



DE GRONDWET - ARTIKEL 113 - STRAFRECHTSPRAAK

1. Aan de rechterlijke macht is voorts opgedragen de berechting van strafbare feiten.
2. Tuchtrechtspraak door de overheid ingesteld wordt bij de wet geregeld.
3. Een straf van vrijheidsontneming kan uitsluitend door de rechterlijke macht worden opgelegd.
4. Voor berechting buiten Nederland en voor het oorlogsstrafrecht kan de wet afwijkende regels stellen.

WETENSCHAPPELIJK COMMENTAAR ARTIKEL 113 - STRAFRECHTSPRAAK - J. UZMAN & G. BOOGAARD

Inhoudsopgave

1. Algemeen
2. 'De berechting van strafbare feiten'
3. Tuchtrechtspraak
4. Vrijheidsontneming
5. Relatie met de artikelen 15 en 17 Grondwet
6. Berechting buiten Nederland en oorlogsstrafrecht
7. Jurisprudentie
8. Literatuur
9. Historische versies

Editie [september 2020](#)^[1]

1. ALGEMEEN

Artikel 113 heeft twee functies. Enerzijds bevestigt het de bevoegdheid van de rechterlijke macht om zich met strafrechtspraak bezig te houden. Dat de rechterlijke macht die bevoegdheid heeft is wellicht vanzelfsprekend, maar voor 1983 stond dat nog niet met zo veel woorden in de Grondwet. De Grondwetten na 1815 bevatten slechts een, aan de Angelsaksische rechtsfiguur 'habeas corpus' verwant voorschrift.^[2] Een expliciete attributie van de bevoegdheid tot strafrechtspraak was dat niet. De bevoegdheid was wel opgenomen in artikel 2 van de Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO). Dat past bij de filosofie van sommigen, dat ook de formele wetgeving een zelfstandige attribuerende bevoegdheid

toekomst.^[3] Desalniettemin achtte de regering de kwestie, op advies van de Staatscommissie Cals/Donner en de Hoge Raad, echter van zodanig fundamenteel belang dat zij opname in de Grondwet voor de hand vond liggen.^[4] Dit belang was er, onder meer, in gelegen dat op deze manier enkele bijzondere kwesties, zoals de verhouding tussen de strafrechtspraak en andere wijzen van sanctionering, konden worden geregeld.

Artikel 113 heeft voorts een waarborgfunctie. Het houdt een verbod in voor de wetgever om de berechting van strafbare feiten op te dragen aan andere organen dan de rechterlijke macht.^[5] De strafrechtspraak is, met andere woorden, het exclusieve domein van de rechterlijke macht. Voor 1983 was dat geen uitgemaakte zaak.^[6] Dat het strafrecht het domein van de gewone rechter is, laat trouwens onverlet dat sanctionering buiten het formele strafrechtelijk stelsel wel aan andere ambten kan worden opgedragen. Men denke in dat verband aan tuchtrechtspraak of bestuurlijk sanctierecht. Het derde lid van artikel 113 maakt echter duidelijk dat het opleggen van vrijheidsontneming is voorbehouden aan de rechterlijke macht. De waarborgfunctie van artikel 113 hangt samen met de artikelen 15 (het verbod op willekeurige vrijheidsontneming) en 17 Grondwet (ius de non evocando). Anders dan artikel 113 Grondwet, zijn die artikelen echter als grondrecht geformuleerd. Enigszins paradoxaal is dan dat artikel 113 voor de burger juist een sterkere waarborg jegens de formele wetgever bevat. Met name artikel 17 laat het in het geheel aan de wetgever over om de bevoegde rechter aan te wijzen. Artikel 113 maakt duidelijk dat hij daarin beperkt is: de berechting van strafbare feiten is een zaak voor de rechterlijke macht. Wel past daarbij (wederom) de kanttekening dat de formele wetgever aanzienlijke vrijheid heeft bij de vormgeving van de rechterlijke macht.^[7] De belangrijkste waarborg lijkt er in te zitten dat de strafrechtspraak is opgedragen aan organen die, conform artikel 117 Grondwet, een bepaalde mate van onafhankelijkheid genieten.

In de rechtspraak is artikel 113 Grondwet van relatief beperkte betekenis. De opkomst van het bestuursstrafrecht maakt dat de bepaling in toenemende mate aan relevantie verliest. De afgelopen jaren was er daarom van verschillende zijden bezorgdheid over het uithollen van artikel 113 en de kern waar het voorschrift voor staat: het domein van de rechter in de rechtsstaat.^[8]

2. 'DE BERECHTING VAN STRAFBARE FEITEN'

Artikel 113 bezigt, net als artikel 112, de term 'berechting'. De regering verduidelijkte in de memorie van toelichting bij de herzieningsvoorstellen dat men in dat verband beoogde te benadrukken dat de functie rechtspraak twee aspecten omvat: kennisneming en beslissing.^[9] De door de Staatscommissie Cals/Donner voorgestelde term 'oplegging van straffen' werd daarom afgewezen. Die term zou te weinig uitdrukken dat de strafrechter ook kon vrijspreken, kon ontslaan van rechtsvervolgning en kon besluiten tot schuldigverklaring zonder strafoplegging. Dat was scherp opgemerkt van de regering. Of de kwestie ook van groot belang was, valt intussentebetwijfelen. Betoogd kan worden dat de attributieve van de

bevoegdheid tot het opleggen van straf, de minder vergaande bevoegdheden, c.q. het niet gebruik maken van de bevoegdheid, veronderstelt.^[10] Wel heeft de benadering van de regering het voordeel van de duidelijkheid.

De vraag wie of wat er dan moet worden berecht levert meer moeilijkheden op. Artikel 113 spreekt van de berechting ‘van strafbare feiten’. Of misschien beter van de berechting van verdachten van strafbare feiten kan worden gesproken blijft hier in het midden.^[11] Belangrijker is de invulling van het begrip ‘strafbare feiten’. Die invulling is relevant voor de afbakening met andere vormen van sanctionering zoals het tuchtrecht en het bestuurlijke sanctierecht. De toelichting sprak in dat verband van ‘feiten die in enigerlei algemene regeling strafbaar zijn gesteld’.^[12] Als concrete voorbeelden noemde de regering het Wetboek van Strafrecht, de Wet op de economische delicten en het Wetboek van Militair Strafrecht. Ook lagere regelingen konden zulke delicten bevatten. De definitie zoals de regering die voor ogen had, lijkt vooral geïnspireerd door het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel van artikel 16 Grondwet: het aspect van algemeenheid wordt diverse keren benadrukt. Daarmee heeft de definitie echter nog niet aan scherpte gewonnen. Iets concreter wordt de regering, wanneer zij bespreekt wat niet onder de reikwijdte van artikel 113 valt: bestuurlijke sancties en tuchtrecht.^[13] Met name de eerste categorie heeft de afgelopen jaren sterk aan belang gewonnen.^[14] Het kenmerkende verschil tussen het reguliere strafrecht enerzijds en bestuurlijke sancties anderzijds, is dat die laatsten niet door de rechter maar, in de woorden van de regering, ‘door de administratie [...] zijn opgelegd’.^[15] Beslissend is dus het ambt dat de sanctie oplegt. Met andere woorden, de Grondwet geeft geen materiële invulling van het begrip ‘strafrechtelijke feiten’. Terecht is wel opgemerkt dat het waarborgkarakter van artikel 113 door deze definitie sterk aan belang inboet.^[16] Alle delen van het strafrecht die niet neerkomen op een vorm van vrijheidsontneming kunnen door de wetgever immers probleemloos aan het bestuur worden opgedragen.^[17]

Deze nogal formele invulling van het begrip ‘strafbare feiten’ in de Grondwet staat in schril contrast met de wijze waarop het EHRM het begrip ‘criminal charge’ in artikel 6 EVRM uitlegt. In tegenstelling tot de Nederlandse Grondwetgever, koos het Hof juist wél voor een materiële benadering. Leidend is nog altijd de zaak Engel t. Nederland.^[18] Daarin benadrukte het Straatsburgse Hof dat het begrip ‘strafvervolgning’ in artikel 6 autonoom moet worden uitgelegd. Beslissend is niet of de nationale wetgever het delict als strafrecht aanmerkt. Het Hof geeft daarvoor de volgende ratio:

