

Grondwet en het recht op een eerlijk proces

Algemene verkenning en uitwerking voor het strafrecht

"It is [...] impossible to find out what a 'fair' trial is, as required by Article 6 of the Convention, when no standards of fairness have been established."

(T. Koopmans, *Courts and Political Institutions*, Cambridge 2003, p. 88)

Grondwet en het recht op een eerlijk proces

*Algemene verkenning en uitwerking
voor het strafrecht*

prof. mr. R. de Lange
mr. B.J.G. Leeuw
prof. mr. P.A.M. Mevis

Kluwer 2009

© 2009 Kluwer, Alphen aan den Rijn

Alle rechten voorbehouden: niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 j^o het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

All rights reserved. No part of this book may be reproduced, stored in a database or retrieval system, or published, in any form or in any way, electronically, mechanically, by print, photo print, microfilm or any other means without prior written permission from the publisher.

Samensteller(s) en de uitgever zijn zich volledig bewust van hun taak een zo betrouwbaar mogelijke uitgave te verzorgen. Niettemin kunnen zij geen aansprakelijkheid aanvaarden voor onjuistheden die eventueel in deze uitgave voorkomen.

Inhoud

I.	Aanleiding en inhoud van het onderzoek	9
I.1.	Inleiding	9
I.2.	Onderzoeksvragen en opzet van het rapport	10
I.3.	Enkele begripsmatige opmerkingen en beperkingen in het onderzoek	11
I.4.	Twee belangrijke ontwikkelingen in de "context"	12
II.	Verkenning van relevante vraagpunten; de inhoud van het recht op een eerlijk proces	19
II.1.	Inleiding	19
II.2.	Het recht op een eerlijk proces is er al	19
II.3.	Op het snijvlak van nationaal constitutioneel recht, nationaal strafrecht en internationaal (mensen)recht	19
II.4.	Nadere verkenning van het recht op een eerlijk proces in de nationale Grondwet	19
II.4.1.	Geschiedenis; het recht op een eerlijk proces als zodanig ontbreekt	20
II.4.2.	De Grondwet bevat wel aanknopingspunten	21
II.4.3.	Institutionele vereisten	22
II.5.	De inhoud van het recht op een eerlijk proces	26
II.5.1.	Rechten voor de verdachte en eisen aan de inrichting van de strafrechtspleging	27
II.5.2.	Concretisering van rechten?	27
II.5.3.	Desondanks een "open" recht; eerlijk proces en strafrecht	28
II.6.	Nationaal en internationaal recht	32
II.7.	Een bepaling in hoofdstuk 1 of in hoofdstuk 6?	32
II.8.	Afsluiting	33
III.	Aanduiding van aspecten van (eventuele) meerwaarde	35
III.1.	Inleiding	35
III.2.	(Symbolische) meerwaarde van uitdrukkelijke erkenning van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet	35
III.2.1.	Inleiding	35
III.2.2.	Argumenten voor en tegen	36

III.3.	Vergelijking met de criteria rondom de grondwetswijziging van 1983	39
III.4.	De meerwaarde voor de rechtsvorming	41
III.4.1.	Eerlijk proces en rechtsvorming	41
III.4.2.	Rechtsvorming door wijziging van de Grondwet	42
III.4.3.	Rechtsvorming door de wetgever	42
III.4.4.	Rechtsvorming door de strafrechter	43
III.5.	Grondwet als toetsingskader?	45
III.6.	Afsluiting	46
IV.	De meerwaarde van een grondwettelijke voorziening naast artikel 6 EVRM	49
IV.1.	Inleiding	49
IV.2.	Is aan een voorziening naast artikel 6 EVRM überhaupt behoefte?; de uitersten leveren geen antwoord op	49
IV.3.	Twee voorbeelden uit de grondwetsherziening 1983	50
IV.4.	De meerwaarde van een voorziening omtrent het eerlijk proces: "externe" argumenten	52
IV.4.1.	Inleiding	52
IV.4.2.	Reikwijdte van artikel 6 EVRM	52
IV.4.3.	Afweging en relativering	57
IV.5.	Case-load en de plicht om de rechten van het EVRM op nationaal niveau gestalte te doen geven	58
IV.6.	Meer margin of appreciation	59
IV.7.	Afsluiting	60
V.	Eerlijk proces: Grondwet, artikel 6 EVRM en strafprocesrecht	63
V.1.	Inleiding	63
V.2.	Berechting binnen redelijke termijn	64
V.3.	Getuigen, met name anonieme getuigen en "de auditu"-verklaringen	67
V.4.	Equality of arms	69
V.5.	Het eerlijk proces als open norm die in concreto moet worden ingevuld	71
V.6.	Onderwerpen in ontwikkeling	77
V.7.	Eerlijk proces en garanties voor de inrichting van de rechtspleging	84
V.8.	Beroep op een eerlijk proces	87

V.9.	Afsluiting	88
VI.	De verenigbaarheid van een recht op een eerlijk proces met de traditionele betekenis en functie van de Grondwet: de tweede centrale onderzoeksvraag	91
VI.1.	Inleiding	91
VI.2.	Functies van de Grondwet	91
VI.3.	'Publieken' van de Grondwet	93
VI.4.	Samenhang	95
VI.5.	Toespitsing op de Nederlandse Grondwet	95
VI.6.	Het recht op een eerlijk proces in de Grondwet	98
VI.7.	Afsluiting	100
VII.	Toevoeging voor de rechtsbescherming van de burger?	103
VII.1.	Inleiding	103
VII.2.	Weinig directe toevoeging aan de rechtsbescherming	103
VII.3.	Wel indirecte toevoeging met name in onderling verband	104
VII.4.	Afsluiting	107
VIII.	Zal een grondwettelijke voorziening wetswijziging noodzakelijk maken?	109
VIII.1.	Inleiding	109
VIII.2.	Geen noodzaak tot wetswijziging door enkele erkenning	109
VIII.3.	Wijziging in de Grondwet betreffende aspecten van de inrichting van de rechtspleging	109
VIII.4.	(Blijvende) inspiratiebron voor de wetgever	110
VIII.5.	Afsluiting	112
IX.	Vergelijking met enkele andere landen	115
IX.1.	Inleiding	115
IX.2.	Geen onderdeel van de "Franse" traditie	116
IX.3.	Wat staat er zoal in de grondwetten van de landen van de EU?	117
IX.4.	Maakt een eigen catalogus van rechten verschil?	118
IX.5.	Duitsland	120
IX.5.1.	Erkenning in de Grondwet; uitwerking in het strafprocesrecht	120
IX.5.2.	Positie en betekenis van artikel 6 EVRM	125

IX.6.	Het Verenigd Koninkrijk	128
IX.6.1.	Inleiding	128
IX.6.2.	Voorgeschiedenis Human Rights Act 1998	128
IX.6.3.	De Human Rights Act 1998	129
IX.6.3.1.	Systeem van de Human Rights Act 1998	129
IX.6.3.2.	Toepassing van de HRA: verhouding rechter-wetgever	132
IX.6.3.3.	Lessen voor Nederland?	133
IX.6.4.	Een "British Bill of Rights"?	134
IX.6.4.1.	Aanleiding voor de discussie	134
IX.6.4.2.	Waarom een "Bill of Rights"?	135
IX.6.4.3.	Relevantie voor Nederland	136
IX.7.	Afsluiting onderdeel rechtsvergelijking	137
X.	Samenvattende slotbeschouwing	141
X.1.	Inleiding	141
X.2.	Drie factoren bepalen inhoudelijk het discours	142
X.3.	De beantwoording van de eerste onderzoeksvraag	143
X.4.	De beantwoording van de tweede centrale onderzoeksvraag	145
X.5.	De beantwoording van de eerste deelonderzoeksvraag	147
X.6.	De beantwoording van de tweede deelonderzoeksvraag	148
X.7.	De beantwoording van de derde deelonderzoeksvraag	149
X.8.	Slotbeschouwing	150
X.8.1.	Conclusie	150
X.8.2.	Vormgeving	151
X.8.3.	Slotopmerking: zinloos als men niet wil	155
	Literatuurlijst	157
Bijlage 1	Achtergrond van het onderzoek	161
Bijlage 2	Overzicht verdragsbepalingen	165
Bijlage 3	Overzicht van grondwetsbepalingen binnen Europa gerelateerd aan artikel 6 EVRM	171

I. Aanleiding en inhoud van het onderzoek

I.1. Inleiding

In dit rapport wordt verslag gedaan van een onderzoek dat een verkenning behelst van vraagpunten inzake het opnemen van een voorziening omtrent het eerlijk proces in de Nederlandse Grondwet. De aanleiding voor het te verrichten onderzoek wordt gevormd door de in te stellen staatscommissie voor de herziening van de Grondwet.¹ De instelling van de staatscommissie staat in het teken van een meer algemene discussie over de wens de Grondwet een wat meer uitgesproken betekenis te geven. In dat kader is ook het thema opgekomen van de verhouding tussen grondrechten uit de Grondwet en grondrechten uit internationale verdragen. Een onderdeel van die verhouding is de kennelijke aandacht voor grondrechten die wel in internationale verdragen voorkomen, maar niet in de nationale grondwet zijn opgenomen. Twee voorbeelden worden met name genoemd. Het ene voorbeeld is het recht op een eerlijk proces, het andere voorbeeld is het recht op leven.

In deze ingang staat dus niet zonder meer of in de eerste plaats de zorg voorop dat het Nederlandse strafrecht thans niet in een eerlijk proces zou voorzien. Eerder is de vraag wat het voor de uitwerking en invulling van dat recht uitmaakt dat het wel in internationale verdragen is geregeld, maar niet in de nationale Grondwet. Het gaat vooral om de betekenis van een grondwettelijke voorziening teneinde de internationale opdracht om in een eerlijk proces te voorzien wellicht gemakkelijker in de rechtspleging en rechtsvorming gestalte te doen geven en daarbij de aansluiting van nationaal recht bij internationaal recht c.q. de doorwerking van internationaal recht in het nationale recht te optimaliseren. In deze formulering wordt ook duidelijk dat de ingang van discussie niet onmiddellijk is wat nu precies een eerlijk proces in het strafrecht uitmaakt. Het gaat eerder om de meerwaarde die een eventuele grondwettelijke voorziening kan hebben voor het proces van rechtsvorming rondom de invulling van de garantie van het eerlijk proces, ook in het licht van de wisselwerking van zo'n voorziening met de garantie van dat recht in internationale verdragen.

¹ De aanleiding en achtergrond van het onderzoek worden in bijlage 1 nader geschetst.

1.2. Onderzoeksvragen en opzet van het rapport

Aan het onderzoek liggen de volgende onderzoeksvragen ten grondslag.

Centrale onderzoeksvragen:

1. Wat kan de (eventuele) meerwaarde zijn van opname van het recht op een eerlijk proces in de Nederlandse Grondwet ten opzichte van doorwerking van het internationaal verankerde recht daarop in onze rechtsorde (in het bijzonder artikel 6 EVRM)?
2. Is de opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet verenigbaar met de traditionele betekenis en functie van de Grondwet; in welk opzicht zou opname van dat recht kunnen leiden tot een verandering of accentverschuiving daarvan, in het bijzonder voor wat betreft de autonoom normatieve betekenis ervan?

Deelvragen:

- a. Wat kan opname van genoemd recht in de Grondwet in normatief opzicht toevoegen aan de rechtsbescherming van de Nederlandse burger?
- b. Zal opname van genoemd recht kunnen leiden tot de noodzaak van aanvulling c.q. aanpassing van Nederlandse wet- en regelgeving en zo ja, in welke zin?
- c. In welke (selectie van) EU landen ontbreekt eveneens een expliciete bepaling inzake het recht op een eerlijk proces? En wat is daarvoor de centrale reden?

Een discussie over de wenselijkheid en toegevoegde waarde van het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de nationale Grondwet raakt aan veel, onderling zeer verschillende discussiepunten waaraan de staatscommissie aandacht zal moeten besteden. Daarvan volgt in onderdeel 2 eerst een meer algemene schets, inclusief een verkenning van het recht op een eerlijk proces, voorzien van een aanduiding van relevante vraagpunten. Daarna worden de afzonderlijke onderzoeksvragen aan de orde gesteld. Het geheel wordt afgesloten met een slotbeschouwing. Het onderzoek moest binnen beperkte tijd worden uitgevoerd. Mede gelet op het "discussiepaper"-karakter is het rapport niet gebaseerd op een allesbeschouwende, met veelvuldige bronverwijzing gedocumenteerde, uitvoerige analyse van alle constitutionele, staats- en strafrechtelijke kwesties

waartoe de vraagstelling eigenlijk aanleiding geeft. Het onderzoek is in juni 2008 afgesloten.

1.3. Enkele begripsmatige opmerkingen en beperkingen in het onderzoek

Voor een goed begrip van het in dit rapport besprokene moeten nog enkele beperkingen aan de orde worden gesteld.

Voorzet voor discussie

Het rapport is bedoeld als opmaat/voorstudie voor de in te stellen staatscommissie.

De discussie over de wenselijkheid van een grondwettelijke voorziening zal in die staatscommissie moeten worden gevoerd. Het onderhavige rapport bedoelt eerst en vooral een aanzet voor discussie te zijn en heeft daarom de vorm van een discussiepaper.

Strafrecht

Het recht op een eerlijk proces is uiteraard niet beperkt tot strafzaken. De vraagstelling aan de staatscommissie zal allicht breder zijn. In het onderhavige onderzoek komt evenwel uitsluitend het strafprocesrecht aan de orde. Die beperking vindt inhoudelijk grond omdat – naar ons oordeel – de voornaamste aspecten verbonden aan de antwoorden op de onderzoeksvragen te vinden zijn en – voor zover er ter zake problemen rijzen in de afstemming tussen nationaal en Europees recht – deze naar ons oordeel vooral op het gebied van het strafrecht liggen. Maar de centrale onderzoeksvragen en de deelvragen beperken zich terecht niet tot het strafproces en de beantwoording ervan zal dan ook in de staatscommissie uiteindelijk in bredere zin moeten geschieden. Verwacht kan overigens worden dat veel beschouwingen omtrent het eerlijk proces in het strafrecht zich m.m. naar die garantie in andere rechtsgebieden zal laten vertalen.

Aandachtspunt voor de staatscommissie:

Naast de meerwaarde van een grondwettelijke voorziening voor het strafrecht, dient de meerwaarde ervan voor andere rechtsgebieden te worden gezien.

EVRM en IVBPR

Verscheidende, voor Nederland relevante internationale verdragen en documenten bevatten een inhoudelijke catalogus van welke rechten nader een eerlijk proces uitmaken. Voor dit onderzoek is met name artikel 6 EVRM van belang. Aan de verschillen met artikel 14 IVBPR wordt in dit onderzoek voorbij gegaan, tenzij het voor de beantwoording van de onderzoeksvragen van belang is separaat aandacht te besteden aan dat laatste artikel.

Aandachtspunt voor de staatscommissie:

Waar een inhoudelijke catalogus van rechten die een eerlijk proces uitmaken aan de orde is, dienen de verschillen tussen artikel 6 EVRM en artikel 14 IVBPR in het oog te worden gehouden.

Terminologie: "eerlijk proces"

Omtrent het voorwerp van dit onderzoek is verschillende terminologie in zwang. Men spreekt wel van het recht op een "fair trial", een uit artikel 6 EVRM in Engelse versie stammend citaat, in de Nederlandse versie vertaald met "eerlijke behandeling". Bovengeciteerd coalitieakkoord spreekt van het "recht op eerlijke procesgang". De Hoge Raad spreekt in zijn jurisprudentie wel over de "eis van een eerlijke procesvoering".² Hoewel wellicht strafprocesueel-technisch bij scherpe exegese een zeker inhoudelijk verschil in inhoud van deze onderscheiden begrippen zou kunnen worden ontdekt, zijn dergelijke verschillen voor dit onderzoek verder niet relevant. Wij volstaan daarom met het gebruik van de term "eerlijk proces" die wat ons betreft in brede zin ook anders geformuleerde varianten omvat en dus desgewenst ook door een andere term kan worden vervangen.

1.4. Twee belangrijke ontwikkelingen in de "context"

Voor de context waarin de staatscommissie het opnemen van een voorziening omtrent het eerlijk proces in de Grondwet zal moeten bezien, zijn twee ontwikkelingen met name relevant.

Invloed mogelijke afschaffing van het toetsingsverbod c.q. oprichting van een Constitutioneel Hof

Over het opheffen van het toetsingsverbod wordt in het kader van het betreffende wetsvoorstel gediscussieerd.³ Het rapport van de Nationale conventie bevat het voorstel voor het oprichten van een Constitutioneel

² Bijvoorbeeld in HR 8 mei 2005, NJ 2005, 514.

³ Kamerstukken II, 2001/02 - 2007/08, 28 331, nrs. 1-18.

Hof. De uitkomst van deze discussies is voor de beantwoording van de onderzoeksvragen van belang. Het maakt verschil of het toetsingsverbod wordt opgeheven en zo ja, welk model van rechterlijke toetsing dan zal worden gekozen. In feite zou door dergelijke voorzieningen (door de een meer dan door de ander) het karakter, de rol en de functie van de Grondwet ingrijpend kunnen veranderen. In zo'n veranderde rol en betekenis zou ook (de noodzaak van) een voorziening inzake een eerlijk proces in een ander daglicht komen te staan. Nochtans ziet het er niet naar uit dat het toetsingsverbod binnen afzienbare termijn wordt opgeheven. De lotgevallen van een eventueel Constitutioneel Hof zijn, ondanks het rapport van de Nationale conventie, zo mogelijk nog meer in nevelen gehuld, ook al wordt de roep om een "constitutionele revolutie" ook in de literatuur wel gehoord.⁴ In elk geval ligt deze discussie over ons nationaal constitutioneel recht als zodanig buiten het bereik van de onderhavige onderzoeksopdracht.

Voor zover deze ontwikkelingen voor het onderhavige onderzoek relevant zijn, kan het volgende worden opgemerkt.

(Niet) afschaffen toetsingsverbod

Allereerst is de gedachte relevant dat een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces bij het bestaande toetsingsverbod een deel van zijn meerwaarde kan verliezen. Er is dan immers wel een voorziening inzake het eerlijk proces voorhanden maar die grondwettelijke voorziening heeft geen betekenis als en omdat de rechter een wet in formele zin daaraan niet zou mogen toetsen. Omgekeerd moet worden bedacht dat, zolang de grondwettelijke bepalingen waaraan getoetst moet worden niet zijn aangepast (opnemen van een voorziening inzake het eerlijk proces kan als zo'n aanpassing worden gezien), het afschaffen van het toetsingsverbod weinig zin heeft.⁵

Voorts is het volgende aspect van belang. Het grondwettelijk toetsingsverbod kan een belemmering zijn voor de rechter om het recht op een eerlijk proces uit artikel 6 EVRM te doen doorwerken. Waar de Hoge Raad een "een ieder verbindende bepaling" als artikel 6 EVRM verder zou

4 Bijvoorbeeld G.F.M. van der Tang en C.M. Zoethout, "Maak van de Grondwet een Constitutie", Nederlands juristenblad 2006, p. 1003-1004.

5 Zie genuanceerder R.J.B. Schutgens, "Het voorstel-Halsema en de toetsbaarheid van de wet", Regelmaat 2007, p. 12-27; A.W. Hins, "Constitutionele toetsing, proportionaliteit en verhältnismässigkeit", in: A.J. Nieuwenhuis e.a. (red.), "Proportionaliteit in het publiekrecht", Deventer : Kluwer 2005, p. 61-78.

uitleggen dan op grond van het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM kenbaar is, kan de legitimatie van die uitleg ter discussie staan, omdat ter zake niet naar de doorwerking op grond van artikelen 93 en 94 Grondwet kan worden verwezen. Waar op grond van een dergelijke, verdergaande interpretatie een wet in formele zin opzij gezet zou worden, zou aldus het toetsingsverbod omzeild kunnen worden. Er is wel jurisprudentie van de Hoge Raad waarin, blijkens commentaren, deze beperking te herkennen zou zijn.⁶ Aldus zou het toetsingsverbod een belemmering kunnen zijn voor de doorwerking van internationaal recht, welke belemmering door een voorziening in de Grondwet in elk geval in zoverre zou kunnen worden weggenomen dat daardoor legitimatie ontstaat voor verdergaande interpretatie van artikel 6 EVRM, voor zover dat niet op toetsing van formele wetgeving zou neerkomen.

Nochtans moet aan een eventuele belemmering, gelegen in het toetsingsverbod, respectievelijk aan wijzigingen die gepaard gaan met de afschaffing ervan, niet al te veel gewicht worden toegekend. Het toetsingsverbod ziet op de situatie dat de rechter een wet in formele zin expliciet opzij zou willen zetten, wegens strijd met de Grondwet. Dat doet zich in strafvordering wel nimmer voor. Ten eerste niet omdat de wetgever geen wetten maakt die regelrecht in strijd zouden zijn met de Grondwet, en ook geen wetten maakt die regelrecht zouden indruisen tegen wat Straatsburg onder de eis van een eerlijk proces aan recht ontwikkeld heeft. Daarbij is dan nog afgezien van het feit dat de Grondwet nauwelijks handvatten biedt om als toetsingskader te functioneren. Voorts is ook niet aan de orde dat de Hoge Raad artikel 6 EVRM inroept om een wet in formele zin opzij te zetten, terwijl daartoe geen inhoudelijke grond in Straatsburg te vinden is. Daar waar de Hoge Raad geschreven recht, met name het recht uit het Wetboek van Strafvordering (een wet in formele zin) aanpast en interpreteert, gebeurt dat door in een binnenwettelijk kader aan te geven waartoe die wet in formele zin, in het licht van Straatsburgse recht, in de concrete strafzaak dwingt en hoe zij moet worden uitgelegd. Uitleg en toepassing geschieden dan in verdragsconforme richting. Zoals hierna nader zal worden uiteen gezet, onderscheidt de Hoge Raad naast artikel 6 EVRM ook een catalogus van rechten omtrent het eerlijk proces op grond van "de beginselen van behoorlijke procesorde" respectievelijk "de eis van

6 Zie over deze kwestie J.W.A. Fleuren, "Directe en indirecte toepassing van internationaal recht door de Nederlandse rechter", preadvies Ned. Ver. voor internationaal recht 2005, p. 79 en diens bijdrage aan de vergadering in het verslag ervan p. 25-27 n.a.v. HR 10 augustus 2001, NJ 2002, 278; zie ook HR 19 oktober 1990, NJ 1992, 129 m.nt. EAA.

een eerlijke procesvoering". Hier worden – potentieel – rechtsbeginselen als basis voor interpretatie gebruikt, maar ook bij de inzet daarvan lijkt het te gaan om interpretatie van en richtsnoeren voor toepassing van geschreven recht, binnen de kaders daarvan, in plaats van om toetsing van wetten in formele zin aan rechtsbeginselen.

Een voorbeeld is hetgeen de Hoge Raad van de feitenrechter vraagt om het eerlijk proces gestalte te geven. Die eis zelf kan worden ontleend aan genoemde beginselen (voor zover die al afwijken van artikel 6 EVRM: zie hierna), de plicht voor de rechter om het geding voor hem op dergelijke beginselen af te stemmen en het geding daar op in te richten kan worden ontleend aan de wettelijke plicht voor de rechter van artikel 315 Sv om al hetgeen te doen wat "noodzakelijk" is in het kader van zijn ambtshalve verantwoordelijkheid voor inhoud en kwaliteit van de berechting in de concrete zaak.

Hier biedt de formulering van geschreven recht dus ruimte voor toepassing en invulling van het "eerlijk proces" als open norm. Van toetsing van wetgeving is daarbij geen sprake.

Aldus zal het toetsingsverbod er waarschijnlijk niet aan in de weg staan dat een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces als programma, inspiratie en legitimatie haar betekenis voor wetgever en rechter zal hebben omdat die verwerkelijking niet de vorm zal (hoeven) hebben van harde toets van wetgeving in formele zin aan de Grondwet. Dat neemt niet weg dat, omgekeerd, afschaffing van het toetsingsverbod een grondwettelijke voorziening omtrent het eerlijk proces des te meer voor de hand liggend zou maken, c.q. doorwerking van een – adequate – voorziening des te nadrukkelijker aan de orde zou stellen. Dat laatste waarschijnlijk temeer waar afschaffing van het toetsingsverbod meer structureel de rechter tot groter activisme zou kunnen aanzetten als en omdat deze grondwettelijke grond voor terughoudendheid komt te vervallen. Dan zou hij ook wel eens nadrukkelijker wetten in formele zin aan verdragen kunnen gaan toetsen. Daartoe is hij thans reeds gelegitimeerd, maar ten aanzien daarvan kan een zekere terughoudendheid bij de rechter worden waargenomen, wellicht door het bestaan van het toetsingsverbod en de daaruit blijkende meer algemene verhouding tussen wetgever en rechter.

Samengevat lijkt het zo te zijn dat in de discussie over de meerwaarde van een grondwettelijke voorziening omtrent het eerlijk proces, het toetsingsverbod (en de discussie over de afschaffing daarvan) van minder betekenis is dan het lijkt omdat de doorwerking van een dergelijke voorziening in de rechtsvorming omtrent het eerlijk proces simpelweg vrijwel nooit de vorm heeft van "toetsing" van wetten in formele zin aan de Grondwet of aan een "een ieder verbindende" verdragsbepaling. Handhaven dan wel afschaffen van het toetsingsverbod is niet zonder betekenis in de onderhavige discussie, maar de kwestie is toch van ondergeschikt belang.

Constitutioneel Hof

Bij de discussie inzake een Constitutioneel Hof is allereerst van belang welke functie men aan een dergelijk hof zou willen toekennen. In dat kader kan een Constitutioneel Hof van belang zijn als een burger de uitkomst van een strafzaak daaraan zou kunnen voorleggen teneinde te doen toetsen of sprake is geweest van een eerlijk proces; een vorm dus van "judicial review". Daartoe is dan allereerst het opnemen van een adequaat toetsingskader in de Grondwet noodzakelijk. In zoverre zou de oprichting van een Constitutioneel Hof met een dergelijke functie simpelweg dwingen tot het opnemen van een recht op een eerlijk proces in de Grondwet. Hoe buitenissig een dergelijke voorziening in het Nederlandse publiekrecht ook moge schijnen, men beseffe wel dat – ook in strafzaken – precies deze vorm van judicial review al bestaat, zij het dat deze door het EHRM wordt uitgevoerd, op basis van de catalogus van artikel 6 EVRM. Men kan dus niet betogen dat er keuze is tussen het wel of niet hebben van een dergelijke vorm van review. De keuze is om deze vorm van toetsing (uitsluitend) in Straatsburg te laten, dan wel daarin ook op nationaal niveau te voorzien. Dat kan de discussie wellicht nuanceren.

Tegelijkertijd moet worden geconstateerd dat ook een dergelijke judicial review op nationaal niveau geen verdere betekenis heeft dan een mogelijke versterking van de realisatie van het recht op een eerlijk proces.⁷ Van belang voor de staatscommissie is in het bijzonder dat de introductie van deze vorm van nationale judicial review, die ook in ons omringende landen niet zonder meer en in volle omvang bestaat, niet nodig is om het recht op een eerlijk proces überhaupt te doen doorwerken in de Nederlandse rechtsorde. Op basis van artikel 93 en 94 van de Grondwet verschaft

7 Voorstelbaar is dat een klachtmogelijkheid bij een nationaal Constitutioneel Hof het aantal klachten bij het EVRM zal doen afnemen omdat burgers met de uitkomst van de nationale voorziening tevreden zijn, ongeacht de uitkomst.

de wetgever en de rechtspraak zich een voldoende basis voor doorwerking en realisatie van artikel 6 EVRM. Het debat over een grondwettelijke voorziening staat eerder in het teken van een meerwaarde als ondersteuning van activiteiten van rechter en wetgever. Het creëren van een vorm van “judicial review” is, hoe uitdagend op zichzelf ook, een vorm waarvan niet kan worden betoogd dat die, voor een (betere) realisering van het recht op een eerlijk proces, absoluut noodzakelijk. De instelling van een Constitutioneel Hof schept wijde en uitdagende vergezichten. Maar juist daarom zouden wij die vergezichten niet tot uitgangspunt van (de conclusies van) dit onderzoek willen nemen. De kern daarvan is eerder dat een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces ook meerwaarde kan hebben (zelfs naast artikel 6 EVRM), zonder dat daartoe eerst het vergezicht van het constitutioneel volstrekt nieuwe toetsingskader van een dergelijke voorziening voor een Constitutioneel Hof moet worden geopend.

Aandachtspunt voor de staatscommissie:

Betrek bij de uiteindelijke afweging omtrent het opnemen van enige voorziening omtrent het eerlijk proces in de Grondwet ook de stand van zaken betreffende het initiatiefwetsvoorstel inzake de opheffing van het toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet en de betekenis van die opheffing voor functie en reikwijdte van een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces.

EVRM en EU-grondrechten

Nadere aandacht verdient voorts het mogelijk opnemen van een recht op een eerlijk proces in een Handvest van fundamentele rechten binnen de EU. In het Hervormingsverdrag van Lissabon (oktober 2007) is vastgelegd dat het Handvest bindende kracht zal krijgen. Dat betekent dat ook de daarin opgenomen garantie van het recht op een eerlijk proces een sterkere status binnen het EG- en EU-recht zal krijgen. De toegevoegde waarde van het Hervormingsverdrag ten opzichte van de waarborgen die reeds uit het EVRM voortvloeien, is echter waarschijnlijk betrekkelijk gering. Na toetreding van de EU tot het EVRM wordt het EVRM eerder nog belangrijker voor de EU dan thans reeds het geval is. Wel kan van belang zijn of hetgeen wordt overwogen over de verhouding tussen een eventuele voorziening in de Grondwet en het bepaalde in artikel 6 EVRM eveneens van toepassing is voor de verhouding tussen zo'n voorziening en

het geciteerde artikel uit het EU-Handvest. Dat kan bijvoorbeeld anders zijn in verband met de onderscheiden wijze van doorwerken van EU-recht in vergelijking met EVRM-recht. Met de EU-voorziening treedt voorts de situatie in dat er op Europees niveau twee (wellicht inhoudelijk verschillende) garanties voor een eerlijk proces bestaan. Dat kan aanleiding geven de vraag onder ogen te zien of een voorziening in de Grondwet ook zou kunnen bijdragen aan het voorkomen van geschillen in de uitleg en toepassing van (straf)procesrecht ten opzichte van de EU-garantie respectievelijk de EVRM-garantie omtrent een eerlijk proces. Met name het instrument van de verdragsconforme interpretatie door de (hoogste) rechter, kan helpen interpretatieverschillen tussen "Straatsburg" en "Luxemburg" te voorkomen. Waar het potentieel om twee, ook inhoudelijk wellicht verschillende voorzieningen gaat ("meerdere verdragen tegelijk conforme interpretatie") kan dat van de (hoogste) nationale rechter een zekere kunst tot jongleren vragen waarbij een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces ruimte en legitimatie kan bieden.

Dit betreft echter nog betrekkelijk onvoorziene ontwikkelingen voor de toekomst. Daarom is dit onderzoek beperkt tot de betekenis van een grondwettelijke voorziening tegen de achtergrond van het bestaan en het functioneren van artikel 6 EVRM. Het EU-recht blijft nog buiten beschouwing.

Aandachtspunt voor de staatscommissie:

Betrek bij de afweging omtrent het opnemen van een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces ook de betekenis die een dergelijke voorziening kan hebben in relatie tot EU-recht en de afstemming tussen de EU-garantie van een eerlijk proces en de eisen van artikel 6 EVRM ter zake, voor zover een en ander bij de afsluiting van de werkzaamheden valt te voorzien.

II. Verkenning van relevante vraagpunten; de inhoud van het recht op een eerlijk proces

II.1. Inleiding

Een discussie over de wenselijkheid van het opnemen van een voorziening omtrent het recht op een eerlijk proces in de nationale Grondwet raakt aan veel, onderling zeer verschillende vraagpunten. Daarvan volgt thans een schets. Voor de discussie is voorts een eerste verkenning van de inhoud van het recht op een eerlijk proces op z'n plaats.

II.2. Het recht op een eerlijk proces is er al

Uiteraard heeft Nederland de pretentie een ieder in het strafrecht een eerlijk proces te garanderen. Het is goed voorop te stellen dat een grondwettelijke voorziening niet nodig is om de aanspraak op een eerlijk proces überhaupt te vestigen. Daarmee is enerzijds een belangrijk argument voor het opnemen van zo'n voorziening in de Grondwet weggenomen. Bij nadere beschouwing blijkt dat er voldoende andere aspecten van eventuele meerwaarde kunnen worden benoemd.

II.3. Op het snijvlak van nationaal constitutioneel recht, nationaal strafrecht en internationaal (mensen)recht

Het uitgangspunt dat Nederland uiteraard de pretentie heeft in het strafrecht een eerlijk proces te garanderen staat echter niet als zodanig in de Grondwet, noch in de bijzondere regeling van het strafprocesrecht. Zij is wel te vinden in de een ieder verbindende verdragsbepaling van artikel 6 EVRM. Daarmee impliceert de vraag naar de toegevoegde waarde van een grondwettelijke voorziening nader te onderzoeken consequenties op ten minste drie nadere deelterreinen:

- vragen naar de plaats en betekenis van een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces binnen het geheel van bestaande of te wijzigen grondwettelijke bepalingen;
- de relatie tussen zo'n bepaling en het nationale strafprocesrecht;
- de betekenis van zo'n bepaling als onderdeel in relatie tot artikel 6 EVRM.

II.4. Nadere verkenning van het recht op een eerlijk proces in de nationale Grondwet

Bij een verkenning van aspecten van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet, kan een aantal onderdelen nader worden onderscheiden.

II.4.1. Geschiedenis; het recht op een eerlijk proces als zodanig ontbreekt

De garantie van het recht op een eerlijk proces maakt als zodanig geen deel uit van de catalogus van grondrechten die, met de Franse Constitutie van 1789 als inspiratiebron, in feite sinds de Staatsregeling van 1798 en in elk geval tot de grondwetsherziening van 1983 onafgebroken de verzameling grondrechten uitmaakt waaraan traditioneel in de Nederlandse Grondwet aandacht wordt besteed.⁸ Bij de grondwetsherziening van 1983 is aan de omvang van de grondrechtencatalogus uitvoerig aandacht besteed en zijn er grondrechten aan de klassieke catalogus toegevoegd. Het recht op een eerlijk proces hoort daar niet bij. Het komt als zodanig niet voor in de Proeve van een nieuwe Grondwet uit 1966. Het recht komt ook niet voor in de voorstellen van de staatscommissie Cals-Donner of in het ingetrokken wetsvoorstel 11 051. Meer principieel gezegd is het klassieke denkpatroon ten aanzien van de inhoudelijke catalogus van grondrechten in die zin niet veranderd dat ook bij de grondwetswijziging van 1983 de gedachte aan het grondwettelijk garanderen van procedurele rechten geen onderdeel van de grondwetsherziening heeft uitgemaakt.

Bij de grondwetsherziening van 1983 zijn, naast de grondrechten die wel in de Grondwet zijn opgenomen, in de parlementaire geschiedenis ook nog grondrechten voorgesteld die het uiteindelijk niet gehaald hebben. Ook tot die, wel besproken, maar niet opgenomen rechten, hoort het recht op een eerlijk proces niet.⁹ Eerst later is het in de literatuur aan de orde gesteld.¹⁰

8 Zie P. de Hert en S. Gutwirth, "Strafprocessuele grondrechten in het post-Khan tijdperk", in: A.H.E.C. Jordaans e.a. (red.) "Praktisch strafrecht" (Reijntjesbundel), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 213-232, i.h.b. onderdeel 5.

9 A.Ch.M. Rijnen, "Niet in de Grondwet opgenomen grondrechten", in: A.K. Koekkoek e.a. (red.), "Grondrechten. Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet" (Jeukensbundel), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982, p. 506-533. Ook buiten het parlement, met name in de literatuur, zijn rondom de grondwetsherziening 1983 wel nieuwe grondrechten bepleit (Rijnen geeft een overzicht). Voor zover in het bestek van het onderzoek viel na te gaan, behoort het recht op een eerlijk proces daar niet toe. Er bestaat ter zake één minieme uitzondering. In haar reactie op de Proeve heeft de Wiardi Beckman Stichting laten weten dat de grondwettelijke bepalingen die betrekking hebben op de verhouding tussen burger en rechterlijke macht, uitbreiding behoeven. Zij denkt daarbij in de eerste plaats aan de onschuldpresumptie. Zie J.P. Mulder en O.J. Hoekstra, "De Grondwet in de steigers", Alphen aan de Rijn: Samsom 1970, p. 44-45.

10 P.A.M. Mevis, "Constitutioneel strafrecht" (oratie EUR), Arnhem: Gouda Quint 1998; idem "Strafrecht, EVRM en Grondwet", in: A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis en J. Wöretshofer (red.), "Praktisch strafrecht" (Liber amicorum Jan Reijntjes), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 453-469; idem "Constitutioneel toetsingsrecht: zuinigheid in plaats van revolutie", Redactioneel in Delikt en Delinkwent 32 (2002), p. 933-942.

Helemaal verwonderlijk is de uitkomst van de grondwetsherziening 1983 overigens niet. In de parlementaire geschiedenis van de grondwetsherziening 1983 is niet de meeste aandacht uitgegaan naar een uitvoerig en welberedeneerd antwoord op de vraag welke grondrechten juist wel of juist niet voorwerp van regeling in de Grondwet zouden moeten zijn, en waarom. Ten aanzien van de klassieke grondrechten lijkt de uitkomst van de herziening van 1983 inhoudelijk dan ook sterk op de inhoud van de Grondwet 1972. Of er dan thans – anno 2008 – wel redenen zijn het recht als grondrecht op te nemen komt hierna nader aan de orde.

II.4.2. De Grondwet bevat wel aanknopingspunten

Hoewel het recht op een eerlijk proces in de Grondwet ontbreekt, is het niet zo dat aspecten van het eerlijk proces daarin niet voorkomen.

De gehele, gedetailleerde inhoudelijke regeling van het strafprocesrecht in de centrale systematische codificatie daarvan in het Wetboek van Strafvordering, is niet anders te beschouwen dan als één grote en uitgewerkte poging om in Nederlandse strafzaken aan een ieder die het aangaat een eerlijk proces te garanderen.¹¹ De Grondwet geeft tot die centrale en systematische codificatie opdracht (thans artikel 107 Grondwet). Deze codificatieopdracht wordt niet door artikel 6 EVRM geëist, maar staat wel traditioneel in Nederlandse constitutionele teksten, zij het – in elk geval sedert de grondwetsherziening van 1983 – door een grondwettelijke bepaling in het hoofdstuk “Wetgeving en bestuur” en niet door een bepaling in het hoofdstuk “Grondrechten”. Deze aloude opdracht aan de wetgever tot centrale regeling van dragende onderdelen van het recht in gesystematiseerde codices, staat van oudsher in het teken van de waarborg van rechtseenheid, van toegankelijkheid van het recht en van bescherming tegen willekeur door te grote verscheidenheid van recht, geregeld in te veel afzonderlijke regelingen, ook die waarvan de totstandbrenging tot de bevoegdheid van gedecentraliseerde overheden behoort. Inhoudelijk bedoelt deze waarborg ook een kwalitatief goed proces te garanderen; eigenlijk een proces dat wij nu een “eerlijk proces” zouden noemen.

¹¹ Terzijde: de formulering “een” eerlijk proces is van belang. Er zijn verschillende soorten strafprocessen te onderscheiden die allemaal de pretentie hebben op hun beurt “eerlijk” te zijn. Dit aspect is in dit onderzoek van minder belang. De discussie over een mogelijke grondwettelijke voorziening staat niet in het teken van het kiezen van een bepaald processtype en dus ook niet in het teken van het kiezen van een ander processtype dan thans aan het Wetboek van Strafvordering ten grondslag ligt. Ook het EVRM dwingt niet tot keuze voor een bepaald processtype; slechts tot het realiseren van de rechten uit het EVRM in (de toepassing van) het bestaande processtype in het recht van de onderscheiden lidstaten.

De grondwettelijke opdracht aan de wetgever die in het codificatieartikel besloten ligt, bevat deze inhoudelijke aanduiding van een eerlijk proces niet. Een dergelijke opdrachtachtige voorziening zou wel aansluiten bij het karakter van deze bepaling als opdracht aan de wetgever.

Aandachtspunt voor de staatscommissie:

Bezie de aanspraak op een eerlijk proces ook in het licht van de codificatie-opdracht van de Grondwet aan de wetgever.

II.4.3. Institutionele vereisten

Enigszins vooruitlopend op wat hierna nog over de inhoud van het recht op een eerlijk proces wordt gezegd, kan hier (reeds) een ander aspect in de relatie van het eerlijk proces met de bestaande grondwettelijke regeling aan de orde worden gesteld. In de uitwerking van wat onder een eerlijk proces kan worden verstaan in – bijvoorbeeld – artikel 6 EVRM, schuilen in feite twee verschillende soorten rechten. Enerzijds zijn er de rechten die de positie van de verdachte in het strafproces direct raken, zoals de onschuld-presumptie en het recht getuigen te ondervragen. Anderzijds zijn er rechten van de verdachte die institutionele eisen stellen aan de kwaliteit van de strafrechtspleging en van de rechter. Uitgaande van de tekst van artikel 6 EVRM gaat het daarbij om de volgende facetten:

- a. openbaarheid;
- b. onpartijdig gerecht;
- c. onafhankelijk gerecht;
- d. een bij de wet ingesteld gerecht;
- e. het door het EHRM uit artikel 6 EVRM afgeleid recht op toegang tot de rechter.

In de tekst van artikel 6 EVRM worden deze facetten uitdrukkelijk en samenhangend geformuleerd als een recht van de verdachte en wel als onderdeel van zijn aanspraak op een eerlijk proces. In het Nederlandse recht is van zo een uitgesproken positie van dergelijke aanspraken, zeker in hun gezamenlijkheid, bepaald geen sprake. Het geheel van garanties betreffende de inrichting van de rechtspleging als zodanig (als gezamenlijk kwaliteitskenmerk) is nooit integraal als voorwerp van regeling van constitutioneel recht in de Grondwet opgevat (al dan niet als aanspraak van de burger jegens de rechter).¹² Het huidige hoofdstuk 6 bevat daarover

12 Zie R. de Lange en P.A.M. Mevis, "Constitutional Guarantees for the Independence of the Judiciary", in: J.H.M. van Erp en L.P.W. van Vliet (ed.), "Netherlands reports to the seventeenth international congress of comparative law", Antwerpen – Oxford: Intersentia 2006.

enkele bepalingen, maar is niet uitputtend. De Grondwet maakt niet eens helemaal duidelijk wat precies onder rechterlijke macht moet worden verstaan, gebruikt ter zake verschillende terminologie en omvat geen integraal kader van kwaliteitseisen zoals artikel 6 EVRM die benoemt. In de regeling van het Wetboek van Strafvordering zijn dergelijke garanties slechts incidenteel te vinden, maar dan – in overeenstemming met de aard van de regelgeving in dat wetboek – als instructienorm voor de strafvorderlijke autoriteiten, bijvoorbeeld in een artikel als artikel 268 Sv ingevolge hetwelk de rechter, die als rechter-commissaris enig onderzoek in de zaak heeft verricht, op één uitzondering na, op straffe van nietigheid niet aan het onderzoek ter terechtzitting deelneemt. Dat het hier gaat om een aanspraak van de verdachte die hij ook rechtens geldend moet kunnen maken, blijkt bijvoorbeeld uit een – ook alweer incidentele – regeling als die betreffende de wraking van rechters die ook op verzoek van de verdachte kan worden uitgesproken (artikel 512 Sv). Die procedure betreft dan vooral de onpartijdigheid van de rechter in de concrete strafzaak. Diens onafhankelijkheid in het algemeen wordt eerder door meer organisatorische regelgeving gewaarborgd die veel minder het karakter van een aanspraak van de verdachte heeft. Een aanzet daartoe is ook in grondwettelijke bepalingen als de artikelen 116 en 117 Grondwet te vinden. In artikel 121 Grondwet wordt voorzien in een waarborg van openbaarheid van terechtzittingen, een aspect dat onder de aanduiding “public hearing” onderdeel uitmaakt van het recht op een eerlijk proces, zoals verwoord in artikel 6 EVRM. Genoemd grondwetsartikel rept trouwens ook van de eis een vonnis adequaat te motiveren. Die aanspraak staat niet met zoveel woorden in de tekst van artikel 6 EVRM, maar wordt, als onderdeel van het recht van de verdachte op een eerlijk proces, door het EHRM tot op zekere hoogte in artikel 6 EVRM “ingelezen”.¹³ “Ons” artikel 121 is echter niet als inhoudelijke aanspraak voor de burger, maar als een in het hoofdstuk inzake rechtspraak opgenomen instructienorm aan wetgever en rechter geformuleerd.

Er is wel discussie¹⁴ of langs de lijn van dergelijke, meer institutioneel geformuleerde (en eerder in hoofdstuk 6 dan in hoofdstuk 1 op te nemen) bepalingen het fundamenteel karakter van dergelijke organisatorische

13 M. Viering, “Right to a fair and public hearing (article 6)”, in: P. van Dijk e.a. (red.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 4^{de} druk, Intersentia, Antwerpen-Oxford 2006, p. 595-596.

14 Zie C.W. van der Pot/ D.J. Elzinga en R. de Lange, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, 15^{de} druk, Deventer: Kluwer 2006, hst. 27, De rechter.

garanties juist door een voorziening in de Grondwet niet moet worden versterkt of althans, ten opzichte van de huidige situatie, op z'n minst verduidelijkt. De ingang van discussie is dan of de grondwettelijke regeling inzake de rechterlijke macht niet herzien dient te worden en meer adequaat dient te worden geregeld, inclusief eventueel inhoudelijke aspecten als toegang tot de rechter, openbaarheid van rechtspraak, e.d. Die lijn is bij de grondwetsherziening van 1983 al aan de orde geweest. Het ontwerp van de staatscommissie Cals-Donner bevatte al een hoofdstuk VII inzake de rechtsbedeling waarin, naast organisatorische, ook inhoudelijk-kwalitatieve aspecten van rechtspraak aan de orde kwamen, zij het niet de garantie op een eerlijk proces. In wetsvoorstel 16 162 (Grondwet 1983, bepalingen inzake justitie) is weliswaar afgezien van een apart hoofdstuk inzake de rechtsbedeling, maar inhoudelijk-kwalitatieve bepalingen, zoals het codificatievoorschrift en de openbaarheid van rechtspraak zijn daarin wel behouden. Daarmee neemt de regering de achtergrond van deze bepalingen van de staatscommissie over, welke achtergrond in de MvT als volgt onder woorden wordt gebracht:

*“Bij de uitwerking van haar voorstellen heeft de staatscommissie als uitgangspunt genomen, dat van een grondwettelijke regeling van de rechtspraak moet worden geëist, dat de hoofdlijnen van haar taak en organisatie voldoende vastliggen – zonder dat de wetgever te zeer in zijn mogelijkheden wordt beperkt – en voorts dat voldoende waarborgen zijn opgenomen ter verzekering van de belangen van de justitiabelen”.*¹⁵

Langs deze lijn van denken over de meest adequate grondwettelijke regeling van “rechtspraak” komen dus ook de vragen naar voren omtrent grondwettelijke bepalingen die hier te kort samengevat worden aangeduid als organisatorisch-inhoudelijke kwaliteitseisen van rechtspleging. Men zou kunnen spreken van “rechtsplegingsrechten”; “Rechtspraak”, de huidige titel van hoofdstuk 6 Grondwet, is daarvan een aspect. In de discussie daarover worden dergelijke eisen nog niet als rechten van de verdachte bediscussieerd (als hoedanig ze in artikel 6 EVRM zijn geformuleerd) maar het scheppen van “voldoende waarborgen (...) ter verzekering van de belangen van de justitiabelen” is wel onderdeel van het debat over grondwettelijke bepalingen inzake de inhoudelijke kwaliteit(seisen) betreffende rechtspraak, ook al behoort tot die discussie inhoudelijk (nog?) niet een aanspraak op een eerlijk proces als een uitdrukkelijk in de Grondwet op te nemen kwaliteitseis.

Wij staan bij dit punt iets nadrukkelijker stil. In 1983 is in de Grondwet een hoofdstuk 6 Rechtspraak opgenomen. Bij de totstandkoming van die Grondwet is echter weinig aandacht gegeven aan de problematiek van rechtspraak en rechtspleging. Volgens De Waard kan zelfs worden gezegd dat de huidige Grondwet “onthutsend weinig” over het onderwerp rechtspraak bevat.¹⁶ “De positie die de rechtsprekende macht in ons staatsbestel inneemt, komt in de tekst van de Grondwet nauwelijks uit de verf. En een grondrecht op behoorlijke rechtspraak is in de Grondwet niet opgenomen. Niet als grondrecht, in het grondrechtenhoofdstuk, en niet als garantie, in het hoofdstuk over rechtspraak”.¹⁷ Naast de wens tot deconstitutionalisering speelde daarbij in 1983 ook mee dat de grondwetgever niet teveel de algehele herziening van de rechterlijke organisatie, waaraan op dat moment werd gewerkt, voor de voeten wilde lopen. Terecht merkt De Waard evenwel op dat dit laatste punt niet in de weg had hoeven staan aan vastlegging van een grondrecht op behoorlijke rechtspraak in het grondrechtenhoofdstuk. “De functie van een dergelijk grondrecht zou niet alleen het expliciet erkennen van een recht op een eerlijk proces als grondrecht zijn, maar ook een verduidelijking van de juridische ordening binnen de staat”.¹⁸ In aansluiting bij De Waard kan als argument voor een dergelijke “verduidelijking” nog worden gewezen op A.M. Donner die reeds in de 11e druk van het Handboek Van der Pot er op wees dat het de nationale autonomie zeer zou beperken als men voor de invulling van datgene wat onder een volwaardige rechter moet worden verstaan geheel zou vertrouwen op de jurisprudentie over artikel 6 EVRM.¹⁹

Tegen de achtergrond van het bovenstaande rijst de vraag of het denken over een adequate voorziening in de Grondwet waarin eisen worden gesteld aan de rechtspleging, in 1983 wel voldoende is doordacht. Was er eigenlijk niet in 1983 al aanleiding om, gelet op bestendige rechtsontwikkeling, verder na te denken over een enigszins gestructureerd geheel van grondwettelijke bepalingen inzake rechtspraak, inclusief rechtspleging? Die discussie kan nu opnieuw worden opgepakt. Het belang ervan kan worden geaccentueerd, gegeven de rechtsontwikkeling sinds 1983 waarvan belangrijke onderdelen in dit rapport doorklinken. In zoverre

16 B.W.N. de Waard, “De grote ogen van de grondwetgever. Het onderwerp “rechtspraak” in de Grondwet van 1983”, in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), “De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg” (Burkens-bundel), Zwolle/Utrecht: Tjeenk Willink 1995, p. 435-450 (435).

17 Ibid.

18 De Waard 1995, a.w., p. 443.

19 C.W. van der Pot/ A.M. Donner, “Handboek van het Nederlandse staatsrecht”, 11^e druk, Zwolle: Tjeenk Willink 1983, p. 391.

kan enigszins gesproken worden van een zekere "inhaalslag". Wellicht ware in dit kader te overwegen om – indien gedacht wordt aan de verdere vormgeving van het recht op een eerlijk proces in hoofdstuk 6 – de opzet van hoofdstuk 6 enigszins te verbreden, en het de titel "Rechtspleging" te geven. Temidden van de elementen van rechtspleging die voor opname in een dergelijk hoofdstuk in aanmerking zouden komen – men denke aan de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter, thans niet in de Grondwet geregeld, maar wellicht ook aan de procedures voor benoeming van rechters in Europese en internationale colleges voorzover bij die benoeming Nederlandse overheidsambten betrokken zijn – kan dan ook het recht op een eerlijk proces gemakkelijk en logisch een plaats te krijgen. Een verbreding van "rechtspraak" naar "rechtspleging" zou voorts met zich mee kunnen brengen dat de rechtsplegingsrechten van de justitiabele – het ius de non evocando, recht op rechtsbijstand, recht op toegang tot de rechter, en recht op eerlijke en tijdige berechting van geschillen en strafvervolgingen – gezamenlijk in een dergelijk hoofdstuk kunnen worden ondergebracht. Dit ontslaat de wetgever overigens niet van de verplichting om de nadere vormgeving van deze rechten ter hand te nemen, hetgeen vooral in de regelgeving betreffende de onderscheiden rechtsgebieden (voor dit onderzoek: het straf- en strafprocesrecht) kunnen geschieden.

Aandachtspunt voor de staatscommissie:

Betrek in de discussie over een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces ook de discussie in hoeverre de Grondwet bepalingen moet bevatten inzake de organisatie en inrichting van de rechtspleging en in dat kader inhoudelijke garanties moet bevatten over toegang tot de rechter, onafhankelijkheid van de rechter, en dergelijke.

Wij stellen dit aspect hier nadrukkelijk aan de orde en zullen bij de beantwoording van de verschillende onderzoeksvragen, voor zover relevant, dit aspect nader aanstippen.²⁰

II.5. De inhoud van het recht op een eerlijk proces

In een opmaat voor een discussie over het opnemen van een voorziening inzake het eerlijk proces in de Grondwet is het vooraf noodzakelijk dat men zich een beeld vormt van de inhoud van dat recht op een eerlijk proces. Daarmee worden ook de contouren geschetst van hoe een grondwettelijke voorziening eruit zou kunnen komen te zien. Een zeker

beeld daarvan aan het begin van de discussie is noodzakelijk omdat het antwoord op de vraag of een grondwettelijke voorziening betekenis kan hebben, ook kan afhangen van de vorm die men een dergelijke grondwettelijke voorziening kan geven.

