

Rechtstreekse werking van internationale verdragen: een Hollands probleem met een Amerikaanse of Franse oplossing?

Mr. dr. J.W.C. van Rossem* en mr. dr. O. Spijkers**

1. Introductie

Het vraagstuk van rechtstreekse werking van internationaal recht staat volop in de belangstelling. Dit is allereerst het gevolg van het *Rookverbod*-arrest van de Hoge Raad.¹ In dit arrest is de Hoge Raad omgegaan ten aanzien van de toepasselijke criteria voor rechtstreekse werking, die sinds jaar en dag werden bepaald door het *Spoorwegstaking*-arrest.²

Behalve discussie over de criteria voor rechtstreekse werking, speelt in de tweede plaats de vraag wie zou moeten bepalen of een internationaalrechtelijke bepaling al dan niet rechtstreeks werkt. Is dat de rechter of de wetgever? Deze laatste discussie is aangezwengeld door Tweede Kamerlid Joost Taverne (VVD). Volgens Taverne behoort de rechtstreekse werking van verdragen in de Nederlandse rechtsorde in de toekomst meer een zaak van het parlement te worden en minder een zaak van de rechter.³

In deze bijdrage proberen wij deze twee debatten met elkaar te verbinden. Er is een duidelijke link. Zodra rechters meer ruimte en vrijheid nemen bij de beantwoording van de vraag of een verdragsbepaling rechtstreeks werkt, komen ze ook in het vizier van Taverne, die hierin bewijs zal zien voor zijn stelling dat rechters te veel het domein van de politiek betreden. Behalve een technische kwestie over het lezen van juridische bepalingen, is de vraag naar de status van het *Spoorwegstaking*-arrest onmiskenbaar ook een machtscheidingsvraag, die onmiddellijk raakt aan wat Taverne naar voren heeft gebracht.

Hieronder zetten we eerst uiteen wat in ons land de stand van zaken is voor de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen (par. 2). Dat doen we aan de hand van drie vragen:

- Wat zegt de Grondwet over de criteria voor rechtstreekse werking?
- Wat zegt de rechter hierover?
- Wie bepaalt of een volkenrechtelijke norm rechtstreeks werkend is?

Vervolgens nemen we, aan de hand van dezelfde drie vragen, een kijkje over de grens – naar Frankrijk (par. 3) en de Verenigde Staten (par. 4), twee staten met evenals Nederland een monistische traditie op het gebied van de doorwerking van internationaal recht. Beide landen laten echter een verschillend beeld zien wat betreft de twee discussies die wij in deze bijdrage willen verbinden. In Frankrijk concluderen rechters al snel tot rechtstreekse werking, en speelt de wetgever in dit verband een bescheiden rol. In de Verenigde Staten is dit precies omgekeerd. Het is daar in eerste instantie aan de wetgever om te bepalen of een verdrag rechtstreeks doorwerkt. Waar de rechter nog ruimte voor zichzelf ziet, hanteert hij strenge criteria voor rechtstreekse werking.

In een afsluitende paragraaf (par. 5) vergelijken we de drie landen met elkaar. Kunnen we in Nederland leren van de wijze waarop de Fransen en de Amerikanen omgaan met de kwestie van rechtstreekse werking?⁴

2. Rechtstreekse werking in Nederland

2.1. Wat zegt de Grondwet?

In de Grondwet wordt met geen woord gerept over het begrip ‘rechtstreekse werking’. In plaats daarvan bezigt zij in artikel 93 en 94 het begrip ‘een ieder verbindend’. Dit begrip vindt zijn oorsprong in de grondwetswijziging van 1953. In dat jaar werd een bepaling in de Grondwet opgenomen, die stelde dat internationale overeenkomsten ‘een ieder’ verbonden, voor zover zij bekendgemaakt

* Mr. dr. J.W.C. van Rossem is universitair docent staatsrecht aan de Universiteit Utrecht en onderzoeker bij het Utrecht Centre for Regulation and Enforcement in Europe.

** Mr. dr. O. Spijkers is universitair docent internationaal publiekrecht aan dezelfde universiteit en onderzoeker bij het Utrecht Centre for Water, Oceans and Sustainability Law.

1. Zie HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928 (*Rookverbod*). Zie R.J.B. Schutgens, ‘Het rookverbod en de bevoegdheid van de Hoge Raad om wetgeving aan verdragen te toetsen’, *AA* 2015, p. 305-312 (annotatie); en S. Philipsen & J.C. de Wit, ‘Het Spoorwegstakingsarrest: achterhaald of actueel?’, *TvCR* 2014, afl. 1, p. 8-13.

2. Zie HR 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402, r.o. 3.2 (*Spoorwegstaking*).

3. Taverne draagt hiervoor een tweetal oplossingen aan, die verderop in deze bijdrage nader zullen worden besproken.

4. Deze bijdrage gaat alleen in op de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen. Andere vormen van doorwerking van internationale verdragen, zoals verdragsconforme interpretatie van nationaal recht, laten we omwille van de beknoptheid van deze bijdrage buiten beschouwing. Ook zullen we niet kijken naar doorwerking van andere bronnen van het internationaal recht, zoals bindende besluiten van internationale organisaties, gewoonterecht en algemene rechtsbeginselen.

waren.⁵ De ratio achter deze voorloper van artikel 93 Gw was het rechtszekerheidsbeginsel. Indien een verdrag bepalingen bevatte die belastend voor burgers konden uitwerken – denk aan het internationaal strafrecht – dan dienden die burgers hiervan vooraf kennis te kunnen nemen.⁶

In 1953 is in de Grondwet ook een voorrangregel opgenomen, de voorloper van het huidige artikel 94 Grondwet (hierna: Gw).⁷ In deze bepaling uit 1953 werd echter niet gesproken over verdragen die eenieder verbinden. Het artikel bepaalde simpelweg dat binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften geen toepassing vonden indien deze voorschriften onverenigbaar bleken met internationale overeenkomsten.⁸ Drie jaar later achtte de grondwetgever het alweer nodig om dit nieuwe artikel te wijzigen. Men was bang dat de belangrijkste adreassaats van de voorrangregel – de rechter – met een rechtsvacuüm geconfronteerd zou kunnen worden, indien aan elke internationale overeenkomst getoetst kon worden. Een toetsingsbevoegdheid mocht de rechter alleen toekomen wanneer een verdragsbepaling ‘zonder meer als objectief recht’ de plaats zou kunnen innemen van het wettelijke voorschrift dat buiten toepassing dreigde te worden gelaten.⁹ De grondwetgever wilde, met andere woorden, de rechter niet in een rechtsvormende rol dwingen.

Om dit te bewerkstelligen grijpt de grondwetgever in 1956 terug op de term die hij een paar jaar eerder in het bekendmakingsartikel had gemunt. Voortaan kon de rechter wettelijke voorschriften alleen opzijzetten als deze voorschriften in botsing kwamen met ‘een ieder verbindende’ verdragsbepalingen.¹⁰ Hier werd duidelijk dat het begrip ‘een ieder verbindend’ niet alleen de betekenis heeft van voor burgers *belastende* verdragsbepalingen, maar gelijk kon worden gesteld met ‘self-executing’, een begrip uit de jurisprudentie van het Amerikaanse

Hooggerechtshof.¹¹ Cruciaal was of een verdragsbepaling burgers rechtstreeks aanging.

Met de koppeling van het begrip ‘een ieder verbindend’ aan de rechterlijke toetsingsbevoegdheid, werd goed zichtbaar dat een monistisch stelsel twee aspecten kent. Want de vraag of een verdragsbepaling burgers rechtstreeks aangaat, staat niet op één lijn met de omstandigheid dat Nederland een systeem heeft waarin internationaal recht, teneinde te kunnen gelden, niet hoeft te worden omgezet in nationaal recht. Deze laatste omstandigheid wordt in de Nederlandse literatuur wel aangeduid met de notie ‘interne werking’.¹² De Grondwet zegt hier niets over; het is een ongeschreven constitutionele regel.¹³

De term ‘een ieder verbindend’ is taalkundig wat ongelukkig, nu hij suggereert dat het alleen om verplichtende bepalingen gaat, zeker omdat tegenwoordig in rechterlijke oordelen de nadruk vooral ligt op verdragsbepalingen waaraan burgers rechten kunnen ontleen, in het bijzonder grondrechten. Dat verdragsbepalingen aan burgers rechtstreeks plichten kunnen opleggen, onttrekt zich veelal aan onze blik.¹⁴ Dit verklaart misschien deels waarom rechters in recente jurisprudentie steeds minder vaak het begrip ‘een ieder verbindend’ gebruiken en steeds vaker hun toevlucht zoeken tot de woorden ‘rechtstreekse werking’. Deze term komen zij veelvuldig tegen in de jurisprudentie van het Europees Hof van Justitie. In deze jurisprudentie is ‘rechtstreekse werking’ een begrip dat betrekking heeft op datgene wat wij in Nederland met ‘een ieder verbindendheid’ aanduiden: de vraag of een bepaling zich ervoor leent dat zij in rechte door burgers wordt ingeroepen.¹⁵ In het *Rookverbod*-arrest negeert de Hoge Raad de term ‘een ieder verbindend’ zelfs volkomen. In het vervolg van deze bijdrage doen wij hetzelfde. Dat is grondwettelijk bezien misschien niet helemaal zuiver, maar het sluit wel beter aan bij de rechtspraktijk.¹⁶

5. Artikel 66 Gw 1953.

6. J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 188-192. Overigens stond het internationaal strafrecht in de tijd dat deze bepaling in de Grondwet is opgenomen nog aan het begin van zijn ontwikkeling.