‘By removing certain forms of conduct from the category of criminal offences under domestic law, the law-maker may be able to serve the interests of the individual [...] as well as the needs of the proper administration of justice [...]. The Convention is not opposed to the moves towards "decriminalisation" [...]. Nevertheless, if the Contracting States were able at their discretion, by classifying an offence as "regulatory" instead of criminal, to exclude the operation of the fundamental clauses of Articles 6 and 7, the application of these provisions would be subordinated to their sovereign will’.^[19]

Deze classificatie van de wetgever is onderdeel van een drietal criteria. Die criteria zijn nader uitgewerkt in het arrest *Öztürk t. Duitsland*:

‘The first matter to be ascertained is whether or not the text defining the offence in issue belongs, according to the legal system of the respondent State, to criminal law; next, the nature of the offence and, finally, the nature and degree of severity of the penalty that the person concerned risked incurring must be examined, having regard to the object and purpose of Article 6, to the ordinary meaning of the terms of that Article and to the laws of the Contracting States’.^[20]

Bij de criteria die het Hof geeft (nationale classificatie, aard van de overtreding en aard en zwaarte van de sanctie), gaat het in beginsel om alternatieve criteria.^[21] Alleen als toetsing aan de individuele criteria in een concreet geval geen uitsluitel geeft, ligt een cumulatieve benadering voor de hand. Het Hof beziet dan ‘het totaalplaatje’.^[22] In dat verband manifesteert zich echter een belangrijk nadeel van de materiële benadering uit Straatsburg, namelijk de onduidelijkheid omtrent het onderlinge gewicht van, met name, de laatste twee criteria. De jurisprudentie van het EHRM is op dit punt stevast in beweging.^[23] Een heet hangijzer betreft vooral de vraag of de conclusie dat een nationale procedure moet worden beschouwd als ‘criminal charge’ gebaseerd kan worden op de enkele zwaarte van de sanctie.^[24] In het algemeen geldt dat vooral de aard van de overtreden norm van belang is. Centraal daarbij staat de vraag of de maatregel in kwestie een punitief of afschrikwekkend karakter had.^[25] Daarvan is doorgaans, hoewel – strikt genomen – niet altijd, sprake in het geval van vrijheidsontneming en, in mindere mate, boetes.^[26] De zwaarte van de sanctie speelt in beginsel een aanvullende rol. Hoe zwaarder de sanctie, hoe zwaarder het gewicht van het derde criterium. Een uitzonderlijk hoge financiële maatregel wordt dan ook vrijwel automatisch als punitieve boete gekwalificeerd.^[27] Omgekeerd lijkt in de jurisprudentie van het EHRM een trend waarneembaar, waarbij een relatief onbetekenende sanctie, wegens haar aard, weliswaar leidt tot toepasselijkheid van artikel 6 EVRM, maar dat de daarin vastgelegde rechten niet in hun volle omvang behoeven te worden gegarandeerd.^[28] Kortom, het moge duidelijk zijn dat de benadering van het Hof ertoe heeft geleid dat een reeks sancties die naar Nederlands recht als tucht- of bestuursrechtelijk werden beschouwd, naar de Straatsburgse maatstaven onder het begrip ‘criminal charge’ van artikel 6 EVRM worden geschaard.

3. TUCHTRECHTSPRAAK

Sancties worden niet alleen door bestuursorganen of door de strafrechter opgelegd. In de moderne samenleving is het nemen van veel maatregelen jegens personen of organisaties opgedragen aan tuchtcolleges.^{#!29!#[NOOT}} Daarvan zijn er een heleboel. Een korte rondgang langs websites van dergelijke colleges leert dat het veelal gaat om onafhankelijke instanties die op een quasi-rechterlijke wijze opereren, niet zelden met gebruikmaking van rechterlijk jargon. In het wilde woud van tuchtrechtelijk Nederland moet een tweedeling worden gemaakt tussen het

tuchtrecht dat vanwege de overheid is ingesteld en tuchtprocedures die allerhande beroepsgroepenopeigeninitiatiefhebbeningesteld.^[30] Inheteerstegevalgaathet bijvoorbeeld om het tuchtrecht van advocaten, notarissen, artsen of accountants.^[31] Veelal is bij zulke beroepen een sterk algemeen belang gediend met toezicht in eigen kring. Een belangrijke subcategorie wordt voorts gevormd door het ambtenarentuchtrecht en het militair tuchtrecht.^[32] Ook buiten deze categorieën kan echter behoefte bestaan aan tuchtrecht zonder dat sprake is van een direct interveniërende rol van de overheid. Soms gaat het om terreinen waar het algemeen belang minder evident speelt (zoals bij makelaars), soms om terreinen waar deze behoefte pas relatief recent wordt gevoeld en de overheid nog niet regelgevend heeft opgetreden. Te denken valt aan het tuchtrecht voor mediators. In dergelijke gevallen treedt de beroepsgroep zelf regulerend op. Het tuchtrecht vloeit dan evenwel niet voort uit de wet, maar uit een privaatrechtelijke constructie. Het gaat om verenigingstuchtrecht op basis van een contractuele afspraak tussen de leden. Tegenwoordig zijn echter vooral mengvormen courant. Een voorbeeld betreft het tuchtrecht voor banken.^[33] De verplichting voor het bankwezen om een stelsel van tuchtrecht in het leven te roepen volgt uit de Wet financieel toezicht, maar de invulling ervan wordt aan de sector zelfovergelaten.^[34] Dergelijke mengvormen passen bij de trend van de afgelopen decennia om, bij een terugtrekkende overheid, in te zetten op zelfregulering. Tuchtrecht is in dat verband één variant van zelfregulering, naast gedragscodes, protocollen en richtlijnen afkomstig van bijvoorbeeld brancheorganisaties of marktsegmenten.^[35] Bij zelfregulering gaat het om het uitvaardigen en handhaven van algemene regels door een particuliere kring of sector.^[36] Daarmee roept zelfregulering fundamentele constitutionele en democratische vragen op.^[37] Dergelijke vragen gaan het bestek van dit commentaar evenwel te buiten.

Artikel 113, tweede lid, Grondwet spreekt van ‘tuchtrechtspraak door de overheid ingesteld’. Het voorschrift heeft dus geen betrekking op privaatrechtelijk ingestelde vormen van tuchtrecht. Het is ook niet zo dat de overheid de grondwettelijke opdracht heeft om al het tuchtrecht geleidelijk onder de paraplu van de overheid te brengen. De bepaling houdt slechts in dat als de overheid tot regulering over wenst te gaan, dit ‘bij wet’ geregeld moet worden.^[38] Delegatie is in dat geval toegestaan. Het waarborgkarakter van artikel 113, tweede lid, is beperkt. Uit de aard van het publiekrechtelijk tuchtrecht volgt immers reeds dat sprake is van een wettelijke grondslag. De regering motiveerde het opnemen van het (overheids)tuchtrecht in de Grondwet echter op twee manieren. Ten eerste werd daarmee het ‘plaatje’ van de rechtspleging gecompleteerd. Het was van belang dat de Grondwet alle vormen van berechting van overheidswege zou weergeven.^[39] Ten tweede bood artikel 113 op deze manier de garantie dat het bestuur niet op eigen houtje stelsels van tuchtrecht zou gaan invoeren.^[40] Nu tuchtstraffen bijzonder ingrijpend konden zijn, lag de eis van een wettelijke grondslag voor de hand. Het kon niet zo zijn dat het bestuur voorschriften die eigenlijk strafrechtelijk van aard waren, zonder tussenkomst van de wetgever via het tuchtrecht zou gaan handhaven.^[41] Artikel 113, tweede lid, kan daarmee gezien worden als complementair aan de regeling van artikel 89 Grondwet, dat het straffen – en in bredere zin, het diep

ingrijpen in de rechten van burgers – voorbehoudt aan dewetgever.^[42]

