

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/2066/115962>

Please be advised that this information was generated on 2021-06-20 and may be subject to change.

hangen, zodat de analyse gaandeweg een aantal keer is bijgesteld. Al met al geeft het empirische gedeelte van Vegter's onderzoek een interessante inkijk in de dagelijkse praktijk, maar lijkt het mij raadzaam er geen al te voortvarende conclusies aan te ontleenen. De conclusies en aanbevelingen uit hoofdstuk 7 volgen echter min of meer ook uit het onderzoek voorafgaand aan het empirische deel.

Mechteld C.E. van der Vleuten¹¹
Zeist, maart 2013

1. In 1987 schreef J.J.A. Logeman een Franstalig proefschrift over het wezen van het Franse appartementsrecht: *La condition juridique du copropriétaire incorporé à une association syndicale en France, une analyse projetée sur l'horizon juridique néerlandais* (diss. Leiden), 1987, niet in de handel. R.F.H. Mertens schreef het tweede proefschrift in Nederland over dit onderwerp: *Appartementsrecht en de welstandsbepalingen*, Deventer: Kluwer 1989.

2. Zie ook art. 5:127 lid 1: Alle appartementseigenaars hebben toegang tot de vergadering van eigenaars. De besluiten worden genomen bij volstreekte meerderheid van de uitgebrachte stemmen, voor zover de statuten niet anders bepalen.
3. P. 158.
4. P. 160, waar verwezen wordt naar HR 13 november 1959, *NJ* 1960, 472 (*Melchers*); HR 15 juli 1968, *NJ* 1969, 101 (*Wijsmuller*).
5. T.J. van der Ploeg, 'Elektronica in de relatie tussen stemgerechtigden en de rechtspersoon; naar een wettelijke regeling', *NBTR* 2006, 23.
6. P. 257.
7. Zie uitgebreid: N. Vegter, *Aanvullingen op rapport Woonoverlast (van mei 2010)*. *VvE, woonschip, verkamering, huurcontract, interventieteams*, Den Haag: VROM-Inspectie directie uitvoering, programma Wonen, via www.vrominspectie.nl, publicatienummer VI-2011-90.
8. MR2006: Modelreglement bij splitsing in appartementsrechten, Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, januari 2006.
9. HR 29 september 2009, *LJN* AY5697, *NJ* 2006, 639 (*The Mill Aruba*), waarin duidelijk wordt dat stemrechten naar

hun aard in beginsel kunnen worden gebruikt bij de totstandkoming van elk besluit. Uit het arrest valt tegelijkertijd af te leiden dat er corrigerende mogelijkheden zijn in geval van misbruik, bijvoorbeeld wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid die ten opzichte van de overige eigenaars in acht moet worden genomen.

10. Zie SEV, *Evaluatie gemengde complexen*, Rotterdam: SEV 2010. Ook: SEV, Verwey-Jonker Instituut, Van der Hoeden-Mulder & Urbannerdam, *Sociaal beheer in gemengde (koop-huur) complexen*, Rotterdam: SEV 2011 en F. Liebrand, S. Pauwels & I. Wermsen (Inicio), *Evaluatie SEV-programma Bewoners en invloed, over bewoners bereiken en bereik van bewoners*, Rotterdam: SEV/Platform 31 2012, hoofdstuk 3.
11. Mr. M.C.E. van der Vleuten is zelfstandig adviseur en interimmanager voor woningcorporaties, werkt sinds 2011 als promovenda bij de Open Universiteit Nederland aan een proefschrift over knelpunten in 'gemengde complexen' (promotor prof. mr. R.F.H. Mertens), is docent bij IBR en Nexus Legal en redactielid van VvE-recht.nl.

Joke 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, promotoren prof. mr. R. de Lange en prof. mr. dr. W.S.R. Stoter, Den Haag: BJu 2012, 340 p., ISBN 9789089746320.