7. Artikel 65 Gw 1953.

8. *Idem*.

9. Dit is de formulering van de Hoge Raad in het *Spoorwegstaking*-arrest. Zie *Kamerstukken II 1955/56*, 4133 (R19), 4, p. 13-14.

10. Artikel 66 Gw 1956.

11. Fleuren 2004, p. 189-199 en 207-208, benadrukt dat de commissie die de regering destijds adviseerde over de nieuwe grondwetwijziging in dit opzicht geen ander standpunt innam dan men drie jaar eerder had ingenomen. Ook in 1953 kon volgens Fleuren worden verdedigd dat het begrip ‘een ieder verbindend’ ruimer strekte dan alleen burgers *belastende* bepalingen. Zie over de notie ‘self-executing’ verderop in deze bijdrage de paragraaf gewijd aan de Verenigde Staten.

12. C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2012 (7e druk), p. 169-171.

13. Als grondslag voor de wijze waarop volkenrecht doorwerkt in de Nederlandse rechtsorde wordt standaard verwezen naar het arrest HR 3 maart 1919 (*Grenstractaat Aken*).

14. Maar zie bijv. HvJ EG 3 september 2008, gevoegde zaken C-402/05 P en C-415/05 P (*Kadi & Al Barakaat/Raad*). Zie over taalkundige kwestie: Staatscommissie Grondwet. F.M.C. Vlemminx & A.C.M. Meuwese, ‘Commentaar op artikel 93 van de grondwet’, in: E.M.H. Hirsch Ballin & G. Leenknecht (red.), *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet*, webeditie 2014 (www.nederlandrechtsstaat.nl), p. 3-4. Vgl. ook P.A. Nollkaemper, *Kern van het internationaal publiekrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 500.

15. Behalve voor de vraag of een norm zich ervoor leent om in rechte door een burger te worden ingeroepen, is ‘rechtstreekse werking’ in het Unierecht overigens tevens een beginsel dat van belang is voor de vraag hoe het Unierecht en het nationale recht zich in conceptueel opzicht tot elkaar verhouden. Rechtstreekse werking in de jurisprudentie van het HvJ brengt, kort gezegd, ook tot uiting dat het nationale constitutionele recht van de lidstaten volgens het Hof principieel niet de wijze conditioneert waarop het Unierecht in nationale rechtsordes doorwerkt. Voor deze verhoudingsvraag zouden wij in Nederland waarschijnlijk eerder de term ‘interne werking’ gebruiken.

16. Ook de Staatscommissie Grondwet spreekt ter ‘bevordering van de toegankelijkheid’ van de Grondwet in 2010 een voorkeur uit voor de notie ‘rechtstreeks werking’. Zie *Rapport Staatscommissie Grondwet 2010*, p. 130-131.

2.2. Wat zegt de rechter?

De Nederlandse Grondwet geeft aan dat bepalingen van verdragen rechtstreeks kunnen werken, maar vertelt niet wat de inhoudelijke karakteristieken zijn die een bepaling voor die werking moet hebben. Aan welke criteria moet een dergelijke bepaling getoetst worden? Lange tijd was het gebruikelijk om in dit verband te kijken naar het *Spoorwegstaking*-arrest van de Hoge Raad.¹⁷ In dit arrest uit 1986 nam de Hoge Raad afstand van een leer die sinds de invoering van het onderscheid tussen rechtstreeks werkende en niet rechtstreeks werkende verdragsbepalingen populair was in rechtspraak en literatuur: de intentieleer.¹⁸ Volgens de intentieleer diende een rechter enkel rechtstreekse werking te verlenen aan een verdragsbepaling, indien de verdragspartijen deze werking uitdrukkelijk hadden beoogd. In het *Spoorwegstaking*-arrest maakte de Hoge Raad echter duidelijk dat de intentie van de verdragspartijen alleen doorslaggevend is in het geval dat deze partijen de rechtstreekse werking van een bepaling uitdrukkelijk hebben *afgewezen*. In alle overige gevallen zou 'naar Nederlands recht enkel de inhoud van de bepaling zelf beslissend' zijn. Verplichtte deze de wetgever tot (1) het treffen van een bepaalde nationale regeling, of (2) was deze van dien aard dat de bepaling in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kon functioneren?¹⁹

Het is mogelijk deze overwegingen zo op te vatten, dat de Hoge Raad een lans breekt voor een presumptie van rechtstreekse werking. Op grond van een dergelijke lezing zou rechtstreekse werking alleen aan een verdragsbepaling kunnen worden onthouden, indien deze bepaling daadwerkelijk een *volkenrechtelijke plicht* in het leven roept voor de verdragsluitende staten om binnen de eigen nationale rechtsorde wettelijke maatregelen te treffen. Gebeurt dit niet, en is het antwoord op het eerste deel van bovenstaande vraag ontkennend, dan is de vraagstelling zo geformuleerd dat men hieruit de conclusie kan trekken dat het antwoord op de tweede deelvraag dus bevestigend moet luiden.²⁰ Dit is echter niet de gangbare interpretatie geworden.²¹ Allereerst werd het gebruikelijk dat de vraag of een verdragsbepaling de Nederlandse wetgever verplicht tot het treffen van een nationale regeling, veel ruimer wordt gelezen. Ook als in een verdragsbepaling valt

te lezen dat verdragspartijen zich verbinden een bepaald resultaat te bereiken, of afspreken passende maatregelen te nemen, werd dit wel ingepast in de eerste deelvraag. Verder, en minstens zo belangrijk, is het vaste praktijk geworden dat ook bij een negatief antwoord op de eerste deelvraag, onafhankelijk hiervan de vraag zal moeten worden beantwoord of een bepaling wel concreet genoeg is geformuleerd om zelfstandig en rechtstreeks als objectief recht te kunnen functioneren in de Nederlandse rechtsorde. Een ontkennend antwoord op de eerste deelvraag hoeft dus niet tot een bevestigend antwoord op de tweede deelvraag te leiden.

In combinatie met elkaar zorgen deze twee factoren ervoor dat het *Spoorwegstaking*-arrest, ondanks de ommezwaai ten aanzien van de intentieleer, nimmer is uitgegroeid tot een presumptie voor rechtstreekse werking. Eerder is het omgekeerde het geval. Nu rechters in het verleden geregeld de geringste tekenen van beleidsvrijheid in de tekst van een verdragsbepaling hebben aangegrepen om rechtstreekse werking aan een verdragsbepaling te onthouden, is het misschien wel overtuigender om het *Spoorwegstaking*-arrest te associëren met een presumptie *tegen* rechtstreekse werking.²²

Als gevolg van het *Rookverbod*-arrest is de in het *Spoorwegstaking*-arrest ontwikkelde benadering echter gaan wankelen. Het draaide in het *Rookverbod*-arrest om de uitzondering op het rookverbod voor kleine cafés, die in 2011 onder het kabinet-Rutte I bij algemene maatregel van bestuur werd ingevoerd. De staat ging in cassatie tegen een uitspraak van het Gerechtshof Den Haag, waarin rechtstreekse werking werd toegekend aan artikel 8 lid 2 Kaderverdrag inzake tabaksontmoediging.²³ Tot verrassing van veel juristen besloot de Hoge Raad in oktober 2014 het oordeel van het hof te volgen.²⁴ Artikel 8 van het Kaderverdrag staat bol van de implementatieverplichtingen.²⁵ De uitspraak van het Haagse Hof leek dus niet te rijmen met de heersende opvatting over het *Spoorwegstaking*-arrest.²⁶ De 'enkele omstandigheid dat de wetgever of overheid keuze- of beleidsvrijheid toekomt' om een bepaald resultaat te bewerkstelligen, belette volgens de Hoge Raad echter niet dat een bepaling rechtstreekse

17. Zie bijvoorbeeld M. van Emmerik, 'Toepassing van het Kinderrechtenverdrag in de Nederlandse rechtspraak', *NJCM-Bulletin* 2005, afl. 6, p. 701.

18. Zie uitgebreid hierover Fleuren 2004, p. 245-259.

19. *Spoorwegstaking*-arrest.

20. Philipsen & De Wit, *TvCR* 2014, afl. 1.

21. Zie hierover omstandig Fleuren 2004, p. 258-298.

22. Philipsen & De Wit, *TvCR* 2014, afl. 1.

23. Hof Den Haag 26 maart 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:BZ4871, r.o. 2.4.

24. Het voorschrift dat onverbindend werd verklaard was artikel 3 lid 2 Besluit uitvoering rookvrije werkplek. Staatssecretaris Van Rijn van Volksgezondheid reageerde op deze uitspraak door het wettelijk vastgelegde rookverbod meteen weer van toepassing te verklaren in kleine cafés. Boogaard en Uzman hebben er terecht op gewezen dat dit voorbarig was. Een onverbindendverklaring door de civiele rechter van een wettelijk voorschrift resulteert niet in de vernietiging van dit voorschrift. Daarvoor moet een handeling van het tot regelgeving bevoegde orgaan – in dit geval de regering – aan te pas komen. Zie G. Boogaard & J. Uzman, '(Nog) geen handhaving rookverbod in kleine cafés', *NJB* 2014/39.

25. Artikel 8.2 Kaderverdrag inzake tabaksontmoediging luidt als volgt: 'Elke Partij neemt binnen de bestaande nationale rechtsbevoegdheid zoals bepaald in het nationaal recht doeltreffende wetgevende, uitvoerende, bestuurlijke en/of andere maatregelen aan, voert deze uit, en bevordert deze maatregelen op andere niveaus van rechtsbevoegdheid. Deze maatregelen voorzien in bescherming tegen blootstelling aan tabaksrook in binnen gebouwen gelegen werkplekken, het openbaar vervoer, binnen openbare gebouwen en, naar gelang van het geval, op andere openbare plaatsen.'

