

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/106326>

Please be advised that this information was generated on 2019-02-18 and may be subject to change.

Het voorstel-Taverne

Schrapping van de rechterlijke bevoegdheid om wetten aan verdragen te toetsen

Joseph Fleuren en Joke de Wit¹

Een week vóór de Tweede Kamerverkiezingen van 12 september 2012 heeft het VVD-Kamerlid Taverne met steun van zijn fractie bij de Tweede Kamer een voorstel voor grondwetsherziening aanhangig gemaakt dat, indien het ooit de eindstreep haalt, een van de meest ingrijpende wijzigingen van het constitutioneel bestel sinds mensenheugenis teweegbrengt. Het voorstel beoogt aan de rechter de bevoegdheid te ontnemen om wetten te toetsen aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Het voorstel, dat geheel voorbijgaat aan de wijze waarop de rechter al bijna zestig jaar met deze bevoegdheid omgaat, is ondoordacht en kan maar beter zo snel mogelijk worden ingetrokken.

1. Inleiding

Het voorstel-Taverne is de tegenpool van het voorstel-Halsema. Beide voorstellen zien op het vraagstuk van toetsing van de wet (wij bezigen deze term steeds in de betekenis van de wet in formele zin) aan hoger recht. Het voorstel-Halsema wil de rechtsbescherming uitbreiden door de rechter bevoegd te maken de wet te toetsen aan een aantal met name genoemde grondwetsbepalingen inzake klassieke grondrechten en het kiesrecht.² Het voorstel-Taverne wil de rechtsbescherming verminderen door de rechter de bevoegdheid te ontnemen om de wet te toetsen aan een ieder verbindende bepalingen die bij of krachtens verdrag zijn vastgesteld. Bovendien opent het de mogelijkheid om bij wet aan een dergelijke bepaling haar een ieder verbindende kracht te onthouden.³ Het voorstel heeft overigens geen gevolgen voor de rechtstreekse werking en suprematie van het EU-recht, zo erkent de memorie van toelichting, aangezien deze niet door de Grondwet kunnen worden beperkt.⁴ Een opmerkelijke overeenkomst tussen beide initiatiefvoorstellen is dat zij een ingrijpende wijziging in het constitutioneel bestel beogen te bewerkstelligen via een – tekstueel gezien – bescheiden ingreep in de Grondwet. Het voorstel-Halsema wil (beperkte) constitutionele toetsing verwezenlijken door aan art. 120 Gw een tweede lid toe te voegen. Het voorstel-Taverne wil de hierna cursief gedrukte woorden aan art. 93 en 94 Gw toegevoegd zien:

Art. 93 Gw

‘Bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, hebben verbindende kracht nadat zij zijn bekendgemaakt, behoudens voor zover bij de wet anders is bepaald.’

Art. 94 Gw

‘Andere [b]innen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften *dan de wetten* vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.’

Op zichzelf lijkt het verband tussen deze toevoegingen helder. De rechter mag in het vervolg nog uitsluitend (de toepassing van) wettelijke voorschriften van lagere rang dan de wet toetsen aan een ieder verbindend verdragsrecht.⁵ Daarnaast krijgt de wetgever de bevoegdheid om ten aanzien van individuele bepalingen van geschreven internationaal recht te verijdelen dat de rechter deze als een ieder verbindend aanmerkt.⁶ Het voorstel-Taverne maakt dus een einde aan de huidige situatie dat het eindoordeel over de vraag of een verdragsrechtelijke bepaling een ieder verbindend is, bij de rechter ligt.⁷

Hierboven schreven we dat het verband tussen de door Taverne voorgestelde wijzigingen in art. 93 en 94 Gw helder *lijkt*. Want van deze helderheid blijft niets over zodra men er de memorie van toelichting op naslaat. Het algemeen deel van de memorie van toelichting presenteert de wijziging van art. 94 Gw als de kern van het voorstel en de wijziging van art. 93 Gw als iets dat ‘[i]n lijn daarmee’ ligt, terwijl de artikelsgewijze toelichting wijziging van art. 94 Gw juist als een noodzakelijk uitvloeisel van de wijziging van art. 93 Gw ziet.⁸ Beide – tegenstrijdige – beweringen begrijpen wij niet. Het heeft er alle schijn van dat de indiener van het voorstel geen vat heeft op de betekenis van de artikelen waaraan hij wil sleutelen. Wij zouden het voorstel-Taverne dan ook laten voor wat het is, als niet uit de voorgeschiedenis zou blijken dat het de

steun genoot en wellicht nog steeds geniet van de VVD-fractie,⁹ die zowel vóór als na de verkiezingen van 12 september 2012 de grootste is in de Tweede Kamer. Dit maakt dat de argumenten die aan het voorstel ten grondslag liggen, een kritische analyse verdienen.

In het vervolg van dit artikel beperken wij ons tot hetgeen volgens de memorie van toelichting de kern van het voorstel is. We zullen betogen dat het voorstel om de rechter de bevoegdheid te ontnemen om wetten te toetsen aan een ieder verbindend verdragsrecht vérgaande en ondoordachte consequenties heeft voor het Nederlandse rechtssysteem (§ 2), berust op gedateerde argumenten (§ 3), een probleem oplost dat niet bestaat (§ 4) en ten onrechte steunt op de gedachte dat de volksvertegenwoordiging beter in staat is om deze toetsing te verrichten dan de rechter (§ 5). We ronden af met een opmerking over wat waarschijnlijk een verborgen motief achter het initiatiefvoorstel is (§ 6).

