

Vergaderjaar 2015–2016

34 517

Verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering van de Grondwet, strekkende tot het opnemen van een bepaling over het recht op een eerlijk proces

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 14 december 2015 en het nader rapport d.d. 5 juli 2016, aangeboden aan de Koning door de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, mede namens de Minister-President, Minister van Algemene Zaken en de Minister van Veiligheid en Justitie. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 23 april 2015, no.2015000736, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, mede namens de Minister-President, Minister van Algemene Zaken en de Minister van Veiligheid en Justitie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering van de Grondwet, strekkende tot het opnemen van een bepaling over het recht op een eerlijk proces, met memorie van toelichting.

De Afdeling advisering van de Raad van State adviseert het voorstel aan de Tweede Kamer te zenden, maar acht op onderdelen een verduidelijking of een nadere motivering van het voorstel aangewezen. Zo vraagt de Afdeling in te gaan op de betekenis van de voorgestelde grondwetsbepaling in de praktijk, op de verhouding van het voorgestelde grondrecht ten opzichte van de grondwettelijke beperkingssystematiek en op de formulering en afbakening van de beoogde reikwijdte van de bepaling.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 23 april 2015, no. 2015000736, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovengenoemde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 14 december 2015, nr. W01.15.123/I, bied ik U hierbij aan, mede namens

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

de Minister-President, Minister van Algemene Zaken en de Minister van Veiligheid en Justitie.

1. Betekenis van het voorstel voor de rechtspraak

Het recht op een eerlijk proces en toegang tot de rechter vormt een wezenlijk en onmisbaar onderdeel van de democratische rechtsstaat. Dit recht wordt in Nederlandse rechtsorde gewaarborgd met artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Handvest), op grond van de grondwettelijke regeling van aspecten van rechtsbescherming en door andere waarborgen in het Nederlandse rechtsstelsel.

Voorgesteld wordt nu dit recht als zodanig in de Grondwet te waarborgen. Daarmee wordt in de eerste plaats het recht op een eerlijk proces op grondwettelijk niveau gecodificeerd. In verband daarmee wordt in de toelichting opgemerkt dat artikel 6 van het EVRM alleen van toepassing is op burgerlijke rechten en verplichtingen en op strafzaken, maar niet op de toelating en uitzetting van vreemdelingen, fiscale procedures en (arbeidsrechtelijke) geschillen van ambtenaren en andere. Het voorgestelde grondrecht zal daarentegen niet beperkt zijn tot burgerlijke rechten en verplichtingen en strafzaken,² maar zal de andere hiervoor genoemde rechtsgebieden mede omvatten.³

Tegen deze achtergrond dient de toelichting duidelijkheid te verschaffen over de gevolgen van de voorgestelde bepaling voor wetgeving en rechtspraak. Onduidelijk is of enkel sprake is van vastlegging van een minimum beschermingsniveau waaraan de huidige wetgeving en rechtspraak voldoet, of dat deze in het licht van de voorgestelde bepaling althans op onderdelen gewijzigd dienen te worden. De toelichting biedt hieromtrent geen inzicht. De Afdeling adviseert dat in de toelichting alsnog te doen.

1. Betekenis van het voorstel voor de rechtspraak

Met de codificatie van het recht op een eerlijk proces in het voorgestelde artikel 17, eerste lid, is beoogd de waarborg van individuele rechtsbescherming op grondwettelijk niveau te verankeren. Ter verduidelijking van het grondwettelijke beschermingsniveau kan een onderscheid worden gemaakt tussen het toepassingsbereik van de voorgestelde bepaling en de materiële waarborgen die onderdeel vormen van het recht op een eerlijk proces zoals die door de voorgestelde bepaling worden beschermd.

De grondwettelijke bepaling krijgt een ruimer toepassingsbereik dan de verdragsbepalingen, door daaronder ook rechtsgeschillen met betrekking tot de toelating en uitzetting van vreemdelingen, fiscale procedures en (arbeidsrechtelijke) geschillen van ambtenaren te scharen. In die zin biedt de grondwettelijke bepaling dus een ruimere bescherming dan de verdragsbepalingen. Wat betreft de materiële waarborgen valt op te merken dat de regering in haar voorstel voor de grondwettelijke bepaling aansluit bij de waarborgen die artikel 6 EVRM ook biedt voor geschillen over burgerlijke rechten en bij strafvervolgning. Voor alle geschillen die onder het toepassingsbereik van de grondwettelijke bepaling vallen, gelden deze waarborgen. Het gaat dan om waarborgen met betrekking tot de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter, berechting binnen een redelijke termijn en overige elementen waaronder een openbare en

² Toelichting, paragraaf 1.2 (Doelstelling).