II.5.1. Rechten voor de verdachte en eisen aan de inrichting van de strafrechtspleging

Hiervoor is al gewezen op de twee soorten aanspraken die bij de inrichting van het eerlijk proces van belang zijn. Dat betreft enerzijds rechten over de positie van de verdachte in het strafproces (de onschuldpresumptie) en anderzijds aanspraken op een toegankelijke rechtspleging die aan bepaalde kwaliteitseisen voldoet. Beide categorieën verdienen in de beschouwingen aparte aandacht, ook wellicht bij de wijze waarop zij in de Grondwet kunnen worden uitgewerkt.

II.5.2. Concretisering van rechten?

In veel documenten, waaronder artikel 6 EVRM, is een nadere aanduiding opgenomen van welke catalogus van rechten dan een eerlijk proces uitmaken. Voor de discussie over een eventuele grondwettelijke voorziening zijn dan twee aspecten met name van belang.

Het eerste aspect is dat de vorm van artikel 6 EVRM de vraag doet rijzen of een eventuele grondwettelijke voorziening eenzelfde vorm moet krijgen. Kan in een grondwettelijke voorziening worden volstaan met de aanduiding van het recht op een eerlijk proces in het algemeen of moet daarin dan ook een nadere catalogus van rechten worden opgenomen? (En zo ja, welke?) Wij volstaan op deze plaats met de constatering van dit aandachtspunt omdat de discussie over de richting van oplossing van veel verschillende, in het bovenstaande nog niet aan de orde gestelde argumenten af hangt.

Een separaat aandachtspunt is dat in de verschillende documenten ook verschillende catalogi aan rechten die het eerlijk proces uitmaken, voorkomen.²¹ Dat zal betekenen dat in de discussie de verschillen en de betekenis daarvan voor de Nederlandse strafrechtspleging nader moeten worden onderzocht. Hiervoor is al opgemerkt dat wellicht naar vorm en inhoud verschil kan worden gemaakt tussen rechten die de verdachte direct betreffen en meer algemene rechtsplegingsrechten.

21 In Bijlage 2 zijn enkele voorbeelden opgenomen.

Aandachtspunt voor de staatscommissie:

Als gekozen wordt voor een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces, zal nader moeten worden bezien of daaraan een catalogus van rechten moet worden toegevoegd, en zo ja, welke rechten dat zouden moeten zijn.

We zullen echter nog zien dat de kwestie ook andersom kan worden geformuleerd: de keuze om überhaupt in een grondwettelijke voorziening omtrent het eerlijk proces te voorzien kan mede worden beargumenteerd uit het antwoord op de vraag of men het voor noodzakelijk houdt een nadere catalogus op te nemen, of juist niet.

II.5.3. Desondanks een "open" recht; eerlijk proces en strafrecht

Voor de discussie over een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces is ten slotte een derde inhoudelijk aspect van belang. Daarvoor is de positie, de betekenis en de functie van het recht op een eerlijk proces in het strafrecht nader van belang.

Het recht op een eerlijk proces is een vanzelfsprekendheid en kent als zodanig geen uitzonderingen of beperkingen. Een "oneerlijk" proces is niet aanvaardbaar omdat zo'n proces de legitimiteit van het rechterlijk oordeel als uitkomst ervan onderuit haalt. In zoverre verschilt het recht op een eerlijk proces niet van – bijvoorbeeld – het verbod van foltering of het verbod van slavernij. Dat zijn rechten ter zake waarvan in Nederland het opnemen van een voorziening ter waarborg ervan in de Grondwet momenteel niet wordt overwogen.

Maar in vergelijking van het recht op een eerlijk proces met bijvoorbeeld die laatste twee rechten, komt een fundamenteel verschil naar voren. Wat in een concrete strafzaak een eerlijk proces uitmaakt, is niet op voorhand gegeven maar wordt in hoge mate mede bepaald door de feiten en omstandigheden van de concrete strafzaak. Het draait bij het recht op een eerlijk proces niet alleen om een abstract programma van in de wet vastgelegde eisen, maar ook en veeleer om de concrete toepassing ervan door de relevante overheidsorganen, de strafrechter voorop. Het is aan de strafrechter in elke strafzaak opnieuw het eerlijk proces vorm te geven; het eerlijk proces *is* niet, maar moet worden gemaakt en wel door de rechter,

in elke strafzaak opnieuw op grond van de specifieke omstandigheden van het geval en binnen de contouren van het geldende strafprocesrecht. Het recht op een eerlijk proces heeft inhoudelijk een onvermijdelijk en permanent open en dynamisch karakter waarin rol, functie en activiteit van wetgever en strafrechter – ook in wisselwerking²² tussen beide rechtsvormers – centraal staan. De rechter realiseert het eerlijk proces, dat wil zeggen: hij geeft het in concreto nader vorm, waarbij de aanspraak op een eerlijk proces als normatief kader functioneert. Het recht op een eerlijk proces is in zoverre een recht dat altijd en overal tot rechtsvorming door wetgever en rechter dwingt. Het recht op een eerlijk proces en de erkenning daarvan, wellicht ook expliciet in de Nederlandse Grondwet, is dan ook in zoverre zeker tot wetgever en rechter gericht; het geeft hen opdracht en biedt kader voor de uitvoering van die opdracht.

Dit karakter en deze aard van het recht op een eerlijk proces betekent dat bij het antwoord op de vraag naar de meerwaarde van een grondwettelijke voorziening uitdrukkelijk aan de orde moet zijn of een grondwettelijke voorziening niet alleen – meer direct – aan de burger een eerlijk proces kan of moet garanderen, maar ook voor rechter en wetgever een steun kan of dient te zijn voor dit met het recht op een eerlijk proces onvermijdelijk verbonden proces van rechtsvorming, op nationaal niveau maar ook in de afstemming tussen nationaal en internationaal niveau. De uitkomst van die discussie is van betekenis voor vorm en inhoud van een eventuele grondwettelijke voorziening en haar plaats in de Grondwet.

Het is in dat kader goed te beseffen dat zelfs als niet slechts wordt volstaan met het regelen van het recht op een eerlijk proces als zodanig, maar er in een eventuele grondwettelijke voorziening ook nader zou worden opgesomd uit welke rechten het eerlijk proces (minimaal) bestaat, een dergelijke opsomming in dat geval toch niet meer dan een kader kan zijn omdat de strafrechter toch steeds zal moeten nagaan en beslissen welke betekenis deze rechten in de concrete strafzaak hebben.

Het recht op een eerlijk proces is aldus eerst en vooral een aanspraak die tijdens de berechting zelf, in de strafprocedure, moet worden gerealiseerd.

22 Van belang is daarbij dat rol, functie en activiteit van rechter en wetgever in die wisselwerking niet zonder meer inwisselbaar is. Zie P.A.M. Mevis, "Introductie: de betekenis van het legaliteitsbeginsel in de rechtsontwikkeling naar een eigentijds strafrecht", in: P.C. Bogert en T. Kooijmans (red), "Over de grens van het legaliteitsbeginsel", Deventer-Rotterdam: Gouda Quint-EUR 2000, p. 1-35, p. 23-26.

De eventuele meerwaarde van een grondwettelijke voorziening moet daarom nadrukkelijk ook worden onderzocht in het antwoord op de vraag of een grondwettelijke voorziening een positieve bijdrage aan die rechtsvorming kan leveren. Daarvan te onderscheiden (maar niet helemaal te scheiden) is een ander aspect dat soms in de discussie over het eerlijk proces te gemakkelijk op de voorgrond wordt geplaatst. Een in de Grondwet geëxpliciteerd recht op een eerlijk proces kan ook uitdrukkelijk worden bedoeld als toetsingskader achteraf voor het handelen van de rechter in een strafzaak; heeft de veroordeelde een eerlijk proces gehad?

Wil men op nationaal niveau een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces een dergelijke functie geven, dan zal dat eerst en vooral vorm moeten krijgen in de regeling van een rechterlijke instantie die de uitkomst van een strafprocedure – en dus eerst na afloop daarvan – op “eerlijkheid” kan controleren. De – huidige – Hoge Raad kan die functie niet vervullen omdat hij – zij het binnen het typische kader van cassatierechtspraak – eerst en vooral hoogste strafrechter in de concrete strafzaak is. Hij is geen constitutionele rechter.

Zoals in onderdeel I uiteen gezet, blijft deze ontwikkeling in dit onderzoek verder buiten beschouwing, al zou de veranderende context van een Constitutioneel Hof en wellicht ook de afschaffing van het grondwettelijk toetsingsverbod, hier van betekenis kunnen zijn. Van groter belang is namelijk een ander aspect. Er is immers ook los van dit aspect wel reden om over de noodzaak en wenselijkheid van een voorziening inzake het eerlijk proces te discussiëren omdat een andere, uitdrukkelijke verbinding met dat aspect van het eerlijk proces als toetsingskader bestaat en van belang is. Het is niet alleen zo dat het recht op een eerlijk proces in artikel 6 van het EVRM is gegarandeerd, maar ter zake van de naleving van dat recht fungeert er, als bekend, ook een gerechtshof, het EHRM te Straatsburg.

Diens jurisdictie en functioneren brengen mee dat dit toezichtsmechanisme nu juist wel functioneert als toetsingskader voor de uitkomst van een (nationale) strafprocedure. De uitkomst van de Straatsburgse “judicial review” kan zijn dat van een geheel conform de nationale regels gevoerd strafprocesrecht (welke conformiteit door de hoogste nationale (straf)rechter is vastgesteld)²³ toch moet worden gezegd dat van een “eerlijk proces” (althans in de zin van artikel 6 EVRM) geen sprake is

23 Als ontvankelijkheidsvoorwaarde geldt immers dat nationale rechtsmiddelen moeten zijn uitgeput. Een prejudiciële beslissing is niet mogelijk.

geweest.²⁴ En die kans is des te groter omdat – als gezegd – de aard van het recht op een eerlijk proces meebrengt dat de invulling daarvan sterk door de feiten en omstandigheden van het concrete geval wordt bepaald. Dit rechtsvormende element maakt deze aanwending van het recht op een eerlijk proces kwetsbaarder voor toetsing (en afkeuring) in Straatsburg (op grond van een net even anders uitvallende waardering van de feiten en omstandigheden van het geval) dan de toepassing van een “harder” recht als – bijvoorbeeld - het verbod van foltering of andere wrede of onmenselijke behandeling of bestraffing.

Omdat – negatief geformuleerd – het vermijden van schendingen van het EVRM ook een nationaal belang is dat ook zonder de oprichting van een Constitutioneel Hof zal moeten (kunnen) worden behartigd en omdat – positiever gezegd – het EVRM er zelf toe dwingt de daarin opgenomen rechten eerst en vooral in het nationale recht en in de aanwending daarvan in de concrete (straf)procedure te verwezenlijken, ligt hier een belangrijk aspect van mogelijke toegevoegde waarde van een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces. Kan zo’n grondwettelijke voorziening de onvermijdelijke rechtsvorming tot het vormgeven van een eerlijk proces in elke strafzaak opnieuw ondersteunen des dat daardoor schendingen van het EVRM kunnen worden vermeden en het EVRM- en EHRM-recht eerder en gemakkelijker in het nationale strafprocesrecht kan worden gerealiseerd? Dan wel omgekeerd: kan zo’n voorziening daartoe ook een obstakel vormen?

Aandachtspunt voor de staatscommissie:

De aard van het recht op een eerlijk proces brengt mee dat een eventuele grondwettelijke voorziening ter zake ook uitdrukkelijk in het licht van ondersteuning van strafrechter en wetgever in de rechtsvorming moet worden gezien.

We komen op dit aspect hierna bij een nadere verkenning van strafrechtelijke aspecten terug.

Met het bovenstaande hangen twee nadere punten van verkenning samen die bij de discussie over een grondwettelijke voorziening moeten worden bedacht.

²⁴ In Nederland kan dat tot herziening en dus tot heropening van een afgesloten strafzaak leiden: art. 457 lid 1 sub 3 Sv.

II.6. Nationaal en internationaal recht

Een separaat aspect dat mede de complexiteit van het recht op een eerlijk proces uitmaakt, schuilt in het feit dat dit recht weliswaar op nationaal niveau niet uitdrukkelijk wordt geregeld, maar zulks op Europees en internationaal terrein wel het geval is. Een eventuele meerwaarde van een voorziening betreffende het recht op een eerlijk proces in de Nederlandse Grondwet zal ook uitdrukkelijk op dit aspect van thans ontbrekende, met zo'n voorziening te ontstane "verdubbeling" van de garantie op een eerlijk proces moeten worden onderzocht. Daaraan kunnen dan weer verschillende aspecten kleven. "Verdubbeling" kan zinloze herhaling zijn, maar ook zinvolle aanvulling vormen of tot precisering leiden,²⁵ bijvoorbeeld daar waar een nationale voorziening in de Grondwet doorwerking van internationaal recht kan vergemakkelijken of verder kan reiken dan de bescherming van een bepaalde verdragsbepaling. De verschillende aspecten van de inhoud van het recht op een eerlijk proces kunnen daarbij weer van belang zijn. Als een grondwettelijke voorziening de rechtsvorming door de strafrechter bij het vormgeven van een eerlijk proces kan ondersteunen, kan daarmee de doorwerking van internationale rechten worden vergemakkelijkt. Daarmee is dan ook weer het hiervoor gesignaleerde aandachtspunt betreffende de vorm die men voor een grondwettelijke voorziening in gedachten heeft, van belang.

II.7. Een bepaling in hoofdstuk 1 of in hoofdstuk 6?

Als de vorm en de inhoud van een eventuele grondwettelijke bepaling reeds vooraf van belang zijn om mede de gedachten te bepalen bij de discussie of het tot een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk

25 Treffend is een citaat uit de Britse discussie die hierna bij de bespreking van de derde deelonderzoeksvraag nog aan de orde zal komen:

"Mr Howe: Well, the query you are putting is ECHR plus or ECHR minus; may I suggest there is actually a third category, which is ECHR more precise. Let me explain what I mean by that, because the Convention is, of course, very broadly drafted, and leaves in many areas a large area for interpretation. It would be possible to reflect the rights in the Convention, first of all, in a way which more precisely interfits with our legal system. Let me give you an example: at the moment, there is quite a lot of case law of the Strasbourg Court seeking to categorise proceedings for penalties, as to which side of the line they fall on when it comes to Article 6, whether they count as criminal proceedings or as civil proceedings. Some types of penalty proceedings under our legal system count as criminal for that purpose and others do not, and some very, very fine distinctions are made. Ironically, we had provisions protecting us from proceedings for penalties in the first Bill of Rights of 1689, and it would be possible, by a Bill of Rights that more precisely interfits with our legal system, to across the board apply the criminal standards of protection to all proceedings for penalties in our legal system".

(bron: <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt200708/jtselect/jtrights/c150-i/c15002.htm>)

proces moet komen, dan moet in dat kader ook op het volgende worden gewezen. Een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces kan betekenis hebben als grondrecht voor de burger, maar ook voor de rechtsvorming door rechter en wetgever (en uiteraard voor beide en deels via elkaar). Daarmee zal ook de vraag aan de orde moeten komen of het recht op een eerlijk proces een plaats dient te krijgen in hoofdstuk 1 (Grondrechten) of in hoofdstuk 6 (Rechtspraak) van de Grondwet.

Deze kwestie is voor de beantwoording van enkele onderzoeksvragen nader van belang en zal als zodanig daarin terugkeren.²⁶

II.8. Afsluiting

Bovenstaande verkenning van het recht op een eerlijk proces laat al iets zien van de complexiteit van de regeling van het recht op een eerlijk proces in nationale regelingen van strafprocesrecht en/of constitutionele aard en in internationale regelingen van mensenrechtelijke aard. De aanspraak op een eerlijk proces betreft aspecten van al deze deelterreinen van recht. Het recht op een eerlijk proces is daarin vrijwel altijd aanspraak van de burger en tegelijkertijd opdracht aan de wetgever en aan de strafrechter. De vraag naar de wenselijkheid van het opnemen van een recht op een eerlijk proces in de Grondwet is een vraag waarop het antwoord voor een belangrijk deel wordt bepaald door de rol, betekenis en functie die men aan een dergelijke expliciete bepaling van dat eerlijk proces kan hebben c.q. wil geven. Wat beoogt men met een dergelijke bepaling in de geschreven basis van de staatsinrichting, de Grondwet? Het antwoord op die vraag kan verschillen. Al naar gelang het antwoord op die vraag naar de mogelijke en gewenste rol, functie en betekenis van zo'n bepaling in de Grondwet zal ook het antwoord op de vraag naar de vorm en de inhoud van de bepaling en haar – eventuele – plaats in de Grondwet verschillen. Het moet de staatscommissie worden aanbevolen om zich ten aanzien van bovenstaande, onderling sterk verweven aspecten, in een vroeg stadium van discussie betrekkelijk breed te oriënteren.

Aandachtspunt voor de staatscommissie:

Zorg dat bij de discussie over het recht op een eerlijk proces in de Grondwet reeds vanaf de aanvang en telkens alle relevante aspecten in hun onderlinge samenhang in de discussie worden betrokken.

²⁶ Zie onder andere onderdeel VI.6. en de slotbeschouwing onder X.8.2.

In de rest van het onderzoek zullen, met het oog op de discussie bij het beantwoorden van deze vragen, nogal eens mogelijke betekenissen en functies van een eventuele grondwettelijke voorziening aan de hand van het bovenstaande nader worden onderscheiden, een en ander voor zover voor de bespreking van het betreffende thema noodzakelijk en binnen het beperkte bestek van dit onderzoek mogelijk.

III. Aanduiding van aspecten van (eventuele) meerwaarde

III.1. Inleiding

Tegen de achtergrond van de geschetste complexiteit van het recht op een eerlijk proces, is het begrijpelijk dat de eerste van de centrale onderzoeksvragen in alle voorzichtigheid vraagt naar de meerwaarde, en dan nog slechts de *eventuele* meerwaarde die het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de nationale Nederlandse Grondwet kan hebben. Bij die vraag naar de meerwaarde kunnen enkele aspecten nog nader worden onderscheiden, zoals:

- de meerwaarde van het opnemen van een voorziening in de Nederlandse Grondwet als vorm van erkenning van de aanspraak op een eerlijk proces als zodanig;
- de meerwaarde van het opnemen van een voorziening in de Nederlandse Grondwet naast de erkenning van dat recht in internationale regelingen, met name in artikel 6 EVRM;
- de meerwaarde voor de rechtsvorming, met name door (grond) wetgever en rechter;
- de meerwaarde voor de burger.

In het onderhavige hoofdstuk zal eerst het eerstgenoemde deelaspect betreffende de zelfstandige meerwaarde van een grondwettelijke voorziening aan de orde worden gesteld. Ook wordt de meerwaarde van een grondwettelijke voorziening voor de rechtsvorming door rechter en wetgever verkend. De overige aspecten komen verderop in het onderzoek nog nader aan de orde.

III.2. (Symbolische) meerwaarde van uitdrukkelijke erkenning van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet

III.2.1. Inleiding

Anders dan andere wetten heeft met name de Grondwet ook een symboolwaarde. Daarmee is bedoeld dat de Grondwet ook de functie kan hebben van het tot uitdrukking brengen van elementaire aspecten betreffende de

inrichting van de democratische rechtsstaat en waarbij het tot uitdrukking brengen van die betreffende waarde al reden kan zijn voor de betreffende grondwetsbepaling, ook zonder dat een dergelijke bepaling veel inhoudelijk-normatieve betekenis heeft.²⁷ Dat is niet een betekenis van de Grondwet die in Nederland erg voorop staat. Des te opmerkelijker is dat juist deze functie zowel in de discussie over een mogelijke verandering in de Grondwet in de toekomst als in de discussie over de waarde van de Grondwet van 1983 (welke wijziging in 2008 – 25 jaar na dato – is herdacht) zo nadrukkelijk aanwezig is.²⁸

Daarvan getuigt ook het initiatief de Grondwet in gewoon Nederlands te vertalen.²⁹

Zoals gezegd ligt aan het Nederlandse strafrecht de ambitie ten grondslag de verdachte een eerlijk proces te garanderen, ook los van bepalingen in de Grondwet of in het EVRM. De meerwaarde van een grondwettelijke bepaling ligt dus niet in de erkenning van het recht op een eerlijk proces. De toegevoegde waarde van erkenning van dit recht door uitdrukkelijke codificatie ervan – en zeker door uitdrukkelijke erkenning daarvan in de Grondwet – zal dan eerst en vooral gezocht moeten worden in de symbolische waarde van een dergelijke voorziening, meer dan in een waarborgfunctie in die zin dat zonder grondwettelijke voorziening er geen (aanspraak op) een eerlijk proces zou bestaan. Welke argumenten kunnen bij de afweging van belang zijn?

III.2.2. Argumenten voor en tegen

Niet alles opnemen

Het ligt voor de hand om de vraag of een bepaald recht of aanspraak in de Grondwet gecodificeerd moet worden te benaderen vanuit de eis dat daarvoor uitdrukkelijke argumenten moeten bestaan. Zelfs als men grondwettelijke voorzieningen eerst en vooral op hun symbolische waarde zou willen bekijken, kunnen en worden niet alle rechten en aanspraken die wij in een rechtsstaat zouden kunnen bedenken, vanwege hun symbolische waarde in de Grondwet gecodificeerd. Dat geldt zelfs voor

27 Zie voor een andere interessante inhoud van de symbolische betekenis van de Grondwet de bijdrage van R.M.G.E. Foqué in de in de volgende noot aangeduide bundel “De onzichtbare Grondwet”, p. 39-41.

28 Zie voor wat de komende Staatscommissie betreft bijvoorbeeld de discussie over het opnemen van een preambule. Zie voor een weerslag van de discussie over het 25-jarig bestaan van de Grondwet 1983 de beide uitgaven van het Ministerie van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties: “De Grondwet herzien, 25 jaar later” en “De onzichtbare Grondwet”, Den Haag 2008.

29 Zie ook hierna onder VI.3.

elementaire rechten zoals het verbod van marteling of de vrijwaring tegen foltering. Over het opnemen van dergelijke waarborgen bestaat geen discussie in de richting van een pleidooi voor opname van een grondwettelijke voorziening ter zake. En er zijn wel meer rechten van fundamentele aard, bijvoorbeeld opgenomen in internationale mensenrechtenverdragen, die niet allemaal kunnen of moeten worden gecodificeerd in de nationale Grondwet.

Doodstraf, strafrechtelijk legaliteitsbeginsel, recht op leven

Opgemerkt kan worden dat er ten minste drie met het strafrecht verbonden grondwettelijke bepalingen zijn waarin betrekkelijk fundamentele rechten deels vanwege hun symboolwaarde worden erkend.

Bij de grondwetsherziening van 1983 is de vrijwaring tegen de doodstraf in de Grondwet opgenomen, een bepaling met toentertijd (omdat de doodstraf in 1983 in het militaire en het oorlogsstrafrecht nog voorkwam) net iets meer dan symbolische waarde. Die meerwaarde lijkt thans geheel vervallen. Nochtans is het schrappen van deze bepaling geen serieuze optie. Relevant is daarbij de vaststelling dat deze voorziening uit het EVRM³⁰ in onze nationale Grondwet is opgelost – net als in Duitsland³¹ – in een in hoofdstuk VI van de Grondwet opgenomen instructienorm voor de rechter en niet als grondrecht voor de burger is gecodificeerd.³²

Bij gelegenheid van de grondwetswijziging van 1983 is voorts het sinds 1886 bestaande artikel 1, eerste lid, van het WvSr – dat ook in artikel 7 EVRM is gecodificeerd – als grondrecht in artikel 16 Grondwet opgenomen. Die bepaling heeft ook eerst en vooral symbolische waarde, mede omdat de uitzondering – de terugwerkende kracht van de strafbaarstelling in het Buitengewoon Besluit Strafrecht – bij die gelegenheid overeind bleef.

30 Zie inmiddels het dertiende Protocol bij het EVRM.

31 Het in het hoofdstuk “Die Rechtsprechung” opgenomen art. 102 GG luidt: “Die Todesstrafe ist abgeschafft”, naar haar formulering een soort mededeling van de grondwetgever.

32 Die plaatsbepaling heeft overigens ook te maken met het feit dat deze bepaling eerst bij amendement werd voorgesteld op een moment dat de parlementaire behandeling van de wijzigingen omtrent de grondrechten al ver gevorderd was. Maar de plaatsbepaling in hoofdstuk 6 werd door de regering ook inhoudelijk verdedigd: zie C.J. Bax, “Commentaar bij art. 140 Grondwet”, in: P.W.C. Akkermans en A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet*, 2^{de} druk, Tjeenk Willink, Zwolle 1992, p. 1007 met verwijzing naar Kamerstukken I, 16 905-16 938, nr. 47a p. 22-23. In het ontwerp-Sap is de tekst van art. 114 gehandhaafd, maar wordt voorgesteld deze tekst in een in het hoofdstuk inzake de grondrechten op te nemen bepaling vast te leggen.

Ten slotte is relevant dat voor de komende staatscommissie ook het eventueel opnemen in de Grondwet van een recht op leven ter discussie staat en de staatscommissie de voor- en nadelen van een preambule in kaart moet brengen. Als tot het opnemen van één van beide of beide voorzieningen zou worden besloten, ook op gronden ontleend aan de symbolwerking van de Grondwet ter zake, wordt de symbolwerking van de Grondwet daarmee nader versterkt. De daarbij gebruikte argumenten kunnen ook voor de discussie over een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces relevant zijn.

Argumenten met betrekking tot het eerlijk proces in het strafrecht

Concreet ingezoomd op de erkenning van het recht op een eerlijk proces in het strafrecht, zijn de navolgende aspecten nader relevant.

Mede gelet op deze bepalingen en nieuwe voorzieningen als het genoemde artikelen 114 en 16 Grondwet mag het strafrecht zich kennelijk in de toenemende aandacht van de grondwetgever verheugen. In die opmars van constitutioneel strafrecht, zou het codificeren van een aanspraak op een eerlijk proces, de basisnorm van elke strafrechtspleging, in elk geval niet geheel misstaan. Het is er belangrijk genoeg voor. Dat recht komt ook niet als een nieuw recht uit de lucht vallen.

Toch is ook ten aanzien van een bepaling inzake het eerlijk proces terughoudendheid op z'n plaats. De noodzakelijke uitwerking ervan naar de regeling in de onderscheiden rechtsgebieden, kan ongewis zijn en moet dus een punt van consideratie zijn.³³ Met een bepaling met symbolische waarde kan voorts ook een teveel aan verwachtingen worden gewekt. Een uitdrukkelijke grondwetsbepaling zal allicht als vanzelf verondersteld worden meerwaarde te hebben, maar dat kan juist daarom ook een irreële meerwaarde zijn, juist ook omdat de Grondwet vaak niet tegenover de regeling van bepaalde onderwerpen in de onderscheiden rechtsgebieden kan worden gesteld.³⁴ Wat een eerlijk proces is, zal altijd eerst en vooral en uiteindelijk met name in de regeling van het strafprocesrecht en de toepassing daarvan, en in zoverre dus niet in de Grondwet, tot uitdrukking komen en geregeld zijn en blijven. De Grondwet vormt geen toetsingskader voor de uitkomst van het rechtsgeding in een bepaald rechtsgebied. Het "substantive due process" zou de grondwetgever mede daarom niet eens moeten willen regelen. Juist vanwege de grotere symbolwaarde van

33 Zie ter zake ook de bespreking van de tweede deelonderzoeksvraag.

34 Op dit punt is de ontwikkeling van het grondwettelijk toetsingsverbod mede van belang.

de Grondwet geldt het “In der Beschränkung zeigt sich der Meister” ook hier: grondwetgever, schrijf niet teveel op.

Een volgend argument houdt met het voorgaande verband. Er is al op gewezen dat de staatscommissie zal moeten kiezen tussen een optie waarin het eerlijk proces als zodanig in de Grondwet wordt genoemd en een variant waarin de Grondwet ook nader aangeeft welke (elementaire) rechten dat eerlijk proces uitmaken, zoals de onschuldpresumptie. Hetgeen hierboven is gezegd voor de symbolische meerwaarde voor de erkenning van de aanspraak op een eerlijk proces in het algemeen, hoeft niet per se ook voor de codificatie van die nadere rechten te gelden, al zij er op gewezen dat nadere aspecten van het eerlijk proces ook thans reeds in onze Grondwet voorkomen, zoals in artikel 121 inzake de openbaarheid van de terechtzitting en de motivering van het vonnis. Natuurlijk kan een aanduiding van welke rechten het eerlijk proces uitmaken, de symboolwaarde van de grondwetsbepaling ook versterken.

III.3. Vergelijking met de criteria rondom de grondwetswijziging van 1983

Bij de grondwetsherziening 1983 zijn in het parlement en daarbuiten meer grondrechten bedacht dan er uiteindelijk in de Grondwet terecht zijn gekomen. In zijn bijdrage aan de Jeukensbundel geeft Rijnen³⁵ een overzicht van de argumenten die de regering indertijd expliciet gebruikt heeft dan wel impliciet gebruikt lijkt te hebben bij de keuze welke grondrechten wel of niet in de Grondwet zouden moeten worden opgenomen.³⁶ Ondanks het feit dat de uitgebreidheid van de motivering naar het oordeel van Rijnen niet altijd overhoudt, ontwaart hij toch als criteria:

- a. aansluiting bij internationale rechtsbeginselen;
- b. het gewicht van een recht in de huidige rechtsorde;
- c. aansluiting zoeken bij de realiteit van de huidige tijd;
- d. belang van een communicatiewijze, mede met het oog op het privé-karakter ervan;
- e. maatschappelijk belang van een verschijnsel;

35 Rijnen, a.w., p. 516-519.

36 Ook hier moet weer worden gewezen op het belang van de te kiezen vorm van een eventuele grondwettelijke bepaling inzake het recht op een eerlijk proces. De hier beschreven argumenten betreffen de keuze voor of tegen een voorziening als een in hoofdstuk 1 op te nemen grondrecht. Men kan echter ook denken aan een voorziening in hoofdstuk 6 inzake rechtspraak. Dan zouden de hier genoemde argumenten een andere, c.q. zouden ten dele andere argumenten een rol kunnen spelen.

- f. beseft dat gevaar bestaat voor verstoring van de condities waaronder menselijk leven zich kan ontplooiën;
- g. (fundamenteel) belang van een tak van overheidszorg.

Hoewel het eventueel grondrecht op een eerlijk proces in 1983 geen voorwerp van discussie is geweest, zijn met name de onder a, b, c, e, en f genoemde criteria ook voor het recht op een eerlijk proces van belang. De actualiteit van deze criteria met betrekking tot het eerlijk proces in strafzaken, is opvallend.

Aansluiting internationale beginselen

De aansluiting met de internationale rechtsorde in de specifieke zin van de meerwaarde van een grondwettelijke voorziening naast artikel 6 EVRM, komt hierna nog separaat aan de orde. Hier kan worden geconstateerd dat als een dergelijke aansluiting grond kan zijn voor het opnemen van een grondwettelijke voorziening, de internationale rechtsontwikkeling inzake fundamentele rechten na de Tweede Wereldoorlog er een is waarvan het recht op een eerlijk proces van begin af aan (artikel 10 Universele Verklaring van de rechten van de mens) en ook bestendig (EVRM, IVBPR, etc.) deel uitmaakt. De ontwikkeling van het eerlijk proces als internationaal rechtsbeginsel is sterk. Het opnemen van een voorziening in de Nederlandse Grondwet kan daardoor inderdaad het karakter van "aansluiting" krijgen: uitdrukken van wat ook internationaal (inmiddels) belangrijk wordt gevonden.

Maatschappelijk belang

Onder c en onder e wordt gewezen op de "aansluiting bij de realiteit van de huidige tijd" c.q. het "maatschappelijk belang van het verschijnsel". In verband met het recht op een eerlijk proces kan in dat verband het navolgende worden aangestipt. Wat een eerlijk proces is, en wanneer daarvan – ook en met name naar de beleving van dergelijke grondwaarden bij de burgers in de maatschappij – sprake is, hangt af van de wijze van procesvoering, maar ook van de uitkomsten daarvan. In dat kader is relevant dat de strafrechtspleging ter zake onder discussie is geraakt. In het korte bestek van dit onderzoek kan hier worden gewezen op onvrede met en twijfel aan de hoogte van de straf (leidend tot discussies over de invoering van minimumstraffen), onvrede over de responsiviteit van de strafrechtspleging

in de richting van het slachtoffer (leidend tot – onder andere – introductie van het spreekrecht voor het slachtoffer ter terechtzitting), kritiek op de begrijpelijkheid van vonnissen (leidende tot de vonnismodaliteit van het PROMIS-model), alsmede een zekere ongerustheid over vermeende en echte misslagen in zaken als de Puttense moordzaak, de Schiedammer Parkmoord en de zaak Lucia de B. (leidend tot discussies over introductie van lekenrechtspraak). Het kan in tijden van dergelijke ongerustheid over strafrecht en strafrechtspleging des te meer aangewezen zijn een garantie van een recht op een eerlijk proces te expliciteren. Dat zal geen onrust kunnen wegnemen, maar kan wel laten zien dat de overheid, zelfs de grondwetgever, dergelijke ongerustheid serieus neemt. Het kan zijn dat de symbolische betekenis van een eventuele grondwettelijke voorziening ter zake van versterkte betekenis kan zijn en in zoverre de actuele stand van zaken in de strafrechtspleging een extra argument kan zijn om in de Grondwet een desnoods eerst en vooral van symbolische betekenis zijnde voorziening inzake het eerlijk proces op te nemen.

Een vergelijkbaar argument van symboliek kan van een dergelijke grondwettelijke voorziening uitgaan in de richting van de internationale samenwerking in strafzaken, in het bijzonder de berechting van internationale misdrijven. Niet uitgesloten is immers dat Nederland geconfronteerd wordt met de berechting, dan wel met de deelname aan de berechting elders, van personen die met de Nederlandse rechtsorde vrij weinig van doen hebben. De berechting van hier aangetroffen daders van dergelijke misdrijven is daarvan een voorbeeld.³⁷ Ook in het kader van die internationale berechting en samenwerking kan het van belang zijn dat (reeds) de nationale Grondwet op een gemakkelijk toegankelijke wijze herkenbaar duidelijk maakt dat in de Nederlandse rechtsorde de garantie van een eerlijk proces een vanzelfsprekendheid is met een waarde die daarom in de constitutie uitdrukking heeft gevonden.

III.4. De meerwaarde voor de rechtsvorming

III.4.1. Eerlijk proces en rechtsvorming

Voor de meerwaarde van een grondwettelijke aanspraak op een eerlijk proces in strafzaken is naast de eventuele symboolwaarde met name van belang dat het opnemen van een bepaling inzake het eerlijk proces in

³⁷ Op grond van de verruimde rechtsmachtbepaling van art. 2 lid 1 onder a WIM. Hier is ook de "1f-problematiek" van belang.

strafzaken belangrijk kan bijdragen aan de rechtsvorming in strafzaken.³⁸ Daarin onderscheidt het recht op een eerlijk proces zich van andere “hardere” rechten als de vrijwaring van slavernij of het verbod van foltering. Die bijdrage aan de rechtsvorming kan een zelfstandig argument vormen om inzake het eerlijk proces een voorziening in de Grondwet op te nemen, terwijl andere rechten, welke rechten bij toepassing van de hiervoor onder a t/m g genoemde, algemene criteria wellicht ook voor codificatie in de Grondwet in aanmerking zouden komen, daar toch buiten blijven. In het onderstaande volgt een korte verkenning van die betekenis van een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces voor de rechtsvorming in het strafrecht.

III.4.2. Rechtsvorming door wijziging van de Grondwet

De meerwaarde voor de rechtsvorming begint bij de wetgevingsoperatie die tot een dergelijke grondwetsherziening zou leiden. Ook al is van een wetgevingsdebat ter zake slechts een enkele zin in de Grondwet de resultante, of – zelfs – wordt een voorstel voor het opnemen van een voorziening in de Grondwet uiteindelijk door de regering of door een der Kamers van de Staten-Generaal alsnog afgewezen, dan nog zal een dergelijk initiatief leiden tot discussie in parlement en daarbuiten, met name in de literatuur. Vragen als: wat is een eerlijk proces eigenlijk?, wat zijn de minimumnormen?, hoe wordt dat recht in Nederland (het best) verwezenlijkt?, e.d. zullen naar aanleiding van zo’n voornemen uitvoerig bediscussieerd worden en een handvat kunnen bieden bij het verder realiseren van zo’n recht. Als er een bepaling aan de Grondwet wordt toegevoegd zal zij, hoe klaroentochtig kort zij wellicht naar vorm en inhoud ook moge zijn, toch van een rijke (buiten)parlementaire geschiedenis voorzien zijn.

III.4.3. Rechtsvorming door de wetgever

In het kader van de vraag naar de “meerwaarde” van een grondwetsbepaling voor de rechtsvorming door de wetgever verdient voorts aandacht de wijze waarop de wetgever in het algemeen met de vormgeving van fundamentele rechten omgaat.

38 Ook hier moet weer worden opgemerkt dat de meerwaarde van een eventuele constitutionele bepaling met name ook afhankelijk is van de vorm en inhoud van die bepaling. Grof gezegd gaat het om het antwoord op de vraag of volstaan zal worden met het enkele opnemen van het recht op een eerlijk proces als zodanig dan wel dat ook inhoudelijk een aantal minimumrechten betreffende het eerlijk proces wordt gecodificeerd.

In Nederland is – anders dan in sommige andere landen – de aandacht voor grondrechten niet systematisch in het wetgevingsproces verankerd of in procedureregels met betrekking tot advisering of besluitvorming neergelegd, al betreft één van de Aanwijzingen voor de wetgeving de conformiteit van voorgenomen wetten met het EVRM. Ook kent het Nederlandse parlement geen afzonderlijke of gezamenlijke parlementaire commissie(s) voor de grondrechten.³⁹ Bij deze stand van zaken is systematische reflectie door de verschillende actoren in het wetgevingsproces op de inhoud en omvang van fundamentele rechten afhankelijk van voorstellen tot herziening van belangrijke constitutionele normen. De grondwetsconformiteit van wetgeving maakt daarentegen eerder en meer systematisch deel uit van het wetgevingsproces. Natuurlijk is het omgekeerd zo dat het de wetgever ook zonder grondwettelijke voorziening vrij staat zich op de conformiteit van wetgeving met de garantie van het eerlijk proces zoals verwoord door artikel 6 EVRM te bezinnen, zoals de Aanwijzingen voor de wetgeving laten zien. Daar is een grondwettelijke voorziening niet voor nodig, terwijl ook van een grondige bezinning op conformiteit van wetgeving met een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces, geen garantie uitgaat dat in Straatsburg nimmer verdragsschendingen zullen worden geconstateerd. Een dergelijke bezinning door de wetgeving komt voor, zoals de wetsgeschiedenis van belangrijke wijzigingen in het strafprocesrecht, bijvoorbeeld de introductie van de regeling van de bedreigde getuige of van de kroongetuige, illustreert. Een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces kan aldus de aandacht van de wetgever voor dit punt bij incidentele wijzigingen van de regeling van de strafvordering, alleen maar extra versterken.⁴⁰ Dat kan wellicht ook veroordelingen door Straatsburg voorkomen. Ook hier kan een grondwettelijke voorziening dus vooral betekenis hebben van “verder versterken van wat al is” in plaats van introductie van nieuwe modaliteiten van rechtsvorming.

III.4.4. Rechtsvorming door de strafrechter

Voor wat betreft de mogelijke toegevoegde waarde van een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces voor de strafrechter, is het navolgende van belang. De (strafkamer van de) Hoge Raad is eerst en vooral hoogste rechter in de betreffende strafzaak. Hij is geen constitutio-

39 Zoals bijvoorbeeld het Britse “Joint Committee on Human Rights”, een gezamenlijke commissie van leden van het Hogerhuis en van het Lagerhuis.

40 Daarvan zijn er nogal wat geweest en is een aantal ook nog op komst, zoals de wijziging van de regeling van de herziening of van de regeling betreffende de inrichting van het voorbereidend onderzoek in strafzaken.

nele rechter. Alleen in zijn hoedanigheid van cassatierechter verschilt hij van de andere, lagere strafrechters.

Voor wat betreft de inhoudelijke rechtsvorming is als gezegd ten aanzien van het recht op een eerlijk proces de openheid van dat recht kenmerkend; wat in een concrete zaak een eerlijk proces uitmaakt, wordt in hoge mate bepaald door de feiten en omstandigheden van het concrete geval. Een eerlijk proces “moet je doen”; rechtsvorming, vormgeving van het eerlijk proces door de rechter in het concrete geding, is daarvan een onvermijdelijk element.

De Hoge Raad heeft langs diverse wegen ruimte gemaakt om deze openheid in het strafprocesrecht vorm te geven en daarbij waar nodig ook afstand genomen van het “gesloten” geheel van geschreven regels uit – met name – het Wetboek van Strafvordering. Wat opvalt is, dat de Hoge Raad deze openheid niet, althans niet altijd of in de eerste plaats, legitimeert met een beroep op het eerlijk proces van artikel 6 EVRM, maar veeleer met een beroep op de “beginselen van behoorlijke procesvoering” of “de eisen van een eerlijke procesvoering” (er komen meer bewoordingen voor).⁴¹ Dit kan te maken hebben met de positie van de Hoge Raad. Hij is als gezegd geen constitutionele rechter die de lagere rechter superviseert aan de hand van grondwettelijke normen. Maar als hoogste strafrechter en in de vorm van cassatierechtspraak superviseert hij wel de strafrechtspraak door lagere strafrechters. Inhoudelijk gaat het bij dat laatste als gezegd ook om het vormgeven van een eerlijk proces in elke concrete strafzaak. Voor zover het gaat om het realiseren van een eerlijk proces als rechtsstatelijke waarborg ligt hier, in deze aldus geformuleerde doelgerichtheid, een inhoudelijke overeenkomst met het doel van een eventuele grondwettelijke voorziening inzake de garantie van een eerlijk proces. Van belang is dan niet alleen de vraag of we, met een dergelijke voorziening in de Grondwet, de Hoge Raad tot constitutionele rechter zouden moeten omvormen (of een andere vorm van constitutionele rechter zouden moeten introduceren of nodig hebben), maar veeleer of de Hoge Raad in zijn superviserende functie als hoogste strafrechter, bij de uitoefening van die functie, baat kan hebben bij een expliciete grondwettelijke voorziening, gegeven dat het doel van beide modaliteiten (grondwettelijke voorziening respectievelijk toepassing van het strafprocesrecht aan de hand van “beginselen van goede procesorde”) op hetzelfde is

gericht: het vormgeven van de rechtsstatelijke garantie van een eerlijk proces in elke concrete en afzonderlijke strafzaak opnieuw. Kan met codificatie van het recht op een eerlijk proces aan dit proces van rechterlijke procesvoering wellicht meer basis, legitimatie en structuur worden geboden? Het kan zijn dat het proces van rechtsvorming door de rechter sterker wordt onderbouwd en beter wordt gelegitimeerd als de rechter bij zijn rechtsvormende arbeid op weg naar een eerlijk proces nadrukkelijker kan verwijzen naar een uitdrukkelijke voorziening omtrent het eerlijk proces in de nationale Grondwet. Zo'n bepaling kan dat proces van rechtsvorming vergemakkelijken en inhoudelijk wellicht versterken. Dit aspect wordt in onderdeel V. van dit onderzoek nader aan de orde gesteld.

Een dergelijk versterkend effect van een grondwettelijke bepaling kan op vergelijkbare wijze worden onderkend voor de rechtsvorming door de gewone strafrechter in eerste aanleg en in hoger beroep. Ook deze rechters zullen immers telkens het eerlijk proces nader vorm moeten geven in het geding voor hen.

Als men het opnemen van een grondwettelijke voorziening eerder beredeneert vanuit het effect ervan op de rechtsvorming, ligt een regeling in hoofdstuk 6 eerder voor de hand dan een regeling in hoofdstuk 1. Als men de nadruk legt op de symbolische waarde van de erkenning van het recht op een eerlijk proces, kan de regeling in hoofdstuk 1 eerder voor de hand liggen.

III.5. Grondwet als toetsingskader?

Een geheel ander punt betreffende de meerwaarde van een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces voor de rechtsvorming op dit punt, betreft nog het navolgende. Kan een dergelijke voorziening bijdragen aan een eventuele discussie over de vraag of de uitkomst van een strafzaak een "eerlijk proces" is geweest? Hiervoor is al gezegd dat dit onderzoek niet verder in gaat op een grondwettelijke voorziening als een toetsingskader met een eigen, van het strafprocesrecht losstaande, autonome normativiteit. Ook zonder geïnstitutionaliseerde "judicial review" door – bijvoorbeeld – een constitutionele rechter, ligt het voor de hand aan te nemen dat een expliciet gemaakt recht op een eerlijk proces in de Grondwet ook in meer gevallen tot nadere discussie zal leiden in

hoeverre rechterlijk handelen in een concrete zaak zich verdraagt (zich verdragen heeft) met de eisen van een eerlijk proces. Dat kan buiten rechte zijn, maar ook daarbinnen, bijvoorbeeld in het kader van de discussie over een "uitdrukkelijk onderbouwd standpunt" dat in gevolge artikel 359 lid 2, tweede volzin, Sv tot een reactie van de rechter in het vonnis moet leiden, dan wel in de vorm van discussie over de inhoud van een aan de Hoge Raad voorgelegd cassatiemiddel. Explicatie in de Grondwet kan tot meer discussie en explicatie door gemotiveerde rechterlijke beslissing leiden over wat een eerlijk proces (in concreto) precies is. Ook dat kan de betekenis ervan voor de rechtsvorming versterken.⁴²

III.6. Afsluiting

Dit derde onderdeel van het onderzoeksverslag vormt een gedeelte van de beschouwingen die leiden tot een beantwoording van de eerste centrale onderzoeksvraag. Tot een definitieve beantwoording van die eerste onderzoeksvraag leidt dit nog niet, omdat de mogelijke toegevoegde waarde van een grondwettelijke bepaling inzake het eerlijk proces mede samenhangt met het antwoord op de vraag of die meerwaarde ook bestaat voor een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces naast artikel 6 EVRM. Die belangrijke vraag wordt in het navolgende deel separaat aan de orde gesteld.

Ten aanzien van de symboolwaarde van een grondwettelijke voorziening rijst met name de vraag welke visie men heeft over hetgeen in de Grondwet behoort te worden opgenomen. Het recht op een eerlijk proces is er als zodanig, ook in zijn ontwikkeling sinds de Tweede Wereldoorlog, belangrijk genoeg voor. Een doorslaggevend argument voor het opnemen van een grondwettelijke bepaling is dat niet zonder meer.

Redenerend vanuit de vooral symbolische betekenis van een eventuele grondwettelijke voorziening, zou kunnen worden beredeneerd dat met een korte bepaling, inhoudelijk niet veel meer dan de erkenning van het recht op een eerlijk proces, zou kunnen worden volstaan. De kans dat irreële verwachtingen worden gewekt, dan wel dat een bepaling wordt opgenomen die tot aanzienlijke aanpassingen van het strafprocesrecht

42 We spreken hier over mogelijkheden die zich niet hoeven voor te doen. De versterking van de motiveringsplicht is eerst in 2005 geïnitieerd door art. 359 lid 2, tweede volzin, Sv. Dit punt had ook al op grond van art. 121 Grondwet ontwikkeld kunnen worden, maar rechter noch wetgever hebben aan die grondwetsbepaling ooit zelfstandige, autonoom-normatieve betekenis toegekend.

dwingt, is dan klein. Maar de kans dat een “lege” bepaling wordt opgenomen, wordt daardoor groter. Afhankelijk echter van het criterium of de criteria die tot opname van zo'n voorziening zouden doen besluiten, zouden in zo'n bepaling ook elementaire inhoudelijke noties – bijvoorbeeld en met name de onschuldpresumptie en het recht zich te verdedigen – genoemd kunnen worden.

Uit het bovenstaande vloeit al een aantal aandachtspunten voor de staatscommissie voort ter zake waarvan in een vroeg stadium van discussie een oriëntatie noodzakelijk zal zijn.

Aandachtspunten voor de staatscommissie:

- ontwikkel een visie op de vraag welke fundamentele rechten zich lenen voor erkenning in de Grondwet en op grond van welke overwegingen en criteria ter zake wordt onderscheiden;
- besteed aandacht aan de specifieke argumenten die relevant zouden kunnen zijn voor het opnemen van het recht op een eerlijk proces;
- betrek daarbij de symboolwaarde van een dergelijke bepaling;
- ontwikkel daarbij een visie over de relatie tussen een dergelijke grondwettelijke bepaling en de betekenis ervan voor de onderscheiden rechtsterreinen;
- betrek daarbij het antwoord op de vraag of de grondwettelijke voorziening alleen de aanspraak op een eerlijk proces als zodanig zal noemen, dan wel dat de Grondwet ook zal aanduiden welke rechten het eerlijk proces uitmaken;
- betrek daarbij ook het antwoord op de vraag of een dergelijke bepaling in hoofdstuk 1 of in hoofdstuk 6 zal worden opgenomen;
- onderschat in dat kader het belang van een grondwettelijke voorziening voor de rechtsvorming door wetgever en rechter niet, deels verbonden met het open karakter van het recht op een eerlijk proces.

IV. De meerwaarde van een grondwettelijke voorziening naast artikel 6 EVRM

IV.1. Inleiding

Een belangrijke vraag in het onderzoek naar de eventuele meerwaarde van een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces is de vraag naar de meerwaarde van een dergelijke voorziening *naast* de expliciete garantie van een eerlijk proces zoals die al bestaat op grond van nogal wat internationale verdragen en andere documenten, artikel 6 EVRM voorop.

IV.2. Is aan een voorziening naast artikel 6 EVRM überhaupt behoefte?; de uitersten leveren geen antwoord op

De vraag in hoeverre in de nationale Grondwet voorzieningen gewenst zijn die in feite een "herhaling" kunnen worden van reeds in internationale verdragen vastgelegde rechten, is bij de Grondwetswijziging van 1983 uitdrukkelijk aan de orde geweest. Daarin zijn eerst en vooral twee uiterste standpunten betrokken.

In de benadering van de Proeve bestond aan herhaling van het internationale acquis op het gebied van fundamentele rechten in de Grondwet in principe geen behoefte. Het opnemen van een grondrecht in de Grondwet werd alleen dan aangewezen geacht, als de betreffende bepaling een grotere waarborg zou bieden.⁴³ Een "nee, tenzij ...", dus.

De opstellers van de Proeve benoemden ook reeds het andere uiterste: het vastleggen van alle rechten uit het EVRM in de nationale Grondwet kan aangewezen zijn omdat Nederland geen beslissende invloed heeft op het voortbestaan van het verdrag zelf, noch op eventuele wijzigingen daarvan. In die optiek is het vastleggen van de rechten van het EVRM in de Grondwet een veiligheidsgarantie, maar de opstellers van de Proeve zien zelf al in dat dit standpunt van een niet op de feiten steunend wantrouwen ten aanzien van de ontwikkeling van de internationale rechtsorde uitgaat.

43 Proeve van een nieuwe grondwet, Ministerie van Binnenlandse Zaken, 1966, p. 51.

De staatscommissie Cals-Donner betrok een genuanceerder standpunt. Anders dan de opstellers van de Proeve meende zij dat het nationale en het internationale recht elk voor zich een zelfstandige betekenis heeft; zij steunen elkaar in voortdurende wisselwerking, maar vervullen niettemin elk een eigen functie, aldus de staatscommissie.⁴⁴ Een samensmelting van beide is geen nastrevenswaardige zaak. In de toelichting bij de wetsvoorstellen 11 051 respectievelijk 13 872 wordt de gedachtegang van de staatscommissie gevolgd.

De laatste benadering van wisselwerking tussen nationaal en internationaal recht is nog steeds de meest gangbare en in elk geval de meest reële. Daarmee zijn dan voor het onderhavige onderzoek de twee uiterste opties waarin Grondwet en internationaal recht zouden samensmelten, uitgesloten. Tegen samensmelten volgens het model “klakkeloos in de Grondwet overnemen wat er in het EVRM staat” pleit dat een grondwettelijke voorziening dan geen zelfstandige waarde heeft. De optie van samensmelting via het model “wat het EVRM al regelt, behoeft in de Nederlandse Grondwet niet te worden herhaald” is te gemakkelijk omdat een grondwettelijke voorziening wel een zekere zelfstandige waarde kan worden toegekend. Ook de optie van keuze (Grondwet óf EVRM) is uiteraard uitgesloten, nu het EVRM simpelweg een gegeven is. Het komt er bij die stand van zaken daarom op aan nader aan te geven wat ter zake van een grondwettelijke voorziening betreffende het eerlijk proces de zelfstandige meerwaarde van een dergelijke voorziening in de Grondwet kan zijn, gegeven artikel 6 EVRM.

IV.3. Twee voorbeelden uit de grondwetsherziening 1983

Men zou verwachten dat de benadering van de Kamerstukken er toe leidt dat bepalingen die in 1983 in de Grondwet zijn opgenomen en een relatie hebben met ook internationaal gegarandeerde rechten, voorzien zijn van een gemotiveerde keuze waarom zij in de Grondwet zijn opgenomen. Ten aanzien van twee strafrechtelijk relevante voorzieningen is dat echter niet het geval.

