

ANNOTATIE

Guðmundur Andri Ástráðsson t. IJsland (EHRM, nr. 26374/18) – De benoeming van rechters langs de meetlat van het EVRM

Mr. drs. J.J.J. Sillen

*Annotatie bij Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 01-12-2020,
ECLI:CE:ECHR:2020:1201JUD002637418 (EHRC-2021-0008)*

Inleiding

1. In dit belangrijke arrest ontwikkelt de Grote Kamer van het EHRM een kader voor de toetsing van de benoeming van rechters aan art. 6 EVRM. Hoewel de benoeming van rechters ook vóór dit arrest wel in de Straatsburgse jurisprudentie aan bod kwam, had dat vraagstuk toen geen zelfstandige betekenis: er zijn (bij mijn weten) geen zaken waarin art. 6 EVRM geschonden werd geacht uitsluitend vanwege de wijze van benoeming van een rechter. Met dit arrest verandert dat. De verwachting is bovendien dat de praktische betekenis van het in dit arrest ontwikkelde toetsingskader snel zal toenemen, nu bij het Hof diverse klachten aanhangig zijn tegen Polen vanwege de hervormingen in de rechterlijke macht aldaar.[1] De wijze van benoeming van rechters is daarbij een belangrijk pijnpunt. Het arrest lijkt echter ook van betekenis voor Nederland (nr. 9).

2. Art. 6, eerste lid, EVRM luidt: ‘Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld.’ De wijze van benoeming van rechters is volgens vaste jurisprudentie van het Hof een van de elementen aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of sprake is van een ‘onafhankelijk’

gerecht in de zin van deze bepaling. Andere elementen die daarbij van belang zijn, betreffen de lengte van de benoemingstermijn, het bestaan van waarborgen tegen druk van buitenaf en de vraag of het rechterlijk college de schijn van onafhankelijkheid heeft.[2] Dit arrest plaatst de benoemingswijze van rechters echter niet in de sleutel van dat onderdeel van (de tekst van) art. 6 EVRM, maar haakt aan bij de eis dat sprake moet zijn van een 'gerecht dat bij de wet is ingesteld'. Dat is nieuw. Voorheen werd die eis geacht twee elementen te bevatten.[3] Ten eerste dat aan de instelling van het gerecht een (parlementaire) wet ten grondslag ligt, zodat het bestuur niet naar goeddunken rechterlijke instanties kan instellen en opheffen. Ten tweede dat het gerecht is samengesteld en zijn bevoegdheden uitoefent conform de wet, waarbij het in de praktijk meestal ging over de vraag of de juiste rechter op de juiste zaak 'zat'. Nu voegt het Hof daaraan dus een derde element toe: de benoeming van rechters moet volgens de nationale regels zijn verlopen.

De casus

3. De casus was als volgt. Zoals in veel landen worden rechters in IJsland door het bestuur benoemd, in dit geval: door de President op voordracht van de minister van Justitie. Met het oog op het waarborgen van de rechterlijke onafhankelijk gaat sinds 1989 aan zulke benoemingen een aanbeveling van een commissie vooraf, die kandidaten beoordeelt aan de hand van door de minister vastgestelde criteria. De minister mag in beginsel alleen kandidaten voor benoeming tot rechter voordragen die de commissie als 'meest gekwalificeerd' heeft beoordeeld. Draagt de minister een andere kandidaat voor, dan moet hij daaraan een zorgvuldig onderzoek ten grondslag leggen en voor die afwijkende voordracht de goedkeuring van het parlement verkrijgen. In 2016 wordt aan de IJslandse rechterlijke organisatie een derde instantie toegevoegd die zal functioneren tussen de rechtbanken en de Hoge Raad in. Dat gerechtshof zal 15 rechters tellen. Voor hun benoeming is de bestaande benoemingsprocedure tot uitgangspunt genomen, met dien verstande dat het parlement met de benoeming steeds moest instemmen en dat over elk van die 15 voordrachten afzonderlijk wordt gestemd.

