17112014000007 Openbaar Ministerie

Wetenschappelijk Bureau Openbaar Ministerie

Postbus 20305 2500 EH Den Haag

Prins Clauslaan 16
2595 AJ Den Haag
Telefoon +31 (0)70 339 96 00
telefax +31 (0)70 339 98 51

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
Directeur Constitutionele Zaken en Wetgeving
M.L. Haimé
Postbus 20011
2500 EA DEN HAAG

Onderdeel	Wetenschappelijk Bureau Openbaar Ministerie
Contactpersoon	
Doorkiesnummer(s)	
E-mail	
Datum	13-11-2014
Ons kenmerk	WBOM/17110
Uw kenmerk	2014-0000461098
Onderwerp	Advies conceptwetsvoorstel inzake het recht op een eerlijk proces in de Grondwet

Bij beantwoording de datum en ons kenmerk vermelden. Wilt u slechts één zaak in uw brief behandelen

Geachte mevrouw Haimé,

Bij brief van 27 augustus 2014 heeft u namens de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties het College van procureurs-generaal gevraagd te adviseren over een voorgenomen grondwetswijziging. Het College heeft het Wetenschappelijk Bureau van het Openbaar Ministerie (WBOM) gevraagd zorg te dragen voor een advies waarin de verschillende juridische aspecten van het voorstel worden belicht. Het WBOM neemt gaarne de taak op zich om namens het College een advies op te stellen.

Het kabinet stelt voor om een recht op een eerlijk proces in de Grondwet op te nemen. Net als de staatscommissie Grondwet in haar rapport uit 2010, meent het kabinet dat het recht op een eerlijk proces zoals vastgelegd in art. 6 EVRM en in de artt. 47 en 48 EU-Handvest onvoldoende bescherming biedt, omdat de eerste bepaling volgens het eerste lid daarvan beperkt is tot het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen dan wel het bepalen van de gegrondheid van een ingestelde vervolging en de laatste twee bepalingen ingevolge art. 51 lid 1 EU-Handvest alleen zien op schendingen van EU-recht. Als gevolg van die beperkingen is er sprake van een lacune in de rechtsbescherming.

Het voornemen om op grondwettelijk niveau in die lacune te voorzien, wordt door het openbaar ministerie onderschreven. Het kabinet stelt terecht dat het recht op een eerlijk proces, mede omdat het een essentiële voorwaarde is voor de effectuering van andere grondrechten, een belangrijk onderdeel vormt van de democratische rechtsstaat en dat het verankeren van dat recht in de Grondwet kan bijdragen aan het vertrouwen van de burger in die rechtsstaat.

Dat gezegd hebbende, kunnen de volgende, ten dele met elkaar samenhangende, kanttekeningen bij het voorstel worden gemaakt.

Om te beginnen is de verhouding tussen enerzijds het voorgestelde grondrecht op een eerlijk proces en anderzijds het recht op een eerlijk proces zoals dat is vastgelegd in art. 6 EVRM en in de artt. 47 en 48 EU-Handvest, voor verduidelijking vatbaar.[1] In het bijzonder wordt uit de concept-Memorie van Toelichting onvoldoende duidelijk of het voorgestelde grondrecht op een eerlijk proces volgens het kabinet dezelfde betekenis heeft als het recht op een eerlijk proces in art. 6 EVRM en de artt. 47 en 48 EU-Handvest. In de §§ I.5-I.7 van de concept-Memorie van Toelichting wordt ter verduidelijking van de betekenis van het voorgestelde grondrecht op meerdere punten verwezen naar jurisprudentie van het EHRM over art. 6 EVRM. Dat suggereert dat het kabinet de interpretatie van het EHRM in die jurisprudentie op die punten richtinggevend acht voor de interpretatie van het voorgestelde grondrecht. Dat wordt echter nergens met zoveel woorden gezegd. Evenmin wordt gezegd dat in zijn algemeenheid, dus ook los van de betreffende punten, de betekenis die art. 6 EVRM tot dusverre heeft gekregen in de jurisprudentie van het EHRM richtinggevend is voor de interpretatie van het voorgestelde grondrecht. Voorts wordt in de concept-Memorie van Toelichting niet duidelijk of de (Nederlandse) rechter bij zijn interpretatie van het voorgestelde grondrecht de toekomstige ontwikkeling van de jurisprudentie van het EHRM over art. 6 EVRM zou moeten volgen. Al met al roept de concept-Memorie van Toelichting de vraag op of het kabinet met het voorstel, afgezien van de hierboven genoemde beperkingen, art. 6 EVRM in de Grondwet wil incorporeren of een eigenstandig recht op een eerlijk proces wil creëren, dat zich eventueel los van het in art. 6 EVRM opgenomen recht kan ontwikkelen.