⁴⁴ Staatscommissie, Tweede rapport, p. 32. Zie over het verschil tussen Proeve en Staatscommissie ook Rijnen, *Jeukensbundel*, p. 508-518. De lijn van de Staatscommissie was – in reactie op de Proeve – in de literatuur al voorgesteld, bijvoorbeeld door D.H.M. Meuwissen, “Grondrechten en rechtspraak in de Proeve”, *RMThemis* 1967 (themanummer “Over de Proeve”), p. 398.

Het grondrecht van artikel 16 Grondwet betreft het legaliteitsbeginsel ten aanzien van de materieelrechtelijke strafbaarstelling. Ten tijde van de grondwetsherziening vond dit beginsel reeds bescherming in artikel 7 EVRM en artikel 15 IVBPR. Bij de grondwetsherziening is geen voor het onderhavige onderzoek relevante discussie gevoerd over de meerwaarde van een dergelijke grondwettelijke voorziening naast de genoemde bepalingen uit internationale verdragen. Het huidige artikel 114 Grondwet betreft de afschaffing van de doodstraf. Die afschaffing is thans ook geregeld in het 13^{de} Protocol bij het EVRM. Als zodanig bestond er op het moment van de grondwetsherziening 1983 nog geen verbod op de doodstraf in EVRM-recht. Nochtans vond een verbod op toepassing van de doodstraf toen wel al steun in het internationale recht. Toch lijkt het erop dat een voorziening in de Grondwet een verdergaande betekenis werd toegekend, te weten het daadwerkelijk afschaffen van de doodstraf onder alle omstandigheden, althans in het geschreven recht, ook voor de toekomst. Daarmee had, zeker op dat moment, artikel 114 Grondwet een verdergaande strekking en ook een absolutere garantie ten opzichte van een concrete voorziening in het internationale recht. Omgekeerd, de inwerkingtreding van het 13^{de} Protocol bij het EVRM leidt niet tot een discussie over de afschaffing van artikel 114 Grondwet vanwege vermeende overbodigheid.

Deze twee voorbeelden laten zien dat ook andere argumenten dan een gericht antwoord op de meerwaarde van een grondwettelijke voorziening naast een verdragsrechtelijke garantie, van belang zijn. Nochtans moet de staatscommissie worden aanbevolen om een visie te ontwikkelen omtrent de grondslag waarop internationaal gegarandeerde rechten al of niet tevens erkenning in de nationale Grondwet verdienen. Voor het recht op een eerlijk proces gelden daarvoor eigen argumenten die hierna aan de orde komen.

Aandachtspunt voor de staatscommissie:

Ontwikkel een visie omtrent de grondslag waarop internationaal gegarandeerde rechten al dan niet tevens erkenning in de nationale Grondwet verdienen.

IV.4. De meerwaarde van een voorziening omtrent het eerlijk proces: “externe” argumenten⁴⁵

IV.4.1. Inleiding

Bij de beantwoording van de vraag naar de meerwaarde van een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces naast het bepaalde in artikel 6 EVRM, kan nader worden onderscheiden tussen meer externe en meer interne argumenten. Hoewel niet helemaal te scheiden, wordt met interne argumenten bedoeld op redenen voor een grondwettelijke voorziening, gelegen in het eerder of gemakkelijker realiseren van een eerlijk proces in het strafrecht en de strafrechtspleging. Externe factoren betreffen eerder aspecten van wijze en mate van doorwerking van artikel 6 EVRM in het algemeen. Deze laatste komen in deze paragraaf aan de orde.

IV.4.2. Reikwijdte van artikel 6 EVRM⁴⁶

Reikwijdte naar rechtsgebied

Hoewel de reikwijdte van artikel 6 EVRM in de samentrekking van “determination of any criminal charge” en “determination of civil rights and obligations” breed is, door het EHRM ook nadrukkelijk extensief wordt geïnterpreteerd en bijvoorbeeld ook bepaalde bestuursrechtelijke geschillen met de overheid en het bestuurlijk sanctierecht omvat, is de reikwijdte toch ook weer niet onbegrensd. Er is een beperking “ratio materiae”. Er zijn geschillen die niet onder de reikwijdte van artikel 6 EVRM vallen, zoals procedures inzake belastingverplichtingen, procedures inzake toelating en uitzetting van vreemdelingen en de rechtspositie van overheidsdienaren. Naar Nederlands recht is er geen reden de aanspraak op een eerlijk proces op constitutioneel niveau niet in gelijke mate te doen gelden voor alle processen en procedures op het gebied van het strafrecht, het civiel recht of het bestuursrecht, daargelaten welke eisen een eerlijk proces in de onderscheiden rechtsgebieden en procedures stelt. Waar die constitutionele voorziening dan meer rechtsgebieden en procedures beslaat dan waar artikel 6 EVRM naar de (huidige) interpretatie van het Hof op ziet, is geen sprake van herhaling van artikel 6 EVRM.

⁴⁵ In onderdeel I is aangegeven dat voor de discussie in de staatscommissie relevant is de discussie over de verdere ontwikkeling van een drietal aspecten die mede de context van de vraagstelling bepalen: de ontwikkeling van een recht op een eerlijk proces binnen de EU naast het EVRM, de ontwikkelingen inzake de opheffing van het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet en de gedachte aan een Constitutioneel Hof. Zoals daar aangegeven gaan deze ontwikkelingen als zodanig de reikwijdte van dit onderzoek te buiten.

⁴⁶ Zie met name M.Viering in Van Dijk en Van Hoof a.w., 10.2 en 10.3.

Reikwijdte binnen het strafrecht

De reikwijdte van artikel 6 EVRM in strafrechtelijk opzicht is beperkt tot de procedure die betrekking heeft op het bepalen van de gegrondheid van een tegen een burger ingestelde vervolging. Die beperking impliceert dat artikel 6 EVRM niet op elke strafrechtelijke procedure van toepassing is. Een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces kan dan een breder bereik hebben waar zij voor elke strafrechtelijke procedure geldt, zodat het antwoord op de vraag of bepaalde rechten van toepassing zijn, niet afhangt van de vraag of artikel 6 van toepassing is. Zo'n reikwijdte is aangewezen omdat over die toepasselijkheid van artikel 6 wetgever en rechter van mening kunnen verschillen. Bovendien kunnen rechten van zodanig elementair belang aan de orde zijn dat toepassing ervan dient te gelden, ongeacht of artikel 6 EVRM van toepassing is.

Twee voorbeelden ter verduidelijking.

De Hoge Raad oordeelt in zijn beslissing van 23 mei 2006, NJ 2007, 145 dat artikel 6 EVRM niet van toepassing is op de procedure van verzet van de schuldenaar tegen het verhaal op zijn vermogen ter inning van een aan hem opgelegde strafrechtelijke vermogenssanctie. Met dat oordeel wijkt hij af van het oordeel van de wetgever ter zake die de betreffende procedure in de openbaarheid behandeld wilde zien in verband met de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM.⁴⁷ Wat de hoogste EVRM-rechter zelf van de rechtsvraag of artikel 6 EVRM van toepassing is zou vinden, is hem niet gevraagd en uit de jurisprudentie ook niet zonder meer zonneklaar af te leiden. Maar of artikel 6 EVRM nu wel of niet van toepassing is, dat doet niet af aan het feit dat ook aan deze procedure de eis mag worden gesteld van een eerlijke procedure (daargelaten welke specifieke eisen een dergelijke tenuitvoerleggingsprocedure in dat kader stelt). De vraag waar de betreffende burger nu precies in het kader van een eerlijk proces recht op zou moeten hebben in de betreffende procedure (het betrof de toegang tot de rechter en de reikwijdte van diens beslissingsbevoegdheid), blijft in het arrest nu geheel buiten beeld. Die vraag zou in dergelijke gevallen gemakkelijker centraal kunnen komen te staan, als een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces tot beantwoording van die vraag had gedwongen, juist in geval de conclusie luidt dat artikel 6 EVRM niet van toepassing is.

47 Kamerstukken 1991/92, 22 584 nr. 3, p. 17.

In de beslissing van 15 mei 2007, NJ 2007, 618 m.nt Schalken (Ramsahai e.a. tegen Nederland), heeft het EHRM beslist dat artikel 6 EVRM niet van toepassing is op de procedure van artikel 12 Sv. Daarmee hoeft de vraag naar welke eisen de aanspraak op een eerlijke procedure met zich brengt voor dit betrekkelijk ingewikkeld deel van onze strafvordering, nog niet gesloten te zijn. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de beslissing van het Gerechtshof 's-Gravenhage van 14 januari 2008.⁴⁸ Daarin wordt in een artikel 12 Sv-procedure een van de rechters gewraakt vanwege vermeende onpartijdigheid. Voor een legitieme beslissing van een geschil door een rechter is diens onpartijdigheid van fundamenteel belang. Dat belang is in artikel 6 EVRM tot uitdrukking gebracht. Maar aangezien dat artikel niet van toepassing is op de onderhavige procedure, moet het Hof ter zake uitwijken naar het ongeschreven recht, te weten naar "onpartijdigheid als fundamenteel rechtsbeginsel".

In beide gevallen kan de grotere reikwijdte van een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces gemakkelijker centraal stellen aan welke eisen de betreffende procedure nu moet voldoen om "eerlijk" te zijn.

Rechten die niet in artikel 6 EVRM worden genoemd

Voor de strafrechtelijke procedures die onder artikel 6 EVRM vallen, bevat dat artikel geen uitputtende catalogus van rechten. Alleen die rechten zijn van toepassing welke artikel 6 EVRM noemt, aangevuld met de rechten die daaraan in de onderscheiden protocollen zijn toegevoegd of door het EHRM in artikel 6 zijn ingelezen. Vergelijking met de inhoudelijke catalogus van rechten die in andere documenten als inhoud van fair trial wordt gezien,⁴⁹ kan leren dat een grondwettelijke voorziening omtrent het eerlijk proces (dan wel de uitwerking ervan in de regeling van de onderscheiden rechtsgebieden) meer rechten kan omvatten dan die welke artikel 6 EVRM omvat.

48 Gerechtshof 's-Gravenhage 14 januari 2008, LJN BC4438. Ook in de zaak Ramsahai e.a. zijn overigens procedurele aspecten van art. 2 EVRM aan de orde. Het Hof oordeelde het onderzoek naar de dood van Ramsahai onvoldoende en onvoldoende onafhankelijk. De grote kamer van het EHRM besliste in meerderheid – en anders dan de kleine kamer – dat het niet-openbare karakter van de art. 12 Sv-procedure niet in strijd is met de procedurele eisen van art. 2 EVRM.

49 Bijlage 2 bevat enkele voorbeelden.

Voor de huidige discussie in Nederland ter zake van de introductie van de modaliteit van “herziening ten nadele” (herziening van een onherroepelijke vrijspraak omdat nieuw bewijsmateriaal tegen de vrijgesprokene is ontdekt),⁵⁰ is het bijvoorbeeld interessant kennis te nemen van het bepaalde in artikel 8 lid 4 van het Amerikaans Verdrag inzake de Rechten van de Mens: “An accused person acquitted by a nonappealable judgment shall not be subjected to a new trial for the same cause”. Brengt een “eerlijk proces” mee dat een onherroepelijk vrijgesprokene in die uitspraak wordt beschermd? Is het antwoord op die vraag gegeven met de constatering dat Straatsburg een dergelijke voorziening niet verbiedt?

Beperkingen in de toepassing

Binnen de rechten die artikel 6 EVRM ter zake van een criminal charge beschermt, bestaan beperkingen in de reikwijdte van die rechten. Ter illustratie kan op de volgende drie, naar hun aard onderscheiden voorbeelden worden gewezen.⁵¹

Het model van artikel 6 EVRM, mede in de interpretatie van het EHRM, is vooral toegesneden op de berechting door de rechter ter terechtzitting, althans op een procesmodel waarin op die berechting de nadruk ligt. Dientengevolge is de toepassing van artikel 6 EVRM op het voorbereidend onderzoek in strafzaken moeilijk en minder voor de hand liggend en door het EHRM daarop ook maar beperkt en moeizaam toegepast. Zulks terwijl in Nederland door de zogenaamde “De Audit”-jurisprudentie van de Hoge Raad het accent in de bewijsopname juist in dat voorbereidend onderzoek ligt, terwijl regeling en praktijk daarvan tegenwoordig niet onomstreden zijn. De problematisering van de verhouding tussen vooronderzoek en onderzoek ter terechtzitting, wordt niet door de notie van “eerlijk proces”, zoals voorzien in artikel 6 EVRM, beheerst maar is onder dat recht wel van essentieel belang. De wetgever staat bovendien op het punt de regeling van voorbereidend onderzoek in strafzaken te herzien. Ook dat zal niet kunnen zonder aandacht te besteden aan de rechten die voortvloeien uit de notie van een eerlijk proces.

50 Zie uitvoerig P.A.M. Mevis en T. Kooijmans, “Herziening ten nadele”, Deventer: Kluwer 2003. Medio 2008 zal een concept-wetsvoorstel ter zake worden verspreid.

51 In het volgende deel volgt een nadere inhoudelijke uitwerking.

Datzelfde geldt voor het onderwerp van het bewijs in strafzaken, meer precies van het proces van beslissen en motiveren omtrent de vraag of de verdachte gedaan heeft waarvan hij beschuldigd wordt. Het EHRM betracht een grote terughoudendheid om zich daarmee bezig te houden. Dat is terecht waar het Hof vreest anders als een soort vierde gerechtelijke instantie te worden gebruikt bij de beantwoording van de vraag of de verdachte gedaan heeft waarvan hij beschuldigd wordt. Maar het beperkt ook de reikwijdte van artikel 6 EVRM op een terrein waar de aanspraak van het eerlijk proces wel van belang is, zoals bijvoorbeeld ten aanzien van de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs. Deze beperking raakt aan het bredere, derde voorbeeld. Bij de realisering van het eerlijk proces laat het EHRM binnen grenzen een "margin of appreciation" aan de lidstaten op welke wijze er, binnen het Straatsburgs raamwerk en minimumnormen, invulling aan bepaalde rechten wordt gegeven. Een grondwettelijke voorziening kan dan in de richting van de wetgever aanzetten, en in de richting van de rechter legitimeren, dat binnen de Straatsburgse grenzen, in het nationale recht een hogere vorm van rechtsbescherming inzake het eerlijk proces wordt gerealiseerd. Deze derde categorie van beperkingen samenvattend, kan worden gezegd dat een grondwettelijke voorziening betekenis kan hebben voor de inrichting en legitimatie van nationale eigenaardigheden rondom aanspraak en realisering van een eerlijk proces, voorzover die eigenaardigheden verder gaan dan Straatsburgs recht.

Ondoorgrondelijkheid

Een andere beperking ligt in de lijn van het voorgaande maar heeft een andere oorzaak. De interpretatie van de toepassing van Straatsburgs recht door het EHRM is niet altijd even doorgrondelijk. Voor een aantal situaties en aspecten van het eerlijk proces kan die formulering zelfs als eufemisme worden gezien. Te denken valt aan de bescherming van de verdachte tegen de verplichting aan de eigen veroordeling mee te werken (*nemo tenetur*).⁵² Een grondwettelijke voorziening zou tot een precieze formulering de aanzet kunnen geven.

Een ander voorbeeld betreft de afweging tussen het recht van de verdachte op het ondervragen van een getuige (beschermd door artikel 6

52 Zie over de bestaande onduidelijkheid ter zake van dat recht de inleiding van J.W. Fokkens en W.J.V. Spek van hun bijdrage "Het *nemo tenetur* beginsel en het Nederlandse straf(proces) recht, in A.H.E.C. Jordaans e.a. (red.), *Praktisch strafrecht (liber amicorum J.M. Reijntjes)*, WLP, Nijmegen 2005, p. 147-149.

EVRM) en het belang van die getuige zelf om niet ter terechtzitting te worden gehoord in het kader van de bescherming van eigen belangen (beschermd door artikel 8 EVRM). Zo kan het zijn dat voor een getuige die tevens het slachtoffer is van een strafbaar feit een confrontatie met de verdachte ter terechtzitting teveel gevraagd is. In de zaak Doorson tegen Nederland⁵³ heeft het EHRM enerzijds deze belangentegenstelling erkend en daarmee dus een tegenstelling op het niveau van de verdragsartikelen zelf geschapen. De uitweg van deze tegenstelling is – als zo vaak – de afweging van belangen in het concrete geval die uitdrukkelijk op het bord van de lidstaat en daarmee ook op het bord van de strafrechter bij het vormgeven en het bewaken van het eerlijk proces in de afzonderlijke strafzaak wordt gelegd. Het EHRM overweegt daartoe: “Principles of fair trial also require that in appropriate cases the interests of the defence are balanced against those of witnesses or victims called upon to testify”.

Van belang in het kader van dit onderzoek is dat het EVRM zelf niet voorziet noch kan voorzien in enige oplossing of uitweg voor een dergelijke botsing van rechten op procesniveau; de uitweg hangt natuurlijk ook van een afweging van belangen af. Die oplossing moet wel aan de toepassing van de conventie door wetgever en rechter in de lidstaten worden overgelaten.

Ter zake van dergelijke kwesties kan een grondwettelijke voorziening als nadrukkelijker bron voor rechtsvorming gemakkelijker en nadrukkelijker aanzetten tot en legitimeren dat voor dergelijke onduidelijkheden binnen een nationaal concept van een eerlijk proces meer scherpere vraagstellingen, doorzichtige oplossingen en handvatten voor toepassing worden geformuleerd, ook in de richting van de rechtspraktijk.

IV.4.3. Afweging en relativering

Het bovenstaande maakt duidelijk dat een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces in strafzaken een zelfstandige betekenis kan hebben, daar waar deze bepaling een grotere reikwijdte kan hebben dan (de rechten uit) artikel 6 EVRM. Tegelijk is een relativering op z'n plaats. Een voorziening in de Nederlandse Grondwet inzake het eerlijk proces zal deze beperkingen niet altijd zonder meer kunnen wegnemen. Daarvoor zal immers vaak nadere uitwerking in regelgeving en jurisprudentie nodig zijn, die zich niet zal lenen voor regeling in de Grondwet. Andere voorzieningen

53 EHRM 26 maart 1996, NJ 1996, 741 m.nt. Kn (Doorson v. Nederland).

zijn weliswaar niet in de Nederlandse Grondwet geregeld, maar wel in de regeling van het Wetboek van Strafvordering zoals in artikel 359a Sv over de wijze waarop onrechtmatig verkregen bewijs wordt verwerkt in de strafrechtspleging. En de “cultuuromslag” die een EHRM-arrest als dat inzake Kostovski tegen Nederland op het punt van het horen van getuigen tweeweg bracht, was op basis van een voorziening in onze Grondwet zeker niet tot stand gekomen. Het aanwezigheidsrecht van de verdachte bij zijn berechting (door het EHRM steeds sterk benadrukt) heeft eerst meer recent de aandacht doen vestigen van rechter en wetgever op de Nederlandse situatie inzake de regeling van veroordeling bij verstek. Ter zake hadden we niet op Straatsburg hoeven te wachten, maar dat is wel gebeurd.

Nochtans moet de invloed van een grondwettelijke voorziening ter zake ook weer niet worden onderschat. Met name is hier van belang te herhalen op hetgeen eerder is aangestipt ten aanzien van de betekenis van een grondwettelijke bepaling inzake de rechtsvorming. Ook een enkele grondwettelijke voorziening zal – bijvoorbeeld in de parlementaire geschiedenis van totstandkoming – (kunnen) leiden tot uitvoerige discussie over de reikwijdte van een dergelijke voorziening. Aldus zou bijvoorbeeld ten aanzien van de reikwijdte van een dergelijke voorziening kunnen worden nagegaan of de aanspraak van een eerlijk proces steeds bestaat in alle gerechtelijke procedures van welke aard dan ook, ongeacht de materie die op het spel staat.⁵⁴ Zo kan een deficit ter zake op het spoor worden gekomen. Ook voor de rechtsvorming door de strafrechter kan een grondwettelijke voorziening aldus van belang zijn, zoals in het volgende onderdeel zal worden geïllustreerd.

Een grondwettelijke voorziening kan, met andere woorden, uitnodigen precies daar verder te denken waar Straatsburg ophoudt. Ook dat kan winst zijn.

IV.5. Case-load en de plicht om de rechten van het EVRM op nationaal niveau gestalte te doen geven

Een geheel ander argument dat er voor pleit om een zekere meerwaarde van een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces te aanvaarden, ligt in het belang de rechten van artikel 6 EVRM zoveel mogelijk op nationaal niveau te realiseren in wetgeving (codificatie) en toepassing.

⁵⁴ Er zijn in Straatsburgs recht wel aanwijzingen te vinden dat men aldaar in die richting opschuift. Zie Viering, a.w., p. 538-539 met beroep op de Klass-case en op enkele dissenting opinions in andere beslissingen.

Positief gezegd bestaat daartoe aanleiding omdat het EVRM zelf er toe dwingt de rechten van het EVRM waar mogelijk op nationaal niveau te realiseren.⁵⁵ Daar waar deze plicht ook in Nederland wordt onderkend, ook langs de lijn van het reeds op nationaal niveau zoveel mogelijk voorkomen van schendingen van artikel 6 EVRM, is het des te nadrukkelijker aangewezen zijn te bezien of voor dit doel van rechtsvorming in het strafrecht een grondwettelijke voorziening van nut kan zijn. Dat geldt ook kwesties ter zake waarvan geen of onvoldoende uitgekristalliseerde jurisprudentie van het EHRM voorhanden is.

Van deze, uit het verdrag zelf reeds voortvloeiende positieve verplichting moet worden onderscheiden de actuele situatie in Straatsburg. Hier moet allereerst naar de problematiek van de case-load worden gewezen en naar het feit dat daarvoor op hele korte termijn geen oplossing bestaat nu de inwerkingtreding van het 14^e Protocol nog steeds op zich laat wachten. Het hoge aantal gevallen waarin de klacht niet ontvankelijk wordt verklaard, moet hier ook worden genoemd. Het vooruitzicht kan zijn dat Straatsburg hoe dan ook zal blijven werken met een sterk systeem van selectie en beperking van zaken waarin het EHRM nog een inhoudelijke beslissing zal nemen. Daarmee is het hoe dan ook noodzakelijk om voor de realisering van het recht op een eerlijk proces minder te varen op adequate verwerking van wat uit Straatsburg – voor zover al in (bruikbare) jurisprudentie – tot ons komt, en meer op zelfstandige realisering en maximalisering van het recht op een eerlijk proces in het nationale recht. Juist daar waar voor de realisatie van een eerlijk proces “koersen op eigen kracht” steeds meer het devies zal moeten zijn, kan die eigen kracht door een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces worden verstevigd.

IV.6. Meer margin of appreciation

Uit de relatie tussen nationaal recht en Straatsburg komt ook nog een ander uitgangspunt naar voren. In Nederland wordt ook wel eens kritisch naar het EVRM en de rechtspraak van het EHRM gekeken. Dat is niet altijd ten onrechte. In dat kader moet voorop worden gesteld dat een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces niet gebruikt kan worden om “Straatsburg” buiten de deur te houden. Op basis van een grondwettelijke voorziening kan geen strafprocesrecht worden bedreven onder de Straatsburgse minimumnormen, maar dat ligt ook weinig voor de hand.

⁵⁵ Zie voor zover nodig nog uitdrukkelijk het 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.

Belangrijker is het besef dat het eerlijk proces steeds weer per geval moet worden gevonden. Dat kan meebrengen dat waar de nationale rechter uitdrukkelijk naar beste vermogen Straatsburgs recht toepast, zulks geen garantie is dat Straatsburg over de aanwending van dat recht niet net even een fractie anders denkt en toch tot strijd met het EVRM concludeert, daar waar de conclusie van de Nederlandse rechter is dat het EVRM niet geschonden is.⁵⁶ Dergelijke situaties laten zich niet vermijden. Daartoe kan een grondwettelijke voorziening dus niet worden ingezet.

Iets anders is dat Straatsburg aan de lidstaten een zekere "margin of appreciation" laat bij de verwezenlijking van EVRM-rechten in de nationale rechtsorde. Dit betreft een moeilijk leerstuk, zeker ook omdat die "margin" per EVRM-recht, ja zelfs per onderdeel daarvan kan verschillen en de reikwijdte van dit leerstuk bij de verwezenlijking van artikel 6 EVRM complex en onduidelijk is. Maar zoveel is wel vast te stellen dat die margin die het EHRM laat onder omstandigheden lijkt samen te hangen met de wijze waarop nationaal recht en nationale rechter zich inspannen een bepaald recht in de nationale rechtsorde te verwezenlijken. Het zou wel eens kunnen zijn dat een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces, indringender dan thans uitgewerkt in jurisprudentie van met name de Hoge Raad, Straatsburg er toe kan verleiden Nederland bij de verwezenlijking van die rechten een grotere margin of appreciation te laten. Het kan zijn dat "Straatsburg" onder dergelijke omstandigheden minder snel strijd met artikel 6 EVRM wil aannemen betreffende de inhoudelijke wijze waarop een bepaald recht in de Nederlandse rechtspleging is verwezenlijkt. Dit alles uiteraard voor zover de minimumnormen van Straatsburg niet worden onderschreden.⁵⁷

IV.7. Afsluiting

In dit onderdeel zijn de voornaamste externe factoren verkend die van belang zijn in de discussie over de meerwaarde van een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijke proces, gegeven het bestaan van het recht op een eerlijk proces in artikel 6 EVRM. Het ging om de meerwaarde van een grondwettelijke voorziening náást de garantie van artikel 6 EVRM ter zake. Die meerwaarde bestaat uit twee aspecten. Een grondwettelijke

56 De zaak Doerga tegen Nederland (afluisteren in strafrechtelijk kader) is daarvan een voorbeeld. De Hoge Raad toetste uitvoerig aan het EVRM, maar vond geen schending; het EHRM daarentegen achtte het EVRM wel geschonden. Zie HR 2 maart 1999, NJ 1999, 576 respectievelijk EHRM 27 april 2004, NJ 2004, 651.

57 Bij de bespreking van de derde deelonderzoekvraag betreffende enkele verkenningen van ontwikkelingen in andere landen dan Nederland komt deze kwestie nog nader aan de orde.

voorziening kan in een aantal opzichten verder gaan dan de reikwijdte van artikel 6 EVRM. Voorts is van belang dat een grondwettelijke voorziening náást artikel 6 EVRM van betekenis is voor de betere doorwerking van EVRM-recht.

Voor de beantwoording van de vraag of een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces meerwaarde heeft naast artikel 6 EVRM zijn ook meer "interne" factoren van belang. De meer "interne" factoren, die voortvloeien uit de wijze waarop strafrecht en strafrechtspleging met artikel 6 EVRM (kunnen) omgaan, zijn in het bovenstaande nog buiten beschouwing gebleven. Die factoren komen in het volgende deel aan de orde.

V. Eerlijk proces: Grondwet, artikel 6 EVRM en strafprocesrecht

V.1. Inleiding

Met de bespreking van meer “externe factoren” die bepalend zijn voor de meerwaarde van een eventuele grondwettelijke bepaling inzake het eerlijk proces, is nog geen aandacht besteed aan factoren die de inhoud van het strafprocesrecht betreffen. Wordt de meerwaarde van een grondwettelijke voorziening ook bepaald doordat een dergelijke voorziening een meerwaarde heeft voor de inhoud van het strafprocesrecht en het proces van rechtsvorming daaromtrent? Zorgt een dergelijke voorziening eerder voor een eerlijk proces, zorgt de voorziening voor een *eerlijker* proces? Draagt een dergelijke voorziening bij aan het *gemakkelijker* realiseren van een eerlijk proces? Over dergelijke interne factoren gaat dit deel van het onderzoek.

Teneinde de verkenning van interne factoren uit te voeren zal in het navolgende een aantal onderdelen betreffende het strafprocesrecht en de strafrechtspleging nader worden onderscheiden. De hier centraal te stellen vraag naar de meerwaarde van een grondwettelijke voorziening, moet immers, zo zal blijken, per onderdeel nogal eens verschillend worden beantwoord. Dat heeft te maken met het feit dat de relatie wet-rechter-Straatsburg bij een aantal onderwerpen van onderscheiden aard is, en daarmee ook de mogelijke betekenis van een eventuele grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces. De onderwerpen zijn in het onderstaande gekozen om deze verschillen zichtbaar te maken. Een helemaal limitatieve bespreking van alle onderdelen van de strafrechtspleging ter zake waarvan zich opmerkingen over de relatie met Straatsburgs recht laten maken, is niet beoogd.⁵⁸

In dat licht van mogelijk verschillende betekenis van een grondwettelijke voorziening worden behandeld:

- het recht op berechting binnen redelijke termijn;
- het recht op ondervraging van getuigen;
- het principe van de “equality of arms”;
- de vormgeving van het eerlijk proces in concreto.

58 Zie ook J. de Hullu en W.E.C.A. Valkenburg (red.), Door Straatsburg geïnspireerde grondnormen voor het Nederlandse strafproces, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 2000.

Ten slotte wordt nog aandacht besteed aan enkele onderwerpen die worden gekenmerkt door het feit dat ze enerzijds vanuit de optiek van het Nederlandse strafprocesrecht onder de noemer van het "eerlijk proces" van belang zijn, maar ter zake waarvan anderzijds maar zeer beperkt op "Straatsburgs" kompas kan worden gevaren.

V.2. Berechting binnen redelijke termijn

De garantie van artikel 6 EVRM dat bij het bepalen van de gegrondheid van een ingestelde strafvervolging de eerlijke en openbare behandeling van de zaak ook binnen een redelijke termijn moet geschieden, biedt een goed voorbeeld van Straatsburgse invloed ter zake waarvan een Nederlandse grondwettelijke voorziening simpelweg gemist kan worden omdat de realisatie daarvan in het Nederlands strafprocesrecht zijn eigen weg lijkt te hebben gevonden. Dat proces bestaat uit een aantal fasen.

De garantie dat een strafproces binnen redelijke termijn zou moeten worden afgerond, kwam voor de inwerkingtreding van artikel 6 EVRM als zodanig in het Nederlands strafprocesrecht niet voor. Wel drukte (en drukt) de wet de uitvoerders van de strafrechtelijke rechtshandhaving de nodige voortvarendheid op het hart, terwijl er ook uitdrukkelijk is voorzien in procedures voor de verdachte om een te lang slepende strafvervolging op voldoende voortvarendheid te doen controleren en die vervolging desnoods te doen stoppen. Verwezen kan worden naar voorzieningen als artikel 36, artikel 126e en artikel 180 Sv. Ook de aanmoediging "zo spoedig mogelijk" of vergelijkbare bewoordingen komen als opdracht aan de strafvorderlijke autoriteiten met enige regelmaat in strafvorderlijke regelgeving voor. Zo bijvoorbeeld in artikel 409 lid 1 en artikel 434 lid 1 Sv inzake de inzending van het vonnis c.q. arrest nadat daartegen een rechtsmiddel is ingesteld.

Dergelijke voorzieningen hebben echter niet of nauwelijks een sanctionerende werking in geval een strafvervolging met voldoende voortvarendheid wordt voortgezet. In een uitdrukkelijke sanctie, bijvoorbeeld verval van het vervolgingsrecht binnen de verjaringstermijn of strafvermindering, is niet voorzien. In zoverre is geen sprake van een hard recht op berechting binnen een redelijke termijn. Wel worden bepaalde beslissingen soms aan concrete, in de wet genoemde termijnen gebonden. Nogal eens kunnen die termijnen dan overigens worden verlengd.

Het bepaalde in artikel 6 EVRM bedoelt het strafprocesrecht nu juist wel een harder recht op berechting binnen redelijke termijn op te dringen, zowel als onderdeel van een eerlijk proces (artikel 6 EVRM) als in verband met het vereiste dat een "effective remedy" (artikel 13 EVRM) moet bestaan in geval van schending van de redelijke termijn. Van belang daarbij is dat het EHRM die "effective remedy" ook juist en vooral binnen artikel 6 EVRM heeft gezocht en daardoor, tot aan de zaak Kudla tegen Polen,⁵⁹ een klacht ter zake eerst en vooral onder artikel 6 EVRM onderzocht en niet onder artikel 13 EVRM. Die benadering onderstreept de betekenis van het recht op berechting binnen een redelijke termijn. Het rechtsbelang dat op het spel staat is te voorkomen dat de verdachte langer dan redelijk onder de druk van een strafvervolgning heeft te leven.

Voor het Nederlandse strafprocesrecht is het de Hoge Raad geweest die – uiteindelijk – in een betrekkelijk uitgewerkt, onlangs herijkt model heeft voorzien om die artikel 6 EVRM-garantie adequaat in het systeem van het strafprocesrecht te verwerken, uitdrukkelijk zonder wijziging van het Wetboek van Strafvordering ter zake. Heel grof geschetst, bestaat die "verwerking" uit een aantal stappen en onderdelen. De Hoge Raad heeft zelf de regie gevoerd over de controle ter zake van de redelijke termijn. Hij heeft het begincriterium van het EHRM (min of meer) overgenomen en het eindmoment van de redelijke termijn (net als het EHRM) gelegd bij het moment van het onherroepelijk worden van de strafrechtelijke beslissing. Daarmee heeft de Hoge Raad het hele traject van strafvervolgning in een bepaalde strafzaak onder de reikwijdte van de redelijke termijn gebracht, ook de fase in cassatie waarbij de Hoge Raad er niet voor is teruggeschrokken om, voor het realiseren van dit onderdeel van artikel 6 EVRM, zelf voor de fase na het instellen van het hoger beroep als feitenrechter op te treden en de termijn vast te stellen. In drie "arrêt des réglemēt" heeft hij voor zichzelf en voor de lagere feitenrechters een schema neergelegd dat, binnen de Nederlandse strafprocessuele cultuur, voor de beantwoording van de vraag of termijnoverschrijding heeft plaatsgevonden, als richtinggevend heeft te gelden.⁶⁰ Bovendien heeft hij in een sanctie voorzien die moet worden toegepast in geval de redelijke termijn is overschreden. Die sanctie is strafvermindering (door de Hoge Raad van een

59 EHRM 26 oktober 2000, nr. 30210/96 (Kudla v. Polen). De genoemde voorzieningen van artikel 36, artikel 126e en artikel 180 Sv lijken aan de eisen van artikel 13 jo. art. 6 EVRM in deze zaak tegemoet te komen.

60 HR 3 oktober 2000, NJ 2000, 721 m.nt. JdH, HR 9 januari 2001, NJ 2001, 307 beide m.nt. JdH en HR 17 juni 2008, NJ 2008, 358 m.nt. P.A.M. Mevis.

zekere tariefmatigheid voorzien). Aanvankelijk gold ook verval van het vervolgingsrecht van het Openbaar Ministerie als mogelijke sanctie, maar die is geschrapt. De rechter moet volgens de Hoge Raad in voorkomende gevallen in het vonnis uitdrukkelijk zichtbaar maken tot welke strafvermindering hij, vanwege de overtreding van de redelijke termijn, aanleiding heeft gevonden. Dat is een met het recht op berechting binnen redelijke termijn verbonden motiveringseis die het Wetboek van Strafvordering als zodanig niet uitdrukkelijk kent. Ook bij het bepalen van de sanctie van strafvermindering is de Hoge Raad bereid zijn klassieke beperking als cassatierechter te buiten te gaan en, min of meer optredend als feitenrechter, zelf in cassatie de strafvermindering te bepalen.

Al kan men beweren dat deze verwerking van het recht op berechting binnen een redelijke termijn op deze wijze ook ietwat rigide wordt⁶¹ terwijl er ook nog wel andere rafelranden te bedenken zijn, het totaalbeeld is er toch een waarin de Hoge Raad deze betreffende aanspraak uit artikel 6 EVRM, uitgewerkt, gedetailleerd en adequaat heeft ingebracht in het Nederlandse strafprocesrecht. Van belang voor dit onderzoek is daarbij dat dit is gebeurd zonder dat daartoe ook maar een bepaling in het Wetboek van Strafvordering bleek te hoeven worden gewijzigd. Een voorziening omtrent het eerlijk proces binnen een redelijke termijn in de nationale Grondwet bleek al helemaal niet noodzakelijk.

Wel mag op deze plaats nog worden geconstateerd dat in de benadering van de Hoge Raad in de loop der tijd een zekere omslag in het denken zichtbaar is geworden. In zijn aanvankelijke benadering meende de Hoge Raad dat als de redelijke termijn geschonden was, dat min of meer per definitie zou moeten leiden tot niet-ontvankelijkheid van het OM in de strafvervolging.⁶² In zijn arrest van 7 april 1987, NJ 1987, 587 m.nt. ThWvV volgt een omslag: in geval van overschrijding van de redelijke termijn kan ook met strafvermindering worden volstaan; sedert het arrest van 17 juni 2008 is niet-ontvankelijkheid uitgesloten en wordt de modaliteit van het volstaan met de constatering dat de redelijke termijn is geschonden, meer benadrukt. Opmerkelijk is dat deze discussie over de sanctie niet meer op het EVRM kan worden gebaseerd (het verdrag zegt er niets over), terwijl een dergelijke discussie (met wellicht ook een wenselijke inbreng van de

61 A. den Hartog, "De Hoge Raad en de redelijke termijn: meerduidige grondslag leidt tot rigide regelgeving", RM Themis 2001, p. 99-106; D.H. de Jong, "De Hoge Raad als wetgever inzake undue delay", Delikt en Delinkwent 2001, p. 105-114..

62 Zie bijvoorbeeld nog HR 23 september 1980, NJ 1981, 116 m.nt. GEM.

wetgever) wel binnen de reikwijdte van – bijvoorbeeld – een grondwettelijke aanspraak op een eerlijk proces zou hebben gepast, te meer omdat door de omslag van de Hoge Raad het recht op berechting binnen een redelijke termijn – anders dan men wellicht op het eerste gezicht zou denken – versterkt is omdat rechters – met strafvermindering als “lichtere” sanctie in het achterhoofd – eerder durven te concluderen tot schending van de redelijke termijn.

Bij het recht op een eerlijk proces is met andere woorden sprake van een recht waarvan grondslag en uitwerking buiten de nationale wetgever om via jurisprudentie van de Hoge Raad tot stand is gekomen en in is gevuld; aan een grondwettelijke garantie inzake het eerlijk proces bestaat op het punt van de redelijke termijn geen behoefte (meer). Dat wil overigens niet zeggen dat toepassing van de normering van de Hoge Raad nimmer in strijd met artikel 6 EVRM zal worden bevonden.

Zo geruststellend vanzelfsprekend als bij het recht op berechting binnen redelijke termijn, is de afstemming en doorwerking van EVRM recht binnen het Nederlandse strafprocesrecht echter niet altijd.

V.3. Getuigen, met name anonieme getuigen en “de auditu”-verklaringen⁶³

Zo’n beetje aan het andere einde van het spectrum bevindt zich de problematiek van het ondervragen van getuigen wier verklaringen als bewijs tegen de verdachte worden gebruikt. De ingang via artikel 6 EVRM wordt gevormd door het in dat artikel gegarandeerde recht op ondervraging van getuigen (à charge) en – in de benadering van het EHRM – waar mogelijk ook ondervraging ter terechtzitting. Deze ingang was in het Nederlandse strafprocesrecht behoorlijk op de achtergrond verdwenen, eerst en vooral door het betrekkelijk ongebreidelde gebruik van zogenaamde “de auditu verklaringen”. Voor het gebruik voor het bewijs van dergelijke verklaringen drong de Hoge Raad weliswaar aan op een zekere behoedzaamheid bij de feitenrechters, maar het gebruik van dergelijke verklaringen werd, op grond van Nederlands strafprocesrecht dan wel op grond van artikel 6 EVRM, niet nader aan banden gelegd, ook niet via de

⁶³ Langs een andere ingang is in het vorige hoofdstuk ter zake van het horen van getuigen al aan de orde geweest de tegenstelling die kan ontstaan tussen het door art. 6 EVRM beschermde recht van de verdachte een getuige à charge te ondervragen en de door art. 8 EVRM beschermde belangen van de getuigen zelf die mee kunnen brengen dat hij niet zal worden gehoord.

weg van het ondervragingsrecht van de verdachte. Ter zake vormt de veroordeling in de zaak Kostovski tegen Nederland⁶⁴ niets minder dan een cultuuromslag in het Nederlands strafprocesrecht. Sindsdien moet het gebruik van getuigenverklaringen veel nadrukkelijker worden bekeken in samenhang met het antwoord op de vraag in hoeverre de verdachte in de gelegenheid is geweest bepaalde getuigen te ondervragen. Dat is niet alleen door de rechter gebeurd, maar ook door de wetgever die om voor de hand liggende redenen bij de introductie van regelingen als die betreffende de bedreigde getuige, de afgeschermd getuige en de kroongetuige, nadrukkelijk aandacht heeft besteed aan de invloed en betekenis van artikel 6 EVRM ter zake.

Deze kwestie van het gebruik van getuigenverklaringen als bewijs tegen de verdachte omvat veel meer aspecten dan in het korte bestek van dit rapport hier kunnen worden behandeld. Relevant is te constateren dat artikel 6 EVRM hier voor een omslag heeft gezorgd die enerzijds nadrukkelijk door rechter en wetgever is gemaakt, maar daar was wel een duidelijke en veroordelende beslissing van het EHRM voor noodzakelijk. Zelfs als in de Nederlandse Grondwet toentertijd een uitdrukkelijke voorziening inzake het eerlijk proces was opgenomen, en zelfs als daarin het recht op ondervraging van getuigen uitdrukkelijk als onderdeel van dat eerlijk proces was genoemd, is weinig waarschijnlijk dat deze voorziening de jurisprudentie van de Hoge Raad van vóór Kostovski, jurisprudentie waarin aan het gebruik van anonieme en de auditu verklaringen geen strobreed in de weg werd gelegd, zou hebben tegengehouden. Een grondwettelijke voorziening is dus ook niet alles.

Daarbij is relevant dat ook het EHRM inmiddels vormen van de-auditu en anonieme getuigenverklaringen toestaat en uitzonderingen accepteert op zijn oorspronkelijke basisuitgangspunt omtrent het kunnen uitoefenen van het ondervragingsrecht van de verdachte ter terechtzitting. Nationaal en Europees recht schuiven in die ontwikkeling naar elkaar toe, waarbij scherpe grenzen van het ondervragingsrecht steeds minder te kennen zijn. Die grenzen moeten meer per geval worden gezocht en bepaald. Zoals al eerder aangeduid, is het de vraag of juist voor dat proces van rechtsvorming in de afzonderlijke strafzaak (het zoeken van een eerlijk proces in het concrete geval) een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces niet van betekenis zou kunnen zijn.

Waar het EVRM vooral de rechten van de verdachte betreft, is het begrijpelijk dat artikel 6 EVRM als ingang kiest het recht van de verdachte om getuigen te ondervragen wier verklaring als bewijs tegen hem, verdachte, gebruikt worden. Tot het eerlijk proces behoren echter ook garanties dat de verdachte getuigen die voor hem kunnen spreken, voldoende aan het woord kan laten komen bij de behandeling van de strafzaak tegen hem. In het Nederlandse, meer inquisitoire strafprocesrecht ligt daarom een onderscheid tussen getuigen à charge en à décharge minder voor de hand. De Nederlandse wettelijke regeling gaat hier op onderdelen soms verder dan Straatsburg. Dat kan een voorbeeld zijn van een aspect van strafrechtspiegeling dat aan een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces een eigen en zelfstandig aspect van meerwaarde verleent.

V.4. Equality of arms

Enigszins tussen de kwestie van de redelijke termijn en die van het horen van getuigen staat een aspect betreffende de "equality of arms" als onderdeel van een eerlijk proces.⁶⁵ Dat aspect betreft de mogelijkheid voor degene die een beroep in cassatie heeft ingesteld om te kunnen reageren op de conclusie van de P-G bij de Hoge Raad omtrent dat beroep in cassatie en de daarbij geformuleerde cassatiemiddelen, de zogenaamde Borgersbrief. Die reactiemogelijkheid bestond voor het arrest van het EHRM van 30 oktober 1991, NJ 1992, 73 (Borgers tegen België) in het Nederlandse strafprocesrecht niet. Het was op grond van de Nederlandse rechtsontwikkeling ook niet te verwachten dat deze mogelijkheid zou worden geschapen. Zeker in de cassatiefase is het Nederlandse strafprocesrecht eigenlijk nooit vanuit een optiek van "equality of arms" fundamenteel doorgelicht.

Toen eenmaal de noodzaak van het bieden van deze reactiemogelijkheid uit Straatsburgse jurisprudentie bleek voort te vloeien, was op zichzelf een simpele aanpassing van de Hoge Raad van zijn handelwijze voldoende om deze mogelijkheid betrekkelijk rimpelloos in het overigens zo formele en strakke Nederlandse cassatiestelsel in te passen en mogelijk te maken. Een wijziging van de wet was daarvoor niet nodig. Die is er wel gekomen. Bij de Wet van 28 oktober 1999, Stb. 467 is het huidige artikel 439 lid 5 in het Wetboek van Strafvordering opgenomen.

65 Zie over het fundamenteel karakter van de equality of arms als onderdeel van een eerlijk proces: Viering in: Van Dijk en Van Hoof, a.w., p. 580-584.

Wat zou ten deze de betekenis kunnen zijn van een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces? Aannemelijk is dat zonder Straatsburgse beslissing de voorziening van het reageren op de conclusie van de P-G niet als onderdeel van de cassatieprocedure in strafzaken tot stand zou zijn gekomen. Daar had een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces weinig aan veranderd. Voor het enkele openen van de mogelijkheid van een Borgersbrief was op zichzelf geen wetswijziging noodzakelijk. De wetswijziging die er vervolgens toch gekomen is, doet de vraag rijzen of daarmee alle aspecten van deze kwestie, ook in het licht van de equality of arms, wel afdoende geregeld zijn. De wet voorziet in de mogelijkheid en in een termijn voor indiening. Men mag aannemen dat de ultrakorte termijn van twee weken impliceert dat de Hoge Raad met beslissen wacht totdat die termijn verstreken is. Maar artikel 439 lid 5 Sv laat ongeregeld of de indiener aanspraak heeft op antwoord van de concluderende A-G (met recht van dupliek) en de vraag of de Hoge Raad er in zijn uitspraak op in zou moeten gaan. De effectiviteit van dit onderdeelje van het eerlijk proces is enigszins afhankelijk van de welwillendheid van de Hoge Raad.⁶⁶ De wetgever reageert dus op een beslissing van het EHRM maar pas nadat de Hoge Raad een verwerkingsmodaliteit geformuleerd heeft en de wetgever reageert ook niet verder dan die modaliteit. Een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces zou wellicht nadrukkelijker en vaker tot bredere aanpassing van wettelijke regeling kunnen aanzetten. De in de kwestie van de Borgersbrief zo nadrukkelijk aan de orde gestelde "equality of arms" had bijvoorbeeld reden kunnen zijn ons gehele strafprocesrecht op de uitwerking van dit recht nader door te lichten. Ook dat kan discussie, rechtsvorming en rechtsontwikkeling verder helpen. Zonder grondwettelijke voorziening heeft de wetgever zich gemakkelijker tot het enkele verwerken van Straatsburgs recht in de beperkte voorziening van artikel 439 lid 5 Sv kunnen beperken. Dat deze terughoudende reactie lang niet altijd terecht is, moge blijken uit een citaat uit de noot van Corstens (thans vice-president en per 1 november 2008 president van de Hoge Raad) onder HR 8 juli 1994, NJ 1995, 30 betreffende een mogelijke ongelijkheid in mogelijkheden voor verdachte respectievelijk het Openbaar Ministerie om rechtsmiddelen in te stellen tegen beschikkingen (de regeling van artikel 445 en 446 Sv): "De beschikking van de Hoge Raad is door de wetgever als een suggestie te beschouwen. Laat hem zich er nu mee bezig houden". Voor zover valt na te gaan, heeft de wetgever die suggestie nimmer stelselmatig opgepakt.

V.5. *Het eerlijk proces als open norm die in concreto moet worden ingevuld*

Zoals reeds een paar maal aangegeven, is een eerlijk proces geen gegevenheid, maar moet het in elk strafzaak opnieuw worden vormgegeven, met name gelet op de bijzondere feiten en omstandigheden van het afzonderlijke geval; het eerlijk proces als open norm.

Precies op dit punt van vormgeving van het eerlijk proces in de concrete strafzaak aan de hand van de invulling van die open norm bestaat een hier relevant aspect van rechtsvorming door de Hoge Raad dat de aandacht trekt. Het ligt voor de hand dat de Hoge Raad de interpretatie en toepassing van de geschreven regels van het Wetboek van Strafvordering richt op de verwerkelijking van het eerlijk proces. Deze benadering biedt ook een goede gelegenheid om doorwerking van artikel 6 EVRM te realiseren; het nationale recht kan worden geïnterpreteerd en toegepast, zoals dat – volgens de Hoge Raad – uit artikel 6 EVRM voortvloeit. De open norm van het eerlijk proces uit het Europese verdrag fungeert dan als catalogus van rechten die in de vormgeving van het strafproces in de afzonderlijke strafzaak binnen het Nederlandse strafprocesrecht moet worden gerealiseerd. Toch is het de vraag of de Hoge Raad artikel 6 EVRM op deze wijze gebruikt.

Als ingang van nadere illustratie wordt hier gebruik gemaakt van het arrest HR 9 oktober 2007, NJ 2008, 43.⁶⁷

Op de laatste van een aantal zittingsdagen wordt de verdachte, kort voor het einde van het onderzoek ter terechtzitting en na de door artikel 273 lid 3 Sv voorgeschreven waarschuwing, de zaal uitgezet wegens verstoring van de orde. De verdachte verstoort het requisitoir van de A-G. Hij had de A-G ook al eerder onderbroken. De verdachte werd niet (meer) door een raadsman bijgestaan. Na de verwijdering van de verdachte uit de zittingszaal heeft de A-G zijn requisitoir afgerond en is het onderzoek ter terechtzitting direct daarna gesloten verklaard. Twee weken later is het arrest gewezen strekkende tot veroordeling van verdachte tot 12 jaar gevangenisstraf. Is hier gehandeld conform de eisen van een eerlijk proces?

67 De onderstaande aantekeningen bouwen deels voort op de noot van P.A.M. Mevis onder dat arrest in de NJ-publicatie ervan.

Het gerechtshof redeneerde betrekkelijk kort recht door. De verdachte was gewaarschuwd dat hij, bij verdere ordeverstoringen, de zittingszaal uit zou worden gezet. Omdat de verdachte zijn rechten aldus zelf verspeeld heeft, is het niet nodig dat op enig moment – bijvoorbeeld en in elk geval voor de sluiting van het onderzoek ter terechtzitting (het moment waarop de wet de verdachte het “laatste woord” verleent) – wordt nagegaan of de verdachte wellicht voldoende gekalmeerd is om toch nog iets ter verdediging op te merken, zo is kennelijk de redenering van het gerechtshof. Deze benadering is de Hoge Raad – betrekkelijk verrassend – te kort door de bocht.

De verwijdering van de verdachte als reactie op een ordeverstoring moet – naar de mening van ons hoogste rechtscollege – onder de bijzondere omstandigheden van het geval niet onmiddellijk, zonder meer en automatisch tot complete en blijvende uitsluiting voor de rest van het proces leiden. Onderzocht moet volgens de Hoge Raad worden of de verdachte op enig moment na het incident is gekalmeerd en daarom weer tot deelname aan het onderzoek kan worden toegelaten. Dat onderzoek moet in elk geval worden uitgevoerd na afloop van het requisitoir en dus voor het sluiten van het onderzoek ter terechtzitting.

Interessant is de rechtsbasis waarop de Hoge Raad de noodzaak tot het onderzoek baseert. Het geschreven Nederlands strafprocesrecht kent de noodzaak tot zo een onderzoek niet. Het cassatiemiddel zoekt die basis in het aanwezigheidsrecht van de verdachte, zoals dat gegarandeerd wordt door artikel 6 EVRM. Maar daar zit de kneep niet direct nu het gaat om de situatie dat de verdachte zelf door de ordeverstoring zijn recht op aanwezigheid min of meer verspeeld heeft. Mede daardoor is voor de onderhavige rechtsvraag geen al te concreet antwoord of steun voor één der mogelijke antwoorden in de jurisprudentie van het EHRM aan te wijzen. Toch heeft ook de onderhavige rechtsvraag alles te maken met de meer algemene impliciete aanspraak van artikel 6 EVRM volgens welke de kern van een eerlijk proces erin bestaat dat de verdachte zich zoveel mogelijk ter terechtzitting moet kunnen verdedigen. Voor die – meer algemeen geformuleerde aanspraak – is wel voldoende basis in de jurisprudentie van het EHRM te vinden. Wat doet nu de Hoge Raad?

De basis voor zijn opvatting dat het middel slaagt, steunt op de ultrakorte zinswending "Gelet op artikel 6 EVRM". Iedere nadere onderbouwing, bijvoorbeeld een aanduiding van welk recht uit artikel 6 EVRM of welke arresten van het EHRM de opvatting ondersteunen, ontbreekt. Welk onderdeel van artikel 6 EVRM in welke uitleg door het EHRM zou de Hoge Raad dan in het arrest voor ogen hebben gehad? En zou niet mogen worden verlangd dat de Hoge Raad uiteen zet wat artikel 6 EVRM dan op grond van welk onderdeel en welke jurisprudentie van het EHRM voor een geval als het onderhavige behelst? Zou de Hoge Raad op dit punt zijn werkwijze wel eens vergelijken met de wijze waarop buitenlandse rechters in hun vonnissen gewoon opschrijven wat zij denken dat Straatsburgs recht is – en wat zij daarvan vinden? Kan het zijn dat een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces hier voor de Hoge Raad als aanzet kan dienen nader en gemakkelijker uiteen te zetten welke inhoudelijke uitleg van dat recht achter zijn opvatting schuil gaat? Die vraag brengt ons bij een ander aspect.

