

verschenen als Kamerstukken TK 2009-2010, nr 31 570, nr. 13,
bijlage

**De invloed van ontwikkelingen in de internationale rechtsorde
op de doorwerking naar Nederlands constitutioneel recht**

Een 'neo-monistische' benadering

Inhoud

	Samenvatting en belangrijkste conclusies	7
1	Inleiding en context	9
2	Voorbeelden van internationale ontwikkelingen met een mogelijk nationaal constitutioneel gevolg	13
2.1	Internationale ontwikkelingen	13
2.2	Vormen van internationaal recht met mogelijke constitutionele consequenties	18
2.3	Deelconclusie	36
3	Het nationale constitutionele kader ten aanzien van de doorwerking van internationaal recht	37
3.1	Historische achtergrond van de constitutionele keuzes	37
3.2	Gelding van internationaal recht binnen de Nederlandse rechtsorde en verdragsgoedkeuring	41
3.3	Doorwerking op grond van de artikelen 93 en 94 Grondwet	48
3.4	Andere vormen van doorwerking naar huidig recht	55
3.5	Deelconclusie	73
4	Mogelijkheden voor het waarborgen van democratische legitimatie en bescherming van de rechtsstatelijke beginselen	77
4.1	Borging van monisme en voorrang van internationaal recht in de constitutionele beginselen van de Nederlandse democratische rechtsstaat	78
4.2	Beleidsopties ten aanzien van niet- of quasi-publiekrechtelijke internationale samenwerking	82
4.3	Beleidsopties ten aanzien van publiekrechtelijke internationale samenwerking	84
5	Samenvattende slotbeschouwing: naar een ‘neomonistische’ benadering van de doorwerking van internationaal recht	101
5.1	Van een waardenvrije formele normenhierarchie naar een waardegeoriënteerd constitutionalisme	101
5.2	De <i>Kadi</i> -zaak	102
5.3	Fundamentele constitutionele waarden en internationaal recht	105

5.4	Remedies	106
5.5	De hiërarchie voorbij: 'neo-monisme'?	108
5.6	Samenvatting van beleidsopties	110
	Bibliografie	113
	Over de auteurs	119

Samenvatting en belangrijkste conclusies

In de opdracht wees de Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK) op ontwikkelingen die zich in de internationale rechtsorde gedurende de afgelopen decennia hebben voorgedaan en op de mogelijke gevolgen hiervan voor de democratische legitimatie en individuele rechtsbescherming in het Nederlandse constitutionele stelsel. Dit rapport beoogt deze problematiek nader in kaart te brengen om vervolgens aan te kunnen geven welke constitutionele aanpassingen wenselijk dan wel noodzakelijk zouden kunnen zijn. Het neemt de opdracht ruimer door niet alleen in te gaan op 'individuele rechtsbescherming' als zodanig, maar ook het rechtsbeschermingsbeginsel te nemen als onderdeel van de fundamentele beginselen van de rechtsstaat zoals we die in Nederland kennen.

Dit rapport wijst op ontwikkelingen in de internationale rechtsorde die nopen tot het opnieuw kijken naar de verhouding tussen nationaal en internationaal recht. Waar traditioneel de regering betrokken was bij het vaststellen van internationale afspraken, is er een ontwikkeling gaande waarin internationale regels ook tot stand worden gebracht door internationale organisaties of andere internationale gremia, waarin de staat niet altijd een rol speelt. Dit heeft consequenties voor het systeem van doorwerking, wanneer vastgehouden wordt aan louter een formele, institutionele hiërarchie in de verhouding tussen internationaal en nationaal recht. Immers, ons overwegend monistische stelsel staat een inhoudelijke beoordeling van internationale regels en besluiten niet altijd toe. Dit kan met name klemmen, wanneer deze regels en besluiten directe gevolgen hebben voor burgers.

Het rapport komt met een aantal beleidsopties dat wellicht als remedie kunnen dienen. De belangrijkste zijn als volgt samen te vatten:

1. Verdragen die 'een ieder verbindende' bepalingen bevatten, of die grondslag vormen voor besluiten van volkenrechtelijke organisaties die 'een ieder kunnen verbinden', dienen parlementaire goedkeuring te verwerven voordat het Koninkrijk daaraan gebonden wordt.
2. Internationale normen en besluiten die in strijd zijn met de wezenlijke constitutionele beginselen van de democratische rechtsstaat in het Koninkrijk verkrijgen geen gelding binnen de Nederlandse rechtsorde.
3. Er wordt alleen voorrang aan internationale bepalingen op grondwettelijke bepalingen verleend wanneer deze met twee derden van de stemmen zijn goedgekeurd door de Staten-Generaal.
4. Het gewoonterechtelijk *ius cogens* verkrijgt voorrang op de formele wet (en lagere regelgeving).

Het rapport pleit niet voor de invoering van 'meer dualisme' in het Nederlandse doorwerkingsstelsel. Wel wordt gewezen op de mogelijkheid het monistische uitgangspunt te verankeren in materiële constitutioneelrechtelijke uitgangspunten. Dit wordt mogelijk door de 'wezenlijke beginselen van democratie en rechtsstaat', die mede beschermd worden door het internationale recht, nadrukkelijker een rol te laten spelen bij de beantwoording van de vraag wanneer een norm binnen de Nederlandse rechtsorde geldt (aangeduid als 'neo-monisme').

1 Inleiding en context

In zijn brief van 27 februari 2008 (2008-0000089146) wees de Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving van het Ministerie van BZK op ontwikkelingen die zich in de internationale rechtsorde gedurende de afgelopen decennia hebben voorgedaan en op de mogelijke gevolgen hiervan voor de democratische legitimatie en individuele rechtsbescherming in het Nederlandse constitutionele stelsel. Dit rapport beoogt deze problematiek nader in kaart te brengen om vervolgens aan te kunnen geven welke constitutionele aanpassingen wenselijk dan wel noodzakelijk zouden kunnen zijn. Het neemt de opdracht iets ruimer door niet alleen in te gaan op 'individuele rechtsbescherming' als zodanig, maar door ook het rechtsbeschermingsbeginsel te nemen als onderdeel van de fundamentele beginselen van de rechtsstaat zoals we die in Nederland kennen.

De onderzoeksvraag die in dit rapport centraal staat, luidt:

In hoeverre zijn de artikelen 93 en 94 Grondwet nog voldoende toegesneden op de ontwikkelingen in het internationale recht, met name vanuit het perspectief van democratische legitimatie en individuele rechtsbescherming, en op welke wijze is eventuele aanpassing daarvan noodzakelijk?

Deze vraag sluit aan bij de op dit moment lopende discussie over de invloed van het internationaal recht op de Nederlandse rechtsorde. In het – na de verlening van de onderzoeksopdracht verschenen – advies van de Raad van State van 14 april 2008 inzake de opdrachtverlening aan de staatscommissie Grondwet met het oog op een mogelijke herziening van de Grondwet,¹ wordt expliciet aandacht gevraagd voor de overdracht van overheidsbevoegdheden naar internationaal en Europees niveau en de gevolgen daarvan voor de weerbaarheid van de democratische rechtsstaat. De Raad stelt dat er reden is voor 'zorg voor mogelijke aantasting van de Nederlandse democratische rechtsorde [...] bij internationale samenwerking buiten de EU, nu die samenwerking steeds dieper ingrijpt in de Nederlandse rechtsorde en niet steeds gewaarborgd is dat wezenlijke beginselen van democratie en rechtsstaat daarbij in acht worden genomen.' Onder verwijzing naar de door de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties opgestelde 'terrorismelijsten' stelt de Raad vervolgens:

'Nu het democratische en rechtsstatelijke gehalte van de rechtsregels die op internationaal niveau tot stand komen, niet zonder meer is gegarandeerd, rijst de vraag welke mogelijkheden er zijn voor de Nederlandse staat om de overdracht van bevoegdheden kritisch te toetsen aan de beginselen van de eigen democratische rechtsorde en die overdracht zo

¹ Kamerstukken II 2007-2008, 31 570, Nr. 3.

*nodig te voorkomen, en vervolgens welke mogelijkheden er zijn om greep te houden op de wijze van uitoefening van bevoegdheden die al overgedragen zijn.*²

Het advies van de Raad van State was voor het kabinet aanleiding om deze problematiek mee te nemen in de adviesaanvraag aan de staatscommissie Grondwet. In het bijzonder zal de commissie gevraagd worden in te gaan op 'de wenselijkheid of noodzaak van het opnemen van een bepaling op grond waarvan verdragsbepalingen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties die in strijd zijn met wezenlijke waarden van de Nederlandse constitutie, geen voorrang hebben boven nationaal recht' (zie ook onder hoofdstuk 4).³

In wezen kan het voorliggende rapport, waarvoor zoals gezegd de opdracht werd verleend voor het advies van de Raad van State en het Nader Rapport daarop van het kabinet, als een voorstudie daarvoor worden beschouwd. Een aantal aspecten is echter buiten beschouwing gelaten of vergt nadere bestudering.

Het was de wens van het Ministerie om de Europese Unie ten principale buiten beschouwing te laten.⁴ In de ontwikkeling van de internationale rechtsorde doen zich echter soms verschijnselen voor die via de Europese Unie gevolgen hebben voor de Nederlandse rechtsorde. In dergelijke gevallen zal ook aan deze fenomenen aandacht worden gegeven.

In dit rapport komt het Statuut enkele malen ter sprake. Mede gezien de veranderingen in de koninkrijksstructuur is echter een meer diepgaande studie gewenst dan hier kon worden geboden over het Statuut in zijn verhouding tot de Grondwet en de nieuwe (concept) Landsregelingen voor Curaçao, St. Maarten, Aruba en de oude Landsregeling van de Nederlandse Antillen voor wat betreft de bijzondere opdracht tot dit onderzoeksrapport.

Hetzelfde geldt voor enkele andere onderwerpen. Ten eerste zou een meer gedetailleerd jurisprudentieonderzoek naar het gebruik dat de rechter maakt

² Ibid., par. 4.2.3 a.

³ Nader rapport d.d. 18 juli 2008, Kamerstukken II 2007-2008, 31 570, Nr. 3.

⁴ Zie hierover echter recentelijk de bijdrage van M.L. van Emmerik, 'De Nederlandse Grondwet in een veellagige rechtsorde', *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS*, 2008, nr. 4, pp. 145-161. Eerder al is de constitutionele relatie met de Europese Unie onderwerp geweest van het rapport in opdracht van de minister van BZK door L.F.M. Besselink e.a., *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, Europa Law Publishing, Groningen 2002, xii + 279 pp. In het Nader Rapport op het advies van de Raad van State inzake de opdrachtverlening aan de staatscommissie Grondwet heeft het kabinet aangegeven dat de staatscommissie de plaats van de EU in de Grondwet bij haar werkzaamheden zal betrekken. Met name toegespitst op de vraag of het wenselijk is de constitutionele verhouding tussen Nederland en de Europese Unie grondwettelijk te codificeren. Dit kan door een grondwetwijziging voor te stellen die ertoe strekt de Europese rechtsorde te verankeren en/of te voorzien in een aparte grondwetsbepaling inzake de toepassing, rechtstreekse werking en voorrang van het EG-recht. Kamerstukken II 2007-2008, 31 570, nr. 3, p. 35. Vgl. Kamerstukken I 2006-2007, 26 200 VI, nr. 65 en 21 109, A en B.

van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet meer licht kunnen werpen op aspecten van de problematiek die hier aan de orde is. Eveneens is er voor een rechtsvergelijkende studie naar de waarborging van constitutionele waarden in ons omringende landen zeker aanleiding, gezien de voorstellen die in dit rapport worden gedaan. In elk geval bestaan in een aantal van die landen goed werkende stelsels van doorwerking van internationaal recht die vanuit hetzij eenzelfde monistische optiek als de onze, hetzij vanuit een meer dualistische optiek een antwoord bieden op sommige van de vragen die in dit onderzoek aan de orde worden gesteld. In aanmerking komt Zwitserland, dat weliswaar federaal is, maar zowel een toetsingverbod als een doorwerkingsstelsel heeft dat op het Nederlandse lijkt. In aanmerking komen ook Duitsland, dat een sterk ontwikkelde constitutionele cultuur heeft, en het Verenigd Koninkrijk, dat op geheel andere wijze beginselen van de democratische rechtsstaat wil waarborgen. Een dergelijke vergelijking kan inzichten opleveren voor de nadere onderbouwing of verfijning van de analyse en voorgestelde remedies in dit rapport. Ook staat de omvang van dit rapport geen uitgebreide analyse van een ander actueel vraagstuk toe: de door het parlement geuite wenselijkheid van toetsing aan de Grondwet en de daarmee samenhangende vraag naar een wijziging of verwijdering van artikel 120 Grondwet. Wel zal blijken dat een aantal in dit rapport genoemde zaken nauw met deze problematiek samenhangt.

Tot slot is meer empirisch onderzoek nodig naar de vraag welke internationale organisaties en andere internationale gremia daadwerkelijk besluiten nemen die een ongewenst of onverwacht effect hebben op de nationale democratische rechtsorde en de fundamentele rechtsbeginselen die daaraan ten grondslag liggen. De omvang van het onderzoek staat slechts toe dat op basis van een aantal voorbeelden op een ontwikkeling gewezen wordt, die – in ieder geval principieel – noopt tot het nader beschouwen van enkele in Nederland traditioneel gehanteerde uitgangspunten met betrekking tot de doorwerking van internationaal recht.

De opbouw van dit rapport is als volgt. In hoofdstuk 2 wordt in kaart gebracht welke internationale ontwikkelingen in dit verband relevant zijn. Hoofdstuk 3 verschafft het constitutionele kader voor de doorwerking van internationaal recht. Op basis van deze twee eerste hoofdstukken kan in hoofdstuk 4 gekeken worden naar de mogelijke problemen bij en mogelijkheden voor het waarborgen van democratische legitimatie en individuele rechtsbescherming. Tevens worden hier enkele beleidsopties geschetst. Hoofdstuk 5 bevat de conclusies.

2 Voorbeelden van internationale ontwikkelingen met een mogelijk nationaal constitutioneel gevolg

2.1 Internationale ontwikkelingen

Om de onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden is het zinvol eerst aan te geven op welke ontwikkelingen in het internationaal recht wij doelen. De artikelen 93 en 94 van de Grondwet zijn in een tijd geschreven dat de internationale rechtsorde aan het begin van een enorme ontwikkeling stond. De uitdrukking ‘bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties’ in beide artikelen lijkt aan belang te winnen door een kwantitatieve en kwalitatieve toename van het aantal internationale afspraken en besluiten. De toegenomen internationale activiteit van staten en andere actoren heeft niet alleen zijn weerslag gevonden in een proliferatie van verdragen, maar ook in het aantal internationale organisaties en andere internationale regimes.⁵ Internationale organisaties nemen steeds meer wetgevende en regulerende taken van staten over of krijgen zelfstandig nieuwe taken op dat terrein. Deze constatering past binnen een bredere ontwikkeling in het internationaal recht waarin meer aandacht is voor niet-statelijke actoren. In de politieke wetenschappen wordt dit fenomeen aangeduid met het begrip *governance* (als tegenhanger van *government* waarin minder aandacht is voor niet-statelijke actoren in het bestuurlijk proces). De samenhang tussen het nationale en het Europese bestuursniveau wordt daar bestudeerd in termen van *multilevel governance*. In de politieke wetenschappen en de bestuurskunde is in dat verband veelvuldig gewezen op het vervagen van de grenzen tussen het nationale, Europese en mondiale bestuursniveau.

Door de nadruk te leggen op een duidelijke bevoegdhedenafbakening tussen de niveaus hebben juristen echter lange tijd volgehouden dat het zinvoller is de verschillende rechtsordes afzonderlijk te bestuderen. De laatste paar jaar is er ook in juridische kringen echter veel aandacht voor de verhouding tussen internationaal en nationaal recht en in veel onderzoeksprogramma's van universiteiten en onderzoeksscholen neemt het thema inmiddels een prominente plaats in. Er lijkt inmiddels een zekere consensus te bestaan over het feit dat, zoals Scheltema stelt, ‘het binnen een land geldend recht

5 Zie mede R.A. Wessel, *The Invasion by International Organizations. De toenemende samenhang tussen de mondiale, Europese en nationale rechtsorde*, Oratie, Universiteit Twente, 2006; N.M. Blokker en H.G. Schermers (red.), *Proliferation of International Organizations: Legal Issues*, Den Haag: Kluwer Law International, 2000.

geen nationaal bezit meer is.’⁶ De harde grenzen die de klassieke nationale rechtsorde afbakenen, zijn vager geworden. Normen met een internationale of buitenlandse oorsprong zijn talrijker en spelen steeds vaker een directe rol binnen de nationale rechtsorde, waar ze zelfs een directe invloed kunnen hebben op individuen en bedrijven (de relevantie van de artikelen 93 en 94 Grondwet). Het idee van de ‘fuzzy borders’ tussen de verschillende bestuurslagen (nationaal, Europees, mondiaal) dat ten grondslag ligt aan de bovengenoemde benaderingen rond *multilevel governance*, lijkt daardoor ook voor juridische analyses relevanter te worden.

In de literatuur wordt gewezen op de noodzaak om vanwege de veranderende afbakening van nationaal recht ten opzichte van internationaal recht, ook de traditionele doorwerkingsvragen (monisme en dualisme⁷) anders te benaderen. Nijman en Nollkaemper stellen dit in een uitgebreide studie over dit onderwerp als volgt:

‘The political and social context that inspired the original theories of dualism and monism is a very different one from that of today. The emergence of new non-legal developments, different from those that inspired traditional monism and dualism, call for alternative theoretical approaches that allow us to systematize, explain, and understand changes in the relationship between international and national law and, at the same time, to give direction to the future development of international and national law. While protection of sovereignty, individual freedom, and rule of law remain relevant factors, they are now part of more complex processes and interests. Above all, they have been redefined and submerged by the process of globalization. Increasing cross-border flow of services, goods and capital, mobility, and communication have undermined any stable notion of what is national and what is international.’⁸

Volgens enkele auteurs is het onderscheid tussen *monisme* en *dualisme* in het geheel niet meer zinvol en is de verhouding tussen nationaal en internationaal recht beter te begrijpen in termen van *pluralisme*. Door vast te houden aan het idee dat een nationale rechtsorde of monistisch of dualistisch is, gaan we voorbij aan de complexiteit van de verhouding tussen nationaal en internationaal recht en sluiten we ons af van de mogelijke voordelen die het andere systeem biedt. Ook in Nederland lijkt een discussie over een mogelijk noodzakelijke ‘matiging’ van het monisme soms te stuiten op uitgangspunten die wellicht bij de ontwikkeling van de noties van belang waren, maar

6 M. Scheltema, *Het recht van de toekomst: de gevolgen van de internationalisering van het recht*, Oratie Universiteit Utrecht, 2005, p. 5. Zie ook zijn recente bijdrage ‘Democratie, rechtsstaat en internationalisering’ aan de bundel onder redactie van J.L.W. Broeksteeg, N.S. Efthymiou, H.G. Hoogers en C.W. Noorlander, *Het volk regeert. Beschouwingen over de (Nederlandse) democratie in de 21e eeuw*, Publicaties van de Staatsrechtkring, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2008, pp. 127-139.

7 Zie over monisme en dualisme hieronder, par. 3.2.

8 J. Nijman en A. Nollkaemper, in de inleiding van de door hen geredigeerde bundel *New Perspectives on the Divide between National & International Law*, Oxford University Press, 2007, p. 10.

die inmiddels zijn veranderd. Niet zelden worden ‘monisme’ of dualisme’ verdedigd op basis van morele waarden. Eén van de belangrijkste Duitse juristen op dit gebied, Von Bogdandy, stelde onlangs zelfs:

‘Monism and dualism should cease to exist as doctrinal and theoretical notions for discussing the relationship between international law and internal law. Perhaps they can continue to be useful in depicting a more open or more hesitant political disposition toward international law. But from a scholarly perspective, they are intellectual zombies of another time and should be laid to rest, or deconstructed.’⁹

Von Bogdandy stelt dat door gebruikmaking van het begrip ‘pluralisme’ meer oog is voor de interactie tussen de internationale en nationale rechtsordes. Een dergelijke benadering heeft grote gevolgen voor het begrip en de toepassing van constitutioneel recht: ‘any given constitution does not set up a normative universum anymore, but is, rather, an element in a normative pluriversum.’¹⁰ Dat dit kan leiden tot een pleidooi om de verhouding tussen nationaal en internationaal recht niet louter te zien in termen van een formele hiërarchie, maar daarin ook de inhoud van normen te betrekken, zal aan het eind van dit rapport duidelijk worden.

Ander recent onderzoek laat zien dat er wat dat betreft ook iets aan het veranderen is in de internationale rechtsorde zelf. De horizontale, of decentrale aard van het internationaal recht is lange tijd als een gegeven genomen en wordt vooral gebruikt om de verschillen met nationale rechtsordes te benadrukken: er bestaat geen ‘wereldwetgever’. Ook de meeste handboeken wijzen veelal in het eerste hoofdstuk al op de bijzondere aard van de internationale rechtsorde. Gebruikelijke zinnen zijn bijvoorbeeld: ‘The relations between the States comprising the international community remain largely horizontal. No vertical structure has as yet crystalized, as is instead the rule within the domestic systems of States.’¹¹ Bekende consequenties hiervan zijn de grote vrijheid van staten om hun eigen handelen te bepalen en de noodzaak voor een vertaling van de meeste internationale regels naar nationale wet- en regelgeving. Deze visie lijkt echter niet volledig recht te doen aan twee andere dimensies van de internationale rechtsorde: de rol van individuen en die van internationale organisaties. Met de opkomst van de rechten van de mens – met name na de Tweede Wereldoorlog – zijn ook individuen explicieter subject van internationaal recht geworden. De ontwikkeling van het internationaal strafrecht heeft naast de mensenrechten geleid tot de formulering van een aantal mensenplichten, in aanvulling op al oudere plichten zoals het verbod op piraterij en slavernij. Hoewel men ook hier uiteraard kan volhouden dat de vrijheid om wel of niet toe te treden tot mensenrechtenverdragen het horizontale karakter van het systeem onderstreept, kan niet ont-

9 A. von Bogdandy, ‘Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law’, *International Journal of Constitutional Law* (I.CON), nrs. 3&4, 2008, pp. 397-413, p. 400.

10 *Ibid.*, p. 401.

11 A. Cassese, *International Law*, Oxford University Press, 2005, p. 5.

kend worden dat wanneer de internationale verplichtingen zijn aangegaan er een extra dimensie van de internationale rechtsorde zichtbaar wordt.

Het statelijke denken staat ook onder druk vanuit de toenemende invloed van niet-statelijke actoren in dat systeem, variërend van internationale of transnationale organisaties tot het internationale bedrijfsleven of terroristen. Door onder andere de technologische ontwikkelingen, de schaalvergroting en de internationalisering van de economie worden staten meer en meer geconfronteerd met problemen die de nationale grenzen verre overschrijden. Volgens sommige auteurs zijn deze grensoverschrijdende ontwikkelingen zo belangrijk, dat zij het belang van de soevereine staat als zodanig ter discussie stellen. Zowel marxistische als liberale critici van de staat hebben sinds de tweede helft van de negentiende eeuw betoogd dat de internationalisering van de economie zal leiden tot het afsterven of het anderszins irrelevant worden van de staat. Dit is echter tot op heden niet gebeurd en het ziet er niet naar uit dat dit in de nabije toekomst wel zal gebeuren. Dit betekent echter niet dat de toenemende internationalisering van de economie en het groeiend aantal grensoverschrijdende problemen (denk bijv. aan het milieu) van marginaal belang zouden zijn voor de ontwikkeling van de internationale samenleving en het internationaal recht. Staten worden meer en meer gedwongen om zich actief op te stellen en zich samen met andere staten in te spannen om regelingen te treffen voor transnationale problemen. Dit is één van de redenen dat sinds de Tweede Wereldoorlog het aantal internationale organisaties zeer sterk is toegenomen. Het precieze aantal hangt sterk af van de gebruikte definitie en wordt in de meeste studies dan ook ontweken. Duidelijk is echter dat er inmiddels honderden internationale organisaties zijn, variërend van zeer gespecialiseerde kleine organisaties als de Nederlandse Taalunie (met als lidstaten België, Nederland en Suriname) tot een universele organisatie als de Verenigde Naties.

Er is een toenemend besef dat internationale organisaties zich niet op het (inter)statelijke niveau bevinden, maar dat zij in veel gevallen gezien kunnen worden als onderdelen van een regionaal of mondiaal bestuursniveau. Niet-statelijke actoren, zoals non-gouvernementele organisaties (NGO's), multinationals, maar ook bevrijdingsbewegingen of terroristen, hebben inderdaad een eigen rol opgeëist in het internationale systeem. Velen zijn zich inmiddels bewust van het feit dat de staat niet altijd meer het beste niveau is om belangen kenbaar te maken, omdat besluiten vaak internationaal worden genomen. Zo waren er in 2002 bij de Wereldtop over Duurzame Ontwikkeling 5000 vertegenwoordigers vanuit regeringskringen, 2000 journalisten, maar ook 53.000 vertegenwoordigers van non-gouvernementele organisaties (waarvan 15.000 officieel geregistreerd). Ook in veel internationale organisaties – zoals de Wereldhandelsorganisatie (WTO) –

wordt het statelijke karakter gerelativeerd door het grote aantal non-gouvernementele actoren. Bij de ministeriële conferentie van de WTO in 2003 waren er 1600 vertegenwoordigers van 800 NGO's, waarvan er 76 zelfs een officiële waarnemerstatus hadden.¹² 'Global governance' is al lang niet meer een zaak van alleen staten en formele internationale organisaties; de wereld wordt tegenwoordig ook medebestuurd door non-gouvernementele actoren of transnationale netwerken. Er is 'global law without the state' en niet-gouvernementele actoren spelen een rol in het internationaal bestuur.¹³

Het is misschien ironisch dat het *traditionele* internationaal publiekrecht vooral overeenkomsten vertoont met nationaal privaatrecht. Wat centraal staat zijn de overeenkomsten tussen actoren (in dit geval staten) en niet de besluiten van regelgevende instanties of de invloed daarvan op rechtssubjecten binnen staten. De toenemende hoeveelheid en impact van internationale besluiten – in plaats van verdragen – maakt het mogelijk en noodzakelijk om de publiekrechtelijke dimensie van het internationaal recht zichtbaar te maken. Er is misschien geen wereldwetgever, maar er is wel internationale wetgeving. Dit wordt niet goed weerspiegeld in de term 'internationaal recht', die een sterk interstatelijke connotatie heeft. Een 'mondiaal publiekrecht' zou meer oog hebben voor transnationale samenwerkingsvormen en publiek-private structuren en daarmee beter aansluiten bij hedendaagse noties van 'global governance', waarin ook internationale organisaties en individuen een belangrijke rol spelen.¹⁴ Dit recht regelt dan, in de woorden van Nollkaemper, 'de uitoefening van publiek gezag in de internationale gemeenschap,' 'kent bevoegdheden toe aan de entiteiten die publiek gezag uitoefenen' en 'bepaalt het juridisch kader waarbinnen zij deze bevoegdheden moeten uitoefenen.'¹⁵ In het moderne internationaal recht gaat het aldus om publiek gezag ter regulering van bevoegdheden, niet alleen tussen staten onderling maar in de volle breedte van dit gezag, ook wanneer het wordt uitgeoefend over individuen binnen de eigen rechtsmacht.

Dit laatste is echter iets wat traditioneel aan *nationale* rechtsordes was voorbehouden. Bij de verdere ontwikkeling van de internationale rechtsorde – met name wat betreft de rechtsstatelijkheid en democratische legitimiteit – is de neiging dan ook groot om aan te sluiten bij de ervaring die we op dit

12 Zie J. Jackson, *Sovereignty, the WTO, and the Changing Fundamentals of International Law*, 2006, p. 26-27.

13 Zie A.M. Slaughter, *A New World Order*, Boston MA; Princeton University Press, 2004. Zie voor het gevaar van fragmentatie van het recht, A. Fischer-Lescano & G. Teubner, 'Regime-collisions: The vain search for legal unity in the fragmentation of global law', *Mich. JIL*, 2004, p. 1009

14 R.B. Hall en T.J. Biersteker (red.), *The Emergence of Private Authority in Global Governance*, Cambridge University Press, 2002; S. Shapiro, 'International trade agreements, regulatory protection and public accountability', *Administrative Law Review*, 2002, p. 435; vgl. ook D. Lewis (red.), *Global Governance and the Quest of Justice*, vol. 1: International and Regional Organizations, Oxford: Hart Publishers, 2006.

15 P.A. Nollkaemper, *Kern van het internationaal publiekrecht*, Boom Juridische Uitgevers, 2005, par. 1.3.1.

vlak hebben met nationale rechtsordes. Het lopende debat over internationale constitutionele processen¹⁶ – als eerste, natuurlijke, reactie op de opkomst van niet-statelijke actoren in het internationale systeem – is daar een mooi voorbeeld van. Eén van de belangrijke vragen waarmee het nationale en internationale constitutionele recht zich geconfronteerd ziet, is of deze zogenaemde ‘domestic analogy’ zinvol is, of dat we misschien toe moeten naar een mondiaal recht dat rekening houdt met het feit dat we in ‘global governance’ niet te maken hebben met één overheid, noch met gelijken, maar met een veelheid aan internationale entiteiten die alle op hun eigen wijze een rol spelen in een steeds complexere internationale samenleving.¹⁷

Het is deze veranderende structuur van de internationale rechtsorde, waarin de ‘horizontale’ dimensie (niet slechts *tussen*, maar ook *binnen* en *boven* staten) duidelijker is ontwikkeld, die de reden vormt voor de beschouwingen in dit rapport. In de navolgende paragraaf wordt deze veranderende structuur nader geconcretiseerd.

2.2 Vormen van internationaal recht met mogelijke constitutionele consequenties

Voor de beantwoording van de in dit rapport gestelde vraag is het van belang in kaart te brengen hoe de bovengeschetste algemene ontwikkelingen aanleiding geven om opnieuw te kijken naar de betekenis van het grondwettelijke begrip ‘bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties’. Wij beperken ons hier tot een schets van nieuwe ontwikkelingen in deze beide categorieën (verdragen en internationale besluiten) en gaan daarnaast na of twee niet in de artikelen 93 en 94 genoemde categorieën ook van belang zijn voor de vraag naar hun doorwerking in de Nederlandse rechtsorde (besluiten van non-gouvernementele organisaties, buitenlands recht en andere vormen van internationaal recht).

Bij de vraag naar mogelijke constitutionele gevolgen gaan wij uit van het veelgebruikte onderscheid tussen de vraag naar de gelding van internationale normen (ook wel aangeduid als ‘interne werking’; de relevantie van het onderscheid monisme-dualisme); de rechtstreekse werking (de vraag of een bepaling inroepbaar is voor de rechter) en de voorrang (in geval van een botsing tussen een nationale en een internationale norm).

16 Zie o.a. N. Tsagourias (red.), *Transnational Constitutionalism: International and European Models*, 2006. Zie ook E. de Wet, *The International Constitutional Order*, Oratie, Amsterdam: Vossiuspers UvA, 2005.

17 Overigens draagt de discussie over ‘global governance’ wel bij aan het aloude debat over een wereldregering. Zie B.S. Chimni, ‘International institutions today: An imperial global state in the making’, *EJIL*, 2004, pp. 1–37. Zie ook G. Simpson, *Great Powers and Outlaw States: Unequal Sovereigns in the International Legal Order*, Cambridge University Press, 2004.

2.2.1 Bepalingen van verdragen

Bij de vraag naar de rechtstreekse werking en eventuele voorrang van verdragsbepalingen is de zinsnede 'een ieder verbindend' van cruciaal belang. Gedurende lange tijd heeft dit criterium het aantal gevallen waarin een beroep gedaan kan worden op verdragen sterk beperkt. Hoewel de meeste verdragen inderdaad niet voorzien in 'een iedere verbindende bepalingen', wil dat niet zeggen dat internationale overeenkomsten geen directe gevolgen hebben voor burgers en bedrijven.

Vanuit het traditionele gezichtspunt van het internationaal recht is de verhouding met nationaal recht relatief eenvoudig: het is naar het algemene volkenrecht aan elke staat overgelaten op welke wijze verdragsverplichtingen worden nagekomen. Zolang het *pacta sunt servanda*-beginsel in acht wordt genomen, is het naar algemeen volkenrecht aan de verdragspartij overgelaten wat de status en rang van het verdrag is naar nationaal recht. Het algemene internationaal publiekrecht kent geen verplichting omtrent een in acht te nemen voorrangsregel in het nationale recht. Artikel 27 van het Weens Verdrag inzake het verdragenrecht stelt wel met zoveel woorden dat staten zich niet aan hun internationale verplichtingen kunnen onttrekken door het invoeren van nationaal recht. Hieruit wordt wel eens afgeleid dat men ook in de nationale rechtsorde aan internationaal recht voorrang moet geven, maar dat is onjuist. Het betreft immers, ook naar zijn redactie, een bepaling die de verhoudingen tussen de verdragspartijen betreft en niet de binnenstatelijke verhoudingen in een verdragsstaat. Volgens een gezaghebbend handboek wijst de internationale praktijk uit dat er naar algemeen volkenrecht geen verplichting bestaat om het nationale recht in overeenstemming te brengen met het internationale recht:

*'The PCIJ held ... and some commentators have contended that, in addition, there exists a general duty for states to bring national law into conformity with obligations under international law. If such a duty existed, each time a State fails to comply with an international rule as result of the failure of its domestic lawmaking body to pass the necessary implementing legislation, it would breach both that rule and the general principle imposing the duty in question. However, a perusal of State practice shows that no such general duty exists. When a State breaches an international obligation because the national legislation necessary for implementing the rule is lacking or inadequate, other States claim cessation of the wrongdoing or reparation only for that breach, without enquiring about the reasons for non-compliance or protesting at the lack or inadequacy of legislation. In other words, States are only interested in the final result: fulfilment or non-fulfilment of an obligation. They show no interest in the factors that brought about that result.'*¹⁸

Dit betreft uiteraard alleen het klassieke *algemene* volkenrecht en verdragen in het algemeen; de schrijver van het handboek voegt er onmiddellijk aan toe dat er een aantal ingrijpende recente ontwikkelingen zijn, die in specifieke

¹⁸ Antonio Cassese, *International Law, op.cit.*, p. 218.

gevallen en ten aanzien van bepaalde internationale rechtsregimes belangrijke uitzonderingen vormen op deze algemene volkenrechtelijke positie. Hij wijst met name op de verdragen die een uitdrukkelijke plicht opleggen aan verdragspartijen om specifieke wetgeving tot stand te brengen, zoals de Geneefse conventies over humanitair recht, en althans sommige bepalingen van het Genocide Verdrag, een aantal mensenrechtenverdragen, het Statuut van het Internationale Strafhof en sommige bepalingen van dwingend internationaal recht (*ius cogens*). Op regionaal niveau valt te wijzen op het EG-Verdrag, dat volgens de jurisprudentie niet slechts een verplichting behelst om de nationale wetgeving in overeenstemming te brengen met het EG-recht, maar zelfs zijn eigen voorrangsregels bevat. Maar afgezien van deze specifieke gevallen, is er naar algemeen volkenrecht geen regel omtrent de wijze waarop verdragsverplichtingen moeten worden nagekomen, zomin als over de wijze waarop en met welke rang zij wel of niet deel uit moeten maken van de nationale rechtsorde.

Vanuit nationaal perspectief is de situatie aanmerkelijk complexer en spelen van staat tot staat onderling sterk uiteenlopende constitutionele regels een belangrijke rol in de bepaling van de feitelijke doorwerking en voorrang van internationaal recht.

In het vervolg van deze paragraaf staan twee vragen centraal: 1. Is er een wijziging in de manier waarop verdragen gevolgen hebben voor individuen?; en 2. Wat is het belang van internationale afspraken die niet te classificeren zijn als 'verdrag' in de klassieke zin van het woord?

Bij de beantwoording van de eerste vraag wordt veelal gewezen op de mensenrechtenverdragen. Hoewel het ook hier gaat om afspraken tussen staten, kan gesteld worden dat er een principiële verschil is met andere verdragen nu het doel van de afspraken het toekennen van rechten aan individuen is. Een groot aantal mensenrechtenverdragen erkent dit bijzondere karakter door de instelling van individuele klachtprocedures, om zo te voorzien in een *locus standi* voor individuen. Een dergelijke situatie komt men niet tegen in andersoortige verdragen.¹⁹ Toch wordt in de literatuur wel gewezen op verdragen die vergelijkbare effecten hebben. Het meest duidelijk zijn de effecten bij zogenoemde constituerende verdragen, waarbij een internationale organisatie wordt opgericht (zie paragraaf 2.2.2). In enkele gevallen is er ook bij andere verdragen sprake van een 'indirecte werking' jegens individuen. Deze kan versterkt worden wanneer verdragen een clause hebben waarin gewezen wordt op de verplichting tot aanpassing van het nationale recht.

Een complicerende factor is dat de rechtstreekse werking van internationale verdragsbepalingen voor EU-lidstaten ook kan afhangen van interpretaties

19 Vgl. J. Jackson, 'Direct Effect of Treaties in the US and the EU, the Case of the WTO: Some Perceptions and Proposals', in A. Arnulf (red.), *Continuity and Change in EU Law: Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford University Press, 2008, pp. 361-382, p. 369.

en uitspraken van het Europees Hof van Justitie. Het schoolvoorbeeld hiervan betreft de verdragen die zijn vastgesteld in het kader van de Wereldhandelsorganisatie (WTO), waar het Hof – met een beroep op ‘reciprociteit’ – in de meeste gevallen burgers niet het recht heeft toegekend bepalingen in te roepen.²⁰ In het WTO-recht blijkt dan (al dan niet via het EG-recht) de ‘conforme interpretatie’ een middel te zijn om niet alleen de internationale verplichtingen na te komen, maar ook conflicten met nationaal recht op te lossen.²¹ Meer recentelijk is deze benadering ook gevolgd ten aanzien van de (niet) inroepbaarheid van het VN-Zeerechtverdrag (UNCLOS).²² Duidelijk blijft dat het aan de nationale rechter is te bepalen of een verdragsbepaling een ieder verbindend is. Dat de rechter hierdoor in concrete gevallen een stevige positie inneemt ten opzichte van de wetgever, is in de motie Visser ook al door de Kamer geconstateerd.²³

Het belang hiervan is weer actueler geworden nadat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 15 september 2004 (JB 2004, 358) in de zogenoemde ‘A2-uitspraak’ te maken kreeg met de vraag naar de doorwerking van de Overeenkomst inzake internationale hoofdverkeerswegen van 15 november 1975 (Trb. 1979, 78). In de academische discussie is wel gesteld dat de vraag of de betreffende bepalingen een ieder verbindend zijn minder relevant was, omdat de Afdeling stelde dat de bevoegdheid van de rechter om volkenrecht toe te passen ‘onder meer’ berust op de artikelen 93 en 94 Grondwet. Zo concludeerden Van Gestel en Verschuuren, mede naar aanleiding van deze uitspraak, dat het Europese en (overige) internationale recht naar elkaar toe groeien voor wat betreft de rechtsgevolgen in de nationale rechtspraak.²⁴ Wat de rechter volgens hen (terecht) doet is het controleren van de wetgever ten gunste van de burger die een beroep doet op een internationaal verdrag, ook als hierdoor derden in een nadeliger positie worden gebracht. Bij het antwoord op de vraag of aan een verdragsbepaling rechtstreeks kan worden getoetst, worden daarbij de gebruikelijke criteria gehanteerd: de aard, inhoud en strekking van de bepaling waarop een beroep wordt gedaan. In ieder geval wat betreft het milieurecht wijst dit volgens deze auteurs op de relatieve betekenis die aan de artikelen 93 en 94 Grondwet toekomt voor wat betreft de doorwerking van het internationaal recht.

20 HvJEG, 1 maart 2005, zaak C-377/02, Léon Van Parys NV t. Belgisch Interventie- en Restitutiebureau. Zie hierover ook: P. Eeckhout, ‘Does Europe’s Constitution Stop at the Water’s Edge? Law and Policy in the EU’s External Relations’, Walter van Gerven Lectures (5), Groningen: *Europa Law Publishing*, 2005, op pp. 14-17. Zie over de rechtstreekse toepasselijkheid (al dan niet via de Europese Gemeenschap) van internationale milieuafspraken: R.A.J. van Gestel and J.M. Verschuuren, ‘Internationaal en Europees milieurecht in Nederland? Gewoon toepassen!’, *SEW*, nr. 42, 2005, pp. 244-251.

21 Zie T. Cottier, ‘A Theory of Direct Effect in Global Law’, in A. von Bogdandy et al. (Eds.), *European Integration and International Co-ordination: Studies in Transnational Economic Law in honour of Claus Dieter Ehlermann*, Den Haag: Kluwer Law International, 2001, pp. 9-123 op pagina 102 en 104.

22 HvJEG, 3 juni 2008, zaak C-308/06, Intertanko.

23 Motie-Visser 31 oktober 2006, Kamerstukken 2006-2007, 29 861, nr. 15.

24 Van Gestel en Verschuuren, *op.cit.*

Met hetgeen de artikelen 93 en 94 Grondwet behelsen is dus niet alles gezegd over de doorwerking van internationale verdragen en besluiten, en 'voorrang' in de vorm van het rechterlijke buiten toepassing laten van strijdige nationale voorschriften als gestipuleerd in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet is allerm minst de enige vorm van doorwerking van internationaal recht, ook niet wanneer we het hebben over de invloed van zulk recht op de rechtspositie van particulieren. Als gevolg van de enorme vlucht die de internationale ontwikkelingen hebben genomen, blijkt dit ook in steeds hogere mate in de praktijk. Uit de gepubliceerde jurisprudentie kunnen we als opvallende uitspraken noemen:

- KB 19 februari 1993, AB 1993, 385, AAe 1994, pp. 605 e.v., m.n. P.J. Boon tot vernietiging van bestemmingsplan De Eems en Dollard op grond van strijd met niet een ieder verbindend verdrag;
- Rb Rotterdam 27 juni 2000 (meervoudige kamer voor bestuursrechtelijke zaken, reg.nr.: APV 98/2091-S1, LJN-nummer: AA7335) over een niet naar de norm van de Grondwet gepubliceerd besluit van de Internationale Burgerluchtvaart Organisatie (ICAO) dat desalniettemin wel wordt tegen- geworpen aan burgers;
- KB 11 september 2007, Staatsblad 347, (Lac/Sorobon), kroonberoep tegen besluit van de gouverneur van de Nederlandse Antillen tot vernietiging van bouwvergunning wegens strijd met een niet een ieder verbindende bepaling van een verdrag (art. 3 Verdrag van Ramsar) die wordt uitgelegd in het licht van (niet-bindende) resoluties, aanbevelingen en richtlijnen.