2. Consequenties van het voorstel

Al sinds 1953 is in de Grondwet vastgelegd dat binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vinden indien deze toepassing niet verenigbaar is met verdragen en met besluiten van volkenrechtelijke organisaties die zijn bekendgemaakt, zij het dat deze bevoegdheid bij de herziening van 1956 beperkt is tot toetsing aan bepalingen die een ieder verbinden. Het voorstel-Taverne keert niet alleen terug naar de periode vóór 1953, maar gaat nog veel verder. In het Koninkrijk der Nederlanden is de rechter altijd bevoegd geweest om wetten te toetsen aan posterieure verdragen. Bij de grondwetsherziening van 1953 stond dit dan ook buiten kijf en werd slechts de voordien bestaande onzekerheid weggenomen over de vraag of de rechter ook de Grondwet aan verdragsrecht en wetten aan anterieur verdragsrecht zou mogen toetsen. In het voorstel-Taverne zal de rechter echter ook een later verdrag niet vóór mogen laten gaan op een eerdere wet.¹⁰ Het voorstel breekt niet alleen met een eeuwenoude traditie, maar loopt ook internationaal uit de pas. In landen waar verdragen deel uitmaken van het binnen de staat geldende recht, pleegt de rechter op zijn minst bevoegd te zijn om anterieure 'acts of parliament' te toetsen aan verdragen, althans voor zover deze door de volksvertegenwoordiging zijn goedgekeurd en bepalingen bevatten die vatbaar zijn voor directe toepassing. De theoretische mogelijkheid dat in dergelijke landen de rechter slechts lagere wettelijke voorschriften aan verdragen mag toetsen, komt in de praktijk niet of nauwelijks voor. De

Wij zouden het voorstel-Taverne laten voor wat het is, als niet zou blijken dat het de steun genoot en wellicht nog steeds geniet van de VVD-fractie

memorie van toelichting gaat hieraan voorbij.

De memorie van toelichting heeft evenmin aandacht voor de plaats van art. 93 en 94 Gw in het Nederlandse rechtssysteem. Een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties kunnen betrekking hebben op vele verschillende delen en aspecten van het recht, zoals het internationaal privaatrecht, het strafrecht, de uit- en overlevering van verdachten, de kleine rechtshulp, het milieurecht, het vreemdelingenrecht, het sociaal zekerheidsrecht, de vermijding van dubbele belasting en – last but not least – de mensenrechten. Art. 93 en 94 Gw zorgen ervoor dat al deze een ieder verbindende bepalingen binnen het Koninkrijk op dezelfde wijze als, en zo nodig met voorrang op, wettelijke voorschriften kunnen worden toegepast. De wetgever hoeft dan ook niet, zoals in staten met een dualistisch stelsel het geval is, voortdurend te zorgen dat de nationale wetgeving met zijn bij of krachtens verdrag vastgestelde internationale verplichtingen in overeenstemming is. De met de toepassing van het recht belaste ambten, zoals het bestuur en de rechter, kunnen een ieder verbindende bepalingen immers toepassen naast of in plaats van wettelijke voorschriften.

In het voorstel-Taverne wordt met dit systeem gebroken, aangezien in het vervolg de wet toepassing zal moeten vinden, ook in gevallen waar deze toepassing onvereenigbaar is met een ieder verbindend verdragsrecht. Zowel de fiscus als de belastingrechter zullen bijvoorbeeld de Nederlandse belastingwet in beginsel niet meer mogen laten wijken voor een verdrag ter vermijding van dubbele belasting. Wanneer het voorstel-Taverne ooit de eindstreep zou halen, dan kunnen dit soort problemen uitsluitend worden ondervangen door in alle wetgeving waarvan de toepassing door het bestuur of de rechter in strijd kan komen met internationale verplichtingen, uitzonderingen op te nemen, al dan niet door uitdrukkelijk naar deze verplichtingen te verwijzen.¹¹ Dergelijke uitzonderingsbepalingen komen ook thans wel her en der voor, maar onder

Auteurs

1. Mr. dr. J.W.A. Fleuren is universitair hoofddocent Algemene rechtswetenschap aan de Radboud Universiteit Nijmegen.
Mr. dr. J.C. de Wit is universitair docent Staats- en bestuursrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

Noten

2. Dit voorstel is in eerste lezing aanvaard en thans in tweede lezing aanhangig (*Kamerstukken* 32 334). Op dit moment is nog niet bekend wie de verdediging, die

kortstondig was overgenomen door Jolande Sap, zal voortzetten.

3. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 359 (R 1986), nrs. 1-3.
4. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 359 (R 1986), nr. 3, p. 8-9.
5. We bezigen 'verdragsrecht' als overkoepelende term voor (bepalingen van) verdragen en (krachtens verdrag vastgestelde) besluiten van volkenrechtelijke organisaties.
6. Hierbij dient bedacht te worden dat de voorganger van art. 93 Gw rept van 'deze verbindende kracht'. Het woordje 'deze' is

bij de grondwetsherziening van 1983 uit 'taalkundige overweging' geschrapt (*Kamerstukken II* 1977/78, 15 049 (R 1100), nr. 3, p. 10). Aangezien met deze schrapping geen inhoudelijke wijziging was beoogd, moet 'verbindende kracht' in art. 93 Gw nog steeds als 'een ieder verbindende kracht' begrepen worden.

7. *Kamerstukken I* 1952/53, 2700, nr. 63a, p. 3; *Kamerstukken II* 1955/56, 4133 (R 19), nr. 7, p. 4; *Handelingen II* 1955/56, p. 800; *Handelingen II* 1979/80, p. 4433 en 4441. Zie ook HR 30 mei 1986, *NJ* 1986,

688 (*Spoorwegstaking*) en HR 14 april 1989, *NJ* 1989, 469 (*Harmonisatiewet*).

8. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 359 (R 1986), nr. 3, p. 5, 10-11.
9. Stef Blok, Klaas Dijkhoff & Joost Taverne, 'Verdragen mogen niet langer rechtstreeks werken', *NRC Handelsblad* 23 februari 2012, p. 17; *Kamerstukken II* 2011/12, 31 570, nrs. 22 en 23.
10. *Kamerstukken II* 2011/12, 33 359 (R 1986), nr. 3, p. 8.
11. Zie bijv. art. 15e Wet op de vennootschapsbelasting 1969.

het huidige regime van art. 93 en 94 Gw hoeft niet naar volledigheid te worden gestreefd.¹² Deze uitzonderingsbepalingen zijn slechts noodzakelijk als het gaat om internationale verplichtingen die niet zijn vastgelegd in een ieder verbindende bepalingen. De memorie van toelichting bij het voorstel-Taverne rept met geen woord over de reparaties in de wetgeving waartoe dit voorstel noopt.

Aan het voorstel-Taverne en de toelichting daarop ligt de veronderstelling ten grondslag dat, wanneer de regering en de Staten-Generaal een wet vaststellen of ongewijzigd laten, zij steeds impliciet of expliciet van oordeel zijn dat deze wet in overeenstemming is met de internationaal-rechtelijke verplichtingen van het Koninkrijk.¹³ Dit is een misvatting. Art. 93 en 94 Gw zijn zó geredigeerd dat de wetgever zich er bij het maken en actualiseren van wetten niet per se van hoeft te vergewissen dat er geen gevallen zullen (kunnen) voorkomen waarin toepassing van de wet in strijd komt met een ieder verbindend verdragsrecht.¹⁴ Wanneer het bestuur of de rechter in een concreet geval een wetsbepaling buiten toepassing laat of op zekere wijze uitlegt met het oog op (een ieder verbindend) verdragsrecht,¹⁵ dan is dit ook lang niet altijd een tik op de vingers van de wetgever.¹⁶ Anders gezegd, de uitdrukking 'niet verenigbaar' in art. 94 Gw is niet pejoratief, maar neutraal gebruikt.

Het voorstel-Taverne haalt een streep door de flexibiliteit van het huidige systeem

Art. 93 en 94 Gw moeten dan ook niet uitsluitend worden gezien als een mechanisme om regelstellende ambten te corrigeren, maar vooral ook als een efficiënte manier om de toepassing van een ieder verbindend verdragsrecht binnen het Koninkrijk zo veel mogelijk te verzekeren. Zij zorgen ervoor dat de wetgever niet bij elke nieuwe een ieder verbindende bepaling die voor het Koninkrijk van kracht wordt of bij elke nieuwe ontwikkeling in de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) minutieus de bestaande wetgeving op haar internationale houdbaarheid behoeft te onderzoeken. Het voorstel-Taverne haalt een streep door de flexibiliteit van het huidige systeem. Weliswaar stelt de memorie van toelichting uitdrukkelijk voorop dat de Staat gehouden blijft zijn internationale verplichtingen na te komen,¹⁷ maar het lijdt geen twijfel dat het voorstel in de praktijk zal leiden tot een sterke toename van verdragsschendingen. De nationale rechter kan dan, als deze schending haar grondslag vindt in de wet, geen rechtsbescherming meer bieden. Waar het gaat om, al dan niet vermeende, inbreuken op het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) zal de burger direct de gang naar het toch al zo overbelaste EHRM moeten maken.¹⁸ Het voorstel-Taverne staat haaks op de in april 2012 door het Comité van Ministers van de Raad van Europa aangenomen Verklaring van Brighton, waarin de lidstaten juist worden opge-

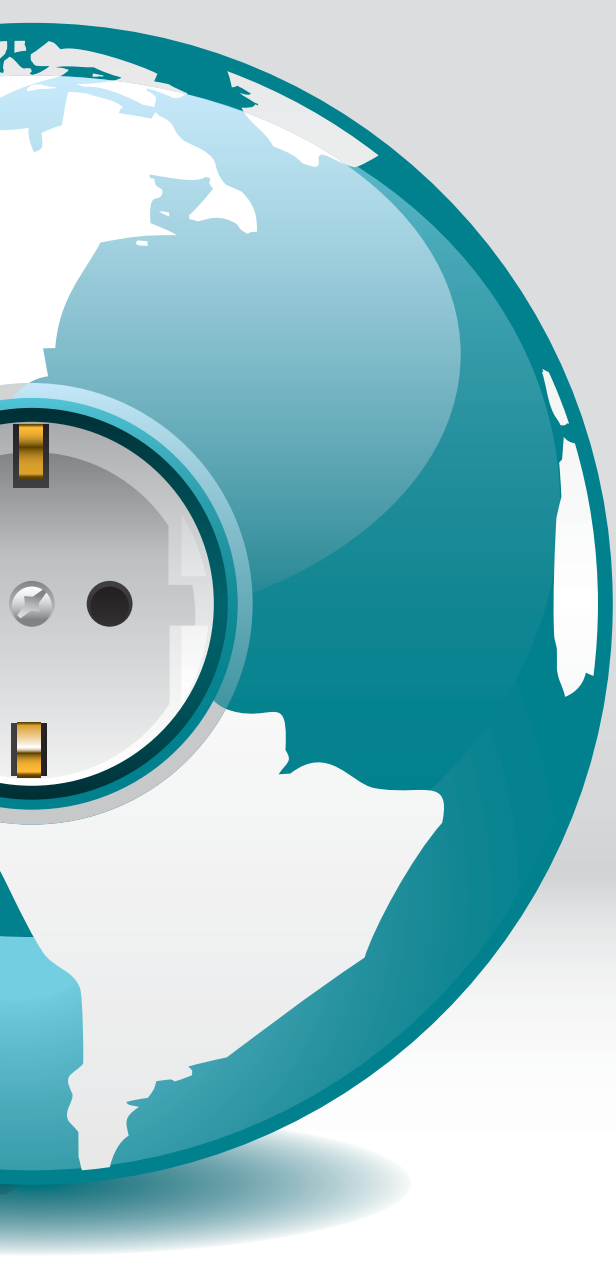


© Laenz / Shutterstock

roepen om toe te staan en te bevorderen dat justitiabelen, 'without unnecessary impediments', voor de nationale rechter een beroep kunnen doen op de bepalingen van het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM.¹⁹