De voordrachtscommissie ontvangt voor die 15 rechterlijke vacatures 33 sollicitaties. Zij beoordeelt deze aan de hand van de door de minister opgestelde criteria, die zij heeft verwerkt in een tabel waarbij aan elk criterium een bepaald gewicht toekomt. Aan de hand daarvan komt zij in een 117 pagina's tellend document tot de conclusie dat allen benoembaar zijn, maar dat 15 van hen het 'meest gekwalificeerd' zijn. De minister wijkt vervolgens af van deze aanbeveling voor wat betreft vier kandidaten. Zij motiveert dat afwijken met de stellingen dat ervaring zwaarder moet wegen in de rangschikking en beoordeling van kandidaten geen exacte wetenschap is. Waarom daarbij de keuze is gevallen op de genoemde vier kandidaten in plaats van de door de commissie genoemde kandidaten, vermeldt de voordracht niet. De

minister legt vervolgens de voordracht in haar geheel (dus niet per kandidaat) voor aan het parlement. Uitsluitend de leden van de coalitie stemmen voor het voorstel, vrijwel alle oppositieleden stemmen ertegen en enkele van hen onthouden zich van stemming. De minister stuurt de voordracht vervolgens naar de President. Nadat deze aan het parlement aanvullende informatie heeft gevraagd, stelt hij vast dat parlementaire procedure volgens de wet is verlopen en benoemt hij de voorgedragen rechters.

Twee kandidaten die door de commissie als meest gekwalificeerde kandidaten waren beoordeeld, maar door de minister niet zijn voordragen, vorderen vervolgens materiële en immateriële schadevergoeding. De Hoge Raad wijst het verzoek om materiële schadevergoeding af, omdat met de aanbeveling nog niet vaststond dat de benadeelde kandidaten zeker zouden zijn benoemd. Het verzoek om immateriële schadevergoeding wijst de Hoge Raad echter toe. Hij overweegt dat de minister aan de – van de aanbeveling van de commissie afwijkende – voordracht geen zorgvuldig onderzoek ten grondslag heeft gelegd, zoals de wet wel vereist, en dat de voordracht – eveneens in afwijking van de wet – in haar geheel, en niet per kandidaat, in stemming is gebracht. Hoewel volgens de Hoge Raad niet vaststaat dat de minister daarmee opzettelijk schade wilde toebrengen aan de reputatie van de twee kandidaten, had de minister zich wel bewust moeten zijn van dat mogelijke leed. De minister deed dat niet en ging volgens de Hoge Raad ‘aan dit kennelijk gevaar volledig voorbij’ (par. 75).

Twee maanden later staat klager bij het nieuwe gerechtshof terecht voor rijden zonder rijbewijs en onder invloed van drugs. A.E. – één van de kandidaten die niet door de commissie was aanbevolen voor benoeming in het gerechtshof, maar daarin wel is benoemd – is lid van de strafkamer die klagers zaak behandelt. Klager vraagt het gerechtshof om haar te vervangen. Het gerechtshof wijst dat verzoek af en laat de straf in stand die de rechtbank klager eerder had opgelegd. Vervolgens gaat klager tegen zijn straf in beroep bij de Hoge Raad waarbij hij betoogt dat hij vanwege A.E.’s lidmaatschap van de strafkamer niet is berecht door een ‘bij de wet ingesteld gerecht’. Hij wijst er daarbij op dat de echtgenoot van A.E. parlementslid is van dezelfde partij als de minister van Justitie, en dat deze – nadat zijn vrouw door de minister was voorgedragen als rechter – de eerste plaats op de districtskieslijst aan de minister had afgestaan (par. 89). De Hoge Raad laat het vonnis van het gerechtshof echter in stand. Hij overweegt dat weliswaar procedurele fouten zijn gemaakt bij de benoeming van A.E., maar dat haar benoeming daarmee geen ‘nulliteit’ was geworden, dat de verkeerde stemmingsprocedure in het parlement een gebrek van ‘geen betekenis’ was, dat alle benoemde rechters aan de benoemingsvereisten voldeden, dat hun benoeming door het besluit van de President ‘een realiteit’ was geworden en dat de benoemde rechters sindsdien dezelfde onafhankelijkswaarborgen genoten als alle andere rechters. In zijn uitspraak gaat de Hoge

