

Is de Grondwet voor bange mensen?

L.F.M. BESSELINK*

1. Inleiding

Nollkaemper presenteert in zijn essay over De Grondwet en de Opkomende Angst voor de Internationale Rechtsorde¹ een aantal belangwekkende denkbeelden over de betekenis van de internationale rechtsorde en de wijze waarop deze doorwerkt in de Nederlandse rechtsorde. Die waren ook te vinden in enkele voorstudies. Inmiddels weten we dat de Staatscommissie deze grotendeels deelt. Dit betreft met name het belang van het internationale recht in het tijdperk van globalisering en van een fundamenteel open houding ten opzichte van internationaal recht in de nationale rechtsorde. Zijn betoog verschaft in dit opzicht steun aan de benadering van de Staatscommissie.

De reden om toch nog op zijn opstel in te gaan is dat zijn conclusies gebaseerd zijn op een analyse die verouderd is, geen recht doet aan de huidige rechtsontwikkeling, noch aan het belang van de kwestie. Tevens hanteert hij criteria voor grondwetswijziging die mijns inziens niet beslissend kunnen zijn. De kwestie te plaatsen in de sleutel van 'angst voor het recht' is daarbij wel zeer ongelukkig.

2. Dualiteiten

Nollkaemper stoelt zijn betoog op noties en begrippen die in zijn optiek elkaar wederzijds uitsluiten. Terwijl men in een tijdperk van globalisering niet meer kan denken in termen van elkaar uitsluitende nationale en internationale rechtsordes, staat het opstel wonderlijk genoeg geheel in het teken van gekunstelde tegenstellingen. Een gevolg daarvan is dat de gevolgen van de verwevenheid van rechtsordes in het opstel van Nollkaemper nog niet helemaal worden doorzien.

Dat is te merken aan zijn herhaaldelijke tegenover elkaar stellen van nationaal en internationaal, zoals ook de titel van zijn opstel suggereert. Al op de eerste bladzijden maakt Nollkaemper een tegenstelling tussen 'recht

opinie

* Prof.dr. L.F.M. Besselink bekleedt de Jean Monnet Leerstoel voor Europees Constitutioneel Recht aan de Universiteit Utrecht. Hij was lid van de Staatscommissie Grondwet en schrijft deze bijdrage op strikt persoonlijke titel.

¹ P.A. Nollkaemper, 'De Grondwet en de opkomende angst voor de internationale rechtsorde', *TvCR* 2010, p. 286 e.v.

dat van binnen' en 'recht dat van buiten' komt (p. 287). Hij bestempelt het beweerde samengaan van een 'sterke nationale staat' en een 'sterke internationale rechtsorde' als 'paradox' (p. 288), wat alleen mogelijk is als het om tegengestelde hoedanigheden gaat.

Nollkaemper lijkt nog vast te zitten in een schema waarin het duo 'monisme' en 'dualisme' als elkaar uitsluitende begrippen worden verstaan.

Deze geeft hij een moralistische draai. Hij associeert alles wat naar zijn mening riekt naar dualisme schematisch met 'nationalistische tendensen' (p. 289), 'argwaan' jegens internationale besluitvorming (p. 298-299), en 'angst voor de internationale rechtsorde' (op de eerste bladzijde komt het vier keer voor). Veelzeggend voor zijn benadering is dat de schrijver gebruik van internationaalrechtelijke rechtvaardigingen voor de werking van (sommig) internationaal recht beschouwt als betekenisvol, maar de toepassing van constitutionele beginselen als 'teken van desintegratie'. Daarbij schaaft hij ook de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU, met name het *Kadi*-arrest, voor het gemak onder de 'desintegrerende lijn' die ingegeven is door 'nationalistische tendensen' (p. 289); het Hof van Justitie EU als 'desintegrerend' en 'nationalistisch'! Het lijkt erop dat Nollkaemper zich hier erg laat meeslepen door categorieën die, als hij het inzicht over de toenemende vervlechting van rechtsordes ernstig neemt, juist in deze tijd moeilijk stand kunnen houden. Daarmee ontnemt hij zichzelf de mogelijkheid om datgene wat hij vereenzelvigt met 'desintegratie' en 'nationalisme' op z'n werkelijke betekenis te schatten. Dit arrest heeft per slot van rekening een meer constructief effect gehad op wat wel de 'constitutionalisering' van de internationale rechtsorde wordt genoemd, dan menig academisch of diplomatiek pleidooi.

3. Kelsen voorbij

Het betoog van Nollkaemper gaat uit van een tegenstelling van monisme en dualisme die teruggaat op Kelsen. Hierover maak ik enkele opmerkingen.