Het zojuist gegeven voorbeeld van het bankentuchtrecht illustreert evenwel dat de grens tussen publiekrechtelijk en privaatrechtelijk tuchtrecht niet zo gemakkelijk te trekken is. Zoals we zagen ging het daarbij om een publiekrechtelijke verplichting tot het instellen van privaatrechtelijk tuchtrecht. Voor de wetgever stond daarmee vast dat artikel 113 Grondwet op het bankentuchtrecht niet van toepassing was.^[43] Wat ons betreft is dat wat te kort door de bocht.^[44] Op zich sluit het standpunt van de wetgever aan bij een letterlijke lezing van artikel 113, dat spreekt van ‘door de overheid ingesteld’. Een dergelijke letterlijke lezing stond de regering voor ogen, toen zij in 1983 opmerkte dat het tweede lid van artikel 113 niet ziet op ‘tuchtrechtspraak, ingevoerd op last van de overheid door privaatrechtelijke rechtspersonen die met overheidstaken zijn belast’.^[45] Deze restrictieve benadering lijkt ons echter niet goed te passen bij de ratio van artikel 113. Het zou het (resterende) waarborgkarakter van het artikel immers goeddeels ondergraven. In plaats van het vaststellen van een regeling met betrekking tot tuchtrechtspraak, zou het bestuur private partijen vrij nauwkeurig kunnen voorschrijven wat zijzelf, op straffe van het intrekken van een vergunning bijvoorbeeld, dienen in te voeren. Dat staat op gespannen voet met artikel 89 Grondwet, maar wat ons betreft ook met de specialis van artikel 113. Een ruime lezing van ‘door de overheid ingesteld’ kan dat bewerkstelligen. Wij houden het er dus op dat ook een last van de overheid tot het instellen van een privaatrechtelijk stelsel van tuchtrecht een wettelijke grondslag vereist. Daarvan was in het geval van de Wet op het financieel toezicht overigens sprake.

Artikel 113, tweede lid, geeft geen definitie van wat onder tuchtrechtspraak moet worden verstaan. Het gaat dus ook niet in op de demarcatie met het strafrecht en het bestuurlijk sanctierecht. De regering merkte daarover in de memorie van toelichting slechts op dat het om een lastige kwestie ging.^[46] Beslissend lijkt vooral de aard van de sanctie: die heeft, in het geval van het tuchtrecht, tot doel het goede functioneren van de beroepsgroep als zodanig te waarborgen.^[47] Betoogd is daarom wel dat het bij tuchtrecht vooral om groeps(straf)recht gaat, dat het belang en de orde van een specifieke groep dient.^[48] Het nationale recht gaat dan ook uit van een relatief scherpe scheiding tussen tucht- en strafrecht.^[49] Die bepaling sluit gedeeltelijk aan bij de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot de toepasselijkheid van artikel 6 EVRM op het tuchtrecht. Zoals hiervoor al aan de orde kwam, legt het EHRM het concept ‘strafvervolging’ autonoom uit. Daarbij is de nationale classificatie wel relevant, maar niet beslissend. Wel speelt de aard van de overtreden norm, de procedure en de opgelegde sanctie een belangrijke rol.^[50] In lijn met de, door de regering in de memorie van toelichting verdedigde opvatting, achtte het EHRM in het verleden met name het groepskarakter van disciplinaire maatregelen relevant.^[51] Toch illustreerde het beroemde Engel-arrest dat ook de zwaarte van de sanctie een rol kan spelen bij het bepalen van de vraag of zij nog tot het tuchtrecht kan wordengerekend.^[52]

De Nederlandse rechtspraak weet intussen niet goed raad met artikel 6 EVRM in

het tuchtrecht. Doorgaans wordt aangenomen dat deze bepaling wel relevant is, maar dan over de band van de zogenaamde ‘burgerlijke rechten en verplichtingen’.^[53] Dit laatste vloeit evident voort uit de Straatsburgse rechtspraak.^[54] Met betrekking tot de ‘strafrechtelijke tak’ van artikel 6 EVRM is eenheid van rechtspraak ver te zoeken, niet alleen in de uitkomst maar ook in de gevolgde redenering. Zo kwalificeerde het CBb een beschikking van het Tuchtgerecht Bloembollenkeuringsdienst in het verleden aan als een ‘criminal charge’.^[55] Daarbij speelde zowel de aard van het specifieke tuchtrecht (niet enkel gericht tegen een specifieke beroepsgroep) als de zwaarte van de op te leggen sancties een rol. Recenter oordeelde het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg daarentegen dat de voorgelegde tuchtklachten geen strafvervolgning inhielden, nude wetgever de Wet BIG gesitueerd had in het tuchtrecht, de daarin opgenomen normen zich niet richten tot de gehele bevolking en de sancties geen punitief karakter droegen.^[56] Een soortgelijke benadering koos de Rechtbank Den Haag in een zaak over de samenloop van een tuchtrechtelijke sanctie en een strafrechtelijke vervolging.^[57] Ook daarbij werd de zwaarte van de sanctie niet in de afweging van de rechtbank betrokken. Evenmin wordt strafontslag in het kader van het ambtenarentuchtrecht door de Centrale Raad van Beroep in de regel aangemerkt als strafvervolgning.^[58]

Deze afwerende houding van (tucht)rechters en de wetgever wordt in de literatuur in toenemende mate als knellend ervaren. Zo is er, in de medische context, wel op gewezen dat het tuchtrecht, als gevolg veranderende opvattingen in, en verharding van de samenleving, steeds vaker als een soort ‘strafrecht light’ wordt gepercipieerd en ingezet.^[59] Dat roept de vraag op waarom aangeklaagden in het tuchtrecht niet een beroep kunnen doen op een aantal rechten (ne bis in idem en nemo tenetur bijvoorbeeld), zoals artikel 6 EVRM die wel toekent in het kader van een strafrechtelijke vervolging.^[60]

Daarnaast kan artikel 6 EVRM een rol spelen bij het waarborgen dat sprake is van een faire tuchtrechtprocedure. In het notaristuchtrecht, dat in zoverre bijzonder is dat het ten dele belegd is bij de rechterlijke macht, nuanceerde de Hoge Raad bijvoorbeeld op basis van artikel 6 EVRM een rechtsmiddelenverbod dat in de weg stond aan het instellen van cassatie tegen beslissingen van het gerechtshof.^[61] Dat gebeurde in dit geval overigens niet in de context van een *criminal charge*, maar van *civil rights and obligations*. Het arrest illustreert dat de burgerlijke rechter zijn restfunctie zo nodig ook inzet ten aanzien van het wettelijk geregelde tuchtrecht.

Het lijkt ons zaak niet te wachten tot het EHRM in dit verband duidelijke richtsnoeren heeft ontwikkeld. De Straatsburgse procedure is daarvoor geschikt noch aangewezen. Het gaat veeleer om vragen waarmee de nationale rechter en de wetgever zich ‘auseinander’ dienen te ‘setzen’. En het zou het mooist zijn als dat zijn bekroning zou krijgen in een nieuw artikel 113 Grondwet.

4. VRIJHEIDSONTNEMING

Het moge de wetgever dan vrijstaan om, buiten het strafrecht om, sanctiestelsels op

te tuigen in de sfeer van het bestuursrecht of het tuchtrecht. Deze vrijheid is niet onbeperkt. Voor zover de wetgever wil voorzien in vrijheidsontneming als sanctie, zal hij het opleggen daarvan moeten concentreren bij de rechterlijke macht.^[62] Dit betekent dus niet dat vrijheidsontneming buiten de context van het strafrecht om, grondwettelijk onmogelijk is. De sanctie kan, in theorie, een rol spelen in het tuchtrecht of het bestuursrecht, maar dan moeten die terreinen (althans deels) tot de competentie van de rechterlijke macht behoren. Bovendien moet het dan de rechter zijn die de sanctie zelf oplegt en niet, zoals in het bestuursrecht gebruikelijk is, het bestuur met de mogelijkheid van beroep op de rechter.

