



Juridische betekenis en reikwijdte van het begrip ‘rechtsstaat’ in de legisprudentie & jurisprudentie van de Raad van State

W.J.M. Voermans & J.H. Gerards,
m.m.v. M.L. van Emmerik & H.-M.Th.D. ten Napel



Juridische betekenis en reikwijdte van het begrip ‘rechtsstaat’ in de legisprudentie & jurisprudentie van de Raad van State

W.J.M. Voermans & J.H. Gerards,
m.m.v. M.L. van Emmerik & H.-M.Th.D. ten Napel

Colofon

Ontwerp en opmaak: Frans Gijzemijter, Waddinxveen
Druk: OBT bv, Leiden

© 2011 Raad van State, Den Haag

ISBN 978-94-90830-02-1

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 Raad van State (Postbus 20019, 2500 EA Den Haag).



Woord vooraf	7
Ten geleide	9
Hoofdstuk 1	11
Inleiding, vraagstelling en onderzoeksmethoden	
1 Inleiding	13
1.1 <i>Trends</i>	
1.2 <i>Constitutionalisering en interactie</i>	
1.3 <i>Gedeelde en gezamenlijke rechtsbron: beginselen van de democratische rechtsstaat</i>	
1.4 <i>Wat houden de gedeelde fundamentele waarden in?</i>	
2 Doel van het onderzoek en centrale vraag	17
3 Opzet van het onderzoek	18
3.1 <i>Drie fasen</i>	
3.2 <i>Opzet van de tweede en derde fase van het onderzoek</i>	
3.2.1 <i>Legisprudentieonderzoek (fase 2)</i>	
3.2.2 <i>Jurisprudentieonderzoek (fase 3)</i>	
3.2.3 <i>Complicaties bij het legisprudentie- en jurisprudentieonderzoek</i>	
4 Opzet van dit rapport	21
Hoofdstuk 2	23
De rechtsstaatnotie in Nederland, de EU en de rechtspraak van het EHRM	
1 Rechtsstaat als polyvalent begrip: onbepaaldheid	25
2 Verkenning van het begrip rechtsstaat - naar een analyseschema	26
2.1 <i>Inleiding</i>	
2.2 <i>Naar een analyseschema</i>	
3 Toelichting op de schema's	28
3.1 <i>Nederland (schema 1)</i>	
3.2 <i>EU (schema 2)</i>	
3.3 <i>EVRM (schema 3)</i>	
4 De analyseschema's	30

Hoofdstuk 3 **37**

Analyse van het gebruik van rechtsstatelijke begrippen in de legisprudentie en de jurisprudentie van de Raad van State

1 Verkenning van het begrip rechtsstaat aan de hand van het analyseschema	39
2 Weglaten van de notie van democratie	39
3 De taxonomieën	40
3.1 <i>Afzonderlijke taxonomieën voor legisprudentie en jurisprudentie</i>	
3.2 <i>Vormgeving van de taxonomieën</i>	
3.3 <i>Correlaties tussen elementen en de weergave daarvan</i>	
3.4 <i>Samenhang tussen taxonomieën en onderliggende onderzoeken</i>	
3.4.1 Brondocumenten	
3.4.2 De gekozen kwalificaties en termen	
3.5 <i>Nadere opmerkingen over de legisprudentietaxonomie</i>	
3.6 <i>Nadere opmerkingen over de jurisprudentietaxonomie</i>	

Hoofdstuk 4 **47**

Observaties

1 Inleiding	49
2 Verhouding tussen bewoordingen en rechtsstatelijke noties / grondideeën	49
3 Verwijzing naar grond- en mensenrechten	50
4 Proportionaliteit	52
5 'Nieuwe' rechtsstatelijke grondideeën en beginselen	52
6 EU-beginselen als rechtsstatelijke grondideeën	53
7 'Beginselpreferentie' in de Afdelingsjurisprudentie	54
8 Tot besluit - vooruitblik	55

Bijlagen	57
Bijlage 1	59
Taxonomie van rechtsstatelijke begrippen in de legisprudentie van de Raad van State	
Bijlage 2	69
Taxonomie van rechtsstatelijke begrippen in de jurisprudentie van de Raad van State	
Bijlage 3	83
Nederlandse opvattingen over rechtsstaat als grondidee, rechtsstatelijke beginselen en gepositieerde rechtsstatelijke beginselen (prof. dr. W.J.M.Voermans en mr. dr. M.L. van Emmerik)	
Bijlage 4	95
Rechtsstaat en Rule of Law in EU-verband (mr. dr. H.-M.Th.D. ten Napel)	
Bijlage 5	111
Rule of Law in de EVRM-rechtsorde/Raad van Europa (prof. mr. J.H. Gerards)	

Woord vooraf

De studie die hier voorligt van de hand van mevrouw prof. mr. J.H. Gerards, prof. dr. W.J.M. Voermans, mr. dr. M.L. van Emmerik en dr. H.-M.Th.D. Ten Napel over de rechtsstaat, tot stand gebracht onder auspiciën van het Instituut voor Publiekrecht van de Universiteit Leiden, vormt de vierde uitgave in de serie 'Studies en rapporten van de Raad van State'. Deze 'Studies en rapporten' brengen aspecten in het werk van de Raad en zijn beide Afdelingen voor het voetlicht die voor dat werk van bijzonder gewicht zijn.

De rechtsstaat vormt niet alleen het fundament van het Nederlandse staatsbestel, maar ook van het werk van de Raad van State. Tegelijkertijd is het begrip rechtsstaat 'maar moeilijk te vangen', zoals de auteurs opmerken aan het begin van het hoofdstuk waarin zij de notie van de rechtsstaat in Nederland, de Europese Unie en de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens bespreken. Deze moeilijkheid heeft hen er evenwel niet van weerhouden handzame schema's te ontwikkelen voor de analyse van het gebruik van rechtsstatelijke begrippen in de legisprudentie en de jurisprudentie van de Raad van State.

De studie wordt uitgegeven onder de naam van de auteurs. De inhoud blijft voor hun rekening en geeft niet noodzakelijkerwijs het standpunt van de Raad van State weer.

Oud-staatsraad prof. mr. E.A. Alkema en prof. mr. E.C.M. Jurgens, die een klankbord vormden voor de onderzoekers, dank ik voor hun inzet bij de totstandkoming van deze studie, alsmede de begeleidingsgroep vanuit het Constitutioneel Beraad van de Raad van State onder voorzitterschap van de voorzitter van het Beraad, staatsraad Van Dijk en met als leden de staatsraden Schuyt en Vermeulen en de secretaris van het Beraad, mevrouw dr. H.J.Th.M. van Roosmalen.

De auteurs dank ik voor het vele werk dat zij hebben verzet. Met het resultaat wens ik alle betrokkenen van harte geluk. Naar mijn hoop en overtuiging zullen de observaties van de onderzoekers bijdragen aan de explicitering en consistentie van de hantering van het rechtsstaatsbegrip bij de uitoefening van de beide hoofdtaken van de Raad.

Ik spreek de wens uit dat deze nieuwe uitgave in de serie 'Studies en rapporten' de lezer veel genoeg en inspiratie verschaft.

H.D. Tjeenk Willink
vice-president

Ten geleide

Al in een vroeg stadium van zijn bestaan is binnen het Constitutioneel Beraad van de Raad van State de vraag aan de orde gesteld naar de betekenis van het begrip ‘rechtsstaat’ (*rule of law*) met het oog op de oordeelsvorming binnen de Raad zelf en in het kader van zijn beide functies: advisering over wetgeving en bestuur en bestuursrechtspraak. Het werd als een noodzaak ervaren meer zicht te krijgen op de vraag wat de betekenis en reikwijdte van het begrip ‘rechtsstaat’ zijn, welke plaats dit begrip inneemt onder de constitutionele beginselen die de Raad van State bij zijn adviserende en rechtsprekende functies in acht moet nemen en welke normatieve waarde en betekenis daarbij aan dat begrip toekomen, mede in internationaalrechtelijk verband gezien. Besloten is deze vragen ter bestudering voor te leggen aan een groep deskundigen van de Universiteit Leiden, onder leiding van de hoogleraren Gerards en Voermans, met medewerking van de andere in het ‘Woord vooraf’ genoemde personen.

Met de voorliggende studie hebben de onderzoekers in belangrijke mate bijgedragen aan vergroting van het inzicht in het gebruik tot nu toe van het begrip ‘rechtsstaat’ binnen de Raad en in de mogelijkheden om dat gebruik te optimaliseren. Het Constitutioneel Beraad is hen zeer erkentelijk voor wat zonder meer als pionierswerk kan worden gekwalificeerd, namelijk het op heldere en systematische wijze in kaart brengen van deze gecompliceerde thematiek in relatie tot het werk van de Raad van State.

Als voorzitter van de begeleidingsgroep vanuit het Constitutioneel Beraad, bestaande uit staatsraad dr. mr. C.J.M. Schuyt, staatsraad mr. drs. B.P. Vermeulen en mevrouw mr. dr. H.J.Th.M. van Roosmalen, kijk ik terug op inspirerende en vruchtbare discussies en op een plezierige samenwerking met de projectleiders en leden van het onderzoeksteam. Ik ben onder de indruk van het vele werk dat door de auteurs in betrekkelijk korte tijd is verricht en van de kwaliteit en bruikbaarheid van het resultaat.

Om de voorliggende publicatie zo goed mogelijk tot haar recht te laten komen en tegelijkertijd tot een handzame omvang te beperken, is met de onderzoekers afgesproken om de onderliggende ‘brondocumenten’ – dat wil zeggen: uittreksels uit de geraadpleegde adviezen en uitspraken – daarin niet op te nemen. Deze kunnen worden geraadpleegd op de website van de Raad van State, waarop ook het eindrapport en de voorbereidende studies in digitale vorm zijn opgenomen. Na de voltooiing van het onderzoek is besloten de resultaten van het onderzoek

binnen de Raad van State algemeen toegankelijk en eenvoudig toepasbaar te maken en tevens de verwijzingen naar adviezen en uitspraken actueel te houden. De beide taxonomieën die de onderzoekers hebben opgesteld, zijn daartoe door het Constitutioneel Beraad voor intern gebruik bewerkt en kunnen nu bij het dagelijkse werk als richtsnoer dienen bij de onderkenning, benoeming en rangordebepaling van constitutionele elementen die in de adviezen en uitspraken aan de orde zijn.

De leden van de werkgroep die zich daarmee op verzoek van het Beraad heeft belast, mevrouw mr. dr. A. Jasiak en mevrouw mr. A.M.F. Loof-Donker van de directie Advisering, en mr. M.L.M. van Loo en mr. J. Roelfsema van de directie Bestuursrechtspraak, alsmede de leden van de begeleidingsgroep, ben ik erkentelijk voor hun grote inzet en praktische resultaat.

P. van Dijk

voorzitter van het Constitutioneel Beraad



Hoofdstuk 1

Inleiding, vraagstelling en
onderzoeksmethoden

1 Inleiding

1.1 Trends

Bij zijn toetsende en interpretatieve taak – zowel in het kader van de rechtspraak als de advisering – wordt de Raad van State steeds meer geconfronteerd met rechtsbeginselen en juridische eisen die uit het internationale recht voortvloeien. Dat internationale recht kent verschillende bronnen, waaronder internationale verdragen, volkenrechtelijke besluiten en internationaal ongeschreven recht, zoals het internationaal gewoonterecht. De uitoefening van deze taak tot toetsing en interpretatie laat de laatste tijd veel nieuwe uitdagingen zien, omdat niet alleen het volume van het internationale recht snel groeit, maar ook de aard ervan verandert. Daarbij zijn twee belangrijke trends waarneembaar: *constitutionalisering* en *toenemende interactie*.

Onder constitutionalisering van het internationale recht verstaan we dat er bij de toepassing van het internationale recht door internationale en nationale rechters steeds meer aandacht bestaat voor en nadruk wordt gelegd op ongeschreven – prepositieve – wezenlijke rechtsbeginselen, waaraan ook internationale rechtsvorming moet voldoen (denk aan mensenrechten, rechtszekerheid, verbod van willekeur, toegang tot een onafhankelijke rechter, etc.). De tweede trend betreft de toegenomen interactie en wisselwerking tussen verschillende bronnen van transnationaal recht in relatie tot het nationale recht. Rechtordes raken door allerlei processen, zoals globalisering, steeds sterker op elkaar betrokken en van elkaar afhankelijk. Een effect daarvan is ook dat verschillen tussen de inrichting van rechtssystemen binnen die rechtsordes steeds zichtbaarder worden en ook worden geproblematiseerd. Dat heeft op zijn beurt het gevolg dat ofwel leer-effecten over en weer optreden (soms leidend tot onderlinge kruisbestuiving of tot vormen van benchmarking in rechtssystemen onderling¹), ofwel behoefte ontstaat tot onderlinge coördinatie (bijvoorbeeld via wederzijdse erkenning van nationaal verschillende normen en systemen die in wezen dezelfde belangen beschermen), dan wel inhoudelijke afstemming (via enigerlei vorm van harmonisatie van het recht uit verschillende bronnen).

Constitutionalisering en interactie zijn vooral binnen de Raad van Europa en de Europese Unie sterk zichtbaar vanwege de intensiteit van de samenwerking. Door de intensiteit van deze processen ontstaat een eigen dynamiek, die vaak

¹ Een mooie illustratie daarvan treffen we aan in de vorm van de snelle opkomst van Raden voor de rechtspraak in heel Europa in de afgelopen vijftien jaar.

leidt tot een zekere convergentie van Europese rechtssystemen. Een van de vele voorbeelden hiervan vormt de Britse *Constitutional Reform Act* uit 2005 waarbij de rechterlijke organisatie werd aangepast om die beter in lijn te brengen met eisen die uit het EVRM voortvloeien, zonder dat de normen uit het EVRM zelf daartoe noopten. In Nederland kan het wetsvoorstel Wijziging van de Wet op de Raad van State in verband met de herstructurering van de Raad van State (*Kamerstukken* 30 585) als een van de voorbeelden worden genoemd.

1.2 Constitutionaliserings en interactie

De trends van constitutionalisering van het internationale recht en interactie tussen nationaal en internationaal recht beïnvloeden de taak en de positie van - met name hoogste - nationale rechters op verschillende wijzen. Ten eerste zijn deze rechters veelal gehouden het internationale recht rechtstreeks toe te passen in de eigen rechtsorde en daarmee ook bij te dragen aan de rechtsvorming. Doordat het internationale recht zelf constitutionaliseert, levert dat soms ingewikkelde puzzels op. Nationale rechters zijn natuurlijk al langer gewend te toetsen aan het nationale (constitutionele) recht, aan de bepalingen van het EVRM en aan het recht uit en op grond van het EU-Verdrag en het VwEU. Lastiger is echter de vraag hoe zij moeten omgaan met de ongeschreven wezenlijke rechtsbeginselen die - blijkens de preambules en rechtspraak van het EHRM en HvJ EU - ook behoren tot de EU-rechtsorde en de EVRM-verdragsorganisatie? Nationale rechters kunnen hierop op verschillende manieren reageren: monistisch of dualistisch, reactief of proactief, of combinaties van de twee. Vanuit een monistische benadering - waarbij ervan wordt uitgegaan dat de nationale rechtsorde integraal onderdeel vormt van de internationale rechtsorde - zal het er voor de nationale rechter op aankomen om internationale en nationale normen met elkaar te rijmen, bijvoorbeeld door de internationale norm voorrang te geven, of door middel van interpretatie. Dat kan reactief (wachten tot de internationale rechter heeft gesproken) of proactief (zelf de internationale normen interpreteren en rijmen met de nationale). In een meer dualistische benadering zal een nationale rechter zich meer kunnen verlaten op de wetgever, of anderszins na de feiten een plek voor het internationale recht proberen in te ruimen.

Nationale rechters zijn niet helemaal vrij bij het bepalen van hun houding in dezen. Verdragen zoals de EU-verdragen en het EVRM bevatten normen die de afstemming van het internationale en nationale recht voor een deel beheersen. Een voorbeeld vormt artikel 17 van het EVRM dat het verbiedt om bepalingen van het verdrag te interpreteren in strijd met de doelstellingen ervan. Ook gelden

binnen de EU de algemene eisen van gemeenschapstrouw en algemene beginselen als die daadwerkelijke en effectieve rechtsbescherming. Ook die eisen leggen de nationale rechter (en wetgever) aan banden. Voor het onderwerp van dit rapport is vooral van belang de rol die de 'gedeelde rechtsbeginselen' in dit verband vervullen. Zowel binnen het internationale recht als binnen het nationale recht hebben deze beginselen een soort normatieve brugfunctie. Artikel 38, eerste lid en onder c van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof bepaalt dat het Internationaal Gerechtshof de aan hem voorgelegde geschillen dient te beslissen overeenkomstig, onder andere 'de door beschaafde naties erkende rechtsbeginselen.' Daarmee wordt uitgedrukt dat die beginselen worden gedeeld door de lidstaten en de relevante verdragsorde, en daarmee ook behoren tot de verdragsorde. Aan die norm is in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU vorm gegeven door de aanvaarding dat de Unierechter handelingen en besluiten van de EU-instellingen (waaronder handelingen en besluiten van de lidstaten) kan toetsen aan 'algemene beginselen van het communautair rechtstelsel en eventueel aan algemene beginselen die de rechtstelsels van de lidstaten gemeen hebben.'² Ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens houdt bij zijn interpretatie van de normen waaraan de verdragstaten zijn gebonden, rekening met de gedeelde waarden die (blijkens de preambule of blijkens groeiende consensus) aan het EVRM ten grondslag liggen.

1.3 Gedeelde en gezamenlijke rechtsbron: beginselen van de democratische rechtsstaat

De algemene beginselen die bij nationale en internationale rechtspleging als een soort gedeelde en gezamenlijke rechtsbron worden gebruikt in het kader van rechterlijke toetsing zijn, binnen de Europese context, geen toevallige verzameling rechtsbeginselen, maar zijn manifestaties van fundamentele waarden die gedeeld worden in de aangesloten lidstaten.

De preambule van het EVRM verwoordt die idee van gedeelde, fundamentele waarden als volgt:

'Vastbesloten om, als Regeringen van gelijkgestemde Europese staten, die een gemeenschappelijk erfdeel bezitten van *politieke tradities, idealen, vrijheid en heerschappij van het recht*, de eerste stappen te doen voor de collectieve handhaving van sommige der in de Universele Verklaring vermelde rechten.'

² Zie o.a. HvJ EU 5 maart 1996, gev. zaken C-46/93 en C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*.

Het EU-Verdrag gaat nog een stap verder in de vorm van een concrete norm in artikel 2, die regelt dat:

‘De waarden waarop de Unie berust, zijn eerbied voor de menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, de rechtsstaat en eerbiediging van de mensenrechten, waaronder de rechten van personen die tot minderheden behoren. Deze waarden hebben de lidstaten gemeen in een samenleving die gekenmerkt wordt door pluralisme, non-discriminatie, verdraagzaamheid, rechtvaardigheid, solidariteit en gelijkheid van vrouwen en mannen.’

De - als rechtsbron fungerende - gedeelde waarden waar het hier om gaat, worden vaak ook gevat onder het concept (en de daarmee verbonden rechtsbeginselen) van de democratische rechtsstaat. Het gaat om gedeelde idealen die ten grondslag liggen aan publieke rechtsvorming, uitgewerkt in (prepositieve) beginselen die tevens fungeren als normen voor die rechtsvorming.

Als gevolg van de genoemde trends van constitutionalisering en interactie, wordt het belang van deze beginselen steeds groter. De beginselen van de democratische rechtsstaat zijn gedeeld en ze zijn ‘wezenlijk’ in de zin dat ze aan het positieve recht voorafgaan. Positief nationaal recht, in sommige gevallen zelfs het grondwettelijke recht, kan eraan getoetst worden. Dat is niet omdat deze prepositieve beginselen via een eenvoudige hiërarchie voorrang zouden hebben op gepositieerd recht, maar omdat het positieve recht van een democratische rechtsstatelijke rechtsorde niet anders *kan* zijn dan een uitdrukking van deze beginselen.³

1.4 Wat houden die gedeelde fundamentele waarden in?

Het mag zo zijn dat rechtsstatelijke waarden en beginselen behoren tot de gedeelde, fundamentele waarden van veel landen aangesloten bij de Raad van Europa, het EVRM en de EU, wat de precieze inhoud en werking van deze

³ *In Kesavananda Bharati v. The State of Kerala and Others* (AIR 1973 SC 146) - een uitspraak van het Supreme Court van India - wordt het idee van ‘wezenlijkheid’ van fundamentele constitutionele rechtsbeginselen fraai uitgedrukt. De Grondwet van India kan worden herzien bij een gewone meerderheid in het parlement. Het Indiase Supreme Court achtte in 1973 herzieningen die tegen de wezenlijke structuur (‘basic structure’) van de Grondwet indruisen nietig op grond van de redenering dat de Indiase Grondwet uitdrukking geeft aan fundamentele constitutionele beginselen en dat dus latere herzieningen ook niet anders kunnen zijn dan een uitdrukking van diezelfde beginselen, tezamen vormend, de wezenlijke of de basisstructuur van een grondwet.

beginselen is, is een niet eenvoudig te beantwoorden vraag. Deze moeilijkheid kent verschillende oorzaken. Ten eerste zijn de fundamentele waarden in de verschillende lidstaten op verschillende manieren geconceptualiseerd. De werking van een kernwaarde als de heerschappij van het recht, wordt in het Verenigd Koninkrijk vereenzelvigd met de werking van het rechtsbeginsel ‘rule of law’, terwijl in een land als Nederland die werking wordt vereenzelvigd met de werking van het legaliteitsbeginsel. In de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) wordt de rechtswerking van de kernwaarde ‘heerschappij van het recht’ weer net iets anders geduid. Zo kan een en dezelfde gedeelde kernwaarde, wanneer we de rechts(uit)werking er van bekijken, verschillende connotaties hebben. Soms kan er zelfs sprake zijn van divergerende conceptualisering. Daar komt dan nog bij dat er sprake is van een voortdurende ontwikkeling en uitwerking van die gedeelde waarden in het transnationale en nationale recht, zeker in Europa. Die betrekkelijke onbepaaldheid van de wijze waarop de gedeelde fundamentele waarden door internationale en nationale rechters en autoriteiten worden geoperationaliseerd, maakt het in de praktijk moeilijk ze op de juiste wijze in te passen. Dat geldt vooral wanneer we, zoals in Nederland, een monistische, actieve benadering verkiezen, waarbij de Nederlandse rechter zelf moet bepalen op welke wijze de rechtsstatelijke waarden door moeten werken in de interpretatie en toepassing van nationaal, Europees en internationaal recht.

In het onderzoeksproject *Juridische betekenis en reikwijdte van het begrip ‘rechtsstaat’ in de legisprudentie en de jurisprudentie van de Raad van State* – dat we in 2010 in opdracht van de Raad van State uitvoerden – wordt die vraag naar de gedeelde fundamentele waarden opgepakt. Welke gedeelde (democratisch) rechtsstatelijke waarden, beginselen en daarmee verband houdende normen kennen we op dit ogenblik, wat houden ze in en hoe worden ze toegepast in de legisprudentie en de jurisprudentie van de Raad van State?

2 Doel van het onderzoek en centrale vraag

In die algemene vraag ligt ook het doel van dit onderzoeksproject besloten, te weten om op een beperkt terrein, namelijk dat van de advisering en rechtspraak van de Raad van State, te bezien hoe aan het begrip rechtsstaat en de daarmee verbonden beginselen invulling wordt gegeven, een en ander te bekijken op basis van een nadere analyse van de betekenis van de rechtsstatelijke basiselementen in het Nederlandse recht, de EVRM-rechtsorde en de EU.

Tegen de achtergrond van dat doel is de volgende centrale vraag voor het onderzoeksproject geformuleerd:

‘In welke zin maakt het begrip ‘rechtsstaat’ (‘rule of law’) deel uit van de constitutionele beginselen die de Raad van State bij zijn adviserende en rechtsprekende functies in acht moet nemen, en welke inhoud en normatieve waarde komt aan dat begrip toe, mede in internationaal verband gezien?’

3 Opzet van het onderzoek

3.1 Drie fasen

Voor de beantwoording van deze hoofdvraag is het onderzoeksproject verdeeld in drie fasen.

In de *eerste fase* van het onderzoek is in hoofdlijnen gezien wat op dit moment binnen het Nederlandse constitutionele recht, binnen de EU en binnen de EVRM-rechtsorde, onder het begrip rechtsstaat (rule of law) wordt verstaan. Deze betrekkelijk korte exercitie is uitgevoerd aan de hand van het comparatieve rapport dat de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid daaraan wijdde, naast een aantal gezaghebbende handboeken, artikelen en rapporten, en een aanvullend rechtspraakonderzoek.⁴ Deze studie heeft de basis gevormd voor het opstellen van een *analyseschema*, dat wil zeggen een soort grolijst van grondideeën, beginselen en normen die verbonden worden geacht met het begrip rechtsstaat. Dat beginselschema is aangevuld met twee afzonderlijk schema’s van de beginselen die binnen de EU en het EVRM met rechtsstaat (rule of law) verbonden worden geacht. In dit boek zijn de resultaten van deze onderzoeksfase terug te vinden in hoofdstuk 2.

In de *tweede* en *derde fase* van het onderzoek is, op basis van de analyseschema’s die in de eerste fase zijn opgesteld op basis van de rechtswetenschappelijke doctrine, onderzocht of en op welke manier de verschillende rechtsstatelijke grondideeën, beginselen en concrete normen zijn terug te vinden in de legisprudentie (*fase 2*) en in de jurisprudentie (*fase 3*) van de Raad van State. In overleg met de begeleidingscommissie van de Raad van State is daarbij uitdrukkelijk afgesproken om geen nadere analyse uit te voeren van de idee

⁴ Zie hierna par. 3.2 voor een verdere uiteenzetting van de wijze waarop dit onderzoek vorm heeft gekregen.

van *democratie*. Weliswaar is uit het onderzoek verricht in fase 1 van deze studie gebleken dat deze idee kan worden gezien als onderdeel van de notie van rechtsstaat, maar de relatie tussen democratie en rechtsstaat is complex en controversieel. Nadere aandacht voor deze notie zou wellicht het vinden van betekenissen voor andere grondideeën, beginselen en normen vertroebelen. In dit rapport wordt aan deze notie dan ook geen verdere aandacht besteed, hoewel deze in de onderzoeksrapporten die aan het opstellen van de analyseschema's ten grondslag hebben gelegen (zie *fase 1*) vanzelfsprekend wel voorkomt.

3.2 Opzet van de tweede en derde fase van het onderzoek

3.2.1 Legisprudentieonderzoek (fase 2)

Bij het legisprudentieonderzoek (*fase 2*) is aan de hand van de analyseschema's getracht een zo representatief mogelijk set van adviezen te bekijken. Daartoe is een brede steekproef genomen over de jaren 2000 tot en met 2010, in overleg met de directeur Advisering en deskundigen binnen het Constitutioneel Beraad van de Raad van State. Bij die steekproef is rekening gehouden met het doel van het onderzoek, namelijk het vinden van de begrippen waarmee de Raad van State uitdrukking geeft aan rechtsstatelijke noties en normen. Gekozen is daarom voor bestudering van die adviezen, waarin rechtsstatelijke begrippen zeer waarschijnlijk een rol zouden spelen. In totaal zijn 57 adviezen geanalyseerd, waarbij een evenredige verdeling is aangehouden tussen de soorten van adviezen ingedeeld naar moeilijkheidsgraad (A, B, of C), alsmede een verdeling over de hoofdthema's (grondideeën en beginselen uit ons analyseschema van juni 2010). De analyse van deze adviezen heeft geleid tot een *taxonomie*, d.w.z. een overzicht van begrippen die op basis van de analyseschema's en de gevonden toepassing in de legisprudentie met rechtsstatelijke noties in verband kunnen worden gebracht, waarin zowel meer abstracte als meer concrete begrippen zijn terug te vinden. Deze taxonomie kan worden gelezen in verband met een *brondocument*, dat wil zeggen een document waarin de belangrijkste passages uit de bestudeerde uitspraken zijn opgenomen en zijn voorzien van een kwalificatie of duiding aan de hand van de begrippen uit de analyseschema's. De taxonomie is in deze uitgave opgenomen als bijlage 1. Het brondocument is raadpleegbaar op de website van de Raad van State.

3.2.2 Jurisprudentieonderzoek (fase 3)

Bij het jurisprudentieonderzoek (*fase 3*) konden de in de tweede fase gemaakte taxonomie en de werkwijze bij de selectie dienen als basis voor de in deze fase te hanteren werkwijze. Met de legisprudentietaxonomie in het achterhoofd is

opnieuw een brede steekproef genomen, ditmaal uit uitspraken van de Raad over de jaren 2002-2009. Daarbinnen heeft, net als in de tweede fase, een verdere selectie plaatsgevonden, nu met hulp van deskundigen binnen de Directie bestuursrechtspraak. Gestreefd is naar een selectie van uitspraken die representatief zijn voor het werk van de verschillende kamers van de Afdeling bestuursrechtspraak. Daarnaast is rekening gehouden met de vraag of in de uitspraken mogelijk rechtsstatelijke of aan de *rule of law* gerelateerde normen aan de orde zijn. Alles bijeen zijn 60 uitspraken geanalyseerd. Ook het jurisprudentieonderzoek heeft geresulteerd in een taxonomie (zie bijlage 2 in dit boek), die kan worden gelezen in samenhang met het brondocument.

3.2.3 Complicaties bij het legisprudentie- en jurisprudentieonderzoek in fase 2 en 3

Rechtswetenschap, rechtswetenschappelijke doctrine, advisering en rechtspraak zijn onderdelen van de juridische discipline die – ten gevolge van de verschillende taken en verantwoordelijkheden – in een verschillende verhouding tot het recht zelf staan. Dat verschil in achtergrond en benadering compliceert het onderzoek naar de wijze waarop rechtsstatelijke grondideeën, beginselen en normen tot uitdrukking komen in de legisprudentie en jurisprudentie van de Raad van State. De begrippen zoals ze in de rechtswetenschappelijke doctrine naar voren komen (en zoals ze zijn vertaald in de analyseschema's in *fase 1* van dit onderzoek), worden namelijk in zekere mate op een andere manier gehanteerd in de adviespraktijk van de Raad van State en in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak. Dat verschil in hantering komt tot uitdrukking in de ordening en benaming van grondideeën, beginselen en normen, maar ook in de wijze waarop deze worden toegepast.

Bij zijn advisering en zeker bij zijn rechtspraak neigt de Raad er (logischerwijze) toe de normen die hij toepast zo concreet mogelijk te maken, waarbij slechts zelden sprake is van een expliciete herleiding tot algemenere beginselen of grondideeën. Is al sprake van een herleiding, dan staat die bovendien vaak in dienst van de concretisering. Met andere woorden: de Raad is bij de advisering en in zijn rechtspraak niet in eerste instantie gericht op het systematiseren van rechtsstatelijke grondideeën, beginselen en normen, maar veeleer op het vinden en toepassen van relevante normen die wortelen in de rechtsstaatsidee. Dat verschil in benadering maakt duidelijk dat het 'kruisen' van het analyseschema en de legisprudentie en jurisprudentie geen sinecure is.

In de legisprudentie van de Raad wordt slechts zelden uitdrukkelijk het verband met de rechtsstaat gelegd, namelijk bij grondrechten, bij toegang tot de rechter

en bij de grondidee van een onafhankelijke rechterlijke macht. Dezelfde ideeën, beginselen (en soms ook normen) worden in verschillende adviezen bovendien met verschillende begrippen en termen geduid. Nog duidelijker is dit zichtbaar in de jurisprudentie, waar in de onderzochte uitspraken zelfs helemaal geen expliciete relatie wordt gelegd tussen de noties van rechtsstaat en rule of law enerzijds, en de gehanteerde grondideeën, beginselen en normen anderzijds. Bij de legisprudentie- en jurisprudentieanalyse aan de hand van de eerder ontwikkelde analyseschema's moesten dan ook noodzakelijkerwijs vertaalslagen worden gemaakt. Daarin schuilt een risico van subjectiviteit: wat de een als een logische vertaling van een idee of beginsel ziet, zal voor de ander juist niet die evidentie hebben. Bij de legisprudentie- en jurisprudentieanalyse is geprobeerd dat risico te vermijden door te proberen zo dicht mogelijk bij de letterlijke tekst van de adviezen en uitspraken zelf te blijven en tegelijkertijd zo nauwkeurig mogelijk aan te sluiten bij de begrippen zoals die in de rechtswetenschappelijke literatuur en de jurisprudentie van het EHRM tot uitdrukking komen (en zoals ze zijn opgenomen in de analyseschema's). Hierop zal worden teruggekomen bij de bespreking van de inrichting van de 'taxonomie' van rechtsstatelijke noties, waarin de tweede en derde fasen van het onderzoek zijn uitgemond - zie daarvoor hoofdstuk 3.

4 Opzet van dit rapport

In dit rapport wordt verslag gedaan van het onderzoek dat heeft geleid tot de taxonomieën van rechtsstatelijke begrippen zoals ze worden gehanteerd in de legisprudentie en jurisprudentie van de Raad van State - dat zijn de primaire onderzoeksresultaten. De taxonomieën zijn opgenomen als bijlagen bij dit rapport (zie bijlagen 1 en 2 in dit boek). De bijbehorende brondocumenten zijn te raadplegen op de website van de Raad van State. De verslaglegging in dit rapport bestaat uit verschillende onderdelen.

Hoofdstuk 2 doet verslag van de eerste fase van het onderzoek, dat wil zeggen van de wijze waarop aan de hand van een verkenning van het begrip rechtsstaat (geconfronteerd met het begrip 'rule of law') is gekomen tot een analyseschema ten behoeve van het bevragen en analyseren van de legisprudentie en jurisprudentie van de Raad van State. Bij het opstellen van dit schema is leidend geweest de vraag wat wordt verstaan onder 'rechtsstaat' of 'rule of law' (een concept dat vaak op één lijn wordt gesteld met rechtsstaat), uit welke elementen en beginselen het concept is opgebouwd, welke rechtsnormen het aanlegt of in welke rechtsnormen het uitdrukking vindt, en hoe het wordt toegepast.

Als toelichting op de grondslagen voor het opstellen van het analyseschema is het van belang om meer te zeggen over het precieze karakter van het begrip rechtsstaat (rule of law) en op de mogelijkheden dit begrip nader te ontleden. Daarvan geeft hoofdstuk 2 eveneens een kort overzicht.

Hoofdstuk 3 bevat nadere informatie over de wijze waarop vervolgens, op basis van de analyseschema's en een analyse van de geselecteerde legisprudentie en jurisprudentie (zie hiervoor, par. 3.2) is gekomen tot het vaststellen van de taxonomieën voor het gebruik van de notie van rechtsstaat in de jurisprudentie en legisprudentie van de Raad van State.

Hoofdstuk 4 geeft een aantal algemene observaties weer ten aanzien van het gebruik van de rechtsstatelijke begrippen in de legisprudentie en de jurisprudentie van de Raad van State, die mogelijk kunnen dienen als basis voor nadere discussie en voor vervolgonderzoek.

Ten slotte omvatten de bijlagen bij dit onderzoeksrapport, zoals al opgemerkt, eerst en vooral de taxonomieën. Bijlagen 1 en 2 bevatten de taxonomieën voor respectievelijk de legisprudentie en de jurisprudentie. De brondocumenten waarop zij berusten, zijn te raadplegen op de website van de Raad van State. Bij het opstellen van deze bijlagen, in het bijzonder bij het selecteren van de relevante passages en het verwerken van de toegekende kwalificaties, hebben twee student-assistenten een onmisbare rol gespeeld: S. (Stefan) Wissink en K. (Karolina) Pill.

In de bijlagen zijn daarnaast de rapporten opgenomen die zijn gebruikt als basis voor het opstellen van de analyseschema's voor *fase 1*. Voorbereidende onderzoeksrapporten zijn opgesteld door prof. dr. W.J.M. (Wim) Voermans en mr. dr. M.L. (Michiel) van Emmerik (analyse van de Nederlandse staatsrechtelijke literatuur op het punt van de rechtsstaatnotie; bijlage 3), door mr. dr. H.-M.Th.D. (Hans-Martien) ten Napel (analyse van de notie van rechtsstaat / rule of law in de EU; bijlage 4) en door prof. mr. J.H. (Janneke) Gerards (analyse van de notie van rechtsstaat / rule of law in de Raad van Europa en de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens; bijlage 5).