1. Inleiding

Op 26 april 2012 promoveerde Joke de Wit op een onderzoek naar de wijze waarop de rechter gebruikmaakt van zijn door art. 94 Gw gegeven bevoegdheid (en plicht) om wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten als die toepassing¹ zou botsen met eenieder verbindende verdragsbepalingen. Het boek geeft een goeddeels toegankelijk geschreven en leerzame 'karakter-schets' van art. 94 Gw en van de wijze waarop de Nederlandse rechter het nationale recht in overeenstemming tracht te brengen met de (steeds hogere) standaarden van het internationale recht. De Wit verricht

haar onderzoek grotendeels door een uitgebreide jurisprudentieanalyse. Door de uitvoerigheid van het besproken materiaal krijgt de lezer een goed en volledig beeld van de wijze waarop de toepassing van internationaal recht in de rechtspraak 'daadwerkelijk gebeurt'. Daarmee levert deze dissertatie een bijdrage aan de kennis en het begrip van het levende (staats)recht in ons land.

2. Opbouw en inhoud van het boek

2.1. Het boek begint met een probleemstellend hoofdstuk met enige beknopte methodologische beschouwingen. Naar eigen zeggen is de

auteur tot haar onderzoek gekomen uit verwondering over de rechtspraak op art. 94 Gw.² Die verwondering wordt geïllustreerd door twee rechterlijke uitspraken waarmee haar verhaal opent.

De eerste gaat over een (oude) bepaling in het BW op grond waarvan ouders moesten toestemmen in het huwelijk van een minderjarig kind, met de mogelijkheid van vervangende toestemming van de kantonrechter. Naar de letter moest de kantonrechter zijn vervangende toestemming weigeren als een der ouders niet in het huwelijk toestemde.³ In 1982 spreekt de Hoge Raad echter uit, dat de bepaling op grond van art.

12 EVRM (het recht om te huwen) voortaan zo wordt gelezen dat uitsluitend een *op redelijke gronden* berustend ouderlijk veto de kantonrechter verplicht tot het weigeren van de vervangende toestemming.⁴ In de tweede door De Wit besproken zaak oordeelt de Centrale Raad van Beroep dat een mannelijke appellant op grond van art. 26 IVBPR (het gelijkheidsbeginsel) een pensioen op grond van de (inmiddels vervallen) Algemene Weduwen- en Wezenwet toekomt, hoewel deze naar de letter slechts aan weduwen en niet aan weduwnaars een aanspraak op pensioen toekende.⁵

In beide gevallen versleutelt de rechter door een creatieve interpretatie de betekenis van nationale wetgeving om aan de eisen van het internationale recht tegemoet te komen. Wat de promovenda nu frappeert, is het gegeven dat art. 94 Gw – de grondwetsbepaling die nu juist ziet op toepassingsconflicten tussen nationaal en internationaal recht – in beide gevallen buiten beeld blijft. Volgens de onderzoekster lijkt deze bepaling de rechter dan ook geen toereikende grondslag te bieden om de onverenigbaarheid van het nationale met het internationale recht te beëindigen.⁶ Tegen de achtergrond van deze constatering formuleert zij haar drie onderzoeksvragen naar (i) de betekenis en bedoeling van art. 94 Gw, (ii) de wijze waarop de rechter invulling geeft aan zijn bevoegdheid bij het beoordelen van de verenigbaarheid van het nationale en het internationale recht, en (iii) de wijze waarop de rechter invulling geeft aan zijn bevoegdheid bij het beëindigen van deze onverenigbaarheid.⁷ Deze vragen worden beantwoord door een relatief beknopt onderzoek naar de totstandkomingsgeschiedenis van de toetsingsbepaling (hoofdstuk 2) gevolgd door een uitgebreide jurisprudentieanalyse (hoofdstukken 3, 4 en 5). Verstandigerwijs gaat de auteur niet uitvoerig in op het vraagstuk van de eenieder verbindendheid van verdragsbepalingen, dat al uitgebreid is bestudeerd;⁸ wel schenkt het boek veel aandacht aan de verhouding tussen rechter en wetgever.

2.2. De Wit structureert haar jurisprudentieanalyse op een manier die aanvankelijk wat verrassend oogt,

maar die bij lezing van het boek goed blijkt te werken. Zij maakt eerst een chronologische tweedeling, waarbij de rechtspraak van 1814 tot 1979 wordt behandeld in hoofdstuk 3, en die vanaf 1980 in de hoofdstukken 4 en 5. Binnen het derde hoofdstuk blijft de chronologische volgorde gehandhaafd; in hoofdstuk 4 en 5 echter behandelt zij de stof thematisch (zie par. 2.4).