De wetgever heeft van deze theoretische mogelijkheid, voorzover wij weten, echter geen gebruik gemaakt. Ten aanzien van de strijdkrachten heeft hij de bestraffing verdeeld over het militair tuchtrecht en het militair strafrecht. Het tuchtrecht is opgedragen aan de bevelvoerende commandanten, respectievelijk de Minister van Defensie, met de mogelijkheid van hoger beroep op de militaire kamer van de Rechtbank Gelderland.^[63] Vrijheidsontneming behoort niet tot de sancties waartoe artikel 41 Wet militair tuchtrecht machtigt.^[64] Het militair strafrecht kent die sanctie wel, maar zij wordt opgelegd door de eerdergenoemde militaire kamer van de Rechtbank Gelderland.^[65] Dit gerecht behoort tot de rechterlijkemacht.^[66]

Wel bestaat, in het kader van het militair tuchtrecht, de mogelijkheid om eenuitgaansverbod uit te vaardigen. Dat roept de vraag op of deze sanctie dan niet neerkomt op de door artikel 113 bestreken vrijheidsontneming. Een soortgelijke vraag valt te stellen bij enkele bestuursrechtelijke maatregelen die vrijheidsbeperkingen (kunnen) inhouden, zoals de bestuurlijke ophouding.^[67] De regering meende destijds dat dit niet het geval was. Zij overwoog dat een onderscheid moest worden gemaakt tussen vrijheidsontneming en vrijheidsbeperkende maatregelen.^[68] Dit onderscheid sluit aan bij het onderscheid dat het EHRM maakt in het kader van de toetsing aan artikel 5 EVRM.^[69] De regering ging er daarbij vanuit dat een uitgaansverbod, net als het in de boeien slaan van zeevarenden, in beginsel gekwalificeerd moesten worden als ordemaatregelen en niet als vrijheidsontneming.^[70] In beginsel, want de maatregel moet uiteraard wel proportioneel zijn gelet op het doel ervan. De regering benadrukte in dit verband vooral het tijdelijke karakter van de maatregel.^[71] Later, bij de introductie van de bevoegdheid tot bestuurlijke ophouding in de Gemeentewet, was de regering behoedzamer. Zij merkte het tijdelijk ophouden van voetbalhooligans in het stadion aan als vrijheidsontneming.^[72]

Uit de memorie van toelichting blijkt reeds dat de Grondwetgever zich bewust was van de nauwe relatie tussen artikel 113, derde lid, Grondwet en artikel 5 EVRM. Dit artikel vereist, onder meer, dat een vrijheidsontneming door een bevoegde rechter wordt uitgesproken. Deze rechter moet voldoen aan de gebruikelijke eisen die het EVRM stelt in termen van onafhankelijkheid en onpartijdigheid.^[73] Zoals gezegd maakt het Verdrag in dat kader wel een onderscheid tussen vrijheidsontneming – dat gereguleerd wordt door artikel 5 EVRM – en beperking van de bewegingsvrijheid – dat gereguleerd wordt door artikel 2 van het Vierde

Protocol bij het EVRM. Deze laatste bepaling laat wat meer beperkingen toe dan artikel 5 EVRM en, belangrijker in de context van artikel 113 Grondwet, stelt minder stringente eisen aan de eis van rechterlijke betrokkenheid.^[74] Het onderscheid tussen vrijheidsontneming en ‘enkele’ vrijheidsbeperking is in de jurisprudentie van het Straatsburgse Hof niet principieel maar gradueel. Van belang lijkt vooral de impact die de desbetreffende maatregel heeft op het leven van de getroffene. Dat komt tot uiting in een reeks gezichtspunten, zoals de duur van de vrijheidsbeneming, de effecten ervan en de wijze van tenuitvoerlegging.^[75] Elk van die gezichtspunten kan tot het oordeel leiden dat van een vrijheidsontneming in de zin van artikel 5 sprake is. Het kan echter ook zijn dat de afzonderlijke factoren als zodanig die conclusie niet rechtvaardigen, maar dat de cumulatie van die factoren, in onderling verband gezien, dat wel doen. Zo merkte het Hof een gedwongen verblijf op een eiland nabij Sardinië aan als vrijheidsontneming, ook al werd de klager, strikt genomen, niet opgesloten.^[76] Ook een gedwongen verblijf in de transithal van een vliegveld bleek, onder omstandigheden, een vrijheidsontneming, ook al duurde dat verblijf niet langer dan 12 uur.^[77] In beide gevallen echter, was de klager onderworpen aan extra beperkende maatregelen, zoals een meldplicht, continu (elektronisch) toezicht of beperkte mogelijkheden tot sociale contacten. Er was, met andere woorden, sprake van bijkomende factoren die het verblijf, om het zot te formuleren, een kwelend karakter gaven.

Kortom, wil de Grondwetgever aansluiten bij de Straatsburgse jurisprudentie inzake vrijheidsontneming, dan zal hij een genuanceerde benadering moeten kiezen. Wel lijkt ons, op basis van het voorgaande, de conclusie van de regering in 1983, terecht dat de tuchtrechtelijke maatregel van het uitgaansverbod niet a priori vrijheidsontneming betreft.^[78] Gaat een dergelijke maatregel gepaard met andere vormen van disciplinair toezicht, dan kan de kwestie echter anders komen te liggen. Rechterlijke interventie ligt dan, mede gelet op artikel 113 Grondwet, voor de hand.

5. RELATIE MET ARTIKEL 15 EN 17 GRONDWET

Artikel 113 Grondwet moet in nauwe samenhang worden gelezen met de grondrechten van de artikelen 15 en 17 Grondwet. Artikel 15 beschermt burgers tegen willekeurige vrijheidsontneming. In het tweede lid van dit artikel ligt het zogeheten recht op habeas corpus besloten: wie zijn of haar vrijheid is ontnomen, kan terecht bij de rechter.^[79] De relatie met artikel 113, tweede lid, ligt voor de hand, al was het maar omdat in beide artikelen de term ‘vrijheidsontneming’ wordt gebezigd. Beide bepalingen beogen een waarborg te bieden voor de persoonlijke vrijheid van de individuele burger. Artikel 15 geeft die burger een subjectief recht op toetsing, terwijl de institutionele uitwerking van dat recht in artikel 113 is neergelegd. Toch zijn er ook in de praktische uitwerking drie subtiele verschillen tussen de beide artikelen. Het eerste verschil betreft het moment van de rechterlijke toetsing. Artikel 15 eist weliswaar rechterlijke betrokkenheid bij vrijheidsontneming, het zegt echter niet dat deze betrokkenheid vooraf moet

plaatsvinden. Dit was vroeger anders: oudere grondwetten vereisten voor hechtenis een rechterlijk bevel.^[80] Tegenwoordig is het voldoende als de burger over een reeds door het bestuur opgelegde maatregel kan opkomen bij de rechter, zoals dat het geval is in het bestuursrecht. Dit ligt anders voor artikel 113, dat expliciet spreekt van het opleggen van straf door de rechter. Een tweede, daarmee samenhangend, verschil is dat artikel 113, tweede lid, spreekt van de rechterlijke macht, terwijl artikel 15, tweede lid, ‘slechts’ ziet op ‘de rechter’. Dit betekent dat het recht van habeas corpus dus kan worden uitgeoefend bij een, niet tot de rechterlijke macht behorende (bestuursrechtelijke) rechter. Een belangrijk verschil betreft, tot slot, het bereik van de beide bepalingen. Gaat het in artikel 113, tweede lid, uitsluitend om de inzet van vrijheidsontneming als straf, het tweede lid van artikel 15 ziet op alle vormen van vrijheidsontneming. In de praktijk is de bepaling dan ook vooral van belang voor de bestuurlijke ophouding (voor zover daarbij gesproken kan worden van vrijheidsontneming, zie hiervoor), de zogenaamde politionele hechtenis en de gedwongen opname in een psychiatrische inrichting op grond van de Wet Bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet Bopz).^[81] Artikel 113 heeft op zulke situaties doorgaans geen betrekking. Dit alles leidt ertoe dat alleen het opleggen van straf moet worden geconcentreerd bij de rechterlijke macht, en dat voor de overige vormen van vrijheidsontneming een milder regime geldt. Het is de wetgever in zulke gevallen toegestaan om toetsing achteraf bij gerechten buiten de rechterlijke macht open te stellen.