De basis van de opvatting van de Hoge Raad steunt naar de bewoordingen van het arrest uitdrukkelijk op artikel 6 EVRM en – kennelijk – niet op enige andere catalogus inzake de inrichting van het strafproces. De Hoge Raad hanteert dergelijke andere catalogi wel. Zo wordt in HR 8 mei 2005, NJ 2005, 514 een onder omstandigheden bestaand recht op contra-expertise naar aanleiding van een deskundigenonderzoek, afgeleid uit de "eis van een eerlijke procesvoering". Over artikel 6 EVRM wordt in die beslissing met geen woord gerept. De formulering "eis van een eerlijke procesvoering" is een term die – in elk geval in zijn bewoordingen – afwijkt van de term "beginselen van een behoorlijke procesorde" die de Hoge Raad in arresten als HR 5 december 1989, NJ 1990, 719 nog ten grondslag legt aan eisen betreffende de inrichting van het strafproces door de feitenrechter. In dat arrest en in HR 30 juni 1998, NJ 1998, 799 m.nt. Sch. spreekt de Hoge Raad trouwens over "de in artikel 6 EVRM aan een verdachte gewaarborgde fundamentele rechten en (...) de mede uit artikel 6 EVRM afgeleide beginselen van een behoorlijke procesorde" (zie ook de in HR 15 mei 2007, NJ 2007, 506 voorkomende verwijzing naar de conclusie van de A-G die beide catalogi naast elkaar plaatst). Welke catalogus hanteert de Hoge Raad dan eigenlijk? Bestaat er inhoudelijk verschil en zo ja, in hoeverre? Reiken de "beginselen van behoorlijke procesorde" respectie-

velijk “de eis van een eerlijke procesvoering” minder ver dan artikel 6 EVRM, een ieder verbindende verdragsbepaling die de Hoge Raad in elk geval formeel meer ruimte geeft ten opzichte van de wetgever in formele zin? Of, omgekeerd, reiken deze beginselen mogelijk verder dan toepassing van artikel 6 EVRM? Cleiren⁶⁸ heeft betoogd dat voor dat laatste wel iets te zeggen valt, maar dan valt des te meer op dat de Hoge Raad deze catalogi in de aangehaalde beslissing van 9 oktober 2007 niet noemt. “Harde” toepassing van artikel 6 EVRM maakt in elk geval dat de wetgever minder ruimte heeft om de opvatting van onze hoogste strafrechter te corrigeren.

Men kan de indruk krijgen dat er in de opvatting van de Hoge Raad ter zake geen verschillen bestaan. De vice-president van de Hoge Raad Corstens geeft het arrest van 5 december 1989 in zijn handboek⁶⁹ zo weer alsof de Hoge Raad alles op één hoop gooit. Hij schrijft immers dat de Hoge Raad van oordeel was “dat uit de beginselen van een behoorlijke procesorde ex artikel 6 EVRM kan voortvloeien..”; terwijl de Hoge Raad overwoog dat de opvatting van het Hof in die zaak geen blijk gaf van een verkeerde rechtsopvatting “met name betreffende hetgeen beginselen van een behoorlijke procesorde en het bepaalde in artikel 6 EVRM kunnen meebrengen. Uit die beginselen en uit het in dat artikel bepaalde kan voortvloeien...”. In de formulering van de Hoge Raad lijkt aldus wel verschil te worden gemaakt. Waarom wordt in het arrest van 9 oktober 2007 dan alleen artikel 6 EVRM van stal gehaald? Bestaat ter zake wellicht inhoudelijk geen groot verschil, maar heeft het te maken met verschillen in opvatting binnen de Hoge Raad omtrent het antwoord op de vraag of interpretatie inzake toepassing van strafprocesrecht eerder en gemakkelijker (uitdrukkelijk) op artikel 6 EVRM of juist – met vermindering van artikel 6 EVRM – op nationaal recht moet of kan worden gebaseerd, desnoods op ongeschreven beginselen van behoorlijke procesvoering?

Deze vraag aldus formulerend, wordt in het kader van het onderhavige onderzoek een ander aspect van belang. Genoemd artikel 6 EVRM is geformuleerd als een verdragsbepaling waarin de verdachte bepaalde rechten worden toebedeeld.

68 C.P.M. Cleiren, “Beginselen van een goede procesorde” (diss. Leiden) Arnhem: Gouda Quint, 1989, p. 316-331.

69 G.J.M. Corstens, “Het Nederlands strafprocesrecht”, 5^{de} druk, Deventer: Gouda Quint 2005, p. 237.

De beslissing van de Hoge Raad is echter eerder toegesneden op en daarmee gebaseerd op zijn opvatting over wat het Hof i.c. had behoren te doen. Gelet op de beslissing van de voorzitter, had het Hof het onderzoek dienen in te stellen dat de Hoge Raad in zijn beslissing aanduidt. Hier lost – eens te meer en des te nadrukkelijker – het recht op een eerlijk proces van de verdachte op in de daaruit voortvloeiende eisen die *aan de rechter* worden gesteld bij de vervulling van zijn opgave om dat eerlijk proces in elke afzonderlijke strafzaak opnieuw gestalte te geven. Zeker in het Nederlandse strafprocesrecht is het eerlijk proces eerst en vooral een verantwoordelijkheid van de zittingsrechter. Zo heeft de verdachte niet expliciet het recht op het laatste woord, maar dat laatste woord moet hem door de rechter worden “gelaten”: artikel 311 lid 4 Sv. Precies die verantwoordelijkheid wordt door de Hoge Raad in bovenstaand arrest van stal gehaald. Vergelijk in dit kader ook de formulering van de eis van een eerlijke procesvoering (HR 8 mei 2005, NJ 2005, 514) in vergelijking met de formulering “beginselen van behoorlijke procesorde”; de term “procesvoering” verwijst veel nadrukkelijker naar activiteiten en handelingen van de rechter. Maar juist voor die ingang is (een simpele verwijzing naar) artikel 6 EVRM niet de meest voor de hand liggende basis. De daarin voorkomende rechten van de verdachte moeten immers binnen het Nederlandse systeem van strafvordering worden omgewerkt tot gedragsvoorschriften voor de rechter (en andere justitiële functionarissen). Dat is immers de wijze waarop dat recht van de verdachte doorwerkt in de Nederlandse rechtsorde. De onderhavige beslissing van de Hoge Raad had ook minstens even gemakkelijk via de ingang van de taken van het Hof, gebaseerd op die (kennelijk nationale) “eis van een eerlijke procesvoering”, en ook en nog concreter op de achterliggende gedachte van het voorschrift van artikel 311, vierde lid, Sv omtrent het laatste woord van de verdachte, kunnen worden gebaseerd. Het is daarmee van tweeën één: zonder nadere uitleg over hoe de Hoge Raad op grond van de inhoud van artikel 6 EVRM en de betekenis daarvan voor de concrete casus tot zijn oordeel komt, heeft een enkele verwijzing naar artikel 6 EVRM, zoals in bovenstaand arrest voorkomt, weinig zin. Omgekeerd, met een goede inhoudelijke legitimatie die desnoods op een eigen catalogus van beginselen kan zijn gefundeerd, is een (uitdrukkelijk) beroep op artikel 6 EVRM niet eens nodig. Maar die laatste variant is inhoudelijk wel een veel rijkere verwerking van “eerlijk proces” dan de inhoudsloze verwijzing van de Hoge Raad naar artikel 6 EVRM.

Is aldus het soortelijk gewicht en de status van het ultra korte beroep op het weliswaar geschreven recht van artikel 6 EVRM door de Hoge Raad niet helemaal duidelijk, toch levert ook een beroep op een inhoudelijk niet nader geëxpliciteerde catalogus van "beginselen van behoorlijke procesorde" c.q. op "de eis van een eerlijke procesvoering" ook weer niet de meest uitgewerkte, legitimerende basis op voor de interpretatie van strafprocesrecht door onze hoogste rechter in de richting van voorschriften wat de lagere rechter bij de inrichting van een eerlijk proces in concreto te doen of te laten heeft. Precies in het zoeken naar en aanreiken van een betere legitimatie voor dergelijke vormen van rechtsvorming in het strafprocesrecht door de rechter (de Hoge Raad voorop), kan een mogelijk positief antwoord besloten liggen van de vraag of het wellicht zinvol kan zijn een voorziening omtrent het recht op een eerlijk proces in de Nederlandse Grondwet op te nemen. Zo'n voorziening kan immers de Hoge Raad een basis geven voor een aanpak waarin hij de eisen van het eerlijk proces, omwerkt tot gedragsvoorschriften voor de rechter. Die "omzetting" kan Straatsburg niet bieden en een beroep ter zake op ongeschreven beginselen is mager. Binnen een dergelijke open normering is wellicht betere afstemming van nationaal strafprocesrecht en Straatsburgs recht mogelijk. Dat is als model van rechtsvorming door de rechter niet onbelangrijk omdat de open norm van het eerlijk proces ook op veel andere onderdelen daarvan gemakkelijk tot even verrassende als betekenisvolle benaderingen als die uit het arrest van 9 oktober 2007 kan leiden. Als men die "omwerking" onderdeel wil laten zijn van een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces, ligt hier een grondslag voor regeling van die voorziening omtrent het eerlijk proces als opdracht aan de rechter en dus en in zoverre een grondslag voor regeling in het grondwettelijk hoofdstuk inzake rechtspraak en niet in dat inzake grondrechten.

We raken hier aan het punt in hoeverre beginselen voldoende zijn, dan wel wettelijke voorzieningen nodig zijn als de Hoge Raad dergelijke grondslagen gebruikt om de wijze te beoordelen waarop de rechter aan zijn taak zoals het Wetboek van Strafvordering hem die opdraagt, vormgeeft. Dergelijke beginselen dan wel een uitdrukkelijk recht op een eerlijk proces fungeren daarbij zowel als legitimerende basis voor beoordeling, maar ook als inhoudelijk toetsingskader voor de aanwending van strafvorderlijke regels door de lagere rechter, welke regels en welke aanwending op

zichzelf genomen juist geacht worden bepaalde beginselen, eigen aan een eerlijk proces, te waarborgen. Het toetsen van deze aanwending aan achterliggende uitgangpunten van artikel 6 EVRM, dan wel aan beginselen van een behoorlijke procesorde c.q. van de eisen van eerlijke procesvoering, vraagt precies daarom nadere expliciete legitimatie, bijvoorbeeld in een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces. Zo'n legitimatie kan dan worden gebruikt om de eisen van het eerlijk proces des te gemakkelijker in het Nederlands strafprocesrecht vorm te geven.

V.6. Onderwerpen in ontwikkeling⁷⁰

Als laatste categorie van bespreking binnen de "interne factoren" wordt in deze subparagraaf een aantal onderwerpen bij elkaar gebracht die inhoudelijk nogal van elkaar verschillen. Gemeenschappelijk is dat het daarbij steeds betrekkelijk vitale onderdelen van de strafrechtspleging betreft waaraan ook aspecten van artikel 6 EVRM kleven. Dat betekent dat de rechtsontwikkeling ter zake niet los kan worden gezien van artikel 6 EVRM en de invulling ervan door het EHRM.

Tegelijk worden deze onderwerpen er door gekenmerkt dat de afstemming met het EVRM/EHRM fragmentarisch is, de EVRM-invloed niet helemaal duidelijk is of nog in ontwikkeling is. Kortom, "Straatsburg" is aanwezig, maar niet eenduidig en/of vanzelfsprekend. Hier wordt geworsteld, ook met het oog op wat een "eerlijk proces" vraagt, zonder dat ter zake op Straatsburg kan worden gekoerst. De volgende onderwerpen laten zich langs een dergelijke lijn aanduiden.⁷¹

Onrechtmatig verkregen bewijs

Een eerste, betrekkelijk gemakkelijk voorbeeld dat als illustratie kan dienen is de kwestie van het omgaan met onrechtmatig verkregen bewijs. Het in het Nederlandse strafrecht geldende artikel 359a Sv maakt duidelijk dat als de overheid bewijsmateriaal verzamelt en daarbij jegens de verdachte vormen verzuimt die de wetgever heeft gecreëerd om de verdachte in zijn grondrechten (vrijheid, privacy, etc.) te beschermen, deze schending door de overheid betekenis kan hebben voor de uitkomst van de strafzaak.

70 Gewezen wordt op enkele onderwerpen die al een zekere ontwikkeling hebben doorgemaakt. De inrichting van het strafprocesrecht staat de komende tijd voor nadere fundamentele wijzigingen (Kamerstukken II, 2007/08, 29271, nr. 7). Daarbij zal een grondwettelijk richtsnoer omtrent het eerlijk proces - minst genomen - handig kunnen zijn.

71 Enkele zijn in het voorgaande onderdeel al kort aangeduid en worden hieronder nader uitgewerkt.

De enkele onrechtmatigheid kan de strafrechter aanleiding geven bepaald bewijsmateriaal buiten beschouwing te laten. Dat kan betekenen dat de verdachte wordt vrijgesproken, ook al heeft hij “het” materieel gezien “wel gedaan”. Naar Nederlandse opvatting is deze constitutionele bescherming van de verdachte in zijn grondrechten door de strafrechter in het kader van de beoordeling van de gegrondheid van een beschuldiging onderdeel van een “eerlijk proces”; gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs kan, vanwege de onrechtmatigheid, “niet eerlijk” zijn.

Waar in deze kwestie de grondslagen en de grenzen precies liggen, is al langer voorwerp van uitgebreide discussie in de literatuur. Opvattingen daarover lopen uiteen en verschuiven in tijd. Aanvankelijk is de kwestie van het onrechtmatig verkregen bewijs door de Hoge Raad (dus via jurisprudentie) in de strafrechtspleging ingebracht, zonder al te veel theoretische of modelmatige onderbouwing. De wetgever heeft eerst en vooral de consequenties van vormverzuimen willen regelen in het genoemde artikel 359a Sv. De precieze toepassing daarvan is weer voorwerp van jurisprudentie die op zijn beurt weer tot discussie leidt. “Onrechtmatig overheidsoptreden en eerlijk strafproces” is dus, voorzichtig gezegd, een actueel thema waarover het laatste woord nog niet gezegd is. Een groter kader voor discussie van dit constitutioneel aspect van strafrechtspleging is niet voorhanden.

En artikel 6 EVRM in dat verband? Er is iets over te zeggen, maar niet zoveel. Het artikel zelf geeft geen aanknopingspunt. Het EHRM heeft – kortweg – als uitgangspunt gekozen dat gebruik van onrechtmatig verkregen bewijs tegen de verdachte in principe niet aan een eerlijk proces in de weg hoeft te staan.⁷² Alleen bij een schending van artikel 3 (verhoor in een situatie die tot “torture” verwordt) kan dat anders liggen.⁷³ Dat lijkt in zijn algemeenheid een uitgangspunt waarmee Nederland, dat van een andere benadering uitgaat, niet zo heel veel kan. Helder is dat als de onrechtmatigheid tot onbetrouwbaarheid van bewijsmateriaal heeft geleid, bewijsuitsluiting aan de orde is, maar die vanzelfsprekende grond

72 In EHRM 12 mei 2000 (Khan) lijkt het EHRM de band tussen een schending van art. 8 (privacy-schending in de opsporing) en de consequenties daarvan voor het recht op een eerlijk proces (bijvoorbeeld door uitsluiting van bewijs dat onrechtmatig is verkregen) veel losser te bezien en eigenlijk te ontkennen dan naar Nederlands strafprocesrecht op grond van art. 359a het geval is. Zie over dit arrest onder andere P. de Hert en S. Gutwirth 2005, a.w. p. 213 e.v.

73 EHRM 28 juni 2007, Harutyunyan tegen Armenië en EHRM 30 juni 2008 Gäfgen tegen Duitsland.

valt in Nederland samen met de taak van de zittingrechter uiteraard alleen inhoudelijk betrouwbaar materiaal aan zijn beslissing te grondslag te leggen. Nederland zal op dit terrein zijn eigen weg moeten vinden; het antwoord kan hier niet uit Straatsburg komen c.q. daar worden gevonden. Binnen het Nederlands recht is geen eenduidig, afgebakend model dat van een voldoende theoretische grondslag is voorzien, voorhanden. Hooguit zijn elementen van zo'n model uit de jurisprudentie van de Hoge Raad bij elkaar te verzamelen. Verdient dit aspect van een eerlijk proces niet meer? Een grondwettelijke voorziening ter zake kan discussie ontlokken, tot nieuwe doordenking aanzetten en rechter en wetgever tot rechtsvormende activiteit aanzetten.⁷⁴ Het belang dat wij nationaal aan deze materie hechten is inhoudelijk groter dan dat op verdere ontwikkeling vanuit Straatsburg kan worden gewacht.

Inhoud van schriftelijk en mondeling vonnis, van kop-staart en verkort vonnis, van uitgewerkt en PROMIS-vonnissen en welke andere vormen er nog meer bestaan.

Een ander onderwerp betreft de discussie omtrent de inhoud van strafrechtelijke vonnissen. In het kader van het onderhavige onderzoek is het relevant allereerst te vermelden dat het hier een punt van rechtspleging betreft waarin onze bestaande nationale Grondwet een rol van betekenis speelt of althans zou hebben kunnen spelen. De Grondwet voorziet op dit punt immers in een uitdrukkelijke bepaling. In artikel 121 van de Grondwet is voorgeschreven dat de vonnissen de gronden inhouden waarop zij berusten. Opgemerkt moet wel worden dat deze bepaling is opgenomen in het hoofdstuk betreffende de rechtspraak en dus eerst en vooral tot de rechter lijkt te zijn gericht. Het lijkt erop alsof de grondwetgever met deze opdracht de rechter met name dwingt de keerzijde van het legaliteitsbeginsel zichtbaar te maken: als de rechter aan de wet gebonden is, moet hij in het vonnis kunnen aanwijzen op welke wettelijke bepalingen zijn beslissing teruggaat.

Deze grondwettelijke opdracht heeft in de hoofdcodificaties van de verschillende rechtsterreinen uitwerking gevonden in nadere motiveringsvoorschriften. In het Wetboek van Strafvordering betreft dat dan vooral de regeling van de artikelen 358 en 359 Sv. Maar nadat de rechter, inclusief de Hoge Raad, in een jarenlange praktijk van "kop-staartvonnissen" deze

74 De eerste stelling bij het proefschrift van M.C.D. Embregts, "Uitsluiting over bewijsuitsluiting" (diss. UvT), Deventer: Kluwer 2003, luidt niet ten onrechte: "De toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs is een staatsrechtelijk leerstuk".

voorschriften ten dele simpelweg heeft genegeerd, heeft de wetgever per 1 november 1996 (Wet van 26 september 1996, Stb. 1996, 487) deze praktijk gereguleerd in de vorm van de regeling van het verkort vonnis (artikel 138b jo. artikel 365a-365c Sv). Inmiddels is ook deze wettelijke regeling in de praktijk weer ten dele losgelaten waar, binnen de zogenaamde PROMIS-praktijk, al dan niet binnen het model van het verkort vonnis, een op onderdelen meer uitgeschreven vonnis wordt gehanteerd. Daarin wordt, als het gaat om kennisneming van de inhoud van bewijsmiddelen, met verwijzing naar onderliggende stukken volstaan. De Hoge Raad heeft deze praktijkvariant in zijn grondslagen niet als strijdig met artikel 359 Sv beoordeeld (de uitwerking in bepaalde gevallen kan dat wel zijn).⁷⁵

Voor een ieder is gemakkelijk invoelbaar dat de wijze waarop en mate waarin de verdachte en andere personen of functionarissen die bij een strafzaak zijn betrokken, inzicht kunnen verkrijgen in de beslissingen die de rechter genomen heeft en de redenen en achtergronden van deze beslissingen (inclusief zijn reactie op verweren van de zijde van verdachte of OM aangedragen), onder het bereik van een eerlijk proces komen. Een rechterlijke beslissing die aan het in het woord "rechterlijk" besloten liggend kwaliteitskeurmerk wil voldoen, is een adequaat gemotiveerde rechterlijke beslissing. Die motivering is overigens ook van belang voor de openbaarheid van rechtspraak. Maar waar is artikel 6 EVRM? De tekst van het artikel rept niet over een recht op een adequaat gemotiveerde rechterlijke beslissing. Het EVRM heeft een dergelijk recht er ook niet al te hard in willen lezen. De belangrijkste bijdrage van het EHRM aan de Nederlandse rechtspraak is de uit de zaak Doorson versus Nederland af te leiden algemene benadering dat het gebruik van de wettelijke regeling van het verkort vonnis niet zonder meer in strijd komt met artikel 6 EVRM. Die uitkomst was eigenlijk vooraf niet goed te voorspellen en leidde in Nederland tot een zekere opluchting. Maar enigszins tevergeefs, zoals zou blijken. Het belang van de openbaarheid van rechtspraak dwong de rechtspraak enerzijds tot het PROMIS-motiveren waarin als gezegd nu juist het gebruik van verkorte formuleringen wordt vermeden en er, op onderdelen, juist uitvoeriger, op de zaak zelf en meer door de rechter dan door de griffier, wordt gemotiveerd. Belangrijker is dat reeds het EHRM de motivering van het rechterlijk vonnis in verband bracht met de mogelijkheden en wensen om tegen die rechterlijke beslissing een rechtsmiddel in te stellen. Daarmee begaf het EHRM zich op een ander terrein van

⁷⁵ Zie de twee arresten van de Hoge Raad van 15 mei 2007, NJ 2007, nr. 387 en nr. 388, beide m.nt. Buruma.

strafrechtspleging naar EVRM-recht en naar nationaal recht nog wat onderontwikkeld is, te weten het recht op een rechtsmiddel; vergelijk artikel 14 lid 5 IVBPR en het van weinig soortelijk gewicht getuigende 7^{de} Protocol bij het EVRM dat door Nederland nog steeds niet geratificeerd is.⁷⁶ Belangrijker is dat juist de Hoge Raad in de mogelijkheden om zich tegen een vonnis in eerste aanleg gewezen, in hoger beroep adequaat te kunnen verweren, het model van het verkort vonnis heeft moeten aanpassen en van bepaalde consequenties heeft moeten ontdoen.⁷⁷ Opnieuw een voor de strafrechtspraktijk belangrijk thema dus, waar de eisen van het eerlijk proces in doorklinken, maar waarbij over de precieze eisen discussie is en ter zake waarvan een weg moet worden gezocht. Een thema waarin rechtsvorming, ook in het licht van het eerlijk proces, van belang is. Maar een thema ook waarbij Straatsburg niet direct de eerste ingang is. Ook hier dringt zich de vraag op: kan een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces dan niet van betekenis zijn om wetgever en rechter in de rechtsvorming te ondersteunen en, in onderlinge dualiteit, tot nadere rechtsvorming aan te zetten?

“Bestuursstrafrecht”

In de hoop dat de benadering van deze subparagraaf inmiddels duidelijk is, kan, als voorbeeld van een onderwerp waar het recht op een eerlijk proces van prominente betekenis is zonder dat artikel 6 EVRM of de jurisprudentie ter zake voldoende houvast voor allesomvattende normering bevat, de ontwikkeling in Nederland worden genoemd van hetgeen wel als bestuursstrafrecht is aangeduid. Kort gezegd gaat het daarbij om het opleggen van sancties met een strafrechtelijk, bestraffend karakter door een bestuursorgaan welke sanctieoplegging onherroepelijk en desnoods tegen de wil van de betrokkene executeerbaar wordt, tenzij de betrokken burger het initiatief neemt daartegen bezwaar c.q. beroep c.q. verzet aan te tekenen. De discussie over dat fenomeen betreft zowel de grondslag ervan (hoe moet sanctieoplegging er in Nederland uitzien en in hoeverre kan dat zonder voorafgaande beslissing van de rechter) als de inrichting (met welke procedurele waarborgen moet bestuurlijke beoefening worden omgeven?) en – separaat maar voor de Nederlandse situatie wel van belang – de vraag in hoeverre in die verschillende regelingen een

76 Zou een grondwettelijke voorziening omtrent het eerlijk proces niet mede kunnen leiden tot een adequate discussie over hoe om te gaan met het recht op een rechtsmiddel? Als de uitkomst daarvan adequaat in wetgeving wordt geregeld, kan daarmee en bij die gelegenheid de impasse rondom “Nederland en het 7^{de} Protocol” wellicht worden doorbroken.

77 Zie HR 19 juni 2007, NJ 2007, 626.

zekere procedurele en materiële rechtseenheid moet bestaan. "Straatsburg" vormt hier enerzijds de grondslag van modellering door de beslissing dat een van overheidswege opgelegde sanctie een "criminal charge" kan zijn in de zin van artikel 6 EVRM, hetgeen omgekeerd echter niet hoeft mee te brengen dat een dergelijke sanctie altijd slechts bij rechterlijke beslissing onherroepelijk kan worden opgelegd.

Aanvankelijk was naar Nederlandse opvatting onduidelijk hoe dit fenomeen precies te benaderen, ook omdat ter zake geen eigen opvatting omtrent de reikwijdte van recht op een eerlijk proces was ontwikkeld. Dat illustreert andermaal het gebrek van een nationale voorziening als grondslag voor adequate discussie, ook los van Straatsburg. Maar ook thans zijn bij de (verdere) modellering van het bestuursstrafrecht nog fundamentele vragen aan de orde die het recht op een eerlijk proces raken, zonder dat ter zake op een duidelijke Straatsburgse koers kan worden gevaren.

Om maar een voorbeeld te noemen. Hoe moet het regime inzake rechtsmiddelen tegen bestuurlijke bestraffing er precies uitzien? Doordat de straf door een bestuurlijk orgaan wordt afgelegd, wordt het recht op toegang tot de rechter (expliciet in artikel 6 EVRM) van belang, een recht echter dat in Nederland voor het strafrechtelijk kader nauwelijks ontwikkeld is (er bestond immers een procesverplichting: alleen de rechter kan een strafrechtelijke straf onherroepelijk opleggen). Hoe moet de rechter zich opstellen? In een meer bestuurlijke benadering zal de bestuursrechter de neiging hebben de aanvankelijke sanctiebeschikking op een bestuursrechtelijke wijze te toetsen. In een meer strafrechtelijke benadering zou eerder moeten worden nagegaan welke feiten de gesanctioneerde burger heeft begaan, of die een sanctiewaardig feit opleveren en zo ja, welke sanctie aangewezen is. De keuze is voor de inhoud van het recht op een eerlijk proces van belang, maar een antwoord is in Straatsburg niet onmiddellijk te vinden en is in Nederland voorwerp van moeizame discussie geweest omdat niet vanuit een nationale grondslag van eerlijk proces is gedacht. Dat geldt hetzelfde voor een andere kwestie die thans opkomt. Tegen een strafrechtelijke bewezenverklaring van een gedraging die een strafbaar feit

oplevert, is de modaliteit van "herziening" geschapen omdat wij er van uitgaan dat correctie van een dergelijke beslissing aangewezen is in geval op grond van achteraf opgekomen feiten, het ernstig vermoeden bestaat dat die beslissing inhoudelijk onjuist is. Toen de wetgever over het instituut van herziening besliste, heeft hij geen rekening gehouden met de thans veelvuldig voorkomende beslissing tot bestuurlijke veroordeling ter zake van feiten die een bestuurlijk te sanctioneren "delict" opleveren. (Soms een echt strafbaar feit omdat de keuze tussen strafrechtelijke vervolging dan wel bestuurlijke sanctiëring er slechts één is van keuze van het afwikkelingsmodel. De Officier van Justitie kan onder de Wet OM-afdoening ter zake van een strafbaar feit dagvaarden dan wel bij strafbeschikking een "bestuurlijke" sanctie opleggen; de keuze van modaliteit is aan hem en is geen door de wetgever gemaakte principiële keuze op grond van – bijvoorbeeld – de aard van de onderliggende gedraging.)

Is het dan zo dat met het enkele feit dat de "bewezenverklaring" niet in strafvorderlijk, maar in bestuurlijk kader heeft plaatsgevonden, de discussie over de onmogelijkheid van herziening (bezien vanuit de aanspraak van de burger op correctie van een jegens hem genomen, vermoedelijk onjuiste beslissing) kan worden afgedaan met de enkele constatering dat de huidige (strafvorderlijke) herzieningsregeling nu eenmaal niet de bestuurlijke beboeting omvat, terwijl bestuurlijke beboetingsregelingen als de WAHV nu eenmaal niet in de mogelijkheid van herziening voorzien? Omgekeerd: een bestuurlijk besluit kan op grond van de regeling van dat rechtsgebied betrekkelijk gemakkelijk worden heroverwogen. Ligt toepassing daarvan ten aanzien van onherroepelijk opgelegde en mogelijk reeds geëxecuteerde sancties wel altijd voor de hand? Hier duikt een grondwettelijke voorziening omtrent het eerlijk proces op in zijn meerwaarde van een mogelijk, de rechtsgebieden van bestuurs- en strafrecht overstijgende inspiratiebron teneinde, bij een zo dubbel fenomeen als de bestuurlijke sanctiëring, de eenheid van recht en rechtsontwikkeling te dienen die kennelijk vanuit straf- c.q. bestuursrecht zelf, opgesloten als zij wel eens lijken te zijn in hun eigen rechtsgebied, niet tot stand komt.

Ook hier kan een voorziening omtrent het eerlijk proces in de Grondwet helpen een dergelijke modellering door discussie en rechtsvorming in wetgeving en jurisprudentie (verder) te ontwikkelen. En ook hier kan zo'n voorziening de betekenis hebben van zowel het juridisch betrekkelijk hard normeren van grondslagen, als van het, net zo belangrijk, fungeren als inspiratiebron voor rechtsontwikkeling en rechtsvorming rondom een kwalitatief, maar zeker ook praktisch-kwantitatief niet onbelangrijk onderdeel van recente en komende publiekrechtelijke rechtsvorming in het Nederlands publiekrecht. Een grondwettelijke voorziening zet dan tot inspiratie aan.

Tegelijkertijd vindt zo'n inspiratiebron dan wel ook zijn grens in de bereidheid zich er door te laten inspireren. Dat geldt in het bijzonder ook voor de bestuurlijke boete: ook zonder grondwettelijke voorziening was de bovenaangeduide discussie, nota bene op basis van onze Grondwet, mogelijk geweest.⁷⁸ Dat is maar weinig gebeurd en zeker niet als begin van discussie. Deze grens laat zien dat er ook het argument om een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces als inspiratiebron op te nemen, relatief is, zelfs als er voor een rechtsgebied als het strafrecht betrekkelijk concreet verschillende thema's kunnen worden benoemd waaraan betrekkelijk fundamentele rechtsvragen die aan inhoud en betekenis van het eerlijk proces raken, ten grondslag liggen. Rechtsvorming en rechtsontwikkeling lopen in Nederland nu eenmaal (liever niet) via de lijn van aan ontwikkelingen voorafgaande, grondige dogmatische studie.

V.7. Eerlijk proces en garanties voor de inrichting van de rechtspleging

In onderdeel II is uiteen gezet dat artikel 6 EVRM ook garanties vraagt betreffende de inrichting van de strafrechtspleging. Ter zake zijn ook enkele strafrechtelijke kwesties te noemen die onder de paraplu van het eerlijk proces aandacht vragen.

Ten aanzien van de openbaarheid van rechtspraak mag worden gewezen op de in onderdeel III aangeduide, uit HR 23 mei 2006, NJ 2007, 145 blijkende discrepantie tussen wetgever en rechter omtrent de openbaarheid van bepaalde bijzondere procedures in het strafrecht. Daarbij is aangegeven dat een grondwettelijke voorziening omtrent het eerlijk proces die enerzijds de inhoudelijke notie van openbaarheid omvat, maar die anderzijds niet aan de domeinbinding van artikel 6 lid 1 EVRM

gebonden is, kan aanzetten tot het opnieuw doordenken en regelen van dit aspect van strafrechtspleging.

Voor wat betreft de aanspraak op een onpartijdig gerecht als onderdeel van de garantie van een eerlijk proces kan er op worden gewezen dat op dit punt de doorwerking van artikel 6 EVRM weliswaar tot diverse aanpassingen van het Wetboek van Strafvordering heeft geleid (bijvoorbeeld ten aanzien van de positie van de kinderrechter), maar een zekere inventarisatie ter zake toch ook nog wel voorbeelden aan het licht brengt waaromtrent adequate regeling van (on)partijdigheid onder de aandacht kan worden gebracht, bijvoorbeeld bij gelegenheid van de introductie van een aanspraak op een eerlijk proces in de Nederlandse Grondwet. Corstens⁷⁹ wijst op kwesties als het berechten van een verdachte door de rechter die eerder een medeverdachte veroordeelde, het feit dat het Nederlandse recht niet verbiedt dat een verdachte berecht wordt door een rechter die eerder zijn voorlopige hechtenis beval of die negatief besliste op zijn bezwaarschrift tegen de dagvaarding, terwijl ook het feit dat het Wetboek van Strafvordering in artikel 12j er (slechts) een “voorkeur” voor uitspreekt dat de raadsheren die op een beklag hebben beslist, daarna niet deelnemen aan de berechting geen harde wettelijke eis is. Ook de inzet van rechters-plaatsvervangers heeft onder de noemer van onpartijdigheid de afgelopen jaren de aandacht getrokken.⁸⁰ In onderdeel III is gewezen op Hof Den Haag 14 januari 2008, LJN BC4438 waarin de regeling van de wraking slechts via een beroep op ongeschreven rechtsbeginselen voor de procedure van artikel 12 Sv toepassing kon vinden.

Bij het recht op een onafhankelijk gerecht is wellicht niet in de eerste plaats de formeel-wettelijke garantie van elke rechter als zodanig aan de orde. Hij is immers bij Koninklijk Besluit voor het leven benoemd terwijl de regelingen, met name inzake zijn rechtspositie, getuigen van respect voor zijn onafhankelijkheid. Ook los van de aanspraak van de verdachte in het concrete geding is de onafhankelijkheid van rechtspraak een groot goed dat als zodanig al wel langer de aandacht van de wetgever heeft, al geeft de discussie over de teloorgang van het aloude Kroonberoep in Straatsburg toch aan dat ook de kwestie van onafhankelijkheid nog wel de aandacht kan trekken. Die onafhankelijkheid heeft er nog niet zo heel erg

79 G.J.M. Corstens 2005, a.w., p. 127-129.

80 Zie bijvoorbeeld de discussie over de plaatsvervangers onder kamerstukken II 29 937, nrs. 9, 10, 11, 14 en 15. Voor dit onderzoek is relevant hoezeer (het voorbeeld van) dit onderwerp – anno 2007 – nog tot discussie en verschillen in opvatting kan leiden.

lang geleden toe geleid dat in de Wet RO uitdrukkelijke garanties voor de onafhankelijkheid van de individuele rechter ten opzichte van de organisatie van zijn gerecht en de Raad voor de Rechtspraak zijn opgenomen.⁸¹ Het behoeft geen wettelijke regeling, maar het kan geen kwaad luid en duidelijk uit te spreken dat tot de garantie van een eerlijk proces (zeker in de Nederlandse constellatie die ter zake een zware verantwoordelijkheid op de rechter legt het eerlijk proces vorm te geven), een individuele rechter bij datgene wat hij bijvoorbeeld in het kader van het onderzoek ter terechtzitting in een strafzaak desnoods ambtshalve aan onderzoeksactiviteiten zou willen verrichten, niet al te zeer door factoren van organisatorische of budgettaire aard moet worden bepaald. De onafhankelijkheid van de rechter, hoezeer ook formeel 100% gewaarborgd, kan ook sluimerend en indirect, bijvoorbeeld door te dwingende regeling van bedrijfsmatige aspecten, onder druk geraken.⁸²

Ter zake van de garantie van een bij de wet ingesteld gerecht heeft Knigge de vraag opgeworpen of het wel erg gemakkelijk en slechts zeer formeel binnen de formeel-wettelijke regeling passend gesleep met strafzaken die bijvoorbeeld door het Hof Amsterdam zetelend te Arnhem worden behandeld (er zijn nog wel meer "zaakverdelingsmechanismen"), niet wat nadrukkelijker onder de hier bedoelde garantie van een eerlijk proces zou moeten worden besproken, dan tot nu toe gebeurt.⁸³

Het recht op toegang tot de rechter ten slotte is bij de adequate vormgeving van rechterlijke procedures met betrekking tot de bestuurlijke bestraffing aan de orde geweest. Waar de toegang tot de rechter in dergelijke gevallen het realiseren van het recht op berechting impliceert, liggen toegangsdrempels als griffierechten en de plicht tot het gemotiveerd instellen van beroep, aspecten die in andere bestuursrechtelijke trajecten niet ongebruikelijk zijn, niet voor de hand. De invloed van het recht op een eerlijk proces noopt hier dus tot afwijking van wat in het bestuursrecht noodzakelijk is, een afwijking overigens die, onder invloed van artikel 6 EVRM, ook thans reeds door de wetgever wordt onderkend.

81 Zie art. 23 lid 2 en art. 96 lid 2 Ro.

82 Ingevolge art. 411 lid 2 Sv kunnen bepaalde strafzaken in hoger beroep enkelvoudig worden behandeld. Een gerecht hoeft daartoe in bepaalde categorieën niet te beslissen, maar zal zich daartoe allicht eerder gedwongen voelen als de Raad voor de Rechtspraak op grond van eigen criteria de meercapaciteit, gemoeid met meervoudige afdoening hoewel enkelvoudige afdoening mogelijk is, niet aan het desbetreffende gerecht wil vergoeden.

83 G. Knigge, "Established by law?", RM Themis 2005, p. 241-242.

Deze korte verkenning van enkele inhoudelijke aspecten moge duidelijk maken dat enerzijds uiteraard adequate regeling van deze aspecten betreffende de inrichting van de strafrechtspleging, zelfs al (ver) voor de inwerkingtreding van artikel 6 EVRM, maar ook onder invloed van dat artikel, voorwerp van aandacht van wetgever en rechter is geweest. Zoals reeds ettelijke malen gezegd, is het niet zo dat de meerwaarde van een grondwettelijke voorziening omtrent het eerlijk proces daarin ligt dat adequate waarborg van dergelijke aspecten door een dergelijke voorziening in de Grondwet überhaupt eerst op de agenda zouden komen en daarom een dergelijke voorziening nodig zou zijn. Daarmee is ook omgekeerd gezegd dat de introductie van een dergelijke voorziening niet onmiddellijk tot aanpassing van wetgeving noopt. Wel is het ook hier zo dat bij deze aspecten verdere rechtsontwikkeling en rechtsvorming aan de orde zijn en in de toekomst zullen zijn. Als inspiratie en aanzet tot rechtsvorming kan een dergelijke voorziening wel van belang zijn en meerwaarde hebben. Ter zake van deze rechtsplegingsaspecten kan een grondwettelijke voorziening vooral ook voor integrale beschouwing en regeling van belang zijn. Voor zover hierboven is geïllustreerd dat dergelijke fundamentele aspecten voor de inrichting van de rechtspleging voor het strafrecht ook van concreet belang zijn, kan zulks pleiten voor grondwettelijke specificatie van dit onderdeel van het eerlijk proces.

Aandachtspunt voor de staatscommissie:

Overweeg voor de aspecten betreffende de inrichting van de rechtspleging separaat (los van de meer inhoudelijke rechten van de verdachte) of ter zake een nadere specificatie van rechten in de Grondwet aan de orde is.

V.8. Beroep op een eerlijk proces

Wellicht is het aangewezen aan het einde van dit onderdeel nog kort stil te staan bij de wijze waarop een verdachte, of een andere bij het strafproces betrokkene, een grondwettelijk recht op een eerlijk proces kan invoeren. Zoals dat voor artikel 6 EVRM geldt, staat een verdachte er niets aan in de weg zich voor de rechter voor wie hij terecht staat te beroepen op een grondwettelijke bepaling. Daarvoor maakt het niet uit of het om een in hoofdstuk 1 opgenomen grondrecht gaat, dan wel om een in hoofdstuk 6 opgenomen bepaling inzake de rechtspraak. Via de regelingen van het strafprocesrecht heeft de verdachte die van een dergelijk beroep een

“onderbouwd standpunt” in de zin van artikel 359 lid 2, tweede volzin, Sv maakt, recht op een gemotiveerd antwoord van de rechter als deze niet in het beroep van de verdachte meegaat. In geval van beroep in cassatie zal de verdachte een dergelijk beroep via de in de cassatieschriftuur uit te werken cassatiemiddelen aan de Hoge Raad kunnen voorleggen, hetgeen overigens niet altijd en in alle gevallen tot een inhoudelijk antwoord leidt. Wel zo belangrijk is hier de aard van de strafrechtspleging waarin het vormgeven van een eerlijk proces een ambtshalve verantwoordelijkheid van de rechter is. In het Nederlandse systeem is de rechter er mede verantwoordelijk voor dat hij de procesvorming in de concrete zaak zo inricht dat sprake is van een eerlijk proces. Dat biedt niet alleen de mogelijkheid voor de verdachte om de rechter op die verantwoordelijkheid aan te spreken (een modaliteit die, met recht op een beslissing, nader is geformaliseerd in bijvoorbeeld artikel 315 jo. 328-331 Sv), maar ook de mogelijkheid dat de rechter in hoger beroep c.q. de cassatierechter ambtshalve nagaat of de rechter in eerste aanleg c.q. in hoger beroep zich op adequate wijze van de taak heeft gekweten.

V.9. Afsluiting

In dit onderdeel is nader antwoord gezocht op de vraag of ook binnen het strafrecht argumenten bestaan die meebrengen dat een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces van betekenis kan zijn náást de garantie van artikel 6 EVRM. Dat antwoord moet enerzijds bevestigend luiden. Een bijzonder aspect schuilt daarbij in het vormgeven van het strafproces in elke strafzaak opnieuw volgens de eisen die “het” eerlijk proces daaraan stelt. In dat aspect komt het open karakter van de aanspraak op een eerlijk proces nadrukkelijk naar voren. Ook praktisch is deze invulling in de jurisprudentie van de Hoge Raad nadrukkelijk aanwezig. Gegeven de ontwikkelingen, is niet alleen een overkoepelende garantie op grondwettelijk niveau als zodanig van belang. Er kan een zeker deficit worden aangewezen in de legitimerende basis voor rechtsvorming op dit punt. Precies daar kan een grondwettelijke voorziening van betekenis zijn. Zij kan het “gat” opvullen tussen het EVRM en het strafprocesrecht. Zij kan voorts inspireren tot rechtsvorming op basis van het EVRM dan wel op basis van ongeschreven rechtsbeginselen. Dat is niet een zonder meer doorslaggevend argument om tot een dergelijke grondwettelijke voorziening te komen. Het is wel een benadering die een beslissing tot het inrichten van een dergelijke voorziening mee zou kunnen ondersteunen.

Aandachtspunt voor de staatscommissie:

Bovenstaande excursie naar onderscheiden onderdelen van het strafprocesrecht moge andermaal illustreren dat er bij die onderwerpen voldoende raakvlakken met het eerlijk proces bestaan. Ook is duidelijk dat voor de vormgeving ervan lang niet altijd naar Straatsburg kan worden gekeken. Rechtsvorming ter zake, juist ook vanuit het perspectief van de realisatie van de aanspraak op een eerlijk proces, is van belang. Die rechtsvorming gebeurt door explicatie van aan de orde zijnde vragen, door discussie, door het opwerpen van verweren in het strafproces, door gemotiveerde vonnissen en door overwegingen van de wetgever. Voor dat alles kan een grondwettelijke bepaling inzake het eerlijk proces grondslag, inspiratie en – wel zo belangrijk – legitimatie zijn.

VI. De verenigbaarheid van een recht op een eerlijk proces met de traditionele betekenis en functie van de Grondwet: de tweede centrale onderzoeksvraag

VI.1. Inleiding

De tweede hoofdonderzoeksvraag luidt als volgt:

“Is de opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet verenigbaar met de traditionele betekenis en functie van de Grondwet; in welk opzicht zou opname van dat recht kunnen leiden tot een verandering of accentverschuiving daarvan, in het bijzonder voor wat betreft de autonoom normatieve betekenis ervan?”

Teneinde deze vraag adequaat te kunnen beantwoorden volgt in het onderstaand eerst een algemene verkenning van de (mogelijke) functies van een grondwet, inclusief een zekere duiding van onze nationale, Nederlandse Grondwet en van discussies over de functie van de Grondwet in Nederland.

VI.2. Functies van de Grondwet

In de staatsrechtelijke literatuur plegen aan grondwetten talrijke kenmerken en daarmee verbonden functies te worden toegeschreven. Een in 2003 uitgevoerde inventarisatie leverde niet minder dan 23 functies van grondwetten op.⁸⁴

Een gangbaar uitgangspunt is de constatering dat constitutionele normen, en grondwetten in het bijzonder, een brug vormen tussen het politieke systeem en het rechtssysteem.⁸⁵ Op basis van dit hoofdonderscheid kunnen vervolgens verschillende functies ten aanzien van het juridische systeem alsook ten aanzien van het politieke systeem worden onderscheiden. Zo is bijvoorbeeld de vaak gehoorde constatering dat in de Grondwet de fundamentele waarden van een samenleving worden belichaamd, in de eerste plaats een functie ten aanzien van het politieke systeem. De voor het rechtssysteem (het juridisch systeem) fundamentele functies van constitutionele normen liggen veeleer in de sfeer van het constitueren van

84 M.A. Cornelissen, “Functies van grondwetten”, doctoraalscriptie Erasmus Universiteit Rotterdam, 2003.

85 N. Luhmann, “Verfassung als evolutionäre Errungenschaft” *Rechtshistorischer journal* 9: 176-220; G.F.M. van der Tang, “Grondwetsbegrip en grondwetsidee” (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1998; Cass Sunstein, “Designing Democracy: What Constitutions Do”, Oxford 2001.

overheidsambten, het attribueren van bevoegdheden (in het geval van constitutionele normen vaak: het attribueren van bevoegdheden tot het attribueren van bevoegdheden – vergelijk artikel 81 e.v. Grondwet), en het reguleren van de uitoefening van bevoegdheden.⁸⁶

In het kader van de juridische functies van de Grondwet (of de functies ten aanzien van het rechtssysteem) is van belang dat de Grondwet de basisnormen bevat die voor de rechtsvorming en rechtspleging van belang zijn. Tot die basisnormen behoort de normering van de overheidsorganisatie: het vastleggen van de hoofdtrekken van die organisatie, het constitueren van de belangrijkste ambten (volksvertegenwoordiging, regering, staats-hoofd, wetgever, rechterlijke ambten), en het omschrijven van de kernbevoegdheden. Daartoe kunnen ook – zoals in de Grondwet van het Koninkrijk der Nederlanden het geval is – codificatie-opdrachten in de Grondwet behoren.⁸⁷ Met een dergelijke bepaling verschijnen in de Grondwet dan artikelen die een opdracht voor de inhoud van de rechtsvorming behelzen. Ten slotte is ook het vastleggen van de belangrijkste fundamentele rechten van de burger naar modern inzicht een onmisbaar bestanddeel van de constitutionele normering.

De politieke functies van de Grondwet (of: de functies ten aanzien van het politieke systeem) zijn talrijk. Door middel van de Grondwet kunnen de belangrijke kenmerken van een politiek systeem worden vastgelegd. In democratische staten pleegt de vormgeving van de parlementaire vertegenwoordiging, de regeling van de hoofdkenmerken van het kiesstelsel en de normering van verkiezingen in de Grondwet te worden vastgelegd. Ook de positie van volksvertegenwoordigers pleegt in de Grondwet te worden aangeduid in hoofdlijnen (incompatibiliteiten, geen last of ruggespraak, zuiveringseed, e.d.). Gelet op het feit dat historisch gezien grondwetten veelal tot stand gekomen zijn als gevolg van een verandering van regime (revoluties waarbij een nieuwe staatsvorm of regeringsvorm tot stand wordt gebracht, nieuw verworven onafhankelijkheid, het beëindigen van een (burger-)oorlog, of een combinatie van verschillende van deze factoren) behoeft het geen verbazing te wekken dat de politieke – waaronder de symbolische – functies van de Grondwet vaak sterk op de voorgrond staan. Zij plegen ook het accent te hebben van de creatie van het nieuwe. Soms wordt zelfs een nieuwe jaartelling tot stand gebracht.

86 Zie voor deze driedeling met name C.A.J.M. Kortmann, "Constitutioneel recht", 4^{de} druk, Deventer: Kluwer 2005.

87 Art. 107 en art. 108 Grondwet.

Tot zover enige algemene beschouwingen over de functies van een Grondwet.

VI.3. “Publieken” van de Grondwet

Voor een goed zicht op de functies van een grondwet is van belang nader te onderscheiden tussen de verschillende *publieken* van de Grondwet. Een korte verkenning daarvan levert het volgende beeld op.

De politiek

Bij de totstandkoming van wetgeving dienen de normen die in de Grondwet zijn vastgelegd te worden gevolgd, zowel in procedurele zin (bijv. proces van wetgeving, advisering) als inhoudelijk (bijv. inachtneming van de grondrechtsnormen).

Het algemeen publiek/Het Volk

Hier speelt de roemruchte symboolfunctie van de Grondwet als uitdrukking van de nationale identiteit, als vastlegging en codificatie van de belangrijkste waarden in een samenleving, van onderling respect, tolerantie, democratie en rechtsstatelijkheid, en wat dies meer zij. Over deze functie bestaan de grootst mogelijke misverstanden en controverses (zie alleen al de wijze waarop in Nederland met artikel 1 van de Grondwet wordt omgegaan) maar zij lijkt onmiskenbaar aanwezig en een bestanddeel (of minstens de achtergrondmuziek) van een deel van het hedendaagse staatsrechtelijke discours met betrekking tot Grondwet en grondwetsherziening. Hierin past ook dat thans een grondwet in “gewone mensentaal” beschikbaar is.⁸⁸

De rechtsvormende ambten, inclusief de rechter

De Grondwet bepaalt, zoals gezegd, de kaders waarbinnen rechtsvorming plaatsvindt, wijst onderdelen aan waar rechtsvorming dient plaats te vinden (bijvoorbeeld codificatie), verdeelt bevoegdheden tot rechtsvorming (hoofdstuk 5, hoofdstuk 6) en kan waarden aangeven waarop de rechtsvorming georiënteerd dient te zijn. Daarnaast heeft de rechter, naar de Nederlandse Grondwet, de bevoegdheid om alle algemeen verbindende voorschriften aan de Grondwet te toetsen, met uitzondering van de wetgeving die afkomstig is van regering en Staten-Generaal volgens de procedure van artikel 81 e.v. Grondwet (cf. artikel 120 Grondwet).

88 K. Heij en W.M.G. Visser, “De Grondwet in eenvoudig Nederlands”, Den Haag: SDU 2007; kritisch hierover J. Renkema, “Wie Nederlander is staat in de wet”, *Onze Taal* 2008, afl. 1, p. 10-13.

Artikel 112 Grondwet vormt de grondslag waarop de rechter vorderingen uit onrechtmatige daad tegen de overheid beoordeelt. Uiteraard zijn de grondrechten voor de rechterlijke toetsing van bestuurlijk handelen en voor de beoordeling van algemeen verbindende voorschriften van eminent belang. De rechter zelf is ook aan de grondrechtsnormen gebonden, al is dit naar Nederlands recht niet een bijzonder duidelijk leerstuk, anders dan in het Duitse recht, waarin dit ondubbelzinnig is vastgelegd.

De juridische argumentatiegemeenschap

Het is niet eenvoudig om aan te geven wat precies de functie van de Grondwet binnen de juridische argumentatiegemeenschap is, maar zij lijkt onmiskenbaar aanwezig. Met alle voorzichtigheid die voortvloeit uit het feit dat hier geen gedegen sociaal-wetenschappelijk onderzoek naar heeft plaatsgevonden, zou men kunnen opperen dat de *oriëntatie op rechtsstatelijkheid* de kernwaarde vormt die voor veel juristen met de Grondwet verbonden is. Die oriëntatie moet dan ook zo goed mogelijk in de vormgeving en de bewoordingen van de Grondwet tot uitdrukking komen. Niet identiek maar wel hiermee verbonden is de vastlegging in de Grondwet van enkele fundamentele waarden.⁸⁹ Voorbeelden voor Nederland zouden we kunnen vinden binnen het strafrechtelijk discours (openbaarheid van terechtzittingen, berechting van strafbare feiten door de rechter, het voorbehouden van het opleggen van de straf van vrijheidsbeneming aan de rechter)⁹⁰, of binnen het privaatrecht: de constitutionele aspecten van de onrechtmatige overheidsdaad, horizontale werking van grondrechten en de discussie over de constitutionalisering van het vermogensrecht.

“Smal” en “breed” begrip van de Grondwet

In samenhang met het vorige staat, dat in de literatuur wel onderscheid wordt gemaakt tussen een “smal” grondwetsbegrip – waarin een grondwet een beperkt bereik en een beperkt aantal functies heeft – en een “breed” grondwetsbegrip waarin het bereik en de functies van de Grondwet groter zijn. De omvang van deze studie laat niet toe dat hierop uitvoerig wordt ingegaan, maar het punt wordt hier wel genoteerd omdat het voor de vraag of en hoe een bepaling over het recht op een eerlijk

89 W.M.E. Thomassen, “Fundamentele waarden in het recht” (oratie Rotterdam) Den Haag: Boom Juridisch 2006. R. de Lange, “The European public order, constitutional principles and fundamental rights”, *Erasmus Law Review* 2007, p. 1-24.