Hoofdstuk 2

De rechtsstaatnotie in Nederland, de EU
en de rechtspraak van het EHRM

1 Rechtsstaat als polyvalent begrip: onbepaaldheid

Het begrip rechtsstaat is maar moeilijk te vangen. Het is in een aantal opzichten een containerbegrip. Het kent ook verschillende betekenislagen en betekenissen waarover in verschillende mate overeenstemming bestaat. In het rapport *'De toekomst van de nationale rechtsstaat'* stelt de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid vast dat het ideaal van de rechtsstaat weliswaar betrekkelijk onomstreden is, maar dat over de precieze inhoud van het begrip rechtsstaat veel minder unanimiteit te constateren is.⁵ Het begrip rechtsstaat is, net als het verwante begrip 'rule of law', een juridisch polyvalent begrip. Dat heeft verschillende oorzaken. Ten eerste is het begrip rechtsstaat (net als rule of law) in veel rechtssystemen niet als zodanig positiefrechtelijk verankerd. Het begrip rechtsstaat is als concept tot op zekere hoogte prepositief, in de zin dat het aan het recht als rechtsideaal of voorbeeldgevend model vooraf gaat. De kenbronnen van het rechtsstaatsbegrip zijn dan ook indirect: het begrip is terug te vinden in de literatuur en doctrine, en in de rechtspraak. Eenzelfde onbepaaldheid geldt de rechtsbeginselen die als elementen met het rechtsstaatsbegrip verbonden zijn, zoals het legaliteitsbeginsel, het beginsel van machtenspreiding (althans het voorkomen van overmatige machtsconcentratie), het beginsel van onafhankelijke rechtspraak en het beginsel van respect voor mensenrechten. Ook die beginselen zijn niet steeds volledig verankerd in het positieve recht: ze bewegen op het grensvlak van het *ius constitutum* en *ius constituendum*. Het zijn richtinggevende rechtsbeginselen die een ijkpunt vormen voor een rechtssysteem als geheel. Dat is bijvoorbeeld goed te zien in het geschreven Nederlandse constitutionele recht, waar slechts aspecten van het legaliteitsbeginsel, de idee van machtscheiding en onafhankelijke rechtspraak tot uitdrukking worden gebracht.

Dit maakt het lastig de precieze juridische betekenis en effecten van de notie van de rechtsstaat vast te leggen. Daarbij komt bovendien dat het begrip zelf voortdurend onderhevig is aan verandering. Waar bijvoorbeeld in de 19de eeuw noties van democratische besluitvorming of kiesrecht zeker nog niet tot de kern van de rechtsstaatsgedachte behoorden, is dat nu wel het geval.

Een ander aspect van de onbepaaldheid van de notie 'rechtsstaat' hangt met de voorgaande nauw samen. Rechtsstatelijke beginselen hebben, vertaald naar constitutionele normen, typisch een zeer open karakter - reden waarom bijvoorbeeld

⁵ Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag 2002, p. 17.

een deel van de rechtsstatelijke normen niet is uitgeschreven in de Nederlandse Grondwet. Dat betekent dat dergelijke normen hun betekenis vaak pas krijgen binnen een bepaalde context, in een bepaald geval.

Een laatste oorzaak van onbepaaldheid, die de laatste jaren aan belang heeft gewonnen, is het effect van de globalisering en pluralisering van het recht. Recht komt steeds vaker uit internationale bronnen voort, en wordt steeds vaker gevormd door internationale organisaties of semistatelijke verbanden die zich ook gebonden weten aan rechtsstatelijke beginselen. Daarbij treden accentverschillen aan de dag tussen de betekenissen die verdragsluitende staten over en weer aan 'rechtsstaat' of 'rule of law' toekennen. Deze betekenisverschillen kunnen ook binnen Nederland gevolgen hebben vanwege de intensiteit van de samenwerking en de toepassing van internationaal en supranationaal recht, zoals dat van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens of de EU-verdragen.⁶

Het begrip rechtsstaat en de ermee verbonden rechtsstatelijke beginselen en normen vormen daardoor een bewegend doel, dat zich moeilijk laat vangen in een concrete afvinklijst of helder beoordelingsschema voor diegenen die geroepen worden die rechtsstatelijke beginselen toe te passen of overheidshandelen daaraan te toetsen.

2 Verkenning van het begrip rechtsstaat - naar een analyseschema

2.1 Inleiding

De onbepaaldheid van de begrippen rechtsstaat en rule of law is een complicerende factor bij het bepalen van de betekenis en werking van het begrip rechtsstaat in de legisprudentie en jurisprudentie van de Raad van State. Om dit probleem het hoofd te kunnen bieden en een bruikbaar analyseschema te kunnen opstellen, is het begrip, in navolging van de WRR, ten behoeve van dit onderzoeksproject ontleed in verschillende betekenislagen. In zijn rapport uit 2002 onderscheidt de WRR vier lagen in het rechtsstaatbegrip.⁷ In het begrip rechtsstaat is volgens de WRR een *grondidee* aan te wijzen die bestaat uit *elementen* die als een soort systeemarchitectuur gelden voor de inrichting van ons rechtstelsel. De rechts-

⁶ Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU).

⁷ WRR 2002, *supra* noot 5, p. 23.

statelijke grondidee vindt ook uitdrukking – wordt in het recht als het ware geoperationaliseerd – via fundamentele of prepositieve *rechtsbeginselen*. Die beginselen zijn fundamenteel of wezenlijk in die zin dat het positieve recht eraan kan worden getoetst. Rechtsstatelijke beginselen kennen niet alleen beginselwerking, maar worden ook actief omgezet in gepositieerd recht. Daarbij valt te denken aan gepositieerde grondrechten of aan het democratiebeginsel, een beginsel dat bijvoorbeeld is gepositieerd door middel van regulering van het kiesrecht in de Kieswet. Zij krijgen dan het karakter van concrete, *rechtsstatelijke normen*.

Deze lagenindeling is als leidraad genomen voor de indeling van het analyseschema ten behoeve van het onderzoeken van de jurisprudentie en de legisprudentie van de Raad van State, al is deze uiteindelijk nog verder geconcretiseerd en verfijnd – uiteindelijk zijn namelijk veel concretere betekenissen en toepassingen gevonden van de rechtsstatelijke begrippen dan de indeling van de WRR toelaat. In hoofdstuk 3 wordt hieraan nader aandacht besteed.

Belangrijk is verder dat ten behoeve van dit onderzoeksproject het begrip rechtsstaat is onderscheiden van het begrip ‘rule of law’, dat uit een andere traditie stamt en een andere geschiedenis kent. De postulaten van de ‘rule of law’ leggen meer een accent op de positie van de rechter, de machtenscheiding (vooral in de VS), het democratische recht en op een (daardoor) sneller en vaker gejuridiseerd politiek systeem.⁸

2.2 Naar een analyseschema

De door de WRR onderscheiden ‘lagen’ zijn ten behoeve van de analyse van de wetgevingsadviezen en uitspraken ondergebracht in een schema. Dit schema vormt een analysekader dat de verbindingen inzichtelijk maakt tussen (1) elementen van de grondidee van het rechtsstaatsbegrip, (2) daarmee corresponderende beginselen en (3) gepositieerde normen. Een dergelijk schema staat vervolgens toe dat via het naspeuren van rechtsbeginselen of gepositieerde normen (die daaruit voortvloeien), het pad kan worden teruggevonden tot het element van het rechtsstaatsidee waarmee het is verbonden, maar ook tot de rol en de context waarin de norm of het beginsel is toegepast.

Om de relaties in het schema op een verantwoorde manier vast te kunnen stellen, zijn literatuur en jurisprudentie geanalyseerd in drie verschillende domeinen, te weten Nederland, de EU en het EVRM. Niet alleen de Nederlandse staatsrechtelijke en rechtstheoretische tradities bepalen immers de betekenis van de

⁸ WRR 2002, *supra* noot 2, p. 39-41.

rechtsstaatnotie – in hoofdstuk 1 is er al op gewezen dat in toenemende mate ook Europese noties invloed hebben op het denken over de rechtsstaat en over de ontwikkeling en concretisering van de bijbehorende elementen, begrippen en normen. Bij deze analyse is in algemene zin onderzoek gedaan naar de vraag of in de doctrine c.q. in de rechtspraak indicaties van de grondidee van het rechtsstaatsbegrip voorkwamen en hoe die in de literatuur en rechtspraak worden verbonden met rechtsstatelijke beginselen en gepositieerde normen. De nadere uitwerking van deze onderzoeken is terug te vinden in bijlagen 3, 4 en 5 bij dit rapport.

3 Toelichting op de schema's

3.1 Nederland (schema 1)

Voor Nederland is de analyse primair gebaseerd op het genoemde WRR-rapport, waarin reeds een gezaghebbende en uitvoerige analyse van de rechtsstaatnotie werd gemaakt. Als controle is daarnaast een aantal invloedrijke handboeken geraadpleegd, waarbij steeds de vraag werd gesteld welke elementen, beginselen en rechtsnormen als onderdeel worden beschouwd van de rechtsstaatnotie. In bijlage 3 is het door prof. dr. W.J.M. Voermans en mr. M.L. van Emmerik opgestelde overzicht opgenomen van de geraadpleegde bronnen. Daarin wordt ook aangegeven op welke wijze in deze bronnen naar de rechtsstatelijke noties wordt verwezen en welke elementen, beginselen en normen daarin worden onderscheiden.

Het op dit onderzoek gebaseerde analyseschema (zie par. 4, schema 1) heeft een descriptief karakter: weergegeven zijn slechts die elementen, beginselen en normen die in de geselecteerde rapporten en handboeken als rechtsstatelijk zijn bestempeld. Hierbij dient te worden aangetekend dat de rechtsstatelijke elementen en beginselen door de verschillende auteurs doorgaans uitdrukkelijk aan de rechtsstaatnotie worden gekoppeld. Bij de rechtstatelijke gepositieerde normen gebeurt dit ook wel, maar vaker wordt er tussen de regels door een verband gelegd. Bij de zoektocht naar deze rechtsstatelijke gepositieerde normen zijn we in zekere zin eclecticisch te werk gegaan; we hebben ons steeds gebaseerd op de rechtsnormen zoals ze in de geraadpleegde bronnen rechtstreeks in verband worden gebracht met de rechtsstaatnotie. Dat betekent dat het schema op het punt van de gepositieerde rechtsnormen op het oog onvolledig en onevenwichtig kan overkomen, omdat er normen in ontbreken die wij gebruikelijk wel in verband brengen met de rechtsstaatnotie, terwijl er bovendien normen in

voorkomen die een sterk verschillend niveau van concreetheid tonen. Niettemin is vastgehouden aan de gekozen methode als uitgangspunt en is dit overzicht welbewust niet op eigen gezag aangevuld met andere normen. Uit vergelijking met de uiteindelijke taxonomieën kan blijken of en in hoeverre de gevonden toepassingen in de rechtspraak en de wetgevingsadviezen van de Raad van State overeenstemmen met de kwalificatie en de duiding die aan de rechtsstatelijke grondideeën, beginselen en concrete normen is gegeven.

De in het schema weergegeven letters corresponderen met de letters in bijlage 3 – daardoor is zo veel mogelijk de bron terug te vinden van bepaalde aspecten die binnen de rechtsstaatnotie zijn onderscheiden.

3.2 EU (schema 2)

Voor de EU is een afzonderlijk analyseschema gemaakt (zie par. 4, schema 2), omdat dit op een aantal punten afwijkt van het Nederlandse. Dit schema is, net als het schema voor Nederland, gebaseerd op een uitgebreid onderzoek van verschillende gezaghebbende bronnen waarin een nadere analyse is gemaakt van de wijze waarop aan de rechtsstaatnotie binnen de EU vorm en uitwerking is gegeven. Het schema omvat een synthese van de meer aannemelijke elementen uit deze analyses. Een nadere toelichting op de gekozen bronnen en de daarin gegeven analyses kan worden gevonden in bijlage 4 bij deze tussenrapportage, in het onderzoeksverslag van de hand van mr. dr. H.-M.Th.D. ten Napel.

3.3 EVRM (schema 3)

Ook voor het EVRM is een afzonderlijk schema weergegeven (zie par. 4, schema 3), ook al omdat bij het maken daarvan een afwijkende aanpak is gekozen. De reden daarvoor is gelegen in het bijzondere karakter van de EVRM-rechtsorde en de betekenis die de rechtsstaatnotie binnen deze rechtsorde heeft. De EVRM-notie is, als gevolg van het grote aantal verschillende rechtsordes die onderdeel vormen van de Raad van Europa, gebaseerd op een amalgaam van ‘rule of law’, ‘prééminence de droit’ en ‘Rechtsstaat’. Het EHRM heeft in zijn rechtspraak een invulling moeten geven aan de algemene notie van ‘rule of law’, die aansluiting heeft bij al deze verschillende noties, die ook weer verschillende interpretaties en betekenissen kennen. Daarnaast geldt dat het EHRM zich bij de invulling van de notie van de ‘rule of law’ moet richten op de specifieke rechten zoals die in het EVRM zijn geformuleerd. Deze formulering bevat op een aantal punten al verwijzingen naar specifiek rechtsstatelijke elementen (bijv. het recht op een eerlijk proces en het legaliteitsvereiste als beperkingsvoorwaarde in een groot aantal bepalingen).

Deze achtergrond kleurt sterk de wijze waarop het EHRM in zijn rechtspraak de notie van 'rule of law' heeft ontwikkeld. Het EHRM heeft zelf gaandeweg de beginselen verder moeten uitwerken, zonder daarbij terug te kunnen vallen op (min of meer) eenduidige basisbeginselen van rechtsstatelijkheid. Het gebruik van handboeken als basis voor het achterhalen van de relevante beginselen en elementen is daarmee minder zinvol - meestal zijn de beginselen en elementen die daarin worden onderscheiden zelf weer het resultaat van rechtspraakanalyse. Er is bovendien nauwelijks theoretische grondslag beschikbaar voor de rechtspraakbeginselen zoals ze door het EHRM zijn gevonden en ontwikkeld. Gelet hierop is een andere basis gekozen voor het vormen van een schematisch overzicht van beginselen en elementen dan voor het Nederlandse recht het geval is. Het analyseschema is in dit geval primair gebaseerd op rechtspraakanalyse. Uitstekende en gezaghebbende analyses zijn daarbij al gemaakt in opdracht van het Comité van Ministers en de Parlementaire Assemblée. Bij het opstellen van het analyseschema zijn deze analyses tot uitgangspunt genomen en zijn op basis van rechtspraakonderzoek aanvullingen gepleegd voor de meer recente jurisprudentie. Anders dan in schema 1 en 2, waarbij steeds de bronnen voor beginselen of verfijningen daarvan zijn gevonden in gezaghebbende handboeken of academische geschriften, wordt in het EVRM-schema dan ook steeds verwezen naar uitspraken als vindplaats.

Bij het maken van het schema is niet gestreefd naar volledigheid, maar naar representatieve uitspraken. In de door prof. mr. J.H. Gerards opgestelde basisanalyse van zowel de bestaande rapporten van het Comité van Ministers en de Parlementaire Assemblée, en de jurisprudentie van het EHRM, zijn relevante citaten opgenomen uit de in het schema genoemde uitspraken, zodat gemakkelijk is terug te vinden in welke context een bepaald element moet worden geplaatst. Dit onderzoeksverslag, dat het karakter heeft van een brondocument, is opgenomen in bijlage 5 van dit onderzoeksrapport. In het schema zelf is per element, beginsel of norm aangegeven aan welke rechtspraakbronnen het is ontleend.

4 De analyseschema's

Schema 1 - Nederland

I Grondidee	II Rechtsstatelijk beginsel	III Rechtsstatelijke gepositieerde (sub)norm (geschreven of ongeschreven) ⁹
1 Legaliteit a, b, c, d, e, f	1 <i>Legaliteitsbeginsel</i> ¹⁰ a, b, c, f 2 <i>Gelijkheid voor de wet</i> a, b, c, d, e, f 3 <i>Beginsel van rechtszekerheid</i> d, e, f 4 <i>Bestuur op grond van algemene regel/wet (wetmatigheid van bestuur)</i> a, b, c, d, e, f	1 Rechtszekerheidsbeginsel 2 Gebod gelijke behandeling (art. 1 Gw) 3 Verbod van willekeur/ddp (art. 3:3 en 3:4 Awb) 4 Beginsel van de wetmatigheid van bestuur (bijv. art. 89 Gw en art. 4:23 en 5:4 Awb) 5 Beginsel van lex certa 6 Verbod terugwerkende kracht strafrechtelijke bestraffing
2 Machtenspreiding a, b, c, d, e, f	1 <i>Onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak</i> a 2 <i>Verantwoordingsplicht</i> ¹¹	1 art. 42, 81, Gw 2 Vertrouwensregel 3 Incompatibiliteiten (bijv. art. 59 Gw) 4 Informatieplichten Verantwoordingsverplichting (o.a. 68 Gw) 5 Checks and balances (hoofdstukken 3 tot en met 6 Gw, zoals art. 118, eerste lid Gw: benoeming leden HR) 6 Decentralisatie (Hoofdstuk 7 Gw)

⁹ In deze categorie worden, zoals eerder aangegeven, alleen die gepositieerde normen genoemd die in de geanalyseerde literatuur wordt genoemd en die ook herleidbaar is tot een rechtsstatelijk elementen of beginsel.

¹⁰ Alle schrijvers zijn het hier wel over eens. Belinfante vertaalt het als een grondregel van staatsorganisatie: 'geen bevoegdheid zonder grondslag in de wet of de Grondwet'. Zie A.D Belinfante & J.L de Reede en bewerkers, *Beginselen van het Nederlandse staatsrecht*, zestiende druk, Deventer: Kluwer 2008. Zie ook bijlage 5.

¹¹ Belinfantes tweede hoofdregel: 'Niemand kan een bevoegdheid uitoefenen zonder verantwoording schuldig te zijn of zonder dat op die uitoefening controle bestaat' (zie Belinfante e.a. 2008, *supra* noot 10).

Vervolg Schema 1 - Nederland

I Grondidee	II Beginsel	III Gepositieerde (sub)norm
3 Fundamentele rechten a,b,c,d,e,f,	a, b, c, d, e	1 Grondrechten (artikelen 1-23 Gw) 2 Mensenrechten (o.a. EVRM) (3 Handvest grondrechten EU)
4 Onafhankelijke rechterlijke macht a,b,c,d,e, f	1 <i>Beginsel onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak</i> a 2 <i>Toegang tot een rechter bij geschil</i> a	1 Instelling ambt (art. 112 jo. 116. Gw) 2 Toegang tot de rechter (art. 15, 17 Gw) 3 Normen rechtspraak (Taak 113 e.v. Gw en Wet AB); Onafhankelijkheid 117 Gw
5 Democratie f		Kiesrecht (artikel 4 Grondwet, Kieswet) Openbaarheid van bestuur (110 Gw en de Wob) Openbaarheid vergaderingen volksvertegenwoordiging (art. 66 en 125 Gw)
6 Sociale dimensie a, b, c, d, e	<i>Sociale grondrechten</i>	

Schema 2 - EU¹²

I Grondidee	II Beginsel	III Gepositieerde (sub)norm
<p>Effectiveness Principle VB</p>	<p><i>Autonomy of EU law</i> <i>Direct effect</i> <i>Primacy</i> <i>Effective and uniform application by Member States' authorities</i> <i>State liability</i> <i>State liability under EU law</i> VB</p>	
<p>Legality Principle P, VB, E</p>	<p><i>Negative legality (Treaty primacy)</i> VB <i>Positive legality (principle of conferral)</i> VB</p>	<p>Art. 1 (1) and 5 TEU-Lis</p>
<p>Rule of Law in the exercise of Community competences P, E</p>	<p><i>Legal certainty (legitimate expectations, non-retroactivity, vested rights)</i> P, E <i>Fair application of the law (natural justice, fairness, proportionality)</i> P, E <i>Principle of equality</i> P, VB, E <i>Obligation to state the specific legal basis and the reasons for legal acts</i> E</p>	
<p>Effective legal protection P, VB, E</p>	<p><i>Promotion of procedural fundamental rights (e.g. the right to a hearing, non bis in idem, nulla poena sine lege)</i> P, VB, E <i>The principle of effective enjoyment of Community rights</i> P, E</p>	<p>ECHR, EU Charter of Fundamental Rights, e.g. art. 6 and 3 ECHR, art. 5 TEU</p>

¹² De afkortingen in het schema verwijzen naar de auteurs van hoofdwerken waarin het gebruik van de rechtsstaatnotie door het HvJ EU is geanalyseerd. Een nadere toelichting hierop is te vinden in bijlage 4 bij dit onderzoeksrapport.

Schema 3 - EVRM

I Grondidee	II Beginsel	III Gepositieerde (sub)norm	Bron
1 Legaliteit	<i>Wetmatigheid</i>	Verplichting om conform het (nationale) recht te handelen	<i>Bozano</i> (1986) <i>Conka</i> (2002)
	<i>Legaliteit</i>	Toegankelijkheid (accessibility)	<i>Sunday Times</i> (1976)
	<i>Willekeurverbod</i> ¹³	Nauwkeurige omschrijving discretionaire bevoegdheden	<i>Winterwerp</i> (1979) <i>Malone</i> (1984); <i>Gillan and Quinton</i> (2010)
		Effectief toezicht op uitoefening bevoegdheden (zie nader onafhankelijke rechter en effectieve rechtsbescherming)	<i>Silver</i> (1983) <i>Huvig</i> (1990)
	<i>Gelijkheid voor de wet</i>		<i>Refah Partisi</i> (2001)
	<i>Garanderen van praktische tenuitvoerlegging</i>		<i>Broniowski</i> (2004)
2 Rechtszekerheidsbeginsel ¹⁴	<i>Voorzienbaarheid (foreseeability); voldoende precieze formulering</i>		<i>Malone</i> (1984) <i>Huvig</i> (1990) <i>Pini en Bertani</i> (2004) <i>Assanidze</i> (2005)
	<i>Finaliteit van rechterlijke uitspraken / res judicata</i>		<i>Brumarescu</i> (1999)
	<i>Gerechvaardigde verwachtingen</i>	Nullum crimen / nulla poena sine lege	<i>Kononov</i> (GC, 2010)
		Lex mitior	<i>Scoppola</i> (2009)
3 Verbod van willekeur ¹⁵			<i>Fatullayev</i> (2010)
		Accuraat onderzoek naar incidenten met dodelijke afloop	<i>Várnava</i> (2009)
		Geen vrijheidsbeneming als gebod tot invrijheidstelling is afgegeven	<i>Assanidze</i> (2005)

¹³ NB: soms gedefinieerd als zelfstandig beginsel, soms als onderdeel van legaliteit

¹⁴ NB: soms gedefinieerd als onderdeel van legaliteit.

¹⁵ NB: kan ook onderdeel zijn van legaliteit - vgl. wetmatigheid.

4 Machtenscheiding	Beginsel van spreiding van overheidsbevoegdheid over verschillende overheidsambten (constitutionalisme) - EHRM gaat niet over theoretische grondslagen, alleenover praktische toepassing		McGonnell (2000) Kleyn (2003)
	Bescherming tegen machtsmisbruik		Benjamin & Wilson (2002)
	Rechterlijke macht als afzonderlijke, onafhankelijke staatsmacht	Vereiste van absolute scheiding tussen wetgevende/executieve en rechterlijke functies.	Procola (1995) McGonnell (2000) Benjamin & Wilson (2002); Kleyn (2003)
		Verbod op wetgevende interventie tijdens lopende rechterlijke procedure.	Stran Greek Refineries (1994); Prager en Oberschlick (1995)
5 Due process	Toegang tot een rechter bij geschil/ (straf-)vervolgning		Ingelezen in art. 6 EVRM - Golder (1975); zie ook art. 13 EVRM (effective remedy)
	Ingesteld bij wet ('established by law')		Art. 6 EVRM Lavents (2002)
	Rechterlijk toezicht op bestuurshandelen	Effectieve controle / rechtsbescherming bij discretionaire bevoegdheidsuitoefening (vgl. legaliteitsbeginsel)	Silver (1983) Brogan (1988) Huwig (1990) Kress (2001)
		Garantie van een daadwerkelijk rechtsmiddel	Conka (2002)
	Onafhankelijke rechtspraak		Art. 6 EVRM - Le Compte, Van Leuven en De Meyere (1981)
	Onpartijdige rechtspraak	Subjectieve onpartijdigheid	Kyprianou (2005)
	Objectieve onpartijdigheid	Kyprianou (2005)	

	<i>Eerlijk proces</i>	Openbaarheid	Art. 6 EVRM
		Equality of arms	<i>Dombo Beheer</i> (1993) <i>Steel and Morris</i> (2005)
		Recht op tegenspraak (adversarial proceedings)	<i>K.D.B.</i> (1998) <i>Krcmar</i> (2000)
		Redelijke termijn	<i>Ferrari</i> (1999)
		Rechtsbijstand	Art. 6 EVRM
		Effectieve tenuitvoer- legging van rechterlijke uitspraken	<i>Hornsby</i> (1997) <i>Antonetto</i> (2000) <i>Pini en Bertani</i> (2004)
		Finaliteit van rechter- lijke uitspraken (res judicata)	<i>Brumarescu</i> (1999)
		Rechtszekerheid - voorspelbaarheid van rechterlijke uitspraken	<i>Beian</i> (2007)
		Motivering van rechterlijke uitspraken	<i>Garcia Ruiz</i> (1999)
6 Respect voor gelijkheid	<i>Gelijkheid door de wet / discriminatieverbod</i>		<i>Refah partisi</i> (2001)
7 Democratie ¹⁶	<i>Burgers hebben het laatste woord over inhoud en ten- uitvoerlegging van wetten</i>		<i>Refah partisi</i> (2001)
	<i>Actief en passief kiesrecht?</i>		<i>Hirst</i> (2004) Maar zie ook <i>Hirst</i> (2005) - geen expliciete erkenning van deze rechten als onderdeel van rule of law, maar alleen van democratie- principle als zodanig
8 Scheiding tussen kerk en staat			<i>Refah Partisi</i> (2003)
9 Plicht tot hand- having van recht en veiligheid			<i>Lelievre</i> (2007)

¹⁶ NB: meestal niet gezien als onderdeel van de rule of law.



Hoofdstuk 3

Analyse van het gebruik van
rechtsstatelijke begrippen in de
legisprudentie en de jurisprudentie
van de Raad van State

1 Verkenning van het begrip rechtsstaat aan de hand van het analyseschema

Uit hoofdstuk 2, dat de resultaten van fase 1 van het onderzoeksproject weergeeft in de vorm van een drietal analyseschema's, kan blijken dat het begrip rechtsstaat maar moeilijk te vangen is. Het is in een aantal opzichten een containerbegrip. Bovendien kent het begrip verschillende betekenislagen, en zijn er betekenissen waarover in verschillende mate overeenstemming bestaat. Enkele verklaringen hiervoor zijn in hoofdstuk 2 al weergegeven. Voor de analyse van het gebruik van rechtsstatelijke noties en begrippen door de Raad van State is vooral van belang dat de onbepaaldheid van het begrip rechtsstaat en de ermee verbonden rechtsstatelijke beginselen en normen een bewegend doel vormen, dat zich moeilijk laat vangen in een concrete afvinklijst of helder beoordelingschema voor diegenen die geroepen worden die rechtsstatelijke beginselen en daarmee verband houdende normen toe te passen of overheidshandelen daaraan te toetsen.

Zoals in hoofdstuk 2 is aangegeven, is op basis van onderzoek van de Europese en Nederlandse literatuur en de rechtspraak van het EHRM gekomen tot drie onderscheiden schema's die dienst konden doen als analyseschema voor legisprudentie- en jurisprudentieanalyse. De schema's zijn vervolgens gebruikt om een taxonomie in te richten van de wijze waarop rechtsstatelijke grondideeën, beginselen en normen (al dan niet) tot uitdrukking komen in legisprudentie en jurisprudentie van de Raad van State. De daarbij gehanteerde werkwijze is in dit rapport uiteengezet in hoofdstuk 1, par. 3. Gelet op de grote verschillen tussen de drie schema's leek het niet wenselijk te proberen deze te reduceren tot één enkel analyseschema. In plaats daarvan is bij het analyseren van de brondocumenten (legisprudentie en jurisprudentie) gewerkt aan de hand van alle drie de schema's en is onderzoek gedaan naar de manier waarop bepaalde grondideeën, beginselen en positieve normen die in deze schema's zijn opgenomen, zijn terug te vinden in de wetgevingsadviezen en uitspraken. Uiteindelijk bevatten de taxonomieën daardoor zowel elementen die zijn terug te vinden in het Nederlandse analyseschema, als elementen die corresponderen met de schema's voor de EU en het EVRM.

2 Weglaten van de idee van democratie

In hoofdstuk 1, par. 3, is reeds gewezen op enkele complicaties bij de analyse. Op deze plaats zij in herinnering geroepen dat bij het opstellen van de taxonomieën

geen expliciete aandacht is besteed aan de notie van *democratie*. In hoofdstuk 1 van dit onderzoeksrapport is aangegeven dat er discussie is over de vraag of democratische beginselen en normen (integraal) onderdeel vormen van de idee van rechtsstaat/rule of law. Juist daarom, en in uitdrukkelijk overleg met de begeleidingscommissie van het onderzoeksproject, zijn democratische beginselen en normen alleen in het onderzoek betrokken voor zover ze onlosmakelijk onderdeel vormen van de rechtsstatelijke beginselen zoals machtenscheiding of legaliteit.

Als gevolg van de gemaakte keuze komen democratische beginselen en normen niet als zelfstandige elementen in de taxonomieën voor. Wel kan uit de taxonomieën en de overzichten van legisprudentie en jurisprudentie blijken dat democratische beginselen en normen regelmatig worden genoemd, zowel in de adviezen als in de uitspraken van de Raad van State.

3 De taxonomieën

3.1 Afzonderlijke taxonomieën voor legisprudentie en jurisprudentie

Uit de analyse van legisprudentie en jurisprudentie is gebleken dat, waar het gaat om rechtsstatelijke en ‘rule of law’-gerelateerde noties, de praktijk van de advisering en die van de rechtspraak in een aantal opzichten van elkaar verschillen. Bij de advisering zijn de relevante beginselen en normen in meer algemene zin aan de orde. In de rechtspraak zijn deze beginselen en normen, wellicht noodzakelijkerwijze, vaker gedetailleerd en geconcretiseerd tot een niveau dat zich leent voor toepassing als norm of regel in een geschil. Belangrijk is bovendien dat adviseren en rechtspreken twee wezenlijk verschillende taken zijn, wat zich vertaalt in verschillen van stijl, opzet en inrichting van documenten. Door deze gegevens bleek het niet doenlijk om te komen tot een uit één blok gehouwen overzicht van de wijze waarop de Raad van State rechtsstatelijke normen toepast. Een geïntegreerde en volledige taxonomie voor zowel legisprudentie als jurisprudentie zou wellicht een verkeerd en te ongenueanceerd beeld geven van het gebruik van rechtsstatelijke normen in jurisprudentie en legisprudentie. Tegelijkertijd laten de analyses veel overeenkomsten zien. Dat spreekt wellicht ook vanzelf, omdat het steeds gaat om dezelfde soort noties en normen.

Ondanks deze overeenkomsten is ervoor gekozen om te werken met twee afzonderlijke taxonomieën: een voor de legisprudentie en een voor de jurisprudentie. Het gaat daarbij om ‘begrippenbomen’ van de wijze waarop de Raad van State in zijn legisprudentie resp. jurisprudentie uitdrukking geeft

aan rechtsstatelijke noties. Deze taxonomieën geven weer op welke wijze we de noties uit het analyseschema terug hebben gevonden in de adviezen en in de uitspraken van de Raad van State. Gelet op de bovengenoemde overeenkomsten en verschillen tussen de legisprudentie en de jurisprudentie kan worden vastgesteld dat de beide taxonomieën dezelfde ‘stam’ hebben (de grondideeën) en een aantal vergelijkbare grote takken (de rechtsstatelijke en ‘rule of law’-gerelateerde beginselen). Naarmate deze beginselen zich ‘vertakken’ naar concrete normen worden de verschillen groter – in het bijzonder geldt dat bij de jurisprudentie de verfijning (in de vorm van kleinere ‘takjes’) van de concrete normen groter is dan bij de legisprudentie. Wanneer de beide taxonomieën naast elkaar worden gelegd, worden de overeenkomsten en de verschillen duidelijk.

3.2 Vormgeving van de taxonomieën

De legisprudentietaxonomie is opgenomen in bijlage 1 van dit onderzoeksrapport. De jurisprudentietaxonomie is opgenomen in bijlage 2. Voor de beide taxonomieën geldt dat de vetgedrukte onderdelen de kopjes weergeven uit het nationale analyseschema uit de eerste fase van het onderzoek, waar relevant en mogelijk aangevuld met elementen uit de schema’s voor EHRM en EU. Het schema is verder gevuld met de daarmee corresponderende of samenhangende begrippen zoals die zijn gevonden in de adviezen van de Raad van State. De laatste kolom van de taxonomie geeft de vindplaats van het advies of de uitspraak waarin de ‘treffer’ werd gevonden. Daarbij is niet een uitputtende opsomming gegeven van de adviezen en uitspraken, maar worden vooral representatieve voorbeelden genoemd.

De verschillende elementen die in de beide taxonomieën zijn weergegeven, vertonen regelmatig overlap, in die zin dat eenzelfde ‘term’ of element op verschillende plaatsen in de taxonomie kan worden ingepast. Te denken is aan het element van het recht op een eerlijk proces, dat zowel past bij de grondidee van (toegang tot) een onafhankelijke rechterlijke macht, als bij de grondidee van respect voor grondrechten. In dergelijke gevallen van overlap hebben wij ervoor gekozen om de ‘vertakking’ van een grondidee naar concretere normen slechts op één plaats in de taxonomie weer te geven (bijvoorbeeld: ‘eerlijk proces’ en de uitwerking daarvan zijn opgenomen bij de grondidee van respect voor grondrechten). Op andere plaatsen waar een uitwerking te verwachten zou zijn, is naar die weergave verwezen.

Daarnaast komt het voor dat eenzelfde term of element een verschillende invulling of betekenis kan krijgen, al naar gelang de context waarin het wordt ingeroepen. Zo kan het verbod van *détournement de pouvoir* in sommige gevallen

worden beschouwd als concrete uitwerking van de eisen die worden gesteld aan bevoegdheidstoedeling, maar het verbod kan ook worden gebruikt als een begrenzing van de *uitoefening* van een bevoegdheid. Doet zich een dergelijke vorm van overlap voor, dan is de betreffende term of notie wel twee keer genoemd, maar is deze voorzien van een korte toelichting in een voetnoot om het betekenisverschil te verduidelijken.

3.3 Correlaties tussen elementen en de weergave daarvan

Tussen verschillende beginselen en hun concretere uitwerking in normen kunnen correlaties of samenhangen bestaan. Zo bleek bij de legisprudentieanalyse dat godsdienstvrijheid en vrijheid van onderwijs vaak in één advies voorkomen, net als godsdienstvrijheid en verwijzingen naar de scheiding van kerk en staat. Dit soort correlaties is vanzelfsprekend interessant. Onderzocht is of het mogelijk is deze correlaties in de taxonomie zelf duidelijker zichtbaar te maken. Op zichzelf bestaan daarvoor wel mogelijkheden, bijvoorbeeld door te werken met codes of symbolen (#, *, @) die wijzen op samenhang. Inhoudelijk bieden de analyses echter onvoldoende basis om deze correlaties werkelijk zichtbaar te kunnen maken. Het aantal onderzochte gevallen waarin sprake is van correlatie of samenhang is daarvoor te klein en voor het vaststellen van samenhang ook onvoldoende representatief. Om samenhangen te ontdekken is een grotere en meer willekeurige steekproef nodig uit zowel de legisprudentie als de jurisprudentie, op basis waarvan hypothesen kunnen worden onderzocht ten aanzien van het gezamenlijk voorkomen van bepaalde termen die in de taxonomie voorkomen.

Bij de analyse van de jurisprudentie is soms wel zodanige samenhang gevonden tussen begrippen dat een correlatie kan worden vermoed. Een correlatie waarvan vrij zeker is dat deze in de rechtspraak zichtbaar is, is die tussen beoordelings- en beleidsvrijheid van het bestuur (een aspect van het legaliteitsbeginsel als onderdeel van de grondidee van legaliteit) en de terughoudendheid van rechterlijke toetsing (een aspect van de grondidee van machtspreiding). Ook hier is echter een grotere steekproef noodzakelijk om dergelijke samenhangen daadwerkelijk vast te kunnen stellen en om eventuele andere correlaties te vinden.

