

Rechterlijke toetsing aan een ieder verbindende internationale verdragsbepalingen

De bijdrage van de Nederlandse rechter aan het bevorderen van de internationale rechtsorde en de noodzaak dit te kunnen blijven doen

Mariam Chébtí

Inleiding

Aristotle described two types of political revolution:

1. *Complete change from one constitution to another.*
2. *Modification of an existing constitution.*¹

Uitgaande van deze definitie is het initiatiefwetsvoorstel Taverne van 6 september 2012 strekkende tot aanpassing van de procedure voor vaststelling van rechtstreekse werking van een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties² revolutionair van aard. De voorgestelde grondwetswijziging beoogt immers het laatste woord met betrekking tot de doorwerking van internationale rechtsnormen in de nationale rechtsorde te ontnemen aan de rechter en toe te kennen aan de volksvertegenwoordiging. Het zou betekenen dat de Nederlandse rechter nationale wetgeving niet meer mag toetsen aan een ieder verbindende internationale verdragsbepalingen, zoals bijvoorbeeld de bepalingen van het EVRM. Afgezien van de reactie van J. Fleuren en J. de Wit in het NJB³ heeft het voorstel echter weinig juridische pennen in beweging gezet. Men heeft vanuit de rechtspraktijk geen blijk gegeven verontrust te zijn door de voorgenomen

1 Aristoteles, *Politica*.

2 *Kamerstukken II 2011/12, 33359 (R1986)*, nr. 2.

3 J.W.A. Fleuren en J. de Wit, 'Het voorstel-Taverne', *NJB* 2012/40, p. 2812-2818.

beperking van het recht op toegang tot de rechter in het wetsvoorstel Taverne. Wellicht vanuit de gedachte dat voorstellen tot grondwetsherziening een lang leven in parlementaire bureaulades beschoren zijn waarna zij een stille dood sterven. En, gezien de trage voortgang van het initiatiefwetsvoorstel Halsema,⁴ de constitutionele tegenhanger van het wetsvoorstel Taverne, is dit wellicht een begrijpelijke reactie. In het jaarverslag van de Hoge Raad over 2012 heeft de president van de Hoge Raad, mr. Corstens, echter uitdrukkelijk gewezen op de gevolgen van dit wetsvoorstel en opgemerkt dat het een enorme stap achteruit zou zijn in rechtsbescherming voor de Nederlandse burger wanneer de Nederlandse rechter wetgeving niet meer mag toetsen aan internationale verdragsbepalingen. Het wetsvoorstel heeft recentelijk ook geleid tot een reactie van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak⁵ en de Raad voor de Rechtspraak.⁶ In deze twee adviezen wordt gewaarschuwd voor de negatieve gevolgen voor de rechtsbescherming van fundamentele rechten en het recht op toegang tot de rechter. De waarschuwing van mr. Corstens en de adviezen van de NVvR en de Raad voor de Rechtspraak doen de indruk wekken dat men binnen de rechterlijke macht er wel rekening mee houdt dat het voorstel daadwerkelijk tot een grondwetswijziging kan leiden. Een zeer verontrustende gedachte.

Ik zou in deze bijdrage mijn stem willen toevoegen aan de oproep van Fleuren en De Wit in het NJB om het wetsvoorstel zo spoedig mogelijk in te trekken. De voorgestelde grondwetswijzigingen zijn niet alleen ondoordacht en onnodig, zoals zij betogen, en laten zowel vragen van wetstechnische, praktische alsmede van principiële aard onbeantwoord, zoals de Raad voor de Rechtspraak concludeert, maar zullen mijns inziens, in de huidige vorm, leiden tot een ernstige schending van bestaande internationaalrechtelijke verplichtingen. Dit internationaalrechtelijke gevolg is onderbelicht gebleven in de reeds geuite kritiek op het wetsvoorstel. Voorts is in de reeds geuite kritiek onderbelicht gebleven wat de reikwijdte is van de negatieve gevolgen op de rechtspraktijk wanneer de Nederlandse rechter niet meer rechtstreeks mag toetsen aan het internationale recht. Tenslotte gaat het wetsvoorstel mijns inziens uit

4 Voorstel van wet van het lid Halsema houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot invoering van de bevoegdheid tot toetsing van wetten aan een aantal bepalingen van de Grondwet door de rechter, *Kamerstukken II 2001/02*, 28 331, nr. 2.

5 Advies van 5 april 2013, zie www.nvvr.org, onder Adviezen.

6 Advies van 17 mei 2013, zie www.rechtspraak.nl, onder Raad voor de Rechtspraak, Wetgevingsadviesering, Wetgevingsadvies 2013.

van een onjuiste premisse waar het betoogt dat de Nederlandse rechter zich de afgelopen jaren steeds minder terughoudend is gaan opstellen bij de toepassing van internationale verdragsbepalingen en daarmee het primaat van de politiek met betrekking tot internationale betrekkingen niet voldoende onderkent omdat de toetsing aan internationale bepalingen een werkzaamheid is die eerder politiek dan juridisch van aard is en eerder thuis hoort bij de volksvertegenwoordiging dan bij de rechter. De voorgestelde grondwetswijziging, en de toelichting hierop, belichten echter wel de complexiteit van het huidige systeem van doorwerking van internationaal recht en het gebrek aan rechts-eenheid en rechtszekerheid in dit systeem. Voorts richt het wetsvoorstel de aandacht op het negatieve gevolg van het toetsingsverbod in art. 120 Gw op de rechtsbescherming van de fundamentele rechten van de Nederlandse burger. Internationale mensenrechtenverdragen hebben immers een ander doel dan nationale grondrechten opgenomen in constitutionele documenten, zoals ook internationale tribunalen een andere functie hebben dan nationale constitutionele tribunalen. Een rechtsgang naar een internationaal tribunaal kan de rechtsbescherming van fundamentele rechten door een nationaal tribunaal niet vervangen.

Ten behoeve van bovenstaand betoog wil ik in deze bijdrage ter inleiding kort uiteen zetten hoe het huidige systeem van doorwerking van internationale verdragsbepalingen is neergelegd in de artikelen 93 en 94 Grondwet en hoe dit systeem zich verhoudt tot de verplichting van de staat onder het internationale recht uitvoering te geven aan verdragsbepalingen in de nationale rechtsorde (par. 1 en 2). Vervolgens wil ik de voorgestelde wijzigingen in het wetsvoorstel Taverne, de toelichting op het wetsvoorstel en de kritiek die op het wetsvoorstel is geuit in zowel de rechtsliteratuur als door de NVvR en de Raad voor de Rechtspraak kort weergeven (par. 3). Om dan vanuit een internationaalrechtelijk perspectief te onderzoeken wat de voorgestelde grondwetswijzigingen betekenen voor de verplichting van de staat het recht op effectieve toegang tot de rechter ter bescherming van fundamentele rechten te waarborgen (par. 4a). Voorts zou ik willen onderzoeken wat de gevolgen van het wetsvoorstel zijn voor de verplichting van de staat om verdragsbepalingen te goeder trouw na te komen en de verplichting de ontwikkeling van de internationale rechtsorde te bevorderen (par. 4b). Tenslotte zou ik in deze bijdrage willen onderzoeken wat de voorgestelde grondwetswijziging zal betekenen voor de maatschappelijke rol van de Hoge Raad als ‘internationale’ rechter bij de bescherming en ontwikkeling van fundamentele rechten (par. 5).

1 De verhouding tussen de nationale en internationale rechtsorde naar internationaal publiekrecht

De Engelse dichter John Donne schreef in 1624:

‘No man is an island, entire of itself; every man is a piece of the continent, a part of the main. If a clod be washed away by the sea, Europe is the less, as well as if a promontory were, as well as if a manor of thy friend’s or of thine own were: any man’s death diminishes me, because I am involved in mankind, and therefore never send to know for whom the bells tolls, it tolls for thee.’⁷

Het getuigt van een zeer vooruitziende blik van de dichter om al in 1624 Europa als één gesloten ecosysteem te zien en het individu als onderdeel van een (internationale) gemeenschap, waarbij schade geleden door een onderdeel leidt tot schade aan het geheel. Het heeft eeuwen geduurd voordat soevereine nationale staten tot internationale samenwerking besloten op het gebied van vrede en veiligheid, handel, milieu en mensenrechten op een niveau dat heeft geleid tot een daadwerkelijke internationale gemeenschap van staten die allen iets hebben afgestaan van hun nationale soevereiniteit om een internationale rechtsorde te scheppen. In het voorwoord van het VN rapport ‘A more secure world: *Our shared responsibility*’, uit 2004⁸ heeft de toenmalige secretaris-generaal van de VN, Kofi Annan, het volgende opgemerkt met betrekking tot de noodzaak tot internationale samenwerking ter handhaving van de internationale rechtsorde in de 21^{ste} eeuw (door hem aangeduid als ‘a new world order’):

‘Historians may well look back on the first years of the twenty-first century as a decisive moment in the human story. The different societies that make up the human family are today interconnected as never before. They face threats that no nation can hope to master by acting alone – and opportunities that can be much more hopefully exploited if all nations work together.’

Het internationaal publiekrecht dat ten grondslag ligt aan de internationale rechtsorde is het geheel van rechtsregels dat de interactie tussen staten als

7 John Donne, ‘Meditation XVII’ in: ‘Devotions upon Emergent Occasions’, 1624.

8 ‘A more secure world: *Our shared responsibility*’, Report of the High-level Panel on Threats, Challenges and Change, VN, 2004, p. vii.

subjecten van de internationale rechtsorde beheerst. Het normatieve systeem van internationaal publiekrecht wordt ontleend aan vier rechtsbronnen die zijn opgenomen in artikel 38 lid 1 van het Statuut van het Internationale Hof van Justitie: 1) verdragen, 2) internationaal gewoonterecht, 3) algemene rechtsbeginselen en 4) (nationaal)rechterlijke beslissingen, alsmede de opvattingen van de meest bevoegde schrijvers der verschillende naties, als hulpmiddelen voor het bepalen van rechtsregels.⁹

Artikel 2 van het Weens Verdragenverdrag omschrijft verdragen als schriftelijke overeenkomsten tussen staten die beheerst worden door het internationale recht. Verdragen kunnen slechts gesloten worden door subjecten van het internationale recht en scheppen in beginsel slechts rechten en verplichtingen voor de staten die partij zijn bij het gesloten verdrag. Verdragenrecht is in tegenstelling tot het internationaal gewoonterecht strikt consensueel van aard. In beginsel kunnen staten gebonden worden aan normen van internationaal gewoonterecht, ook wanneer zij niet betrokken zijn geweest bij de totstandkoming van deze normen, tenzij ze expliciet en consequent hebben aangegeven zich niet gebonden te achten aan de desbetreffende norm¹⁰ en aan normen van *ius cogens*.¹¹ Staten zijn echter slechts gebonden aan normen in internationale verdragen wanneer zij expliciet de wens hebben geuit toe te willen treden tot het desbetreffende verdrag.

Onder het klassieke internationale publiekrecht waren individuen geen subjecten van het internationaal publiekrecht en konden zij geen dragers zijn van volkenrechtelijke rechten en plichten.¹² Naar geldend internationaal publiekrecht kunnen individuen, ook al hebben zij geen internationale rechtspersoonlijkheid, onder omstandigheden wel aangemerkt worden als subjecten van het

9 Zie bijv. J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 6 en P.H. Kooijmans, *Internationaal publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 11.

10 Normen van internationaal gewoonterecht komen tot stand wanneer er voldaan is aan de eisen van 1) *opinio iuris* en 2) uniforme statenpraktijk. Staten die niet gebonden wensen te worden aan een internationale rechtsnorm in ontwikkeling en dit consequent blijven aangegeven, expliciet of door hun praktijk, worden niet gebonden aan de norm wanneer deze tot ontwikkeling is gekomen.

11 Internationale normen van dwingendrechtelijke aard waar niet van kan worden afgeweken, zoals bijvoorbeeld het verbod op genocide, foltering en slavernij.

12 De voorgestelde grondwetswijzigingen in het wetsvoorstel Taverne zouden een terugkeer naar deze fase van het volkenrecht betekenen, waar internationale verdragen geen rechtstreeks juridisch afdwingbare normen bevatten maar politieke beloftes die staten naar eigen inzicht binnen de nationale rechtsorde kunnen vervullen.

internationale recht, namelijk wanneer zij rechtstreeks rechten en plichten ontlenen aan internationale verdragen. Multilaterale normatieve verdragen zoals bijvoorbeeld het EVRM, het IVBPR, het VN Verdrag tegen foltering en het VN Genocide verdrag bevatten normen die zich niet alleen tot staten maar ook tot individuen richten. Schending van deze normen leidt niet alleen tot aansprakelijkheid van staten onder internationaal recht maar kan ook leiden tot strafrechtelijke¹³ en civielrechtelijke¹⁴ aansprakelijkheid van natuurlijke personen en rechtspersonen.

De internationale rechtsorde kent geen centraal gezag dat toeziet op de handhaving van internationale normen. Internationale verdragen, met name multilaterale normatieve verdragen zoals het EVRM en IVBPR, scheppen een eigen handhavingmechanisme dat kan bestaan uit verplichtingen tot periodieke rapportage, het instellen van organen die toezicht houden op naleving of een vorm van vrijwillige of verplichte geschillenbeslechting door een internationaal tribunaal. Hoewel internationale verdragen normen kunnen bevatten die zich richten tot natuurlijke personen, vloeit hieruit niet voort dat natuurlijke personen de naleving van deze normen kunnen afdwingen onder internationaal recht of zich op deze normen kunnen beroepen voor een internationaal of nationaal tribunaal. Het toezicht op de naleving van internationale normen is nog steeds grotendeels diplomatiek en niet-juridisch van aard en voorbehouden aan staten en internationale organisaties. Maar weinig internationale verdragen scheppen een vorm van verplichte geschillenbeslechting in de vorm van een internationaal tribunaal. Nog minder verdragen kennen een individueel klachtrecht bij een internationaal tribunaal zoals in het geval van het EVRM.