90 P.A.M. Mevis 1998, a.w.

proces in de Grondwet dient te worden opgenomen niet zonder belang is.⁹¹

VI.4. Samenhang

De juridische betekenis van de Grondwet treedt minder op de voorgrond naarmate het publiek waarvoor de Grondwet bestemd is, minder uit juridische professionals bestaat. Hoe algemener het publiek, hoe politieker de functie van de Grondwet. Reeds in de analyse van J. van der Hoeven (De plaats van de Grondwet in het constitutionele recht, diss. 1958) komt dit aspect naar voren. De verwevenheid van constitutionele normering met de politieke machtsverhoudingen en de afhankelijkheid van de constitutie ten opzichte van die politieke machtsverhoudingen draagt ertoe bij dat aan de Grondwet slechts een beperkte normatieve kracht kan worden toegeschreven, aldus Van der Hoeven.

Anders dan Van der Hoeven gaan wij niet uit van een beperkte betekenis van de Grondwet in het licht van de "feitelijke" verhoudingen. Veeleer zouden wij willen benadrukken dat de Grondwet een politiek-symbolische functie kan vervullen die sterker kan zijn dan menig ander document of symbool. Dat grote aantallen mensen de straat op gaan om te demonstreren voor een nieuwe grondwet, of juist voor het behoud van een bestaande grondwet, of voor een betere handhaving of bescherming daarvan, kwam reeds in de 19e eeuw voor en is ook vandaag de dag in Europa geen onbekend verschijnsel. Ook in Nederland lijkt deze betekenis van de Grondwet tegenwoordig weer nader op de voorgrond te treden, zoals in onderdeel III.2.1. is belicht.

VI.5. Toespitsing op de Nederlandse Grondwet

Brengt dit ons reeds tot conclusies omtrent het opnemen van een aanspraak inzake het eerlijk proces in de Nederlandse Grondwet?

De insteek van de hier behandelde onderzoeksvraag is die naar de verenigbaarheid van een recht op een eerlijk proces in de Grondwet met de traditionele betekenis en functie van de Grondwet. In die traditie van betekenis en functie van de Nederlandse Grondwet komt zowel de politieke als de juridische functie aan orde; beide functies zijn, zij het niet al te sterk, onderdeel van die traditie.

91 Zie verder Virgilio Afonso da Silva, "Grundrechte und gesetzgeberische spielräume", Baden-Baden 2003, p. 67 e.v.

In onderdeel II.3.1. is belicht dat het recht op een eerlijk proces als zodanig traditioneel in onze Grondwet ontbreekt. Daaraan bestond dus kennelijk ten aanzien van geen enkele functie of voor geen publiek enige behoefte.

De politiek-symbolische betekenis van onze Grondwet behoort (ook) tot de traditie ervan. Het opnemen van het recht op een eerlijk proces als een belangrijk recht kan aan die betekenis bijdragen en past in zoverre in de traditionele betekenis van de Grondwet. Of dat genoeg grond is daartoe over te gaan, is een andere vraag. Er is al op gewezen dat een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces niet nodig is om dit recht überhaupt te doen vestigen; het bestaat al, zij het niet in de Grondwet. Het zichtbaar maken van een dergelijk, belangrijk recht in die Grondwet past anderzijds goed in de politiek-symbolische betekenis.

De argumenten op grond waarvan opneming van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet dient te worden overwogen, liggen naar ons oordeel primair in de sfeer van de juridische functie(s) van de Grondwet. Erkenning van fundamentele waarden sluit aan bij de juridische functie van de Grondwet en heeft daarmee betekenis voor het publiek waarop de Grondwet zich in die functie richt. Dat betreft met name de rechter en de wetgever. Dit is wellicht een van de traditioneel belangrijkste functies van de Grondwet. De uitbreiding van grondrechten bij de grondwetsherziening 1983 laat dat zien. Maar ook daarvoor bevatte de Grondwet al bepalingen die in deze functie en traditie stonden en die gerelateerd zijn aan aspecten van het eerlijk proces in strafzaken. Het al vaker genoemde, huidige artikel 121 Grondwet is daarvan het beste voorbeeld meer indirect levert de codificatieopdracht van het huidige artikel 107 Grondwet een ander goed voorbeeld. Het opnemen van een recht op een eerlijk proces, bijvoorbeeld in een opdracht aan rechter en wetgever om dat recht te realiseren in hoofdstuk 6 van de Grondwet, past daarmee in deze traditionele functie van de Grondwet.

Rechtsvorming

Daarbij komt het aspect van de rechtsvorming dat hiervoor nader is ontwikkeld.

De basisnormen van rechtsvorming en rechtspleging, meer in het bijzonder wat wel genoemd is "due process als levensvorm",⁹² kunnen vanuit een grondwettelijke voorziening nader worden verfijnd en uitgebreid met een recht op een eerlijk proces. Te onderkennen valt een meerwaarde voor een

92 E.M.H. Hirsch Ballin, "Het EVRM in de 21ste eeuw", in: R.A. Lawson, E. Myjer (red.), "50 jaar EVRM", Leiden: NJCM-Boekerij 2000, p. 611-622, met name p. 615-616.

dergelijke grondwettelijke bepaling, passend in de functie van het formuleren van opdrachten aan de rechtsvormers, als legitimering en steun in die rechtsvorming omtrent het eerlijk proces, juist omdat dat recht als "levensvorm" voor de realisatie en operationalisering daarvan sterk afhankelijk is van rechtsvorming door wetgever en (niet in de laatste plaats) rechter welke laatste immers in elke procedure opnieuw het eerlijk proces in concreto vorm moet geven. Dat juist daar een grondwettelijke voorziening ook inhoudelijk voor het strafrecht van belang kan zijn (ook naast "Straatsburg") is hiervoor nader geëxpliciteerd. Daarbij kwamen zowel interne rechten (rechten betreffende het strafproces zoals de onschuldpresumptie) als externe rechten (rechten betreffende de rechtspleging) als ter zake relevant aan de orde.

Alleen een recht op een eerlijk proces of ook een uitwerking?

In de traditie van onze Grondwet past minder dat dergelijke bepalingen de inhoud van rechtsvorming en rechtspleging inhoudelijk gedetailleerd zouden regelen. In zoverre ligt een algemene bepaling waarin wordt volstaan met het noemen van het eerlijk proces eerder in de lijn van de traditionele betekenis en functie van onze Grondwet, dan een grondwettelijke bepaling waarin nader gedetailleerd met een catalogus van rechten wordt ingevuld welke rechten dat eerlijk proces precies zou bevatten. Het past eerder in de traditie de uitwerking ervan – via de codificatieopdracht – over te laten aan c.q. op te dragen aan uitwerking door – in eerste instantie – de wetgever en wel, binnen de grenzen en mogelijkheden van artikel 107 Grondwet, aan de wetgever in formele zin ter regeling van een en ander in centrale wetboeken voor de hoofdgebieden van het recht.

Behoeft vanuit de juridische argumentatiegemeenschap

Tot de traditionele betekenis van de Grondwet behoort via verschillende functies en ten behoeve van verschillende publieken het regelen van de inrichting van de rechtspraak. Het huidige hoofdstuk 6 getuigt daarvan.

Daarbij is dan van belang dat, zoals in onderdeel II uitvoerig aangegeven, aannemelijk is dat er binnen de juridische argumentatiegemeenschap draagvlak is voor herziening van de Grondwet ter zake. Zo bijvoorbeeld het afschaffen van het onderscheid tussen gerechten die wel en die niet tot de rechterlijke macht behoren. Dat onderscheid heeft heden ten dage zijn

betekenis verloren. Deze argumenten voor herziening komen, zoals in onderdeel II onderkend, uit andere bron voort dan de eventuele erkenning van het grondrecht op een eerlijk proces. Maar ook het opnemen van een algemene bepaling over rechterlijke onafhankelijkheid en onpartijdigheid (en de waarborgen daarvoor) zal naar alle waarschijnlijkheid bij veel juristen in goede aarde vallen. Ter zake is in onderdeel II gesproken van een noodzakelijke "inhaalslag" sinds de grondwetswijziging van 1983. De Grondwet gaat met zulke bepalingen duidelijker de contouren van rechtspraak als een op rechtsstatelijkheid gerichte overheidsorganisatie bevatten. Dat zij die contouren benoemt, bijvoorbeeld in het kader van de opdracht om het eerlijk proces te realiseren of als onderdeel van dat als zodanig in de Grondwet geregeld recht, sluit aan bij reeds bestaande bepalingen ter zake. In zoverre daarbij sprake is van een zekere, bestendige rechtsontwikkeling sinds 1983 en het van daaruit doordenken van de (her)inrichting van de Grondwet, bestaat met het opnemen van een voorziening inzake het eerlijk proces een minder grote breuk met de traditie dan op het eerste gezicht het geval lijkt te zijn.

VI.6. *Het recht op een eerlijk proces in de Grondwet*

Voor de beantwoording van de tweede onderzoeksvraag en met het oog op de hiernavolgende beantwoording van de overige onderzoeksvragen is een verkenning van de mogelijke nadere vormgeving van een eventuele grondwettelijke voorziening van belang. Ten aanzien van de vraag naar de vormgeving van een dergelijke bepaling kan worden onderscheiden tussen de vragen naar het hoe en waar van een dergelijke voorziening.

Ten aanzien van de plaats van een grondwettelijke bepaling dienen zich twee mogelijkheden aan: in hoofdstuk 1 inzake grondrechten en in hoofdstuk 6 over rechtspraak.

Plaatsing van een recht op eerlijk proces in hoofdstuk 1 inzake grondrechten; alleen de aanspraak noemen of ook een catalogus van rechten toevoegen?

In geval van plaatsing van een voorziening inzake het eerlijk proces in hoofdstuk 1 zal die voorziening het karakter krijgen van een grondrecht. Dat is als zodanig dan nieuw; zo'n grondrecht is er nog niet.

Een voorziening in hoofdstuk 1 sluit aan bij het EVRM met name vanwege het feit dat in dat verdrag eerlijke procesvoering in termen van een recht van de justitiabele wordt geformuleerd. De inhoud ervan is in het strafrecht en de regeling van de strafrechtelijke rechtspleging verworpen tot daarin in acht te nemen aanspraken van de verdachte. Plaatsing in hoofdstuk 1 maakt duidelijk dat deze elementen niet uitsluitend dienen te worden gerealiseerd door middel van daarop gerichte wetgeving en een adequate vormgeving van de rechterlijke organisatie, maar dat de justitiabele ook daadwerkelijk in de positie is om naleving van de betreffende voorschriften tegenover bestuur en rechter af te dwingen. In die optiek sluit een dergelijke bepaling minder aan bij de traditionele betekenis van de Grondwet. Wel zijn twee relativeringen relevant. Zo'n bepaling sluit, waar deze elementen als gezegd reeds in de strafrechtspleging zijn erkend, aan bij die ontwikkeling en codificeert ze als het ware. Van een autonoom-normatieve betekenis is daarbij geen sprake. In concreto is bijvoorbeeld niet goed voorstelbaar dat de hiervoor beschreven wijze waarop de aanspraak van de verdachte op een eerlijk proces in het strafprocesrecht door de Hoge Raad is gerealiseerd, zich zal wijzigen door een grondwettelijke erkenning van een dergelijke aanspraak. Een wijziging van rechtspraak is in elk geval niet noodzakelijk. Ook de separaat besproken meerwaarde van een grondwettelijke voorziening, met name zijn symboolwaarde, laat zien dat aan het opnemen van een voorziening in hoofdstuk 1 toch ook aspecten kleven die wel passen in het traditionele karakter van onze Grondwet. En ook een in hoofdstuk 1 opgenomen voorziening heeft eerst en vooral betekenis voor de rechtsvorming in het strafrecht. Ook daarin breekt een dergelijke bepaling niet met het karakter van onze Grondwet.

Regeling van een grondrecht met een inhoudelijke catalogus van procesuele rechten (de vraag naar het "hoe" van een grondwettelijke bepaling), past minder goed in de bestaande catalogus van grondrechten. In zoverre sluit de bepaling minder goed aan bij de traditie. Van een dergelijke opsomming gaat ook iets nadrukkelijker het karakter van een "minimumstandaard" uit welke accentuering daarmee ook sterkere betekenis kan hebben voor de autonome betekenis die rechtsvormers daaraan zouden kunnen geven. Hoe meer processuele rechten er expliciet en gedetailleerd in de Grondwet worden benoemd, hoe aannemelijker dat deze bepaling

een nadrukkelijker en autonomere betekenis in de rechtsvorming zal gaan krijgen. Maar ook dan zal dat zonder nadere uitwerking in strafrechtelijke regelgeving en toepassing niet kunnen.

Plaatsing van een recht op eerlijk proces in hoofdstuk 6 inzake rechtspraak

Het moge duidelijk zijn dat zowel binnen de hiervoor als belangrijke meerwaarde aangeduide betekenis voor de rechtsvorming in het strafrecht, als voor het in onderdeel II besproken facet van regeling van aspecten van rechtspleging, het opnemen van een voorziening in hoofdstuk 6 in lijn ligt met de traditionele betekenis van onze Grondwet. Plaatsing in hoofdstuk 6 zou immers kunnen worden gezien als een uiting van de gedachte dat de rechten en vrijheden van de burgers niet uitsluitend dienen te worden gerealiseerd door toekenning van additionele rechten aan de burgers, maar ook door ernst te maken met de verwerkelijking van de dragende beginselen van de democratische rechtsstaat in de vormgeving van de instituties daarvan.

In de gedachte dat de grondwettelijke bepaling inzake het eerlijk proces verder gaat en ook inhoudelijk een catalogus zou moeten bevatten van de rechten die dat eerlijk proces nader invullen, komt een dergelijke bepaling als gezegd verder af te staan van de traditionele betekenis en functie van de Grondwet. Dat geldt ook als men een bepaling wil formuleren die bruikbaar is als harde toets om wetgeving in formele zin na de opheffing van het toetsingsverbod aan te toetsen of om de uitkomst van een proces, gevoerd in een van de onderscheiden rechtsgebieden, aan te doen toetsen, bijvoorbeeld door een Constitutioneel Hof. Aan die ontwikkelingen gaan wij, zoals in onderdeel I uiteen gezet, in dit onderzoek voorbij.

VI.7. Afsluiting

Het bovenstaande kan met een korte conclusie worden afgesloten. Bij de duiding van “de” traditionele functie en betekenis van de Grondwet is het zinvol nader te onderscheiden tussen de politieke en de juridische functie van de Grondwet, alsmede in de verschillende “publieken” voor wie een grondwet bestemd is. Verkenning van een grondwettelijke voorziening omtrent het eerlijk proces in termen van met deze noties verbonden aspecten, leert dat een generieke bepaling omtrent het eerlijk proces, als opdracht om dat eerlijk proces door wetgever en rechter te doen reali-

seren, weliswaar in zijn algemeenheid verder gaat dan onze Grondwet thans voorziet, maar aspecten ervan wel reeds in de Grondwet te herkennen zijn. In zoverre sluit een grondwettelijke voorziening omtrent het eerlijk proces aan bij de onderdelen van de traditionele functie en betekenis van de Grondwet. Het opnemen van zo'n voorziening is, in termen van de onderzoeksvraag, met die traditionele betekenis en functie verenigbaar. Dat geldt in het bijzonder voor het onderdeel betreffende de eisen die uit het eerlijk proces voortvloeien voor het in de Grondwet vastleggen van de juridische vormgeving van de rechtspleging en de constitutionele aspecten van die juridische vormgeving, zoals de garantie van rechterlijke onafhankelijkheid.

De explicatie van het eerlijk proces als grondwettelijk gegeven zal, als opdracht tot rechtsvorming, dat opdracht karakter van de Grondwet en die rechtsvorming in het strafrecht versterken. Die werking past goed in de traditionele functie en betekenis van onze Grondwet.

Explicatie van de aanspraak op een eerlijk proces als een waarde van fundamenteel belang is ten aanzien van dat recht als zodanig nieuw. Het recht op een eerlijk proces ontbreekt in de traditie van onze Grondwet. Explicatie van belangrijke waarden past als zodanig wel in die traditie.

In het strafrechtelijk deel is betoogd dat een grondwettelijke voorziening betekenis kan hebben voor een betere doorwerking van – met name – het EVRM. Dat past in de open houding van onze Grondwet ten aanzien van deze doorwerking en "bevordert de internationale rechtsorde".

De betekenis van een grondwettelijke voorziening zal niet in de eerste plaats gelegen zijn in een versterking van de autonoom-normatieve betekenis van de Grondwet. Afhankelijk van vorm en inhoud kan die betekenis wisselen. Van elke gekozen vorm en inhoud zal omgekeerd steeds een zekere versterking van die autonome betekenis uitgaan. In dat opzicht sluit een grondwettelijke bepaling inzake het eerlijk proces het minst aan bij de traditionele functie en betekenis van de Grondwet.

Louter vanuit het strafrecht bekeken in het licht van hetgeen daarover in de eerdere delen van dit rapport is gezegd, kan de conclusie dezelfde zijn.

Een grondwettelijke bepaling heeft vooral betekenis voor de rechtsvorming in het strafrecht in regelgeving en toepassing. Een dergelijke bepaling zal minder betekenis hebben in een autonoom normatieve betekenis. Dat de Grondwet traditioneel ter zake (enkele, fragmentarische) strafrechtelijk relevante bepalingen bevat, laat de huidige Grondwet zien in, bijvoorbeeld artikel 121. Een overkoepelende garantie als het eerlijk proces, bevat de Grondwet traditioneel niet, maar verschilt niet wezenlijk van een garantie als die omtrent de openbaarheid van terechtzittingen (art. 121 Grondwet). Een versterking en explicatie van dat recht als zodanig is wel nieuw.

Het bovenstaande leidt tot de navolgende observaties voor de staatscommissie:

De Grondwet heeft traditioneel een symbolische functie. Het opnemen van een belangrijk recht als het recht op een eerlijk proces past in die functie.

De Grondwet heeft traditioneel een juridische functie met de rechter en de wetgever als voornaam publiek. Zeker waar een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces van betekenis is voor de rechtsvorming in het strafrecht, past een dergelijke bepaling bij uitstek in die functie.

Dat geldt in het bijzonder ook voor het in de Grondwet opnemen van regels betreffende de organisatie van de rechtspraak die de rechtspraak inhoudelijk op ter zake bestaande eisen van een eerlijk proces gericht houdt, zoals garanties voor de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter.

Aangezien het recht op een eerlijk proces reeds bestaat, past een grondwettelijke regeling daarvan minder in de politieke functie van de Grondwet om fundamentele waarden vast te leggen. Wel past het zichtbaar maken van dat recht in deze functie.

Het lijkt erop dat hedentendage de symbolische functie van de Grondwet in de richting van het publiek kan worden versterkt. Het recht op een eerlijk proces is belangrijk genoeg om door erkenning daarvan de betekenis van de Grondwet voor het publiek te versterken.

VII. Toevoeging voor de rechtsbescherming van de burger?

VII.1. Inleiding

Na de twee centrale onderzoeksvragen is een eerste deelvraag aan de orde die als volgt is geformuleerd:

Wat kan opname van genoemd recht in de Grondwet in normatief opzicht toevoegen aan de rechtsbescherming van de Nederlandse burger?

Het antwoord op deze onderzoeksvraag vloeit al grotendeels uit de voorgaande analyse van de meerwaarde van een grondwettelijke voorziening voort. Onderscheid wordt gemaakt naar directe en indirecte betekenis. Verder wordt onderscheiden tussen aspecten van rechtsbescherming op constitutioneel niveau en op strafrechtelijk niveau.

VII.2. *Weinig directe toevoeging aan de rechtsbescherming*

Het feit dat de vraag naar de meerwaarde van een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces aan een staatscommissie is voorgelegd, vindt zijn grondslag niet in een geconstateerd gebrek aan rechtsbescherming dat door een grondwetswijziging kan worden gedicht. Omgekeerd voegt een dergelijke grondwettelijke voorziening weinig toe aan de directe rechtsbescherming van de burger.

Voor het grondwettelijk niveau geldt dat explicatie van een aanspraak op het eerlijk proces weinig toevoegt aan de rechtsbescherming omdat een dergelijke aanspraak toch altijd in strafrechtelijke regelgeving en de toepassing daarvan moet worden geoperationaliseerd.⁹³ Dat geldt ook ingeval de grondwetsvoorziening nader aangeeft welke rechten ten minste van dat eerlijk proces deel uitmaken.

Een grondwettelijke voorziening is voorts niet nodig om de aanspraak van artikel 6 EVRM überhaupt te doen doorwerken in de Nederlandse rechtsorde, nu dat artikel een "een ieder verbindende" verdragsbepaling is.

Vanuit de optiek van het strafrecht en de verdachte bekeken, is het niet zo dat laatstgenoemde er met een dergelijke grondwettelijke voorziening

⁹³ Dat volgt ook uit het hierna nog te beschrijven situatie in enkele andere EU-landen waarin de aanspraak op een eerlijk proces al wat nadrukkelijker deel uitmaakt van het constitutionele recht.

een recht bij krijgt dat hij zonder een grondwettelijke voorziening niet zou hebben. Het EVRM kent hem dat recht al toe terwijl de hele regeling van de Nederlandse strafvordering ten minste de pretentie heeft om aan de verdachte eerlijk proces te garanderen. De verdachte krijgt er met een grondwettelijke voorziening ook geen aanspraak op een ander strafproces(recht) bij (juryrechtspraak bijvoorbeeld). Grondwet noch artikel 6 EVRM dwingen immers tot een bepaald procesmodel.

VII.3. Wel indirecte toevoeging met name in onderling verband

Het valt wel te verdedigen dat een grondwettelijke voorziening meer indirect in menig opzicht een toegevoegde betekenis heeft voor de rechtsbescherming van de (verdachte) burger. Wij stippen die aspecten op grond van de voorgaande onderdelen van dit onderzoek hierna aan. De toegevoegde waarde kan per aspect nog in mate verschillen. Op deze plaats zij er nog op gewezen dat ook in de totaliteit van aspecten een argument van meerwaarde kan liggen: vele, ook indirecte beetjes maken samen toch een boel.

Symboolfunctie

Het codificeren van een zo belangrijke aanspraak als het eerlijk proces in een document met het soortelijk gewicht van een Grondwet en bovendien als onderdeel van een proces waarin wordt beoogd de Nederlandse Grondwet ook voor gewone, geïnteresseerde burger, in het kader van de versterking van zijn burgerschap meer betekenis te geven, belicht de waarde van dat recht voor die burger. Een levende Grondwet en zijn inhoud is allicht van meer betekenis dan een dode. Vanuit het strafrecht kan daarbij in het bijzonder ook worden gewezen op degene die in Nederland wordt berecht voor internationale misdrijven of degene die in het kader van de toenevend intensieve internationale samenwerking in strafzaken (binnen de EU steeds meer op basis van wederzijdse erkenning) als buitenstaander met het Nederlandse strafrecht in aanmerking komt. Voorts kan een dergelijke bepaling bij het grotere publiek ook vertrouwen uitdrukken en vestigen dat in Nederland, ondanks ophefmakende strafzaken als Putten, Schiedam, etc. een eerlijk proces geëist en gewaarborgd blijft.⁹⁴ Wel moet worden opgemerkt dat de burger tegenwoordig niet altijd met dezelfde oogopslag naar het recht van de verdachte op een eerlijk proces kijkt als bijvoorbeeld de founding fathers van het EVRM dat gedaan hebben. In zoverre kan een voorstel voor het uitdrukkelijk opnemen van een aan-

⁹⁴ In de hierna nog te bespreken, actuele discussie in het Verenigd Koninkrijk speelt dit element een rol van betekenis.

spraak op een eerlijk proces voor de verdachte in de Grondwet ook wel op onbegrip stuiten en om uitleg vragen. Juist als het recht op een eerlijk proces voor de verdachte in de "vox populi" geen vanzelfsprekendheid meer is, kan expliciete garantie van betekenis zijn.⁹⁵

Ook voor derde-betrokkenen, zoals getuigen en slachtoffers, kan het van betekenis zijn dat de Grondwet erkent dat een strafproces ook in hun richting⁹⁶ en in de bescherming van hun belangen "eerlijk" moet zijn, al zal dat in de praktijk leiden tot een noodzakelijke belangenafweging tussen de aanspraken van deze personen en die van de verdachte. (Het eerlijk proces als "open" recht komt daarmee weer om de hoek kijken).

Bijdrage aan de rechtsvorming

Een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces kan bijdragen aan het initiëren en activeren van de rechtsvorming ter zake. Van zo een voorziening kan inspiratie tot rechtsvorming uitgaan in de richting van de wetgever. Een dergelijke voorziening ondersteunt en legitimeert de rechtsvorming door de wetgever en de rechter. Zij kan leiden tot constructieve, constitutionele dialoog tussen rechter en wetgever. Naarmate die dialoog meer tot zijn recht komt en betekenis krijgt, zal ook de inhoudelijke waarde van hetgeen waarop de dialoog betrekking heeft, toenemen. Dit element wordt versterkt door het systeem van het Nederlandse strafprocesrecht, waarin de burger voor de realisering van zijn (grond)rechten van de functionarissen van de strafvorderlijke overheid afhankelijk is, aangezien zijn (grond)rechten in dat systeem veelal tot instructienormen voor die functionarissen zijn omgewerkt.

De garantie van de eisen van een eerlijk proces lossen in dat systeem als het ware op in de ambtshalve verantwoordelijkheid van wetgever en strafrechter voor de kwaliteit van de gedingvoering en de uitkomst van het geding. Daarbij komt dat in een dergelijk systeem er niet in is voorzien dat de burger zijn grondrechten kan inzetten om – bijvoorbeeld de rechter – de wijze te doen controleren waarop die organen en functionarissen aan die instructienormen inhoud hebben gegeven.

95 Los van de rechtspositie: daarmee kan ook het wel gehoorde punt van kritiek worden weggenomen dat onwelgevallige beslissingen omtrent "eerlijk proces" uit Straatsburg op het conto van het on-Nederlands karakter van "Straatsburg" moet worden geschreven en niet zozeer op de kwalitatieve meerwaarde van de inhoud van de beslissing. Dit punt raakt aan de eerder aangestipte vraag of een grondwettelijke voorziening omtrent het eerlijk proces en adequate toepassing daarvan in de rechtspleging en rechtsvorming, via het leerstuk van de "margin of appreciation" de afstand tot "Straatsburg" niet ook zou kunnen vergroten.

96 Bijvoorbeeld bij het realiseren en begrenzen van het spreekrecht van slachtoffers ter terechtzitting.

De grondwetgever kan in dit kader bij gelegenheid van de grondwetswijziging de taak van de wetgever en de rechter om de notie van het eerlijk proces sterker te laten doorklinken, nadrukkelijk vorm geven, bijvoorbeeld door in de MvT te overwegen dat een grondrechtelijke aanspraak op een eerlijk proces er toe dient te leiden dat de wetgever bij alle wetsvoorstellen waar dat aan de orde is, aandacht besteedt aan de conformiteit van het voorgestelde met deze grondwettelijke aanspraak (in dat kader is hiervoor ook gewezen op de Aanwijzingen voor de wetgever) terwijl hij voor het strafprocesrecht bijvoorbeeld verstaat dat een beroep op een dergelijke grondwettelijke aanspraak te allen tijde wordt begrepen onder het in artikel 359 lid 2, tweede volzin, Sv bedoelde "onderbouwde standpunt" dat de rechter noopt tot een gemotiveerde reactie op een dergelijk standpunt als hij het afwijst. De wetgever zou in dit kader ook kunnen verstaan dat de rechter, nadrukkelijker dan thans, dient aan te geven wanneer en in welke gevallen de aanwending van strafprocesrecht naar zijn mening, gelet op de grondwettelijke aanspraak, moet leiden tot wijziging van bestaande wetgeving.⁹⁷ Reeds het enkele feit dat een initiatief tot het opnemen van een recht op een eerlijk proces in de Grondwet tot parlementaire en buitenparlementaire gedachteswisselingen zal leiden over realisatie daarvan in bestaande Nederlandse wetgeving, moet in zijn inhoudelijk effect niet worden onderschat.

Doorwerking en realisatie van artikel 6 EVRM

Een grondwettelijke voorziening omtrent het eerlijk proces kan leiden tot betere afstemming met en verdragsconforme uitleg in de richting van artikel 6 EVRM, kan – in reikwijdte en niveau van rechtsbescherming – ruimer zijn dan artikel 6 EVRM en kan bijdragen aan het eerder en gemakkelijker realiseren van de verdragsaanspraken in de nationale strafrechtelijke procedures. Het hierna nog te bespreken rechtsvergelijkend onderzoek bevat wellicht indicaties voor de conclusie dat een sterkere positie van de nationale rechter om zich met de bescherming en doorwerking van fundamentele rechten in te laten, er inhoudelijk toe leidt dat de bescherming van de burger versterkt wordt.

Inrichting van de rechtspleging

De constructie van artikel 6 EVRM en de daarover in dit onderzoek gemelde bevindingen, maken duidelijk dat heldere en inhoudelijk uitgebalanceerde waarborgen voor een wettelijke regeling van kwesties als de onafhankelijk-

heid en onpartijdigheid van de rechter, ook voor het recht van de burger op een eerlijk proces van belang zijn. Deze kwesties hebben immers ook te gelden als aanspraak van de burger jegens de (straf)rechter die de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolgning beoordeelt.

Ten slotte

Een grondwettelijke voorziening omtrent het eerlijk proces kan ook gebruikt worden als grondslag voor een in te richten voorziening als een Constitutioneel Hof dat bevoegd kan worden gemaakt om de uitkomst van het strafgeding op "eerlijkheid" te toetsen. Dan komt Straatsburg naar Den Haag. Dat is de meest verre gaande betekenis die een grondwettelijke voorziening kan hebben. Deze betekenis is – en dat is wel zo belangrijk – afhankelijk van andere ontwikkelingen; ook zonder dit vergezicht kan een grondwettelijke voorziening van betekenis zijn.

VII.4. Afsluiting

Met een introductie van een aanspraak op een eerlijk proces in de Grondwet wordt niet enig bestaand gat in rechtsbescherming gedicht of aan de rechtsbescherming van de burger een recht toegevoegd dat nu niet bestaat. In zoverre is geen sprake van een directe toevoeging van enig niet bestaand recht aan zijn rechtspositie. Maar ook als een grondwettelijke voorziening naar vorm, inhoud en meerwaarde primair in het teken staat van andere doelen dan uitbreiding van rechtsbescherming, zal een dergelijke voorziening toch de aanspraak van de burger op een eerlijk proces ook in normatief oogpunt versterken. In zoverre is indirect sprake van een toegevoegde waarde voor de rechtspositie van de burger in het strafrecht, met name van de verdachte burger die met een strafvervolgning vanwege de overheid wordt geconfronteerd.

Aandachtspunt voor de staatscommissie:

De noodzaak van een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces in strafzaken hoeft niet te worden beredeneerd vanuit een dringende behoefte een gebrek aan rechtsbescherming op te heffen. Een grondwettelijke voorziening bevat wel een uitnodiging tot versterking van de realisatie van dat recht op een eerlijk proces in strafzaken. Er zijn voldoende concrete aspecten en onderwerpen aan te wijzen waarop een dergelijke versterking van betekenis kan zijn, ook als toegevoegde waarde

voor de rechtspositie van de burger. Of en in hoeverre van die ruimte gebruik wordt gemaakt, is een vraag die niet met een enkele grondwetsherziening sec kan worden beïnvloed of beantwoord. Toch kan de verwachting zijn dat een tot activiteit gelegitimeerde wetgever of rechter van de daarin besloten liggende uitnodiging gebruik zal maken.⁹⁸

VIII. Zal een grondwettelijke voorziening wetswijziging noodzakelijk maken?

VIII.1. Inleiding

In dit onderdeel wordt de tweede deelvraag beantwoord. Deze luidt als volgt:

Zal opname van genoemd recht kunnen leiden tot de noodzaak van aanvulling c.q. aanpassing van Nederlandse wet- en regelgeving en zo ja, in welke zin?

VIII.2. Geen noodzaak tot wetswijziging door enkele erkenning

Strafrecht

Aangezien de aanspraak op een eerlijk proces al bestaat, leidt de enkele grondwettelijke erkenning van de aanspraak op een eerlijk proces niet reeds vanwege een grondwetswijziging in die richting tot de noodzaak de regeling van het (straf)procesrecht ingrijpend te herzien. Er hoeft met name ook niet in een ander soort strafproces te worden voorzien. Het is niet noodzakelijk dat wetswijzigingen betreffende de inrichting van het strafproces zouden moeten zijn doorgevoerd vóórdát een grondwettelijke voorziening in werking kan treden.

Constitutioneel recht

In constitutionele termen uitgedrukt betekent het bovenstaande dat geen sprake is van (op het moment van inwerkingtreden van een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces) bestaande wetten, regelingen of besluiten die, in termen van artikel 140 Grondwet, met deze verandering van de Grondwet in strijd zouden zijn en alleen slechts door het bestaan van artikel 140 Grondwet tegen de gevolgen van de introductie van een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk worden beschermd. In zoverre leidt het opnemen van genoemd recht niet tot de noodzaak van aanvulling of aanpassing van regelgeving.

VIII.3. Wijziging in de Grondwet betreffende aspecten van de inrichting van de rechtspleging

In het onderzoek is telkens onderscheid gemaakt tussen de procedurele rechten van de verdachte en de – eveneens uit artikel 6 EVRM voortvloeiende – aspecten betreffende de inrichting van de rechtspleging, zoals

de toegang tot de rechter, waarborgen voor diens onafhankelijkheid en onpartijdigheid en voor de openbaarheid van rechtspraak. De Grondwet bevat daarover al enkele relevante bepalingen, zoals artikel 116 en artikel 121 Grondwet. Als het opnemen van een voorziening omtrent het eerlijk proces wordt overwogen, zullen de consequenties van een dergelijke voorziening voor de aangestipte artikelen moeten worden bekeken. Niet uit te sluiten valt dat de inhoud van deze bepalingen als onderdeel van het eerlijk proces moet worden geherformuleerd c.q. deze bepalingen in andere onderdelen van de Grondwet zullen moeten worden opgenomen.⁹⁹

VIII.4. (Blijvende) inspiratiebron voor de wetgever

Natuurlijk is een grondwettelijke voorziening omtrent het eerlijk proces wel een inspiratiebron voor de wetgever.

Totstandkoming

Dat geldt, zoals aangeduid, reeds voor de enkele operatie tot het opnemen van een dergelijke voorziening. De grondwetswijziging als zodanig zal discussie uitlokken over inhoud en vormgeving van het eerlijk proces in de onderscheiden rechtsgebieden. Zij zal de wetgever en de wetenschap allicht verleiden tot uitspraken over de conformiteit van bestaande onderdelen van de rechtspleging met een eerlijk proces, waar de (grond)wetgever zich over zou kunnen uitlaten en die, langs die lijn, tot aanpassing van wetgeving kunnen leiden.

Toekomstige wetgeving

Deze functie van inspiratiebron zal een dergelijke grondwettelijke voorziening ook nadat zij tot stand is gekomen, behouden. Een dergelijke bepaling drukt immers ook en des te nadrukkelijker de verantwoordelijkheid van de wetgever voor het garanderen van een eerlijk proces uit. Als de discussie omtrent de grondwettelijke voorziening betreffende het eerlijk proces meer helderheid verschaft over wat de wetgever daar precies onder verstaat, kan dat aanleiding zijn de wetgeving meer thematisch door te lichten om te bezien of die op alle onderdelen aan de eisen voldoet en om die wetgeving zonodig aan te passen.¹⁰⁰ Dat geldt te meer als het

99 In deel II zijn de nodige opmerkingen gemaakt om – op andere gronden dan de introductie van de aanspraak op een eerlijk proces – de grondwettelijke voorschriften omtrent rechterlijke macht, rechtspraak en rechtspleging meer algemeen te herzien.

100 De wetgevingsoperatie onder Kamerstukken 22 584, waarbij voor alle strafvorderlijke raadkamerprocedures is nagegaan of deze – op grond van art. 6 EVRM – al dan niet in de openbaarheid moesten plaatsvinden (ook zonder dat het EHRM daar een oordeel over geveld had), kan hier als voorbeeld worden genoemd.

bereik van de grondwettelijke voorziening naar reikwijdte of niveau van rechtsbescherming het bepaalde in artikel 6 EVRM te buiten gaat. Het gaat dan echter eerder om in de discussie opgekomen nadere invulling van de aanspraak op een eerlijk proces waartoe de wetgever wel of niet kan besluiten, dan om door inwerkingtreding van een grondwettelijke voorziening noodzakelijk geworden wijzigingen.

Catalogus van rechten

Dat een grondwetsherziening kan aanzetten tot het doordenken van bestaande strafwetgeving en aldus, indirect en na verloop van tijd, tot wetswijzigingen kan aanzetten, geldt zeker als de grondwettelijke voorziening nader zou uitwerken welke onderscheiden rechten tot dat eerlijk proces behoren.

Wetswijziging als reactie op de rechter

Een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces staat uitdrukkelijk in het teken van dualiteit en dialoog tussen wetgever en rechter. De rechter kan in zijn rechtsvorming en bij de precieze inrichting van het strafproces in elke concrete strafzaak voor hem, gebruik maken van een grondwettelijke voorziening omtrent het eerlijk proces. Zoals belicht, doet hij nu ook al uitdrukkelijk aan rechtsvorming in de richting van vormgeving van het eerlijk proces in concrete zaken, op basis van artikel 6 EVRM en/of op basis van "beginselen van een behoorlijke procesorde" of "de eisen van een eerlijke procesvoering". Dergelijke jurisprudentie kan er toe leiden dat de wetgever op grond van een uitdrukkelijke grondwettelijke voorziening ter zake eerder en gemakkelijker dan thans het geval is, op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad incidenteel of periodiek beziet of bepaalde jurisprudentie tot wijziging van wetgeving aanleiding zou kunnen of moeten geven.¹⁰¹ Maar als gezegd, die inspiratiebron is er nu ook al.¹⁰²

101 Een voorbeeld levert het al eerder besproken arrest van de Hoge Raad 9 oktober 2007, NJ 2008, 43. De daarin op basis van art. 6 EVRM ontwikkelde regel dat – in sommige zaken – het onderzoek ter terechtzitting niet moet worden gesloten alvorens de rechter heeft onderzocht of de eerder wegens verstoring van de orde verwijderde verdachte niet toch nog iets ter verdediging naar voren wil brengen, leent zich voor codificatie (erkenning, uitwerking en precisering) in het Wetboek van Strafvordering.

102 Zie over de terugkoppeling van rechter naar wetgever meer uitgebreid het recente preadvies van J. Gerards, "Wisselwerking tussen wetgever en rechter – naar een betere dialoog?" preadvies voor de Staatsrechtconferentie 2007, onder 5.

Onderdeel van het wetgevingsproces

Een eventuele grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces zal er gemakkelijker en nadrukkelijker toe leiden dat de wetgever bij de totstandkoming van wetgeving aandacht besteed aan de overeenstemming met de eisen van een eerlijk proces. Zo'n beschouwing maakt dan immers deel uit van het antwoord op de vraag naar de grondwetsconformiteit van de voorgestelde regeling. Dat kan er natuurlijk toe leiden dat wetgeving er uiteindelijk anders uit komt te zien dan de regering aanvankelijk voor ogen stond. Een aanzet tot noodzakelijke wijziging van bestaande wetten, ligt daarin niet besloten.

VIII.5. Afsluiting

De opname van een aanspraak op een eerlijk proces in de Grondwet zal het als zodanig niet onmiddellijk noodzakelijk maken dat de bestaande Nederlandse wet- en regelgeving wordt aangevuld of aangepast. Wel zal een dergelijke bepaling nopen te bezien hoe enkele bestaande bepalingen van de Grondwet zich tot zo'n nieuwe bepaling verhouden en of die bestaande bepalingen niet moeten worden aangepast. Voorts kan de verwachting zijn dat een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces haar weg in het proces van rechtsvorming zal vinden. Dan kan blijken dat op onderdelen van regelgeving aanpassing van wetgeving wenselijk of noodzakelijk is. Die noodzaak of wenselijkheid kan zich echter ook nu reeds op grond van bestaande wetgeving voordoen en is de resultante van levend recht welk aspect in het open karakter van het recht op een eerlijk proces tot uitdrukking komt.

Aandachtspunten voor de staatscommissie:

- Het opnemen van een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces zal niet leiden tot de noodzaak van aanvulling c.q. aanpassing van Nederlandse wet- en regelgeving in die zin dat een dergelijke wijziging noodzakelijk is alvorens een grondwetsvoorziening in werking kan treden c.q. bestaande bepalingen door artikel 140 Grondwet moeten worden beschermd.
- Het opnemen van een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces dwingt er wel toe de vraag onder ogen te zien of daarmee verwante bepalingen in de bestaande Grondwet (met name artikel 121 Grondwet) in hun bestaande vorm gehandhaafd kunnen blijven.

- Het opnemen van een grondwettelijke voorziening zal wel een aanzet vormen voor het doordenken van de consequenties van een dergelijke voorziening voor bestaande wetgeving. (In andere delen van dit rapport is dat als meerwaarde van een dergelijke voorziening geformuleerd.)
- Het opnemen van een grondwettelijke voorziening zal voorts een aanzet vormen tot rechtsontwikkeling door wetgeving in de (dynamische) strafrechtelijke toekomst.

IX. Vergelijking met enkele andere landen

IX.1. Inleiding

De derde deelonderzoeksvraag luidt als volgt:

“In welke (selectie van) EU landen ontbreekt eveneens een expliciete bepaling inzake het recht op een eerlijk proces? En wat is daarvoor de centrale reden?”

Vooraf is een aantal kanttekeningen relevant. De vraag hoe de constitutie (al dan niet beperkt tot de geschreven Grondwet) van een bepaald land er naar vorm en inhoud uitziet en welke functie zij heeft c.q. wat haar voornaamste “publiek” is, heeft alles te maken met de constitutionele cultuur en traditie van een bepaalde rechtsorde of, zoals in Midden- en Oost-Europa na 1989 het geval was, met de wens te “breken”¹⁰³ met een bepaalde cultuur en traditie. Het is in het beperkte bestek van dit onderzoek nauwelijks mogelijk om zelfs maar voor een beperkt aantal landen voldoende door te dringen in de constitutionele cultuur en traditie, om ter zake verantwoorde conclusies ten aanzien van de Nederlandse situatie te kunnen aandragen. Verder functioneert de Grondwet in nogal wat landen, anders dan in Nederland, uitdrukkelijk als door de rechter te handhaven schild van rechtsbescherming van de burger tegenover de (parlementaire) wetgever. Bij de bespreking van de situatie in Duitsland zal aandacht worden besteed aan het antwoord op de vraag of een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces in een dergelijk systeem een andere functie en betekenis heeft. Ten slotte, mede gelet op het open karakter van het recht op een eerlijk proces in strafzaken en op de verschillen in de constitutionele en de strafprocesrechtelijke traditie, kan worden vastgesteld dat er eigenlijk geen “modellanden” noch landen met een “best practise” bestaan; (te) veel wordt door de eigenaardigheden van het nationale recht en de nationale rechtscultuur bepaald.

Aandachtspunt voor de staatscommissie:

Voer de discussie over een grondwettelijke voorziening omtrent het eerlijk proces vooral aan de hand van argumenten ontleend aan opvattingen over de plaats, functie en inrichting van de Nederlandse Grondwet en van het Nederlandse strafprocesrecht.

103 De term “breken” is in zoverre verkeerd dat nieuwe constituties uiteraard eerst en vooral een nieuwe constitutionele orde voor de toekomst willen inrichten en daarbij bovendien soms aanknopen bij tradities van vóór de communistische tijd.

In het navolgende wordt aandacht besteed aan:

- de rechtsculturele traditie van een aantal landen;
- een overzicht en korte duiding van relevante grondwetsbepalingen in andere (EU-)landen;
- de met de discussie in Nederland vergelijkbare discussie die thans in het Verenigd Koninkrijk (VK) gevoerd wordt;
- de positie van een voorziening inzake het eerlijk proces in een grondwet met een hoog soortelijk gewicht, zoals in Duistland het geval is;
- de betekenis van een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces voor de afstemming tussen nationaal recht en EVRM-recht.

IX.2. Geen onderdeel van de “Franse” traditie

In onderdeel II.3.1. is aangegeven dat het recht op een eerlijk proces geen deel uitmaakt van de catalogus van grondrechten zoals die zich als product van de Franse Revolutie over een deel van Europa heeft verspreid.¹⁰⁴ In feite bepaalt die oorsprong voor een deel nog steeds de afwezigheid van een dergelijk recht in de grondwetten van, bijvoorbeeld, Nederland, België en Luxemburg. In die traditie past het eerder de kwalitatieve garanties voor een behoorlijk proces neer te leggen en uit te werken in de centrale codificaties van de onderscheiden rechtsterreinen, een uitwerking waartoe de Grondwet daarom in een codificatiebepaling vaak wel zelf opdracht geeft.¹⁰⁵ In zoverre is het ontbreken van een dergelijke voorziening deels ook het nog steeds doorwerkende gevolg van een min of meer toevallige rechtsculturele oorsprong en traditie, welke teruggaat tot de 18de en 19de eeuw. Deze traditie is door de komst en toenemende invloed van het EVRM niet doorbroken, met name ook niet bij de grondwetsherziening 1983.

Aandachtspunt voor de staatscommissie:

Bezie het ontbreken van een grondwettelijke bepaling ook in het licht van het feit dat het ontbreken ervan de resultante is van de rechtsculturele oorsprong van onze Grondwet welke oorsprong op het punt van de garantie van het eerlijk proces nimmer uitdrukkelijk is (her)overwogen.

¹⁰⁴ P. de Hert en S. Gutwirth, 2005, a.w. p. 213-232, i.h.b. onderdeel 5.

¹⁰⁵ Dat wil niet zeggen dat in de verschillende constituties geen bepalingen te vinden zijn die niet in verband staan met (aspecten van) het eerlijk proces. Dat is wel het geval: zie hierna onder IX.3.

IX.3. Wat staat er zoal in de grondwetten van de landen van de EU?

In de bijlagen bij dit rapport is een overzicht opgenomen van grondwettelijke bepalingen van de diverse Europese landen voor zover daarin aspecten van een eerlijk proces in strafzaken geregeld zijn. Bestudering daarvan leidt tot een aantal vaststellingen.

De Grondwet van veel landen bevat meer bepalingen – soms zelfs zeer veel meer bepalingen – inzake het eerlijk proces of facetten daarvan, dan de Nederlandse Grondwet. Eerder is gewezen op de meerwaarde als symboolkarakter van het uitdrukken in de Nederlandse Grondwet van de aanspraak op een eerlijk proces als een fundamenteel recht, zoals dat thans in veel landen en ook op Europees en internationaal vlak wordt gevoeld. In het uitdrukken van die meerwaarde van de aanspraak op een eerlijk proces in de nationale Grondwet steekt Nederland eenvoudigweg mager tegenover andere landen af. De eerder genoemde traditioneel-Franse opvatting heeft ons op achterstand gezet; dat alleen al kan reden zijn de bakens te verzetten.

Tegelijk kan worden geconstateerd dat de garantie van een eerlijk proces als zodanig, maar in enkele Grondwetten voorkomt, te weten Cyprus, Hongarije, Litouwen, Bulgarije, Ierland, Letland, Slovenië, Tsjechië, Polen en Zweden.¹⁰⁶

Heel veel constituties bevatten garanties inzake procedurele aspecten van rechtspleging zoals onafhankelijkheid, onpartijdigheid, openbaarheid van rechtspraak, de eis dat de rechter c.q. het gerecht bij wet moet zijn ingesteld, het recht op toegang tot de rechter en (tot op zekere hoogte) de eis van motivering van rechterlijke beslissingen.

Voor wat betreft de processuele rechten van de verdachte valt op dat met name de onschuldpresumptie nogal eens voorkomt, zowel in moderne Midden- en Oost-Europese constituties als in oudere West-Europese teksten. Ook het recht op voorbereiding van de verdediging en het recht op rechtsbijstand komen in verschillende bewoordingen vaak voor. Dat geldt minder voor andere in artikel 6 EVRM uitdrukkelijk genoemde

¹⁰⁶ Zoals hierna nog zal blijken, is de situatie in het Verenigd Koninkrijk ietwat diffuus. De rechten van het EVRM zijn als zodanig “overgenomen” in de Human Rights Act. Daarmee maakt een expliciete bepaling inzake het eerlijk proces als zodanig deel uit van het Britse recht. Die Human Rights Act heeft formeel de status van een gewone wet. Maar men kan de vraag opwerpen of deze wet niet, gezien zijn inhoud, informeel een groter soortelijk gewicht heeft.

rechten zoals dat tot het ondervragen van getuigen, het recht op bijstand van een tolk of het uitgangspunt van de equality of arms. Voorzover er in de diverse grondwetten ook catalogi te vinden zijn waarin wordt aangegeven welke rechten het eerlijk proces omvat, is dat vrijwel nooit een compleet met artikel 6 EVRM overeenkomende catalogus, al vindt soms impliciet of expliciet verwijzing naar artikel 6 EVRM plaats.

Aandachtspunten voor de staatscommissie:

- Merk op dat de Nederlandse Grondwet in vergelijking met andere landen weinig bepalingen inzake (aspecten van) het eerlijk proces omvat.
- Merk op dat er betrekkelijk weinig landen zijn met een grondwettelijke voorziening betreffende het eerlijk proces als zodanig.

IX.4. Maakt een eigen catalogus van rechten verschil?

Er is enig rechtsvergelijkend onderzoek beschikbaar dat een zeker antwoord geeft op de vraag in hoeverre het uitmaakt voor de bescherming van fundamentele rechten, al naar gelang een land beschikt over een eigen catalogus van grondrechten (bijvoorbeeld inhoudende een recht op een eerlijk proces). In het licht van de hierna nog te bespreken Britse discussie, publiceerden Goold, Lazarus en Swiney in september 2007 het rapport "Public Protection, Proportionality, and the Search for Balance".¹⁰⁷ Zij doen verslag van rechtsvergelijkend onderzoek om te bezien of Britse rechters wellicht minder bereid zijn de overheid toe te staan beperkingen op fundamentele rechten toe te laten, dan andere landen in de voortdurende en actuele tegenstelling tussen "security and public safety". Verder onderzoeken zij met name hoe rechters de tegenstelling tussen deze noties proberen op te lossen en of, en zo ja, in hoeverre het leerstuk van proportionaliteit (van een beperkende maatregel) daarbij al dan niet een rol speelt. Daarmee is het onderzoek niet gericht op de betekenis en meerwaarde van het recht op een eerlijk proces als zodanig. Maar de "fair trial rights" maken wel, als een van de onderzochte rechten, separaat onderdeel uit van het onderzoek.¹⁰⁸

107 B. Goold, L. Lazarus & G. Swiney, "Public Protection, Proportionality and the Search for Balance", Ministry of Justice Research Series 10/07, Londen: September 2007.

108 De andere in het onderzoek betrokken rechten zijn de vrijwaring van foltering (art. 3 EVRM), het recht op vrijheid en veiligheid (art. 5), privacy (art. 8), family life (art. 8), uitingsvrijheid (art. 10) en de vrijheid van vereniging en vergadering (art. 11).

In het onderzoek worden de beslissingen van het EHRM en de beslissingen van de hoogste rechters uit de navolgende landen betrokken: het Verenigd Koninkrijk, Duitsland, Frankrijk en Spanje. De onderzoekers duiden de rechtssystemen van deze landen in hun rapport kort aan en vatten die aanduiding vervolgens samen. Daarbij maken zij de volgende, in het kader van dit rapport, relevante bemerking:

“Finally there is the structural difference between jurisdictions in terms of human rights protection. Some jurisdictions, such as German and Spain, have domestic charters of rights in addition to applying the ECHR. Others, such as France and the UK, rely instead on the ECHR itself as their primary rights instruments. This difference proves to be the single most important distinction between jurisdictions: it has implications for how cases are decided at not only the domestic level, but also how states fare in cases before the ECtHR itself”.¹⁰⁹

Deze laatste opmerkelijke mededeling wordt onderbouwd door de conclusies van het rapport waarin het heet:

“Fifth, the decisive factor in determining the importance of proportionality and the approach of courts in human rights versus security cases across jurisdictions is the existence of a domestic charter of rights. Courts with constitutional systems that include their own charter of rights – such as in Germany and Spain – are more consistent and rigorous in their application of proportionality to rights versus security cases than other jurisdictions which rely solely to the ECHR. This is almost certainly linked to the fact that courts under these domestic constitutions are vested with significant constitutional authority to scrutinize their respective governments and parliaments in the light of constitutional rights. As a consequence, a “British Bill of Rights” would most likely result in stricter rights protection in British Courts”.¹¹⁰

De betekenis van het rapport moet niet dan met de grootste voorzichtigheid worden gelezen. Het bevat conclusies aangaande jurisprudentie ten aanzien van meer rechten dan alleen maar de aanspraak op een eerlijk proces en concentreert zich vervolgens in dat bredere perspectief van rechten eerst en vooral op de werking van de proportionaliteit. Maar als we

¹⁰⁹ Rapport, p. 18. Nederland bevindt zich ten aanzien van het recht op een eerlijk proces in het gezelschap van het Verenigd Koninkrijk en Frankrijk.