Raad niet in op de mogelijke politieke motieven die volgens klager aan de ministeriële voordracht ten grondslag liggen (par. 90).

In Straatsburg krijgt klager wel gelijk. Een kamer van het Hof oordeelde op 12 maart 2018 dat klager niet was berecht door een 'bij de wet ingesteld gerecht'.^[4] De Grote Kamer van de EHRM deelt dat oordeel, zij het met een andere motivering. Zij gaat daarbij systematisch te werk: eerst bespreekt zij enige algemene uitgangspunten (nrs. 4-6), daarna volgt het concrete toetsingskader (nr. 7), dat zij ten slotte op de feiten van dit geschil toepast (nr. 8).

Het toetsingskader

4. De Grote Kamer herhaalt allereerst het bekende uitgangspunt dat – hoewel het beginsel van machtscheiding tussen de politieke ambten en de rechtspraak steeds meer aandacht krijgt in de rechtspraak van het Hof – de benoeming van rechters door het bestuur of de wetgever verenigbaar is met het EVRM, mits de benoemde rechters ná hun benoeming gevrijwaard zijn van beïnvloeding of druk bij het uitoefenen van hun rechtsprekende taken (par. 207). Ten tweede wijst de Grote Kamer op de subsidiaire rol van het EHRM: het is primair de taak van de nationale rechter om het nationale recht uit te leggen en toe te passen. De vraag of een benoeming van een rechter is verlopen volgens het nationale recht is dus primair aan de nationale rechter (par. 208-209).

5. De Grote Kamer zet vervolgens uiteen waarom het art. 6-vereiste van een 'gerecht dat bij de wet is ingesteld' de eis omvat dat rechters op regelmatige wijze moeten zijn benoemd. Het legt deze zinsnede daartoe uit naar haar doel en strekking (par. 218).

Ten eerste is volgens het Hof een zorgvuldige benoemingswijze een voorwaarde om te kunnen spreken van een 'gerecht'. Het overweegt daartoe allereerst dat het begrip 'gerecht' veronderstelt dat dit is samengesteld uit rechters die zijn geselecteerd 'op grond van verdienste – dat wil zeggen: rechters die voldoen aan de eisen van technische competentie en morele integriteit'. Een 'strenge procedure voor de benoeming van gewone rechters' kan eraan bijdragen dat selectie op basis van verdienste daadwerkelijk plaatsvindt. Bovendien is een zorgvuldige, op verdienste gerichte benoemingsprocedure 'cruciaal om het vertrouwen van het publiek in de rechtspraak te verzekeren'. Tot slot biedt een dergelijke procedure 'een aanvullende garantie voor de persoonlijke onafhankelijkheid van rechters' (par. 220).

Ten tweede is het vaste jurisprudentie dat de zinsnede 'bij de wet ingesteld' niet alleen betekent dat een gerecht een wettelijke grondslag heeft, maar tevens 'naleving door het gerecht van de regels over zijn samenstelling in elke zaak' (par. 223, zie ook par. 229). Tot op heden, zo vervolgt het Hof, toetste het Hof in die gevallen doorgaans of de regels waren nageleefd over de bevoegdheid van een gerecht of over de samenstelling van een gerecht om

een bepaalde zaak te beslissen. Van daar is het echter een kleine stap om ook de vraag of een rechter op regelmatige wijze is benoemd bij die beoordeling te betrekken, aldus het Hof (par. 225-226). Het wijst er daarbij op dat zowel internationaal *soft law* als een groot deel van de lidstaten van de Raad van Europa de zinsnede ‘een gerecht dat bij de wet is ingesteld’ ook zo uitleggen (par. 227-228).