26. Zie ook de noot bij het arrest van het Hof Den Haag door S. Philipsen en J.C. de Wit, 'Rechtstreekse Werking: uitzondering op rookverbod voor kleine cafés strijdig met internationaal recht', *AB Rechtspraak Bestuursrecht*, 2013/192, par. 8-10 en Schutgens, *AA* 2015, p. 305-312.

werking heeft.²⁷ Wat voor de Hoge Raad telt, is of 'het op grond van een verdragsbepaling in de nationale rechtsorde te bewerkstelligen resultaat onvoorwaardelijk is en voldoende nauwkeurig is omschreven'.²⁸ Ja, artikel 8 van het Kaderverdrag verplicht Nederland expliciet om doeltreffende wetgevende, uitvoerende, bestuurlijke en andere maatregelen te nemen. Het doel van al die te nemen maatregelen was *in casu* echter kraakhelder volgens de Hoge Raad: de staat moest eenieder beschermen tegen blootstelling aan tabaksrook in binnen gebouwen gelegen werkplekken. En dat kon alleen door het algemene rookverbod uit de Tabakswet, dat tussen 2008 en 2011 ook voor kleine cafés had gegolden, niet in te perken.

Nu de enge uitleg van de eerste deelvraag in het *Spoorwegstaking*-arrest – dat wil zeggen dat rechtstreekse werking alleen aan een verdragsbepaling kan worden onthouden, indien deze staten verplicht nationale wettelijke maatregelen te treffen – nooit werkelijk is omarmd, is de conclusie gewettigd dat de Hoge Raad in het *Rookverbod*-arrest is omgegaan. Deze draai hing al wel een tijdje in de lucht.²⁹ Denk in dit verband bijvoorbeeld aan de *SGP*-zaak, waarin het VN-Vrouwenverdrag werd ingeroepen.³⁰ Noemenswaardig is ook een recente uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) over het VN-Kinderrechtenverdrag.³¹

Het omgaan van de Hoge Raad in het *Rookverbod*-arrest gaat verder dan alleen de kwestie van beleidsvrijheid. In zijn arrest overweegt de Hoge Raad ook dat de vraag of een bepaling uit een verdrag rechtstreeks werkend is, afhangt 'van het antwoord op de vraag of de bepaling *in de context waarin zij wordt ingeroepen*, als objectief recht kan functioneren'.³² Sinds de koppeling in 1956 van de notie 'een ieder verbindend' aan de voorrangregel werd overwegend aangenomen dat de rechtstreekse werking van een verdragsbepaling niet afhangt van de context van het geval.³³ Met andere woorden, een verdragsbepaling heeft binnen deze oude lezing of *in alle gevallen* recht-

streekse werking, of *in geen enkel geval* rechtstreekse werking. Het is mogelijk te betogen dat de nieuwe, contextuele benadering een logisch gevolg is van het verlaten van het *Spoorwegstaking*-criterium. Het ligt namelijk voor de hand dat de aanwezigheid van keuze- of beleidsvrijheid in een verdragsbepaling in sommige gevallen wel een obstakel voor een duidelijk resultaat zal zijn en in andere gevallen niet.

2.3. Wie bepaalt?

De Hoge Raad betreedt met zijn *Rookverbod*-uitspraak een politiek gevoelig terrein. Treden in de beleidsvrijheid van de wetgever was onwenselijk vanuit het oogpunt van machtscheiding en democratie, zo was, naar aanleiding van het *Spoorwegstaking*-arrest, veelal de veronderstelling in de doctrine. Is de vanzelfsprekendheid van deze gedachte anno 2015 achterhaald? Beslist niet, getuige de door Taverne aangezwengelde discussie over het primaat van de wetgever ten aanzien van de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen en getuige ook de ophef over de *Urgenda*-uitspraak van de Haagse Rechtbank in juni 2015.³⁴ Dat brengt ons bij de vragen wie in Nederland bepaalt en wie zou moeten bepalen welke internationaal-rechtelijke bepalingen rechtstreekse werking hebben. Momenteel is het de rechter die criteria ontwikkelt en toepast.³⁵ Het is waar dat de rechter altijd eventjes kijkt of de verdragspartijen wellicht de rechtstreekse werking van een bepaald verdragsartikel expliciet hebben uitgesloten.³⁶ Ook kijkt de rechter of de wetgever in de memorie van toelichting bij de goedkeuringswet van het verdrag iets heeft gezegd over rechtstreekse werking. In sommige gevallen gaat de memorie hier vrij uitvoerig op in, bijvoorbeeld door een opsomming te geven van artikelen uit het verdrag die volgens de wetgever rechtstreekse werking zouden hebben.³⁷ Maar zelfs dan is duidelijk dat de rechter zich niet gebonden acht aan deze opvatting.³⁸

De Grondwet noemt de bevoegdheid van de rechter om te bepalen of verdragen rechtstreeks werken niet expliciet.

27. *Rookverbod*, r.o. 3.5.3.

28. *Idem*.

29. Voor een algemeen overzicht van de inconsistente en onvoorspelbare rechtspraak, zie ook Vlemminx & Meuwese 2014, p. 3-9, en een overzicht van de veelheid aan criteria op p. 9-11.

30. HR 9 april 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BK4549 (*SGP*).

31. Artikel 3 IVRK. Zie over de rechtspraak op het gebied van het IVRK bijvoorbeeld Gerrit Jan Pulles, 'Onduidelijkheid over de rechtstreekse werking van kernbepalingen van het VN-kinderrechtenverdrag', *NJB* 2011, afl. 4, p. 231-234; G.J.W. Pulles & L.C.J.M. Wörsst, 'Doorwerking van het IVRK: de wetgever geeft het voorbeeld', *FJR* 2012, afl. 7, p. 184-189; Van Emmerik, *NJCM-Bulletin* 2005, afl. 6, p. 700-716; en voor een uitgebreid overzicht per artikel, J.H. de Graaf, *De toepassing van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind in de Nederlandse rechtspraak: 1 januari 2002-1 september 2011*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2012.

32. *Rookverbod*, r.o. 3.5.3 (cursivering, OS en JWvR) en verderop in r.o. 3.6.2.

33. Zie Fleuren 2004, p. 68-70; p. 240-245; J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten: Over effectieve rechtsbescherming van grondrechten* (diss. Leiden), 2013, p. 33 e.v. Vgl. ook Vlemminx & Meuwese 2014, p. 19-20. De auteurs merken wel op dat er toch enkele rechterlijke uitspraken zijn die een concrete, van-geval-tot-geval-beoordeling, voorstellen.

34. Rb. Den Haag 24 juni 2015, *AB* 2015/336 (*Urgenda*). Enkele voorbeelden van literatuur waarin de relatie tussen de machten wordt besproken: Geerten Boogaard, 'Urgenda en de rol van de rechter: over de ondraaglijke leegheid van de trias politica', *AA* 2016, afl. 1; A.W. Heringa, 'Rechter en politiek: verzaakt de politiek/wetgever of dient de rechter juist het belang van de wetgever?', *M en R* 2016/34; Roel Schutgens, 'Urgenda en de trias: enkele staatsrechtelijke kanttekeningen bij het gerucht makende klimaatvonnis van de Haagse rechter', *NJB* 2015, afl. 33.

35. Zie bijvoorbeeld Van Emmerik, *NJCM-Bulletin* 2005, afl. 6, p. 701; C.W. van der Pot e.a., *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006 (15e druk), p. 700-701; Vlemminx & Meuwese 2014, p. 2.

36. Over het Kinderrechtenverdrag is hierover niets te vinden. Zie Van Emmerik, *NJCM-Bulletin* 2005, afl. 6, p. 704.

37. Zie bijvoorbeeld MvT bij de Goedkeuring van het Kinderrechtenverdrag, *Kamerstukken II* 1992/93, 22855 (R1451), 3, p. 8-9.

38. Zie bijvoorbeeld Van Emmerik, *NJCM-Bulletin* 2005, afl. 6, p. 702 en 704-705 wat betreft het Kinderrechtenverdrag; Pulles & Wörsst, *FJR* 2012, afl. 7, p. 184. Vgl. ook *Kamerstukken II* 2013/14, 33992 (R2034), 3, p. 8-9.