Ook het in artikel 17 Grondwet neergelegde beginsel van *ius de non evocando* is relevant voor de toepassing van artikel 113. Volgens dit grondrecht kan niemand worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent. In beginsel gaat het daarbij om een subjectief recht van de burger dat deze vooral geldend kan maken jegens rechter en bestuur. Voor de wetgever is zij minder relevant. Als de wetgever buitengewone gerechten instelt, dan is dat ingestelde gerecht de rechter die de wet toekent.^[82] Artikel 113 Grondwet is daarentegen te beschouwen als een instructienorm aan de wetgever. In dat kader vult artikel 113 het recht van artikel 17 op één belangrijk punt aan: de wetgever mag de berechting van strafbare feiten niet aan anderen opdragen dan aan de rechterlijke macht. Deze begrenzing van de wetgevende bevoegdheid stelt echter ook weer niet zo vreselijk veel voor. De burger kan het grondrecht van artikel 17 immers niet jegens de wetgever effectueren.^[83] Artikel 120 staat daaraan in de weg.^[84] Daar komt bij dat de wetgever, zoals eerder opgemerkt, aanzienlijke vrijheid heeft bij de vormgeving van de rechterlijke macht en de vraag wat tot het begrip ‘strafbare feiten’ moet worden gerekend.

6. BERECHTING BUITEN NEDERLAND EN OORLOGSSTRAFRECHT

Het vierde lid van artikel 113 maakt het mogelijk om een van de voorgaande leden afwijkend regime vast te stellen voor de berechting van strafbare feiten buiten Nederland en in oorlogstijd. Het gaat daarbij om twee afzonderlijke, maar wel met elkaar samenhangende, situaties. In de praktijk heeft het vierde lid vooral het oog op de berechting van in het buitenland gelegerde militairen en burgerpersoneel van

Defensie.^[85] De gekozen formulering suggereert echter een grotere reikwijdte. Dat is niet toevallig. Uit de memorie van toelichting blijkt dat de Tweede Wereldoorlog, en de nasleep ervan, een onuitwisbare indruk heeft gemaakt, die nog doorklonk ten tijde van de herziening van 1983. De afwijking voor het oorlogsstrafrecht motiveerde de regering namelijk niet slechts onder verwijzing naar de bijzondere moeilijkheden van feitelijke aard die gepaard gaan met het in stand houden van ordentelijke rechtspleging onder geweervuur en vallende bommen. Het ging de regering vooral om de situatie ná de oorlog.^[86] Als de rechterlijke macht ten tijde van een bezetting heeft doorgewerkt, kan zij de legitimatie missen om na de oorlog de misdrijven te berechten die met die oorlog verband houden. In dat geval voorziet artikel 12 Wet Oorlogsstrafrecht in een bijzondere regeling: de berechting van bepaalde misdrijven in bezet gebied wordt dan een zaak van bijzondere rechtscolleges die, uit de aard der zaak, niet tot de rechterlijke macht konden behoren.^[87] Het was niet de bedoeling dat artikel 113 Grondwet deze regeling ongrondwettig zou maken.

In de praktijk maakt artikel 113, vierde lid, het vooral mogelijk dat de berechting van strafbare feiten buiten Nederland (en gedurende een oorlogssituatie ook op Nederlands grondgebied) wordt opgedragen aan zogenaamde mobiele rechtbanken die niet, of in elk geval niet noodzakelijkerwijs, bestaan uit leden van de rechterlijke macht.^[88] Het instellen van die rechtbanken is een zaak voor de ministers van Defensie en Veiligheid & Justitie en zij kunnen die bevoegdheid delegeren aan de commandanten te velde.^[89] Deze bevoegdheid bestaat zowel voor het instellen van mobiele rechtbanken in het buitenland, als in Nederland wanneer sprake is van een oorlogssituatie. De regering betoogde bij de herziening van 1983 dat deze regeling te verkiezen was boven berechting van Nederlandse militairen en burgers door buitenlandse rechters.^[90] Weliswaar kon de betrokken militair dan naar Nederland gehaald worden maar dat zou de werking van het militaire apparaat verstoren en problemen kunnen geven in de sfeer van de bewijsvoering. Wachten tot de operatie voorbij is, zou tijdsverlies betekenen, hetgeen zowel nadelig zou kunnen zijn voor de militaire discipline, als voor de betrokkene omdat hij dan geruime tijd een straf boven het hoofd zou hebben hangen.^[91] Alles afwegende had de regering dan maar liever een proces ter plaatse, ook al was dat dan bij een geïmproviseerde rechtbank. In de praktijk zijn de mobiele rechtbanken – uitzonderlijke omstandigheden daargelaten – overigens tot op grote hoogte te vergelijken met de militaire kamers van de Rechtbank Gelderland, locatie Arnhem.^[92] Nederland kent momenteel twee ‘inactieve maar mobilisabele’ mobiele rechtbanken, compleet met rechters, officieren van justitie, raadslieden en verbindingsofficieren.^[93]

Een aardige vraag is nog hoe men ‘Nederland’ in artikel 113, vierde lid, moet lezen. Gaat het om het Koninkrijk, of alleen om het Europese deel van het Koninkrijk, waarvoor de Grondwet in beginsel geschreven is? Aangenomen wordt dat in dat verband bedoeld wordt op het Europese deel van het Koninkrijk (inclusief de BES-eilanden) zodat berechting op Aruba, Sint Maarten en Curaçao moet worden geacht te vallen onder het vierde lid van artikel 113.^[94] Die conclusie

lijkt te volgen uit het feit dat de regering in de memorie van toelichting als voorbeeld van een buitenlandse rechtsgang verwees naar de permanente krijgsraad voor de Zeemacht op de voormalige Antillen.^[95] Dat moge zo zijn, inmiddels heeft de Rijkswetgever de berechting van militairen in de West opgedragen aan de reguliere rechterlijke macht op de eilanden (in casu het Gemeenschappelijk Hof van Justitie), waardoor de situatie de facto gelijkgetrokken is.

Zoals gezegd is het vierde lid van artikel 113 weliswaar voornamelijk bedoeld om de berechting van militairen tijdens missies in het buitenland mogelijk te maken, het artikel is ruimer geformuleerd. In de context van de herziening van 1983 was dat niet zo problematisch. Het ging er vooral om de wetgever en de krijgsmacht voldoende flexibiliteit te gunnen om het stelsel van militaire straf- en tuchtrechtspraak soepel te kunnen laten werken. In de context van buitenlandse ervaringen met terrorismebestrijding – wij doelen concreet op de gebeurtenissen op Guantánamo Bay – kan men zich echter afvragen of artikel 113, vierde lid, niet onnodig ruim is geformuleerd. De Verenigde Staten kampte lange tijd met de juridische gevolgen van de beslissing om ‘enemy combatants’ op een basis buiten het Amerikaans grondgebied door militaire commissies telaten berechten.^[96] Aangenomen mag worden dat zulke commissies, en hun procesrecht, niet voldoen aan de maatstaven van artikel 6 EVRM.^[97] Nu is deze handelwijze internationaal, ook in Nederland, sterk bekritiseerd. Het ligt, op korte termijn, dus niet voor de hand dat de Nederlandse wetgever op enig moment besluit om het Amerikaanse voorbeeld te volgen. Desalniettemin is dat in een tijd van groeiende bezorgdheid met betrekking tot de terreurdreiging, evenmin ondenkbaar. In dat verband komt het ons als zorgelijk en onwenselijk voor dat het vierde lid van artikel 113 Grondwet een dergelijke handelwijze van de Nederlandse regering zonder meer lijkt te faciliteren. Weliswaar richt de militaire strafvordering zich momenteel uitsluitend tot militairen en militair strafrecht, maar ook nu al biedt het bestaande wettelijke kader de mogelijkheid om alle strafbare feiten in potentie onder de bevoegdheid van mobiele rechtbanken te scharen.^[98] De wetgever zou de bevoegdheden van zulke rechtbanken relatief eenvoudig kunnen aanvullen met terroristische misdrijven. En weliswaar zijn de mobiele rechtbanken momenteel voornamelijk bemenst met leden van de rechterlijke macht, ook dit is geen wettelijke, laat staan een grondwettelijke noodzaak.^[99] Het verdient daarom aanbeveling dat de grondwetgever de uitzondering van het vierde lid, bij een toekomstige herbezinning op artikel 113, restrictiever formuleert. In dat verband verdient het nu al aantekening dat van het eerste en het derde lid tijdens een échte oorlogssituatie toch al kan worden afgeweken, namelijk op basis van artikel 103, tweede lid, Grondwet.