De samenhang tussen internationaal en Europees recht is in toenemende mate van belang. Hoewel dit rapport zich beperkt tot het internationaal recht, is duidelijk dat bepalingen van veel internationale verdragen juist een extra effect hebben binnen de nationale rechtsorde vanwege hun relatie met het Europees recht.²⁵ Van Gestel en Verschuuren gebruiken het Verdrag van Bern inzake het behoud van wilde dieren en planten en hun natuurlijk leefmilieu in Europa (uitgevoerd middels de Habitatrictlijn, Richtlijn 92/43/ EEG) als voorbeeld. Hoewel op het eerste gezicht rechtstreekse werking is uitgesloten vanwege de indirecte normstelling in de meeste bepalingen ('Iedere Verdragsluitende Partij neemt passende en noodzakelijke maatregelen in de vorm van wetten en voorschriften ter bescherming van in het wild voorkomende diersoorten (...)'), is er wel sprake van concrete opsommingen van beschermingsmaatregelen. De genoemde auteurs stellen dat wanneer de wetgever de tijd heeft gehad om de vereiste beschermingsmaatregelen in

25 Zie uitgebreid hierover A. Follesdal, R.A. Wessel en J. Wouters (Eds.), *Multilevel Regulation and the EU: The Interplay between Global, European and National Normative Processes*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008. Naast het in dit boek geïntroduceerde begrip 'multilevel regulation', is deze verhouding ook wel gekarakteriseerd als een 'three-layer cake': '[t]he law on each level is not separate but interwoven with the others and sticks to the others like the layers within a cake.' R. Wahl, 'Europeanisation beyond Supremacy', In J. Wouters, A. Nollkaemper en E. de Wet (red.), *The Europeanisation of International Law: The Status of International Law in the EU and its Member States*, Den Haag: T.M.C. Asser Press, 2008, pp. 17-37, op p. 20.

nationale wetgeving om te zetten, maar bijvoorbeeld verzuimd heeft om alle volgens het verdrag relevante diersoorten aan te wijzen en dienaangaande ook geen voorbehoud heeft gemaakt, het voor de hand ligt dat de rechter rechtstreeks aan de verdragsbepaling toetst wanneer deze voldoende concreet en onvoorwaardelijk geformuleerd zijn.

Voor wat betreft het tijdslement waarin de rechter de wetgever tijd laat om een verdragsbepaling te implementeren, wordt in een dergelijke benadering in wezen aangesloten bij de lijn die de Centrale Raad van Beroep in zijn rechtspraak in de jaren tachtig volgde inzake het discriminatieverbod van artikel 26 IVBPR.

Die kwam erop neer dat een verdragsbepaling door tijdsverloop van een 'niet rechtstreeks werkende' tot een 'rechtstreeks werkende' bepaling kan worden. De redenering is dat wanneer een verdragsbepaling als 26 IVBPR, die zich qua tekstuele redactie tot de wetgever richt, aan de wetgever de verplichting oplegt om ten behoeve van burgers iets tot stand te brengen, zoals gelijkheid voor de wet (tussen man en vrouw etc.) bijvoorbeeld in de sfeer van sociale verzekeringen, en de wetgever vervolgens ook na een redelijke termijn in gebreke blijft, de burger zich rechtstreeks op die bepaling kan beroepen.²⁶

In de hierboven bedoelde benadering wordt dit gecombineerd met de opvatting dat wanneer de wetgever eenmaal een verdragsbepaling heeft geïmplementeerd, de rechter kan nagaan of de wet in overeenstemming is met de verdragsbepaling. Een dergelijke benadering werd door het Hof van Justitie EG onder meer gevolgd in de *Nakajima*-zaak, waarbij het Hof de wettigheid van een EG-Verordening toetste aan een GATT-regeling, daarbij uitdrukkelijk stellende dat voor een dergelijke toetsing de betreffende internationale regeling niet rechtstreeks werkend behoeft te zijn, maar dat voldoende is dat deze regeling juridisch bindend is en de Verordening bedoeld was de internationale verplichting uit te voeren.²⁷ Dergelijke

26 Vervolgens moest dan de vraag beantwoord worden per wanneer de wetgever de uitkeringen gelijk had dienen te stellen (in de terminologie van de CRvB: per wanneer de verdragsbepaling 'rechtstreekse werking' heeft verkregen). Bij de beantwoording heeft de Raad zich laten leiden door onderling uiteenlopende argumenten (zie o.m. CRvB 14 mei 1987; 5 januari 1988; 7 december 1988; 16 februari 1989; 9 januari 1992; 23 juni 1992; vier uitspraken van 26 november 1993). In verschillende uitspraken werden aanvankelijk ongelukkigterwijs verschillende data gekozen: voor de AAW 1 januari 1980 (CRvB 5 jan. 1988), voor andere discriminerende wettelijke regelingen 23 december 1984. In CRvB 23 juni 1992 wordt zonder nadere motivering ook voor de AAW de datum gesteld op 23 december 1984. Voor een analyse van de jurisprudentie in kwestie zij verwezen naar A.J.Th. Woltjer, *Wetgever, rechter en het primaat van de gelijkheid: over primaten in het recht*, 2002, in het bijzonder pp. 181-240; de reactie van de wetgever op een aantal uitspraken die tot deze jurisprudentie behoort, wordt in hetzelfde werk geanalyseerd, pp. 309-355.

27 HvJEG zaak C-69/89, 7 mei 1991, *Nakajima All Precision Co Ltd t. Raad van de EG*, r.o. 28-32. Een meer actieve navolging van het HvJEG langs deze lijn wordt bepleit door Fleuren en Viering, 'Rechtstreekse werking en een ieder verbindende kracht: Europese inspiratie voor de nationale rechter?', in *Grensverleggend Staatsrecht*, 2001, pp. 101-138.

benaderingen openen een groot potentieel aan verdragen die in geval van een conflict met een nationale regel een rol van de rechter verlangen. Wanneer – net zoals in het Europees recht – rechtsbescherming tegenover een overheid die nalatig is ten opzichte van zijn internationale verplichtingen de rechterlijke drijfveer is, is het criterium niet langer ‘een ieder verbindend’, maar ‘de burger rakend’. In veel verdragen is er sprake van een zeer concrete, niet zelden technische, normstelling. Voorbeelden zijn de *Framework Convention on Climate Change* en het *Kyoto Protocol*, en de *Aarhus Convention on access to information, public participation in decision-making, and access to justice regarding environmental matters*, die aan burgers en milieuorganisaties een minimum aan procedurele rechten op dit terrein garandeert. Maar ook het Zeerechtverdrag (UNCLOS) en een aantal WTO-overeenkomsten omvatten – in de woorden van Alvarez – ‘rules, standards, regulations, procedures and/or practices.’²⁸

Een andere vraag is wanneer er sprake is van een ‘verdrag’. Deze vraag is van belang omdat in de Nederlandse Grondwet, anders dan in de meeste andere nationale constituties, de betekenis van het begrip ‘verdrag’ niet een autonome nationaalrechtelijke betekenis heeft, maar afhangt van het volkenrecht. Zoals hieronder zal worden uiteengezet, worden steeds meer afspraken gemaakt binnen het kader van een al dan niet-gouvernementele internationale organisatie. Daarnaast is de klassieke ‘internationale overeenkomst in geschifte tussen Staten gesloten en beheerst door het volkenrecht, hetzij nedergelegd in een enkele akte, hetzij in twee of meer samenhangende akten, en ongeacht haar bijzondere benaming’ (artikel 2 Weens Verdrag inzake het verdragenrecht) niet meer de enige mogelijkheid voor staten om onderling afspraken te maken. Beslissend voor de vraag of het gaat om een *verdrag*, is of het een meerzijdige rechtshandeling betreft die beheerst wordt door het internationaal recht. De juridische wil om daarbij onderling juridische verplichtingen aan te gaan waar partijen zich jegens elkaar en wederzijds aan binden, en de naleving waarvan men rechtens van elkaar kan verlangen, is kenmerkend, en wel in die zin dat deze wil niet is de subjectieve intentie van een partij, maar de geobjectiveerde wilsverklaring *tussen* partijen.²⁹ Als aan deze eisen *niet* is voldaan, dan is er geen sprake van een ‘verdrag’. Dit betekent dat in dit geval de grondwettelijke (en wettelijke) bepalingen omtrent verdragen, zowel bepalingen die betrekking hebben op de procedure van verdragsluiting als die over de status van verdragen in de Nederlandse

28 J. Alvarez, *International Organizations as Law-makers*, Oxford University Press, 2005, hoofdstuk 4.

29 Dit valt af te leiden uit de uitspraak van het Internationaal Gerechtshof in ‘Case concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain’, *ICJ Reports* 1994, 14, § 27: ‘The Court does not find it necessary to consider what might have been the intentions of the Foreign Minister of Bahrain or, for that matter, those of the Foreign Minister of Qatar.’ Op basis hiervan geeft Besselink, 2006, de volgende definitie van een ‘verdrag’ naar algemeen volkenrecht: ‘een verdrag is een meerzijdige volkenrechtelijke rechtshandeling bestaande in een wilsovereenstemming tussen volkenrechtelijke rechts-subjecten, die de strekking heeft rechten en plichten te scheppen, te bevestigen of te wijzigen.’

rechtsorde, niet van toepassing zijn. Een praktisch onderscheid is daarnaast dat op grond van artikel 102 van het Handvest van de Verenigde Naties, 'every treaty and every international agreement' geregistreerd moeten worden.

Ook 'informele overeenkomsten' zijn echter mogelijk en zijn zeker geen nieuw fenomeen. Deze zijn door Aust omschreven als 'an instrument which is not a treaty because the parties to it do not intend it to be legally binding'.³⁰ Een analyse van de aard van deze overeenkomsten valt buiten het bereik van dit rapport.³¹ Wel is de vraag van belang of informele overeenkomsten een invloed kunnen hebben op de Nederlandse rechtsorde, of op de rechten en plichten van burgers. In de Nederlandse rechtsorde is (ons inziens terecht) altijd een vrij ruime opvatting gehanteerd bij de beoordeling of een internationale afspraak onder het begrip 'volkenrechtelijke overeenkomst' valt.³² Slechts wanneer duidelijk is dat het gaat om een politieke afspraak of een administratieve uitvoeringsovereenkomst, is er geen sprake van een verdrag. Het onderscheid is echter niet altijd eenvoudig te maken. Internationale 'afspraken' gaan in de praktijk soms schuil onder de naam van *gentlemen's agreements*, *memoranda of understanding*, *executive agreements*, *Verwaltungsabkommen*, *memorandum van overeenstemming*, en in de Nederlandstalige literatuur soms onder de naam *administratieve akkoorden*, of *beleidsafspraken*. Maar namen op zich zijn in *volkenrechtelijk* opzicht, en daarmee in Nederlands grondwettelijk opzicht, niet beslissend.³³ Dat een briefwisseling van staat A met staat C en van staat B met staat C een verdrag blijkt te kunnen opleveren tussen staten A en B, is nog wel te begrijpen als men weet dat verdragen geregeld door briefwisseling tot stand komen (al zijn het de bijzondere omstandigheden van het geval dat staat C geen partij is bij het verdrag, zoals men zou verwachten).³⁴ Dat een gezamenlijke verklaring, een ongesignd en niet geparafeerd gezamenlijk communiqué en notulen ondertekend door twee partijen een verdrag kunnen opleveren, ligt wellicht minder voor de hand.

30 A. Aust, 'The Theory and Practice of Informal Agreements', *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 35, nr. 4, 1986, pp. 787-812.

31 H. Sondaal, *De Nederlandse verdragspraktijk*, Den Haag 1986, pp. 36-38; E.W. Vierdag, *Spanningen tussen recht en praktijk in het verdragenrecht*, Deventer, pp. 45-49; E.W. Vierdag, *Het Nederlandse Verdragenrecht*, Zwolle 1995, pp. 14-16; A. Aust, *op.cit.*, op pp. 800-801, G.M. Borchardt en K.C. Wellens, 'Soft Law in het Gemeenschapsrecht', *SEW* 1987, pp. 663-727; J.C.E. van den Brandhof, 'Wetsontwerp inzake de goedkeuring en bekendmaking van verdragen', *TvO*, 1990 (16), pp. 268-269; Jan Klabbers, *The Concept of Treaty in International Law*, Kluwer 1996, pp. 65-121 en 157-165. Voor wat Nederland betreft: Besselink, *De staatsrechtelijke regeling van aanvaarding en invoering van verdragen in Nederland (Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland)*, Deventer 1996.

32 Zie hierover ook Aust, *op.cit.*, pag. 796.

33 Artikel 2 Weens Verdrag inzake het verdragenrecht: '1. For the purposes of the present Convention: (a) 'treaty' means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation'. Wat betreft de geïmpliceerde woorden codificeert deze bepaling het internationaalrechtelijke gewoonterecht.

34 Internationaal Gerechtshof, Qatar and Bahrain, *op.cit.*

Toch zijn zij elk door het Internationaal Gerechtshof al eens beschouwd als een verdrag in bovenbedoelde zin.³⁵ Omwille van de eenvoud zullen wij in deze tekst verder spreken van ‘beleidsafpraak’ als het gaat om een afspraak die niet een ‘verdrag’ is (al kan die met name qua uiterlijke vorm daar wel op lijken).³⁶

Ten aanzien van een beleidsafpraak staat aldus (per definitie) vast dat het *niet* gaat om een juridisch bindend verdrag, in de zin dat rechtsgevolgen worden beoogd. Veelal wordt gesproken van een ‘politiek committeren’ aan een afspraak, niet zijnde het juridisch binden daaraan. Daarmee wordt gesuggereerd dat er geen juridisch afdwingbare gevolgen zijn verbonden aan de afspraak maar mogelijk wel feitelijke gevolgen. Nochtans moet opgemerkt worden dat beleidsafspraken niet altijd geheel zonder rechtsgevolgen hoeven te zijn, ook al scheppen zij als zodanig niet een rechtsplicht precies dat te doen wat afgesproken is. Ook hier kan de volkenrechtelijke goede trouw die de betrekkingen tussen staten in algemene zin beheerst, met zich brengen dat wanneer een staat zich heeft gecommitteerd om een bepaald doel na te streven, de andere staat erop mag vertrouwen dat de eerste staat zich onthoudt van gedrag dat het tegenovergestelde van de afspraak beoogt. Er is een zekere consensus onder verdragenrechtdeskundigen dat het maken van afspraken tussen staten in een bewust andere vorm dan een verdrag, nog niet impliceert dat internationaalrechtelijke regels niet van toepassing zouden zijn op deze afspraken. Zoals Aust stelt: ‘Even if an instrument is not itself binding in international law, that does not make it impossible for legal rights and obligations to be derived from it.’³⁷ De voorzichtige – niet verdragsrechtelijke – begrippen die staten vaak expliciet gebruiken om te voorkomen dat een internationale afspraak als een verdrag wordt beschouwd, sluiten dus niet uit dat er rechtsgevolgen uit deze beleidsafpraak kunnen volgen (waarmee deze ook door een nationale rechter niet is te negeren).

35 ‘Ambatielos case, Preliminary Objection’, *ICJ Reports* 1952, 28-88 en ‘Case of Monetary Gold Removed from Rome in 1943’, *ICJ Reports* 1954, 28; “South West Africa cases, Preliminary Objections”, *ICJ Reports* 1962, 331; ‘Aegean Sea Continental Shelf Case, Jurisdiction of the Court’, *ICJ Reports* 1978, 39, § 95-96; ‘Case Concerning Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Jurisdiction and Admissibility’, *ICJ Reports* 1994, 14, § 30 juncto 25 en 22.

36 Toelichting bij aanwijzing 304 van de door de minister-president vastgestelde Aanwijzingen voor de regelgeving: ‘Indien een regeling wordt beoogd die de staten niet volkenrechtelijk verbindt, kan een internationale beleidsafpraak tot stand worden gebracht tussen regeringen, een of meer ministers, of lagere autoriteiten. Voor deze beleidsafspraken wordt bij voorkeur de benaming ‘memorandum van overeenstemming’ gebruikt. Het doel is veelal om afspraken te maken voor toekomstig parallel optreden, of onderling het beleid af te stemmen van overigens zelfstandige partijen. Beleidsafspraken committeren de betrokken regeringen of ministers politiek, maar leveren geen verplichtingen op waarvan men de naleving rechtens kan vorderen. Strikt genomen hebben zij dan ook niet het karakter van regelgeving. Van beleidsafspraken mag men echter wel verwachten dat zij door de betrokken regeringen, ministers enz. worden nageleefd, voor zover de nationale grondwetten en wettelijke regels dat toelaten.’

37 *Ibid.*, pag. 807. Zie ook Ch. Lipson, ‘Why are Some International Agreements Informal?’, *International Organization*, Vol. 45, No. 4, 1991, pp. 495-538, at 502.

Met de toename van het aantal internationale afspraken, lijkt ook het aantal beleidsafspraken toe te nemen. Internationale conferenties worden vaker gebruikt om standaarden vast te stellen op bijvoorbeeld het terrein van milieubescherming, medicijnen, voedselveiligheid of financiën. Zo is de *International Conference on Harmonisation of Technical Requirements for the Registration of Pharmaceuticals for Human Use (ICH)* het forum voor de standaardisering van regels rondom de ontwikkeling en toelating van medicijnen. Hoewel de door de ICH aangenomen 'guidelines' niet in een verdrag worden omgezet, hebben ze een zeer grote invloed op de nationale regelingen op dit gebied.³⁸ Hiermee wordt de vraag ook in praktisch opzicht relevanter waar de grens tussen 'volkenrechtelijk' en 'politiek' of 'informeel' moet worden getrokken en of hier een zelfstandige rol voor de nationale wetgever ligt met het oog op de mogelijke doorwerking van deze afspraken.

2.2.2 Besluiten van 'volkenrechtelijke organisaties'

Meer nog dan via verdragen, lijkt de nationale rechtsorde te worden beïnvloed door besluiten van internationale organisaties. Terwijl verdragen meersijdige rechtshandelingen zijn, zijn besluiten eenzijdig. Strikt genomen gaat het hierbij dus niet om afspraken tussen staten (of andere actoren), maar om besluiten van organen waarin staten (of andere actoren) een zetel hebben. Dit onderscheid is mede van belang omdat de Grondwet niet voorziet in nationale parlementaire betrokkenheid bij besluiten van volkenrechtelijke organisaties.³⁹

De rechtskracht van veel besluiten van internationale organisaties is niet in alle gevallen duidelijk. Waar het al gaat om volkenrechtelijke organisaties in de strikte zin van het woord is de mate van 'verbindendheid' in veel gevallen niet eenduidig vastgesteld. De doctrine gaat uit van slechts een beperkt aantal internationale organisaties die bindende besluiten kunnen nemen;⁴⁰ de meeste internationale besluiten hebben een aanbevelend karakter. Ook worden besluiten vaker genomen door internationale gremia (bijvoorbeeld 'internationale agentschappen') die wellicht niet onder het begrip 'volkenrechtelijke organisatie' vallen (zie paragraaf 2.2.3). Tot slot is in veel gevallen duidelijk dat hoewel het niet om 'een ieder verbindende bepalingen' gaat, veel internationale besluiten wel hetzelfde effect kunnen hebben.

38 Zie B. Dorbeck-Jung, 'Challenges to the Legitimacy of International Regulation: The Case of Pharmaceuticals Standardisation', in Follesdal, Wessel en Wouters, *op.cit.*, pp. 51-71, p. 52.

39 Vergelijk het advies van de Raad van State inzake de opdrachtverlening aan de staatscommissie Grondwet, *loc.cit.*, par. 4.2.3 b: 'Een besluit van zo'n organisatie [een volkenrechtelijke organisatie in de zin van de Grondwet] is geen rechtshandeling van staten; van parlementaire goedkeuring kan dan ook geen sprake zijn.' Zie ook Besselink, 1996, *op.cit.*, p. 5-9.

40 Vgl. P.J. Sands en P. Klein, *Bowett's Law of International Institutions*, London: Sweet & Maxwell, 2001; H.J. Schermers en N.M. Blokker, *International Institutional Law: Unity within Diversity*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003; J. Klabbers, *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge University Press, 2004; C.F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge University Press, 2005; en N.D. White, *The Law of International Organisations*, Manchester University Press, 2005.

Wat betreft de besluiten van internationale organisaties zijn er twee belangrijke ontwikkelingen:

1. een proliferatie van het aantal internationale besluiten door een algemene toename van internationale activiteit;
2. een toenemend belang van besluiten die – hoewel niet formeel juridisch bindend – door hun standaardiserend karakter of hun samenhang met andere (inclusief EU-) besluiten een *de facto* invloed hebben op de nationale rechtsorde.

Dat internationale organisaties ten opzichte van hun lidstaten bindende besluiten kunnen nemen, is geen onderwerp van discussie. Dat deze besluiten uitvoerende, wetgevende en gerechtelijke elementen kunnen bevatten evenmin.⁴¹ De handboeken wijzen veelal op de World Health Assembly van de World Health Organization (WHO), de Raad van de International Civil Aviation Organization (ICAO), de Organisatie van Amerikaanse Staten (OAS), de West-Europese Unie (WEU), de Noord-Atlantische Verdragsorganisatie (NAVO), de Organisaties voor Economische samenwerking en Ontwikkeling (OESO), de Universal Postal Union (UPU), de Wereld Meteorologische Organisatie (WMO) en het Internationaal Monetair Fonds (IMF).⁴² In zijn uitgebreide studie over dit onderwerp heeft José Alvarez aangegeven dat meer en meer technocratische internationale organisaties.

*'appear to be engaging in legislative or regulatory activity in ways and for reasons that might be more readily explained by students of bureaucracy than by scholars of the traditional forms for making customary law or engaging in treaty-making; [t]hey also often engage in law-making by subterfuge.'*⁴³

Alvarez wijst op een ontwikkeling waarin internationale wetgeving en regulering niet meer *per se* via de gebruikelijke bronnen (verdragen en/of gewoonte) loopt, maar via de door staten opgerichte internationale organisaties. Voorbeelden zijn de standaardiserende regels die uitgevaardigd worden door de International Maritime Organization (IMO), de Food and Agriculture Organization (FAO), the ICAO, de Internationale Arbeidsorganisatie (ILO), het Internationaal Atoomagentschap, het United Nations Environmental Programme (UNEP), de Wereldbank en het IMF.⁴⁴ Hoewel het vaak gaat om 'softe' regulering, laten deze standaarden de subjecten van de regels in de praktijk soms net zoveel ruimte als een bindende resolutie van de VN Veiligheidsraad.⁴⁵

Ook de Verenigde Naties zelf hebben zich de laatste jaren overigens ontplooid tot een organisatie die niet slechts *tussen* staten van belang is. Volgens zijn

41 Zie D. Sarooshi, *International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers*, Oxford University Press, 2005.

42 Vergelijk de hierboven genoemde handboeken.

43 Alvarez, *op.cit.*, p. 217.

44 *Ibid.*, hoofdstuk 4.

45 *Ibid.*, p. 218.

eigen Handvest is de VN een intergouvernementele organisatie die zich bezighoudt met de betrekkingen tussen zijn lidstaten. De besluiten van de VN zijn traditioneel dan ook gericht tot die staten en de organisatie is nog steeds zeer terughoudend in het zich bemoeien met zaken die zich *binnen* de staten afspelen. Tegelijkertijd zijn er echter voorbeelden van situaties waarin de VN zich wèl inlaat met de interne aangelegenheden van een staat: de op individuen gerichte sancties, het autoriseren van gebruik van geweld om humanitaire redenen, de oprichting van de straftribunalen voor het voormalig Joegoslavië en Rwanda en het tijdelijk besturen van gebieden, zoals in Kosovo of Oost-Timor. Daarnaast zijn we langzamerhand gewend geraakt aan het feit dat de Veiligheidsraad ook problemen als een burgeroorlog of een vluchtelingenstroom kan beschouwen als een bedreiging van de internationale vrede en veiligheid, waardoor ook dwingende maatregelen op die terreinen mogelijk zijn.

Dergelijke regulerende of misschien zelfs wetgevende functies zien we ook bij de Wereldhandelsorganisatie, de WTO. Hoewel men zich kan afvragen of de uitspraken van het Geschillenbeslechtsorgaan van de WTO als wetgeving of regulering te zien zijn, blijft het een feit dat het effect van deze uitspraken veel verder reikt dan de staten die partij waren bij het oorspronkelijke geschil.⁴⁶ Uiteindelijk zijn het toch individuen of bedrijven – de suikerboeren of bananenexporteurs – die het meeste van de maatregelen merken. Datzelfde zien we bij een andere dimensie van de Wereldhandelsorganisatie: de intellectuele eigendom, geregeld via de zogenoemde TRIPs. Het maakt voor bijvoorbeeld producenten van medicijnen tegen aids nogal wat uit of op internationaal niveau besloten wordt dat hun uitvinding onder de kostprijs verhandeld mag worden in ontwikkelingslanden.

Andere voorbeelden van internationale regulering zien we terug bij de Hoge Commissaris voor de Vluchtelingen (op het gebied van de vaststelling van een vluchtelingstatus of het beheer van vluchtelingenkampen), de Wereldgezondheidsorganisatie (bij het vaststellen van mondiale gezondheidsrisico's), de zogenoemde Financial Action Task Force van de OESO (op het gebied van het bestrijden van het witwassen van geld), de WIPO (op het terrein van intellectuele eigendom) en de Wereldbank (in het vaststellen van criteria als voorwaarden voor het verkrijgen van financiële steun). En, milieuregels worden in toenemende mate niet alleen vastgesteld door speciale regimes zoals we die kennen op basis van het Kyoto Protocol (zoals het zogenoemde Clean Development Mechanism), maar zelfs door internationale organisaties op andere terreinen, zoals de Wereldhandelsorganisatie, de Wereldbank of de OESO.

Voor de vraag naar de doorwerking van deze internationale besluiten is tevens van belang dat zij vaak de bron vormen voor EU-besluiten, waardoor het effect op de nationale rechtsorde (rechtstreekse werking en voorrang)

46 Vgl. S. Shapiro, *op.cit.*

wordt versterkt.⁴⁷ Op veel terreinen – waaronder veiligheid, bankieren, volksgezondheid, voedselveiligheid en milieubescherming – zijn EU-normen te herleiden tot besluiten van andere internationale organisaties. Daarnaast blijken steeds meer internationale besluiten ook een autonoom effect te kunnen hebben op hoe zaken nationaal zijn geregeld, waardoor burgers en bedrijven geconfronteerd kunnen worden door internationale besluiten die noch op EU-niveau, noch nationaal zijn aangepast. Dat wil niet zeggen dat er *de jure* sprake hoeft te zijn van een rechtstreekse werking, zoals we die uit het Europees Gemeenschapsrecht kennen. Tegelijkertijd kan er voor de nationale wetgever weinig ruimte zijn voor aanpassingen. Zeker wanneer het gaat om standaardiserende normen, vormen deze vaak de internationale spelregels en wil een staat aan kunnen sluiten bij het betreffende spel, dan is er geen andere mogelijkheid dan het volgen (en dus ook nationaal accepteren) van de regels. Cottier wees in dit verband op het feit dat deze subtiele vormen van doorwerking ‘allow for an undefined variety of combinations based either upon the doctrine of monism or the doctrine of dualism.’⁴⁸ Alleen al de noodzaak tot het accepteren van de voorrang van deze regels (‘primacy is a matter of logic’⁴⁹), leidt tot een neiging tot interpretatie van nationale regels die consistent is met het betreffende internationale besluit. Op deze wijze reikt een internationaal besluit dus verder dan de formele adressaten (de overheden) en kunnen burgers *de facto* direct geraakt worden.

Meer in het algemeen kan gesteld worden dat het te ongenueanceerd is om slechts naar één internationale organisatie te kijken om daarmee de juridische binding van een besluit te bepalen. Het is steeds gebruikelijker dat internationale organisaties elkaars normen hanteren bij het opstellen van nieuwe regels voor hun lidstaten.⁵⁰ Het nauwe verband tussen, bijvoorbeeld, de normen van de Wereldgezondheidsorganisatie, de Wereldhandelsorganisatie en de Europese Unie, is evident.⁵¹ De International Health Regulations (IHR), en de WHO Framework Convention on Tobacco Control (FCTC), kunnen hier als voorbeeld dienen. Ook kunnen we wijzen op de International Codex

47 Zie voor een recent overzicht van de relaties tussen de EU en andere internationale organisaties F. Hoffmeister, ‘Outsider or Frontrunner? Recent Developments under International and European Law on the Status of the European Union in International Organizations and Treaty Bodies’, *CMLRev*, 2007, pp. 41-68.

48 Zie Th. Cottier, *op.cit.*

49 *Ibid.*, pag. 104.

50 Zie voor een theoretische benadering van ‘regulatory interaction’: V. Mayer-Schönberger en A. Somek, ‘Introduction: Governing Regulatory Interaction: the Normative Question’, *Eur. L.J.* (Special Issue, 2006).

51 J. Wouters and B. De Meester, ‘Safeguarding Coherence in Global Policy-Making on Trade and Health: The Triangle WHO – WTO – EU’, *International Organizations Law Review*, 2005; and N. Lavranos, *Decisions of International Organizations in the European and Domestic Legal Orders of Selected EU Member States*, Groningen: Europa Law Publishing, 2004. Zie over de invloed van de EU op andere internationale organisaties ook L. Azoulay, ‘The Acquis of the European Union and International Organisations’, *Eur. L.J.* 196 (2005). De rechtstreekse werking van WTO-besluiten is door het Europees Hof van Justitie stelselmatig ontkend. Zie bijv. P. Eeckhout, *Does Europe’s Constitution Stop at the Water’s Edge? Law and Policy in the EU’s External Relations*, *op.cit.*

Alimentarius Commissie, een door de FAO en de WHO opgericht lichaam, dat zich bezighoudt met het vaststellen van internationale standaarden op het terrein van de voedselveiligheid. In het bijzonder via de WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Standards⁵² hebben deze standaarden een effect op de rechtsorde van de EU- en van de WTO-lidstaten. Het feit dat de Europese Gemeenschap sinds 2003 lid is van de Codex Alimentarius Commissie,⁵³ versterkt het meerlagige karakter van deze vorm van regulering.⁵⁴ Vergelijkbare voorbeelden kunnen worden gevonden op het terrein van de milieubescherming, waar internationale standaarden niet alleen gevolgen hebben voor de Europese Gemeenschap en voor staten, maar – in ieder geval via de laatste – ook voor burgers en bedrijven.

2.2.3 Besluiten van non-gouvernementele organisaties

Hierboven is al gewezen op het feit dat mondiaal bestuur (*'global governance'*) al lang niet meer een zaak is van alleen staten en formele internationale organisaties. De wereld wordt tegenwoordig ook bestuurd door non-gouvernementele actoren of via transnationale netwerken. In sommige gevallen wordt samengewerkt met vertegenwoordigers van staten, zoals in de genoemde Codex Alimentarius Commissie, die standaarden vaststelt met het oog op voedselveiligheid, of bij de ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers), die gaat over het beheer van het internet en domeinnamen. In andere gevallen spelen de staten zelfs geen enkele rol meer in mondiale regulering, maar is er sprake van transnationale samenwerking. Een veel gebruikt voorbeeld is het Bazel Comité waarin de nationale centrale banken hun beleid zodanig op elkaar afstemmen dat er in wezen sprake is van een regulering van onderdelen van de kapitaalmarkt.⁵⁵ Vergelijkbaar is ook de International Standardization Organization (de ISO), die inmiddels zo'n 13.000 regels heeft opgesteld met betrekking tot de standaardisering van producten en productieprocessen⁵⁶ en de International Organization of Securities Commissions (IOSCO), die gaat over de transnationale samenwerking op het gebied van beveiliging en die tot doel heeft deze markt te reguleren.⁵⁷ Deze regels worden vervolgens vaak weer door internationale organisaties, zoals de Wereldhandelsorganisatie, overgenomen en hebben ook langs

52 Art. 3.4 en Annex A.3.a), SPS Agreement.

53 Zie het Besluit van de Raad 2003/822 van 17 nov. 2003 (EG) over de toetreding van de EG tot de Codex Alimentarius Commissie, PB 2003, L309/14. Zie ook F. Hoffmeister, *op.cit.*, p. 44.

54 Vgl. B.M.J. van der Meulen & A.A. Freriks, 'Millefeuille – The Emergence of a Multi-Layered Controls System in the European Food Sector', *Utrecht L. Rev.*, 2006, <http://www.utrecht-lawreview.org>.

55 D. Zaring, 'International Law by Other Means: The Twilight Existence of International Financial Regulatory Organizations', *Texas International Law Review*, 1998, p. 281.; Michael S. Barr & G.P. Miller, 'Global Administrative Law: The View from Basel', *Eur. J. Int'l L.*, 2006.

56 R.B. Hall en Th.J. Biersteker, *op.cit.*

57 Zie Barr en Miller, *op.cit.*, p. 15; K. Jayasuriya, 'Globalization, Law, and the Transformation of Sovereignty: The Emergence of Global Regulatory Governance', *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1999, No. 2, pp. 425-255, p. 449.

die weg een grote invloed op de regulering van een bepaald beleidsterrein. Hetzelfde zien we bijvoorbeeld ook bij het Wereld Anti-Doping Agentschap, dat een belangrijke rol speelt in zowel de normstelling als de handhaving van anti-doping regels in de sport. Meer in het algemeen komt het steeds vaker voor dat internationale organisaties suborganen (agentschappen, comités) oprichten waarin staten helemaal niet meer deelnemen, maar waarin experts standaarden vaststellen die al dan niet direct een invloed hebben op individuen en bedrijven.

In non-gouvernementele organisaties nemen nationale agentschappen (of zelfstandige bestuursorganen) deel aan een mondiaal (of regionaal) regulerend netwerk. Zij doen dat vaak grotendeels autonoom en op basis van hun deskundigheid. Op hun beurt zijn deze agentschappen weer verantwoordelijk voor het implementeren van de internationaal gemaakte afspraken op het nationale niveau.⁵⁸ Al ruim tien jaar geleden wees de bekende Amerikaanse juriste Anne-Marie Slaughter op dit fenomeen, dat zij de 'nationalization of international law' noemde.⁵⁹ Jayasuriya benoemde vervolgens drie kenmerken van deze relatief nieuwe vormen van regulering: 1. ze zijn in handen van netwerken van statelijke agentschappen die opereren als onafhankelijke actoren in plaats van op instructie van de overheid; 2. ze komen met standaarden en algemene regulerende beginselen in plaats van met strikte juridische normen; en 3. zij dragen in veel gevallen bij aan de opkomst van een systeem van handhaving, bijvoorbeeld door zelfregulering.⁶⁰

Naast deze non-gouvernementele lichamen en nationale agentschappen die onderling normen overeenkomen, is er een ontwikkeling waarin het niet gaat om nationale agentschappen, maar wel om het internationaal vaststellen van regels. Er is een proliferatie van internationale agentschappen of andersoortige lichamen, die niet direct gebaseerd zijn op een internationaal verdrag, maar die zijn opgericht door een internationale organisatie. Volgens een enkele auteur is het aantal internationale agentschappen al hoger dan de reguliere internationale organisaties.⁶¹ Dit is te verklaren vanuit een trend tot functionele specialisatie: de technische deskundigheid die vereist is om besluiten te kunnen nemen, heeft veel internationale organisaties aangezet tot het instellen van speciale sub-organen, die met een zekere (expertisegedreven) zelfstandigheid overgaan tot het vaststellen van normen en regels. In sommige gevallen leidt dit tot de oprichting van gemeenschappelijke

58 Jayasuriya, *op.cit.*, p. 440. Vgl. ook S. Picciotto, 'The Regulatory Criss-Cross: Interaction Between Jurisdictions and the Construction of Global Regulatory Networks', in W. Bratton et al. (eds), *International Regulatory Competition and Coordination: Perspectives on Economic Regulation in Europe and the United States*, 1996.

59 A.M. Slaughter, 'The Real New World Order', *Foreign Aff.*, 1997.

60 Zie Jayasuriya, *op.cit.*, p. 453. Zie over de regulering van zelf-regulering G. Teubner, 'Substantive and Reflexive Elements in Modern Law', *L. & Soc'y*, 1983.

61 C. Shanks et al., 'Inertia and Change in the Constellation of International Governmental Organizations, 1981-1992', *International Organization*, 1996.

lichamen, zoals de Global Environment Facility (GEF, opgericht door de Wereldbank, maar met deelname van UNDP en UNEP) en UNAIDS, het Joint United Nations Programme on HIV/AIDS (ingesteld door het United Nations Children's Fund (UNICEF), het United Nations Development Programme (UNDP), het United Nations Population Fund (UNFPA), de United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), de WHO en de Wereldbank).⁶² Waar traditionele volkenrechtelijke organisaties worden opgericht via een overeenkomst tussen staten, waarin de controle van de lidstaten en de verdeling van bevoegdheden is neergelegd,⁶³ is de relatie tussen de nieuwe internationale 'bodies' en de staten die de moederorganisatie hadden opgericht, veel minder direct.

In een recent onderzoek wijst Martini op belangrijke sectoren als milieubescherming en volksgezondheid waar de internationale agentschappen GEF en UNAIDS 'demonstrate how the entity's will does not simply express the sum of the Member States' positions, but reformulates them at a higher level of complexity, assigning decision-making power to different subjects, especially to the international institutions that promoted the establishment of the new organization.'⁶⁴ Martini laat zien dat het invloedverlies van staten – en dus de autonome positie van internationale agentschappen – weerspiegeld wordt in drie fenomenen:⁶⁵

- (a) het feit dat de nieuwe entiteiten voortkomen uit besluiten van andere organisaties in plaats van uit een verdragsluiting, beperkt de invloed van staten op hun totstandkoming en verdere ontwikkeling;
- (b) staten kunnen bevoegdheden verliezen aan de moederorganisatie, zoals de bevoegdheid om de bestuurders van het agentschap te benoemen, en zullen in het algemeen de controle over de activiteiten van het nieuwe agentschap moeten delen met de moederorganisatie; en
- (c) in de niet door staten opgerichte organisaties speelt een internationaal secretariaat een grotere rol.

Dit betekent overigens niet dat alle internationale agentschappen vergelijkbaar zijn: 'In fact, these institutions are established in different ways, have different institutional structures and relationships with their parent organizations, and different areas of activity and functions.'⁶⁶ Duidelijk is wel dat staten verder van de besluitvorming in deze agentschappen af staan en dat hun invloed (en daarmee wellicht de legitimiteit) vermindert.

De vraag is in hoeverre dergelijke internationale agentschappen (maar ook andere internationale regimes) vallen onder het begrip 'volkenrechtelijke

62 Zie over dit fenomeen van 'new international organization', C. Martini, 'States' Control over New International Organization', *Global Jurist Advances*, 2006.

63 Zie voor de verschillende dimensies van de relatie tussen staten en internationale organisaties Dan Sarooshi, *op.cit.*

64 Martini, *op.cit.*, p. 25.

65 *Ibid.*, p. 24.

66 *Ibid.*, p. 2.

organisatie' in de zin van artikel 93 en 94 Grondwet. Aan het criterium dat het moet gaan om bij door volkenrechtelijke verdragen beheerste organisaties wordt mogelijk niet voldaan, in zoverre het verband tussen verdrag en agentschap in materieel opzicht relatief verwijderd is. Het is in ieder geval duidelijk dat in dit soort gevallen individuen of bedrijven geconfronteerd worden met regels waarop hun eigen staat ofwel geen invloed heeft gehad of die nu eenmaal geaccepteerd moeten worden om op wereldniveau niet uit de maat te lopen. Men zou kunnen aangeven dat het in deze gevallen om 'afgeleide' volkenrechtelijke organisaties gaat, voor de oprichting van welke de bevoegdheid is gegeven aan de 'moederorganisatie'. Een feit blijft echter dat de bemoeienis die staten (en hun parlementen!) hebben met dit soort agentschappen indirecter is, terwijl acceptatie van de normen (veelal via de moederorganisatie of *de facto* al via betrokken nationale vertegenwoordigers) noodzakelijk is.

2.2.4 *Andere vormen van mogelijk relevant internationaal recht*

Hoewel de bovengenoemde voorbeelden in de praktijk het meest van belang lijken, wijzen wij voor de volledigheid nog op andere vormen van internationaal recht met een mogelijke relevantie voor de doorwerkingsproblematiek. Ten aanzien van één van de belangrijkste bronnen van internationaal recht, de gewoonte (vastgesteld op basis van een relevante statenpraktijk en een daarmee samenhangende rechtsovertuiging), bestaat er vaste rechtspraak dat de artikelen 93 en 94 van de Grondwet niet van toepassing zijn (zie ook onder paragraaf 3.4). Er is echter de mogelijkheid dat zich bij universele organisaties gewoonterecht vormt op basis van niet-bindende resoluties, zoals wel wordt gesteld ten aanzien van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens, of regionaal gewoonterecht voor wat betreft niet-universele organisaties. Tegelijkertijd bestaat de mogelijkheid dat er binnen een verdragsregime of een internationale organisatie een praktijk wordt ontwikkeld die zelfs afwijkt van het geschreven recht. Het zal wellicht ook voor een nationale rechter voor de hand (moeten) liggen deze praktijk niet te negeren bij de beoordeling van een rechtsvraag waarbij een internationale norm wordt ingeroepen.