3. Gedateerde argumenten

Het voorgaande laat natuurlijk onverlet dat er gevallen zijn waarin de rechter met een verwijzing naar een ieder verbindend verdragsrecht de wetgever op onderdelen terugfluit. Het zijn met name deze gevallen die de aandacht trekken van journalisten, opiniemakers en politici. Het voorstel-Taverne, zo blijkt uit zijn voorgeschiedenis, moet tegen de achtergrond van deze gevallen worden geplaatst.²⁰ Een deel van de Tweede Kamer wil het primaat van de politiek – sommigen spreken zelfs van de soevereiniteit van de wetgever – beschermen tegen de rechtspraak. Vooral de mogelijkheden die de Nederlandse rechter heeft om wetten te toetsen aan het EVRM, dat door het EHRM dynamisch of evolutief wordt geïnterpreteerd, zijn een aantal volksvertegenwoordigers een doorn in het oog. In de memorie van



toelichting stelt Taverne zich op het standpunt dat de regering en de Staten-Generaal samen beter dan de rechter in staat zijn om te beoordelen of een wet in overeenstemming is met deze verplichtingen. De argumentatie voor de keuze voor de formele wetgever is curieus. Zij leunt sterk op de parlementaire stukken die aan de grondwetsherziening van 1953 vooraf zijn gegaan, toen de voorganger van het huidige art. 94 tegen de zin van de regering door middel van het amendement-Serrarens in de Grondwet werd opgenomen.²¹ De memorie van toelichting bij het voorstel-Taverne gaat grotendeels voorbij aan de ontwikkelingen die zich sinds 1953 hebben voorgedaan. De argumentatie doet dan ook eerder denken aan de situatie dat de grondwetgever voor het eerst moet beslissen of hij de rechter de bevoegdheid zal verlenen om wetten aan een ieder verbindend verdragsrecht te toetsen dan aan de situatie waarin de rechter deze bevoegdheid al bijna zestig jaar heeft. Het is alsof iemand hedentendage de keuze van Copernicus voor een heliocentrisch wereldbeeld bestrijdt met een beroep op de Aristotelische natuurfilosofie zonder zich rekenschap te geven van het theoretisch fundament dat sinds Galileo, Kepler en Newton onder het heliocentrisme is gelegd.

Daarnaast wordt het debat tussen de regering en de Staten-Generaal dat aan het amendement-Serrarens is voorafgegaan, door Taverne niet juist weergegeven. In de memorie van toelichting veronderstelt hij dat de regering zich destijds in het kamp bevond van de tegenstanders van rechterlijke toetsing van wetten aan anterieure verdragen. Dit is een misverstand dat vaker voorkomt,²² maar dat daarom nog niet juist is. De regering heeft slechts de nadruk gelegd op de omstandigheid dat over een dergelijke toetsingsbevoegdheid geen overeenstemming bestond. Zij meende dat het vraagstuk derhalve nog niet rijp was voor een uitspraak van de grondwetgever en wilde afwachten hoe de rechtsopvattingen hierover zich zouden ontwikkelen.²³

Het zou interessant zijn als de volksvertegenwoordiging art. 94 Gw na zestig jaar eens zou evalueren. De memorie van toelichting bij het voorstel-Taverne bood hier-

12. Zie bijv. de MvT bij het wetsvoorstel-Vaststellings- en Invoeringswet Boek 10 Burgerlijk Wetboek, waar ten aanzien van art. 10:1 BW wordt opgemerkt dat het weliswaar overbodig is, maar is opgenomen ter verduidelijking voor de praktijkjurist (*Kamerstukken II 2009/10*, 32 137, nr. 3, p. 7).

13. *Kamerstukken II 2011/12*, 33 359 (R 1986), nr. 3, p. 8.

14. De *auctor intellectualis* van de redactie van art. 65 Gw (1953), de voorganger van het huidige art. 94, heeft hier destijds ook uitdrukkelijk op gewezen: J. Riphagen, 'Het nieuwe Grondwetsartikel 60e en de leer van de onspitsbare wilsverklaring', *De Nederlandse Gemeente* 1953, p. 68-70. Riphagen was hoofd van de afdeling wetgeving en juridische zaken van het Ministerie van Binnenlandse Zaken. Zie over zijn aandeel in de redactie van het artikel: J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van*

verdragen (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2004, p. 185-188 en J.C. de Wit, *Artikel 94 Grondwet toegepast. Een onderzoek naar de betekenis, de bedoeling en de toepassing van de woorden 'vinden geen toepassing' in artikel 94 van de Grondwet* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 24-28.

15. Voor verdragsconforme uitleg van nationaal recht is niet vereist dat het verdragsrecht een ieder verbindende kracht heeft. Zie J.W.A. Fleuren, 'Directe en indirecte toepassing van internationaal recht door de Nederlandse rechter', *Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, nr. 131 (november 2005), p. 85-98.

16. Degenen die menen dat bestuursorganen niet bevoegd zijn of niet bevoegd te worden te zijn om de wet buiten toepassing te laten indien deze toepassing niet verenigbaar

is met een ieder verbindend verdragsrecht, gaan ten onrechte aan dit punt voorbij. Zie over deze kwestie: Fleuren 2004, p. 346-348; J.J.J. Sillen, 'Toetsing van wetgeving door het bestuur', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In de regel. Over kenmerken, structuur en samenhang van geschreven en ongeschreven regels in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 331-345.

17. *Kamerstukken II 2011/12*, 33 359 (R 1986), nr. 3, p. 1.