³ Toelichting, paragraaf 6.1 (Reikwijdte).

eerlijke behandeling, zoals deze zijn uitgelegd door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Wat betreft de materiële waarborgen is dus sprake van vastlegging van het minimum beschermingsniveau dat artikel 6 EVRM biedt. Naar het inzicht van de regering voldoen de huidige wetgeving en rechtspraak aan dit niveau, ook in zaken betreffende de rechtsgebieden die buiten de reikwijdte van artikel 6 EVRM vallen, zoals het vreemdelingenrecht en belastingrecht. In aanvulling daarop is het denkbaar dat de nationale wetgever en rechter tot een nadere invulling komen van het grondwettelijke recht op een eerlijk proces. Uiteraard dienen zij daarbij binnen de kaders van de Grondwet te blijven. De memorie van toelichting (par. 1.2 doelstelling) is nader verduidelijkt op dit punt.

2. Beperkingsmogelijkheden

Het voorgestelde grondrecht, een toevoeging aan artikel 17, wordt gezien de tekst vormgegeven als een klassiek grondrecht, zoals opgenomen in hoofdstuk 1 van de Grondwet en in mensenrechtenverdragen zoals het EVRM en het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten. Het is geformuleerd als een recht waarop iedere burger aanspraak kan maken, als een rechtstreeks werkend recht dat onmiddellijk voor de rechter kan worden ingeroepen: «Ieder heeft het recht ...».⁴ Er is niet uitdrukkelijk voorzien in beperking of regulering van het grondrecht bij of krachtens de wet.⁵ Dat zou de indruk kunnen wekken dat de voorgestelde bepaling een onbeperkt, ongeclausuleerd grondrecht toekent. De sinds de algehele grondwetsherziening van 1983 aanvaarde beperkingssystematiek gaat er immers vanuit dat een klassiek grondrecht alleen kan worden beperkt als de beperking herleidbaar is tot een grondwettelijke beperkingsclausule.⁶

De Afdeling merkt op dat het recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn niet goed voorstelbaar is als een onbeperkt recht. Ook de toelichting geeft aan dat beperking van dat recht mogelijk en aangewezen is. Gesteld wordt dat met het oog op de beheersbaarheid van het stelsel van rechtspraak procedurele beperkingen zoals beroepstermijnen, vereisten met betrekking tot het eerst volgen van een bezwaarprocedure enzovoort als toelaatbare beperkingen van het recht op toegang tot de rechter kunnen worden beschouwd.⁷ Van belang is tegelijkertijd dat het recht op toegang tot de rechter in ieder geval niet in essentie wordt aangetast, dat de beperking een legitiem doel moet dienen en dat deze proportioneel moet zijn in het licht van dat doel, aldus de toelichting. In de tekst van het voorgestelde artikel komen deze vooronderstelde beperkingsbevoegdheid en de randvoorwaarden daarvoor echter niet tot uitdrukking.

Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling in de toelichting in te gaan op de verhouding tussen het voorgestelde grondrecht en de geldende grondwettelijke beperkingssystematiek en, indien deze systematiek op het voorgestelde artikel van toepassing is, een beperkingsclausule toe te voegen.

⁴ Zoals artikel 5: «Ieder heeft het recht verzoeken schriftelijk bij het bevoegd gezag in te dienen.»

⁵ Zoals artikel 8: «Het recht tot vereniging wordt erkend. Bij de wet kan dit recht worden beperkt in het belang van de openbare orde.»

⁶ Kamerstukken II 1975/76, 13 872, nr. 3, blz. 20–22. Die beperking kan zijn vastgelegd in hetzelfde artikel als het grondrecht (bijvoorbeeld artikel 8, het recht tot vereniging, en artikel 9, het recht tot vergadering en betoging), of in een algemeen artikel, zoals artikel 15, vierde lid (beperking van grondrechten voor zover die zich niet verdragen met rechtmatige vrijheidsontneming) en artikel 103, tweede lid (beperking van bepaalde grondrechten tijdens een uitzonderingstoestand).