Een van de specifieke punten waarbij het kabinet naar jurisprudentie van het EHRM verwijst, betreft de reikwijdte van het voorgestelde grondrecht op een eerlijk proces. Zoals gezegd, is de in het voorstel voorziene reikwijdte groter dan die van art. 6 EVRM. Juist daarin ligt immers mede het bestaansrecht van het voorgestelde grondrecht. In

---

[1] Afgezien van de hierboven genoemde beperkingen is de betekenis van het recht op een eerlijk proces in de artt. 47 en 48 EU-Handvest dezelfde als het recht op een eerlijk proces in art. 6 EVRM. Dat volgt uit art. 52 lid 3 EU-Handvest, dat luidt: "Voor zover dit Handvest rechten bevat die corresponderen met rechten welke zijn gegarandeerd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, zijn de inhoud en reikwijdte ervan dezelfde als die welke er door genoemd verdrag aan worden toegekend. Deze bepaling verhindert niet dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt." Wat die met elkaar corresponderende rechten betreft, is het EVRM, met andere woorden, in het EU-Handvest geïncorporeerd. Vgl. J.A.W. Lensing, Grondrechten van de EU in de Nederlandse straf(proces)rechtelijke praktijk, *Strafblad* 2012, p. 20.

die grotere reikwijdte ziet het kabinet reden om het voorgestelde grondrecht ruim te formuleren, namelijk als volgt: "Ieder heeft recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter." Anders dan de staatscommissie Grondwet kiest het kabinet er derhalve voor om de context waarin het grondrecht kan worden ingeroepen niet in de tekst van de bepaling tot uitdrukking te laten komen.[2] Het gevolg daarvan is echter dat de tekst van de bepaling suggereert dat iedereen te allen tijde en onder alle omstandigheden een recht op een eerlijk proces heeft, daaronder begrepen — want op dat punt volgt het kabinet het EHRM: zie § I.5.1 van de concept-Memorie van Toelichting — een recht op toegang tot de rechter. Dat zou op zichzelf een buitengewoon verstrekkende implicatie zijn, die volgens § I.6 gelukkig ook niet wordt bedoeld. Want daar wordt gesteld dat het voorgestelde grondrecht wel degelijk alleen betrekking heeft op de vaststelling van rechten en verplichtingen of op de bepaling van de gegrondheid van een ingestelde strafvervolging. Vervolgens wordt gesuggereerd dat er bij de vaststelling van rechten en verplichtingen, net zoals dat op grond van art. 6 EVRM het geval is, alleen in de context van een geschil een recht op eerlijk proces bestaat, in de betekenis die het ERHM aan dat begrip geeft.[3] Ook hier wordt echter niet met zo veel woorden duidelijk gemaakt dat de door het EHRM gehanteerde benadering richtinggevend is voor de interpretatie van het voorgestelde grondrecht. Dat die benadering richtinggevend is, lijkt overigens ook weersproken te worden door een aantal voorbeelden van kwesties die volgens de concept-Memorie van Toelichting onder de reikwijdte van het voorgestelde grondrecht vallen. Zo wordt een op p. 12 genoemd verzoek tot adoptie in de regel niet in de context van een geschil gedaan. De reikwijdte van het voorgestelde grondrecht is derhalve voor verduidelijking vatbaar.