¹¹⁰ Rapport, p. 49.

de resultaten zouden mogen vertalen, dan zouden die kunnen impliceren dat de Nederlandse rechter op basis van een voorziening omtrent het eerlijk proces in de eigen Grondwet daaraan wel eens een grotere of in elk geval nadrukkelijker betekenis in zijn jurisprudentie zou kunnen gaan geven. Aangezien dat op basis van nationaal recht gebeurt, heeft de wetgever als reactie daarop de mogelijkheid in aanvullende regelingen te voorzien. In deze versterkte dialoog op nationaal niveau, die als zodanig ook een versterking van de rechtsvorming kan betekenen, zou Straatsburg aanleiding kunnen zien om, onder andere via de doctrine van de "margin of appreciation" of vergelijkbare benaderingen, een zekere afstand in acht te nemen bij de beoordeling van de uitwerking en toepassing van dit mechanisme in concrete strafzaken. Ons lijkt dat winst, maar juist daarom is andermaal een waarschuwing voor terughoudend gebruik van dit onderzoek op z'n plaats. Desondanks schuilt in het besproken onderzoek een element dat een adequate nationale voorziening van betekenis is en toegevoegde waarde heeft naast een voorziening uit het EVRM. Immers, uit de analyse van het strafrechtelijk deel blijkt dat de meerwaarde van een grondwettelijke voorziening voor dat rechtsgebied met name kan schuilen in een versterking van de rechtsvorming.

IX.5. Duitsland

IX.5.1. Erkenning in de Grondwet; uitwerking in het strafprocesrecht

Voor de Duitse situatie vragen twee kwesties nadere aandacht. De eerste is de plaats van een garantie van een eerlijk proces in de Duitse Grondwet c.q. de Duitse constitutionele orde. De tweede kwestie is die betreffende de relatie tussen de Duitse Grondwet en (artikel 6 van) het EVRM. In verband daarmee staat de wijze waarop de hoogste rechter van de onderscheiden rechtsgebieden, voor het strafrecht het Bundesgerichtshof, met het recht op een eerlijk proces omgaat.

Over de garantie van een eerlijk proces laat zich het navolgende opmerken. Deze garantie komt als zodanig niet uitdrukkelijk in de geschreven tekst van de Duitse Grondwet voor. Maar de functie en betekenis van de Duitse Grondwet is uitdrukkelijk dat zij de geschreven uitdrukking vormt van een zich daarachter verschuilende, grotere waardencatalogus. Het geheel van de Grondwet is meer dan de geschreven onderdelen daarvan. Deze achter-

liggende waarde wordt in de tekst van de Grondwet zelf wel aangeduid als “verfassungsmässige Ordnung” (artikel 2, I en artikel 20, III), of ook wel “freiheitlich demokratische Grundordnung” (artikel 18). Over haar naleving en implementatie waakt het BVerfG heel nadrukkelijk. Grundgesetz en BVerfG hebben een uitgesproken functie in het Duitse bestel. Daartoe behoort ook de ruime mogelijkheid om in Karlsruhe “an zu rufen”; om “Verfassungsbeschwerde” in te stellen.

Het is niet zo verwonderlijk dat met deze achterliggende, verheven notie voor ogen, het Bundesverfassungsgericht (BVerfG) in de wel geschreven tekst van de Grondwet aanknopingspunten heeft gezocht voor de garantie voor een eerlijk proces. In BVerfG 12 april 1983 heet het als basis:

*“Das Rechtsstaatsprinzip gewährleistet in Verbindung mit dem allgemeinen Freiheitsrecht (artikel 2 abs. 1 GG) dem Beschuldigten das Recht auf ein faires, rechtsstaatliches Strafverfahren. Der Beschuldigte darf nicht nur Objekt des Verfahrens sein; ihm muss die Möglichkeit gegeben werden, zur Wahrung seiner Rechte auf den Gang und das Ergebnis des Verfahrens Einfluss zu nehmen; er ist berechtigt, sich von einem gewählten Verteidiger seines Vertrauens verteidigen zu lassen”.*¹¹¹

Het “Rechtsstaatsprinzip” gaat terug op artikel 20 GG. Met name in de fundering en de toepassing van de onschuldpresumptie speelt artikel 20 GG een belangrijke rol. Dat gaat dan zo:

*„Die Unschuldsvermutung ist eine besondere Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips. Sie muss in einem prozessordnungsgemäßen Verfahren widerlegt werden, bevor wegen eines Tatvorwurfs Entscheidungen getroffen werden, die die Feststellung von Schuld erfordern. Sie schützt den Beschuldigten vor Nachteilen, die Schuldpruch oder Strafe gleichkommen, denen aber kein rechtsstaatliches, prozessordnungsgemäßes Verfahren zur Schuld-feststellung und Strafbemessung vorausgegangen ist”.*¹¹²

Van de tekst van de Duitse Grondwet zijn, in het kader van een eerlijk proces, verder van belang de voorziening van artikel 19 lid 4 (rechterlijke voorziening in geval van grondrechtsinbreuk, opgenomen in het hoofdstuk over grondrechten) en het bepaalde in artikel 103 (aanspraak op “rechtliches Gehör vor Gericht”; opgenomen in het hoofdstuk over

¹¹¹ BVerfG 12 april 1983, nr. 2 BvR 1304/80 en 2 BvR 432/81 met verdere verwijzing.

¹¹² Bijvoorbeeld in BVerfG 14 januari 2004, 2 BvR 564/95.

rechtspraak). Deze beide, met elkaar verbonden voorzieningen illustreren andermaal dat ook aan de Duitse grondwettelijke voorziening omtrent het eerlijk proces zowel “grondrechtsaspecten” als “rechtspraakaspecten” verbonden zijn.

Zoals ten aanzien van veel landen en systemen het geval is, laat de context van het Bundesverfassungsgericht zien dat de betekenis van dergelijke jurisprudentie ook weer kan worden gerelativeerd. Het BVerfG ontwikkelt op tamelijk indringende wijze beginselen en waarden die aan de Duitse Grondwet ten grondslag liggen en die daarmee binnen zijn bereik komen te liggen. Klachten over schending van de Grondwet kunnen wel in Karlsruhe worden ingediend, voor klachten over toepassing van het EHRM moet men Karlsruhe passeren en de grens over tot Straatsburg doorrijden. Zijn ferme jurisprudentie is dus vooral ook een bevoegdheidskwestie van het betreffende Constitutioneel Hof. In Nederland bestaat geen aanleiding om vanwege een dergelijke reden het recht op een eerlijk proces in de Grondwet op te nemen.

Voor de invulling van het eerlijk proces komt het eerder op de toepassing van die, strafvorderlijke, regeling aan. Vermeldenswaard is dat op dit laatste punt de situatie in Duitsland niet zo heel veel anders is dan in Nederland. Ter zake neemt het BVerfG een beperkte opstelling in acht. De vraag welke rechten dan precies tot dat eerlijk proces behoren en op welke wijze die rechten dan toepassing dienen te krijgen, dient niet in de eerste plaats door het constitutioneel recht te worden beantwoord:

“Was das rechtsstaatliche Gebot fairer Verfahrensführung fordert, lässt sich nicht abstrakt feststellen, sondern kann in seiner konkreten Bedeutung nur im Blick auf das jeweilige das Verfahren regelnde Prozessrecht ermittelt werden”.

En:

*“Die Gestaltung des Verfahrens geschieht regelmäßig durch die im Rang unter dem Grundgesetz stehende Verfahrensordnung – hier die Strafprozeßordnung – und in deren Rahmen durch die Fachgerichte. Dabei kann es auch zulässig sein, den Kreis der Beweismittel zu beschränken. Ob ein Beweismittel zulässig ist, ist demnach in erster Linie eine Frage der Auslegung und Anwendung des “einfachen” Verfahrensrechts”.*¹¹³

En:

*“Das Bundesverfassungsgericht hat für das Strafverfahren entschieden, dass der allgemeine Anspruch auf ein faires Gerichtsverfahren verfahrensrechtliche Vorkehrungen zur Ermittlung des wahren Sachverhalts voraussetzt, ohne die das materielle Schuldprinzip nicht verwirklicht werden kann. Das Recht auf ein faires Verfahren als eine Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips, das in der Verfassung nur zum Teil näher konkretisiert ist, enthält keine im Einzelnen bestimmten Gebote und Verbote; es bedarf vielmehr der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten. Dabei ist es grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, zwischen möglichen Alternativen bei der normativen Konkretisierung eines Verfassungsgrundsatzes zu wählen. Erst wenn sich unter Berücksichtigung aller Umstände und nicht zuletzt der im Rechtsstaatsprinzip selbst angelegten Gegenläufigkeiten ergibt, dass rechtsstaatlich unverzichtbare Erfordernisse nicht mehr gewahrt sind, können aus diesem allgemeinen Prozessgrundrecht konkrete Forderungen für die Ausgestaltung des Strafverfahrens im Rahmen der vom Gesetzgeber gewählten Grundstruktur des Verfahrens gezogen werden“.*¹¹⁴

Het bovenstaande leidt tot de navolgende observaties ten bevoege van de staatscommissie:

In de benadering van het BVerfG¹¹⁵ wordt dus zowel een basis verschaft voor een aanspraak op een eerlijk proces in (de tekst van) de Duitse Grondwet, terwijl tegelijkertijd voor de realisatie van het eerlijk proces eerst en vooral naar de wetgeving in het betreffende vakgebied wordt verwezen. De autonoom-normatieve werking van in de Grondwet opgenomen inhoudelijke eisen met betrekking tot het eerlijk proces staan in deze aanpak op constitutioneel niveau zelfs in Duitsland kennelijk niet onmiddellijk voorop.

114 BVerfG 11 augustus 1993, 2 BvR 993/94. Zie ook E. Samson, “The Right to a fair Criminal Trial in German Proceedings Law”, in: D. Weissbrodt en R. Wolfrum (ed.), “The Right to a fair trial”, Heidelberg: Springer 1997, p. 515-532, i.h.b. p. 528-529. Hij wijst er op dat de opstelling van het BVerfG mede is ingegeven door de sterke betekenis die het materieel-rechtelijke legaliteitsbeginsel (een vermoedelijk begaan strafbaar feit wordt vervolgd, tenzij..) hier mede van belang is. Dit aspect doet aan het functioneren van de grondwettelijke aanspraak op een eerlijk proces als zodanig niet af.

115 Voor alle duidelijkheid: de aanpak van het BVerfG gaat terug op de algemene benadering waarin aan de Duitse Grondwet een zeer hoge normatieve waarde wordt toegekend, welke wordt versterkt door de daarbij behorende mogelijkheid van de “Verfassungsbeschwerde”. De mogelijkheid daartoe gaat dus terug op de betekenis die aan de Grondwet wordt toegekend, niet op enig wantrouwen ten aanzien van de instituties van de rechtsgebieden als zodanig of het besef van een daarin te weinig gerealiseerd recht op een eerlijk proces.

In zijn verwijzing naar de wetgever voor de nadere regeling van het eerlijk proces in de wetgeving van het betreffende rechtsgebied, sluit de benadering van het BVerfG op zichzelf aan bij de oorspronkelijke betekenissen en functies van de Nederlandse Grondwet, die immers ook een sterk bevoegdheidsaanduidende, naar de wetgever verwijzende inhoud heeft.

Deze overeenkomst bestaat ondanks dat de Nederlandse en de Duitse Grondwet naar inhoud en functie fundamenteel verschillen. De overeenkomst op het punt van de noodzakelijk uitwerking van het eerlijk proces gaat eerder terug op de aard van dat recht zelf. Wat een eerlijk proces uitmaakt, hangt af van de nadere uitwerking in (met name ook: het geheel, de geordende systematiek) van regels die het (straf)procesrecht uitmaken, en vervolgens nog weer van de concrete invulling en toepassing van die regels door de rechter in het concrete geding voor hem. Men kan – in een bepaalde benaderingswijze – betogen dat de aard van de garantie van een eerlijk proces meebrengt dat de constitutionele garantie uit niet veel meer *kan* bestaan dan het enkele noemen van die garantie met verwijzing naar wetgever en rechter in het betreffende rechtsgebied voor het overige. Dat geldt ook als men in de Grondwet nadere aanduiding van rechten zou willen opnemen die het eerlijk proces uitmaken. De nadere invulling en operationalisering daarvan zal toch ook aan de rechtsvormende instituties van de onderscheiden rechtsgebieden moeten worden overgelaten.

Omgekeerd moet daarmee de betekenis van een modaliteit als de Duitse ook weer niet te zeer worden gerelativeerd. Betoogd kan immers worden dat een grondwettelijke aanzet tot het realiseren van een eerlijk proces, als opdracht aan de instituties van de diverse rechtsterreinen, op zichzelf van waarde is (zie de beantwoording van de eerste onderzoeksvraag). Die positieve werking gaat van de grondwettelijke voorziening als zodanig uit of kan daarvan uitgaan. Het is niet per sé noodzakelijk dat eerst een Constitutioneel Hof die meerwaarde nadrukkelijk voorhoudt aan de instituties der onderscheiden rechtsgebieden c.q. dat de grondwettelijke voorziening een uitputtende omschrijving moet bevatten van wat een eerlijk proces nader inhoudt.

Deze consequentie is voor het onderhavige onderzoek relevant daar waar deze zichtbaar maakt dat een grondwettelijke voorziening van betekenis

is, niet alleen voor de doorwerking van het EVRM, maar ook als grondslag voor de rechtsvorming in het strafrecht en tegelijkertijd niet veel meer dan dat. Een grondwettelijke voorziening bevindt zich, zelfs in landen waarin de Grondwet een bovengemiddeld soortelijk gewicht heeft waarover een Constitutioneel Hof waakt, toch niet veel meer dan hooguit tussen internationaal recht en nationaal strafprocesrecht in.

IX.5.2. Positie en betekenis van artikel 6 EVRM

Aparte aandacht vraag de relatie met en doorwerking van het EVRM. Voor wat betreft de relatie tussen het Duitse grondwettelijke recht en het EVRM is vooral de – vaak misverstane – beslissing van het BVerfG van 14 oktober 2004, 2 BvR 1481/04 (Görgülü) van belang.¹¹⁶ Het BVerfG erkent daarin de grondwettelijke hiërarchie waarin het Duitse grondwettelijk recht boven het EVRM-recht wordt gesteld, maar het geeft tegelijkertijd dat EVRM-recht een zware status door de Duitse gerechten voor te houden dat zij bij hun beslissingen met het EVRM-recht, ook met concrete beslissingen van het EHRM in Straatsburg, rekening moeten houden. Zij moeten in hun beslissingen zichtbaar maken hoe zij zich van die taak hebben gekweten, aangezien – afgezien van de volkenrechtelijke doorwerkingskracht krachtens het EVRM (artikel 46) zelf¹¹⁷ – de rechten van het EVRM, nog steeds volgens het BVerfG, (ook) in de Duitse Grondwet – en de daarachter liggende rechtsorde – besloten kunnen worden geacht te liggen.¹¹⁸

De hier gekozen oplossing is in feite een fraaie variant van modellen die denkbaar zijn voor de afstemming tussen nationaal recht en internationaal recht. De modaliteit van het BVerfG maakt het immers mogelijk om over de wijze waarop de rechters van de onderscheiden rechtsgebieden zich ter zake van hun taak hebben gekweten, een klacht in te dienen bij het BVerfG. Langs die weg superviseert dat Hof de doorwerking van het EVRM-recht door de rechters van de onderscheiden rechtsgebieden (en dwingt het die doorwerking langs de lijn van "sich aus einander setzen mit" ook af).

¹¹⁶ Zie over deze beslissing R. de Lange, E. Hey en P.A.M. Mevis, "Transnationale dialoog tussen rechters", verkorte versie in Nederlands Juristenblad 2005, p. 1734-1736, integraal gepubliceerd op www.njb.nl.

¹¹⁷ Over dit aspect J.A. Frowein, "Die traurigen Missverständnisse. Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte", in: K. Dicke (red.), "Weltinnenrecht, liber amicorum Jost Delbrück", Berlijn: Duncker & Humblot 2005, p. 282.

¹¹⁸ Het arrest is in feite een bevestiging van BVerfG 26 maart 1987, JZ 2004, 1172, onder 1. a). Het is bevestigd in BVerfG 26 februari 2008, 1 BvR 1602/07, 1 BvR 1606/07, 1 BvR 1626/07.

Het genoemde geval is de eerste beslissing waarin de constitutionele klacht bij het nationale grondwettelijk hof gegrond wordt verklaard omdat een nationale rechter zich volgens dat nationale grondwettelijke hof onvoldoende, of althans onvoldoende zichtbaar, van EVRM-recht bewust is geweest, ofschoon dat EVRM-recht formeel de status heeft van gewone wet die als zodanig onder de Duitse Grondwet staat. Voorwaar, een mooi staaltje constitutioneel jongleren, waaraan geen grondwetswijziging of Human Rights Act aan te pas komt.

De benadering van "sich au seinander setzen mit" als basis tussen nationaal Duits strafprocesrecht en de garantie van een eerlijk proces in artikel 6 EVRM is in de jurisprudentie van het Bundesgerichtshof (BGH) in strafzaken al langer te herkennen.

Het BGH gaat er uitdrukkelijk van uit dat de uitleg van het EVRM door het Europese Hof in Straatsburg bij de "Anwendung" van het Duitse strafprocesrecht "zu berücksichtigen" is (BGH 46, p. 97) en dat dit tot "konventionskonforme Auslegung" kan aanzetten, al leidt een schending van artikel 6 niet zonder meer tot een Verfahrenshindernis. Deze betekenis van Straatsburgsrecht als "Auslegehilfe" wordt vervolgens door het BGH uiterst serieus genomen. In een willekeurig gekozen voorbeeld, te weten de beslissing van 18 november 1999, BGHSt 45, p. 321 e.v. kan de lezer uitvoerig lezen hoe het BGH denkt dat Straatsburgs recht op het te beslissen punt (de inzet van een pseudo-koper) luidt. Het Hof geeft daarvan zelf een overzicht. Het BGH verwijst daarbij weliswaar naar de opstelling van het BVerfG dat dwingt rekening te houden met Straatsburgs recht, maar dat is maar een zijdelingse referte. Hier ziet men de bijna paradoxale situatie dat de hoogste Duitse strafrechter, voor wie Straatsburg slechts "Auslegehilfe" is, inhoudelijk veel uitvoerig aandacht aan Straatsburg recht besteedt dan onze hoogste strafrechter voor wie artikel 6 EVRM boven nationale wet en Grondwet gaat. Het is zelfs maar de vraag of de opstelling van het BVerfG daar inhoudelijk zo heel erg veel aan toevoegt, daargelaten het – voor Nederland niet relevante – punt dat het BVerfG het überhaupt mogelijk maakt een constitutionele klacht in te dienen over de wijze waarop de strafrechter met dat EVRM-recht is omgegaan.

Het bovenstaande leidt tot de navolgende observaties ten behoeve van de staatscommissie:

In het kader van de vraag hoe met het EVRM wordt omgegaan is van belang dat het BVerfG een modaliteit ontwikkeld heeft om, in een rechtssysteem waarin de Grondwet van hogere rangorde is dan het EVRM en zonder dat de rechten van artikel 6 EVRM expliciet in de Grondwet staan, de rechten van het EVRM toch in de grondwettelijke waardencatalogus in te vlechten en deze rechten voor toepassing door de gerechten der rechtsgebieden nadrukkelijk open heeft gesteld met de mogelijkheid zelf ter zake controle te houden onder de voorziening van de constitutionele klacht bij het BVerfG. Dit is niet minder dan een model om in een land waarin geen uitdrukkelijke voorziening op grondwettelijk niveau voor handen is, toch doorwerking en afstemming met EVRM mogelijk te maken.

Voor wat betreft de rechtsvorming in het strafrecht valt op dat de Duitse counterpart van de Hoge Raad (dat is het Bundesgerichtshof in strafzaken en niet het BVerfG!) in zijn jurisprudentie een directe band legt met artikel 6 EVRM. Weliswaar is de formele status ook hier die van "Auslegehilfe", maar het valt op dat die "Hilfe" heel nadrukkelijk aanwezig is. Het BGH omschrijft in voorkomende gevallen zeer uitvoerig wat – naar zijn oordeel – omtrent een bepaalde rechtsvraag de stand van zaken naar Straatsburgs recht is, om vervolgens de interpretatie zeer direct te gebruiken ter beantwoording van rechtsvragen in het door hem te berechten concrete geval in een mate en gedetailleerdheid en ten aanzien van onderwerpen waarvan men zich kan afvragen of deze tot hetzelfde aantal cijfers achter de komma in dat Straatsburgs recht te vinden is. Een verwijzing naar een Duits-grondwettelijke garantie voor een eerlijk proces zoals deze door het BVerfG daarin gelezen is, ontbreekt. Dat duidt er op dat het BGH zich kennelijk vrij voelt om zich veel nadrukkelijker en directer op EVRM-recht te beroepen dan bijvoorbeeld (de strafkamer van) de Hoge Raad, ook daar waar het BGH in zijn uitleg en toepassing van dat EVRM-recht verder gaat dan in de jurisprudentie van het EHRM te lezen valt. Deze categorie van zaken vertoont gelijkenis met arresten van de Hoge Raad waarin ons hoogste rechtscollege niet (rechtstreeks) een beroep doet op artikel 6 EVRM, maar – bijvoorbeeld – op de "beginselen van een behoorlijke procesvoering". De vraag rijst dan of een uitdrukkelijker beroep op artikel 6 door de Hoge Raad een grondwettelijke garantie voor een eerlijk proces overbodig

maakt of dat een dergelijke garantie de Hoge Raad juist kan steunen, hetzij in zijn beroep op het “eerlijk proces” (uit artikel 6 EVRM en uit de nationale Grondwet), hetzij in die gevallen waarin hij verder wil gaan dan Straatsburg, hetzij in die gevallen waarin de Hoge Raad met zijn grondslag van “beginselen van goede procesvoering” ook een wat andere inhoud nastreeft dan door artikel 6 EVRM wordt gegarandeerd.¹¹⁹

IX.6. Het Verenigd Koninkrijk

IX.6.1. Inleiding

In het Verenigd Koninkrijk heeft de rechtsontwikkeling een voor het onderwerp van deze studie opmerkelijke ontwikkeling doorgemaakt. Eerst in 1998 is een zekere doorwerking van rechten uit het EVRM in de Britse rechtsorde gerealiseerd door middel van de Human Rights Act 1998 (verder HRA). Thans wordt een discussie gevoerd of deze HRA niet beter kan worden omgewerkt tot een eigen “Bill of Rights”. Aspecten van deze ontwikkeling en in de discussie gebruikte argumenten zijn ook voor Nederland van belang.

IX.6.2. Voorgeschiedenis Human Rights Act 1998

Hoewel de Britten tot de “founding fathers” van het EVRM gerekend mogen worden, heeft het EVRM lange tijd geen directe werking binnen de Britse rechtsorde gehad. De enige manier voor Britse burgers om hun EVRM-rechten in te roepen bestond uit de gang naar het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg.

In die situatie ligt een clash tussen nationaal recht en EVRM-recht voor de hand, aangezien bij de interpretatie van nationaal recht geen rekening hoeft te worden gehouden met EVRM-recht. EVRM-recht kan eerst in Straatsburg worden “gehaald”, hetgeen niet bevorderlijk is voor de rechtspositie van de burger aan wie het EVRM de daarin genoemde materiële recht ook reeds in eigen rechtsorde wil verzekeren. Maar in de analyse van de situatie heeft vanuit Britse visie ook de notie meegespeeld dat door

¹¹⁹ Deze laatste categorie moet niet worden misverstaan of overdreven. Men kan de vraag aan de orde stellen of de Hoge Raad rechten zou kunnen formuleren (bijvoorbeeld op basis van een nationaal-grondwettelijke garantie van het eerlijk proces) die zouden strijden met art. 6 EVRM. Het bepaalde in art. 93 en 94 Grondwet lijkt dat niet toe te staan. Maar dat is een betrekkelijk academische kwestie. Het gaat er niet om rechten tegen art. 6 in te formuleren, maar om meer flexibiliteit en een ruimere reikwijdte voor het recht op een eerlijk proces in de rechtsvorming waarbij een zekere ruimte voor “nationale” elementen in de rechtsvorming kan worden gecreëerd die nadrukkelijk laat zien dat men wel boven het Straatsburgs minimum blijft. Straatsburg legt geen type procesrecht of procesrechtelijke regel op, maar wil zien dat aan de (minimum)garanties inhoud wordt gegeven.

deze "afzijdigheid" Brits recht (the British "heritage") onvoldoende in Straatsburg kon doorklinken en dus het Britse recht te onbeschermd aan Straatsburgse be- en veroordeling was blootgesteld.

Deze analyse heeft tot een verandering van het oorspronkelijke uitgangspunt geleid. Dat is gebeurd door de invoering van de Human Rights Act 1998 (verder: HRA). Door deze wet zijn vrijwel alle materiële artikelen van het EVRM, waaronder artikel 6,¹²⁰ geïncorporeerd in de Britse rechtsorde. Deze rechten zijn daartoe aangeduid¹²¹ in de HRA en daarmee dus geworden tot onderdeel van de Britse rechtsorde, althans en in die zin dat rechters de plicht hebben wetten en regelgeving conform deze "Convention Rights" en dus verdragsconform uit te leggen en burgers zich via de HRA op de verdragsrechten in nationale procedures voor de Britse rechter kunnen beroepen. Anders dan Duitsland en Nederland is het Verenigd Koninkrijk daarmee een land dat uitdrukkelijk de rechten van artikel 6 EVRM in het nationale recht heeft overgenomen. De vraag wordt dan interessant wat daarvan dan het vervolg is.

IX.6.3. De Human Rights Act 1998

IX.6.3.1. Systeem van de Human Rights Act 1998

De Human Rights Act werd in 1998 door het parlement aangenomen en is op 2 oktober 2000 in werking getreden. Omdat de doctrine van de sovereignty of parliament een zeer belangrijke rol speelt in het Britse staatsrecht, is met name de verhouding tussen de wetgever en de rechter uitdrukkelijk geregeld. De rechter heeft niet de bevoegdheid gekregen om parlementaire wetten onverbindend te verklaren. De verhouding tussen de wetgever en de rechter wordt geregeld in de artikelen 3 en 4 van de HRA. De rechter heeft op grond van artikel 3 lid 1 HRA de verplichting om wetten te interpreteren in lijn met het EVRM voor zover dat mogelijk is ("*So far as it is possible to do so*"). De rechter heeft in zoverre dus enige vrijheid om te bepalen hoever hij gaat met zijn interpretatie van wetgeving om deze nog binnen de grenzen van het EVRM te brengen. Wanneer de rechter meent dat een bepaalde interpretatie, in zijn ogen nodig om de wet verdragsconform te interpreteren, te zeer de bedoeling van de wetgever zou veranderen, kan hij een "declaration of incompatibility"

120 Alleen de artikelen 1 en 13 zijn uitgezonderd.

121 De HRA bevat dus zelf geen nieuw geformuleerde rechten maar verstaat onder "convention rights" onder andere de in bijlage 1 opgenomen rechten. In die bijlage staan de voornaamste materiële rechten uit het EHRM weergegeven, waaronder als gezegd, art. 6 EVRM.

afgeven op grond van artikel 4 lid 2 HRA. Hij geeft daarmee aan dat de wet niet conform het EVRM is.

Wanneer een dergelijke declaration is afgegeven, is vervolgens de wetgever aan zet. De regering moet besluiten of het noodzakelijk is om de wet aan te passen, dan wel dat de wet "gewoon" in stand kan blijven. Op deze manier komt er een dialoog tussen de rechter en de wetgever tot stand.¹²² Hoewel een declaration geen bindend karakter heeft en de wetgever kan besluiten de wet in stand te laten, is in alle gevallen waarin tot nu toe een declaration is afgegeven een wetswijziging gevolgd. Dit is in lijn met de verwachting van de opstellers van de wet dat een declaration een bepaalde druk op de wetgever zet om tot handelen over te gaan.¹²³ In dit systeem is het dus de wetgever die op voorzet van de rechter – alsnog – zorgt dat een wet in overeenstemming komt met het EVRM. Het is de rechter niet gegeven aan een wet een interpretatie of toepassing te geven die afwijkt van de oorspronkelijke bedoeling van de wetgever en die, doordat de rechter zijn oordeel op het EVRM baseert, de wetgever vervolgens voor het blok zet.

Als de wetgever niet reageert op een declaration (om hem moverende redenen), blijft de wet gewoon in stand. De kans bestaat natuurlijk wel dat in voorkomende gevallen de burger zich tot de Straatsburgse rechter zal wenden.

Een tweede relevant onderdeel van de HRA heeft betrekking op de wetgevingsprocedure (artikel 19 HRA). Wanneer de regering een nieuwe wet indient in het parlement, is de verantwoordelijke minister verplicht een verklaring af te leggen of de wet al dan niet in conformiteit met het EVRM is. Op die manier wordt de discussie over conformiteit ook in de wetgevingsprocedure ingebracht. Mede dankzij deze bepaling is er een groeiend bewustzijn met betrekking tot grondrechten in de wetgevingsprocedure.¹²⁴ Uiteraard heeft de rechter bij zijn beslissing of strijd ontstaat met Straatsburgs recht houvast aan deze expliciete beschouwing van de wetgever over diens visie op de verhouding tussen een wetgevingsproduct en Straatsburgs recht.

122 Zie J. Gerards, *Wisselwerking tussen wetgever en rechter – naar een betere dialoog?*, Preadvies Staatsrechtsconferentie 2007 te Rotterdam, p. 28 en de daar aangehaalde literatuur.

123 *Bringing rights home*, 2.10.

124 D. Feldman, "The Impact of Human Rights on the UK Legislative Process", in: *Statute Law Review*, 25(2), p. 91-115, Oxford: OUP, 2004.

Voor een goed inzicht volgt thans een voorbeeld van toepassing van de HRA. Het betreft het oordeel van het House of Lords in de zaak Regina v. Secretary of State for the Home Department Ex p Anderson (FC) [2002 UKHL 46]. Het gaat daarin om toepassing van artikel 29 van de Crime (Sentences) Act waarover een declaration of incompatibility werd uitgesproken omdat genoemd artikel in strijd werd geacht met artikel 6 EVRM, met name op het punt dat de minister van Binnenlandse Zaken geen bevoegdheid mag hebben met betrekking tot het bepalen van de lengte van dat gedeelte van een levenslange straf dat minimaal uitgediend moet worden:

“30. The question of relief therefore arises. Section 29 of the Crime (Sentences) Act 1997, quoted in paragraph 6 above, appears to stand in the way of the appellant. It is unrepealed primary legislation. Mr Fitzgerald contended that it was possible to read and give effect to section 29 in a manner compatible with the convention, and that the House should do so in exercise of the interpretative power conferred by section 3(1) of the Human Rights Act 1998. Mr Pannick contended that, even if the House were to accept Mr Fitzgerald’s argument summarised in paragraph 20 above, the only relief which the appellant could obtain would be a declaration of incompatibility under section 4 of the 1998 Act. On this point I am satisfied that Mr Pannick is right. As observed in paragraph 6 above, Parliament did not attempt to prescribe the procedures to be followed in fixing the tariff of a convicted murderer. But some things emerge clearly from this not very perspicuous section. The power to release a convicted murderer is conferred on the Home Secretary. He may not exercise that power unless recommended to do so by the Parole Board. But the Parole Board may not make such a recommendation unless the Home Secretary has referred the case to it. And the section imposes no duty on the Home Secretary either to refer a case to the board or to release a prisoner if the board recommends release. Since, therefore, the section leaves it to the Home Secretary to decide whether or when to refer a case to the board, and he is free to ignore its recommendation if it is favourable to the prisoner, the decision on how long the convicted murderer should remain in prison for punitive purposes is his alone. It cannot be doubted that Parliament intended this result when enacting section 29 and its predecessor sections. An entirely different regime was established, in the

case of discretionary life sentence prisoners, in section 28. The contrast was plainly deliberate. In section 1(2) of the Murder (Abolition of Death Penalty) Act 1965, Parliament was at pains to give judges a power to recommend minimum periods of detention, but not to rule. That was for the Home Secretary. To read section 29 as precluding participation by the Home Secretary, if it were possible to do so, would not be judicial interpretation but judicial vandalism: it would give the section an effect quite different from that which Parliament intended and would go well beyond any interpretative process sanctioned by section 3 of the 1998 Act (In re S (Minors) (Care Order: Implementation of Care Plan) [2002] 2 WLR 720 at 731-732, para 41).

31. For these reasons and also for the reasons given by my noble and learned friends Lord Steyn and Lord Hutton I would accordingly allow the appeal to the extent already indicated with costs in the House and below and make a declaration of incompatibility in terms which have been agreed between the parties:

“Section 29 of the Crime (Sentences) Act 1997 is incompatible with a Convention right (that is the right under Article 6 of the European Convention on Human Rights to have a sentence imposed by an independent and impartial tribunal) in that the Secretary of State for the Home Department is acting so as to give effect to section 29 when he himself decides on the minimum period which must be served by a mandatory life sentence prisoner before he is considered for release on life licence”.

IX.6.3.2. Toepassing van de HRA: verhouding rechter-wetgever

De vrees dat rechters onder de HRA massaal wetten incompatibel zouden verklaren is niet uitgekomen; er zijn sinds de inwerkingtreding van de HRA slechts 16 declarations geweest. Zoals gezegd, hebben die in alle gevallen tot wetwijziging geleid. Er is inmiddels zelfs een discussie in de academische wereld aan de gang dat door te grote terughoudendheid bij de rechterlijke macht het dialoogmodel, of misschien wel dualistisch model, dat de HRA juist probeert te creëren, niet optimaal tot stand komt.¹²⁵

125 K.D. Ewing, “The Futility of the Human Rights Act”, in: Public Law, 2004, p. 829-852; D. Nicol, “Law and politics after the Human Rights Act”, in: Public Law, 2006, p. 722-751 en F. Klug, “Judicial Deference under the Human Rights Act 1998, in: European Human Rights Law Review, 2003, p. 125-133.

Wanneer de rechter welwillend en al te gemakkelijk een wettelijke regeling wil beschermen tegen Straatsburg en daar dus in onvoldoende mate Straatsburgs recht tegenover stelt, komt de beoogde terugkoppeling van rechterlijke macht naar de wetgever niet tot stand. En dat terwijl het systeem de rechter nu juist uitnodigt om Straatsburgs recht stevig te laten doorklinken omdat een eventuele "incompatibility" niet onmiddellijk tot consequentie heeft dat een wet terzijde wordt geschoven, maar dat de wetgever er zich opnieuw over moet uitlaten. Bovendien kan, in een te welwillende opstelling van de rechter, een al te effectieve bescherming van EVRM-rechten in de knel komen. Naarmate de Britse rechter zich immers verder van het EVRM en de interpretatie daarvan door het EHRM zal verwijderen, ligt het voor de hand aan te nemen dat de gang naar Straatsburg (weer) des te eerder door de burgers als laatste toevlucht gezocht zal worden.

IX.6.3.3. Lessen voor Nederland?

Er is in Nederland geen formele dialoog tussen de wetgever en de rechter. Dit is niet altijd zonder problemen. Zodra de rechter de toepassing van een wet in strijd acht met een ieder verbindende verdragsbepaling, kan hij die wet buiten toepassing laten. Dan beslist hij over het product van de wetgever, hetgeen een correctiemogelijkheid door de wetgever alleen maar moeilijker maakt. Dat kan reden zijn van die bevoegdheid geen "hard" gebruik te maken of te zoeken naar verdragsconforme interpretatie waarbij, zoals reeds besproken, ook wel eens vragen omtrent legitimiteit en reikwijdte van rechtsvorming opduiken. Op het moment dat de rechter constateert dat een bepaalde wet in formele zin een schending van het EVRM oplevert, maar de rechter meent dat het niet binnen zijn taak ligt om de schending te verhelpen, ligt in dat laatste (niet vanwege de schending) optreden van de wetgever voor de hand. Maar er is niets dat de wetgever daartoe dwingt, ook niet de door de rechter geconstateerde verdragsschending. Er zijn gevallen bekend waarin twaalf jaar na een duidelijke voorzet in de richting van een mogelijke verdragsschending, die voorzet door de wetgever nog niet is opgepakt.¹²⁶

¹²⁶ Vgl. HR 8 juli 1994, NJ 1995, 30 m.nt. C. Deze zaak is een duidelijk voorbeeld van terughoudendheid van de Hoge Raad. De Hoge Raad spreekt zich niet keihard uit over een verdragsschending, maar volstaat met de opmerking dat "reparatie" zelfs in geval van verdragsschending een kwestie is die op het bord van de wetgever ligt. In de voorzichtigheid van de Nederlandse verhoudingen is dat een signaal dat de wetgever serieus moet nemen, zoals ook de annotator betoogt. Als de wetgever een dergelijk signaal pas oppakt als de rechter een schending van een verdrag uitspreekt, zet dat de verhoudingen en praktische inrichting onnodig op scherp.

Het systeem van de HRA kan helpen om een betere dialoog tot stand te brengen. Er is dan immers een noodzaak voor de wetgever om te reageren op de uitspraak van de rechter terwijl omgekeerd deze noodzakelijke reactie de rechter tot een ruimhartiger interpretatie kan aanzetten; hij keert zich met zijn conclusie van strijd met het ERVM immers minder onverbiddelijk tegenover de wetgever. Op deze manier is er ook een vangnet voor gevolgen van wetgeving in individuele gevallen die niet door de wetgever waren voorzien, zonder dat de rechter op de stoel van de wetgever gaat zitten.¹²⁷

Aandachtspunt voor de staatscommissie:

Betrek in de afweging over een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces en bij de afweging van de vorm en de inhoud ervan de betekenis en gevolgen ervan voor de dialoog tussen rechter en wetgever. Ontwikkel ter zake een visie.

IX.6.4. Een "British Bill of Rights"?¹²⁸

IX.6.4.1. Aanleiding voor de discussie

De Human Rights Act is in het Verenigd Koninkrijk op gemengde reacties gestuit. Eén reactie is wellicht enigszins verrassend. Met name onder de bevolking wordt de wet gezien als een document waarop voornamelijk terroristen en criminelen een beroep kunnen doen. De regering probeert dit beeld door middel van publieke voorlichting te veranderen, door duidelijk te maken dat mensenrechten voor iedereen zijn.

Vanuit de oppositie (de Conservatieve partij) is ook kritiek geuit. De leider van de Conservatieven (David Cameron) riep in 2006 zelfs op tot afschaffing van de Human Rights Act.¹²⁹ Hij wilde de HRA vervangen door een volwaardige "Bill of Rights". Het idee daarachter was dat door middel van een eigen "Bill of Rights" het Verenigd Koninkrijk minder te maken zou krijgen met negatieve uitspraken van het EHRM. Het versterken van nationaal recht dus, in een poging dat nationaal recht te doen doorklinken in

127 Gerards lijkt in haar recente preadvies voor de Staatsrechtsconferentie van 2007 ook mogelijkheden te zien voor het toepassen van het "HRA-systeem" in Nederland, hoewel zij ook enkele bezwaren ziet. Zie J. Gerards, *Wisselwerking tussen wetgever en rechter – naar een betere dialoog?*, Preadvies Staatsrechtsconferentie 2007 te Rotterdam.

128 Zie voor uitgebreidere informatie het rapport "A British Bill of Rights: Informing the debate" uitgebracht door de Britse organisatie JUSTICE, te vinden op www.justice.org.uk.

129 *Guardian*, 26 juni 2006 en "Balancing freedom and security – A modern British Bill of Rights", Speech voor de Centre for Policy Studies, 26 juni 2006 te vinden op: http://www.conservatives.com/tile.do?def=news.story.page&obj_id=130572&speeches=1.

Straatsburg; het omgekeerde van het streven naar een betere doorwerking van Straatsburgs recht in het nationale recht, al kan het effect (betere afstemming) van beide benaderingen hetzelfde zijn.

De Labour-regering van premier Brown nam dit idee over en kondigde in juli 2007 in het green paper "The Governance of Britain" aan dat in 2008 begonnen zou worden met een maatschappelijke discussie over een Britse "Bill of Rights". Voorafgaand aan die discussie is de parlementaire commissie voor mensenrechten van het Britse Hoger- en Lagerhuis begonnen met een eigen onderzoek naar de noodzaak van een "Bill of Rights".¹³⁰ In november 2007¹³¹ verscheen een rapport van de Britse organisatie JUSTICE dat een bijdrage moet leveren aan de lopende discussie. Benadrukt moet worden dat geen regeringsontwerp gereed is en de precieze inrichting en vormgeving van zo'n Bill of Rights (zo daartoe mocht worden besloten) nog open is. Maar enkele lijnen tekenen zich wel af.

IX.6.4.2. Waarom een "Bill of Rights"?

De verwachting in het Verenigd Koninkrijk is, als gezegd, ten eerste dat met een Bill of Rights meer invloed kan worden uitgeoefend op de koers van het EHRM. Met name de Conservatieven menen meer ruimte te krijgen via de in Straatsburg gehanteerde leer van de "margin of appreciation", maar inmiddels is door anderen verdedigd dat dit argument niet klopt.¹³² Wanneer de HRA vervangen zou worden door een Bill of Rights die minder bescherming biedt dan het EVRM, dan ligt immers de verwachting voor de hand dat het EHRM alsnog tot schending zal concluderen. Wel kan het zijn dat het EHRM meer open staat voor Britse argumenten als blijkt dat de Britse rechters op basis van eigen, nationale grondrechten actiever met mensenrechten aan de slag gaan.

Vervolgens kan de nationale rechter door middel van een eigen Bill of Rights EVRM rechten aanpassen aan de nationale situatie. Op die manier kunnen de rechten van het EVRM in dialoog met het Hof in Straatsburg beter bij de tijd worden gebracht en ingepast in nationale verhoudingen.¹³³

¹³⁰ Session 2006-07 Press Notice No. 38, 22 mei 2007.

¹³¹ Zie noot 25.

¹³² Reactie van de Directeur van Liberty, Shami Chakrabarti van 26 juni 2006, te vinden op <http://www.liberty-human-rights.org.uk/news-and-events/1-press-releases/2006/response-to-conservative-bid-to-scrap-hra.shtml>.

¹³³ Getuigenis M. Howe voor Joint Committee on Human Rights op 3 december 2007, te vinden op: <http://www.publications.parliament.uk/pa/jt200708/jtselect/jtrights/c150-i/c15002.htm> (getuigen hebben niet de mogelijkheid gehad correcties op verslag aan te brengen).

Tot slot is, zoals hiervoor vermeld, gebleken dat rechters in landen binnen de Raad van Europa met een eigen Bill of Rights striktere of ruimere mensenrechtenbescherming lijken toe te passen dan landen waarin enkel op het EVRM vertrouwd wordt.¹³⁴

IX.6.4.3. Relevantie voor Nederland

In de discussie in het Verenigd Koninkrijk spelen dezelfde vragen als die hier in dit rapport aan de orde zijn. In beide discussies gaat het erom in hoeverre een nationale codificatie van grondrechten meerwaarde heeft ten opzichte van het EVRM.

Wat op het eerste gezicht naar voren komt uit de Britse discussie is dat er een gedachte is dat de rechterlijke macht actiever en strikter wordt op het moment dat er een "eigen" grondrechtencatalogus is. Om het "gevaar" van rechtelijk activisme in te dammen, heeft de rechter in het huidige Britse systeem geen bevoegdheid om wetten te schrappen, de wetgever heeft dus altijd het laatste woord. De verwachting is dat dit niet anders zal zijn in het voorstel van een Bill of Rights waarmee de Britse regering wellicht gaat komen. Voor Nederland kan een actievere rechter meerwaarde hebben omdat, zoals eerder betoogd, ook binnen het huidige systeem de rechter meer middelen heeft om goede bescherming van het recht op een eerlijk proces te garanderen, maar dat niet altijd doet om de wetgever niet voor de voeten te lopen. Daarnaast moet de rechter invulling geven aan de "margin of appreciation" die het EHRM laat, op het moment dat de wetgever nalaat om die invulling te verzorgen.¹³⁵ Beroep op en uitwerking van een nationaal gegarandeerd recht als de aanspraak op een eerlijk proces, kan daarbij voor de rechter en de rechtspraak een extra legitimerende functie hebben. Ten slotte vloeien uit de noodzaak van dialoog met Straatsburg en het open karakter van het recht op een eerlijk proces voort dat de rechter zich ter zake hoe dan ook actief moet opstellen, hetgeen hij in toenemende mate ook doet. In het kader van afstemming met Straatsburg is dan relevant dat, waar nationale rechters zich nadrukkelijker met ook in het EVRM opgenomen grondrechten inlaten, de "margin of appreciation" daardoor wel eens vergroot zou

134 B. Goold, L. Lazarus & G. Swiney, *Public Protection, Proportionality and the Search for Balance*, Ministry of Justice Research Series 10/07, Londen: September 2007.

135 N. Jak en 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", NJCM-Bulletin 2007, p. 125-140.

kunnen worden. Dat is ook niet verwonderlijk omdat immers (afgezien van capaciteitsproblemen) uit het systeem van het EVRM voortvloeit dat de realisering van in dat verdrag opgenomen rechten eerst en vooral in de rechtsorde van de lidstaten zelf moet gebeuren. Dan is het aanreiken van instrumenten daartoe van belang. Het realiseren van de aanspraak op een eerlijk proces in de Grondwet kan zo'n instrument zijn. De Britse discussie laat zien dat aldaar langs vergelijkbare lijnen van argumentatie en verwachting wordt gedacht, juist ook zonder de rechter ter zake te zeer alleen te laten.

Aandachtspunten voor de staatscommissie:

- Betrek in de discussie over een grondwettelijke voorziening (de meest actuele stand van zaken in) de Britse discussie;
- Bezie de noodzaak van een grondwettelijke voorziening ook in het licht van noodzaak en wenselijkheid van een ter zake actieve(re) rechter om de aanspraak op een eerlijk proces in de Nederlandse strafrechtspleging te verwezenlijken;
- Bezie ook in het kader van die actieve(re) rechter modellen van samenwerking en dialoog tussen rechter en wetgever.

IX.7. Afsluiting onderdeel rechtsvergelijking

In veel landen ontbreekt een expliciete bepaling inzake het eerlijk proces in de Grondwet. Voor een deel kan dat uit rechtshistorisch respectievelijk rechtsculturele gronden worden verklaard. Een garantie op een eerlijk proces maakt geen deel uit van de Franse constitutionele traditie en derhalve ook niet van de constitutionele traditie van landen die daarop voortbouwden. Nederland is van die landen een voorbeeld.

Dat neemt niet weg dat ook in landen als Nederland al sinds de Franse Revolutie de gedachte leeft dat een strafproces aan elementaire minimumnormen moet voldoen. In de grondwettelijke codificatieopdracht klinkt die benadering op zijn minst genomen impliciet, door. Die inhoudelijke kwaliteit werd geacht in het systematisch geheel van bepalingen omtrent het strafprocesrecht te zijn gerealiseerd. De notie van een eerlijk proces, als een zelfstandig, expliciet juridisch-inhoudelijk nader omschreven recht, is dan eerder in zijn expliciteit van latere datum.

Hoe weinig landen ook een expliciete voorziening omtrent het eerlijk proces in hun Grondwet hebben opgenomen, veel landen hebben wel bepalingen in de Grondwet opgenomen waarin deelaspecten van dat eerlijk proces worden genoemd. De notie van (aspecten van) een eerlijk proces klinkt daarmee op grondwettelijk niveau uitdrukkelijk door. Nederland behoort, in vergelijking, tot de categorie van landen dat betrekkelijk weinig van dergelijke bepalingen in zijn Grondwet heeft opgenomen.

Vergelijking met een land als Duitsland, waar de constitutie een zware betekenis heeft en het recht op een eerlijk proces in de achter de Grondwet verborgen liggende waardecatalogus wordt ingelezen, leert dat de betekenis van die grondwettelijke norm desondanks gering is. Ook hier moet de realisatie van het eerlijk proces eerst en vooral in de onderscheiden rechtsgebieden dienen te geschieden. Deze structuur van realisatie heeft te maken met het open en casuïstisch karakter van dat recht; de constitutionele meerwaarde van een expliciete grondwettelijke bepaling lijkt niet zonder meer doorslaggevend. Als dat zo is, zal een eventuele grondwettelijke voorziening in de Nederlandse Grondwet daar weinig aan veranderen. Los van het realiseren van het eerlijk proces, is wel van betekenis dat de constitutionele rechter voor de afstemming van nationale constitutie en EVRM-recht een belangrijke en inhoudsvolle modaliteit heeft gevonden. Het "inlezen" van Europees recht in de waarden van de eigen Grondwet is voor die afstemming ook voor Nederland van groot belang. Het Duitse systeem laat zien hoe dat betrekkelijk harmonieus kan geschieden en wel in een model waarin zowel nationaal recht als EVRM-recht tot hun recht kan komen. Onder de paraplu van nationaal recht voelt de rechter zich wellicht vrijer om over Straatsburgs recht te praten en in zijn vonnissen weer te geven, dan de Nederlandse rechter – die rechtstreeks op Straatsburg kan c.q. moet terugvallen – zich lijkt te kunnen permitteren, al speelt hier natuurlijk ook de wijze van arrestwijzen van onze Hoge Raad een rol, een wijze die – voorzichtig gezegd – traditioneel beperkter is dan de Duitse.

Het Britse model laat zien dat het zonder meer binnenhalen van EVRM-recht in een nationale, wettelijke voorziening, niet altijd de oplossing is, al is er daarbinnen meer aandacht voor een formele dialoog tussen de

wetgever en de rechter. De discussie aldaar betreft echter ook de vraag of een nationale grondrechtencatalogus niet ook tegenover het EVRM-recht kan worden gesteld.

Van belang is dat er aanwijzingen zijn dat een zware constitutionele rechtspraak op nationaal niveau in elk geval tot een meer uitgesponnen vorm van rechtsbescherming leidt, zowel naar vorm als naar inhoud. Er is grond voor de aanname dat een dergelijk systeem van nadrukkelijk en zichtbaar omgaan met grondrechten in elk geval formeel, via de "margin of appreciation", Straatsburg op enige afstand lijkt te houden. Of dit ook geldt als men uitsluitend kijkt naar het recht op een eerlijk proces, valt niet helemaal te zeggen.

Al met al zou in alle voorzichtigheid kunnen worden gezegd dat het wel of niet aanwezig zijn van een expliciete grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces, niet onmiddellijk doorslaggevend is. Het gaat er meer om, met name ook in de afstemming met internationale grondrechten, welke mogelijkheden de rechter heeft om fundamentele rechten te beschermen en in te vullen. Dat geldt met name voor een zo open recht als dat van het eerlijk proces. "Zichtbare" rechtspraak lijkt dan belangrijker dan "constitutionele rechtspraak". Voor een ontwikkeling in die richting hoeft een grondwettelijke explicatie van een recht op een eerlijk proces het verschil niet te maken. Wel kan op z'n minst worden vermoed dat die zichtbaarheid wordt ondersteund of gemakkelijker gemaakt door een nationale voorziening. Zichtbaarheid zou ook doorwerking van Straatsburgs recht wel eens kunnen vergemakkelijken en de ruimte voor een eigen, nationale inkleuring van Straatsburgse minimumnormen wel eens kunnen vergroten.

Aandachtspunten voor de staatscommissie:

- Sla bij rechtsvergelijking niet zozeer acht op concrete regelingen en voorzieningen in buitenlandse constituties, maar meer op de betekenis ervan voor de verhouding tussen rechter en wetgever in het kader van de rechtsvorming rondom het eerlijk proces in strafzaken;
- Ontwikkel ter zake een duidelijke visie die aan een eventuele grondwettelijke voorziening omtrent het eerlijk proces ten grondslag ligt;

- Ontwikkel zo nodig mechanismen om de dialoog tussen rechter en wetgever te optimaliseren;
- In het kader van dat laatste kan samenwerking tussen een actieve rechter en een actieve wetgever van grotere betekenis zijn dan terughoudendheid bij beide constitutionele partners.

X. Samenvattende slotbeschouwing

X.1. Inleiding

In dit rapport wordt verslag gedaan van een verkennend onderzoek naar aspecten die verbonden zijn met het eventueel opnemen in de Grondwet van een voorziening inzake het eerlijk proces aan de hand van onderstaande onderzoeksvragen.

Centrale onderzoeksvragen:

1. Wat kan de (eventuele) meerwaarde zijn van opname van het recht op een eerlijk proces in de Nederlandse Grondwet ten opzichte van doorwerking van het internationaal verankerde recht daarop in onze rechtsorde (in het bijzonder artikel 6 EVRM)?
2. Is de opname van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet verenigbaar met de traditionele betekenis en functie van de Grondwet; in welk opzicht zou opname van dat recht kunnen leiden tot een verandering of accentverschuiving daarvan, in het bijzonder voor wat betreft de autonoom normatieve betekenis ervan?

Deelvragen:

- a. Wat kan opname van genoemd recht in de Grondwet in normatief opzicht toevoegen aan de rechtsbescherming van de Nederlandse burger?
- b. Zal opname van genoemd recht kunnen leiden tot de noodzaak van aanvulling c.q. aanpassing van Nederlandse wet- en regelgeving en zo ja, in welke zin?
- c. In welke (selectie van) EU landen ontbreekt eveneens een expliciete bepaling inzake het recht op een eerlijk proces? En wat is daarvoor de centrale reden?

Het onderzoek is tot het strafrecht beperkt.

X.2. Drie factoren bepalen inhoudelijk¹³⁶ het discours

Bij de beschouwingen omtrent de wenselijkheid van een grondwettelijke voorziening bepalen met name drie factoren het discours van het debat.

De eerste factor is dat een grondwettelijke voorziening in Nederland niet noodzakelijk is om überhaupt een aanspraak op een eerlijk proces te vestigen. Die aanspraak bestaat al. Ook los van artikel 6 EVRM beoogt de hele regeling van het strafprocesrecht in het betreffende wetboek de strafprocedure “eerlijk” te doen verlopen. Dat is al zo sinds de invoering van het (huidige) Wetboek van Strafvordering in de jaren '20 van de vorige eeuw en dus ver voor de totstandkoming van het EVRM.