Om een voorbeeld te geven van de manier waarop correlaties na vervolgonderzoek zichtbaar kunnen worden gemaakt, is in de jurisprudentietaxonomie op een aantal punten gewerkt met het toevoegen van symbolen – als achter verschillende elementen uit het schema bijvoorbeeld een sterretje is geplaatst (*), kan worden aangenomen dat deze elementen vaak in één en dezelfde uitspraak zijn terug te vinden.

3.4 Samenhang tussen taxonomieën en onderliggende onderzoeken

3.4.1 Brondocumenten

De taxonomieën zijn opgesteld op basis van overzichten van de onderzochte legisprudentie en jurisprudentie. Deze brondocumenten zijn te raadplegen op de website van de Raad van State. Ten behoeve van het onderzoek zijn uit de geselecteerde adviezen en uitspraken de voor de analyse belangrijke passages weergegeven en voorzien van ‘etiketten’ of kwalificaties. Deze corresponderen (zoveel mogelijk) met de begrippen die in de taxonomieën zijn opgenomen. Daardoor is het mogelijk de in de taxonomieën opgenomen grondideeën, beginselen en concrete normen terug te vinden in de legisprudentie- en jurisprudentieoverzichten en zijn de kwalificaties controleerbaar.

3.4.2 De gekozen kwalificaties en termen

Verschillende grondideeën, beginselen of normen die volgens de jurisprudentie of de legisprudentie van de Raad van State een rechtsstatelijk karakter hebben, bleken niet (of niet direct) te herleiden tot onderdelen of noties uit ons analyse-schema. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer de Raad van State aan een beginsel of norm het etiket rechtsstatelijk toekent of wanneer de context van het advies duidelijk in die richting wijst, maar het relevante begrip niet in het oorspronkelijke analyseschema voorkomt. Deze ideeën, beginselen en normen zijn in de taxonomieën apart aangeduid.

In het jurisprudentieonderzoek is de betekenis van het Europese en internationale recht voor de nationale rechtsstatelijke grondideeën, beginselen en concrete normen zeer duidelijk geworden. Hoewel mogelijk kan worden gesproken van een algemeen rechtsstatelijk grondidee van doorwerking van internationaal en Europees recht, is ervoor gekozen de betekenis van het internationale en Europese recht in de taxonomieën op iets andere wijze zichtbaar te maken. Daarbij hebben wij aangehaakt bij het gegeven dat het internationale en Europese recht vaak een constituerende rol speelt, dat wil zeggen zowel een grondslag vormt voor bevoegdheidsuitoefening als normen stelt waaraan die bevoegdheidsuitoefening moet voldoen. Om die reden zijn de verschillende Europese en internationale beginselen en concrete normen in de jurisprudentie-taxonomie ondergebracht binnen de grondidee van legaliteit (I), al hebben zij daarin wel een eigen plaats gekregen (B).

3.5 Nadere opmerkingen over de legisprudentietaxonomie

Bij de legisprudentieanalyse is gebleken dat de Raad een aantal keren vaststelt dat de regeling van bepaalde soorten onderwerpen alleen kan geschieden via een herziening van de Grondwet. Al wordt hiermee verwezen naar een beginsel, een eenduidige benaming gebruikt de Raad hier niet voor. De verschillende overwegingen van de Raad zijn in de taxonomie op dit punt samengevat als verwijzingen naar het beginsel van *constitutionaliteit*.

Op soortgelijke wijze geldt dat op tal van plaatsen in de adviezen indirect wordt verwezen naar het beginsel van het primaat van de wetgever. Die verwijzingen beperken zich niet tot de toepassing van de norm over datgene wat is voorbehouden aan de formele wetgever, maar ook tot opmerkingen over wat geëigende onderwerpen zijn voor de ministeriële regelgever en wat het best kan worden geregeld via regeringsbesluiten (koninklijke besluiten in de vorm van algemene maatregel van bestuur bijvoorbeeld). Deze normen lijken afkomstig uit het Rapport Orde in de Regelgeving van de Commissie-Polak (1985) en de vertaling daarvan in de Aanwijzingen voor de regelgeving. We hebben de verschillende beginselomschrijvingen op dit punt samengevat onder de noemer van het beginsel van het *primaat van de wetgever*.

3.6 Nadere opmerkingen over de jurisprudentietaxonomie

Aangegeven werd al dat in de jurisprudentie van de Afdeling Bestuursrechtspraak vooral de concrete uitwerking in normen van rechtsstatelijke grondideeën zichtbaar is. De grondideeën en beginselen zelf worden zelden of nooit expliciet genoemd. Dat is niet verrassend, gelet op het feit dat de Afdeling zich primair richt op de beslechting van een concreet voorliggend geschil. Vergaande systematisering of het terugvertalen van concrete noties naar daaraan ten grondslag liggende beginselen of ideeën ligt dan zelden voor de hand. Tegelijkertijd gold voor het onderzoek dat daardoor nog hogere eisen werden gesteld aan de kwalificatie en systematisering van bepaalde concrete normen, ook al omdat deze normen zelden terug waren te vinden in de (op de rechtswetenschappelijke literatuur over rechtsstaat en rule of law gebaseerde) analyseschema's. Er is naar gestreefd de verschillende normen zo zorgvuldig en logisch mogelijk in de taxonomie een plaats te geven.

De praktische toepassing van de rechtsstatelijke noties in de rechtspraak zorgt daarnaast voor een verdergaande concretisering van een aantal noties dan zichtbaar is in de adviezen van de Raad van State. Anders gezegd: de stam en een aantal dikke en dunnere takken hebben de legisprudentie en de jurisprudentie gemeenschappelijk, maar in de jurisprudentie is een verdere verfijning zichtbaar

in de vorm van kleinere takjes. Die verfijning is in de taxonomie zichtbaar gemaakt door de categorieën van beginselen en concrete normen (die bestaat naast de categorie van de grondideeën) op een aantal punten verder uit te splitsen. Om het overzicht te behouden en het eenvoudiger te maken naar de verschillende categorieën en rubrieken te verwijzen zijn de verschillende grondideeën, beginselen en normen voorzien van cijfers en letters. Deze cijfers en letters corresponderen met de categorieën en rubrieken zoals die zijn terug te vinden in de jurisprudentietaxonomie. Daardoor is ook onderlinge vergelijking relatief eenvoudig.



Hoofdstuk 4

Observaties

1 Inleiding

In hoofdstuk 1 is al vastgesteld dat het hoofddoel van dit onderzoeksproject zou bestaan in het opstellen van taxonomieën of begrippenbomen, waaruit kan worden afgeleid op welke manier en in welke abstractiegraad de Raad van State in zijn wetgevingsadviezen en uitspraken verwijst naar rechtsstatelijke noties en begrippen. Bij het analyseren van de legisprudentie en de jurisprudentie en het opstellen van deze taxonomieën is daarnaast een aantal zaken opgevallen die wellicht kunnen leiden tot verder onderzoek en nadere bespiegelingen.

In hoofdstuk 1 is bijvoorbeeld al aangegeven dat er duidelijk verschil bestaat in de wijze waarop in de doctrine en in de adviezen en uitspraken van de Raad van State met rechtsstatelijke noties wordt omgegaan. Dat is op zich weinig verwonderlijk, maar het legt wel een aantal zaken in de legisprudentie van de Raad bloot. In dit slothoofdstuk worden enkele van de meest in het oog springende bevindingen weergegeven.

2 Verhouding tussen bewoordingen en rechtsstatelijke noties/grondideeën

Opvallend bij de legisprudentieanalyse was dat rechtsstatelijke noties in verschillende adviezen op een verschillende manier worden verwoord en dat in de adviezen niet steeds een herleiding plaatsvindt tot grondideeën of beginselen van de noties van rechtsstaat of ‘rule of law’. De adviezen van de Raad lijken op dit punt slechts in beperkte mate gesystematiseerd. Zou de Raad meer expliciteren en systematiseren, dan zou daar een mogelijke winst in kunnen schuilen vanuit een perspectief van consistentie, zichtbaarheid en duidelijkheid. Daardoor zou bij anderen dan de Raad een beter begrip kunnen ontstaan voor de wijze waarop de Raad rechtsstatelijke normen vindt en toepast. Voor de Raad zelf zou een dergelijke explicitering en systematisering houvast kunnen bieden bij de advisering. Voor de jurisprudentieanalyse geldt dat het specifieke gebruik van bepaalde concrete uitwerkingen (zoals het gebruik van terughoudende toetsing om respect voor beleidsvrije bevoegdheden tot uitdrukking te brengen) vaak zeer consistent is. Een zekere precedentwerking lijkt hierbij een belangrijke rol te spelen. Wordt naar het niveau van beginselen gekeken, dan valt wel op dat de Afdeling bestuursrechtspraak niet altijd even precies is in het formuleren van het beginsel waarom het gaat. Soms noemt zij wel een recht of beginsel (bijvoorbeeld het kiesrecht, de verenigings- of vergadervrijheid, de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging en de vrijheid van meningsuiting¹⁷), maar niet de concrete uitwerking daarvan in

¹⁷ Zie bijvoorbeeld nr. 200609224/1.

verdragen, Grondwet of wetgeving. Op basis van dit onderzoek kunnen de redenen of oorzaken daarvan niet worden doorgrond, maar in de aangetroffen gevallen lijkt deze werkwijze verband te houden met het feit dat de aan de orde zijnde normen slechts deel uitmaken van de redenering (motivering) en niet zelfstandig beslissend zijn voor de beslechting van de zaak.

3 Verwijzing naar grond- en mensenrechten

Een tweede observatie betreft de wijze waarop de Raad grond- en mensenrechten gebruikt in zijn adviezen. Daarbij valt op dat de mensenrechten uit het EVRM een grote rol spelen, zelfs zozeer dat, waar nationale grondrechten in het geding zijn, die meestal direct worden gekoppeld aan EVRM-rechten (denk aan vrijheid van godsdienst, vrijheid van meningsuiting en bescherming van de persoonlijke levenssfeer). Een soortgelijk fenomeen is zichtbaar in de jurisprudentie. Daar hoeft dit echter niet te berusten op een bewuste keuze door de Afdeling, maar kan de belangrijke rol van het EVRM ook voortkomen uit het feit dat procespartijen geneigd zijn hun betogen sterker naar de EVRM-bepalingen te modelleren dan naar de grondrechtenbepalingen van de Grondwet. Het nettoresultaat hiervan is dat nu eens naar de Grondwet wordt verwezen, dan weer naar het EVRM (of naar andere internationale verdragen), ogenschijnlijk zonder dat daarvoor een duidelijke verklaring bestaat. Het gevoel bestaat dat er, ook waar de Raad van State zelf kan kiezen tussen toepassing van EVRM en Grondwet, een lichte voorkeur bestaat voor het EVRM. Ons onderzoek van de selectie uit legisprudentie en jurisprudentie lijkt dat te bevestigen, maar een duidelijke lijn is niet zichtbaar - duidelijk is bijvoorbeeld niet in welke omstandigheden liever naar de Grondwet dan naar het EVRM wordt verwezen, of andersom, of waarom in sommige gevallen aan beide wordt getoetst.

Wat er ook zij van de vraag *waarom* zo vaak aan het EVRM wordt getoetst in vergelijking tot de Grondwet, het is interessant om te zien dat de 'mix' tussen nationale en EVRM-rechten een algemene set van vereisten oplevert voor de rechtvaardiging van inbreuken op grondrechten. De invloed van de EVRM-rechten is zo groot dat ook bij de beperking van nationale grondrechten de beperkingssystematiek wordt 'geleend' uit de EVRM-catalogus en de daarop ontwikkelde jurisprudentie.

Weliswaar worden vaak typische EVRM-noties gebruikt (zoals het vereiste van een 'pressing social need'), maar vaak zijn de vereisten algemener van aard (zoals het vereiste van een legitieme doelstelling van algemeen belang of het vereiste

van evenredigheid tussen doel en middel). Daarnaast valt op dat de Raad van State veel gebruik maakt van een kernrechtnotie, een notie die in het EVRM zelf niet wordt genoemd, maar vooral in de EHRM-rechtspraak meer of minder expliciet wordt gebruikt. De kernrechtnotie heeft binnen adviezen en rechtspraak twee vormen aangenomen. Allereerst wordt aan de hand van de definitie van de kern van het grondrecht soms vastgesteld of een concrete claim binnen het beschermingsbereik van een grondrecht valt. Een tweede functie van de kernrechtnotie is die van ‘beperkingsbegrenzer’ – zowel in legisprudentie als in jurisprudentie stelt de Raad van State regelmatig vast dat beperkingen van een grondrecht niet zo ver mogen gaan dat een grondrecht daardoor in de kern wordt aangetast, of dat redelijke uitoefening van een grondrecht onmogelijk wordt gemaakt. Interessant is dat de jurisprudentieanalyse ook een variant op de kernrechtnotie laat zien. Als een individu alternatieven zou hebben gehad voor de uitoefening van zijn grondrecht, zal een inbreuk op dat grondrecht minder ernstig worden gevonden en wordt een beperking sneller aanvaardbaar geacht. Interessant is verder dat de Raad in zijn legisprudentie een aantal inhoudelijke noties heeft genoemd waarmee de relatief ‘lege’ beperkingscriteria kunnen worden ingevuld, zoals pluriformiteit en respect voor differentiatie, of de noodzaak voor de overheid om een evenwicht te vinden tussen botsende individuele grondrechten. Daarnaast wordt soms voor een eigen toetsingssysteem gekozen in die gevallen waarin de nationale grondrechten geen pendant kennen in het EVRM. Een goed voorbeeld hiervan is artikel 23 van de Grondwet en de daarin neergelegde vrijheid van onderwijs en onderwijsinrichting.

Dit alles leidt tot een belangrijke nadere operationalisering van de grondidee van bescherming van fundamentele rechten, die slechts in beperkte mate zichtbaar is in het eerder opgestelde analyseschema (zie hoofdstuk 2 en bijlage 5). Wel valt ook hier op dat de Raad van State de vele vereisten niet systematisch en consistent gebruikt; de kernrechtbenadering is bijvoorbeeld lang niet in alle zaken zichtbaar, en als de kernrechtbenadering wordt gebruikt, is niet altijd duidelijk in welke vorm dat gebeurt (dus als afbakening van het recht of als beperkingsbegrenzer). De operationalisering zou nog sterker en gezaghebbender kunnen worden wanneer systematischer wordt gekozen voor het gebruik van bepaalde toetsingscriteria.

4 Proportionaliteit

Uit de rechtspraak van het EHRM en uit het Europese recht kan worden afgeleid dat op Europees niveau groot belang wordt gehecht aan het algemene beginsel van proportionaliteit. Het EHRM beschouwt dit als een notie die als een rode draad door het Verdrag en de eigen rechtspraak loopt, en ook voor het Europese recht geldt dat voor iedere beperking van het Europese recht en voor iedere inbreuk op individuele rechten en belangen vereist wordt dat die inbreuk evenredig is. Het belang van de proportionaliteitsnotie is zelfs zo groot, dat het verrassend is dat ‘proportionaliteit’ in de verschillende analyseschema’s (zie hoofdstuk 2 en bijlagen 3, 4 en 5) niet als een zelfstandig rechtsstatelijk grondidee of ten minste als een rechtsstatelijk beginsel naar voren komt. Op soortgelijke wijze kan ook voor de jurisprudentie en de jurisprudentie van de Raad van State worden vastgesteld dat het vereiste van proportionaliteit van overheidshandelen daarin een belangrijke rol speelt. Dat geldt in ieder geval voor beperkingen op grondrechten, maar ook in meer algemene zin. Daarbij kan worden vastgesteld dat dit vereiste velerlei uitdrukkingsvormen kent. Nauw gerelateerd aan evenredigheid en proportionaliteit zijn immers noties als de geschiktheid of effectiviteit van voorgenomen wetgeving of van besluiten, de noodzakelijkheid of subsidiariteit daarvan (met name de vraag of een doelstelling ook met andere maatregelen zou kunnen worden bereikt), de evenwichtigheid van de belangenaantasting in relatie tot de nagestreefde doelstellingen, of zelfs de notie van redelijkheid in meer algemene zin. Juist nu het gaat om een uiterst belangrijk vereiste, dat in de praktijk van advisering en rechtspraak een grote rol blijkt te spelen, kan het nuttig zijn om dit vereiste meer expliciet te relateren aan de notie van rechtsstatelijkheid. Ook kan het verhelderend werken om specifieke uitdrukkingsvormen van evenredigheid of proportionaliteit expliciet als zodanig te benoemen.

5 ‘Nieuwe’ rechtsstatelijke grondideeën en beginselen

Opvallend in de jurisprudentie is verder, zoals wij in hoofdstuk 3 al aangaven, dat de Raad van State verschillende begrippen in verband brengt met de notie van rechtsstaat, waar dit in de nationale doctrine niet het geval is. Dit lijkt bijvoorbeeld het geval te zijn met de scheiding tussen kerk en staat, die in verschillende adviezen als een belangrijk uitgangspunt wordt benoemd, in nauwe samenhang met de notie van pluralisme. Waar de kwalificatie van de scheiding tussen kerk en staat en van pluralisme als rechtsstatelijk grondidee of rechtsstatelijk beginsel wel nog herkenbaar is in een enkele uitspraak van het EHRM, is dit in mindere

mate het geval binnen de Nederlandse staatsrechtelijke doctrine. Het is dan ook opmerkelijk dat de Raad van State in de betreffende adviezen geen verdere toelichting geeft op de typering van het beginsel.

Hetzelfde geldt voor enkele andere begrippen, zoals lokale autonomie en subsidiariteit, pluriformiteit, de scheiding tussen publiek- en privaatrecht of de verantwoordelijkheden en plichten voor de burger. Een soortgelijke afwijken van de ‘klassieke’ indeling in grondideeën en beginselen is minder sterk teruggevonden in de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak. Al eerder is aangegeven dat dit ook voor de hand ligt, gelet op de gerichtheid van de Afdeling op beslechting van concreet voorliggende geschillen. Het is dan ook des te opmerkelijker dat één uitzondering is aangetroffen, namelijk de kwalificatie van het rechtszekerheidsbeginsel als afzonderlijke rechtsstatelijke notie die ten grondslag ligt aan andere beginselen, zoals het vereiste van afronding van een rechterlijke procedure binnen redelijke termijn. Het is niet duidelijk waarom in dit verband het rechtszekerheidsbeginsel zo uitdrukkelijk als basisnorm wordt genoemd, terwijl dit niet altijd gebeurt in andere contexten. Opmerkelijk is bijvoorbeeld dat de Afdeling niet zoekt naar een beginsel dat ten grondslag ligt aan art. 6 EVRM (recht op toegang tot de rechter) waar het gaat om de toepassing van dit grondrecht op vreemdelingenrechtelijke procedures of op geschillen tussen overheden. Herleiding van de concrete uitwerking in art. 6 EVRM tot het algemene beginsel van toegang op de rechter zou in dit geval mogelijk zijn, en zou consistent zijn met de keuze om zo’n herleiding tot een algemeen geldend grondbeginsel wel te kiezen in de context van berechting binnen redelijke termijn.

6 EU-beginselen als rechtsstatelijke grondideeën

In het kader van de legisprudentie- en jurisprudentieanalyse is ook onderzoek gedaan naar de zichtbaarheid van de typische EU-beginselen, zoals die van loyaliteit en effectiviteit. Hoewel dit kan zijn veroorzaakt door de selectie van adviezen (eerder gericht op de Nederlandse doctrine dan op doorwerking van EU-recht), valt op dat deze beginselen in de geanalyseerde adviezen slechts een zeer beperkte en weinig expliciete rol spelen. Van nadere operationalisering is in ieder geval niet of nauwelijks gebleken. Op soortgelijke wijze is er in de bestudeerde legisprudentie weinig informatie gevonden over de rol van de voorrang van internationaal recht in de nationale rechtsorde – een beginsel dat door sommigen als welhaast rechtsstatelijk is gekenschetst. Uit de legisprudentie valt eerder af te leiden dat de Raad van State de (effectieve) doorwerking van Europees en internationaal recht als een vanzelfsprekend gegeven ziet, dan als iets

waarvan de rechtsstatelijkheid expliciet moet worden onderzocht of bevestigd. In de jurisprudentie zijn wel verschillende voorbeelden zichtbaar van concrete toepassing van de EU-beginselen, zoals het communautair vertrouwensbeginsel, de beginselen van voorrang en rechtstreekse werking, en het beginsel van effectiviteit. De betekenis van deze beginselen is zelfs zodanig, dat ze in de jurisprudentietaxonomie een zelfstandige plaats hebben gekregen. Dit kan wellicht worden verklaard vanuit het feit dat het gaat om beginselen en normen die zich beter lenen voor toepassing in concrete aan de rechter voorgelegde geschillen, dan als toetsingsnormen bij (abstracte) advisering over wetgeving. Wel kan worden opgemerkt dat de EU-rechtsbeginselen, zoals ontwikkeld door het Hof van Justitie EU, weliswaar vaker voorkomen in de jurisprudentie dan in de legisprudentie, maar dat ze nog steeds maar mondjesmaat zichtbaar zijn. Of dat een werkelijk verschijnsel is of heeft te maken met de aard van de selectie is echter moeilijk vast te stellen.

7 ‘Beginselpreferentie’ in de Afdelingsjurisprudentie

Een laatste observatie betreft de ‘beginselpreferentie’ van de Afdeling bestuursrechtspraak. *Dat* de Afdeling de algemene beginselen van behoorlijk bestuur veelvuldig toepast als verdere verfijning van algemene rechtsbeginselen en rechtsstatelijke grondideeën spreekt wellicht vanzelf. De beginselen hebben juist om die reden een plaats gekregen in de taxonomie, ook al worden de beginselen als zodanig in de staatsrechtelijke literatuur over de rechtsstaatnotie hoogst zelden genoemd en komen zij ook niet voor in het analyseschema. Voor het toch opnemen van deze beginselen is te meer reden daar in de rechtspraak vaak zichtbaar is dat de Afdeling beginselen (van behoorlijk bestuur) toepast als ongeschreven beginselen, ook al zijn sommige van deze beginselen inmiddels vastgelegd in de Algemene wet bestuursrecht. Zo wordt betrekkelijk vaak het beginsel van zorgvuldige voorbereiding of draagkrachtige motivering ingeroepen, zonder dat de Afdeling dat vastpint op de bepalingen in de Awb. Dat is niet altijd verklaarbaar, maar het voordeel ervan is dat het duidelijk maakt dat het gaat om rechtsbeginselen die altijd een plaats zullen blijven hebben naast de gecodificeerde onderdelen daarvan. Voor de rechtsontwikkeling zal het ook niet altijd verstandig of mogelijk zijn de werking van een beginsel gelijk te stellen met de codificatie ervan in de Awb. Wel kan het goed zijn om dit beter in de motivering tot uitdrukking te brengen.

8 Tot besluit - vooruitblik

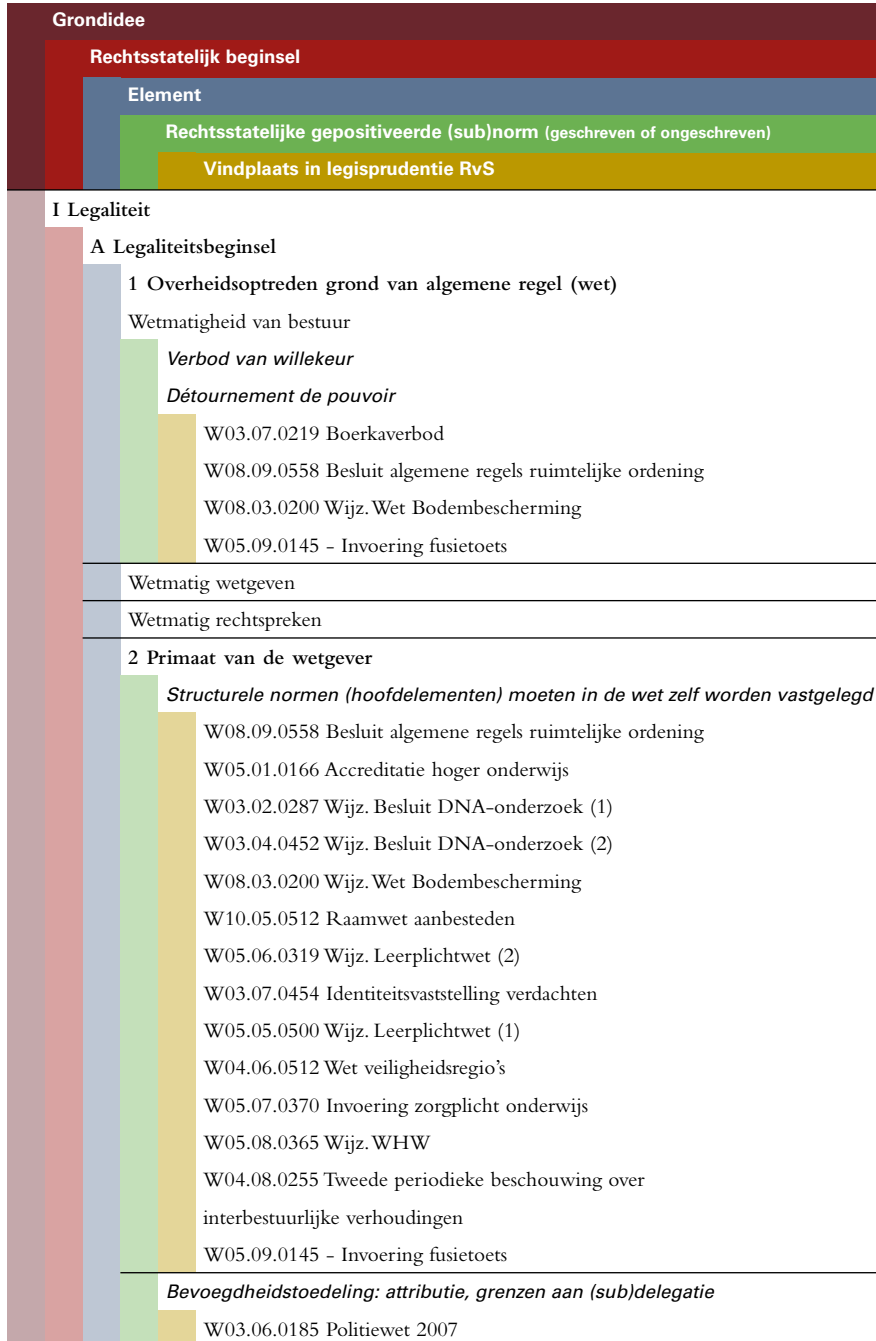
Het onderzoek zoals dat ten behoeve van dit project is uitgevoerd, is naar zijn aard beperkt en in zekere zin ook nog niet af (zo dat ooit al zou kunnen). Gezien de beperkingen die het tijdpad en de middelen stelden, en het bewerkelijke karakter van het soort kwalitatieve analyse dat moest worden gemaakt, is het onderzoek beperkt gebleven tot een relatief klein aantal adviezen en uitspraken. Het onderzoek werd in oktober 2010 voorlopig afgesloten en naar verwachting zal de Raad van State de uitkomsten kunnen gebruiken voor de systematisering en - mogelijk - verdere afstemming van legisprudentie en jurisprudentie. Het onderzoek is in dit opzicht een eerste stap. Verrijkt met meer adviezen en uitspraken zullen zowel de inzichten in de toepassing van rechtsstatelijke noties en beginselen kunnen toenemen, als de taxonomieën kunnen worden verfijnd en vertakt. Dat is in de eerste plaats nuttig voor de praktijk van advisering en rechtspraak van de Raad van State. Daarnaast ligt hierin wellicht meerwaarde voor de verdieping van het wetenschappelijke inzicht in de wijze waarop rechtsstatelijke waarden en beginselen in de rechtspleging en advisering worden toegepast en - bij die toepassing - worden geconcretiseerd. Vandaar ook dat kan worden gehoopt dat een vruchtbaar public-public-partnership dat heeft geleid tot dit onderzoeksrapport, ook na afronding van dit project kan worden voortgezet. Daar hebben wetenschappelijke instelling en Raad beide nut van.



Bijlagen

Bijlage 1

Taxonomie van rechtsstatelijke begrippen in de legisprudentie van de Raad van State



	W04.04.0280	Introductie gekozen burgemeester
	W03.02.0287	Wijz. Besluit DNA-onderzoek (1)
	W08.03.0200	Wijz. Wet Bodembescherming
	W05.05.0500	Wijz. Leerplichtwet (1)
	W04.06.0512	Wet veiligheidsregio's
		<i>Vaststelling algemeen verbindende voorschriften vereist democratische controle</i>
	W04.03.0194	- Wet raadplegend referendum Europese Grondwet
		<i>Grondwet stelt eis wettelijke grondslag</i>
	W05.05.0500	Wijz. Leerplichtwet (1)
	W03.06.0191	Strafbaarstelling negationisme
	W13.08.0210	Opvoedingsondersteuning door burgemeesters
		3 Begrensdde bevoegdheidstoedeling
		<i>Grenzen aan (sub)delegatie, i.c. verbod van subdelegatie</i>
	W05.01.0166	Accreditatie hoger onderwijs
		<i>Verbod terugwerkende kracht strafrechtelijke bestrafing</i>
	W03.02.0128	Incidentele identiteitscontroles
		4 Gelijkheid voor de wet
		<i>Gelijkheidsbeginsel</i>
	W04.04.0576	Bijz. maatregelen grootstedelijke problematiek
	W05.06.0319	Wijz. Leerplichtwet (2)
	W04.05.0207	Eerste periodieke beschouwing over interbestuurlijke verhoudingen
	W03.07.0219	Boerkaverbod
	W03.09.0473	Afschaffing verbod godslastering
	W05.08.0365	Wijz. WHW
	W08.09.0306	Bewoning recreatiewoningen
		5 Rechtszekerheid
		<i>Kenbaarheid wetgeving</i>
		Toegankelijkheid
		Duidelijkheid
	W05.01.0166	Accreditatie hoger Onderwijs
	W10.05.0512	Raamwet aanbesteden
	W04.06.0512	Wet veiligheidsregio's
	W03.09.0090	DNA-onderzoek
	W03.02.0128	Incidentele identiteitscontroles
	W04.09.0438	Revitalisering generiek toezicht
	W08.09.0558	Besluit algemene regels ruimtelijke ordening
	W03.06.0185	Politiewet 2007
	W05.05.0580	WHOO
	W05.08.0365	Wijz. WHW
	W05.09.0145	Invoering fusietoets

		W08.09.0306 Bewoning recreatiewoningen
		<i>Beginsel van lex certa</i>
		W08.04.0004 Vergunning op maat
		W03.09.0163 Wijz. WvS (verruiming mogelijkheden voordeelsontneming)
		W03.06.0156 Terugzending Antilliaanse jongeren
		W05.06.0319 Wijz. Leerplichtwet (2)
	B	Instelling ambten & creatie overheidsbevoegdheid (constituerende functie)
	1	Constitutionaliteit (binding constitutionele regels)
		<i>Voorgescreven grondwetswijziging (art. 137 Gw)</i>
		W04.00.0603 Dualisering gemeentebestuur
		W04.03.0194 Wet raadplegend referendum Europese Grondwet
		W03.04.0090 Wet OM-afdoening W04.08.0443 Cessieovereenkomst politieke ambtsdragers
	2	Scheiding kerk en staat¹
		W03.08.0028 Verbod gezichtsbedekkende kleding
		W11.08.0398 Bedwelming ritueel slachten
		W03.09.0473 Afschaffing verbod godslastering
	3	Geweldsmonopolie overheid
		W03.06.0185 Politiewet 2007
	4	(Door)werking EU recht
		<i>Principle of effectiveness (EU)</i>
		W10.05.0512 Raamwet aanbesteden
		W04.05.0207 Eerste periodieke beschouwing over interbestuurlijke verhoudingen
		W04.08.0593 Enkele feit constructie in de Awgb
	5	Doorwerking van internationaal recht
		W04.03.0194 Wet raadplegend referendum Europese Grondwet
	II	Machtenspreiding (horizontaal)
	A	Checks and balances
		(Verdeling van taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden over verschillende overheids machten: wetgever, bestuur en rechter)
	1	Bevoegdheid
		Bestuur
		Wetgever
		Rechter
		<i>Onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak²</i>
		W03.02.0473 Invoering minimumstraffen (1)
		W03.06.0349 Invoering minimumstraffen (2)
		W03.04.0090 Wet OM-afdoening
		W03.05.0306 Wet extern klachtrecht r.o.

¹ Ook opgenomen onder VIII als grondidee van de rechtsstaat.

² Zie nader onder grondidee van onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak onder V.

	<i>Straftoemettingsvrijheid</i>
	<i>Vrijheid om feiten en strafmaat vast te stellen</i> ³
	W03.09.0164 Opleggen taakstraf
	W03.02.0473 Invoering minimumstraffen (1)
	<i>Wetmatigheid van rechtspraak</i>
	W03.09.0164 Opleggen taakstraf
	W03.02.0473 Invoering minimumstraffen (2)
	2 Verantwoording
	<i>Ministeriële verantwoordelijkheid (art. 42, 44 en 68 Gw)</i>
	W04.99.0392 Begroting BZK 2000
	W01.00.0347 Begroting AZ 2001
	W05.01.0166 Accrediatie hoger onderwijs
	W07.09.0103 Gegevensverstrekking F-16
	W08.09.0558 Besluit algemene regels ruimtelijke ordening
	W03.06.0185 Politiewet 2007
	<i>Vertrouwensregel</i> ⁴
	W04.99.0392 Begroting BZK 2000
	W07.09.0103 Gegevensverstrekking F-16
	<i>Parlementaire controle</i> ⁵
	W04.99.0392 Begroting BZK 2000 (1)
	W08.09.0558 Besluit algemene regels ruimtelijke ordening
	W01.00.0347 Begroting AZ 2001
	<i>Onschendbaarheid van de Koning</i>
	W01.00.0347 Begroting AZ 2001
	<i>(Strafrechtelijke en civielrechtelijke) aansprakelijkheid minister</i>
	W04.99.0392 Begroting BZK 2000
	<i>Informatieplichten (art. 68 Gw)</i>
	W04.03.0329 Instelling onderzoeksraad voor veiligheid
	W07.09.0103 Gegevensverstrekking F-16
	W08.04.0004 Vergunning op maat
	<i>Openbaarheid van bestuur (toegang tot overheidsinformatie)</i> ⁶
	W04.00.0603 Dualisering gemeentebestuur
	W07.09.0103 Gegevensverstrekking F-16
	W04.03.0329 Instelling onderzoeksraad voor veiligheid
	3 (Democratische) controle
	<i>Scheiding wetgevende macht-bestuur</i>
	W04.04.0499 Wijz. Kiesstelsel Tweede Kamer

³ Zie ook onder onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak (V.A.2).

⁴ Zie ook onder democratie (VI.A.3).

⁵ Zie ook onder (democratische) controle (II.A.3).

⁶ Zie ook onder democratie (VI.A.4).

	Parlementaire controle⁷
	W04.99.0392 Begroting BZK 2000 (2)
	Primaat bij de volksvertegenwoordiging
	W03.04.0345 Amendement Dubbelboer en Mastwijk
	Budgetrecht (105 Gw)
	W03.04.0345 Amendement Dubbelboer en Mastwijk
	Onafhankelijkheid Kamerleden van partij (art. 63 en 67 Gw)
	W04.08.0443 Cessieovereenkomst politieke ambtsdragers
	Plicht tot raadplegen adviescolleges
	W03.09.0163 Wijz. WvS (verruiming mogelijkheden voordeelsontneming)
III	Machtenspreiding (verticaal)
A	Decentralisatie
	(Verdeling van taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden tussen centrale overheid en decentrale overheidsorganen)
1	Lokale autonomie
	Diversiteit/pluriformiteit
	Artikel 124 Gw
	W04.00.0603 Dualisering gemeentebestuur
	W04.05.0207 Eerste periodieke beschouwing over interbestuurlijke verhoudingen
	W04.06.0507 Gehandicaptenparkeerkaart
	W04.08.0255 Tweede periodieke beschouwing over interbestuurlijke verhoudingen
	W08.09.0306 Bewoning recreatiewoningen
	W04.09.0438 Revitalisering generiek toezicht
	W08.09.0558 Besluit algemene regels van ruimtelijke ordening
	W13.08.0210 Opvoedingsondersteuning door burgemeesters
	W01.00.0347 Begroting AZ 2001
2	Toezicht (door hoger bestuursorgaan op uitoefening bevoegdheden door lager bestuursorgaan = <i>bestuurlijk toezicht</i>)⁸
	Toezichtbevoegdheid
	W05.05.0580 WHOO
	W04.08.0255 Tweede periodieke beschouwing over interbestuurlijke verhoudingen
	W13.08.0210 Opvoedingsondersteuning door burgemeesters
	W04.04.0576 Bijz. maatregelen grootstedelijke problematiek
	W03.02.0128 Incidentele identiteitscontroles
	W04.09.0438 Revitalisering generiek toezicht

⁷ Zie ook onder verantwoording (II.A.2).