Een andere vorm betreft de eenzijdige rechtshandeling door een staat. Eenzijdige handelingen kunnen in de internationale betrekkingen worden onderscheiden in juridisch bindende en niet-bindende handelingen.⁶⁷ Hoewel het mogelijk is dat met een eenzijdige handeling rechtseffecten worden beoogd (denk aan de erkenning van staten of het ratificeren van een verdrag), zijn er ook eenzijdige handelingen die zelf niet beogen bindende gevolgen in het leven te roepen. Het is algemeen geaccepteerd dat deze 'feitelijke handelingen' onder omstandigheden toch juridische gevolgen in het leven kunnen roepen. De volkenrechtelijke goede trouw die de betrekkingen tussen staten in algemene zin beheerst, kan met zich brengen

dat wanneer een staat zich eenzijdig heeft gecommitteerd om een bepaald doel na te streven, een andere staat erop mag vertrouwen dat de eerste staat zich onthoudt van gedrag dat het tegenovergestelde van de afspraak nastreeft.⁶⁸ Ook hier kan zich de vraag naar de doorwerking voordoen.

Opgemerkt zij dat het soms moeilijk te onderscheiden is of we te maken kunnen hebben met een samenloop van eenzijdige rechtshandelingen – dus bijvoorbeeld een wederzijdse eenzijdige verklaring van het eigen gedrag tussen partij A en B, waarbij partij A aan de ander verklaart hoe partij A voornemens is zich te gedragen, en waarbij partij B hetzelfde doet ten aanzien van het eigen gedrag van B – of met een echte multilaterale handeling waarbij de bedoeling is om een objectieve tussen partijen bestaande verplichting naar internationaal publiekrecht in het leven te roepen (dus een verdrag).

2.2.5 *Buitenlands recht*

In de discussie over de internationalisering van het recht, wordt soms ook uitdrukkelijk gewezen op rechtsnormen die hun oorsprong niet hebben in de internationale rechtsorde, maar in de rechtsorde van een andere staat. Zo wees Scheltema op de regels in de sfeer van de financiële transacties of het ondernemingsrecht, waar in de praktijk het Angelsaksische recht het Nederlandse recht verdringt.⁶⁹ Inderdaad hoeft het bij internationalisering niet te gaan om normen die binnen verdragen of door internationale organisaties zijn vastgesteld. Evenzeer – zij het minder frequent – gaat het om normen die hun oorsprong hebben in het rechtstelsel van een ander land die in de praktijk van het internationale verkeer als standaard worden genomen. De transnationale samenwerking tussen – bijvoorbeeld – multinationals, kan leiden tot aanvaarding van een regelset op een bepaald terrein die geen directe 'geldigheidsrelatie' heeft met de nationale regels in een bepaalde staat. De parallel met internationale normen is duidelijk, hoewel gesteld kan worden dat buitenlandse regels in veel gevallen tot stand zijn gekomen op basis van dezelfde rechtsstaatbeginselen die we ook hier kennen.

2.3 **Deelconclusie**

Het nieuwe in de internationale ontwikkelingen is de wijze waarop internationale organisaties wetgevende of regulerende activiteiten uitvoeren waarbij de rol van de nationale wetgever zodanig geminimaliseerd is dat nationale rechtssubjecten in wezen rechtstreeks door deze internationale besluiten kunnen worden geraakt, zonder dat zij zelf direct normaddressaat zijn. Waar individuen eerder vooral met internationale regelgeving te maken kregen via een implementatie door nationale overheden, komt het tegenwoordig steeds vaker voor dat er voor staten weinig meer te implementeren valt. Dit is ofwel

68 De volkenrechtelijke doctrine van estoppel is in dit verband van belang.

69 M. Scheltema, *op.cit.*, p. 5.

omdat de betreffende regeling *juridisch* weinig ruimte laat aan de nationale wetgever, of omdat deze *feitelijk* gewoon de internationale afspraken integraal moet accepteren om op wereldniveau mee te kunnen blijven spelen volgens de afgesproken regels of standaarden. Dit betekent ook dat de nationale rechter niet alleen wordt geconfronteerd met burgers die zich beroepen op bepalingen uit verdragen waarbij Nederland partij is (denk met name aan de mensenrechtenverdragen), maar het is ook voorstelbaar dat burgers en bedrijven internationale regelingen en besluiten inroepen die buiten de nationale wetgever om rechtstreeks invloed hebben op de Nederlandse rechtsorde. In dit soort gevallen volgt de al door het Ministerie gestelde vraag welke rol internationale afspraken en besluiten spelen wanneer deze niet (nationaal) zijn bekendgemaakt en niet een ieder verbinden.

3 Het nationale constitutionele kader ten aanzien van de doorwerking van internationaal recht

3.1 Historische achtergrond van de constitutionele keuzes

Om de huidige regeling van de doorwerking van internationaal recht goed te begrijpen, ook voor wat betreft zijn relevantie voor rechtsstatelijke beginselen als het rechtsbeschermingsbeginsel en de democratische legitimatie van hedendaags internationaal recht, is een korte historische analyse onontbeerlijk. Bij de twee grondwetsherzieningen van de jaren 1950 stond de *snelle ontwikkeling van de internationale rechtsorde* centraal, en in het bijzonder de opdracht aan *internationale organisaties* van taken van wetgeving, bestuur en rechtspraak die normaal aan statelijke overheden werden voorbehouden. Een dergelijke ontwikkeling, zowel op regionale en universele schaal, waarbij niet langer alleen staten rechtssubject zouden zijn, maar ook internationale organisaties en burgers, werd destijds uitdrukkelijk voorzien en voor wenselijk gehouden.⁷⁰ In de Grondwet van 1953 werd dit als volgt tot uitdrukking gebracht:

*'Aan volkenrechtelijke organisaties kunnen bij of krachtens een overeenkomst bevoegdheden tot wetgeving, bestuur en rechtspraak worden opgedragen.'*⁷¹

Zowel de internationale oriëntatie van onze Grondwet in het algemeen,⁷² als de specifieke regelingen die in die jaren tot stand zijn gebracht, maakte de Nederlandse Grondwet tot een unieke. Zij is dat tot op zekere hoogte nog steeds.

70 Interim-rapport van de Staatscommissie tot herziening van de Grondwet, ingesteld bij KB van 17 april 1950, no. 25 (staatscommissie-Van Schaik) 11 juli 1951 (in: Eindrapport van de staatscommissie tot herziening van de Grondwet ingesteld bij KB van 17 april 1950 no. 25 (staatscommissie-Van Schaik), januari 1954, Den Haag: Staatsdrukkerij en uitgeverijbedrijf, p. 68 en 151-154); Interim-rapport van de Commissie nopens de samenwerking tussen Regering en Staten-Generaal inzake het buitenlands beleid (commissie-Van Eysinga) 16 september 1950 (in: Eindrapport van de commissie nopens de samenwerking tussen Regering en Staten-Generaal inzake het buitenlands beleid (commissie-Van Eysinga) 9 juli 1951, Den Haag: Staatsdrukkerij en uitgeverijbedrijf) p. 7-9, 13-14, 21, 25, 43; Handelingen der Staten-Generaal, Bijlagen 1951-1952, Ontwerp van Wet 1 december 1951, Memorie van Toelichting, no. 2374, p. 1-6.

71 Zie artikel 67, eerste lid, Grondwet 1953.

72 Voor een analyse van de constitutionele ontwikkelingen in Nederland in het licht van internationale ontwikkelingen, en de constitutionele identiteit van Nederland op dit punt, zie Besselink, Grundstrukturen staatlichen Verfassungsrechts: Niederlande, in: *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Band I: Nationales Verfassungsrecht, Prof. Dr. Armin von Bogdandy, Prof. Dr. Pedro Cruz Villalón, Prof. Dr. Peter M. Huber (hersg.), C. F. Mueller Verlag, Heidelberg 2007, pp. 327-388.

3.1.1 De herziening van 1953

De grondwetsherziening van 1953 voltooide de herziening van 1922 die in de sleutel stond van de *democratisering* van het bestuur van de buitenlandse betrekkingen. Op drie voor ons relevante punten werd de Grondwet herzien.

De eerste betrof de grondwettelijke bepaling over de vreedzame ontwikkeling van de internationale rechtsorde. De tekst van 1922 noemde het de opdracht van de regering om geschillen in de internationale betrekkingen op te lossen 'door rechtspraak en andere vreedzame middelen'. In 1953 werd dit ruimer geformuleerd als de opdracht 'de ontwikkeling der internationale rechtsorde' te 'bevorderen' – de formulering die we nog steeds in de Grondwet aantreffen.⁷³

Ook de parlementaire zeggenschap over verdragsgoedkeuring werd definitief geregeld. In de Grondwet van 1922 had men een onderscheid gemaakt tussen 'verdragen' enerzijds en 'andere overeenkomsten met vreemde Mogendheden' anderzijds. De eerste, 'verdragen', behoefden parlementaire goedkeuring, de laatste, 'andere overeenkomsten', niet. Dit problematische onderscheid werd opgeheven in 1953 door alleen te spreken van 'verdragen', en tevens de nog steeds geldende hoofdregel te formuleren dat verdragen parlementair goedgekeurd moeten worden voordat het Koninkrijk daaraan wordt gebonden.⁷⁴ Behoudens een aantal specifieke uitzonderingen die de Grondwet stipuleerde, werd door deze regel de verdragsluitende bevoegdheid van de regering in beginsel in volle breedte onderworpen aan een parlementair democratische legitimatie die nog steeds tot de breedste behoort van Westerse landen. Later in deze studie komen we terug op deficiënties die nog steeds verscholen liggen in de regeling van de verdragsgoedkeuring.

Een zeer belangrijk derde punt betrof de werking van verdragen, in het bijzonder in hun verhouding tot daarmee strijdig nationaal recht. Tegen de wens van de regering in werd een constitutioneelrechtelijke doorbraak

-
- 73 Artikel 57, eerste volzin, Grondwet 1922: 'De Koning tracht geschillen met vreemde Mogendheden op te lossen door rechtspraak en andere vreedzame middelen.'
Artikel 58, tweede lid, Grondwet 1953: 'Hij bevordert de ontwikkeling der internationale rechtsorde.'
Artikel 90, Grondwet 1983: 'De regering bevordert de ontwikkeling van de internationale rechtsorde.'
Over de betekenis en de historische ontwikkeling van het huidige artikel 90 van de Grondwet, zie Besselink, 'The Constitutional Duty to Promote the Development of the International Legal Order: the Significance and Meaning of Article 90 of the Netherlands Constitution'. In: *Netherlands Yearbook of International Law*, Volume XXXIV, 2003, pp. 89-138.
- 74 De Grondwet van 1953 maakte een reeks uitzonderingen voor, kort gezegd, verdragen waarvoor bij wet een uitzondering op de goedkeuringseis is gestipuleerd, uitvoeringsverdragen, kortlopende verdragen die goedkoop zijn voor de Staat, en in buitengewone gevallen van dringende aard. In 1983 laat de Grondwet het aan de wetgever over om de uitzonderingen op de parlementaire goedkeuring vast te stellen. Dat is gebeurd in de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen, artikelen 7 tot en met 12.

geforceerd door het aannemen van het amendement-Serrarens (vernoemd naar de initiator en eerste ondertekenaar, later zevende rechter in het Hof van Justitie van de EGKS en de eerste president van het Hof van Justitie EG). Met dit amendement werd een uitzondering geschapen op de tot dan toe geldende grondwettelijke 'onschendbaarheid van de wet', ten gevolge waarvan het de rechter niet toegestaan was de wet te toetsen aan ander geschreven of ongeschreven recht, ongeacht de oorsprong van het recht waaraan getoetst zou worden. De regering had zich op het standpunt gesteld dat de onschendbaarheid van de wet in beginsel gehandhaafd diende te blijven in afwachting van de ontwikkelingen in de internationale rechtsorde en de betekenis daarvan in de rechtspraak.⁷⁵ Derhalve zou de rechter voorsnog niet de bevoegdheid moeten krijgen om de wet te toetsen aan verdragen. Een kamermeerderheid was dit met de regering niet eens en steunde het amendement-Serrarens. Het amendement strekte er aldus toe een rechterlijke toetsingsbevoegdheid te scheppen ten aanzien van zowel verdragen als 'besluiten van volkenrechtelijke organisaties':

Artikel 65 Grondwet 1953

'Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, wanneer deze niet verenigbaar zou zijn met overeenkomsten, die hetzij vóór, hetzij na de totstandkoming der voorschriften zijn bekend gemaakt overeenkomstig artikel 66.'

Artikel 67, tweede lid, Grondwet 1953

'Ten aanzien van besluiten van volkenrechtelijke organisaties zijn de artikelen 65 en 66 van overeenkomstige toepassing.'

3.1.2 De herziening van 1956

De grondwetsherziening die in 1956 haar beslag kreeg, bracht een aantal aanpassingen van de in 1953 ingevoerde bepalingen. De eerste aanpassing betrof de bevoegdheidsoverdracht aan internationale organisaties, en een wijziging in de doorwerking van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Over de opdracht van wetgevende, bestuurlijke en rechtsprekende taken aan volkenrechtelijke organisaties werd bepaald dat deze dient te geschieden 'met inachtneming, zo nodig, van het bepaalde in artikel 63' – in artikel 63 werd bepaald dat verdragen die van de Grondwet afwijken, of tot zulk afwijken nopen, slechts met ten minste twee derden van de stemmen dienen te worden goedgekeurd door beide kamers van de Staten-Generaal. Alleen onder die voorwaarde kan het Koninkrijk aan een verdrag dat van de Grondwet afwijkt (of daartoe kan nopen) worden gebonden.

De herziening betrof ook de bepalingen die in 1953 in de Grondwet waren opgenomen over doorwerking van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties. De geschiedenis van deze laatste herziening kort

⁷⁵ Het toenmalige artikel 124, tweede lid, Grondwet.

samenvattend,⁷⁶ kunnen we zeggen dat haar aanleiding was gelegen in de onduidelijkheid over de reikwijdte van de doorwerkingsbepalingen. Een deel van de onzekerheid kwam voort uit de formulering van de bepaling die, in navolging van het voorstel van de Commissie-Van Eysinga, in 1953 werd opgenomen en luidde:

‘De overeenkomsten verbinden een ieder, voorzover zij zijn bekend gemaakt’ (artikel 66, tweede lid, Grondwet 1953).

Al bij de grondwetswijziging van 1953 was hierover enige discussie ontstaan.⁷⁷ Binden ook verdragen die slechts een opdracht aan de staat geven tot het regelen van een bepaalde materie in de nationale wetgeving werkelijk ‘een ieder’? De meningen liepen uiteen. Men meende aan de onzekerheid een einde te kunnen maken door in de Grondwet voortaan alleen te spreken over een doorwerking met voorrang op strijdige nationale regelgeving van ‘bepalingen die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden’. Slechts deze kon de rechter toepassen met terzijdestelling van strijdig nationaal recht. De toepassing van andere internationale verplichtingen was aan de wetgever en de uitvoerende macht.

Artikelen 65 en 66, Grondwet 1956 kwamen achtereenvolgens te luiden:

‘Bepalingen van overeenkomsten, welke naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, hebben deze verbindende kracht nadat zij zijn bekend gemaakt.’

‘Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, wanneer deze niet verenigbaar zou zijn met een ieder verbindende bepalingen van overeenkomsten, die hetzij vóór, hetzij na de totstandkoming der voorschriften zijn aangegaan.’

Hiermee werd in de Nederlandse rechtsorde het verschil ingevoerd tussen enerzijds ‘een ieder verbindende bepalingen’ van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, en anderzijds bepalingen die ‘niet een ieder verbindend’ zijn – een onderscheid dat de Grondwet tot op de dag van vandaag kent. De huidige redactie luidt:

Artikel 93

‘Bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, hebben verbindende kracht nadat zij zijn bekendgemaakt.’

76 Voor een uitvoerige beschrijving en analyse, zie Brouwer, *op.cit.*, 1992, in het bijzonder pp. 121-253; Fleuren, *op.cit.*, 2004, hoofdstukken III en IV.

77 Bijvoorbeeld kamerstuk EK 1952-1953, nr. 2700, nr 10.

Artikel 94

'Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.'

3.2 Gelding van internationaal recht binnen de Nederlandse rechtsorde en verdragsgoedkeuring

Om na te kunnen gaan waar er lacunes ontstaan in de doorwerkingsregeling voor wat betreft de democratische legitimatie en rechtsbescherming, schetsen wij eerst de wijze waarop internationaal recht gelding en werking verkrijgt in de Nederlandse rechtsorde. Daartoe gaan wij in de nu volgende paragrafen in op de reikwijdte van de huidige grondwetsbepalingen en op doorwerking van internationaal recht buiten de grondwetsbepalingen om.

Het is van groot belang om twee kwesties te onderscheiden: ten eerste de vraag of een internationale norm gelding heeft binnen de Nederlandse rechtsorde; ten tweede de vraag welke norm voorrang heeft in geval een norm van internationale oorsprong en een norm van nationale oorsprong die beiden deel zijn gaan uitmaken van de nationale rechtsorde, niet met elkaar verenigbaar zijn.

Ten aanzien van de eerste vraag bestaan grosso modo twee stelsels: monisme en dualisme. In dualistische stelsels zijn de internationale en nationale rechtsorde principieel gescheiden rechtsordes. Internationale normen maken in zulke stelsels pas deel uit van de nationale rechtsorde nadat zij door een omzettingshandeling zijn getransformeerd in nationaal recht. Door deze omzetting verliezen zij in beginsel hun karakter van internationale norm. In monistische stelsels maken internationale normen vanaf het moment waarop ze voor de betreffende staat bindend worden, deel uit van de nationale rechtsorde zonder dat ze hun karakter van internationale norm verliezen.

Er zij op gewezen dat veel staten waarmee het Koninkrijk vriendschappelijke relaties onderhoudt ten aanzien van hun gelding in de nationale rechtsorde onderscheid maken tussen internationaal gewoonterecht en verdragen. Zo komt het in veel als 'dualistisch' aangeduide stelsels voor dat volkenrechtelijk gewoonterecht wèl deel uitmaakt van het nationale recht zonder omzettingshandeling, hoewel verdragen telkens moeten worden omgezet voordat ze gelding kunnen verkrijgen in de nationale rechtsorde.⁷⁸ Meestal gebeurt de omzetting van verdragen in dualistische stelsels hetzij in de vorm van, of als gevolg van, parlementaire goedkeuring en promulgatie

⁷⁸ Aldus het Verenigd Koninkrijk, waar internationaal gewoonterecht gerekend wordt tot de common law; zie voor de Bondsrepubliek, artikel 25 Grundgesetz: 'Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes.'

van de goedkeuring van het betreffende verdrag, hetzij door opneming van de tekst van het verdrag in een wet. Dit bewerkstelligt in beginsel een mate van democratische legitimatie die in monistische stelsels, waar immers verdragen onderdeel uitmaken van het geldende recht zonder dat parlementaire of wettelijke goedkeuring vereist is, niet zo vanzelfsprekend voorhanden is.

Nederland heeft een monistisch stelsel, zowel ten aanzien van het ongeschreven internationaal recht als verdragen. Dit laatste vloeit voort uit de rechtspraak en wordt veelal gebaseerd op het arrest van de Hoge Raad van 3 maart 1919, *Grenstractaat Aken*. Al kan daar wat betreft deze *locus classicus* nog wel op worden afgedongen (het zich kunnen beroepen op het betreffende verdrag werd in deze zaak door de Hoge Raad toegelaten omdat het door het parlement bij wet was goedgekeurd, hetgeen niet bij alle verdragen noodzakelijk was), het staat vast dat sedertdien de jurisprudentie ervan uitgaat dat voor het Koninkrijk bindend internationaal recht geldt dat het vanaf het moment van naar internationaal recht juridisch bindend worden deel uitmaakt van de Nederlandse rechtsorde.

Voor wat betreft verdragen moet hieruit worden afgeleid dat de grondwettelijke regeling van de parlementaire goedkeuring (artikel 91 Grondwet) niet primair beoogt het verdrag gelding te verlenen in de nationale rechtsorde (uiteraard zodra het volkenrechtelijk inwerking treedt), doch uitsluitend de verhouding tussen regering en parlement reguleert.⁷⁹ Wel is het natuurlijk zo, dat als het parlement weigert goed te keuren, het verdrag in de regel geen deel uit komt te maken van de Nederlandse rechtsorde.⁸⁰ Maar ook verdragen die ingevolge de uitzonderingsbepalingen van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen niet aan de goedkeuring van het parlement worden onderworpen, gelden vanaf hun inwerkingtreding binnen de Nederlandse rechtsorde. Parlementaire goedkeuring is dus geen voorwaarde voor gelding van verdragen binnen de Nederlandse rechtsorde.

In verband met het constitutionele beginsel dat burgers bindende besluiten niet zonder wettelijke grondslag tot stand behoren te worden gebracht, dat wil zeggen met enigerlei vorm van directe of indirecte instemming van de volksvertegenwoordiging, zij nog op het volgende gewezen. In beginsel dient elk verdrag aan de voorafgaande goedkeuring van de Staten-Generaal te

79 Dit anders dan in de Bondsrepubliek, waar men parlementaire goedkeuring veelal als essentieel beschouwt voor de omzettingshandeling.

80 'In de regel', want ingevolge artikelen 10 tot en met 12 van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen, kan het Koninkrijk zonder voorafgaande parlementaire goedkeuring worden gebonden aan spoedeisende en geheime verdragen. Op dat moment kan het parlement nog niet de goedkeuring onthouden, en dus niet voorkomen dat het Koninkrijk gebonden wordt en het verdrag deel uitmaakt van het in Nederland toepasbare recht. Daarbij dient te worden opgemerkt dat dezelfde Rijkswet bepaalt dat bedoelde verdragen slechts kunnen worden aangegaan onder het voorbehoud van beëindiging ingeval van onthouding van parlementaire goedkeuring na binding aan het verdrag nadat het ter goedkeuring is voorgelegd (bij spoedeisende verdragen 'zo spoedig mogelijk', bij geheime verdragen indien het geheime karakter daaraan ontvallen is).

worden onderworpen – een bijna unieke regel.⁸¹ De Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen regelt de wijze waarop dit gebeurt: hetzij uitdrukkelijk, in welk geval het verdrag bij wet dient te worden goedgekeurd, hetzij stilzwijgend door voorlegging van het verdrag aan de beide kamers van het parlement die niet binnen een termijn van dertig dagen vragen om uitdrukkelijke goedkeuring. Daarnaast regelt deze Rijkswet in artikel 7 de uitzonderingen op het goedkeuringsvereiste, waaronder de uitvoeringsverdragen, verdragen waarvoor dat bij wet bepaald is, kortlopende goedkope verdragen, en geheime en vertrouwelijke verdragen. Geen criterium voor uitdrukkelijke of ook maar stilzwijgende goedkeuring is de vraag of het verdrag een ieder verbindende bepalingen bevat – ook in dit geval wijken we hierin af van wat in veel andere landen gebruikelijk is, waar juist de verdragen die de rechten en plichten van burgers raken of wetgevend zijn parlementaire goedkeuring noodzakelijk maken.⁸²

De Rijkswet is op dit punt een aanmerkelijke inbreuk op het legaliteitsbeginsel, en betekent dat er geen waarborg is voor de democratische legitimatie die de Grondwet overigens verschaft voor burgers bindende regelgeving. Het staat buiten elke twijfel dat de regering geen zelfstandige regelgevende bevoegdheid heeft tot het opleggen van plichten aan burgers. Toch is hiervan in wezen sprake bij de binding van het Koninkrijk aan verdragen als die een ieder verbindende bepalingen bevatten. Dat het een wet zelf is die deze regeling geeft, de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen, is uiteraard geen tegemoetkoming aan de legaliteitseis. Sedert het arrest van de Hoge Raad van 13 januari 1879 (*Meerenberg*) staat immers vast dat een ‘blanketwet’ die niet aanwijst welke verplichtingen op burgers rusten doch het vaststellen daarvan overlaat aan een regeringsbesluit staatsrechtelijk onaanvaardbaar is.⁸³ In wezen is van zo’n blanco delegatie aan de regering sprake als de regering zonder parlementaire goedkeuring het Koninkrijk kan binden aan verdragen die een ieder verbindende bepalingen bevatten.

81 Een ander land waar de Grondwet een algemene regel kent van parlementaire goedkeuring van verdragen is Luxemburg. Artikel 37, eerste en tweede lid, Constitution: ‘Le Grand-Duc fait les traités. Les traités n’auront d’effet avant d’avoir été approuvés par la loi et publiés dans les formes prévues pour la publication des lois.

Les traités visés au Chapitre III, § 4, art. 49bis, sont approuvés par une loi votée dans les conditions de l’art. 114, al. 5.’ [Dit laatste slaat op verdragen waarbij wetgevende, bestuurlijke of rechtsprekende bevoegdheden worden overgedragen; deze vergen dezelfde procedure als voor een grondwetswijziging.]

De rechtspraak maakt op de noodzaak van parlementaire goedkeuring een uitzondering voor tijdelijke en onbelangrijke verdragen: ‘Les accords qui, en raison de leur caractère temporaire et provisoire, ne constituent que des arrangements d’un intérêt secondaire, sont affranchis de l’approbation parlementaire.’ Cour 4 juillet 1951, *Pasicrisisie Luxembourgeoise*, vol. 15, p. 149.

82 Zoals Duitsland, Frankrijk, Italië, Spanje, Griekenland, België, Polen, Tsjechië, Slowakije, Finland, Denemarken, Noorwegen, Zweden.

83 Het is dan ook vaste legiprudentie van de Raad van State dat de wet ten minste de hoofdzaken dient te regelen voor wat betreft op te leggen plichten aan burgers, en dat slechts nadere regeling kan worden gedelegeerd aan de regering of een minister.

Men mag ook twijfelen over de kwestie in hoeverre stilzwijgende parlementaire goedkeuring een ieder verbindende bepalingen bevattende verdragen, voldoet aan de legaliteitseis. Verschillende overwegingen kunnen een rol spelen.

Het Nederlandse staatsrechtelijke legaliteitsbeginsel heeft betrekking op wetgeving als bedoeld in artikel 81 (en volgende) van de Grondwet, dat wil zeggen op een positief handelen van Staten-Generaal en regering; wetgeving bij stilzwijgen bestaat niet. Er bestaan weliswaar 'voorhangprocedures' bij lagere regelgeving, maar het gaat dan altijd om *gedelegeerde* regelgeving die, als het gaat om het opleggen van plichten aan burgers, altijd een specifieke basis in de wet moet hebben. De 'voorhang' is dan als het ware een tweede parlementaire bemoeienis. De enige basis voor het opleggen van plichten die aan burgers worden opgelegd door middel van parlementair stilzwijgen, is artikel 91, tweede lid, van de Grondwet, dat bepaalt dat de wet kan voorzien in stilzwijgende parlementaire goedkeuring van verdragen. De vraag is of deze bepaling een zo verre gaande uitleg kan worden gegeven dat zij een afwijking van het legaliteitsbeginsel zou toestaan, in de zin dat een verdrag burgers plichten kan opleggen als het parlement daar niet uitdrukkelijk mee heeft ingestemd. De tekst van de bepaling biedt geen uitsluitel. Bij de grondwetsherziening van 1983 is de kwestie van de reikwijdte van een eventuele stilzwijgende goedkeuring niet uitdrukkelijk aan de orde geweest. De Memorie van Toelichting beperkte zich tot de opmerking dat het 'niet waarschijnlijk [is] dat de wetgever verdragen, die de mogelijkheid van uitlevering van Nederlanders bevatten, zal schicken onder de verdragen waarvoor geen goedkeuring is vereist, of voor deze verdragen zal voorzien in stilzwijgende goedkeuring' – uitlevering van Nederlanders zou slechts 'krachtens verdrag' geschieden, en de vraag rees of dit niet een omzeilen van de wetgever zou behelzen in geval het betreffende verdrag geen parlementaire goedkeuring behoeft, of dat het stilzwijgend wordt goedgekeurd.⁸⁴

Uit het antwoord op die vraag mag men afleiden dat naar de opvatting van de regering een dergelijke ingrijpende maatregel positief handelen zou vergen, en stilzwijgende goedkeuring niet voldoende zou zijn. Ook in de memorie van antwoord stelde de regering ondubbelzinnig 'dat het hier een zeer ingrijpende maatregel betreft, die niet buiten het parlement om dient te worden geregeld'.⁸⁵ Dit zijn aanwijzingen dat de organieke wetgever (thans de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen) gebonden is aan het legaliteitsbeginsel, en dat positief wetgevend handelen van het parlement gewenst, zo niet vereist was. Aldus kan men concluderen dat dit ook voor andere een ieder verbindende bepalingen die burgers belastende maatregelen behelzen het legaliteitsbeginsel uitdrukkelijke goedkeuring vergt. Daar staat tegenover dat in wezen het denken van de toenmalige grondwetgever niet trad buiten het kader dat in de Grondwet van 1953 was geschapen voor

84 Kamerstukken Tweede Kamer, 1977-1978, 15049 (R 1100), nrs. 1-4, p. 8.

85 Kamerstukken Tweede Kamer, 1979-1980, 15049 (R 1100), nr. 7, p. 8.

verdragsgoedkeuring. Er zijn aanwijzingen dat toen werd verondersteld dat stilzwijgende goedkeuring ook kon worden gebruikt voor verdragen die een ieder verbindende bepalingen bevatte. Dat dit geheel anders komt te liggen op het moment dat de kwestie van de wijze van goedkeuring niet meer door de Grondwet zelf maar door de wetgever moet worden geregeld, heeft men bij de herziening van 1983 niet voldoende beseft. Het blijft daarom gissen of men werkelijk bedoelde om in artikel 91, tweede lid, Grondwet een grondwettelijk mandaat te verlenen tot het binden van burgers aan verdragen zonder dat het parlement daar uitdrukkelijk mee instemt. Hoe dit zij, dat die binding van burgers aan hen belastende voorschriften zonder uitdrukkelijke parlementaire instemming mogelijk maakt, op gespannen voet staat met het legaliteitsbeginsel moge duidelijk zijn.

In verband met de vraag wanneer verdragen deel uitmaken van de Nederlandse rechtsorde verdienen twee bijzondere gevallen een korte nadere bespreking: die van verdragen die afwijken van de Grondwet, en de bekendmakingseis voor verdragsbepalingen die een ieder verbinden.

3.2.1 *Verdragen die van de Grondwet afwijken*

Van de Grondwet afwijkende verdragen, of verdragen die kunnen nopen tot afwijken van de Grondwet, moeten altijd aan de (uitdrukkelijke) goedkeuring van het parlement worden onderworpen, en deze kunnen slechts worden goedgekeurd met een meerderheid van ten minste twee derden van de stemmen. Deze verdragen kunnen dus nimmer deel gaan uitmaken van de Nederlandse rechtsorde, tenzij zij goedgekeurd zijn bij gekwalificeerde meerderheid in de Staten-Generaal. Per saldo is daarom het gevolg van deze regeling praktisch gelijk aan die van een dualistische benadering: verdragen die afwijken van de Grondwet kunnen geen deel uitmaken van de Nederlandse rechtsorde dan na goedkeuring door het parlement (en wel bij gekwalificeerde meerderheid).

Hier zij opgemerkt dat, hoewel niet geheel onomstreden want sterk afwijkend van gebruikelijke beginselen van rechterlijke uitleg die de Hoge Raad heeft gebruikt bij de uitleg van de Nederlandse Grondwet, de regering in navolging van de Raad van State beslissend acht dat van een (noodzaak tot) afwijken van de Grondwet sprake is wanneer een verdragsbepaling van een *letterlijke* grondwetsbepaling afwijkt (of tot zo'n afwijken noopt).⁸⁶ Afwijkin-

86 In de praktijk wordt bij het bepalen van de betekenis van een grondwetsartikel aldus de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten en strekking niet of nauwelijks in aanmerking genomen, omdat de letter beslist (aldus wordt onder 'rechter' in artikel 15 Grondwet ook 'buitenlandse rechter' verstaan). Deze benadering wijkt af van gebruikelijke beginselen van rechterlijke uitleg die de Hoge Raad heeft gebruikt bij de uitleg van de Nederlandse Grondwet. Het arrest HR 13 januari 1879, W4330, Meerenberg zou nimmer kunnen zijn gewezen onder de hier door de regering voorgestane methode van grondwetsuitleg; dit geldt ook voor belangrijke arresten bijvoorbeeld op het gebied van de grondwettelijke grondrechten, zoals HR 28 november 1950, NJ 1951, 137, Tilburg.

gen van de strekking van grondwetsbepalingen bezien binnen het stelsel van de Grondwet en de bedoeling van de bepaling vallen volgens de regering niet onder artikel 91, derde lid, van de Grondwet. Dit betekent dat de democratische en rechtsstatelijke beginselen die ten grondslag liggen aan de Grondwet niet uitdrukkelijk zijn gewaarborgd.

Daarnaast zij erop gewezen dat de regering, Tweede en Eerste Kamer, onderling van mening kunnen verschillen over de vraag of een verdrag wel of niet afwijkt van een grondwetsbepaling, terwijl de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking voorschrijft dat de toepassing van artikel 91, derde lid, van de Grondwet in de goedkeuringswet tot uitdrukking moet komen.⁸⁷ Dit kan leiden tot een patstelling, met name wanneer een der kamers het goedkeuringsvoorstel aanneemt met een meerderheid bestaande uit minder dan twee derden van de uitgebrachte stemmen. Daarom wordt in de praktijk in het midden gelaten of een verdrag daadwerkelijk afwijkt en wordt in voorkomende gevallen de formule gebruikt dat ‘de goedkeuring geschiedt voor zover nodig met inachtneming van het bepaalde in artikel 91, derde lid, van de Grondwet.’⁸⁸ Deze formule maakt het echter onmogelijk vast te stellen of de wetgever van mening is dat het verdrag afwijkt van de Grondwet. Dit is ook thans niet vast te stellen bij gebruik van de formule dat het verdrag is goedgekeurd ‘voor zover nodig’ met gebruikmaking van artikel 91, derde lid, van de Grondwet. Deze formulering laat immers in het midden of er naar het oordeel van de wetgever nu wel of niet afgeweken wordt door het verdrag, c.q. het verdrag tot afwijken noopt.

Ten slotte zij aangegeven hoe in dit systeem moet worden omgegaan met een mogelijk toekomstig afwijken van de Grondwet. Tijdens de parlementaire behandeling is immers niet in alle gevallen duidelijk in welk opzicht een verdrag zich ontwikkelt, of – in geval van een constituerend verdrag – welke besluiten een bij dat verdrag opgerichte volkenrechtelijke organisatie zal gaan nemen. Uit het voorschrift van artikel 91, derde lid in samenhang met het eerste lid, van de Grondwet volgt dat het Koninkrijk niet mag worden gebonden aan een verdrag dat afwijkt van de Grondwet tenzij de kamers daaraan met gekwalificeerde meerderheid hun goedkeuring hechten. Zodra zich *achteraf* een afwijking voordoet, of blijkt dat het verdrag tot afwijken noodzaakt, dan dient derhalve het verdrag opnieuw ter goedkeuring te

87 Artikel 6, Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen: ‘

1. Indien een verdrag bepalingen bevat welke afwijken van de Grondwet of tot zodanig afwijken noodzaken, wordt dit verdrag aan de uitdrukkelijke goedkeuring onderworpen.
2. In het voorstel van wet tot goedkeuring van een zodanig verdrag wordt tot uitdrukking gebracht dat de goedkeuring wordt verleend met inachtneming van het bepaalde in artikel 91, derde lid, van de Grondwet.’

88 Zie hierover de studie van de Universiteit Utrecht in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties: De constitutionele bepalingen over verdragen die van de Grondwet afwijken en de opdracht van bevoegdheid aan internationale organisaties. Kamerstuk 27 484 (R 1669), vergaderjaar 2002-2003, nr. 289 [Eerste herdruk; Tweede Herdruk] 66 pp.

worden voorgelegd. Dit is de enige praktische wijze om de Grondwet te eerbiedigen en de gelegenheid te hebben het betreffende verdrag constitutionele en democratische legitimiteit te verschaffen. Indien het betreffende verdrag niet de vereiste goedkeuring verwerft, staan aan de regering verschillende wegen open. In beginsel is zij verplicht tot opzegging van het verdrag over te gaan, met inachtneming van het Weens Verdrag inzake het verdragenrecht.⁸⁹ Het is echter eveneens soms niet onmogelijk ten aanzien van de bepaling of bepalingen die afwijken van de Grondwet een voorbehoud te maken, waardoor deze bepalingen niet een van de Grondwet afwijkende werking kunnen verkrijgen in Nederland. Wanneer een verdrag volkenrechtelijk niet kan worden opgezegd, dan zal elk verstandig parlement alsnog met de vereiste meerderheid goedkeuren. Doet het parlement dat niet of niet zonder meer, dan doet zich een conflict voor tussen de waarde van democratie en die van de gebondenheid aan het recht, althans bepaalde delen daarvan. Dan zal moeten worden afgewogen welke democratische en rechtsstatelijke legitimatie dat recht heeft, en welke waarde voorgaat: die van de democratische rechtsstaat of die van de naleving van een verdrag waaraan het Koninkrijk (naar later bleek) ooit op ongrondwettige wijze gebonden werd.

3.2.2 Bepalingen die een ieder verbinden in artikel 93 van de Grondwet

Bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties die een ieder verbinden, hebben verbindende kracht nadat zij zijn bekendgemaakt, zo bepaalt artikel 93 van de Grondwet. Deze bepaling wordt in de literatuur vaak begrepen als een matiging van het monisme van het Nederlandse stelsel van doorwerking.⁹⁰ Dit dient dan waarschijnlijk zo te worden begrepen dat zonder voorafgaande bekendmaking een bepaling geen gelding kan hebben, althans geen gelding jegens particulieren en in die zin geen deel uitmaakt van de Nederlandse rechtsorde.

Er is ter zake van de werking van een *niet* bekendgemaakte internationale bepaling die ten nadele strekte van een groep burgers, slechts één rechterlijke uitspraak, en wel van een lagere rechter, voorhanden. Aan de orde was een bepaling van een besluit van een volkenrechtelijke organisatie, de Internationale Burgerluchtvaart Organisatie, over obstakelvrije aanvliegroutes bij

89 In het bijzonder artikelen 54 en 65 en volgende.

90 A.D. Belinfante & J.L. de Reede, 2005, *Beginselen van het Nederlands staatsrecht*, 15e druk, Deventer: Kluwer, p. 157-158; (H.R.B.M. Kummeling in M.C. Burkens, e.a., 2006), *Beginselen van de democratische rechtsstaat: inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, 6e druk, Alphen aan de Rijn: Kluwer, p. 329-331; A.K. Koekkoek (red.), 2000, *De Grondwet. Een systematisch en artikelgewijs commentaar*, 3e druk, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 455-457; Th.L. Bellekom e.a., 2007, *Koopmans' Compendium van het staatsrecht*, 10e druk, Deventer: Kluwer, p. 44-46; (H.R.B.M. Kummeling in:) J.B.J.M. ten Berge (red.), 1995, *De grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg*: Burkens-bundel, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 370-372; J.M. de Meij & I.C. van de Vlies, 2004, *Inleiding tot het staatsrecht en het bestuursrecht*, 9e druk, Deventer: Kluwer, p. 198-201; C.W. Van der Pot, 2006, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, bewerkt door prof. Mr. D.J. Elzinga & prof. Mr. R. De Lange, 15e druk, Deventer: Kluwer, p. 697-699.

start- en landingsbanen. Het betrof een vonnis van de Rotterdamse rechtbank in een zaak over een kapvergunning bij de luchthaven Rotterdam. In het vonnis werd aangenomen dat het niet bekend gemaakte besluit voor Nederland bindend was geworden, vanwege achterwege gebleven publicatie weliswaar niet 'rechtstreekse werking' kan hebben en dus geen voorrang op strijdig nationaal recht, maar overigens wel degelijk de werking kan hebben dat een krachtens de APV bevoegde gemeentelijke overheid (i.c. het bestuur van een deelgemeente) op grond van het internationale besluit een kapvergunning aan een andere gemeentelijke overheid (de gemeente) moet verlenen.⁹¹ In deze opvatting maken dus ook *niet* bekendgemaakte internationale bepalingen vanaf het moment dat ze voor Nederland verbindend zijn geworden deel uit van de rechtsorde en kunnen zij ten nadele van burgers worden toegepast, zij het niet als een 'een ieder verbindende bepaling'. Een 'matiging' van het monisme als gevolg van het bekendmakingsvereiste schuilt in deze opvatting dus niet in de interne gelding van het betreffende internationale recht, maar in de voorrang daarvan. Het is vooralsnog onduidelijk of deze zienswijze in hoogste instantie stand zou houden.

3.3 Doorwerking op grond van de artikelen 93 en 94 Grondwet

Om na te gaan waar er lacunes ontstaan in de doorwerkingsregeling en met name om deze regeling voor wat betreft de democratische legitimatie en rechtsbescherming te bestuderen, schetsen wij in deze paragraaf eerst de reikwijdte van de huidige grondwetsbepalingen, zoals hierboven weergegeven (par. 3.1.2).

Deze artikelen regelen de werking en voorrang van 'een ieder verbindende bepalingen' van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties voorzover deze verdragen en besluiten het Koninkrijk volkenrechtelijk binden. Uit de grondwetsartikelen volgt ten eerste dat bepalingen van zulke verdragen en besluiten 'een ieder' kunnen binden mits ze zijn bekendgemaakt (artikel 93 Grondwet). Deze bekendmakingseis is te beschouwen als een randvoorwaarde voor de bindende werking van de betreffende internationale bepalingen binnen de Nederlandse rechtsorde jegens een ieder (maar het slot van de voorgaande paragraaf toont aan dat dit in de lagere jurisprudentie in rechte nog niet vaststaat). Bovendien hebben deze internationale bepalingen voorrang op nationale wettelijke bepalingen in geval van strijdigheid tussen nationale bepalingen en deze vormen van internationaal recht: de *rechter* dient in voorkomend geval nationale wettelijke voorschriften te toetsen aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, in die zin dat bij gebleken onverenigbaarheid de nationale wettelijke voorschriften buiten toepassing moeten worden gelaten.