2.3. Binnen hoofdstuk 3 (1814-1979) wordt de jurisprudentie ingedeeld in vier perioden die elk een fase markeren in de wijze waarop de rechter het internationale recht toepast. De eerste periode begint bij het ontstaan van het Koninkrijk in 1814 en loopt tot aan het belangrijke arrest *Grenstractaat Aken* (1919); de tweede periode begint met dat arrest en loopt tot aan de totstandkoming van de voorloper van de huidige toetsingsbepaling in 1953; de derde periode behandelt de rechtspraak in de eerste jaren na totstandkoming van de toetsingsbepaling tot en met 1959; de vierde periode loopt van 1961 tot 1979.

Dit historische hoofdstuk laat zien, dat de rechter zeker tot halverwege de jaren vijftig, maar ook in de jaren tot 1979, veel minder vaak verzocht werd om toepassing van – laat staan toetsing aan – internationaal recht dan wij nu gewend zijn. Hoewel de Grondwet van 1814 tot 1953 zweeg over de vraag of de rechter bevoegd was tot toetsing van (de toepassing van) de formele wet aan het internationale recht, kon de Hoge Raad dan ook decennia over die kwestie zwijgen, omdat hem pas in 1919 werd gevraagd om een jongere formele wet te toetsen aan een ouder verdrag. De Hoge Raad zet dan, in zijn arrest *Grenstractaat Aken*, de lijn uit dat de wet verdragsconform moet worden geïnterpreteerd en toegepast, tenzij de tekst van de wet⁹ of haar totstandkomingsgeschiedenis¹⁰ de rechter uitdrukkelijk dwingen tot afwijking van het verdrag. De Wit spreekt van ‘de presumptie van niet met een verdrag strijdige wetgeving’. Ook in de decennia na 1919 weet de Hoge Raad de hem sporadisch bereikende verzoeken tot toetsing doorgaans met behulp van deze presumptie op te lossen, zelfs nog ná de totstandkoming van de toetsingsbepaling in 1953.¹¹

De eerste twintig jaar na totstandkoming van de toetsingsbepaling blijft de rechter sowieso voorzichtig, ook al heeft toetsing van de wet (stoepassing) aan verdragsbepalingen in 1953 uitdrukkelijk de zegen gekregen van de grondwetgever. Volgens De Wit heeft de Hoge Raad in de zestig zelfs de neiging, een verdragsbepaling eng uit te leggen om de nationale wet te sauveren.¹² Pas in 1974 spreekt de Hoge Raad voor het eerst uit dat het nationale recht¹³ niet aan de eisen van een verdrag voldoet.¹⁴ Het expliciet buiten toepassing laten van de wet op grond van art. 94 Gw gebeurt pas in de jaren tachtig.

2.4. Vanaf grofweg 1980 gaan burgers zich voor de rechter veel vaker op verdragsbepalingen beroepen, vooral op de fundamentele rechten in het EVRM en het IVBPR, waardoor veel van die zaken bovendien een principieel karakter hebben. Vanwege de grote hoeveelheid beschikbare jurisprudentie schakelt De Wit vanaf 1980 van een chronologische bespreking over op een thematische. Zij deelt de stof aan de hand van de rechtsgebieden en de leerstukken waarbinnen het internationale recht een rol speelt. Zo behandelt hoofdstuk 4 de toetsing van het ‘privaatrecht’ aan verdragen (het gaat voornamelijk om personen- en familierecht, zoals de erkenning van buiten huwelijk geboren kinderen, gezag over minderjarige kinderen en het naamrecht) en in hoofdstuk 5 toetsing in het publiekrecht (eveneens opgehangen aan enkele specifieke leerstukken: de toegang tot de rechter voor personen die in een inrichting worden geplaatst en het gelijkheidsbeginsel in het sociale zekerheids- en belastingrecht). Deze keuze pakt gelukkig uit. Ook al zal het, ‘strak’ geredeneerd vanuit de onderzoeksvraag, niet de voornaamste bedoeling zijn geweest van de auteur, toch maakt deze thematische bespreking dit deel van het boek boeiend. De Wits jurisprudentiebespreking vanaf 1980 is te lezen als een soort ideeëngeschiedenis in de rechtspraak. De periode van actieve toetsing vanaf 1980 laat duidelijk zien hoe sterk de liberaal-progressieve ideeën waarvoor de jaren zestig en zeventig de kiem legden – gelijkheid van man en vrouw, emancipatie van minderheidsgroepen, loslaten