⁸ Niet nader uitgewerkt zijn nalevingstoezicht en mededingingstoezicht – kwamen niet voor in de geanalyseerde jurisprudentie.

3 Checks & balances	
Bevoegdheid	
	<i>Machtenspreiding op decentraal niveau</i>
	W04.00.0603 Dualisering gemeentebestuur
	W08.09.0306 Bewoning recreatiewoningen
Verantwoording	
Controle	
	<i>Democratische controle (i.c. op korpsbeheerder)</i>
	W03.06.0185 Politiewet 2007
	W04.06.0512 Wet veiligheidsregio's
IV Grondrechtenbescherming	
A Fundamentele rechten	
1a Nationale grondrechten (klassiek/afweerrechten)	
	<i>Vrijheid van onderwijs</i>
	Art. 23 Gw
	W05.01.0166 Accreditatie hoger onderwijs
	W05.05.0500 Wijz. Leerplichtwet (1)
	W05.05.0580 Wet op het hoger onderwijs en onderzoek (WHOO)
	W05.07.0370 Invoering zorgplicht onderwijs
	W05.01.0690 e.v. Modernisering medezeggenschap educatie en beroepsonderwijs
	W05.09.0145 - Invoering fusietoets
	<i>Vrijheid van godsdienst</i>
	Art. 6 Gw
	W03.04.0460 Uitzonderingspositie van kerkgenootschappen
	W03.07.0219 Boerkaverbod
	W03.08.0028 Verbod gezichtsbedekkende kleding
	W11.08.0398 Bedwelming ritueel slachten
	W03.09.0473 Afschaffing verbod godslastering
	<i>Vrijheid van drukpers/meningsuiting</i>
	Art. 7 Gw
	W09.02.0192 Verbod sleepvliegtuigen
	W03.06.0191 Strafbaarstelling negationisme
	W03.09.0473 Afschaffing verbod godslastering
	<i>Recht op persoonlijke levenssfeer/bescherming persoonsgegevens</i>
	Art. 10 Gw
	W03.02.0287 Wijziging Besluit DNA-onderzoek (1)
	W03.04.0452 Wijziging Besluit DNA-onderzoek (2)
	W05.06.0319 Wijz. Leerplichtwet (2)
	W13.08.0210 Opvoedingsondersteuning door burgemeesters
	W03.09.0090 DNA-onderzoek

	<i>Habeas corpus</i>
	<i>Art. 15 Gw</i>
	W03.02.0128 Incidentele identiteitscontroles
	<i>Vrijheid van arbeidskeuze</i>
	<i>Art. 19, derde lid, Gw</i>
	W05.06.0319 Wijz. Leerplichtwet (2)
	1b Nationale grondrechten (sociaal)
	2a Internationale mensenrechten (klassiek/afweerrechten)
	<i>Vrijheid van meningsuiting</i>
	<i>Art. 10 EVRM</i>
	W09.02.0192 Verbod sleepvliegtuigen
	W03.06.0191 Strafbaarstelling negationisme
	W03.09.0473 Afschaffing verbod godslastering
	<i>Recht op privé- en familielevens</i>
	<i>Art. 8 EVRM</i>
	<i>Art. 17 IVBPR</i>
	W03.04.0452 Wijziging Besluit DNA-onderzoek (2)
	W03.06.0156 Terugzending Antilliaanse risicjongeren
	W05.06.0319 Wijz. Leerplichtwet (2)
	W03.07.0454 Identiteitsvaststelling verdachten
	W13.08.0210 Opvoedingsondersteuning door burgemeesters
	W03.09.0090 DNA-onderzoek
	<i>Vrijheid van godsdienst</i>
	<i>Art. 9 EVRM</i>
	<i>Art. 18 IVBPR</i>
	W03.04.0460 Uitzonderingspositie van kerkgenootschappen
	W03.07.0219 Boerkaverbod
	W03.08.0028 Verbod gezichtsbedekkende kleding
	W11.08.0398 Bedwelming ritueel slachten
	W03.09.0473 Afschaffing verbod godslastering
	<i>Eerlijk proces (fair trial)</i>
	<i>Art. 6 EVRM</i>
	<i>Zie onder V.C</i>
	<i>Bewegingsvrijheid</i>
	<i>Art. 2 P4 EVRM</i>
	<i>Art. 12 IVBPR</i>
	W04.04.0576 Bijzondere maatregelen grootstedelijke problematiek
	<i>Verbod van dwangarbeid</i>
	<i>Art. 4 EVRM</i>
	<i>Art. 8 IVBPR</i>
	W05.06.0319 Wijz. Leerplichtwet (2)

	Eigendomsrecht
	Art. 1 P1 EVRM
	W03.09.0163 Wijziging WvS (verruiming mogelijkheden voordeelontneming)
	2b Internationale mensenrechten (sociaal)
	3 Voorwaarden voor beperking grond- en mensenrechten
	<i>Proportionaliteit/evenredigheid/belangenafweging</i>
	W04.04.0576 Bijz. maatregelen grootstedelijke problematiek
	W03.06.0191 Strafbaarstelling negationisme
	W03.07.0219 Boerkaverbod
	W05.07.0370 Invoering zorgplicht onderwijs
	W03.07.0454 Identiteitsvaststelling verdachten
	W03.08.0028 Verbod gezichtsbedekkende kleding
	W13.08.0210 Opvoedingsondersteuning door burgemeesters
	W05.06.0319 Wijz. Leerplichtwet (2)
	W05.09.0145 Invoering fusietoets
	W04.08.0593 Enkele feit constructie in de Awgb
	W03.09.0090 DNA-onderzoek
	<i>Subsidiariteit</i>
	W05.07.0370 Invoering zorgplicht onderwijs
	W03.07.0454 Identiteitsvaststelling verdachten
	W13.08.0210 Opvoedingsondersteuning door burgemeesters
	W05.09.0145 Invoering fusietoets
	<i>Noodzakelijkheid</i>
	W03.06.0191 Strafbaarstelling negationisme
	W03.07.0219 Boerkaverbod
	W03.08.0028 Verbod gezichtsbedekkende kleding
	W13.08.0210 Opvoedingsondersteuning door burgemeesters
	W05.06.0319 Wijz. Leerplichtwet (2)
	<i>Geschiktheid</i>
	<i>'Fitness'</i>
	W03.06.0156 Terugzending Antilliaanse jongeren
	<i>Specificiteit als basis voor legitieme beperking</i>
	W11.08.0398 Bedwelming ritueel slachten
	<i>Motivering/zorgvuldige voorbereiding besluit tot inperking grondrecht</i>
	W11.08.0398 Bedwelming ritueel slachten
	W13.08.0210 Opvoedingsondersteuning door burgemeesters
	<i>Zoeken naar evenwicht tussen botsende grondrechten</i>
	W05.08.0440 Invoering canon
	W04.08.0593 Enkele feit constructie in de Awgb
	W03.09.0473 Afschaffing verbod godslastering

				Kernrechtbescherming
				W03.07.0219 Boerkaverbod
				W05.07.0370 Invoering zorgplicht onderwijs
				W03.09.0473 Afschaffing verbod godslastering
				Misbruik van recht
				W03.07.0219 Boerkaverbod
				W03.06.0191 Strafbaarstelling negationisme
				W03.06.0156 Terugzending Antilliaanse risicojongeren
				Bescherming (religieuze) minderheden
				W03.09.0473 Afschaffing verbod godslastering
				Pluriformiteit
				Pluralisme
				W05.01.0690 e.v. Modernisering medezeggenschap educatie en beroepsonderwijs
				W05.08.0440 Invoering canon
				W05.09.0145 Invoering fusietoets
				V Onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak
				A Toegang tot de rechter
				Effectieve rechtsbescherming
				1 Recht op toegang
				Art. 15 Gw
				Art. 18 Gw
				Art. 112 Gw
				W03.02.1028 Incidentele identiteitscontroles
				W03.03.0413 Wijz. van de Wet op de Rechtsbijstand
				W03.04.0090 Wet OM-afdoening
				W05.05.0580 WHOO
				W05.08.0365 Wijz. WHW
				W13.08.0210 Opvoedingsondersteuning door burgemeesters
				W03.09.0163 Wijz. WvS (verruiming mogelijkheden voordeelsontneming)
				W03.09.0164 Opleggen taakstraf
				W04.08.0255 Tweede periodieke beschouwing over interbestuurlijke verhoudingen en
				W04.09.0438 Revitalisering generiek toezicht ⁹
				W05.01.0166 Accreditatie hoger onderwijs
				W10.05.0512 Raamwet aanbesteden
				2 Garantie onafhankelijkheid rechter
				Straftoemettingsvrijheid¹⁰
				W03.04.0090 Wet OM-afdoening
				W03.05.0306 Wet extern klachtrecht r.o.

⁹ Toegang tot de rechter is geen rechtsstatelijk beginsel bij interbestuurlijke geschillen.

¹⁰ Zie ook onder machtenspreiding (II.A.1).

					3 Toetsingsbevoegdheid rechter
					<i>Full jurisdiction</i>
					W03.04.0090 Wet OM-afdoening
					W03.09.0164 - Opleggen taakstraf
					W01.06.0536 Opneming welzijn voor dieren in de Gw
					B Onpartijdige rechtspraak
					C Eerlijk proces¹¹
					<i>Fair trial</i>
					Art. 6 EVRM
					W03.03.0413 Wijz. van de Wet op de Rechtsbijstand
					W03.09.0163 Wijz. WvS (verruiming mogelijkheden voordeelsontneming)
					<i>Recht om gehoord te worden</i>
					W03.02.0128 Incidentele identiteitscontroles
					<i>Openbaarheid procedure¹²</i>
					W03.04.0090 Wet OM-afdoening
					VI Democratie (niet verder uitgewerkt, zie toelichting in tussenrapportage)
					A Democratische rechtsvorming
					1 Democratische rechten
					<i>Kiesrecht</i>
					<i>Inspraak</i>
					W04.04.0280 Introductie gekozen burgemeester
					W04.04.0499 Wijz. Kiesstelsel Tweede Kamer
					2 Instelling instituties
					<i>Betrokkenheid volksvertegenwoordiging wetgeving</i>
					W04.04.0499 Wijz. Kiesstelsel Tweede Kamer
					3 Democratische controle¹³
					<i>Verantwoordingsplicht</i>
					<i>Vertrouwensregel¹⁴</i>
					4 Transparantie
					<i>Openbaarheid van bestuur</i>
					Sociale dimensie
					Sociale grondrechten (zie grond- en mensenrechten nationaal en internationaal)
					W01.06.0536 Opneming welzijn voor dieren in de Gw
					VIII Scheiding kerk en staat¹⁵
					W03.08.0028 Verbod gezichtsbedekkende kleding
					W11.08.0398 Bedwelming ritueel slachten
					W03.09.0473 Afschaffing verbod godslastering

¹¹ Zie ook onder grondrechten (IV.A.2a).

¹² Zie ook onder machtscheiding (II.A.2).

¹³ Zie ook onder primaat van de wetgever (I.A.2) en machtscheiding (II.A.3)

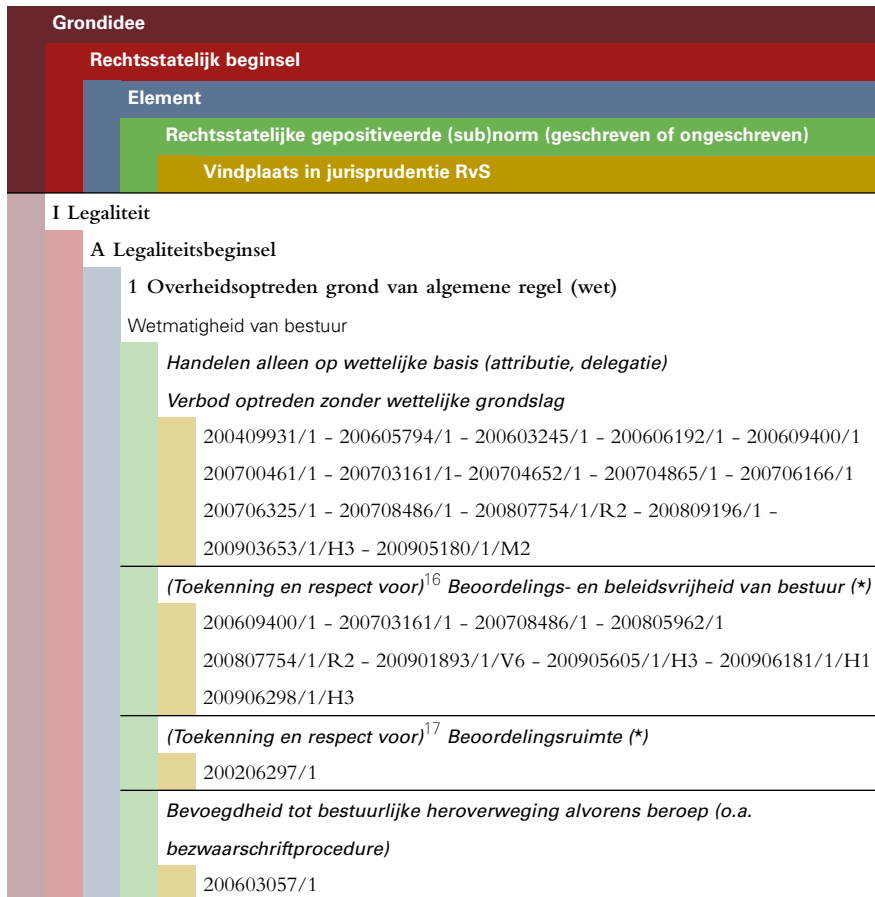
¹⁴ Zie ook onder machtspreiding (II.A.2).

¹⁵ Zie ook onder legaliteit (I.B.2).

Bijlage 2

Taxonomie van rechtsstatelijke begrippen in de jurisprudentie van de Raad van State

NB: tekens als (*) en (#) geven vermoede correlaties aan tussen rechtsstatelijke gepositieerde (sub)normen onder verschillende rechtsstatelijke beginselen



¹⁶ De wetgever kent bestuursbevoegdheid om verschillende motieven toe. (Lokale) Deskundigheid, schaal, situationele afweging en nabijheid tot de lokale democratie zijn enkele veel voorkomende motieven. Toekenning van bestuursbevoegdheid met beoordelings- of beleidsvrijheid aan het bestuur heeft ook betekenis voor de toetsingsbevoegdheid van de rechter: die dient respect te hebben voor de vrijheid en daarmee samenhangende ruimte voor het bestuur (waar die is toegekend). Dit is hier tussen haakjes tot uitdrukking gebracht. In de bijlage met de jurisprudentieanalyse hebben we deze nuancering niet steeds aangebracht omdat dat moeilijk leest. De wijze waarop de rechter toetst komt aan de orde bij II.A.1 - onderdeel rechter.

¹⁷ Zie vorige noot. Beoordelingsruimte wordt in een uitspraak onderscheiden van beoordelings- of beleidsvrijheid. In de aan de orde zijnde uitspraak wordt ingegaan op het waarom van de marginale toetsing.

	Binding aan hoger recht - geen strijd of doorkruising
	200703161/1
	Redelijke wetstoepassing
	200609224/1
	Algemene beginselen van behoorlijk bestuur¹⁸
	200600657/1 - 200603057/1 - 200605794/1 - 200606192/1 - 200606497/1 200703161/1 - 200707433/1 - 200707561/1 - 200807754/1/R2 - 200809196/1 - 200904749/1/H2 - 200905180/1/M2
	Beginselflicht tot handhaving¹⁹
	200606192/1 - 200706809/1
	Wetmatig wetgeven ²⁰
	Aanvullingsbevoegdheid decentrale besturen, tenzij hogere regeling uitputtend is bedoeld²¹
	200808846/1/H3 - 200903653/1/H3
	Wetmatig rechtspreken
	Absolute en relatieve bevoegdheid
	200609224/1
	Toetsingsbevoegdheid
	200606497/1 - 200910314/1/H3
	Beperkte rechtsvormende taak²² (*)
	200300512/1 - 200609224/1 - 200701874/1 - 200706325/1
	Verbod rechterlijke toetsing wet in formele zin (artikel 120 Gw)
	200300985/1
	Verbindendheid rechterlijke uitspraak
	200609224/1
	2 Primaat van de wetgever
	Verbod rechterlijke toetsing wet in formele zin (artikel 120 Gw)
	200300985/1
	Hiërarchie van regelgeving
	200905180/1/M2
	Normering bestuurlijk handelen door formele wetgever²³
	200608642/1 - 200703161/1

¹⁸ Ook opgenomen onder I.A.6 (beginselen van behoorlijk bestuur).

¹⁹ Ook opgenomen onder I.A.5 (rechtszekerheid).

²⁰ Hieronder wordt verstaan dat bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden de wetgever ook aan het recht gebonden is. Zie over deze kwestie o.a. F.J. van Ommeren, Het legaliteitsbeginsel in het wetgevingsbeleid, *Bestuurswetenschappen* 2009, p. 11-31.

²¹ Zie ook onder III.A.3 (machtenspreiding verticaal).

²² In verschillende van de hierna genoemde uitspraken komt tot uitdrukking dat voor substantiële vormen van rechtsvorming het primaat aan de wetgever in plaats van aan de rechter toekomt.

²³ Zie ook onder I.A.1 (wetmatigheid van bestuur).

	Binding aan doelstellingen wetgever
	200701874/1
	Conformiteit wet met algemene rechtsbeginselen (binding aan algemene rechtsbeginselen)
	200905180/1/M2
	Nullum crimen / nulla poena sine lege
	200707433/1
	Aanwijzing bevoegde rechter²⁴
	200608642/1 - 200609224/1
3	Begrensdde bevoegdheidstoedeling
	Voldoende specifieke wettelijke grondslag vereist bij toedeling bevoegdheid
	200409931/1 GELDZAKEN - 200703161/1 - 200706166/1 - 200708486/1
	Verbod détournement de pouvoir²⁵
	200600657/1
	Verbod terugwerkende kracht²⁶
	200704865/1
4	Gelijkheid voor de wet
	Gelijkheidsbeginsel - consistente wetstoepassing²⁷
	200703161/1 - 200706809/1 - 200707561/1
5	Rechtszekerheid²⁸
	Verbod terugwerkende kracht
	In strafrechtelijke zin
	Niet in strafrechtelijke zin
	200404446/1b - 200603245/1 - 200704865/1
	Vertrouwensbeginsel
	Nationaal vertrouwensbeginsel
	200600657/1 - 200802629/1 - 200807754/1/R.2 - 200904749/1/H.2
	Communautair vertrouwensbeginsel
	Kenbaarheid en duidelijkheid
	200706166/1 - 200807754/1/R.2 - 200905180/1/M.2 - 200907059/1

²⁴ In het Nederlandse stelsel wijst de wetgever de bevoegde rechter aan en is bevoegdheid, noch rechtsmacht een zaak waarover de rechter zelf kan beslissen.

²⁵ Hier opgenomen in de zin van (grenzen aan de) toedeling van bevoegdheid, zie ook onder I.A.6 (beginselen van behoorlijk bestuur)

²⁶ De Afdeling erkent in de voorbeeldzaak dat met terugwerkende kracht alsnog een wettelijke basis voor een subsidie op grond van art. 4:23 Awb kan worden gecreëerd. Het gaat hier dus om terugwerkende kracht in verband met het beginsel van begrenzing van bevoegdheidstoedeling,

²⁷ Ook opgenomen onder I.A.6 (gelijkheidsbeginsel als abbb); zie ook IV.A.1.a en 2.a (discriminatieverbod) waar het gaat om gelijkheid *door* de wet.

²⁸ Zie ook onder I.A.6 als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur. Het gaat hier om een element van de rechtsstaat, als het ware rechtszekerheid met een hoofdletter R.

	Beginsel van lex certa	200605794/1 - 200706166/1 - 200807754/1/R2 - 200901893/1/V - 200905180/1/M2 - 200907059/1
	Beginselplicht tot handhaving²⁹	200406278/1 - 200606192/1 - 200706809/1
	Verbod reformatio in peius	200703161/1
	6 Binding aan (overige) ongeschreven rechtsbeginselen - algemene beginselen van behoorlijk bestuur	
	Verbod détournement de pouvoir³⁰	200600657/1 - 200707433/1
	Zorgvuldige voorbereiding	200603057/1 - 200606497/1 - 200807754/1/R2
	Gelijkheidsbeginsel³¹	200605794/1 - 200606192/1 - 200703161/1 - 200707561/1 - 200404446/1b
	Hoorplicht	200704652/1
	Zorgvuldige belangenafweging	200807754/1/R2
	Evenredigheid	200406278/1 - 200905180/1/M2
	Deugdelijke motivering	200605794/1 - 200809196/1
	Rechtszekerheidsbeginsel³²	200603057/1 - 200807754/1/R2 - 200809196/1
	Fair play	200909287/1/H2
	Vertrouwensbeginsel (EU)³³	200909287/1/H2
	B Instelling ambten & creatie overheidsbevoegdheid (constituerende functie)	
	1 (Door)werking EU recht	
	Rechtstreekse werking	200502898/1 - 200404446/1b

²⁹ Ook opgenomen onder I.A.1 (wetmatigheid van bestuur).

³⁰ Hier opgenomen in de zin van grenzen aan de uitoefening van een bevoegdheid, zie ook onder I.A.3.

³¹ Dit beginsel vertoont als abbb sterke overlap met het vereiste van consistentie (legaliteit - gelijkheid voor de wet - zie I.A.4) en het communautaire gelijkheidsbeginsel (zie I.B.1). De gegeven voorbeelden uit de jurisprudentie zijn dan ook gelijk. Het gelijkheidsbeginsel als grondrecht gaat eerder over gelijkheid *door* de wet (zie IV.A.1a).

³² Zie ook onder I.A.5 waar rechtszekerheid als element van de rechtsstaat is opgenomen.

³³ Zie ook onder I.B.1.

	Vorrang EU-recht	200404446/1b - 200502898/1
	Bevoegdheidsgrondslag in EU-recht	200502898/1
	Effectiviteit van het EU-recht	200502898/1
	EU-beginselen	
	Gemeenschapstrouw	200909287/1/H2
	Vertrouwensbeginsel ³⁴	200909287/1/H2
	Gelijkheidsbeginsel	200404446/1b
	2 (Door)werking van internationaal recht	
	Rechtstreekse werking een ieder verbindende bepalingen	
	Artikel 93 Gw	200300512/1 - 200609224/1
	Vorrang een ieder verbindende bepalingen	
	Artikel 94 Gw	200300512/1 - 200300985/1 - 200609224/1
	Verdragsconforme interpretatie	200102849/1 - 200703206/1 - 200703524/1
	Interstatelijk vertrouwensbeginsel	200905828/1/V3
	Immunitet handelingen internationale organisaties	200903769/1/H3
	II Machtenspreiding (horizontaal)	
	A Checks and balances	
	(Verdeling van taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden over verschillende overheids machten: wetgever, bestuur en rechter)	
	1 Bevoegdheid	
	Bestuur	
	Beoordelings- of beleidsvrijheid (*)	200707561/1 - 200805962/1
	Beoordelingsruimte	200206297/1
	Wetgever	
	Primaat (rechtsvormende taak) (#)	200300512/1 - 200607567/1 - 200609224/1 - 200701874/1 - 200706325/1

³⁴ Zie ook onder I.A.5 (rechtszekerheid) en I.A.6 (algemene beginselen van behoorlijk bestuur).

		Recht op amendement	
			200607567/1
		Rechter	
		Wetmatigheid van rechtspraak - (toetsingsbevoegdheid)	
			200803052/1 - 200807754/1/R2 - 200905380/1/V1 - 200907059/1 - 200910314/1/H3
		Terughoudende / marginale rechterlijke toetsing van bestuurlijk handelen in geval van beleids-/beoordelingsvrijheid - redelijkheidstoets (*)	
			200102849/1 - 200201747/1 - 200206297/1 - 200304766/1 - 200308659/1 - 200707433/1 - 200901893/1/V6 - 200906298/1/H3
		Terughoudende / marginale toetsing in verband met beoordelingsruimte (*)	
			200206297/1
		Terughoudende / marginale rechterlijke toetsing wetgevende afweging - redelijkheidstoets (#)	
			200304766/1 - 200404446/1b - 200607567/1 - 200905180/1/M2
		Volle toets bij mogelijke aantasting fundamentele (kern)rechten en bij evenredigheid van sancties	
			200901893/1/V6 - 200805962/1
		2 Verantwoording	
		Ministeriële verantwoordingsverplichting	
			200206297/1 - 200603057/1 - 200608642/1
		Strafrechtelijke immuniteit bestuurders	
			200901893/1/V6
		Onschendbaarheid Koning	
		Artikel 42 Grondwet	
			200608642
		Informatieplichten	
			200500067/1 - 200603057/1
		Openbaarheid van bestuur (toegang tot overheidsinformatie)	
			200608642/1 - 200903769/1/H3 - 200906298/1/H3
		3 (Democratische) controle	
		Parlementaire controle	
			200603057/1
		III Machtenspreiding (verticaal)	
		A Decentralisatie	
		(Verdeling van taken, bevoegdheden en verantwoordelijkheden tussen centrale overheid en decentrale overheids-organen)	
		1 Lokale autonomie	
		Diversiteit/pluriformiteit	
		Decentralisatie als uitgangspunt - staatsrechtelijk subsidiariteitsbeginsel³⁵	
			200609400/1 - 200706325/1 - 200809196/1 - 200603057

³⁵ Neergelegd in o.a. art. 124 Gw; in de voorbeelden wordt art. 124 Gw niet uitdrukkelijk genoemd.

		Lokale democratie
		Inspraak
		200609400/1
	2 Toezicht (door hoger bestuursorgaan op uitoefening bevoegdheden door lager bestuursorgaan = <i>bestuurlijk toezicht</i>) ³⁶	
		Toezichtbevoegdheid
		Artikel 132, vierde lid Gw
		200809196/1 - 200807754/1/R2
	3 Checks & balances	
		Bevoegdheid
		Machtenspreiding op decentraal niveau
		200807754/1/R2
		Aanvullingsbevoegdheid decentrale besturen, tenzij hogere regeling uitputtend is bedoeld ³⁷
		200808846/1/H3 - 200903653/1/H3
	IV Grondrechtenbescherming	
	A Fundamentele rechten	
	1a Nationale grondrechten (klassiek)	
		Gelijke behandeling - discriminatieverbod ³⁸
		Artikel 1 Gw
		200201196/1 - 200603057/1
		Kiesrecht ³⁹
		Actief
		200300512/1 - 200404446/1b - 200607567/1 - 200609224/1
		Passief
		200300512/1 - 200404446/1b - 200609224/1
		Vrijheid van godsdienst en levensovertuiging
		Artikel 6 Gw
		200609224/1 - 200906181/1/H1
		Petitierecht
		Artikel 5 Gw
		200603057/1

³⁶ Niet nader uitgewerkt is het onderscheid tussen nalevingstoezicht en mededingingstoezicht.

Dat onderscheid kwam eigenlijk niet aan de orde in de geanalyseerde jurisprudentie.

³⁷ Zie ook onder I.A.1 (wetmatigheid van wetgeving).

³⁸ Het gaat hier primair om gelijkheid *door* de wet. Zie voor gelijkheid *voor* de wet het beginsel van gelijkheid voor de wet/consistentie (I.A.4) en het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur (I.A.6). Zie voor het internationale gelijkheidsbeginsel IV.A.2a.

³⁹ De Grondwet wordt in de voorbeelden niet uitdrukkelijk genoemd, maar wel impliciet, onder meer door vermelding van de Kieswet.

	<i>Vrijheid van meningsuiting</i>
	<i>Vrijheid van drukpers</i>
	200609224/1
	Artikel 7 Gw
	200906181/1/H1
	<i>Vrijheid van vereniging</i> ⁴⁰
	200609224/1
	<i>Recht op persoonlijke levenssfeer / bescherming persoonsgegevens</i> ⁴¹
	200706325/1
	<i>Schadeloosstelling bij onteigening (recht op eigendom),</i>
	<i>Artikel 14 Gw</i>
	200600657/1
	<i>Habeas corpus</i>
	<i>Artikel 15 Gw</i>
	<i>Vrijheid van arbeidskeuze</i>
	<i>Artikel 19 lid 3 Gw</i>
	200102849/1
	200603367/1
	<i>Vrijheid van onderwijs</i>
	<i>Artikel 23 Gw</i>
	200707561/1
	1b Nationale grondrechten (sociaal)
	<i>Zorg voor het milieu</i>
	<i>Artikel 21 Gw</i>
	200304766/1
	2a Internationale mensenrechten (klassiek)
	<i>Menselijke waardigheid</i>
	200904749/H2
	<i>Verbod op foltering onmenselijke / vernederende behandeling</i>
	<i>Artikel 3 EVRM</i>
	<i>Artikel 1 (a) Vluchtelingenverdrag</i>
	200308659/1 - 200706166/1 - 200905828/1/V3
	<i>Persoonlijke autonomie</i>
	200904749/H2
	<i>Verbod dwangarbeid</i>
	<i>Artikel 4 EVRM</i>
	200102849/1

⁴⁰ Het grondwettelijke art. 8 wordt in de jurisprudentie niet genoemd. Dat laat ruimte voor interpretatie.

In wezen kan zowel het grondwettelijk beschermde verenigingsrecht worden bedoeld als het verdragsrechtelijk beschermde recht. Dit gebruik van het niet noemen van de specifieke bepaling komt meer voor in de jurisprudentie van de Afdeling.

⁴¹ Art. 10 Gw wordt niet uitdrukkelijk genoemd, wel de Wet bescherming persoonsgegevens.

	Fair trial (eerlijk proces)⁴²
	Toegang tot rechter
	Artikel 6 EVRM
	200206297/1 - 200502898/1 - 200704652/1 - 200708486/1 - 200903769/1/H3 - 200910235/1/H3
	Recht op rechtsbijstand
	Artikel 6 EVRM
	200903949/1/H2
	Redelijke termijn
	Artikel 6 EVRM
	200102849/1 - 200603057/1 - 200604900/1 - 200703206/1 - 200704652/1 - 200802629/1 - 200901893/1/V - 200905380/1/V1 - 200909287/1/H2 - 200910235/1/H3
	Verbod Ne bis in idem
	Artikel 6 EVRM
	200701874/1
	Equality of arms
	Hoor en wederhoor
	Artikel 6 EVRM
	200603057/1 - 200604900/1 - 200606497/1 - 200707433/1 - 200910235/1/H3 - 200910235/1/H3
	Inzage stukken
	Artikel 6 EVRM
	200707433/1
	Recht op ondervragen van getuigen
	200606497/1
	Openbaarheid uitspraak
	200905380/1/V1 - 200910235/1/H3
	Onschuldpresumptie
	Artikel 6, tweede lid, EVRM
	200707433/1
	Ambtshalve aanvulling rechtsgronden
	200802629/1
	Recht op privé- en familielevens
	Eerbiediging persoonlijke levenssfeer
	Artikel 8 EVRM
	Artikel 17 IVBPR
	200102849/1 - 200807754/1/R2 - 200809182/1/V2 - 200903949/1/H2 - 200904749/1/H2 - 200905605/1/H3 - 200907059/1

⁴² Zie ook onder V.A.1 (onafhankelijke rechterlijke macht - toegang tot de rechter).

	Gelijkheid/discriminatieverbod⁴³
	Gelijkheidsbeginsel/discriminatieverbod Artikel 14 EVRM
	Artikel 26 IVBPR
	200607567/1 - 200706325/1 - 200904749/1/H2 - 200910235/1/H3
	Verbod discriminatie op grond van geslacht
	Artikel 7 IVDV (Vrouwenverdrag)
	200609224/1
	Vrijheid van vereniging/negatieve vrijheid van vereniging
	Artikel 11 EVRM
	200609224/1 - 200703524/1
	Toegang tot lidmaatschap politieke partijen
	Artikel 7 IVDV
	200609224/1
	Vrijheid van godsdienst
	Artikel 9 EVRM
	Artikel 18 IVBPR
	200102849/1 - 200406278/1 - 200609224/1 - 200706809/1 - 200906181/1/H1
	Vrijheid van meningsuiting
	Artikel 10 EVRM
	200200561/1 - 200609224/1 - 200906181/1/H1
	Verbod van dwangarbeid
	Artikel 4 EVRM
	Artikel 8 IVBPR
	200102849/1
	Eigendomsrecht
	Artikel 1 P1 EVRM
	Artikel 17 EU-Hv
	200600657/1 - 200807754/1/R2
	Kiesrecht
	Artikel 1 Eerste Protocol EVRM
	Artikel 25 IVBPR
	Artikel 7 IVDV
	200300512/1 - 200607567/1 - 200609224/1
	Non-refoulement
	200905828/1/V3
	Openbaarheid van bestuur
	200903769/1/H3

⁴³ Het gaat hier - zoals eerder opgemerkt - primair om gelijkheid *door* de wet. Zie voor gelijkheid *voor* de wet het beginsel van gelijkheid voor de wet/consistentie (I.A.4) en het gelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur (I.A.6). Zie voor het nationale gelijkheidsbeginsel IV.A.1a.

	2b Internationale mensenrechten (sociaal)
	<i>Vrijheid van onderwijs</i>
	<i>Artikel 2 EP EVRM</i>
	<i>Artikel 13 IVESCR</i>
	200102849/1 - 200707561/1
	3 Positieve verplichtingen
	<i>Artikel 1 EVRM</i>
	200308659/1 - 200807754/1/R2 - 200705442/2 - 200707561/1 - 200904749/1/H2
	4 Beperking grond- en mensenrechten
	<i>Legitieme doelstelling</i>
	200200561/1 - 200603367/1 - 200706325/1 - 200905605/1/H3 - 200906181/1/H1
	<i>Objectieve en redelijke rechtvaardiging</i>
	200904749/1/H2
	<i>Proportionaliteit / evenredigheid / belangenafweging</i>
	200703524/1 - 200706325/1 - 200706809/1 - 200807754/1/R2
	Fair balance
	200809182/1/V2
	Zoeken naar evenwicht tussen botsende grondrechten
	200609224/1
	Kenbare belangenafweging
	200807754/1/R2 - 200809182/1/V2
	Zeer zwaarwegende redenen voor beperking democratische rechten
	200609224/1
	Overtuigende en dwingende redenen van beperking vereist (strikte toetsing)
	200703524/1 - 200706325/1
	<i>Redelijkheid</i>
	Redelijkheid zowel in abstracto als in concreto vereist
	200300512/1
	<i>Noodzakelijkheid</i>
	Noodzakelijkheidsvereiste
	200200561/1 - 200600657/1 - 200603367/1 - 200703524/1 - 200706809/1 - 200906181/1/H1
	<i>Subsidiariteit</i>
	200706325/1
	<i>Geschiktheid</i>
	<i>'Fitness'</i>
	200603367/1 - 200706325/1

	<i>Kernrechtbescherming</i>
	Definitie kern bepaalt reikwijdte grondrecht (bijv. 'minimum level of severity')
	200603367/1 - 200905828/1/V3
	Beperkingsbegrenzing: beperking mag de kern van het grondrecht niet aantasten / uitoefening grondrecht volledig onmogelijk maken
	200200561/1 - 200406278/1 - 200603367/1 - 200609224/1 - 200706809/1 - 200904749/1/H2 - 200906181/1/H1
	Alternatieve mogelijkheden voor uitoefening grondrecht / eigen verantwoordelijkheid voor uitoefening grondrecht
	200406278/1 - 200809182/1/V2
	<i>Motivering / zorgvuldige voorbereiding besluit tot inperking grondrecht</i>
	200200561/1 - 200906181/1/H1
	<i>Misbruik van recht</i>
	200707433/1
	<i>Bescherming (religieuze) minderheden</i>
	200609224/1
	<i>Pluriformiteit</i>
	<i>Pluralisme</i>
	200609224/1
	<i>Immunitieit als toegelaten beperking op uitoefening grondrechten</i>
	200903769/1/H3
	<i>Bescherming grondrechten niet voor overheden</i>
	200905380/1/V1
V	Onafhankelijke rechterlijke macht
A	Toegang tot de rechter
1	Recht op toegang⁴⁴
	<i>Recht op toegang</i>
	<i>Artikel 6 EVRM</i>
	200704652/1 - 200809196/1 - 200900631/1/H2
	<i>Beperkingen (bijv. grondenfuik-nova)</i>
	200703524/1 - 200706166/1 - 200803052/1 - 200909287/1/H2 - 200910235/1/H3
	<i>Voorprocedure (bezwaarschriftprocedure)</i>
	200603057/1

⁴⁴ Zie ook onder IV.A.2a (internationale mensenrechten, recht op eerlijk proces).