⁷ Toelichting, paragraaf 5.4 (Beperkingen op toegang tot de rechter).

2. Beperkingsmogelijkheden

De geldende grondwettelijke beperkingssystematiek van grondrechten, zoals aanvaard door de grondwetgever van 1983, is ook relevant voor de voorgestelde bepaling van het recht op een eerlijk proces. Die bepaling maakt immers deel uit van het grondwettelijk systeem van de bescherming van grondrechten door dit recht in hoofdstuk 1 van de Grondwet op te nemen. Dit is naar aanleiding van het advies van de Afdeling verduidelijkt in paragraaf 4.1 van de memorie van toelichting. Anders dan de Afdeling lijkt te impliceren betekent dit volgens de regering niet dat er ook een beperkingsclausule aan de voorgestelde bepaling moet worden toegevoegd. Niet elk grondwettelijk grondrecht kent een beperkingsclausule (vergelijk onder meer artikel 1, 5 en 18, eerste lid, Grondwet).

De Afdeling merkt op dat het recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn niet goed voorstelbaar is als een onbeperkt recht. In de toelichting daarop blijkt echter dat zij vooral het aspect van het recht op toegang tot de rechter voor ogen heeft. Naar de mening van de regering is het recht op een eerlijk proces absoluut, in die zin dat alle rechtsgechillen in Nederland aan die norm moeten voldoen. Dat er in alle gevallen recht op een eerlijk proces is sluit evenwel niet uit dat de invulling van wat een eerlijk proces in de zin van de grondwetsbepaling is, onderhevig is aan uitleg. Vragen als «Welke concrete waarborgen horen bij het recht op een eerlijk proces?» en «Wanneer is sprake van een redelijke termijn?», zijn vragen die gaan over de reikwijdte en de omvang van het recht en betreffen niet de mogelijkheden tot beperking van het recht op een eerlijk proces. Ook artikel 6 EVRM formuleert het recht op een eerlijk proces zonder beperkingen, waar de meeste andere mensenrechten in het EVRM een beperkingsclausule bevatten. Die beperkingsclausules in het EVRM zijn weliswaar anders van opbouw dan de grondwettelijke beperkingsclausules, maar niettemin is hierin het systeem terug te vinden van allereerst een beschrijving van het grondrecht en in de tweede plaats het noemen van de beperkingen die zijn toegestaan op het grondrecht. Zo'n beperkingsclausule kent artikel 6 EVRM niet.

Genueanceerder ligt het bij het in de Europese jurisprudentie ontwikkelde recht op toegang tot de rechter, dat inherent is aan het recht op een eerlijk proces. Het recht op toegang tot de rechter is zoals de Afdeling opmerkt niet absoluut en kan aan voorwaarden worden verbonden, zoals de heffing van griffierechten. Hiervoor is evenwel niet voorzien in een expliciete beperkingsclausule, net als in artikel 18, eerste lid, Grondwet niet is voorzien in een beperkingsclausule bij het recht om zich in rechte te doen bijstaan. Dat is een bewuste keuze van de grondwetgever geweest. Het kwam de regering ongewenst en onnodig voor de mogelijkheid van het stellen van beperkingen op dit recht om zich in rechte te doen bijstaan, open te houden. In de memorie van toelichting bij artikel 18, eerste lid, is opgemerkt dat er ook zonder een beperkingsclausule altijd regels van procedurele aard kunnen worden gesteld, zoals de eis dat de raadsman een bepaalde hoedanigheid bezit of bijvoorbeeld schriftelijk gemachtigd is. Dergelijke regels van procedurele aard mogen er vanzelfsprekend niet toe leiden dat iemand in feite verhinderd wordt om zich in rechte of administratief beroep te doen bijstaan.⁸ Zo mogen ook procedurele regels met betrekking tot de toegang tot de rechter er niet toe leiden dat het recht in zijn essentie wordt aangetast, zoals in de memorie van toelichting bij het onderhavige wetsvoorstel is opgemerkt.

⁸ Kamerstukken II, 1975/76, 13 873, nr. 3, p. 9.