Daarmee – zo benadrukt het Hof – staat het vereiste van een ‘gerecht dat bij de wet is ingesteld’ in zeer nauw verband met een andere eis van art. 6 EVRM, namelijk dat het gerecht ‘onafhankelijk’ behoort te zijn, welke eis (als gezegd) eveneens verwijst naar ‘de wijze van benoeming’ van de leden van een rechterlijk college (par. 233). Hoewel beide elementen verschillende doelen dienen, hebben zij gemeenschappelijk dat zij voortvloeien uit twee ‘fundamentele beginselen’: de rechtsstaat-gedachte en het beginsel van de machtscheiding. Beide zijn van belang ‘om het vertrouwen van het publiek in de rechtspraak te onderhouden en de onafhankelijkheid van de rechtspraak ten opzichte van de andere staatsmachten te beschermen’ (par. 234).

Bij de toetsing van de benoemingsprocedure van rechters aan het vereiste van een ‘gerecht ingesteld bij wet’ moeten die gemeenschappelijke doelen volgens het Hof in het oog worden gehouden. Onderzocht moet daarom worden ‘of de beweerdelijke onregelmatigheid in een bepaalde zaak zo ernstig was dat deze de eerder genoemde fundamentele beginselen ondermijnen en de onafhankelijkheid van de betrokken rechterlijke instantie aantast’ (par. 234).

6. Nadat het Hof heeft uitgelegd waarom een zorgvuldige benoemingsprocedure onderdeel uitmaakt van het art. 6-vereiste van een ‘gerecht dat bij de wet is ingesteld’, komt het toe aan de vraag of elke onregelmatigheid in een benoemingsprocedure leidt tot een schending van art. 6 EVRM. De Grote Kamer beantwoordt die vraag ontkennend (par. 235). Het Hof wijst er daarbij op dat het recht op een gerecht voortvloeit uit de meer omvattende notie van de ‘rule of law’, waarnaar de preambule van het EVRM verwijst. Daaruit vloeien echter ook andere beginselen voort die in een rechtsstaat even belangrijk zijn als een regelmatige wijze van benoeming van rechters. Het Hof noemt twee van die beginselen (par. 237): het rechtszekerheidsbeginsel, en het daaruit afgeleide beginsel van *res judicata* (par. 238), en het ‘beginsel van onafzetbaarheid van rechters tijdens hun ambtsduur’ (par. 239). Omdat deze beginselen in een richting kunnen wijzen die tegengesteld is aan een het sanctioneren van een onregelmatige wijze van benoeming van rechters, vereist het vaststellen van een schending van het recht op een ‘gerecht dat bij de wet is ingesteld’ een belangenafweging, waarbij ook die andere beginselen worden betrokken. Van een schending van het recht op een ‘gerecht dat bij de wet is ingesteld’ is daarom pas sprake als een dringende maatschappelijke behoefte ‘van aanzienlijke en overtuigende aard’ afwijking van beide tegengestelde rechtsbeginselen in een

concreet geval rechtvaardigt (par. 240).

7. Indachtig deze uitgangspunten formuleert het Hof vervolgens een kader waarmee rechterlijke benoemingsprocedures kunnen worden getoetst aan art. 6 EVRM. Dit toetsingskader bestaat uit drie stappen.

Ten eerste moet bij de benoeming van een rechter sprake zijn geweest van ‘een *duidelijke* schending van het nationale recht, dat wil zeggen: een schending die objectief en eenvoudig als zodanig kan worden vastgesteld’. Bij de beoordeling van dit punt volgt het Hof in de regel het oordeel van de nationale rechter (par. 244). Het Hof houdt echter de mogelijkheid open dat ook een benoeming die ogenschijnlijk met het nationale recht verenigbaar is, maar tot een resultaat leidt dat met het doel van art. 6 EVRM onverenigbaar is, tot een schending kan leiden (par. 245).