18. Als de rechter tenminste, zoals hij na de grondwetsherzieningen van 1953 en 1956 heeft gedaan, de wijzigingen van art. 93 en 94 Gw ook toepast op verdragsrecht dat voordien voor het Koninkrijk van kracht is geworden. De memorie van toelichting bij het voorstel-Taverne gaat geheel voorbij aan kwesties van overgangsrecht. Vgl. H.F. van Panhuys, 'Geldt de rechterlijke plicht tot toetsing van wet aan verdrag slechts

voor toekomstige verdragen?', *Bestuurswetenschappen* 1962, p. 66-73.

19. Brighton Declaration, 19/20 april 2012, <http://hub.coe.int/20120419-brighton-declaration> (geraadpleegd op 2 november 2012).

20. Zie noot 9.

21. *Handelingen II 1951/52*, p. 1957-1959.

22. In HR 14 april 1989, *NJ 1989*, 469 (*Harmonisatiewet*) heeft deze misvatting bijgedragen tot een verkeerde lezing van art. 49 Statuut voor het Koninkrijk. Zie J.W.A. Fleuren, 'Voorrang van rijksrecht op Nederlands recht in historisch perspectief. De wordings- en interpretatiegeschiedenis van art. 5 lid 2 en 49 van het Statuut voor het Koninkrijk', *RMThemis* 2012, p. 26-27.

23. *Kamerstukken II 1951/52*, 2374, nr. 3, p. 3; *ibidem*, nr. 10, p. 28; *Handelingen II 1951/52*, p. 1911-1912 en 1946.

toe een mooie gelegenheid, maar laat deze liggen. Waar de memorie van toelichting bijvoorbeeld stelt dat de rechter 'zelden' recht zal kunnen doen aan een internationale norm omdat dit keuzen vergt die 'al spoedig' zijn rechtsvormende taak te buiten gaan, gaat zij voorbij aan de reden waarom in 1956 de reikwijdte van dit artikel is beperkt tot bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties die een ieder verbinden. Dit was juist bedoeld om te voorkomen dat het buiten toepassing laten van een wettelijk voorschrift een vacuüm doet ontstaan dat niet met behulp van het verdragsrecht kan worden opgevuld.²⁴ De memorie van toelichting rept met geen woord over de vraag of en in hoeverre deze beperking haar

De argumenten zijn louter abstract van aard en niet gebaseerd op een studie van de rechtspraktijk

doel niet bereikt.²⁵ Laat staan dat zij aangeeft of een tekortkoming wellicht op een andere manier kan worden ondergaan dan door het simpelweg schrappen van de bevoegdheid van de rechter om de wet te toetsen aan zowel posterieure als anterieure verdragen.²⁶ Iets soortgelijks geldt voor het argument in de memorie van toelichting dat de rechter onderwerp dreigt te worden van een politiek debat als hij een wetsbepaling die is aanvaard door de volksvertegenwoordiging, buiten toepassing laat. Om dit te voorkomen is bij de grondwetsherziening van 1983 de in 1956 op de reikwijdte van (de voorganger van) art. 94 Gw aangebrachte beperking gehandhaafd.²⁷ Nergens geeft de memorie van toelichting aan waarom dit niet afdoende is. Ook de stelling in de memorie van toelichting dat de rechter de expertise mist die nodig is om wetten te toetsen aan verdragen, is gedateerd en ongeloofwaardig. De rechter zou onvoldoende kennis hebben van de oorsprong en achtergrond van verdragen, die veelal een compromis zijn tussen verschillende rechtsovertuigingen, diplomatieke verhoudingen, politieke opvattingen en internationale belangen.²⁸ Ten eerste gaat dit argument voorbij aan het in 1969 tot stand gekomen en op 27 januari 1980 in werking getreden Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht (WV), dat in art. 31-33 regels bevat voor de uitleg van verdragen.²⁹ Deze regels kennen aan de *travaux préparatoires* en de omstandigheden waaronder het verdrag is gesloten slechts een secundaire, aanvullende rol toe. Ten tweede maakt de memorie van toelichting niet duidelijk waarom de volksvertegenwoordiging beter inzicht in de wordingsgeschiedenis van een verdrag zou hebben dan de rechter. Voor zover de regering hierover mededelingen doet in de parlementaire stukken, kan immers ook de rechter hiervan kennisnemen. Hetzelfde geldt voor zover de *travaux préparatoires* van een verdrag vrijelijk kunnen worden geraadpleegd, zijn uitgegeven of in publicaties zijn samengevat.

Het meest opmerkelijke is wel dat de memorie van toelichting bij het voorstel-Taverne geen enkele aandacht besteedt aan de wijze waarop de rechter met art. 93 en 94

Gw omgaat. De enige verwijzing naar Nederlandse rechtspraak ziet op het onder staatsrechtgeleerden bekende arrest van de Hoge Raad van 3 maart 1919 (*Grenstractaat Aken*),³⁰ waaruit blijkt dat verdragen al ver voor de grondwetsherziening van 1953 gelding hadden in de Nederlandse rechtsorde.³¹ Kortom, de in de memorie van toelichting genoemde argumenten om aan de rechter de bevoegdheid te ontnemen om de wet te toetsen aan een ieder verbindend verdragsrecht, zijn louter abstract van aard en niet gebaseerd op een studie van de rechtspraktijk.