3. Rechten van de verdediging in het strafproces

Het tweede en derde lid van artikel 6 van het EVRM noemen specifieke rechten van de verdediging in het strafproces die niet in de tekst van het nieuwe grondrecht zijn vervat: de onschuldpresumptie, het recht van de verdachte om op de hoogte te worden gesteld van de tegen hem ingebrachte beschuldiging, het recht om te beschikken over tijd en faciliteiten voor de verdediging, het recht om zichzelf te verdedigen of de bijstand te krijgen van een raadsman – zo nodig op kosten van de staat –, het recht om getuigen op te roepen en te ondervragen, en het recht op kosteloze bijstand van een tolk. Deze specifieke rechten worden niet opgenomen, onder meer omdat dat niet zou passen bij het sobere karakter van de Grondwet. Tegelijkertijd wordt in de toelichting opgemerkt dat het voorgestelde artikel 17, eerste lid, wordt geacht deze rechten mede te beschermen.⁹ Daarbij gaat de regering ervan uit dat deze rechten zullen worden «ingelezen» in de voorgestelde bepaling.

De Afdeling merkt op dat het, mede gelet op het feit dat grondwetsbepalingen reeds lang verdragsconform worden uitgelegd, op zichzelf mogelijk is om bepaalde deelrechten in de voorgestelde bepaling «in te lezen». Het is evenwel de vraag of het inlezen op de wijze die de regering kennelijk voor ogen heeft, hier aangewezen is. Het gaat hier om een grondwetswijziging waarbij de bescherming van het grondrecht tot de kernelementen beperkt is. Met dat uitgangspunt is de toelichting minder goed verenigbaar. Daarin wordt voorondersteld, dat de waarborgen in strafzaken zoals opgesomd in het tweede en derde lid van artikel 6 van het EVRM rechtstreeks afleidbaar zijn uit het eerste lid van artikel 6 van het EVRM, en dat dit om dezelfde reden ook zou gelden voor het voorgestelde grondwetsartikel. Dat is vanwege het specifieke karakter van de betreffende rechten niet of althans niet zonder meer het geval. Het is dan ook niet vanzelfsprekend dat het voorgestelde grondwetsartikel, dat correspondeert met de kern van het eerste lid van artikel 6 van het EVRM, tevens geacht wordt de in het tweede en derde lid van deze bepaling neergelegde, meer specifieke rechten van de verdediging in het strafproces te beschermen.

In het licht van het bovenstaande adviseert de Afdeling de toelichting aan te passen.

3. Rechten van de verdediging in het strafproces

De voorgestelde bepaling in artikel 17 Grondwet noemt geen specifieke rechten van de verdediging in het strafproces. Dat alleen bepaalde kernelementen van het recht op een eerlijk proces expliciet worden genoemd in de voorgestelde bepaling, wil evenwel niet zeggen dat het recht ook enkel die kernelementen beschermt. Het gaat uiteindelijk om de uitleg die de (grond)wetgever en de rechter geven aan het begrip «eerlijk proces», dat wel is opgenomen in de grondwetsbepaling zelf. Dat begrip vormt de kern van de bepaling. Het biedt volgens de regering voldoende duidelijkheid om de grondwettelijke bepaling uit te leggen op een wijze die overeenkomt met het EVRM en het EU-Handvest door daarin ook bepaalde meer specifieke rechten te lezen, die zijn uitgekristalliseerd in de jurisprudentie van het EHRM of het Hof van Justitie van de EU. Hierbij valt te denken aan elementen die specifiek zijn voor het strafproces, zoals de onschuldpresumptie, het recht van de verdachte om op de hoogte te worden gesteld van de tegen hem ingebrachte beschuldiging en het recht om te beschikken over tijd en faciliteiten voor de verdediging. Ook kan het gaan om elementen die niet specifiek zijn voor het strafproces, zoals het

⁹ Toelichting, paragraaf 7.4.2 (Rechten van de verdediging).

recht om getuigen op te roepen. Deze waarborgen liggen besloten in de algemene formulering van het recht.¹⁰ Dit is niet anders dan bij andere bestaande grondrechten de praktijk is. Het betreft feitelijk de interpretatie van het begrip eerlijk proces, zoals ook het begrip persoonlijke levenssfeer wordt uitgelegd. In de memorie van toelichting is conform het advies van de Afdeling verduidelijkt dat het begrip «eerlijk proces» de kern is van de bepaling en het aanknopingspunt biedt voor het beschermen van meer specifieke elementen als onderdeel van dit recht, onder meer in het strafproces.