Is van een van beide gevallen sprake, dan moet ten tweede die onverenigbaarheid met het nationale recht worden beoordeeld in het licht van de doelen van het art. 6-vereiste van een ‘gerecht dat bij de wet is ingesteld’, dat wil zeggen: de bescherming van de rechtsstaat (‘rule of law’) en de machtscheiding, zodat wordt verzekerd dat de rechterlijke macht zijn taken kan uitoefenen zonder ongeoorloofde beïnvloeding. Daarbij geldt als stelregel dat schendingen van een ‘louter technische aard die geen gevolgen hebben voor de legitimiteit van de benoemingsprocedure’ onvoldoende zijn om een schending van art. 6 EVRM aan te nemen (par. 246).

Vervolgens moet het Hof – met inachtneming van zijn subsidiaire rol – beoordelen welke gevolgen de nationale rechter heeft verbonden aan de onregelmatige benoeming, of hij daaraan een zorgvuldig onderzoek ten grondslag heeft gelegd en of daarbij het juiste EVRM-kader is toegepast (par. 248-251). Het Hof wijst erop dat de nationale rechter bij het bepalen van die gevolgen ook acht mag slaan op de tijd die is verstreken tussen de onregelmatige benoeming en de klacht daarover (par. 252).

Toepassing van het toetsingskader op de zaak

8. Het past het Hof dit toetsingskader dan toe op de feiten van dit geschil.

Het start met de vaststelling dat het Hoge Raad twee duidelijke schendingen van het nationale recht heeft vastgesteld bij de benoeming van A.E., namelijk: het ontbreken van een zorgvuldig ministerieel onderzoek bij het vaststellen van de afwijkende voordracht en wijze waarop het parlement over de voordracht heeft gestemd.

In de tweede stap van het toetsingskader stelt het EHRM op basis van een uitvoerige

motivering vast dat deze schendingen van het nationale recht geen technische omissies zijn (par. 267), maar ernstige onregelmatigheden. Met name het zonder zorgvuldig onderzoek afwijken door de minister van de aanbeveling van de voordrachtscommissie – die was ingesteld om rechterlijke benoemingen meer op afstand van de politiek te plaatsen –, rekent het Hof IJsland daarbij aan. Daarmee is volgens het Hof de ‘legitimiteit van het benoemingsproces’ aangetast en de essentie van het recht op een gerecht dat bij de wet is ingesteld ondermijnd (par. 259).