4. Evenwicht tussen rechter en wetgever

Een analyse van de rechtspraak leert juist dat de rechter streeft naar het bewaren van het evenwicht tussen enerzijds de bevoegdheden die hij aan art. 93 en 94 Gw ontleent en anderzijds zijn plaats in de *trias politica*.³² Uit de volgende punten blijkt dat de rechter zich terughoudend, en soms zelfs voorzichtig, opstelt bij de toetsing van wetsbepalingen aan een ieder verbindend verdragsrecht. In de eerste plaats heeft de Hoge Raad aangegeven dat art. 94 Gw de rechter niet de ruimte biedt om aan de burger meer rechtsbescherming te bieden dan het internationale recht vraagt. Dat wil zeggen dat de nationale rechter geen nationale bepalingen buiten toepassing zal laten als deze (nog) verenigbaar zijn met internationaal recht en voldoen aan de eisen die de internationale rechtspraak stelt.³³ De uitspraken van de Centrale Raad van Beroep in de jaren negentig van de afgelopen eeuw over de gelijke behandeling van gehuwden en ongehuwd samenwonende partners in de Algemene Weduwen- en Wezenwet bieden een goede illustratie van dit uitgangspunt.³⁴

Daarnaast blijkt uit de rechtspraak dat de rechter bij de toetsing van wetten aan een ieder verbindende bepalingen van mensenrechtenverdragen rekening houdt met de beoordelingsvrijheid die deze bepalingen in een aantal gevallen aan de verdragsstaten laten.³⁵ Naarmate de beoordelingsvrijheid ruimer is, toetst de rechter minder indringend. Dit is onder andere zichtbaar in de uitspraken van de belastingkamer van de Hoge Raad. Vanaf het moment dat het EHRM voor het belastingrecht de 'margin of appreciation' heeft verruimd tot een 'wide margin of appreciation' bij de vraag of een door een verdragsstaat gemaakt onderscheid gerechtvaardigd is, heeft de Nederlandse rechter aan de wetgever een ruimere beoordelingsvrijheid toegekend en is de toetsing minder indringend geworden.³⁶

De terughoudende opstelling van de rechter blijkt verder uit de wijze waarop deze omgaat met de opdracht in art. 94 Gw om een wettelijk voorschrift buiten toepassing te laten wanneer er anders strijd met een ieder verbindend verdragsrecht ontstaat. De gevallen waarin de rechter het beleid van de wetgever doorkruist door een wet buiten toepassing te laten, zijn betrekkelijk zeldzaam. Zeker als de wet in het geding is, tracht de rechter – waar mogelijk – deze zó uit te leggen en toe te passen dat een schending van een ieder verbindende bepalingen van mensenrechtenverdragen en van ander internationaal recht wordt vermeden.³⁷ Dit is geheel in overeenstemming met het min of meer wereldwijd erkende uitgangspunt dat een staat vermoed wordt zijn internationaalrechtelijke verplichtingen te willen nakomen.³⁸

De terughoudende opstelling van de rechter komt misschien wel het scherpst naar voren in de uitspraken

waarin hij oordeelt dat het, gegeven de staatsrechtelijke verhoudingen, op de weg van de wetgever ligt om een onverenigbaarheid van het nationaal recht met het internationale recht te beëindigen. Het gaat hier met name om gevallen waarin de rechter een eventuele discrepantie met mensenrechtenverdragen vooralsnog laat voortbestaan, omdat de oplossing algemene overwegingen van overheidsbeleid of belangrijke keuzen van rechtspolitiek aard vraagt, die door de wetgever dienen te worden gemaakt. De rechter abstineert dan vanwege de taakverdeling binnen de trias. Pas wanneer de wetgever alsmaar blijft stilzitten, kan het moment aanbreken waarop de rechter de strijdigheid wegneemt.³⁹ In geen geval acht de rechter zich bevoegd om een bevel tot het vaststellen of wijzigen van een wet te geven.⁴⁰

De terughoudende opstelling van de rechter bij de toetsing van wetten aan een ieder verbindend verdragsrecht laat zien dat de rechter zich bij deze toets bewust is van zijn positie in het staatsbestel en daar ook naar handelt. Hij weet het precaire evenwicht ten opzichte van de wetgever (en het bestuur) vrijwel altijd te bewaren. De analyse van de rechtspraak van de afgelopen zestig jaar toont dus aan dat het probleem dat Taverne met zijn wetsvoorstel wil oplossen, niet bestaat.

5. Toetsing door de wetgever of door de rechter?

Maar behalve dat het voorstel-Taverne een probleem wil oplossen dat niet bestaat, is deze 'oplossing' ook misplaatst. De vraag of de toepassing van een wet verenigbaar is met een ieder verbindend verdragsrecht, is een *rechtsvraag*. De beantwoording van rechtsvragen behoort in laatste instantie door een rechter te geschieden. Deze is weliswaar niet onfeilbaar, maar wél onafhankelijk en onpartijdig en slechts gevoelig voor juridisch relevante argumenten en overwegingen. De discussies in raadkamers benaderen Habermas' ideaal van de 'herrschaftsfreie Kommunikation'. In dit opzicht is het contrast met de

volksvertegenwoordiging groot. Haar besluiten zijn het product van een politiek krachtenspel, waarin verkiezingsprogramma's, regeerakkoorden en fractiediscipline dominante factoren zijn. De tijd dat de Tweede en Eerste Kamer grotendeels door juristen werden bevolkt die zich, als het om rechtsvragen ging, uitsluitend lieten leiden door het juridisch geweten, ligt ver achter ons. We noemen enkele gevallen waarin Kamerleden zich in juridische kwesties door partij- of machtspolitiek hebben laten leiden. In 1988 zijn regeringsgezinde senatoren, nadat de Minister van Onderwijs en Wetenschappen intern met aftreden had bedreigd, over hun juridische bezwaren tegen de Harmonisatiewet collegegelden en inschrijvingsduur heengestapt.⁴¹ Dat deze bezwaren steekhoudend waren, bleek toen de Hoge Raad het omstreden onderdeel van de wet in een *obiter dictum* diskwalificeerde.⁴² In 1998 stemde de Eerste Kamer in met de Wet herstructurering varkenshouderij.⁴³ Later verklaarden senatoren van D66 en PvdA dat zij zich volledig bewust waren geweest van de juridische gebreken in de wet, maar dat zij onder politieke druk toch waren gezwicht. De PvdA-fractie stemde gecalculeerd verdeeld, teneinde een meerderheid niet in gevaar te brengen.⁴⁴ Nog vers in het geheugen ligt het verzet van sommige fracties in de Tweede Kamer tegen het ontwikkelen van een intergetijdengebied in de Hertogin Hedwigepolder, hoewel Nederland zich daartoe bij verdrag heeft verplicht.⁴⁵ Ook de gang van zaken rond de intrekking van de Wet werk en inkomen kunstenaars (Wwik) illustreert hoezeer politieke verhoudingen en voorkeuren de opstelling van Kamerfracties in juridische vraagstukken kunnen bepalen. Tijdens de parlementaire behandeling rees de vraag of het ontbreken van een overgangsregeling voor kunstenaars die vóór de intrekking rechten aan deze wet ontleenden, wel verenigbaar was met art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM. Fracties die tegen de intrekking waren, maakten hier een punt van; fracties die vóór de intrekking waren, deden er het zwijgen toe.⁴⁶ Onmiddell-

24. *Kamerstukken II 1955/56*, 4133 (R 19), nr. 4, p. 13-14.