Maar uit de parlementaire geschiedenis blijkt duidelijk dat de grondwetgever het eindoordeel bij de rechter heeft willen leggen.³⁹ Of dit ook wenselijk is, is momenteel zeer actueel. In het bijzonder door het VVD-Tweede Kamerlid Joost Taverne wordt vurig bepleit dat het parlement steviger de touwtjes in handen moet nemen. Dit heeft in 2012 geleid tot het aanhangig maken van een voorstel van Rijkswet tot aanpassing van artikel 93 en 94 Gw. Een controversieel voorstel, dat onmiddellijk tot veel artikelen,⁴⁰ blogposts,⁴¹ en ingezonden brieven leidde.⁴²

Van zijn in dat wetsvoorstel onder andere vervatte voorstellen om artikel 93 Gw te wijzigen⁴³ – en de wetgever de mogelijkheid te bieden de rechtstreekse werking aan een verdragsbepaling te ontnemen – heeft Taverne, na kritiek hierop van de Raad van State,⁴⁴ inmiddels afgezien. De aandacht is nu volledig gevestigd op de voorrangregel in artikel 94 Gw. Wat Taverne betreft zou deze bepaling moeten gaan luiden dat ‘Andere binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften *dan de wetten*’ in geval van onverenigbaarheid met rechtstreeks werkend volkenrecht dienen te wijken.⁴⁵ In directe zin raakt het wijzigingsvoorstel nu niet langer meer aan de ‘wie-bepaalt’-vraag. Indien artikel 94 Gw wordt gewijzigd, berust het eindoordeel over de vraag of verdragsbepalingen rechtstreeks werkend zijn nog steeds bij de rechter. Na aanpassing van artikel 94 zou hem alleen de bevoegdheid worden ontnomen om een bepaalde categorie van wettelijke voorschriften – formele wetten – te toetsen aan rechtstreeks werkende verdragsbepalingen. De kans dat artikel 94 Gw conform de wensen van Taverne zal worden aangepast is klein.⁴⁶ In politieke kringen wordt echter niet weersproken dat het parlement een ‘actievare rol op zich zou moeten nemen’ rond het thema rechtstreekse werking.⁴⁷

Een alternatieve, en waarschijnlijk beter begaanbare route hiernaartoe is het aanpakken van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen (hierna: Rgbv). Deze wet legt op dit moment niet de eis op tafel dat de Staten-Generaal uitdrukkelijk hun goedkeuring moeten verlenen aan een verdrag dat rechtstreeks werkende bepalingen bevat. Als gevolg hiervan is het mogelijk dat een verdrag niet binnen het blikveld van de volksvertegenwoordiging komt – doordat de wet een dergelijk verdrag van parlementaire goedkeuring uitzondert of doordat de Kamers stilzwijgend hun goedkeuring verlenen – maar vervolgens, indien de rechter aan een bepaling uit het verdrag rechtstreekse werking toekent, op grond van artikel 94 Gw voorrang krijgt op zelfs grondwettelijke voorschriften!⁴⁸

Dat nationale regelgeving opzij wordt gezet vanwege strijd met een verdragsbepaling waarover het parlement zich niet duidelijk heeft uitgesproken, is niet denkbeeldig. Het eerder besproken Kaderverdrag inzake tabaksontmoediging is zo’n voorbeeld.⁴⁹ Dit verdrag werd stilzwijgend goedgekeurd.⁵⁰ Is dat vanuit democratisch oogpunt een probleem?⁵¹ ‘Ja’, is het antwoord van Taverne, die begin dit jaar bekendmaakte daarom ook de Rgbv te willen aanpassen.⁵² Volgens het voorstel dat hij aanhangig heeft gemaakt, moet in de toekomst worden uitgesloten dat voor verdragen die rechtstreeks werkende bepalingen bevatten nog de stilzwijgende goedkeuringsprocedure kan worden gevolgd. Vermoedt de regering dat een verdrag zulke bepalingen bevat, dan wordt zij verplicht het verdrag in kwestie ter uitdrukkelijke goedkeuring aan het parlement voor te leggen. Deze verplichting gaat wat Taverne betreft ook gelden indien het verdrag in de categorie verdragen valt die door de Rgbv wordt uitgezonderd van het parlementaire goedkeuringsvereiste.

Inmiddels heeft de Tweede Kamer kans gehad om met Taverne van gedachten te wisselen over dit laatstgenoemde wetsvoorstel. Allereerst is het voorstel besproken in

39. *Kamerstukken II* 1955/56, 4133 (R19), 7, p. 4; *Handelingen II* 1979/80, p. 4433 en 4441.

40. Zie bijvoorbeeld Paul de Waart, ‘VVD (PVV): Eigen wetten eerst?’, gepubliceerd op de website van Civis Mundi, 2 mei 2012.

41. Zie bijvoorbeeld Hans van Meerten & Pascal Borsje, ‘Wetsvoorstel Joost Taverne (VVD) is papieren tijger’, op website van Postonline, 9 december 2013.

42. Taverne schreef eerst zelf een opiniestuk. Stef Blok, Klaas Dijkhoff & Joost Taverne, ‘Verdragen mogen niet langer rechtstreeks werken’, *NRC Handelsblad* 23 februari 2012 (Opinie). En toen kwamen de reacties, zie bijvoorbeeld Bastiaan Rijpkema & Thierry Baudet, ‘Wie laat zich nou de wet voorschrijven?’, *NRC Handelsblad* 30 november 2013 (Opinie & Debat).

43. Artikel 93 Gw moest komen te luiden: ‘Bepalingen van verdragen (...) die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, hebben verbindende kracht nadat zij zijn bekendgemaakt, *behoudens voor zover bij de wet anders is bepaald*’, *Kamerstukken II* 2012/13, 33359 (R1986), 2.

44. *Kamerstukken II* 2013/14, 33359 (R1986), 4, p. 15.

45. *Kamerstukken II* 2012/13, 33359 (R1986), 2.

46. *Kamerstukken II* 2013/14, 33359 (R1986), 7.

47. PvdA, *Ibid.*, p. 2. Zie ook D66, p. 3-4.

48. Zie L.F.M. Besselink, ‘Parlement en buitenlandse politiek, Over Constitutionele relaties en de buitenwereld: een drieluik’, *Publicaties van de Staatsrechtkring*, Staatsrechtconferenties nr. 11, 2007. Ook de Staatscommissie Grondwet heeft dit punt naar voren gebracht. Zie *Rapport Staatscommissie Grondwet* 2010, p. 112-113.

49. Dank aan Coen Modderman voor deze informatie. Zie in algemene zin over deze problematiek C.B. Modderman, ‘Tavernes voorstel van rijkswet’, *TvCR* 2013, afl. 3, p. 234-241.

50. *Kamerstukken II* 2004/05, 29927, 1.

51. De regering heeft zich tot dusverre altijd op het standpunt gesteld dat de vraag of een verdrag rechtstreeks werkende bepalingen bevat belangrijk maar niet doorslaggevend is met betrekking tot de te volgen goedkeuringsprocedure. *Kamerstukken II* 2012/13, 33486, 8, p. 2.

52. Zie uitgebreider over dit voorstel: C.B. Modderman & J.W.C. van Rossem, ‘Taverne en de Trias’, *NJB* 2015/545, afl. 11, p. 685-686.

de vaste commissie voor Buitenlandse Zaken;⁵³ vervolgens door de gehele Tweede Kamer in een eerste algemene beraadslaging.⁵⁴ Men zag hier het belang wel in van meer parlementaire betrokkenheid en democratische legitimatie. Tegelijkertijd was er echter bezorgdheid over de vertraging die een verplichting tot uitdrukkelijke goedkeuring mee zou brengen.⁵⁵ Ook wilden sommige Kamerleden weten voor welk probleem het voorstel om de Rgbv te wijzigen nu precies een oplossing biedt. Het viel deze Kamerleden op dat hun collega Taverne nauwelijks voorbeelden kon noemen van verdragen ten aanzien waarvan de parlementaire controle tekort is geschoten. Ging de initiatiefnemer met dit voorstel niet als ‘een Don Quichot tegen windmolens’ tekeer?⁵⁶ Voor Taverne weegt het principiële karakter van zijn wijzigingsvoorstel evenwel juist zwaar. Aan de huidige goedkeuringsprocedure kleef volgens hem vanwege de prominente plek van rechtstreeks werkende verdragsbepalingen in de procedure van artikel 94 Gw ‘een wettelijk gebrek’.⁵⁷

Een andere reden waarom een aantal fracties zich beducht toonde voor wijziging van de Rgbv, is de positie van de rechter. Het voorstel van Taverne is er in eerste instantie op gericht de bewegingsvrijheid van de regering ten aanzien van het vraagstuk van rechtstreekse werking in te perken. Via een omweg komt echter ook de verhouding tussen rechter en politiek opdoemen. Als de rechter wordt geconfronteerd met een bepaling uit een verdrag dat stilzwijgend is goedgekeurd, dan is dat in de plannen van Taverne een aanwijzing dat de bepaling niet rechtstreeks werkt.⁵⁸ Het *Rookverbod*-arrest, waarin een stilzwijgend goedgekeurde verdragsbepaling de doorslag gaf, zou in dat geval dus mogelijk anders zijn uitgevallen.⁵⁹

Overigens verlangt Taverne van de rechter in zulke situaties niet meer dezelfde terughoudendheid als in begin 2015, toen hij het Rijkswetvoorstel over goedkeuring aanhangig maakte. In de memorie van toelichting werd in eerste instantie benadrukt dat de rechter alleen van het oordeel van de wetgever mag afwijken, ‘indien daar zwaarwegende argumenten aan ten grondslag liggen’.⁶⁰ Inmiddels, naar aanleiding van kritiek van de Raad van State, heeft Taverne deze eis afgezwakt. Nu wordt gesteld dat een rechter uitdrukkelijk moet motiveren waarom een stilzwijgend goedgekeurde verdragsbepaling naar zijn oordeel toch wel geschikt is om eenieder te verbinden. De voorgestelde wetwijziging strekt er dus niet toe de rechter te binden aan het oordeel van de wetgever over het al dan niet rechtstreeks werkende karakter van verdragsbepalingen. Taverne is hier inmiddels heel helder over. ‘Ook als het parlement zich heeft uitgelaten over de vraag of een bepaalde bepaling eenieder verbindend is of niet, dan nog kan de rechter tot een ander oordeel komen’, zo schrijft hij. ‘De verhouding tussen parlement en rechtspraak wordt wat dat betreft niet gewijzigd’.⁶¹ Het voorstel reikt de rechter slechts ‘een houvast in de interpretatie’ van verdragen aan.⁶² Meer dan een houvast kan een wijziging van de Rijkswet formeel ook niet bieden. Binding van de rechter zou een grondwetwijziging vereisen.⁶³ Zijn plan om behalve artikel 94 ook artikel 93 Gw aan te pakken, heeft Taverne zoals gezegd echter ingetrokken.