Tot slot beoordeelt het Hof de wijze waarop de IJslandse Hoge Raad heeft geoordeeld over de onregelmatige benoeming in klagers strafzaak. Het stelt daarbij vast dat de Hoge Raad om twee redenen geen gevolgen heeft verbonden aan de vastgestelde onregelmatigheid. Ten eerste overwoog de Hoge Raad dat de benoeming van A.E. door de genoemde onregelmatigheden geen nulliteit is en, ten tweede, dat deze onregelmatigheden er niet toe hebben geleid dat klager geen eerlijk proces heeft gehad. Beide argumenten gaan volgens het Hof uit van gedachte dat vanaf het moment dat de President de benoemingsbesluiten van de 15 rechters in nieuwe gerechtshof ondertekende, er geen reden meer was te twijfelen aan hun onafhankelijkheid (par. 279). Het EHRM vindt dat een volstrekt onjuiste benadering en schuwt daarbij grote woorden niet. Dat de Hoge Raad de nadruk legt op het feit dat de benoemingsbesluiten van de 15 rechters inmiddels zijn getekend, ‘wijst op acceptatie, of zelfs berusting, van het gerecht in de omstandigheid dat het geen werkelijke zeggenschap had over de benoemingen vanaf het moment dat zij officieel werden’ (par. 282). Deze houding ‘ondermijnt de belangrijke rol die de rechtspraak speelt bij het onderhouden van de *checks and balances* die eigen zijn aan de machtscheiding’. Dat de Hoge Raad bij zijn beoordeling bovendien slechts de gevolgen in ogenschouw neemt die deze onregelmatigheden hebben gehad voor klager, is eveneens onbegrijpelijk volgens het Hof. Het overweegt: ‘gelet op het belang en de implicaties van de onderhavige schendingen [...] en op de wezenlijke rol die de rechterlijke macht speelt in een democratische rechtsstaat, kunnen de gevolgen van zulke schendingen niet gerechtvaardigd worden beperkt tot de individuele kandidaten wier rechten door de niet-benoeming zijn aangetast, maar raken deze het grote publiek’ (par. 283). Dat is een vergaande stelling, omdat het Hof daarmee lijkt af te wijken van de zaaksgerichte, concrete benadering die het EHRM normaal gesproken volgt.^[5] Bovendien is de Hoge Raad niet ingegaan op de omstandigheid dat A.E.’s benoeming wellicht onderdeel was van een politiek spel (par. 281). Gezien het tijdsverloop – klager vroeg om het terugtreden van A.E. als rechter in zijn zaak één maand nadat zij was benoemd en twee maanden nadat de Hoge Raad de niet-benoemde kandidaten immateriële schadevergoeding toekende – weegt het rechtszekerheidsbeginsel hier niet zo zwaar dat geen schending van art. 6 EVRM kon worden aangenomen (par. 284).

Daarmee concludeert het Hof dat IJsland art. 6 EVRM heeft geschonden. Het Hof overweegt vervolgens dat conform art. 46, eerste lid, EVRM IJsland de nodige maatregelen moet nemen om vergelijkbare schendingen in de toekomst te voorkomen, maar dat het arrest er niet toe verplicht om alle vergelijkbare zaken als die van klager te heropen (par. 314)

De betekenis van dit arrest voor Nederland

9. Wat is de betekenis van dit arrest voor Nederland? Hoewel Nederland vermoedelijk niet hoeft te vrezen voor een veroordeling door Straatsburg vanwege de benoemingswijze van rechters, kan toch worden betoogd dat dit arrest betekent dat er werk aan de winkel is.

Nederland hoeft niet te vrezen voor een veroordeling, omdat bij ons weinig is geregeld over de selectie en benoeming van rechters, terwijl die regeling (en de vraag of die juist is opgevolgd) het startpunt vormt voor de toetsing aan het EVRM. Het Nederlandse recht legt bij de benoeming van rechters de nadruk op de vraag *wie* over zulke benoemingen mag beslissen en niet op de vraag *hoe* daarover besloten moet worden. Een blik op de regelgeving met betrekking tot de benoeming van rechters in de gerechten die behoren tot de rechterlijke macht, illustreert dat. Ten aanzien van benoeming in de rechtbanken, de hoven en de Hoge Raad is slechts geregeld *wie* daarover gaat. Art. 117, eerste lid, Gw bepaalt dat rechters in al deze colleges worden benoemd door de regering. Het traject dat daaraan voorafgaat verschilt echter. Voor benoemingen in de rechtbanken en de hoven geldt dat het bestuur van het gerecht waar een vacature is ontstaan een (niet-bindende) lijst van aanbeveling opmaakt van (zo mogelijk) drie kandidaten, waarover de rechtsvergadering kan adviseren. Deze lijst wordt vervolgens via de Raad voor de Rechtspraak aan de minister van Veiligheid en Justitie gezonden, vergezeld van een advies (art. 5c Wvra). Voor benoeming van raadsheren in de Hoge Raad bepaalt art. 118, eerste lid, Gw dat de regering een keuze moet maken uit een voordracht van drie kandidaten opgemaakt door de Tweede Kamer. Aan die voordracht gaat weer een (niet-bindende) aanbeveling van de Hoge Raad (in overleg met de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad) vooraf, bestaande uit tenminste zes personen. Al deze regels gaan dus over die *wie*-vraag. De *hoe*-vraag krijgt in Nederland amper aandacht. Hoewel de gerechten regels hebben opgesteld over hoe zij tot hun niet-bindende aanbeveling komen,[6] binden deze de regering niet. Voor de regering gelden wel de Awb-bepalingen over een zorgvuldige besluitvorming, maar in hoeverre deze de handelingsvrijheid van de regering bij de benoeming van rechters werkelijk aan banden legt, is in de rechtspraak nog niet aan bod gekomen.[7]