25. Zie over deze kwestie Fleuren 2004, p. 349-367.

26. Zie voor een suggestie J.W.A. Fleuren, 'Grondwet, democratische rechtsstaat en internationale rechtsorde', *RegelMaat* 2011, p. 110.

27. *Kamerstukken II 1979/80*, 15 049 (R 1100), nr. 10, p. 10.

28. *Kamerstukken II 2011/12*, 33 359 (R 1986), nr. 3, p. 5 en 6.

29. Het WVV is op 9 mei 1985 in werking getreden voor het Koninkrijk der Nederlanden (*Trb.* 1985/79).

30. *NJ* 1919, p. 371.

31. Zie voor de wortels van deze monistische traditie J.W.A. Fleuren, 'De historische ontwikkeling van de verhouding tussen internationaal en nationaal recht', *Ars Aequi* 2012, p. 510-519.

32. Zie bijv. A.J.Th. Woltjer, *Wetgever, rechter en het primaat van de gelijkheid*

(diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.

33. HR 10 augustus 2001, *NJ* 2002, 278, r.o. 3.9.

34. CRvB 28 februari 1990, *RSV* 1990/295; CRvB 16 oktober 1991, *RSV* 1992/138; CRvB 18 oktober 1995, *AB* 1996/77; CRvB 10 december 1997, *USZ* 1998/74. Zie ook *De Wit* 2012, p. 251-262.

35. Zie over het leerstuk van de 'margin of appreciation' die een aantal bepalingen van het EVRM en de daarbij behorende protocol-len aan de verdragsstaten laten: Janneke Gerards, *EVRM – Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 183-227.

36. HR 12 juli 2002, *BNB* 2002/399 en 400 en HR 8 juli 2005, *BNB* 2005/310, waarover *De Wit* 2012, p. 284-285. Zie voor kritiek op het automatisme waarin de Nederlandse rechter een door het EHRM aan de verdragsstaten gegunde 'margin of appreciation' ten goede laat komen aan de wetgever en dus niet aan hemzelf: J.H.

Gerards, 'Oordelen over grondrechtenza-ken. Rechtsvinding door de drie hoogste rechters in Nederland', in: L.E. de Groot-van Leeuwen & J.D.A. den Tonkelaar (red.), *Rechtsvinding op veertien terreinen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 27-28.

37. Zie voor de verschillende technieken die de rechter hanteert om een verdragsconform resultaat te bereiken het jurisprudentieonderzoek in *De Wit* 2012.

38. Zie over de methode van verdrags- en conforme interpretatie van nationaal recht: A. Nollkaemper, *National Courts and the International Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press 2011, p. 139-165.

39. Deze lijn in de jurisprudentie is ingezet met HR 12 oktober 1984, *NJ* 1985/230 (*Optie Nederlandschap*) en belangrijk genuanceerd in HR 12 mei 1999, *BNB* 1999/271 (*Arbeidskostenforfait*). Zie over dit betekenis van laatstgenoemd arrest met name S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *NJB*

2000, afl. 14, p. 747-758.

40. HR 21 maart 2003, *NJ* 2003/691 (*Waterpakt*); HR 9 april 2010, *NJ* 2010/388 (*SGP*).

41. Vgl. *Kamerstukken I 1988/89*, 20 469, nr. 43a.

42. HR 14 april 1989, *NJ* 1989/469 (*Harmonisatiewet*).

43. *Handelingen I 1997/98*, p. 1404-1405.

44. 'Senatoren betreuren steun aan varkenswet', *NRC Handelsblad* 25 februari 1999, p. 3. Zie ook HR 16 november 2001, *LJN* AD5493 (*Whv I*) en HR 2 november 2011, *LJN* BQ5098 (*Whv II*).

45. Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en het Vlaams Gewest betreffende de uitvoering van de ontwikkelings-schets 2010 Schelde-estuarium, Middelburg 21 december 2005, *Trb.* 2005/310 en *Trb.* 2008/183; *Kamerstukken* 30 862.

46. *Kamerstukken* 32 701.

lijk na de intrekking van de Wwik heeft de rechter het ontbreken van een overgangsregeling onrechtmatig geoordeeld,⁴⁷ waarna de regering alsnog bakzeil heeft gehaald. Deze voorbeelden kunnen met tal van andere worden uitgebreid. Vermenging van rechtsoordelen en politieke oordelen zijn in de parlementaire praktijk schering en inslag. Bovendien hebben Kamerleden vaak onvoldoende rechtskundige kennis om een juridische argumentatie van de regering op haar merites te beoordelen. De stelling in de memorie van toelichting bij het voorstel-Taverne dat de volksvertegenwoordiging beter dan de rechter in staat is om te beoordelen of een wet verenigbaar is met een ieder verbindend verdragsrecht, is klets.