4. Recht op een doeltreffende rechtsgang

Artikel 6 van het EVRM waarborgt het recht op een eerlijk proces. Artikel 13 van het EVRM voorziet in het recht op een «effective remedy» met betrekking tot (mogelijke) schendingen van de rechten in het EVRM. In de toelichting wordt opgemerkt dat artikel 6 van het EVRM in samenhang moet worden gelezen met het in artikel 13 van het EVRM geregelde recht op effectieve rechtsbescherming. Dit recht op een doeltreffende¹¹ rechtsgang kan worden gezien als een wezenlijke voorwaarde voor de uitoefening van het recht op een eerlijk proces, zoals ook in de toelichting wordt geconstateerd.¹² De toelichting gaat evenwel niet in op de in de consultatiefase van dit wetsvoorstel gedane suggestie om samen met het voorgestelde recht op een eerlijk proces ook het recht op een «effective remedy» – de doeltreffendheid van de rechtsgang – in de Grondwet op te nemen. De Afdeling adviseert hierop alsnog in te gaan.

4. Recht op een doeltreffende rechtsgang

In de consultatie is de suggestie gedaan om samen met het voorgestelde recht op een eerlijk proces ook het recht op een *effective remedy* – de doeltreffendheid van de rechtsgang – in de Grondwet op te nemen. Daarmee zou volgens de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State kunnen worden benadrukt dat veel ontwikkelingen die zich gedurende de afgelopen jaren op het terrein van het bestuursprocesrecht hebben voltrokken, hebben te maken met de behoefte aan snelle en effectieve geschillenbeslechting. De Raad voor de Rechtspraak gaf in zijn advies aan dat het gebruik van voor het «eerlijk proces» alternatieve begrippen als een «eerlijk en effectief proces», «een eerlijk proces en effectieve rechtsbescherming» of een «eerlijke rechtsgang» meer recht zou doen aan de diversiteit van de te beschermen waarden, ook in het bestuursrecht en het burgerlijk recht, nu een «eerlijk proces» binnen de Nederlandse verhoudingen toch veelal met de strafrechtelijke procedure wordt geassocieerd. De Afdeling merkt op dat het recht op een doeltreffende rechtsgang kan worden gezien als een wezenlijke voorwaarde voor de uitoefening van het recht op een eerlijk proces. Dat onderschrijft de regering. De uitoefening van ongeacht welk grondrecht dient doeltreffend te zijn om van werkelijke waarde te zijn. Dat kan worden gerealiseerd door toegang tot een rechter, maar artikel 13 EVRM, waarnaar de Afdeling verwijst, staat ook andere vormen van effectieve rechtsbescherming door bestuurlijke of parlementaire instanties toe. In dit opzicht zij er op gewezen dat artikel 13 EVRM enkel samen met andere verdragsrechten kan worden ingeroepen. De eisen die aan het recht op effectieve rechtsbescherming worden gesteld onder artikel 13 EVRM zijn in essentie

¹⁰ Vgl. meerderheid van de staatscommissie op p. 63 van het rapport. P.S. om die reden hadden zij evenwel ook de berechting binnen redelijke termijn niet expliciet benoemd.

¹¹ De Afdeling heeft een voorkeur voor de term «doeltreffend», dat ook wordt gebruikt in de authentieke Nederlandse tekst van artikel 47 van het Handvest, boven «effectief» of «daadwerkelijk».

¹² Toelichting, paragraaf 5.3 (Artikelen 6 en 13 EVRM, artikel 47 EU-Handvest).

vergelijkbaar met die onder artikel 6 EVRM. Daar waar artikel 6 EVRM van toepassing is heeft artikel 13 EVRM geen toegevoegde waarde.¹³ Omdat op nationaal niveau nu juist is gekozen voor een ruime reikwijdte van het grondwettelijke recht op een eerlijk proces door daaronder alle rechtsge- schillen te brengen, acht de regering het niet noodzakelijk om daaraan nog expliciet toe te voegen dat die rechtsgang doeltreffend moet zijn. De memorie van toelichting is in deze zin aangevuld.