3. Rechtstreekse werking in Frankrijk

3.1. Wat zegt de Grondwet?⁶⁴

In de preambule van de Grondwet van de Vierde Republiek uit 1946 stond dat Frankrijk ‘se conforme aux règles du droit public international’.⁶⁵ In Artikel 26 stond ver-

53. Voorstel van Rijkswet van het lid Taverne tot wijziging van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen in verband met het laten vervallen van de mogelijkheid van stilzwijgende goedkeuring van verdragen met een ieder verbindende bepalingen, *Kamerstukken II* 2014/15, 34158 (R2048), 6 (Verslag bijeenkomst van de vaste commissie voor Buitenlandse Zaken op 9 juli 2015).

54. *Handelingen II* 2015/16, 60, item 16 (Goedkeuring verdragen, 3 maart 2016). In deze eerste algemene beraadslaging kwamen overigens dezelfde bezwaren naar voren als eerder in de vaste commissie voor Buitenlandse Zaken en bij schriftelijke behandeling.

55. Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II* 2014/15, 34158 (R2048), 6, p. 4 (CDA en D66 uiten hun twijfels); en *Kamerstukken II* 2015/16, 34158 (R2048), 9 (Nader verslag van 29 oktober 2015 (voor de twijfels van de PvdA)).

56. Deze metafoor was afkomstig van PvdA-Tweede Kamerlid Servaes. Zie *Handelingen II* 2015/16, 60, item 16, p. 4 (Goedkeuring verdragen, 3 maart 2016).

57. *Kamerstukken II* 2015/16, 34158 (R2048), 7, p. 2 en 4 (NV, 25 september 2015). Later verwijst Taverne ernaar als een ‘principiële pijnpunt’ in *Kamerstukken II* 2015/16, 34158 (R2048), 10 (NNV, 7 december 2015). Om tegemoet te komen aan de bezwaren van de Kamer, stelde Taverne wel voor dat de Minister van Buitenlandse Zaken wettelijk verplicht gesteld zou worden om binnen vijf jaar na inwerkingtreding van de wet een verslag te doen over de doeltreffendheid en praktische effecten ervan. Zie *Kamerstukken II* 2015/16, 34158 (R2048), 8 (NvW, 25 september 2015).

58. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34158 (R2048), 5, p. 5.

59. De MvT bij het Rijkswetvoorstel refereert ook uitdrukkelijk aan deze zaak. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34158 (R2048), 5, p. 5-6. Zie ook *Kamerstukken II* 2015/16, 34158 (R2048), 10, p. 4.

60. *Ibid.*, p. 5.

61. *Kamerstukken II* 2015/16, 34158 (R2048), 10, p. 2. Zie ook *Kamerstukken II* 2015/16, 34158 (R2048), 7, p. 3, waarin Taverne opmerkt: ‘Uiteindelijk is het aan de rechter om [over rechtstreekse werking] een oordeel te geven, na kennisneming van de opvatting van de wetgever hierover.’

62. *Ibid.*, p. 1.

63. Hiermee is niet gezegd dat het voorstel van Taverne om de Rgbv te wijzigen, geen praktijk kan vestigen waarin de rechter zich gehouden voelt het oordeel van de wetgever omtrent de werking van een verdrag te respecteren. Zie meer hierover verderop in deze bijdrage, par. 5.3.

64. In het algemeen, zie Joe Verhoeven, ‘La notion d’“applicabilité directe” du droit international’, *Revue belge de droit international*, vol. 15 (1980), p. 243-264.

65. In het onderstaande zal het gaan over de rechtstreekse werking van verdragen, en dus niet over internationaal gewoonterecht. Zie voor gewoonterecht de uitspraak van de Conseil d’Etat 6 juni 1997 (N° 148683), en de noot over dit arrest door C.A.J.M. Kortmann, ‘De Franse Conseil d’Etat en het ongeschreven volkenrecht’, *AA* 1998, afl. 1, p. 44. In dat arrest bepaalde de Conseil d’Etat dat ‘ni cet article [artikel 55 Grondwet] ni aucune autre disposition de valeur constitutionnelle ne prescrivent ni n’impliquent que le juge administratif fasse

volgens dat verdragen die volgens de regels waren bekrachtigd en gepubliceerd, in de Franse rechtsorde kracht van wet hadden, zelfs wanneer zij strijdig waren met de Franse wetgeving. Hieruit viel af te leiden dat verdragen gelding of interne werking hadden in de Franse rechtsorde, en dat ze in die rechtsorde geen lagere status hadden dan nationaal recht.⁶⁶ Verdragsbepalingen waren direct toepasselijk; er was dus geen omzetting in nationale bepalingen nodig. Op zich was dit meer een codificatie van een reeds opkomende rechtspraktijk dan een echte breuk met het verleden.⁶⁷ In de Grondwet van 1946 was ook een artikel opgenomen dat bepaalde dat verdragen voorrang hadden op Franse nationale wetgeving.⁶⁸ Bij de rechter bleven aanvankelijk echter aarzelingen bestaan om nieuwe Franse wetgeving ongeldig te verklaren vanwege strijdigheid met een ouder verdrag.⁶⁹ De rechter neigde er dan naar – in navolging van de regel van *lex posterior derogat legi priori* – om het nieuwe te laten prevaleren boven het oude, ook al was het oude dan formeel gezien van een hogere rang.

In 1958 krijgt Frankrijk een nieuwe Grondwet. De preambule van deze Grondwet verwijst naar de preambule uit 1946, en op grond daarvan behoudt de preambule uit 1946 zijn relevantie. Dat ‘La République française se conforme aux règles du droit public international’, blijft dus het uitgangspunt.⁷⁰ Voorts bepaalt artikel 55 dat verdragen, die volgens de regels zijn bekrachtigd en gepubliceerd, voorrang hebben op eerdere en latere nationale wetgeving. Overigens betreft de voorrangsregel van artikel 55 niet de Franse Grondwet zelf. Die staat boven verdragen.⁷¹

3.2. Wat zegt de rechter?

In Frankrijk bezitten alle gewone rechters de bevoegdheid om wetten aan verdragen te toetsen. Alleen de Franse Conseil Constitutionnel acht zich hiertoe niet bevoegd.⁷² Het komt regelmatig voor dat Franse rechters een nationale wet opzijzetten vanwege strijd met het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM).⁷³ De Franse rechter dient voorrang te geven aan een verzoek om een grondwettelijke toetsing door de Conseil Constitutionnel boven een verzoek om toetsing aan internationale verdragen.⁷⁴ Dit is het gevolg van een belangrijke grondwetswijziging in 2008.

Aan welke criteria moet een verdragsbepaling voldoen, voordat een individu zich er voor de Franse rechter rechtstreeks op kan beroepen? Allereerst moet op grond van artikel 55 Grondwet aan bepaalde procedurele voorwaarden zijn voldaan.⁷⁵ Een verdrag moet op internationaal niveau in werking zijn getreden, en door Frankrijk zijn geratificeerd.⁷⁶ Voor de in artikel 53 Grondwet genoemde categorieën verdragen kan een verdrag alleen worden geratificeerd na parlementaire goedkeuring. In de praktijk vallen bijna alle door Frankrijk gesloten verdragen in een van deze categorieën, zodat voorafgaande wettelijke goedkeuring in de regel verplicht is.⁷⁷ Zo'n goedkeuringswet bestaat uit één enkel artikel, waarin het Franse parlement – de Nationale Vergadering en de Senaat – aan de president de bevoegdheid geeft om het verdrag te bekrachtigen, zodat Frankrijk partij wordt bij het verdrag. Het parlement mag in een dergelijke wet geen voorstellen doen om het verdrag te wijzigen of te amenderen, noch mag het op bindende wijze vaststellen hoe

prévaloir la coutume internationale sur la loi en cas de conflit entre ces deux normes’. Dat is een duidelijk verhaal, waar weinig aan valt toe te voegen. Er is overigens wel kritiek op, zie bijvoorbeeld Alain Pellet, ‘Le Droit International et la Constitution de 1958 (La Constitution en 20 questions: question no 11)’, www.conseil-constitutionnel.fr/.