van een traditioneel-christelijk gezinsmodel als maatgevend voor allen en dergelijke – in de jaren tachtig in de rechtspraak doordrongen. Deze ideeën zullen in die tijd ongetwijfeld ook buiten de rechterlijke macht in steeds bredere lagen van de bevolking ingang hebben gevonden. Wellicht mede daardoor heeft de rechter zich in die periode vrij gevoeld om de wetten, die door allerlei praktische bezwaren nogal achter de maatschappelijke dromen aanhobbelde, bij de tijd te brengen. De mensenrechtenverdragen fungeerden daarbij als een soort breekijzer. De Wits beschrijving is een boeiend verhaal over een rechter die actief een compleet rechtsgebied aan de eisen van een nieuw tijdperk aanpast. Afgezien van deze interessante ‘spin-off’ van het onderzoek, tonen deze thematische hoofdstukken de vele methoden – zo men wil ‘trucs’ – die de rechter toepast om het wettenrecht met de hulp van het internationale recht te actualiseren.

2.5. Hoofdstuk 6, het slothoofdstuk, is helder en in zoverre overtuigend dat de stellingen die De Wit betreft in de voorafgaande jurisprudentiehoofdstukken uitgebreid zijn onderbouwd. Interessant is de conclusie dat de rechter zelfs vanaf de jaren tachtig, toen hij het internationale recht heel actief is gaan toepassen, slechts zelden onomwonden uitsprekt dat een nationale bepaling buiten toepassing moet blijven wegens strijd met het internationale recht, maar dat hij, als dat even kan, met interpretatieve trucs aan de problemen een mouw past. Volgens De Wit streeft de rechter naar een ‘harmonieënd resultaat’, en moet hij dat ook doen, dat wil zeggen dat hij een verdragsconform resultaat bereikt, waarbij hij de aanspraken die partijen aan het verdragsrecht kunnen ontlenen, zo goed mogelijk beschermt, maar tegelijkertijd zo veel mogelijk probeert het nationale recht te sparen én een voldoende terughoudende positie in te nemen ten opzichte van de wetgever. Een dergelijk harmonieënd resultaat kan vaak (ik voeg toe: volgens de rechter blijkbaar vaak beter) worden bereikt met vormen van creatieve interpretatie zonder de nationale bepalingen buiten toepassing te verklaren. De Wit trekt dan ook de begrijpelijke

conclusie dat ‘de rechter bij het beëindigen van onverenigbaarheid van het nationale met het internationale recht weinig aanknopingspunten vindt in de tekst van het toetsingsartikel.’ Om een harmonieënd resultaat te bereiken is volgens haar meer nodig dan het gebod om nationale bepalingen die niet verenigbaar zijn met verdragsbepalingen, buiten toepassing te laten.¹⁵

3. Discussiepunten

Deze recensent heeft het boek met plezier gelezen en heeft er veel van geleerd. Op een aantal punten had het boek echter nog beter gekund; ik laat ze hier volgen.

3.1. Om te beginnen bevat de tekst erg veel woordherhalingen. Een vrij willekeurig gekozen voorbeeld:

‘Artikel 94 van de Grondwet en in het bijzonder de woorden “vinden geen toepassing” van dit artikel vormen het uitgangspunt van dit onderzoek. Artikel 94 van de Grondwet staat niet alleen aan de basis van het onderzoek, maar levert ook de kaders van het onderzoek. Een eerste begrenzing die voortvloeit uit de keuze voor artikel 94 van de Grondwet als ankerpunt voor het onderzoek, is de beperking van het onderzoek tot de Nederlandse rechtsorde.’¹⁶

Woordherhaling is niet altijd te vermijden, maar hier staat in drie zinnen drie maal ‘van de Grondwet’, vier maal ‘artikel’ en vijf maal ‘onderzoek’, terwijl dat niet nodig is. Zeker het eerste hoofdstuk bevat veel van zulke passages. Het is natuurlijk een kwestie van smaak, maar ik vind het jammer dat dit bij de slotredactie niet is aangepast.