5. Eerlijk proces tijdens een uitzonderingstoestand

Artikel 103 van de Grondwet omschrijft van welke grondrechten tijdens een uitzonderingstoestand kan worden afgeweken. Deze bepaling noemt het huidige artikel 17 van de Grondwet niet, zodat van dat artikel in een uitzonderingstoestand niet mag worden afgeweken. Dat is bewust zo geregeld, omdat artikel 17 spreekt van «de rechter die de wet hem toekent»; dat kan derhalve ook de militaire rechter zijn die krachtens noodwetgeving de aan de burger toegekende rechter is.¹⁴ De mogelijkheid om in een uitzonderingstoestand van het normale systeem af te wijken is dus al in artikel 17 zelf voorzien. Daarentegen noemt artikel 103 van de Grondwet wel artikel 113, eerste en derde lid (de rechterlijke macht is belast met de berechting van strafbare feiten en het opleggen van vrijheidsstraffen). Van deze bepalingen, die nauw samenhangen met het recht op een eerlijk proces, kan in een uitzonderingstoestand wel worden afgeweken.

In het voorstel wordt het nieuwe grondrecht niet in de opsomming opgenomen. Dat betekent dat het recht op een eerlijk proces niet mag worden beperkt tijdens een algemene uitzonderingstoestand.¹⁵ Uit de toelichting blijkt niet dat deze consequentie en de samenloop met artikel 113, eerste en derde lid, van de Grondwet in samenhang met artikel 103 van de Grondwet onder ogen is gezien.

De Afdeling merkt op dat de huidige wetgeving er vanuit gaat dat er in uitzonderingstoestanden niet altijd recht op toegang tot de rechter kan zijn. Ook de grondwetgever is daar vanuit gegaan: artikel 103 van de Grondwet maakt onder meer afwijking mogelijk van de bepaling dat alleen de rechterlijke macht strafbare feiten berecht.

Gelet op het voorgaande adviseert de Afdeling te bezien of de voorgestelde bepaling in artikel 103 van de Grondwet genoemd moet worden en dat artikel zo nodig aan te passen.

5. Eerlijk proces tijdens een uitzonderingstoestand

De Afdeling vraagt aandacht te besteden aan de verhouding tussen de voorgestelde bepaling en artikel 103 Grondwet inzake de uitzonderings- toestand. Hieraan geven wij graag gevolg; ook de memorie van toelichting is op dit punt verduidelijkt door hierover een aparte paragraaf op te nemen (paragraaf 5.3). Artikel 103, tweede lid, van de Grondwet noemt van welke grondwetsbepalingen bij wet kan worden afgeweken in een uitzonderingstoestand. Dat betreft onder meer artikel 113, eerste en derde lid van de Grondwet, dat de rechterlijke macht exclusief belast met

¹³ Zie T.Barkhuysen, M.L. van Emmerik en J.H. Gerards, *De toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de Grondwet?* (voorstudie voor de staatscommissie in opdracht van het Ministerie van BZK), Kluwer 2009, p. 27.

¹⁴ Kamerstukken II 1978/79, 15 681, nrs. 1–5, blz. 11; 1979/80, 15 681, nr. 7, blz. 15–16.

¹⁵ Artikel 6 van het EVRM, dat met het voorgestelde artikel correspondeert, is niet «notstandsfeest»: van het artikel kan onder voorwaarden worden afgeweken in tijd van oorlog of in een andere algemene noodtoestand die het bestaan van het land bedreigt (artikel 15 van het EVRM).