66. Zie Lawrence Preuss, ‘The Relation of International Law to Internal Law in the French Constitutional System’, *American Journal of International Law*, vol. 44 (1950), p. 645-646.
67. Zie het arrest van 2 mei 1933, gewezen door de Cour de Dijon (2e Ch.), en gepubliceerd in de *Revue de Droit International Privé*, vol. 28 (1933), p. 480-484. Daarin geeft de rechter slechts met grote tegenzin voorrang aan een nieuwe Franse wet die strijdig is met een ouder verdrag. Naar deze uitspraak wordt ook verwezen in Preuss, *American Journal of International Law* 1950, p. 655-657.
68. Artikel 28 Const. 1946. Zie Gerald L. Neuman, ‘The Brakes That Failed: Constitutional Restriction of International Agreements in France’, *Cornell International Law Journal*, vol. 45 (2012), issue 2, p. 263-264. Preuss laat overtuigend zien dat er al vóór de Tweede Wereldoorlog rechters waren die verdragen als superieur zagen. Zie Preuss, *American Journal of International Law* 1950, p. 659-660.
69. Neuman, *Cornell International Law Journal* 2012, p. 265. Inmiddels zijn die aarzelingen er niet meer. Zie Xavier Pacreau, ‘Commentaire de l’article 55 de la Constitution française’, in: François Luchaire, Gérard Conac & Xavier Prétot (red.), *La constitution de la République française*, Parijs: Economica 2008, p. 1373.
70. Neuman, *Cornell International Law Journal* 2012, p. 265-267.
71. Zie de uitspraak van de Conseil d’État 30 oktober 1998, N° 200286 en de uitspraak van de Cour de Cassation 2 juni 2000, N° 99-60274. Voor een zeer uitgebreide analyse van het grondwettelijk systeem, zie Neuman, *Cornell International Law Journal* 2012, p. 257-365.
72. Besluit n° 74-54 DC, door de Conseil Constitutionnel aangenomen op 15 januari 1975. Zie Elisabeth Lambert Abdelgawad & Anne Weber, ‘The Reception Process in France and Germany’, in: Helen Keller & Alec Stone Sweet (red.), *A Europe of Rights: The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford: Oxford University Press 2008, p. 27 en Pacreau 2008, p. 1370-1371. In de praktijk laat de Conseil Constitutionnel zich wel leiden tot de interpretatie van mensenrechten door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Zie Neuman, *Cornell International Law Journal* 2012, p. 351-354.
73. Zie ook Louis Favoreu, *Droit constitutionnel*, Parijs: Dalloz 2013 (15e druk), par. 180.
74. Zie artikel 23-2(3°) en 23-5 van de Verordening 58-1067 van 7 november 1958 betreffende de Conseil constitutionnel, na amendering van 2009. Het Europees Hof van Justitie heeft geoordeeld dat, zolang zo’n voorrangsregel de Franse rechter niet belemmert in het stellen van prejudiciële vragen aan het Europees Hof van Justitie, er vanuit Europeesrechtelijk perspectief niets aan de hand is. Zie HvJ EU 22 juni 2010, gevoegde zaken C-188/10 en C-189/10, i.h.b. r.o. 57 (*Aziz Melki en Sélim Abdeli*).
75. Zie Favoreu 2013, par. 219-220; en ook Pacreau 2008, p. 1366-1369.
76. Multilaterale verdragen treden regelmatig pas in werking nadat een in het verdrag zelf bepaald minimumaantal staten het verdrag heeft geratificeerd.
77. Het is in eerste instantie aan de uitvoerende macht – de Franse president – om te bepalen of een verdrag in een van deze categorieën valt en dus parlementaire goedkeuring nodig heeft. Zie Laurence Burgogues-Larsen, ‘Article 53’, in: François Luchaire, Gérard Conac & Xavier Prétot (red.), *La constitution de la République française*, Parijs: Economica 2008, p. 1312. Zie ook Favoreu 2013, par. 220.

een verdrag in de toekomst moet worden geïnterpreteerd.⁷⁸

Ook vereist artikel 55 dat een verdrag in de Franse rechtsorde bekendgemaakt is.⁷⁹ Wat de consequenties zijn van deze laatste voorwaarde, is niet helemaal duidelijk. Het zou oneerlijk zijn als de Franse overheid, door een verdrag niet te publiceren, ervoor kan zorgen dat individuen dit verdrag niet tegen de Franse staat kunnen invoeren.⁸⁰ De Nederlandse Grondwet stelt in artikel 93 een vergelijkbare voorwaarde.⁸¹

Voorts zijn er twee inhoudelijke criteria waaraan moet zijn voldaan wil een verdragsbepaling rechtstreekse werking hebben.⁸² Deze inhoudelijke criteria zijn ontwikkeld door de rechter. Het eerste inhoudelijke criterium vereist dat de verdragsbepaling uitdrukkelijke rechten voor individuen bevat, en dus niet uitsluitend toezeggingen tussen de verdragsluitende staten onderling.⁸³ Een aanwijzing bij het bepalen of een verdragsbepaling rechten toekent aan individuen is onder andere de formulering van de verdragsbepaling.⁸⁴ Daarnaast kan een onderzoek naar de intentie van de verdragsluitende staten nuttig zijn. Deze intentie zou kunnen blijken uit de *travaux préparatoires* van het verdrag.

Het tweede inhoudelijke criterium vereist dat de verdragsbepaling kan worden toegepast zonder dat hiervoor nationale uitvoeringsmaatregelen noodzakelijk zijn. Hiermee is niet slechts wetgeving bedoeld; het kan ook gaan om bestuurlijke en andere uitvoeringsmaatregelen. Ook hier zijn weer aanwijzingen waarop in het bijzonder wordt gelet. Als een verdragsbepaling niet voldoende duidelijk is om door de rechter te worden toegepast zonder de hulp van een nationaalrechtelijke (omzetting)bepaling, dan is het lastig rechtstreekse werking aan een dergelijke bepaling te geven.⁸⁵

Het probleem bij de toepassing van deze criteria is dat intenties en woorden voor meerderlei uitleg vatbaar zijn. De jurisprudentie laat dit heel duidelijk zien.⁸⁶ Nemen we het Kinderrechtenverdrag als voorbeeld. Aan de procedurele voorwaarden is hier voldaan. Frankrijk heeft dit verdrag in 1990 getekend en bekrachtigd. In hetzelfde jaar is het verdrag vervolgens in werking getreden en bekendgemaakt.⁸⁷ Het probleem zit in de twee inhoudelijke criteria. De Franse wetgever heeft in 1993 de verplichtingen uit het Kinderrechtenverdrag omgezet in Frans nationaal recht.⁸⁸ De wetgever achtte omzetting dus noodzakelijk.⁸⁹ Geheel in lijn met deze opvatting van de wetgever bepaalde de Cour de Cassation, ook in 1993, dat enkele bepalingen uit het Kinderrechtenverdrag niet konden worden ingeroepen voor de Franse rechter, omdat dit verdrag alleen verplichtingen voor de verdragsluitende staten creëerde.⁹⁰ De burger moest zich dus beroepen op de regel uit het Franse nationale recht, en niet op de verdragsbepaling.

Probleem was dat de Franse Conseil d'Etat intussen wel rechtstreekse werking toegekend had aan enkele bepalingen uit datzelfde Kinderrechtenverdrag. In een uitspraak uit 1997 stelde de Conseil d'Etat dat het besluit van een prefect om een kind te scheiden van zijn moeder, niet in het beste belang van dat kind was, en daarom was deze beslissing strijdig met artikel 3 lid 1 Kinderrechtenverdrag. Dit artikel schrijft voor dat, bij alle maatregelen betreffende kinderen, de belangen van het kind de eerste overweging moeten vormen.⁹¹ In 2000 probeerde de Franse Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme de rechters tot eensgezindheid te bewegen. De Commission stelde voor dat, bij onenigheid tussen de hoogste rechters, de wetgever dan maar duidelijk moest

78. Burgogue-Larsen 2008, p. 1317-1319.

79. Vroeger moest een verdrag afgekondigd worden door de president van de Republiek om geldig te zijn in de interne rechtsorde; 'promulgation des traités' heette dat. Zie Preuss, *American Journal of International Law* 1950, p. 648-650. Zie ook Jean-François Marchi, 'Droit constitutionnel et droit international: La date pertinente pour l'entrée en vigueur, en France, d'une convention internationale', *Revue française de droit constitutionnel*, 2003/2 n° 54, p. 401-424. Artikel 55 introduceert ook een voorwaarde van wederkerigheid, die de Nederlandse rechtsorde niet kent. Deze voorwaarde geldt echter niet voor mensenrechtenverdragen en wordt hier buiten beschouwing gelaten. Zie Neuman, *Cornell International Law Journal* 2012, p. 355; en Abdelgawad & Weber 2008, p. 8. Meer algemeen over dit criterium, zie Michel Virally, 'Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain', *Recueil des cours*, vol. 122 (1969).

80. Sommige uitspraken suggereren dat dit wel de consequentie is. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de Conseil d'État 4 november 1970, N° 68866, genoemd op p. 653 van Brigitte Herzog, 'Proof of International Law and Foreign Law before a French Judge', *Virginia Journal of International Law*, vol. 18 (1977-1978), no. 4.

81. Artikel 93 van de Nederlandse Grondwet bepaalt immers dat bepalingen van verdragen pas verbindende kracht hebben nadat zij zijn bekendgemaakt.

82. Zie ook Bérangère Taxil, 'Les critères de l'applicabilité directe des traités internationaux aux Etats-Unis et en France', *Revue internationale de droit comparé*, vol. 59 (2007), afl. 1, p. 165-166.

83. Taxil, *Revue internationale de droit comparé* 2007, p. 171-172.

84. Een dergelijke generalisering is natuurlijk heel gevaarlijk, en er zijn vele uitzonderingen, vandaar dus de nadruk op 'in beginsel'.

85. Taxil, *Revue internationale de droit comparé* 2007, p. 164-168.

86. Taxil, *Revue internationale de droit comparé* 2007, p. 166.

87. Besluit 90-917 van 8 oktober 1990, betreffende de bekendmaking van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind. De tekst van het verdrag is die dag gepubliceerd in het *Journal officiel de la République française*.

88. Artikel 12 Kinderrechtenverdrag geeft elk kind het recht zijn mening vrijelijk te uiten in alle aangelegenheden die hem betreffen. Het nieuwe artikel 338 lid 2 van het Frans burgerlijk procesrecht zette deze regel om in nationaal recht. Zie Décret n° 93-1091 van 16 september 1993. Zie ook Décret n° 2009-572 van 20 mei 2009, voor een aanpassing, mede naar aanleiding van recente jurisprudentie.

89. Artikel 4 Kinderrechtenverdrag bepaalt dat 'de Staten die partij zijn [bij het Verdrag] nemen alle passende wettelijke (...) maatregelen om de in dit Verdrag erkende rechten te verwezenlijken.'