3.2. Ook inhoudelijk bevat het boek hier en daar herhalingen. Zo bespreekt De Wit alle rechterlijke uitspraken aan de hand van vier ‘analysevragen’ die de rechter volgens haar beantwoordt als een burger de bescherming van het internationale recht inroept: (1) is de ingeroepen verdragsbepaling naar haar inhoud eenieder verbindend; (2) valt het geschil onder de reikwijdte van deze verdragsbepaling; (3) is de toepassing van de nationale bepaling niet verenigbaar met de verdragsbepaling;

(4) beëindigt de rechter de onverenigbaarheid van de nationale bepaling met de verdragsbepaling en zo ja, hoe.¹⁷ Haast bij iedere geanalyseerde uitspraak worden deze vragen woordelijk uitgeschreven. Ook wordt steeds uitgeschreven dat de rechter (‘impliciet’) de eerste analysevraag positief beantwoordt, hoewel de eenieder verbindendheid van klassieke grondrechten als art. 8, 9 en 12 EVRM in de loop van de jaren tachtig zo evident wordt, dat de rechter er niet meer op ingaat. Hetzelfde geldt voor veel van de gevallen waarin De Wit de tweede analysevraag uitdrukkelijk aan de orde stelt, terwijl de rechter vaak ook daar snel overheen stapt: zo is het na twee arresten wel duidelijk dat ouder-kindrelaties onder art. 8 EVRM vallen. De tekst had veel aan bondigheid gewonnen als de auteur iets meer had geschrapt.

3.3. De thematische bespreking vanaf 1980 laat veel arresten zien waarin de rechter zichzelf herhaalt. De Wit bespreekt die toch allemaal uitvoerig, maar dat heeft ook voordelen. Zeker bij het lezen van de vele familierechtelijke uitspraken in het boek bekwam mij het gevoel dat veel van die uitspraken eigenlijk variaties zijn op een stuk of vijf, zes ‘basispatronen’ die steeds in iets andere bewoordingen terugkeren (zie ook par. 3.5). Vermoedelijk was niet zo’n uitvoerige bespreking van al deze arresten nodig om uiteindelijk De Wits conclusie te trekken dat art. 94 Gw de rechter onvoldoende houvast biedt bij de toepassing van het internationale recht. Dat resultaat was waarschijnlijk ook bereikt door in het thematische deel te volstaan met het signaleren van een bepaalde werkwijze, gevolgd door een korte verwijzingen naar arresten waar de rechter op een vergelijkbare manier te werk gaat. Daar staat echter tegenover dat de uitvoerige jurisprudentiebespreking, zoals ik al zei, het boek boeiend en leerzaam maakt. De Wits dissertatie is een *Fundgrube* van uitspraken waar de rechter creatief met het verdragsrecht omgaat. Wel meen ik, dat er met deze grote hoeveelheid bestudeerd materiaal wat meer ‘in zat’ dan de conclusies die de promovenda uiteindelijk trekt (zie par. 3.5).

3.4. De ‘rechtstheoretische inbedding’ van het onderzoek lijkt mij wat mager. Meteen aan het begin van het boek, als De Wit de twee genoemde, frappante voorbeelden van verdragstoepassing bespreekt (zie par. 2.1), wordt duidelijk dat de rechter naast zijn toetsingsbevoegdheid een heel instrumentarium van rechtsvindings technieken uit de kast trekt om de nationale wetgeving met het internationale recht in overeenstemming te brengen. De besproken jurisprudentie laat talloze voorbeelden zien van redelijke verdragsuitleg, rechtsverfijning, verdragsconforme wetsinterpretatie etcetera. Nu is er over deze rechtsvindingsmethoden reeds een stroom aan literatuur verschenen. Ik kan mij goed voorstellen dat een promovenda dat niet nog eens dunnetjes wil overdoen. De Wit kiest echter het andere uiterste: zij verwijst nergens naar literatuur over rechtsvinding. In de eerste vijf hoofdstukken worden slechts in het voorbijgaan enkele woorden gewijd aan de rechtsvindings technieken waarmee de rechter de toepassing van art. 94 Gw nogal eens weet te vermijden. Het in de literatuur overbekende en in de uitspraken frequent voorkomende verschijnsel van verdragsconforme interpretatie bijvoorbeeld wordt in die vijf hoofdstukken niet met zoveel woorden genoemd. Het slothoofdstuk maakt hier gelukkig veel goed, maar De Wit ‘bijt niet door’. Vijf pagina’s voor het eind van het boek stelt zij voor het eerst dat beter kan worden gesproken over een verdragsconform *resultaat* dan over – zoals in de literatuur (geen verwijzing) vaak gebeurt – verdragsconforme uitleg.¹⁸ Deze prikkelende stelling roept meteen vragen op als: wie heeft iets anders beweerd; op welk punt verschilt een verdragsconform resultaat van een verdragsconforme interpretatie; hoe verhoudt het streven naar een verdragsconform resultaat zich tot andere vormen van systematische interpretatie. Die vragen worden niet beantwoord, omdat de auteur geen duidelijke relatie legt tussen de door haar geanalyseerde uitspraken en de bestaande kennis over rechtsvinding.