de berechting van strafbare feiten. De achtergrond van die afwijkmogelijkheid is de mogelijkheid om de destijds bestaande mobiele krijgswaarden bij land- en luchtmacht alsmede de niet-permanente krijgswaarden van de zeemacht met rechtspraak te belasten, ook al behoren zij niet tot de rechterlijke macht.¹⁶ De huidige mobiele rechtbanken die kunnen worden ingesteld op grond van art. 10 Wet militaire strafrechtspraak behoren evenmin tot de rechterlijke macht. Artikel 17 Noodwet rechtspleging maakt het voorts mogelijk dat mobiele rechtbanken bevoegd worden om strafbare feiten door burgers begaan te berechten tijdens een algemene noodtoestand. Zoals de Afdeling opmerkt is het huidige artikel 17 zodanig geformuleerd («de rechter die de wet hem toekent») dat ook de militaire rechter die krachtens noodwetgeving bevoegd is, de aan de burger toegekende rechter kan zijn. Evenzo zijn deze mobiele militaire rechtbanken te beschouwen als een onafhankelijk en onpartijdige rechter die een eerlijk proces waarborgen in de zin van de voorgestelde nieuwe grondwetsbepaling. Ook daarin duidt het begrip rechter niet uitsluitend op gerechten die tot de rechterlijke macht behoren. Zoals in de artikelsgevoegde toelichting staat, omvat de term rechter alle rechterlijke colleges die van overheidswege zijn ingesteld. Artikel 17 is derhalve ruimer geformuleerd dan artikel 113, door daaronder niet alleen de rechterlijke macht te scharen, maar ook andere rechters die in Nederland van overheidswege fungeren. Gelet hierop acht de regering het niet noodzakelijk om het voorgestelde artikel 17, eerste lid, Grondwet toe te voegen aan de in artikel 103 Grondwet genoemde bepalingen waarvan kan worden afgeweken in een uitzonderingstoestand. Ook in een uitzonderingstoestand bestaat het recht op een eerlijk proces voor *een* rechter.

Zoals de Afdeling aangeeft kan onder voorwaarden wel van artikel 6 EVRM worden afgeweken in een door de verdragsstaat uitgeroepen noodtoestand op grond van artikel 15 EVRM. Deze bepaling wordt immers niet genoemd als een van de verdragsbepalingen waarvan niet kan worden afgeweken. Niettemin geldt ook dat voor in beginsel wel opschortbare rechten, zoals het recht op vrijheid en veiligheid (artikel 5 EVRM) en het recht op een eerlijk proces (artikel 6 EVRM), noodmaatregelen alleen zijn toegestaan indien deze strikt noodzakelijk zijn. Of dit het geval is beoordeelt het EHRM aan de hand van de ernst van de noodtoestand, de aard van de opgeschorte rechten en de inhoud en duur van de getroffen maatregelen, alsmede eventuele waarborgen tegen misbruik daarvan. Uit de jurisprudentie over artikel 15 EVRM, die uitsluitend betrekking heeft op artikel 5 EVRM, blijkt dat ook als een verdragsstaat de verplichtingen onder artikel 5, derde lid, EVRM heeft opgeschort de periode van detentie niet te lang mag duren voordat iemand wordt voorgeleid aan een rechterlijke instantie.¹⁷

Het recht op een eerlijk proces, dat fungeert als schakelbepaling in het waarborgen van andere fundamentele rechten, kan ook in een noodtoestand een belangrijke functie vervullen om ervoor te zorgen dat deze rechten niet verder worden ingeperkt dan strikt noodzakelijk is.

¹⁶ Kamerstukken II 1979/80, 15 681 nr. 12, p. 1.

¹⁷ Brannigan and McBride t. Verenigd Koninkrijk, EHRM 26 mei 1993, nrs. 14553/89 en 14554/89; Aksoy t. Turkije EHRM 18 december 1996, nr. 21987/93, par. 78; Nuray Sen t. Turkije EHRM 17 juni 2003, nr. 41478/98. Zie J.P. Loof «Commentaar op art. 15, par. C 2.2 (p. 1233)» in: SDU Commentaar EVRM, Deel I – Materiële bepalingen, Den Haag: SDU Uitgevers 2013.

6. Formulering van de Staatscommissie Grondwet

De Staatscommissie Grondwet heeft verschillende formuleringen voor het nieuwe grondrecht overwogen. Een minderheid van de commissie heeft een formulering voorgesteld die vrijwel overeenkomt met het voorstel van de regering. De meerderheid stelde als tekst voor:

«Ieder wiens door het recht beschermde belangen worden getroffen heeft recht op een eerlijk proces voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter.»