91 Rechtbank Rotterdam, 27 juni 2000, Bewonersgroep tegen vliegtuigoverlast, LJN-nummer: AA7335 Zaaknr: APV 98/2091-51.

Hoewel deze bepalingen niet uitdrukkelijk de werking en voorrang van andere vormen van internationaal recht regelen, heeft de Hoge Raad kort na het totstandbrengen van de grondwetsherziening van 1956 vastgesteld dat deze grondwetsbepalingen *a contrario* moeten worden uitgelegd: de rechter kan nationale wettelijke voorschriften niet toetsen aan deze andere vormen van internationaal recht in de zin dat deze vormen van internationaal recht geen voorrang kunnen hebben op nationale wettelijke voorschriften, althans op de formele wet. We gaan hierop in een volgende paragraaf nader in. Hier beperken wij ons tot een beknopte uiteenzetting over de doorwerking en voorrang van 'een ieder verbindende bepalingen' als bedoeld in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet.

3.3.1 Een ieder verbindende bepalingen

Er is een omvangrijke literatuur over het begrip 'een ieder verbindende bepalingen' in de artikelen 93 en 94 van de Grondwet, en over de jurisprudentie ter zake. De meest recente en belangrijke bijdrage is de dissertatie van Fleuren.⁹² Zonder te pretenderen in alle opzichten volledig te zijn, kunnen wij als belangrijkste bevinding vaststellen dat, wil een bepaling van een verdrag of van een besluit van een volkenrechtelijke bepaling gekwalificeerd kunnen worden als 'een ieder verbindend', deze voor onmiddellijke toepassing vatbaar moet zijn in aan de rechter voorgelegde gevallen. Een formulering die de Hoge Raad in dit verband hanteert, is dat het moet gaan om een bepaling waarvan de inhoud van dien aard is dat zij 'in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren'.⁹³ In het bijzonder is het nodig dat de betreffende bepaling niet nog nader moet worden uitgewerkt door een handeling van de wetgever of, in voorkomende gevallen, de uitvoerende macht teneinde de betreffende norm compleet te maken. Een dergelijke wetgevende of executieve uitwerkingshandeling kan in veel gevallen noodzakelijk zijn, omdat de internationale norm naar haar inhoud discretionaire ruimte laat ten aanzien van de specifieke wijze waarop zij in de nationale rechtsorde dient te worden nageleefd.

Daarnaast is het denkbaar dat de toepassing van een bepaling de aanwijzing kan vergen van een bevoegd bestuursorgaan. Anders gezegd, in het algemeen wijzen verdragsbepalingen en bepalingen van besluiten van internationale organisaties niet aan welke nationale overheidsinstantie bevoegd is om de betreffende bepaling toe te passen. Het legaliteitsbeginsel dat naar Nederlandse opvatting wezenskenmerk is van de rechtsstaat maakt nodig dat er een wettelijke of grondwettelijke grondslag is voordat een overheidsinstantie een bepaling kan toepassen jegens burgers.

⁹² Fleuren, *op.cit.*, 2004.

⁹³ De formulering werd voor het eerst geformuleerd in het standaardarrest HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688 (spoorwegstaking). Zij wordt gevolgd in Hof 's-Gravenhage 20 januari 2000, bevestigd in HR 1 februari 2002, NJ 2003/535; Rechtbank 's-Gravenhage 25 juli 2007, NJ 2007/535.

In gevallen waarin de internationale bepaling niet van dien aard is dat zij in de Nederlandse rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren, dus niet 'compleet is', is de bepaling *niet* 'een ieder verbindend'. Wanneer een internationale bepaling daarentegen geen handeling van wetgevende of uitvoerende aard vergt om te kunnen worden toegepast, en ook overigens voldoende precies is voor wat betreft het recht die de bepaling toekent c.q. de plicht die zij oplegt aan burgers, dan zal de rechter deze bepaling beschouwen als 'een ieder verbindend'. Er zij op gewezen dat de rechter bij het beantwoorden van de vraag of een bepaling naar haar inhoud 'een ieder verbindend' is – ook in de bovenvermelde zin van 'zonder meer als objectief recht kunnen functioneren' – een verscheidenheid aan argumenten hanteert, zoals de bewoordingen van de bepaling, de kennelijke bedoeling van de verdragsluitende partijen, de opvatting van de regering⁹⁴, enzovoorts.⁹⁵ De veelheid van argumenten die rechters aan hebben gevoerd voor of tegen de 'een ieder verbindendheid' van de betreffende bepalingen, is aanleiding geweest voor de nodige kritiek in de literatuur. Vaak is dit uitgemond in een pleidooi om de in 1956 in de Grondwet ingevoerde beperking tot 'een ieder verbindende bepalingen' weer af te schaffen.⁹⁶ Hierop komen wij hieronder nog terug (zie paragraaf 4.3.2).

Er zij er hier nog op gewezen dat de vraag of een internationale bepaling een ieder verbindend is, onmiddellijk samenhangt met de machtenscheiding. Bepalingen die *niet* een ieder verbindend zijn, dienen immers primair door de wetgever en de uitvoerende macht te worden uitgevoerd; de toepassing van de internationale verplichting is derhalve primair aan deze machten overgelaten. De toepassing van 'een ieder verbindende bepalingen' van internationaal recht is echter ook een primaire taak voor de rechter. Naar Nederlandse opvatting is het in laatste instantie aan de rechter om uit te maken of een verdragsverplichting door hem kan worden toegepast of niet. Weliswaar neemt de rechter veelal de opvatting van de wetgever of regering mee in zijn bepaling, maar bindend acht de rechter deze niet.⁹⁷ Dit betekent dat de

94 Rechtbank 's-Gravenhage 7 september 2005 (SGP), AB 2005, 398.

95 Fleuren groepeerde de verschillende argumenten op basis waarvan wordt beoordeeld of een bepaling een ieder kan verbinden in de volgende categorieën: de bedoeling van verdragspartijen, of een bepaling verplicht tot het treffen van een nationale regeling, de adressaat van de bepaling (en of het verdrag slechts bestemd is te binden in de betrekkingen tussen staten), de formulering 'verbindt zich tot' in verdragsbepalingen, de verplichting tot het nemen van maatregelen, rechtstreekse toepasbaarheid door de rechter, concreetheid van de bepaling, of tot en overheidsprestatie wordt verplicht, het standpunt van regering of wetgever, Fleuren, *op.cit.*, 2004, 235-320.

96 Onder meer A.W. Heringa, 'Terug naar af: waarom het begrip een ieder verbindende bepalingen van verdragen slechts tot verwarring leidt', in: *Staatkundig Jaarboek* 1985, Leiden, p. 133-144, Fleuren, *op.cit.*, 2004, 432-436.

97 In de Verenigde Staten, waar men eveneens een onderscheid maakt tussen rechtstreeks werkende verdragsbepalingen en bepalingen die niet rechtstreeks werken kent, ligt dit anders. Rechters volgen daar de opvatting van het Congres, Senaat en President ter zake van de rechtstreekse werking. In de praktijk betekent dit dat ook mensenrechtenverdragen als het IVBPR aldaar geen rechtstreekse werking hebben.

rechter aan zijn rol bij verdragsinterpretatie een aanmerkelijk sterkere rol ontleent dan ingeval de kwestie primair aan de wetgever of het bestuur zou zijn. Naarmate hij eerder aanneemt dat een bepaling 'een ieder verbindend is', wordt zijn macht groter ten opzichte van de wetgever en uitvoerende macht.

Hierboven is al gewezen op het idee dat de rechter in dit opzicht een steeds actievare en zelfs activistische rol is gaan spelen, in het bijzonder in zaken betreffende de sociale wetgeving. Uitvoerig onderzoek ter zake levert echter op dat dit in elk geval niet opgaat ten opzichte van de rol van de Centrale Raad van Beroep en diens toetsing van sociale wetgeving aan het discriminatieverbod van artikel 26 IVBPR. Integendeel, het was daar de wetgever die aangaf dat de bepaling rechtstreeks zou werken, terwijl de Centrale Raad van Beroep nog geruime tijd volhield dat de wetgever ter zake de vrijheid moest worden gegund om de wetgeving aan te passen alvorens de verdragsbepaling 'een ieder verbindend' te kunnen beschouwen.⁹⁸ Iets anders is, of de rechter, rechtstreekse werking eenmaal aanvaardend, in dergelijke zaken zijn oordeel omtrent de vraag of bepaalde wetgeving daadwerkelijk in strijd is met het discriminatieverbod terecht in de plaats heeft gesteld van dat van de wetgever. Maar dan gaat het niet om de vraag of een bepaling wel of niet terecht als 'een ieder verbindend' is beschouwd. Men diene dus de vraag of de rechter een internationale bepaling wel of niet 'een ieder verbindend' heeft verklaard, scherp te onderscheiden van de vraag of nationale regelgeving met zo'n bepaling in strijd is.

3.3.2 *Buiten toepassing laten*

Als de rechter heeft vastgesteld dat een bepaling 'een ieder verbindend' is in de boven aangeduide zin, kan de rechter nagaan of er sprake is van strijdigheid tussen een dergelijke bepaling en een bepaling van nationale oorsprong. Indien daarvan sprake is, dan dient de rechter het wettelijke voorschrift van nationale oorsprong buiten toepassing te laten. Het gaat hier in eerste instantie om wat in de Duitse rechtsleer wel *Anwendungsvorrang* wordt genoemd: het betreffende voorschrift wordt als zodanig niet onverbindend, maar dient in het voorliggende geval terzijde te worden geschoven ten gunste van de toepassing van de internationale norm. Opgemerkt zij dat het effect van buiten toepassing laten uiteraard hetzelfde kan zijn als dat van 'onverbindend verklaren' van de nationale norm, met name wanneer een buiten toepassing gelaten nationale norm zich voor geen enkele andere toepassing meer leent dan een die strijdig is met de internationale norm. Bovendien blijkt de rechter in voorkomende gevallen van strijdigheid tussen een internationale bepaling die een ieder verbindt en een nationaal wettelijk voorschrift soms over te gaan tot de onverbindendverklaring van het wet-

⁹⁸ Zie Woltjer, *op.cit.*

telijk voorschrift, vooral ten aanzien van strafbepalingen in gemeentelijke verordeningen.⁹⁹

Een snel en niet uitputtend onderzoek naar het aantal malen dat de rechter ertoe is overgegaan wettelijke bepalingen wegens strijd met een ieder verbindende bepalingen buiten toepassing te laten op grond van artikel 94 Grondwet levert op dat dit niet buitengewoon frequent gebeurt. Tussen 11 januari 1995 en 21 oktober 2008 vinden we in totaal 28 gevallen van buiten toepassing laten. In 19 van deze gevallen vond er een expliciete verwijzing plaats naar de artikelen 93 en/of 94 Grondwet (dus in de overige negen gevallen is er impliciet gerefereerd aan deze artikelen). Dit is op een aantal van vele honderden gepubliceerde rechterlijke uitspraken waarin de rechter gevraagd is op grond van artikel 94 van de Grondwet te toetsen.

3.3.3 Artikel 94 Grondwet en van de Grondwet afwijkende internationale bepalingen

De onderzoeksopdracht is in het bijzonder ingegeven door de zorg om democratische en rechtsbeschermingswaarden, als constitutionele waarden die ten grondslag liggen aan de Nederlandse rechtsorde, te waarborgen in het licht van internationaliseringstendenzen waarin deze waarden niet te allen tijde worden geëerbiedigd. Deze waarden, in het bijzonder de waarde van de democratische legitimatie van burgers bindende besluitvorming, zijn belichaamd in de Grondwet. Alleen daarom al dient enige bijzondere aandacht te worden geschonken aan de positie van bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties die afwijken, of nopen tot afwijken, van de Grondwet (verder 'van de Grondwet afwijkende bepalingen').

In de literatuur wordt aangenomen dat het begrip 'wettelijke voorschriften' in artikel 94 van de Grondwet tevens de bepalingen van de Grondwet zelf en van het Statuut voor het Koninkrijk omvatten, en wel op grond van de grondwetsgeschiedenis, al dan niet in samenhang met een leerstellige benadering waarin internationaal recht in algemene zin voorrang boven nationaal recht toekomt. Wat betreft deze kwestie ten aanzien van bepalingen van het Statuut zij verwezen naar de paragraaf 3.4.5 hieronder.¹⁰⁰ We beperken ons hier tot de verhouding tussen 'een ieder verbindende bepalingen' van internationaal recht en de Grondwet.

99 Bijvoorbeeld het in cassatie in stand gehouden vonnis van Rb Utrecht in HR 7 februari 1984, NJ 84, 740, AB 84, 274, Utrechts tippelverbod; zie ook de conclusie van AG Leijten bij dit arrest, paragraaf 7. Over 'onverbindend' en 'buiten toepassing' verklaren van gemeentelijke verordeningen, zie J.G. Brouwer en A.E. Schilder, 'Gemeentelijke verordeningen', *Ars Aequi Libri*, Nijmegen derde druk 2004, p. 70-73.

100 Meer uitvoerig en toegespitst op de vraag naar toetsing van EG- en EU-recht, zie Besselink c.s. 2002, pp. 44-50; zie meer algemeen Hoogers en Nap, *Het Statuut, de Grondwet en het internationale recht*, 2004, <<http://irs.ub.rug.nl/ppn/292836953>>, laatst geconsulteerd op 18 september 2008.

Dat 'een ieder verbindende' bepalingen altijd voorrang hebben op grondwetsbepalingen, was niet de opzet van het amendement-Serrarens waarmee het huidige artikel 94 in de Grondwet is opgenomen. Het ging toen alleen over een beperking van de 'onschendbaarheid van de wet', niet over het buiten toepassing laten van de voorschriften van de Grondwet. Tegen de thans vigerende overwegend grondwetshistorische uitleg die op latere stellingen van bij de grondwetsherziening betrokken organen zijn gebaseerd, zijn intussen bedenkingen van grondwetssystematische aard geuit. Mede met het oog op alternatieven voor de huidige constitutionele stand van zaken worden deze hier kort beschreven.¹⁰¹

De crux van de alternatieve, grondwetssystematische visie ligt in de ongerijmdheid van enerzijds het vereiste dat het Koninkrijk alleen mag worden gebonden aan van de Grondwet afwijkende verdragen als het gekwalificeerd meerderheidsvereiste van grondwetsherziening is behaald bij goedkeuring, en anderzijds de stelling dat ook grondwettelijke bepalingen buiten toepassing moeten worden gelaten indien het 'een ieder verbindende bepalingen' van bij gewone meerderheid goedgekeurde verdragen betreft. Ook bij gewone meerderheid goedgekeurde verdragen kunnen zo praktisch en feitelijk leiden tot een wijziging van de Grondwet. Daarnaast is een systematisch argument gelegen in de verhouding tussen artikel 120 van de Grondwet, artikel 91, derde lid, van de Grondwet, en artikel 94 van de Grondwet. Artikel 120 van de Grondwet verbiedt het de rechter te treden in de beoordeling van de grondwettigheid van verdragen. Het is derhalve aan de Staten-Generaal voorbehouden te bepalen of een verdrag al dan niet verenigbaar is met de Grondwet in de zin van artikel 91, derde lid, van de Grondwet. Anders gezegd: de rechter mag zijn oordeel niet in de plaats stellen van dat van de wetgever. Wanneer nu onder 'wettelijke voorschriften' mede grondwetsbepalingen zouden moeten worden begrepen, dan zou de rechter geroepen kunnen worden om te oordelen over de verenigbaarheid van verdrag en Grondwet, hetgeen artikel 120 Grondwet hem verbiedt, omdat anders de rechter dan tot een andere conclusie kan komen omtrent de verenigbaarheid van Grondwet en verdrag dan die van de wetgever.

De alternatieve grondwetssystematische uitleg komt erop neer dat het de rechter wél is toegestaan grondwetsbepalingen te toetsen aan een verdrag waarvan de Staten-Generaal hebben geoordeeld dat het afwijkt, of kan noodzaken tot afwijken, van de Grondwet – dus wanneer de wetgever het betreffende verdrag heeft goedgekeurd met een meerderheid van ten minste twee derden van de stemmen. 'Toetsen aan een verdrag' betekent in deze context in wezen dat de rechter mag concluderen dat de grondwetsbepalingen door hem buiten toepassing mogen worden gelaten.

101 C.B. Schutte, 'De stille kracht van de Nederlandse Grondwet: Beschouwingen rond het verbod aan de rechter om verdragen aan de Grondwet te toetsen', *RMThemis* (164) 2003-3, p. 26-40.

Wanneer de rechter echter geconfronteerd wordt met een verdrag dat niet conform artikel 91, derde lid, van de Grondwet is goedgekeurd (dus een gewone meerderheid volstond), dan dient de rechter in voorkomend geval zich te onthouden van de beoordeling van de verenigbaarheid van het verdrag met de Grondwet, en altijd de Grondwet toe te passen. Artikel 120 van de Grondwet betreft immers de vraag of de rechter 'lagere' regelgeving buiten toepassing mag laten in het licht van 'hogere' regelgeving. Het gaat, als we historische constitutionele terminologie mogen gebruiken, over de onschendbaarheid van de wet en Grondwet.¹⁰² Zoals de rechter, wanneer hij gevraagd wordt een formele wet te toetsen aan de Grondwet, zich dient te onthouden van toetsing en de wet dient toe te passen,¹⁰³ aldus moet de rechter in geval van een beweerde botsing van een niet conform artikel 91, derde lid, van de Grondwet goedgekeurd verdrag en een grondwettelijke bepaling, zich onthouden van toetsing van Grondwet aan het verdrag en de grondwettelijke bepaling toepassen.

We illustreren dit met een fictief voorbeeld. Stel: het Koninkrijk sluit een verdrag met een andere staat buiten de EU over de verschaffing van persoonsgegevens aan de overheid van de vreemde staat door bepaalde bedrijven bij het verlenen van bepaalde diensten aan natuurlijke personen (verder: het verdrag). Het betreffende verdrag wordt voor een jaar gesloten en omdat het voor de Nederlandse staat nagenoeg geen kosten met zich meebrengt, valt het verdrag buiten de goedkeuringseis (zie Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen). Stel dat vaststaat dat dit verdrag een ieder verbindende bepalingen bevat die aan zekere bedrijven de plicht opleggen persoonsgegevens aan de buitenlandse staat aan te leveren, doch dat deze aanlevering niet gedekt wordt door de eis van een wettelijke grondslag die artikel 10 van de Grondwet stelt. Persoon X is cliënt van een bedrijf dat op grond van het verdrag de persoonsgegevens van X aan de buitenlandse staat levert. X heeft bezwaar omdat dit een inbreuk maakt op zijn grondwettelijke grondrechten. Hij brengt de zaak voor de Nederlandse rechter die bevoegd is de zaak ten gronde te beoordelen. Hoe zal deze om moeten gaan met de klacht dat het verdrag niet kan worden toegepast wegens inbreuk op artikel 10 van de Grondwet?

De dominante leer stelt dat op grond van artikel 94 van de Grondwet, ongeacht het gegeven dat het verdrag niet parlementair is goedgekeurd conform artikel 91 lid 3 van de Grondwet (het verdrag noopt tot afwijken van de Grondwet), de een ieder verbindende bepaling die op het bedrijf rust moet worden toegepast, terwijl artikel 10 van de Grondwet buiten toepassing moet blijven. Onder 'wettelijke voorschriften' in deze laatste bepaling vallen immers ook de voorschriften van de Grondwet als artikel 10 Grondwet. In een grondwets-systematische uitleg zou de rechter daarentegen artikel 10 van de Grondwet niet buiten toepassing kunnen laten omdat het parlement niet op grond van

¹⁰² Zie artikel 115, tweede lid Grondwet 1848, artikel 131, tweede lid, Grondwet 1953.

¹⁰³ De vaste rechtspraak biedt hiervan vele voorbeelden, waaronder HR 27 januari 1961, NJ 1963, 248 (Van den Bergh/Staat), HR 14 april 1989, AB 1989, 207 (Harmonisatiewet), Hoge Raad, 08-11-2005, 03676/04 E, LJN: AU2716, Centrale Raad van Beroep, 16-09-2005 04/4608 ANW, LJN: AU2774, en omvangrijke lagere rechtspraak.

artikel 91 lid 3 Grondwet heeft geoordeeld dat van de Grondwet kan worden afgeweken.¹⁰⁴

Dominante doctrine	Grondwetssystematische uitleg
<p>Een ieder verbindende bepalingen</p> <p>↓</p> <p>Grondwet</p> <p>↓</p> <p>Wet</p> <p>↓</p> <p>Lagere regelgeving en besluiten¹⁰⁵</p> <p>↓</p> <p>Niet-een-ieder-verbindende bepalingen (verdragen, besluiten io's, gewoonterecht)</p>	<p>Een ieder verbindende bepalingen goedgekeurd ex art. 91 lid 3 Grondwet</p> <p>↓</p> <p>Grondwet</p> <p>↓</p> <p>Een ieder verbindende bepalingen goedgekeurd ex art. 91 lid 1 Grondwet</p> <p>↓</p> <p>Wet</p> <p>↓</p> <p>Lagere regelgeving en besluiten¹⁰⁶</p> <p>↓</p> <p>Niet-een-ieder-verbindende bepalingen (verdragen, besluiten io's, gewoonterecht)</p>

3.4 Andere vormen van doorwerking naar huidig recht

3.4.1 Inleiding: de beperkingen van doorwerking via artikel 93/94

De Hoge Raad heeft in het *Nygat II*-arrest van 1959 vastgesteld dat de grondwetswijziging van 1956 betekent dat het de rechter *niet* is toegestaan te toetsen aan andere vormen van internationaal recht dan dergelijke 'een ieder verbindende bepalingen'.¹⁰⁷ Ten aanzien van toetsing aan ongeschreven volkenrecht is dit het meest recent bevestigd in het *Desi Bouterse*-arrest van 2001.¹⁰⁸ De grondwettelijke voorrang ex artikel 94 Grondwet op strijdig nationaal recht is dus beperkt tot 'een ieder verbindende bepalingen'. Weliswaar heeft dus ander internationaal recht geen voorrang op strijdig nationaal recht, maar dit betekent niet dat deze andere vormen van internationaal recht geen effect kunnen sorteren. Met artikel 94 van de Grondwet is immers uitsluitend de *voorrang* van binnen Nederland geldend internationaal recht op strijdig nationaal recht geregeld, maar dit maakt geen einde aan de gelding

¹⁰⁴ Van het antwoord op de vraag of een verdrag met de vereiste meerderheid is aangenomen kan hij kennismaken uit het Tractatenblad wanneer het verdrag buiten de parlementaire goedkeuring is gebleven en in geval van stilzwijgende goedkeuring, terwijl bij uitdrukkelijke goedkeuring uit de tekst van de betreffende goedkeuringswet blijkt of wel of niet artikel 91, derde lid, Grondwet van toepassing was. Daarmee blijft deze 'formele' of procedurele toetsing binnen de grenzen die de Hoge Raad in zijn arrest van 27 januari 1961, NJ 1963, 248 (Van den Bergh/Staat) heeft gesteld. In dit arrest stelde de Hoge Raad dat de rechter voor de beantwoording van de vraag of grondwettelijke procedures zijn gevolgd het standpunt van de wetgever heeft te eerbiedigen zoals blijkend uit de Handelingen der Staten-Generaal en het Staatsblad.

¹⁰⁵ Voor de verdedigbare opvatting dat volkenrechtelijke gewoonterecht en niet-een-ieder-verbindende bepalingen voorrang hebben op lager recht, zie hieronder paragraaf 3.4.5.

¹⁰⁶ Idem.

¹⁰⁷ HR 6 maart 1959, NJ 1962, 2, m.nt. DJV.

¹⁰⁸ HR 18 september 2001, Strafkamer nr. 00749/01 (CW 2323), LJN AB1471.

en bepaalde vormen van effectiviteit van andere vormen van internationaal recht die op grond van ons monistische stelsel deel uitmaken van de Nederlandse rechtsorde vanaf het moment van binding van Nederland aan zulk internationaal recht.

In de volgende paragrafen zullen wij deze werking nader belichten. Daarbij komt aan de orde welke typen van werking aan verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties in de zin van de Grondwet op andere wijze dan via de artikelen 93 en 94 Grondwet kan worden gegeven. Vervolgens bezien we op welke wijze andere instellingen dan de rechterlijke macht – waartoe artikel 94 van de Grondwet zich primair richt – internationaal recht kunnen toepassen. Daarna stellen we de vraag naar het constitutionele kader van mogelijke doorwerking van internationale normen anders dan bestaande in bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties in de zin van de Grondwet. Ten slotte bespreken we de rangorde die aan 'niet een ieder verbindende bepalingen' van verdragen en internationale besluiten en ongeschreven volkenrecht (internationaal publiekrechtelijk gewoonterecht) in de nationale rechtsorde moet worden toegekend ten opzichte van de verschillende vormen van nationale regelgeving.

3.4.2 *Andere vormen van doorwerking dan via artikelen 93 en 94 Grondwet van bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties*

Wanneer een (bekendgemaakte) bepaling van een verdrag of een besluit van een volkenrechtelijke organisatie niet 'een ieder verbindend' is, dan heeft dit als belangrijkste rechtsgevolg dat deze internationale bepaling niet kan leiden tot het buiten toepassing laten van strijdige wettelijke voorschriften door de rechter. Nochtans kunnen zulke 'niet een ieder verbindende' bepalingen wel een andere werking hebben binnen de rechtsorde, zolang deze maar niet derogeert aan de toepasselijkheid van bestaande wettelijke voorschriften. De meest belangrijke werking is drieërlei:

- de verdragsconforme uitleg,
- de (grond-)wetsconforme uitleg en
- de aanvullende werking.

Verdragsconforme uitleg

De verdragsconforme uitleg bestaat in de uitleg van een *nationale wettelijke bepaling* op zodanige wijze dat deze in overeenstemming geraakt met een internationaalrechtelijke norm. Het is van belang erop te wijzen dat het hier vooral draait om de uitleg van *nationaal* recht in het licht van internationaalrechtelijke normen; het gaat om een nationaalrechtelijke interpretatieregel. Met name wanneer het nationale recht zich leent voor meerderlei uitleg, en niet elke uitleg in overeenstemming is met de internationaalrechtelijke

norm, is deze methode van belang. Het gaat hier om een oude methode van wetsuitleg, die de rechter lang vóór de grondwetsbepalingen omtrent doorwerking van internationaal recht tot stand kwamen al volgde (en lang vóór de oprichting van de EEG en EU).¹⁰⁹ Veelal, maar niet uitsluitend, wordt dit gebaseerd op de presumptie dat de wetgever geacht wordt zijn regelgeving te hebben vastgesteld in overeenstemming met aangegeven internationaal-rechtelijke verplichtingen en regels van internationaal recht.¹¹⁰

Tot de verdragsconforme uitleg rekenen we ook de uitleg van een verdragsbepaling die volgens de rechter weliswaar niet 'een ieder verbindend is', maar die daarom nog niet zonder betekenis is. Een voorbeeld hiervan is het arrest van de Hoge Raad van 7 mei 1993,¹¹¹ waarin werd vastgesteld dat artikel 7 IVESC – dat het recht op gelijke beloning voor gelijk werk zonder onderscheid van welke aard dan ook stipuleert – weliswaar geen rechtstreekse werking heeft, 'maar de waarborg van een gelijke beloning voor gelijke arbeid in het IVESC is wel een doelstelling waarnaar gestreefd dient te worden. Hiermee zou niet stroken om al te snel aan te nemen dat voor een beloningsverschil dat het uitgangspunt van een gelijke beloning voor gelijke arbeid doorkruist, een redelijke en objectieve rechtvaardiging voorhanden is.' Op basis van deze laatste overweging baseerde de Hoge Raad vervolgens zijn beoordeling van de manier waarop het Hof de ongelijke beloning rechtvaardigde en kwam tot de slotsom dat deze onjuist was geweest. Hoewel de motivering van de Hoge Raad in deze zaak enigszins lacuneus is, kan men vermoeden dat bij een dergelijke uitleg van de betreffende internationale norm de volkenrechtelijke goede trouw bij de naleving van verdragsverplichtingen een rol speelt, en wel in die zin dat weliswaar de betreffende norm niet zonder meer toepasbaar is met terzijde stelling van strijdig nationaal recht, maar anderzijds het ontoelaatbaar zou zijn om de bedoeling van de internationale norm in het geheel te veronachtzamen door een handelen dat het contraire tegendeel daarvan bereikt.

Een grens vindt de volkenrechtsconforme uitleg in de duidelijke woorden en bedoeling van de nationale regelgever. Aannemend dat nationale regelgeving conform eisen van democratische legitimiteit en individuele rechtsbescherming is, ligt in deze grenzen tevens in zekere mate een waarborg besloten dat deze waarden worden beschermd tegen een eventuele inbreuk daarop door internationale normen.

¹⁰⁹ Een duidelijk en ver strekkend voorbeeld is HR 17 december 1934, NJ 1935, 5.

¹¹⁰ Aldus HR 3 maart 1919, NJ 1919, 371 (Grenstractaat Aken): 'dat dit bijzonder recht bij voormeld tractaat van Aken gegeven aan personen ... hun door de Wet (...) niet is ontnomen, daar deze wet hieromtrent geene bepalingen inhoudt ... terwijl voorzeker niet – tenzij de tekst der wet daartoe dwingt – mag worden aangenomen, dat de Nederlandsche wetgever in eenige wet eenzijdig en eigenmachtig zou zijn afgeweken van hetgeen bij bekrachtigd tractaat met een vreemde mogendheid is overeengekomen'. Zie ook HR 16 november 1990, NJ 1992, 107, waar in r.o. 3.2.3 spreekt van 'de Nederlandse rechter, die het Nederlandse recht zoveel mogelijk aldus dient uit te leggen en toe te passen dat de Staat aan zijn verdragsverplichtingen voldoet'.

¹¹¹ AB 1993, 440.

(Grond-)wetsconforme uitleg

Terwijl de verdragsconforme uitleg een harmoniserend effect bewerkt tussen verdragsnormen en nationale normen, moet dit ook gezegd worden van de techniek van (grond-)wetsconforme uitleg van *internationaal recht*. Terwijl de verdragsconforme uitleg bewerkt dat internationaal recht een bepaalde invloed op het nationale recht uitoefent, waarbij het nationale recht een betekenis krijgt die het anders niet zou hebben, is dit bij de (grond-)wetsconforme uitleg andersom. (Grond-)wetsconforme interpretatie beperkt de doorwerking van een internationale norm tot een werking die overeenkomt met het nationale recht. Deze vorm van uitleg is voor ons relevant omdat we ook hier met een potentieel conflict tussen nationaal en internationaal recht te maken hebben. Omdat in een geval van (grond-)wetsconforme uitleg het internationaal recht wél effect wordt gegeven, hebben we te maken met een interpretatietechniek die de doorwerking reguleert van internationaal recht (net als bij volkenrechtsconforme uitleg).

Er zijn weinig voorbeelden van een (grond-)wetsconforme uitleg van internationaal recht. De verklaring waarom in Nederland – anders dan in andere Europese landen – geen duidelijke jurisprudentie ter zake bestaat, ligt in het gegeven dat sinds 1953 het de rechter verboden is verdragen aan de Grondwet te toetsen. Wat – althans per saldo – in de buurt van (grond-)wetsconforme interpretatie zou kunnen komen, is toepassing van internationale normen waarin een *margin of appreciation* is ingebouwd, welke mede afhankelijk kan zijn van nationale omstandigheden. Bij het type afweging waarbij een dergelijke internationale norm een rol speelt, zal een rechter moeten nagaan of een nationale regelgever naar de nationale (of plaatselijke) omstandigheden tot een bepaalde toepassing van de internationale norm kon komen. Men kan daarbij denken aan sommige gevallen die bekend zijn bij de toepassing van de beperkingsclausules van het EVRM, zoals het arrest van de Hoge Raad inzake het verbod van een processie te Geertruidenberg dat gebaseerd was op de Wet van 10 september 1853 op het toezicht op kerkgenootschappen in samenhang met het toenmalige artikel 184 van de Grondwet waarin processies waren verboden op plaatsen waar deze in 1848 niet werden gehouden) (HR 19 januari 1962, NJ 1962, 107, *Processieverbod II*)¹¹²; in de context van het Europees recht kan men denken aan HvJEG 14 oktober 2004, zaak 36/02, *Omega Spielhallen und Automaten-GmbH*. Gezien de meer beperkte rol van de rechter, is de mogelijkheid van grondwetsconforme doorwerking van groter belang voor de wetgevende en uitvoerende macht bij het geven van effect aan internationaal recht.

112 Of de (grond-)wettelijke beperking van de godsdienstvrijheid noodzakelijk is in een democratische samenleving liet de Hoge Raad ten principale over aan de (grond-)wetgever. De rechter die de vraag moet beantwoorden of een regeling een ontoelaatbare beperking in de zin van artikel 9 EVRM is, zal 'die vraag slechts dan onkennend kunnen beantwoorden indien het ten enenmale ondenkbaar zou moeten worden geacht dat een wetgever, gesteld voor de noodzaak met het oog op de bescherming van de openbare orde te dien aanzien een regeling te treffen, daartoe een zodanige regeling in redelijkheid zou kunnen treffen of handhaven', aldus de Hoge Raad destijds. Uiteraard is dit een inmiddels sterk verouderde benadering.

De techniek van grondwetsconforme interpretatie is van belang vanuit een oogpunt van waarborging van constitutionele normen en waarden die niet vanzelfsprekend worden geëerbiedigd bij alle vormen van internationalisering. Dit wordt treffend geïllustreerd in het recente arrest van het Hof van Justitie EG van 3 september 2008, in de zaak *Kadi en El Barakaat*, waarin het Hof de verplichtingen die voortvloeien uit het Handvest van de VN uitlegt op zodanige wijze dat deze overeenkomen met de constitutionele grondslagen waarop de Europese Unie is gevestigd.¹¹³ Het draaide in deze zaak in de kern om het recht op rechtsbescherming tegen beslissingen die een verregaande inbreuk betekenen op het eigendomsrecht (zie ook hieronder, par. 5.2).

Aanvullende werking

Wanneer een internationale bepaling niet ‘een ieder verbindend’ is, kan het geen derogerende werking hebben ten opzichte van bestaande wettelijke voorschriften. Wél kan het aanvullende werking hebben. Met andere woorden, wanneer er geen wettelijke voorschriften in de weg staan aan de toepassing van de betreffende internationale bepaling, dan kan zij in beginsel worden toegepast. De essentie van de jurisprudentiële regel op grond waarvan al het voor Nederland bindende internationale recht deel uitmaakt van de nationale rechtsorde,¹¹⁴ is dat zulk recht tot het in Nederland toepasbare recht behoort.

Deze aanvullende werking is naar haar aard begrensd door het bestaande recht, waarmee het per definitie niet behoort te botsen – in geval er in voorkomende gevallen sprake is van strijdigheid, dan kan het internationale recht niet worden toegepast: een dergelijke derogerende werking is slechts voorbehouden aan ‘een ieder verbindende bepalingen’ van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

Opnieuw moet de conclusie zijn dat zolang de grenzen van de aanvullende werking van internationale normen in acht worden genomen, daarin een waarborg besloten ligt tegen een eventuele inbreuk van internationale normen op constitutionele waarden als de democratische legitimiteit van burgers bindende normen en individuele rechtsbescherming.

3.4.3 Toepassing anders dan door rechter: de wetgever en de uitvoerende macht

Hierboven is gebleken dat ten tijde van de invoering van wat nu de artikelen 93 en 94 van de Grondwet zijn, de grondwetgever alleen gedacht heeft aan het toekennen van een toetsingsrecht aan de *rechter*. Allerm minst werd beoogd

¹¹³ Zaak C-402/05 P en C-415/05 P, in het bijzonder paragrafen 298-299 en 303.

¹¹⁴ Meestal wordt aangenomen dat het hierboven in voetnoot 110 genoemde arrest Grenstractaat Aken de *locus classicus* is. Daar kan nog wel op worden afgedongen want het zich kunnen beroepen op het betreffende verdrag werd in deze zaak toegelaten omdat het door regering en parlement bij wet was goedgekeurd. Nochtans staat vast dat sedertdien de jurisprudentie bevestigt dat het Koninkrijk bindend internationaal recht vanaf het moment van bindend worden deel uitmaakt van de Nederlandse rechtsorde.

om bestuursorganen of lagere overheden de mogelijkheid te geven zich te onttrekken aan de onderworpenheid aan de wet door deze de bevoegdheid te geven op eigen gezag wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten omdat deze naar hun oordeel in strijd zouden zijn met een ieder verbindende bepalingen van verdragen of van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.¹¹⁵

Uiteraard hoeft de oorspronkelijke bedoeling van de grondwetgever niet geheel doorslaggevend te zijn, gewichtig als die is.¹¹⁶ Er zijn andere gewichtige argumenten die ervoor zouden pleiten om ook het bestuur van centrale en lagere overheden te beschouwen als addressaat van artikel 94 van de Grondwet. Wij achten vooral het argument van rechtseconomische aard, dat erop neerkomt dat men de burger niet dient te dwingen te procederen voor de rechter voordat vast komt te staan welke bepaling, nationaal of internationaal, in een specifiek geval voorrang heeft, van belang.¹¹⁷ De kwestie is tot nu toe in de rechtspraak onbeslist gebleven.

Hoe dit zij, er is een primaire bevoegdheid van de *wetgevende macht* om bestaande regelgeving te toetsen aan internationaal recht, en in geval van strijdigheid deze op te heffen door middel van aanpassing van de regelgeving. Uiteraard beschikt de wetgever over de democratische legitimiteit die besloten ligt in de constitutionele verhoudingen van het Nederlandse parlementaire stelsel. De gebondenheid van de wetgever aan de Grondwet en andere constitutionele regels en beginselen betekent dat de werking die door middel van wetgeving aan specifieke internationale bepalingen wordt gegeven voldoende gewaarborgd is.

Wat betreft de *uitvoerende macht* is hierboven al vastgesteld dat deze wel degelijk een bevoegdheid heeft om internationaal recht toe te passen in geval er geen wettelijke obstakels bestaan. Deze mogelijkheid om internationaal recht toe te passen bestaat, ongeacht of het gaat om 'een ieder verbindend'

115 Fleuren wijst op uitlatingen van individuele leden van de commissies die bij de voorbereiding van de grondwetsherziening van 1953 betrokken waren, Fleuren, *op.cit.*, 347-348.

De behandeling van het amendement-Serrarens is echter volkomen ondubbelzinnig in de uitsluitende concentratie op beperking van de 'onschendbaarheid van de wet'.

116 Fleuren wijst op enkele plaatsen in de Kamerstukken sinds de jaren '80 waaruit zou blijken dat de wetgever thans meent dat ook het bestuur een eigen bevoegdheid heeft de wet terzijde te stellen ten gunste van 'een ieder verbindende bepalingen' van internationaal recht, Fleuren *op.cit.*, p. 346, voetnoot 114.

117 Het argument van Fleuren (*op.cit.*, p. 347), dat als het gaat om 'een ieder verbindende bepalingen' die belastend zijn voor de burger, de rechter er niet aan te pas zal komen en de voorrang van die bepaling niet gerealiseerd zal worden (omdat de burger dan de rechter niet zal adiëren) achten wij niet overtuigend. Fleuren ziet hier over het hoofd dat ter zake van burgers belastende maatregelen het legaliteitsbeginsel geldt, ook wanneer deze maatregelen op verdragen of besluiten van volkenrechtelijke organisaties zijn gebaseerd. Het probleem – voor zover het een probleem is – zit 'm in zo'n geval niet bij de stilzittende burger, maar bij de tekortschietende wetgever. Dit oplossen door elk willekeurig bestuursorgaan de bevoegdheid te geven de wet terzijde te stellen lijkt ons de verkeerde weg, met name vanuit een perspectief van de democratische legitimatie van overheidsgezag.

internationaal recht of niet, omdat de betreffende internationale norm niet als rechtstreeks jegens burgers werkt maar slechts via besluiten van de uitvoerende macht op basis van bevoegdheden die deze reeds bezit.¹¹⁸ Dit toepassen kan een orgaan van de uitvoerende macht vanzelfsprekend alleen binnen de grenzen van diens bevoegdheid zoals deze bij of krachtens de wet is toegekend. De legaliteit stelt dus een grens aan de toepassing van internationaal recht door bestuursorganen.

De democratische legitimiteit van het verlenen van werking aan internationale bepalingen door de uitvoerende macht is indirecter dan die van de wetgever. De uitvoerende macht van de centrale en decentrale overheid ontleent haar legitimiteit in het algemeen wel aan het politiek vertrouwen dat zij behoeven van vertegenwoordigende organen, en zijn daar in de regel politieke verantwoordelijkheid aan verschuldigd. Dit geldt voor de regering en de dagelijkse besturen van lagere overheden. Voor zover de uitvoerende macht over regelgevende bevoegdheid beschikt, is deze van een aanmerkelijk zwakkere democratische legitimatie dan wanneer de betreffende bevoegdheid zou worden uitgeoefend door de volksvertegenwoordiging zelf, als bij formele wetgeving, nu bij bestuurlijke regelgeving de uitdrukkelijke instemming van de volksvertegenwoordiging met de betreffende bestuurlijke regelgeving niet vereist is.

Deze kwestie speelt vooral bij de mogelijkheid van gedelegeerde en met name 'versnelde' implementatie van internationale verplichtingen. Hoewel deze kwestie vooral en uitvoerig aan de orde is geweest bij implementatie van EG en EU-besluiten, is de grondslag voor dergelijke uitvoerende Nederlandse wetgeving allerminst beperkt tot EU-besluiten. Eerder onderzoek naar de wettelijke grondslag van 'versnelde' implementatie wees uit dat in bijna alle gevallen de formulering die gedelegeerde of versnelde implementatie mogelijk maakte, naar *elke* internationale verplichting verwees als basis van aan de uitvoerende macht gedelegeerde regelgeving.¹¹⁹ Een voorbeeld is de Sanctiewet, op grond waarvan de regering of de minister sancties oplegt aan individuele natuurlijke of rechtspersonen die strekken tot uitvoering van internationale besluiten en afspraken die geen democratische legitimatie hebben die gelijkwaardig is aan die van de nationale wetgever, en waartegen voor getroffen niet altijd de minimumwaarborgen van een motivering van besluiten, een rechtsmiddel, hoor en wederhoor en dergelijke werden

118 KB 19 februari 1993, AB 1993, 385, AAe 1994, pp. 605 e.v., m.n. P.J. Boon tot vernietiging van bestemmingsplan De Eems en Dollard op grond van strijd met niet 'een ieder verbindend' verdrag; KB 11 september 2007, Staatsblad 347, (Lac/Sorobon), kroonberoep tegen besluit van de gouverneur van de Nederlandse-Antillen tot vernietiging van bouwvergunning wegens strijd met een niet 'een ieder verbindende bepaling' van een verdrag (art. 3 Verdrag van Ramsar) die wordt uitgelegd in het licht van (niet-bindende) resoluties, aanbevelingen en richtlijnen.