	2 Garantie onafhankelijkheid rechter
	<i>Verbod functioneel verband bestuurlijke en rechterlijke functies</i>
	200705442/2 - 200608642/1
	3 Toetsingsbevoegdheid rechter
	<i>Full jurisdiction</i>
	200901893/1/V6 ⁴⁵
	4 Effectieve rechtsbescherming
	<i>Effectieve rechtsbescherming</i>
	<i>Artikelen 6 en 13 EVRM</i>
	<i>Artikel 47 EU-Hv</i>
	200600657/1
	<i>Noodzaak begrenzing toegang tot de rechter vanwege goede procesorde</i>
	200803052/1
	<i>Finale geschillenbeslechting door de rechter</i>
	200705442/2 - 200803052/1
	<i>Res judicata</i>
	<i>Alleen hernieuwde beoordeling bij nova</i>
	200803052/1
	B Onpartijdige en onafhankelijke rechtspraak
	Onpartijdige en onafhankelijke rechter
	<i>Algemeen</i>
	200608642/1
	<i>Mogelijkheid tot wraking</i>
	200705442/2 OVERIGE

⁴⁵ In verband met de volle toetsing van de evenredigheid van sancties, alhoewel art. 6 EVRM en full jurisdiction niet uitdrukkelijk worden genoemd.

	C Eerlijk proces
	<i>Fair trial (eerlijk proces)</i>
	Artikel 6 EVRM
	Zie onder IV.A.2a
	<i>Redelijke termijn</i>
	Artikel 6 EVRM
	Zie onder IV.A.2a
	<i>Equality of arms</i>
	Zie onder IV.A.2a
	<i>Recht op ondervragen van getuigen</i>
	Zie onder IV.A.2a
	<i>Openbaarheid procedure</i>
	Zie onder IV.A.2a±
	V Democratie⁴⁶
	VI Sociale dimensie
	Sociale grondrechten (zie grond- en mensenrechten nationaal en internationaal)
	Zie sociale grond- en mensenrechten
	VII Rechtszekerheid
	200704652/1 - 200905380/1/V1 - 200909287/1/H

⁴⁶ De grondidee van *democratie* is voor de jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak niet nader geanalyseerd; zie ter toelichting Hoofdstuk 3, paragraaf 2.

Bijlage 3

Nederlandse opvattingen over rechtsstaat als grondidee, rechtsstatelijke beginselen en gepositieerde rechtsstatelijke beginselen

Prof. dr. W.J.M. (Wim) Voermans en mr. dr. M.L. (Michiel) van Emmerik

Ten behoeve van het opstellen van een analyseschema voor het gebruik van de rechtstaatnotie in het Nederlandse staatsrecht, is het werk van een aantal Nederlandse auteurs doorgelopen en is aan de hand daarvan bekeken of en hoe die het idee van de rechtsstaat positioneren en welke elementen zij daarin onderscheiden, welke fundamentele beginselen daarmee in verband worden gebracht, en welke positiefrechtelijke normen. Verder is - voor zover mogelijk in deze fase - bekeken ook gezien welke functie die beginselen en gepositieerde normen toekomt bij de rechtsvorming.

Schrijvers/boeken die in dit Nederlandse gedeelte zijn meegenomen

- a Wetenschappelijke raad voor het regeringbeleid (WRR-rapport), *De Toekomst van de nationale rechtsstaat*. WRR: Den Haag 2002
- b C.W. van der Pot/A.M. Donner, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, bewerkt door D.J. Elzinga, R. de Lange en H.G. Hoogers, vijftiende druk. Deventer: Kluwer 2006
- c A.D. Belinfante, J.L. de Reede en bewerkers, *Beginselen van het Nederlandse staatsrecht*, zestiende druk, Deventer: Kluwer 2008
- d Th. Bellekom e.a., *Compendium van het staatsrecht*, tiende druk, Deventer: Kluwer 2007
- e M.C. Burkens e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, zesde druk, Deventer: Kluwer 2006
- f C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, zesde druk, Deventer: Kluwer 2008

De keuze is voor deze auteurs gemaakt, nu het hier gaat om de belangrijkste en meest gezaghebbende staatsrechtelijke handboeken. Het WRR-rapport bevat een belangrijke en overkoepelende studie vanuit het perspectief van de nationale rechtsstaat.

a WRR-rapport (2002)

Rechtsstatelijke elementen

Het WRR-rapport komt tot verkenning van de met de idee van de rechtsstaat verbonden elementen door een eigen literatuuranalyse. Daarmee kan worden gezegd dat het rapport wel de meest omvattende analyse vormt van de laatste jaren. Het rapport stelt – aan de hand van de literatuur – vast dat de idee van de rechtsstaat vanaf de jaren '80 van de 20ste eeuw aan belang heeft gewonnen. In Nederland bestaat, stelt het rapport vast, betrekkelijk grote overeenstemming over de kern van de idee van de klassieke liberale rechtsstaatgedachte, een model waaraan in het Nederlandse staatsrecht uitdrukking is gegeven, een model dat staatsrecht verklaart, en tevens de rechtsvorming binnen die staatsrechtelijke kaders normeert. Dat idee kent vier elementen – pijlers zo men wil – te weten:

- het legaliteitsbeginsel,
- machtsverdeling,
- een onafhankelijke rechterlijke macht,⁴⁷ en
- grondrechten.

Minder overeenstemming bestaat er – volgens het rapport – over de elementen democratie en sociale grondrechten. De WRR stelt vast dat veel schrijvers het begrip democratie van rechtsstaat scheiden. De Raad wijst er op dat schrijvers als Burkens c.a. (2006) wel een nauwe relatie tussen democratie en rechtsstaat zien. Voor sommigen, zoals Scheltema (1989), maar ook de hierna nog te bespreken Kortmann (2008) gaat die relatie zelfs zover dat zij democratie als een van de centrale principes van het moderne rechtsstaatsbegrip zien. De begrippen zijn bij hen als het ware gefuseerd. Een aantal schrijvers (o.a. Burkens c.a. 2006) ziet ook een nauwe band met de sociale dimensie. Rechtsstaten zijn tegenwoordig gevat in sociale verzorgingsstaten, waaraan het rechtsstaat begrip ook instrumenteel is. Verschillende auteurs noemen die sociale dimensie (in het bijzonder de sociale grondrechten), zonder die uitdrukkelijk als pijler van de rechtsstaat te noemen. Een uitdrukkelijke uitzondering is Kortmann (2008) die sociale grondrechten niet beschouwt als onderdeel van de rechtsstaat en die zelfs van oordeel is dat zij door het daarmee gepaard gaande overheidsoptreden een bedreiging voor de (klassieke) rechtsstaat kunnen vormen (p. 403–404).

⁴⁷ Een uitzondering vormt W. Witteveen, *De geordende wereld van het recht*, Amsterdam: Amsterdam University 1996, die rechterlijke controle niet als afzonderlijke pijler van de rechtsstaat onderscheidt.

Fundamentele beginselen

Het legaliteitsbeginsel wordt in het WRR-rapport zowel als een element van het rechtsstaatsbegrip gezien als een rechtsbeginsel (p. 44). Dat is in het huidige tijdgewricht minder het geval bij het element van machtsverdeling. Waar in de 19de eeuw er nog wel duidelijke demarcaties tussen de verschillende overheids-machten waren (met bijvoorbeeld exclusieve taken voor de wetgever en vormen van 'opperbestuur' voor de Koning). Er is volgens de Raad eerder sprake van een vergroeiing van bestuur en wetgever. Beginselen en normen verbonden met machtsevenwicht worden door het WRR-rapport in de hoofdstukken 2 en 7 (met name paragraaf 7.1) verbonden met het vraagstuk van de plaats van de rechterlijke macht in de rechtsstaat.

De eis van een onafhankelijke rechterlijke macht is, net als het legaliteitsbeginsel, volgens de WRR zowel element van de rechtsstaat als een belangrijk rechtsbeginsel. Het rapport beschrijft de ontwikkeling van de werking van dit beginsel - grotendeels in de sleutel gezet van het recht op toegang tot een onafhankelijke rechter - vooral aan de hand van de ontwikkeling van het beroep op de bestuursrechter. Een ontwikkeling die loopt vanaf het arrest *Guldmond-Noordwijkerhout* (1905), de wetten BAB en Arob, via het *Bentham*-arrest (1985) tot aan de inwerkingtreding van de Algemene wet bestuursrecht in 1994. Werkelijke beginselwerking wordt er - lezen we het goed - door het rapport niet aan toegekend. Het beginsel van een onafhankelijke rechterlijke macht krijgt in de moderne verhoudingen eerst zijn beslag via de normen van het gepositieerde recht. De Raad bespreekt het preconstitutionele karakter van mensenrechten en dicht de gedachte van grondrechten, als element van een rechtsstaat, in wezen rechtsbeginsel karakter toe. Voorbeelden daarvan geeft het rapport niet. Evenmin gaat het rapport in op de vraag welke rechtswerking het element democratie, dan wel de sociale dimensie (door een aantal van de door de WRR besproken schrijvers als element van de rechtsstaat genoemd) concreet op het niveau van beginsel of gepositieerde norm toekomt.

Gepositieerde normen

Als voorbeelden van positivering van het legaliteitsbeginsel wordt in het WRR-rapport verwezen naar de jurisprudentielijn (lopend van het Meerenberg-arrest uit 1879 tot aan Fluoriderings-arrest uit 1973). Ook wordt gewezen op artikel 4:23 Algemene wet bestuursrecht, als een soort eindpunt op een lijn van ontwikkeling van het legaliteitsbeginsel. De norm die artikel 89 van de Grondwet - als uitdrukking van legaliteit - aanlegt voor vaststellen van regeringswetgeving, wordt impliciet besproken (p. 44).

Het element van de machtsverdeling kent volgens de Raad geen duidelijke - zelfstandige - verankering in het positieve recht. Het gaat - in de ogen van WRR - onder invloed van de vergroeiing van bestuur en wetgever grotendeels op in normen die verband houden met de eis van bestuur op wettelijke basis enerzijds en de eis van een onafhankelijke rechterlijke macht.

Positivering van het element onafhankelijkheid van de rechterlijke macht ziet de WRR gelegen in een veelvoud van normen, o.a. artikel 11 van de Wet algemeene bepalingen (p. 180), bepalingen uit procesrechtelijke wetten, bepalingen uit internationale verdragen (art. 6 EVRM). Die positiveringen worden niet verder uitgesplitst. Dit heeft ook te maken met het karakter van het rapport.

Ter illustratie van de wijze waarop het rechtsstatelijke element grondrechten is gepositiveerd wijst de WRR op de klassieke en sociale grondrechten opgenomen in de artikelen 1 tot en met 23 van de Nederlandse Grondwet en de catalogi van het EVRM en andere mensenrechtelijke verdragen.

b Van der Pot/Donner (2006)

Rechtsstatelijke elementen

In de laatste druk van het Handboek van het Nederlandse staatsrecht (Van der Pot/Donner 2006) worden in het moderne rechtsstaatsbegrip - dat in de loop van de negentiende eeuw vast vorm heeft gekregen - de volgende elementen onderscheiden:

- dat er een Grondwet moet zijn,
- die de scheiding van machten verzekert,
- in het bijzonder een onafhankelijke rechterlijke macht,
- en de grondrechten van de burger waarborgt,
- en dat betrekkingen binnen de staat onderworpen zijn aan een gezamenlijk vastgestelde regel (o.a. heerschappij van het recht en wetmatigheid van bestuur) (p. 176).

Al lijken de auteurs van Van der Pot/Donner tot een wat andere indeling te komen dan andere schrijvers, bestaat er in wezen geen materieel verschil inzicht in het onderscheid van rechtsstatelijke elementen ten opzichte van andere schrijvers. Ook het WRR-rapport (2002) wijst daarop (p. 43). Het element democratie wordt door de auteurs als een apart element behandeld, evenals de sociale dimensie.

Rechtsstatelijke beginselen

Het element van wetmatigheid van bestuur wordt door de schrijvers van Van der Pot gezien als element en als rechtsbeginsel. De rechtsbeginselwerking wordt behandeld aan de hand van de wijze waarop de Nederlandse rechter in de rechtspraak het legaliteitsbeginsel toepast. Dat legaliteitsbeginsel kent in de ogen van de schrijvers achter Van der Pot/Donner tegenwoordig zowel een rechtsstatelijke als democratische achtergrond, nu algemeen verbindende voorschriften meestal direct of indirect (mede) worden vastgesteld door direct gekozen volksvertegenwoordiging (p. 651).

Het element van de scheiding der machten wordt door Van der Pot niet (meer) zozeer als eigenstandig rechtsbeginsel in het Nederlandse bestel gezien, maar wel als element dat via een systeem van checks and balances terecht is gekomen in het gepositieerde recht. Het vertrouwensbeginsel wordt niet als een uit het machtenscheidingprincipe afgeleid rechtsbeginsel gezien maar als een gepositieerde regel, die weliswaar ongeschreven is.

Van der Pot/Donner en bewerkers gaan om het vraagstuk van de rechtsbeginselwerking van mensenrechten heen door een ruim begrip van grondrechten te hanteren. Onder het begrip grondrechten worden zowel prepositieve als gepositieerde fundamentele rechten verstaan (p. 256). Daarnaast wordt er met enige nadruk op gewezen dat de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens geen verdrag is, noch een volkenrechtelijk besluit dat de aangesloten lidstaten bindt (p. 265).

Gepositieerde normen

Via het stelsel van checks en balances in de Grondwet, dat gestalte krijgt door de toedeling van de taken en bevoegdheden van de wetgever, bestuur en de onafhankelijk rechter (hoofdstukken 3 tot en met 7 van de Grondwet) is in Nederland vorm gegeven aan de machtenscheiding. Dat is een complex van normen die in het Handboek van Van der Pot op tal van plaatsen aan de orde komt. Concreet wordt gewezen op parlementaire controlerechten zoals het budgetrecht, recht van interpellatie en het recht van enquête, medezeggenschap bij benoemingen van voornamelijk ambtsdragers, o.a. leden van hoogste rechterlijke colleges (zie de artikelen 30, eerste lid, 37, tweede lid, 77, eerste lid, 78a, tweede lid, en 118, eerste lid van de Nederlandse Grondwet). Daarnaast wordt gewezen op het vertrouwensbeginsel. Ook de verdeling van taken en bevoegdheden tussen centrale en decentrale overheid wordt gezien als een manifestatie van machtenscheiding.

Voor de wijze waarop het rechtsstatelijke element grondrechten is gepositieerd verwijzen de auteurs van Van der Pot naar de grondrechten verankerd in de Nederlandse Grondwet, met name naar de catalogus van de artikelen 1 tot en

met 23. Tevens wordt verwezen naar mensenrechtenverdragen zoals het EVRM en andere verdragen.

c Belinfante/De Reede (2009)

Rechtsstatelijke elementen

Belinfante/De Reede (2009) gebruiken een wat andere opzet bij het onderscheiden van de rechtsstatelijke elementen. Hier vinden we niet de kenmerkende vierslag, maar twee grondregels.

Zij onderscheiden twee grondregels voor een democratisch staatsbestel. Het gaat hier om beginselen die – hoe essentieel ook – toch niet op alle terreinen in rechtsregels zijn neergelegd:

- 1 geen bevoegdheid zonder grondslag in wet of Grondwet (p. 9), en
- 2 niemand kan een bevoegdheid uitoefenen zonder verantwoording schuldig te zijn of zonder dat op die uitoefening controle bestaat (p. 12).

De eerste grondregel behelst het legaliteitsbeginsel, terwijl uit de twee grondregel onder meer de rechtsstatelijke elementen van machtenspreiding en rechterlijke controle vallen te destilleren

Rechtsstatelijke beginselen

Belinfante/De Reede zien het vereiste van een (grond)wettelijke bevoegdheidsgrondslag als belangrijk beginsel van de rechtsstaat. Dit geldt ook voor het systeem van *checks and balances*. Dit systeem van machtsverdeling tussen de verschillende organen krijgt zowel vorm op het centrale overheidsniveau als door toedeling van taken aan decentrale organen (p. 8). Verder manifesteert dit systeem van *checks and balances* zich door allerlei verantwoordings- en controlemechanismen, zoals de politieke verantwoordingsplicht van bestuurlijke organen ten opzichte van vertegenwoordigende lichamen, ambtelijke ondergeschiktheid, bestuurlijk toezicht, strafrechtelijke verantwoordelijkheid van gezagdragers en rechterlijke controle (p. 8). Belinfante/De Reede gaan niet uitdrukkelijk in op het preconstitutionele karakter van fundamentele rechten. Wel postuleren zij het in artikel 1 Grondwet beschermde gelijkheidsbeginsel uitdrukkelijk als kardinaal beginsel van de democratische rechtsstaat (p. 301).

Gepositieerde normen

Het beginsel van legaliteit wordt in de visie van Belinfante/De Reede op diverse manieren in gepositieerde normen neergelegd. Zij noemen onder meer artikel

89, tweede lid, van de Grondwet, dat een uitdrukkelijke formeelwettelijke basis eist voor algemene maatregelen van bestuur met voorschriften door straffen te handhaven (en op grond van het vierde lid is deze eis ook van toepassing op andere vanwege het Rijk vastgestelde algemeen verbindende voorschriften). Daarnaast wijzen zij onder meer op artikel 113, derde lid, van de Grondwet dat bepaalt dat een vrijheidsstraf alleen door de rechterlijke macht kan worden opgelegd. Zij noemen verder onder meer de verschillende grondwettelijke controlemiddelen, die het parlement – en dan met name de Tweede Kamer – naast de ongeschreven vertrouwensregel tot zijn beschikking heeft. Net als de andere auteurs wijzen zij op de uitgebreide grondwettelijke en verdragsrechtelijke grondrechtencatalogi.

d Bellekom e.a. (2007)

Rechtsstatelijke elementen

Bellekom e.a. (2007) onderscheiden in de basisidee van de rechtsstaat – waaronder in de nuchtere bewoordingen van het boek wordt voldaan indien een statelijke organisatie aan bepaalde eisen (verder *kenmerken* geheten, zie p. 15 van het boek) voldoet – een viertal eisen:

- legaliteitsbeginsel,
- machtsverdeling,
- een onafhankelijke rechterlijke macht, en
- grondrechten.

Democratie wordt niet als afzonderlijk dan wel nadrukkelijk geïncorporeerd element genoemd, zij het dat de auteurs constateren dat het democratische element wel in het rechtsstaatsbegrip wordt ingelezen als aan de eis van legaliteit (wettelijke basis) wordt toegevoegd, dat de wetgeving die de basis biedt afkomstig dient te zijn van een democratisch gelegitimeerde wetgever. In dit boek wordt dan ook verder gesproken van een democratische rechtsstaat (p. 14).

Rechtsstatelijke beginselen

Bellekom e.a. (p. 15 en 16) signaleren in de meest recente versie van Koopmans' Compendium een ontwikkeling in het recht om de kwaliteit van het recht (de rechtsstatelijkheid van het recht) in toenemende mate te beschrijven en normeren aan de hand van algemene rechtsbeginselen. Ze baseren zich daarbij op Scheltema. Scheltema onderscheidt in dit verband vier beginselen waarop de democratische rechtsstaat is gebaseerd: het rechtszekerheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel, het

democratiebeginsel en het beginsel van de dienende overheid. Uit deze basisbeginselen leidt Scheltema vervolgens een reeks andere eisen af, zoals legaliteit, grondrechten, een onafhankelijke rechter, machtenscheiding, kiesrecht, etc.⁴⁸ Bellekom e.a. geven er voor het meten van de rechtsstatelijke kwaliteit echter de voorkeur aan om aan te sluiten bij op de ‘rule of law’ gebaseerde, meer materiële beginselen, zoals:

- individuele vrijheid,
- rechtszekerheid,
- verbod van willekeur en van misbruik,
- gelijkheidsbeginsel, en
- rechtsbescherming.

Deze vijf beginselen zijn materiëler van aard dan de genoemde vier eisen van de rechtsstaat en kunnen dan ook beter als toetsingsmaatstaf dienen. Anders dan Scheltema noemen zij als belangrijk beginsel de (bescherming van de) individuele vrijheid.⁴⁹ Beschrijving van de rechtsstaat in termen van beginselen is waardevol, aangezien het duidelijk maakt dat er sprake is van een permanente afweging tussen soms conflicterende belangen en waarden.

Fundamentele rechtsbeginselen worden in Bellekom e.a. in één adem genoemd met de grondrechten (p. 32). Zij zijn vaak lastig te scheiden, zoals het grondwettelijke en verdragsrechtelijke gegarandeerde gelijkheidsbeginsel bijvoorbeeld laat zien (p. 34).

Gepositieerde normen

Als gepositieerde uitdrukking van het legaliteitsbeginsel wijzen zij op het al eerder genoemde artikel 89 van de Grondwet. Bellekom e.a. geven wel aan dat het een onvolmaakte codificatie van de legaliteitseis betreft, nu er nog steeds een mogelijkheid bestaat van zelfstandige algemene maatregelen van bestuur (p. 18-19). Zij leggen ook een nauw verband tussen de legaliteitseis en grondrechtencodificaties, zowel in de Grondwet als in bijvoorbeeld het EVRM. Het gaat dan in het bijzonder om de vraag welk orgaan gerechtigd is beperkingen aan de uitoefening van grondrechten te stellen.

⁴⁸ M. Scheltema, ‘De rechtsstaat’, in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle 1989, p. 11-25.

⁴⁹ Zie ook reeds de kritiek van J. van der Hoeven op de bijdrage van Scheltema in de in de vorige noot genoemde bundel (op p. 3), die (bescherming van) vrijheid als fundamenteel beginsel van de rechtsstaat ziet.

Voor een uitdrukking van de eis van legaliteit op decentrale niveau noemen zij bijvoorbeeld artikel 149 Gemeentewet (algemene bevoegdheid voor de gemeenteraad om verordeningen vast te stellen), dan wel een specifiekere grondslag, zoals artikel 8, eerste lid van de Woningwet ('De gemeenteraad stelt een bouwverordening vast').

Onder het kopje machtsverdeling wijzen zij naast territoriale decentralisatie ook uitdrukkelijk op de functionele decentralisatie, zoals die in artikel 134 van de Grondwet mogelijk wordt gemaakt.

De rechtspositionele onafhankelijkheid van de rechterlijke macht is met name terug te vinden in artikel 117 van de Grondwet (onder meer benoeming voor het leven, regeling rechtspositie bij de wet). De functionele onafhankelijkheid van de rechterlijke macht staat niet met zoveel woorden in de Grondwet (p. 298). Als uitdrukking van codificatie van grondrechten noemen deze auteurs de Grondwet, de mensenrechtenverdragen en het toen nog niet bindende Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

e Burkens e.a. (2006)

Rechtsstatelijke elementen

Burkens e.a. (2006) onderscheiden op klassieke wijze vier elementen in het begrip rechtsstaat, namelijk:

- legaliteitsbeginsel,
- machtsverdeling,
- een onafhankelijke rechterlijke macht, en
- grondrechten.

Rechtsstatelijke beginselen

Burkens e.a. signaleren steeds meer vervlechting tussen deze rechtsstatelijke eisen en democratische principes (p. 48-49). Hierbij valt te denken aan nauwe samenhang tussen legaliteit en democratie, door (mede)betrokkenheid van de volksvertegenwoordiging bij de totstandkoming van wetten en het gegeven dat machtsverdeling (waaronder ministeriële verantwoordelijkheid) mede dient om de positie van het parlement te verzekeren. Tegelijkertijd signaleren zij een inherente spanning tussen rechtsstaat en democratie (p. 36).

Burkens e.a. brengen de eis van legaliteit, wetmatigheid van bestuur uitdrukkelijk in verband met de eisen van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid (p. 43).

Zij besteden uitgebreid aandacht aan de ontwikkeling dat het legaliteitsbeginsel op steeds meer overheidsoptreden toepasselijk is geworden, dus niet alleen in de klassieke zin van overheidsmaatregelen die inbreuk maken op vrijheid en eigendom van burgers. De eis van legaliteit brengen zij vanuit historisch perspectief (de strijd tussen de Koning en het parlement in de 19e eeuw, uitmondend in het Meerenberg-arrest van 1879) in nauw verband met het beginsel van machtsverdeling. Voor de modernere context wijzen zij naast de verdeling van macht op rijksniveau (horizontale verdeling) ook uitdrukkelijk op de bevoegdheden op decentraal niveau (verticale verdeling).

Burkens e.a. noemen, onder meer onder verwijzing naar Locke, het preconstitutie karakter van grondrechten. Het gaat om fundamentele rechten die de mens van nature, los van het staatsverband, toekomen (p. 119). Zij wijzen erop dat, hoewel formeel-juridisch gezien grondrechten uit onze Grondwet zouden kunnen worden geschrapt dan wel mensenrechtenverdragen zouden kunnen worden opgezegd, wij thans kunnen vertrouwen op de algemene rechtsovertuiging dat dit niet zou mogen omdat het de rechtsstaat in het hart zou treffen (p. 123)

Gepositieerde normen

Het beginsel van legaliteit is vaak in samenhang met andere elementen van de rechtsstaat gecodificeerd. Zo bepaalt artikel 81 van de Grondwet dat wetten worden vastgesteld door de regering en Staten-Generaal gezamenlijk en kennen de artikelen 112 e.v. Grondwet de rechtsprekende bevoegdheid aan de rechterlijke macht toe. Ook Burkens e.a. noemen artikel 89 van de Grondwet en verder wijzen zij onder meer op artikel 5:4 van de Algemene wet bestuursrecht, dat een wettelijke grondslag eist voor alle bestuurlijke sancties (dus zowel voor bestraffende als voor herstelsancties).

Verder wijzen ook zij op diverse in de Grondwet opgenomen parlementaire controlemiddelen van met name de Tweede Kamer, afgezien nog van de ongeschreven vertrouwensregel. Voor de fundamentele rechten wordt gewezen op uitgebreide grondrechtencatalogi in de Grondwet, mensenrechtenverdragen en de Europese Unie.

f Kortmann (2008)

Rechtsstatelijke elementen

Kortmann onderscheidt zes basiselementen in het rechtsstaatsbegrip (p. 51 e.v.):

- legaliteitsbeginsel,
- voorafgaande algemene regel (geen terugwerkende kracht voor belastende voorschriften),
- algemene regel van ander ambt (machtsverdeling),
- democratie,
- onafhankelijke rechter, en
- grondrechten.

De sociale grondrechten zondert hij hier uitdrukkelijk uit, zij kunnen zelfs een bedreiging voor de (klassieke) rechtsstaat vormen (p. 403/404). Kortmann geeft aan dat de verschillende basiselementen op gespannen voet met elkaar kunnen komen te staan. Zo kunnen de legaliteitseis en grondrechten zich verzetten tegen volledige toepassing van democratische principes bij de besluitvorming.

Rechtsstatelijke beginselen

Het beginsel van legaliteit wordt door Kortmann in verband gebracht met de eisen van voorspelbaarheid, stabiliteit, rechtszekerheid en rechtsgelijkheid. Kortmann legt een uitdrukkelijke link tussen de eis van legaliteit en het element van democratie, de wetgeving moet (mede) tot stand worden gebracht door een democratisch gekozen volksvertegenwoordiging. De verdeling van bevoegdheden over onderscheiden ambten (belangrijk facet van het zogenaamde constitutiona- lisme) vormt voor Kortmann een wezenlijk uitgangspunt voor de rechtsstaats- conceptie. Dit geldt ook voor het gelijkheidsbeginsel, zoals onder meer vervat in artikel 1 van de Grondwet, dat nauw samenhangt met de eis dat de overheid alleen tegen burgers kan optreden op basis van een algemene regel (p. 407). Kortmann kiest voor een behandeling van het positief constitutioneel recht en daarmee van een formele grondrechtenomschrijving. Er is derhalve is zijn benadering geen ruimte voor de preconstitutionele basis van fundamentele rechten.

Gepositieerde normen

Kortmann merkt op dat het legaliteitsbeginsel niet is opgenomen in het geschreven constitutionele recht. Wel bevat de Grondwet een aantal aanknopingspunten voor de gehele of gedeeltelijke gelding ervan in de Nederlandse rechtsorde. In de eerste plaats wijst hij op het in artikel 1 van de Grondwet opgenomen gebod tot gelijke behandeling. Dit gebod eist dat er algemene regels bestaan die bepalen welke gevallen gelijk en welke ongelijk zijn. Kortmann wijst verder onder meer op de bepalingen inzake grondrechten, waarbij een inbreuk daarop een (formeel)- wettelijke basis behoeft.

Als belangrijke uitwerking van het element democratie noemt Kortmann naast verkiezingen ook de openbaarheid van bestuur (zie artikel 110 Grondwet en de Wet openbaarheid van bestuur) en de openbaarheid van vergaderingen van vertegenwoordigende lichamen (artikelen 66 en 125 Grondwet).

De onafhankelijkheid van de rechter wordt in het Nederlandse staatsrecht niet uitdrukkelijk vastgelegd, maar er zijn wel sporen van te zien, bijvoorbeeld in artikel 117 van de grondwet dat de benoeming voor het leven garandeert. De grondrechten zijn gepositieerd in de Grondwet en mensenrechtenverdragen, zoals het EVRM en het IVBPR.

Bijlage 4

Rechtsstaat en Rule of Law in EU-verband

Mr. dr. H.-M.Th.D. (Hans-Martien) ten Napel

Vooraf

Deze analyse van de betekenis van de notitie van de *rule of law* in EU-verband neemt een recent Jean Monnet Working Paper van Laurent Pech als vertrekpunt.⁵⁰ De aldus verkregen informatie is vervolgens aangevuld door middel van een ‘quick scan’ van een aantal nationale en internationale publicaties op het gebied van het Europese recht en de rechtsstaat (zie de literatuurlijst). Pech wijst erop dat het EG-verdrag aanvankelijk geen expliciete verwijzing bevatte naar de *rule of law*. In 1986 refereerde het Hof van Justitie voor het eerst aan het begrip. Vanaf 1992 maakte het zijn entree in de respectieve verdragen. Hieruit volgt min of meer vanzelf de indeling van dit rapport: wat het Hof heeft gezegd over de *rule of law* (par. 1), wat er in de verdragen over is te vinden (par. 2), hoe een en ander te duiden valt volgens Pech (par. 3), de implicaties voor het beginselenschema (par. 4) en de aanvullingen vanuit de literatuur (par. 5). Aan het eind van het rapport wordt een poging tot synthese ondernomen van eerdere schema’s die zijn opgesteld aan de hand van het werk van Pech (P), Von Bogdandy (VB) en Esteban (E).

1 Het Hof van Justitie

In zijn klassieke arrest *Les Verts v. European Parliament* (1986) bestempelde het Hof de EG als ‘a Community based on the rule of law’: ‘It must first be emphasized in this regard that the European Economic Community is a Community based on the rule of law, inasmuch as neither its Member States nor its institutions can avoid a review of the question whether the measures adopted by them are in conformity with the basic constitutional charter, the Treaty.’⁵¹

⁵⁰ Laurent Pech, ‘The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union’, Jean Monnet Working Paper 04/09, www.JeanMonnetProgram.org. Vgl. ook diens nadien verschenen ‘“A Union Founded on the Rule of Law”: Meaning and Reality of the Rule of Law as a Constitutional Principle of EU Law’, *European Constitutional Law Review* 2010, 359-396

⁵¹ Case 294/83 *Les Verts v. European Parliament* [1986] E.C.R. 1339, para. 23. Overigens had het Hof ook in 1979 al eens verwezen naar ‘the principle of the rule of law within the Community context’ (Case 101/78 *Granaria* [1979] E.C.R. 623, para. 5).

Sindsdien is het Hof het EG-Verdrag blijven beschouwen als het constitutionele document van een organisatie gebaseerd op de *rule of law*. In *Kadi et al. t. Raad en Commissie* (2008) rekende het Hof de *rule of law* zelfs tot een nieuwe categorie supra-constitutioneel recht, toen het stelde dat de artikelen 307 en 297 EG-Verdrag ‘cannot (...) be understood to authorise any derogation from the principles of liberty, democracy and respect for human rights and fundamental freedoms enshrined in Article 6 (1) TEU as a foundation of the Union’. Volgens het Hof ‘[a]rticle 307 EC may in no circumstances permit any challenge to the principles that form part of the very foundations of the Community legal order, one of which is the protection of fundamental rights, including the review by the Community judicature of the lawfulness of Community measures as regards their consistency with those fundamental rights’.⁵²

Er valt iets te zeggen voor de stelling dat de *rule of law* inherent is aan het huidige artikel 19, eerste lid, VEU (‘Het Hof van Justitie van de Europese Unie omvat het Hof van Justitie, het Gerecht en gespecialiseerde rechtbanken. Het verzekert de eerbiediging van het recht bij de uitlegging en toepassing van de Verdragen’).⁵³ Het Hof legt echter nergens precies uit wat de oorsprong en betekenis van het begrip *rule of law* is in EU-verband. Zoveel is duidelijk, dat het er reeds vanaf het begin meer onder vatte dan het individuele recht op een doeltreffende voorziening in rechte (zoals thans vervat in artikel 47 van het Handvest grondrechten van de Europese Unie). Desondanks vatte het de *rule of law* aanvankelijk overwegend procedureel op: ‘the Court of Justice’s initial understanding of the notion of “Community based on the rule of law” can be described as legalistic and procedural as it is closely related to the traditional and interrelated legal principles of legality, judicial protection and judicial review, principles which are inherent to all modern and democratic legal systems’.⁵⁴

⁵² Joined Cases C-402/05 P en C-415/05 P *Kadi et al. v. Council and Commission* [2008] E.C.R. 6351, paras. 303, 304. In para. 281 had het Hof eerst de frase uit *Les Verts v. European Parliament* herhaald. Zie Nikolaos Lavranos, ‘Revisiting Article 307 EC. The Untouchable Core of Fundamental European Constitutional Law Values and Principles’, in: Filippo Fontanelli, Giuseppe Martinico & Paolo Carrozza, *Shaping Rule of Law Through Dialogue. International and Supranational Experiences* (Groningen: Europa Law Publishing, 2010) 119- 146, aldaar 127-128.

⁵³ Voorheen artikel 220 EG-Verdrag.

⁵⁴ Pech, ‘The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union’, p. 16.

2 De verdragen

Tot een verankering van de *rule of law* in de verdragen kwam het na het einde van de Koude Oorlog in 1989. Eerst waren de verwijzingen tamelijk *symbolisch* van aard. Zo bevestigden de verdragspartijen in de preambule bij het Verdrag van Maastricht (1992) ‘hun gehechtheid aan de beginselen van vrijheid, democratie en eerbiediging van de mensenrechten en de fundamentele vrijheden en van de rechtsstaat’. Ook in artikel 11 van dit verdrag en artikel 177, tweede lid, EG-Verdrag kwam de term voor in de context van respectievelijk het gemeenschappelijk buitenlands en veiligheidsbeleid en de ontwikkelings samenwerking. In 1997 kwam er een betekenisvollere verwijzing in artikel 6, eerste lid, VEU, zoals gewijzigd door het Verdrag van Amsterdam: ‘De Unie is gegrondvest op de beginselen van vrijheid, democratie, eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, en van de rechtsstaat, welke beginselen de lidstaten gemeen hebben.’ Naar artikel 6, eerste lid, werd terugverwezen in de artikelen 7 betreffende schending van de grondbeginselen door lidstaten van de EU en 49 betreffende toetreding tot de Unie door nieuwe staten (dit laatste in gedeeltelijke navolging van de door de Europese Raad in 1993 vastgestelde Kopenhagen-criteria). Sinds het Verdrag van Nice (2001) voorzagt artikel 7 tevens in de mogelijkheid van preventieve maatregelen.