90. Uitspraak van de Cour de Cassation 10 maart 1993, 91-11.310.

91. Uitspraak van de Conseil d'État 22 september 1997, N° 161364. Over de betekenis van de term 'belang van het kind', zie ook Dumortier Thomas, 'L'intérêt de l'enfant: les ambivalences d'une notion "protectrice"', *Journal du droit des jeunes*, 2013/9 N° 329, p. 13-20.

maken welke bepalingen uit het Kinderrechtenverdrag rechtstreeks werkten.⁹² Die suggestie is niet overgenomen. Maar de Cour de Cassation heeft wel een nuttige bijdrage geleverd aan de rechtseenheid, door in 2005 van gedachten te veranderen en de Conseil d'Etat te volgen.⁹³ Sindsdien past de Cour de Cassation het Kinderrechtenverdrag veelvuldig toe, meestal ter ondersteuning van een 'kindvriendelijke' toepassing van bepaalde artikelen uit het nationale recht.⁹⁴ Meer in het algemeen kan wel geconcludeerd worden dat zowel de Cour de Cassation als de Conseil d'Etat de laatste tijd veel meer verwijst naar internationaal recht dan voorheen.⁹⁵

In 2012 heeft de Conseil d'Etat een belangrijke bijdrage geleverd aan de rechtspraak, door de hierboven genoemde twee inhoudelijke criteria voor rechtstreekse werking nu eens kort en bondig samen te vatten.⁹⁶ In deze uitspraak uit 2012 worden de traditionele criteria benadrukt, maar de manier waarop ze zijn geformuleerd lijkt te suggereren dat de bewijslast is omgekeerd: een verdragsbepaling heeft in beginsel rechtstreekse werking, *tenzij* aan bovenstaande criteria duidelijk *niet* is voldaan. Dit heeft consequenties. Belangrijk is bijvoorbeeld dat de Conseil d'Etat expliciet benadrukt dat het enkele feit dat een verdrag zelf aan staten voorschrijft dat ze nationale wetgeving moeten maken, niet voldoende is om te concluderen dat die nationale wetgeving noodzakelijk is. Het is heel goed mogelijk dat een dergelijk verdrag in de praktijk prima zelfstandig blijkt te kunnen functioneren. Uit dit arrest blijkt ook dat de vraag, of een verdragsbepaling alleen kan worden toegepast met behulp van nationale uitvoeringsmaatregelen, *in de praktijk* en dus voor *een concreet geval* moet worden beantwoord. Het is aan de rechter om dit van geval tot geval te beoordelen.⁹⁷

3.3. Wie bepaalt?

Het is momenteel de Franse rechter die bepaalt of een internationaalrechtelijke bepaling al dan niet rechtstreeks doorwerkt in de Franse nationale rechtsorde. Dat was niet altijd het geval. In een oeroud arrest uit 1823 had de

Conseil d'Etat aangegeven dat het typisch een regerings-taak was om internationale verdragen te interpreteren. Steeds werd dus door de rechter in een specifiek geval aan de regering gevraagd of een verdragsbepaling *in casu* rechtstreekse werking had. In de jaren dertig van de twintigste eeuw kreeg de Conseil iets meer zelfvertrouwen, en achtte zich al competent om zelf een verdrag toe te passen, na hiervoor toestemming te hebben verkregen van de Minister van Buitenlandse Zaken, of als het evident was dat het verdrag zich leende voor een rechtstreekse toepassing ('*acte clair*').⁹⁸ Naarmate de tijd vorderde, bestempelden de Franse rechters steeds meer vragen omtrent interpretatie en toepassing van verdragen als '*acte clair*'.

In 1990 werd, in een baanbrekend arrest van de Conseil d'Etat, een volgende stap gezet.⁹⁹ Het arrest zelf bevat weinig bespiegelingen, maar de aangehechte Conclusions van de Commissaire du Gouvernement bevatten sterke argumenten om de traditie uit 1823 definitief te heroverwegen.¹⁰⁰ De Commissaire ontkracht in zijn lezenswaardige conclusie een voor een alle klassieke argumenten waarop de verplichting tot consultatie van de minister gebaseerd was. Belangrijkste argument was dat een rechterlijke verplichting om altijd een bindende verdragsinterpretatie van de minister te vragen, er feitelijk toe leidde dat de minister kon bepalen welk verdrag voorrang had boven nationale wetten, hetgeen niet strookte met het systeem van artikel 55 Grondwet.

Kort hierna kwam het Europees Hof voor de Rechten van de Mens met een uitspraak, waarin dat Hof de oude Franse praktijk in strijd achtte met artikel 6 EVRM, het recht op een eerlijk proces.¹⁰¹ Volgens Frankrijk was deze praktijk de uitkomst van een lange zoektocht naar een werkbare balans tussen de rechtsprekende, uitvoerende, en wetgevende macht. Het Europees Hof was echter niet overtuigd, en concludeerde dat een rechter die verplicht is de verdragsinterpretatie van de minister te volgen, niet onafhankelijk is.¹⁰² Sindsdien is helder dat niet de uitvoerende macht maar de rechter bepaalt of een verdragsbepa-

92. *Avis sur l'application effective, en France, de la Convention Internationale relative aux Droits de l'Enfant*, aangenomen door de Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, op 5 mei 2000. In de literatuur is ook wel voorgesteld dat de wetgever en de rechters gezamenlijk hun best doen om respect voor de kinderrechten in de Franse rechtsorde te bevorderen. Zie Françoise Dekeuwer-Defossez, 'La Convention internationale des droits de l'enfant: quelles répercussions en droit français?' en Jacqué Jean-Paul, 'Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies: L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques', *Revue française de droit constitutionnel*, 2007/1 n° 69, p. 3-37.

93. Cour de Cassation 18 mei 2005, de arresten 02-20.613 en 02-16.336. Zie over deze zaken ook Dominique Bureau, 'De l'application directe en France de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant', *Revue critique de droit international privé*, 2005, p. 679.

94. Cour de Cassation, uitspraak van 13 maart 2007, N° 06-17869.

95. Dat is vooral te zien in het aantal verwijzingen naar het EVRM. Zie Abdelgawad & Weber 2008, p. 17.

96. Uitspraak van de Conseil d'État 11 april 2012, N° 322326.

97. *Idem*.

98. Neuman, *Cornell International Law Journal* 2012, p. 307-311. De auteur laat goed zien dat er enig verschil van mening was tussen de verschillende rechters over de precieze toepassing van deze regel.

99. Uitspraak van de Conseil d'État 29 juni 1990, N° 78519. De uitspraak zelf gaat niet inhoudelijk in op de gronden voor deze omslag, maar de conclusie van de Commissaire du Gouvernement doet dat wel. Zie ook Pacreau 2008, p. 1376-1377.

100. De Commissaire du Gouvernement formuleert, voorafgaand aan de rechterlijke uitspraak, zijn Conclusions. Hierin zet hij zijn beoordeling van de omstandigheden van het geval en het toepasselijke recht uiteen, op een onafhankelijke en onpartijdige wijze. Ook geeft hij advies over eventuele oplossingen.

101. EHRM 24 november 1994, 15287/89 (*Beaumont/Frankrijk*).

102. Enkele jaren later kwam het EHRM tot een vergelijkbare conclusie waar het ging om de vraag of een verdrag voldeed aan de voorwaarde van wederkerigheid uit artikel 55 Franse Grondwet. Het is dus niet aan de minister om de rechter bindend te adviseren of aan deze eis is voldaan. Zie EHRM 13 februari 2003, 49636/99 (*Chevroll/Frankrijk*).

ling voldoet aan de procedurele voorwaarden en inhoudelijke criteria voor rechtstreekse werking.

Dan rest nog de vraag welke rol de wetgever heeft. Hierboven werd al gesteld dat voor rechtstreeks werkende verdragen, parlementaire goedkeuring in beginsel is vereist.¹⁰³ Artikel 53 Grondwet stelt dat onder meer verdragen die ‘modifient des dispositions de nature législative’ bij formele wet dienen te worden goedgekeurd. Dit is gebaseerd op het idee dat de uitvoerende macht, door het sluiten van verdragen met rechtstreeks werkende bepalingen, zonder rol van het parlement, feitelijk in zijn eentje regels zou kunnen stellen die functioneren als nationale wet. Het principe van machtenscheiding zou zich hiertegen verzetten.¹⁰⁴ Artikel 53 ziet daarmee in eerste instantie op de relatie tussen de wetgevende en uitvoerende macht, niet die tussen de rechter en wetgever.

In de meeste gevallen wordt een verdrag door het parlement goedgekeurd, zonder dat hier een uitvoerig inhoudelijk openbaar debat aan voorafgaat. Het is echter wel zo dat een rapporteur van de Commission des affaires étrangères van zowel de Nationale Vergadering als de Senaat, voorafgaand aan de openbare stemming een advies uitbrengt.¹⁰⁵ De rapporteur bestudeert de verhouding tussen de bepalingen uit het goed te keuren verdrag en reeds bestaande nationale wetgeving, reeds gesloten internationale verdragen, en Europees recht waaraan Frankrijk al gebonden is.¹⁰⁶ Bij dit onderzoek kan ook de vraag naar rechtstreekse werking een rol spelen. Zo lezen we bijvoorbeeld in het rapport waarin het parlement wordt aangeraaden goedkeuring te verlenen voor ratificatie van het Verdrag inzake Personen met een Handicap dat:

‘Plus encore que la convention relative aux droits de l’enfant, la convention relative aux droits des personnes handicapées est rédigée de telle sorte qu’il est probable que les juges ne considéreront qu’un petit nombre de ses stipulations comme auto-exécutoires. En effet, la quasi-totalité de ses stipulations commencent par des formules comme “les Etats parties prennent les mesures appropriées pour (...)”, “Les Etats parties veillent à (...)” ou “Les Etats parties reconnaissent le droit (...)”, qui sont généralement considérées comme exprimant des obligations s’imposant uniquement aux Etats et que les particuliers ne peuvent pas invoquer. Seuls tout ou partie des articles [15, 17, 18, 22] reconnaissent directement des droits aux personnes handicapées, sans passer par une obligation devant être mise en œuvre par l’Etat.’¹⁰⁷

Deze opmerking is gericht tot de wetgever. Die moet met eventuele rechtstreekse werking rekening houden bij de beantwoording van de vraag of het interne recht aangepast dient te worden alvorens goedkeuring verleend kan worden voor ratificatie van het verdrag.¹⁰⁸ De rapporteur lijkt vooral te proberen in te schatten wat de rechter zal gaan oordelen, mocht deze in de toekomst gevraagd worden naar de rechtstreekse werking. De rapporteur heeft niet tot doel de rechter te beïnvloeden. Het parlement is daartoe ook helemaal niet bevoegd.