Toch kan worden betoogd dat dit arrest voor Nederland werk aan de winkel betekent. Als gezegd, overweegt het EHRM dat het enkele feit dat het bestuur beslissende invloed heeft op de benoeming van rechters niet bepalend is voor de vraag of sprake is van een 'gerecht dat bij

de wet is ingesteld'. Het wijst er daarbij op dat in veel landen een 'juridische cultuur en andere verantwoordingsmechanismen' bestaan die de vrijheid van het bestuur feitelijk beperken en dat de 'praktijk' in die landen laat zien dat enkel 'hoog gekwalificeerde kandidaten met een onafhankelijke geest' tot rechter worden benoemd (par. 230).[8] Ook in Nederland is dat het geval. De regering volgt bij rechtersbenoeming steeds de aanbevelingen van de rechterlijke macht. Ook de Tweede Kamer doet dat wanneer zij een voordracht opmaakt voor de benoeming van raadsheren in de Hoge Raad. Het feitelijke zwaartepunt van de rechterlijke benoemingsprocedure ligt daardoor in Nederland niet bij de politieke ambten, maar bij de ambten van de rechterlijke macht. Tekenend daarvoor is dat nooit wordt geprocedeerd over het niet-benoemen van een rechter door de regering, maar wel over het niet-aanbevelen voor benoeming van een kandidaat-rechter door een gerechtsbestuur.[9] Tegelijkertijd onderstreept het Straatsburgse Hof echter het belang van 'strengere procedures voor de benoeming van gewone rechters om te verzekeren dat de meest gekwalificeerde kandidaten – zowel gemeten naar technische competentie als morele integriteit – tot rechter worden benoemd'. Daarbij wijst het erop dat hoe hoger het rechterlijke college is geplaatst in de rechterlijke hiërarchie 'hoe veeleisender de toepasselijke selectiecriteria moeten zijn' (par. 222) Art. 6 EVRM vereist volgens het Hof daarom dat de nationale regelgeving over rechterlijke benoemingen 'is gesteld in bewoordingen die zo ondubbelzinnige mogelijk zijn, zodat willekeurige inmenging in de benoemingsprocedure, waaronder door het bestuur, wordt verhinderd' (par. 230). Het Hof hamert daarbij op het belang van selectie op basis van 'verdienste'. Als gezegd, ontbreekt in Nederland een regeling die de regering tot zulke selectie verplicht. Sterker nog, uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 3 Gw volgt dat bij de benoeming van Nederlanders in de 'openbare dienst' ook met andere factoren dan vakbekwaamheid rekening mag worden gehouden.[10] Verdedigbaar is dat ook de benoeming van rechters onder het bereik van die grondwetsbepaling vallen. Hoewel deze vrijheid van de politieke ambten door de genoemde benoemings- en voordrachtspraktijk nooit tot ongelukken leidt, verbiedt niets hen de aanbevelingen uit de rechterlijke macht links te laten liggen en zelf te beslissen welke rechters worden benoemd. Het is twijfelachtig of 'Straatsburg' het voldoende vindt dat wij eenvoudigweg vertrouwen op de voortzetting van die bestaande praktijk. Zonder voorbehoud overweegt het EHRM immers dat de lidstaten over de wijze van benoeming van rechters zo duidelijk mogelijke regels voorhanden moeten zijn die willekeurige inmenging door met name het bestuur voorkomen. Zulke regels zijn er in Nederland niet. Zo beschouwd zou dit arrest aanleiding moeten zijn werk te maken van het opstellen van criteria aan de hand waarvan regering (en Tweede Kamer) kandidaat-rechters moeten selecteren en benoemen.[11]