Uiteindelijk is volgens Kelsen de keuze tussen een monistische en een dualistische verhouding tussen internationaal en nationaal recht een politieke. Dat hij, geheel in lijn met de discussie in het 19^e eeuwse Duitse en Italiaanse filosofisch idealisme over 'staatsmonisme' versus 'volkenrechtsmonisme', deze keuze vereenzelvigt met een keuze voor de nationale soevereine staat versus internationalisme is begrijpelijk. Zeer bewust is de keuze voor plaatsing van de *Grundnorm* in hetzij het nationale, hetzij het internationale recht, voor Kelsen niet alleen een juridisch neutrale, maar een buitenjuridische keuze, die hij politiek noemt. Bij Nollkaemper neemt dit, zoals onder Nederlandse schrijvers niet ongewoon is, morele

trekken aan: monisme = goed, dualisme = kwaad. Waarom het een goed en het ander kwaad is, blijft hooguit impliciet. Kennelijk is monisme hetzelfde als internationalisme en dualisme hetzelfde als nationalisme.

Verder dan onderbuikgevoelens komen we niet.

Een tweede punt is dat bij Kelsen het recht hiërarchisch is. Rechtsnormen staan per definitie in een hiërarchische verhouding; een rechtsregel moet zijn geldigheid altijd ontleenen aan een hogere rechtsregel. Het recht is daarom een gesloten hiërarchisch normenstelsel.

Bij een keuze voor plaatsing van de *Grundnorm* van het normenstelsel in het internationale recht is het nationale recht van lagere rang dan het internationale recht. De vraag naar gelding van het recht en de voorrang van het recht vervaagt dan: de gelding ontleent een norm immers aan een hogere regel, en uiteraard gaat bij een onverhoopte strijd tussen een hogere en lagere regel de hogere voor. Internationaal recht is daarbij een stelsel van hogere regels, nationaal recht is daaraan onderworpen. Bij een 'morele' lezing daarvan is dat 'hogere' recht dichterbij de hemel, het internationaal recht inherent 'heiliger' dan nationaal recht.

De vraag is of een dergelijke hiërarchische benadering – zo ooit – thans nog een adequate weergave is van de stand van zaken. Mijns inziens is dit niet het geval.

De situatie waarin wij ons naar mijn mening bevinden, wordt er juist door gekenmerkt dat de normenhiërarchie niet eens en voor al vaststaat in een gesloten stelsel van onder- en bovenschikking van normen. Dit geldt ook voor de verhouding tussen nationaal en internationaal recht. Conflictregels tussen normen, zo weten we uit onder meer het internationaal privaatrecht, hoeven allerm minst gebaseerd te worden op de inherente onder- en bovenschikking van de betreffende normen. Er zijn van oudsher ook heel andere manieren van vermijding en oplossing van normenconflicten. Dit weerspiegelt zich ook in de internationale rechtsontwikkeling, en dit in zowel het nationale constitutionele recht van vele landen als in het internationaal publiekrecht zelf. Hoewel 'pluralisme' een soms te gemakkelijk gebruikt en vaak onbestemd begrip is, is het niet erg gewaagd om te stellen dat de veelheid aan rechtssystemen die tegelijkertijd geldigheid en toepassing claimen ons voorbij de simpele Kelsiaanse normenhiërarchie gebracht heeft.

4. Monisme en dualisme

Ik teken daarbij aan dat het juridisch altijd al onjuist was om landen als Italië en Duitsland als puur dualistisch te beschouwen (het internationale gewoonterecht werkt er door met voorrang op de wet), terwijl Nederland het toppunt van openheid ten opzichte van het internationale recht zou

zijn (het internationale gewoonterecht maakt wel deel uit van de nationale rechtsorde maar heeft geen voorrang op strijdige wettelijke voorschriften, gelijk bij de Britten). De tegenstelling 'monisme' en 'dualisme' is juridisch gesproken ten beste extreem onprecies, maar in de meeste gevallen eenvoudigweg onjuist wanneer toegepast om een nationale rechtsorde te categoriseren.

De categorieën van monisme en dualisme geven niet meer adequaat weer wat de juridische, beleidsmatige, politieke en constitutionele gevolgen zijn van formele en informele internationale besluitvorming, die in velelei vorm bestaat. Naast besluitvorming door organen op basis van internationaal publiekrecht bestaat er besluitvorming van private of hybride aard die door publieke instellingen (internationale organisaties, staten of ambten) wordt overgenomen, en soms als bindend wordt aanvaard zowel door overheden als door particulieren en bedrijven.