In hoeverre burgers een beroep kunnen doen op internationale verdragen in een procedure voor de nationale rechter wordt niet geregeld door het internationaal publiekrecht. De beantwoording van deze vraag hangt af van hoe de nationale rechtsorde de doorwerking van internationaal publiekrecht constitutioneel heeft geregeld en of de staat bij het sluiten van het verdrag de bedoeling had om met het verdrag rechtstreeks doorwerkende rechten en plichten voor burgers te scheppen.¹⁵ Er bestaan twee stelsels voor de doorwerking van internationaal publiekrecht in de nationale rechtsorde: het dualisme en het monisme.

13 Zie bijv. Hof 's-Gravenhage 9 mei 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BA6734, NJF 2007, 183.

14 Zie bijv. Rb. 's-Gravenhage 24 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:8087.

15 Zie bijv. P.H. Kooijmans, *Internationaal publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 5.2.

In het dualistische systeem worden de nationale en internationale rechtsorde gezien als twee aparte en gesloten rechtssystemen. De doorwerking van internationale normen in de nationale rechtsorde kan alleen plaatsvinden na een transformatie of incorporatie van de internationale norm, op grond van een regel van nationaal recht, in een norm van nationaal recht, waarna toepassing van de norm in de nationale rechtsorde plaatsvindt op grond van nationaal recht. Het Britse systeem is een voorbeeld van een strikt dualistisch stelsel. Internationale verdragsbepalingen vinden geen toepassing in de nationale Britse rechtsorde voordat ze zijn omgezet in nationaal recht door nationale wetgeving. Internationale verdragen hebben geen hogere rang boven nationaal recht, ook niet wanneer deze verdragsbepalingen zijn omgezet in nationale wetgeving. Latere nationale wetgeving kan dan ook in strijd zijn met eerdere internationale verdragsverplichtingen van het Verenigd Koninkrijk en kan leiden tot aansprakelijkheid naar internationaal recht.¹⁶ Zo hebben de bepalingen van het EVRM geen rechtstreekse werking in de Britse rechtsorde, maar hebben ze toepassing gekregen door middel van de Human Rights Act 1998.

Het monisme neemt tot uitgangspunt dat de internationale en nationale rechtsorde één rechtssysteem vormt. De toepassing van internationale normen in de nationale rechtsorde vindt rechtstreeks plaats, zonder tussenkomst van een regel van nationaal recht. In het geval van onverenigbaarheid tussen regels van internationaal en nationaal recht, dient het internationale recht voorrang dient te krijgen op het nationale recht.¹⁷ Een voorbeeld van het monistische systeem is de Franse rechtsorde, waar internationale verdragsbepalingen rechtstreeks doorwerken in de nationale rechtsorde zonder dat hiervoor transformatie door nationale wetgeving vereist is. Hierbij geldt dat internationale verdragen voorrang hebben op bestaande en latere nationale wetgeving mits de internationale verdragen constitutioneel op correcte wijze zijn gesloten en bekend zijn gemaakt.¹⁸

16 Zie A. Aust, *Modern treaty Law and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press 2008, p. 189 e.v.

17 Zie bijv. J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 48, P.H. Kooijmans, *Internationaal publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 5.1, J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 10 e.v. 48.

18 Zie A. Aust, *Modern treaty Law and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press 2008, p. 183 e.v. en J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 94 e.v.

In het monisme is de nationale rechter tevens een 'internationale' rechter, daar waar hij de inhoud en reikwijdte van internationale normen vaststelt en deze toepast in de nationale rechtsorde en zelfs voorrang verleent aan deze internationale normen boven nationaal recht. Hij levert daarmee een rechtstreekse bijdrage aan de ontwikkeling van internationaal recht en de internationale rechtsorde. In het dualistische systeem vervult de nationale rechter deze rol niet. In een dualistisch systeem past de nationale rechter internationale normen pas toe nadat ze door de wetgever zijn geïncorporeerd in het nationale recht. De wetgever bepaalt dan ook de inhoud en reikwijdte van de internationale norm binnen de nationale rechtsorde alsook de verhouding tot onverenigbaar nationaal recht in een dualistisch stelsel en niet de rechter.¹⁹

De doorwerking van internationale normen in de nationale rechtsorde vindt plaats op grond van het nationale (constitutionele) recht waarin is gekozen voor één van beide systemen: het monisme of het dualisme. Het internationaal publiekrecht omvat geen rechtsregels voor de toepassing van internationaal recht in de nationale rechtsorde, noch een sanctie in het geval internationale normen niet of niet correct worden toegepast in de nationale rechtsorde.²⁰ Staten zijn in beginsel vrij in de keuze van een juridisch systeem voor de doorwerking van normen in internationale verdragsbepalingen in de nationale rechtsorde. Hierbij geldt echter dat zij zich, op grond van artikel 27 van het Weens Verdragenverdrag, niet kunnen onttrekken aan hun internationale verdragsverplichtingen met een beroep op nationaal recht.²¹ De grondslag van het internationale verdragenrecht is immers 'pacta sunt servanda'.²²

19 Zie P.H. Kooijmans, *Internationaal publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 88 en 89.

20 Door Besselink aangeduid als het beginsel van neutraliteit omtrent de wijze van doorwerking in internationaal recht in de internationale rechtsorde, zie L. Besselink, *Internationaal recht en nationaal recht*, in: N. Horbach, R. Lefeber & O. Ribbelink (red.), *Handboek Internationaal Recht*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2007, p. 50.

21 Hierin verschilt de doorwerking van internationaal publiekrecht in de Nederlandse rechtsorde met de doorwerking van EU recht, nu op grond van het Van Gend en Loos arrest (HvJ) EG 5 februari 1963, AA 1963/1964, 12) de lidstaten van de Europese Unie verplicht zijn bepalingen van EU-recht rechtstreeks door te laten werken in hun nationale rechtsorde omdat het gemeenschapsrecht een aparte supranationale rechtsorde vormt binnen de internationale rechtsorde, zie p. 12.

22 Gecodificeerd in artikel 26 van het Weens Verdragenverdrag.

2 De doorwerking van internationaal recht in de Nederlandse rechtsorde naar Nederlands recht

De Nederlandse rechtsorde kent, net als de Amerikaanse rechtsorde, een beperkt monistisch stelsel met betrekking tot de doorwerking van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties.²³ In de artikelen 90-95 Grondwet is het systeem neergelegd voor de doorwerking van internationaal recht in de Nederlandse rechtsorde. Op grond van artikel 93 van de Grondwet hebben alleen bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, verbindende kracht, nadat zij zijn bekend gemaakt. In artikel 94 van de Grondwet is bepaald dat binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Op grond van deze twee bepalingen hebben een ieder verbindende bepalingen van verdragen (ook wel aangeduid als rechtstreeks werkende verdragsbepalingen) binnen de Nederlandse rechtsorde voorrang boven bepalingen in Nederlandse wetten in formele zin. De Nederlandse rechter is op grond van de artikelen 93 en 94 Grondwet zowel bevoegd toepassing te verlenen aan de norm in de rechtstreeks werkende verdragsbepaling als geen toepassing te verlenen aan een bepaling in een wet in formele zin die niet verenigbaar is met de rechtstreeks werkende verdragsbepaling. Het grote belang van deze twee bepalingen voor de bescherming van de fundamentele rechten van de Nederlandse burger is gelegen in het toetsingsverbod neergelegd in artikel 120 van de Grondwet. Op grond daarvan mag de Nederlandse rechter wetten in formele zin niet toetsen aan de Grondwet, maar is hij wel bevoegd voorrang te verlenen aan een norm in een rechtstreeks werkende verdragsbepaling wanneer er sprake is van een onverenigbaarheid in de zin van artikel 94 van de Grondwet. Dit maakt dat de rechter wetten in formele zin niet mag toetsen aan de grondrechten neergelegd in de Grondwet maar wel aan internationale normen neergelegd in een ieder verbindende verdragsbepalingen, zoals de klassieke vrijheidsrechten in het EVRM.

Het Nederlandse systeem is *gematigd* monistisch van aard omdat internationale verdragsbepalingen die niet naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden in de zin van de artikelen 93 en 94 Grondwet geen toepassing vinden in

23 Zie bijv. F.M.C. Vlemminx en M.G. Boekhorst, *Inleiding Artikelen 90-95: De Internationale rechtsorde*, in: A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 442 e.v.

de Nederlandse rechtsorde. De artikelen 93 en 94 Grondwet zijn voorts niet van toepassing op regels van internationaal gewoonterecht. Na de herzieningen van 1953 en 1956 kan op grond van de parlementaire geschiedenis worden aangenomen dat de huidige Grondwet een primaat van ongeschreven volkenrecht boven nationale wettelijke voorschriften uitsluit.²⁴

De Amerikaanse invloed op de artikelen 93 en 94 Grondwet

De bepalingen dat een naar haar inhoud ieder verbindende verdragsbepaling na bekendmaking verbindende kracht heeft en voorrang heeft op een wet in formele zin die niet verenigbaar is met deze verdragsbepaling, zijn in 1953 opgenomen in de Grondwet na jaren van discussie over het onderwerp van doorwerking van internationaal recht in de nationale rechtsorde en de rangorde tussen nationaal en internationaal recht.²⁵ De uiteindelijke keuze voor het systeem van rechtstreekse werking van verdragsbepalingen die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden lijkt te zijn geïnspireerd door de Amerikaanse leer van 'self-executing treaties'.

Net als het Nederlandse rechtssysteem omvat het Amerikaanse systeem voor de doorwerking van internationaal recht in de nationale rechtsorde kenmerken van zowel het monisme als het dualisme. De Amerikaanse Constitution bepaalt in Article VI, section 2, dat 'all Treaties are the supreme law of the land' (Supremacy Clause). De duidelijke bewoordingen van deze bepaling zijn misleidend, want het systeem van doorwerking van internationale verdragsbepalingen in de Amerikaanse rechtsorde is zeer complex en leidt tot een hoge mate van rechtsonzekerheid. Ten eerste wordt met 'Treaty' naar Amerikaans constitutioneel recht iets anders bedoeld dan naar internationaal recht. Article II, section 2(2) van de Amerikaanse Constitution bepaalt dat de Amerikaanse president een 'Treaty' alleen mag ratificeren na 'Advice and Consent' van de Senaat uitgedrukt in een positieve tweederde meerderheidsstem. Internationale verdragen die op deze wijze worden geratificeerd door de Senaat verkrijgen de status van nationale federale wetgeving en hebben hiermee een hogere rang dan common law en wetgeving op statelijk niveau, maar een lagere rang dan de Constitution. Internationale verdragsbepalingen hebben

²⁴ Zie *Kamerstukken II 1977/78*, 15049 (R1100), nr. 3, p.12.

²⁵ Voor de grondwetswijziging van 1953 waren wetten onschendbaar en de regering was geen voorstander van het verlenen van voorrang aan internationale normen boven wetten in formele zin maar zag zich genoodzaakt door het Amendement-Serrarens, zie. F.M.C. Vlemminx en M.G. Boekhorst, *Artikel 94*, in: A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 465.

voorrang op statelijke wetgeving, ook wanneer deze later in tijd tot stand is gekomen. Bepalingen in internationale verdragen hebben voorts voorrang op eerdere federale wettelijke bepalingen maar kunnen opzij worden gezet door latere federale wetgeving, zij hebben echter nooit voorrang op bepalingen in de Constitution.

Gezien de politieke verhoudingen in de VS, is het voor de Amerikaanse regering vaak moeilijk om deze tweederde meerderheid voor de ratificatie van internationale verdragen in de Senaat te verkrijgen.²⁶ Als alternatief voor 'Treaties' in de zin van de Constitution worden de meeste verdragen door de Amerikaanse regering dan ook binnen de nationale rechtsorde aangemerkt als 'executive agreements'. Voor 'executive agreements' is geen 'Advice and Consent' van de Senaat vereist. Naar internationaal recht zijn 'executive agreements' verdragen in de zin van het Weens Verdragenverdrag en bindend voor de VS binnen de internationale rechtsorde. Naar Amerikaans recht worden 'executive agreements' onderdeel van de Amerikaanse rechtsorde wanneer ze vooraf of achteraf goedgekeurd worden door een 'Act of Congress', wanneer de bevoegdheid tot het sluiten van het verdrag exclusief toekomt aan de President (bijvoorbeeld op het gebied van veiligheid en defensie), en wanneer de bevoegdheid tot het sluiten van het verdrag voortvloeit uit een eerdere 'Treaty' of 'executive agreement'. De bepaling in Article VI, section 2, van de Constitution 'all Treaties are the supreme law of the land' heeft betrekking op 'Treaties' in de zin van Article II, section 2(2) van de Amerikaanse Constitution en op 'executive agreements' die vooraf of achteraf goedgekeurd zijn door een 'Act of Congress'. Hiermee verkregen ze de status van een 'Act of Congress' binnen de Amerikaanse rechtsorde. De verdragen die op deze wijze worden gesloten door de Amerikaanse regering worden aangeduid als 'self-executing' treaties. Internationale verdragsbepalingen die aangemerkt worden als 'self-executing' hebben rechtskracht binnen de Amerikaanse rechtsorde als ware zij een 'Act of Congress'. Zij kunnen worden toegepast door de Amerikaanse rechter zonder eerst getransformeerd te worden in nationale wetgeving.

Er bestaat echter geen juridische methodologie voor de beantwoording van de algemene vraag of een bepaalde internationale verdragsbepaling 'self-executing' is binnen de Amerikaanse rechtsorde. Deze vraag kan alleen in een concrete zaak beantwoord worden door de Amerikaanse rechter. De uitkomst zal afhangen van de omstandigheden van het geval, zoals i) de tekst van de

²⁶ De Senaat heeft bijvoorbeeld in de periode tussen 1993 en 2000 25% van de voorgelegde universele verdragen voor 'Advice and Consent' afgewezen.

verdragsbepaling, ii) de intentie van partijen bij het verdrag, iii) of er nationale wetgeving nodig is voor de uitvoering van de bepaling, iv) de aard van de verplichting in de bepaling en v) de gevolgen van de toepassing van de bepaling in de afwezigheid van nationale wetgeving. Ondanks de omvangrijke jurisprudentie inzake deze materie blijft het voor een Amerikaanse jurist lastig om met enige mate van zekerheid te voorspellen of een Amerikaanse rechter een internationale verdragsbepaling zal aanmerken als 'self-executing'.²⁷ De US Supreme Court heeft in zijn uitspraak in de zaak *Medellin v. Texas*²⁸ uit 2008 bevestigd dat ook wanneer een internationale verdragsbepaling een verplichting onder internationaal recht schept voor de Amerikaanse regering, deze internationale verplichting niet afdwingbaar is voor de Amerikaanse rechter, tenzij de verdragsbepaling waaruit deze verplichting voortvloeit is omgezet in federale wetgeving door een 'Act of Congress' of de verdragsbepaling zelf is aan te merken als 'self-executing'. Of de internationale verdragsbepaling kan worden aangemerkt als 'self-executing' moet blijken uit de expliciete bewoordingen van het verdrag zelf. Deze intentie kan niet worden afgeleid uit een omstandigheid als een presidentieel memorandum dat later in tijd is afgegeven naar aanleiding van een concrete zaak. Deze uitspraak van de Supreme Court verhoogt de drempel voor het aannemen van de rechtstreekse werking van internationale verdragsbepalingen in de Amerikaanse rechtsorde aanzienlijk.