Mr. drs. J.J.J. Sillen

hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Radboud Universiteit

[1] Vgl. bijv. H.P. Graver, 'A New Nail in the Coffin for the 2017 Polish Judicial Reform: On the ECtHR judgment in the case of Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland (Application no. 26374/18)', *VerfBlog* 2 december 2020, <https://verfassungsblog.de/a-new-nail-in-the-coffin-for-the-2017-polish-judicial-reform/>.

[2] Bijv. *Denisov t. Oekraïne*, EHRM (GK) 25 september 2018, nr. 76639/11, ECLI:CE:ECHR:2018:0925JUD007663911, par. 60, «EHRC» 2018/145 m.nt. Gerards.

[3] Zie par. 73, met verwijzingen.

[4] Zie EHRM 12 maart 2019, «EHRC» 2019/113 m.nt. Sillen & Gerards.

[5] Deze benadering wijkt bovendien af van de wijze waarop volgens het HvJ EU moet worden beoordeeld of een lidstaat van de EU medewerking moet verlenen aan een verzoek van een gerecht uit een andere EU-lidstaat om een verdachte uit te leveren. Volgens het Hof kan die medewerking worden geweigerd als (onder meer) *de verdachte* 'reëel gevaar loopt dat zijn grondrecht op een onafhankelijk gerecht zal worden geschonden' (*LM*, HvJ EU 25 juli 2018, zaak C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586, «EHRC» 2018/190 m.nt. Van Kruisbergen en Krommendijk, *AB* 2019/74 m.nt. Bovend'Eert, pt. 73).

[6] Zo heeft de Hoge Raad profielen vastgesteld, worden er vacatures geplaatst en er is een selectiecommissie die kandidaten beoordeeld aan de hand van die profielen. Zie P.P.T. Bovend'Eert (m.m.v. C.A.J.M. Kortmann), *Rechtelijke organisatie, rechters en rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2013, par. 8.4. In de rechtbanken bestaan ook zulke regelingen, in elk geval over de aanbeveling tot benoeming van rechters in opleiding.

[7] De Centrale Raad van Beroep heeft in het verleden bijvoorbeeld wel een rechterlijk benoemings-KB is strijd geacht met art. 3:4 Awb, omdat aan het besluit volgens hem ten onrechte geen terugwerkende kracht was toegekend (CRvB 5 maart 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BH7544, *TAR* 2009/116).

[8] Zeer kritisch daarover de 'partly concurring, partly dissenting opinion' van Judge Pinto de Albuquerque, par. 118-119.

[9] Zie bijv. CRvB 4 april 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ6301, *AB* 2014/42, *TAR* 2013/134.

[10] C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1987, p. 72.

[11] Het concept-grondwetswijzigingsvoorstel dat het voordrachtsrecht voor benoemingen van

raadsheren in de Hoge Raad weghaalt bij de Tweede Kamer en in handen legt van een commissie van drie (min of meer) deskundige personen, ondervangt dit probleem niet (zie www.internetconsultatie.nl/art118grondwet). *Hoe* die commissie tot haar voordracht moet komen, vermeldt het voorstel namelijk niet. Het voorstel *vertrouwt* er slechts op dat die commissie – door haar samenstelling – over zulke voordrachten evenwichtig zal oordelen, althans evenwichtiger dan de Tweede Kamer.