3.5. Het boek lijkt wat te aarzelen tussen twee kernthema’s: enerzijds een ‘karakterschets’ van art. 94 Gw

en anderzijds de wijze waarop de rechter het nationale recht met verdragen in overeenstemming brengt.

Het eerste kernthema hangt samen met de verwondering waardoor het onderzoek is ingegeven (zie bij par. 2), te weten het gegeven dat art. 94 Gw de rechter onvoldoende armslag lijkt te bieden om de onverenigbaarheid van het nationale met het internationale recht te beëindigen. De titel en ondertitel van het boek doen vermoeden dat eerst en vooral de toepassing van de grondwettelijke toetsingsbepaling onder de loep wordt genomen. De slotpassage van het boek koppelt naar dat onderwerp terug. Van de drie onderzoeksvragen richt de eerste zich ook expliciet op art. 94 Gw. De twee laatste van de vier ‘analysevragen’ aan de hand waarvan De Wit alle rechterlijke uitspraken bespreekt, zien op het buiten toepassing laten van een nationale ‘bepaling’ en zijn dus toegespitst op art. 94 Gw.

Parallel aan het onderzoek naar art. 94 Gw loopt een tweede rode draad door het boek – in mijn woorden – de meeromvattende vraag op welke manieren de rechter het nationale recht in overeenstemming brengt met het verdragsrecht. Al dekt de titel van het onderzoek dit tweede thema niet, het wordt wél gedekt door de onderzoeksvragen ii en iii (zie par. 2.1). Daarvoor moet de lezer wel even opletten: De Wit onderzoekt in deze vragen ii en iii hoe de rechter de verenigbaarheid van ‘het nationale *recht*’ (mijn cursivering) met het verdragsrecht bevordert. Zeker omdat het eerste hoofdstuk het onderzoek aanvankelijk presenteert als een studie naar de toetsingsbepaling van art. 94 Gw, wordt de (of werd deze) lezer door de formulering van die onderzoeksvragen op het verkeerde been gezet. De Wit verstaat onder ‘toetsing’ van ‘het recht’ aan verdragsbepalingen: beoordeling van het objectieve Nederlandse recht als geheel. Als de rechter constateert dat het geheel van in Nederland geldende rechtsregels ten onrechte géén regeling op een bepaald punt bevat, dan heet het, dat de rechter uitspreekt ‘dat het nationale formeelwettelijke *recht* niet *verenigbaar* is met een een ieder verbindende verdragsbepaling’ (mijn

cursivering).¹⁹ Zo constateerde de Hoge Raad in 1974 dat het Wetboek van Strafvordering ten onrechte geen regeling trof voor buitenlandse verdachten die een Nederlandstalige dagvaarding niet blijken te hebben begrepen. Volgens de Hoge Raad moet in dat geval de vervolging op grond van art. 6 lid 3 EVRM geschorst worden, hoewel de *wet* deze schorsingsgrond niet kent.²⁰ Het strafprocesrecht wordt hier dus in overeenstemming gebracht met het EVRM door een lacune in de wet met rechtersrecht aan te vullen. Strikt genomen kan men hier natuurlijk zeggen dat ‘het formeel-wettelijke recht’ de ‘toets’ aan art. 6 EVRM niet doorstaat, maar dat lijkt mij verwarrend taalgebruik, dat ten onrechte de suggestie kan wekken dat art. 94 Gw hier toepasselijk is.