Die verduidelijking is met name van belang voor procedures die niet onder de reikwijdte van art. 6 EVRM vallen, maar wel onder die van het voorgestelde grondrecht. Voorbeelden van zulke procedures waarbij het Openbaar Ministerie betrokken is, zijn de procedure ex art. 12 Sv, waarin een rechtstreeks belanghebbende klaagt over een beslissing van het Openbaar Ministerie om een bepaald strafbaar feit

---

[2] Het kabinet heeft noch de meerderheid van de staatscommissie Grondwet gevolgd, die als nieuwe bepaling voorstelde: "Ieder *wiens door het recht beschermde belangen worden getroffen* heeft recht op een eerlijk proces voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter," noch de minderheid van die commissie, die voorstelde: "Ieder heeft, *bij de vaststelling van zijn rechten en verplichtingen of bij de bepaling van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolging,* recht op een eerlijk proces, binnen een redelijke termijn voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter" (Rapport staatscommissie Grondwet, p. 64 — cursiveringen toegevoegd). Daarvoor worden feitelijk geen argumenten gegeven.

[3] Het EHRM vereist, kort gezegd, een geschil van een bepaalde ernst waarvan de uitkomst rechtstreeks beslissend is voor het ter discussie staande recht.

niet te vervolgen, en de procedure ex art. 89 Sv, waarin een gewezen verdachte een schadevergoeding vordert wegens, achteraf bezien, ten onrechte ondergane voorlopige hechtenis. De precieze betekenis van het voorgestelde grondrecht voor dergelijke procedures is nog ongewis. Art. 120 Gw verbiedt de rechter om formele wetten aan de Grondwet te toetsen. Het kan echter niet worden uitgesloten dat de wetgever zich door het nieuwe grondrecht gedwongen zal voelen om de wettelijke regeling van procedures als de genoemde aan te passen. En ook zonder zo'n aanpassing is het denkbaar dat de rechter zich bij de interpretatie van zo'n wettelijke regeling door het voorgestelde grondrecht zal laten leiden. Welke vorm dat zal kunnen aannemen en wat daarvan de gevolgen zullen zijn, kan nu nog niet goed worden voorzien. Dat draagt een zeker risico in zich. Het College vraagt zich af of het kabinet zich voldoende van dit risico bewust is.

Wat, vervolgens, het recht op toegang tot een rechter betreft, welk recht zoals gezegd onderdeel uitmaakt van het voorgestelde recht op een eerlijk proces, verdient het wellicht aanbeveling er in de Memorie van Toelichting geen enkele twijfel over te laten bestaat dat dat recht niet impliceert dat te alle tijde ieder onderdeel van een geschil of een strafvervolging voor een rechter ter discussie moet kunnen worden gesteld. Dat zou namelijk bijvoorbeeld het einde betekenen van het gesloten stelsel van rechtsmiddelen in het strafprocesrecht.[4] Weliswaar wordt in § I.5.4 van de concept-Memorie van Toelichting aangegeven dat het recht op toegang tot de rechter niet absoluut is en wordt vervolgens besproken welke beperkingen volgens art. 6 EVRM zijn toegestaan, maar er wordt niet uitdrukkelijk gesteld dat die beperkingen ook gelden voor het nieuwe voorgestelde grondrecht.

Voorts is de redactie van § I.4 van de concept-Memorie van Toelichting voor verbetering vatbaar. Volgens die paragraaf geeft een grondwettelijk recht op een eerlijk proces de burger "een bepaalde aanspraak jegens de wetgever en de rechter" (p. 5). Om welke aanspraak het gaat, blijft echter onduidelijk. Vervolgens staat er enige alinea's verder: "Een grondwettelijk recht op een eerlijk proces heeft naast betekenis als grondrecht voor de burger ook een functie voor de rechtsvorming door de wetgever en de rechter" (p. 6). De woorden "naast betekenis als grondrecht voor de burger"

---

[4] De geslotenheid van het stelsel van rechtsmiddelen in het strafprocesrecht brengt bijvoorbeeld met zich mee dat vormverzuimen die aan de orde hadden kunnen worden gesteld bij het verhoor door de R-C (bijvoorbeeld op grond van art. 59a Sv de onrechtmatigheid van de inverzekeringstelling) niet meer aan de zittingsrechter kunnen worden voorgelegd (HR 8 mei 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1566, *NJ* 2001, 587; vgl. J.B.H.M. Simmelink, Kanttekeningen bij het 'gesloten stelsel van rechtsmiddelen', in: A.E. Harteveld, D.H. de Jong & E.F. Stamhuis (red.), *Systeem in ontwikkeling. Liber amicorum G. Knigge*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 474-480).

