussie over de mogelijke invoering van een eigen, nationale Bill of Rights. In die discussie spelen veel vergelijkbare vragen als in de Nederlandse discussie over opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet. Het gaat in beide discussies over de vraag naar de meerwaarde van het constitutionaliseren van fundamentele rechten. In het Verenigd Koninkrijk wordt de discussie over de invoering van een Bill of Rights om meer dan één reden gevoerd. Aan de ene kant wordt er gewezen op de mogelijkheden om aanvullende rechts-

bescherming ten opzichte van het EVRM te bieden op basis van een dergelijke catalogus van rechten; aan de andere kant wordt de Bill of Rights gezien als een document dat de HRA of het EVRM zou moeten vervangen.

### ***Hoofdstuk VI: Inventarisatie van mogelijke vormen van meerwaarde***

Voordat de vraag kan worden beantwoord of het recht op een eerlijk proces in de Grondwet dient te worden opgenomen, moet worden bekeken op welke wijze een dergelijke bepaling meerwaarde kan hebben. In hoofdstuk VI wordt een overzicht van de vormen van meerwaarde gegeven.

Bij de mogelijke meerwaarde van het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet dient een onderscheid te worden gemaakt tussen meerwaarde op nationaal niveau en meerwaarde op internationaal niveau. Bij meerwaarde op nationaal niveau gaat het in het bijzonder om een betere realisering van het recht op een eerlijk proces in de nationale strafprocedure. Bij de meerwaarde op internationaal niveau gaat het om het bijdragen aan een betere doorwerking en realisering van het EVRM binnen de Nederlandse strafrechtsorde.

De meerwaarde op nationaal niveau kan zich allereerst uiten in de sterke symboolfunctie van een constitutionele bepaling over het recht op een eerlijk proces. Ten tweede kan een dergelijke bepaling aanvullende rechtsbescherming bieden ten opzichte van artikel 6 EVRM als wordt gekozen voor een ruimere reikwijdte van de bepaling en het toevoegen van meer deelrechten. Een constitutionele bepaling kan verder dienen als model van rechtsvorming voor de rechter. Tot slot kan de bepaling als toetsingskader voor wetgeving en strafvordelijk handelen van justitiele autoriteiten dienen.

De meerwaarde op internationaal niveau kan in de eerste plaats blijken doordat meer aandacht voor rechten van burgers op nationaal niveau kan bijdragen aan verlichting van de caseload van het EHRM doordat minder klachten naar Straatsburg zullen gaan. Ten tweede kan een nationale grondwettelijke bepaling over het eerlijk proces dienen als basis voor de rechter om een dialoog met het EHRM aan te gaan over de ontwikkeling van de jurisprudentie van het Hof.

Tot slot wordt in hoofdstuk VI aandacht besteed aan enige procedurele aspecten verbonden met het eventueel opnemen van een grondwettelijke bepaling over het recht op een eerlijk proces. Het gaat dan in de eerste plaats om de vraag wat de plaats van die bepaling zou moeten zijn (hoofdstuk 1 of hoofdstuk 6 van de Grondwet) en ten tweede om een eventuele aanpassing van de constitutionele structuren. Met name aanpassingen in de bestaande

constitutionele verhoudingen tussen de rechter en de wetgever kunnen een belangrijke bijdrage leveren aan het optimaliseren van de meerwaarde van een grondwettelijke bepaling over het recht op een eerlijk proces.

### ***Hoofdstuk VII: Opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet?***

Na de beantwoording van de diverse deelvragen in de hoofdstukken II tot en met VI wordt in het laatste hoofdstuk de definitieve afweging gemaakt of er inderdaad dient te worden overgegaan tot het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Nederlandse Grondwet.

Teneinde die finale afweging te kunnen maken, wordt er eerst een inventarisatie gemaakt van de antwoorden op de diverse hoofdvragen die in de afzonderlijke hoofdstukken van dit boek zijn besproken en beantwoord. Vervolgens worden nog enige impliciet in dit boek besproken argumenten tegen opname van het recht op een eerlijk proces besproken.

Uiteindelijk volgt dan het antwoord op de probleemstelling. Deze luidt dat gezien de mogelijke meerwaarde van het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet wordt aanbevolen om tot opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet over te gaan. Indien tot opname wordt besloten, zijn er nog diverse vragen die beantwoord dienen te worden, zoals de vorm, plaats en inhoud van de bepaling en eventuele aanpassingen aan de constitutionele verhoudingen tussen de rechter en de wetgever. Deze vragen dienen te worden beantwoord in het politieke debat dat hopelijk aanvangt naar aanleiding van de aangenomen motie van de Eerste Kamer uit 2012 waarin de regering werd opgeroepen om tot opname van het recht op een eerlijk proces over te gaan.