119 Zie Besselink c.s., *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, 2002; de constitutioneel-rechtelijke en Europeesrechtelijke problematiek van dergelijke bepalingen wordt in deze studie behandeld op pp. 95-158; een (incomplete en intussen enigszins verouderde) inventarisatie van de verschillende wettelijke delegatieclausules is te vinden op pp. 238-250.

gegund.¹²⁰ Hoewel het in wellicht veel gevallen onvermijdelijk is dat de Sanctiewet om effectief te kunnen zijn het vaststellen van sanctieregelingen door de uitvoerende macht bij algemene maatregel van bestuur mogelijk moet zijn, strekt deze regelgevende bevoegdheid niet alleen tot het uitvoeren van juridisch bindende internationale verplichtingen, maar ook ter nakoming van niet-juridisch bindende aanbevelingen en internationale afspraken.¹²¹ Wat betreft het opleggen van concrete sancties wordt de bevoegdheid zelfs aan een minister verleend indien de door hem opgestelde regeling ‘uitsluitend [strekt] ter uitvoering van verplichtingen die voortvloeien uit verdragen of uit bindende besluiten van volkenrechtelijke organisaties’.¹²² De vraag of de regeling inderdaad uitsluitend strekt tot uitvoering van een internationale juridische verplichting is naar Nederlands recht uiteraard wel door een getroffenre voor de burgerlijke rechter aan te vechten. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn bij de Sanctieregeling Iran 2007, dat het aan Iraniërs verbiedt bepaalde studies te volgen aan wetenschappelijke opleidingen in Nederland, waarvan in de pers is gesteld dat de VN-Veilighedsraadsresolutie en daarop gebaseerde EG-Verordening daartoe niet dwingen.¹²³

Het meest acuut is de kwestie van democratische legitimiteit bij de controversiële ‘Hendrik VIII-clausules’, die gedelegeerde regelgeving ter uitvoering van internationale verplichtingen mogelijk maakt met terzijdestelling of buitenwerkingstelling van bepalingen van de formele wet.

Terwijl met name EG-besluiten (eerste pijler besluiten) veelal in medebeslissing met het Europees Parlement als vertegenwoordiger van de volken van de lidstaten tot stand zijn gebracht, is dit niet het geval bij andere internationale

120 Voor zover de sanctiebesluiten gebaseerd zijn op EG-Verordeningen met het karakter van een beschikking (tot individuele personen en rechtspersonen gericht) is dit sinds 6 november 2008 (het eerste EG-sanctiebesluit na het arrest Kadi van het HvJEG) gewijzigd, en worden deze aan de betrokkenen meegedeeld onder mededeling van de gronden en met gelegenheid over de oplegde sancties hun zienswijze kenbaar te maken, zie PbEG 2008 L299/11, Verordening (EG) nr. 1109/2008 van de Commissie van 6 november 2008 tot 100e wijziging van Verordening (EG) nr. 881/2002 tot vaststelling van bepaalde specifieke beperkende maatregelen tegen sommige personen en entiteiten die banden hebben met Usama bin Laden, het Al-Qa’ida-netwerk en de Taliban, preambule, punt 5: ‘De Commissie zal de gronden waarop deze verordening stoelt, aan de betrokken personen mededelen, hen in de gelegenheid stellen hierover opmerkingen te maken, en deze verordening in het licht van de opmerkingen en mogelijke beschikbare aanvullende informatie herzien’.

121 Zie artikel 2, eerste lid, Sanctiewet 1977.

122 Artikel 2, tweede lid, Sanctiewet 1977.

123 Zie artikel 2a, lid 2, Regeling van de minister van Buitenlandse Zaken van 17 oktober 2007, nr. DJZ/BR/0916-07, betreffende beperkende maatregelen ten aanzien van Iran (Sanctieregeling Iran 2007). Vergelijk voor een Britse rechterlijke uitspraak waarbij een sanctieregeling gedeeltelijk ultra vires werd geacht wegens te ruime implementatie, A, K, M, Q and G v HM Treasury; EWCA Civ 1187; [2008] WLR (D) 339, CA: Sir Anthony Clarke MR, Sedley and Wilson LJ: 30 October 2008, gepubliceerd op <http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ew/cases/EWCA/Civ/2008/1187.htm>, laatst geraadpleegd op 24 november 2008.

organisaties, en in de regel evenmin bij de uitvoering van verdragen. Bij de zelfstandige bestuursorganen en soortgelijke instellingen geldt het democratisch tekort in verhevigde mate in zoverre deze bestuursorganen en instellingen geen politieke verantwoording verschuldigd zijn aan een democratisch gekozen vertegenwoordigend orgaan.

3.4.4 *Internationale rechtshandelingen en feitelijke handelingen die niet ‘verdragen’ en ‘besluiten van volkenrechtelijke organisaties’ zijn*

De Grondwet kent slechts twee categorieën van internationale rechtelijke verschijnselen, namelijk ‘verdragen’ en ‘besluiten van volkenrechtelijke organisaties’. Het begrip ‘verdrag’ in de Grondwet is – zoals we hierboven reeds terloops aangaven (paragraaf 2.2.1) – niet een autonoom constitutioneelrechtelijk begrip, maar wordt bepaald door het internationaal publiekrecht: een verdrag is een overeenkomst welke volgens volkenrechtelijke criteria voor de Staat verbindend is, ongeacht de vorm.¹²⁴ Het wordt dan ook geïnterpreteerd in de lijn van de bovenweergegeven volkenrechtelijke omschrijving.

Met ‘besluit van een volkenrechtelijke organisatie’ wordt bedoeld op een Nederland *juridisch bindende* eenzijdige rechtshandeling van een internationale organisatie die beheerst wordt door het volkenrecht.¹²⁵ Eerder is al aangegeven dat de wijze waarop besluiten van internationale organisaties lidstaten kunnen binden een onderwerp op zich is en dat er in de literatuur een zekere consensus is dat juridisch bindende besluiten niet slechts herkenbaar zijn aan hun afdwingbaarheid voor de rechter (in welk geval immers het overgrote gedeelte van de internationale besluiten buiten deze categorie zou vallen).¹²⁶ In het licht van de eerder genoemde proliferatie aan besluiten van internationale organisaties, wordt de vraag naar een meer precieze definitie van ‘besluiten van volkenrechtelijke organisaties’ relevanter om te bepalen wanneer een internationaal besluit binnen het Nederlands grondwettelijk kader valt.

124 Zie TK 1977-1978, 15 049 (R 1100), nr. 3, pp. 5-6: ‘alle overeenkomsten welke volgens volkenrechtelijke criteria voor de Staat verbindend zijn, ongeacht de vorm’. Er zijn overigens telkens kleine verschillen: TK 1992-1993, 21 214, nr 16, pp. 2: ‘... alle overeenkomsten welke volgens volkenrechtelijke criteria voor de Staat juridisch verbindend zijn, ongeacht de vorm’; Aanwijzingen voor de regelgeving, Aanwijzing 304: ‘Onder verdrag wordt verstaan: iedere op schrift gestelde overeenkomst die volgens volkenrechtelijke criteria voor de staat verbindend is’; blijkens het nader rapport in reactie op kritiek van de Raad van State, wordt met de uitdrukking ‘op schrift gestelde overeenkomst’ inderdaad niet bedoeld ‘schriftelijke overeenkomst’, juist omdat men niet wil uitsluiten dat ook mondeling verdragen worden gesloten, zie Aanwijzingen, ed. Borman, Zwolle 1993, pp. 206. Voor een beknopt overzicht over de constitutionele materie o.m. H.W. de Jong, ‘Het begrip verdragen in de Nederlandse Grondwet’, *RM Themis*, 1979, pp. 484-493.

125 Zie Besselink, ‘Staatsrecht en Buitenlands Beleid’, *Ars Aequi Libri* [Ars Aequi Cahiers Staats- en Bestuursrecht deel 2], tweede, herziene druk, Nijmegen 1995.

126 I.F. Dekker en R.A. Wessel, ‘Governance by International Organisations: Rethinking the Source and Normative Force of International Decisions’, in I.F. Dekker en W. Werner (red.), *Governance and International Legal Theory*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 215-236.

Voor het ogenblik houden we het erop dat het moet betreffen een eenzijdige rechtshandeling die Nederland bindt en aan een door een Nederland bindend verdrag beheerste internationale organisatie moet zijn toe te rekenen.

De kwalificatie van zulke besluiten als eenzijdige rechtshandelingen is van betekenis, omdat het mogelijke misverstanden omtrent het rechtskarakter van besluiten van volkenrechtelijke organisaties kan voorkomen. Zo doet de Nederlandse staatsrechtelijke literatuur (en wellicht ook de oudere rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep) het veelvuldig voorkomen alsof er een juridisch betekenisvol onderscheid zou bestaan tussen zogenoemde supranationale en intergouvernementele organisaties. Dit onderscheid¹²⁷ kan misleidend zijn voor wat betreft de juridische status van de besluiten. De term 'supranationale' organisatie suggereert een vorm van onderwerping die welhaast van nature gepaard gaat met een eenzijdigheid in het rechtskarakter van haar besluiten. De term 'intergouvernementele' organisatie daarentegen suggereert dat Nederlandse vertegenwoordigers een zodanige invloed op de besluitvorming (kunnen) hebben dat bindende besluiten slechts met instemming van vertegenwoordigers van het Koninkrijk tot stand kunnen worden gebracht. Dit laatste kan leiden tot een zekere assimilatie van besluiten van (niet supranationale) intergouvernementele organisaties aan verdragen. Tot assimilatie van besluiten van intergouvernementele organisaties aan verdragen zou de volgende redenering aanleiding geven: 'Zolang een staat de mogelijkheid heeft de verbindendheid van een besluit te verhinderen, of voor hem individueel of voor alle betrokken staten (dit laatste veelal te zamen met een aantal andere staten), heeft het besluit het karakter van een verdrag (wilsovereenstemming is vereist) en dient het als zodanig behandeld te worden.'¹²⁸ Zou deze redenering opgeld doen, dan zou elk bindend besluit dat een volkenrechtelijke organisatie slechts kan nemen bij unanimité of consensus (d.i. zonder dat een vertegenwoordiger van een lidstaat tegen stemt) beschouwd moeten worden als verdrag. Daarmee zouden dergelijke besluiten binnen het bereik komen van artikel 91 Grondwet en derhalve in beginsel onderworpen zijn aan parlementaire goedkeuring. Hoewel dit de democratische legitimatie zoals die voor burgers bindende besluiten naar Nederlandse constitutionele beginselen benodigd is aanmerkelijk zou versterken, is dit allerminst de staatsrechtelijke praktijk.

Weliswaar is de bedoelde redenering aanleiding geweest tot twijfel en indringende vragen bij gelegenheid van het totstandbrengen van het verdrag van Schengen ten aanzien van de besluiten van het Uitvoerend Comité dat bij dat verdrag in het leven werd geroepen, en evenzeer bij de goedkeuring van het Verdrag betreffende de Europese Unie ten aanzien van de besluiten

127 Het onderscheid is gebaseerd op een politicologische typologie en heeft geen internationaalrechtelijke betekenis. Wel van volkenrechtelijke betekenis is het onderscheid tussen non-gouvernementele organisaties en intergouvernementele organisaties. Bij dit laatste begrip gaat het om door staten opgerichte organisaties en omvat ook die van het supranationale type.

128 Sondaal, *op.cit.*, pp. 134.

onder de zogenaamde derde pijler, maar uiteindelijk hebben de Staten-Generaal impliciet ingestemd met de visie van de regering dat het bij de betrokken besluiten niet gaat om verdragen.¹²⁹ De bij die gelegenheden in de goedkeuringswetten bedongen 'instemmingsprocedures' voor besluiten die het Koninkrijk binden, lijken dat te bevestigen. Deze instemmingsprocedures behelzen procedureel hetzelfde als de procedure van stilzwijgende verdragsgoedkeuring, maar juist dat er sprake is van 'instemming' en niet van 'goedkeuring', is een argument om aan te nemen dat het bij deze besluitvorming niet gaat om verdragen in de zin van de Grondwet.¹³⁰

Het gaat dus bij bindende besluiten van 'intergouvernementele' organisaties evenzeer als bij die van 'supranationale' organisaties om eenzijdige rechtshandelingen, rechtshandelingen namelijk die voortvloeien uit de rechtsbevoegdheid van de organisatie tot het nemen van dergelijke besluiten. Of er sprake is van een *verdrag* of een *besluit van een volkenrechtelijke organisatie*, is daardoor niet zozeer een kwestie van wilsovereenstemming maar afhankelijk van de vraag of men handelt in de hoedanigheid van geïmmandateerd vertegenwoordiger van een soevereine staat alleen (dus in orgaanfunctie van de soevereine staat krachtens het algemene volkenrecht) zoals bij verdragsluiting het geval is, of in de hoedanigheid van lid (zetelhouder) van een orgaan van een internationale organisatie onder internationaal publiekrecht, zoals het geval is bij besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

Niet onder de begrippen van verdrag of besluit van volkenrechtelijke organisatie in de zin van de Grondwet vallen, naast het reeds genoemde internationale gewoonterecht:

- meerzijdige handelingen die toegerekend moeten worden aan de staten en die niet volkenrechtelijke verdragen opleveren;
- eenzijdige handelingen van de staat;
- eenzijdige handelingen die aan andere internationale entiteiten (zowel gouvernementele als niet-gouvernementele) toegerekend moeten worden en geen besluiten van volkenrechtelijke organisaties zijn in de zin van de Grondwet.

De eerste categorie bestaat vooral uit de *beleidsafspraken* die we hierboven noemden (paragraaf 2.2.1). Gesteld is dat men, ook in juridisch opzicht, niet zomaar op tegenovergestelde wijze kan handelen dan bij deze politieke afspraken was overeengekomen. Bovendien scheppen dergelijke beleidsafspraken niet zelden precedentes die later tot juridisch bindende afspraken

129 Eerder rezen soortgelijke vragen bij de destijds zeer controversiële zgn. URENCO-kwestie, naar aanleiding van de besluiten van de Gemengde Commissie, ingesteld bij de in 1970 gesloten Overeenkomst inzake de samenwerking met het Verenigd Koninkrijk en de Bondsrepubliek Duitsland bij de ontwikkeling en exploitatie van het gas-ultracentrifuge procédé voor de productie van verrijkt uranium, Trb. 1970, 41, zie Handelingen TK, 1979-1980, pp. 3344 e.v.

130 Art. 2 Goedkeuringswet Uitvoeringsovereenkomst Schengen; art. 3 Rijkswet goedkeuring VEU.

leiden (tot verdragen dus). Deze zeer veelvuldig voorkomende, naar juridisch spraakgebruik als ‘feitelijke handeling’ te kwalificeren beleidsafspraken, zijn juridisch niet nader ingekaderd. De toelichting op Aanwijzingen 304 voor de regelgeving stelt terecht dat beleidsafspraken slechts mogelijk zijn binnen de grenzen van wet en Grondwet, en dat de rechter een einde kan maken aan die beleidsafspraken als dit niet het geval is. Dit is voor de rechtsbescherming van burgers van groot belang. Zolang echter internationale beleidsafspraken niet gepubliceerd worden, zal het voor private partijen in het algemeen niet goed mogelijk zijn hun rechten te bewaren door tussenkomst van de rechter.

Tevens wijst deze toelichting erop dat het parlement door activering van de ministeriële verantwoordelijkheid een eind zal kunnen maken aan de naleving van de afspraak.¹³¹ Dit laatste zou overigens naar internationaal publiekrecht slechts kunnen voor zover de internationale goede trouw en het feitelijk gedrag niet hebben geleid tot ‘estoppel’ (rechtsverwerking). Voor zover het beëindigen op parlementair aandringen mogelijk is, is de democratische legitimiteit uiteindelijk in zekere mate geëerbiedigd. Men mag zich overigens afvragen of in de overgrote meerderheid van gevallen het parlement wel op de hoogte wordt gesteld van internationale beleidsafspraken.¹³²

De tweede categorie handelingen, eenzijdige handelingen die aan de staat moeten worden toegerekend, kunnen rechtshandelingen zijn of feitelijke handelingen. Als rechtshandeling beogen zij naar internationaal publiekrecht rechten of plichten te scheppen jegens andere internationale rechts-subjecten. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de erkenning van staten, het aanvaarden van geloofsbrieven van vertegenwoordigers van buitenlandse mogendheden, het overgaan tot oorlogshandelingen en dergelijke. Deze eenzijdige handelingen zijn, op de in-oorlog-verklaring in de zin van artikel 96 van de Grondwet na, niet grondwettelijk of wettelijk nader ingekaderd. Meer dan de normale politieke verantwoordelijkheid achteraf – en indien het parlement tevoren voldoende is geïnformeerd ook voorafgaand – bestaat voor zulke handelingen in de regel niet.

131 ‘Van beleidsafspraken mag men echter wel verwachten dat zij door de betrokken regeringen, ministers, enz. worden nageleefd, voor zover de nationale grondwetten en wettelijke regels dat toelaten. Voor wat Nederland betreft betekent dit dat het Nederlandse parlement door middel van de ministeriële verantwoordelijkheid steeds een eind zal kunnen maken aan de naleving van de afspraak en dat voor de rechter stopzetting kan worden gevorderd als zou blijken dat naleving strijdig is met de wet, of anderszins onrechtmatig is.’

132 Er wordt momenteel empirisch onderzoek gedaan dat erop wijst dat regeringsvertegenwoordigers op ambtelijk niveau in Europees verband relatief vaak geen duidelijk mandaat verkrijgen voor internationaal overleg met buitenlandse counterparts, en dat al evenmin er stelselmatig toe geroepen wordt over de resultaten ambtelijke verantwoording af te leggen; dit onderzoek geschiedt door G.J. Brandsma, en zal in 2009 gepubliceerd worden. Het zou niet verrassen als hetzelfde het geval was bij het veelvuldige ambtelijke overleg dat tot beleidsafspraken leidt in andere internationale contexten dan die van de Europese Unie. Dit wijst op een zwakke democratische legitimatie die afspraken die onder dergelijke omstandigheden zijn gemaakt, zullen hebben.

De derde categorie handelingen, eenzijdige handelingen van internationale entiteiten niet zijnde besluiten van volkenrechtelijke organisaties in de zin van de Grondwet, vallen uiteen in:

1. niet-bindende besluiten van volkenrechtelijke organisaties;
2. besluiten van niet-gouvernementele organisaties.

Wat betreft *niet-bindende* besluiten van volkenrechtelijke organisaties is het vaste rechtspraak dat deze niet vallen onder de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. Voor deze besluiten geldt hetzelfde wat wij zojuist stelden over internationale beleidsafspraken: zij zijn in beginsel juridisch niet-bindend maar kunnen Nederland wel politiek committeren, in elk geval wanneer Nederland aan de totstandkoming van het betreffende besluit met de relevante inhoud actief heeft meegewerkt, heeft meegewerkt in het totstandbrengen van consensus daarover of voor het besluit heeft gestemd in de betreffende internationale organisatie. Wanneer zich deze omstandigheden voordoen zal de internationale goede trouw en *estoppel* (rechtsverwerking) ertoe kunnen leiden dat Nederland zich niet aan het uitvoeren of handelen in overeenstemming met dat besluit zonder meer kan onttrekken, althans niet zonder meer in strijd kan handelen met dat besluit.

Weliswaar geldt opnieuw dat toepassing of uitvoering van zo'n besluit slechts mogelijk is binnen de grenzen van de wet, Grondwet en constitutionele regels en beginselen, maar daarbij moeten opnieuw de volgende kanttekeningen worden gemaakt. In nog sterkere mate dan voor bilaterale beleidsafspraken in de interstatelijke verhoudingen, geldt ten aanzien van niet-juridisch bindende besluiten van volkenrechtelijke organisaties dat, in elk geval wanneer zij in de regel door Nederland worden nageleefd en uitgevoerd, zij vooruitlopen op een latere juridische codificatie in een bindend besluit van de internationale organisatie. De Europese Unie, en met name besluitvorming onder de tweede en derde pijler, maar ook in de eerste pijler, biedt daarvan talloze voorbeelden. Maar ook in andere internationale organisaties is dit een veelvuldig voorkomend fenomeen.

Aangezien het parlement geen goedkeuring of instemming hoeft te geven vooraleer de Nederlandse vertegenwoordigers politiek gecommitteerd worden aan dergelijke besluiten – dit hoeft zelfs niet ten aanzien van *bindende* besluiten van internationale organisaties die wèl onder de werking van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet vallen – sterker, het parlement niet stelselmatig wordt geïnformeerd over dergelijke besluiten, wordt een dergelijk proces van besluitvorming via niet-juridisch bindende politieke besluiten naar juridisch bindende besluiten (men spreekt wel van 'sluipende rechtsvorming') in hoge mate gekenmerkt door een gebrek aan democratische legitimiteit.

Wat betreft besluiten van niet-gouvernementele organisaties zoals deze in hoofdstukken 1 en 2 hiervoor zijn beschreven, moet worden geconstateerd dat zij weliswaar geen wettelijke voorschriften behelsen, maar desalniettemin vaak feitelijk normen stellen die grote delen van het maatschappelijk verkeer beheersen, bijvoorbeeld op het gebied van standaardisatie, certificering, normalisering van producten en processen, telecommunicatie, internet en vele andere gebieden. Dergelijke besluiten zullen strikt juridisch gesproken niet kunnen derogeren aan wet en Grondwet, maar veelal wordt hun werking toegekend. De nationale wetgeving verwijst bijvoorbeeld in veel gevallen naar technische normen van zulke internationale oorsprong, waarmee besluiten van de relevante niet-gouvernementele internationale organisaties langs indirecte weg alsnog juridisch bindend worden. Weliswaar worden in een ruim aantal gevallen de besluitvormende organen van deze non-gouvernementele instellingen al dan niet gedeeltelijk samengesteld uit vertegenwoordigers van nationale publiekrechtelijke instellingen of private instellingen die publiekrechtelijke taken vervullen, maar deze zijn in het algemeen juridisch noch praktisch enige verantwoording verschuldigd aan politieke organen.

3.4.5 *De voorrang van internationale normen die niet zijn 'een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties'*

Wij dienen ten slotte nog stil te staan bij de rangorde van andere vormen van internationaal recht dan de 'een ieder verbindende bepalingen' waarop de artikelen 93 en 94 van de Grondwet zien. Indien de vraag naar de democratische legitimiteit van internationale bepalingen wordt gesteld, dan heeft dit een grotere urgentie wanneer zulke internationale bepalingen voorrang verkrijgen op democratisch gelegitimeerde besluiten als van de formele wetgever, en *a fortiori* wanneer ze voorrang verkrijgen op de Grondwet. Wanneer zij geen voorrang verkrijgen, dan is het aan de wetgever (in voorkomende gevallen: de grondwetgever) om aan de internationale bepaling effect te geven door wet of Grondwet aan te vullen of te wijzigen.

De voorrang van 'een ieder verbindende' internationale bepalingen op nationale regels op de Grondwet werd aan het einde van paragraaf 3.3.3 reeds in een tweetal alternatieve tabellen grafisch weergegeven. In deze paragraaf komen we nog nader terug op twee punten:

- ten eerste de regels omtrent de voorrang van verschillende vormen van 'niet een ieder verbindend' internationaal recht en internationaal gewoonterecht op lagere regelgeving dan de formele wet (kan het internationaal gewoonterecht, respectievelijk kunnen 'niet een ieder verbindende bepalingen' derogeren aan lagere regelgeving?);

- en ten tweede wat de positie van ‘een ieder verbindende’ en ‘niet een ieder verbindende bepalingen’, alsmede het internationaal gewoonterecht, is ten opzichte van rijkswetgeving en het Statuut.

De grafische weergave daarvan maakt duidelijk dat de plaatjes minder eenduidig zijn dan wel in de literatuur is gesuggereerd.

- **Verhouding tot lagere regelgeving dan de formele wet**

In de aan het einde van paragraaf 3.3.3 weergegeven overzichtsschema's van de voorrangregels wordt het internationale recht dat niet bestaat in 'een ieder verbindende' bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties op een lagere positie geplaatst dan lagere regelgeving. Er is in de literatuur discussie ontstaan over de vraag of uit de rechtsonwikkeling en met name de jurisprudentie niet moet worden afgeleid dat deze vormen van internationaal recht inmiddels wel voorrang kunnen hebben op lagere regelgeving dan die bij formele wet. De redenen daarvoor zijn de volgende.

Het is sedert 1986 de rechter toegestaan lagere regelgeving te toetsen aan ongeschreven recht van *nationale* oorsprong. Ongeschreven recht van nationale oorsprong heeft dus voorrang op lagere regelgeving.¹³³ Het ligt geheel in lijn hiermee om aan te nemen dat dit ook geldt voor het internationale ongeschreven recht. Dit geldt te meer nu het hierboven reeds meermalen gememoreerde *Nyugat II*-arrest een besluit betrof dat weliswaar de vorm had van een Koninklijk Besluit, maar op grond van subjectief staatsnoodrecht ingevolge de jurisprudentie van de Hoge Raad in materieel opzicht de aard, rang en status had van een wet in formele zin. Aldus gelezen gaat het in het *Nyugat*-arrest er slechts om dat volkenrechtelijk gewoonterecht geen voorrang kan hebben op besluiten *met de rang van formele wet*. De conclusie is dan onjuist dat internationaal gewoonterecht op geen *enkele* vorm van Nederlands recht voorrang heeft; het heeft alleen geen voorrang op formele wetten.¹³⁴

133 Zie HR 16 mei 1986, NJ 1987, 251, *Sproeivliegtuigen*, r.o. 6.1 betref de vraag 'of naar Nederlands recht algemeen verbindende voorschriften (wetten in materiële zin) door de rechter kunnen worden getoetst aan algemene rechtsbeginselen'; de HR stelt 'dat geen rechtsregel eraan in de weg staat dat de rechter een zodanig, niet door de formeel wetgever gegeven voorschrift onverbindend en in verband daarmee de vaststelling en uitvoering daarvan onrechtmatig kan oordelen op de grond dat sprake is van willekeur in dier voege dat het betreffende overheidsorgaan, in aanmerking genomen de belangen die aan dit orgaan ten tijde van de totstandbrenging van het voormelde uitvoeringsbesluit bekend waren of behoorden te zijn, in redelijkheid niet tot het betreffende voorschrift is kunnen komen'; sedertdien is vast komen te staan dat ook in ruimere zin lagere regels kunnen worden getoetst aan ongeschreven algemene rechtsbeginselen, zie onder meer HR 27 maart 1983, Amsterdam/KON.

134 Op andere gronden zie reeds H. Meijers, 'Rond het internationale gewoonterecht in Nederland', preadvies in 'Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht' no. 91, april 1985, pp. 57-158, ihb 113-117. Over de gevolgen van het *Sproeivliegtuigen*arrest voor toetsing, zie Besselink, *Van stoomschip tot kruisvluchtwapen - rechterlijke toetsing aan het volkenrecht binnen de Nederlandse rechtsorde*, in *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, april 1990, 45e jaargang nr. 4, 266-269.

Het plaatje wordt dan als volgt:



Vervolgens rijst de vraag of deze stand van zaken ten aanzien van ongeschreven internationaal publiekrecht ook dient te gelden ten aanzien van *niet* 'een ieder verbindende bepalingen' van verdragen en van besluiten van internationale organisaties, alsmede eenzijdige juridisch bindende volkenrechtelijke rechtshandelingen. Ten aanzien van de laatste bestaat geen ons bekende literatuur of rechtspraak. Ten aanzien van *niet* 'een ieder verbindende bepalingen' van verdragen en van besluiten van internationale organisaties moet erop worden gewezen dat voor zover deze bepalingen implementatie behoeven ter afbakening en concretisering van de te stellen norm er vaak geen werking kan worden gegeven boven lagere regelgeving – er is in zekere zin immers sprake van het ontbreken van een afdoende normstelling. In een dergelijk geval zal de lagere regelgeving voor kunnen gaan. Wanneer echter *niet* 'een ieder verbindende bepalingen' wel voldoende normatief zijn afgebakend, kunnen zij fungeren als maatstaf voor toetsing en beoordeling van lagere regelgeving.

Als zich het eerste voordoet – geen praktisch toepasbare norm vervat in verdrag of internationaal besluit vanwege de *niet* 'een ieder verbindendheid' – dan blijft de rangorde als in het laatste plaatje. Mocht zich echter toch een voldoende concrete bindende norm bestaan, die echter niet 'een ieder verbindend' is dan is wellicht het plaatje als volgt:



Jurisprudentie bestaat ter zake niet.

- **Positie van het Statuut en koninkrijksrecht**

Ter zake van de positie van het Statuut en het koninkrijksrecht bestaat er in de literatuur en de officiële stukken meningsverschil. Vaak wordt aangenomen dat ook de normen van deze instrumenten vallen onder het begrip 'wettelijke voorschriften' in de zin van artikel 94 van de Grondwet. In het algemeen wordt daarnaast ook gewezen op de werking van deze grondwetsbepaling op grond van artikel 5, eerste lid, van het Statuut.¹³⁵

Dit een en ander valt echter te betwisten. Te dien aanzien zij gewezen op artikel 49 van het Statuut:

'Bij rijkswet kunnen regels worden gesteld omtrent de verbindendheid van wetgevende maatregelen, die in strijd zijn met het Statuut, een internationale regeling, een rijkswet of een algemene maatregel van rijksbestuur.'

Een dergelijke rijkswet is nimmer tot stand gebracht. Uit het *Harmonisatiewet-arrest*¹³⁶ volgt dat in afwezigheid van de rijkswet bedoeld in artikel 49 Statuut er geen plaats is voor toetsing van de wet. Voor een mogelijkheid van toetsing van de wet is 'slechts plaats indien de tekst van het Statuut dan wel de officiële toelichting of de geschiedenis van zijn totstandkoming ondubbelzinnig in die richting wijzen' (r.o. 4.2).

¹³⁵ 'Het koningschap met de troonopvolging, de in het Statuut genoemde organen van het Koninkrijk, de uitoefening van de koninklijke en de wetgevende macht in aangelegenheden van het Koninkrijk worden voor zover het Statuut hierin niet voorziet geregeld in de Grondwet voor het Koninkrijk.'

¹³⁶ HR 14 april 1989, in het bijzonder r.o. 4.1 - 4.6.

Op goede gronden – maar gezien de literatuur wordt deze opvatting verre van algemeen gedeeld – is dan ook door Hoogers en Nap betoogd dat er geen toetsing van rijksrecht aan internationale normen mogelijk is.¹³⁷ Dit geldt *a fortiori* voor toetsing van het Statuut aan internationale normen.

Tevens zij erop gewezen dat omstreden is of het Koninkrijk bevoegd is verdragen te sluiten die afwijken van de bepalingen van het Statuut. Enerzijds is opnieuw gewezen op de aanvullende werking van artikel 5, eerste lid, van het Statuut. Op grond hiervan zou artikel 91, derde lid, van de Grondwet van toepassing zijn. Daartegenover kan onder meer worden gewezen op het standpunt van de regering ten tijde van de totstandkoming van het Statuut, dat bedoelde bevoegdheid niet bestaat. Tevens sluit de tekst van artikel 91, derde lid, Grondwet uit dat het daar gaat om afwijking van andere constitutionele bepalingen dan die van de Grondwet. Indien deze laatste opvatting en de minderheidsopvatting omtrent toetsing van rijksregelgeving en het Statuut aan internationaal recht correct is, dan moet geconcludeerd worden dat in het Statuut een constitutionele borging besloten ligt van fundamentele constitutionele waarden waarvan niet door middel van verdragsluiting, overdracht van bevoegdheid aan internationale organisaties of door de rechtstreekse werking van internationale bepalingen mag worden afgeweken of een eind kan worden gemaakt. De leer die aan het begin van deze subparagraaf werd weergegeven (gebaseerd op de opvatting dat artikel 94 Grondwet in samenhang met artikel 5, eerste lid van het Statuut zonder meer van toepassing is) geen sprake, zoals uit de onderstaande tabellen duidelijk blijkt.

Leer ogv art. 94 Grondwet jo. 5(1) Statuut	Leer ogv ontbreken regels ex 49 Statuut
<p>'Een ieder verbindende bepalingen' [goedgekeurd conform 91 lid 3 Grondwet]</p> <p>↓</p> <p>Statuut</p> <p>↓</p> <p>Grondwet</p> <p>↓</p> <p>['Een ieder verbindende bepalingen' goedgekeurd ex art. 91 lid 1 Grondwet]</p> <p>↓</p> <p>Rijkswetgeving</p> <p>↓</p> <p>Landswetgeving (wet, lagere regelgeving)</p>	<p>Statuut</p> <p>↓</p> <p>Rijkswetgeving</p> <p>↓</p> <p>'Een ieder verbindende bepalingen' [goedgekeurd conform art. 91 lid 3 Grondwet]</p> <p>↓</p> <p>Grondwet</p> <p>↓</p> <p>['Een ieder verbindende bepalingen' goedgekeurd ex art. 91 lid 1 Grondwet]</p> <p>↓</p> <p>Landswetgeving (wet, lagere regelgeving)</p>

137 Hoogers en Nap, *Het Statuut, de Grondwet en het internationale recht*, 2004, <<http://irs.ub.rug.nl/ppn/292836953>>, laatst geconsulteerd op 18 september 2008; zie ook de analyse in Besselink c.s. 2002, 44-52.

3.5 Deelconclusie

De bepalingen die in de jaren vijftig in de Nederlandse Grondwet zijn opgenomen omtrent het internationaal recht en de doorwerking daarvan zijn in verschillende opzichten uniek. Dit is het geval op de volgende punten:

- de bepaling dat bevoegdheden tot wetgeving, bestuur en rechtspraak kan worden geattribueerd aan internationale organisaties, welke met name met het oog op de verdragen over Europese integratie (het EGKS-verdrag en andere voorziene Europese samenwerkingsverdragen) in 1953 werd ingevoerd;
- de invoering van het beginsel dat alle internationale overeenkomsten die naar internationaal publiekrecht beschouwd moeten worden als verdragen parlementaire goedkeuring vergen;
- het feit dat onze Grondwet als eerste Europese grondwet niet alleen de doorwerking van verdragen, maar ook uitdrukkelijk de status en doorwerking van besluiten van volkenrechtelijke organisaties regelt;
- de, althans destijds, unieke regeling dat 'een ieder verbindende bepalingen' van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties met voorrang gelden boven daarmee strijdige nationale bepalingen van wetten en andere nationale regelingen.

Op deze wijze liep Nederland voorop in de constitutionele erkenning van de sterk om zich heen grijpende intensivering van de internationale betrekkingen, de internationalisering van de nationale economieën en nationale rechtsordes, en de organisatie van de buitenlandse betrekkingen door middel van internationale organisaties met boven-nationale bevoegdheden. Aldus was de Nederlandse Grondwet de meest naar de buitenwereld openstaande van de Europese grondwetten. Dit is nog steeds in ruime mate het geval.

Het constitutionele systeem verschaft de rechter, de wetgever en de uitvoerende macht mogelijkheden (en verplichtingen) om internationaal recht door te laten werken in de Nederlandse rechtsorde. De verschillende wijzen van doorvoering zijn primair gericht op het mogelijk maken van toetsing van nationale normen aan internationale normen. Daarbij gaan 'een ieder verbindende' internationale normen vóór op strijdige nationale normen, althans de formele wet. Veelal wordt aangenomen dat ingevolge artikel 94 van de Grondwet dit ook voorrang op de bepalingen van de Grondwet zelf behelst, hoewel men op systematische gronden tot een andere conclusie zou kunnen komen. Voor zover het niet gaat om toetsing zijn de mogelijkheden van toepassing van internationaal recht buiten de artikelen 93 en 94 Grondwet om zeer ruim.

Terwijl de doorwerkingsregeling in hoge mate is georiënteerd op toepassing van al dan niet 'een ieder verbindende' internationale bepalingen, is het grondwettelijke systeem en de constitutionele praktijk veel minder of zelfs geheel niet gericht op een toetsing van internationale normen aan nationale fundamentele constitutionele waarden en uitgangspunten. Dit blijkt ook uit de praktijk rond de procedure van goedkeuring van verdragen die kunnen afwijken van de Grondwet (artikel 91, derde lid, Grondwet). Daarvoor is een beslissende meerderheid in het parlement nodig die gelijk is aan de beslissende meerderheid bij grondwetswijziging. Nochtans is de uitleg van het begrip 'afwijken' zodanig letterlijk dat vrijwel nimmer tot de conclusie is gekomen dat een verdrag afwijkt van de Grondwet.

In de praktijk en de literatuur wordt nauwelijks stilgestaan bij het gegeven dat als een rechter een bepaling van een verdrag dat niet met de versterkte meerderheid is aangenomen onder artikel 91, derde lid, Grondwet voorrang zou verlenen op een grondwettelijke bepaling, deze rechter treedt in de beoordeling van de verenigbaarheid van verdrag en Grondwet, en zijn oordeel in de plaats stelt van die van de volksvertegenwoordiging en wetgever, hetgeen artikel 120 van de Grondwet verbiedt.

Ook de bepalingen van het Statuut, dat constitutionele waarborgen bevat van democratische gelegitimeerde regelgeving, mensenrechtenbescherming, rechtszekerheid en goed bestuur, kunnen naar de opvatting van veel schrijvers door althans 'een ieder verbindende' internationale bepalingen worden terzijde gesteld. Daar staat een eveneens goed verdedigbare opvatting tegenover die het de rechter verbiedt om het Statuut en de rijkswetgeving terzijde te stellen met een beroep op internationale bepalingen. In deze laatste opvatting liggen meer constitutionele waarborgen besloten tegen internationaal recht dat een inbreuk maakt op fundamentele constitutionele beginselen dan in de eerste opvatting.

Wat betreft de voorrang zij er nog op gewezen dat krachtens vaste rechtspraak van de Hoge Raad het internationale gewoonterecht niet kan derogeren aan de Grondwet en wet. Voor zover het *ius cogens* ongetwijfeld zulk gewoonterecht is – althans voor zover het niet is vastgelegd in verdragen die het Koninkrijk binden – geldt dit ook voor het *ius cogens*. Dit is daarom van belang omdat er wel opvattingen bestaan die bijvoorbeeld het recht op een effectief rechtsmiddel of zelfs op toegang tot de rechter tegen besluiten waardoor men wordt geraakt daartoe rekenen.

Wat betreft de democratische legitimatie van verdragen en van daaruit voortvloeiende besluiten van volkenrechtelijke organisaties, moet nog worden opgemerkt dat de voorrang van verdragsbepalingen op gewone

wettelijke voorschriften (niet zijnde grondwettelijke voorschriften), die bepaald wordt door het burgers bindende karakter van de verdragsbepalingen, niet wordt afgedekt door de democratische principes die ten grondslag liggen aan het legaliteitsbeginsel: dat de volksvertegenwoordiging met zulke burgers bindende bepalingen moet instemmen. De vraag of een verdrag moet worden goedgekeurd is immers naar de huidige regeling van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen niet afhankelijk van de vraag of het 'een ieder verbindende bepalingen' bevat; bepaalde verdragen kunnen buiten de parlementaire goedkeuringsprocedure blijven ook al binden zij burgers.

Wat betreft besluiten van volkenrechtelijke organisaties geldt dat er geen parlementaire instemming is vereist met zulke besluiten, ook als zij een juridisch bindende rechtstreekse werking jegens burgers hebben, in welk laatste geval zij voorrang hebben op wettelijke, en mogelijk grondwettelijke, voorschriften. Dit leidt slechts uitzondering in geval bij de goedkeuring van het oprichtings- of toetredingsverdrag ter zake een voorbehoud is gemaakt van voorafgaande parlementaire instemming met zulke besluiten. Een dergelijk voorbehoud is alleen gemaakt ten aanzien van de Schengen Uitvoeringsovereenkomst en het EU-Verdrag (en wijzigingsverdragen). De Schengen Uitvoeringsovereenkomst is intussen voor het overgrote deel gaan behoren tot het *acquis* van het EG-recht, terwijl het parlementaire instemmingsrecht nagenoeg verdwenen is in het Verdrag van Lissabon. Voor besluiten van volkenrechtelijke organisaties, juist wanneer die burgers binden en dus voorrang hebben op wettelijke bepalingen, bestaat aldus geen waarborg van een mate van democratische legitimatie die wel bestaat ten aanzien van de wet.

Wat betreft de werking van 'niet een ieder verbindende', juridisch bindende bepalingen moet worden vastgesteld dat deze vooral bestaat in de aanvullende werking en op basis van volkenrechts- en verdragsconforme uitleg van nationaal recht. Een dergelijke werking is alleen mogelijk binnen de grenzen van de wettelijke en grondwettelijke bevoegdheden van de betrokken instanties, in het bijzonder bestuursorganen. In dit laatste ligt een waarborg besloten ten gunste van de rechtsbescherming van personen en tevens enige waarborg op het gebied van de democratische legitimatie: pas wanneer men overgaat tot implementatie door omzetting van internationaal recht in nationaal recht door een handeling die op de wet berust (en daarmee een democratische legitimatie heeft), kan de van oorsprong internationale norm jegens burgers effectief worden.