suggereren dat de eerder bedoelde aanspraak losstaat van de functie van het voorgestelde grondrecht voor de rechtsvorming door de wetgever en de rechter. Maar wordt niet veeleer bedoeld dat de aanspraak van de burger *betrekking heeft op* de rechtsvorming door de wetgever en de rechter (de burger kan er, kort gezegd, op grond van het voorgestelde grondrecht aanspraak op maken dat de wetgever en de rechter het recht op een eerlijk proces bij hun rechtsvorming in acht nemen)? Dat zou dan duidelijker in de tekst tot uitdrukking kunnen worden gebracht. Overigens kunnen er bij de beoogde functie van het grondrecht voor de rechtsvorming door de wetgever en de rechter twee kanttekeningen worden geplaatst. De eerste ziet op de rechtsvorming door de wetgever. Daarover staat op p. 6: "De voorgestelde bepalingen[5] dienen ... als grondwettelijk kader voor de wetgever bij het opstellen van (nieuwe) wetgeving."[6] Wellicht verdient het vermelding in de Memorie van Toelichting dat de aanspraak van de burger op de wetgever in dat verband niet meer dan een morele is. Art. 120 Gw verbiedt de rechter immers om formele wetten aan de Grondwet te toetsen. De tweede kanttekening luidt dat het aanbevelenswaardig lijkt om in plaats van over "een functie voor de rechtsvorming door de wetgever en de rechter" te spreken over "een functie voor de rechtsvorming door de wetgever en voor de rechtsvinding door de rechter." Want de volgende zin, die de functie van het voorgestelde grondrecht voor de rechter betreft, luidt: "De grondwettelijke bepalingen die door een procespartij of verdachte in een concrete (straf)procedure kunnen worden ingeroepen, zullen in de eerste plaats door de rechter moeten worden gehandhaafd" (p. 6). Die handhaving zal toch primair op rechtsvinding en niet op rechtsvorming zijn gebaseerd.

Onduidelijk is verder waarom in § 1.8 van de concept-Memorie van Toelichting de verschillende voorstellen binnen de EU om de procedurele waarborgen in strafprocedures te verbeteren, worden genoemd. Anders dan het opschrift van deze paragraaf doet vermoeden, wordt er in de paragraaf geen aandacht besteed aan de verhouding tussen die Europese voorstellen en de voorgestelde grondwetsbepaling.

Wellicht is het, ten slotte, om recht te doen aan de traditie nodig om in een Memorie van Toelichting een hoofdstuk "Artikelsgewijze toelichting" op te nemen. Waar een wetsvoorstel echter maar uit één inhoudelijk artikel bestaat — het wetsvoorstel in casu kent nog een tweede artikel, maar dat geeft slechts aan dat er grond bestaat om het in

---

[5] Onduidelijk is waarom hier in meervoud gesproken wordt. Het voorgestelde grondrecht betreft immers slechts één bepaling.

[6] Vgl. p. 7: "De gewone wetgever [moet] zorg dragen voor het openstellen van een mogelijke rechtsgang in die gevallen waarvoor het recht op toegang tot de rechter geldt en blijven garanderen dat de rechterlijke procedure is omgeven met de waarborgen van een eerlijk proces."

het inhoudelijke artikel omschreven voorstel tot verandering van[7] de Grondwet in overweging te nemen — doet dat enigszins geforceerd aan. Los daarvan is onduidelijk waarom datgene wat in dat hoofdstuk wordt besproken (de betekenis van het begrip "rechter") in tegenstelling tot datgene wat in het daaraan voorafgaande hoofdstuk is besproken, in de artikelsgewijze toelichting thuishoort.[8]

Hoogachtend,
Directeur WBOM

G.C. Haverkate

[7] Dat wordt althans waarschijnlijk bedoeld. Het artikel zelf spreekt over "verandering *in* de Grondwet" (cursivering toegevoegd).

[8] Zie in dit verband ook de toelichting op aanwijzing 217 van de *Aanwijzingen voor de regelgeving*.