De tweede factor wordt gevormd door het bestaan van artikel 6 EVRM en de inhoud ervan, inclusief de uitleg ervan door het EHRM. Het enkele bestaan van artikel 6 EVRM dwingt ertoe de vraag te beantwoorden in hoeverre een grondwettelijke voorziening toegevoegde waarde heeft náást artikel 6 EVRM. Tegelijkertijd is in dit kader van belang dat het EVRM zelf ertoe dwingt alles te doen om de rechten van artikel 6 EVRM in de nationale rechtsorde te realiseren, voor zover de lidstaten de noodzaak daartoe op grond van de case load van het EHRM nog niet duidelijk genoeg zou zijn.

Ten slotte wordt de derde factor gevormd door de aard van het recht dat in discussie is. Het recht op een eerlijk proces betreft een “open” recht; “het” recht op een eerlijk proces is niet; het eerlijk proces moet telkens worden vormgegeven aan de hand van de concrete feiten en omstandigheden van de betreffende strafzaak. Dat is in de eerste plaats een taak voor de rechter. Die taak tot het vormgeven van het eerlijk proces in elke afzonderlijke strafzaak moet de strafrechter (kunnen) verrichten binnen het Nederlandse strafrechtelijke systeem. Dat systeem moet de rechter daartoe in staat stellen en hem daarin legitimeren en daarmee bijdragen aan het realiseren van een eerlijk proces in strafzaken.

136 In de eerste twee onderdelen is een aantal factoren benoemd die voor de context van het onderzoek van belang zijn maar die, omdat ze niet onmiddellijk betrekking hebben op de vraag naar de meerwaarde van een grondwettelijke voorziening voor het strafrecht, als zodanig buiten het onderzoek zijn gelaten. Die kwesties betreffen de lotgevallen van het initiatief-wetsvoorstel opheffing toetsingsverbod, de gedachten die de Nationale conventie wijdde aan een Constitutioneel Hof in Nederland, het feit dat naast het EVRM het EU-Charter ook een bepaling inzake het eerlijk proces bevat, de impact en wenselijkheid van grondwetswijzigingen waarbij ook andere aspecten van regeling van het eerlijk proces aan de orde zijn, zoals de kwestie van herziening van de bepalingen inzake de rechterlijke macht, etc.

In zoverre is het vormgeven van een eerlijk proces ook een opgave voor de wetgever. Aangezien zowel rechter als wetgever een taak hebben bij het realiseren van een eerlijk proces, is ook hun onderlinge wisselwerking, dialoog en dualiteit van belang. Dat laatste is bij uitstek ook een constitutionele aangelegenheid.

X.3. De beantwoording van de eerste onderzoeksvraag

In de beantwoording van de eerste onderzoeksvraag zijn veel verschillende aspecten nader uit elkaar getrokken.

Symbolwaarde

In de eerste plaats is geconstateerd dat een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces, ook als zodanig (zo men wil: met louter "symboolwaarde") van betekenis is. Het recht is er belangrijk genoeg voor, ook in zijn internationaal-rechtelijke ontwikkeling en in zijn betekenis voor het strafrecht. Codificatie ervan in de Grondwet sluit aan bij pogingen de Grondwet meer betekenis te geven voor de burger.

Betekenis in relatie tot artikel 6 EVRM

Vervolgens is de relatie met artikel 6 EVRM in het bijzonder van belang. Een grondwettelijke bepaling kan in een aantal opzichten meerwaarde hebben.

- Een grondwettelijke voorziening kan de reikwijdte van artikel 6 EVRM te boven gaan. Zij kan op meer geschillen betrekking hebben dan die waar artikel 6 EVRM op ziet. Zij kan aanzetten tot het realiseren van meer rechten dan artikel 6 EVRM bevat. En zij kan aanzetten tot het realiseren van de rechten die artikel 6 EVRM bevat, maar dan op een hoger niveau van het minimum van dat artikel. Voor het strafrecht zijn in het onderzoek voor al deze categorieën voorbeelden van toegevoegde waarde gegeven. Deze meerwaarde geldt zowel de inhoudelijk-processuele rechten van de verdachte (bijvoorbeeld het recht op het ondervragen van getuigen of de "equality of arms"), als aspecten van het eerlijk proces die de inrichting van de rechtspleging raken, zoals de garantie van toegang tot de (onafhankelijke en onpartijdige) rechter.
- Een grondwettelijke voorziening kan er aan bijdragen dat Straatsburgs recht eerder en gemakkelijker in de Nederlandse strafrechtspleging kan worden gerealiseerd. Een voorziening kan bestaande grenzen of

- onzekerheden in de legitimatie in de rechterlijke activiteit die bij het vormgeven van het eerlijk proces onvermijdelijk altijd aanwezig zijn, wegnemen. Met name de positie van de rechter is van belang: zijn rechtsvormende taak wordt steeds belangrijker; (de vraag naar) de hem daarbij legitimerende gronden daarmee ook. Een grondwettelijke voorziening kan de legitimatie van zijn rechtsvormende taak versterken.
- Betere doorwerking en realisatie van artikel 6 EVRM in de nationale strafrechtpleging vloeit niet alleen als plicht uit het EVRM zelf voort, dit effect kan ook leiden tot grotere ruimte voor nationale elementen in die strafrechtpleging omdat een operationalisering op nationaal niveau de "margin of appreciation" lijkt te beïnvloeden die Straatsburg aan de lidstaten laat.
 - Een beroep van de rechter op een nationale voorziening inzake het eerlijk proces, laat de wetgever wat meer ruimte om op dergelijke beslissingen te reageren, al dan niet met aanpassing van regelgeving. Met een beroep op artikel 6 EVRM, dat nu eenmaal door de Grondwet boven het nationale recht wordt gesteld, zet de rechter de wetgever wat nadrukkelijker buiten spel.
 - Algemeen gezegd: uit het onderzoek kan blijken dat de toegevoegde waarde van een grondwettelijke voorziening juist op het snijvlak van strafrecht, constitutioneel recht en EVRM van belang is als ondersteuning van de rechtsvorming inzake het eerlijk proces. Die "snijvlak-positie" bepaalt mede de meerwaarde van een grondwettelijke bepaling "naast" artikel 6 EVRM: van enkele verdubbeling zonder eigen waarde, functie, betekenis of inhoud is geen sprake.

Betekenis voor de rechtsvorming

In de verschillende onderdelen van het bovenstaande komt één van de belangrijkste elementen van de meerwaarde van een grondwettelijke voorziening naar voren.

- Een grondwettelijke voorziening omtrent het eerlijk proces heeft een functie als ondersteuning van de rechtsvorming in het strafrecht door wetgever en rechter, een rechtsvorming die juist bij een zo open recht als dat betreffende het eerlijk proces van belang is. Daarin onderscheidt dat recht zich van andere rechten die, vanwege hun soortelijk gewicht, wellicht ook voor het opnemen ervan in de Grondwet in aanmerking zouden komen, zoals het verbod van foltering. Als ondersteuning van

de rechtsvorming, kan een grondwettelijke voorziening een toegevoegde waarde hebben, precies tussen artikel 6 EVRM en de regels omtrent de inrichting van de strafrechtspleging in het Wetboek van Strafvordering, in. Voor het strafrecht zijn in het onderzoek voorbeelden van categorieën van zaken waarin rechtsvorming van belang is, besproken.

- Juist omdat bij zo'n voorziening in de Grondwet sprake is van (zo men wil: slechts) meerwaarde voor de rechtsvorming door rechter en wetgever, kan zij worden gerealiseerd zonder dat de introductie er van met fundamentele veranderingen in de Nederlandse constitutionele verhoudingen gepaard gaat of dergelijke veranderingen voorwaarde voor meerwaarde van een dergelijke voorziening zijn.

X.4. De beantwoording van de tweede centrale onderzoeksvraag

De tweede centrale onderzoeksvraag betreft die naar de verenigbaarheid van een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces met de traditionele functie en betekenis van de Nederlandse Grondwet.

Functie en betekenis algemeen

- Daargelaten het antwoord op de vraag of die "traditionele functie en betekenis" in onze tijd niet verschuift, ligt de vraag voor de hand aangezien die functie en betekenis beperkt is. De Grondwet in het algemeen en ook de daarin opgenomen grondrechten, functioneren niet als schild dat de rechter ten behoeve van de rechtsbescherming van de burger tegenover politiek en wetgever gebruikt.
- Van belang is dat de meerwaarde van een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces niet eerst dan ontstaat als men de betekenis van de Grondwet op dit punt zou willen veranderen.
- Om zicht te krijgen op "de" traditionele functie en betekenis van de Grondwet is onderscheid gemaakt naar de verschillende functies van de Grondwet en naar de verschillende "publieken" tot wie de Grondwet zich richt. Dan ontstaat een genuanceerd beeld.

Sporen van het eerlijk proces in onze Grondwet(ten)

- De Nederlandse Grondwet bevat traditioneel sporen van het eerlijk proces. De aanspraak op een eerlijk proces in strafzaken is minst genomen impliciet in de Grondwet aanwezig, en wel in de gedachte

achter de – aloude – codificatieopdracht van (thans) artikel 107 Grondwet. Daarnaast bevat de Grondwet traditioneel bepalingen die rechtstreeks de inhoud van het eerlijk proces raken: “rechtsplegingsrechten” zoals artikel 113 lid 1 en lid 3 en artikel 121 inzake de openbaarheid van terechtzittingen, inhoudelijke rechten voor de in het strafproces betrokken burger zoals het voorschrift van artikel 121 dat vonnissen de gronden dienen te bevatten waarop zij rusten. Helemaal vreemd aan de Grondwet zijn aspecten van eerlijk proces dus niet.

- Daarbij komt dat het ontbreken van een voorziening omtrent het eerlijk proces als zodanig enigszins op toeval berust daar waar onze eerste grondwetten voortkomen uit de Franse constitutionele traditie waarin dergelijke processuele rechten niet passen.

Traditionele betekenis en functie en de meerwaarde voor de rechtsvorming

- Bij de bespreking van de eerste onderzoeksvraag is als belangrijke meerwaarde van een grondwettelijke voorziening de betekenis voor de rechtsvorming belicht. In die betekenis richt een grondwettelijke bepaling zich tot rechter en wetgever. Precies in die functie sluit een dergelijke grondwettelijke voorziening juist heel goed aan bij een van de duidelijkste traditionele functies van onze Grondwet, die van ordening van verhoudingen tussen constitutionele organen.
- Daarbij is vervolgens van belang dat die betekenis voor de rechtsvorming door rechter en wetgever in het strafrecht reeds uitgaat van een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces als zodanig, dat wil zeggen: ook zonder dat een grondwettelijke bepaling een nadere catalogus zou bevatten van welke rechten dan volgens de Grondwet minimaal een eerlijk proces uitmaken. Er kunnen redenen zijn om een dergelijke catalogus wel op te nemen in een grondwettelijke bepaling. Maar voor de beantwoording van de tweede onderzoeksvraag is relevant dat naar zijn aard een algemene grondwettelijke bepaling inzake het eerlijk proces (als grondrecht in hoofdstuk 1 of als opdracht voor rechtsvorming in hoofdstuk 6) beter past in de traditionele functie en betekenis van de Grondwet dan een bepaling die (ook) een uitgewerkte catalogus van rechten bevat.

Autonom normatieve betekenis

In de onderzoeksvraag wordt nog de kwestie aangestipt van de gevolgen voor de autonoom-normatieve betekenis van een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces. Vastgesteld kan worden dat deze betekenis van de Grondwet traditioneel beperkt is. Daar waar van een dergelijke voorziening inzake het eerlijk proces een aanzet tot rechtsvorming uitgaat, kan van een dergelijke werking worden gesproken. Tegelijkertijd moet worden opgemerkt dat hier het gesignaleerde open karakter van het recht op een eerlijk proces eerder doorslaggevend is. De concrete vormgeving van dat eerlijk proces zal altijd in strafrechtelijke wetgeving en de toepassing daarvan door de rechter in het concrete geding moeten plaatsvinden.¹³⁷ “Het” eerlijk proces is niet, en kan ook niet door de Grondwet autonoom-normatief worden geregeld.

X.5. De beantwoording van de eerste deelonderzoeksvraag

De beantwoording van de eerste deelonderzoeksvraag vloeit reeds uit de beantwoording van de twee centrale onderzoeksvragen voort.

Geen directe betekenis voor de rechtsbescherming

- Het opnemen van een recht op een eerlijk proces in strafzaken in de Grondwet, voegt niet direct iets toe aan de rechtsbescherming van de burger in die zin dat daarmee een recht voor die burger zou worden geschapen dat zonder een dergelijke voorziening niet bestaat.

Wel indirecte betekenis

- Indirect kunnen verschillende, hiervoor nader beschreven elementen die de meerwaarde van een grondwettelijke voorziening uitmaken een toevoeging betekenen aan de rechtsbescherming van de burger. Dat betreft vooral:
 - een grondwettelijke voorziening kan verder reiken dan artikel 6 EVRM;
 - een grondwettelijke voorziening kan maken dat de rechten van artikel 6 EVRM eerder en gemakkelijker reeds in de nationale strafprocedure worden verwezenlijkt;
 - wellicht kan worden verdedigd dat een sterkere nadruk op constitutionele mogelijkheden om EVRM-recht op nationaal niveau te realiseren, ook tot grotere rechtsbescherming van de burger leidt (zie de derde deelonderzoeksvraag);

¹³⁷ De vergelijking met Duitsland maakt dat andermaal zichtbaar.

- een grondwettelijke voorziening heeft betekenis voor de rechtsvorming door rechter en wetgever en brengt mee dat beide organen zich nadrukkelijker met de inhoud en verwezenlijking daarvan zullen bezighouden;
- modernisering van de grondwettelijke bepalingen inzake de rechtspleging kan leiden tot versterking van onder artikel 6 EVRM gegarandeerde rechten als die betreffende de onafhankelijkheid van de strafrechter, de toegang tot de strafrechter, diens bij wet geregelde bevoegdheid, e.d. Adequate regeling van dergelijke rechtsplegingsaspecten is ook van betekenis voor de rechtsbescherming van de burger.

X.6. De beantwoording van de tweede deelonderzoeksvraag

De tweede deelonderzoeksvraag stelt aan de orde welke de consequenties zijn van een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces voor de bestaande wet- en regelgeving.

Geen wetswijziging nodig voordat inwerkingtreding mogelijk is

- Een grondwettelijke bepaling inzake het eerlijk proces heeft op zichzelf niet tot effect dat bestaande wet- en regelgeving moet worden aangepast, alvorens deze voorziening in werking kan treden, c.q. dat bestaande voorzieningen door artikel 140 Grondwet tegen de werking van een dergelijke voorziening zouden moeten worden beschermd. Een grondwettelijke voorziening dwingt niet tot een ander strafprocesrecht dan wij thans hebben; de regeling daarvan veronderstelt immers dat zij het eerlijk proces verwezenlijkt.
- De Grondwet regelt, als aangestipt, wel ook thans reeds aspecten van het eerlijk proces, zoals in artikel 121. De consequenties van een meer algemene grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces voor dergelijke bestaande bepalingen, zal nader moeten worden bezien.

Wel aanzet om de noodzaak van wetswijzigingen ter verdere uitwerking en realisatie onder ogen te zien

- De verwachting kan zijn dat een grondwettelijke voorziening rechter en wetgever er toe zal inspireren nader en nadrukkelijker onder ogen te zien of het Nederlandse recht op alle onderdelen aan de eisen van een eerlijk proces voldoet. Dat kan allicht tot wetswijzigingen in de toekomst leiden.

X.7. De beantwoording van de derde deelonderzoeksvraag

De vergelijking met de situatie in andere landen is op het punt van de constitutionele verhoudingen een lastige omdat daarin zowel de eigen aardigheden als de eigenaardigheden van nationale verhoudingen en tradities, in constitutioneel zowel als in strafrechtelijk opzicht, sterk doorklinken.

- De Nederlandse Grondwet besteedt in vergelijking slechts weinig aandacht aan de aanspraak op een eerlijk proces of op onderdelen daarvan. Tegelijkertijd zijn er betrekkelijk weinig landen in de EU die het recht op een eerlijk proces als zodanig uitdrukkelijk in hun Grondwet hebben opgenomen.
- In de vergelijking met Duitsland vallen twee dingen op. Het eerste is dat voor de vormgeving van het eerlijk proces, ook het “zware” constitutionele framework toch nadrukkelijk verwijst naar het vormgeven van het eerlijk proces in de wetgeving en rechtspraak van het betreffende rechtsterrein. Hier wordt zichtbaar dat het open karakter van het recht op een eerlijk proces wel eens belangrijker zou kunnen zijn dan het soortgelijk gewicht van een constitutionele bepaling. Dat ondersteunt de conclusie dat ook een Nederlandse grondwettelijke voorziening niet eerst dan bestaanbaar moet worden geacht als de juridische of feitelijke waarde van de constitutie wordt verhoogd.
- In de problematiek van de verhouding tot artikel 6 EVRM is voor Nederland de vergelijking tussen Duitsland en het Verenigd Koninkrijk relevant. In Duitsland is een model gevonden om Straatsburgs recht in het constitutionele recht te vervlechten, en om daarmee ook het doorklinken van dit recht in de strafrechtspleging onder bewaking van het Bundesverfassungsgericht te stellen. De wetgever is hier niet aan te pas gekomen. Of dat ook altijd tot een bevredigende doorwerking van EVRM-recht leidt die ook in Straatsburg wordt begrepen, is een andere zaak. Maar voor het inhoudelijk “rijke” model bleek een grondwettelijke erkenning van het recht op een eerlijk proces van belang. In het Verenigd Koninkrijk zijn de rechten van het EVRM allereerst in nationaal recht overgenomen teneinde deze rechten überhaupt te doen doorwerken. Dat is in Nederland overbodig. Tegelijkertijd is in het Verenigd Koninkrijk in discussie of niet in een nationale Bill of Rights zou moeten worden voorzien om de afstemming met Straatsburg in een aantal opzichten soepeler te laten verlopen. Onderzoek lijkt

inderdaad aan te tonen dat mogelijkheden om grondrechten op nationaal niveau te realiseren tot nadrukkelijker en verdergaande vormen van rechtsbescherming zouden kunnen leiden dan in systemen die nadrukkelijk op Straatsburg vertrouwen het geval is. Dat zou omgekeerd er toe kunnen leiden dat het EHRM op grond van het leerstuk van de "margin of appreciation" wat meer afstand houdt c.q. welwillend toekijkt, voorzover althans nationale voorzieningen en hun uitwerking er in resulteren dat rechten niet minder worden gerealiseerd dan het Straatsburgs minimum. Ook hier is een nationale bepaling inzake het eerlijk proces kennelijk van betekenis.

- Ook maakt het Verenigd Koninkrijk zichtbaar dat er wel aanleiding is om de dialoog tussen rechter en wetgever, als het gaat om de interpretatie en beoordeling van wetten in het licht van grondrechten, wat nadrukkelijker, ook formeler, te bezien dan thans in Nederland het geval is. Een grondwettelijke voorziening omtrent het eerlijk proces (of het proces van totstandkoming daarvan) kan daaraan bijdragen.

X.8. Slotbeschouwing

X.8.1. Conclusie

De conclusie kan zijn dat het opnemen van een aanspraak op een eerlijk proces in de Grondwet van meerwaarde is. Er is een aantal argumenten dat voor een dergelijke conclusie pleit. En er is, en dat is wel zo belangrijk, weinig dat er tegen pleit. Ook kunnen factoren worden aangedragen die maken dat de argumenten voor een dergelijke voorziening specifiek de aanspraak op een eerlijk proces betreffen en niet tal van andere rechten die zich wellicht ook voor erkenning in de Grondwet zouden lenen.

Het belangrijkste argument voor het opnemen van een aanspraak op een eerlijk proces in de Grondwet heeft verschillende kanten. De toegevoegde waarde van een dergelijke voorziening schuilt vooral in de ondersteuning die een dergelijke bepaling vormt voor de rechtsvorming omtrent het vormgeven van het eerlijk proces in wetgeving en, wel zo belangrijk, in de dagelijkse rechtspraak in strafzaken. Daarvan maakt een bijdrage aan de betere doorwerking van artikel 6 EVRM deel uit. Een grondwettelijke voorziening ligt in zijn betekenis op het snijvlak van strafrecht en EVRM en ontleent precies aan die positie zelfstandige betekenis naast het strafrecht

en het EVRM; van een verdubbeling dan wel inhoudsloze toevoeging is geen sprake.

In haar functie van ondersteuning van de rechtsvorming sluit een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces betrekkelijk goed aan bij de traditionele functie en betekenis van de Grondwet.

Een dergelijke bepaling kan in de Grondwet worden opgenomen, zonder dat zij leidt tot ingrijpende veranderingen in de constitutionele verhoudingen, al kan zij wel van betekenis zijn in het voortdurende debat over mogelijke veranderingen in die verhoudingen.

X.8.2. Vormgeving

De precieze betekenis van een grondwettelijke voorziening kan het best worden gezien in het licht van concrete voorstellen ter zake. Aangezien dit de onderzoeksvragen te buiten zou gaan en aan de aard van het verslag als opmaat voor de discussie in de staatscommissie afbreuk zou doen, willen wij de beantwoording van de onderzoeksvragen in dit rapport niet neerleggen in concreet geformuleerde voorstellen voor wettelijke bepalingen. Wel is het volgende van belang. Door het hele rapport heen spelen drie kwesties die de nadere vormgeving van een constitutionele bepaling mede zullen bepalen, een rol van betekenis. Dat betreft de volgende kwesties.

- a. Moet een grondwettelijke voorziening beperkt zijn tot regeling van de aanspraak op een eerlijk proces als zodanig of zou een grondwettelijke voorziening ook een nadere aanduiding moeten bevatten van een catalogus van rechten die dat recht op een eerlijk proces dan volgens de grondwetgever omvat?
- b. Moet de grondwettelijke voorziening het karakter krijgen van een in hoofdstuk 1 op te nemen grondrecht of kan een grondwettelijke voorziening beter het karakter krijgen van een in hoofdstuk 6 opgenomen bepaling die eisen stelt aan de inhoud en inrichting van de rechtspraak?
- c. Bovendien is de vraag van belang of een grondwettelijke voorziening alleen een regeling zal bevatten van inhoudelijk-processuele rechten van de verdachte (zoals de onschuldpresumptie) of ook van aspecten van rechtspleging, zoals de aanspraak op berechting door een onafhankelijke strafrechter.

In deze slotbeschouwing wordt samenvattend aandacht besteed aan de argumenten die bij de eerste twee keuzen aan de orde kunnen zijn.¹³⁸ Daarbij moet erop worden gewezen dat deze argumenten meer met elkaar samenhangen dan onderstaande afzonderlijke bespreking suggereert.

Aandachtspunt voor de staatscommissie:

- Eerder is al aangestipt dat het aangewezen kan zijn in een vroeg stadium van de discussie een eerste oriëntatie en wellicht voorkeur te ontwikkelen voor het maken van een keuze ten aanzien van bovenstaande vraagpunten.

Alleen de aanspraak of ook een catalogus van rechten?

Voor de beantwoording van de vraag of een grondwettelijke voorziening alleen de aanspraak op een eerlijk proces zou moeten expliciteren (hierna: variant 1) dan wel ook een catalogus van rechten zou moeten omvatten (hierna: variant 2), is het volgende van belang.

- Als de grondwettelijke voorziening ook een catalogus van rechten zal omvatten, heeft die betrekking op fundamentele rechten zoals de onschuldpresumptie. Dergelijke fundamentele aanspraken zijn belangrijk genoeg om voor grondwettelijke erkenning in aanmerking te komen.
- In variant 2 zal daarmee omgekeerd sprake zijn van rechten die ook thans reeds aan de inrichting van de strafrechtspleging ten grondslag liggen. Zij liggen als zodanig ook in variant 1 besloten.
- Variant 2 biedt de gelegenheid meer rechten te erkennen dan in de tekst van artikel 6 EVRM zijn opgenomen dan wel EVRM-rechten beter of verder uitgewerkt vorm te geven.
- Een grondwettelijke voorziening zal betrekking moeten hebben op het eerlijk proces in alle rechtsgebieden. Een opsomming van rechten zal vooral op het strafrecht betrekking hebben. Dat laatste ligt voor een grondwettelijke voorziening minder voor de hand.
- In variant 2 zal discussie nodig zijn omtrent het antwoord op de vraag welke rechten dan tot de uit te werken catalogus behoren. Ook de tekst van artikel 6 EVRM bevat daarvan niet vanzelfsprekend een uitputtend voorbeeld.

¹³⁸ Ten aanzien van de eisen die betrekking hebben op de inrichting van de rechtspleging zij er op gewezen dat deze voor de inrichting van het eerlijk proces van belang zijn (zoals de tekst van art. 6 EVRM suggereert), maar dat vorm en inhoud van de regeling ervan ook met andere kwesties samenhangt dan die welke in dit onderzoek aan de orde zijn. Zie nader onder II.4.3.

- In variant 2 ligt het anderszins voor de hand ten minste de rechten te noemen die het EVRM (en eventueel het IVBPR) reeds uitdrukkelijk benoemen. Wellicht moet dan per onderdeel de vraag naar de toegevoegde waarde van een bepaald recht naast artikel 6 EVRM worden besproken. Het antwoord kan per recht verschillen; hetgeen in dit onderzoek over de meerwaarde van een grondwettelijke voorziening als zodanig is gezegd, hoeft niet per se voor elk onderdeel uit een catalogus van rechten te gelden.
- In variant 2 is het gemakkelijker inhoudelijk-processuele rechten voor de verdachten en aanspraken op de inrichting van de rechtspleging in één bepaling als vanzelfsprekende minimumgaranties bij elkaar te regelen.
- Variant 2 leent zich naar zijn aard beter voor regeling in hoofdstuk 1 dan in hoofdstuk 6.
- In variant 2 wordt de nationale catalogus van rechten die een eerlijk proces kenmerken in de Grondwet geaccentueerd. Dat kan de positie en werking van een grondwetsbepaling op het snijvlak van internationale bescherming van het eerlijk proces en het nationale strafrecht versterken.
- Ook in variant 2 zal de uitwerking en operationalisering van de opgesomde rechten in de strafrechtspleging (wetgeving en rechtspraak) gestalte moeten krijgen. In zoverre is ook in variant 2 sprake van een erkenning van rechten die de opdracht impliceert tot realisatie ervan in wetgeving en rechtspraak in de onderscheiden rechtsgebieden.
- Variant 2 is in feite een nadere uitwerking en verdere invulling van variant 1. De voornaamste argumenten voor het opnemen van een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces betreffen daarom (reeds) variant 1. In zoverre is variant 2 niet noodzakelijk om de meerwaarde van een grondwettelijke voorziening als zodanig te doen ontstaan.
- Variant 1 heeft daarmee het voordeel van een open, eerste stap in de richting van invulling van een grondwettelijke voorziening omtrent het eerlijk proces. Een dergelijke bepaling laat meer ruimte voor invulling, toepassing en – eventueel desnoods – experiment in de strafrechtspraktijk dan variant 2.

Een “hoofdstuk 1 bepaling” of een “hoofdstuk 6 bepaling”?

Ten aanzien van de vraag of bij een grondwettelijke voorziening eerder een “hoofdstuk 1 bepaling” dan wel eerder een “hoofdstuk 6 bepaling” zou moeten of kunnen zijn, is het navolgende van belang. Bij de beschouwing ervan moet de volgorde van beslissen in het oog worden gehouden. De staatscommissie kan eerst de vraag onder ogen zien aan welk soort grondwettelijke voorziening naar vorm en inhoud behoefte is en daarna de vraag beantwoorden in welk hoofdstuk van de bestaande Grondwet zo’n bepaling het best kan worden opgenomen. De staatscommissie kan ook eerst de vraag onder ogen zien of een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces het karakter van een grondrecht moet krijgen dan wel van een eis die de Grondwet stelt aan de inrichting van de rechtspraak. Uit die keuze vloeit dan de aard van de bepaling en daarmee het eerst aangewezen hoofdstuk voort. Van die aard kan de vormgeving van de grondwettelijke voorziening dan worden afgeleid. Voorts is van belang dat tussenoplossingen denkbaar zijn: een in hoofdstuk 1 opgenomen grondrecht op een eerlijk proces kan zich goed verdragen met een in hoofdstuk 6 opgenomen bepaling inzake inhoudelijke kwaliteitsgaranties aan de rechtspraak.

- Een “hoofdstuk 1 bepaling” accentueert het karakter van de aanspraak op een eerlijk proces als grondrecht van de burger. Deze bepaling zal daarmee nadrukkelijker invulling geven aan de symboolfunctie van de Grondwet.
- Een “hoofdstuk 1 bepaling” komt overeen met de aard van het recht op een eerlijk proces in het EVRM.
- Een “hoofdstuk 1 bepaling” ligt eerder voor de hand als de Grondwet ook een catalogus van rechten zal bevatten die het recht op een eerlijk proces uitmaken.
- Een “hoofdstuk 1 bepaling” ligt naar zijn aard minder in lijn met wat er in dit onderzoek gezegd is over de verschillende, ook traditionele, functies van onze Grondwet. Een “hoofdstuk 6 bepaling” ligt, in zijn accent op opdracht tot rechtsvorming, meer daarmee in lijn.
- Ook een “hoofdstuk 1 bepaling” heeft alleen betekenis als zij in de rechtsvorming wordt ingevuld; haar betekenis ligt eerst en vooral in de ondersteuning van de rechtsvorming door wetgever en rechter.

Omgekeerd: ook een “hoofdstuk 6 bepaling” maakt duidelijk dat daar een aanspraak van de burger op een eerlijk proces van uitgaat en doet de vraag rijzen welke de eisen van een eerlijk proces nu precies zijn. In hun uitwerking en (potentiële) betekenis liggen beide soorten bepalingen daarmee dichterbij elkaar dan het misschien op het eerste gezicht lijkt. Het onderscheid tussen beide hoofdstukken van de Grondwet is ten aanzien van een voorziening omtrent het eerlijk proces in zoverre ook relatief.

- In zoverre een grondwettelijke voorziening ook “rechtsplegingsrechten” zal omvatten, ligt regeling in hoofdstuk 6 eerder (wellicht ook: separaat) voor de hand.

X.8.3. Slotopmerking: zinloos als men niet wil

Eén opmerking tot slot. De (uiteindelijke) meerwaarde van een grondwettelijke voorziening is vrijwel geheel afhankelijk van de vraag of een dergelijke grondwettelijke voorziening zowel in de wetgeving (bijvoorbeeld bij het tot stand komen ervan) als in de rechtspleging (toepassen door de rechter, er beroep op doen door OM en verdachte) tot leven zal komen. De meerwaarde is dus afhankelijk van het antwoord op de vraag of een dergelijke bepaling door de rechtsvormers gebruikt zal worden. Er zijn, in elk geval binnen het strafrecht, voldoende kwesties aan te wijzen waarbij operationalisering van een grondwettelijke bepaling via een eigen, wellicht ook beperkte, meerwaarde van betekenis kan zijn. Maar een grondwettelijke voorziening blijft een dode letter als zij niet wordt geoperationaliseerd en, door de “professionele spelers” in de onderscheiden rechtsgebieden niet wordt aanvaard. Uiteraard zet precies een dergelijke voorziening tot zodanige operationalisering aan, waarbij ook de invloed van een grondwetswijziging op dit punt als zodanig niet moet worden onderschat. Invoering van een dergelijke grondwettelijke voorziening zal immers al tot aandacht en discussie leiden. Maar één van de redenen dat onze Grondwet deels een dode letter is, is ook gelegen in het feit dat rechtsvormers haar wel eens minder lijken te willen gebruiken dan mogelijk is, meer dan in het feit dat zij niet bruikbaar zou zijn. Het recht op een eerlijk proces is van voldoende betekenis en van voldoende complexiteit om een grondwettelijke voorziening te rechtvaardigen en om een potentiële meerwaarde daarvan aan te wijzen.

Literatuurlijst

- C.J. Bax, "Commentaar bij artikel 140 Grondwet", in: P.W.C. Akkermans en A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet*, 2de druk, Zwolle: Tjeenk Willink 1992.
- C.P.M. Cleiren, "Beginselen van een goede procesorde" (diss. Leiden), Arnhem: Gouda Quint, 1989.
- M.A. Cornelissen, "Functies van grondwetten", doctoraalscriptie Erasmus Universiteit Rotterdam, 2003.
- G.J.M. Corstens, "Het Nederlands strafprocesrecht", 5de druk, Deventer: Gouda Quint 2005.
- A.J.A.van Dorst, "Cassatie in strafzaken", 5de druk, Deventer: Kluwer 2004.
- M.C.D. Embregts, "Uitsluiting over bewijsuitsluiting" (diss. UvT), Deventer: Kluwer 2003.
- K.D. Ewing, "The Futility of the Human Rights Act", in: *Public Law*, 2004, p. 829-852.
- D. Feldman, "The Impact of Human Rights on the UK Legislative Process", in: *Statute Law Review*, 25(2), p. 91-115, Oxford: OUP, 2004.
- J.W.A. Fleuren, "Directe en indirecte toepassing van internationaal recht door de Nederlandse rechter", Pre-advies Nederlandse Vereniging voor Internationaal recht 2005.
- J.W. Fokkens en W.J.V. Spek, "Het nemo teneturbeginsel en het Nederlandse straf(proces)recht", in: A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis en J. Wöretshofer (red.), "Praktisch strafrecht", Nijmegen: Wolf Legal publishers 2005.
- J.A. Frowein, "Die traurigen Missverständnisse. Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte", in: K. Dicke (red.), "Weltinnenrecht, liber amicorum Jost Delbrück", Berlin: Duncker & Humblot 2005.
- J. Gerards, "Wisselwerking tussen wetgever en rechter – naar een betere dialoog?" preadvies voor de Staatsrechtconferentie 2007.
- B. Goold, L. Lazarus & G. Swiney, "Public Protection, Proportionality and the Search for Balance", Ministry of Justice Research Series 10/07, Londen: September 2007.
- A. den Hartog, "De Hoge Raad en de redelijke termijn: meerduidige grondslag leidt tot rigide regelgeving", *RMThemis* 2001, p. 99-106.

- P. de Hert en S. Gutwirth, "Strafprocessuele grondrechten in het post-Khan tijdperk", in: A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis en J. Wöretshofer (red.), 'Praktisch strafrecht', Nijmegen: Wolf Legal publishers 2005, p. 213-232.
- K. Heij en W.M.G. Visser, "De Grondwet in eenvoudig Nederlands", Den Haag: SDU 2007.
- A.W. Hins, "Constitutionele toetsing, proportionaliteit en verhältnismässigkeit", in: A.J. Nieuwenhuis e.a. (red.), "Proportionaliteit in het publiekrecht", Deventer: Kluwer 2005, p. 61-78.
- E.M.H. Hirsch Ballin, "Het EVRM in de 21ste eeuw", in: R.A. Lawson, E. Myjer (red.), "50 jaar EVRM", Leiden: NJCM-Boekerij 2000.
- J. de Hullu en W.E.C.A. Valkenburg (red.), "Door Straatsburg geïnspireerde grondnormen voor het Nederlandse strafproces", Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.
- N. Jak en 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", NJCM-Bulletin 2007.
- D.H. de Jong, "De Hoge Raad als wetgever inzake undue delay", Delikt en Delinkwent 2001, p. 105-114.
- F. Klug, "Judicial Deference under the Human Rights Act 1998, in: European Human Rights Law Review, 2003, p. 125-133.
- G. Knigge, "Established by law?", RM Themis 2005, p. 241-242.
- R. de Lange, E. Hey en P.A.M. Mevis, "Transnationale dialoog tussen rechters", verkorte versie in Nederlands Juristenblad 2005.
- R. de Lange en P.A.M. Mevis, "Constitutional Guarantees for the Independence of the Judiciary", in: J.H.M. van Erp en L.P.W. van Vliet (ed.), "Netherlands reports to the seventeenth international congress of comparative law", Antwerpen – Oxford: Intersentia 2006.
- R. de Lange, "The European public order, constitutional principles and fundamental rights", Erasmus Law Review 2007, p. 1-24.
- N. Luhmann, "Verfassung als evolutionäre Errungenschaft" Rechtshistorischer Journal 9: 176-220.
- D.H.M. Meuwissen, "Grondrechten en rechtspraak in de Proeve", RM Themis 1967 (themanummer "Over de Proeve").
- P.A.M. Mevis, "Constitutioneel strafrecht" (oratie EUR), Arnhem: Gouda Quint 1998.

- P.A.M. Mevis, "Introductie: de betekenis van het legaliteitsbeginsel in de rechtsontwikkeling naar een eigentijds strafrecht", in: P.C. Bogert en T. Kooijmans (red), "Over de grens van het legaliteitsbeginsel", Deventer-Rotterdam: Gouda Quint-EUR 2000, p. 1-35.
- P.A.M. Mevis, "Constitutioneel toetsingsrecht: zuinigheid in plaats van revolutie", Redactioneel in Delikt en Delinkwent 32 (2002), p. 933-942.
- P.A.M. Mevis en T. Kooijmans, "Herziening ten nadele", Deventer: Kluwer 2003.
- P.A.M. Mevis, "Strafrecht, EVRM en Grondwet", in: A.H.E.C. Jordaans, P.A.M. Mevis en J. Wöretshofer (red.), 'Praktisch strafrecht', Nijmegen: Wolf Legal publishers 2005, p.453-469.
- Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties: "Proeve van een nieuwe Grondwet", Staatsuitgeverij 1966.
- Ministerie van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties: "De Grondwet herzien, 25 jaar later", Den Haag 2008.
- Ministerie van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties: "De onzichtbare Grondwet", Den Haag 2008.
- J.P. Mulder en O.J. Hoekstra, "De Grondwet in de steigers", Alphen aan de Rijn: Samsom 1970.
- D. Nicol, "Law and politics after the Human Rights Act", in: Public Law, 2006, p. 722-751.
- C.A.J.M. Kortmann, "Constitutioneel recht", 4de druk, Deventer: Kluwer 2005.
- C.W. van der Pot/ A.M. Donner, "Handboek van het Nederlandse staatsrecht", 11e druk, Zwolle: Tjeenk Willink 1983.
- C.W. van der Pot/ D.J. Elzinga en R. de Lange, "Handboek van het Nederlandse staatsrecht", 15de druk, Deventer: Kluwer 2006.
- J. Renkema, "Wie Nederlander is staat in de wet", Onze Taal 2008, afl. 1, p. 10-13.
- A.Ch.M. Rijnen, "Niet in de Grondwet opgenomen grondrechten", in: A. K. Koekkoek e.a. (red.), "Grondrechten. Commentaar op hoofdstuk 1 van de herziene Grondwet", Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982.
- E. Samson, "The Right to a fair Criminal Trial in German Proceedings Law", in: D. Weissbrodt en R. Wolfrum (ed.), "The Right to a fair trial", Heidelberg: Springer 1997.
- R.J.B. Schutgens, "Het voorstel-Halsema en de toetsbaarheid van de wet", Regelmaat 2007, p. 12-27.

- Virgilio Afonso da Silva, "Grundrechte und gesetzgeberische spielräume", Baden-Baden 2003.
- C. Sunstein, "Designing Democracy: What Constitutions Do", Oxford 2001.
- G.F.M. van der Tang, "Grondwetsbegrip en grondwetsidee" (diss. Rotterdam), Deventer: Gouda Quint 1998.
- G.F.M. van der Tang en C.M. Zoethout, "Maak van de Grondwet een Constitutie", Nederlands juristenblad 2006, p. 1003-1004.
- W.M.E. Thomassen, "Fundamentele waarden in het recht" (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridisch 2006.
- M. Viering, "Right to a fair and public hearing (article 6)", in: P. van Dijk e.a. (red.), Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 4de druk, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2006.
- B.W.N. de Waard, "De grote ogen van de grondwetgever. Het onderwerp "rechtspraak in de Grondwet van 1983", in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), "De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg" (Burkensbundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 435-450.

Bijlage 1

Achtergrond van het onderzoek

De aanleiding voor het te verrichten onderzoek wordt gevormd door de in te stellen staatscommissie voor de herziening van de Grondwet. Deze staatscommissie zal naar verwachting advies worden gevraagd betreffende de verhouding tussen de nationale grondrechten en de uit de internationale verdragen voortvloeiende rechten, in het bijzonder (onder andere) het recht op een eerlijk proces.

De instelling van de staatscommissie tot herziening van de Grondwet en de adviesaanvraag over een grondwettelijke voorziening inzake het eerlijk proces staan niet op zichzelf. Zij vloeien voort uit het coalitieakkoord en de uitwerking daarvan in het beleidsprogramma van het kabinet. Hetgeen daarin ten aanzien van de noodzaak of wenselijkheid van grondwetsherziening in het algemeen, dan wel ten aanzien van het recht op een eerlijk proces in het bijzonder wordt opgemerkt gaat weer terug op het eindrapport van de Nationale conventie van september 2006 "Hart voor de publieke zaak". Dat rapport heeft aanleiding gegeven tot de "Kabinetsreactie Nationale conventie".¹³⁹

In de voorstudie van de Werkgroep Grondwet van de Nationale conventie is te lezen:

*"Zij meent echter wel dat het aanbeveling verdient de grondrechten-catalogus onder de loep te nemen. Zo ontbreken mensenrechten als het recht op een eerlijk proces en het recht op leven en is nog altijd geen gevolg gegeven aan de voorstellen van de Commissie Grondrechten in het digitale tijdperk (de Commissie Franken) om de artikelen 10 tot en met 13 meer bij de tijd te maken".*¹⁴⁰

In het eindrapport van de Nationale conventie komt dit thema van het recht op een eerlijk proces niet expliciet voor.

¹³⁹ Kamerstukken II 2007-2008, 30 184, nr. 14.

¹⁴⁰ Voorstudie werkgroep Grondwet van de Nationale conventie, Een grondwet voor de 21ste eeuw, p. 22.

Het coalitieakkoord van de huidige regering bouwt voort op het rapport van de Nationale conventie, maar vermeldt het recht op een eerlijk proces weer wel:

*“Ten aanzien van de Grondwet (...) wordt door een staatscommissie advies uitgebracht over onder meer (niet limitatief) de voor- en nadelen van een 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”.*¹⁴¹

Ter uitvoersel van dit onderdeel van het coalitieakkoord vermeldt het beleidsprogramma van het kabinet:

*“Het kabinet stelt dit najaar een staatscommissie in die eind 2008 advies uitbrengt over het versterken van de Grondwet. De staatscommissie zal onder meer onderzoeken: de voor- en nadelen van een preambule, de toegankelijkheid voor burgers, de verhouding tussen grondrechten en internationale rechten”.*¹⁴²

Deze laatste intentie wordt in de Kabinetsreactie Nationale conventie herhaald.

In de Toelichting bij de begroting BZK 2008 heet het ten slotte:

“Het kabinet stelt een staatscommissie Grondwet in. Deze staatscommissie zal eind 2008 een advies geven over ondermeer de voor- en nadelen van een 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. De beoordeling van de toegankelijkheid van de Grondwet voor burgers vraagt van de staatscommissie een werkwijze die daarop is toegesneden. Na het uitbrengen van het advies zal het kabinet een standpunt daarover innemen in een nota grondwetsherzieningenbeleid en – indien het advies daartoe aanleiding geeft – voorstellen voorbereiden tot wijziging van de Grondwet”.

141 Coalitieakkoord tussen de Tweede Kamerfracties van CDA, PvdA en ChristenUnie, 7 februari 2007, p. 37.

142 Beleidsprogramma 2007-2011, hoofdstuk 6, onderdeel 6.1, doelstelling 67.

Tussen het rapport van de Werkgroep Grondwet van de Nationale conventie en het kabinetsstandpunt is in zoverre nog een accentverschil bespeurbaar dat de werkgroep haar voorstel uitdrukkelijk in de sleutel zet van het grondrecht op een eerlijk proces, wellicht ook in het licht van haar voorstellen omtrent de instelling van een Constitutioneel Hof en de opheffing van het bestaande toetsingsverbod. In de benadering van het kabinet lijkt het meer te gaan om de bijdrage van een grondwettelijke voorziening omtrent het eerlijk proces als onderdeel van het dynamische proces van rechtsvorming in het (straf)recht. Als zodanig komen ook andere modaliteiten van een grondwettelijke voorziening ter zake naar voren, bijvoorbeeld een bij de strekking en inhoud van het bestaande hoofdstuk 6 (Rechtspraak) aansluitende opdracht aan de rechterlijke macht om in alle zaken aan hun beoordeling onderworpen, voor het realiseren van een eerlijk proces zorg te dragen.

Bijlage 2

Overzicht verdragsbepalingen

Article 6 European Convention for the protection of Human Rights

1 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. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.

2 Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.

3 Everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights:

- a to be informed promptly, in a language which he understands and in detail, of the nature and cause of the accusation against him;
- b to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;
- c to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing or, if he has not sufficient means to pay for legal assistance, to be given it free when the interests of justice so require;
- d to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;
- e to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court.

Article 14 International Covenant on Civil and Political Rights

1. All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law. The press and the public may be excluded from all or part of a trial for reasons of morals, public order (ordre public) or national security in a democratic society, or when the interest of the private lives of the parties

so requires, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice; but any judgment rendered in a criminal case or in a suit at law shall be made public except where the interest of juvenile persons otherwise requires or the proceedings concern matrimonial disputes or the guardianship of children.

2. Everyone charged with a criminal offence shall have the right to be presumed innocent until proved guilty according to law.

3. In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality:

(a) To be informed promptly and in detail in a language which he understands of the nature and cause of the charge against him;

(b) To have adequate time and facilities for the preparation of his defence and to communicate with counsel of his own choosing;

(c) To be tried without undue delay;

(d) To be tried in his presence, and to defend himself in person or through legal assistance of his own choosing; to be informed, if he does not have legal assistance, of this right; and to have legal assistance assigned to him, in any case where the interests of justice so require, and without payment by him in any such case if he does not have sufficient means to pay for it;

(e) To examine, or have examined, the witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;

(f) To have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court;

(g) Not to be compelled to testify against himself or to confess guilt.

4. In the case of juvenile persons, the procedure shall be such as will take account of their age and the desirability of promoting their rehabilitation.

5. Everyone convicted of a crime shall have the right to his conviction and sentence being reviewed by a higher tribunal according to law.

6. When a person has by a final decision been convicted of a criminal offence and when subsequently his conviction has been reversed or he has been pardoned on the ground that a new or newly discovered fact shows conclusively that there has been a miscarriage of justice, the person who has suffered punishment as a result of such conviction shall be compensated according to law, unless it is proved that the non-disclosure of the unknown fact in time is wholly or partly attributable to him.

7. No one shall be liable to be tried or punished again for an offence for which he has already been finally convicted or acquitted in accordance with the law and penal procedure of each country.

Article 40 Convention on the Rights of the Child

1. States Parties recognize the right of every child alleged as, accused of, or recognized as having infringed the penal law to be treated in a manner consistent with the promotion of the child's sense of dignity and worth, which reinforces the child's respect for the human rights and fundamental freedoms of others and which takes into account the child's age and the desirability of promoting the child's reintegration and the child's assuming a constructive role in society.

2. To this end, and having regard to the relevant provisions of international instruments, States Parties shall, in particular, ensure that:

(a) No child shall be alleged as, be accused of, or recognized as having infringed the penal law by reason of acts or omissions that were not prohibited by national or international law at the time they were committed;

(b) Every child alleged as or accused of having infringed the penal law has at least the following guarantees:

(i) To be presumed innocent until proven guilty according to law;

(ii) To be informed promptly and directly of the charges against him or her, and, if appropriate, through his or her parents or legal guardians, and to have legal or other appropriate assistance in the preparation and presentation of his or her defence;

(iii) To have the matter determined without delay by a competent, independent and impartial authority or judicial body in a fair hearing according to law, in the presence of legal or other appropriate assistance and, unless it is considered not to be in the best interest of the child, in particular, taking into account his or her age or situation, his or her parents or legal guardians;

(iv) Not to be compelled to give testimony or to confess guilt; to examine or have examined adverse witnesses and to obtain the participation and examination of witnesses on his or her behalf under conditions of equality;

(v) If considered to have infringed the penal law, to have this decision and any measures imposed in consequence thereof reviewed by a higher competent, independent and impartial authority or judicial body according to law;

(vi) To have the free assistance of an interpreter if the child cannot understand or speak the language used;

(vii) To have his or her privacy fully respected at all stages of the proceedings.

3. States Parties shall seek to promote the establishment of laws, procedures, authorities and institutions specifically applicable to children alleged as, accused of, or recognized as having infringed the penal law, and, in particular:

(a) The establishment of a minimum age below which children shall be presumed not to have the capacity to infringe the penal law;

(b) Whenever appropriate and desirable, measures for dealing with such children without resorting to judicial proceedings, providing that human rights and legal safeguards are fully respected.

4. A variety of dispositions, such as care, guidance and supervision orders; counselling; probation; foster care; education and vocational training programmes and other alternatives to institutional care shall be available to ensure that children are dealt with in a manner appropriate to their well-being and proportionate both to their circumstances and the offence.

Article 7 African Charter on Human and Peoples' Rights

1. Every individual shall have the right to have his cause heard. This comprises:

(a) the right to an appeal to competent national organs against acts of violating his fundamental rights as recognized and guaranteed by conventions, laws, regulations and customs in force;

(b) the right to be presumed innocent until proved guilty by a competent court or tribunal;

(c) the right to defense, including the right to be defended by counsel of his choice; (d) the right to be tried within a reasonable time by an impartial court or tribunal.

2. No one may be condemned for an act or omission which did not constitute a legally punishable offence at the time it was committed. No penalty may be inflicted for an offence for which no provision was made at the time it was committed. Punishment is personal and can be imposed only on the offender

Article 8 American Convention on Human Rights

Right to a Fair Trial

1. Every person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent, and impartial tribunal, previously established by law, in the substantiation of any accusation of a criminal nature made against him or for the determination of his rights and obligations of a civil, labor, fiscal, or any other nature.
2. Every person accused of a criminal offense has the right to be presumed innocent so long as his guilt has not been proven according to law. During the proceedings, every person is entitled, with full equality, to the following minimum guarantees:
 - a. the right of the accused to be assisted without charge by a translator or interpreter, if he does not understand or does not speak the language of the tribunal or court;
 - b. prior notification in detail to the accused of the charges against him;
 - c. adequate time and means for the preparation of his defense;
 - d. the right of the accused to defend himself personally or to be assisted by legal counsel of his own choosing, and to communicate freely and privately with his counsel;
 - e. the inalienable right to be assisted by counsel provided by the state, paid or not as the domestic law provides, if the accused does not defend himself personally or engage his own counsel within the time period established by law;
 - f. the right of the defense to examine witnesses present in the court and to obtain the appearance, as witnesses, of experts or other persons who may throw light on the facts;
 - g. the right not to be compelled to be a witness against himself or to plead guilty; and
 - h. the right to appeal the judgment to a higher court.
3. A confession of guilt by the accused shall be valid only if it is made without coercion of any kind.
4. An accused person acquitted by a nonappealable judgment shall not be subjected to a new trial for the same cause.
5. Criminal proceedings shall be public, except insofar as may be necessary to protect the interests of justice.

Article II-107 European Constitution

Right to an effective remedy and to a fair trial

Everyone whose rights and freedoms guaranteed by the law of the Union are violated has the right to an effective remedy before a tribunal in compliance with the conditions laid down in this Article.

Everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal previously established by law.

Everyone shall have the possibility of being advised, defended and represented.

Legal aid shall be made available to those who lack sufficient resources insofar as such aid is necessary to ensure effective access to justice.

Bijlage 3

Overzicht van grondwetsbepalingen binnen Europa gerelateerd aan artikel 6 EVRM143

België

Artikel 12

De vrijheid van de persoon is gewaarborgd.

Niemand kan worden vervolgd dan in de gevallen die de wet bepaalt en in de vorm die zij voorschrijft.

Behalve bij ontdekking op heterdaad kan niemand worden aangehouden dan krachtens een met redenen omkleed bevel van de rechter, dat moet worden betekend bij de aanhouding of uiterlijk binnen vierentwintig uren.

Artikel 13

Niemand kan tegen zijn wil worden afgetrokken van de rechter die de wet hem toekent.

Artikel 14

Geen straf kan worden ingevoerd of toegepast dan krachtens de wet.

Bulgarije

Article 4

(1) The Republic of Bulgaria shall be a state governed by the rule of law. It shall be governed by the Constitution and the laws of the country.

(2) The Republic of Bulgaria shall guarantee the life, dignity and rights of the individual and shall create conditions conducive to the free development of the individual and of civil society.

(3) (new, SG 18/05) Republic of Bulgaria shall participate in the construction and development of the European Union.

Article 30 [Personal Freedom and Integrity, Defence]

- (1) Everyone is entitled to personal freedom and inviolability.
- (2) No one shall be detained or subjected to inspection, search or any other infringement of his personal inviolability except on the conditions and in a manner established by law.
- (3) The state authorities shall be free to detain a citizen only in the urgent circumstances expressly stipulated by law, and shall immediately advise the judicial authorities accordingly. The judicial authorities shall rule on the legality of a detention within the next 24 hours.
- (4) Everyone is entitled to legal counsel from the moment of detention or from the moment of being charged.
- (5) Everyone is entitled to meet his legal counsel in private. The confidentiality of such communication shall be inviolable.

Article 31 [Criminal Trials]

- (1) Anyone charged with a crime shall be brought before a court within the time established by law.
- (2) No one shall be forced to plead guilty, and no one shall be convicted solely by virtue of a confession.
- (3) A defendant shall be considered innocent until proven otherwise by a final verdict.
- (4) The rights of a defendant shall not be restricted beyond what is necessary for the purposes of a fair trial.
- (5) Prisoners shall be kept in conditions conducive to the exercise of those of their fundamental rights which are not restricted by virtue of their sentence.
- (6) Prison sentences shall be served only at the facilities established by law.
- (7) There shall be no limitation to the prosecution and the execution of a sentence for crimes against peace and humanity.