5. Van waarden ontteldigd formalisme of constitutionele waardenoriëntatie

In feite zien we dat niet een formeel opgevatte scheiding en hiërarchie van normen beslissend is voor de doorwerking en voorrang van (potentieel) conflicterende normen, maar bepaalde publieke waarden. Dit is de enige manier om het door Nollkaemper gewraakte *Kadi(I)*-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen te begrijpen: bij de vraag naar de doorwerking van verdragsrecht in het EG-recht zijn de fundamentele waarden van artikel 6 lid 1 EU Verdrag (pre-Lissabon) beslissend. Dit zijn de beginselen van vrijheid, democratie en eerbiediging van de rechten van de mens die gemeenschappelijk zijn aan de lidstaten en ten grondslag liggen aan de EU.² Belangrijke jurisprudentie van constitutionele hoven van de landen waarmee Nederland zich in EU-verband nauw verbonden heeft, is slechts goed te begrijpen vanuit een waardenoriëntatie die los staat van een abstracte en formalistische normenrangschikking. Met desintegratie en nationalistisch ressentiment heeft het niets van doen. Integendeel, het actief bevorderen van de waarden die besloten liggen in fundamentele constitutionele normen, zoals mensenrechtenbescherming en de *rule of law*, is zowel een uitdaging aan de nationale rechtsorde als aan de internationale rechtsorde. In beide worden ze in verschillende vorm erkend, maar hun werkelijke realisering is waar het op aankomt.

De vraag of deze stand van zaken zich wel of niet op enige wijze moet vertalen naar grondwetsbepalingen in Nederland is er een waarover men legitiem van mening kan verschillen. Dat is op onderdelen ook het geval

² HvJEG 3 september 2008, zie r.o. 303: 'Deze bepalingen [over de bepalingen van het EG Verdrag omtrent rechtstreekse werking en voorrang van verdragsrechtelijke verplichtingen van de lidstaten op het gebied van vrede en veiligheid] kunnen evenwel niet aldus 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.'

geweest binnen de Staatscommissie. De bijdrage van de Nollkaemper gaat er kennelijk vanuit dat een dergelijk meningsverschil eigenlijk ongerechtvaardigd is. Wie de vraag stelt naar de voorwaarden waaronder het internationaal recht met voorrang moet gelden, is immers bang (p. 286). Deze angst is irrationeel want er zijn maar weinig resoluties die constitutionele bezwaren kunnen oproepen. Het aantal besluiten van internationale organisaties dat in strijd daarmee komt wordt 'al snel overschat' en 'daarmee de omvang van het probleem' (p. 288). Hij moet dan wel toegeven dat er nog wel een principiële vraag overblijft, maar in wezen is dat toch iets voor bange mensen. Weest niet bevreesd, zo is de boodschap van Nollkaemper, het risico van overtreding is beperkt.

Op de 'angst en vrees' premisse waarop Nollkaemper zijn essay baseert, valt nog het een en ander af te dingen.

6. Vrees als reden voor grondwettelijke codificatie

Dient vrees voor overtreding van een norm een beslissend criterium te zijn bij beantwoording van de vraag of deze norm grondwettelijk moet worden gecodificeerd?

Er bestaan heel veel redenen voor het wel of niet opnemen van een norm in de Grondwet of voor het afvoeren daarvan. Veel grondwettelijke bepalingen beogen niet te beschermen tegen overtreding van een norm, maar gaan over de instelling van een openbaar ambt of regelen de uitoefening van overheidsgezag zonder te zijn ingegeven door de kans op overtreding. Is het eigenlijk wel zinvol om zich af te vragen hoe vaak een norm wel of niet aan de orde is, en wel in de zin van schending? Mij dunk dat noch de vrees, noch de frequentie van de schending niet moet bepalen of een norm een zodanig constitutioneel gehalte heeft dat deze voor opneming in de Grondwet in aanmerking komt.

7. Angst voor het recht en het einde van rechtsstaat en internationale rechtsorde

Draagt het inkaderen van de discussie over constitutionele relaties tussen de internationale en nationale rechtsorde in termen van 'angst voor het recht' bij aan een zuivere bespiegeling over deze verhouding? Ik meen van niet.

In wezen betoogt Nollkaemper met zijn waarschuwing tegen 'angst voor het internationale recht' die geïmpliceerd is in het enkele overwegen van een nadere grondwettelijke regeling, dat de Grondwet er is voor bange mensen.

Het roepen dat het recht, welk recht dan ook, voor bange mensen is, ondermijnt elk idee over het juridisch normeren van het handelen van overheden, nationaal en internationaal. Het is de bijl aan de wortel van de rechtsstaat en aan de ontwikkeling van de internationale rechtsorde. Nollkaemper heeft door 'de angst voor het recht' tot begin- en eindpunt te maken van zijn essay geen vruchtbare bijdrage geleverd aan het constitutionele debat.