4. JURISPRUDENTIE

- CBB 28 maart 1995, AB 1995/513 m.nt. FM.
- CRvB 28 april 1994, ECLI:NL:CRVB:1994:ZB5027, TAR 1994/143.
- CRvB 3 juli 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BD7237, TAR 2008/175.
- CTG 9 juni 2007, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht (TvGR) 2007, 39 (Zaak SylviaMillecam).

- Gerechtshof Amsterdam 7 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BP1016 (Dexia).
- HR 19 januari 1996, NJ 1997/274 m.nt. F.C.B. vanWijmen
- Rb.DenHaag30oktober2014,ECLI:NL:RBDHA:2014:13243,NJFS2015/17 (Haagse borstendokter).
- HR 21-04-2020, ECLI:NL:HR:2020:713, RvdW 2020/600.
- HR 18-01-2019, ECLI:NL:HR:2019:51, m.nt. S. Perrick.
- EHRM 18 juni 1971, nr. 2832/66 (De Wilde, Ooms enVersyp/België).
- EHRM 8 juni 1976, nr. 5101/71, NJ 1978/223.
- EHRM 6 november 1980, nr. 7367/76(Guzzardi/Italië).
- EHRM 23 juni 1981, nr. 6878/75, NJ 1982, 602 (Le Compte, Van Leuven en De Meyere/België).
- EHRM 10 februari 1983, NJ 1987, 315 (Albert en LeCompte/België)..
- EHRM 21 februari 1984, nr. 8544/79, NJ 1988/937 m.nt. EAA (Öztürk/Duitsland).
- EHRM 25 augustus 1987, nr. 9912/82, NJ 1988/938(Lutz/Duitsland).
- EHRM 7 juli 1989, nr. 10873/84 (Tre TraktörerAktiebolag/Zweden).
- EHRM 22 mei 1990, nr. 11034/84, NJ 1992/454 m.nt. Dommering (Weber/Zwitserland)
- - EHRM 24 februari 1994, nr. 12547/86, BNB 1994/175 m.nt. Wattel (Bendenoun/Frankrijk).
- EHRM 24 september 1997, nr. 18996/91, JB 1997/281 (Garyfallo Aebe/Griekenland).
- EHRM 23 november 2006, nr. 75053/01, AB 2007/51 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (Jussila/Finland).
- EHRM 12 februari 2009, nr. 2512/04, EHRC 2009/43 m.nt. Woltjer (Nolan & K./Rusland).
- U.S. Supreme Court 28 juni 2004, 542 U.S. 466 (Rasul v.Bush).
- U.S. Supreme Court 29 juni 2006, 548 U.S. 557 (Hamdan v.Rumsfeld).
- U.S. Supreme Court 12 juni 2008, 553 U.S.723.
- HR 18-01-2019, ECLI:NL:HR:2019:51, m.nt. S. Perrick.

5. LITERATUUR

- F.A.W. Bannier, H.F.M. Hofhuis & A.T. Ottow, Tuchtrect (Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Procesrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.
- C.J. Bax, in: A.K. Koekkoek (red.), De Grondwet. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, pp.525-527
- P.P.T. Bovend'Eert, 'Herstel het domein van de rechter in de rechtsstaat', NJB 2015, pp. 2877-2880.
- P.P.T. Bovend'Eert, 'Artikel 113' in: P.P.T. Bovend'Eert e.a., De Grondwet – Tekst & Commentaar, Deventer: Kluwer 2015, pp.210-212.
- P.P.T. Bovend'Eert & C.A.J.M. Kortmann, Rechterlijke organisatie, rechters en rechtspraak, Deventer: Kluwer2013.
- Commissie-Borhouts, Evaluatie toepassing militair strafprocesrecht bij

uitzendingen, Den Haag: 31 augustus 2006.

- G.L. Coolen en G.F. Walgemoed, *Militair strafrecht*, Deventer: Kluwer, 2008.
 - C.P.M. Cleiren & J.W. Fokkens, 'Tuchtrecht en het nemo tenetur-beginsel – Ontwikkelingen in de betekenis van het nemo tenetur-beginsel voor het wettelijk geregeld tuchtprocesrecht', in: E. Bleichrodt e.a. (red.), *Onbegrensd strafrecht. Liber amicorum Hans de Doelder*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013, pp. 191-204.
 - F.D. Crul, 'Bankentuchtrecht – Op weg naar vertrouwen?', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2015, pp.284-291.
 - J.H. Gerards, 'Commentaar bij artikel 2 Vierde Protocol EVRM', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM. Deel 1: Materiële bepalingen*, Den Haag: Sdu 2013, pp. 1400-1423.
 - H.H.A. de Graaff, *De militaire rechter en zijn onafhankelijkheid*, Leiden: IJdo 1951.
 - P. 't Hart, 'De mobiele rechtbank. Een bijzonder instrument uit de Wet militaire strafrechtspraak', *Militaire Spectator* 2012, p.231-242
 - A.C. Hendriks, 'Tuchtrecht – meer tucht dan recht. Voorzittersrede VGR 2015', *TvGR* 2015, pp.322-330.
 - F.M.J. den Houdijker, 'Rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties: een bronvanspanning?', in: F.M.J. den Houdijker, S.K. Gabriël & J.A.M.A. Sluysmans, *Bestuurlijke punitieve sancties – Preadviezen Jonge VAR 2005*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, pp. 9-53.
 - C.A.J.M. Kortmann, 'Rechtspraak in de nieuwe Grondwet', *NJB* 1980, pp. 796-800.
 - B.J.G. Leeuw, *Grondwet en eerlijk proces. Een onderzoek naar de meerwaarde van het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Nederlandse Grondwet* (diss. Rotterdam), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013.
 - M.J.C. Leijten, *Tuchtrecht getoetst: een onderzoek naar de betekenis van grondrechten voor de wettelijke regeling van tuchtrecht en van de tuchtprocedure* (diss. Tilburg), Arnhem: Gouda Quint 1991.
 - G.L. Lindner, *Arreststraf of geldboete. Een onderzoek naar de effectiviteit van de arreststraf en de geldboete in het militair tuchtrecht* (diss. Leiden), 1985.
 - G.L. Lindner, *Parlementaire geschiedenis van het militaire straf-, strafproces- en Tuchtrecht (Deel II: Militair strafrecht)*, Gouda Quint 1992.
 - G.L. Lindner, *Parlementaire geschiedenis van het militaire straf-, strafproces- en Tuchtrecht (Deel III: Militair strafprocesrecht)*, Gouda Quint 1992.
 - D.L.F. de Vocht, 'C.3 Gegrondheid vervolging – Commentaar bij artikel 6 EVRM', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM. Deel 1: Materiële bepalingen*, Den Haag: Sdu 2013, pp.233-260.
 - M.M. Den Boer, *Wettelijk geregeld en privaat tuchtrecht*, *RegelMaat* 2017 (32) 2), pp. 70-74.
- H. den Tonkelaar, *Terugkerende vragen in het Tuchtrecht*, *Ars Aequi* 2016 (7), pp. 564–571.

6. HISTORISCHE VERSIES

Art. 110 Gw 1814: Het beleid der criminele Justitie in de Vereenigde Nederlanden wordt bij uitsluiting van alle andere tot nu bestaan hebbende geregten, aan de Hoven provinciaal, of aan daartoe, zoo veel noodig, opterigten regtbanken toevertrouwd.

Art. 183 Gw 1815: Het beleid der criminele justitie wordt bij uitsluiting aan de provinciale Hoven en Regtbanken, welker oprigting daartoe zal noodig worden bevonden, toebetrouwd.