# Summary

The central question in this doctoral thesis is whether the right to a fair trial should be added to the catalogue of fundamental rights in the Constitution of the Netherlands. This question has explicitly been addressed recently in the report of the Committee of State advising on the Constitution. In 2011 this Committee recommended that the Government add the right to a fair trial to the Constitution. The main focus of this thesis is to ascertain whether incorporating the right to a fair trial has any benefits, and if in light of these benefits it is advisable to add the right to a fair trial to the Constitution. In order to answer this question several sub-questions have been addressed in the chapters of this book.

## *Chapter I: Introduction*

The right to a fair trial is one of the basic principles of criminal procedural law. Indeed, the idea that a criminal trial should proceed in a fair manner is a basic element of most criminal justice systems. Viewed from that perspective, it is rather surprising that this right is not enshrined in the Dutch Constitution, or in ordinary legislation like the Code of Criminal Procedure.

The fact that this right is not explicitly mentioned in either the Constitution or ordinary legislation is the main reason for the large influence of the European Convention on Human Rights (ECHR) within the Dutch criminal justice system. The Convention and its interpretation by the European Court of Human Rights (ECtHR) have had important consequences for the Dutch criminal justice system. This development raises the question whether the influence and impact of the Convention takes place in a correct manner. The question of ECHR influence is one of the aspects that needs to be addressed when answering the question whether the right to a fair trial should be incorporated in the Dutch Constitution. The aim of this thesis is, accordingly, to reflect on what benefits having the right to a fair trial in the Constitution would have. The main research question therefore is the following:

*Would the inclusion of the right to a fair trial in the Dutch Constitution have benefits, and is it necessary in light of these benefits to enshrine this right in the Dutch Constitution?*

## ***Chapter II: The Constitution in the Dutch legal system***

The first sub-question of this thesis concerns the position of the Dutch Constitution within the Dutch legal system. It is important to answer the question whether adding the right to a fair trial to the Constitution fits with the position of the Constitution within the Dutch legal system. In order to answer this question the historical development of the Constitution is explored, starting with the first ‘Staatsregeling’ of the Batavian Republic and ending with the latest discussion on the Constitution culminating in the report of the Committee of State advising on the Constitution in 2011.

After describing the historical development of the Constitution an analysis is provided on the relationship between the legislative and judicial branches of Government in the Netherlands when protecting the fundamental rights enshrined in the Constitution. The main question there is which of these actors has the principal role in protecting the fundamental rights in the Constitution.

When describing the historical development of the Dutch Constitution it is noted that the right to a fair trial has never been part of the Constitution. However, there has never been a thorough discussion on whether this right should be part of the catalogue of rights in the Constitution. There has been some more general discussion on the broader question whether rights that are already enshrined in treaties should also be enshrined in the Constitution. The question then is whether there is a place for ‘national’ fundamental rights, next to the fundamental rights laid down in treaties. Both in the ‘Proeve van een nieuwe Grondwet’ from 1966 and the report of the Committee of State Cals/Donner from 1969 it is stated that there are reasons to enshrine fundamental rights in the Constitution that are already enshrined in treaties. However, the Committee of State Cals/Donner adds in its report that the right to a fair trial does not have to be added to the Constitution since the right to a fair trial is already sufficiently protected because of the way a fair trial is guaranteed by the Code of Criminal Procedure. The final development with regard to the right to a fair trial is the report mentioned above of the Committee of State in 2011 that advised the Government to add the right to a fair trial to the Constitution.

In the second part of Chapter II the focus is on the relationship between the legislature and the judiciary when protecting the rights laid down in the

Constitution. Historically the legislature has the primary task of ensuring conformity of Acts of Parliament with fundamental rights laid down in the Constitution. This primacy of the legislature over the judicial branch in this regard is exemplified by the ban on judicial review of Acts of Parliament laid down in Article 120 of the Constitution. However, the judges do have a role in lawmaking if there are gaps in legislation or certain ambiguities. The judges are very deferential to the legislature when assuming this lawmaking function. Therefore, the fundamental rights in the Constitution only play a modest role in the criminal justice system. This modest role is further complicated by the presence of the ECHR and the fact that certain provisions of the Convention have direct effect pursuant to Articles 93 and 94 of the Dutch Constitution. In line with these articles, the judge can set aside legal provisions when they are in violation of certain provisions of the ECHR, and he can directly apply ECHR-rights in the criminal procedure. Judges tend to loyally follow the standards of the Convention as interpreted in the case-law of the ECtHR when they apply ECHR-rights at the national level, but are reluctant to build on this level of protection. The Dutch Supreme Court appears to be of the opinion that protection supplementary to the level of protection provided by the ECtHR should be provided by the legislature.