Hierbij moet nog opgemerkt worden dat zelfs wanneer de Amerikaanse rechter heeft aangenomen dat een internationale verdragsbepaling rechtskracht heeft binnen de Amerikaanse rechtsorde, omdat deze geratificeerd is door de Senaat of kan worden aangemerkt als 'self-executing', de Amerikaanse rechter toch kan besluiten om geen toepassing te geven aan de verdragsbepaling op grond van de 'Political Question Doctrine'. Deze doctrine vloeit voort uit het beginsel van scheiding der machten zoals neergelegd in de Amerikaanse constitutie. Deze doctrine gaat ervan uit dat bepaalde aspecten van internationaal recht politiek en niet juridisch van aard zijn en daarmee voorbehouden zijn aan de uitvoerende macht en niet aan de rechterlijke macht.²⁹ In het standaardarrest inzake deze materie (*Baker v. Carr* (369 U.S. 186, 217 (1962))) heeft de US Supreme Court enkele beginselen neergelegd voor de beantwoording van de vraag of een casus zich niet leent voor een juridische beoordeling door

27 Zie A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press 2008, p. 196-199, C.F. Abernathy, *Law in the United States*, Thomson West 2006, p. 383.

28 *Medellin v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008).

29 Zie R.G. Steinhardt, *International Civil Litigation*, LexisNexis 2002, p. 581 e.v.

een Amerikaanse rechter ('non justiciable matter') op grond van de 'Political Question Doctrine'.³⁰ Een voorbeeld van de toepassing van deze doctrine is de recente uitspraak van de Supreme Court in *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* (17 april 2013)³¹ waar het oordeelt dat het niet opportuun is om jurisdictie uit te oefenen over buitenlandse rechtspersonen met betrekking tot vermeende schendingen van mensenrechten die zich buiten het grondgebied van de VS hebben voorgedaan omdat anders buitenlandse rechters zich kunnen gaan buigen over de aansprakelijkheid van Amerikaanse rechtspersonen binnen hun jurisdictie.

De rechtsonzekerheid die het Amerikaanse systeem van doorwerking van internationale verdragsbepalingen tot gevolg heeft in de Amerikaanse rechtspraktijk leidt echter niet tot een verminderde rechtsbescherming van de Amerikaanse burger omdat deze voor de bescherming van zijn fundamentele rechten niet afhankelijk is van internationale mensenrechtenverdragen. Deze bescherming ontleent de Amerikaanse burger aan de grondrechtencatalogus in de Amerikaanse grondwet en de jurisprudentie van de Supreme Court als gevolg van *Marbury v. Madison*.³² Dit arrest vormt de grondslag voor de bevoegdheid van de Supreme Court alle lagere wetgeving aan de Constitution te toetsen, een bevoegdheid die niet expliciet in de Constitution is opgenomen, en vormt tevens de basis voor de Amerikaanse toepassing van het beginsel van scheiding der machten op het gebied van internationale betrekkingen. In dit arrest heeft de Supreme Court bepaald dat niet de wetgevende macht maar de Supreme Court de 'guardian' is van de Constitution en daarmee als enige

30 'Brennan reformulated the political question doctrine, identifying six factors to help in determining which questions were "political" in nature. Cases that are political in nature are marked by: 1) Textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; as an example of this, Brennan cited issues of foreign affairs and executive war powers, arguing that cases involving such matters would be "political questions"; 2) A lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; 3) The impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; 4) The impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government; 5) An unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; 6) The potentiality of embarrassment from multifarious pronouncements by various departments on one question.': zie R.G. Steinhardt, *International Civil Litigation*, LexisNexis 2002, p. 581 en 582.

31 *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* 133 S.Ct. 1659 (2013).

32 *Marbury v. Madison* 5 U.S. 137 (1803).

bevoegd is de intentie van de ‘Founding Fathers’ te interpreteren in het geval van een conflict tussen de Constitution en latere wetgeving (of internationaal recht).

De criteria voor doorwerking van internationaal recht in de jurisprudentie van de Hoge Raad

In ons *beperkt* monistische systeem is de nationale rechter ook een *beperkt* ‘internationale’ rechter, en wel in zoverre hij toepassing verleent aan rechtsnormen in een ieder verbindende verdragsbepalingen. De jurisprudentie van de Hoge Raad vervult hierbij een dubbele rol. In zijn arrest van 30 oktober 2009 heeft de Hoge Raad immers overwogen dat onderscheid dient te worden gemaakt tussen de gelding van een internationaal verdrag binnen de nationale rechtsorde (in de zin van de artikelen 93 en 94 Gw) en de toepasselijkheid van een verdragsbepaling in een concrete procedure.³³ In de jurisprudentie van de Hoge Raad kunnen de criteria gevonden worden voor de toepassing in de rechtspraak van het grondwettelijke systeem van doorwerking van internationaal recht (in de zin van de artikelen 93 en 94 Gw). Hiermee vervult de Hoge Raad zijn functie als hoogste nationale rechter bij het bewaren van de rechtseenheid. Voorts kan uit de jurisprudentie van de Hoge Raad ook gedistilleerd worden wat de inhoud en reikwijdte is van bepaalde internationale verplichtingen in verdragsbepalingen wanneer de Hoge Raad deze heeft aangemerkt als een ieder verbindend en vervolgens heeft toegepast in een concrete casus. Hiermee vervult de Hoge Raad ook een rol als functionaris van het internationaal recht en levert hij een bijdrage aan de ontwikkeling van de internationale norm in kwestie en de internationale rechtsorde.³⁴

Naar het oordeel van de Hoge Raad kan de vraag of de bepalingen van een verdrag de burgers van de daarbij aangesloten staten rechtstreeks binden, althans voor het Nederlands recht, uitsluitend op grond van de uitlegging van de verdragsbepalingen worden beantwoord.³⁵ De Hoge Raad heeft in het

33 HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0655, *NJ* 2009/540.

34 Zoals bijvoorbeeld de bijdrage die de Kalimijnen-arresten van de Hoge Raad hebben geleverd aan de ontwikkeling van normen van internationaal milieurecht (HR 23 september 1988, ECLI:NL:HR:1988:AD5713, *NJ* 1989/743, *VR* 1990/98), en meer recent de bijdrage aan de ontwikkeling van de normen inzake de verenigbaarheid van tegenstrijdige internationale verplichtingen van de staat (zie bijv. HR 13 april 2012, *NJB* 2012, 987, *RvdW* 2012, 579 en HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8351, *NJB* 2013, 64).

35 HR 18 mei 1962, ECLI:NL:HR:1962:AB5189, *NJ* 1965, 115.

Stakingsarrest³⁶ het volgende criterium neergelegd voor het uitleggen van verdragsbepalingen:

‘Of de verdragsluitende Staten al dan niet hebben beoogd aan art. 6 lid 4 ESH directe werking toe te kennen, is niet van belang nu noch uit de tekst, noch uit de geschiedenis van de totstandkoming van het Verdrag valt af te leiden dat zij zijn overeengekomen dat aan art. 6 lid 4 die werking niet mag worden toegekend. Bij deze stand van zaken is naar Nederlands recht enkel de inhoud van de bepaling zelf beslissend: verplicht deze de Nederlandse wetgever tot het treffen van een nationale regeling met bepaalde inhoud of strekking, of is deze van dien aard dat de bepaling in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren?’

De toepassing van het criterium in het Stakingsarrest in de rechtspraak betekent veelal dat klassieke grondrechten in verdragen zich wel lenen voor rechtstreekse werking in nationale procedures terwijl economische, sociale en culturele grondrechten zich niet lenen voor rechtstreekse werking. Klassieke grondrechten, zoals het recht op leven, het recht op vrijheid van meningsuiting en het recht op privacy zijn opgesteld als een resultaatsverbintenis en richten zich in beginsel tot een ieder en niet alleen tot staten. Sociale grondrechten in internationale verdragen zijn echter opgesteld als opdrachten aan staten en omvatten een inspanningsverplichting en geen resultaatsverbintenis. In de literatuur wordt om die reden aangenomen dat de materiële bepalingen van het EVRM en het IVBPR een ieder verbindend karakter hebben, terwijl de bepalingen van het ESH en het IVESCR geen rechtstreekse werking hebben. Maar uiteindelijk is echter niet de plaatsing in één van deze verdragen, maar de inhoud van de bepaling zelf en de formulering ervan beslissend voor het al dan niet bestaan van rechtstreekse werking.³⁷ Zo heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 9 april 2010³⁸ geoordeeld dat artikel 7 van het VN Vrouwenverdrag

³⁶ HR 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402, NJ 1986, 688.

³⁷ Zie bijv. C.W. Van der Pot (red.), *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006, p. 272 en 273, P.H. Kooijmans, *Internationaal publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2008, nr. 5.2 en M.K.C. Arambulo (red.), *De betekenis van economische, sociale en culturele rechten in de Nederlandse rechtsorde*, Leiden Stichting NJCM-Boekerij 1998, p. 14 e.v.

³⁸ HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, NJ 2010/388, in dit arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat artikel 7 van het VN Vrouwenverdrag, waarin het recht van vrouwen op gelijke voet met mannen benoemd te worden tot openbare ambten (passief kiesrecht), rechtstreekse werking heeft en dat de staat onrechtmatig handelt door niet op te treden tegen het SGP vrouwenstandpunt.

rechtstreekse werking heeft, en in zijn arrest van 1 april 2011³⁹ geoordeeld dat artikel 11 van het VN Vrouwenverdrag geen rechtstreekse werking heeft binnen de Nederlandse rechtsorde.

De nadruk die de Hoge Raad legt op de inhoud van de verdragsbepaling zelf bij de beantwoording van de vraag of de bepaling rechtstreekse werking toekomt in de Nederlandse rechtsorde is vergelijkbaar met het standpunt van de US Supreme Court inzake de beoordeling of internationale verdragsbepalingen 'self-executing' zijn en de nadruk hierbij op de tekst van de bepaling.⁴⁰ De hoogste bestuursrechters lijken meer ruimte toe te staan voor de omstandigheden van het geval bij de vraag of een ieder verbindende verdragsbepaling rechtstreekse werking toekomt.⁴¹

In het Harmonisatiewet arrest uit 1989 heeft de Hoge Raad voorts tot uitgangspunt genomen dat het toetsingsverbod in artikel 120 Grondwet geen ruimte laat voor een toetsing door de rechter aan fundamentele rechtsbeginselen en dat dit toetsingsverbod geen strijd oplevert met art. 6 EVRM.⁴² De Hoge Raad overwoog dat, gegeven het feit dat de bevoegdheid van de rechterlijke macht om de wet aan hogere normen te toetsen in het nationale recht van de lidstaten van de Raad van Europa ten tijde van het tot stand komen van het EVRM zeer verschillend was, en ook thans nog zeer verschillend is geregeld, niet kan worden aangenomen dat de verdragsluitende partijen de verplichting hebben willen aanvaarden hun rechters in volle omvang tot zulk een toetsing bevoegd te maken. De Hoge Raad heeft hiermee vrij stellig de deur dicht gedaan voor mogelijkheden om het verbod op constitutionele toetsing te omzeilen in zaken waar fundamentele rechten het onderwerp van het partijdebat zijn.⁴³

De Hoge Raad stelt zich in uitspraken inzake de rechtstreekse werking van internationale verdragsbepalingen zeer terughoudend op ten aanzien van de

39 HR 1 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3044, NJ 2011/354, in dit arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat artikel 11 van het VN Vrouwenverdrag, waarin het recht van vrouwen op toegang tot de arbeidsmarkt op gelijke voet met mannen is opgenomen, geen rechtstreekse werking toekomt en dat de staat niet onrechtmatig heeft gehandeld door de wettelijke regeling in te trekken die zwangerschap- en bevallingsverlof toekende uit publieke middelen voor vrouwelijke zelfstandige ondernemers.