Met het Verdrag van Lissabon is de term ‘beginselen’ gedeeltelijk vervangen door ‘waarden’. Aan de preambule van het VEU is als tweede overweging toegevoegd: ‘GEÏNSPIREERD door de culturele, religieuze en humanistische tradities van Europa, die ten grondslag liggen aan de ontwikkeling van de universele waarden van de onschendbare en onvervreembare rechten van de mens en van vrijheid, democratie, gelijkheid en de rechtsstaat’. Twee overwegingen later heet het: ‘BEVESTIGEND hun gehechtheid aan de beginselen van vrijheid, democratie en eerbiediging van de mensenrechten en de fundamentele vrijheden en van de rechtsstaat.’ Het eerste deel van artikel 2 VEU luidt vervolgens: ‘De waarden waarop de Unie berust, zijn eerbied voor de menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, de rechtsstaat en eerbiediging van de mensenrechten, waaronder de rechten van personen die tot minderheden behoren.’ In artikel 21, over het internationaal optreden van de Unie, is weer sprake van beginselen: ‘Het internationaal optreden van de Unie berust en is gericht op de wereldwijde verspreiding van de beginselen die aan de oprichting, de ontwikkeling en de uitbreiding van de Unie ten grondslag liggen: de democratie, de rechtsstaat, de universaliteit en de ondeelbaarheid van de mensenrechten en de fundamentele vrijheden, de eerbiediging van de menselijke waardigheid, de beginselen van gelijkheid en solidariteit en de naleving van de beginselen van het Handvest van de Verenigde Naties en het internationaal recht.’ Hetzelfde geldt voor de

preambule van het Handvest grondrechten van de EU: 'Zich bewust van haar geestelijke en morele erfgoed vestigt de Unie haar grondslag op de ondeelbare en universele waarden van menselijke waardigheid en van vrijheid, gelijkheid en solidariteit; zij berust op het beginsel van de democratie en het beginsel van de rechtsstaat.'⁵⁵

3 Duiding

Volgens Pech valt de *rule of law* in EU-verband allereerst te beschouwen als 'foundational principle'.⁵⁶ Artikel 2 VEU zegt immers dat de Unie 'berust' op o.m. de waarde van de rechtsstaat. Deze waarde moet echter uitdrukkelijk worden beschouwd 'as sharing a consubstantial, one may say organic, link' met de overige in artikel 2 VEU genoemde waarden.⁵⁷ Dit maakt het volgens Pech lastig de *rule of law* in EU-verband te beoordelen aan de hand van het bekende onderscheid tussen een formele en een materiële benadering. De EU laat in dit opzicht een gemengd model zien. Door de waarde van de rechtsstaat te onderscheiden van andere funderende waarden als democratie en fundamentele rechten, suggereert artikel 2 VEU weliswaar een beperkt en overwegend formeel rechtsstaatsbegrip. Het Verdrag als geheel maakt echter duidelijk dat de in artikel 2 genoemde waarden 'are interdependent and must be construed in light of each other. The EU is founded on all of them simultaneously and violation of any of them should necessarily mean that the others cannot be satisfactorily complied with.'⁵⁸ Dit correspondeert met de jurisprudentie van het Hof, die een evolutie laat zien in de richting van een meer omvattend en materieel begrip van de *rule of law* (waarover hieronder meer).

Ten tweede valt de *rule of law* volgens Pech te beschouwen als 'an Umbrella Principle with Formal and Substantive Components'.⁵⁹ Zoals gezien concentreerde het Hof zich aanvankelijk op meer formele/procedurele beginselen, 'the most important of which are the principle of judicial review and the right to an effective remedy, the principle of legal certainty, the principle of legitimate expectations and the principle of proportionality'.⁶⁰ In 2002 legde het Hof

⁵⁵ Volgens Pech, daarbij verwijzend naar de nog te bespreken studie van Esteban (zie met name p. 41 daarvan), is het in de praktijk niet nodig veel betekenis toe te kennen aan het verschil tussen deze begrippen.

⁵⁶ Ibidem, p. 49.

⁵⁷ Ibidem, p. 52.

⁵⁸ Ibidem.

⁵⁹ Ibidem, p. 53.

⁶⁰ Ibidem, p. 54.

echter een direct verband met de algemene rechtsbeginselen waaronder fundamentele rechten: 'The European Community is, however, a community based on the rule of law in which its institutions are subject to judicial review of the compatibility of their acts with the Treaty and with the general principles of law which include fundamental rights. Individuals are therefore entitled to effective judicial protection of the rights they derive from the Community legal order.'⁶¹ In het reeds genoemde arrest *Kadi et al. t. Raad en Commissie* (2008) stelde het Hof in dit verband dat 'the review by the Court of the validity of any Community measure in the light of fundamental rights must be considered to be the expression, in a Community based on the rule of law, of a constitutional guarantee stemming from the EC Treaty as an autonomous legal system'.⁶² Overigens is dit in lijn met het VEU, dat in het huidige artikel 6, derde lid, bepaalt: 'De grondrechten, zoals zij worden gewaarborgd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, maken als algemene beginselen deel uit van het recht van de Unie.' Ondanks deze ontwikkeling in de jurisprudentie van het Hof in de richting van een meer materieel en daarmee veeleisend rechtsstaatsbegrip, heeft het Hof - volgens Pech in tegenstelling tot het Europese Hof voor de Rechten van de Mens - het begrip (nog?) niet in verband gebracht met het democratiebeginsel waarop de EU eveneens is gebouwd.⁶³ Wel is het zo dat democratische overwegingen de uitleg van het principe van de *rule of law* bijvoorbeeld in *Les Verts* impliciet hebben beïnvloed (toekenning van een beroepsrecht aan het Parlement). Ten derde valt de *rule of law* volgens Pech tot op zekere hoogte te zien als 'a Rule of Law'.⁶⁴ Tot op zekere hoogte, want het Hof ziet de *rule of law* als zodanig niet als een rechtsregel die direct kan worden ingeroepen voor een rechter. Dit mede in verband met het feit dat de notie in artikel 263 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (voorheen artikel 230 EG-Verdrag) niet wordt genoemd als een van de toetsingscriteria voor de wettigheid van handelingen van de Europese instellingen: 'Te dien einde is het Hof bevoegd uitspraak te doen inzake elk door een lidstaat, het Europees Parlement, de Raad of de Commissie ingesteld beroep wegens onbevoegdheid, schending van wezenlijke vormvoorschriften, schending van de Verdragen of van enige uitvoeringsregeling daarvan,

⁶¹ Case C-50/00 P *UPA* [2002] E.C.R. I-6677, paras. 38-39.

⁶² Joined Cases C-402/05 P en C-415/05 P *Kadi et al. v. Council and Commission* [2008] E.C.R. 6351, para. 316.

⁶³ Pech, 'The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union', p. 57.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 58.

dan wel wegens misbruik van bevoegdheid.' Dit verklaart waarom het beginsel slechts in een verwaarloosbaar klein aantal gevallen direct van invloed is geweest op de uitkomst van zaken voor de EU-gerechten. Wel heeft het Hof een jurisprudentie ontwikkeld terzake van de eerdergenoemde algemene rechtsbeginselen, die het tot het primaire Gemeenschapsrecht rekent en wel als toetsingsgronden hanteert voor de wettigheid van handelingen van de Europese instellingen (doordat ze worden ingelezen in artikel 263 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, met name in de passage 'of van enige uitvoeringsregeling daarvan'). Oorspronkelijk werden deze beginselen ontleend aan het recht van de lidstaten en niet in verband gebracht met het rechtsstaatsbeginsel. Na *Les Verts* is het Hof op dit punt niet veel explicieter te werk gegaan. Niettemin kan worden volgehouden dat deze beginselen een min of meer rechtstreeks uitvloeisel zijn van de *rule of law*. Het Gerecht van Eerste Aanleg heeft dat tenminste eenmaal erkend toen het verwees naar 'the right to sound administration' en 'the principle of judicial review' als 'general principles that are observed in a State governed by the rule of law and are common to the constitutional traditions of the Member States'.⁶⁵

In de sfeer van het buitenlands beleid van de Unie werkt de *rule of law* niet of nauwelijks als constitutioneel beginsel. Gebruik als sanctiemiddel jegens lidstaten is bovendien vooralsnog vooral een theoretische aangelegenheid gebleven. Wel is ook uit de nieuwe formulering van artikel 7 VEU duidelijk dat de waarden een samenhang vertonen: 'Op een met redenen omkleed voorstel van eenderde van de lidstaten, het Europees Parlement of de Europese Commissie kan de Raad, na goedkeuring van het Europees Parlement, met een meerderheid van vier vijfden van zijn leden constateren dat er duidelijk gevaar bestaat voor een ernstige schending van in artikel 2, bedoelde waarden door een lidstaat' (eerste lid).

En: 'De Europese Raad kan met eenparigheid van stemmen, op voorstel van eenderde van de lidstaten of van de Europese Commissie, en na goedkeuring van het Europees Parlement, een ernstige en voortdurende schending van de in artikel 2 bedoelde waarden door een lidstaat constateren, na de lidstaat in kwestie om opmerkingen te hebben verzocht' (tweede lid).

4 Implicaties voor een analyseschema

Pech geeft nergens in zijn paper een keurige opsomming van wat precies onder de *rule of law* in EU-verband dient te worden verstaan. Dat zou ook enigszins in tegenspraak komen met de centrale stelling van zijn stuk, te weten dat deze

⁶⁵ Case T-54/99 *Max.mobil Telekommunikation* [2002] E.C.R. II-313, paras. 48 and 57. In beroep werd door het Hof niet meer aan de *rule of law* gerefereerd: C-141/02 P [2005] I-1283.

evenals in veel nationale staten primair een funderende betekenis heeft en als zodanig niet erg belijnd is.

Desondanks valt op basis van zijn stuk een vertaling te maken naar een analyse-schema. Daarbij valt allereerst op dat hij binnen de grondidee niet werkelijk verschillende elementen onderscheidt. Pech merkt alleen de *rule of law* in het algemeen aan als 'foundational principle'. Het Hof heeft dit als eerste verwoord door te spreken over 'a Community based on the rule of law'. Recentelijk heeft het Hof de *rule of law* aangemerkt als een van 'the principles that form part of the very foundations of the Community legal order'. In de verdragen wordt de *rule of law* nu eens aangemerkt als 'waarde' dan weer als 'beginsel'. Wie toch elementen zou willen onderscheiden, kan daarbij waarschijnlijk nog het beste denken aan de overige in art. 2 VEU genoemde waarden, waarmee de *rule of law* immers 'a consubstantial, one may say organic link' deelt: eerbied voor de menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, eerbiediging van de mensenrechten, waaronder de rechten van personen die tot minderheden behoren.

Onderdeel II uit het schema, rechtsstatelijke beginselen, komt nog het meest overeen met wat Pech aanduidt als 'Umbrella Principle with Formal and Substantive Components'. Vanaf het begin omvatte dit in de jurisprudentie van het Hof meer dan het recht op een doeltreffende voorziening in rechte. Niettemin kreeg *de rule of law* aanvankelijk een meer formele/procedurele invulling, omvattende de noties van 'legality, judicial protection and judicial review', of in een iets uitgewerktere opsomming: 'the principle of judicial review and the right to an effective remedy, the principle of legal certainty, the principle of legitimate expectations and the principle of proportionality'. Sinds 2002 ontwikkelt de jurisprudentie van het Hof zich in een meer materiële en omvattende richting, doordat het een direct verband legt tussen de *rule of law* en een aantal algemene rechtsbeginselen waaronder fundamentele rechten. Democratie brengt het Hof echter tot dusverre niet in verband met de *rule of law*.

Onder de noemer 'a *Rule of Law*' verwijst Pech dan tenslotte naar de algemene rechtsbeginselen die het Hof tot het primaire gemeenschapsrecht rekent en als toetsingsgronden hanteert voor de beoordeling van de wettigheid van handelingen van de Europese instellingen. Het Gerecht van Eerste Aanleg heeft daarbij specifiek verwezen naar 'the right to sound administration' en 'the principle of judicial review'. Op zichzelf lijkt deze categorie te passen in kolom III met de gepositieerde (sub)normen. De bedoelde beginselen zijn in het schema echter reeds terug te vinden in kolom II. Daarom ware kolom III beter te reserveren voor concrete verdragsartikelen, etc. waarin bepaalde algemene rechtsbeginselen (inmiddels) zijn uitgewerkt.

Rule of law in EU-verband volgens Pech (2009)

I Grondidee	II Beginsel	III Gepositieerde (sub)norm
<p><i>Rule of law</i> als ‘foundational principle’</p> <p>‘a Community based on the rule of law’ (<i>Les Verts</i>)</p> <p>Een van ‘the principles that form part of the very foundations of the Community legal order’ (<i>Kadi</i>)</p> <p>‘waarde’ (preambule VEU; art. 2 VEU)</p> <p>‘beginsel’ (preambule VEU; art. 21 VEU; preambule Handvest grondrechten)</p>	<p><i>Rule of law</i> als ‘Umbrella Principle with Formal and Substantive Components’</p> <p>Vanaf het begin meer dan recht op een doeltreffende voorziening in rechte</p> <p>Niettemin aanvankelijk een formele/procedurele invulling, omvattende de noties van ‘legality, judicial protection and judicial review’.</p> <p>Of, in een iets uitgewerktere opsomming: ‘the principle of judicial review and the right to an effective remedy, the principle of legal certainty, the principle of legitimate expectations and the principle of proportionality’</p>	<p>Algemeen:</p> <p>Art. 19, eerste lid, VEU</p> <p>Art. 47 Handvest grondrechten</p>
<p>[‘sharing a consubstantial, one may say organic link’ met de overige in art. 2 VEU genoemde waarden (eerbied voor de menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, eerbiediging van de mensenrechten, waaronder de rechten van personen die tot minderheden behoren)]</p>	<p>Sinds 2002 ontwikkeling in een meer materiële en omvattende richting, doordat een direct verband wordt gelegd tussen de <i>rule of law</i> en een aantal algemene rechtsbeginselen waaronder fundamentele rechten (<i>UPA</i>).⁶⁶ Echter niet met democratie⁶⁷</p>	<p>EVRM, Handvest Grondrechten</p>

⁶⁶ Fundamentele rechten figureren daarmee tweemaal in dit schema, in de eerste kolom evenwel tussen haken.

⁶⁷ In de eerste kolom staat democratie, zij het tussen haken, wel genoemd als een van de andere in art. 2 genoemde waarden waarmee de *rule of law* .

5 Aanvullingen vanuit de handboeken

5.1 Algemeen

Een 'quick scan' van een aantal nationale en internationale publicaties (zie de literatuurlijst) leert dat de aandacht voor het thema van deze notitie daarin niet overhoudt. In nogal wat handboeken Europees recht komt het begrip *rule of law* niet aan de orde. Omgekeerd besteden publicaties over de *rule of law* doorgaans weinig tot geen aandacht aan de Europese Unie. Ongetwijfeld houdt dit verband met het feit dat de EU geen staat (in wording) is, met alle gevolgen van dien voor een van oorsprong gezien typisch nationaalrechtelijk begrip als rechtsstaat. Niettemin is er het nodige in beweging, zoals het in deze notitie centraal gestelde paper van Pech overtuigend aantoont.

5.2 Von Bogdandy (VB)

Behalve uit het paper van Pech, valt deze ontwikkeling goed af te lezen uit het boek *Principles of European Constitutional Law* en dan met name uit de bijdrage van Armin von Bogdandy daarin.⁶⁸ Alvorens nader op dit hoofdstuk in te gaan, is het nuttig weer te geven wat in de inleiding op het boek wordt opgemerkt over het karakter ervan: 'It builds on a scholarly rather than a "black letter law" conception of European constitutional law.'⁶⁹ Met andere woorden, waar Pech vertrekt bij de jurisprudentie van het Hof van Justitie en de tekst van de verdragen, ligt in dit boek het accent op de doctrine. Weliswaar voegen de auteurs hieraan toe: 'it is not designed to be apologetic, quite the opposite. It rather takes the aspirational language of Article 6 EU seriously, and therewith the high standards of assessment accepted by the Union. In this light, the constitutional approach elucidates the achievements as well as the deficits of the present state of the Union.'⁷⁰ Dit is ongetwijfeld waar en het boek valt uit wetenschappelijk oogpunt duidelijk te verkiezen boven de talrijke handboeken Europees recht waarin geen of slechts een impliciete relatie wordt gelegd met achterliggende noties. In het bijzonder het genoemde openingshoofdstuk van Von Bogdandy bevat echter niettemin een beduidend hoger gehalte 'wishful thinking' dan het paper van Pech en lijkt daarmee uiteindelijk minder geschikt in het kader van het betreffende onderzoek.

⁶⁸ Armin von Bogdandy, 'Founding Principles', in: Armin von Bogdandy & Jürgen Bast (red.), *Principles of European Constitutional Law* (2nd Revised Edition; Oxford: Hart Publishing, 2010) 11-54.

⁶⁹ Armin von Bodandy & Jürgen Bast, 'The Constitutional Approach to EU Law - From Taming Inter-governmental Relationships to Framing Political Processes', in: Armin von Bogdandy & Jürgen Bast (red.), *Principles of European Constitutional Law* (2nd Revised Edition; Oxford: Hart Publishing, 2010) 1-7.

⁷⁰ Ibidem, pp. 2-3.

Ook dan is het de moeite waard om na te gaan wat Von Bogdandy verstaat onder ‘founding principles’, te weten ‘the principles laid down in Article 6 (1) EU as well as the other principles located in Title I EU regarding the allocation of competences, loyal co-operation and structural compatibility’.⁷¹ Enkele bladzijden later voegt hij hieraan toe: ‘Among the founding principles of Article 6 (1) EU, the rule of law principle has the greatest operative relevance for the law of the Union.’⁷² En: ‘It will be shown that the legal concepts establishing the rule of Community law find their adequate constitutional basis in the rule of law principle.’⁷³ Concreet brengt dit hem tot het navolgende, alternatieve beginselenschema:⁷⁴

Rule of law in EU-verband volgens Von Bogdandy (VB, 2010)

I Grondidee	II Rechtsstatelijk beginsel	III Gepositieerde (sub)norm
The Creation of Unity under the Rule of Law Principle	The Effectiveness Principle The Principle of Comprehensive Legal Protection (judicial review)	o.a. autonomy of Community law, direct effect, primacy, effective and uniform application by Member States’ authorities, concept of State liability under Community law
Principles of the Political Process	The Legality Principle Principles of the Order of Competences The Principle of the Free Pursuit of Interests	Negative legality (Treaty primacy) Positive legality (principle of conferral), subsidiarity, proportionality (Articles 1 (1) and 5 TEU-Lis)

⁷¹ Von Bogdandy, ‘Founding Principles’, p. 22.

⁷² Ibidem, p. 28.

⁷³ Ibidem, p. 29.

⁷⁴ Ibidem, pp. 28-54.

Principles of the Composite (Verbund) of Union and Member States	A Principle of Structural Compatibility or a Principle of Homogeneity?	'only a principle of structural compatibility should be derived from Articles 6 (1) and 7 (1) EU'
	The Principle of Loyalty and the Federal Balance	
On the Relationship between the Individual and the Union	The Principle of Equal Liberty	
	The Principle of Protection of Fundamental Rights	
	The Rule of Law Principle	
	The Principle of Democracy	
	The Solidarity Principle	

Afgezien van de reeds geconstateerde, aanzienlijke mate van 'Doctrinal Constructivism' die dit schema ademt, heeft het wat mij betreft als bezwaar dat het door nagenoeg het gehele Europese constitutionele recht onder de noemer *rule of law* te scharen, dit laatste begrip zijn onderscheidende kracht ontnemt. Met name de gedachte achter 'the effectiveness principle', doorgaans verzekerd binnen nationale staten, is voor een perspectief op de *rule of law* in EU-verband interessant en keert terug in de poging tot synthese aan het eind van deze notitie.

5.3 De algemene beginselen van gemeenschapsrecht

De voornaamste aanvulling vanuit de literatuur lijkt echter te bestaan in de concrete opsomming van de algemene rechtsbeginselen, waarvan sprake is in de tweede kolom van bovenstaand beginselenschema op basis van het paper van Pech. Hiertoe kan te rade worden gegaan bij de diverse handboeken van het Europese recht. Zo noemt Kapteyn/VerLoren van Themaat goede trouw, rechtszekerheid, zorgvuldigheid, gelijkheidsbeginselen, gewettigd vertrouwen en evenredigheidsbeginsel (inmiddels gecodificeerd).⁷⁵ In de recentere, Engelstalige editie is dit rijtje uit 2003 er met een uitgebreid: 'good faith, legal certainty, due diligence, the principle of equality, legitimate expectations, *abuse of rights* and the

⁷⁵ Kapteyn/VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen* (2003) 346 en 370.

principle of proportionality'.⁷⁶ Een internationaal handboek als dat van Hartley komt tot de volgende, niet-uitputtende inventarisatie: fundamental human rights, legal certainty (waaronder begrepen retroactivity, vested rights en legitimate expectations), proportionality, equality, the right to a hearing en legal professional privilege.⁷⁷

5.4 PACE-rapport (Jurgens) en rapport van Schokkenbroek

De door Jurgens en Schokkenbroek ten behoeve van de Raad van Europa opgestelde rapporten (zie uitgebreider bijlage 5) bevestigen de, in vergelijking met Von Bogdandy, soberder uitkomsten van het onderzoek van Pech. In appendix II bij het rapport van Jurgens uit 2007 wordt onder het kopje EU met betrekking tot de *rule of law* onderscheiden tussen 'a formal prescriptive concept encompassing theories establishing institutional or procedural requirements, such as judicial review of the constitutional of laws, as a prescriptive ideal that any State wishing to be governed by the rule of law (*Etat de droit*) must achieve' en 'a substantive prescriptive concept which requires that the substance of the positive legal rules applied to individuals conform to a certain substantive ideal, for instance, with reference to the concept of human rights'. In lijn met het betoog uit deze notitie luidt de conclusie: 'Having initially emphasised the first conception, the "*principle of rule of law*" has gradually widened in scope, and now seems to incorporate the second conception.'

Het rapport van Schokkenbroek van een jaar later verwijst in het overzicht van activiteiten op het gebied van de *rule of law* van de EU in punt 119 nog naar de zich ontwikkelende ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, maar dit heeft een verwijderd verband tot het onderwerp van deze notitie.

5.5 Esteban (E)

De studie van Esteban⁷⁸ (E) betreft een al wat oudere studie gebaseerd op een dissertatie uit 1998. Bovendien kwam ze al aan de orde in de hiervoor gaande analyse van Pech, die er enkele malen naar verwijst. Aangezien de studie er, met Pech en Von Bogdandy, niettemin uitspringt waar het gaat om een poging tot operationalisering van de *rule of law* in EU-verband, geven we ten slotte nog een schema dat gebaseerd is op in het bijzonder hoofdstuk 5 ervan ('The Basic Content of the Principle of the Rule of Law in the Community Context'):

⁷⁶ Kapteyn/Verloren van Themaat, *The Law of the European Union and the European Communities* (2008) 422.

⁷⁷ T.C. Hartley, *The Foundations of European Community Law* (6th ed.; Oxford: Oxford University Press, 2007) 131-157.

⁷⁸ Maria Luisa Fernandez Esteban, *The Rule of Law in the European Constitution* (The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1999).

Rule of law in EU-verband volgens Esteban (1999) (E)

I Grondidee	II Rechtsstatelijk beginsel	III Gepositieerde (sub)norm
Principle of Legality	'Respect of law is ensured by an independent organ, the Court of Justice'	art. 164 EG-Verdrag
	'requires power to be divided among the institutions, that is the avoidance of the concentration of power' (principle of institutional balance)	ERTA, Les Verts, Chernobyl, etc.
	'requires that Community legislation infringing a superior rule of law may generate liability'	art. 215 EG-Verdrag
Role of the Rule of Law in the exercise of Community competences	Legal certainty (legitimate expectations, non-retroactivity, vested rights)	o.a. art. 7 EVR
	Fair application of the law (natural justice, fairness, proportionality)	
	Principle of equality	o.a. artt. 7, 40, 119 EG-Verdrag
	Obligation to state the specific legal basis and the reasons for legal acts	o.a. art. 190 EG-Verdrag
Effective legal protection	The promotion of fundamental rights through the Rule of law (the right to a hearing, non bis in idem, nulla poena sine lege)	
	The principle of effective enjoyment of Community rights	o.a. artt. 6 en 13 EVRM, art. 5 EG-Verdrag

Voor dit onderdeel gebruikte literatuur

- A. von Bogdandy, 'Founding Principles', in: A. von Bogdandy & J. Bast (red.), *Principles of European Constitutional Law*, 2e herziene druk; Oxford: Hart Publishing 2010, p. 11-54
- A. von Bogdandy & J. Bast, 'The Constitutional Approach to EU Law - From Taming Intergovernmental Relationships to Framing Political Processes', in: A. von Bogdandy & J. Bast (red.), *Principles of European Constitutional Law*, 2e herziene druk; Oxford: Hart Publishing 2010, p. 1-7
- M.L. Fernandez Esteban, *The Rule of Law in the European Constitution*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International, 1999
- T.C. Hartley, *The Foundations of European Community Law*, zesde druk, Oxford: Oxford University Press 2007
- Kapteyn/VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, zesde druk, Deventer: Kluwer 2003
- Kapteyn/VerLoren van Themaat, *The Law of the European Union and the European Communities*, vierde druk, Deventer: Kluwer 2008
- N. Lavranos, 'Revisiting Article 307 EC. The Untouchable Core of Fundamental European Constitutional Law Values and Principles', in: F. Fontanelli, G. Martinico & P. Carrozza (red.), *Shaping Rule of Law Through Dialogue. International and Supranational Experiences*, Groningen: Europa Law Publishing 2010, 119-146
- L. Pech, 'The Rule of Law as a Constitutional Principle of the European Union', Jean Monnet Working Paper 04/09, www.JeanMonnetProgram.org

Overige geraadpleegde literatuur

- R. Barents, *Het Verdrag van Lissabon. Achtergronden en commentaar*, Deventer: Kluwer 2008
- R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees Recht*, twaalfde, geheel herziene druk; Deventer: Kluwer 2006
- P. Birkinshaw, 'Supranationalism, the Rule of Law and Constitutionalism in the Draft Union Constitution', Queen's Papers on Europeanisation 2003
- P. Craig, 'Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework', *Public Law* 1997, 467-487
- J. Fairhurst, *Law of the European Union*, zevende druk, Essex: Pearson Education Limited 2010
- R.H. Fallon, Jr., "'The Rule of Law' as a Concept in Constitutional Discourse", *Columbia Law Review* 1997, 1-56

- Th. Fleiner & L.R. Basta Fleiner, *Constitutional Democracy in a Multicultural and Globalised World*, Berlin/Heidelberg: Springer 2009
- *Hague Journal on the Rule of Law*, eerste drie afleveringen
- Hofman/Sap/Sewandono, *Beginselen van Europees Constitutioneel Recht*, tweede druk, Deventer: Kluwer 1996
- A. Kaczorowska, *European Union Law*, London/New York: Routledge 2008
- D. Kochenov, 'The EU Rule of Law: Cutting Paths through Confusion', *Erasmus Law Review* 2009, 5-24
- R. de Lange, 'The European Public Order, Constitutional Principles and Fundamental Rights', *Erasmus Law Review* 2007, 3-24
- K. Lenaerts & P. van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union*, tweede druk, London: Sweet & Maxwell 2005
- A. Momirov & A. Naudé Fourie, 'Vertical Comparative Law Methods: Tools for Conceptualising the International Rule of Law', *Erasmus Law Review* 2009, 291-309
- G. Palombella & N. Walker, *Relocating the Rule of Law*, Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing 2009
- M. Rosenfeld, 'The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy', *Southern California Law Review* (2001), 1307-1352
- B.Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge: Cambridge University Press 2004
- A. Verhoeven, *The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory*, The Hague/London/New York: Kluwer 2002
- J.H.H. Weiler, *The Constitution for Europe. "Do the New Clothes Have an Emperor?" and other Essays on European Integration*, Cambridge: Cambridge University Press, 1999
- R. Zippelius, *Allgemeine Staatslehre*, München: C.H. Beck 2007

Bijlage 5

Rule of law in de EVRM-rechtsorde/Raad van Europa

Prof. mr. J.H. (Janneke) Gerards

Ten geleide

Dit rapport met betrekking tot de betekenis van de noties van rechtsstaat en rule of law in de Raad van Europa en de EVRM-rechtsorde moet worden beschouwd als een brondocument. Zoals toegelicht in hoofdstuk 2 van het rapport is het EVRM-schema niet zozeer gebaseerd op handboeken over EVRM-recht of op wetenschappelijke bronnen waarin de rechtsstatelijke beginselen zoals ontwikkeld door het EHRM uiteen zijn gezet. Weliswaar is dergelijk materiaal beschikbaar, maar het is primair gebaseerd op de rechtspraak van het EHRM zelf waarin verschillende beginselen zijn erkend en uitgewerkt. Om die reden is ervoor gekozen vooral de rechtspraak zelf als basis voor het analyseschema voor het EHRM te hanteren. Bij de selectie en analyse van relevante uitspraken is daarbij geput uit twee gezaghebbende rapporten die zijn opgesteld ten behoeve van de Parlementaire Assemblee en het Comité van Ministers van de Raad van Europa (zie hierna, par. 1). Aanvullend rechtspraakonderzoek is gedaan voor de periode na de totstandkoming van deze rapporten.

Dit brondocument bevat samenvattingen en citaten uit twee rapporten (par. 1) en uit de uitspraken (par. 2) die de basis hebben gevormd voor het analyseschema met rechtsstatelijke elementen en beginselen die herkenbaar zijn in de rechtspraak van het EHRM. Deze bijlage is daarmee niet bedoeld voor integrale bestudering, maar eerder als naslagwerk en als rechtvaardiging voor het analyseschema.

In verband daarmee bevat het document steeds cursiveringen in de opgenomen rechtspraak die zichtbaar maken waar de relatie wordt gelegd tussen bepaalde beginselen of normen en het beginsel van rule of law of rechtsstaat. De cijfers in het rechtspraakgedeelte (par. 2) corresponderen met de cijfers van de in het analyseschema onderscheiden rechtsstatelijke elementen.

I Rapporten

1.1 PACE, Committee on Legal Affairs and Human Rights, *The principle of the Rule of Law, Draft Report (Jurgens), AS/Jur (2007) 28, 3 mei 2007*

Een door Jurgens ten behoeve van de Parlementaire Assemblee van de Raad van Europa (PACE) opgestelde rapport uit 2007 analyseert uitvoerig de betekenis van de noties van rechtsstaat, ‘*prééminence du droit*’ en rule of law in de context van de Raad van Europa. Het rapport stelt voorop dat de notie van de rule of law moet worden gezien als een ‘common value and fundamental principle for greater unity’ voor de Europese staten (§ 1):

‘This principle, together with those of democracy and human rights, plays a significant role today in the Council of Europe and the case-law of the ECtHR in particular.’ (§ 1).

In het rapport wordt verder aangegeven dat de noties van rechtsstaat en rule of law in de context van de Raad van Europa ruim moeten worden opgevat:

‘The Assembly draws attention to the fact that in some recent democracies in Eastern Europe, the main trends in legal thinking foster an understanding of “*Etat de droit*” as “State based on the principle of the supremacy of the laws” (written rules), in French “*prééminence des lois*” (i.e. not “*du droit*”). This gives rise to great concern, since in some of these countries certain traditions of the totalitarian state, contrary to the Rule of Law, are still present both in theory and in practice. Such a formalistic interpretation of the term “*Etat de droit*” runs contrary to the essence of both Rule of Law/*Prééminence du Droit* and Rechtsstaat. Certainly in these cases there is an inappropriate lack of consistency and clarity when translating into the legal terms used in member states.’ (§ 4)

Jurgens signaleert in zijn rapport dat er veel verschillende taalversies van de notie ‘rechtsstaat’ bestaan met verschillende betekenissen. Een probleem is dat het verschil tussen de begrippen ‘law’ en ‘a law’, of tussen de begrippen ‘ius’ en ‘lex’ niet in alle talen even helder tot uitdrukking komt. Daardoor kan soms een formalistische uitleg van de notie van ‘rule of law’ of rechtsstaat worden gevolgd, waarbij uitsluitend de ‘suprematie van de wet’ centraal staat, in plaats van een ruimere notie waarin het recht voorop staat. Hij acht het daarom belangrijk om de term zo goed mogelijk uit te leggen in het licht van de doelstellingen ervan en de verschillende elementen die de notie omvat.

Verder geeft het rapport duidelijk aan wat de primaire functies zijn van de notie van rule of law, rechtsstaat en prééminence du droit zoals zij worden onderkend in de algemene Europese doctrine. De eerste daarvan is bestrijding van willekeur en beperking van vrije machtsuitoefening:

‘The concept of Rule of Law (by whatever name) was developed since the Middle Ages to *oppose arbitrary rule* and *to limit the use of power by those governing*.’ (§ 5, curs. toegevoegd)

Deze doelstellingen konden door middel van de rechtsstaat op de volgende wijze worden gerealiseerd:

‘The first step was the claim that *all use of power must be derived from the law*, that law being *equally applicable* both to rulers and to citizens (the principle of *legality* and *of equality before the law*). The second step was the claim that against decisions by authorities, made on the basis of the law, there should be a *right of access to review by an independent judiciary*’ (§ 6, curs. toegevoegd)

Uit de gecursiveerde gedeelten kan al een aantal belangrijke rechtsstatelijke grondideeën worden afgeleid. Daarnaast geeft Jurgens aan dat de notie van democratie in de Europese rechtsorde als afzonderlijke waarde of idee kan worden onderscheiden, net als de waarde of idee van mensenrechten:

‘Next to the Rule of Law, *democracy - as a distinct value* - stresses that laws must, because they are the basis of all governmental power, of itself have the backing of the citizens. *Human rights*, on the other hand - being the *other value distinct from Rule of Law* - stresses that the contents of this law should also conform to basic standards of human rights.’ (§ 9, curs. toegevoegd)

Vervolgens analyseert Jurgens de rechtspraak van het EHRM, waarin hij verschillende grondideeën aantreft die met de notie van rule of law, rechtsstaat en prééminence du droit verband houden. Daaruit blijkt dat het EHRM juist wel een verbinding legt tussen rechtsstaat c.s. en noties van democratie en grondrechten

‘... in the case law of the European Court of Human Right [sic], “*prééminence du droit*” (Rule of Law) occupies a key position. It is used as a substantive concept, encompassing such elements as *legality, legal certainty, equality of individuals before the law, effective remedy* if basic freedoms are at stake and

extension of the guarantees afforded by the right to a *fair trial*. *The Court links Rule of Law to the principle of a democratic society and to that of human rights in general.*' (§ 12, curs. toegevoegd)

1.2 Rapport secretariaat PACE (bijlage bij rapport-Jurgens)

Ten behoeve van het PACE-rapport van Jurgens heeft het secretariaat van de Parlementaire Assemblée een uitvoerige analyse gemaakt van de rechtspraak van het EHRM waarin de noties van rule of law, rechtsstaat en *prééminence du droit* voorkomt. Daarin wordt allereerst vastgesteld dat het concept van *rechtsstaat* in het algemeen vooral een retorisch karakter heeft, en niet zozeer inhoudelijke waarde. Dat betekent dat hieruit geen nieuwe rechten kunnen worden afgeleid. Dit is anders voor het beginsel van *prééminence du droit* of rule of law, dat volgens dit rapport wel degelijk een belangrijke waarde heeft als leidend beginsel bij de interpretatie van het EVRM (en dus bij het opleggen van verplichtingen aan staten). Het is deze notie waaruit leidende grondideeën en beginselen als die van het verbod van willekeur kunnen worden afgeleid, en die blijkens de rechtspraak van het Hof aan het EVRM-systeem als geheel ten grondslag liggen. Daarnaast geeft dit rapport aan dat het Hof soms kiest voor een materiële invulling van de notie van rule of law door deze te verbinden met de notie van democratie. Voor een goed begrip van dit verschil wordt hieronder de relevante analyse volledig weergegeven; de meest relevante onderdelen zijn gecursiveerd:

'The concept of Etat de droit is found to play a minor role in the reasoning behind decisions, and is thus rather more rhetorical than prescriptive in nature. The term appears to be used systematically in support of doctrine concerning the courts and the administration of justice. ... It seems, therefore, that the idea of an Etat de droit implicitly underlies the Court's case-law, but it is striking that it is virtually absent from the principles applied by judges in their judicial work. If we look at the Court's usage, we find that Etat de droit is never referred to as a fundamental value in itself. The Court simply states, for example, that "the justice system plays a fundamental role in a State governed by the rule of law [Etat de droit]". Moreover, when the concept is used, it never appears to be a deciding factor. ... The principle of the Etat de droit is not, therefore, established as a fundamental principle of the ECHR system and cannot be the source of new rights. This does not appear to be the case with "prééminence du droit".'