### ***Chapter III: Enforcing the ECHR in Strasbourg***

The protection of the rights guaranteed by the ECHR does not only take place at the national level. The ECtHR in Strasbourg supervises whether member states violate the rights of the Convention. The right of individual petition makes it possible for citizens to bring a complaint to the ECtHR. Chapter III contains an overview of the manner in which the ECtHR protects the rights of the ECHR.

Chapter III first takes a look at some concepts underlying the protection mechanism. Attention is also paid to the discussion on the role of the ECtHR in enforcing the rights of the ECHR. Namely, the question whether the court should focus on its role in providing justice for individuals or focus on a more constitutional role. Following these general observations some, for this research relevant, problematic procedural and substantive aspects of the Strasbourg protection mechanism are discussed.

The main procedural aspect causing problems is the heavy caseload the Court faces. This means that it takes a long time for the Court to process an individual complaint and grant individual relief for the complainant. In order to alleviate this caseload several reforms of the protection mechanism have

taken place at the level of the Strasbourg Court. However, a more thorough scrutiny and protection of fundamental rights at the national level can also help lighten the burden of the Court. When more cases are dealt with successfully at the national level, less cases will be brought to the Court. The fact that applicants have to wait a very long time before their complaint is settled by the Court is another reason to try to provide more protection on the national level.

Concerning the substantive aspects of the protection mechanism the focus is mainly on what consequences the way in which the ECtHR comes to and formulates its decisions has on the criminal justice system. Given these aspects, it can sometimes be difficult for the judge at the national level to ascertain the exact standards of the EC(t)HR in a specific case.

#### ***Chapter IV: Realization of the right to a fair trial in the Dutch criminal justice system***

Even though the right to a fair trial has never been explicitly mentioned in the Dutch Constitution or in ordinary legislation, it is an underlying principle of the Dutch criminal procedure to guarantee every suspect a fair trial. Chapter IV analyses the realization of the right to a fair trial in the Dutch criminal procedure.

This chapter first provides an overview of the way in which the Dutch criminal justice system guarantees a fair trial irrespective of the influence of the ECHR. The focus is on the Code of Criminal Procedure and legal principles. This analysis is followed by an examination of the influence of the ECHR. When enforcing the right to a fair trial at the national level judges are confronted with the strong position of Article 6 ECHR in the Dutch criminal justice system.

The right to a fair trial within the Dutch legal system is mainly guaranteed by regulating the powers of the judicial authorities in the Code of Criminal Procedure and by unwritten legal principles. The realization of the right to a fair trial is hampered by the lack of constitutionalisation within the criminal procedure.

The second part of the chapter has a focus on the ECHR, in particular Article 6. Certain judgments of the ECtHR have had a profound effect on the Dutch criminal justice system. This effect has led to several difficulties in the criminal procedure when realizing and enforcing the right to a fair trial. In

order to illustrate this, some judgments are discussed, for instance the Kostovski and Salduz judgements. Also the problematic direct application by national judges of Article 6 ECHR during the criminal procedure is discussed.

### ***Chapter V: Influence and realization of the ECHR in the United Kingdom***

All the countries of the Council of Europe have to cope with the influence of the ECHR on their national legal systems. Therefore, comparative research into the way in which other countries give effect to the ECHR in their legal system can give further insights into the benefits that might be gained from constitutionalizing fundamental rights at the national level. The United Kingdom has been chosen as the subject for this comparison for two reasons. Firstly, because of the unique way in which the United Kingdom has given effect to the ECHR at the national level by adopting the Human Rights Act. The second reason is the discussion that has taken place in recent years whether the United Kingdom should adopt its own Bill of Rights, replacing the ECHR or existing next to it. This discussion is very similar to the discussion whether additional rights should be added to the Dutch Constitution and therefore closely connected to the main research question of this thesis.