Het gebruik van de termen «belangen» en «(worden) getroffen» brengt volgens de meerderheid tot uitdrukking dat het recht op toegang tot de rechter en het recht op een eerlijk proces zich uitstrekken tot alle situaties waarin iemand door enig handelen in zijn rechtens beschermde belangen wordt getroffen. Wel moet ervoor worden gewaakt een ruim geformuleerde bepaling aldus uit te leggen dat daarmee de deur wordt opengezet voor – dure – procedures over trivialiteiten. Het is aan de wetgever om hier de grenzen te trekken door zo nodig regels te stellen over de mogelijkheid van niet-ontvankelijkheid, proceskostenveroordelingen, of sancties op misbruik van procedure, aldus de meerderheid van de Staatscommissie.¹⁸

Voor de regering vormt dit laatste de aanleiding om de formulering van de meerderheid van de Staatscommissie niet over te nemen. Die formulering draagt volgens de regering het risico in zich dat de deur wordt opengezet voor procedures over trivialiteiten die de rechtspraak onnodig belasten. De wetgever zal dan nader grenzen moeten trekken door regels te stellen over de mogelijkheid van niet-ontvankelijkheid, proceskostenveroordelingen, of sancties op misbruik van procedure om te voorkomen dat voor allerlei bagatelzaken toegang tot de rechter grondwettelijk is gegarandeerd, aldus de toelichting.¹⁹

De Afdeling merkt op dat deze reactie wel ingaat op de praktische gevolgen van het voorstel van de meerderheid van de Staatscommissie in de zin dat de wetgever nadere grenzen zal moeten stellen, maar geen aandacht besteedt aan de inhoudelijke merites van dat voorstel. Bovendien gaat ook de regering er van uit dat bij de door haar gekozen tekst beperkingen van het recht op toegang tot de rechter gesteld kunnen en zullen worden.²⁰ De Afdeling adviseert in de toelichting nader in te gaan op de argumenten van de meerderheid van de Staatscommissie voor de door haar voorgestelde formulering.

6. Formulering van de Staatscommissie Grondwet

De Afdeling verzoekt om naast de praktische gevolgen ook aandacht te besteden aan de inhoudelijke merites van de door de meerderheid van de staatscommissie voorgestelde tekst van de bepaling. Dat voorstel beoogt tot uitdrukking te brengen dat het recht op toegang tot de rechter en het recht op een eerlijk proces zich uitstrekken tot alle situaties waarin iemand door enig handelen in zijn rechtens beschermde belangen wordt getroffen. Volgens die zes leden van de staatscommissie zou dit met name een relevante aanpassing van de formulering van artikel 47 EU-Handvest zijn voor de rechtsbescherming tegen de overheid. Het staat buiten kijf dat in een rechtsstaat de rechtsbescherming van de burger tegen de overheid een van de kernelementen is. Ook de overheid is immers gehouden aan

¹⁸ Advies Staatscommissie, blz. 63–64.

¹⁹ Toelichting, paragraaf 6.2 (Formulering).

²⁰ Toelichting, paragraaf 5.4 (Beperkingen op toegang tot de rechter).

het recht. Voor rechtsgeschillen tussen burger en overheid dient daarom ten volle het recht op een eerlijk proces te gelden. Diezelfde inhoudelijke doelstelling kan worden bereikt met de door de regering voorgestelde bepaling, waarin de begrippen «rechten» en «verplichtingen» zich uitstrekken tot alle rechtsgebieden. Voorts worden strafzaken daarin uitdrukkelijk genoemd. De regering heeft er voor gekozen om aan te sluiten bij de door de minderheid van vier leden van de staatscommissie voorgestelde formulering, omdat deze begrippen naar zijn mening beter aansluiten bij de rechtspraak vanwege de rol die artikel 6 EVRM nu al speelt in de rechtspraak, waardoor een goede toepassing van het grondwettelijk grondrecht vergemakkelijkt wordt. Ook de wetgever is goed bekend met de terminologie van artikel 6 EVRM. De voorgestelde formulering geniet derhalve de voorkeur van de regering, terwijl de inhoud van het voorgestelde recht gelijk is aan die van het voorstel van de meerderheid van de staatscommissie. De voorgestelde bepaling heeft immers betrekking op alle rechtsgeschillen. De memorie van toelichting is op het vorenstaande punt verduidelijkt.

Tot slot is van de gelegenheid gebruik gemaakt om de memorie van toelichting te verduidelijken en actualiseren met enkele recente (Europese) ontwikkelingen die betrekking hebben op een eerlijk proces.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De vicepresident van de Raad van State,
J.P.H. Donner*

Ik moge U, mede namens de Minister-President, Minister van Algemene Zaken en de Minister van Veiligheid en Justitie, verzoeken het hierbij gevoegde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties,
S.A. Blok