'The concept of "prééminence du droit" first appears in the case-law of the ECourtHR in the Golder v. United Kingdom judgment of 21 February 1975. This concept is an accepted principle of interpretation of the ECHR. ... The principle is clearly a guiding one: the judges subsequently say that "the fundamental

principle of the rule of law” (“le principe fondamental de la prééminence du droit”) (Salabiaku, 7 October 1988, § 28) inspires “the whole Convention” (Engel, 8 June 1976, § 69) and is “inherent in all the Articles of the Convention” (Amuur, 25 June 1996, § 50). The principle consequently occupies a key position in the case-law of the ECourtHR, as a powerful tool that plays a part in development of the Convention system. It is true that such a principle implicitly refers to the idea of the law-based state (*Etat de droit*), and, moreover, possesses the main attributes of the latter in that it affords protection against arbitrary interference. The Court does not confine itself to the formal conception of *Etat de droit*, however. It goes a stage further in its use of the concept of “*prééminence du droit*”, linking it to that of democratic society (“the rule of law, one of the fundamental principles of a democratic society” / “la prééminence du droit, l’un des principes fondamentaux d’une société démocratique”, to give a recent example, *Colacrai*, 15 July 2005, § 58) and expressly relating it to various principles infringements of which it treats as violations of the Convention.’

Hieruit kan worden afgeleid dat er belangrijke, maar subtiele verschillen kunnen bestaan tussen verwijzing naar de notie van rechtsstaat en de notie van rule of law / prééminence du droit in de rechtspraak van het EHRM. Bij de toepassing van EVRM-rechtspraak op nationaal niveau, in ieder geval waar het gaat om het afleiden van rechtsstatelijke beginselen en normen daaruit, kan dit in het achterhoofd worden gehouden.

1.3 Rapport-Schokkenbroek ten behoeve van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (CM(2008)170, 21 november 2008)

Na het verschijnen van het rapport van Jurgens voor de Parlementaire Assemblée, heeft ook het Comité van Ministers zich gebogen over de vraag naar de precieze betekenis van deze noties voor de Raad van Europa. Daartoe is een uitgebreid rapport opgesteld door Schokkenbroek, waarin deze ingaat op de betekenis van de notie van rule of law voor de Raad van Europa, op de verhouding tussen rule of law en andere noties (zoals fundamentele rechten en democratie) en op de precieze betekenis van de notie van rule of law zoals die kan worden afgeleid uit de rechtspraak van het EHRM.

Schokkenbroek merkt allereerst op dat de notie van rule of law in de Raad van Europa geen overkoepelende notie is (zoals de rechtsstaatnotie dat in Nederland bijvoorbeeld wel lijkt te zijn), maar dat het gaat om een notie die *naast* andere noties staat, zoals fundamentele rechten en democratie. Wel geeft hij aan dat de

noties onderling nauw verbonden zijn en dat het verwezenlijken van rule of law, democratie en bescherming van fundamentele rechten in gezamenlijkheid een belangrijke doelstelling vormen voor de Raad van Europa. Interessant is bovendien dat Schokkenbroek waarneemt dat juist de nauwe onderlinge verbondenheid van de drie noties tot gevolg heeft dat het moeilijk is om de precieze betekenis van het enkele element van de rule of law zelfstandig te definiëren. De hiernavolgende citaten kunnen dit illustreren; de cursiveringen zijn toegevoegd om de centrale passages te verduidelijken:

‘The rule of law is *one of the three core principles* of the Council of Europe, *along with the enjoyment of human rights and fundamental freedoms and the concept of genuine democracy* (1949 Statute, recital 3 of the preamble and Article 3). More particularly, the rule of law is, together with individual freedom and political liberty, referred to as “principles which form the basis of all genuine democracy” (recital 3 of the preamble).’ (§ 4)

‘... the rule of law principle is one of the three fundamental principles of the Council of Europe, together with pluralist democracy and respect for human rights; these three principles are *closely interconnected*: preserving and promoting human rights, democracy and the rule of law is nowadays even seen as a single objective – the core objective – of the Council of Europe.’ (§ 23)

‘Democracy, rule of law and human rights can be seen as *three partly overlapping circles*. Some principles, such as equality and non-discrimination, belong to all three notions ... Others are more directly associated with two of the three notions, such as the fair trial principle (rule of law and human rights) or the principles of freedom of expression, assembly and association (democracy and human rights). Still other principles operate principally in relation to one of the three notions (e.g. the human rights principle of freedom of movement). However, this simplified representation does not show the interdependence between the three notions. There can be no democracy without the rule of law and respect for human rights; there can be no rule of law without democracy and respect for human rights, and no respect for human rights without democracy and the rule of law.

The fact that the three concepts, taken together, form a single fundamental objective for the Council of Europe makes it less necessary for it to adopt a particular definition of the rule of law. Such an exercise of disentangling notions that are so closely intertwined and mutually supportive might even be risky in terms of overlooking essential human rights and democratic requirements and aspects.’ (§§ 26–28)

Hoewel Schokkenbroek daarmee geen precieze definitie van de notie van rule of law wenst te geven, geeft hij wel aan dat in algemene zin verschillende grondideeën of elementen kunnen worden onderscheiden waarvan algemeen wordt aangenomen dat zij onderdeel uitmaken van de notie:

§ 30: The fundamental standards of the rule of law in democratic societies are necessary elements of the framework within which intercultural dialogue can flourish. They ensure a *clear separation of powers, legal certainty and equality of all before the law. They stop public authorities taking arbitrary and discriminatory decisions, and ensure that individuals whose rights are violated can seek redress from the courts.*

Vervolgens worden in het rapport verschillende nadere verfijningen aangebracht op deze algemene indeling, waarbij verschillende grondideeën nadere uitwerkingen blijken te kennen in de vorm van rechtsstatelijke beginselen of concrete normen:

- 1 Machtenscheiding (§ 38)
- 2 Essentiële rol voor de rechter (§ 39)
 - moet zijn ingesteld bij wet (§ 40)
 - mogelijkheid van rechterlijke toetsing van bestuurshandelen (§ 42)
- 3 Legaliteit
 - wetmatigheid / rechtmatigheid: conformiteit met nationaal recht (§ 44)
 - toegankelijkheid (§ 46)
 - voorzienbaarheid (met voldoende precisie gedefinieerd) (§ 46)
 - rechtszekerheid: res judicata (§ 48)
 - verplichting om rechterlijke uitspraken ten uitvoer te leggen (§ 48)
 - verplichting om coherentie van rechtspraak te bewaken (§ 51)
 - gelijkheid voor de wet (§ 53)
- 4 'Due process'
 - rechterlijk toezicht op overheidshandelen (§ 54)
 - procedurele verplichtingen en waarborgen (§ 55)
 - effective remedy (§ 57)
 - fair trial (§ 58)

Deze door Schokkenbroek onderscheiden grondideeën, beginselen en normen komen in sterke mate overeen met de algemene noties zoals die in het rapport van Jurgens zijn terug te herkennen. Zij kunnen daarmee worden beschouwd als belangrijke bouwstenen voor een analyseschema voor de uitwerking van de rechtsstaatnotie (of althans die van de notie van de rule of law) in de EVRM-rechtsorde.

II Rechtspraak EHRM

Vooraf

Zoals hiervoor werd aangegeven, kan de indeling in grondideeën, beginselen en normen zoals Schokkenbroek die in zijn rapport voor het Comité van Ministers van de Raad van Europa heeft onderscheiden, in belangrijke mate dienen als basis voor een analyseschema voor de EVRM-rechtsorde. Bij analyse van de recentere rechtspraak van het EHRM blijkt echter dat een nadere uitwerking van de verschillende door hem genoemde elementen mogelijk is. In het hiernavolgende gaat een overzicht van de uitspraken van het EHRM die voor het geven van betekenis aan de notie van *rule of law* het meest betekenisvol zijn. Het overzicht is in belangrijke mate gebaseerd op de uitspraken zoals die door Schokkenbroek en door het secretariaat van PACE zijn geanalyseerd. Daarnaast is op een aantal punten gekozen voor aanvulling en is ook de rechtspraak van na 2008 (dus na het rapport-Schokkenbroek) meegenomen in de analyse. Daarbij zijn alleen uitspraken geanalyseerd waarvan bekend is dat *rule of law*-gerelateerde noties hierin een rol spelen; er is dus zeker niet gestreefd naar volledigheid. Ook geldt bij het overzicht dat niet alleen uitspraken zijn opgenomen waarin het Hof uitdrukkelijk een relatie legt tussen noties van *rule of law* / rechtsstaat en bepaalde rechtsstatelijke beginselen of normen – ook zonder een dergelijke terugverwijzing naar de grondideeën is vaak duidelijk dat gaat om beginselen of normen die door het grondidee zijn geïnspireerd of die daarvan een logisch uitvloeisel vormen. Daarbij is sterk voortgebouwd op de kwalificaties die Schokkenbroek in zijn rapport al aan bepaalde passages uit de rechtspraak van het EHRM heeft gegeven. Het hiernavolgende overzicht correspondeert wat betreft volgorde en indeling met het analyseschema zoals dat in hoofdstuk 2 van het onderzoeksrapport is opgenomen. De relevante citaten zijn volledig weergegeven. De voor het analyseschema meest belangrijke passages zijn gecursiveerd.

1 Legaliteit

Legaliteit - wetmatigheid

Bozano / Frankrijk (1986)

54. The main issue to be determined is whether the disputed detention was “lawful”, including whether it was in accordance with “a procedure prescribed by law”. The Convention here *refers essentially to national law and establishes the need to apply its rules*, but it also requires that any measure depriving the individual of his liberty must be compatible with the purpose of Article 5, namely *to protect the*

individual from arbitrariness (see, as the most recent authority, the Ashingdane judgment of 28 May 1985, Series A no. 93, p. 21, § 44). What is at stake here is not only the “right to liberty” but also the “right to security of person”.

Čonka / België (2002)

39. Where the “lawfulness” of detention is in issue, including the question whether “a procedure prescribed by law” has been followed, the Convention refers essentially to the obligation to conform to the substantive and procedural rules of national law, but it requires in addition that any deprivation of liberty should be in keeping with the purpose of Article 5, namely to protect the individual from arbitrariness (see, among other authorities, *Bozano v. France*, judgment of 18 December 1986, Series A no. 111, p. 23, § 54, and *Chahal*, cited above, p. 1864, § 118).

40. In the present case, the applicants received a written notice at the end of September 1999 inviting them to attend Ghent police station on 1 October to “enable the file concerning their application for asylum to be completed”. On their arrival at the police station they were served with an order to leave the territory dated 29 September 1999 and a decision for their removal to Slovakia and for their arrest for that purpose. A few hours later they were taken to a closed transit centre at Steenokkerzeel.

41. The Court notes that, according to the Government, while the wording of the notice was admittedly unfortunate, as had indeed been publicly recognised by the Minister of the Interior (see paragraph 23 above), that did not suffice to vitiate the entire arrest procedure, or to warrant its being qualified as an abuse of power.

While the Court has reservations about the compatibility of such practices with Belgian law, particularly as the practice in the instant case was not reviewed by a competent national court, the Convention requires that any measure depriving an individual of his liberty must be compatible with the purpose of Article 5, namely to protect the individual from arbitrariness (see paragraph 39 above). Although the Court by no means excludes its being legitimate for the police to use stratagems in order, for instance, to counter criminal activities more effectively, acts whereby the authorities seek to gain the trust of asylum-seekers with a view to arresting and subsequently deporting them may be found to contravene the general principles stated or implicit in the Convention.

In that regard, there is every reason to consider that while the wording of the notice was “unfortunate”, it was not the result of inadvertence; on the contrary, it was chosen deliberately in order to secure the compliance of the largest possible number of recipients. At the hearing, counsel for the Government referred in that connection to a “little ruse”, which the authorities had knowingly used to ensure

that the “collective repatriation” (see paragraph 23 above) they had decided to arrange was successful.

42. The Court reiterates that the list of exceptions to the right to liberty secured in Article 5 § 1 is an exhaustive one and only a narrow interpretation of those exceptions is consistent with the aim of that provision (see, *mutatis mutandis*, K.-F. v. Germany, judgment of 27 November 1997, Reports 1997-VII, p. 2975, § 70). In the Court’s view, *that requirement must also be reflected in the reliability of communications such as those sent to the applicants, irrespective of whether the recipients are lawfully present in the country or not. It follows that, even as regards overstayers, a conscious decision by the authorities to facilitate or improve the effectiveness of a planned operation for the expulsion of aliens by misleading them about the purpose of a notice so as to make it easier to deprive them of their liberty is not compatible with Article 5.*

Legaliteit - voorzienbaarheid en toegankelijkheid

Sunday Times / VK (1979)

48. The expression “prescribed by law” appears in paragraph 2 of Articles 9, 10 and 11 of the Convention, the equivalent in the French text being in each case “*prévues par la loi*”. However, when the same French expression appears in Article 8 (2) of the Convention, in Article 1 of Protocol No. 1 and in Article 2 of Protocol No. 4, the English text as “in accordance with the law”, “provided for by law” and “in accordance with law”, respectively. Thus confronted with versions of a law-making treaty which are equally authentic but not exactly the same, the Court must interpret them in a way that reconciles them as far as possible and is most appropriate in order to realise the aim and achieve the object of the treaty (see the *Wemhoff* judgment of 27 June 1968, Series A no. 7, p. 23, para. 8, and Article 33 para. 4 of the Vienna Convention of 23 May 1969 on the Law of Treaties).

49. In the Court’s opinion, the following are *two of the requirements that flow from the expression “prescribed by law”*. Firstly, the law must be *adequately accessible*: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. *Secondly, a norm cannot be regarded as a “law” unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail*. Those consequences need not be foreseeable with absolute certainty: experience shows this to be unattainable. Again, whilst *certainty is highly desirable*, it may bring in its train excessive rigidity and the law must be able to keep pace with changing circumstances. Accordingly, many laws are inevitably couched in terms which,

to a greater or lesser extent, are vague and whose interpretation and application are questions of practice.

Legaliteit - vereiste van tenuitvoerlegging van wetgeving

Broniowski t. Polen (2005)

184. *The rule of law underlying the Convention and the principle of lawfulness in Article 1 of Protocol No. 1 require States not only to respect and apply, in a foreseeable and consistent manner, the laws they have enacted, but also, as a corollary of this duty, to ensure the legal and practical conditions for their implementation* (see also paragraph 147 above).

In the context of the present case, it was incumbent on the Polish authorities to remove the existing incompatibility between the letter of the law and the State-operated practice which hindered the effective exercise of the applicant's right of property.

2 Rechtszekerheid

Finaliteit rechterlijke uitspraken

Brumarescu t. Roemenië (1999)

61. The right to a fair hearing before a tribunal as guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention must be interpreted in the light of the Preamble to the Convention, which declares, among other things, the rule of law to be part of the common heritage of the Contracting States. *One of the fundamental aspects of the rule of law is the principle of legal certainty, which requires, inter alia, that where the courts have finally determined an issue, their ruling should not be called into question.*

Nullum crimen

Kononov t. Letland (2010)

185. The guarantee enshrined in *Article 7, an essential element of the rule of law*, occupies a prominent place in the Convention system of protection, as is underlined by the fact that no derogation from it is permissible under Article 15 in time of war or other public emergency. It should be construed and applied, as follows from its object and purpose, so as to provide effective safeguards against arbitrary prosecution, conviction and punishment. Accordingly, Article 7 is not confined to prohibiting the retrospective application of the criminal law to an accused's disadvantage: *it also embodies, more generally, the principle that only the law can define a crime and prescribe a penalty* (nullum crimen, nulla poena sine lege) and

the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy. It follows that an offence must be clearly defined in law. This requirement is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision – and, if need be, with the assistance of the courts' interpretation of it and with informed legal advice – what acts and omissions will make him criminally liable.

...

241. It recalls that it is legitimate and foreseeable for a successor State to bring criminal proceedings against persons who have committed crimes under a former regime and that successor courts cannot be criticised for applying and interpreting the legal provisions in force at the material time during the former regime, but in the light of the principles governing a State subject to the rule of law and having regard to the core principles on which the Convention system is built. It is especially the case when the matter at issue concerns the right to life, a supreme value in the Convention and international hierarchy of human rights and which right Contracting parties have a primary Convention obligation to protect

Rechtszekerheid - Lex mitior

Scoppola t. Italië (2009)

132. The Court observes first of all that, in the context of civil disputes, it has repeatedly ruled that *although, in principle, the legislature is not prevented from regulating, through new retrospective provisions, rights derived from the laws in force, the principle of the rule of law and the notion of fair trial enshrined in Article 6 preclude, except for compelling public-interest reasons, interference by the legislature with the administration of justice designed to influence the judicial determination of a dispute* (see, among many other authorities, *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, 9 December 1994, § 49, Series A no. 301-B, *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, 23 October 1997, § 112, Reports 1997-VII, *Zielinski and Pradal and Gonzalez and Others v. France* [GC], nos. 24846/94 and 34165/96 to 34173/96, § 57, ECHR 1999-VII, and *Scordino v. Italy* (no. 1) [GC], no. 36813/97, § 126, ECHR 2006-...). The Court considers that those principles, which are essential elements of the concepts of legal certainty and protection of litigants' legitimate trust (see *Unedic v. France*, no. 20153/04, § 74, 18 December 2008), are applicable, *mutatis mutandis*, to criminal proceedings.

133. In the present case the applicant complained that, although he had opted for a simplified trial – the summary procedure – he had been deprived of the most important advantage stemming from that choice under the law in force at

the time when he had made it, namely the replacement of life imprisonment with a thirty-year sentence.

...

136. The Court considers that by requesting the adoption of the summary procedure the applicant - who was assisted by a lawyer of his choice, and was therefore in a position to ascertain what the consequences of his request would be - unequivocally waived his rights to a public hearing, to have witnesses called, to produce new evidence and to examine prosecution witnesses. Nor does it appear that the case raised any public-interest issues militating against such a waiver (see, *mutatis mutandis*, Kwiatkowska, decision cited above).

137. However, as pointed out above, the waiver was made in exchange for certain advantages, which included non-imposition of life imprisonment, as it was clear from the text of Article 442 of the CCP, as amended by Law no. 479 of 1999, that in the event of conviction under the summary procedure the sentence to be imposed was to be reduced by one-third and life imprisonment replaced by a thirty-year sentence. On the basis of that legal framework, in force at the time when he requested adoption of the simplified procedure, the applicant could legitimately expect that, thanks to the procedural choice he had made, the maximum sentence to which he was liable was a term of imprisonment not exceeding thirty years.

...

139. The Court considers that a person charged with an offence must be able to expect the state to act in good faith and take due account of the procedural choices made by the defence, using the possibilities made available by law. *It is contrary to the principle of legal certainty and the protection of the legitimate trust of persons engaged in judicial proceedings for a State to be able to reduce unilaterally the advantages attached to the waiver of certain rights inherent in the concept of fair trial.* As such a waiver is made in exchange for the advantages mentioned, it cannot be regarded as fair if, once the competent domestic authorities have agreed to adopt a simplified procedure, a crucial element of the agreement between the State and the defendant is altered to the latter's detriment without his consent. In that connection, the Court notes that, although the Contracting States are not required by the Convention to provide for simplified procedures (see Hany, decision cited above), where such procedures exist and have been adopted, the principles of fair trial require that *defendants should not be deprived arbitrarily of the advantages attached to them.*

Voorzienbaarheid - verbod van willekeur + rechtszekerheid

Winterwerp t. Nederland (1979)

39. The next issue to be examined is the “lawfulness” of the detention for the purposes of Article 5 para. 1 (e). Such “lawfulness” presupposes conformity with the domestic law in the first place and also, as confirmed by Article 18, conformity with the purpose of the restrictions permitted by Article 5 para. 1 (e); it is required in respect of both the ordering and the execution of the measures involving deprivation of liberty (see the above-mentioned Engel and others judgment, p. 28, para. 68 in fine).

As regards the conformity with the domestic law, the Court points out that the term “lawful” covers procedural as well as substantive rules. There thus exists a certain overlapping between this term and the general requirement stated at the beginning of Article 5 para. 1, namely observance of “a procedure prescribed by law” (see paragraph 45 below).

Indeed, these two expressions reflect the importance of the aim underlying Article 5 para. 1 (art. 5-1): *in a democratic society subscribing to the rule of law* (see the Golder judgment of 21 February 1975, Series A no. 18, pp. 16-17, para. 34, and the above-mentioned Klass and others judgment, p. 25, para. 55), *no detention that is arbitrary can ever be regarded as “lawful”*.

The Commission likewise stresses that there must be no element of arbitrariness; the conclusion it draws is that no one may be confined as “a person of unsound mind” in the absence of medical evidence establishing that his mental state is such as to justify his compulsory hospitalisation (see paragraph 76 of the report). The applicant and the Government both express similar opinions.

The Court fully agrees with this line of reasoning. In the Court’s opinion, except in emergency cases, the individual concerned should not be deprived of his liberty unless he has been reliably shown to be of “unsound mind”. The very nature of what has to be established before the competent national authority – that is, a true mental disorder – calls for objective medical expertise. Further, the mental disorder must be of a kind or degree warranting compulsory confinement. What is more, the validity of continued confinement depends upon the persistence of such a disorder (see, *mutatis mutandis*, the Stögmüller judgment of 10 November 1969, Series A no. 9, pp. 39-40, para. 4, and the above-mentioned De Wilde, Ooms and Versyp judgment, p. 43, para. 82).

Malone t. VK (1984)

68. There was also some debate in the pleadings as to the extent to which, in order for the Convention to be complied with, the “law” itself, as opposed to

accompanying administrative practice, should define the circumstances in which and the conditions on which a public authority may interfere with the exercise of the protected rights. The above-mentioned judgment in the case of *Silver and Others*, which was delivered subsequent to the adoption of the Commission's report in the present case, goes some way to answering the point. In that judgment, the Court held that "a law which confers a discretion must indicate the scope of that discretion", although the detailed procedures and conditions to be observed do not necessarily have to be incorporated in rules of substantive law (*ibid.*, Series A no. 61, pp. 33-34, paras. 88-89). The degree of precision required of the "law" in this connection will depend upon the particular subject-matter (see the above-mentioned *Sunday Times* judgment, Series A no. 30, p. 31, para. 49). Since the implementation in practice of measures of secret surveillance of communications is not open to scrutiny by the individuals concerned or the public at large, *it would be contrary to the rule of law for the legal discretion granted to the executive to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently*, the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity, having regard to the legitimate aim of the measure in question, to give the individual *adequate protection against arbitrary interference*.

Assanidze t. Georgië (2005)

173. As to the conformity of the applicant's detention with the aim of Article 5 to *protect against arbitrariness*, the Court observes that *it is inconceivable that in a State subject to the rule of law a person should continue to be deprived of his liberty despite the existence of a court order for his release*.

...

175. The Court considers that *to detain a person for an indefinite and unforeseeable period, without such detention being based on a specific statutory provision or judicial decision, is incompatible with the principle of legal certainty (see, mutatis mutandis, Jecius v. Lithuania, no. 34578/97, § 62, ECHR 2000-IX) and arbitrary, and runs counter to the fundamental aspects of the rule of law*.

3 Verbod van willekeur (algemeen)

Fatullayev / Azerbeidzjan (2010)

123. Furthermore, the Court notes that the domestic courts characterised the applicant's statements as threatening the Government with destruction of public property and with acts endangering human life, with the aim of exerting influence on the Government to refrain from taking political decisions required

by national interests. However, having regard to the circumstances of the case, the Court cannot but conclude that the domestic courts' finding that the applicant threatened the State with terrorist acts was nothing but arbitrary. The applicant, as a journalist and a private individual, clearly was not in a position to influence any of the hypothetical events discussed in the article and could not exercise any degree of control over any possible decisions by the Iranian authorities to attack any facilities in Azerbaijani territory. Neither did the applicant voice any approval of any such possible attacks, or argue in favour of them. As noted above, the Court considers that the article had the aim of informing the public of possible consequences (however likely or unlikely they might seem) of the Government's foreign policy and, more specifically, criticising the latter for making certain decisions, such as supporting the "anti-Iranian" UN Security Council Resolution. However, there is nothing in the article to suggest that the applicant's statements were aimed at threatening or "exerting influence" on the Government by any illegal means. In fact, the only means by which the applicant could be said to have "exerted influence" on the State authorities in the present case was by exercising his freedom of expression, in compliance with the bounds set by Article 10, and voicing his disagreement with the authorities' political decisions, as part of a public debate which should take place freely in any democratic society.

124. In view of the above, the Court finds that the domestic courts arbitrarily applied the criminal provisions on terrorism in the present case. *Such arbitrary interference with the freedom of expression, which is one of the fundamental freedoms serving as the foundation of a democratic society, should not take place in a state governed by the rule of law.*

Willekeur - Accuraat onderzoek naar incidenten met dodelijke afloop

Varnava t. Turkije (2009)

191. ... the Court's case-law on the ambit of the procedural obligation is unambiguous. The essential purpose of such investigation is to secure the effective implementation of the domestic laws which protect the right to life and, in those cases involving State agents or bodies, to ensure their accountability for deaths occurring under their responsibility. Even where there may be obstacles which prevent progress in an investigation in a particular situation, *a prompt response by the authorities is vital in maintaining public confidence in their adherence to the rule of law and in preventing any appearance of collusion in or tolerance of unlawful acts (see McKerr v. the United Kingdom, no. 28883/95, §§ 111 and 114, ECHR 2001-III; and Brecknell v. the United Kingdom, no. 32457/04, § 65, 27 November 2007).*

Besides being independent, accessible to the victim's family, carried out with reasonable promptness and expedition and affording a sufficient element of public scrutiny of the investigation or its results, the investigation must also be effective in the sense that it is capable of leading to a determination of whether the death was caused unlawfully and if so, to the identification and punishment of those responsible (see *Oğur v. Turkey* [GC], no. 21594/93, § 88, ECHR 1999-III; *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, no. 24746/94, §§ 105-109, 4 May 2001; and *Douglas-Williams v. the United Kingdom* (dec.), no. 56413/00, 8 January 2002).

4 Machtenspreiding

Machtenscheiding vereist onafhankelijke rechterlijke macht

McGonnell t. VK (2000)

46. The applicant pointed to the non-judicial functions of the Bailiff, contending that they gave rise to such close connections between the Bailiff as a judicial officer and the legislative and executive functions of government that the Bailiff no longer had the independence and impartiality required by Article 6. As specific examples, the applicant pointed to three matters which were not referred to before the Commission. They are the facts that the Bailiff is invariably appointed from the office of the Attorney-General, that he acts as Lieutenant-Governor of the island when that office is vacant, and that the Bailiff who sat in the present case had also presided over the States of Deliberation when DDP6, the very act which was at issue in the applicant's later case, was adopted. He also claimed that the Royal Court gave inadequate reasons for its judgment.

47. *The Government recalled that the Convention does not require compliance with any particular doctrine of separation of powers.* They maintained that whilst the Bailiff has a number of positions on the island, they cannot give rise to any legitimate fear in a reasonably well-informed inhabitant of Guernsey of a lack of independence or impartiality because the positions do not involve any real participation in legislative or executive functions. In particular, they underlined that when the Bailiff presides over the States of Deliberation or one of the four States committees in which he is involved, his participation is not that of an active member, but rather he is an independent umpire, who ensures that the proceedings run smoothly without taking part in or expressing approval or disapproval of the matters under discussion. In connection with the reasons for the Royal Court's judgment, the Government considered that the Bailiff's summing-up, taken together with the decision of the Jurats, gave sufficient reasons to comply with Article 6 of the Convention.

48. The Court recalls that in its *Findlay v. the United Kingdom* judgment (25 February 1997, Reports 1997-I, p. 281, § 73) it found that:

“in order to establish whether a tribunal can be considered as ‘independent’, regard must be had, inter alia, to the manner of appointment of its members and their term of office, the existence of guarantees against outside pressures and the question whether the body presents an appearance of independence ... As to the question of ‘impartiality’, there are two aspects to this requirement. First, the tribunal must be subjectively free of personal prejudice or bias. Secondly, it must also be impartial from an objective viewpoint, that is, it must offer sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in this respect ... The concepts of independence and objective impartiality are closely linked ...”

49. In the present case, too, the concepts of independence and objective impartiality are closely linked, and the Court will consider them together.

50. The Court first observes that there is no suggestion in the present case that the Bailiff was subjectively prejudiced or biased when he heard the applicant’s planning appeal in June 1995. It has not been alleged that the Bailiff’s participation as Deputy Bailiff in the adoption of DDP6 in 1990 gives rise to actual bias on his part: the applicant stated that it was not possible to ascertain whether there was actual bias because of the Bailiff’s various functions, but he did not contend that the Bailiff was subjectively biased or prejudiced.

51. *The Court can agree with the Government that neither Article 6 nor any other provision of the Convention requires States to comply with any theoretical constitutional concepts as such.* The question is always whether, in a given case, the requirements of the Convention are met. *The present case does not, therefore, require the application of any particular doctrine of constitutional law to the position in Guernsey: the Court is faced solely with the question whether the Bailiff had the required “appearance” of independence, or the required “objective” impartiality.*

52. In this connection, the Court notes that the Bailiff’s functions are not limited to judicial matters, but that he is also actively involved in non-judicial functions on the island. The Court does not accept the Government’s analysis that when the Bailiff acts in a non-judicial capacity he merely occupies positions rather than exercising functions: *even a purely ceremonial constitutional role must be classified as a “function”.* The Court must determine whether the Bailiff’s functions in his non-judicial capacity were, or were not, compatible with the requirements of Article 6 as to independence and impartiality.

53. The Court observes that the Bailiff in the present case had personal involvement with the planning matters at the heart of the applicant’s case on two occasions. The first occasion was in 1990, when, as Deputy Bailiff, he presided over the States of Deliberation at the adoption of DDP6. The second occasion was on

6 June 1995, when he presided over the Royal Court in the determination of the applicant's planning appeal.

54. The Court recalls that in the case of *Procola v. Luxembourg*, four of the five members of the Conseil d'Etat had carried out both advisory and judicial functions in the same case (judgment of 28 September 1995, Series A no. 326, p. 16, § 45).

55. The participation of the Bailiff in the present case shows certain similarities with the position of the members of the Conseil d'Etat in the *Procola* case. First, in neither case was any doubt expressed in the domestic proceedings as to the role of the impugned organ. Secondly, and more particularly, in both cases a member, or members, of the deciding tribunal had been actively and formally involved in the preparatory stages of the regulation at issue. As the Court has noted above, the Bailiff's non-judicial constitutional functions cannot be accepted as being merely ceremonial. With particular respect to his presiding, as Deputy Bailiff, over the States of Deliberation in 1990, the Court considers that *any direct involvement in the passage of legislation, or of executive rules, is likely to be sufficient to cast doubt on the judicial impartiality of a person subsequently called on to determine a dispute over whether reasons exist to permit a variation from the wording of the legislation or rules at issue*. In the present case, in addition to the chairing role as such, the Deputy Bailiff could exercise a casting vote in the event of even voting and, as the Bailiff stated in the *Bordeaux Vineries* case, there was no obligation on him to exercise his casting vote against a proposition before the States where that vote impinged on his conscience (see paragraph 31 above). Moreover, the States of Deliberation in Guernsey was the body which passed the regulations at issue. It can thus be seen to have had a more direct involvement with them than had the advisory panel of the Conseil d'Etat with the regulations at issue in the *Procola* case (judgment cited above, p. 12, § 25).

56. The Court also notes that in the *De Haan* case, the judge who presided over the Appeals Tribunal was called upon to decide on an objection for which he himself was responsible. In that case, notwithstanding an absence of prejudice or bias on the part of the judge, the Court found that the applicant's fears as to the judge's participation were objectively justified (see the *De Haan v. the Netherlands* judgment of 26 August 1997, Reports 1997-IV, pp. 1392-93, §§ 50-51).

57. The Court thus considers that the mere fact that the Deputy Bailiff presided over the States of Deliberation when DDP6 was adopted in 1990 is capable of casting doubt on his impartiality when he subsequently determined, as the sole judge of the law in the case, the applicant's planning appeal. The applicant therefore had legitimate grounds for fearing that the Bailiff may have been influenced by his prior participation in the adoption of DDP6. That doubt in itself, however

slight its justification, is sufficient to vitiate the impartiality of the Royal Court, and it is therefore unnecessary for the Court to look into the other aspects of the complaint.

58. It follows that there has been a breach of Article 6 § 1.

Stafford t. VK (2002)

78. The above developments demonstrate an evolving analysis, in terms of the right to liberty and its underlying values, of the role of the Secretary of State concerning life sentences. The abolition of the death penalty in 1965 and the conferring on the Secretary of State of the power to release convicted murderers represented, at that time, a major and progressive reform. However, with the wider recognition of the need to develop and apply, in relation to mandatory life prisoners, judicial procedures reflecting standards of independence, fairness and openness, the continuing role of the Secretary of State in fixing the tariff and in deciding on a prisoner's release following its expiry has become increasingly difficult to reconcile with *the notion of separation of powers between the executive and the judiciary, a notion which has assumed growing importance in the case-law of the Court* (see, mutatis mutandis, *Incal v. Turkey*, judgment of 9 June 1998, Reports 1998-IV).

Benjamin & Wilson t. VK (2002)

36. The Government argued that as the Secretary of State followed a practice of following the Tribunal's recommendation this did not deprive the Tribunal's review of an effective decision-making function. While they have referred to previous cases concerning the relevance of administrative practices and policies, the Court observes that these judgments examined complaints under Article 8 of the Convention where issues arose as to whether certain measures were "in accordance with the law". In that context, the existence of administrative practices may indeed have a bearing on the conditions of lawfulness of measures. Under Article 5 § 4 however, the plain wording of the provision refers to the decisionmaking power of the reviewing body. In this case, the power to order release lay with the Secretary of State, even though he may have been under some constraints of administrative law as regarded the situations in which he could or could not depart from a policy that had created legitimate expectations. The ability of an applicant to challenge a refusal by the Secretary of State to follow his previous policy in the courts would not remedy the lack of power of decision in the Tribunal. Article 5 § 4 presupposes the existence of a procedure in conformity with its provisions without the necessity to institute separate legal proceedings in order to bring it about. Similarly, although both parties appear to agree that the Secretary of State, following entry into force of the Human Rights

Act 1998, would not be able lawfully to depart from the Tribunal's recommendation, this does not alter the fact that *the decision to release would be taken by a member of the executive and not by the Tribunal. This is not a matter of form but impinges on the fundamental principle of separation of powers and detracts from a necessary guarantee against the possibility of abuse* (see, mutatis mutandis, *Stafford v. the United Kingdom*, [GC] no. 46295/ 99, 28 May 2002, ECHR 2002-..., § 78).

37. Nor does the Court accept the Government's argument that the applicants cannot claim to be victims, the first applicant since he has been released when the Tribunal so recommended and the second applicant as his release has never been recommended. Both applicants, the first applicant until the date of his release in January 2001, were entitled to have a review of the lawfulness of their continued detention by a body satisfying the requirements of Article 5 § 4. As the Tribunal could not order the release of the applicants, they were not able to obtain such a review.

38. Accordingly, there has been a violation of Article 5 § 4 of the Convention.

Kleyn t. Nederland (2003)

193. Although *the notion of the separation of powers between the political organs of government and the judiciary has assumed growing importance in the Court's case-law* (see *Stafford v. the United Kingdom* [GC], no. 46295/99, § 78, ECHR 2002-IV), *neither Article 6 nor any other provision of the Convention requires States to comply with any theoretical constitutional concepts regarding the permissible limits of the powers' interaction.* The question is always whether, in a given case, the requirements of the Convention are met. *The present case does not, therefore, require the application of any particular doctrine of constitutional law to the position of the Netherlands Council of State.* The Court is faced solely with the question whether, in the circumstances of the case, the Administrative Jurisdiction Division had the requisite "appearance" of independence, or the requisite "objective" impartiality (see *McGonnell*, cited above, § 51).

194. In deciding whether in a given case there is a legitimate reason to fear that these requirements are not met, the standpoint of a party is important but not decisive. What is decisive is whether this fear can be held to be objectively justified (see, mutatis mutandis, *Hauschildt v. Denmark*, judgment of 24 May 1989, Series A no. 154, p. 21, § 48).

195. Having regard to the manner and conditions of appointment of the Netherlands Council of State's members and their terms of office, and in the absence of any indication of a lack of *sufficient and adequate safeguards against possible extraneous pressure*, the Court has found nothing in the applicant's submissions that could substantiate their concerns as to the independence of the Council of State and its

members, the more so as this particular issue was not addressed in the challenge proceedings brought by Mr and Mrs Raymakers.

Neither is there any indication in the present case that any member of the bench of the Administrative Jurisdiction Division was subjectively prejudiced or biased when hearing the applicants' appeals against the routing decision. In particular, it has not been alleged by the applicants that the participation of the President of the bench in the advisory opinion on the Transport Infrastructure Planning Bill gave rise to actual bias on his part.

196. Nevertheless, as illustrated in Procola(cited above), the consecutive exercise of advisory and judicial functions within one body may, in certain circumstances, raise an issue under Article 6 § 1 of the Convention as regards the impartiality of the body seen from the objective viewpoint. In this context the Court reiterates that *it is crucial for tribunals to inspire trust and confidence* (see paragraph 191 above).