Internationale afspraken die niet-juridisch bindend zijn, maar wel de overheid politiek committeren kunnen eveneens slechts uitgevoerd en toegepast worden binnen de grenzen van de wettelijke bevoegdheid naar

nationaal recht van de betrokken overheidsambten. Ook hierin ligt een waarborg besloten. Dergelijke beleidsafspraken zijn overigens, afhankelijk van de omstandigheden, al vanaf de aanvang niet geheel zonder juridische gevolgen. Men zal immers op grond van de volkenrechtelijke goede trouw er juridisch van weerhouden kunnen worden om zich in strijd met de betreffende afspraak te gedragen, met name indien men uitdrukkelijk heeft ingestemd met de betreffende afspraak. Bovendien lopen dergelijke aanvankelijke niet-juridisch bindende beleidsafspraken relatief vaak vooruit op latere bindende besluiten. Niet voor niets wordt in dat verband gesproken van 'sluipende rechtsvorming'. Deze is vanuit een oogpunt van democratische legitimatie bezwaarlijk omdat er in het algemeen geen regels zijn over de bekendmaking van beleidsafspraken, het parlement er niet stelselmatig over wordt geïnformeerd, laat staan daarop invloed kan uitoefenen. Zelfs bestaat het vermoeden dat er politieke beleidsafspraken tot stand komen zonder dat de politiek verantwoordelijken duidelijke mandaten daarvoor afgeven en daarover interne ambtelijke verantwoording wordt afgelegd. Dit bemoeilijkt eventuele externe verantwoording, met name aan de volksvertegenwoordiging.

In het volgende deel van deze studie zal nader bekeken worden in hoeverre de bevindingen in de voorgaande paragrafen, in het licht van de beginselen van de democratische rechtstaat zoals die in Nederland hun constitutionele vorm hebben gekregen, tot wijzigingen aanleiding geven, en waarin die kunnen bestaan.

4 Mogelijkheden voor het waarborgen van democratische legitimatie en bescherming van de rechtsstatelijke beginselen

In zijn advies inzake de opdrachtverlening aan de staatscommissie Grondwet, wijst de Raad van State op drie juridische mogelijkheden die benut kunnen worden 'om te voorkomen dat de Nederlandse rechtsorde vanuit het internationale recht wordt aangetast: i. *ius cogens*; ii. mensenrechtenverdragen, in het bijzonder het EVRM; iii. het Nederlandse constitutionele recht.'¹³⁸ In lijn met de opdracht beperkt dit rapport zich grotendeels tot de laatstgenoemde optie. Op dit punt meent de Raad van State dat er aanleiding is te onderzoeken of een voorbehoud met betrekking tot de doorwerking van internationaal recht wenselijk is. Volgens de Raad zou zo'n voorbehoud kunnen inhouden dat besluiten van volkenrechtelijke organisaties geen voorrang hebben boven Nederlands recht, voor zover deze bepalingen bevatten die afwijken van wezenlijke constitutionele waarden en tegen die afwijkingen geen effectieve rechtsbescherming openstaat. Bij 'wezenlijke constitutionele waarden' zal het in de ogen van de Raad dan moeten gaan om 'beginselen met een waarborgkarakter, waaraan in een concreet geval kan worden getoetst'. Het begrip zou wellicht in een nieuw grondwetsartikel kunnen worden gedefinieerd.

Eerder – in het advies over de vestiging in Nederland van buitenlandse en internationale gerechtshoven – had de Raad van State al aangegeven dat bepalingen uit de Grondwet met wezenlijke waarborgen (vergelijk de bovengenoemde 'wezenlijke constitutionele waarden') zich kunnen verzetten tegen het partij worden bij een verdrag, zelfs wanneer daarvoor de verzwaarde procedure van artikel 91, lid 3, gebruikt wordt. In het Nader rapport lijkt de regering deze mening te delen.¹³⁹ Op dit moment voorziet de Grondwet echter niet expliciet in deze mogelijkheid. Integendeel, anders dan in andere Europese landen gaat men er veelal vanuit dat er geen materiële criteria van constitutionele aard bestaan die de mogelijkheid tot het wijzigen van de Grondwet beperken. Dit is niet anders ten aanzien van de feitelijke grondwetswijziging door het sluiten van een verdrag dat van de Grondwet afwijkt. De Grondwet zelf geeft geen aanduiding van supra-constitutionele principes van inhoudelijke aard waaraan de staatsorganen die verdragsluitende macht uitoefenen, gebonden zijn.

¹³⁸ Vergelijk het advies van de Raad van State inzake de opdrachtverlening aan de staatscommissie Grondwet, loc.cit., par. 4.2.3 c.

¹³⁹ Kamerstukken II 1999-2000, 26 800 VI, A., p. 6 en 7. Met dezelfde strekking, maar dan voor wat betreft de grondwetgever reeds G.F.M. van der Tang, Artikel 137, in: Akkermans-Koekkoek, *De Grondwet*, 1992, p. 1188 en eerder J.L. de Reede, *Rechterlijke toetsing van grondwetsherziening in India*, Amsterdam: Rodopi, 1982, p. 375-377. Zie hierover ook Van Emmerik, *op.cit.*, p. 159.

Constateerend dat het waarborgen van rechtstatelijke elementen vooralsnog niet of nauwelijks mogelijk is op mondiaal niveau (en ook niet in alle gevallen op regionaal Europees niveau), is het zinvol – in lijn met het rapport van de WRR over de rechtsstaat – op nationaal niveau te zoeken naar oplossingen. Zoals Alkema treffend aangaf: ‘de internationale rechtsorde is de onze nog niet’.¹⁴⁰ Misschien mogen we ook zeggen ‘onze rechtsorde is de internationale nog niet’. De oplossingen zouden dan intussen gericht moeten zijn op het bieden van garanties dat de democratische en rechtstatelijke beginselen (legaliteit, machtsverdeling, grondrechten, controle door een onafhankelijke rechter en democratie) waaraan Nederlandse overheden gebonden zijn, ook als hun gezagsuitoefening is gebaseerd op verdragen of besluiten van volkenrechtelijke organisaties, niet te lijden hebben onder de gevolgen van globalisering en normatieve processen op internationaal niveau. Of, in de nog directere bewoordingen van de Raad van State: ‘om te voorkomen dat de Nederlandse rechtsorde vanuit het internationale recht wordt aangetast.’¹⁴¹

In het licht van de onderzoeksvraag gaan wij na op welke wijze de huidige constitutionele regeling van de doorwerking van internationaal recht zou kunnen worden aangepast enerzijds wat betreft de democratische legitimatie van verdragen en besluiten, en anderzijds wat betreft de waarborging van rechtstatelijke beginselen. Daartoe zetten wij eerst uiteen welke rechtvaardiging er bestaat voor het borgen van het monisme en de voorrang van internationaal recht in de constitutionele beginselen van de democratische rechtsstaat in Nederland. Vervolgens gaan we in op niet-gouvernementele of quasi-gouvernementele internationale samenwerking en daarna op de puur publiekrechtelijke rechtsvorming in de internationale samenwerking.

4.1 Borging van monisme en voorrang van internationaal recht in de constitutionele beginselen van de Nederlandse democratische rechtsstaat

In essentie komen de conclusies die we in hoofdstuk 3 trokken erop neer dat in sommige gevallen de huidige regeling van de doorwerking van verschillende vormen van internationaal recht onvoldoende bescherming biedt aan de constitutionele beginselen van de democratische rechtsstaat. De regeling kent soms geen waarborgen voor een optimale parlementair democratische legitimatie van internationale normen die burgers kunnen binden. Tegen inbreuken op wezenlijke constitutionele waarden (inclusief de rechtsbescherming voor de burger) bestaan evenmin altijd waarborgen.

Wij formuleren hieronder mogelijkheden om zulke garanties in te bouwen in ons als monistisch te karakteriseren doorwerkingsstelsel. Omdat vanuit de

¹⁴⁰ Alkema, oratie, *op.cit.*

¹⁴¹ Advies van de Raad van State inzake de opdrachtverlening aan de staatscommissie Grondwet, *loc.cit.*, par. 4.2.3 c.

internationalistische Nederlandse zedelijke traditie – die teruggaat op Grotius en grote volkenrechtsgeleerden als Cornelis van Vollenhoven, en die onder meer tot uitdrukking is gebracht in de grondwettelijke opdracht aan de regering om de ontwikkeling van de internationale rechtsorde te bevorderen¹⁴² – wellicht misverstand kan ontstaan geven wij beknopt de intentie en rechtvaardiging van de voorstellen aan.

Op de eerste plaats zij erop gewezen dat het VN Handvest¹⁴³ en de algemene mensenrechtenverdragen waarbij het Koninkrijk partij is – zoals het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR) en het EVRM – de rechtsplicht opleggen een van de kernwaarden van de Nederlandse rechtsstaat, te weten mensenrechtenbescherming, te eerbiedigen. Door geen van deze verdragen wordt dit beperkt tot aangelegenheden met een internationale dimensie. Integendeel, zowel het IVBPR als het EVRM bepalen uitdrukkelijk dat de minimumwaarborg die deze verdragen bieden géén afbreuk mogen doen aan de bescherming die *nationale* grondrechtenbepalingen aan burgers kunnen bieden.¹⁴⁴ Dus niet alleen bestaat de rechtsplicht tot eerbiediging van *internationale* mensenrechten, ook wordt door deze verdragen bepaald dat zij geen inbreuk mogen maken op, noch er aanleiding toe mogen geven om specifieke nationale bescherming buiten toepassing te laten. Ook voor monistische landen wordt aldus door het internationale recht zelf een waarden-georiënteerde omkering gegeven van de voorrangsregel: het betere bescherming biedende nationale recht gaat vóór op het internationale recht.

Op de tweede plaats wijst de rechtspraak uit dat de Nederlandse rechter nu reeds de doorwerking van bepaalde verdragsverplichtingen reguleert en beperkt. Hij gebruikt de constitutionele waarden die inherent zijn aan de Nederlandse rechtsorde die in verdragen kunnen worden gevonden, om ‘verdragsconflicten’ te beslechten door belangenafweging, en wel zodanig dat daarbij aan grondrechtenbepalingen in verdragen die in Nederland van constitutionele betekenis zijn een zwaar gewicht wordt toegekend.¹⁴⁵ In wezen is het zware gewicht dat de rechter toekent aan grondrechten gebaseerd op een materiële weging waarbij het gewicht bepaald wordt door de nationale constitutionele betekenis van grondrechtenbescherming binnen het geheel van rechtswaarden. Nochtans gaat het in deze gevallen om verdragsconflicten waarbij er naar internationaal recht geen hiërarchie bestaat tussen de betrokken verdragsbepalingen. Als de rechter in concrete gevallen overgaat tot belangenafweging waarbij aan grondrechten een zwaar gewicht

142 Artikel 90, Grondwet.

143 Artikel 56 VN Handvest in samenhang met art. 55, aanhef en onder c, waarin ‘all Members pledge themselves to take joint and separate action’ met betrekking bevordering van de eerbiediging van mensenrechten en fundamentele vrijheden.

144 Art. 5 lid 2 IVBPR, art. 53 EVRM.

145 De locus classicus in dit verband is HR 30 maart 1990, NJ 1991, 249. De jurisprudentie gaat vooral (maar niet alleen) over uitleveringsverdragen en mensenrechtenverdragen, zie hiervoor laatstelijk HR 15 september 2006, Co5/1 20HR, LJN: AV7387, in het bijzonder ook de conclusie van de advocaat-generaal onder punt 4.1 en 4.2 e.v.

wordt toegekend, dan is dit ingegeven door de nationale betekenis die daaraan wordt toegekend; het gaat dan per slot van rekening om meer fundamentele waarden dan welke ten grondslag liggen aan willekeurige andere verdragen. Zolang het echter gaat om een botsing tussen regels die formeel van gelijke rang worden geacht, dan betekent dit ook dat deze techniek niet waarborgt dat aan constitutionele beginselen van de Nederlandse rechtsstaat het gewicht toekomt dat naar de nationale betekenis daaraan moet worden toegekend.

Met deze techniek alleen bestaat er, ten derde, geen goede mogelijkheid om aan bepaalde constitutionele beginselen die niet vallen onder concrete bepalingen van mensenrechtenverdragen ten volle recht te doen, vooral indien – zoals thans het geval is – nagenoeg zonder materieel onderscheid aan het internationaal recht voorrang moet worden gegeven. De formele hiërarchie overheerst thans over een materiële waardenhiërarchie.

Ten vierde gelden overwegingen van beleidsmatige aard. De Nederlandse internationale en internationaalrechtelijke oriëntatie is sterk waardengeoriënteerd. Dat geldt van Grotius, via Van Vollenhoven tot het buitenlands politieke mensenrechtenbeleid. De hieronder te formuleren aanpassingen zijn evenzeer geijkt op de rechtswaarden die van oudsher aan de internationaalrechtelijke oriëntatie van het Nederlandse buitenlands beleid ten grondslag hebben gelegen – zij versterken en verhelderen die. Deze waarden zijn, algemeen gesteld, de universele bescherming van mensenrechten, het bevorderen van de waarden van democratie, vrijheid en de rechtsstaat, en vormen kernpunten van het Nederlandse buitenlandse beleid. De geloofwaardigheid van deze pijler van het buitenlands beleid is in het geding indien Nederland de in het buitenland uitgedragen waarden in eigen land niet-juridisch weet te waarborgen. Als men bereid lijkt deze materiële waarden in te ruilen voor verplichtingen op grond van hun formele status als internationale normen, dan mag men zich afvragen wat die kernpunten van het buitenlands beleid waard zijn.

Ten vijfde zij er op gewezen dat de hieronder geformuleerde voorstellen geen afbreuk doen aan het monistisch karakter van het doorwerkingsstelsel dat we in Nederland kennen, maar daarop zijn gebaseerd en deze in een aantal opzichten zelfs versterkt. Zo memoreerden wij hierboven reeds dat juist verdragsverplichtingen Nederland ertoe verplichten voorrang te geven aan bepaalde constitutionele kernwaarden. Bovendien bevatten de te schetsen beleidsopties voorstellen voor het versterken van de doorwerking van volkenrechtelijk *ius cogens*. Zij zijn dus voor een groot deel gebaseerd op een nog sterkere verankering van de internationale verplichting tot bescherming van de kernwaarden van ons constitutionele bestel.

In verband met de dichotomie van ‘monisme’ en ‘dualisme’ lijkt het soms alsof dit zou gaan om ‘goed’ versus ‘kwaad’. Dat is weinig behulpzaam en doet vergeten dat het Nederlandse doorwerkingsstelsel wat betreft de voorrang van internationale normen in belangrijke mate – praktisch gesproken wellicht zelfs in overwegende mate – dualistische elementen heeft (‘dualisme’ hier in de betekenis van voorrang voor nationaal recht op internationaal recht waardoor het internationale recht buiten toepassing blijft). Niet zelden is de gewraakte benadering gestoeld op een gebrek aan kennis van en inzicht in de doorwerkingsstelsels van liberale democratieën waarmee Nederland zich in Europees en internationaal verband identificeert. Zo wordt vaak over het hoofd gezien dat er wel zeer weinig andere lidstaten van de Europese Unie zijn die voorrang toekennen aan internationaal recht boven de eigen constitutie, in elk geval de fundamentele bepalingen en beginselen daarvan (zelfs in verband met het recht van de Europese Unie zelf). Dit geldt zowel voor een monistisch land als Frankrijk als voor een dualistisch land als Duitsland. Buiten Europa valt te wijzen op het doorwerkingsstelsel van de Verenigde Staten, dat zichzelf weliswaar als monistisch beschouwt en zelfwerkend verdragsrecht rekent tot *law of the land*, maar in de praktijk aan mensenrechtenverdragen als het IVBPR geen effect jegens burgers toe heeft willen kennen. Daarentegen is de House of Lords van het strikt dualistische Verenigd Koninkrijk een van de meest effectieve beschermers van internationale grondrechten in de nationale rechtsorde, zoals blijkt uit de inmiddels uitvoerige jurisprudentie over bescherming van grondrechten in de strijd tegen het terrorisme.¹⁴⁶

Voordat we overgaan tot het aanduiden van de constitutionele beleidsopties die ons inziens openstaan ter borging van een monistisch stelsel met voorrang voor internationaal recht als het Nederlandse, plaatsen we voorafgaand twee kanttekeningen. Deze betreffen het beginsel van democratie en rechtsstatelijke beginselen, en met name het rechtsbeschermingsbeginsel.

Wij constateren ten eerste dat er spanning kan bestaan tussen deze twee aspecten. Individuele rechtsbescherming is (of mondt uit in) de mogelijkheid een geval te laten beoordelen door de rechter. Democratische legitimatie is in politiek-staatkundige context gelegen in de positie van de wetgever en in de parlementaire controle over de uitvoerende macht. Bij rechterlijke toetsing is het niet uitgesloten dat de rechter de opvatting van het democratisch gekozen parlement terzijde stelt ten gunste van een individueel belang of recht. Dit geldt onder andere bij het oordeel over de doorwerking, zoals bij de vraag of een verdragsbepaling wel of niet moet worden beschouwd als ‘een ieder verbindend’, maar ook in andere contexten kan zich zo iets voordoen.¹⁴⁷

146 Zoals het ook een van de meest getrouwe toepassers is van EG-recht.

147 Zo is het oordeel van drie achtereenvolgende grondwetgevers inzake de betekenis van artikelen 93 en 94 van de Grondwet voor de doorwerking van Europees Gemeenschapsrecht door de strafkamer van de Hoge Raad terzijde gesteld in HR 2 november 2004, LJN AR1 797.

Hierbij moet bedacht worden dat de democratische legitimatie van de rechter indirecter is dan van het parlement.

Ten tweede tekenen wij aan dat democratie in deze notitie vooral gezien wordt vanuit de grondwettelijke en staatsrechtelijke instituties. Democratische legitimatie is echter een aanmerkelijk ruimer begrip, dat de feitelijke aanvaarding bij relevante groepen belanghebbenden (*'stakeholders'*) van een bepaalde feitelijke of gezagsverhouding omvat, ook wanneer dit niet geschiedt binnen de institutionele kaders van de verhouding tussen volksvertegenwoordiger en regering op de verschillende bestuursniveaus die binnen Nederland bestaan. In Nederland – land met een van oudsher sterk ontwikkeld maatschappelijk middenveld met publieke taken – is rechtsvorming buiten de klassieke, strikt statelijke publieke kaders een bekend en tot op zekere hoogte constitutioneelrechtelijk erkend fenomeen.¹⁴⁸ Dat private personen en instellingen publieke taken en verantwoordelijkheden kunnen behartigen is in Nederland altijd weinig omstreden geweest;¹⁴⁹ zelfs politieke partijen nemen de vorm van een privaatrechtelijke rechtspersoon aan. De formele democratie van de constitutionele instellingen is te beschouwen als correctief daarop, dat taken van het maatschappelijke veld overneemt wanneer dat in het kader van het algemeen belang nodig wordt geacht.

4.2 Beleidsopties ten aanzien van niet- of quasi-publiekrechtelijke internationale samenwerking

De Nederlandse constitutionele traditie kent van oudsher geen duidelijk monopolie toe aan statelijke rechtsvorming. Er is in de Nederlandse constellatie altijd veel ruimte geweest voor allerlei afspraken, zelfregulering van particuliere en semi-publieke aard. De dereguleringspolitiek die enkele decennia geleden is ingezet grijpt deels terug op instrumenten als zelfregulering. Dit moet ons niet uit het oog doen verliezen dat de internationalisering langs niet-publieke of quasi-publieke weg in dit opzicht de afgelopen decennia een grote vlucht heeft genomen, niet alleen op het gebied van standaardisering, normalisering en certificering, maar ook ten aanzien van velerlei technische normen en regels die betrekking hebben op grote delen van het maatschappelijke en economische leven en dit in hoge mate feitelijk beïnvloeden. De grenzen van de rechtsorde af te sluiten voor zulke min of meer particuliere zelfregulering zou ongunstige economische en maatschappelijke gevolgen kunnen hebben.

Een aanknopingspunt met het constitutionele recht voor deze ontwikkelingen is vooral gelegen in het legaliteitsbeginsel. Als regering en parlement, als hoeders van het algemeen belang, menen dat zich inhoudelijk ongewenste ontwikkelingen voordoen, of om andere redenen menen dat stroomlijning wenselijk is, dienen zij naar onze mening dit door middel van wetgeving te

¹⁴⁸ Zie artikel 134 Grondwet.

¹⁴⁹ Vergelijk artikel 1:1 aanhef en onder b) Awb.

reguleren. Daarmee kan van geval tot geval en van sector tot sector tot toegesneden maatregelen van openbare orde worden gekomen.

In wezen kennen wij verschillende wijzen waarop via wetgeving door niet-publiekrechtelijke instellingen nationaal en internationaal tot stand gebrachte (technische) normen voor burgers bindend worden, door normstellende verwijzing in de wetgeving naar zulke normen, die daardoor bindende werking verkrijgen. Het is de taak van de wetgever erop toe te blijven zien dat de betreffende particuliere normstelling die door verwijzing in wetgeving publiek verplichtend wordt, blijft voldoen aan de legaliteits-eisen die daaraan gesteld moeten worden.

Dit behelst enerzijds:

- dat zulke voorschriften toegankelijk en kenbaar zijn,¹⁵⁰
- dat de deelnemers aan de besluitvorming aan eisen van representativiteit voldoen,
- dat de besluitvorming transparant is.

Anderzijds dient ook de inhoud en uitkomst van de besluitvorming geen inbreuk te maken op de beginselen van de rechtsstaat. Op deze besluitvorming dient dan ook de algemene voorbehoudsregel die we hieronder ten aanzien van internationale normen formuleren, van toepassing te worden geacht (zie paragraaf 4.3.2 onder a).

Ten aanzien van de actoren zij erop gewezen dat in de internationale organisaties die niet door het volkenrecht beheerst worden, afhankelijk van de organisatie, ook ambtenaren van de rijksoverheid of van zelfstandige bestuursorganen deelnemen. Ten aanzien van de medewerking van rijk-ambtenaren aan normstelling die in zulke organisaties tot stand wordt gebracht, dient de normale mandatering en ambtelijke verantwoording te worden nageleefd. In dit opzicht leent Aanwijzing 304 zich met betrekking tot 'beleidsafspraken' tot uitbreiding en aanscherping. Ten aanzien van leden van zelfstandige bestuursorganen zou in voorkomende gevallen de zogenoemde 'horizontale' verantwoording aan politiek en samenleving stelselmatig aandacht moeten besteden aan activiteiten van de betreffende organen in internationale organisaties. Zonodig kan dit ook specifiek wettelijk worden verankerd in openbare rapportageverplichtingen.

150 In verband met de verwijzingen in het Bouwbesluit 2003 en Regeling Bouwbesluit 2003 naar NEN-EN normen is een zaak aanhangig bij de Rechtbank Den Haag tussen Knooble BV tegen de Staat en de Stichting NNI. De klacht is dat deze normen algemeen verbindende voorschriften in de zin van de Grondwet zijn vanwege deze verwijzingen, maar niet voldoen aan de eisen van de Bekendmakingswet voor algemeen verbindende voorschriften. Intussen heeft de Rechtbank Den Haag de vordering toegewezen in een vonnis van 31 december 2008, zaak-/rolnummer 274010/HA-ZA 06-3308. De Staat is in hoger beroep gegaan en de minister van BZK heeft de kamers op de hoogte gesteld van het vonnis, Kamerstukken II 2008/2009, 28 325, nr. 100.

Ten aanzien van de niet- of quasi-publieke internationale samenwerking bestaan, samenvattend, de volgende beleidsopties:

- borging door wetgeving als correctie op gedrag van maatschappelijke partners,
- participatie van rijksambtenaren door (striktere) mandatering en ambtelijke verantwoording en striktere naleving van Aanwijzing 304 wat betreft beleidsafspraken;
- participatie van zelfstandige bestuursorganen door ‘horizontale’ verantwoording over internationale activiteiten door middel van wettelijk te verankeren openbare rapportageplichten;
- borging en begrenzing van inhoud van internationale afspraken die door transnational civil society tot stand worden gebracht door
 - o sectorale wetgeving
 - o voorzover relevant ook te dekken door het algemene doorwerkingsvoorboud zoals bedoeld hieronder (4.2.3 sub b, sub eerste punt).

4.3 Beleidsopties ten aanzien van publiekrechtelijke internationale samenwerking

4.3.1 *Het democratiebeginsel*

In dit deel van deze studie concentreren wij ons op de beginselen van de parlementaire democratie. Dit betreft het beginsel dat algemene burgers bindende regels slechts tot stand kunnen worden gebracht als de volksvertegenwoordiging daarmee heeft ingestemd.¹⁵¹

Wij bezien wat de implicaties achtereenvolgens zijn:

- (a) bij verdragsluiting;
- (b) bij parlementaire instemming met het Koninkrijk bindende besluiten van volkenrechtelijke organisaties, en
- (c) wanneer een internationaal verdrag of besluit eenmaal tot stand is gekomen.

a. Verdragsluiting

In hoofdstuk 3 bleek dat de procedure van verdragsluiting impliceert dat hoewel een verdrag in beginsel voorafgaand moeten worden goedgekeurd door het parlement, er zowel bij de wijze waarop wordt goedgekeurd, als bij de regeling van de uitzonderingen op het goedkeuringvereiste maar één materieel criterium speelt: de vraag of het verdrag noodzaakt tot afwijken van de Grondwet.

¹⁵¹ Vanwege de beperkte omvang van deze studie gaan wij niet apart in op de uit het democratiebeginsel voortvloeiende plicht tot verantwoording die de uitvoerende macht ten aanzien van het buitenlands beleid, met name ook wat betreft de nagestreefde internationale normstelling, aan het parlement moet afleggen.

Dit heeft voor wat betreft de wijze van goedkeuring als gevolgen:

- dat burgers kunnen worden gebonden aan verdragen die door het parlement alleen stilzwijgend zijn goedgekeurd, hoewel deze verdragen voorrang hebben op hun wettelijke rechten en plichten;
- dat burgers kunnen worden gebonden aan verdragen die in het geheel niet zijn goedgekeurd, opnieuw met mogelijk gevolg de terzijdestelling van aan hen door het parlement in formele wetten toegekende wettelijke rechten en plichten.

Het eerste is een aanmerkelijke afwijking van het grondwettelijke stelsel op het punt van wetgeving, in het bijzonder artikel 81 van de Grondwet, wanneer het parlement zonder parlementaire behandeling door beide kamers der Staten-Generaal kan instemmen met wat neerkomt op het ontnemen van rechten en het opleggen van plichten aan burgers, die de wet hun toekende of waarvan de wet hun vrijwaarde. Het tweede is een nog ingrijpender inbreuk op het democratiebeginsel omdat dan het parlement er in het geheel niet aan te pas komt.

Voor wat betreft de regeling van de uitzonderingen op het goedkeuringsvereiste, moet erop worden gewezen dat bij de restrictieve uitleg van 'afwijken van de Grondwet'¹⁵² de democratische en rechtsstatelijke beginselen die ten grondslag liggen aan de Grondwet niet uitdrukkelijk zijn gewaarborgd. Een tweede probleem is dat bij de vraag of zich een afwijking voordoet, er een constitutionele patstelling kan ontstaan die niet oplosbaar is. Ten slotte is er momenteel onvoldoende zekerheid omtrent de vraag of bij verdrag kan worden afgeweken van fundamentele beginselen van de democratische rechtsstaat die niet in grondwetsbepalingen zijn neergelegd. Bij het oplossen van deze respectievelijke punten bestaan de volgende opties.

1. **Het waarborgen van parlementaire goedkeuring van verdragen die 'een ieder verbindende bepalingen' bevatten**
- De eenvoudigste oplossing om te waarborgen dat verdragen die een ieder verbinden überhaupt parlementair zijn goedgekeurd is om de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen in die zin te wijzigen dat voor alle verdragen die 'een ieder verbindende bepalingen' bevatten, of op grond waarvan volkenrechtelijke organisaties besluiten kunnen nemen die 'een ieder verbinden', de voorwaarde wordt gesteld dat deze zijn onderworpen aan de voorafgaande goedkeuring door de Staten-Generaal. Daartoe kan de aanhef van artikelen 7 en 10, eerste lid, van de Rijkswet

152 Zie hierboven hoofdstuk 3, paragraaf 3.2.1.

worden aangevuld.¹⁵³ Ditzelfde kan worden bewerkstelligd door aan artikel 93 van de Grondwet de voorwaarde toe te voegen dat de verdragen of besluiten van volkenrechtelijke organisaties die een ieder verbinden dienen te zijn goedgekeurd door de Staten-Generaal.

- Wat betreft de wijze van goedkeuring kan in de Rijkswet artikel 6 worden aangevuld, zodat ook verdragen die 'een ieder verbinden' uitdrukkelijk moeten worden goedgekeurd.¹⁵⁴ Hier is ook denkbaar dit in de Grondwet zelf vast te leggen, al past dit minder goed in de huidige systematiek.

Uitvoering van deze voorstellen zou slechts van betekenis zijn voor de rechtsbescherming van de burger indien aan het al dan niet goedkeuren gevolgen worden verbonden voor de toepasbaarheid van de betreffende verdragsbepalingen. Daarom wordt hieronder voorgesteld om de voorrang van 'een ieder verbindende bepalingen' te beperken tot verdragen die overeenkomstig artikel 91 van de Grondwet zijn goedgekeurd (zie paragraaf 4.3.2 sub b). Het opnemen van dit samenstel van bepalingen zal bepaalde gevolgen hebben voor de verhouding tussen wetgever en rechter. De rechter zou slechts voorrang kunnen geven aan 'een ieder verbindende bepalingen' die op de voorgeschreven wijze zijn goedgekeurd. Of dit laatste gebeurd is, kan hij uit het Tractatenblad opmaken - hij hoeft zich niet in te laten met een verdere formele toetsing van het betreffende verdrag. Als het verdrag niet op de vereiste wijze is goedgekeurd, dan zal de wet voorrang hebben op de verdragsbepaling. Daarbij kan de rechter desalniettemin tot het oordeel komen dat de betreffende bepaling naar haar inhoud een ieder verbindend is. Dit kan een vingerwijzing zijn aan de wetgever om alsnog tot de vereiste vorm van goedkeuring over te gaan.¹⁵⁵ Nochtans kan de rechter de wet niet terzijde schuiven ten gunste van een niet door het parlement (of indien de wet dit zou voorschrijven: niet uitdrukkelijk) goedgekeurd verdrag. Een en ander laat overigens onverlet dat de rechter ook bepaalde rechtswerking kan geven aan

153 Artikel 7, Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen zou dan bijvoorbeeld in aanhef kunnen komen te luiden: 'Tenzij een verdrag bepalingen bevat welke een ieder kunnen verbinden, of op grond waarvan een volkenrechtelijke organisatie besluiten kan nemen die een ieder verbinden, of welke afwijken van de Grondwet of tot zodanig afwijken noodzakelijk is, is de goedkeuring niet vereist: ...'. Artikel 10, eerste lid, Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen zou dan in aanhef kunnen komen te luiden: 'Tenzij een verdrag bepalingen bevat welke een ieder kunnen verbinden, of op grond waarvan een volkenrechtelijke organisatie besluiten kan nemen die een ieder verbinden, of welke afwijken van de Grondwet of tot zodanig afwijken noodzakelijk is, kan, ...'

154 Dan zou artikel 6 komen te luiden: '1. Indien een verdrag bepalingen bevat welke afwijken van de Grondwet of tot zodanig afwijken noodzakelijk is, of welke een ieder verbindende bepalingen bevatten of op grond waarvan een volkenrechtelijke organisatie een ieder verbindende besluiten kan nemen, wordt dit verdrag aan de uitdrukkelijke goedkeuring onderworpen.'

155 Vergelijk HR 14 april 1989, Harmonisatiewet, r.o. 3.1, waarin de HR oordeelde dat 'hij de te dezen bestreden bepalingen van de zgn. Harmonisatiewet (Wet van 7 juli 1977, Stb. 334) in strijd acht met gerechtvaardigde verwachtingen van de betrokken studenten en derhalve met het rechtszekerheidsbeginsel', maar niet overging tot het onverbindend verklaren van de betreffende wetsbepalingen vanwege het in artikel 120 Grondwet besloten liggende toetsingsverbod.

zulke verdragsbepalingen, gelijk het geval is met niet-een-ieder-verbindende bepalingen van internationaal recht.

2. Het waarborgen dat van de Grondwet en constitutie afwijkende verdragen voldoende parlementaire legitimiteit verwerven

Tot de mogelijkheden om vormen van internationale samenwerking die kunnen leiden tot afwijken van de Grondwet van een betere parlementaire legitimatie te voorzien, behoren de volgende:

- Het is denkbaar over te gaan tot de benadering die in bijna alle lidstaten van de Europese Unie gebruikelijk is op grond van het fundamentele karakter van hun grondwetten, namelijk dat het pas mogelijk is partij te worden bij een verdrag dat afwijkt van de nationale grondwet als voorafgaand de nationale grondwet wordt gewijzigd. Indien men in Nederland deze sterke constitutionele en democratische legitimatie van zulke verdragen wenst, zou men artikel 91, derde lid, van de Grondwet dienen in te trekken.¹⁵⁶
- Een minder vergaand alternatief is een eerder voorstel om in de Grondwet te bepalen dat de goedkeuring van een verdrag dat ‘een wezenlijke overdracht van bevoegdheid’ inhoudt slechts mogelijk te maken met een meerderheid van twee derden van de stemmen. Dit is door een vorig kabinet verworpen.¹⁵⁷ Dit zou kunnen worden heroverwogen.
- Het minst vergaande alternatief is de overgang naar een meer robuuste uitleg van de Grondwet, waarbij men meer in overeenstemming handelt met wat bij rechters, met name de Hoge Raad, tot de gebruikelijke methodes van grondwetsinterpretatie behoort. Daartoe is geen grondwetswijziging benodigd.

Zoals zojuist gesteld, kan er bij de toepassing van artikel 91, derde lid, van de Grondwet een patstelling ontstaan tussen regering, Tweede Kamer en Eerste Kamer onderling over de vraag of een verdrag bepalingen bevat die afwijken van de Grondwet. De patstelling is acuut wanneer een der kamers het voorstel aanneemt met een meerderheid bestaande uit minder dan twee derden van de uitgebrachte stemmen. Op het moment dat de kamers met verschillende meerderheden (meer dan twee derden en minder dan twee derden) een goedkeuringswet aannemen is niet vast te stellen of de wetgever meent dat het verdrag afwijkt van de Grondwet.

¹⁵⁶ Dit moet worden gezien in de context van enerzijds de Nederlandse praktijk bij grondwetswijziging om niet over te gaan tot de tussentijdse verkiezing van een grondwetgevende Tweede Kamer die de Grondwet vergt (artikel 137, vierde lid) – waardoor grondwetswijzigingen zeer veel tijd kunnen nemen, hoewel de geschiedenis aantoont dat een grondwetswijziging in twee lezingen ook in zeer korte tijd tot stand kan komen – en anderzijds de vraag of men in de huidige praktijk wel ernstig en diepgaand genoeg nagaat of er sprake is van ‘afwijken van de Grondwet’.

¹⁵⁷ Zie bijlage bij Kamerstukken I 2002/03, 27 484, nr. 289 herdruk, [Instituut voor Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Utrecht, De constitutionele bepalingen over verdragen die van de Grondwet afwijken en de opdracht van bevoegdheid aan internationale organisaties, 2003], en voor de afwijzing daarvan Kamerstukken I 2003/04, 27 484 (R1669), A, blz. 4–6.

Indien artikel 91, derde lid, van de Grondwet wordt gehandhaafd, is het aangewezen dit procedureel op te lossen. Dit kan niet zonder grondwetswijziging. Daarbij doen zich de volgende opties voor:

- Het vaststellen of een verdrag afwijkt, kan worden opgedragen aan de verenigde vergadering van de Staten-Generaal. Deze procedure past in het stelsel van de Grondwet in gevallen waarin voorkomen dient te worden dat de kamers onderling tegenstrijdige oordelen vellen (vgl. artikelen 96, 28-30, 32, 34-37 Grondwet). Dit is juist hier gewenst. Omdat artikel 91, derde lid, van de Grondwet in zijn huidige formulering een stemming door de verenigde vergadering onmogelijk maakt, dient deze bepaling te worden gewijzigd.¹⁵⁸
- Alternatief kan men overwegen om de vraag of een verdrag afwijkt van de Grondwet op te dragen aan een arbitrale instantie. Daarbij kan gedacht worden aan een rechterlijke instantie of aan een dergelijke bijzondere instantie buiten de rechterlijke macht, zoals een Constitutioneel Hof. Deze kan worden opgedragen over de verenigbaarheid van Grondwet en verdrag te oordelen op verzoek van de regering of een vijfde van de leden van een der kamers der Staten-Generaal. Uiteraard zal een optie als de laatste afhangen van wat de staatscommissie Grondwet (en vervolgens de grondwetgever) doet met de voorstellen ter zake van de Nationale Conventie.

Ten slotte verdient het aanbeveling om reeds bij de sluiting van verdragen na te gaan of het verdrag in zijn toepassing en uitvoering binnen het Koninkrijk noodzaakt tot een inbreuk op wezenlijke constitutionele waarden van de democratische rechtsstaat. Als zulks voorzienbaar is kan niet tot verdragsluiting worden overgegaan. De Raad van State is van mening dat dit reeds naar geldend ongeschreven staatsrecht het geval is, terwijl ook in 1953 de regering instemde met de visie dat ons huidige artikel 91, derde lid, van de Grondwet geen afwijkingen van 'fundamenten en essentialia' van het 'staatsbestel' en de 'rechtsorde' mogelijk maakt, 'zelfs voor zover zij niet in bepalingen van de Grondwet zijn belichaamd'.¹⁵⁹

In beginsel zou dit uitgangspunt ongecodificeerd kunnen blijven, maar er zijn ook argumenten waarom het opneming in de Grondwet verdient. Zo is het rechtskarakter van het bedoelde uitgangspunt niet duidelijk, te meer nu het op geen enkele wijze een rol van betekenis blijkt te spelen bij de gevallen waarin men wél heeft gediscussieerd over de vraag of een verdrag van de Grondwet af zou wijken of daartoe zou nopen. Vooralsnog lijkt er in de staatsrechtleer geen overeenstemming te bestaan over de vraag of er supraconstitutionele beginselen met rechtskarakter bestaan die in de weg kunnen staan aan bepaalde grondwetswijzigingen.

158 De bepaling zou kunnen komen te luiden:
'3. Indien een verdrag bepalingen bevat welke afwijken van de Grondwet dan wel tot zodanig afwijken noodzaken, kan de goedkeuring alleen worden verleend door de Staten-Generaal in verenigde vergadering met ten minste twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen.'

159 Handelingen EK 1952-1953, 469 en 480, l.k.

- Overwogen dient te worden om in de Grondwet vast te leggen dat het Koninkrijk geen partij kan worden bij verdragen waarvan voorzienbaar is dat deze in hun toepassing of uitvoering binnen het Koninkrijk noodzaken tot een inbreuk op wezenlijke constitutionele beginselen van de democratische rechtsstaat, zowel die waarden die in grondwetsbepalingen tot uitdrukking komen als die die daarin niet belichaamd zijn.¹⁶⁰ (Voor een toelichting op het begrip ‘wezenlijke constitutionele waarden van de democratische rechtsstaat’, zie paragraaf 4.3.2.)

b. Parlementaire instemmingseis voor bindende besluiten volkenrechtelijke organisaties

In hoofdstuk 3 is eraan herinnerd dat ten aanzien van sommige besluiten van volkenrechtelijke organisaties het krachtens de betreffende goedkeuringswetten noodzakelijk was het meewerken aan de totstandkoming van zulke besluiten afhankelijk te maken van instemming van de Eerste en Tweede Kamer. Dit was het geval ten aanzien van het Koninkrijk bindende besluiten onder het Schengen Uitvoeringsverdrag, besluiten onder Titel VI van het EU-Verdrag (de ‘derde pijler’) en sommige gewichtige besluiten onder het EG-Verdrag, zoals het besluit tot overgang naar de euro en sommige besluiten betreffende de ‘ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid’ zolang het Europees Parlement daarbij geen beslissingsmacht had. De reden voor dit instemmingsvereiste is het belang van zulke bindende besluiten, waarbij kwam dat het Europees Parlement ter zake geen (mede-) beslissingsmacht bezat.

Zoals eerder aangegeven, kunnen volkenrechtelijke organisaties waarvan Nederland lid is, zeer verreikende, het Koninkrijk bindende besluiten nemen, besluiten die tevens met voorrang op nationale wetgeving de burgers kunnen binden. De besluitvorming in de overgrote meerderheid van volkenrechtelijke organisaties komt tot stand door overeenstemming tussen vertegenwoordigers van de executieven van staten zonder zeggenschap van volksvertegenwoordigingen, vooraf noch achteraf. Gecombineerd met de ‘sluipende rechtsvorming’ waarop wij in het vorige hoofdstuk wezen, is de parlementair democratische legitimatie van besluiten van volkenrechtelijke organisaties al met al gering.

Dit vormt een belangrijk gebrek gezien vanuit het perspectief van het democratiebeginsel als fundament van de Nederlandse rechtsorde, in het bijzonder van de burgers bindende regelgeving daarbinnen.

¹⁶⁰ Dit zou kunnen worden gerealiseerd door toevoeging aan artikel 91, derde lid, Grondwet van de zin ‘Het Koninkrijk kan geen partij worden bij verdragen die noodzaken tot een inbreuk op de wezenlijke constitutionele beginselen van de democratische rechtsstaat in het Koninkrijk.’

Beleidsopties om dit te remediëren zijn de volgende.