NOTEN

1. Deze editie kwam mede tot stand dankzij de waardevolle assistentie van mr. J. (Jell) But, onderwijs- en onderzoeksmedewerker, Universiteit Leiden.
2. Zie o.a. 151 Gw (1848). De grondgedachte van deze regelingen is tegenwoordig terug te vinden in artikel 15 Grondwet. Overigens kende de Grondwetten van 1814 en 1815 het ‘beleid criminele justitie’ wel toe aan de rechterlijke macht. Zie de artikelen 110 Grondwet 1814 en 183 Grondwet 1815.
3. Zie de inleiding van W.J.M. Voermans bij hoofdstuk 5 (Wetgeving en bestuur), nr. 4 onder a., van dit Commentaar.
4. Kamerstukken II 1979/ 1980, 16 162, nr. 3, p. 6.
5. Zie in dat verband de eerdere versie van dit Commentaar uit 2000, van de hand van C.J. Bax, in: A.K. Koekkoek (red.), De Grondwet. Een systematisch en artikelsgewijs commentaar, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, pp. 525–527, op p. 525.
6. Vgl. C.A.J.M. Kortmann, ‘Rechtspraak in de nieuwe Grondwet’, NJB 1980, pp. 796–800, op pp. 798–799.
7. Zie het commentaar onder artikel 116 Grondwet.
8. Zie in dat verband o.a. het recente advies van de Raad van State met betrekking tot de bestuurlijke boete (advies van 13 juli 2015, Stcrt. 2015/30280); P.P.T. Bovend’Eert, ‘Herstel het domein van de rechter in de rechtsstaat’, NJB 2015, pp. 2877–2880.
9. Kamerstukken II 1979/ 1980, 16 162, nr. 3, p. 11. Zie tevens het commentaar onder artikel 112 Grondwet, nr. 3.
10. Deze benadering van ‘wie het meerdere mag, mag ook het mindere’ treft men ook aan in literatuur over andere grondwetsartikelen. Zie voor een betoog in de context van artikel 94 Gw: J.G.C. Schokkenbroek, Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 316.
11. Vgl. de kritiek van C.A.J.M. Kortmann in, o.a., ‘Artikel 113’, P.P.T. Bovend’Eert e.a., Tekst & Commentaar Grondwet, Deventer: Kluwer 2004, p. 160; P.P.T. Bovend’Eert in hetzelfde commentaar in de vierde druk uit

2015, p. 210; Bax 2000, p. 525. Het komt ons overigens voor dat het in art. 113, eerste lid, gebezigde taalgebruik niet zo vreselijk verkeerd is. Dat taalgebruik sluit aan bij art. 112, dat spreekt van de berechting van ‘geschillen’, niet van partijen of van hun vorderingen. Eén en ander past dan weer bij de gedachte dat onder ‘berechting’ moet worden verstaan: ‘kennisneming en beslissing’.

12. Kamerstukken II 1979/ 1980, 16 162, nr. 3, pp. 6– 7.
13. Zie voor een afbakening met de tweede categorie hierna onder 3.
14. Zie recent o.a. P.P.T. Bovend’Eert, ‘Herstel het domein van de rechter in de rechtsstaat’, NJB 2015, pp. 2877– 2880. Dat er nogal wat veranderd is ten opzichte van 1983, wordt geïllustreerd door de opmerking van Kortmann, destijds, dat juist het tuchtrecht de belangrijkste tegenhanger van het strafrecht was. Zie C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherziening van 1983*, Deventer: Kluwer 1983, p. 288.
15. Kamerstukken II 1979/ 1980, 16 162, nr. 3, p. 11.
16. Kortmann 1983, p. 289.
17. Ibid.
18. EHRM 8 juni 1976, nr. 5101/ 71, NJ 1978/ 223.
19. EHRM 21 februari 1984, nr. 8544/ 79, NJ 1988/ 937 m.nt. EAA (Öztürk/ Duitsland), para 49.
20. Ibid., para 50.
21. EHRM 25 augustus 1987, nr. 9912/ 82, NJ 1988/ 938 (Lutz/ Duitsland).
22. Zie o.a. EHRM 24 september 1997, nr. 18996/ 91, JB 1997/ 281 (Garyfallo Aebe/ Griekenland).
23. Zie daarover uitgebreid: D.L.F. de Vocht, ‘C.3 Gegrondheid vervolging – Commentaar bij artikel 6 EVRM’, in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM. Deel 1: Materiële bepalingen*, Den Haag: Sdu 2013, pp. 233– 260.
24. Vgl. in dat verband o.a. F.M.J. den Houdijker, ‘Rechtsbescherming bij bestuurlijke punitieve sancties: een bron van spanning?’, in: F.M.J. den Houdijker, S.K. Gabriël & J.A.M.A. Sluysmans, *Bestuurlijke punitieve sancties – Preadviezen Jonge VAR 2005*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, pp. 9– 53.
25. Vgl. bijv. EHRM 24 februari 1994, nr. 12547/ 86, BNB 1994/ 175 m.nt. Wattel (Bendenoun/ Frankrijk). Een reparatoire maatregel die enkel beoogt een illegale situatie te beëindigen of recht te zetten is daarom niet snel een ‘criminal charge’. Zie EHRM 7 juli 1989, nr. 10873/ 84 (Tre Traktörer Aktiebolag/ Zweden).
26. Zie reeds het Engel– arrest, en tevens: EHRM 23 oktober 1995, nr. 15963/ 90 (Schmautzer/ Oostenrijk).

27. EHRM 27 september 2011, nr. 43509/ 08, AB 2012/ 9 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (Menarini Diagnostics S.R.L./ Italië).
28. EHRM 23 november 2006, nr. 75053/ 01, AB 2007/ 51 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (Jussila/ Finland).
29. Zie ook: H. den Tonkelaar, 'Terugkerende vragen in het Tuchtrecht', *Ars Aequi* 2016, pp. 564 – 571.
30. Al dan niet door de zachte hand van de overheid in die richting gestuurd. Zie ook: M.M. den Boer, 'Wettelijk geregeld en privaat tuchtrecht', *RegelMaat* 2017, pp. 70- 74.
31. Vgl. art. 46– 60h Advocatenwet; art. 47– 85 Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG) en de Wet tuchtrechtspraak accountants.
32. Zie art. 125, eerste lid, Ambtenarenwet en de Wet militair tuchtrecht.
33. Vgl. F.D. Crul, 'Bankentucht recht – Op weg naar vertrouwen?', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2015, pp. 284– 291, op p. 285; S.M. Peek & S. Maric, 'Tucht recht en toezicht op banken: impact op banken', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2015, pp. 292– 298.
34. Zie art. 3:17c Wet op het financieel toezicht (Wft). Zie nader: Chr. P. Buijink, 'Bancaire zelfregulering in roerige tijden', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2014, pp. 226- 231.
35. Vgl. F.C. Bentvelzen, 'Zelfregulering curia novit? Over omgang met private regelgeving in Nederlandse civiele overheidsrechtspraak', *R.M. Themis* 2016, pp. 227- 236, i.h.b. pp. 228.
36. *Ibid.*, p. 229.
37. Zie o.a.: H. Lindahl, 'Zelfregulering, rechtsvorming, democratie en reflexieve identiteit', *R.M. Themis* 2006, pp. 39- 48.
38. Kamerstukken II 1979/ 1980, 16 162, nr. 3, p.
39. Kamerstukken II 1979/ 1980, 16 162, nr. 3, p.
40. *Ibid.*
41. *Ibid.*, pp. 12– 13.
42. Zie het commentaar bij art. 89 Grondwet en de inleiding bij hoofdstuk 5 (Wetgeving en bestuur).
43. Kamerstukken II 2013/ 2014, 33 918, nr. 10, p. 6.
44. Het standpunt van de wetgever lijkt overigens te worden gedeeld door P.P.T. Bovend'Eert & C.A.J.M. Kortmann, *Rechterlijke organisatie, rechters en rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2013, p. 302.
45. Kamerstukken II 1979/ 1980, 16 162, nr. 3, p. 13.
46. *Ibid.*
47. Kamerstukken II 1979/ 1980, 16 162, nr. 4, pp. 38– 40.
48. G.L. Lindner, *Arreststraf of geldboete. Een onderzoek naar de effectiviteit*