40 Zie bijv. het *Medellin v. Texas* 552 U.S. 491 (2008) arrest van het US Supreme Court, p. 2 sub 1 (a).

41 Zie bijv. CRvB 16 februari 1989, ECLI:NL:CRVB:1989:ANO328, AB 1989/164.

42 HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989, 469.

43 Zie bijv. recent HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA2818.

bestaande constitutionele verhoudingen en zoekt zeker niet de grenzen van zijn rechtsvormende taak op. Met name in procedures waarin internationale politieke verhoudingen een rol spelen stelt de Hoge Raad zich in beginsel terughoudend op. Zoals bijvoorbeeld in de procedure naar aanleiding van het NAVO bombardement op Belgrado, waar de Hoge Raad overwoog dat de burgerlijke rechter, zeker indien het gaat om een kort geding, een grote mate van terughoudendheid aan de dag dient te leggen bij de beoordeling van vorderingen die ertoe strekken handelingen ter uitvoering van politieke besluitvorming op het gebied van buitenlands beleid en defensie als onrechtmatig en derhalve als verboden aan te merken.⁴⁴ Deze terughoudendheid geldt echter niet wanneer een beroep wordt gedaan op de burgerlijke rechter in zijn hoedanigheid als ‘internationale’ rechter, bijvoorbeeld in procedures waarin immuniteiten van staten of internationale organisaties onderwerp van het partijdebat zijn⁴⁵ of wanneer de wijze waarop door de staat uitvoering wordt gegeven aan een internationale verplichting onderwerp van geschil is.⁴⁶

De Hoge Raad stelt zich echter ook terughoudend op ten aanzien van de grenzen van zijn rechtsvormende taak in procedures waar toepassing van een internationale norm in zuiver nationale verhoudingen wordt verzocht, zoals in familierecht procedures waar toepassing van EVRM-normen leidt tot buiten toepassing laten van nationale wetgeving en hiermee een lacune zou ontstaan waarin de rechter niet zelf kan voorzien.⁴⁷ De Hoge Raad treedt ook terughoudend op in procedures waarbij de toepassing van internationale normen betrekking heeft op positieve verplichtingen van de staat die leiden tot een beoordeling van beleidsbeslissingen inzake de allocatie van publieke middelen.⁴⁸ De noodzaak tot het beschermen van het primaat van de politiek dat het

44 HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE5164, NJ 2003/35.

45 Zoals bijvoorbeeld in de procedure tegen de staat en de VN naar aanleiding van de gebeurtenissen rond de val van Srebrenica (zie HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1999, NJB 2012, 987, RvdW 2012, 579) waar de Hoge Raad zich heeft moeten buigen over de vraag hoe de absolute immuniteit van de VN op grond van het VN Handvest zich verhoudt tot het recht op toegang tot de rechter in art. 6 EVRM. De Hoge Raad heeft deze vraag in belangrijke mate beantwoordt aan de hand van de criteria in de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof in de zaak *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany vs. Italy: Greece intervening).

46 Zoals bijvoorbeeld de wijze waarop de staat uitvoering had gegeven aan de Iraanse sanctieregeling, zie HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8351.

47 Zie bijv. HR 4 november 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1523, HR 20 oktober 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1853, HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1642.

48 Zie bijv. HR 22 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY8050, NJ 2007/292 en HR 1 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3044, NJ 2011/254.

wetsvoorstel Taverne tot uitgangspunt neemt, is dan ook niet te herleiden tot concrete voorbeelden uit de jurisprudentie.

De vraag of een internationale verdragsbepaling rechtstreekse werking toekomt in de Nederlandse rechtsorde is van wezenlijk belang voor de uitkomst van een procedure met als inzet de reikwijdte, inhoud of beperking van een fundamenteel recht opgenomen in een internationaal verdrag. Gezien het belang van deze voorvraag bij het entameren van een juridische procedure met als inzet fundamentele rechten, rechten die als gevolg van artikel 120 Grondwet niet beschermd worden door de Nederlandse Grondwet maar alleen door internationale verdragen, is het dan ook onwenselijk dat deze vraag vooraf niet met enige mate van zekerheid te beantwoorden valt.⁴⁹ Er bestaat zowel in de rechtsliteratuur als in de rechtspraktijk geen duidelijke consensus over de vraag wanneer een verdragsbepaling rechtstreekse werking toekomt in de zin van de artikelen 93 en 94 Grondwet. De jurisprudentie is zeer casuïstisch van aard waarbij geen sprake is van rechtseenheid, noch in de uitspraken van de feitenrechters onderling⁵⁰ noch tussen de uitspraken van de Hoge Raad en de hoogste bestuursrechters.

Dit leidt in de rechtspraktijk tot procedureel complexe procedures waarbij eerst de drempel van de rechtstreekse werking van internationale verdragsbepalingen genomen moet worden voordat het partijdebat zich kan richten op de inhoud en toepassing van de internationale norm. Dit is onwenselijk in procedures met als inzet fundamentele rechten. Het leidt af van het inhoudelijk partijdebat en het maatschappelijk belang dat met de procedure aan de orde wordt gesteld.

Een goed voorbeeld zijn de procedures naar aanleiding van het vrouwenstandpunt van de SGP waar zowel de Hoge Raad,⁵¹ als de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State,⁵² als het EHRM⁵³ zich over hebben gebogen. De Hoge Raad kwam in zijn arrest tot de conclusie dat artikel 7 van het VN Vrouwenverdrag rechtstreekse werking had in de zin van artikel 93 Grond-

49 Zie bijv. F.M.C. Vlemminx en M.G. Boekhorst, *Inleiding Artikelen 90-95: De Internationale rechtsorde*, in: A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 445.

50 Zie bijv. G.J.W. Pulles en L.C.J.M. Wörst, 'Doorwerking van het IVRK: de wetgever geeft het voorbeeld', *FJR* 2012, p. 64.

51 HR 9 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK4549, *NJ* 2010, 388.

52 ABRvS 5 december 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BB9493, *AB* 2008, 35.

53 EHRM 10 juli 2012, ECLI:NL:XX:2012:BX7343, *AB* 2012, 333.

wet en dat de staat in strijd met deze bepaling, en daarmee onrechtmatig, handelde door niet op te treden tegen het vrouwenstandpunt van de SGP (toepassing artikel 94 Gw). De Hoge Raad overwoog voorts dat de rechter echter niet bevoegd is de staat te bevelen wetgeving in formele zin tot stand te brengen, noch de staat in het onderhavige geval te bevelen de subsidie aan de SGP stop te zetten en dat het bepaalde in artikel 7 van het Vrouwenverdrag dit niet anders maakte. Het EHRM heeft de klacht van de SGP tegen deze uitspraak van de Hoge Raad niet-ontvankelijk verklaard en geoordeeld met betrekking tot de overwegingen van de Hoge Raad inzake artikel 7 van het Vrouwenverdrag dat dezelfde conclusie voortvloeit uit artikel 3 Prot. No. 1 jo. art. 14 EVRM. De Afdeling was tot het oordeel gekomen dat artikel 7 sub c van het Vrouwenverdrag een ieder verbindend was in de zin van artikel 93 Grondwet maar daarmee nog niet noopte tot een subsidiestop aan de SGP in de zin van artikel 94 Grondwet. Het hoog juridisch-technische gehalte van deze uitspraken, als gevolg van het partijdebat inzake de doorwerking van internationale normen in de nationale rechtsorde, maakt mijns inziens dat deze uitspraken zich niet goed lenen als een bijdrage aan het maatschappelijk debat inzake de fundamentele rechten (gelijkheid van vrouwen, vrijheid van godsdienst en scheiding kerk en staat) die de procedures tot inzet hadden, terwijl het aanzetten tot maatschappelijk debat nu juist beoogd werd met deze procedures.

Het gebrek aan rechtseenheid en rechtszekerheid in de jurisprudentie naar aanleiding van de toepassing van de artikelen 93 en 94 Grondwet. is vergelijkbaar met de rechtsonzekerheid inzake de doorwerking van internationaal recht in de Amerikaanse rechtsorde. Het verschil met de Amerikaanse rechtsorde is echter dat Amerikaanse burgers ten alle tijde toegang hebben tot de Amerikaanse rechter ter toetsing van wetgeving en overheidshandelen aan de grondrechtencatalogus neergelegd in de Amerikaanse grondwet. In onze rechtsorde leidt deze onzekerheid inzake de doorwerking van internationale rechtsnormen dan ook eerder tot een verminderde rechtsbescherming van fundamentele rechten.

Standpunt regering inzake doorwerking internationaal recht

In de kabinetsnotitie 'Arbeidsmigratie en sociale zekerheid: Notitie doorwerking internationaal recht in de Nederlandse rechtsorde'⁵⁴ uit 2008 zijn de volgende conclusies opgenomen met betrekking tot de doorwerking van internationaal recht in de nationale en Europese rechtsorde:

⁵⁴ Kamerstukken II 2007/08, 29861, nr. 19.

- i. De wetgever is hoe dan ook gebonden aan verdragsverplichtingen, ongeacht het systeem van doorwerking van het internationale en Europese recht. In zoverre is artikel 94 Grondwet voor de wetgever niet van doorslaggevend belang.
- ii. Ook de Europese Gemeenschap is gebonden aan het internationale recht. Door de Gemeenschap gesloten verdragen maken deel uit van het gemeenschapsrecht.
- iii. Door deze binding ziet de nationale wetgever – waaronder het Nederlandse parlement – logischerwijs grenzen gesteld aan zijn beleidsvrijheid. Het parlement kan wel in de fase van totstandkoming van verdragen en regelgeving invloed uitoefenen. De (grond)wet waarborgt bovendien deze betrokkenheid van het parlement bij de totstandkoming van verdragen.
- iv. Opzegging van verdragen behoort op zichzelf ook tot de mogelijkheden. In veel gevallen is opzegging echter niet mogelijk zonder zich van de internationale gemeenschap te isoleren.’

In deze kabinetsnotitie is voorts opgemerkt dat of een bepaling van een verdrag of een besluit van een volkenrechtelijke organisatie geldt als een ieder verbindend in de zin van de artikelen 93 en 94 Grondwet in laatste instantie bepaald wordt door de rechter.⁵⁵

102

Doorwerking EU-recht in de nationale rechtsorde

De doorwerking van EU-recht vindt niet plaats door middel van het systeem neergelegd in de artikelen 93 en 94 Grondwet maar aan de hand van criteria ontwikkeld door het HvJ EG in het arrest Van Gend en Loos.⁵⁶ Het Hof heeft hierin tot uitgangspunt genomen dat het EG-verdrag een aparte supranationale rechtsorde tot stand heeft gebracht binnen de internationale rechtsorde

⁵⁵ De rechter zal moeten nagaan of een dergelijke bepaling kan worden tegengeworpen aan of worden ingeroepen door een justitiabele. Dit hangt af van de inhoud van de bepaling, in het bijzonder van de vraag of de bepaling a) plichten oplegt, of rechten toekent aan justitiabelen alsmede b) onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om door een rechter te worden toegepast. Bepalingen die bij hun uitvoering beleidsvrijheid laten aan staten zijn derhalve niet een ieder verbindend. Voor de beantwoording van de vraag of de burger een rechtstreeks beroep kan doen op een bepaling in een verdrag voor de nationale rechter is dus relevant of de staat bij het sluiten van het verdrag de bedoeling had om rechten te creëren voor de burger en of de inhoud van de bepaling zich naar zijn aard leent voor rechtstreekse toepassing in de nationale rechtsorde. Dit laatste is aan de rechter om te beoordelen in het concrete geval (*Kamerstukken II 2007/08, 29861, nr. 19, p. 3 e.v.*).

⁵⁶ HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62, *Jur.* 1963, p. 3 (*Van Gend & Loos*).

dat boven de nationale rechtsorde staat waardoor bepalingen van EU-recht rechtstreekse werking hebben wanneer deze bepalingen zich hiertoe lenen.⁵⁷ Rechtstreeks werkende bepalingen van EU-recht kennen burgers niet alleen rechten toe, zij kunnen burgers verplichtingen opleggen, het EU-recht onderscheidt zich hiermee fundamenteel van het internationaal publiekrecht. De term 'rechtstreekse werking' is ontleend aan de jurisprudentie van het HvJ EG en wordt vaak als synoniem gebruikt voor de doorwerking van internationale normen die 'naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden' in de zin van de artikelen 93 en 94 Grondwet. Dit is verwarrend omdat het om twee verschillende systemen van doorwerking van internationaal recht gaat. Doorwerking van EU-recht vindt plaats op grond van criteria ontwikkeld door het HvJ EG waarbij geldt dat de Nederlandse rechter gebonden is aan deze criteria en weinig marge heeft hiervan af te wijken. De toepassing van internationale verdragsbepalingen op grond van de artikelen 93 en 94 Grondwet gebeurt aan de hand van criteria ontwikkeld in de nationale rechtspraak en daarbij heeft de Nederlandse rechter meer marge voor interpretatie en toepassing van deze criteria. Deze ruimere marge leidt wel tot minder rechtseenheid. De lidstaten van de EU zijn voorts aansprakelijk voor de schending van EU-rechten van particulieren op grond van de criteria neergelegd door het HvJ EG in het *Francovich*⁵⁸ arrest ('voldoende gekwalificeerde schending') en niet op basis van de nationale regels van overheidsaansprakelijkheid. In het geval van internationale verplichtingen van de Nederlandse staat die doorwerking hebben op grond van de artikelen 93 en 94 Grondwet is de staat aansprakelijk op grond van het internationaal publiekrecht wanneer de Nederlandse rechter op onjuiste wijze toepassing geeft aan deze internationale verplichtingen.

Opgemerkt dient voorts te worden dat het op 1 december 2009 in werking getreden Handvest van grondrechten van de Europese Unie⁵⁹ een belangrijke bron van individuele grondrechtenbescherming kan zijn. Een bron waaruit de Nederlandse rechter vrij kan putten dankzij de rechtstreekse werking van het EU-recht. Hierbij geldt echter de beperking dat het EU-Handvest slechts van toepassing is op het handelen van de lidstaten bij de uitvoering van EU

57 Zie bijv. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 112 e.v.

58 HvJ EG 19 november 1991, C-6/90, *Jur.* 1991, p. I-05357 (*Francovich*).

59 Zie bijv. A. Pahladsingh en H.J.Th.M. van Roosmalen, 'Het handvest van de Grondrechten van de Europese Unie één jaar juridisch bindend: rechtspraak in kaart', *NtEr* maart 2011, p. 54 e.v.

regelgeving en niet van toepassing is op de uitvoering van zuiver nationale wetgeving (artikel 51 lid 1 EU-Handvest).⁶⁰

Op 5 april 2013 is door de onderhandelaars van de Europese Unie en van de 47 lidstaten van de Raad van Europa de ontwerpakte voor het toetredingsverdrag van de Europese Unie tot het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM) goedgekeurd. Het Hof van Justitie van de Europese Unie moet zich nog buigen over de verenigbaarheid van de ontwerpakte met de EU-verdragen, de Europese Unie moet het toetredingsverdrag vervolgens ratificeren, waarna de 47 landen die partij zijn bij het EVRM het toetredingsverdrag moeten ratificeren voordat het in werking kan treden. Wanneer het toetredingsverdrag in werking treedt zal dit een belangrijk gat in de rechtsbescherming van de Europese burger dichtten.⁶¹

Doorwerking EVRM in nationale rechtsorde

In beginsel gold dat de bepalingen van het EVRM toepassing vonden binnen de Nederlandse rechtsorde door middel van het systeem neergelegd in de artikelen 93 en 94 Grondwet. Inmiddels heeft het EHRM door zijn interpretatie van het EVRM als een 'living instrument' in zijn jurisprudentie echter aangenomen dat het EVRM 'an instrument of European public order'⁶² is. Een 'European public order' bestaande uit de lidstaten van de Raad van Europa. Hiermee is een 'publieke Europese' rechtsorde tot stand gekomen die vergelijkbaar is met de supranationale rechtsorde van de EU en die nauw verbonden is met de EU-rechtsorde. Zo heeft de Staatscommissie Grondwet bijvoorbeeld in haar rapport onder de noemer 'Europese rechtsorde' zowel de supranationale orde in het leven geroepen door het EU-verdrag als de rechtsorde in het leven geroepen door het EHRM geschaard. De Staatscommissie heeft voorts gewezen op het feit dat naast de EU ook de Raad van Europa een grote invloed heeft op de nationale rechtsorde, in het bijzonder via het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM. Het EVRM maakt naar het oordeel van de Staatscommissie materieel deel uit van de Nederlandse constitutie. Het vervult in de Nederlandse rechtspraktijk een functie die in veel andere landen is

60 Zie bijv. HvJ EU 7 maart 2013, C-128/12, *EHRM* 2013, 114 waarin HvJ EU wijst op zijn vaste jurisprudentie dat lidstaten alleen gebonden zijn aan Uniegrondrechten wanneer zij handelen binnen het toepassingsgebied van Unierecht.