Paradoxaal genoeg ligt aan het voorstel-Taverne juist de gedachte ten grondslag dat parlementariërs niet altijd hun best doen om inbreuken op verdragen te voorkomen. Volgens de memorie van toelichting beoogt het voorstel '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'.⁴⁸ Het is, op z'n zachtst gezegd, merkwaardig om rechterlijke toetsing uit te sluiten teneinde de volksvertegenwoordiging te prikkelen haar werk beter te doen. Maar wij delen met Taverne het uitgangspunt dat zo veel mogelijk tijdens de wetgevingsprocedure moet worden voorkomen dat de rechter zich genoodzaakt ziet de wetgever op de vingers te tikken. Dit uitgangspunt kan veel van de frustratie wegnemen die kennelijk aan de basis ligt van dit initiatiefvoorstel. Een wetgever die zorgvuldig omgaat met de vraag of wetsvoorstellen verenigbaar zijn met de internationaalrechtelijke verplichtingen van de Staat en die zijn oordelen daarover evenwichtig motiveert, vergroot aanmerkelijk de kans dat deze oordelen een rechterlijke toets doorstaan. Het wetgevingsproces bevat hiervoor al enkele voorzieningen. Zo voert de Raad van State bij de advisering over een wetsvoorstel, naast een beleidsanalytische en een wetstechnische toets, ook een juridisch-rechtsstatelijke toets uit, waarbij onder meer wordt beoordeeld of de voorgestelde regeling niet in strijd is met het internationaal recht.⁴⁹ Ook de Aanwijzingen voor de regelgeving herinneren er op diverse plaatsen aan dat bij het ontwerpen van nieuwe regelingen rekening moet worden gehouden met de eisen die hoger (waaronder internationaal) recht stelt.⁵⁰ Leden van de Tweede Kamer die een amendement willen voorstellen, kunnen over de verenigbaarheid van dit amendement met het internationaal recht ambtelijk advies inwinnen bij het betrokken ministerie.⁵¹ Zowel bij de Raad van State als op de departementen is in het algemeen voldoende kennis aanwezig. Bovendien kunnen leden van de Tweede Kamer terugvallen op het Bureau Wetgeving van de Tweede Kamer. Bewindspersonen en Kamerleden hoeven slechts de moed op te brengen om de beantwoording van rechtsvragen niet afhankelijk te maken van politieke verhoudingen en desiderata. Een rechterlijke toetsingsbevoegdheid is de beste manier om hen bij de les te houden.

tementen is in het algemeen voldoende kennis aanwezig. Bovendien kunnen leden van de Tweede Kamer terugvallen op het Bureau Wetgeving van de Tweede Kamer. Bewindspersonen en Kamerleden hoeven slechts de moed op te brengen om de beantwoording van rechtsvragen niet afhankelijk te maken van politieke verhoudingen en desiderata. Een rechterlijke toetsingsbevoegdheid is de beste manier om hen bij de les te houden.

6. Verborgen motief?

Het is niet onaannemelijk dat het voorstel-Taverne voor een deel is ingegeven door een probleem dat de memorie van toelichting niet uitspreekt, namelijk onvrede over de dynamische of evolutieve uitleg die het EHRM aan het EVRM geeft. Critici van het Straatsburgse Hof wijzen er graag op dat het EVRM daardoor een reikwijdte heeft gekre-

Het is niet onaannemelijk dat het voorstel voor een deel is ingegeven door onvrede over de dynamische uitleg die het EHRM aan het EVRM geeft

gen die Nederland niet kon voorzien toen het partij werd.⁵² Hierbij past al onmiddellijk een kanttekening. Reeds in 1978 heeft het hof overwogen dat het EVRM 'a living instrument' is, dat moet worden uitgelegd 'in the light of present-day conditions'.⁵³ Een jaar later werd het baanbrekende arrest-*Marckx* geweest, terwijl het zo mogelijk nog ingrijpendere arrest-*Golder* zelfs al van 1975 dateert.⁵⁴ De dynamische of evolutieve uitleg heeft Nederland en andere verdragsstaten er niet van weerhouden om met ingang van 1 november 1998 de positie van het EHRM aanmerkelijk te versterken.⁵⁵ Deze uitleg heeft dan ook lange tijd op instemming van Nederland kunnen rekenen. Het hof kan dus bezwaarlijk verweten worden het verdrag gekaapt te hebben. Maar hoe dit ook zij, schrapping van de bevoegdheid van de Nederlandse rechter om wetten te toetsen aan een ieder verbindend verdragsrecht is het verkeerde antwoord. Het initiatiefvoorstel-Taverne dient zo snel mogelijk te worden ingetrokken. •

47. Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 3 januari 2012, LJN BU9921; Hof 's-Gravenhage 5 juni 2012, LJN BW7457.

48. Kamerstukken II 2011/12, 33 359 (R 1986), nr. 3, p. 1.

49. Raad van State, jaarverslag 2002, p. 50, jaarverslag 2006, p. 65-66, jaarverslag 2009, p. 126 en jaarverslag 2011, <http://>

jaarverslag.raadvanstate.nl/de-raadals-adviseur/toetsing/toetsing-aan-waarden/cDU109_Toetsing-aan-waarden.aspx (geraadpleegd op 22 oktober 2012).

50. Zie bijv. Aanwijzingen voor de regelgeving, aanwijzing 8, 18 en 261a.

51. Aanwijzingen voor de regelgeving, aanwijzing 294.

52. Zie bijv. Stef Blok & Klaas Dijkhoff, 'Leg het Europees Hof aan banden', *Volkskrant* 7 april 2011.

53. EHRM 25 april 1978, appl.nr. 5856/72, *Tyrer vs. The United Kingdom*, § 31.

54. EHRM 21 februari 1975, appl.nr. 4451/70, *Golder vs. The United Kingdom*; EHRM 13 juni 1979, appl.nr. 6833/74,

Marckx vs. Belgium.

55. Op deze datum is Protocol nr. 11 (betreffende herstructurering van het bij het EVRM ingestelde controlemechanisme) in werking getreden (*Trb.* 1994/141 en *Trb.* 1998/95).