- Ten aanzien van de besluitvorming in de verschillende volkenrechtelijke organisaties dient bij verdragsluiting, en in voorkomende gevallen nadien, te worden nagegaan of het instemmen door een regeringsvertegenwoordiger met besluiten die het Koninkrijk binden en van gewichtig belang zijn, respectievelijk de burgers bindend zijn, afhankelijk dient te worden gemaakt van instemming door elk der beide kamers der Staten-Generaal met het oog op de democratische legitimatie van de betrokken besluiten. Een besluit daartoe dient telkens bij goedkeuring van een verdrag overwogen te worden. Te dien aanzien is het aan te bevelen de Aanwijzingen voor de regelgeving aan te passen, zodat in elk ontwerp van wet bij uitdrukkelijke goedkeuring, c.q. toelichtende nota bij stilzwijgende goedkeuring, een paragraaf wordt toegevoegd waarin wordt aangegeven waarom men wel of niet een instemmingseis wenselijk acht. Het is aan de kamers om erop toe te zien dat dit telkens daadwerkelijk wordt overwogen en om zelf een standpunt in te nemen over de wenselijkheid van een instemmingseis.

c. Na inwerkingtreding: doorwerking van internationale verdragen en besluiten
Uiteraard is de parlementaire democratische legitimatie van internationale besluitvorming niet optimaal gewaarborgd als deze uitsluitend zou bestaan uit goedkeuring en instemming met voorgenomen verdragen en (in enkele gevallen) met besluiten van internationale organisaties. Dit geldt temeer omdat bij dergelijke goedkeuring en instemming (vooral voor wat betreft goedkeuring van verdragen) het voornamelijk een kwestie van goedkeuren of afkeuren is - 'slikken of stikken' zoals Vermeulen het dilemma ooit omschreef.¹⁶¹ Parlementaire controle moet daadwerkelijk worden mogelijk gemaakt door voortdurende informatieverschaffing aan de kamers over de internationale besluitvorming, niet alleen in de vorm van de gebruikelijke algemene beleidsverantwoording, maar ook door meer precieze informatie over voorgenomen en genomen besluiten.

De *Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen* verplicht de regering reeds tot het overleggen van informatie over verdragen die in de maak zijn, en hoewel deze overzichten wel uiterst beknopt zijn, reageert de Tweede Kamer hier toch op, zij het in de loop der tijd met een verschillende mate van intensiteit. Deze informatieverschaffing mag ruimhartiger en bovendien zou die moeten worden uitgebreid met informatieverschaffing over besluitvorming in internationale organisaties wil men dat de parlementair democratische legitimiteit, die thans zeer zwak is, enigermate wordt versterkt. Tevens zou de kamer meer stelselmatig op de hoogte moeten worden gebracht van de uitvoering van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties

161 B.P. Vermeulen, 'Slikken of stikken? De invloed van het parlement op het buitenlands beleid', in E.C.M. Jurgens, J.A. van Schagen (red.), *Tweede Kamer op orde*, Den Haag, 1993, pp. 97-105.

binnen de nationale rechtsorde. Dit betreft gedelegeerde uitvoering door de uitvoerende macht, maar ook de rechtspraak waarin verdragsbepalingen waarvan dit niet voorzien werd, toch als een ieder verbindend wordt beschouwd. Deze kunnen namelijk een wezenlijke juridische verandering betekenen.

- De kamers dienen stelselmatig op de hoogte te worden gebracht van (voorgenomen) het Koninkrijk bindende besluiten.
- De kamers dienen stelselmatig op de hoogte te worden gebracht van juridisch niet-bindende besluiten die belangrijke precedentwerking kunnen hebben en naar het inzicht en verwachting van de regering later kunnen resulteren in juridisch bindende besluiten van gelijke strekking of inhoud.
- De kamers dienen stelselmatig op de hoogte te worden gehouden van gedelegeerde uitvoering bestaande in regelgeving, en in het bijzonder van regelgeving die ingrijpt op de rechten en plichten van burgers.
- De kamers dienen stelselmatig op de hoogte te worden gebracht van ontwikkelingen in de uitvoering van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties die het rechtskarakter daarvan veranderen, vooral wanneer deze eerder niet voorziene gevolgen hebben voor de rechten en plichten van burgers.

4.3.2 *Rechtsstatelijke beginselen*

Wanneer internationale normen eenmaal verbindend zijn geworden voor Nederland, geldt de vraag naar de doorwerking en in het bijzonder ook de voorrang van die normen. In zoverre niet 'een ieder verbindend' of van gewoonterechtelijke aard, kunnen deze normen alleen aanvullende werking krijgen. Deze werking wordt daaraan gegeven door de uitvoerende macht binnen de kaders van de bestaande wettelijke bevoegdheden. Wat betreft de rechterlijke macht verkrijgt het deze werking in het bijzonder ten aanzien van de volkenrechtsconforme uitleg van nationaal recht. Zulke internationale normen hebben geen derogerende werking ten aanzien van bestaand nationaal recht. Daardoor zal op basis van deze internationale normen niet snel sprake zijn van een inbreuk op beginselen van de rechtsstaat, zoals die tot uitdrukking komen in de Grondwet en andere constitutionele regels en beginselen.

Nochtans wordt ook ten aanzien van deze internationale normen telkens gesproken van het 'primaat van het internationale recht'. Er kan dus wel degelijk aandrang bestaan om op grond van ook deze internationale normen af te wijken van constitutionele rechtsstatelijke principes, te meer waar in de huidige internationale betrekkingen deze principes, ook voor zover zij

gedeelde waarden van liberale democratieën zijn, hoewel vaak wel met de mond beleden, daadwerkelijk verre van algemeen gedeeld worden door de leden van de internationale gemeenschap.

De 'een ieder verbindende bepalingen' van internationale normen, kort gezegd bepalingen die burgers binden, hebben daarentegen wel derogerende werking ten aanzien van het nationale recht. Deze normen claimen voorrang ook op fundamentele principes van de rechtsstaat zoals we die in Nederland kennen, en die zowel in de Grondwet als daarbuiten tot uitdrukking komen.

Hoewel er verschillende voorstellen zijn geweest om het begrip 'een ieder verbindende bepalingen' te schrappen uit de artikelen 93 en 94 van de Grondwet, menen wij dat dit niet voor de hand ligt wanneer wij hun functie bezien vanuit het principe van rechtsbescherming en rechtsstatelijke waarden. Een schrapping van het onderscheid tussen 'een ieder verbindende bepalingen' en andere normen van internationaal recht zou immers tot gevolg hebben dat *alle* verdragsbepalingen voorrang zouden verwerven boven elke vorm van nationaal recht, en kunnen derogeren aan wettelijke voorschriften. Daarmee zou de bescherming verdwijnen die gevonden kan worden in het vereiste van 'een ieder verbindendheid' tegen het onbeperkt terzijdestellen van rechten van burgers en het opleggen van plichten aan burgers. Een schrapping zou bovendien kunnen worden begrepen als een opheffing van elk relativiteitsvereiste. Ook normen die niet bedoeld waren derogatoir effect te hebben, verkrijgen dat dan alsnog.

Ten einde de fundamentele beginselen van de rechtsstaat te borgen zonder afbreuk te doen aan het als monistisch gekarakteriseerde stelsel van doorwerking, en dit monistische stelsel zelfs te versterken, doen zich een aantal constitutionele beleidsopties voor. Achtereenvolgens stellen wij voor om:

- in navolging van de Raad van State te overwegen in de Grondwet te waarborgen dat de doorwerking van internationaal recht van welke aard of vorm dan ook geen inbreuk kan maken op de wezenlijke constitutionele waarden van de democratische rechtsstaat in het Koninkrijk;
- de voorrang van 'een ieder verbindende bepalingen' van verdragen en van volkenrechtelijke organisaties op grondwettelijke bepalingen uitdrukkelijk te beperken tot alleen die bepalingen die vervat zijn in, of gebaseerd zijn op, verdragen die zijn goedgekeurd krachtens artikel 91, derde lid, van de Grondwet, en
- te overwegen om het monistische karakter van de doorwerking van internationaal recht in die zin te versterken dat gewoonterrechtelijke normen van dwingend internationaal publiekrecht (*ius cogens*) voorrang verwerven op de wet.

Wij lichten deze opties achtereenvolgens toe.

a. Rechtsstatelijke borging van doorwerking

De rechtsstatelijke borging van de doorwerking van internationale normen kan worden gerealiseerd door een voorbehoud te maken in de voorrangsbepaling in het huidige artikel 94 van de Grondwet. Er zijn recent twee typen van formulering voorgesteld. De eerste is afkomstig van Van Emmerik en betreft de toevoeging aan de artikelen 93 of 94 van bepaling met als inhoud:

‘Met inachtneming van artikel 91 werkt internationaal recht automatisch door in de Nederlandse rechtsorde voor zover dit niet in strijd is met fundamentele rechtsstatelijke normen.’¹⁶²

De Raad van State heeft in zijn advies inzake opdrachtverlening aan de staatscommissie Grondwet een andere formulering gehanteerd, zonder overigens een specifieke bepaling voor te stellen. De Raad stelt voor een bepaling in de Grondwet op te nemen:

‘Op grond waarvan verdragsbepalingen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties die in strijd zijn met wezenlijke waarden van de Nederlandse constitutie geen voorrang hebben boven nationaal recht.’¹⁶³

De formule van de Raad van State brengt het duidelijkst de waardenoriëntatie naar voren waar het om gaat, zonder iets wezenlijk anders te bedoelen dan Van Emmerik.

De formulering die de Raad van State bezigt is overigens geheel op de voorrang georiënteerd waar artikel 94 van de Grondwet betrekking op heeft, terwijl het toch ook om de *gelding* van de betreffende normen gaat. Wij stellen daarom voor om zo duidelijk mogelijk tot uitdrukking te brengen dat het gaat om gelding binnen de Nederlandse rechtsorde. Aansluiting kan ons inziens daarom beter worden gevonden bij artikel 93 van de Grondwet, dat immers de bindende werking van geschreven normen van internationaal recht betreft.¹⁶⁴

Bovendien zijn wij van mening dat elke vorm van het internationaal recht onderhevig dient te zijn aan het geldingscriterium dat het niet mag indruisen

¹⁶² Van Emmerik, op. cit., p. 159.

¹⁶³ Kamerstukken TK 2007–2008, 31 570, nr. 3, p. 2 en 25 op p. 22 spreekt de Raad van ‘de wezenlijke beginselen van de democratie en rechtsstaat’; op p. 23 van ‘wezenlijke beginselen, zoals de eerbiediging van mensenrechten’.

¹⁶⁴ Er kan van mening verschillen over het onderscheid tussen ‘verbindendheid’ en ‘gelding’. Zo kan het huidige artikel 93 Grondwet worden begrepen als slechts handelend over de binding jegens burgers, waarnaast in geval daar geen sprake van is, nog verbindendheid kan bestaan jegens bestuursorganen; vgl. bijvoorbeeld het in paragraaf 4.4.1 van hoofdstuk 2 genoemde vonnis Rb Rotterdam 27 juni 2000, reg.nr.: APV 98/2091-S1, LJN-nummer: AA7335. In ons voorstel is het verschil praktisch opgeheven.

tegen wezenlijke waarden van de Nederlandse constitutie. Dit betreft zowel het geschreven als het ongeschreven internationaal recht, en zowel langs publiekrechtelijke weg tot stand gekomen normen als normen die langs andere weg hun ingang in de nationale rechtsorde willen vinden – ten aanzien van de laatste categorie normen gaat het, zogezeegd, om een criterium van openbare orde.

Voorafgaand aan of volgend op de huidige tekst van artikel 93 zou bijvoorbeeld de volgende zin kunnen worden toegevoegd:

‘Internationale normen en besluiten die in strijd zijn met de wezenlijke constitutionele beginselen van de democratische rechtsstaat in het Koninkrijk verkrijgen geen gelding in de Nederlandse rechtsorde.’

Wij lichten het begrip ‘wezenlijke constitutionele waarden van de democratische rechtsstaat in het Koninkrijk’ toe. Zoals de Raad van State in zijn advies over de staatscommissie Grondwet aangaf, komen de wezenlijke constitutionele waarden van de democratische rechtsstaat in Nederland vooral tot uitdrukking in internationale rechtsnormen. Daarnaast komen zij ook tot uitdrukking in sommige nationale normen, waaronder grondwettelijke bepalingen.

Het enkele gegeven dat tot de rechtsnormen die uitdrukking zijn van beginselen van de democratische rechtsstaat in Nederland ook internationale normen behoren, is bewijs van het open karakter van de Nederlandse rechtsorde. Deze openheid is er echter niet een van een louter formele normenhiërarchie die ontledigd is van elke materiële waardenoriëntatie. Ze staat in de sleutel van de internationale bevordering van vrijheid, democratie en rechten van de mens en fundamentele vrijheden, die wij ook in onze eigen rechtsorde als hoeksteen van de rechtsstaat waarborgen.

Tot de internationale normen behoren op de eerste plaats de zojuist genoemde rechten van de mens en de fundamentele vrijheden zoals wij die vinden in het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en in het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten (IVBPR). Daarnaast wijst de Raad van State op de algemeen aanvaarde normen van dwingend internationaal recht, *ius cogens*.¹⁶⁵ Ook wij rekenen dit tot de wezenlijke constitutionele waarden van de Nederlandse rechtsstaat, maar in tegenstelling tot de Raad menen wij dat de voorrang hiervan op elk ander internationaal recht grondwettelijke vastlegging vergt. Wij komen daarop hieronder terug.

Tot de nationale beginselen van de democratische rechtsstaat behoort een aantal normen die in de Grondwet tot uitdrukking komen en een aantal dat onderdeel uitmaakt van de ongeschreven constitutie. Daartoe rekenen wij

vooral wezenskenmerken van het Nederlandse staatsbestel. Dit betreft bepaalde punten omtrent de verhouding tussen wetgever en rechter die gedeeltelijk grondwettelijk verankerd zijn, maar niet in alle opzichten. Wij wijzen daarnaast op de grenzen van de rechterlijke macht ten aanzien van het geven van wetgevingsbevelen.¹⁶⁶ Ook het niet treden door de rechter in de beoordeling van bepaalde aan de politieke organen voorbehouden kwesties kan men daartoe rekenen. Tevens behoort tot deze fundamentele beginselen het legaliteitsbeginsel, en in het bijzonder ook wat betreft de strafrechtelijke rechtsmacht van de Nederlandse rechter.

Daarnaast vallen daaronder bepaalde beginselen van de constitutionele inrichting van het Koninkrijk, waarmee wij niet zozeer doelen op de grondbeginselen van decentralisatie als wel op de bijzondere karakteristieken van de constitutionele verhoudingen tot de landen van het Koninkrijk die in het Statuut tot uitdrukking zijn gebracht. Dit betreft voornamelijk de beginselen van verdeling van bevoegdheid tussen Koninkrijk en de landen. In wezen is dit een voortvloeisel uit het internationaalrechtelijk erkende zelfbeschikingsrecht der volkeren, in het bijzonder van de volkeren van (voormalig) gekoloniseerde gebieden. Ook het Hof van Justitie EG erkent en eerbiedigt de bijzondere betekenis van dergelijke constitutionele eigenheden.¹⁶⁷

Er zijn wellicht meerdere fundamentele beginselen te vinden en te benoemen die onder de waarborg van de voorgestelde bepaling vallen. Ter zake kan, zoals de Raad van State reeds heeft aangegeven, rechtsvergelijking nuttig zijn. Daarbij wees de Raad op de Bondsrepubliek, meer in het bijzonder op een analogie van artikel 23 van de *Grundgesetz*, en naar bepaalde beginselen die in de jurisprudentie van het EHRM zijn geformuleerd. Wat betreft de rechtsvergelijking met ons omringende landen zou naar onze mening het doel enerzijds ruimer en anderzijds beperkter moeten zijn: ruimer, namelijk een vergelijking met de specifica van andere Europese landen waarmee wij een lotsverbondenheid zijn aangegaan in onder meer de Europese Unie; beperkter, omdat veel van de specifica van andere landen juist niet overeenkomen met die van Nederland. In het bestek van dit rapport kan zo'n omvangrijk onderzoek niet ondernomen worden.¹⁶⁸

Gewaarschuwd moet echter worden tegen een articulatie die uitputtend zou zijn bedoeld. Zelfs de specifieke betekenis van grondrechtenbescherming, waaronder de rechtsbescherming van het individu, had ook een halve eeuw geleden in de nationale constitutionele orde lang niet de fundamentele

¹⁶⁶ HR 21 maart 2003, Co1/327HR, LJN-nummer: AE8462, Waterpakt; HR 1 oktober 2004, Co3/118HR, LJN: AO8913, Stichting de Faunabescherming tegen Provincie Fryslân.

¹⁶⁷ Zie HvJEG zaak C-88/03, 6 september 2006, Portugal e.a. t. Commissie (Azores), para 67 e.v.; C-145/04, 12 september 2006, Spanje tegen VK(kiesrecht in Gibraltar).

¹⁶⁸ Te wijzen valt overigens op het Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band I: Nationales Verfassungsrecht, [Grundstrukturen staatlichen Verfassungsrechts], Prof. Dr. Armin von Bogdandy, Prof. Dr. Pedro Cruz Villalón, Prof. Dr. Peter M. Huber (hersg.), C. F. Mueller Verlag, Heidelberg 2007, waarin het punt van de constitutionele identiteit aan de orde komt.

constitutionele betekenis die daaraan nu wordt toegekend. Thans is zij onbetwist en is het Nederlandse staatsrecht in hoge mate hierdoor gedomineerd.

In dit verband zij erop gewezen dat er in Nederland een zekere bescheidenheid of zelfs schaamte bestaat om de eigen kenmerkende structuren, die de identiteit van de Nederlandse constitutionele orde uitmaken, als zodanig te beschermen. Deze bescheidenheid is niet gerechtvaardigd. Zelfs in het regionale verband waarin we als lidstaat constitutioneel fundamenteel verankerd en verweven zijn, namelijk de Europese Unie die een supraconstitutionele status claimt waarbij haar recht zelfs boven de grondwetten van de lidstaten gaat, wordt de constitutionele identiteit, dat wil zeggen datgene waarin de constitutionele structuur zich onderscheidt van die van andere lidstaten, gewaarborgd. Dit blijkt niet alleen uit de tekst van artikel 6 lid 1 VEU, en het nog niet in werking getreden artikel 4 lid 2 van het nieuwe (post-Lissabon) EU-Verdrag,¹⁶⁹ maar tevens uit de recente rechtspraak van het Hof van Justitie EG.¹⁷⁰ In zekere zin kan ook verwezen worden naar het legitieme zelfbeschikkingsrecht dat voor elke staat geldt en in het algemene volkenrecht erkend wordt. In termen van politieke waarden gaat het om de politieke vrijheid waarop de vrijheid van de burgers van Nederland is gevestigd.

Ten slotte nog een opmerking over het 'waarborgkarakter' van de voorgestelde grondwetsbepaling. De Raad van State heeft gesteld dat het in een waarborgclausule slechts kan gaan om in individuele, concrete gevallen toepasbare normen. In wezen wordt bedoeld op door burgers in te roepen normen. Wij achten dit een te beperkte opvatting.

Zo stelt de Raad dat het beginsel van machtscheiding zoals we dat in Nederland kennen niet tot de wezenskenmerken kan worden gerekend, althans geen waarborgnorm is. In algemene zin lijkt dat juist, maar bij nadere beschouwing van de jurisprudentie blijkt de rechter daaruit, en daaruit alleen, het verbod af te leiden tot het uitvaardigen van rechterlijke bevelen aan rechtstreeks gekozen wetgevende organen. Aldus blijken beginselen die in zichzelf nog geen waarborgnorm zijn, wel degelijk te resulteren in op concrete gevallen toepasbare normen. Dit geldt ook bijvoorbeeld voor de beginselen van 'vrijheid, democratie en bescherming van rechten van de mens en fundamentele vrijheden' die de meest fundamentele beweegredenen waren voor het Europees Hof van Justitie om in de eerder genoemde *Kadi*-zaak aan de doorwerking van bindende Veiligheidsraadsresoluties zeer precieze grenzen te stellen.¹⁷¹ Deze beginselen werden gebruikt als grondslag om vooralsnog niet nader gecodificeerde beginselen als het recht om motieven te kennen, hoor

169 'De Unie eerbiedigt de gelijkheid van de lidstaten voor de Verdragen, alsmede hun nationale identiteit die besloten ligt in hun politieke en constitutionele basisstructuren, waaronder die voor regionaal en lokaal zelfbestuur.'

170 Zie naast de jurisprudentie in voetnoot 167, HvJEG C-36/02, 14 oktober 2004, Omega.

171 Zie r.o. 303.

en wederhoor en toegang tot de rechter te kunnen toepassen. Zonder die beginselen was het Hof daaraan niet toegekomen.

Er is nog een praktische reden om niet een te nauwe omschrijving van de beginselen te geven die een grens stellen aan de toegang van internationaal recht tot de Nederlandse rechtsorde. Wij hebben hierboven immers ook voorgesteld op grond van dezelfde criteria die wij hier bespreken, verdragsluiting onmogelijk te maken. De bij verdragsluiting betrokken staatsorganen, in het bijzonder de regering en de Staten-Generaal, dienen wel degelijk tevens erop toe te zien dat ook fundamentele principes van de Nederlandse rechtsstaat die niet de vorm van een afdwingbare waarborgnorm aannemen te handhaven bij verdragsluiting. Uiteraard hoeven deze organen zich niet te beperken tot 'waarborgnormen' maar kunnen zij *alle* fundamentele beginselen van de Nederlandse rechtsstaat in hun beoordeling betrekken.

b. Beperking van de voorrang op de Grondwet tot 'een ieder verbindende bepalingen' die goedgekeurd zijn krachtens artikel 91, derde lid, van de Grondwet

De Nederlandse Grondwet kent voorrang toe aan 'een ieder verbindende bepalingen' van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties op daarmee onverenigbare 'wettelijke voorschriften'. Tot deze 'wettelijke voorschriften' rekent men in het algemeen ook 'grondwettelijke voorschriften', hoewel zulks niet de eerste opzet van het amendement-Serrarens was: de discussie had toen uitsluitend betrekking op de onschendbaarheid van de wet en niet op toetsing van de Grondwet. Thans wordt in de literatuur vaak aangenomen dat de voorrang geldt voor *alle* 'een ieder verbindende bepalingen' van verdragen, c.q. besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Er zijn twee bezwaren tegen deze opvatting.

Het eerste bezwaar is dat aldus de Grondwet wordt gedeprecieerd en er geen waarborg bestaat tegen ondergraving van de staatkundige en rechtsstatelijke beginselen die in de Grondwet zijn neergelegd, inclusief de bescherming van grondrechten.

Indien men dit het zwaarst laat wegen, dan zal men ertoe over kunnen gaan om artikel 91, derde lid, van de Grondwet te doen vervallen, zoals in de vorige paragraaf van dit hoofdstuk werd geschetst. Ter voorkoming van het misverstand dat door de schrapping van de procedurebepaling van artikel 91, derde lid, men nog niet de voorrangsregel heeft geregeld, kan men wellicht ten overvloede artikel 94 wijzigen door invoeging van de woorden 'niet zijnde grondwettelijke bepalingen' na de woorden 'wettelijke voorschriften'.¹⁷²

¹⁷² Wellicht ten overvloede, want als men geen verdragen kan sluiten die afwijken van de Grondwet, dan kunnen deze ook niet worden toegepast. Het kan zich echter voordoen dat pas achteraf blijkt van afwijkingen. Dan zal men moeten overgaan tot grondwetswijziging om de voortdurende toepassing van het verdrag te waarborgen. In de tussentijd kan men op grond van het monisme uitgaan van de voortdurende gelding in de nationale rechtsorde van het betreffende verdrag.

Het tweede bezwaar doet zich alleen voor als artikel 91, derde lid, gehandhaafd wordt, waartoe alle reden is.¹⁷³ Het bezwaar is dat, zoals in hoofdstuk 3 uiteengezet, het ongerijmd is om enerzijds te bepalen dat het Koninkrijk slechts aan van de Grondwet afwijkende verdragen kan worden gebonden indien het verdrag met twee derden van de stemmen in elk der kamers is aangenomen, om vervolgens het erop te houden dat ook verdragen die niet onder die procedure zijn goedgekeurd voorrang kunnen krijgen op de Grondwet. Het oogmerk en gevolg van de verzwaarde goedkeuringsprocedure is op die manier wel erg gering, want er kan toch altijd van de Grondwet worden afgeweken. Terwijl de ratio van een gekwalificeerde meerderheid is dat de Grondwet door verdragsluiting materieel gewijzigd wordt (en dit slechts kan met twee derde meerderheid), blijkt op grond van de heersende leer uiteindelijk de Grondwet toch op vereenvoudigde wijze met gewone meerderheid te wijzigen. Aldus is er geen procedurele waarborg tegen ondergraving van de staatkundige en rechtsstatelijke beginselen die in de Grondwet zijn neergelegd, inclusief de bescherming van de grondwettelijke grondrechten.

Om aan dit bezwaar tegemoet te komen, zou men kunnen volstaan met een omslag in de jurisprudentie. Deze valt echter niet af te dwingen anders dan door verduidelijking van de grondwetstekst. Dat zou bijvoorbeeld kunnen door artikel 94 als volgt te wijzigen:

‘Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met ‘een ieder verbindende bepalingen’ van verdragen die overeenkomstig artikel 91 zijn goedgekeurd, en met op zulke verdragen gebaseerde besluiten van volkenrechtelijke organisaties.’¹⁷⁴

De woorden ‘die overeenkomstig artikel 91 zijn goedgekeurd’ impliceren tevens dat verdragen die ‘een ieder verbindende bepalingen’ bevatten in elk geval door de volksvertegenwoordiging moeten zijn goedgekeurd, zodat met dit voorstel tevens wordt bereikt hetgeen hierboven onder paragraaf 4.3.1 onder a.1 werd nagestreefd: dat bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties burgers slechts kunnen binden indien zij door het parlement zijn goedgekeurd.

173 Het gekwalificeerde meerderheidsvereiste komt immers overeen met de bij grondwetswijziging benodigde meerderheid in de grondwetgevende Tweede Kamer en Eerste Kamer. Het enige verschil is dat er geen verkiezing van een grondwetgevende kamer benodigd is (artikel 137, vierde lid, Grondwet). Gezien hetgeen in de praktijk gemoeid is met dergelijke ontbindingsverkiezingen, is het voorschrift van 91, derde lid, een zeer praktische.

174 Ook andere redacties zijn denkbaar, zoals het toevoegen aan de huidige tekst van een extra zin waarin wordt vastgesteld dat de voorrang als bedoeld in de vorige zin zich slechts kan uitstrekken over grondwettelijke voorschriften voor wat betreft verdragen die overeenkomstig artikel 91, derde lid, van de Grondwet zijn goedgekeurd, en daarop gebaseerde besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

c. *Ius cogens*

In hoofdstuk 2 is geconstateerd dat het ongeschreven volkenrecht in Nederland niet met terzijdestelling van nationaal recht kan worden toegepast. Dit geldt ook bij dwingende bepalingen van volkenrechtelijk gewoonterecht, het *ius cogens*.

Terecht wijst de Raad van State erop dat in dit dwingend internationaal recht een waarborg besloten ligt tegen internationale besluiten en verdragen die een inbreuk maken op fundamentele constitutionele waarden van de rechtsstaat.

Tot het *ius cogens* wordt in elk geval gerekend het verbod op geweld tegen staten anders dan in collectieve of individuele zelfverdediging, het verbod van genocide, marteling, slavernij, piraterij en misdrijven tegen de menselijkheid. Terecht stelt de Raad dat het toepassingsgebied van dit dwingend recht beperkt is.¹⁷⁵

Ten onrechte echter stelt de Raad dat de voorrang van dit dwingend recht op alle andere vormen van internationaal recht niet grondwettelijk hoeft te worden vastgelegd. Naar Nederlands recht heeft dit dwingend recht voor zover het niet is vastgelegd in verdragen en geldt als volkenrechtelijk gewoonterecht geen voorrang op strijdig nationaal recht. De *Nyugat*-doctrine van de Hoge Raad, zoals bevestigd in het eerder gereleveerde *Desi Bouterse*-arrest – en onlangs indirect in het arrest HR 29 oktober 2008 over overleving van een van genocide verdachte Rwandees aan het Rwanda Tribunaal¹⁷⁶ – staat immers in de weg aan de *contra legem*-werking van elk ongeschreven internationaal recht.

Wat betreft de verdragen waarin het *ius cogens* is vastgelegd, zoals de VN verdragen over genocide en marteling, moet worden vastgesteld dat deze een aantal niet 'een ieder verbindende bepalingen' bevatten. Dit is althans het geval voor wat betreft de vestiging van de rechtsmacht van nationale rechterlijke instanties tot het opleggen van straffen. Dit is echter daarom geen groot probleem omdat anders constitutionele beginselen van strafrecht, die deel uitmaken van de grondslagen van de rechtsstaat, zouden worden geschonden. Dit betreft ondermeer het *nulla poena*-beginsel, en in verband daarmee de Nederlandse opvatting van het verbod van terug-

175 In de literatuur is er van oudsher een meningsverschil over de reikwijdte van het begrip *ius cogens*: waar traditioneel gewezen wordt op de noodzaak het begrip te beperken tot een aantal concrete gevallen, is ook wel gesteld dat het meer in het algemeen de (structuur) kenmerken van een rechtsorde omvat waarvan niet mag worden afgeweken. In die zin is het de tegenhanger van het *ius dispositivum*, het regelende recht. Zie hierover eerder al R.A. Wessel, 'De Europese Unie in de internationale rechtsorde', in: *De plaats van de Europese Unie in het veranderende bestel van de volkenrechtelijke organisatie* (Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht (1 23) (preadvies), Den Haag: T.M.C. Asser Press, 2001, pp. 1-77.

176 Hoge Raad, 21 oktober 2008, 08/00142, LJN: BD6568.

werkende kracht van strafbepalingen, en het beginsel dat de rechtsmacht van de rechter niet zonder wettelijke grondslag kan worden uitgebreid.

Voor zover het gewoonterechtelijk *ius cogens* jegens burgers plichten en rechten in het leven roept, is het dienstig dit toepasbaar te maken met voorrang op de wet, ten einde de toevoeging daarvan aan het bestand van fundamentele constitutionele waarden te waarborgen.¹⁷⁷ Daartoe zou de Grondwet moeten worden gewijzigd, bijvoorbeeld door in de artikelen 93 en 94 na de woorden 'een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties' de woorden 'en een ieder verbindende dwingende bepalingen van volkenrechtelijk gewoonterecht' in te voegen. Aldus wordt de voorrang boven de wet gegeven, zonder het legaliteitsbeginsel en de grondwettelijke waarborgen in het geding te brengen.

Deze beperking tot voorrang op de wet wordt mede gerechtvaardigd doordat er recentelijk aan het *ius cogens* een grotere dan gebruikelijke reikwijdte wordt toegeschreven. Dat blijkt onder meer uit het arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg in *Kadi*, dat we hierboven releveerden, waarin zelfs toegang tot de rechter en het eigendomsrecht gerekend werden tot dit recht (zij het als niet onbegrenste rechten). Bijvoorbeeld de Zwitserse hoogste rechter, die de benadering van het Gerecht van Eerste Aanleg volgde, meende in een sterk op *Kadi* gelijkende zaak dat daartoe niet *die Eigentumsgarantie und die Wirtschaftsfreiheit*, zomin als procedurele rechten als het recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces behoort. Maar wèl werd een ruimere groep grondrechten daartoe gerekend dan veelal gebeurt, namelijk '*das Recht auf Leben, der Schutz vor Folter und erniedrigender Behandlung, die Freiheit von Sklaverei und Menschenhandel, das Verbot von Kollektivstrafen, der Grundsatz der persönlichen Verantwortung in der Strafverfolgung sowie das non-refoulement-Gebot*', hetgeen overigens op verdragsrecht werd gebaseerd.¹⁷⁸ Het is onduidelijk welke rechten en plichten de Nederlandse rechter tot het gewoonterechtelijk *ius cogens* zou rekenen.

Bovendien wordt de beperking tot voorrang op de wet gerechtvaardigd door het gegeven dat wij voorstellen de voorrang van internationaal recht op de Grondwet te beperken tot een ieder verbindende bepalingen van verdragen die overeenkomstig artikel 91, derde lid, van de Grondwet zijn goedgekeurd, en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties die daarop zijn gebaseerd. Het gewoonterecht ontbeert een dergelijke voorwaarde. Maar belangrijker is dat een voorrang op de Grondwet als hoger recht niet nodig is, aangezien het geacht moet worden net als de Grondwet de fundamentele waarden van de rechtsorde te waarborgen.

177 Vergelijk artikel 25 Grundgesetz: 'Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes.'

178 Federale Tribunaal in de zaak *Nada*, 14 november 2007, BGE 133 II 450, r.o. 7.

5 Samenvattende slotbeschouwing: naar een ‘neo-monistische’ benadering van de doorwerking van internationaal recht

Dit rapport heeft tot doel na te gaan of de artikelen 93 en 94 van de Grondwet nog voldoende zijn toegesneden op de ontwikkelingen in het internationale recht, met name vanuit het perspectief van democratische legitimatie en individuele rechtsbescherming. Tevens werd de opdracht verstrekt na te gaan op welke wijze eventuele aanpassing daarvan noodzakelijk is. Deze vragen hebben we in de voorgaande hoofdstukken pogen te beantwoorden.

De vragen die ten grondslag liggen aan de opdracht tot dit advies, hebben een zeker momentum verkregen in het licht van de bindende sanctiebesluiten van de Veiligheidsraad van de Verenigde Naties en van de Europese Unie, die de laatste jaren tot stand zijn gebracht. Deze sancties zijn gericht tot specifieke personen en dwingen meer in het bijzonder tot het bevriezen van hun tegoeden en kapitaal, dit echter zonder dat de getroffen personen enige mogelijkheid hadden tot administratieve of rechterlijke rechtsbescherming (*due process*).

Nadat de opdracht werd verstrekt, hebben zich twee ontwikkelingen voorgedaan die de actualiteit van deze vraag verder verhogen. De eerste is het verschijnen van het advies van de Raad van State over de opdrachtverlening aan de staatscommissie Grondwet, waarin de Raad pleit voor het waarborgen van de wezenlijke constitutionele waarden bij de doorwerking van internationaal recht. Het tweede was de uitspraak van het Hof van Justitie van de EG in de zaak *Kadi*, in het beroep tegen de eerdere uitspraak van het Gerecht van Eerste Aanleg. We nemen deze uitspraken hieronder als uitgangspunt in een samenvattende beschouwing van de voorgaande hoofdstukken.

5.1 Van een waardenvrije formele normenhiërarchie naar een waardengeoriënteerd constitutionalisme

De analyse van de huidige betekenis van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet in hoofdstuk 3 leidde ons tot de wijzigingsvoorstellen in hoofdstuk 4. Deze behelzen een wijziging van een in de praktijk vooral formele normenhiërarchie naar een meer waarden-georiënteerd monisme. De waarden waar het om gaat, zijn die van het constitutionalisme dat wezenskenmerk is van de liberale democratieën waartoe Nederland behoort.

Het kader van de artikelen 93 en 94 van de Grondwet schept enerzijds een sterk monisme, waarbij de 'een ieder verbindende bepalingen' van in Nederland geldende verdragen en van besluiten van internationale organisaties voorrang verkrijgen op daarmee strijdige nationale normen, inclusief (sommige) grondwettelijke voorschriften. Anderzijds hebben de meest voorkomende vormen van internationaal recht, namelijk de *niet* 'een ieder verbindende' bepalingen van verdragen en internationale besluiten, alsmede het geheel van het volkenrechtelijk gewoonterecht, weliswaar gelding in de Nederlandse rechtsorde, maar zonder voorrang op wettelijke voorschriften. De heersende leer is dat de doorwerking van 'een ieder verbindende bepalingen' in die zin los staat van de materiële inhoud van de betreffende internationale normen en dat hun voorrang ook geldt voor voorschriften van grondwettelijke aard en voor andere normen die wezenlijke constitutionele waarden van de Nederlandse democratische rechtsstaat tot uitdrukking brengen. Sterker nog, juist waar het gaat om bepalingen die de rechten en plichten van burgers betreffen, is er voorrang op de door wet en Grondwet aan burgers langs democratisch gelegitimeerde weg toegekende rechten en plichten. De beginselen van de democratische rechtsstaat die ten grondslag liggen aan de Nederlandse politieke samenleving zijn daardoor allerminst geborgd.

5.2 De Kadi-zaak

Het voorbeeld van de *Kadi*-zaak zoals die achtereenvolgens door het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie EG werd beoordeeld, is veelzeggend. Geen Nederlandse rechter had op de manier van deze Europese hoven enig recht kunnen doen aan de beginselen van de democratische rechtsstaat die wezenlijk zijn voor Nederland.

De zaak waar deze uitspraken betrekking op hebben, maakte duidelijk dat het mogelijk is dat individuen rechtstreeks ernstige gevolgen kunnen ondervinden van internationale (in dit geval Veiligheidsraad-) besluiten zonder dat de fundamentele beginselen van de rechtsstaat gewaarborgd zijn. Het ging om sanctiebesluiten gericht tegen met name genoemde natuurlijke en rechtspersonen wier eigendommen en tegoeden werden bevroren, zonder dat er sprake was van eerbiediging van de minimumwaarborgen van een deugdelijke en kenbare motivering van besluiten, een rechtsmiddel, hoor en wederhoor, de mogelijkheid van rechtsbescherming tegen beslissingen die een verregaande inbreuk betekenen op het eigendomsrecht, en dergelijke. Deze VN-sanctiebesluiten zijn door de EU overgenomen in een Gemeenschappelijk Standpunt in het kader van het Gemeenschappelijk Buitenlands- en Veiligheidsbeleid (GBVB), en vervolgens geïmplementeerd bij EG-Verordening (op grond van artikelen 60 en 301 EG-Verdrag). De heer Kadi was één van

de met name genoemde personen tot wie zich deze sanctiebesluiten richtten.¹⁷⁹

Voor dit rapport is vooral van belang dat het Gerecht in Eerste Aanleg constateerde dat het VN-recht *voorrang* toekomt ten opzichte van zowel statelijk als EU-recht, maar dat het Hof van Justitie dit anders opvatte.¹⁸⁰ Het Gerecht meende dat als gevolg van de hiërarchie tussen het recht van de VN, de EU en de lidstaten, er een leemte ontstond in de rechtsbescherming, omdat op VN-niveau niet voorzien was in adequate rechtsbescherming,¹⁸¹ terwijl noch de Europese rechter noch de nationale rechter zich kon onttrekken aan de bindendheid en toepasselijkheid van de VN-sanctiebesluiten. Hieraan wilde het Gerecht tegemoet komen door het naar zijn inzicht theoretisch enig mogelijke te doen en te toetsen aan dwingend internationaal recht (*ius cogens*). Ondanks het feit dat het Gerecht tot dit recht ook het recht op toegang tot de rechter en het eigendomsrecht rekende, doorstonden de VN-sancties de toets aan het *ius cogens*.

Het Gerecht concludeerde dan ook dat verzoekers 'over geen enkele mogelijkheid van beroep in rechte beschikken, daar de Veiligheidsraad het niet wenselijk heeft geacht om een onafhankelijke internationale rechterlijke instantie in te stellen die ermee belast is om zowel rechtens als feitelijk te beslissen op beroepen tegen de individuele besluiten van het sanctiecomité'. In essentie poogde het Gerecht van Eerste Aanleg om compensatie te vinden door te toetsen aan *ius cogens*.

Het Europees Hof van Justitie benaderde in beroep de kwestie geheel anders.¹⁸² Het Hof zag, in tegenstelling tot het Gerecht, uitgebreidere mogelijkheden om op EU-niveau rechtsbescherming te bieden. Het ging immers om de *implementatie* van resoluties van de VN-veiligheidsraad die getoetst

179 Nr. 337/2000, PB 1999 L 294/1 resp. PB 2000 L 43, p. 1. Een op 26 februari 2001 vastgesteld Gemeenschappelijke Standpunt 2001/154/GBVB werd op 6 maart 2001 gevolgd door Verordening 467/2001. PB 2001 L 57, p. 1 resp. PB 2001 L 67, p. 1. Zie in het algemeen over deze wijze van implementeren van VN-sancties door de EU R.A. Wessel, *The European Union's Foreign and Security Policy. A Legal Institutional Perspective*, Den Haag: Kluwer Law International, 1999, p. 175-178. De cyclus is verschillende malen herhaald jegens Kadi. Zie ook vervolgverordening 881/2002/EG, aangenomen naar aanleiding van Gemeenschappelijk Standpunt 2002/402/GBVB (beide van 27 mei 2002), PB 2002 L 139, p. 9 resp. p. 4, dat weer een reactie was op de nieuwe VR-vervolgbesluit 1390 (2002), aangenomen door de Veiligheidsraad op 16 januari 2002 na de val van het Taliban-regime.

180 'Vastgesteld moet worden dat vanuit het oogpunt van het volkenrecht de verplichtingen van de Leden van de VN krachtens het Handvest van de Verenigde Naties ontegenzeggelijk voorrang hebben boven andere verplichtingen van nationaal recht of internationaal verdragenrecht, voor degenen daarvan die lid zijn van de Raad van Europa ook boven hun verplichtingen krachtens het EVRM, en voor degenen daarvan die ook lid zijn van de Gemeenschap ook boven hun verplichtingen krachtens het EG-Verdrag' (r.o. 231).

181 De aanpassingen die na de Yusuf en Kadi uitspraken zijn doorgevoerd zijn vooral administratief van aard. Zie verder R.A. Wessel, 'Rechtsbescherming voor terroristen', *Vrede en Veiligheid*, 2006, no. 1, pp. 10-29.

182 Zaak C-402/05 P en C-415/05 P, *op.cit.*

werd. Het Hof stelde vast dat de EU bij die implementatie uit moet gaan van de *eigen* standaarden, waaraan ook het Hof als rechter kan toetsen. Daarvoor is ruimte omdat de verplichtingen onder het VN Handvest er niet toe dwingen bij de uitvoering van een sanctiebesluit af te zien van het zelf toepassen van fundamentele rechtsbeginselen. Hieronder vallen dan de beginselen van het motiveren van (ingrijpende) besluiten, het horen van de betrokkene en in het kader van de eigen autonome rechtsorde bieden van de mogelijkheid de wettigheid van de uitvoeringsbesluiten te toetsen in het licht van de eigen grondrechtenmaatstaven, de maatstaven van administratief *due process* en de rechten van de verdediging. Cruciaal in het geheel van de redenering van het Hof is dat de EG regels omtrent doorwerking van internationaal recht in de EU volgens het Hof:

*'niet aldus [unnen] worden opgevat dat zij een afwijking toestaan van de beginselen van vrijheid, democratie en eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, die in artikel 6, lid 1, EU als grondslagen van de Gemeenschap worden beschouwd.'*¹⁸³

Deze overweging staat centraal in de redenering. Hier wordt immers de ultieme grondslag aangegeven voor de toepassing van bepaalde fundamentele beginselen als het eigendomsrecht, het recht kennis te nemen van de motivering van een besluit, het recht op hoor en wederhoor en het principe dat een beslissing ter beoordeling aan een onafhankelijke rechter moet kunnen worden voorgelegd. Het Hof formuleert aldus een verplichting voor de EU om zich te gedragen conform de eigen constitutionele waarden, ook in gevallen die overduidelijke, bindende internationale verplichtingen betreffen. De inhoud van de norm is hiermee mede bepalend voor de voorrang.¹⁸⁴

In dit verband kan ook gewezen worden op hetgeen artikel 6, lid 1, EU-Verdrag stelt over de beginselen van vrijheid, democratie en eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden: artikel 6 spreekt over deze beginselen *'die gemeenschappelijk zijn aan de lidstaten'* en de grondslag vormen van de EU. De beginselen staan dus niet los van de lidstaten; integendeel, deze beginselen, die de grondslag vormen van de EU, zijn gemeenschappelijk aan de *lidstaten*. Het betreft dus ook de constitutionele beginselen van Nederland die het Hof van Justitie gebruikt om de wijze van doorwerking van internationaal recht te reguleren.