Het tweede (door mij als zodanig aangeduide) kernthema – de wijze waarop de rechter het nationale met het internationale recht in overeenstemming brengt – wordt niet heel ver uitgediept. Vooral hier blijkt de al gesignaleerde wat dunne rechtstheoretische onderbouwing van het onderzoek. Wel introduceert De Wit in haar slothoofdstuk het concept van het ‘harmoniserend resultaat’, en dát is waar de rechter volgens haar naar streeft. Het lijkt mij een prikkelend concept, maar juist daarom is het jammer dat er niet meer mee is gedaan. Zou het niet mooier zijn geweest om het – door De Wit aan het slot geconstateerde – streven naar een harmoniserend resultaat als uitgangspunt voor het onderzoek te nemen en de onderzoeksvragen daarbij te laten aansluiten? Dus: hoe tracht de rechter de steeds omvangrijkere aanspraken die het internationale recht aan burgers toekent, op harmonieuze wijze in het nationale recht te integreren? Art. 94 Gw is één van de instrumenten om dat te bereiken, maar zoals het onderzochte materiaal duidelijk laat zien, zijn vormen van creatieve rechtsvinding ter aanvulling, uitbreiding of juist nuancering van de wet – zeker getalsmatig – belangrijker dan de bevoegdheid om de wet buiten toepassing te laten. Via deze aanvliegroute had het boek vermoedelijk meer kunnen leren over de vraag hoe de rechter het internationale recht daadwerkelijk in de Nederlandse rechtsorde weet

in te vlechten. Dat had grotendeels gekund op basis van het materiaal dat De Wit nu al bespreekt. In de door haar geanalyseerde jurisprudentie meen ik minstens de volgende, telkens repeterende ‘basispatronen’ te herkennen (ik pretendeer geen volledigheid):

- a. de rechter kan uit de ingeroepen verdragsbepaling (eventueel via creatieve interpretatie) een voldoende concrete norm afleiden en past die rechtstreeks toe;
- b. de rechter breidt een nationale bepaling die op het eerste gezicht *niet* op de voorgelegde casus ziet, door interpretatie uit, of past haar analoog toe om aan een verdragsbepaling tegemoet te komen;
- c. de rechter laat een nationale bepaling buiten toepassing;
- d. c gevolgd door a;
- e. c gevolgd door b;
- f. de ‘grens van de rechtsvormende taak-jurisprudentie’: de rechter constateert dat (de toepassing van) een nationale bepaling strijdt met verdragsrecht. De gebruikelijke rechtsvindings-technieken schieten echter tekort om na het buiten toepassing laten van de nationale bepaling een resultaat te bereiken dat strookt met het internationale recht: het formuleren van een nieuwe regel ‘gaat de rechtsvormende taak van de rechter te buiten’ en daarom wordt voorlopig maar de onrechtmatige nationale bepaling toegepast.

De analyse van dergelijke patronen had volgens mij een mooie basis gevormd voor een diepgaandere beantwoording van de onderzoeksvragen ii en iii.

3.6. In het licht van de patronen (a t/m f) die in de door De Wit geanalyseerde uitspraken zijn te ontwaren, zijn de slotzinnen van het boek verrassend. De eindconclusie luidt, dat art. 94 Gw tekortschiet, gevolgd door de uitsmijter: ‘Dit noopt tot de conclusie dat de rechter bij het laten doorwerken van het internationale

recht in de nationale rechtsorde aanloopt tegen de grenzen van het legaliteitsbeginsel.’