61 Zie R. Böcker, 'Gaten Dichten. Toetreding van de Europese Unie tot het EVRM.', *NJB* 2013, p. 1560.

62 Zie EHRM 23 maart 1995, nr. 15318/89, (*Loizidou t. Turkije*).

weggelegd voor grondwetsbepalingen. De Staatscommissie wijst er voorts op dat de Nederlandse rechter ook veelvuldig aan het EVRM toetst bij gebreke van mogelijkheden van toetsing aan de Grondwet.⁶³

Hoewel dit formeel wel het kader is waarbinnen EVRM-bepalingen dienen te worden toegepast, is de vraag of bepalingen van het EVRM rechtstreekse werking toekomt in het kader van de artikelen 93 en 94 Grondwet in de rechtspraak geen onderwerp van debat meer in concrete procedures.⁶⁴ Uit de vaste jurisprudentie van het EHRM volgt immers dat EVRM-bepalingen rechtstreekse werking hebben in de nationale rechtsorde van de lidstaten wanneer de bepalingen zich hiertoe lenen,⁶⁵ een werking die door Vlemminx is aangeduid als de autonome rechtstreekse werking van het EVRM.⁶⁶ Als uitgangspunt wordt in de rechtsliteratuur dan ook genomen dat Nederland zich alleen kan onttrekken aan de doorwerking van EVRM-bepalingen in de nationale rechtsorde door opzegging van het verdrag.⁶⁷ De meer relevante vraag in de rechtspraak is welke ‘margin of appreciation’ de lidstaten toekomt bij de toepassing van de EVRM-bepalingen in de nationale rechtsorde in concrete gevallen en niet of deze bepalingen rechtstreekse werking hebben.⁶⁸

Voorstellen tot hervorming systeem van doorwerking internationaal recht:

Fleuren bepleit in zijn proefschrift ‘Een ieder verbindende bepalingen van verdragen’ uit 2004 dat het criterium ‘een ieder verbindend’ in de artikelen 93 en 94 Grondwet vanwege zijn onduidelijkheid en de rechtsonzekerheid die hiermee gepaard gaat, het beste kan worden geschrapt.⁶⁹ Hierdoor kan de rechter toepassing geven aan alle internationale verdragsbepalingen die op constitutioneel juiste wijze zijn bekend gemaakt in de Nederlandse rechtsorde.

63 W. Thomassen (voorz.), *Rapport Staatscommissie Grondwet*, 2010, www.rijksoverheid.nl onder documenten en publicaties, p. 101.

64 Zie bijv. ABRvS 28 april 2004, ECLI:NL:RVS:2004:AO8491, AB 2004/276, m.nt. Widdershoven.

65 Positieve verplichtingen van de lidstaten zullen zich minder lenen voor een rechtstreekse werking in de nationale rechtsorde dan negatieve verplichtingen.

66 F.M.C. Vlemminx, *De autonome rechtstreekse werking van het EVRM*, preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer 2002, p. 44 e.v.

67 Zie bijv. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 128 e.v.

68 Zie bijv. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 129, hoe minder consensus er onder de verdragsstaten bestaat hoe groter de ‘margin of appreciation’ zal zijn, zie bijv. EHRM 7 mei 2013, ECLI:NL:XX:2013:CA3009, NJB 2013/1432.

69 J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 391 e.v.

Alkema heeft in zijn oratie uit 2005, *'Over implementatie van internationaal recht - de internationale rechtsorde is de onze nog niet'*, betoogd dat bij de doorwerking van internationaal recht, besluiten en algemeen verbindende regels, een vermenging van rechtsordes plaatsvindt die op nationale vlak het paradigma van de rechtstaat en van de daarmee verbonden *checks and balances* verstoort. Hij doet het voorstel een speciaal college met rechterlijke en adviseerende bevoegdheden in te stellen om op effectieve wijze en binnen redelijke tijd gevolg te kunnen geven aan internationale verplichtingen.

Besselink heeft in zijn boekbeschouwing van het proefschrift van Fleuren uit 2007 de vraag opgeworpen of het wel werkelijk zo is dat de rechter altijd het meest geschikt is als agent van de internationale rechtsorde op te treden teneinde dat recht binnen de nationale rechtsorde te realiseren, en wel door daarbij Grondwet en wet terzijde te schuiven? Hij vraagt zich af of de internationale rechtsorde, waarbij deze onder omstandigheden van globalisering een verder terugdringen van constitutionele instellingen en met name van een parlementair-democratische delegitimatie van overheidsgezag betekent, werkelijk zo gunstig is voor de rechten en vrijheden van individuen op titel van deze internationale orde?

Thomassen wijst in haar oratie *'Fundamental values in the law'* uit 2008 op de ontwikkeling dat als gevolg van het toetsingsverbod in artikel 120 Gw het EVRM als een constitutioneel document is gaan fungeren voor de Nederlandse rechtsorde en hiermee een lichte weerstand in het leven heeft geroepen tegen de grote invloed van het EHRM op de nationale rechtsorde. Zij betoogt dat deze weerstand kan worden weggenomen door de afschaffing van het verbod op constitutionele toetsing in art. 120 Gw en de instelling van een nationale constitutionele rechter die een open publiek debat kan aangaan over de plaats van fundamentele rechten in de nationale rechtsorde.

De Staatscommissie Grondwet heeft in haar rapport uit 2010 (ongevraagd) de regering geadviseerd het toetsingsverbod in artikel 120 Grondwet af te schaffen teneinde het normatieve karakter van de Grondwet te versterken.⁷⁰ Met betrekking tot de doorwerking van internationaal recht in de nationale rechtsorde had de regering de Staatscommissie verzocht in te gaan op de wenselijkheid van opnemings van een bepaling op grond waarvan verdragsbepalingen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties die in strijd zijn met

70 W. Thomassen (voorz.), *Rapport Staatscommissie Grondwet*, 2010, www.rijksoverheid.nl onder documenten en publicaties, p. 44 e.v.

wezenlijke waarden van de Nederlandse constitutie, geen voorrang hebben op nationaal recht. De Staatscommissie was unaniem van oordeel dat in de eerste plaats op internationaal niveau moet worden bevorderd dat internationale rechtsregels in overeenstemming zijn met fundamentele regels en beginselen. Het bovenstaande afwegende, was de helft van de Staatscommissie van oordeel dat het noodzakelijk noch wenselijk is om aan de voorrang van een ieder verbindende bepalingen van internationaal recht binnen de nationale rechtsorde de voorwaarde te stellen dat deze in overeenstemming is met fundamentele constitutionele beginselen. De andere helft van de Staatscommissie meende daarentegen dat het wenselijk en waardevol is, aan de voorrang van het internationale recht de grondwettelijke voorwaarde te verbinden dat deze verenigbaar is met fundamentele constitutionele beginselen. De Staatscommissie heeft in het kader van de bevordering van de toegankelijkheid van de Grondwet voorgesteld de artikelen 93 en 94 Grondwet te verduidelijken door achtereenvolgens de termen ‘een ieder [...] verbinden’ en ‘een ieder verbindende’ te vervangen door ‘rechtstreeks [...] werken’ respectievelijk ‘rechtstreeks werkende’. Opgemerkt werd hierbij dat een wijziging van de terminologie in de artikelen 93 en 94 Grondwet geen gevolgen heeft voor de toepasselijkheid en voorrang van internationaalrechtelijke normen. Zij heeft het voordeel van duidelijkheid en toegankelijkheid. Bovendien komt de voorgestelde formulering beter overeen met de gebruikelijke terminologie, in zowel nationaal, Europees als internationaal recht.⁷¹

3 De voorgestelde grondwetswijzigingen in het voorstel Taverne

Het wetsvoorstel beoogt aan de rechter de bevoegdheid te ontnemen om wetten in formele zin te toetsen aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. De bevoegdheid die nu is neergelegd in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet.⁷² Voorgesteld wordt om

71 W. Thomassen (voorz.), *Rapport Staatscommissie Grondwet*, 2010, www.rijksoverheid.nl onder documenten en publicaties, p. 131.

72 Artikel 93 Grondwet luidt als volgt: ‘Bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, hebben verbindende kracht nadat zij zijn bekendgemaakt.’ Artikel 94 Grondwet luidt als volgt: ‘Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.’

in de Grondwet op te nemen dat binnen de Nederlandse rechtsorde het oordeel van de wetgever omtrent de verenigbaarheid met het internationale recht definitief is. Dit zou tot uitdrukking worden gebracht door wetgeving in formele zin uit te zonderen van de regel van artikel 94 van de Grondwet, en door aan artikel 93 een daartoe strekkend voorbehoud toe te voegen. Deze voorgestelde wijziging zou niet alleen gelden voor nieuwe verdragen maar ook voor reeds geldende verdragen zoals bijvoorbeeld het EVRM en het IVBPR. Voorts zou het voorgestelde toetsingsverbod voor de rechter betekenen dat hij bestaande nationale wetgeving niet mag toetsen aan verdragen van latere datum.

Het doel van het wetsvoorstel is, volgens de MvT, de volksvertegenwoordiging ertoe aan te zetten om haar wetten zelf uitvoeriger op verenigbaarheid met bepalingen van internationaal recht te beoordelen, en deze beoordeling niet grotendeels over te laten aan de rechter.⁷³ Uitdrukkelijk wordt in de inleiding van de MvT opgemerkt dat het wetsvoorstel niet afdoet aan bepalingen van internationaal recht waaraan ons land zich heeft verbonden en op grond van het volkenrecht gehouden is deze te respecteren. Maar dat daarvoor niet nodig is dat aan de rechter wordt opgedragen een eigen beoordeling te maken, nadat de regering en Staten-Generaal in hun gezamenlijke hoedanigheid van wetgever reeds hebben vastgesteld dat een wet verenigbaar is met het internationale recht. In de MvT wordt voorts betoogd dat hiermee de rechtspraak wordt ontheven van de taak om een toets aan te leggen die naar zijn aard onderdeel behoort uit te maken van het wetgevingsproces.⁷⁴ Betoogd wordt dat de interpretatie van internationale normen die zich tot staten richten, maar ook de normen in bepalingen die naar hun inhoud een ieder verbinden, een grondige kennis vereist van de achtergrond van deze normen, waarbij diplomatieke verhoudingen, politieke opvattingen en internationale belangen een rol spelen. Het wetsvoorstel betoogt dat de volksvertegenwoordiging en niet de rechter in een betere positie verkeert om te beoordelen of wetten in formele zin verenigbaar zijn met internationale normen, omdat: 1) de rechter de hiervoor benodigde kennis en expertise mist, 2) de rechter over beperkte middelen beschikt om naleving van een ieder verbindende bepaling van internationaal recht af te dwingen, 3) de rechter democratische legitimiteit mist om bepalingen in wetten in formele zin buiten toepassing te laten en 4) gewezen wordt tenslotte op de redenen voor het toetsingsverbod in artikel 120 Grondwet.⁷⁵ Samenvattend wordt als aanleiding voor het wetsvoorstel genoemd dat sinds 1953 de

73 *Kamerstukken II 2011/12, 33 359 (R1986), nr. 3, p. 1.*

74 *Kamerstukken II 2011/12, 33 359 (R1986), nr. 3, p. 1.*

75 *Kamerstukken II 2011/12, 33 359 (R1986), nr. 3, p. 5-7.*

hoeveelheid en de gedetailleerdheid van de internationale verdragsrechtelijke normen sterk zijn toegenomen en dat de Nederlandse rechter zich steeds minder terughoudend is gaan opstellen bij de toetsing aan deze normen. De toetsing aan internationale bepalingen is door deze ontwikkelingen ingrijpend van karakter veranderd. Betoogd wordt dat in de rechtspraak het zwaartepunt daarom niet langer bij de norm zelf ligt maar bij de interpretatie en de uitwerking daarvan en dat deze werkzaamheid eerder politiek dan juridisch van aard is, en om deze reden eerder bij de volksvertegenwoordiging dan bij de rechter thuis hoort.⁷⁶ De MvT op het wetsvoorstel benadrukt tenslotte⁷⁷ dat de voorgestelde Grondwetswijzigingen geen gevolgen hebben voor de werking van bepalingen en besluiten in het kader van de Europese Unie omdat het recht van de Europese Unie geheel los van het Nederlandse recht doorwerkt in onze nationale rechtsorde als gevolg van de uitspraak van het HvJ EG uit 1963 in de zaak Van Gend en Loos.⁷⁸

Het wetsvoorstel lijkt met name geïnspireerd te zijn door de kritiek op de steeds grotere invloed van internationale mensenrechtenverdragen, met name het EVRM, op de nationale rechtsorde, en de stelling dat het EHRM een politiek orgaan is geworden dat inbreuk maakt op nationale soevereiniteit en miskent dat de inhoud en reikwijdte van grondrechten afhangt van nationale culturele context.⁷⁹ Kritiek die de indiener van het wetsvoorstel tezamen met twee partijleden reeds kenbaar had gemaakt in een opiniestuk in het NRC van 23 februari 2012 dat de voorzet vormt tot het wetsvoorstel van 6 september 2012.

Reacties op het wetsvoorstel Taverne

J. Fleuren en J. de Wit hebben zich al kort na het aanhangig worden van het wetsvoorstel Taverne op 6 september 2012, in een artikel in het NJB van 16 november 2012, op het standpunt gesteld dat het voorstel ondoordacht is en maar beter zo snel mogelijk kan worden ingetrokken.

⁷⁶ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 359 (R1986), nr. 3, p. 9-10.

⁷⁷ *Kamerstukken II* 2011/12, 33 359 (R1986), nr. 3, p. 8.

⁷⁸ HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62, *Jur.* 1963, p. 3 (*Van Gend en Loos*).

⁷⁹ Zoals bijv. T. Baudet, 'Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens vormt een ernstige inbreuk op de democratie', *NRC Handelsblad* 13 november 2010 en T. Zwart, 'Een steviger opstelling tegenover Europees Hof voor de Rechten van de Mens bevordert de rechtstaat', *NJB* 2011/343. Zie bijv. ook het kabinetstandpunt over de hervormingen van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in de brief van de Minister van Veiligheid en Justitie aan het parlement van 3 oktober 2011.

Zij betogen dat indien de voorgestelde grondwetswijziging daadwerkelijk wordt aangenomen, de nationale rechter geen rechtsbescherming meer kan bieden bij vermeende verdragsschendingen zoals inbreuken op bepalingen van het EVRM en de burger zich in dat geval rechtstreeks zal dienen te wenden tot het al overbelaste EHRM. Zij wijzen voorts op de gedateerdheid van de constitutionele argumenten die het wetsvoorstel gebruikt bij het betoog dat de regering en Staten-Generaal samen beter dan de rechter in staat zijn te beoordelen of een wet in overeenstemming is met verdragsverplichtingen. Zij stellen zich verder op het standpunt dat een analyse van de rechtspraak leert dat de rechter zich juist terughoudend opstelt bij de toetsing van wetbepalingen aan internationale verdragen en zich hierbij bewust is van zijn rol in de *trias politica*. Zij wijzen er tenslotte op dat de vraag of de toepassing van een wet verenigbaar is met een ieder verbindend verdragsrecht, een rechtsvraag is die door de rechter beantwoord dient te worden.

In het jaarverslag van de Hoge Raad over 2012 heeft de president, mr. Corstens, gewezen op de nadelige gevolgen van het wetsvoorstel Taverne voor de rechtsbescherming van de fundamentele rechten van de Nederlandse burger.⁸⁰ De waarschuwing vormt een groot contrast met het voorwoord bij het jaarverslag over 2009-2010, dat als thema had de toenemende doorwerking van internationaal recht en het recht van de Europese Unie in de verschillende rechtsgebieden waarmee de Hoge Raad zich bezig houdt, en waar door de president en procureur-generaal nog gewezen werd op de grote rol die de Hoge Raad toekomt bij de wisselwerking tussen het internationale en nationale recht en de toenemende verwevenheid tussen de internationale, Europese en nationale rechtsorde.

De Wetenschappelijke Commissie van de NVvR heeft zich gebogen over het wetsvoorstel Taverne en hierin aanleiding gezien bij brief van 5 april 2013 advies uit te brengen aan de Tweede Kamer van de Staten-Generaal en de indiener van het wetsvoorstel. De NVvR stelt voorop dat het tot de bevoegdheid van de (grond)wetgever behoort om te bepalen hoever de rechterlijke taak bij de rechtsbescherming van de burger strekt, ook als het gaat om de rechten die de justitiabelen kunnen ontlenen aan internationale rechtsbronnen, en dat de rechter aan deze beperkingen gebonden is. De NVvR wijst echter op de verplichtingen van de staat die uit art. 13 EVRM (garanderen effectief rechtsmiddel) voortvloeien en constateert dat de voorgestelde grondwetswijzigingen

80 Zie bijv. *NJB* 2013, p. 939.

in combinatie met het verbod op constitutionele toetsing in artikel 120 Gw zullen leiden tot een schending van de verplichtingen uit dit artikel. Het wijst er voorts op dat deze beperking van de rechtsbescherming van de Nederlandse burger zal leiden tot een toename van het aantal klachten aan het EHRM, en ook om deze reden adviseert het om het wetsvoorstel te heroverwegen.

Bij brief van 17 mei 2013 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal heeft de Raad voor de Rechtspraak een advies uitgebracht inzake het wetsvoorstel Taverne in het kader van zijn wettelijke adviestaak met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen die gevolgen hebben voor de rechtspraak (artikel 95 Wet RO). De Raad voor de Rechtspraak uit ernstige bedenkingen bij het wetsvoorstel en concludeert na bestudering dat het wetsvoorstel en de bijbehorende memorie van toelichting zowel vragen van wettechnische, praktische alsmede van principiële aard onbeantwoord laat. De Raad stelt zich op het standpunt i) dat de strekking van het wetsvoorstel onduidelijk is, ii) dat de gestelde noodzaak van het wetsvoorstel niet overtuigt en iii) dat het wetsvoorstel tot gevolg heeft dat nationale effectieve verdragsbescherming verdwijnt, en naar verwachting leidt tot een groter beroep op internationale gremia en rechterlijke instanties. De Raad wijst met name op de verstrekkende gevolgen van het voorstel dat bij wet kan worden bepaald dat een verdragsbepaling na bekendmaking toch geen verbindende kracht heeft, op deze wijze zou de wetgever bij gewone meerderheid de waarborgen die artikel 94 Grondwet biedt buiten werking kunnen stellen.

4 De gevolgen van het wetsvoorstel vanuit internationaalrechtelijk perspectief bezien

In de MvT op het wetsvoorstel Taverne wordt tot uitgangspunt genomen dat het wetsvoorstel geen schending van enige bepaling van internationaal recht betekent. Mijns inziens is deze stelling onhoudbaar en leidt het voorgestelde verbod op toetsing aan internationale verdragsbepalingen door de Nederlandse rechter wel degelijk tot een schending van internationaalrechtelijke verplichtingen. De gevolgen van de voorgestelde grondwetswijziging kunnen onderscheiden worden in twee categorieën: i) De gevolgen voor de rechtsbescherming van de fundamentele rechten van de Nederlandse burger en de internationaalrechtelijke verplichting van de staat deze te waarborgen; ii) De gevolgen voor de constitutionele verhoudingen binnen de Nederlandse rechtsorde en de verplichtingen van de drie machten op grond van het internationaal publiekrecht.

4.a De gevolgen van het wetsvoorstel voor de burger

In de reacties op de voorgestelde grondwetswijzigingen in het voorstel Taverne is geheel onderbelicht gebleven wat de praktische effecten voor de rechtspraak zullen zijn wanneer het de Nederlandse rechter verboden wordt te toetsen aan normen in een ieder verbindende verdragsbepalingen. De kritiek richt zich voornamelijk op de verminderde rechtsbescherming van de fundamentele rechten van de Nederlandse burger in zijn verhouding tot de overheid. Hierbij is onderbelicht gebleven dat de meeste procedures, waarbij de toepassing en inhoud van internationale normen de inzet van het partijdebat is, de horizontale werking van internationale normen in een ieder verbindende verdragsbepalingen betreffen.

Het voorgestelde toetsingsverbod leidt tot schending van het EVRM

Het wetsvoorstel neemt terecht tot uitgangspunt dat de voorgestelde grondwetswijzigingen geen gevolg zullen (en kunnen) hebben voor de doorwerking van EU-recht. Ten onrechte neemt het wetsvoorstel mijns inziens echter tot uitgangspunt dat de voorgestelde wijzigingen van de artikelen 93 en 94 Grondwet de verplichting van de Nederlandse staat om zorg te dragen voor de doorwerking van EVRM-bepalingen en EHRM-jurisprudentie in de nationale rechtsorde wel kunnen beperken.

112

Zoals in de hiervoor besproken kritiek op het wetsvoorstel al naar voren is gebracht, leidt het voorgestelde toetsingsverbod ertoe dat een juridisch geschil inzake de beperking of schending van een fundamenteel recht beschermd door het EVRM niet meer voorgelegd kan worden aan de Nederlandse rechter en dient de Nederlandse rechtszoekende zich in dat geval rechtstreeks tot het EHRM te wenden. Deze situatie zou een schending opleveren van de internationale verplichtingen van de staat op grond van artikel 1, artikel 6 en artikel 13 EVRM, alsook van de verplichtingen neergelegd in het recente 15^{de} protocol bij het EVRM.

De politieke onvrede in met name Nederland en het Verenigd Koninkrijk⁸¹ met bepaalde uitspraken van het EHRM hebben vorig jaar geleid tot de Brigh-

81 Politieke onvrede met uitspraken van het EHRM inzake het uitzetten van terrorisme verdachten en het kiesrecht voor gevangenen hebben in het Verenigd Koninkrijk in 2010 geleid tot de roep om een nationaal systeem van grondrechtenbescherming 'a UK Bill of Rights' die de Human Rights Act (incorporatie van het EVRM) zou moeten vervangen, uit het rapport van de commissie die is ingesteld hierover te adviseren, 'Report of the Commission on a Bill of Rights' van 18 december 2012, blijkt dat dit project nog ver in de toekomst ligt, zie bijv. M.Elliott, 'A Damp

ton Conferentie van 19 en 20 april 2012, waarbij voorstellen zijn gedaan om de bevoegdheden van het EHRM in te perken en te benadrukken dat de bescherming van individuele mensenrechten primair een taak van de nationale lidstaten is en niet van het EHRM. De gedachte hierbij is dat het EHRM slechts dient als vangnet bij de individuele rechtsbescherming en primair tot taak heeft te zorgen voor rechtseenheid bij de toepassing van het EVRM door de nationale rechters in de lidstaten. In de Brighton Declaration is overeengekomen dat de beginselen van subsidiariteit en de “*margin of appreciation*” van de lidstaten, die ontwikkeld zijn in de jurisprudentie van het EHRM, worden neergelegd in een protocol bij het EVRM.

Inmiddels zijn deze beginselen neergelegd in het 15^{de} protocol bij het EVRM dat op 16 mei 2013 is aangenomen op de vergadering van ministers en opengesteld voor ratificatie door de lidstaten. In artikel 1 van het 15^{de} Protocol bij het EVRM is het volgende bepaald:

‘Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention.’

Hiermee wordt de vaste jurisprudentie van het EHRM, dat de primaire verantwoordelijkheid voor de individuele mensenrechtenbescherming bij de lidstaten ligt en dat het EHRM slechts een toezichthoudende rol toekomt, gecodificeerd.

De voorgestelde grondwetswijzigingen in het voorstel Taverne zouden mijns inziens leiden tot een schending van deze primaire verantwoordelijkheid van de Nederlandse staat om zorg te dragen voor een effectieve rechtsbescherming van de fundamentele rechten neergelegd in het EVRM. De Nederlandse burger zal zich immers voor zijn primaire grondrechtenbescherming rechtstreeks moeten wenden tot het EHRM wanneer het de Nederlandse rechter niet meer zal zijn toegestaan wetten in formele zin te toetsen aan het EVRM en artikel 120 Grondwet de Nederlandse rechter verbiedt te treden in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten. Deze nieuwe omweg leidt tot een

Squib in the Long Grass: The Report of the Commission on a Bill of Rights’, *European Human Rights Law Review*, 2013, issue 2, p. 137 e.v.

vergaande verminderde rechtsbescherming van de fundamentele rechten van de Nederlandse burger, een rechtsbescherming waar de Nederlandse staat zich toe heeft verbonden in artikel 1 van het EVRM.

Het EHRM heeft uit artikel 6 EVRM een recht op toegang tot de rechter afgeleid.⁸² Het artikel scheidt de verplichting voor bij het EVRM aangesloten staten het rechtssysteem zodanig in te richten dat aan alle garanties van het EVRM kan worden voldaan. Daaronder kan zijn begrepen de verplichting een rechterlijke procedure te creëren.⁸³ Het EHRM heeft voorts in zijn vaste jurisprudentie op grond van artikel 6 EVRM keer op keer herhaald dat, hoewel het recht op toegang tot de rechter geen absoluut recht is, een beperking van het recht op toegang tot de rechter dit recht niet in de kern ('the very essence') mag aantasten.⁸⁴ De Nederlandse rechter verbieden wetten in formele zin te toetsen aan het EVRM lijkt mij, gezien het effect van het toetsingsverbod in artikel 120 Grondwet, een beperking van het recht op toegang tot de rechter die een toets door het EHRM niet zal weerstaan. De omstandigheid dat in het voorstel Taverne de rechtstreekse rechtsgang naar het EHRM voor de bescherming van fundamentele rechten opengelaten blijft voor de Nederlandse burger doet hier niet aan af.

De rechtstreekse rechtsgang naar het EHRM is immers geen effectief rechtsmiddel in de zin van artikel 13 EVRM. Artikel 13 EVRM verplicht de Nederlandse staat om binnen zijn nationale rechtsorde een effectief rechtsmiddel beschikbaar te stellen voor verdedigbare klachten over schendingen van de rechten die in het EVRM zijn neergelegd.⁸⁵ Er dient binnen de nationale rechtsorde een procedure beschikbaar te zijn waar een klacht over de schending van een EVRM-recht kan worden onderzocht en deze procedure dient volledig rechtsherstel te bieden.⁸⁶ Het EHRM kan immers geen volledig rechtsherstel bieden wanneer de horizontale werking van het EVRM het onderwerp van het juridische geschil is. Men kan in Straatsburg slechts klagen over een schending van het EVRM door een lidstaat en niet over een schending door een

82 Zie EHRM 21 februari 1975, NJ 1975, 462 (Golder).

83 Zie C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 257.

84 Zie bijv. EHRM 17 december 2002, nr. 35373/97, (A. t. Verenigd Koninkrijk), EHRM 3 december 2009, nr. 8917/05 (Kart t. Turkije), en J. Gerards, *EVRM – Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 98 en 108.

85 Zie C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 258 en T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten* (diss. Leiden), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998.

86 Zie C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 259.

natuurlijk persoon of rechtspersoon. Het is mogelijk om deze regel te omzeilen met de stelling dat de lidstaat aansprakelijk is voor de vermeende inbreuk op het EVRM-recht in kwestie wanneer de lidstaat in het nationale recht niet heeft gezorgd voor een effectieve procedure waar deze vermeende inbreuk aan de orde kan worden gesteld door de burger.⁸⁷ De horizontale werking van het EVRM creëert op deze wijze positieve verplichtingen voor de staat die kunnen leiden tot staatsaansprakelijkheid wanneer de wetgever of het bestuur deze positieve verplichtingen niet voldoende naleven. Het EHRM toetst echter marginaal en treedt niet in de concrete belangenafweging die de nationale rechter maakt bij een botsing van grondrechten.⁸⁸ Een rechtstreeks beroep op het EHRM is daarmee geen effectief rechtsmiddel wanneer het geschil de horizontale werking van EVRM-rechten betreft. Het wetsvoorstel miskent dat het leeuwendeel van de nationale procedures waarin een beroep op het EVRM wordt gedaan juridische geschillen tussen burgers onderling betreft en niet procedures tegen de overheid.⁸⁹ De voorgestelde wijziging van de artikelen 93 en 94 Grondwet in het voorstel Taverne zal daarom leiden tot een schending van zowel artikel 6 als artikel 13 EVRM.

Schending EVRM leidt tot schending Unierecht

Schending van EVRM-bepalingen kan ook leiden tot schending van EU-recht. Artikel 6 VWEU bepaalt dat de fundamentele rechten gegarandeerd door het EVRM algemene beginselen van Unierecht-vormen. Unierecht regelt echter niet de verhouding tussen het EVRM en nationaal recht en evenmin de gevolgen die de nationale rechter moet verbinden aan een conflict tussen de door het EVRM gewaarborgde rechten en een regel van nationaal recht.⁹⁰ In zijn uitspraak in de zaak *Akerberg/Fransson*⁹¹ heeft het HvJ EU hieraan toegevoegd dat dit zo is zolang de EU nog geen lid is bij het EVRM. Nu er een akkoord is bereikt over de toetreding van de EU tot het EVRM zou dit

87 Zie bijv. EHRM 11 december 2012, *EHRC* 2013, 61 en J. Gerards, *EVRM – Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 264 e.v.

88 Zie bijv. EHRM 9 april 2013, *EHRC* 2013/129, waarin het EHRM overwoog dat het de nationale toepassing van recht door de nationale rechter alleen bij parte willekeur mag corrigeren.

89 Met name in het personen- en familierecht wordt veelvuldig een beroep gedaan op art. 8 EVRM, bijvoorbeeld in procedures inzake erkenning van kinderen, omgangsregelingen, uithuisplaatsing van kinderen en erfrechtelijke geschillen. Voor geschillen inzake onrechtmatige perspublicaties en de reikwijdte van de uitingsvrijheid is de jurisprudentie van het EHRM inzake de beperking van art. 10 EVRM vaak leidend. Voorts wordt veelvuldig een beroep gedaan op art. 1 Prot. no. 1 EVRM gedaan in ondernemingsrechtelijke geschillen.

90 HvJ EU 24 april 2012, C-571/10, *EHRC* 2012/162, (*Servet Kamberaj t IPES*).

91 HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10, *EHRC* 2013/112, (*Akerberg/Fransson*).

betekenen dat een schending van EVRM-bepalingen ook een schending van Unierecht oplevert.⁹²

De praktische gevolgen voor de rechtspraak

Onze nationale rechtsorde is zowel onderdeel van de Europese als de internationale rechtsorde.⁹³ De toepassing van internationale rechtsnormen in de rechtspraak gebeurt op dagelijkse basis, door de rechter, door advocaten en door burgers in hun nationale en internationale rechtsverhoudingen. Wellicht dat maar weinig klanten van Amazon en Ebay erbij stil staan dat zij internationale rechtsnormen op hun rechtsverhouding van toepassing verklaren, wanneer zij akkoord gaan met de algemene voorwaarden van deze internationale ondernemingen. In een concreet geschil zal de rechter dienen te beoordelen in hoeverre deze normen gelding hebben binnen de Nederlandse rechtsorde en hoe zij zich verhouden tot bepalingen van nationaal recht. In de MvT op de voorgestelde wijziging van de artikelen 93 en 94 Grondwet wordt niet inzichtelijk gemaakt welke invloed dit zou hebben op de verplichting van de Nederlandse rechter, op grond van het IPR,⁹⁴ toepassing te verlenen aan internationale verdragsbepalingen, ook wanneer deze niet verenigbaar zijn met nationaal recht.

Onderbelicht is voorts gebleven wat de gevolgen zouden zijn voor het (internationale) contractenrecht en het handelsrecht in het algemeen wanneer de Nederlandse rechter niet meer zou mogen toetsen aan internationale rechtsnormen in een ieder verbindende verdragsbepalingen in het geval van contractuele geschillen of aansprakelijkheidsvraagstukken waarbij de uitleg van internationale rechtsnormen onderdeel van het juridisch kader vormt waarbinnen het geschil zich afspeelt. Zoals bijvoorbeeld in het internationaal vervoersrecht, waarbij standaard wordt verwezen naar de Hague Visby rules⁹⁵ en bepalingen van het CMR-verdrag.⁹⁶ Ook wanneer internationale verdragen, zoals het CMR-verdrag, zijn omgezet in nationale wetgeving kunnen de oorspronkelijke verdragsbepalingen immers nog een rol spelen bij de uitleg en

92 Zie R. Böcker, 'Gaten Dichten. Toetreding van de Europese Unie tot het EVRM.', *NJB* 2013, p. 1560.

93 Zie bijv. H.R.B.M. Kummeling (red.), *De samengestelde Besselink: bruggen bouwen tussen nationaal, Europees en internationaal recht*, Oisterwijk: Wolf legal Publishers 2012.

94 Zie bijv. 'Vonken 2013', *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 10:1BW, aant. 1.

95 Zie Bijlage 6, *T&C BW*, boek 6, 7, 8 en 10.

96 Verdrag betreffende de overeenkomst tot internationaal vervoer van goederen over de weg (CMR), Geneve 19 mei 1956, *Tractatenblad*, 1957, nr. 84.

toepassing van de nationale regels in concrete procedures. Hetzelfde geldt voor auteursrechtelijke geschillen waar de bepalingen van de Berner Conventie op van toepassing zijn. Hoe verhoudt het voorgestelde toetsingsverbod voor de Nederlandse rechter zich met het gerechtvaardigd vertrouwen van internationale contractspartijen om binnen de Nederlandse rechtsorde een beroep te doen op een ieder verbindende verdragsbepalingen, ook wanneer deze niet verenigbaar zijn met nationale wettelijke bepalingen? Het gebrek aan kennis van en vertrouwen in een ander rechtssysteem vormt immers de grondslag voor de keuze van internationaal recht als toepasselijk recht op internationale overeenkomsten, de grondslag voor internationale arbitrage. Het voorgestelde toetsingsverbod zal in ieder geval niet bevorderlijk zijn voor de keuze van de Nederlandse rechtsorde als zetel van internationale arbitrage.

Maar ook de invloed van de voorgestelde grondwetswijziging op een geheel nationaal rechtsgebied zoals het familierecht is onderbelicht gebleven. De invloed van het EVRM op het Nederlandse personen- en familierecht is sinds het Marckx arrest uit 1979 aanzienlijk geweest.⁹⁷ De jurisprudentie van het EHRM vormt het kader waarbinnen nationale wettelijke bepalingen worden uitgelegd en toegepast. Aan het begrip ‘een nauwe persoonlijke betrekking’ in artikel 1:377a lid 1 BW, in het kader van omgangsregelingen, wordt bijvoorbeeld toepassing gegeven aan de hand van de jurisprudentie van het EHRM inzake artikel 8 lid 1 EVRM.⁹⁸ Betekent het voorgestelde toetsingsverbod in de praktijk dat ook de jurisprudentie op grond van een ieder verbindende verdragsbepaling als artikel 8 EVRM geen toepassing meer heeft binnen de Nederlandse rechtsorde wanneer deze onverenigbaar is met nationale bepalingen? In dat geval zou een biologische vader bijvoorbeeld geen recht op omgang met zijn kind toekomen nu artikel 1:377a lid BW hier niet uitdrukkelijk in voorziet en dit eventuele recht afhankelijk is van de jurisprudentie van het EHRM inzake artikel 8 EVRM.

4.b De gevolgen van het wetsvoorstel voor de constitutionele verhoudingen

In de MvT op het wetsvoorstel wordt opgemerkt dat de regering en de wetgever gezamenlijk de eindverantwoordelijkheid dragen om te waarborgen dat het internationale recht in Nederland wordt gerespecteerd. Dit uitgangspunt mist kent dat in ons gematigd monistisch systeem de nationale rechter tevens een functionaris van het internationale recht is binnen de nationale rechtsorde,

⁹⁷ EHRM 13 juni 1979, nr. 6833/74.

⁹⁸ Zie bijv. ‘Koens 2013’, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 1:377a, aant. 2.

namelijk voor zover het de toepassing van een ieder verbindende verdragsbepalingen betreft, en in die hoedanigheid tevens de eindverantwoordelijkheid draagt voor de toepassing van een ieder verbindende verdragsbepalingen in de Nederlandse rechtsorde. In deze hoedanigheid is de hoogste nationale rechter, de Hoge Raad, tevens de vertegenwoordiger van de Nederlandse rechtsorde binnen de internationale rechtsorde. De voorgestelde grondwetswijziging zou een fundamentele wijziging van de bestaande verhouding tussen de wetgevende, uitvoerende en rechterlijke macht betekenen op het gebied van doorwerking van internationaal recht binnen de nationale rechtsorde. Een wijziging die onvoldoende rekening houdt met de bestaande *'checks and balances'* in het systeem en de bestaande verplichtingen van de staat op grond van het internationaal publiekrecht.

Schending artikel 27 Weens Verdragenverdrag

De voorgestelde grondwetswijziging beoogt de rechter te verbieden wetgeving die in strijd is met rechtstreeks werkende verdragsbepalingen buiten toepassing te laten. In het voorgestelde systeem wordt uit het feit dat de volksvertegenwoordiging wetgeving heeft vastgesteld afgeleid dat zij deze verenigbaar acht met het internationale recht, ook voor zover het een ieder verbindende bepaling betreft. Het voorgestelde systeem loopt hiermee het risico dat nieuwe wetgeving een schending oplevert van artikel 27 van het Weens Verdragenverdrag omdat het voor de inhoud en reikwijdte van de internationale verplichting waartoe de staat zich heeft verbonden niet uitmaakt dat de volksvertegenwoordiging nieuwe wetgeving verenigbaar *acht* met reeds bestaande een ieder verbindende verdragsbepalingen, maar of dit ook daadwerkelijk het geval is. Dit onderzoek is een rechterlijke activiteit. Wanneer het de Nederlandse rechter verboden wordt deze toetsing te verrichten in een concreet geval, dan zal een internationaal tribunaal moeten overgaan tot deze toetsing om te bepalen of de staat nog wel voldoet aan zijn internationale verdragsbepalingen naar aanleiding van de nieuwe wetgeving. Aan deze internationale toetsing is niet te ontkomen door als volksvertegenwoordiging nieuwe wetgeving impliciet of expliciet aan te merken als verenigbaar met bestaande internationale verplichtingen. Het is immers mogelijk door nationale wetgeving de toegang tot de nationale rechter te beperken maar niet de toegang tot een internationaal tribunaal wanneer hierin bij verdrag is voorzien.

De rol van de nationale rechter bij de ontwikkeling van de internationale rechtsorde

Het voorstel Taverne neemt tot uitgangspunt dat de voorgestelde grondwetswijzigingen noodzakelijk zijn omdat de Nederlandse rechter steeds minder terughoudend is geworden bij het toetsen van nationale wetgeving aan inter-

ationale verdragsbepalingen en hiermee het primaat van de politiek op het gebied van internationale betrekkingen niet voldoende onderkent. Dit uitgangspunt lijkt echter een feitelijke grondslag te missen. Het sluiten van verdragen is wellicht een politieke activiteit en op grond van de artikelen 90 en 91 Grondwet kan alleen de regering, na goedkeuring door de Staten-Generaal, de Nederlandse staat binden aan internationale overeenkomsten, maar de beoordeling van de doorwerking van rechtsgeldig tot stand gekomen verdragen in de Nederlandse rechtsorde is een rechterlijke activiteit en geen politieke. Een ander uitgangspunt komt in strijd met de internationale *rule of law*.

Artikel 90 van de Grondwet luidt als volgt: ‘*De regering bevordert de ontwikkeling van de internationale rechtsorde.*’ Deze verplichting van de Nederlandse staat vloeit voort uit het lidmaatschap van de VN.⁹⁹ In de preambule van het VN Handvest is immers de volgende opdracht aan de lidstaten opgenomen: ‘*(...) to establish conditions under which justice and respect for the obligations arising from treaties and other sources of international law can be maintained, (...)*’ Een belangrijke bijdrage aan de ontwikkeling van de internationale rechtsorde is de effectieve doorwerking van het internationale publiekrecht in de nationale rechtsorde en de daadwerkelijke en effectieve handhaving van bepalingen van internationaal publiekrecht door nationale rechters.¹⁰⁰ Rechterlijke beslissingen, ook van nationale tribunalen, kunnen een bron van internationaal recht vormen.¹⁰¹ Met name de nationale rechter in een monistisch systeem is een functionaris van het internationale recht en levert een waardevolle bijdrage aan de ontwikkeling van het internationaal publiekrecht. Een recent voorbeeld hiervan is bijvoorbeeld de uitspraak van de Hoge Raad inzake de absolute immuniteit van de VN voor aansprakelijkheid naar aanleiding van de gebeurtenissen na de val van Srebrenica.¹⁰² De Hoge Raad heeft hiermee een bijdrage kunnen leveren aan het debat in de internationale rechtspraktijk inzake de verhouding tussen immuniteiten in het internationale recht en het recht op toegang tot de rechter,¹⁰³ met name bij mensenrechtenschendingen, door

99 Zie preambule, art. 1 en art. 2 Handvest VN.

100 Zie bijv. de aanbeveling van de Staatscommissie Grondwet inzake art. 90 Grondwet (Rapport Staatscommissie Grondwet, p. 104 e.v.), A. Roberts, ‘Comparative International Law? The role of national courts in creating and enforcing international law’, *ICLQ* vol 60, January 2011, p. 57-92., S. Weill, ‘National Judges and International Law, To Be (an independent) Judge or Not To Be?’, website ESIL.

101 Zie artikel 38 lid 1 sub 4 van het Statuut van het Internationale Hof van Justitie.

102 HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1999, *NJB* 2012,987.

103 Zie bijv. EHRM 14 december 2006, *RvdW* 2007/289 en Lee M. Caplan, ‘State immunity, Human Rights, and Jus Cogens: a critique of the normative theory’, *The American Journal of International Law* 2003, p. 741 e.v.

in zijn arrest een praktische interpretatie te geven van normen ontwikkeld in de jurisprudentie van het Internationaal Gerechtshof en het EHRM. De Hoge Raad had al in eerdere uitspraken de verhouding tussen volkenrechtelijke immuniteiten en toegang tot de rechter in arbeidsrechtelijke geschillen beoordeeld en overwogen dat de regels van staatsimmunitie van jurisdictie op zichzelf geen disproportionele inperking inhouden van het recht op toegang tot de rechter.¹⁰⁴ Deze interactie tussen internationale en nationale tribunalen is een belangrijke bijdrage aan het bevorderen van de internationale rechtsorde. Het Nederlandse systeem van rechtstreekse werking van internationaal verdragenrecht wordt op buitenlandse universiteiten gebruikt als lichtend voorbeeld voor de bescherming van internationale mensenrechten. Met name de uitspraak in de Van Anraat zaak wordt hierbij gebruikt als precedent voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van individuen bij de schending van internationaal recht,¹⁰⁵ een zeldzaam gebeuren in de internationale rechtspraktijk. Een goede reputatie komt te voet en gaat te paard. Nederland kan zijn goede internationale reputatie dan ook snel verliezen wanneer onze nationale rechtsorde geen vruchtbare grond meer blijkt voor de toepassing en ontwikkeling van internationale rechtsnormen. Een ontwikkeling die niet alleen politieke maar ook economische consequenties kan hebben voor een staat met een open economie en de ambitie om de statutaire zetel van zoveel mogelijk internationale organisaties als internationale ondernemingen te worden. Indien vanuit de volksvertegenwoordiging de wens bestaat meer invloed uit te oefenen op de doorwerking van internationale verdragsbepalingen in de nationale rechtsorde, dan is internationaalrechtelijk het gepaste moment hiervoor het moment waarop het verdrag wordt gesloten en niet het moment waarop toepassing wordt gegeven aan de verdragsbepaling in een concreet juridisch geschil.

5 De rol van de Hoge Raad als ‘internationale rechter’

De rechtsonzekerheid die de toepassing van de artikelen 93 en 94 Grondwet met zich brengt vloeit voort uit de keuze voor een systeem van doorwerking dat zowel monistische als dualistische kenmerken heeft. De meest voor de hand liggende oplossing zou dan ook zijn om een duidelijke keuze te maken voor één van beide systemen zoals de ons omringende rechtssystemen hebben gedaan. Dit is echter politiek ook de meest beladen oplossing daar de keuze voor één van beide systemen een principiële keuze betreft die zowel de ver-

¹⁰⁴ Zie bijv. HR 11 september 2009, LJN: BL6317, JAR 2009/25, NJ 2010/523.

¹⁰⁵ Zie syllabus International Human Rights op www.law.georgetown.edu.

houding tussen de internationale en nationale rechtsorde bepaalt als de constitutionele verhoudingen inzake internationale betrekkingen. Het voordeel van het huidige systeem is nu juist dat door het ontbreken van een principiële keuze voor het monisme of het dualisme een mate van flexibiliteit in het systeem is opgenomen die ervoor zorgt dat het zich kan aanpassen aan de politieke tijdsgeest en behoefte vanuit de rechtspraak aan de doorwerking van internationale normen. Het nadeel van de in het systeem opgenomen flexibiliteit is echter gelegen in de rechtsonzekerheid en de complexiteit die het onvermijdelijk tot gevolg heeft. Een duidelijker onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen de gelding van internationale verdragsbepalingen in de nationale rechtsorde en de onderlinge verhouding tussen internationale normen en nationale normen in een concrete procedure.¹⁰⁶ De eerste vraag zou makkelijker te beantwoorden moeten zijn voor aanvang van een concrete procedure dan de tweede vraag. De complexiteit rond de gelding van internationale verdragsbepalingen in de nationale rechtsorde is niet bevorderlijk voor de internationale rechtsorde.

Een ander nadeel van ons huidig grondwettelijk systeem van doorwerking van internationaal recht is gelegen in de afhankelijkheid van de Nederlandse burger van internationale normen in een ieder verbindende verdragsbepalingen voor de bescherming van zijn fundamentele rechten als gevolg van het verbod op constitutionele toetsing in artikel 120 Grondwet. Internationale mensenrechten dienen een ander doel dan nationale grondrechten. Internationale mensenrechten zijn voornamelijk bedoeld als middel om de internationale vrede en veiligheid te garanderen, grootschalige en systematische schending van universele mensenrechten heeft immers in het verleden geleid tot internationale conflicten. Zij omvatten om die reden slechts een minimum standaard, gebaseerd op een internationale consensus, voor de bescherming van fundamentele rechten.¹⁰⁷ Een nationale grondrechtencatalogus leent zich meer als middel tot het verwezenlijken van positieve doelstellingen, zoals bijvoorbeeld de 'pursuit of happiness' in de Amerikaanse Constitution. De bescherming van fundamentele rechten door een nationaal systeem kan ook op meer draagvlak vanuit de maatschappij rekenen en leidt tot minder negatieve reacties op rechterlijke uitspraken, een ontwikkeling die niet bevorderlijk is voor de *nationale* rechtsorde. Hiervoor is al gewezen op het wetsvoorstel Halsema tot aanpassing van artikel 120 Grondwet en de diverse voorstellen

¹⁰⁶ Zoals door de Hoge Raad tot uitgangspunt genomen in HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0655, NJ 2009, 540.

¹⁰⁷ Zie bijv. de preambule VN Handvest.

die vanuit de rechtswetenschap gedaan zijn om de rechtsbescherming van de fundamentele rechten van de Nederlandse burger te versterken. De gevolgen van de voorgestelde grondwetswijzigingen in het voorstel Taverne illustreren heel scherp de noodzaak tot het versterken van deze rechtsbescherming op nationaal niveau.

De Nederlandse burger is als gevolg van het verbod op constitutionele toetsing aangewezen op internationale verdragen, met name het EVRM, voor de bescherming van zijn fundamentele rechten. Deze rechtsbescherming is naar huidig recht grotendeels gebaseerd op de jurisprudentie van de Hoge Raad.¹⁰⁸ Een verbod op rechterlijke toetsing aan internationale verdragsbepalingen zou dan ook betekenen dat de maatschappelijke rol die de Hoge Raad vervult als hoogste nationale rechter bij het waarborgen van de fundamentele rechten van de Nederlandse burger in gevaar komt. De Nederlandse burger zou dan slechts toegang hebben tot het EHRM voor de bescherming van zijn fundamentele rechten. Een internationaal tribunaal dat geen gedegen kennis heeft van het Nederlandse recht of de Nederlandse context waarbinnen toepassing van de internationale rechtsnorm dient te geschieden. Het gevolg zou zijn een grotere invloed van het EHRM op de nationale rechtsorde en het verlies van de mogelijkheid enige invloed uit te oefenen op de wijze waarop EVRM-bepalingen toepassing verkrijgen in de Nederlandse rechtsorde.

122

Naast rechtsbescherming vervult de Hoge Raad in Europees en internationaal perspectief een belangrijke rol op het gebied van rechtsontwikkeling en rechtseenheid als vertegenwoordiger van de Nederlandse rechtsorde in internationale gerechtelijke samenwerkingsverbanden. De Hoge Raad is bijvoorbeeld vertegenwoordigd in 'The Network of Presidents of the Supreme Judicial Courts of the Member States of the European Union'¹⁰⁹ en 'The European Commission for Democracy through Law (Venice Commission)'.¹¹⁰ De producten van deze internationale samenwerking vormen een belangrijke aanvullende bron van nationale rechtsvinding en een grondslag voor rechts-

¹⁰⁸ Zie bijv. de analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad vanaf 1980 in hoofdstuk 4 van het proefschrift van J. de Wit, *Artikel 94 Grondwet toegepast* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.

¹⁰⁹ De president van de Hoge Raad, mr. Corstens, is de huidige president van het Network of Presidents.

¹¹⁰ De Venice Commission is het adviesorgaan van de Raad van Europa op het gebied van constitutioneel recht.

vergelijking.¹¹¹ Als vertegenwoordiger van de Nederlandse rechtsorde in deze internationale fora kan de Hoge Raad voorts enige invloed uitoefenen op de totstandkoming, interpretatie en toepassing van internationale normen die doorwerking hebben binnen de Nederlandse rechtsorde. Wanneer het de Nederlandse rechter grondwettelijk verboden wordt te toetsen aan internationale verdragsbepalingen, dan zal dit de invloed die de Hoge Raad kan uitoefenen in internationale fora aanzienlijk verminderen. De Hoge Raad zal dan niet meer kunnen spreken met de stem van een actieve functionaris van het internationale recht binnen de nationale rechtsorde maar slechts als waarnemer.

Het voorgestelde toetsingsverbod zou daarom zowel een negatieve invloed hebben op de rol van de Hoge Raad bij de rechtsbescherming van fundamentele rechten als op de rol van de Hoge Raad bij de ontwikkeling en interpretatie van deze internationale rechtsnormen.¹¹²

Conclusie

De voorgestelde wijziging van de artikelen 93 en 94 Grondwet in het voorstel Taverne leidt tot een aanzienlijke vermindering van de effectieve bescherming van de fundamentele rechten van de Nederlandse burger door de nationale rechter en tot een aanzienlijke vermindering van de effectieve doorwerking van internationale normen in de nationale rechtsorde. Dit zou in concrete gevallen kunnen leiden tot aansprakelijkheid van de staat voor de schending van het recht op effectieve toegang tot de rechter bij de schending van fundamentele rechten (artikel 6 jo. artikel 13 EVRM). Deze ontwikkeling zou niet alleen schadelijk zijn voor de individuele rechtsbescherming van de fundamentele rechten van de Nederlandse burger maar ook voor de rol die de Nederlandse rechter, met name de Hoge Raad, speelt bij de bevordering van de internationale rechtsorde. De nationale rechter heeft immers een verantwoordelijkheid binnen de internationale rechtsorde om zorg te dragen voor een effectieve toepassing van het internationale recht in nationale fora ter

¹¹¹ Zowel The Network of Presidents als de Venice Commission bieden toegang tot een database van nationale rechterlijke uitspraken van de aangesloten gerechten.

¹¹² Met zijn uitspraken van 6 september 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ9225 en ECLI:NL:HR:2013:BZ9228) inzake de aansprakelijkheid van de Staat voor de dood van drie moslimmannen na de val van Srebrenica heeft de Hoge Raad een belangrijke bijdrage geleverd aan zowel de rechtsbescherming als de ontwikkeling van fundamentele internationale rechtsnormen.

bevordering van de (internationale) *rule of law*. Het wetsvoorstel Taverne zou daarom ernstige afbreuk doen aan de rol die de Hoge Raad als nationale hoogste rechter speelt bij de bevordering van de internationale rechtsorde: de rol die de Hoge Raad hierbij vervult als ‘internationale’ rechter. Een verplichting ten opzichte van de internationale rechtsorde die voor de staat is neergelegd is artikel 90 van de Grondwet alsook het VN Handvest.

Het wetsvoorstel miskent dat de staat reeds bij het sluiten van een verdrag gebonden is aan de verplichtingen die voortvloeien uit de individuele verdragsbepalingen en dat de staat deze verplichtingen niet achteraf door middel van nationaal recht kan beperken of uitsluiten. Zich onttrekken aan deze verdragsverplichtingen kan alleen door opzegging van het verdrag zelf. Het voorstel miskent voorts dat door de jurisprudentie van het EHRM en de toepassing hiervan door de Nederlandse rechter een supranationale rechtsorde is ontstaan die vergelijkbaar is met de supranationale rechtsorde die door het EU-recht in het leven is geroepen. Deze twee supranationale systemen zijn inmiddels zo onderling verweven dat de Nederlandse staat zich ook schuldig maakt aan de schending van EU-recht wanneer het geen of onjuiste toepassing geeft aan EVRM-bepalingen. Het wetsvoorstel miskent tenslotte dat als gevolg van het toetsingsverbod in artikel 120 Grondwet de grondrechtenbescherming die het EVRM de Nederlandse burger biedt, noodzakelijk is voor een effectieve bescherming van diens fundamentele rechten en dat indien de wens bestaat om de macht van het EHRM te beperken, men dit het beste kan bereiken met de afschaffing van artikel 120 Grondwet. Dit zou wenselijk zijn omdat internationale mensenrechten een ander doel dienen dan nationale grondrechten en de bescherming van fundamentele burgerrechten het beste gediend is op nationaal en niet op internationaal niveau.

De Hoge Raad heeft zich bij monde van zijn president al uitgesproken voor constitutionele toetsing, wellicht is de tijd rijp voor een Nederlandse versie van *Marbury v. Madison* teneinde de rechtsbescherming van fundamentele rechten op nationaal niveau te versterken. Dit zou als gunstig neveneffect hebben dat de Nederlandse rechter een constructieve bijdrage kan blijven leveren aan de ontwikkeling van de internationale rechtsorde.¹¹³

113 Deze is immers gebaseerd op het beginsel van wederkerigheid en wanneer wij andere leden van de internationale gemeenschap willen kunnen aanspreken op gebreken in hun bescherming van fundamentele mensenrechten zullen wij ervoor moeten blijven waken dat onze eigen rechtssysteem het vereiste niveau van bescherming van fundamentele rechten blijft bieden, zie bijv. de mensenrechtennota van de minister van Buitenlandse Zaken ‘Mensenrechtenbrief 2013, Respect en recht voor ieder mens’ (*Kamerstukken II 2012/13, 32735, nr. 78*).