Kan een Nederlandse rechter op een vergelijkbare wijze als de Europese rechters uiteindelijk het *ius cogens* gebruiken als toetssteen voor internationale bepalingen die doorwerken in de Nederlandse rechtsorde? Kan een Nederlandse rechter de eigen beginselen die Nederland met de andere lidstaten deelt, en die het fundament zijn van de EU toepassen om de

¹⁸³ R.o. 303.

¹⁸⁴ Vgl. ook R.A. Wessel, 'The Kadi-case: Towards a More Substantive Hierarchy in International Law?', *International Organizations Law Review*, 2008, Nr. 2, pp. 323-327.

doorwerking van internationaal recht in de interne rechtsorde te reguleren en in voorkomend geval te beperken?

Het antwoord dat we op basis van onze analyse in hoofdstuk 3 moeten geven is een tweevoudig neen. De Nederlandse rechter kan niet toetsen aan ongeschreven internationaal publiekrecht, ook niet aan het ongeschreven deel van het *ius cogens*, zoals het Gerecht van Eerste Aanleg deed. De Nederlandse rechter kan zich al evenmin beroepen op een redenering waarin gezegd wordt dat het geheel van doorwerkingsregels niet mag worden opgevat als geen afwijking toestaand van de meest fundamentele beginselen van de Nederlandse rechtsstaat. Die doorwerkingsregels kennen immers geen voorbehoud.

5.3 Fundamentele constitutionele waarden en internationaal recht

Hoewel verdragen die afwijken van de Grondwet slechts kunnen worden gesloten na goedkeuring door beide kamers met een meerderheid van twee derden van de stemmen, heeft dit volgens de heersende leer geen enkel gevolg voor de voorrang van verdragen die niet met deze verzwaarde procedure zijn aangenomen. Verdragen die niet met deze gekwalificeerde meerderheid maar met een gewone meerderheid zijn goedgekeurd – zo goedkeuring al benodigd is – hebben volgens de heersende leer gewoon voorrang boven de Grondwet: de Grondwet moet wijken voor elke ‘een ieder verbindende’ bepaling van een verdrag of daarop gebaseerd besluit van een volkenrechtelijke organisatie, onafhankelijk van de materiële inhoud.

Er is nog een ander gebrek in de legitimatie van internationaal recht in de Nederlandse rechtsorde. De voorrangsregels zijn geheel gebaseerd op het beginsel dat alleen ‘een ieder verbindende’ bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties voorrang hebben op strijdig nationaal recht. Dat wil zeggen dat wanneer bepalingen van verdragen en van besluiten van internationale organisaties de rechten en plichten van burgers betreffen, zij voorrang hebben op de rechten en plichten die de wet (en Grondwet) hun toekennen; de laatste vinden geen toepassing ten gunste van internationale bepalingen die burgers plichten opleggen en rechten toekennen. Wat de materiële aard en kwaliteit is van zulke burgers bindende bepalingen is niet relevant; of zij inbreuk maken op fundamentele mensenrechten, op de beginselen van de democratische rechtsstaat of anderszins in strijd zijn met de constitutionele orde is voor die voorrang niet relevant.

De regels omtrent parlementaire goedkeuring van verdragen zijn zodanig dat weliswaar de hoofdregel is dat verdragen voorafgaande parlementaire goedkeuring vergen, maar er zijn grote groepen verdragen die daarvan krachtens

de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen uitgezonderd zijn.¹⁸⁵ Alleen wanneer verdragen in deze uitzonderingscategorie van de Grondwet afwijken – hetgeen vanwege een enghartige uitleg van ‘afwijken van de Grondwet’ niet snel het geval zal zijn – dienen deze alsnog te worden goedgekeurd. Het is echter niet nodig dat een verdrag dat in de uitzonderingscategorie valt en ‘een ieder verbindende bepalingen’ bevat (of een volkenrechtelijke organisatie opricht die ‘een ieder verbindende’ besluiten kan nemen) toch parlementaire goedkeuring verwerft. Het criterium dat een verdrag burgers kan binden is dus geen criterium voor parlementaire goedkeuring. Dit vormt een ernstige inbreuk op het fundamentele legaliteitsbeginsel dat vergt dat burgers slechts gebonden kunnen worden krachtens besluiten waaraan de volksvertegenwoordiging heeft meegewerkt.

Niet alleen de beginselen van de rechtsstaat worden overtroefd door bepaalde belangrijke vormen van internationaal recht, ook het democratiebeginsel blijft buiten toepassing voor juist die belangrijke vormen van internationaal recht.

5.4 Remedies

In hoofdstuk 4 is een reeks voorstellen geformuleerd die een aantal van de gesignaleerde problemen pogen op te lossen, of minder acuut te maken. Deze voorstellen zijn erop gericht de beginselen van de democratische rechtsstaat te borgen in het licht van de internationale ontwikkelingen zoals beschreven in hoofdstuk 2.

De *premiss*e van deze voorstellen is dat alle overheidshandelen in Nederland is gebonden aan de beginselen van de democratische rechtsstaat, ook als de grondslag voor uitoefening van openbaar gezag ligt in een verdrag of een besluit van een internationale organisatie. Ook wanneer overheidsorganen optreden in de buitenlandse betrekkingen, dus ook bij het sluiten van verdragen en het meewerken aan het tot stand komen van internationale besluiten, zijn zij ten volle gebonden aan die beginselen.

De vier belangrijkste wijzigingsvoorstellen kunnen als volgt zeer kort worden samengevat – een meer volledige samenvatting van de voorstellen wordt in de laatste paragraaf van dit hoofdstuk opgenomen.

- **Parlementaire goedkeuring voor alle ‘de burgers bindende bepalingen’ van internationaal recht**

Alle verdragen die ‘een ieder verbindende’ bepalingen bevatten, of die grondslag vormen voor besluiten van volkenrechtelijke organisaties die ‘een ieder kunnen verbinden’, verwerven parlementaire goedkeuring voordat het Koninkrijk daaraan gebonden wordt.

- **Voorrang van *ius cogens* op de wet**

Het gewoonterechtelijk *ius cogens* verkrijgt voorrang op de formele wet (en lagere regelgeving).

- **Voorrang van ‘een ieder verbindende’ bepalingen, behoudens in geval van strijd met fundamentele constitutionele beginselen van de democratische rechtsstaat**

Internationale normen en besluiten die in strijd zijn met de wezenlijke constitutionele beginselen van de democratische rechtsstaat in het Koninkrijk verkrijgen geen gelding binnen de Nederlandse rechtsorde.

Onder deze wezenlijke constitutionele beginselen vallen ten eerste internationaalrechtelijke normen van *ius cogens*, de bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden zoals Nederland zich daaraan gebonden heeft in het EVRM en het IVBPR. Het gaat hierbij in wezen om internationale constitutionele beginselen. Tevens vallen daaronder bepaalde beginselen van de democratische rechtsstaat die eigen zijn aan de staatsinrichting van Nederland en de constitutionele identiteit daarvan bepalen. Daaronder vallen de scheiding tussen rechterlijke en wetgevende macht, het democratiebeginsel dat eigen is aan het constitutionele bestel en bepaalde kenmerken van de verhouding tussen de landen van het Koninkrijk. Zij zijn specifiek voor de wijze waarop Nederland gebruik maakt van zijn volkenrechtelijk beschermde interne politiek zelfbeschikkingsrecht, dat wil zeggen het recht zelf de wezenskenmerken van zijn eigen staatsinrichting te bepalen.

- **Voorrang van internationale bepalingen op Grondwet alleen wanneer met twee derden van de stemmen goedgekeurd door de Staten-Generaal**

Het is denkbaar rechtsstatelijke waarden die tot uitdrukking komen in de Grondwet te waarborgen door het onmogelijk te maken om bij of krachtens verdrag af te wijken van de Grondwet. Het Koninkrijk zou dan pas gebonden kunnen worden aan een (aanvankelijk) van de Grondwet afwijkend verdrag, nadat de Grondwet in overeenstemming is gebracht met het verdrag. Er zijn echter goede redenen om vast te houden aan de huidige mogelijkheid om partij te worden bij een van de Grondwet afwijkend verdrag, als de Staten-Generaal zo'n verdrag goedkeuren met een meerderheid van twee derden van de stemmen, dat wil zeggen dezelfde meerderheid als bij grondwetswijziging in tweede lezing. De voorrang van ‘een ieder verbindende’ bepalingen op de Grondwet dient dan echter beperkt te worden tot alleen aldus goedgekeurde verdragen. Het is immers ongerijmd om wel een gekwalificeerde meerderheid te eisen voor de sluiting van een verdrag dat van de Grondwet afwijkt, en tegelijkertijd toch ook voorrang boven de Grondwet te verlenen aan een verdrag (of besluit gebaseerd op een verdrag) dat niet volgens die procedure is goedgekeurd.

Bij de huidige regeling van het gekwalificeerd meerderheidsvereiste kunnen onoplosbare procedurele impasses ontstaan, die onduidelijk maken of een verdrag wel met de juiste meerderheid is aangenomen, respectievelijk of het wel of niet afwijkt van de Grondwet. Dit is ongewenst. Een oplossing kan zijn om het oordeel over het afwijken op te dragen aan de verenigde vergadering der Staten-Generaal of aan een afzonderlijk tribunaal, zoals een Constitutioneel Hof.

Ten slotte zij erop gewezen dat de niet-publieke of semi-publieke internationale samenwerking van economische actoren en van een al dan niet transnationale *civil society* sterk in ontwikkeling en omvangrijk is. In dit rapport wordt voorgesteld om ook vormen van internationale normstelling die in deze verbanden hun oorsprong vinden en zich in de nationale rechtsorde doen gevoelen, te brengen onder het constitutionele voorbehoud. Daarnaast kan dit type van internationale rechtsvorming en zijn werking in de Nederlandse rechtsorde worden gereguleerd door sectorale wetgeving.

5.5 De hiërarchie voorbij: ‘neo-monisme’?

De hierboven geformuleerde voorstellen passen in een tendens tot constitutionalisering van het internationaal recht en de internationale rechtsorde. Zij passen daarmee volledig in de grondwettelijke taakopdracht aan de regering om de ontwikkeling van een internationale authentieke rechtsorde te bevorderen (artikel 90 van de Grondwet). Het gaat dan om een rechtsorde die niet is gebaseerd op een puur formele, waardenvrije normenhiërarchie.

Daarbij moet bedacht worden dat er vrijwel geen land bestaat dat in de verhouding tussen nationaal en internationaal recht een enkelvoudige hiërarchische voorrangsregel kent. Telkens bestaan er combinaties van voorrang van bepaalde vormen van internationaal recht op bepaalde vormen van nationaal recht, en van voorrang van bepaalde vormen van nationaal recht op bepaalde vormen van internationaal recht. Dat geldt voor Nederland en bijna alle ons omringende landen. De overgrote meerderheid van die landen kennen op grond van een *materiële* waardenhiërarchie uitzonderingen op voorrang van internationaal recht, in het bijzonder ter bescherming van als constitutioneel te kwalificeren nationale normen waarop hun rechtsorde is gebaseerd.

Het Nederlandse stelsel kent in overwegende mate een formele voorrang voor ‘een ieder verbindende’ bepalingen van geschreven internationaal recht. Dit rapport staat een aanpassing voor die een constitutionalistische verankering van de voorrang van dit internationaal recht betekent. Dit geldt ook voor de voorrang die we bepleiten voor dwingend volkenrechtelijk gewoonterecht (*ius cogens*). Andere vormen van doorwerking hebben geen derogatoire werking

ten opzichte van nationaal recht. Zij zijn daarom nog niet geheel onprobleematisch. Het rechtsstatelijk voorbehoud is daarom ook daarop van toepassing.

Op het gevaar af te veel mee te gaan in het woordenspel rond 'monisme', 'dualisme' en 'pluralisme', zou de door ons voorgestane benadering aangeduid kunnen worden met de term 'neo-monisme'.¹⁸⁶ Deze benadering wordt dan gebruikt als een aanscherping van het traditionele monisme in die zin dat er wat de voorrang van normen betreft oog is voor de inhoud van de norm; en dus ook voor de door de Raad van State genoemde 'wezenlijke waarden van de Nederlandse constitutie', waaronder wij tevens de internationaal erkende fundamentele rechtsbeginselen vatten.

Wij bevinden ons in een wereld waarin nationaal en internationaal recht steeds meer met elkaar vervlochten raken. Voor een louter formele, institutionele benadering van de verhouding tussen nationaal en internationaal recht is daarin steeds minder plaats. Het naar voren halen van materiële waarden kan van belang zijn om fundamentele uitgangspunten van de democratische rechtsstaat te waarborgen. Voor een land als Nederland, dat een lange traditie heeft van openheid tegenover de internationale rechtsorde, gaat het hierbij grotendeels om in het internationaal recht gebaseerde waarden. Het terugbrengen van deze belangrijke vraagstukken tot de dichotomie tussen monisme en dualisme doet geen recht aan hun complexiteit en belang. De traditionele openheid van de Nederlandse rechtsorde ten opzichte van de mondiale rechtsorde in de zin van een wederzijdse versterking is een constitutioneel groot goed. Zoals gezegd noopt dit uitgangspunt niet tot het op formeel hiërarchische gronden afwijzen van iedere toets aan (eveneens internationaal erkende) fundamentele beginselen van democratie en rechtsstaat. Om terug te keren bij Von Bogdandy:

*"There should always be the possibility, at least in liberal democracies, to limit, legally, the effect of a norm or an act under international law within the domestic legal order if it severely conflicts with constitutional principles. This corresponds to the state of development of international law and the sometimes debatable legitimacy of international legal acts [...]".*¹⁸⁷

¹⁸⁶ De term werd onlangs gelanceerd door Prof. Enzo Cannizzaro om de verhouding tussen internationaal en Europees recht te duiden. Internationale normen in de rechtsorde van de EG (zoals die afkomstig van de WTO) 'should not be considered in isolation as pure rules (each having their own normative content) but rather as part of a more complex legal regime, composed of substantive obligations, assorted in accordance with its own system of secondary rule which establishes the consequences of their breach'. Cannizzaro gebruikte de term echter op een wat andere wijze en wees op het gevaar dat bij uitsluiting van rechtstreekse werking van internationale normen, deze hun normatieve lading alleen in de internationale rechtsorde tot gelding kunnen laten komen. Seminar Il diritto internazionale nell'ordinamento dell'Unione europea, Universiteit van Rome 'La Sapienza', 22-23 mei 2009.

¹⁸⁷ A. von Bogdandy, 2008, *op.cit.*, p. 412.

5.6 Samenvatting van beleidsopties

Niet- of quasi-publiekrechtelijke internationale samenwerking

- borging door wetgeving als correctie op gedrag van maatschappelijke partners;
- participatie van rijksambtenaren door (striktere) mandatering en ambtelijke verantwoording en striktere naleving van Aanwijzing 304 wat betreft beleidsafspraken;
- participatie van zelfstandige bestuursorganen door 'horizontale' verantwoording over internationale activiteiten d.m.v. wettelijk te verankeren openbare rapportageplichten;
- borging en begrenzing van inhoud van internationale afspraken die door transnational civil society tot stand worden gebracht door:
 - o sectorale wetgeving;
 - o voorzover relevant ook te dekken door algemene doorwerkingsvoorbereiding bedoeld hieronder.

Publiekrechtelijke internationale samenwerking

Versterking parlementair democratische legitimatie

(a) verdragsluiting

- i. parlementaire betrokkenheid verbeteren ten aanzien van 'een ieder verbindende bepalingen' → door wijziging Rijkswet goedkeuring verdragen
 - ii. aanpassing 91 zodat Nederland geen partij wordt bij verdragen die inbreuk maken etc. (geen partij bij verdragen die indruisen tegen fundamentele beginselen (vgl. voorbehoud))
 - iii. meer stelselmatige en consistente toepassing artikel 91 lid 3
 1. verbeteren van procedure door patstelling tussen kamers onderling en kamers jegens regering onmogelijk te maken
 - a. vergt grondwetswijziging: bijvoorbeeld verenigde vergadering of scheidsrechterlijke instantie (Constitutioneel Hof)
 2. ruimere uitleg van 'afwijken van de Grondwet' zodat
 - a. niet alleen letterlijke bepalingen
 - b. ook niet-grondwettelijke constitutionele bepalingen (waarvoor m.i. grondwetswijziging nodig is)
 - iv. schrappenartikel 91 lid 3 waardoor telkens voorafgaande grondwetswijziging nodig is wanneer een verdrag noodzaakt tot afwijken van de Grondwet
- (b) parlementaire instemming met bindende besluiten van volkenrechtelijke organisaties → telkens bij oprichtingsverdragen nagaan of deze wel of niet gewenst zijn

(c) na inwerkingtreding: meer stelselmatige parlementaire verantwoording voor internationale praktijk en ontwikkelingen ten aanzien van doorwerking van verdragen

Waarborging rechtsstatelijke beginselen inclusief het rechtsbeschermingsbeginsel

(d) constitutioneel voorbehoud

1. internationale constitutionele waarden die onderdeel uitmaken van de Nederlandse constitutie (vgl. ook RvS)
2. nationale constitutionele waarden die specifiek zijn voor het Nederlandse constitutionele bestel op basis van politieke zelfbeschikking (m.n. institutionele vormgeving van de democratie op hoofdpunten, zoals legaliteitsbeginsel, parlementair stelsel, hoofdpunten van machtscheiding en bevoegdheidsverdeling, beginselen koninkrijksrelaties)

(e) verankering van alternatieve uitleg 91 lid 3 jo 94 Grondwet

(f) gewoonterechtelijk ius cogens voorrang geven op wet waarmee Nyugat niet langer daarop van toepassing is

Bibliografie

- Aanwijzingen voor de Regelgeving, ed. Borman, Zwolle 1993
- Alvarez, J., *International Organizations as Law-Makers*, Oxford University Press, 2005
- Alvarez, J.E., 'Judging the Security Council', *American Journal of International Law*, 1996
- Amerasinghe, C.F., *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005
- Arnall, A. (ed.), *Continuity and Change in EU Law: Essays in Honour of Sir Francis Jacobs*, Oxford University Press, 2008
- Aust, A., 'The Theory and Practice of Informal International Instruments', *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 35, nr. 4, 1986, pp. 787-812
- Azouli, L., 'The Acquis of the European Union and International Organisations', *Eur. L.J.* 196 (2005)
- Barr, M.S. and Miller, G.P., 'Global Administrative Law: The View from Basel', *Eur. J. Int'l L.*, 2006
- Bedjaoui, M., *The New World Order and the Security Council: testing the Legality of its Acts*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1994
- Belinfante, A.D. & Reede, J.L. de, *Beginselen van het Nederlands staatsrecht*, 15e druk, Deventer: Kluwer, 2005
- Bellekom, Th.L. e.a., *Koopmans' Compendium van het staatsrecht*, 10e druk, Deventer: Kluwer, 2007
- Berge, J.B.J.M. ten (red.), *De grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg: Burkens-bundel*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 1995
- Besselink, L.F.M., *De staatsrechtelijke regeling van aanvaarding en invoering van verdragen in Nederland* [Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland] Deventer: WEJ Tjeenk Willink, 1996
- Besselink, L.F.M. e.a., *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, Groningen: Europa Law Publishing, 2002
- Besselink, L.F.M., *Staatsrecht en Buitenlands Beleid*, Ars Aequi Libri [Ars Aequi Cahiers Staats- en Bestuursrecht deel 2], tweede, herziene druk, Nijmegen, 1995
- Besselink, L.F.M., 'The Constitutional Duty to Promote the Development of the International Legal Order: the Significance and Meaning of Article 90 of the Netherlands Constitution', *Netherlands Yearbook of International Law*, Volume XXXIV, 2003, pp. 89-138
- Besselink, L.F.M., 'Van stoomschip tot kruisvluchtwapen - rechterlijke toetsing aan het volkenrecht binnen de Nederlandse rechtsorde', *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, april 1990, 45e jaargang nr. 4, 266-269
- Blokker, N.M. & H.G. Schermers (red.), *Proliferation of International Organizations: Legal Issues*, Den Haag: Kluwer Law International, 2000
- Bogdandy, A. von, 'Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization and International Law', *EJIL*, 2004, No. 5, pp. 885-906
- Bogdandy, A. von, 'Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law', *International Journal of Constitutional Law* (I.CON), nrs. 3&4, 2008, pp. 397-413
- Bogdandy, A. von, P.M. Huber and P.Cruz Villalón (Eds.), *Ius Publicum Europaeum; Band I: Staatliches Verfassungsrecht im Europäischen Rechtsraum*, Heidelberg: C.F. Müller Verlag, 2007
- Bogdandy, A. von and Bast, J., *Principles of European Constitutional Law*, Oxford: Hart Publishing, 2006
- Bogdandy, A. von, Mavroidis, P.C. and Mény, Y.(Eds.), *European Integration and International Co-ordination: Studies in Transnational Economic Law in honour of Claus Dieter Ehlermann*, The Hague: Kluwer Law International, 2001, pp. 99-123
- Borchardt, G.M. en Wellens, K.C., 'Soft Law in het Gemeenschapsrecht', *SEW* 1987, pp. 663-727
- Bothe M. and Kondoch B. (Eds.), *International Peacekeeping. The Yearbook of International Peace Operations*, Vol. 7, 2001

- Boven, W.J. van (red.), *HH in het (r)echt*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2001
- Bovend'Eert, P.P.T., Fleuren, J.W.A. & Kummeling, H.R.B.M., *Grensverleggend Staatsrecht*, Deventer: Kluwer, 2001
- Brandhof, J.C.E. van den, 'Wetsontwerp inzake de goedkeuring en bekendmaking van verdragen', *TvO*, 1990 (16), pp. 268-269
- Brandhof, J.C.E. van den, 'Administratieve overeenkomsten in het internationaal publiekrecht', *NJB* 1986
- Bratton, W. et al. (Eds.), *International Regulatory Competition and Coordination: Perspectives on Economic Regulation in Europe and the United States*, Oxford U.K.: Clarendon Press, 1996
- Breillat, D., Kortmann, C.A.J.M. & Fleuren, J.W.A., *Van de constitutie afwijkende verdragen*, Deventer, 2002
- Broeksteeg, J.L.W., N.S. Efthymiou, H.G. Hoogers & C.W. Noorlander, *Het volk regeert. Beschouwingen over de (Nederlandse) democratie in de 21e eeuw*, Publicaties van de Staatsrechtkring, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2008
- Brouwer, J.G., *Verdragsrecht in Nederland*, WEJ Tjeenk Willink, Zwolle 1992
- Burkens, M.C. e.a., *Beginselen van de democratische rechtsstaat: inleiding tot de grondslagen van het Nederlandse staats- en bestuursrecht*, 6e druk, Alphen aan de Rijn: Kluwer, 2006
- Cass, D.Z., 'The 'Constitutionalization' of Trade Law: Judicial Norm-Generation as the Engine of Constitutional Development in International Trade', *European Journal of International Law*, 2001, pp. 39-75
- Cassese, A., *International Law*, Oxford University Press, 2005
- Chimni, B.S., 'International institutions today: An imperial global state in the making', *EJIL*, 2004, pp. 1-37
- Coicaud, J.M., & Heiskanen, V. (Eds.), *The Legitimacy of International Organizations*, Tokyo, etc.: United Nations University Press, 2001
- De constitutionele bepalingen over verdragen die van de Grondwet afwijken en de opdracht van bevoegdheid aan internationale organisaties. Instituut voor Staats- en bestuursrecht van de Universiteit Utrecht Kamerstuk 27 484 (R 1669), vergaderjaar 2002-2003, nr. 289 [Eerste herdruk; Tweede Herdruk] 66 pp.
- Dekker, I.F. Werner, W. (Eds.), *Governance and International Legal Theory*, Leiden/ Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004
- Dekker, I.F. & Wessel R.A., 'De constitutionalisering van internationale organisaties: over bevoegdheden en democratische legitimiteit', *Vrede en veiligheid, tijdschrift voor internationale vraagstukken*, 2004, nr. 1
- Dekker, I.F. & Wessel R.A., 'Governance by International Organisations: Rethinking the Source and Normative Force of International Decisions', in I.F. Dekker and W. Werner (Eds.), *Governance and International Legal Theory*, Leiden/ Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 215-236
- Delbrück, J. (ed.), *New Trends in International Lawmaking – International 'Legislation' in the Public Interest*, Berlin: Ducker & Humblot, 1996
- Denis, C., *Le Pouvoir normatif du Conseil de sécurité des Nations unies: Portée et limites*, Brussels: Bruylant, 2004
- Eeckhout, P., 'Does Europe's Constitution Stop at the Water's Edge? Law and Policy in the EU's External Relations', *Walter van Gerven Lectures 14-17 (5)*, Groningen: Europa Law Publishing, 2005
- Elberling, B., 'The ultra vires-Character of Legislative Action by the Security Council', *International Organizations Law Review*, 2005, pp. 337-360
- Emmerik, M.L. van, 'De Nederlandse Grondwet in een veellagige rechtsorde', *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS*, 2008, nr. 4, pp. 145-161
- Erades, L. and Gould, W.L., *The Relation between International and Municipal Law in the Netherlands and in the United States*, Leiden, 1961
- Erades, L., *Interactions between international and Municipal Law*, Den Haag, 1993

- Erades, L., 'Enige vragen betreffende de artikelen 65 en 66 van de Grondwet', *NJB* 1962, 357 ev.
- Erades, L., 'Poging tot ontwarring van de self-executing knoo', *NJB* 1963, 845-853
- Fischer-Lescano, A. and G. Teubner, 'Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law', *Michigan Journal of International Law*, 2004, pp. 999-1046
- Fleuren, J.W.A., *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen*, diss. Nijmegen, 2004
- Fleuren, J.W.A., 'Voorlopige toepassing van verdragen in constitutioneel perspectief', *RMThemis* 1995, 247-262
- Follesdal A., Wessel R.A & Wouters J. (Eds.), *Multilevel Regulation and the EU: The Interplay between Global, European and National Normative Processes*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008
- Gestel R.A.J. van and Verschuuren J.M., 'Internationaal en Europees milieurecht in Nederland? Gewoon toepassen!', *SEW*, nr. 42, 2005, pp. 244-251
- Ginkel, B.T. van en R.A. Wessel, 'Bestuurlijke vernieuwing van de VN-Veiligheidsraad. Wereldwetgever of achterhaald instituut?', in: B. Bomert, Th. van den Hoogen and R.A. Wessel (Eds.), *Jaarboek Vrede en Veiligheid 2004*, Nijmegen: Center for International Conflict Analysis and Management, 2004, pp. 1-31
- Gowlland-Debbas, V., *United Nations Sanctions and International Law*, The Hague: Kluwer Law International, 2001
- Hall R.B. & Biersteker T.J. (red.), *The Emergence of Private Authority in Global Governance*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002
- Heringa, A.W., 'Terug naar af: waarom het begrip een ieder verbindende bepalingen van verdragen slechts tot verwarring leidt', *Staatkundig Jaarboek* 1985, Leiden, p. 133-144
- Hoffmeister F., 'Outsider or Frontrunner? Recent Developments under International and European Law on the Status of the European Union in International Organizations and Treaty Bodies', *CMLRev*, 2007, pp. 41-68
- Hoogers, H.G. & Nap, M., *Het Statuut, de Grondwet en het internationale recht*, 2004, <<http://irs.ub.rug.nl/ppn/292836953>>, laatst geconsulteerd op 18 september 2008
- Jackson, J.H., *Sovereignty, the WTO and the Changing Fundamentals of International Law*, Cambridge U.K.: Cambridge University Press, 2006
- Jayasuriya, K., 'Globalization, Law, and the Transformation of Sovereignty: The Emergence of Global Regulatory Governance', *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 1999, No. 2, pp. 425-255
- Joerges, C. & Petersmann, E.U. (Eds.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, Oxford: Hart Publishing, 2006
- Jong, H.W. de, 'Het begrip verdragen in de Nederlandse Grondwet', *RM Themis*, 1979, pp. 484-493
- Jurgens, E.C.M., Schagen, J.A. van (red), *Tweede Kamer op orde*, Den Haag 1993
- Kingsbury, B., Krisch, N. & Stewart, R.B., 'The Emergence of Global Administrative Law', *IIJ Working Paper 2004/1* www.ijl.org
- Klabbers, J., *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004
- Klabbers, J., *The Concept of Treaty in International Law*, Kluwer, 1996
- Koekkoek A.K. (red.), *De Grondwet. Een systematisch en artikelgewijs commentaar*, 3e druk, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 2000
- Krisch, N. & Kingsbury, B., 'Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order', *Eur. J. Int'l L.* 1, 2006
- Kumm, M., 'The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis', *EJIL*, 2004, No. 5, pp. 907-931
- Lavranos, N., *Decisions of International Organizations in the European and Domestic Legal Orders of Selected EU Member States*, Groningen: Europa Law Publishing, 2004
- Lewis D. (red.), *Global Governance and the Quest of Justice*, vol. 1: *International and Regional Organizations*, Oxford: Hart Publishers, 2006

- Lipson Ch., 'Why are Some International Agreements Informal?' *International Organization*, Vol. 45, nr. 4, 1991, pp. 495-538
- Lowe V. and Fitzmaurice M. (Eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice: Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge: Cambridge University Press 1996
- Martini, C., 'States' Control over New International Organization', *Global Jurist Advances*, 2006, pp. 1-25
- Mayer-Schönberger V. & Somek, A., 'Introduction: Governing Regulatory Interaction: the Normative Question', *Eur. L.J.* (Special Issue, 2006)
- Meij J.M. de & Vlies I.C. van de, *Inleiding tot het staatsrecht en het bestuursrecht*, 9e druk, Deventer: Kluwer, 2004
- Meijers, H., 'Rond het internationale gewoonterecht in Nederland', preadvies in *Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht* no. 91, april 1985, pp. 57-158
- Meulen, B.M.J. van der & Freriks, A.A., 'Millefeuille – The Emergence of a Multi-Layered Controls System in the European Food Sector', *Utrecht L. Rev.*, 2006, <http://www.utrechtlawreview.org>.
- Nijman, J. & A. Nollkaemper (Eds.), *New Perspectives on the Divide between National & International Law*, Oxford University Press, 2007.
- Nollkaemper, P.A., *Kern van het internationaal publiekrecht*, Boom Juridische Uitgevers, 2005
- Ooik, R.H. van & R.A. Wessel, 'De Yusuf en Kadi-uitspraken in perspectief. Nieuwe verhoudingen in de interne en externe bevoegdheden van de Europese Unie', *SEW Tijdschrift voor Europees en economisch recht*, 2006, pp. 231-242.
- Österdahl, I., 'The Exception as the Rule: Lawmaking on Force and Human Rights by the UN Security Council', *Journal of Conflict & Security Law*, 2005, pp. 1-20
- Pernice, I., 'Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?', *Common Market Law Review*, 1999, pp. 703-750
- Petersmann, E.U., 'Constitutionalism and International Organisations', *Northwestern Journal of International Law & Business*, 1996
- Pot, C.W. van der, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, bewerkt door prof. Mr. D.J. Elzinga & prof. Mr. R. De Lange, 15e druk, Deventer: Kluwer, 2006
- Reede, J.L. de, *Rechterlijke toetsing van grondwetsherziening in India*, Amsterdam: Rodopi, 1982
- Reede, J.L. de & Reestman J.H. (red.), *Op het snijvlak van politiek en recht: opstellen aangeboden aan prof.mr. L. Brakke.*, Deventer: Kluwer, 2003
- Sands, P.J. & P. Klein, *Bowett's Law of International Institutions*, London: Sweet & Maxwell, 2001
- Sarooshi, D., *International Organizations and their Exercise of Sovereign Powers*, Oxford: Oxford University Press, 2005
- Scheltema, M., *Het recht van de toekomst: de gevolgen van de internationalisering van het recht*, Oratie Universiteit Utrecht, 2005
- Schermers, H.J. & Blokker, N.M., *International Institutional Law: Unity within Diversity*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2003
- Schutte, C.B., 'De stille kracht van de Nederlandse Grondwet: Beschouwingen rond het verbod aan de rechter om verdragen aan de Grondwet te toetsen', *RMThemis* (164) 2003, 26-40
- Shanks C. et al., 'Inertia and Change in the Constellation of International Governmental Organizations, 1981-1992', *Int'l Org.*, 1996
- Shapiro, S., 'International trade agreements, regulatory protection and public accountability', *Administrative Law Review*, 2002, p. 435
- Simpson G., *Great Powers and Outlaw States: Unequal Sovereigns in the International Legal Order*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004
- Slaughter, A., 'The Real New World Order', *Foreign Affairs*, 1997, pp. 183-197.
- Slaughter, A.M., *A New World Order*, Boston MA: Princeton University Press, 2004
- Sondaal, H.H.M., *De Nederlandse verdragspraktijk*, Den Haag: TMC Asser Instituut
- St. John MacDonald, R. & D.M. Johnston (eds.), *Towards World Constitutionalism: Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2005

- Stein, E., 'International Integration and Democracy: No Love at First Sight', *AJIL*, 2001, pp. 489-534
- Talmon, S., 'The Security Council as World Legislator', *American Journal of International Law*, 2005, pp. 175-193
- Tang, G.F.M. van der, Artikel 137, in: Akkermans-Koekkoek, *De Grondwet; een artikelsgewijs commentaar*, 1992
- Teubner, G., 'Substantive and Reflexive Elements in Modern Law', *L. & Soc'y*, 1983
- Tsagourias N. (red.), *Transnational Constitutionalism: International and European Models*, 2006
- Tsagourias, N. (Ed.), *Transnational Constitutionalism: International and European Perspectives*, Cambridge U.K.: University Press, 2007
- Vierdag, E.W., *Spanningen tussen recht en praktijk in het verdragenrecht*, Deventer
- Vierdag, E.W., *Het Nederlandse Verdragenrecht*, Zwolle: WEJ Tjeenk Willink, 1995
- Wessel, R.A., Rechtsbescherming voor terroristen, *Vrede en Veiligheid*, 2006, no. 1, pp. 10-29
- Wessel, R.A., *The European Union's Foreign and Security Policy. A Legal Institutional Perspective*, Den Haag: Kluwer Law International, 1999
- Wessel, R.A., 'De Europese Unie in de internationale rechtsorde', *De plaats van de Europese Unie in het veranderende bestel van de volkenrechtelijke organisatie* (Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht (123) (preadvies), Den Haag: T.M.C. Asser Press, 2001, pp. 1-77
- Wessel, R.A., 'Debating the 'Smartness' of Anti-Terrorism Sanctions: The UN Security Council and the Citizen', in C. Fijnaut, J. Wouters and F. Naert (Eds.), *Legal Instruments in the Fight Against International Terrorism. A Transatlantic Dialogue*, Boston/Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 633-660
- Wessel, R.A., *The Invasion by International Organizations. De toenemende samenhang tussen de mondiale, Europese en nationale rechtsorde*, Oratie, Universiteit Twente, 2006
- Wessel, R.A., 'The UN, the EU and Jus Cogens', *International Organizations Law Review*, 2006, nr. 1, pp. 1-6
- Wessel, R.A., 'The Kadi-case: Towards a More Substantive Hierarchy in International Law?', *International Organizations Law Review*, 2008, nr. 2, pp. 323-327
- Wessel, R.A. & J. Wouters, 'The Phenomenon of Multilevel Regulation: Interactions between Global, EU and National Regulatory Spheres', in A. Føllesdal, R.A. Wessel and J. Wouters (Eds.), *Multilevel Regulation and the EU: The Interplay between Global, European and National Normative Processes*, Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, pp. 9-47; in verkorte vorm verschenen in *International Organizations Law Review*, 2007, nr. 2, pp. 257-289 en in D. Curtin and A. Wille (Eds.), *Meaning and Practice of Accountability in the EU Multi-Level Context*, Mannheim: CONNEX Report Series No. 7, 2008, pp. 281-426.
- Wet, E. de, *The International Constitutional Order*, Oratie, Amsterdam: Vossiuspers UvA, 2005
- Wet, E. de, 'The International Constitutional Order', *ICLQ*, 2006, pp. 51-76
- White, N.D., *The Law of International Organisations*, Manchester University Press, 2005
- Wolfrum, R. and Röben V. (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, etc: Heidelberg: Springer, 2005
- Woltjer, A.J.Th., *Wetgever, rechter en het primaat van de gelijkheid: over primaten in het recht*, diss. Utrecht, 2002
- Wouters, J. and De Meester, B., 'Safeguarding Coherence in Global Policy-Making on Trade and Health: The Triangle WHO – WTO – EU', *International Organizations Law Review*, 2005
- Wouters, J., A. Nollkaemper, and E. De Wet (eds.), *The Europeanisation of International Law: The Status of International Law in the EU and Member States*, The Hague: T.M.C. Asser Press, 2008
- Yemin, E., *Legislative Powers in the United Nations and Specialised Agencies*, Leiden: A.W. Sijthoff, 1996
- Zaring, D., 'International Law by Other Means: The Twilight Existence of International Financial Regulatory Organizations', *Texas International Law Review*, 1998

Over de auteurs

Prof. L.F.M. Besselink is deskundige op het gebied van het nationaal en vergelijkend staatsrecht, en nationaal en internationaal erkend specialist op het gebied van de verhouding tussen nationaal constitutioneel recht en internationaal en Europees publiekrecht. Hij is internationaalrechtelijk opgeleid (Rijksuniversiteit Leiden, Johns Hopkins University School of Advanced International Studies, en Europees Universitair Instituut) en sinds 1983 werkzaam op het gebied van het staatsrecht. In zijn meest recente onderzoek en in het onderwijs (de internationale onderzoeksmaster *Dynamics of Law in European and International Context*, waarvan hij programmaleider is) staat de vraag naar de constitutionele betekenis van 'globalisering' centraal. Hij is leider van een onderzoeksgroep constitutioneel recht, waarvan onderzoekers deel uitmaken die zich bezighouden met vraagstukken van doorwerking van internationaal recht, Europeanisering en internationalisering van het (Nederlandse) staatsrecht. In dat kader initieert en superviseert hij onder meer postdoctoraal onderzoek naar de machtenscheiding als beperking van de nationale rechterlijke toepassing van internationaal recht (gefinancierd door HiiL), postdoctoraal onderzoek naar de verschuiving van rechtsmacht over staatsgrenzen van nationale naar transnationale, Europese en internationale contexten (gefinancierd door EU), doctoraal onderzoek naar transnationale politie-samenwerking bij openbare orde handhaving en privacybescherming, onderzoek naar de rol van nationale parlementen bij Europese besluitvorming en verschillende staatsrechtelijk onderzoeken van Nederlandsrechtelijke en rechtsvergelijkende aard.

Hij ontwierp en leidde het onderzoeksprogramma *Proliferatie van Constitutioneel Recht* van de Universiteit Utrecht, en is thans programmaleider van het onderzoeksprogramma *European Public Law: Coherence of Legal Orders*. Hij participeert onder meer in de onderzoeksschool *Ius Commune*, en tevens in het nieuwe *centre of excellence*, het *Hague Institute for the Internationalisation of Law* (HiiL), waarin de invloed van internationale ontwikkelingen op nationaal recht centraal staat. Hij is eindverantwoordelijke voor een *workpackage* in het door de EU gefinancierde internationale universitaire consortium met het *Integrated Programme* getiteld *The Changing Landscape of Liberty and Security in Europe* (CHALLENGE), en participeert in het door de EU gefinancierde *Network of Excellence 'CONNEX'*. Hij is (mede-oprichtend) redacteur van het internationale *peer reviewed* academische tijdschrift op gebied van staatsrecht in Europa, het *European Constitutional Law Review* (Cambridge University Press/ Asser), en redacteur van nog een vijftal (internationale en nationale) tijdschriften op gebied van constitutioneel recht en Europees publiekrecht.

Een uitgebreidere cv is te vinden op zijn website.

Prof. R.A. Wessel is als hoogleraar Recht van de Europese Unie en andere Internationale Organisaties verbonden aan het Centre for European Studies van de Universiteit Twente. Hij is deelnemer aan het door de EU gefinancierde internationale Network of Excellence CONNEX (*Connecting Excellence on European Governance*) en coördineerde in dat kader een internationaal project over de invloed van mondiale normatieve processen op de nationale rechtsorde. Hij is tevens onderzoeksleider bij het programma *Constitutionele processen in de internationale rechtsorde* van de onderzoeksschool *Ius Commune*, waarin de universiteiten van Amsterdam, Leuven, Luik, Edinburgh, Maastricht en Utrecht samenwerken. Daarnaast coördineerde hij in 2005 het opstellen van het onderzoeksprogramma van het *Hague Institute for the Internationalisation of Law (HiIL)*, met als titel *National Law in a Global Society*. Ramses Wessel is lid van de Adviescommissie voor Volkenrechtelijke Vraagstukken van de Nederlandse regering, hoofdredacteur van het *International Organizations Law Review* en van *Vrede en Veiligheid: tijdschrift over internationale vraagstukken* en lid van de redacties van het *Netherlands Yearbook of International Law* en de *Internationale Spectator*. Aanvullende informatie is te vinden via: www.mb.utwente.nl/legs/staff/wessel.