Cyprus

Article 5

The Republic of Cyprus shall secure to everyone within its jurisdiction human rights and fundamental freedoms comparable to those set out in Section I of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed at Rome on the 4th of November,

1950, and the Protocol to that Convention signed at Paris on the 20th of March, 1952.

Article 11

1. Every person has the right to liberty and security of person.
2. No person shall be deprived of his liberty save in the following cases when and as provided by law:
 - (a) the detention of a person after conviction by a competent court;
 - (b) the arrest or detention of a person for noncompliance with the lawful order of a court;
 - (c) the arrest or detention of a person effected for the purpose of bringing him before the competent legal authority on reasonable suspicion of having committed an offence or when it is reasonably considered necessary to prevent his committing an offence or fleeing after having done so;
 - (d) the detention of a minor by a lawful order for the purpose of educational supervision or his lawful detention for the purpose of bringing him before the competent legal authority;
 - (e) the detention of persons for the prevention of spreading of infectious diseases, of persons of unsound mind, alcoholics or drug addicts or vagrants;
 - (f) the arrest or detention of a person to prevent him effecting an unauthorised entry into the territory of the Republic or of an alien against whom action is being taken with a view to deportation or extradition.
3. Save when and as provided by law in case of a flagrant offence punishable with death or imprisonment, no person shall be arrested save under the authority of a reasoned judicial warrant issued according to the formalities prescribed by the law.
4. Every person arrested shall be informed at the time of his arrest in a language which he understands of the reasons for his arrest and shall be allowed to have the services of a lawyer of his own choosing.
5. The person arrested shall, as soon as is practicable after his arrest, and in any event not later than twentyfour hours after the arrest, be brought before a judge, if not earlier released.
6. The judge before whom the person arrested is brought shall promptly proceed to inquire into the grounds of the arrest in a language understandable by the person arrested and shall, as soon as possible and in any event not later than three days from such appearance, either release the person arrested on such terms as he may deem fit or where the investiga-

tion into the commission of the offence for which he has been arrested has not been completed remand him in custody and may remand him in custody from time to time for a period not exceeding eight days at any one time:

Provided that the total period of such remand in custody shall not exceed three months of the date of the arrest on the expiration of which every person or authority having the custody of the person arrested shall forthwith set him free.

Any decision of the judge under this paragraph shall be subject to appeal.

7. Every person who is deprived of his liberty by arrest or detention shall be entitled to take proceedings by which the lawfulness of his detention shall be decided speedily by a court and his release ordered if the detention is not lawful.

8. Every person who has been the victim of arrest or detention in contravention of the provisions of this Article shall have an enforceable right to compensation.

Article 12

1. No person shall be held guilty of any offence on account of any act or omission which did not constitute an offence under the law at the time when it was committed; and no person shall have a heavier punishment imposed on him for an offence other than that expressly provided for it by law at the time when it was committed.

2. A person who has been acquitted or convicted of an offence shall not be tried again for the same offence. No person shall be punished twice for the same act or omission except where death ensues from such act or omission.

3. No law shall provide for a punishment which is disproportionate to the gravity of the offence.

4. Every person charged with an offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.

5. Every person charged with an offence has the following minimum rights:

- (a) to be informed promptly and in a language which he understands and in detail of the nature and grounds of the charge preferred against him;
- (b) to have adequate time and facilities for the preparation of his defence;
- (c) to defend himself in person or through a lawyer of his own choosing or, if he has no sufficient means to pay for legal assistance, to be given free legal assistance when the interests of justice so require;

- (d) to examine or have examined witnesses against him and to obtain the attendance and examination of witnesses on his behalf under the same conditions as witnesses against him;
 - (e) to have the free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court.
6. A punishment of general confiscation of property is prohibited.

Article 30

1. No person shall be denied access to the court assigned to him by or under this Constitution. The establishment of judicial committees or exceptional courts under any name whatsoever is prohibited.
2. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, every person is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent, impartial and competent court established by law. Judgment shall be reasoned and pronounced in public session, but the press and the public may be excluded from all or any part of the trial upon a decision of the court where it is in the interest of the security of the Republic or the constitutional order or the public order or the public safety or the public morals or where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require or, in special circumstances where, in the opinion of the court, publicity would prejudice the interests of justice.
3. Every person has the right
 - (a) to be informed of the reasons why he is required to appear before the court;
 - (b) to present his case before the court and to have sufficient time necessary for its preparation;
 - (c) to adduce or cause to be adduced his evidence and to examine witnesses according to law;
 - (d) to have a lawyer of his own choice and to have free legal assistance where the interests of justice so require and as provided by law;
 - (e) to have free assistance of an interpreter if he cannot understand or speak the language used in court.

Denemarken

Section 61 [Exercise of Judiciary Power]

The exercise of the judiciary power shall be governed only by Statute.
Extraordinary courts of justice with judicial power shall not be established.

Section 62 [Separation of Powers]

The administration of justice shall always remain independent of the executive power. Rules to this effect shall be laid down by Statute.

Section 64 [Independence of Judges]

In the performance of their duties the judges shall be directed solely by the law. Judges shall not be dismissed except by judgment, nor shall they be transferred against their will, except in the instances where a rearrangement of the courts of justice is made. However, a judge who has completed his sixty-fifth year may be retired, but without loss of income up to the time when he is due for retirement on account of age.

Section 65 [Publicity]

- (1) In the administration of justice all proceedings shall be public and oral to the widest possible extent.
- (2) Laymen shall take part in criminal procedure. The cases and the form in which such participation shall take place, including what cases are to be tried by jury, shall be provided for by Statute.

Section 71 [Personal Liberty]

- (1) Personal liberty shall be inviolable. No Danish subject shall in any manner whatever be deprived of his liberty because of his political or religious convictions or because of his descent.
- (2) A person shall be deprived of his liberty only where this is warranted by law.
- (3) Any person who is taken into custody shall be brought before a judge within twenty-four hours. Where the person taken into custody cannot be released immediately, the judge shall decide, stating the grounds in an order to be given as soon as possible and at the latest within three days, whether the person taken into custody shall be committed to prison, and in cases where he can be released on bail, the judge shall determine the

nature and amount of such bail. This provision may be departed from by Statute as far as Greenland is concerned, if for local considerations such departure may be deemed necessary.

(4) The finding given by the judge may at once be separately appealed against by the person concerned to a higher court of justice.

(5) No person shall be remanded for an offence that can involve only punishment consisting of a fine or mitigated imprisonment.

(6) outside criminal procedure the legality of deprivation of liberty which is not by order of a judicial authority, and which is not warranted by the legislation dealing with aliens, shall at the request of the person who has been deprived of his liberty, or at the request of any person acting on his behalf, be brought before the ordinary courts of justice or other judicial authority for decision. Rules governing this procedure shall be provided by Statute.

(7) The persons mentioned in Subsection (6) shall be under supervision by a board set up by the Parliament, to which board the persons concerned shall be permitted to apply.

Duitsland

Article 100 [Constitutionality of Laws]

(1) Where a court considers that a statute on whose validity the courts decision depends is unconstitutional, the proceedings have to be stayed, and a decision has to be obtained from the State [Land] court with jurisdiction over constitutional disputes where the constitution of a State [Land] is held to be violated, or from the Federal Constitutional Court where this Constitution is held to be violated. This also applies where this Constitution is held to be violated by State [Land] law or where a State [Land] statute is held to be incompatible with a federal statute.

(2) Where, in the course of litigation, doubt exists whether a rule of public international law is an integral part of federal law and whether such rule directly creates rights and duties for the individual (Article 25), the court obtains a decision from the Federal Constitutional Court.

(3) Where the constitutional court of a State [Land], in interpreting this Constitution, intends to deviate from a decision of the Federal Constitutional Court or of the constitutional court of another State [Land], it obtains a decision from the Federal Constitutional Court.

Article 103 [Due Process]

- (1) In the courts, everyone is entitled to a hearing in accordance with the law.
- (2) An act can be punished only where it constituted a criminal offence under the law before the act was committed.
- (3) No one may be punished for the same act more than once under general criminal legislation.

Engelard

An Act to give further effect to rights and freedoms guaranteed under the European Convention on Human Rights; to make provision with respect to holders of certain judicial offices who become judges of the European Court of Human Rights; and for connected purposes.

[9th November 1998]

Be it enacted by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows:—

Introduction

1 The Convention Rights

(1) In this Act "the Convention rights" means the rights and fundamental freedoms set out in—

- (a) Articles 2 to 12 and 14 of the Convention,
- (b) Articles 1 to 3 of the First Protocol, and
- (c) Articles 1 and 2 of the Sixth Protocol, as read with Articles 16 to 18 of the Convention.

(2) Those Articles are to have effect for the purposes of this Act subject to any designated derogation or reservation (as to which see sections 14 and 15).

(3) The Articles are set out in Schedule 1.

(4) The Secretary of State may by order make such amendments to this Act as he considers appropriate to reflect the effect, in relation to the United Kingdom, of a protocol.

(5) In subsection (4) "protocol" means a protocol to the Convention—

- (a) which the United Kingdom has ratified; or

(b) which the United Kingdom has signed with a view to ratification.

(6) No amendment may be made by an order under subsection (4) so as to come into force before the protocol concerned is in force in relation to the United Kingdom.

Estland

§ 15. Everyone whose rights and freedoms are violated has the right of recourse to the courts. Everyone has the right, while his or her case is before the court, to petition for any relevant law, other legislation or procedure to be declared unconstitutional.

The courts shall observe the Constitution and shall declare unconstitutional any law, other legislation or procedure which violates the rights and freedoms provided by the Constitution or which is otherwise in conflict with the Constitution.

§ 21. Everyone who is deprived of his or her liberty shall be informed promptly, in a language and manner which he or she understands, of the reason for the deprivation of liberty and of his or her rights, and shall be given the opportunity to notify those closest to him or her. A person suspected of a criminal offence shall also be promptly given the opportunity to choose and confer with counsel. The right of a person suspected of a criminal offence to notify those closest to him or her of the deprivation of liberty may be restricted only in the cases and pursuant to procedure provided by law to prevent a criminal offence or in the interests of ascertaining the truth in a criminal proceeding.

No one shall be held in custody for more than forty-eight hours without the specific authorisation of a court. The decision of the court shall be promptly communicated to the person in custody in a language and manner which he or she understands.

§ 22. No one shall be presumed guilty of a criminal offence until a conviction by a court against him or her enters into force.

No one has the duty to prove his or her innocence in a criminal proceeding.

No one shall be compelled to testify against himself or herself, or against those closest to him or her.

§ 23. No one shall be convicted of an act which did not constitute a criminal offence under the law in force at the time the act was committed.

No one shall have a more severe punishment imposed on him or her than the one that was applicable at the time the offence was committed. If, subsequent to the commission of an offence, the law provides for a lesser punishment, the lesser punishment shall apply.

No one shall be tried or punished again for an act of which he or she has been finally convicted or acquitted pursuant to law.

§ 24. No one shall be transferred, against his or her free will, from the jurisdiction of the court specified by law to the jurisdiction of another court.

Everyone has the right to be tried in his or her presence.

Court sessions shall be public. A court may, in the cases and pursuant to procedure provided by law, declare that a session or a part thereof be held in camera to protect a state or business secret, morals or the private and family life of a person, or where the interests of a minor, a victim, or justice so require.

Judgment shall be pronounced publicly, except in cases where the interests of a minor, a spouse, or a victim require otherwise.

Everyone has the right of appeal to a higher court against the judgment in his or her case pursuant to procedure provided by law.

§ 146. Justice shall be administered solely by the courts. The courts shall be independent in their activities and shall administer justice in accordance with the Constitution and the laws.

Finland

Section 7 The right to life, personal liberty and integrity

- (1) Everyone has the right to life, personal liberty, integrity and security.
- (2) No one shall be sentenced to death, tortured or otherwise treated in a manner violating human dignity.
- (3) The personal integrity of the individual shall not be violated, nor shall anyone be deprived of liberty arbitrarily or without a reason prescribed by an Act. A penalty involving deprivation of liberty may be imposed only by a court of law. The lawfulness of other cases of deprivation of liberty may be submitted for review by a court of law. The rights of individuals deprived of their liberty shall be guaranteed by an Act.

Section 21 Protection under the law

- (1) Everyone has the right to have his or her case dealt with appropriately and without undue delay by a legally competent court of law or other authority, as well as to have a decision pertaining to his or her rights or obligations reviewed by a court of law or other independent organ for the administration of justice.
- (2) Provisions concerning the publicity of proceedings, the right to be heard, the right to receive a reasoned decision and the right of appeal, as well as the other guarantees of a fair trial and good governance shall be laid down by an Act.

Section 103 The right of judges to remain in office

- (1) A judge shall not be suspended from office, except by a judgement of a court of law. In addition, a judge shall not be transferred to another office without his or her consent, except where the transfer is a result of a reorganisation of the judiciary.
- (2) Provisions on the duty of a judge to resign at the attainment of a given age or after losing capability to work are laid down by an Act.
- (3) More detailed provisions on the other terms of service of a judge are laid down by an Act.

Section 106 Primacy of the Constitution

If, in a matter being tried by a court of law, the application of an Act would be in evident conflict with the Constitution, the court of law shall give primacy to the provision in the Constitution.

Frankrijk

Article 61

Institutional Acts, before their promulgation, and the rules of procedure of the parliamentary assemblies, before their entry into force, must be referred to the Constitutional Council, which shall rule on their conformity with the Constitution.

To the same end, Acts of Parliament may be referred to the Constitutional Council, before their promulgation, by the President of the Republic, the Prime Minister, the President of the National Assembly, the President of the Senate, or sixty deputies or sixty senators.

In the cases provided for in the two preceding paragraphs, the Constitutional Council must rule within one month. However, at the request of the Government, if the matter is urgent, this period shall be reduced to eight days.

In these same cases, reference to the Constitutional Council shall suspend the time limit for promulgation.

Article 66

No one shall be arbitrarily detained.

The judicial authority, guardian of individual liberty, shall ensure the observance of this principle as provided by statute.

Article 9 [declaration des droits de l'homme et du citoyen]

- As every man is presumed innocent until he has been declared guilty, if it should be considered necessary to arrest him, any undue harshness that is not required to secure his person must be severely curbed by Law.

Griekenland

Article 2

No public authority, including the Riksdag, may determine how a court of law shall adjudicate an individual case or otherwise apply a rule of law in a particular case.

Article 20

1. Every person shall be entitled to receive legal protection by the courts and may plead before them his views concerning his rights or interests, as specified by law.
2. The right of a person to a prior hearing also applies in any administrative action or measure adopted at the expense of his rights or interests.

Article 87

1. Justice shall be administered by courts composed of regular judges who shall enjoy functional and personal independence.
2. In the discharge of their duties, judges shall be subject only to the Constitution and the laws; in no case whatsoever shall they be obliged to comply with provisions enacted in violation of the Constitution.
3. Regular judges shall be inspected by judges of a superior rank, as well as by the Public Prosecutor and the Deputy Prosecutor of the Supreme Civil and Criminal Court; Public Prosecutors shall be inspected by the Supreme Civil and Criminal Court judges and Public Prosecutors of a superior rank, as specified by law.

Article 93

1. Courts are distinguished into administrative and civil and criminal courts, and they are organized by special statutes.
2. The sittings of all courts shall be public, except when the court decides that publicity would be detrimental to the good usages or that special reasons call for the protection of the private or family life of the litigants.
- ** 3. Every court judgment must be specifically and thoroughly reasoned and must be pronounced in a public sitting. In case of violation of the preceding section, law shall specify the ensuing legal consequences as well as the imposed sanctions. Publication of the dissenting opinion shall be compulsory.

Law shall specify matters concerning the entry of any dissenting opinion into the minutes as well as the conditions and prerequisites for the publicity thereof.

4. The courts shall be bound not to apply a statute whose content is contrary to the Constitution.

Hongarije

Article 8

(1) The Republic of Hungary recognizes inviolable and inalienable fundamental human rights. The respect and protection of these rights is a primary obligation of the State.

(2) In the Republic of Hungary regulations pertaining to fundamental rights and duties are determined by law; such law, however, may not restrict the basic meaning and contents of fundamental rights.

(3)

(4) During a state of national crisis, state of emergency or state of danger, the exercise of fundamental rights may be suspended or restricted, with the exception of the fundamental rights specified in Articles 54. -56., Paragraphs (2)-(4) of Article 57., Article 60., Articles 66. -69. and Article 70/E.

Article 50

(1) The courts of the Republic of Hungary shall protect and uphold constitutional order, as well as the rights and lawful interests of natural person, legal persons and unincorporated organizations, and shall determine the punishment for those who commit criminal offenses.

(2) The courts shall review the legality of the decisions of public administration.

(3) Judges are independent and answer only to the law. Judges may not be members of political parties and may not engage in political activities.

(4) Administration of the courts shall be exercised by the National Council of Justice; self-government bodies for the representation of judges shall also participate in such administration.

(5) A majority of two-thirds of the votes of the Members of Parliament present shall be required for the Parliament to pass the laws on the structure and supervision of courts and on the legal status and remuneration of judges.

Article 57

(1) In the Republic of Hungary everyone is equal before the law and has the right to have the accusations brought against him, as well as his rights and duties in legal proceedings, judged in a just, public trial by an independent and impartial court established by law.

(2) In the Republic of Hungary no one shall be considered guilty until a court has rendered a final legal judgment determining criminal culpability.

(3) Individuals subject to criminal proceedings are entitled to legal defense at all stages of the proceedings. Defense lawyers may not be held accountable for opinions expressed in the course of the defense.

(4) No one shall be declared guilty and subjected to punishment for an offense that was not a criminal offense under Hungarian law at the time such offense was committed.

(5) In the Republic of Hungary everyone may seek legal remedy, in accordance with the provisions of the law, to judicial, administrative or other official decisions, which infringe on his rights or justified interests. A law passed by a majority of two-thirds of the votes of the Members of Parliament present may impose restrictions on the right to legal remedy in the interest of, and in proportion with, adjudication of legal disputes within a reasonable period of time.

Ierland

Article 34

1. Justice shall be administered in courts established by law by judges appointed in the manner provided by this Constitution, and, save in such special and limited cases as may be prescribed by law, shall be administered in public. [...]

Article 35

1. The judges of the Supreme Court, the High Court and all other Courts established in pursuance of Article 34 hereof shall be appointed by the President.

2. All judges shall be independent in the exercise of their judicial functions and subject only to this Constitution and the law.

3. No judge shall be eligible to be a member of either House of the Oireachtas or to hold any other office or position of emolument.

4. 1° A judge of the Supreme Court or the High Court shall not be removed from office except for stated misbehaviour or incapacity, and then only upon resolutions passed by Dáil Éireann and by Seanad Éireann calling for his removal.

2° The Taoiseach shall duly notify the President of any such resolutions passed by Dáil Éireann and by Seanad Éireann, and shall send him a copy of every such resolution certified by the Chairman of the House of the Oireachtas by which it shall have been passed.

3° Upon receipt of such notification and of copies of such resolutions, the President shall forthwith, by an order under his hand and Seal, remove from office the judge to whom they relate.

5. The remuneration of a judge shall not be reduced during his continuance in office.

Article 38

1. No person shall be tried on any criminal charge save in due course of law.

2. Minor offences may be tried by courts of summary jurisdiction.

3. 1° Special courts may be established by law for the trial of offences in cases where it may be determined in accordance with such law that the ordinary courts are inadequate to secure the effective administration of justice, and the preservation of public peace and order.

2° The constitution, powers, jurisdiction and procedure of such special courts shall be prescribed by law.

4. 1° Military tribunals may be established for the trial of offences against military law alleged to have been committed by persons while subject to military law and also to deal with a state of war or armed rebellion.

2° A member of the Defence Forces not on active service shall not be tried by any courtmartial or other military tribunal for an offence cognisable by the civil courts unless such offence is within the jurisdiction of any courtmartial or other military tribunal under any law for the enforcement of military discipline.

5. Save in the case of the trial of offences under section 2, section 3 or section 4 of this Article no person shall be tried on any criminal charge without a jury.

6. The provisions of Articles 34 and 35 of this Constitution shall not apply to any court or tribunal set up under section 3 or section 4 of this Article.

Italië

Article 24 [Right to be Heard in Court]

- (1) Everyone may bring cases before a court of law in order to protect their rights under civil and administrative law.
- (2) Defense is an inviolable right at every stage and instance of legal proceedings.
- (3) The poor are entitled by law to proper means for action or defense in all courts.
- (4) The law defines the conditions and forms for reparation in the case of judicial errors.

Article 25 [Defendant's Rights]

- (1) No case may be removed from a court, but must be heard as provided by law.
- (2) No punishment is allowed except provided by a law already in force when the offence has been committed.
- (3) Security measures against persons are only allowed as provided by law.

Article 27 [Rights of the Accused]

- (1) Criminal responsibility is personal.
- (2) The defendant may not be considered guilty until sentenced.
- (3) Punishments may not contradict humanity and must aim at re-educating the convicted.
- (4) Death penalty is prohibited except by military law in time of war.

Article 104 [Independent Judiciary, Superior Council of the Judiciary]

- (1) The judiciary constitutes an autonomous and independent branch of government not subject to any other.
- (2) The superior council of the judiciary is chaired by the president.
- (3) The first president and the general public prosecutor of the court of cassation are members by law.
- (4) Other members are elected with two-thirds majority by all ordinary judges belonging to the different categories, and one-third by parliament in joint session, from among full professors of law and lawyers with at least fifteen years of practice.

(5) The council elects a vice-chairman from among the members designated by parliament.

(6) The elected members have a term of for four years and may not be immediately re-elected.

(7) They are not allowed, while in office, to be registered as members of the legal profession, nor become members of parliament or of a regional council.

Article 111 [Legal Proceedings]

(1) Justice must be administered by fair trials defined by law.

(2) Trials are based on equal confrontation of the parties before an independent and impartial judge. The law has to define reasonable time limits for the proceedings.

(3) In criminal trials, the law provides for timely and confidential information of the accused regarding the nature and reasons of charges brought against them; they are granted the time and means for their defense; they have the right to question those who testify against them or to have them questioned; those who may testify in favor of the accused must be summoned and examined under the same conditions granted to the prosecution; any evidence in favor of the accused must be acknowledged; the accused may rely on the help of an interpreter if they do not understand or speak the language of the proceedings.

(4) In criminal trials, evidence may only be established according to the principle of confrontation between parties. No defendant may be proven guilty on the basis of testimony given by witnesses who freely and purposely avoided cross-examination by the defense.

(5) The law defines in which cases evidence may be established without confrontation between the parties, either by consent of the defendants or as an effect of proven misdemeanor.

(6) Reasons must be stated for all judicial decisions.

(7) Against sentences and measures concerning personal freedom delivered by the ordinary or special courts, appeals to the court of cassation are always allowed regarding violations of the law. These provisions may be waived only in the case of sentences pronounced by military courts in time of war.

(8) Against decisions of the council of state and of the court of accounts, appeals to the court of cassation are only admissible for reasons of jurisdiction.

Letland

83. Judges shall be independent and subject only to the law.

89. The State shall recognise and protect fundamental human rights in accordance with this Constitution, laws and international agreements binding upon Latvia.

92. Everyone has the right to defend their rights and lawful interests in a fair court. Everyone shall be presumed innocent until their guilt has been established in accordance with law. Everyone, where their rights are violated without basis, has a right to commensurate compensation. Everyone has a right to the assistance of counsel.

Litouwen

Article 30

(1) Any person whose constitutional rights or freedoms are violated shall have the right to appeal to court.

(2) The law shall establish the procedure for compensating material and moral damage inflicted on a person.

Article 31

(1) Every person shall be presumed innocent until proven guilty according to the procedure established by law and until declared guilty by an effective court sentence.

(2) Every indicted person shall have the right to a fair and public hearing by an independent and impartial court. Persons cannot be compelled to give evidence against themselves or against their family members or close relatives.

(3) Punishments may only be administered or applied on the basis of law.

(4) No person may be punished for the same offence twice.

(5) From the moment of arrest or first interrogation, persons suspected or accused of a crime shall be guaranteed the right to defence and legal counsel.

Article 104

(1) In fulfilling their duties, judges of the Constitutional Court shall act independently of any other State institution, person or organization and shall observe only the Constitution of the Republic of Lithuania.

(2) Before entering office, judges of the Constitutional Court shall, in the Parliament, swear to be faithful to the Republic of Lithuania and the Constitution.

(3) The restrictions on work and political activities which are imposed on court judges shall also apply to judges of the Constitutional Court.

(4) Judges of the Constitutional Court shall have the same rights concerning the inviolability of their person as shall members of the Parliament.

Article 109

(1) In the Republic of Lithuania, the courts shall have the exclusive right to administer justice.

(2) While administering justice, judges, and courts shall be independent.

(3) While investigating cases, judges shall obey only the law.

(4) The court shall adopt decisions on behalf of the Republic of Lithuania.

Article 117

(1) In all courts the investigation of cases shall be open to the public. Closed court sittings may be held in order to protect the secrecy of a citizen's or the citizen's family's private life, or to prevent the disclosure of State, professional, or commercial secrets.

(2) In the Republic of Lithuania court trials shall be conducted in the State language.

(3) Persons who do not speak Lithuanian shall be guaranteed the right to participate in investigation and court proceedings through an interpreter.

Luxemburg

Article 12 [Individual Freedom]

Individual freedom shall be guaranteed. No one may be prosecuted except for the cases and according to the procedure laid down by the law. Except in *flagrante delicto*, no one may be arrested without the reasoned order of the judge served at the time of arrest or within twenty four hours at the latest.

Article 13 [Legal Judge]

No one may be deprived, against his will, of the Judge assigned to him by the law.

Article 88 [Publicity]

Hearings in court shall be public unless such publicity is a threat to good order and morality, in which case the court so declares by ruling.

Article 89 [Judgments]

All judgments shall be reasoned. They are pronounced in public court session.

Malta

Article 34

- (1) No person shall be deprived of his personal liberty save as may be authorised by law in the following cases, that is to say -
- (a) in consequence of his unfitness to plead to a criminal charge;
 - (b) in execution of the sentence or order of a court, whether in Malta or elsewhere, in respect of a criminal offence of which he has been convicted;
 - (c) in execution of the order of a court punishing him for contempt of that court or of another court or tribunal or in execution of the order of the House of Representatives punishing him for contempt of itself or of its members or for breach of privilege;
 - (d) in execution of the order of a court made to secure the fulfilment of any obligation imposed on him by law;
 - (e) for the purpose of bringing him before a court in execution of the order of a court or before the House of Representatives in execution of the order of that House;
 - (f) upon reasonable suspicion of his having committed, or being about to commit, a criminal offence;
 - (g) in the case of a person who has not attained the age of eighteen years, for the purpose of his education or welfare;
 - (h) for the purpose of preventing the spread of an infectious or contagious disease;
 - (i) in the case of a person who is, or is reasonably suspected to be, of unsound mind, addicted to drugs or alcohol, or a vagrant, for the purpose of his care or treatment or the protection of the community; or

(j) for the purpose of preventing the unlawful entry of that person into Malta, or for the purpose of effecting the expulsion, extradition or other lawful removal of that person from Malta or the taking of proceedings relating thereto or for the purpose of restraining that person while he is being conveyed through Malta in the course of his extradition or removal as a convicted prisoner from one country to another.

(2) Any person who is arrested or detained shall be informed at the time of his arrest or detention, in a language that he understands, of the reasons for his arrest or detention: Provided that if an interpreter is necessary and is not readily available or if it is otherwise impracticable to comply with the provisions of this sub-article at the time of the person's arrest or detention, such provisions shall be complied with as soon as practicable.

(3) Any person who is arrested or detained -

(a) for the purpose of bringing him before a court in execution of the order of a court; or

(b) upon reasonable suspicion of his having committed, or being about to commit, a criminal offence, and who is not released, shall be brought not later than forty-eight hours before a court; and if any person arrested or detained in such a case as is mentioned in paragraph (b) of this sub-article is not tried within a reasonable time, then, without prejudice to any further proceedings which may be brought against him, he shall be released either unconditionally or upon reasonable conditions, including in particular such conditions as are reasonably necessary to ensure that he appears at a later date for trial or for proceedings preliminary to trial.

(4) Any person who is unlawfully arrested or detained by any other person shall be entitled to compensation therefor from that person.

(5) Nothing contained in or done under the authority of any law shall be held to be inconsistent with or in contravention of this article to the extent that the law in question authorises the taking during such a period of public emergency as is referred to in paragraph (a) or (c) of sub-article (2) of article 47 of this Constitution of measures that are reasonably justifiable for the purpose of dealing with the situation that exists during that period of public emergency.

(6) If any person who is lawfully detained by virtue only of such a law as is referred to in the last foregoing sub-article so requests at any time during the period of that detention not earlier than six months after he last made such a request during that period, his case shall be reviewed by an indepen-

dent and impartial tribunal established by law and composed of a person or persons each of whom holds or has held judicial office or is qualified to be appointed to such office in Malta.

(7) On any review by a tribunal in pursuance of the last foregoing sub-article of the case of any detained person, the tribunal may make recommendations concerning the necessity or expediency of continuing his detention to the authority by whom it was ordered, but, unless it is otherwise provided by law, that authority shall not be obliged to act in accordance with any such recommendations.

Article 39

(1) Whenever any person is charged with a criminal offence he shall, unless the charge is withdrawn, be afforded a fair hearing within a reasonable time by an independent and impartial court established by law.

(2) Any court or other adjudicating authority prescribed by law for the determination of the existence or the extent of civil rights or obligations shall be independent and impartial; and where proceedings for such a determination are instituted by any person before such a court or other adjudicating authority, the case shall be given a fair hearing within a reasonable time.

(3) Except with the agreement of all the parties thereto, all proceedings of every court and proceedings relating to the determination of the existence or the extent of a person's civil rights or obligations before any other adjudicating authority, including the announcement of the decision of the court or other authority, shall be held in public.

(4) Nothing in sub-article (3) of this article shall prevent any court or any authority such as is mentioned in that sub-article from excluding from the proceedings persons other than the parties thereto and their legal representatives -

(a) in proceedings before a court of voluntary jurisdiction and other proceedings which, in the practice of the Courts in Malta are, or are of the same nature as those which are, disposed of in chambers;

(b) in proceedings under any law relating to income tax; or

(c) to such extent as the court or other authority -

(i) may consider necessary or expedient in circumstances where publicity would prejudice the interests of justice; or

(ii) may be empowered or required by law to do so in the interests of defence, public safety, public order, public morality or decency, the welfare of persons under the age of eighteen years or the protection of the private lives of persons concerned in the proceedings.

(5) Every person who is charged with a criminal offence shall be presumed to be innocent until he is proved or has pleaded guilty: Provided that nothing contained in or done under the authority of any law shall be held to be inconsistent with or in contravention of this sub-article to the extent that the law in question imposes upon any person charged as aforesaid the burden of proving particular facts.

(6) Every person who is charged with a criminal offence -

(a) shall be informed in writing, in a language which he understands and in detail, of the nature of the offence charged;

(b) shall be given adequate time and facilities for the preparation of his defence;

(c) shall be permitted to defend himself in person or by a legal representative and a person who cannot afford to pay for such legal representation as is reasonably required by the circumstances of his case shall be entitled to have such representation at the public expense;

(d) shall be afforded facilities to examine in person or by his legal representative the witnesses called by the prosecution before any court and to obtain the attendance of witnesses subject to the payment of their reasonable expenses, and carry out the examination of witnesses to testify on his behalf before the court on the same conditions as those applying to witnesses called by the prosecution; and

(e) shall be permitted to have without payment the assistance of an interpreter if he cannot understand the language used at the trial of the charge, and except with his own consent the trial shall not take place in his absence unless he so conducts himself as to render the continuance of the proceedings in his presence impracticable and the court has ordered him to be removed and the trial to proceed in his absence.

(7) When a person is tried for any criminal offence, the accused person or any person authorised by him in that behalf shall, if he so requires and subject to payment of such reasonable fee as may be prescribed by law, be given within a reasonable time after judgment a copy for the use of the accused person of any record of the proceedings made by or on behalf of the court.

(8) No person shall be held to be guilty of a criminal offence on account of any act or omission that did not, at the time it took place, constitute such an offence, and no penalty shall be imposed for any criminal offence which is severer in degree or description than the maximum penalty which might have been imposed for that offence at the time when it was committed.

(9) No person who shows that he has been tried by any competent court for a criminal offence and either convicted or acquitted shall again be tried for that offence or for any other criminal offence of which he could have been convicted at the trial for that offence save upon the order of a superior court made in the course of appeal or review proceedings relating to the conviction or acquittal; and no person shall be tried for a criminal offence if he shows that he has been pardoned for that offence: Provided that nothing in any law shall be held to be inconsistent with or in contravention of this sub-article by reason only that it authorises any court to try a member of a disciplined force for a criminal offence notwithstanding any trial and conviction or acquittal of that member under the disciplinary law of that force, so however that any court so trying such a member and convicting him shall in sentencing him to any punishment take into account any punishment awarded him under that disciplinary law.

(10) No person who is tried for a criminal offence shall be compelled to give evidence at his trial.

(11) In this article "legal representative" means a person entitled to practise in Malta as an advocate or, except in relation to proceedings before a court where a legal procurator has no right of audience, a legal procurator.

Oostenrijk

Article 83

(1) The constitution and competence of the courts is laid down by Federal law.

(2) No one may be deprived of his lawful judge.

(3) Deleted.

Article 87

(1) Judges are independent in the exercise of their judicial office.

(2) A judge is in the exercise of his judicial office during the performance of any judicial function properly his by law and the allocation of business, though to the exclusion of the judiciary's administrative business which in accordance with the provisions of the law shall not be discharged by chambers or commissions.

(3) Business shall be allocated in advance among the judges of a court for the period provided by the law on the organization of the courts. A matter devolving upon a judge in accordance with this allocation may be removed from his jurisdiction by decree of the judiciary's administrative authorities only in case of his being prevented from the discharge of his responsibilities or his being unable to cope with his duties, due to their extent, within a reasonable time.

Article 90

(1) Hearings in civil and criminal cases are oral and public. Exceptions are regulated by law.

(2) In criminal proceedings the procedure is by indictment

Article 94

Judicial and administrative powers shall be separate at all levels of proceedings

Polen

Article 10

(1) The system of government of the Republic of Poland shall be based on the separation of and balance between the legislative, executive and judicial powers.

(2) Legislative power shall be vested in the House of Representatives (Sejm) and the Senate, executive power shall be vested in the President of the Republic of Poland and the Council of Ministers, and the judicial power shall be vested in courts and tribunals.

Article 27

Polish shall be the official language in the Republic of Poland. This provision shall not infringe upon national minority rights resulting from ratified international agreements.

Article 31

- (1) Freedom of the person shall receive legal protection.
- (2) Everyone shall respect the freedoms and rights of others. No one shall be compelled to do that which is not required by law.
- (3) Any limitation upon the exercise of constitutional freedoms and rights may be imposed only by statute, and only when necessary in a democratic state for the protection of its security or public order, or to protect the natural environment, health or public morals, or the freedoms and rights of other persons. Such limitations shall not violate the essence of freedoms and rights.

Article 42

- (1) Only a person who has committed an act prohibited by a statute in force at the moment of commission thereof, and which is subject to a penalty, shall be held criminally responsible. This principle shall not prevent punishment of any act which, at the moment of its commission, constituted an offence within the meaning of international law.
- (2) Anyone against whom criminal proceedings have been brought shall have the right to defence at all stages of such proceedings. He may, in particular, choose counsel or avail himself - in accordance with principles specified by statute - of counsel appointed by the court.
- (3) Everyone shall be presumed innocent of a charge until his guilt is determined by the final judgment of a court.

Article 45

- (1) Everyone shall have the right to a fair and public hearing of his case, without undue delay, before a competent, impartial and independent court.
- (2) Exceptions to the public nature of hearings may be made for reasons of morality, State security, public order or protection of the private life of a party, or other important private interest. Judgments shall be announced publicly.

Article 173

The courts and tribunals shall constitute a separate power and shall be independent of other branches of power.

Article 178

(1) Judges, within the exercise of their office, shall be independent and subject only to the Constitution and statutes.

(2) Judges shall be provided with appropriate conditions for work and granted remuneration consistent with the dignity of their office and the scope of their duties.

(3) A judge shall not belong to a political party, a trade union or perform public activities incompatible with the principles of independence of the courts and judges.

Portugal

Article 20

Access to law and effective judicial protection

1. Everyone shall be guaranteed access to the law and the courts in order to defend those of his rights and interests that are protected by law, and justice shall not be denied to anyone due to lack of financial means.

2. Subject to the terms of the law, everyone shall possess the right to legal information and advice, to legal counsel and to be accompanied by a lawyer before any authority.

3. The law shall define and ensure adequate protection of the secrecy of legal proceedings.

4. Everyone shall possess the right to secure a ruling in any suit to which he is a party, within a reasonable period of time and by means of fair process.

5. For the purpose of safeguarding personal rights, freedoms and guarantees and in such a way as to secure effective and timely judicial protection against threats thereto or breaches thereof, the law shall ensure citizens judicial proceedings that are characterised by their swiftness and by the attachment of priority to them.

Article 27

Right to freedom and security

1. Everyone shall possess the right to freedom and security.

2. No one may be wholly or partially deprived of their freedom, except as a consequence of a judicial sentence imposed for the practise of an act that is punishable by law with a prison term or the imposition by a court of a security measure.

3. The following cases of deprivation of freedom for such time and under such conditions as the law may determine shall be exceptions to this principle:

- a) Detention in flagrante delicto;
- b) Detention or remand in custody where there is strong evidence of the commission of a serious crime punishable by imprisonment for a maximum term of more than three years;
- c) The imposition of imprisonment, detention or any other coercive measure subject to judicial control, on a person who improperly entered or is improperly present in Portuguese territory, or who is currently the object of extradition or deportation proceedings;
- d) The imposition of disciplinary imprisonment on military personnel. Such imprisonment shall be subject to appeal to the competent court;
- e) The subjection of a minor to measures intended to protect, assist or educate him in a suitable establishment, when ordered by the competent court of law;
- f) Detention under a court order for disobeying a court ruling or to ensure appearance before a competent judicial authority;
- g) Detentions of suspects for identification purposes, in such cases and for such time as may be strictly necessary;
- h) Committal of a person suffering from a psychic anomaly to an appropriate therapeutic establishment, when ordered or confirmed by a competent judicial authority.

4. Every person who is deprived of his freedom shall immediately be informed in an understandable manner of the reasons for his arrest, imprisonment or detention and of his rights.

5. Deprivation of freedom contrary to the provisions of this Constitution and the law shall place the state under a duty to compensate the aggrieved person in accordance with the law.

Article 32

Safeguards in criminal proceedings

1. Criminal proceedings shall ensure all necessary safeguards for the defence, including the right to appeal.
2. Every defendant shall be presumed innocent until his sentence has transited in rem judicatam, and shall be brought to trial as quickly as is compatible with the safeguards of the defence.

3. Defendants shall possess the right to choose counsel and to be assisted by him in relation to every procedural act. The law shall specify those cases and phases of proceedings in which the assistance of a lawyer shall be mandatory.
4. Preliminary investigations shall be conducted entirely under the responsibility of a judge, who may, subject to the terms of the law, delegate the practise of such investigative acts as do not directly concern fundamental rights to other persons or bodies.
5. Criminal proceedings shall possess an accusatorial structure, and trial hearings and such preliminary investigative acts as the law may require shall be subject to the principle of pleading and counter-pleading.
6. The law shall define the cases in which, subject to the safeguarding of the rights of the defence, the presence of the defendant or the accused at procedural acts, including trial hearings, may be dispensed with.
7. Victims shall possess the right to take part in proceedings, as laid down by law.
8. All evidence obtained by torture, coercion, infringement of personal physical or moral integrity, improper intrusion into personal life, the home, correspondence or telecommunications shall be deemed null and void.
9. No case shall be withdrawn from a court that already had jurisdiction under an earlier law.
10. Defendants in proceedings concerning administrative offences or in any proceedings in which penalties may be imposed shall possess the right to be heard and to a defence.

Roemenië

Article 21: Free access to justice

- (1) Every person is entitled to bring cases before the courts for the defence of his legitimate rights, liberties and interests.
- (2) The exercise of this right shall not be restricted by any law.
- (3) All parties shall be entitled to a fair trial and a solution of their cases within a reasonable term.
- (4) Administrative special jurisdiction is optional and free of charge.

Article 23: Personal Liberty, Arrest

- (1) Individual freedom and security of person are inviolable.
- (2) Search, detainment, or arrest of a person shall be permitted only in the cases and under the procedure provided by law.
- (3) Detention shall not exceed twenty-four hours.
- (4) Arrest shall be made under a warrant issued by a magistrate, for a maximum period of thirty days. The person arrested may lodge a complaint to the court about the legality of the warrant, and its Judge is bound to make a pronouncement by a motivated decision. The period of arrest may be extended only by a decision of the court.
- (5) Any person detained or arrested shall be promptly informed, in a language he understands, of the grounds for his detention or arrest, and notified of the charges against him, as soon as practicable; the notification of the charges shall be made only in the presence of a lawyer of his own choosing or appointed ex officio.
- (6) The release of the person detained or arrested shall be obligatory, if the grounds for his detention or arrest cease to exist.
- (7) A person under preventive custody shall have the right to apply for provisional release, under judicial control or on bail.
- (8) Any person shall be presumed innocent until found guilty by a final decision of the court.
- (9) Penalties can be established or applied only in accordance with and on the grounds of the law.

Article 24: Right to defence

- (1) The right to defence is guaranteed.
- (2) All throughout the trial, the parties shall have the right to be assisted by a lawyer of their own choosing or appointed ex officio.

Article 124: Administration of justice

- (1) Justice shall be rendered in the name of the law.
- (2) Justice shall be one, impartial, and equal for all.
- (3) Judges shall be independent and subject only to the law.

Article 125: Statute of judges

- (1) The judges appointed by the President of Romania shall be irremovable, according to the law.

(2) The appointment proposals, as well as the promotion, transfer of, and sanctions against judges shall only be within the competence of the Superior Council of Magistracy, under the terms of its organic law.

(3) The office of a judge shall be incompatible with any other public or private office, except for academic activities.

Article 127: Publicity of debates

Proceedings shall be public, except for the cases provided by law.

Article 128: Use of mother tongue and interpreter in court

(1) The legal procedure shall be conducted in Romanian.

(2) Romanian citizens belonging to national minorities have the right to express themselves in their mother tongue before the courts of law, under the terms of the organic law.

(3) The ways for exercising the right stipulated under paragraph (2), including the use of interpreters or translations, shall be stipulated so as not to hinder the proper administration of justice and not to involve additional expenses to those interested.

(4) Foreign citizens and stateless persons who do not understand or do not speak the Romanian language shall be entitled to take cognizance of all the file papers and proceedings, to speak in court and draw conclusions, by means of an interpreter; in criminal law suits, this right is ensured free of charge.

Slovenië

Article 5

In its own territory, the state shall protect human rights and fundamental freedoms. It shall protect and guarantee the rights of the autochthonous Italian and Hungarian national communities. It shall maintain concern for autochthonous Slovene national minorities in neighbouring countries and for Slovene emigrants and workers abroad and shall foster their contacts with the homeland. It shall provide for the preservation of the natural wealth and cultural heritage and create opportunities for the harmonious development of society and culture in Slovenia.

Article 19 (Protection of Personal Liberty)

Everyone has the right to personal liberty.

No one may be deprived of his liberty except in such cases and pursuant to such procedures as are provided by law.

Anyone deprived of his liberty must be immediately informed in his mother tongue, or in a language which he understands, of the reasons for being deprived of his liberty. Within the shortest possible time thereafter, he must also be informed in writing of why he has been deprived of his liberty. He must be instructed immediately that he is not obliged to make any statement, that he has the right to immediate legal representation of his own free choice and that the competent authority must, on his request, notify his relatives or those close to him of the deprivation of his liberty.

Article 23 (Right to Judicial Protection)

Everyone has the right to have any decision regarding his rights, duties and any charges brought against him made without undue delay by an independent, impartial court constituted by law.

Only a judge duly appointed pursuant to rules previously established by law and by judicial regulations may judge such an individual.

Article 24 (Public Nature of Court Proceedings)

Court hearings shall be public. Judgements shall be pronounced publicly. Exceptions shall be provided by law.

Article 27 (Presumption of Innocence)

Any person charged with a criminal offence shall be presumed innocent until found guilty in a final judgement.

Article 29 (Legal Guarantees in Criminal Proceedings)

Anyone charged with a criminal offence must, in addition to absolute equality, be guaranteed the following rights:

- the right to have adequate time and facilities to prepare his defence;
- the right to be present at his trial and to conduct his own defence or to be defended by a legal representative;
- the right to present all evidence to his benefit;
- the right not to incriminate himself or his relatives or those close to him, or to admit guilt.

Article 125 (Independence of Judges)

Judges shall be independent in the performance of the judicial function. They shall be bound by the Constitution and laws.

Slovakije**Article 17**

(1) Personal freedom is guaranteed.

(2) No one must be prosecuted or deprived of freedom other than for reasons and in a manner defined by law. No one must be deprived of freedom solely because of his inability to comply with a contractual obligation.

(3) A person accused or suspected of a criminal act can be detained only in cases defined by law. The detained person must be immediately informed of the reasons for the detention, interrogated, and either released or brought before the court within 24 hours at the latest. The judge must question the detainee within 24 hours of taking over the case and decide on his or her custody or release.

(4) An accused person may be arrested only on the basis of a written, substantiated court warrant. The arrested person must be brought before the court within 24 hours. The judge must question the arrested person within 24 hours of taking over the case and decide on his or her custody or release.

(5) A person can be taken into custody only for reasons and for a period defined by law and on the basis of a court ruling.

(6) The law will specify in which cases a person can be admitted to, or kept in, institutional health care without his or her consent. Such a measure must be reported within 24 hours to the court, which will then decide on this placement within five days.

(7) The mental state of a person accused of criminal activity can be examined only on the basis of the court's written order.

Article 46

(1) Everyone may claim his or her right by procedures laid down by a law at an independent and impartial court or, in cases provided by a law, at other public authority of the Slovak Republic.

- (2) Any person who claims his or her rights to have been denied by a decision of a body of public administration may come to court to have the legality of the decision reviewed, save otherwise provided by a law. The review of decisions in matters regarding the fundamental rights and freedoms however shall not be excluded from the jurisdiction of courts .
- (3) Everyone shall have the right to compensation of a damage caused by an unlawful decision of a court, of other public authority or of a body of public administration or by improper official procedure.
- (4) A law shall lay down details and terms of the judicial and other legal protection.

Article 47

- (1) Everyone shall have the right to refuse to give testimony, which might cause a danger of criminal proceedings against that person or a person akin.
- (2) Everyone shall have the right to legal advice from the commencement of proceedings before courts, other public authorities or bodies of public administration, under the conditions laid down by a law.
- (3) All parties to any legal proceedings under paragraph 2 shall be treated equally.
- (4) A person who claims not to know the language used in the proceedings under paragraph 2 shall have the right to an interpreter.

Article 48

- (1) No one shall be withdrawn from his or her judge. Jurisdiction of courts shall be laid down by a law.
- (2) Everyone has the right to have his or her case tried publicly without undue delay, to be present at the proceedings and to comment on any evidences given therein. The public may be excluded only in cases laid down by a law.

Article 49

Only law shall lay down which conduct is a criminal offence and which punishment, eventually other restrictions on personal rights or property may be imposed for the committing thereof.

Article 50

- (1) The court alone shall decide about the guilt and punishment for criminal offences .
- (2) Everyone, who is being prosecuted, shall be presumed innocent until proved guilty by a final judgement of the court .
- (3) Everyone charged with a criminal offence shall be entitled to have time and facilities for the preparation of his or her defence and to defend himself or herself in person or through legal assistance.
- (4) Everyone charged with a criminal offence shall have the right to refuse to give testimony; this right may not be denied to that person under any circumstances.
- (5) When finally convicted or acquitted of a criminal offence, no one may be prosecuted for the same criminal offence again. This principle does not preclude an exceptional remedies, according to the law.
- (6) The punishability of any criminal conduct shall be determined and the punishment imposed under the law effective at the time of the commitment of the offence . A law adopted after the commission of the criminal offence shall apply if it is more beneficial to the offender.

Spanje

Article 17 [Personal Liberty]

- (1) Every person has the right to liberty and security. No one may be deprived of his liberty without observance of the provisions of this article and only in the cases and in the form prescribed by law.
- (2) Preventive arrest may not last more than the time strictly necessary for the investigations which tend to clarify events, and in every case, within a maximum period of 72 hours, the person detained must be freed or placed at the disposal of the judicial authority.
- (3) Every person arrested must be informed immediately, and in a way that is understandable to him, about his rights and the reasons for his arrest, and he may not be forced to make a statement. The assistance of an attorney to the arrested is guaranteed during police and judicial proceedings under the terms established by law.
- (4) The law will regulate a process of habeas corpus so that any person who is illegally arrested may be immediately placed at the disposal of the judiciary. The maximum period of provisional imprisonment shall also be determined by law.

Section 24

(1) All persons have the right to obtain effective protection from the judges and the courts in the exercise of their rights and legitimate interests, and in no case may there be a lack of defense.

(2) Likewise, all have the right to the ordinary judge predetermined by law; to defense and assistance by a lawyer; to be informed of the charges brought against them; to a public trial without undue delays and with full guarantees; to the use of evidence appropriate to their defense; not to make self-incriminating statements; not to plead themselves guilty; and to be presumed innocent.

The law shall specify the cases in which, for reasons of family relationship or professional secrecy, it shall not be compulsory to make statements regarding allegedly criminal offences.

Section 117

(1) Justice emanates from the people and is administered on behalf of the King by judges and magistrates members of the Judicial Power who shall be independent, shall have fixity of tenure, shall be accountable for their acts and subject only to the rule of law.

(2) Judges and magistrates may only be dismissed, suspended, transferred or retired on the grounds and subject to the safeguards provided for by the law.

(3) The exercise of judicial authority in any kind of action, both in ruling and having judgments executed, is vested exclusively in the courts and tribunals laid down by the law, in accordance with the rules of jurisdiction and procedure which may be established therein.

(4) Judges and courts shall not exercise any powers other than those indicated in the foregoing subsection and those which are expressly allocated to them by law as a guarantee of any right.

(5) The principle of jurisdictional unity is the basis of the organization and operation of the courts. The law shall make provision for the exercise of military jurisdiction strictly within military framework and in cases of state of siege (martial law), in accordance with the principles of the Constitution.

(6) Courts of exception are prohibited.

Section 120

- (1) Judicial proceedings shall be public, with the exceptions contemplated in the laws on procedure.
- (2) Proceedings shall be predominantly oral, especially in criminal cases.
- (3) Judgments shall always specify the grounds therefore, and they shall be delivered in a public hearing.

Section 127

- (1) Judges and magistrates as well as public prosecutors, whilst actively in office, may not hold other public office nor belong to political parties or unions. The law shall make provision for the system and methods of professional association for judges, magistrates and prosecutors.
- (2) The law shall make provision for the system of incompatibilities for members of the Judicial Power, which must ensure their total independence.

Tsjechië

Article 4 [Judiciary's Protection]

The fundamental rights and freedoms enjoy the protection of the Judiciary.

Article 10 [Human Rights Treaties]

Promulgated international agreements, the ratification of which has been approved by the Parliament and which are binding on the Czech Republic, shall constitute a part of the legal order; should an international agreement make provision contrary to a law, the international agreement shall be applied.

Article 95

- (1) In his/her decision-making, a judge is bound by the law and international agreements constituting part of the legal order; he/she is entitled to assess the conformity of a different legal regulation with the law or with such international agreement.
- (2) Should a court conclude that the law to be applied in deciding a case contravenes the constitutional order, it shall submit the issue to the Constitutional Court.

Article 96

(1) All parties to judicial proceedings shall have equal rights.

(2) Proceedings before a court shall be oral and public; exceptions shall be defined by law. Verdicts shall always be pronounced in public.

Zweden

Chapter 1. Basic principles of the form of government

Article 9

Courts of law, administrative authorities and others performing tasks within the public administration shall have regard in their work to the equality of all before the law and shall observe objectivity and impartiality.

Chapter 2. Fundamental rights and freedoms

Article 9

If a public authority other than a court of law has deprived a citizen of his liberty on account of a criminal act or because he is suspected of having committed such an act, he shall be entitled to have the matter examined before a court of law without undue delay. This shall not, however, apply where the question relates to the transfer to the Realm of responsibility for executing a penal sanction involving deprivation of liberty which has been imposed in another state.

If, for reasons other than those specified in paragraph one, a citizen has been taken forcibly into custody, he shall likewise be entitled to have the matter examined before a court of law without undue delay. In such a case, examination before a tribunal shall be equated with examination before a court of law, provided the composition of the tribunal has been laid down in law and it is stipulated that the chairman of the tribunal shall be currently, or shall have been previously, a permanent salaried judge.

If examination under paragraph one or two has not been referred to an authority which is competent under the provisions laid down therein, such examination shall take place before a court of general jurisdiction.

Article 11

No court of law shall be established on account of an act already committed, or for a particular dispute or otherwise for a particular case. Proceedings in courts of law shall be open to the public.

Article 23

No act of law or other provision may be adopted which contravenes Sweden's undertakings under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Chapter 11. Administration of justice and general administration

Article 2.

No public authority, including the Riksdag, may determine how a court of law shall adjudicate an individual case or otherwise apply a rule of law in a particular case.