197. The Government have brought to the Court's attention the internal measures taken by the Council of State with a view to giving effect to Procola in the Netherlands (see paragraphs 142-45 above). According to the description of these measures which is to be found in the Annual Report 2000 of the Council of State, the composition of the bench will only be scrutinised if doubts are expressed by a party; the criterion then applied is that if the appeal goes to a matter explicitly addressed in a previous advisory opinion, the composition will be changed so as to exclude any judges who participated in that opinion.

198. The Court is not as confident as the government was in its statement during the parliamentary budget discussions in 2000 that these arrangements are such as to ensure that in all appeals coming before it the Administrative Jurisdiction Division constitutes an "impartial tribunal" for the purposes of Article 6 § 1 of the Convention. *It is not, however, the task of the Court to rule in the abstract on the compatibility of the Netherlands system in this respect with the Convention. The issue before the Court is whether, as regards the appeals brought by the present applicants, it was compatible with the requirement of the "objective" impartiality of a tribunal under Article 6 § 1 that the Council of State's institutional structure had allowed certain of its ordinary councillors to exercise both advisory and judicial functions.*

5 Due process

Due process - bestaan van rechterlijke organen

De Haes en Gijssels t. België (1997)

37. *The courts - the guarantors of justice, whose role is fundamental in a State based on the rule of law - must enjoy public confidence.*

Due process: toegang tot de rechter

Golder t. VK (1975)

30. In the way in which it is presented in the “general rule” in Article 31 of the Vienna Convention, the process of interpretation of a treaty is a unity, a single combined operation; this rule, closely integrated, places on the same footing the various elements enumerated in the four paragraphs of the Article.

31. The terms of Article 6 para. 1 of the European Convention, taken in their context, provide reason to think that this right is included among the guarantees set forth.

...

34. As stated in Article 31 para. 2 of the Vienna Convention, the preamble to a treaty forms an integral part of the context. Furthermore, the preamble is generally very useful for the determination of the “object” and “purpose” of the instrument to be construed.

In the present case, the most significant passage in the Preamble to the European Convention is the signatory Governments declaring that they are “resolved, as the Governments of European countries which are like-minded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law, to take the first steps for the collective enforcement of certain of the Rights stated in the Universal Declaration” of 10 December 1948.

In the Government’s view, that recital illustrates the “selective process” adopted by the draftsmen: that the Convention does not seek to protect Human Rights in general but merely “certain of the Rights stated in the Universal Declaration”. Articles 1 and 19 are, in their submission, directed to the same end.

The Commission, for their part, attach great importance to the expression “rule of law” which, in their view, elucidates Article 6 para. 1.

The “selective” nature of the Convention cannot be put in question. It may also be accepted, as the Government have submitted, that *the Preamble does not include the rule of law in the object and purpose of the Convention, but points to it as being one of the features of the common spiritual heritage of the member States of the Council of Europe*. The Court however considers, like the Commission, that it would be a mistake to see in this reference a merely “more or less rhetorical reference”, devoid of relevance for those interpreting the Convention. One reason why the signatory Governments decided to “take the first steps for the collective enforcement of certain of the Rights stated in the Universal Declaration” was their profound belief in the rule of law. *It seems both natural and in conformity with the principle of good faith (Article 31 para. 1 of the Vienna Convention) to bear in mind this widely proclaimed consideration when interpreting the terms of Article 6 para. 1*

according to their context and in the light of the object and purpose of the Convention. This is all the more so since *the Statute of the Council of Europe, an organisation of which each of the States Parties to the Convention is a Member (Article 66 of the Convention) (art. 66), refers in two places to the rule of law: first in the Preamble,* where the signatory Governments affirm their devotion to this principle, and secondly in Article 3 (art. 3) which provides that “every Member of the Council of Europe must accept the principle of the rule of law ...”

And in civil matters one can scarcely conceive of the rule of law without there being a possibility of having access to the courts.

35. Article 31 para. 3 (c) of the Vienna Convention indicates that account is to be taken, together with the context, of “any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties”. Among those rules are general principles of law and especially “general principles of law recognized by civilized nations” (Article 38 para. 1 (c) of the Statute of the International Court of Justice). Incidentally, the Legal Committee of the Consultative Assembly of the Council of Europe foresaw in August 1950 that “the Commission and the Court must necessarily apply such principles” in the execution of their duties and thus considered it to be “unnecessary” to insert a specific clause to this effect in the Convention (Documents of the Consultative Assembly, working papers of the 1950 session, Vol. III, no. 93, p. 982, para. 5).

The principle whereby a civil claim must be capable of being submitted to a judge ranks as one of the universally “recognised” fundamental principles of law; the same is true of the principle of international law which forbids the denial of justice. Article 6 para. 1 (art. 6-1) must be read in the light of these principles. Were Article 6 para. 1 (art. 6-1) to be understood as concerning exclusively the conduct of an action which had already been initiated before a court, a Contracting State could, without acting in breach of that text, do away with its courts, or take away their jurisdiction to determine certain classes of civil actions and entrust it to organs dependent on the Government. Such assumptions, indissociable from a danger of arbitrary power, would have serious consequences which are repugnant to the aforementioned principles and which the Court cannot overlook (Lawless judgment of 1 July 1961, Series A no. 3, p. 52, and Delcourt judgment of 17 January 1970, Series A no. 11, pp. 14-15).

It would be inconceivable, in the opinion of the Court, that Article 6 para. 1 (art. 6-1) should describe in detail the procedural guarantees afforded to parties in a pending lawsuit and should not first protect that which alone makes it in fact possible to benefit from such guarantees, that is, access to a court. The fair, public and expeditious characteristics of judicial proceedings are of no value at all if there are no judicial proceedings.

36. Taking all the preceding considerations together, it follows that the right of access constitutes an element which is inherent in the right stated by Article 6 para. 1 (art. 6-1). This is not an extensive interpretation forcing new obligations on the Contracting States: it is based on the very terms of the first sentence of Article 6 para. 1 (art. 6-1) read in its context and having regard to the object and purpose of the Convention, a lawmaking treaty (see the *Wemhoff* judgment of 27 June 1968, Series A no. 7, p. 23, para. 8), and to general principles of law. The Court thus reaches the conclusion, without needing to resort to “supplementary means of interpretation” as envisaged at Article 32 of the Vienna Convention, that Article 6 para. 1 (art. 6-1) secures to everyone the right to have any claim relating to his civil rights and obligations brought before a court or tribunal. In this way the Article embodies the “right to a court”, of which the right of access, that is the right to institute proceedings before courts in civil matters, constitutes one aspect only. To this are added the guarantees laid down by Article 6 para. 1 (art. 6-1) as regards both the organisation and composition of the court, and the conduct of the proceedings. In sum, the whole makes up the right to a fair hearing. The Court has no need to ascertain in the present case whether and to what extent Article 6 para. 1 (art. 6-1) further requires a decision on the very substance of the dispute (English “determination”, French “décidera”).

Rechterlijk orgaan ‘established by law’

Lavents t. Letland (2002)

81. La Cour rappelle que l’article 5 § 4 confère à toute personne arrêtée ou détenue le droit d’intenter une procédure tendant à faire contrôler par un tribunal le respect des conditions procédurales et de fond nécessaires à la « légalité », au sens de l’article 5 § 1, de sa privation de liberté (voir, parmi beaucoup d’autres, l’arrêt *Assenov et autres c. Bulgarie* du 28 octobre 1998, Recueil 1998-VIII, p. 3298, § 162). Même si la procédure au titre de l’article 5 § 4 ne doit pas toujours s’accompagner de garanties identiques à celles que l’article 6 § 1 prescrit pour les procès civils ou pénaux, il faut qu’elle revête un caractère juridictionnel et offre des garanties appropriées au type de privation de liberté en question (voir, par exemple, les arrêts *Megyeri c. Allemagne* du 12 mai 1992, série A no 237-A, p. 11, § 22, et *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni* du 26 mai 1993, série A no 258-B, p. 49, § 58).

En particulier, bien que l’article 5 § 4 de la Convention parle d’un « tribunal », il n’exige pas explicitement que ce tribunal soit « indépendant et impartial », comme le demande impérativement l’article 6 § 1. Toutefois, la Cour a jugé

que tant l'indépendance que l'impartialité constituent des éléments essentiels constitutifs de la notion de « tribunal », quel que soit l'article de la Convention qui la mentionne (voir D.N. c. Suisse [GC], no 27154/95, § 42, 29 mars 2001, à paraître dans le Recueil officiel de la Cour). De même, à la lumière du principe de l'Etat de droit inhérent au système de la Convention, la Cour estime qu'un « tribunal » doit toujours être « établi par la loi », faute de quoi il lui manquerait la légitimité requise dans une société démocratique pour entendre la cause des particuliers.

Due process - rechterlijke controle van discretionaire bevoegdheidsuitoefening door de executieve

Silver t. VK (1983)

90. The applicants further contended that the law itself must provide safeguards against abuse.

The Government recognised that the correspondence control system must itself be subject to control and the Court finds it evident that some form of safeguards must exist. *One of the principles underlying the Convention is the rule of law, which implies that an interference by the authorities with an individual's rights should be subject to effective control* (see, inter alia, the Klass and others judgment of 6 September 1978, Series A no. 28, pp. 25–26, § 55). This is especially so where, as in the present case, the law bestows on the executive wide discretionary powers, the application whereof is a matter of practice which is susceptible to modification but not to any Parliamentary scrutiny (see paragraph 26 above). However, the Court does not interpret the expression “in accordance with the law” as meaning that the safeguards must be enshrined in the very text which authorises the imposition of restrictions. In fact, *the question of safeguards against abuse is closely linked with the question of effective remedies and the Court finds it preferable to take this issue into account in the wider context of Article 13* (see paragraphs 111–119 below).

Brogan e.a. t. VK (1988)

58. ...Judicial control of interferences by the executive with the individual's right to liberty is an essential feature of the guarantee embodied in Article 5 para. 3, which is intended to minimise the risk of arbitrariness. *Judicial control is implied by the rule of law*, “one of the fundamental principles of a democratic society ..., which is expressly referred to in the Preamble to the Convention” (see, mutatis mutandis, the above-mentioned Klass and Others judgment, Series A no. 28, pp. 25–26, para. 55) and “from which the whole Convention draws its inspiration” (see, mutatis mutandis, the Engel and Others judgment of 8 June 1976, Series A no. 22, p. 28, para. 69).

Huwig t. Frankrijk (1990)

31. ... Since it must ascertain whether the interference complained of was “in accordance with the law”, *it must inevitably assess the relevant French “law” in force at the time in relation to the requirements of the fundamental principle of the rule of law.* Such a review necessarily entails some degree of abstraction. *It is none the less concerned with the “quality” of the national legal rules applicable to Mr and Mrs Huwig in the instant case.*

32. Tapping and other forms of interception of telephone conversations represent a serious interference with private life and correspondence and must accordingly be based on a “law” *that is particularly precise.* It is essential to have clear, detailed rules on the subject, especially as the technology available for use is continually becoming more sophisticated. ...

33. The Court does not in any way minimise the value of several of the safeguards, in particular the need for a decision by an investigating judge, who is an independent judicial authority... It has to be noted, however, that only some of these safeguards are expressly provided for in Articles 81, 151 and 152 of the Code of Criminal Procedure. ... Although logical in itself, such “extrapolation” does not provide sufficient *legal certainty* in the present context.

34. Above all, *the system does not for the time being afford adequate safeguards against various possible abuses.* For example, the categories of people liable to have their telephones tapped by judicial order and the nature of the offences which may give rise to such an order are nowhere defined. Nothing obliges a judge to set a limit on the duration of telephone tapping. Similarly unspecified are the procedure for drawing up the summary reports containing intercepted conversations; the precautions to be taken in order to communicate the recordings intact and in their entirety for possible inspection by the judge (who can hardly verify the number and length of the original tapes on the spot) and by the defence; and the circumstances in which recordings may or must be erased or the tapes be destroyed, in particular where an accused has been discharged by an investigating judge or acquitted by a court. The information provided by the Government on these various points shows at best the existence of a practice, but a practice lacking the necessary regulatory control in the absence of legislation or case-law.

35. In short, *French law, written and unwritten, does not indicate with reasonable clarity the scope and manner of exercise of the relevant discretion conferred on the public authorities.* This was truer still at the material time, so that *Mr and Mrs Huwig did not enjoy the minimum degree of protection to which citizens are entitled under the rule of law in a democratic society* (see the Malone judgment previously cited, Series A no. 82, p. 36, § 79). ...

Kress t. Frankrijk (2001)

69. The Court accepts that, in comparison with the ordinary courts, the administrative courts in France display a number of special features, for historical reasons.

Admittedly, *the very establishment and existence of administrative courts can be hailed as one of the most conspicuous achievements of a State based on the rule of law*, in particular because the jurisdiction of those courts to adjudicate on acts of the administrative authorities was not accepted without a struggle. Even today, the way in which administrative judges are recruited, their special status, distinct from that of the ordinary judiciary, and the special features of the way in which the system of administrative justice works (see paragraphs 33-52 above) show how difficult it was for the executive to accept that its acts should be subject to review by the courts. ...

Due process - garantie van een daadwerkelijk rechtsmiddel

Conka t. België (2002)

83. Secondly, even if the risk of error is in practice negligible - a point which the Court is unable to verify, in the absence of any reliable evidence - it should be noted that *the requirements of Article 13, and of the other provisions of the Convention, take the form of a guarantee and not of a mere statement of intent or a practical arrangement. That is one of the consequences of the rule of law*, one of the fundamental principles of a democratic society, which is inherent in all the Articles of the Convention (see, *mutatis mutandis*, *Iatridis v. Greece* [GC], no. 31107/96, § 58, ECHR 1999-II).

However, it appears that the authorities are not required to defer execution of the deportation order while an application under the extremely urgent procedure is pending, not even for a minimum reasonable period to enable the *Conseil d'Etat* to decide the application. Furthermore, the onus is in practice on the *Conseil d'Etat* to ascertain the authorities' intentions regarding the proposed expulsions and to act accordingly, but there does not appear to be any obligation on it to do so. Lastly, it is merely on the basis of internal directions that the registrar of the *Conseil d'Etat*, acting on the instructions of a judge, contacts the authorities for that purpose, and there is no indication of what the consequences might be should he omit to do so. Ultimately, the alien has no guarantee that the *Conseil d'Etat* and the authorities will comply in every case with that practice, that the *Conseil d'Etat* will deliver its decision, or even hear the case, before his expulsion, or that the authorities will allow a minimum reasonable period of grace.

Each of those factors makes the implementation of the remedy too uncertain to enable the requirements of Article 13 to be satisfied.

Due process - onafhankelijke rechtspraak

Le Compte, Van Leuven & De Meyere t. België (1981)

55. Whilst the Court of Cassation, notwithstanding the limits on its jurisdiction (see paragraphs 33 and 51 above), obviously has the characteristics of a tribunal, it has to be ascertained whether the same may be said of the Appeals Council. The fact that it exercises judicial functions (see paragraph 26 above) does not suffice. According to the Court's case-law (the above-mentioned Neumeister judgment, p. 44; the De Wilde, Ooms and Versyp judgment of 18 June 1971, Series A no. 12, p. 41, par. 78; the above-mentioned Ringelsen judgment, p. 39, par. 95), use of the term "tribunal" is warranted only for an organ which satisfies a series of further requirements - independence of the executive and of the parties to the case, duration of its members' term of office, guarantees afforded by its procedure - several of which appear in the text of Article 6 par. 1 (art. 6-1) itself. In the Court's opinion, subject to the points mentioned below, those requirements were satisfied in the present cases.

Due process - onpartijdige rechtspraak

Kyprianou t. Cyprus (2005)

118. The Court reiterates at the outset that *it is of fundamental importance in a democratic society that the courts inspire confidence in the public and above all, as far as criminal proceedings are concerned, in the accused* (see *Padovani v. Italy*, judgment of 26 February 1993, Series A no. 257-B, p. 20, § 27). To that end Article 6 requires a tribunal falling within its scope to be impartial. Impartiality normally denotes the absence of prejudice or bias and its existence or otherwise can be tested in various ways. The Court has thus distinguished between a subjective approach, that is endeavouring to ascertain the personal conviction or interest of a given judge in a particular case, and an objective approach, that is determining whether he or she offered sufficient guarantees to exclude any legitimate doubt in this respect (see *Piersack v. Belgium*, judgment of 1 October 1982, Series A no. 53, pp. 14-15, § 30, and *Grievies v. the United Kingdom* [GC], no. 57067/00, § 69, 16 December 2003). As to the second test, when applied to a body sitting as a bench, it means determining whether, quite apart from the personal conduct of any of the members of that body, there are ascertainable facts which may raise doubts as to its impartiality. In this respect even appearances may be of

some importance (see *Castillo Algar v. Spain*, judgment of 28 October 1998, *Reports* 1998-VIII, p. 3116, § 45, and *Morel v. France*, no. 34130/96, § 42, ECHR 2000-VI). When it is being decided whether in a given case there is a legitimate reason to fear that a particular body lacks impartiality, the standpoint of those claiming that it is not impartial is important but not decisive. What is decisive is whether the fear can be held to be objectively justified (see *Ferrantelli and Santangelo v. Italy*, judgment of 7 August 1996, *Reports* 1996-III, pp. 951-52, § 58, and *Wettstein v. Switzerland*, no. 33958/96, § 44, ECHR 2000-XII).

119. In applying the subjective test, the Court has consistently held that the personal impartiality of a judge must be presumed until there is proof to the contrary (see *Hauschildt v. Denmark*, judgment of 24 May 1989, Series A no. 154, p. 21, § 47). As regards the type of proof required, the Court has, for example, sought to ascertain whether a judge has displayed hostility or ill will or has arranged to have a case assigned to himself for personal reasons (see *De Cubber*, cited above, p. 14, § 25). *The principle that a tribunal shall be presumed to be free of personal prejudice or partiality is long-established in the case-law of the Court (see, for example, Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, judgment of 23 June 1981, Series A no. 43, p. 25, § 58). It reflects an important element of the rule of law, namely that the verdicts of a tribunal should be final and binding unless set aside by a superior court on the basis of irregularity or unfairness. This principle must apply equally to all forms of tribunal including juries (see *Holm v. Sweden*, judgment of 25 November 1993, Series A no. 279-A, p. 14, § 30). Although in some cases it may be difficult to procure evidence with which to rebut the presumption, it must be remembered that the requirement of objective impartiality provides a further important guarantee (see *Pullar v. the United Kingdom*, judgment of 10 June 1996, *Reports* 1996-III, p. 793, § 32). In other words, the Court has recognised the difficulty of establishing a breach of Article 6 on account of subjective partiality and for this reason has in the vast majority of cases raising impartiality issues focused on the objective test. However, there is no watertight division between the two notions since the conduct of a judge may not only prompt objectively held misgivings as to impartiality from the point of view of the external observer (objective test) but may also go to the issue of his or her personal conviction (subjective test).

120. The Court has held for instance that the judicial authorities are required to exercise maximum discretion with regard to the cases with which they deal in order to preserve their image as impartial judges. That discretion should dissuade them from making use of the press, even when provoked. It is the higher demands of justice and the elevated nature of judicial office which impose that duty (see *Buscemi v. Italy*, no. 29569/95, § 67, ECHR 1999-VI). Thus, where a court

president publicly used expressions which implied that he had already formed an unfavourable view of the applicant's case before presiding over the court that had to decide it, his statements were such as to justify objectively the accused's fears as to his impartiality (*ibid.*, § 68). On the other hand, in another case, where a judge engaged in public criticism of the defence and publicly expressed surprise that the accused had pleaded not guilty, the Court approached the matter on the basis of the subjective test (see *Lavents v. Latvia*, no. 58442/00, §§ 118-19, 28 November 2002).

121. An analysis of the Court's case-law discloses two possible situations in which the question of a lack of judicial impartiality arises. The first is functional in nature: where the judge's personal conduct is not at all impugned, but where, for instance, the exercise of different functions within the judicial process by the same person (see *Piersack*, cited above), or hierarchical or other links with another actor in the proceedings (see court martial cases, for example, *Grieves*, cited above, and *Miller and Others v. the United Kingdom*, nos. 45825/99, 45826/99 and 45827/99, 26 October 2004), objectively justify misgivings as to the impartiality of the tribunal, which thus fails to meet the Convention standard under the objective test (see paragraph 118 above). The second is of a personal character and derives from the conduct of the judges in a given case. In terms of the objective test, such conduct may be sufficient to ground legitimate and objectively justified apprehensions as in *Buscemi*, cited above, but it may also be of such a nature as to raise an issue under the subjective test (see, for example, *Lavents*, cited above) and even disclose personal bias. In this context, therefore, whether a case falls to be dealt with under one test or the other, or both, will depend on the particular facts of the contested conduct.

Due process - equality of arms

Dombo Beheer t. Nederland (1993)

33. ... as regards litigation involving opposing private interests, "*equality of arms*" implies that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case - including his evidence - under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis-à-vis his opponent. It is left to the national authorities to ensure in each individual case that the requirements of a "fair hearing" are met.

Steel & Morris t. VK (2005)

59. ... It is central to the concept of a fair trial, in civil as in criminal proceedings, that a litigant is not denied the opportunity to present his or her case effectively before the court (*ibid.*) and that he or she is able to enjoy equality of arms with the opposing side

(see, among many other examples, *De Haes and Gijssels v. Belgium*, judgment of 24 February 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-I, p. 238, § 53).

...

62. ... it is not incumbent on the State to seek through the use of public funds to ensure total equality of arms between the assisted person and the opposing party, as long as each side is afforded a reasonable opportunity to present his or her case under conditions that do not place him or her at a substantial disadvantage *vis-à-vis* the adversary (see *De Haes and Gijssels*, p. 238, § 53, and also *McVicar*, §§ 51 and 62, both cited above).

Due process - recht op tegenspraak

Krcmar - (1999)

40. However, the concept of a fair hearing also implies the right to adversarial proceedings, according to which the parties must have the opportunity not only to make known any evidence needed for their claims to succeed, but also to have knowledge of, and comment on, all evidence adduced or observations filed, with a view to influencing the court's decision (see the *Nideröst-Huber v. Switzerland* judgment of 18 February 1997, *Reports* 1997-I, p. 108, § 24, and the *Mantovanelli v. France* judgment of 18 March 1997, *Reports* 1997-II, p. 436, § 33).

Due process - redelijke termijn

Ferrari t. Italië (1999)

21. The Court notes at the outset that Article 6 § 1 of the Convention imposes on the Contracting States the duty to organise their judicial systems in such a way that their courts can meet the requirements of this provision (*Salesi v. Italy* judgment of 26 February 1993, Series A no. 257-E, p. 60, § 24). It wishes to reaffirm the importance of administering justice without delays which might jeopardise its effectiveness and credibility (*Katte Klitsche de la Grange v. Italy* judgment of 27 October 1994, Series A no. 293-B, p. 39, § 61). *It points out, moreover, that the Committee of Ministers of the Council of Europe, in its Resolution DH (97) 336 of 11 July 1997 (Length of civil proceedings in Italy: supplementary measures of a general character), considered that "excessive delays in the administration of justice constitute an important danger, in particular for the respect of the rule of law"*.

Due process - Effectieve tenuitvoerlegging van uitspraken

Hornsby t. Griekenland (1997)

40. The Court reiterates that, according to its established case-law, Article 6 para. 1 (art. 6-1) secures to everyone the right to have any claim relating to his civil rights and obligations brought before a court or tribunal; in this way it embodies the “right to a court”, of which the right of access, that is the right to institute proceedings before courts in civil matters, constitutes one aspect (see the *Philis v. Greece* judgment of 27 August 1991, Series A no. 209, p. 20, para. 59). However, *that right would be illusory if a Contracting State’s domestic legal system allowed a final, binding judicial decision to remain inoperative to the detriment of one party*. It would be inconceivable that Article 6 para. 1 should describe in detail procedural guarantees afforded to litigants – proceedings that are fair, public and expeditious – without protecting the implementation of judicial decisions; *to construe Article 6 as being concerned exclusively with access to a court and the conduct of proceedings would be likely to lead to situations incompatible with the principle of the rule of law which the Contracting States undertook to respect when they ratified the Convention* (see, *mutatis mutandis*, the *Golder v. the United Kingdom* judgment of 21 February 1975, Series A no. 18, pp. 16-18, paras. 34-36). Execution of a judgment given by any court must therefore be regarded as an integral part of the “trial” for the purposes of Article 6 (art. 6); moreover, the Court has already accepted this principle in cases concerning the length of proceedings (see, most recently, the *Di Pede v. Italy* and *Zappia v. Italy* judgments of 26 September 1996, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV, pp. 1383-1384, paras. 20-24, and pp. 1410-1411, paras. 16-20 respectively).

41. The above principles are of even greater importance in the context of administrative proceedings concerning a dispute whose outcome is decisive for a litigant’s civil rights. By lodging an application for judicial review with the State’s highest administrative court the litigant seeks not only annulment of the impugned decision but also and above all the removal of its effects. The effective protection of a party to such proceedings and the restoration of legality presuppose an obligation on the administrative authorities’ part to comply with a judgment of that court. The Court observes in this connection that *the administrative authorities form one element of a State subject to the rule of law and their interests accordingly coincide with the need for the proper administration of justice*. Where administrative authorities refuse or fail to comply, or even delay doing so, the guarantees under Article 6 (art. 6) enjoyed by a litigant during the judicial phase of the proceedings are rendered devoid of purpose.

Antonetto t. Italië (2000)

27. La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence, le droit à un tribunal serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un Etat contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie. L'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit donc être considérée comme faisant partie intégrante du « procès » au sens de l'article 6 (voir les arrêts *Immobiliare Saffi c. Italie* [GC], n° 22774/93, § 63 *in fine*, CEDH 1999-V, et *Hornsby c. Grèce* du 19 mars 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-II, pp. 510-511, § 40).

28. Ces affirmations revêtent encore plus d'importance dans le contexte du contentieux administratif, à l'occasion d'un différend dont l'issue est déterminante pour les droits civils du justiciable. En introduisant un recours en annulation devant la plus haute juridiction administrative de l'Etat, celui-ci vise à obtenir non seulement la disparition de l'acte litigieux, mais aussi et surtout la levée de ses effets. Or, la protection effective du justiciable et le rétablissement de la légalité impliquent l'obligation pour l'administration de se plier à un jugement ou arrêt prononcé par une telle juridiction. La Cour rappelle à cet égard que *l'administration constitue un élément de l'Etat de droit et que son intérêt s'identifie donc avec celui d'une bonne administration de la justice. Si l'administration refuse ou omet de s'exécuter, ou encore tarde à le faire, les garanties de l'article 6 dont a bénéficié le justiciable pendant la phase judiciaire de la procédure perdraient toute raison d'être* (cf. arrêt *Hornsby* précité, § 41).

Pini en Bertani t. Roemenië (2004)

182. The Court notes, firstly, that in spite of the efforts by the bailiffs to ensure the execution of the decisions in question, their actions were wholly ineffective in the instant case. ...

183. The Court considers that such conduct towards bailiffs, who *work to ensure the proper administration of justice and thus represent a vital component of the rule of law*, is incompatible with their position as law-enforcement officers and that action should be taken against those responsible. In this connection, it is for the State to take all the necessary steps to enable bailiffs to carry out the task they have been assigned, particularly by ensuring the effective participation of other authorities that may assist enforcement where the circumstances so require, failing which the guarantees enjoyed by a litigant during the judicial phase of the proceedings will be rendered devoid of purpose (see, *mutatis mutandis*, *Hornsby*, cited above, p. 511, § 41).

...

187. The Court agrees with the Government that the use of force to execute the final decisions in question would have been a very delicate matter in the present case. Nevertheless, *as the orders for the adoption of the two children have become final but have not been executed, they have been deprived of their binding force and have remained mere recommendations. Such a situation contravenes the principles of the rule of law and of legal certainty*, notwithstanding the existence of special reasons potentially justifying it, the Government having cited the obligations on the respondent State with a view to its future accession to the European Union legal order.

Due process - uitspraken van een rechter moeten voorspelbaar zijn

Beian t. Roemenië (2007)

39. Cette pratique qui s'est développée au sein de la plus haute autorité judiciaire du pays est en soi contraire au *principe de la sécurité juridique, qui est implicite dans l'ensemble des articles de la Convention et constitue l'un des éléments fondamentaux de l'Etat de droit* (voir, mutatis mutandis, Baranowski c. Pologne, no 28358/95, § 56, CEDH 2000-III). Au lieu de fixer, comme il lui incombait, l'interprétation à suivre, la Haute Cour de cassation est devenue elle-même source d'insécurité juridique, sapant ainsi la confiance du public dans le système judiciaire (voir, mutatis mutandis, Sovtransavto Holding c. Ukraine, no 48553/99, § 97, CEDH 2002-VII, et Paduraru, précité, § 98, et, a contrario, Pérez Arias c. Espagne, no 32978/03, § 27, 28 juin 2007).

Due process - verbod op interventie van wetgever in lopende rechterlijke procedure

Stran Greek Refineries t. Griekenland (1994)

49. The *principle of the rule of law* and the notion of fair trial enshrined in Article 6 preclude any interference by the legislature with the administration of justice designed to influence the judicial determination of the dispute.

Due process - motivering van rechterlijke uitspraken

Garcia Ruiz t. Spanje (1999)

26. The Court reiterates that, according to its established case-law reflecting a principle linked to the proper administration of justice, judgments of courts and tribunals should adequately state the reasons on which they are based. The extent to which this duty to give reasons applies may vary according to the nature of the decision and must be determined in the light of the circumstances of the case (see the Ruiz Torija v. Spain and Hiro Balani v. Spain judgments of 9 December

1994, Series A nos. 303-A and 303-B, p. 12, § 29, and pp. 29-30, § 27; and the *Higgins and Others v. France* judgment of 19 February 1998, *Reports of Judgments and Decisions* 1998-I, p. 60, § 42). Although Article 6 § 1 obliges courts to give reasons for their decisions, it cannot be understood as requiring a detailed answer to every argument (see the *Van de Hurk v. the Netherlands* judgment of 19 April 1994, Series A no. 288, p. 20, § 61). Thus, in dismissing an appeal, an appellate court may, in principle, simply endorse the reasons for the lower court's decision (see, *mutatis mutandis*, the *Helle v. Finland* judgment of 19 December 1997, *Reports* 1997-VIII, p. 2930, §§ 59-60).

6 + 7 Gelijkheid voor de wet + gelijkheid + democratie

Refah Partisi / Turkije (2001, kameruitspraak)

43. The European Convention on Human Rights must be understood and interpreted as a whole. Human rights form an integrated system for the protection of human dignity; in that connection, democracy and the rule of law have a key role to play.

Democracy requires that the people should be given a role. Only institutions created by and for the people may be vested with the powers and authority of the State; statute law must be interpreted and applied by an independent judicial power. There can be no democracy where the people of a State, even by a majority decision, waive their legislative and judicial powers in favour of an entity which is not responsible to the people it governs, whether it is secular or religious.

The rule of law means that all human beings are equal before the law, in their rights as in their duties. However, legislation must take account of differences, provided that distinctions between people and situations have an objective and reasonable justification, pursue a legitimate aim and are proportionate and consistent with the principles normally upheld by democratic societies. *But the rule of law cannot be said to govern a secular society when groups of persons are discriminated against solely on the ground that they are of a different sex or have different political or religious beliefs. Nor is the rule of law upheld where entirely different legal systems are created for such groups.*

There is a very close link between the rule of law and democracy. As it is the function of written law to establish distinctions on the basis of relevant differences, *the rule of law cannot be sustained over a long period if persons governed by the same laws do not have the last word on the subject of their content and implementation.*

7 Democratie en actief / passief kiesrecht

Hirst t. VK (2004, Kameruitspraak)

36. While Article 3 of Protocol No. 1 is phrased in terms of the obligation of the High Contracting Party to hold elections which ensure the free expression of the opinion of the people, the Court's case-law establishes that it guarantees *individual rights, including the right to vote and to stand for election. Although those rights are central to democracy and the rule of law, they are not absolute and may be subject to limitations. The Contracting States have a wide margin of appreciation in this sphere, but it is for the Court to determine in the last resort whether the requirements of Article 3 of Protocol No. 1 have been complied with; it has to satisfy itself that the conditions do not curtail the rights in question to such an extent as to impair their very essence and deprive them of their effectiveness; that they are imposed in pursuit of a legitimate aim; and that the means employed are not disproportionate (see Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium, judgment of 2 March 1987, Series A no. 113, p. 23, § 52; and more recently, Matthews v. United Kingdom [GC], no. 24833/94, § 63, ECHR 1999-I; Labita v. Italy [GC], no. 26772/95, § 201, ECHR 2000-IV, and Podkolzina v. Latvia, no. 46726/99, § 33, ECHR 2002-II).*

Hirst t. VK (2005, Grote Kamer)

58. The Court has had frequent occasion to highlight the importance of democratic principles underlying the interpretation and application of the Convention (see, among other authorities, United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, judgment of 30 January 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-I, pp. 21-22, § 45), and it would take this opportunity to emphasise that *the rights guaranteed under Article 3 of Protocol No. 1 are crucial to establishing and maintaining the foundations of an effective and meaningful democracy governed by the rule of law* (see also the importance of these rights as recognised internationally in “Relevant international materials”, paragraphs 26-39 above).

Albanese t. Italië (2006)

44. La Cour rappelle que l'article 3 du Protocole no 1 implique les *droits subjectifs de vote et d'éligibilité* (Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique, arrêt du 2 mars 1987, série A no 113, pp. 22-23, § 51), et elle considère que *ces droits sont cruciaux pour l'établissement et le maintien des fondements d'une véritable démocratie régie par l'état de droit* (Hirst c. Royaume-Uni (no 2), GC, no 74025/01, § 58). ...

8 Scheiding tussen kerk en staat

Refah Partisi / Turkije (2003, Grote Kamer)

93. In applying the above principles to Turkey the Convention institutions have expressed the view that *the principle of secularism is certainly one of the fundamental principles of the State which are in harmony with the rule of law and respect for human rights and democracy. An attitude which fails to respect that principle will not necessarily be accepted as being covered by the freedom to manifest one's religion and will not enjoy the protection of Article 9 of the Convention* (see the opinion of the Commission, expressed in its report of 27 February 1996, in Kalaç, cited above, p. 1215, § 44, and, mutatis mutandis, p. 1209, §§ 27-31).

9 Plicht tot handhaving van recht en veiligheid

Lelièvre t. België (2007)

104. Comme elle l'a rappelé ci-dessus (paragraphe 89), c'est essentiellement sur la base des motifs figurant dans les décisions des autorités judiciaires nationales, ainsi que des faits non controversés indiqués par l'intéressé dans ses recours, que la Cour doit déterminer s'il y a eu ou non violation de l'article 5 § 3 de la Convention. Or, la Cour constate que le risque pour la propre sécurité du requérant n'a jamais figuré parmi les motifs invoqués par les autorités judiciaires pour refuser son élargissement. En tout état de cause, elle considère que cet argument ne saurait être légitimement invoqué dans un Etat de droit - c'est-à-dire gouverné par la *prééminence du droit* auxquels se réfèrent tant le préambule de la Convention européenne que le Statut du Conseil de l'Europe (Golder c. Royaume-Uni, arrêt du 21 février 1975, série A no 18, § 34) - auquel *il incombe de mettre en œuvre les moyens nécessaires à maintenir le droit sur son territoire et à assurer à tous la sécurité, ainsi que la jouissance des droits et libertés définis par la Convention.*

Uitgaven van de Raad van State in de reeks *Studies en rapporten*

- S&R-1 *Motivering bij rechtsvorming. Over de motivering van uitspraken met een rechtsvormend element door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State*
J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M. van Roosmalen,
Den Haag: Raad van State 2009, ISBN 978-90-9024793-9
- S&R-2 *Rol en betekenis van de Grondwet. Constitutionele toetsing in relatie tot de Raad van State*
J.C.A. de Poorter en H.J.Th.M. van Roosmalen,
Den Haag: Raad van State 2010, ISBN 978-94-90830-01-4
- S&R-3 *Doel en functie van de bestuursrechtspraak: een blik op de toekomst*
J.C.A. de Poorter en K.J. de Graaf,
Den Haag: Raad van State 2011, ISBN 978-94-90830-00-7
- S&R-4 *Juridische betekenis en reikwijdte van het begrip 'rechtsstaat' in de legisprudentie & jurisprudentie van de Raad van State*
W.J.M. Voermans & J.H. Gerards,
m.m.v. M.L. van Emmerik & H.-M. Th. ten Napel
Den Haag: Raad van State 2011, ISBN 978-94-90830-02-1

Zie ook: www.raadvanstate.nl/publicaties