Zou het echt zo’n vaart lopen? Van de hierboven genoemde patronen is (f) inderdaad in strijd met de letter van art. 94 Gw. Verder zie ik echter weinig problemen: art. 94 Gw verbiedt de rechter immers niet om nationale bepalingen verdragsconform te interpreteren (geval b en e), noch om verdragsbepalingen als zodanig nader te interpreteren (a, d en e). Een uitdrukkelijke wettelijke grondslag lijkt mij daarvoor evenmin vereist. Zelfs het negeren van de toetsingsopdracht van art. 94 Gw teneinde binnen de grenzen van de rechtsvormende taak te blijven (geval f) kan volgens mij met een beetje goede wil worden gerechtvaardigd op grond van de grondwettelijke bevoegdheidsverdeling tussen de rechterlijke en de wetgevende macht – zeker nu de grondwetgever deze problematiek in 1953 eenvoudigweg over het hoofd lijkt te hebben gezien. Waarom zou de rechter dan tegen de grenzen van het legaliteitsbeginsel aanlopen? Mocht De Wit inderdaad bedoelen, dat een groot deel van de zojuist beschreven patronen in strijd zijn met de Grondwet, dan lijkt mij dat een brisante conclusie. Het zou dan interessant zijn om te vernemen of de Grondwet volgens haar dient te worden aangepast, of dat misschien juist de rechter anders te werk zou moeten gaan. Of acht de auteur slechts op de ‘grens van de rechtsvormende taak-jurisprudentie’ problematisch? Ook dan is de lezer wel benieuwd, hoe het dan wel zou moeten of kunnen. Het blijft nu bij een open einde.

4. Slot

Naar mijn idee had het boek op een van de genoemde punten met wat extra onderzoekstijd bondiger en scherper kunnen worden. Nu valt dit soort kritiek wel vaker te lezen: de promovendus schrijft boek A, en dan beklagt de recensent zich erover dat hij liever boek B had gelezen. Laat ik benadrukken dat het boek ook in zijn huidige vorm een prettig leesbaar en leerzaam verhaal is. Ik vermoed dat velen, net als on-

dergetekende, er veel van zullen opsteken.

R.J.B. Schutgens²¹
Nijmegen, maart 2013

1. Naar de letter van art. 94 Gw moet de rechter de *toepassing* van een nationale regel toetsen aan eenieder verbindende verdragsbepalingen. Korthedshalve schrijf ik hierna meestal, dat de rechter de nationale bepaling aan (eenieder verbindend) verdragsrecht toetst. Blijkt de grondwetsgeschiedenis staat art. 94 Gw een dergelijke abstracte toets overigens ook toe, cf. mijn dissertatie, p. 12-13.
2. De Wit, p. 5.
3. Art. 1:36 BW oud.
4. HR 4 juni 1982, *NJ* 1983, 32; zie p. 1 en p. 119-126.
5. CRvB 7 december 1988, *RSV* 1989, 67; zie p. 2 en p. 242-244.
6. De Wit, p. 4.
7. De Wit, p. 4.
8. Deze was reeds onderwerp van de dissertatie van Fleuren, zie J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: Bju 2004.
9. HR 3 maart 1919, *NJ* 1919, p. 371.
10. HR 17 december 1934, *NJ* 1934, p. 5.
11. HR 11 april 1958, *NJ* 1958, 454; De Wit, p. 73-77.
12. De Wit, p. 80-100.
13. Het nationale recht is lacuneus, en daarom formuleert de Hoge Raad zelf een regel om het gat te dichten. Ook dit is dus nog altijd geen toepassing van art. 94 Gw. De formulering dat ‘het nationale recht’ niet aan de eisen van een verdrag voldoet, is van de onderzoekster. Zie par. 3.3 voor opmerkingen hierover.
14. HR 23 april 1974, *NJ* 1974, 272.
15. Citaten van p. 304.
16. De Wit, p. 5-6.
17. De Wit, p. 80-113. Ter zijde: in de vierde vraag wisselt het perspectief. De eerste drie analysevragen zijn vragen die de rechter zich stelt over het recht; de vierde vraag daarentegen is geformuleerd als een vraag die de onderzoeker zich stelt over de rechter. Niettemin schrijft De Wit vaak dat ‘de rechter de vierde analysevraag’ al dan niet ‘beantwoordt’. Jammer dat het niet uit de tekst is gehaald.
18. De Wit, p. 300.
19. De Wit, p. 103; het gaat over HR 23 april 1974, *NJ* 1974, 272; zie art. 348 en 14-20 Sv.
20. Idem.
21. Prof. mr. R.J.B. Schutgens is hoogleraar Algemene rechtswetenschap aan de Radboud Universiteit Nijmegen.