Chapter V first provides a concise overview of the most prevalent characteristics of the British legal system. This overview is followed by a description of the development of the ECHR within the British legal order, and an analysis of the protection of fundamental rights by the British judges before the introduction of the Human Rights Act. The analysis of this period shows that a lack of trust in Parliament as an effective check on the Government led to the incorporation of the ECHR in the United Kingdom by way of the Human Rights Act. Even though the Human Rights Act has only been in existence for a couple of years there are signs that the act has had an effect on the British jurisprudence and legislation, including the way in which legislation is drafted. A stronger focus and attention on fundamental rights is visible. It also appears that the British judges take a constructive approach towards the ECtHR and are actively seeking a dialogue with the Strasbourg Court in an attempt to influence its judgments.

Last but not least, attention is devoted to the discussion on the possible drafting of a UK Bill of Rights. In this discussion a lot of questions are raised that are also mentioned in the Dutch context concerning the incorporation of the right to a fair trial in the Constitution. Both discussions address the question whether there is added value in constitutionalizing fundamental rights at the

national level. There are several reasons why the discussion on drafting a Bill of Rights is going on in the United Kingdom. On the one hand it is argued that such a Bill could build on the obligations set by the ECHR and offer additional protection. On the other hand such a Bill of Rights is seen by some as a document that should replace the Human Right Act, or even the ECHR.

***Chapter VI: Overview of the ways in which incorporating the right to a fair trial to the Constitution could have added value***

Before answering the question whether the right to a fair trial should be incorporated in the Dutch Constitution it is necessary to look at the possible ways in which adding such a right to the Constitution has an added value.

When looking at the ways in which the right to a fair trial could have added value it is necessary to differentiate between added value at the national level and at the international level. Concerning the former, the focus mainly is on providing a better realization of the right to a fair trial in the national criminal procedure. The added value on the national level can first of all be found in the symbolic nature of a constitutional provision on the right to a fair trial. Secondly, such a provision could have wider protections for the suspect than Article 6 ECHR provides for. For instance the choice can be made to give the national provision a wider scope of application than Article 6 ECHR has. Thirdly, a constitutional provision can serve as a basis for the national judge to build a model of jurisprudence protecting the right to a fair trial. Finally, the provision can serve as a benchmark to review legislation and the use of powers by judicial authorities.

Added value on the international level must be seen in light of providing a better way of regulating the influence of the ECHR on the Dutch criminal justice system. This can first of all be realized when incorporating the right to a fair trial leads to a stronger attention on fundamental rights in the criminal procedure. When this happens, possible violations of fundamental rights can be dealt with on the national level. This has as positive effect that less complaints go to Strasbourg, this helps to alleviate the caseload problem. Secondly, a national constitutional provision can serve as a basis for the national judge to enter into a dialogue with the ECtHR on the development of the jurisprudence of the Court.

Finally, some procedural aspects of the incorporation of the right to a fair trial at the domestic level are discussed. The first aspect is where this provision should be placed in the Dutch Constitution, either in chapter 1 which contains

fundamental rights or chapter 6 which deals with the judiciary. The second aspect is whether constitutional structures, namely the division of powers between the legislature and the judiciary, should be adapted. Changes in these powers can help fully realize all the possible added value that a constitutional right to a fair trial could have.

### ***Chapter VII: Adding to right to a fair trial to the Dutch Constitution?***

In order to answer the main research question a summary is provided of the positive aspects of incorporating the right to a fair trial in the Dutch Constitution. After this, some arguments against adding the right to a fair trial that have been discussed in the book are put together and discussed.

Finally, the main research question can be answered. The conclusion of this thesis is that added value can be found in incorporating the right to a fair trial to the Constitution. In light of this added value, the right to a fair trial should be incorporated in the Constitution. If it is decided that the right to a fair trial should be enshrined in the Constitution it is necessary to make decisions on the procedural aspects like the content of such a provision, where it should be placed in the Constitution and whether the constitutional powers of the judiciary and the legislature should be changed. These questions have to be answered in the political debate that will follow if the Government decides that the right to a fair trial should be incorporated in the Constitution.





## **Curriculum vitae**

Bas Leeuw is geboren op 24 januari 1983 te Delft. In 2001 behaalde hij zijn gymnasium diploma aan het Stedelijk Gymnasium te Schiedam. In datzelfde jaar begon hij aan de studie Nederlands recht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Hij behaalde daar in 2005 zijn bachelor Nederlands Recht, en in 2007 de master Rechtsgeleerdheid, variant strafrecht. In juni 2007 trad hij in dienst bij de sectie strafrecht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Erasmus Universiteit Rotterdam als promovendus. Sinds oktober 2011 is hij werkzaam bij het Instituut voor Strafrecht & Criminologie van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden.