

Vergaderjaar 2013–2014

33 359 (R 1986)

Voorstel van rijkswet van het lid Taverne houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot aanpassing van de procedure voor vaststelling van rechtstreekse werking van een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties

Nr. 4

ADVIES VAN DE AFDELING ADVISERING VAN DE RAAD VAN STATE EN REACTIE VAN DE INITIATIEFNER

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 7 december 2012 en de reactie van de initiatiefnemer, aangeboden aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij brief van de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal van 10 september 2012 heeft de Tweede Kamer bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van rijkswet van het lid Taverne houdende verklaring dat er grond bestaat een voorstel in overweging te nemen tot verandering in de Grondwet, strekkende tot aanpassing van de procedure voor vaststelling van rechtstreekse werking van een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, met memorie van toelichting.

Het voorstel beoogt de wetgever er toe aan te zetten zijn (voorstellen van) wetten grondiger op verenigbaarheid met een ieder verbindende bepalingen van internationaal recht te beoordelen en de huidige bevoegdheid van de rechter om die verenigbaarheid te toetsen uit te sluiten. Daartoe wordt die beoordeling exclusief aan de wetgever voorbehouden (aldus het voorgestelde artikel 94 van de Grondwet). Bovendien wil het voorstel het mogelijk maken dat bij wet aan specifieke een ieder verbindende bepalingen van internationaal recht verbindende kracht kan worden onzegd (aldus het voorgestelde artikel 93 van de Grondwet).

De Afdeling onderschrijft het belang van een sterkere betrokkenheid van de wetgever bij het waarborgen van de verenigbaarheid van formele wetgeving met het internationale recht. In de toelichting ontbreekt evenwel een beschouwing waarom uitsluiting van de rechterlijke toetsing ter zake met zich zal brengen dat de wetgever deze beoordeling indringender zal gaan verrichten. De bestaande ruimte voor de wetgever om

zich over de verenigbaarheid en toepassing van het internationale recht uit te spreken wordt alleen aangestipt. De huidige rechterlijke toetsingspraktijk wordt niet beschreven en een afweging in hoeverre deze praktijk uitsluiting van de rechterlijke toetsingsbevoegdheid rechtvaardigt ontbreekt. Deze afweging zou alsnog plaats dienen te vinden, waarbij betrokken zou moeten worden het belang van een zo spoedig mogelijke opheffing van strijd van wettelijke bepalingen met een ieder verbindende verdragsbepalingen, welk belang met de rechterlijke toetsingsbevoegdheid is gediend. Ten slotte is de betekenis van de wijziging van artikel 93 van de Grondwet, naast de wijziging van artikel 94 van de Grondwet, niet duidelijk.

Vooraf:

De Afdeling ziet met de initiatiefnemer het belang van een sterke betrokkenheid van de wetgever bij het waarborgen van de verenigbaarheid van formele wetgeving met het internationale recht. Dit belang staat in dit voorstel voorop. Het uitgangspunt dat de initiatiefnemer voor ogen houdt bij dit voorstel is dat degene die de wetten maakt ook degene moet zijn die zich mag uitspreken over de betekenis van wetten. Als het toetsingsverbod wordt uitgebreid conform dit wetsvoorstel, ligt het in de lijn der verwachting dat de wetgever indringender zal toetsen op verenigbaarheid met het internationale recht. De Afdeling is zelf bij uitstek geëquipeerd om zich tijdens de wetgevingsprocedure middels haar adviezen uit te spreken over de verenigbaarheid van formele wetgeving aan internationaal recht. Als de Afdeling signaleert dat een wetsvoorstel in strijd komt met internationale verplichtingen, is het aan de Tweede Kamer om het wetsvoorstel te heroverwegen. De Eerste Kamer heeft tijdens de wetgevingsprocedure de taak om wetsvoorstellen onder meer te toetsen op verenigbaarheid met het internationale recht en kan een wetsvoorstel dat in strijd is of lijkt te zijn met het internationale recht verwerpen. Het algemeen rechtsbeginsel *pacta sunt servanda* wordt door de wetgever steeds in acht genomen.¹ Onderhavig voorstel doet geenszins afbreuk aan het beginsel «*pacta sunt servanda*».

De rechter probeert zoveel mogelijk door verdragsconforme uitlegging te bereiken dat nationale bepalingen niet in strijd komen met internationaal recht. Wanneer verdragsconforme uitlegging niet mogelijk is, blijkt uit de literatuur dat de rechter vaak abstineert met een beroep op zijn constitutionele positie en laat dan terecht de keuze om op te treden over aan de wetgever.²

De Afdeling heeft terecht geconstateerd dat in de literatuur gesteld wordt dat de rechter zichzelf beperkt.³ Echter, de laatste jaren is de rechter zich volgens de initiatiefnemer in enkele gevallen te weinig bewust van deze positie binnen de rechtsstaat. De rechter begeeft zich aldus vaker dan voorheen in politiek vaarwater, door bijvoorbeeld uitspraken te doen uit naam van internationaal recht over de beginselen van een politieke partij en de organisatie van onze democratie. Zo werd artikel 7 sub c van het VN Vrouwenverdrag een ieder verbindend verklaard in 2010.⁴ Op basis van de wetsgeschiedenis van het verdrag had de Hoge Raad in die zaak ook anders kunnen beslissen.⁵ De verdragsbepaling roept de staat op tot het nemen van alle passende maatregelen, en zou derhalve volgens jurispru-

¹ Dit beginsel is ook gecodificeerd door artikel 26 van het Weens Verdragenverdrag.

² Bijv. A.J. Th. Woltjer, *Wetgever, rechter en het primaat van de gelijkheid*, Boom juridische uitgevers 2002.

³ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 7 december 2012, p. 4.

⁴ HR 9 april 2010, nr. 08/01354, LJN: BK4549.

⁵ Kamerstukken II 1986–1987, 18 950 (R1281), nr. 6 p. 14.

dentie niet zonder meer eenieder verbindend zijn. De Hoge Raad construeerde echter de een ieder verbindendheid alsnog door de bepaling te verbinden met de veronderstelling dat politieke partijen een monopolie zouden hebben op de kandidaatstelling. Nederland kent echter geen partijstelsel maar een lijstenstelsel.⁶ De SGP ontnam vrouwen dus niet het passieve kiesrecht, maar slechts de mogelijkheid om op de lijst te komen voor deze partij. SGP-vrouwen kunnen op grond van de Nederlandse kieswet zelf een lijst indienen.

In de SGP-zaak werd ook geen wettelijk voorschrift buiten toepassing gelaten, zoals artikel 94 van de Grondwet voorschrijft, maar een gebod opgelegd aan de staat om maatregelen te nemen die de SGP ertoe zullen bewegen om vrouwen op hun kandidatenlijst te plaatsen. Hierdoor wordt de bepaling van het VN Vrouwenverdrag door artikel 94 van de Grondwet gebruikt als een breekijzer om een rechterlijk bevel jegens de staat uit te vaardigen. Hiermee zette de Hoge Raad de staatsrechtelijke verhoudingen op scherp, nu volgens de initiatiefnemer artikel 94 van de Grondwet geen grondslag biedt voor een dergelijk vergaande ingreep. Academici zetten vraagtekens bij het feit dat de Hoge Raad in de SGP-zaak de eenieder verbindendheid op deze wijze construeerde zonder grondige motivering.^{7 8}

Voorts signaleert de initiatiefnemer dat de reikwijdte van bepalingen die reeds middels de artikelen 93 en 94 van de Grondwet rechtstreeks doorwerken, steeds verder wordt opgerekt. Deze tendens is niet alleen bij de Nederlandse rechter zichtbaar,⁹ maar is ook aanwezig bij uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM).¹⁰ Een recent voorbeeld hiervan is de uitspraak *Vinter and others v. the United Kingdom*, waarin artikel 3 EVRM zodanig wordt uitgelegd, dat een levenslange gevangenisstraf zonder zicht op vervroegde vrijlating niet voldoet aan de «minimumstandaarden» die artikel 3 EVRM biedt.¹¹ De kans bestaat dat Nederland als gevolg van deze uitspraak zich genoodzaakt ziet een dergelijke invrijheidsstellingsprocedure in te voeren, zonder dat er discussie gevoerd wordt over de noodzaak van een dergelijke procedure in het parlement. De initiatiefnemer vindt dat dergelijke debatten essentieel zijn in een parlementaire democratie. De initiatiefnemer is van mening dat een discussie over de mogelijkheden voor vervroegde invrijheidstelling van levenslang veroordeelden moet plaatsvinden in het publieke en parlementaire debat en dat een dergelijke procedure middels een Nederlandse wetgevingsprocedure tot stand zou moeten komen.¹²

Een ander voorbeeld van de evolutieve uitspraken van het EHRM doet zich voor op het gebied van sociaal zekerheidsrecht. De Nederlandse rechter achtte het ontbreken van een overgangstermijn voor intrekking de Wet Werk en Inkomen Kunstenaars (WWIK) in strijd met artikel 1 van het

⁶ Artikel H4, lid 1, Kieswet.

⁷ Zie bijvoorbeeld: B. van Mourik & R. Nehmelman «*herijking van de rol van het Nederlandse parlement bij de verdragsprocedure*» uit «*De samengestelde Besselink; Bruggen bouwen tussen nationaal, Europees en internationaal recht*» liber amicorum p. 166.

⁸ Zie bijvoorbeeld ook: T. Zwart, «*Doorwerking van internationaal recht: trekt de Nederlandse politiek zich terug achter de dijken?*» in: *Dertig Jaar Grondwet*, Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving, Den Haag, 2013

⁹ Bijvoorbeeld Hof 's-Gravenhage 8 november 2010, LJN: BO3682.

¹⁰ EHRM, *Hirst v. United Kingdom* (no 2.) arrest van 6 oktober 2005, nr. 74025/1.

¹¹ EHRM, *Vinter and others v. United Kingdom*, arrest van 9 juli 2013, nrs. 66069/09, 130/10 and 3896/10 §119 t/m §121.

¹² Inmiddels heeft het Constitutioneel Hof op Sint Maarten reeds geoordeeld op basis van *Vinter and others v. United Kingdom* dat de oplegging en ten uitvoerlegging van levenslange gevangenisstraffen inderdaad in strijd zijn met artikel 3 EVRM, zie de beslissing van het Constitutioneel Hof van 8 november 2013 in zaak 2013/1.

Eerste protocol van het EVRM.¹³ Deze uitspraken zijn gedaan in lijn met Straatsburgse jurisprudentie, maar deze jurisprudentie is niet onomstreden.¹⁴ Dat het eigendomsrecht van artikel 1 Eerste Protocol van het EVRM nu ook sociale zekerheidsuitkeringen omvat staat volgens sommigen zelfs op gespannen voet met artikel 31 Weens Verdragen-verdrag.¹⁵

De initiatiefnemer constateert dat dergelijke uitspraken de autoriteit van rechters en het draagvlak van burgers voor het EHRM kunnen ondermijnen en dat meer ruimte moet worden gelaten aan de democratisch gelegitimeerde wetgever.

1. Verdieping van de toetsing door de wetgever

a) doeltreffendheid van het voorgestelde toetsingsverbod

Blijkens de toelichting strekt het wetsvoorstel er primair toe aan de rechter de in artikel 94 van de Grondwet neergelegde bevoegdheid te ontnemen om formele wetgeving buiten toepassing te laten wanneer die toepassing niet verenigbaar is met een een ieder verbindende bepaling van een verdrag of een besluit van een volkenrechtelijke organisatie.¹⁶ Formele wetten zullen – vergelijkbaar met artikel 120 van de Grondwet, het verbod tot toetsing van wetten aan de Grondwet – ook in zoverre onschendbaar zijn dat de rechter hen niet aan een ieder verbindende bepalingen van internationaal recht zal kunnen toetsen.¹⁷ Voorondersteld wordt dat het ontnemen van de toetsingsbevoegdheid aan de rechter met zich brengt dat regering en parlement grondiger dan thans zullen bezien of hun wetten in overeenstemming zijn met het een ieder verbindende internationale recht. Deze vooronderstelling wordt niet nader onderbouwd. Zo wordt niet gevergd dat de wetgever zich uitdrukkelijk heeft uitgelaten over de verenigbaarheid van zijn wetsvoorstellen met het internationale recht.¹⁸ Het enkele feit dat formele wetgeving is vastgesteld impliceert reeds – aldus de toelichting – dat deze verenigbaar moet worden geacht met het internationale recht.¹⁹ De Afdeling adviseert om alsnog te voorzien in een onderbouwing van genoemde vooronderstelling.

¹³ Voorzieningenrechter Rb 's-Gravenhage 3 januari 2012, LJN: BU9921; Hof 's-Gravenhage, 5 juni 2012 LJN: BW7457.

¹⁴ Zie bijvoorbeeld de uiteenzetting van deze jurisprudentie door Marc Bossuyt, «*De uitbreiding van de rechtsmacht van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens tot socialezekerheids-regelgeving: een rechterlijke revolutie?*», Rechtskundig Weekblad 2007–2008, pp.842–856.

¹⁵ Zie bijvoorbeeld de concurring opinion van rechter Borrego Borrego in de zaak *Stec and others v. United Kingdom* (grond), nrs. 65731/01 en 65900/01, waar hij over de wijze waarop het EHRM artikel 1 EP van het EVRM interpreteert, van mening is dat: «*the Court may not, in interpreting the Convention (See article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties of May 1969), frustrate the sovereign intentions of a Contracting Party*».

¹⁶ In het navolgende wordt naast «een ieder verbindend internationaal recht» meestal slechts gesproken van verdragen, waarmee evenwel ook wordt bedoeld op besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

¹⁷ De rechter is het op grond van een *a contrario*-lezing in de jurisprudentie van artikel 94 van de Grondwet nu al niet toegestaan wettelijke voorschriften te toetsen aan niet een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties, zie HR 1 juni 1956, NJ 1958, 424 (*Cognac II-arrest*), later expliciet uitgesproken in HR 6 maart 1959, NJ 1962, 2 (*Nyugat II-arrest*). Op grond van eenzelfde lezing is ook toetsing van wettelijke voorschriften aan internationaal gewoonterecht uitgesloten (aldus *Nyugat II*).

¹⁸ Dat is wel het geval in het Verenigd Koninkrijk ten aanzien van het EVRM: de verantwoordelijke minister moet zich ingevolge artikel 19 van de Human Rights Act uitdrukkelijk uitspreken over de verenigbaarheid van de door hem voorgestelde wetgeving met het EVRM (zie L.F.M. Verhey, «Rechtsvorming in vergelijkend perspectief: de Engelse Human Rights Act», in: *Ars Aequi* 2007, blz. 40–41).

¹⁹ Aldus de toelichting, onder «De betekenis van de voorgestelde bepalingen» (Kamerstukken II 2011/12 (R 1986), nr. 3, blz. 8).

De Afdeling ziet niet waarom de wetgever indringender zou gaan toetsen op verenigbaarheid met internationaal recht tijdens de wetgevingsprocedure als de rechterlijke toetsingsbevoegdheid komt te vervallen. De initiatiefnemer benadrukt dat Nederland een naam heeft hoog te houden bij het handhaven van internationaal recht. Door het wegvallen van de toetsing van artikel 94 van de Grondwet aan formele wetten, zal de wetgever vooraf beter moeten toetsen bij het sluiten van verdragen of verdragsbepalingen nopen tot aanpassing van formele wetten. Tevens zal de wetgever wetsvoorstellen beter moeten toetsen op verenigbaarheid met internationaal recht. Daarvoor bieden de huidige mogelijkheden voldoende ruimte. Het is de verantwoordelijkheid van de wetgever om hier beter mee om te gaan. Dit wetsvoorstel moet gezien worden als een aansporing voor de wetgever om zijn verantwoordelijkheid te nemen. Sinds 1956 heeft de rechter de mogelijkheid om formele wetten buiten toepassing te laten als er strijd is met een ieder verbindende verdragsbepalingen. Vanaf de laatste decennia van de vorige eeuw wordt hier meer gebruik van gemaakt, mede omdat de wetgever zich onvoldoende bewust is van de verenigbaarheid van formele wetten met verdragsbepalingen die goedgekeurd worden. Nederland sluit veel meer verdragen dan in 1956 en verhoudingsgewijs veel verdragen worden stilzwijgend goedgekeurd. De rechter heeft de leemte die de wetgever in zulke gevallen heeft gelaten, gevuld door steeds meer verdragsbepalingen een ieder verbindend te achten.

De Afdeling constateert dat dit voorstel niet voorziet in de verplichting voor de wetgever om zich uit te spreken over de verenigbaarheid van zijn wetsvoorstellen met het internationale recht.²⁰ De wetgever zal in elk geval worden verplicht zich uit te spreken over nieuwe verdragen die bepalingen bevatten die naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden als het wetsvoorstel wordt aangenomen dat de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen (hierna: Rgbv) wijzigt.²¹ Daarnaast wijst de initiatiefnemer op de signaalfunctie van het onderhavige initiatiefwetsvoorstel.

b) bestaande mogelijkheden

Ook zonder wijziging van het bestaande stelsel bestaat de mogelijkheid voor de wetgever om tot uitdrukking te brengen hoe een goed te keuren verdrag naar zijn opvatting dient te worden uitgelegd en toegepast. Die mogelijkheid is er uiteraard waar goedkeuring van verdragen bij wet plaatsvindt. Daarnaast kan het parlement vaker dan thans gebruik maken van de mogelijkheid om, wanneer de regering heeft voorgesteld om een verdrag stilzwijgend goed te keuren, het stilzwijgen te doorbreken en alsnog om uitdrukkelijke goedkeuring vragen, welke goedkeuring dan bij wet moet worden verleend.²² Terecht stipt de initiatiefnemer dit aan.²³ In de toelichting op de goedkeuringswet kan de wetgever zich immers uitspreken over de inhoud van de bepalingen van het goed te keuren verdrag, de wijze waarop hij zich voorstelt dat deze zullen (uit)werken in

²⁰ De Afdeling merkt terecht op in haar advies op p. 2 dat dit wel wordt geleverd van de wetgever in het Verenigd Koninkrijk ten aanzien van het EVRM sinds de invoering van de Human Rights Act.

²¹ Zie het binnenkort in te dienen initiatiefwetsvoorstel betreffende wijziging van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen.

²² Artikel 5 jo. 4 van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen.

²³ Toelichting, onder «De strekking van het voorstel» (Kamerstukken II 2011/12 (R 1986), nr. 3, blz. 6): «Dit laat echter het bezwaar onverlet, dat de volksvertegenwoordiging juist bij het vaststellen van de meest fundamentele rechtsnormen een zo bescheiden rol speelt. Wel heeft het parlement de mogelijkheid om binnen het huidige wettelijke stelsel zijn invloed uit te breiden, namelijk door vaker goedkeuring bij wet te vragen dan thans. Het onderhavige wetsvoorstel wil daarvoor mede een aansporing zijn».

het nationale recht en de verenigbaarheid van het nationale recht met die bepalingen. Daarmee biedt de wetgever de rechter een handvat voor het geval deze wordt gevraagd toepassing te geven aan het verdrag in kwestie. Ook zal de uitdrukkelijke opinie van de wetgever, dat een wet(svoorstel) niet in strijd is met – bijvoorbeeld – het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (EVRM), waarbij dan tevens een duidelijke interpretatie van de desbetreffende EVRM-bepaling wordt gegeven, van invloed kunnen zijn op de wijze waarop de rechter vervolgens de wet in samenhang met dit verdrag interpreteert. Dergelijke uiteenzettingen zijn niet alleen van nut voor de nationale rechter bij de uitleg en de toepassing van de wet, maar bieden bijvoorbeeld ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) inzicht in de beweegredenen en gezichtspunten van de nationale wetgever met betrekking tot de verhouding van de wet ten opzichte van het EVRM. Het EHRM geeft er blijk van in dialoog met de verdragsstaten te gaan²⁴ waarbij een weloverwogen oordeel van de wetgever gewicht in de schaal legt; en het is bij zijn taak ook gebaat bij deze informatie wanneer het een gemeenschappelijke rechtsovertuiging probeert te vinden («common ground»). De toelichting gaat niet nader in op het meer structureel hanteren van deze – reeds bestaande – mogelijkheden voor de wetgever om zijn invloed op de verdragstoepassing en -uitleg te vergroten. De Afdeling adviseert dat alsnog te doen.

De Afdeling wijst op de bestaande mogelijkheden voor de wetgever om vooraf uitdrukkelijk zijn mening te geven over de verenigbaarheid van het nationale recht met verdragsbepalingen die voorliggen ter goedkeuring.²⁵ De initiatiefnemer erkent dat met name het parlement de huidige mogelijkheden beter kan benutten. Echter, dit laat het bezwaar onverlet dat het parlement tijdens de verdragsonderhandelingen en nadat een verdrag eenmaal geratificeerd is, slechts beperkte mogelijkheden heeft om zich uit te spreken over de verenigbaarheid met internationale verdragsverplichtingen. Het eindoordeel ligt altijd bij de rechter. De initiatiefnemer is van mening dat de rechter onvoldoende rekening kan houden met de bedoeling van verdragsluitende staten. Als laatste moet opgemerkt worden dat wanneer de bedoeling van verdragsluitende staten niet duidelijk is, de rechter zeer terughoudend dient te zijn met het vaststellen van de eenieder verbindendheid van zulke bepalingen.

De Afdeling wijst er op dat rechters waarde hechten aan de uitdrukkelijke opinie van de wetgever over de verenigbaarheid van wetsvoorstellen met internationale verdragsverplichtingen. De Afdeling wijst in dit verband naar het EHRM. Een weloverwogen oordeel van de wetgever over de verenigbaarheid van een formele wet met het EVRM legt gewicht in de schaal bij de interpretatie van het EVRM.²⁶

Het EHRM stelt vaak dat de uitdrukkelijke opinie van de wetgever meespeelt in de afweging bij de toepassing van de «margin of appreciation». De uitdrukkelijke opinie van de wetgever kan echter door het EHRM ter zijde geschoven worden. Het EHRM heeft meermaals geoordeeld dat een parlementaire discussie niet doorslaggevend is bij de beoordeling of een nationale wet in strijd is met het EVRM. Voor de

²⁴ S.K. Martens, «Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en de nationale rechter» in: *NJCM-bulletin* nr. 25–3 (2000), blz. 753–760.

²⁵ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 7 december 2012, p. 2.

²⁶ Idem.

uitkomst van de beoordeling lijkt een uitdrukkelijk gemotiveerde opinie van de wetgever niet doorslaggevend voor het EHRM.²⁷ Door invoering van dit wetsvoorstel zal er vaker dan voorheen een weloverwogen oordeel van de wetgever voorhanden zijn over de verenigbaarheid van wetsvoorstellen met internationale verdragen. Nu komt het in de praktijk nauwelijks voor dat een rechter zich uitspreekt over de mening van de wetgever, omdat de wetgever het vaak nagelaten heeft om een uitspraak te doen in een goedkeuringswet over de verenigbaarheid van de nationale wetten met het verdrag. Daarom is het niet onbegrijpelijk dat de rechter in deze leemte voorziet door zelfstandig te oordelen over de verenigbaarheid van formele wetgeving. Juist dankzij dit voorstel in combinatie met het voorstel om de rijkswet goedkeuring en bekendmaking van verdragen te wijzigen zal er vaker een uitdrukkelijke opinie van de wetgever voorhanden zijn op het moment dat een justitiabele naar de rechter gaat.

2. Beperking van de rechterlijke toetsing

a) de reikwijdte van de rechterlijke toetsing

Reeds lang beschikt de rechter over een bevoegdheid om wettelijke voorschriften in het aan hem voorgelegde geval wegens strijd met een ieder verbindend internationaal recht buiten toepassing te laten. De discussie heeft zich steeds geconcentreerd op de omvang van deze bevoegdheid.

Reeds vóór de grondwetsherziening van 1953 paste de rechter verdragen als zodanig toe.²⁸ Hij beschikte daarbij weliswaar niet over een uitdrukkelijke bevoegdheid om daarmee strijdige wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten. Maar over de vraag of reeds bestaande (antereure) wetgeving door de rechter kon worden beoordeeld op haar verenigbaarheid met een later verdrag is nimmer discussie geweest, omdat werd aangenomen dat die wetgeving met de (latere) wet tot goedkeuring van het verdrag al zou zijn gewijzigd. In de aanloop naar de grondwetsherziening van 1953 bestond wel verschil van mening over de vraag of het buiten toepassing laten van een wettelijk voorschrift ook mogelijk zou zijn in het geval de wetgeving van later datum is dan het verdrag.²⁹ In dat geval had de wetgever immers uitgesproken dat de (posterieure) wet naar zijn oordeel in overeenstemming was met het verdrag; daarmee zou er voor een ander oordeel van de rechter geen plaats zijn.³⁰ Met het

²⁷ EHRM, Hirst v. United Kingdom (no 2.) arrest van 6 oktober 2005, nr. 74025/1 §82. In §79 wordt wel opgemerkt dat er geen zinvol parlementair debat heeft plaatsgevonden, maar dit argument wordt niet gebruikt om in §82 te stellen dat de Representation of the People Act 1983 uit het Verenigd Koninkrijk in strijd is met het EVRM. Daardoor rijst het vermoeden dat wanneer het parlement een duidelijke interpretatie van een EVRM-bepaling geeft, deze interpretatie slechts in geringe mate van invloed is op de wijze waarop het Hof vervolgens de nationale wet in samenhang met het EVRM interpreteert. Van recenter datum is de uitspraak Scoppola v. Italy (no. 3), nr. 126/05 §108, waar het EHRM geen gewicht lijkt toe te kennen aan de vraag of er een parlementair debat heeft plaatsgevonden. Er wordt slechts gekeken of de betreffende wet een «general, automatic and indiscriminate character» heeft.

²⁸ De initiatiefnemer verwijst naar HR 3 maart 1919, NJ 1919, blz. 371 (*Grenstractaat Aken*). Verdragsrecht werd overigens al langer als zodanig toegepast; zie J. Fleuren, «De historische ontwikkeling van de verhouding tussen internationaal en nationaal recht», *Ars Aequi* 2012, blz. 510–519.

²⁹ De Hoge Raad wist een standpuntbepaling ter zake – onder meer in «Grenstractaat Aken» – te vermijden door verdragsconforme wetsinterpretatie en -toepassing, zie: J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende verdragsbepaling*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2004, blz. 124–128.

³⁰ In de Staatscommissie Van Schaik verwoord in het minderheidsstandpunt van Beel, Van den Bergh, Donner en Oud.

aannemen van het amendement-Serrarens³¹ is in 1953 evenwel vastgelegd dat de bevoegdheid tot het «buiten toepassing laten» door de rechter niet alleen voor anterieure maar ook voor posterieure wettelijke voorschriften heeft te gelden. De invoering bij de grondwetsherziening van 1953 van de rechterlijke bevoegdheid (en verplichting) om wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten riep bedenkingen op. Gevreesd werd dat de rechter die bevoegdheid zou kunnen gaan aanwenden om wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten zonder dat concrete internationaalrechtelijke normen – die als objectief recht konden worden toegepast – voorhanden waren die de plaats zouden kunnen innemen van de buiten toepassing gelaten wettelijke voorschriften. Met het oog op het voorkómen van een dergelijk rechtsvacuüm, waarbij de rechter de taak van de wetgever zou (moeten) overnemen en zelf, ter uitvoering van volkenrechtelijke verplichtingen, tot het formuleren van rechtsregels zou (moeten) overgaan, vond in 1956 een grondwetsherziening plaats waarbij de rechterlijke bevoegdheid tot het buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften werd beperkt tot die bepalingen van verdragen die kunnen worden aangemerkt als een ieder verbindend (veelal ook aangeduid als «self executing» of «rechtstreeks werkende» bepalingen). De regering meende dat het primaat van het internationale recht ten opzichte van het nationale recht zich, althans wat betreft de hantering daarvan door de rechter, diende te beperken tot dergelijke verdragsbepalingen die naar hun aard voor rechtstreekse toepassing in aanmerking komen.³² Hieruit vloeit – a contrario – onder meer voort dat wettelijke voorschriften niet buiten toepassing mogen worden gelaten wegens (mogelijke) strijd met niet een ieder verbindende bepalingen en met ongeschreven volkenrecht.

Volgens de beschikbare literatuur leidt toetsing aan wel een ieder verbindende verdragsbepalingen niet tot frequent buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften.³³ In verreweg de meeste gevallen waarin internationaal recht wordt toegepast hoeven nationale bepalingen niet buiten toepassing te worden gelaten, omdat er geen sprake is van onverenigbaarheid. Waar zich al spanning zou kunnen voordoen spant de rechter zich bovendien in om, met gebruikmaking van door de nationale wetgeving gegeven interpretatie- of toepassingsruimte, overeenstemming met het internationale recht te bereiken, onder meer door verdragsconforme uitleg. Daarbij gaat het veelal om een nadere invulling van discretionaire bevoegdheden, open normen of vage termen die voldoende ruimte laten om het relevante internationale recht toe te passen.³⁴ De initiatiefnemer acht een dergelijke «aanvullende werking» van het

³¹ Kamerstukken II 1951/52, 2374, nr. 32, gewijzigd amendement ter vervanging van nr. 17.

³² Kamerstukken II 1955/56, 4133 (R 19), nr. 3, blz. 5; Kamerstukken II 1955/56, 4133 (R 19), nr. 4, blz. 13–14. Ter zake van artikel 94 van de Grondwet (toen artikel 66) merkte minister Luns bij de grondwetsherziening in 1956 op: «De nieuwe tekst nu van artikel 66 geeft aan, dat de rechter slechts die voorschriften buiten toepassing moet laten, die in strijd zijn met een overeenkomst, die zelf een regeling bevat, die naar haar aard voor hantering door de rechter vatbaar is. De functie van de rechter brengt dit mee» (Handelingen II 1955/56, blz. 802).

³³ De initiatiefnemer gaat niet op de rechterlijke toetsingspraktijk in. Zie over die praktijk met name de dissertaties van J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende verdragsbepaling*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2004 en A.J.Th. Woltjer, *Wetgever, rechter en het primaat van de gelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2002. Bekende voorbeelden hiervan zijn uitspraken van de Hoge Raad uit 1984 en 1986, waarin de (gezamenlijke) ouderlijke macht van ongehuwden werd erkend, en de uitspraken van de Centrale Raad van Beroep over de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de sociale zekerheid uit 1988, waarin bepaald werd dat aan mannen en vrouwen op gelijke voet uitkeringsuitspraken moest worden toegekend.

³⁴ Een recent voorbeeld hiervan biedt HR 21 september 2012, nr. 11/01153, LJN: BW5328, r.o. 3.7.2, waarin de HR wijst op verplichtingen die op de Staat rusten, maar geen wettelijk voorschrift buiten toepassing laat ter zake van de opvang van kinderen van illegaal verblijvende vreemdelingen.

*internationale recht, waarbij niet tot onverenigbaarheid met formele wetgeving wordt geconcludeerd, niet problematisch.*³⁵

Voorts blijkt de rechter, wanneer hij meent dat verdragsconforme interpretatie niet mogelijk is, nogal eens te besluiten tot terughoudendheid. Weliswaar concludeert hij dan dat sprake is van strijd, maar wordt de eis of het verzoek toch niet ingewilligd, met de motivering dat het gevraagde oordeel buiten de rechtsvormende taak van de rechter valt, en veelal onder verwijzing naar diens constitutionele positie ten opzichte van de democratisch gelegitimeerde wetgever. In die gevallen doet zich vaak een «keuze probleem» voor, in de zin dat op meerdere juridisch sluitende manieren kan worden tegemoet gekomen aan de internationaal-rechtelijke bepaling, en de rechter terecht de keuze pleegt te laten aan de wetgever – die daartoe beter geëquipeerd en gelegitimeerd is – om een afweging te maken van de relevante politieke, morele, maatschappelijke, sociaaleconomische en/of financiële belangen. Ten slotte zij er op gewezen dat buiten toepassing laten niet betekent dat het wettelijk voorschrift als zodanig wordt vernietigd of in zijn algemeenheid ongeldig wordt verklaard. In het algemeen volstaat de rechter met het buiten toepassing laten van de wettelijke bepaling in het concrete voorliggende geval, hetgeen strookt met de (huidige) tekst van artikel 94 van de Grondwet.

De Afdeling stelt dat volgens de beschikbare literatuur toetsing aan een ieder verbindende verdragsbepalingen niet leidt tot frequent buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften.³⁶ De Afdeling heeft gelijk wanneer zij stelt dat waar spanning ontstaat tussen een wet en een verdragsbepaling, de rechter eerst probeert de nationale wet verdragsconform te interpreteren.³⁷ Dit instrument kan in de praktijk tot problemen leiden, maar is niet de reden dat dit voorstel is ingediend. Het voorstel zal geen gevolgen hebben voor de wijze waarop de rechter een formele wet verdragsconform kan interpreteren. De Afdeling stelt terecht dat wanneer verdragsconforme uitleg niet mogelijk is voor de rechter, de eis of het verzoek om rechtstreekse toepassing door de rechter vaak niet gehonoreerd wordt onder verwijzing naar diens constitutionele positie ten opzichte van de democratisch gelegitimeerde wetgever.³⁸

De initiatiefnemer ziet echter vanaf 1980 een tendens dat rechters frequenter wettelijke voorschriften aan een ieder verbindende verdragsbepalingen toetsen en ook vaker dan voorheen wettelijke voorschriften buiten toepassing laten als getoetst wordt aan ieder verbindende verdragsbepalingen.³⁹ Er wordt in de literatuur geconstateerd dat de Hoge Raad in enkele uitspraken artikel 94 Grondwet ruimer toepast dan voorheen.⁴⁰ Hier verwijst de initiatiefnemer ook naar de SGP-zaak die eerder besproken is. De rechter stelt zich doorgaans prudent op bij het vaststellen van een ieder verbindendheid van bepalingen, maar sinds het

³⁵ Aldus de toelichting, onder: «De strekking van het wetsvoorstel» (Kamerstukken II 2011/12 (R 1986), nr. 3, blz. 6): «Als een ieder verbindende bepalingen het nationale recht alleen aanvullen bestaat dit bezwaar niet, en evenmin indien de volksvertegenwoordiging zelf zijn wetgeving afstemt op het internationale recht. Anders ligt dit als door de volksvertegenwoordiging aanvaarde wetten door de rechter buiten toepassing worden gelaten».

³⁶ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 7 december 2012, p. 4.

³⁷ Idem.

³⁸ Idem.

³⁹ J. de Wit *Artikel 94 Grondwet toegepast*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2012 p. 298–304.

⁴⁰ J. de Wit *Artikel 94 Grondwet toegepast*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2012 p. 303.

Naamrecht-arrest⁴¹ zijn er enkele arresten geweest waarbij de rechter zich meer terughoudend had kunnen opstellen.⁴²

b) opheffen van de rechterlijke toetsing

Het voorstel om de rechter de bevoegdheid te ontnemen om een wettelijke bepaling buiten toepassing te laten en het oordeel over verenigbaarheid van wetgeving met een ieder verbindende verdragsverplichtingen uitsluitend aan de wetgever over te laten gaat er van uit dat van de wetgever kan worden gevergd dat hij zich bewust is van de mogelijke verdrags- en wetstoepassingen en de eventuele strijdigheid met de verdragsverplichtingen in een grote variëteit aan concrete gevallen kan overzien. Die vooronderstelling gaat evenwel niet op. De initiatiefnemer wijst daar ook op, maar ziet dat niet als voldoende reden om het bestaande stelsel te handhaven, nu er volgens hem externe beïnvloedingsmechanismen zijn die de kans op strijdigheid kunnen beperken of wegnemen, en nu overigens artikel 120 van de Grondwet rechterlijke toetsing van wetten aan de Grondwet uitsluit.⁴³ Het valt de Afdeling op dat bij het aanvoeren van dit argument geen aandacht wordt geschonken aan het initiatiefwetsvoorstel-Halsema, dat beoogt rechterlijke toetsing van wetten aan de klassieke grondrechten in de Grondwet mogelijk te maken en dat inmiddels in eerste lezing door de beide kamers der Staten-Generaal is aangenomen. De initiatiefnemer zou daar alsnog op dienen in te gaan.

Het huidige stelsel maakt het de rechter – waar sprake is van een een ieder verbindende verdragsnorm – mogelijk om ten spoedigste een einde te maken aan een volkenrechtelijk onrechtmatige situatie. Immers, het zal meestal de rechter zijn die wordt geconfronteerd met de vraag naar de verenigbaarheid van een wettelijk voorschrift met het internationale recht in concreto. Met het oog daarop is hem juist de bevoegdheid gegeven om wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten wanneer die toepassing niet in overeenstemming is met een ieder verbindende verdragsbepalingen. Daarmee is de effectieve rechtsbescherming van de justitiabelen gediend.

Het voorstel ontnemt de Nederlandse rechter deze bevoegdheid, en zal een toename aan zaken voor onder meer het EHRM met zich mee brengen, omdat deze corrigerende filterfunctie van de nationale rechter wordt weggenomen. In dit verband wijst de Afdeling op de situatie in het Verenigd Koninkrijk, waarnaar de initiatiefnemer eveneens verwijst. Het is met het oog op het voorkómen van dergelijk «doorprocederen» in Straatsburg, dat in het Verenigd Koninkrijk, dat uitgaat van een dualistisch stelsel, de Human Rights Act (HRA 1998) is vastgesteld. Op grond van de HRA kan de Engelse rechter, wanneer hij van oordeel is dat (de toepassing van) een wettelijke bepaling niet verenigbaar is met een bepaling van het EVRM, een declaration of incompatibility (verklaring van onverenigbaarheid) uitspreken. Deze verklaring tast weliswaar de geldigheid van de wet niet aan, maar de rechter geeft daarmee wel het signaal af dat de wetgever zo spoedig mogelijk de strijdigheid zou moeten opheffen. Het komt de Afdeling voor dat het wetsvoorstel zelfs de mogelijkheid van een dergelijk, de wetgever niet bindend, rechterlijk oordeel uitsluit. De vraag

⁴¹ NJ 1989, 740, HR 23 september 1988, LJN: AD0437.

⁴² Zie ook AB 2013/192, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ4871 met nt. S. Philipsen en J. de Wit. Hier wordt weliswaar geen formele wet buiten toepassing gelaten, maar zoals terecht wordt opgemerkt in de annotatie wordt door de rechter wel afgeweken van het toetsingscriterium in het Spoorwegstakersarrest.

⁴³ Toelichting, onder: «De betekenis van de voorgestelde bepalingen» (Kamerstukken II 2011/12 (R 1986), nr. 3, blz. 9).

rijst hoe de voorgestelde uitsluiting van rechterlijke toetsing van wetten aan verdragen zich in de praktijk zal verhouden met artikel 13 van het EVRM voor wat betreft de mogelijkheid van rechtsherstel op nationaal niveau. Deze bepaling vereist dat er in de nationale rechtsorde een effectief rechtsmiddel voorhanden is ten behoeve van «arguable claims» dat sprake is van een schending van het EVRM. Nu de Nederlandse Grondwet, anders dan vele meer of minder dualistische stelsels, geen aan het EVRM materieel equivalente rechterlijke toetsing van wetten door de rechter kent, neemt het risico van schending van artikel 13 van het EVRM vermoedelijk toe, met als gevolg een intensiever gebruik van het individuele klachtrecht teneinde hierover een uitspraak van het EHRM uit te lokken.

Het opheffen van rechterlijke toetsing aan formele wetten veronderstelt volgens de Afdeling dat er van de wetgever kan worden gevergd dat hij zich bewust is van de mogelijke verdrags- en wetstoepassingen en de eventuele strijdigheid met de verdragsverplichtingen in een grote variëteit aan concrete gevallen kan overzien. Deze vooronderstelling gaat niet op volgens de Afdeling.⁴⁴ De initiatiefnemer is het met de Afdeling eens dat de wetgever tijdens de wetgevingsprocedure niet alle concrete gevallen kan overzien. Toch is het mogelijk om al in een vroeg stadium wetten te repareren als blijkt dat uitvoering ervan in strijd zou komen met internationale verdragsverplichtingen. Het enige verschil is dat voor concrete toepassing niet langer de rechter het laatste woord heeft over de verenigbaarheid van een formele wet met een ieder verbindende verdragsbepalingen.

De Afdeling valt het op dat er bij de memorie van toelichting niet stil wordt gestaan bij het initiatiefwetsvoorstel-Halsema.⁴⁵ De initiatiefnemer laat de wenselijkheid van het voorstel-Halsema buiten beschouwing, omdat het onderhavige wetsvoorstel beoogt om de wetgever beter zijn werk te laten doen bij het verenigbaar maken van wetten met internationaal recht door artikel 94 Grondwet te wijzigen terwijl het voorstel-Halsema ziet op het afzwakken van het toetsingsverbod middels wijziging van artikel 120 Grondwet. Alhoewel beide voorstellen zien op de scheiding der machten, verschillen ze toch wezenlijk van elkaar. Derhalve wenst de initiatiefnemer zich op dit moment nog niet uit te spreken over de wenselijkheid van het voorstel-Halsema.

De Afdeling signaleert dat het voorstel de corrigerende filterfunctie van de nationale rechter wegneemt, waardoor gevreesd wordt dat meer mensen naar het EHRM zullen gaan.⁴⁶ De Afdeling vreest dat de werklust van het EHRM wordt vergroot.

De initiatiefnemer roept in herinnering dat het steeds minder zal voorkomen dat formele wetten strijdig zijn met internationale verplichtingen, omdat de wetgever meer wetsvoorstellen indringender zal toetsen op verenigbaarheid met internationaal recht. Als mensen menen dat hun rechten worden geschonden, zal misschien eerst het aantal zaken in Straatsburg stijgen, maar na verloop van tijd weer dalen. Als de wetgever zich namelijk uitdrukkelijk uitspreekt over de vraag waarom formele wetgeving in overeenstemming is met het EVRM, dan wordt daar ook door het EHRM meer waarde aan gehecht. Het behoud van de filterfunctie van de nationale rechter ligt besloten in het feit dat ook de Nederlandse rechter meer waarde kan hechten aan de uitdrukkelijke opinie van de wetgever over de verenigbaarheid van wetten met internationaal recht. Het ligt dus niet in de lijn der verwachting dat Nederland op termijn veel

⁴⁴ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 7 december 2012 p. 5.

⁴⁵ Kamerstukken II 200/03, 28 331.

⁴⁶ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 7 december 2012 p. 5–6.

vaker veroordeeld zal worden na invoering van het voorstel. Als laatste merkt de initiatiefnemer op dat dit nadeel niet opweegt tegen de voordelen van verdere uitbreiding van het toetsingsverbod.

Het komt de Afdeling voor dat het wetsvoorstel zelfs de mogelijkheid van een niet-bindend, rechterlijk oordeel uitsluit (e.g. het systeem in het Verenigd Koninkrijk met een *declaration of incompatibility*).⁴⁷ Dit wordt niet expliciet uitgesloten door het wetsvoorstel. Het staat de rechter ook krachtens art. 94 van de Grondwet (nieuw) vrij om in zijn jurisprudentie op te merken dat vermoed wordt dat een nationale wet in strijd lijkt te zijn met een een ieder verbindende verdragsbepaling, maar dat het niet aan de rechter is om strijd te constateren dan wel zelf in de zaak te voorzien door de nationale bepaling buiten toepassing te laten. Enkel het primaat van de rechter wordt met het voorstel naar de wetgever verschoven. Naar aanleiding van rechterlijke uitspraken kan nog steeds nationale wetgeving gewijzigd worden als de wetgever daartoe de rechterlijke uitspraak als een aanleiding ziet.

De Afdeling merkt voorts op dat in het huidige stelsel effectieve rechtsbescherming meer is gewaarborgd dan wanneer het voorstel van de initiatiefnemer wordt aangenomen. De initiatiefnemer beoogt niet om effectieve rechtsbescherming te verminderen. De rechter kan weliswaar in het huidige systeem spoediger dan de wetgever optreden tegen onrechtmatige situaties, maar dit nadeel hoort minder gewicht in de schaal te leggen dan de voordelen die dit wetsvoorstel biedt. De wetgever kan politieke, morele, economische en financiële belangen meewegen bij zijn oordeel, terwijl de rechter gebonden is aan zijn constitutionele positie en eigenlijk zich daar terughoudend dient op te stellen. Gelet op het voorafgaande is de wetgever beter geëquipeerd om te oordelen over verenigbaarheid van wetten met een ieder verbindende verdragsbepalingen. In het Verenigd Koninkrijk is ook op nationaal niveau slechts een de facto beperkte vorm van toetsing van wetten aan het EVRM.

Als laatste bij de bespreking van voorgestelde wijziging merkt de Afdeling op dat het voorstel zich lastig verhoudt tot artikel 13 EVRM. Dat artikel garandeert een effectief rechtsmiddel. De Nederlandse Grondwet kent geen materieel equivalente rechterlijke toetsing van wetten door de rechter. Daardoor zal het risico toenemen dat Nederland vaker veroordeeld zal worden wegens schending van artikel 13 EVRM. De initiatiefnemer realiseert zich dat het kan voorkomen dat artikel 13 EVRM vaker geschonden zal worden, maar dat is een risico dat de initiatiefnemer neemt. De initiatiefnemer is niet van mening dat het aantal schendingen van artikel 13 EVRM drastisch toe zal nemen als onderhavig voorstel wordt aangenomen. Hierbij verwijst de initiatiefnemer naar het Verenigd Koninkrijk, waar ook slechts een zeer beperkte vorm van rechterlijke toetsing achteraf mogelijk is en het primaat niet bij de rechter, maar bij de volksvertegenwoordiging ligt. In 2012 heeft het EHRM slechts één schending geconstateerd van artikel 13 door het Verenigd Koninkrijk.⁴⁸ De initiatiefnemer erkent het belang van artikel 13 EVRM, maar vindt het belang dat deze wijziging met zich meedraagt zwaarder wegen dan het belang om artikel 13 EVRM te garanderen op de wijze waarop het nu gebeurt.

⁴⁷ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 7 december 2012, p. 6.

⁴⁸ http://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2012_ENG.pdf.

c) verhouding ten opzichte van Europese ontwikkelingen

Na een beknopte vergelijking met de ons omringende landen komt de toelichting tot de conclusie dat het voorgestelde stelsel daarmee in overeenstemming is. Terecht gaat de initiatiefnemer er van uit dat het volkenrecht weliswaar vereist dat verdragen nageleefd worden, maar niet vereist dat zulks plaatsvindt aan de hand van rechterlijke toetsing van wetten aan verdragen door middel van een bepaling, zoals artikel 94 van de Grondwet. Tegelijkertijd moet echter worden geconstateerd dat de Europese ontwikkelingen veeleer tenderen in de richting van een zich uitbreidende rechterlijke toetsing dan in de richting van beperking daarvan. Die uitbreiding vloeit allereerst voort uit de verbreding van het recht van de Europese Unie. De toelichting vermeldt dat het voorstel geen betrekking heeft op de uitleg en toepassing van het Unierecht. Dat recht heeft immers, omdat het voortkomt uit een eigen rechtsorde, uit zichzelf – los van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet – doorwerking in de Nederlandse rechtsorde en moet, voor zover het rechtstreeks werkend is, door de rechter worden toegepast ten koste van het nationale recht. Naar mate het Unierecht zich uitbreidt impliceert dat ook een uitbreiding van het kader van normen waaraan de rechter formele wetten kan toetsen. Uitbreiding van de bevoegdheden van de Europese Unie heeft ook uitbreiding tot gevolg van het terrein waarop bepalingen van «gewoon» internationaal recht door de Nederlandse rechter moeten worden toegepast – mogelijk ten koste van formele wetgeving. Zo zullen bepalingen van het EU-Handvest van de grondrechten⁴⁹ en ander EU-recht die verwijzen naar bepalingen in mensenrechtenverdragen door de Nederlandse rechter veelal moeten worden uitgelegd in het licht van die bepalingen. In dat verband wijst de Afdeling er op dat de toelichting op het EU-Handvest met name verwijst naar het EVRM en het Hof van Justitie van de EU dat in zijn uitleg van het EU-Handvest, maar ook van andere bepalingen van Unierecht, eveneens doet. Dat betekent dat het EVRM niet alleen op grond van artikel 94 van de Grondwet «rechtstreeks» wordt toegepast, maar evenzeer op indirecte wijze «doorwerkt» in het Unierecht en daarmee in de nationale rechtsorde. Voorts is sprake van een tendens in landen met een dualistisch systeem om door incorporatie van bijvoorbeeld het EVRM toetsing van wetten aan dat verdrag de facto mogelijk te maken. Zo heeft het EVRM in de Duitse rechtsorde de rang gekregen van een federale wet, moet latere Duitse wetgeving voor het EVRM wijken tenzij die wetgeving uitdrukkelijk een andere intentie heeft getoond en dient het Grundgesetz zoveel mogelijk in het licht van het EVRM te worden uitgelegd. Hiervóór werd reeds gewezen op de Britse Human Rights Act, welke weliswaar de rechter niet toestaat Acts of Parliament in geval van constatering van strijd met het EVRM buiten toepassing te laten, maar wel de bevoegdheid geeft een dergelijke strijd vast te stellen. Een kort rechtsvergelijkend overzicht op het punt van de doorwerking van internationaal recht in een aantal ons omringende landen is als bijlage bij dit advies gevoegd.

De Afdeling constateert dat de Europese ontwikkelingen veel meer wijzen in de richting van een zich uitbreidende rechterlijke toetsing dan een beperking daarvan en verwijst naar een rechtsvergelijkend overzicht dat zij gegeven heeft in de bijlage van het advies.⁵⁰ Het is naar de mening van de initiatiefnemer logisch dat met name het Verenigd Koninkrijk zich meer beweegt in de richting van een zich uitbreidende rechterlijke toetsing, aangezien er voor de inwerkingtreding van de Human Rights Act 1998 geen mogelijkheid was voor de rechter om te toetsen aan acts of

⁴⁹ Zoals artikel 52, derde lid, van het EU-Handvest.

⁵⁰ Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 7 december 2012, p. 6–7 en de bijlage bij het advies p. I–VI.

*parliament.*⁵¹ Nederland bevindt zich echter aan de andere kant van het spectrum als het gaat om rechterlijke toetsing van formele wetgeving aan internationaal recht. De initiatiefnemer heeft geconstateerd dat er ook nadelen kleven aan een indringender wordende toets van de rechter, zoals uiteengezet hierboven en in de memorie van toelichting. In dat licht is het niet vreemd dat Nederland zich in de tegenovergestelde richting beweegt.

Voorts is de Afdeling van mening dat rechterlijke toetsing aan formele wetten zich uitbreidt, omdat het Unierecht zich steeds verder uitbreidt. Hierbij wijst de Afdeling naar de bepalingen van het EU-Handvest van de grondrechten en van ander EU-recht die verwijzen naar bepalingen in mensenrechtenverdragen die door de Nederlandse rechter moeten worden uitgelegd in het licht van die bepalingen.⁵² De initiatiefnemer ziet deze ontwikkelingen vooral op het gebied van verdragsconforme uitlegging van wetten. Voor het instrument dat de rechter heeft om rechtstreekse werking toe te kennen biedt zij echter geen grondslag, op grond van het subsidiariteitsbeginsel. Als er geen richtlijnen of verordeningen van de EU in het geding zijn, zullen bepalingen nog steeds doorwerken via de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. De initiatiefnemer verwijst ook naar artikel 4 lid 2 van het Verdrag betreffende de Europese Unie, waarin vastgelegd is dat de EU de rechtsplicht heeft de constitutionele identiteit van de lidstaten te eerbiedigen.

Zoals gesteld in de memorie van toelichting benadrukt de initiatiefnemer dat onderhavig wetsvoorstel geen gevolgen heeft voor bepalingen en besluiten in het kader van de Europese Unie.⁵³ De initiatiefnemer ziet ook de ontwikkelingen op het gebied van Europees recht die de Afdeling signaleert. Dit wetsvoorstel is echter volgens de initiatiefnemer niet de juiste gelegenheid om de doorwerking van EU-recht te bespreken.

d) conclusie

Met de herzieningen van 1953 en 1956, herbevestigd bij de herziening van 1983, heeft de grondwetgever doelbewust voor het huidige stelsel gekozen. De initiatiefnemer geeft van dit stelsel een algemene schets, maar maakt nog niet duidelijk in hoeverre de rechterlijke bevoegdheid ter zake – gegeven de begrenzingen die uit artikel 94 van de Grondwet voortvloeien en gezien de zelfbeperking die de rechter in acht neemt – zodanige problemen oplevert dat de voorgestelde wijziging een proportionele oplossing biedt. Daarnaast zou meer concreet moeten worden gewogen hoe de nadelen die de wijziging beoogt op te heffen zich verhouden ten opzichte van het voordeel (mede in het licht van artikel 13 van het EVRM) dat rechterlijke toetsing van wetten aan verdragen biedt om direct – in concrete gevallen – verdragsschending te voorkómen. Met het oog hierop, gezien ook het risico van vaker doorprocederen bij het EHRM en gegeven de door de initiatiefnemer voorziene uitzondering inzake de uitleg en de toepassing van het Unierecht waarmee het EVRM in belangrijke mate is verweven, adviseert de Afdeling in het bijzonder het EVRM bij deze afweging te betrekken. Ten slotte zou aandacht moeten worden besteed aan Europese ontwikkelingen die in een tegengestelde richting lijken te gaan, doordat als dualistisch omschreven stelsels in toenemende mate monistische trekken vertonen. De Afdeling adviseert alsnog op deze aspecten in te gaan en het voorstel zo nodig nader te bezien.

⁵¹ De mogelijkheid voor de rechter om een *declaration of incompatibility* af te geven.

⁵² Advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 7 december 2012, p. 6.

⁵³ Kamerstukken II 2011/12, 33 359 (R 1986), nr. 3, blz. 8–9.

De Afdeling heeft geconcludeerd dat de initiatiefnemer nog onvoldoende duidelijk heeft gemaakt in hoeverre de rechterlijke bevoegdheid van art. 94 van de Grondwet zodanige problemen oplevert dat de voorgestelde wijziging een proportionele oplossing biedt. Middels deze reactie en aangepaste memorie van toelichting hoopt de initiatiefnemer meer duidelijkheid hieromtrent te hebben geboden. De initiatiefnemer erkent dat voorgestelde wijziging een stelselwijziging ten opzichte van het huidige systeem van rechterlijke toetsing behelst. Deze wijziging is echter noodzakelijk in het licht van recente ontwikkelingen in de jurisprudentie. Verder is op basis van principiële overwegingen het noodzakelijk geacht om het primaat van de rechter te verschuiven naar de wetgever. De grondwetgever heeft immers de bevoegdheid om wetten te maken⁵⁴ en verdragen goed te keuren⁵⁵ toebedeeld aan de democratisch gelegiteerde wetgever. In het verlengde daarvan is het zuiver om de wetgever het eindoordeel te laten geven over de betekenis van wetten en verdragen.

3. Artikel 93 van de Grondwet

a) uitsluiting van toetsing van andere wettelijke voorschriften

Op grond van de voorgestelde wijziging van artikel 93 van de Grondwet kan bij wet worden bepaald dat een ieder verbindende verdragsbepaling na de bekendmaking toch geen verbindende kracht heeft. Indien de wet zulks bepaalt, worden formele wetten ten opzichte van die verdragsbepaling «op deze manier uitgezonderd van de toetsing op grond van artikel 94 Grondwet». De betekenis van het voorgestelde artikel 93 van de Grondwet is de Afdeling niet duidelijk. De uitzondering op toetsing aan een ieder verbindende verdragsbepalingen vindt immers reeds op generieke wijze plaats door middel van de voorgestelde wijziging van artikel 94 van de Grondwet, ingevolge welke alle formele wetten blijven worden toegepast, ook al zou dat kunnen strijden met zulke bepalingen. Waarom daarnaast de mogelijkheid om bij specifieke wet bepaalde verdragsbepalingen uit te sluiten van verbindende kracht zinvol zou kunnen zijn wordt niet uiteengezet. Mogelijk zou de ratio van de voorgestelde wijziging van artikel 93 van de Grondwet kunnen zijn gelegen in de mogelijkheid tot het volledig uitsluiten van rechterlijke toetsing van alle wettelijke voorschriften (en niet alleen formele wetgeving), doordat bij wet zou kunnen worden bepaald dat specifieke een ieder verbindende verdragsbepalingen worden geacht toch niet (een ieder) verbindend te zijn, in de zin dat ook lager recht er niet aan mag worden getoetst. De considerans lijkt die mogelijkheid aan te duiden. Dat spoort evenwel niet met de doelstelling van het wetsvoorstel, welke uitdrukkelijk het oog heeft op uitsluiting van de rechterlijke beoordeling van de verenigbaarheid van formele wetten met een ieder verbindende bepalingen, en dus ook niet met de opmerking in de toelichting dat de voorgestelde grondwetswijziging geen gevolgen heeft voor de toetsing van lagere regelgeving.

De Afdeling heeft geconstateerd dat de wijziging van artikel 93 van de Grondwet overbodig is als de wijziging van artikel 94 van de Grondwet doorgang vindt. Deze constatering is terecht. Het is nadrukkelijk niet de bedoeling van initiatiefnemer om ook lagere wetgeving uit te sluiten van rechterlijke toetsing aan een ieder verbindende verdragsbepalingen. Daarom zal de voorgestelde wijziging van artikel 93 geschrapt worden uit het voorstel, teneinde verwarring te voorkomen. Het is nadrukkelijk ook niet de bedoeling dat getornd zal worden aan bepalingen die reeds eenieder verbindend verklaard zijn.

⁵⁴ Artikel 81 Gw.

⁵⁵ Artikel 91 Gw.

b) koninkrijksaspecten

Er is voor gekozen om het voorstel aanhangig te maken in de vorm van een Rijkswet. Aangezien het voorstel strekt tot wijziging van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet is deze keuze verklaarbaar, omdat de genoemde bepalingen zijn opgenomen in het hoofdstuk van de buitenlandse betrekkingen. De daarin geregelde onderwerpen zijn met de grondwetsherzieningen van 1953, 1956 en 1983 dan ook bij Rijkswet geregeld, omdat op grond van het Statuut van het Koninkrijk wordt aangenomen dat dit een koninkrijksaangelegenheid is.⁵⁶ Hoewel het Statuut zelf zwijgt over (de huidige) artikelen 93 en 94 van de Grondwet, kan uit de toelichting bij deze bepalingen worden opgemaakt dat de daarin vastgelegde bevoegdheid een koninkrijksaangelegenheid betreft,⁵⁷ gelet op de bewust gekozen omschrijving «binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften» ter aanduiding van de voorschriften die buiten toepassing kunnen worden gelaten. Omdat het voorstel materieel een uitbreiding behelst van het toetsingsverbod en de regeling van het toetsingsverbod geen koninkrijksaangelegenheid betreft, heeft de keuze voor de procedure van een Rijkswet mogelijk (onbedoeld) effect op de rechtsorden van Aruba, Curaçao en Sint Maarten. Deze landen hebben er in het recente verleden voor gekozen om het verbod van rechterlijke toetsing aan de grondwet van het land (de Staatsregeling), zoals dat daar gold, juist in te perken.⁵⁸ Uitsluiting van toetsing van landsrecht aan een ieder verbindende verdragsbepalingen is daarmee niet in lijn. De Afdeling vraagt zich dan ook af of de initiatiefnemer de mogelijkheid van een dergelijke uitsluiting met zijn voorstel met betrekking tot artikel 93 van de Grondwet heeft beoogd. Mocht dit niet zijn beoogd, dan ware zeker te stellen dat het voorstel met betrekking tot artikel 93 van de Grondwet slechts ziet op de Nederlandse wetgever (het land Nederland) en het toetsingsrecht in de andere landen onverlet laat.

Als laatste bespreekt de Afdeling de mogelijke effecten op de andere landen van het Koninkrijk. De Afdeling constateert terecht dat het toetsingsverbod materieel geen koninkrijksaangelegenheid betreft. Daarom zal in de memorie van toelichting benadrukt worden dat dit voorstel alleen betrekking zal hebben op het land Nederland en dat de andere landen van het Koninkrijk nog steeds vrij zijn om hun eigen toetsingsverboden uit te breiden of te versoepelen.

c) conclusie

Op grond van de onderdelen a en b adviseert de Afdeling het voorstel met betrekking tot de wijziging van artikel 93 van de Grondwet te heroverwegen en aan de vragen die het voorstel oproept aandacht te besteden.

Met dank aan de Afdeling, heeft de initiatiefnemer naar aanleiding van het advies het wetsvoorstel en de memorie van toelichting aangepast.

De Vice-President van de Raad van State,
J.P.H. Donner

De initiatiefnemer,
Taverne

⁵⁶ Kamerstukken II, 1977/78, 15 049 (R 1100), nr. 3, blz. 1 en 3.

⁵⁷ Kamerstukken II, 1977/78, 15 049 (R 1100), nr. 3, blz. 13.

⁵⁸ Landsverordeningen kunnen buiten toepassing worden gelaten, wanneer zij niet verenigbaar zijn met de klassieke grondrechten uit de Staatsregeling van het betreffende land. De Staatsregeling van Sint Maarten gaat nog verder doordat ook toetsing aan de sociale grondrechten en institutionele bepalingen mogelijk is.