- van de arreststraf en de geldboete in het militair tuchtrecht (diss. Leiden), 1985.
49. Vgl. Bovend'Eert & Kortmann 2013, p. 303.
 50. Zie de hiervoor onder 2 genoemde rechtspraak.
 51. Bijv. EHRM 22 mei 1990, nr. 11034/ 84, NJ 1992/ 454 m.nt. Dommering (Weber/ Zwitserland), para 33; EHRM (Grote Kamer) 6 november 2018, nr. 55391/ 13 (Ramos Nunos de Carvalho E Sá/ Spanje).
 52. EHRM 8 juni 1976, nr. 5101/ 71, NJ 1978/ 223.
 53. Zie bijv. HR 19 januari 1996, NJ 1997/ 274 m.nt. F.C.B. van Wijmen.
 54. Vgl. EHRM 23 juni 1981, nr. 6878/ 75, NJ 1982, 602 (Le Compte, Van Leuven en De Meyere/ België); EHRM 10 februari 1983, NJ 1987, 315 (Albert en Le Compte/ België).
 55. CBb 28 maart 1995, AB 1995/ 513 m.nt. FM.
 56. CTG 9 juni 2007, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht (TvGR) 2007, 39 (Zaak Sylvia Millecam).
 57. Rb. Den Haag 30 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13243, NJFS 2015/ 17 (Haagse borstendokter).
 58. CRvB 28 april 1994, ECLI:NL:CRVB:1994:ZB5027, TAR 1994/ 143; CRvB 3 juli 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BD7237, TAR 2008/ 175.
 59. A.C. Hendriks, 'Tuchtrecht – meer tucht dan recht. Voorzittersrede VGR 2015', TvGR 2015, pp. 322– 330. Zie ook: A.C. Hendriks, 'Tuchtrecht – Dringend aan herziening toe?', Tijdschrift voor Klachtrecht 2014 (3), p. 6– 8; M.M. Den Boer, 'wettelijk geregeld en privaat tuchtrecht', RegelMaat 2017, pp. 70- 74. Vgl. voorts: HR 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:713.
 60. Ibid. Zie tevens: C.P.M. Cleiren & J.W. Fokkens, 'Tuchtrecht en het nemo tenetur- beginsel – Ontwikkelingen in de betekenis van het nemo tenetur- beginsel voor het wettelijk geregeld tuchtprocesrecht', in: E. Bleichrodt e.a. (red.), Onbegrensd strafrecht. Liber amicorum Hans de Doelder, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013, pp. 191– 204.
 61. HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:51, NJ 2019/ 236 m.nt. Perrick
 62. Het gaat daarbij overigens om de zgn. 'zittende magistratuur'. Artikel 113 richt zich niet tot de leden van het OM zijn, hoewel zij tot de rechterlijke macht behoren. Zie in dat verband Kamerstukken II 1980/ 1981, 16 162, nr. 100b, p. 5.
 63. Zie art. 49 (eerste aanleg), resp. art. 81 (beroep) Wet militair tuchtrecht. Daarover nader: G.J. Coolen, G.F. Walgemoed & J.J.M. van Hoek, Militair tuchtrecht, Deventer: Kluwer 2013.
 64. Over de vraag hoe in dat verband de, in art. 41 Wmt genoemde, sanctie van het uitgaansverbod moet worden gekwalificeerd, komen wij hierna nog te spreken

65. Zie art. 2 Wet militaire strafrechtspraak.
66. Zie art. 55 Wet RO. Dit past bij de visie die de Grondwetgever in 1983 neerlegde ten aanzien van de integratie van de militaire rechtspraak in de rechterlijke macht. Zie Kamerstukken II 1979/ 1980, 16 162, nr. 3, p. 7.
67. Zie de artt. 154a en 176a Gemeentewet. Vgl. voorts het wetsvoorstel Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding, dat de Minister van Veiligheid & Justitie bevoegd verklaart om individuen vrijheidsbeperkende maatregelen op te leggen. Zie: Kamerstukken II 2015/ 2016, 34 359, nr. 2.
68. Kamerstukken II 1979/ 1980, 16 162, nr. 3, p. 14.
69. Vgl. EHRM 8 juni 1976, nr. 5101/ 71, NJ 1978/ 223 (Engel/ Nederland), para 58; EHRM 6 november 1980, nr. 7367/ 76 (Guzzardi/ Italië), para 92– 93.
70. Kamerstukken II 1979/ 1980, 16 162, nr. 3, p. 14.
71. Zie ook Kamerstukken II 1980/ 1981, 16 162, nr. 8.
72. Kamerstukken II 1998/ 99, 26 735, nr. 3, p. 21.
73. Zie o.a. EHRM 18 juni 1971, nr. 2832/ 66 (De Wilde, Ooms en Versyp/ België), par. 78; EHRM 8 juni 1976, nr. 5101/ 71, NJ 1978/ 223 (Engel/ Nederland), para 68.
74. Zie in dat verband J.H. Gerards, ‘Commentaar bij artikel 2 Vierde Protocol EVRM’, in: J.H. Gerards e.a. (red.), Sdu Commentaar EVRM. Deel 1: Materiële bepalingen, Den Haag: Sdu 2013, pp. 1400– 1423, op p. 1403, 1407 en 1411.
75. EHRM 6 november 1980, nr. 7367/ 76 (Guzzardi/ Italië).
76. EHRM 6 november 1980, nr. 7367/ 76 (Guzzardi/ Italië).
77. EHRM 12 februari 2009, nr. 2512/ 04, EHRC 2009/ 43 m.nt. Woltjer (Nolan & K./ Rusland).
78. Zie in dat verband ook: EHRM 8 juni 1976, nr. 5101/ 71, NJ 1978/ 223 (Engel/ Nederland).
79. Zie tevens het Commentaar onder art. 15 Gw.
80. Vgl. art. 157 Grondwet 1887.
81. Wet Bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen.
82. Zie het commentaar van B.W.N. de Waard bij art. 17 (punt 2).
83. Dat geldt ook voor het wetsvoorstel tot grondwetswijziging, betreffende het opnemen van een recht op een eerlijk proces in artikel 17 Gw. Zie Wet van 21 februari 2018, Stb. 2018, 88. Zie tevens: Kamerstukken 2015/ 16, 34 517, nrs. 2 e.v..
84. Aldus, in de civielrechtelijke context van art. 112 Grondwet, bijv. Gerechtshof Amsterdam 7 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BP1016 (Dexia).
85. Kamerstukken II 1979/ 1980, 16 162, nr. 3, p. 7.

86. Vgl. Kamerstukken II 1979/ 1980, 16 162, nr. 3, p. 15.
87. Kortmann 1983, p. 291, stelt dat zulke colleges niet tot de rechterlijke macht kunnen behoren omdat hun leden niet voor het leven benoemd kunnen worden. Dat lijkt ons echter niet de correcte reden. De reden dat de regering stelde dat de colleges niet tot de rechterlijke macht konden behoren, was gelegen in de ratio van art. 12 Wet Oorlogsstrafrecht: namelijk dat de rechterlijke macht tijdens de bezetting een smet op het blazoen kon hebben opgelopen.
88. Ibid., pp. 14– 15. Zie tevens artikel 11 Wet militaire strafrechtspraak, dat conform het tweede lid de mogelijkheid biedt om, in afwijking van de hoofdregel dat mobiele rechtbanken bestaan uit twee leden van de rechterlijke macht, een mobiele rechtbank te bemannen met uitsluitend militairen.
89. Zie art. 10 Wet militaire strafrechtspraak.
90. Kamerstukken II 1979/ 1980, 16 162, nr. 3, p. 14.
91. Ibid.
92. Zie over de werkwijze en de inzet van mobiele rechtbanken: P. 't Hart, 'De mobiele rechtbank. Een bijzonder instrument uit de Wet militaire strafrechtspraak', Militaire Spectator 2012, pp. 231– 242.
93. Ibid., p. 234.
94. Zie o.a. Kortmann 1983, p. 291; Bax 2000, p. 527.
95. Vgl. Kamerstukken II 1979/ 1980, 16 162, nr. 3, p. 7.
96. Vgl. o.a. U.S. Supreme Court 28 juni 2004, 542 U.S. 466 (Rasul v. Bush); U.S. Supreme Court 29 juni 2006, 548 U.S. 557 (Hamdan v. Rumsfeld) en U.S. Supreme Court 12 juni 2008, 553 U.S. 723 (Boumediene v. Bush). Zie Eric Janse de Jonge, Amerikaans staatsrecht, tweede druk, Den Haag 2020 p, 55- 59.
97. Vgl. EHRM 24 juli 2014, no. 28761/ 11 (Al Nashiri/ Polen).
98. Vgl. 't Hart 2012, p. 235.
99. Zie voetnoot 81.

CITEER SUGGESTIE

J. Uzman & G. Boogaard, Commentaar op artikel 113 van de Grondwet, in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet, webeditie 2021 (www.Nederlandrechtsstaat.nl).