4. Rechtstreekse werking in de Verenigde Staten van Amerika

4.1. Wat zegt de Grondwet?

De Verenigde Staten staan bij ons te boek als een monistisch land. Zelf denken de Amerikanen echter niet in termen van monisme en dualisme. De hamvraag is voor

103. Zie Alain Pellet, ‘L’article 53 de la Constitution de 1958 – Le rôle du Parlement dans la procédure d’entrée en vigueur des traités et accords internationaux’, in: F. Luchaire & G. Conac (red.), *La Constitution de 1958*, Parijs: Economica 1987 (2e druk), p. 1005-1038.

104. Als het parlement een dergelijke goedkeuring niet verleent, kan de president het verdrag niet ratificeren. In een arrest uit 1998 heeft de Conseil d’Etat bepaald dat een verdrag dat parlementaire goedkeuring vereist volgens artikel 53 maar deze niet gekregen heeft, bijvoorbeeld omdat de president meende dat het verdrag niet onder een van de in artikel 53 genoemde categorieën verdragen viel, zelfs geen *interne* werking heeft in de Franse rechtsorde, totdat deze goedkeuring alsnog wordt verleend. Neuman, *Cornell International Law Journal* 2012, p. 321, verwijzing naar een arrest van de Conseil d’Etat 18 december 1998, N° 181249.

105. Dergelijke rapporten van recente datum (vanaf 1997) zijn allemaal beschikbaar op: www.assemblee-nationale.fr/14/documents/index-conventions.asp.

106. Het proces van goedkeuring van het Facultatief Protocol bij het Kinderrechtenverdrag – dat een klachtenrecht toevoegt – is hiervan een mooi voorbeeld. Zie: www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/presentation_communications_convention_droits_enfant.asp, voor het gehele dossier. Zie ook het dossier betreffende de goedkeuring voor ratificatie van het protocol inzake het klachtenrecht bij het IVESCR: www.assemblee-nationale.fr/14/dossiers/ratification_protocol_facultatif_PIDESC.asp. Hierin wordt geconcludeerd dat het Protocol geen nieuwe rechten in het leven roept, maar het nalevingsmechanisme van reeds bestaande verplichtingen versterkt (zie Rapport N° 27 van 15 oktober 2014, bevattende een verslag van rapporteur Joëlle Garriaud-Maylam, opgesteld namens de Commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées van de Senaat, over de ratificatie van het Facultatief Protocol bij het IVESCR: www.senat.fr/rap/14-027/14-0271.pdf, p. 21).

107. Zie Rapport N° 1929, van 23 september 2009, opgesteld door Lionnel Luca namens de Commission des affaires étrangères van het Parlement, betreffende de goedkeuring van ratificatie van Verdrag inzake Personen met een Handicap, www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r1929.asp#P214_38481. Zie ook het rapport N° 163, opgesteld door rapporteur Jacques Blanc van de Commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées van de Senaat, van 16 december 2009. Hierin wordt veel minder expliciet ingegaan op de problematiek van rechtstreekse werking (www.senat.fr/rap/09-163/09-1631.pdf).

108. Het gedeelte uit het rapport dat gaat over de gevolgen van ratificatie voor de Franse rechtsorde gaat eigenlijk altijd over de vraag of nationaal recht al dan niet moet worden aangepast, en dus niet over rechtstreekse werking van verdragsbepalingen. Zie bijvoorbeeld Rapport N° 412 van 21 juni 1990, opgesteld door Jacques Genton, namens de Commission des affaires étrangères van de senaat, betreffende het wetsvoorstel tot goedkeuring van de ratificatie van het Verdrag inzake de Rechten van het Kind, www.senat.fr/rap/1989-1990/i1989_1990_0412.pdf, p. 24. Een ander interessant voorbeeld dat dit illustreert is de goedkeuringswet bij zowel het mondiale als Europese Protocol betreffende de afschaffing van de doodstraf. Alvorens dit geratificeerd kon worden, moest Frankrijk eerst zijn Grondwet aanpassen. Zie Rapport N° 97, uitgebracht op 18 juli 2007, van rapporteur Jacques Remiller, namens de Commission des affaires étrangères van het Parlement, over ratificatie door Frankrijk van protocol 13 bij het EVRM, en het tweede facultatief Protocol bij het IVBPR. Zie: www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r0097.asp#P169_32830.

hen of verdragen 'judicially enforceable' zijn.¹⁰⁹ Dit is het geval als verdragen 'self-executing' zijn. Deze notie, zoals eerder al werd opgemerkt een Amerikaanse vinding, heeft in eigen land sinds enige tijd echter zijn glans wat verloren.

In tegenstelling tot het Nederlandse constitutionele recht hoeft het Amerikaanse constitutionele recht niet terug te vallen op rechtensrecht voor een grondslag van het monistische stelsel. Artikel VI van de federale Grondwet zegt in de bekende 'Supremacy clause' dat 'this Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land'.¹¹⁰ Dat 'all Treaties' in deze lijst is opgenomen was eind achttiende eeuw, toen de federale Grondwet werd opgesteld, een heel bewuste keuze. Onder het regime van de 'Articles of Confederation', de voorganger van deze Grondwet, bleek het voor particulieren problematisch om nakoming te vorderen van internationale overeenkomsten die door de jonge Amerikaanse republiek waren aangegaan. Dit openbaarde zich vooral bij het Verdrag van Parijs, de vredesovereenkomst tussen het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten uit 1783 waarbij de Amerikaanse onafhankelijkheid werd erkend. Dit verdrag regelde ook dat crediteuren aan beide kanten juridisch geen strobreed in de weg mocht worden gelegd bij het opeisen van schulden. Veel deelstaten honoreerden deze bepaling echter niet.¹¹¹

De opstellers van de federale Grondwet wilden zulke toestanden in de toekomst voorkomen. De Verenigde Staten hadden baat bij een wereld waarin landen hun internationale verplichtingen nakomen. In een wereld waarin dit onvoldoende gebeurde zouden zij als jonge en indertijd nog bescheiden handelsmogendheid het zwaar krijgen. Anders dan in het oude moederland gebruikelijk was, werd daarom besloten om het goede voorbeeld te geven en voor Amerika verbindende verdragen direct – dat wil zeggen, zonder noodzaak tot een parlementaire omzettingshandeling – onderdeel te laten worden van de nationale rechtsorde. Zodoende vertoont de Amerikaanse omgang met deze materie een interessante parallel met de Nederlandse. Ook bij ons wordt de monistische houding ten opzichte van de internationale rechtsorde vaak opgehangen aan de status van ons land als zeevarende handelsnatie.¹¹² Anders dan in Nederland lijkt deze ratio voor de Verenigde Staten, sinds jaar en dag een onbetwiste

wereldmacht, echter niet meer op te gaan. In dit licht is het niet zo vreemd dat internationaal recht thans met een fikse dosis sceptis wordt bekeken in de Verenigde Staten.

Wat betekent het precies dat artikel VI van de Amerikaanse constitutie verklaart dat verdragen tot 'the supreme Law of the Land' behoren? Volgens één lezing is de betekenis van dit onderdeel van de 'Supremacy clause' dat verdragen 'presumptively enforceable in court' zijn 'in the same circumstances as constitutional and statutory provisions of like content'.¹¹³ De 'Supremacy clause' legt aldus een vereiste van gelijkwaardige behandeling neer en geeft verdragen de status van 'domestic law'.¹¹⁴ Ook in de Verenigde Staten is echter gemeengoed dat volkenrecht niet altijd in rechte afdwingbaar is. Een verdragsbepaling kan 'non-self-executing' zijn. Dit bepaalde het Supreme Court in het klassieke arrest *Foster v. Neilson*.¹¹⁵ In deze zaak uit 1829 draaide het om de uitleg van een vriendschapsverdrag tussen de Verenigde Staten en Spanje.¹¹⁶ Artikel 8 van dit verdrag stelde dat bepaalde eigendomsoverdrachten door Spanje in het huidige Louisiana door de Verenigde Staten 'shall be ratified and confirmed'. Geconfronteerd met de vraag of de toepassing van deze bepaling bij de rechter kon worden afgedwongen, overwoog Chief Justice John Marshall dat de Amerikaanse Grondwet:

'(...) declares a treaty to be the law of the land. It is, consequently, to be regarded in courts of justice as equivalent to an act of the legislature, whenever it operates of itself without the aid of any legislative provision. But when the terms of the stipulation import a contract, when either of the parties engages to perform a particular act, the treaty addresses itself to the political, not the judicial department; and the legislature must execute the contract before it can become a rule for the Court.'¹¹⁷

Aanhangers van een ruime interpretatie van de 'Supremacy clause' beweren dat uit *Foster v. Neilson* volgt dat de bepaling de presumptie neerlegt dat verdragen 'enforceable in court' zijn. Deze opvatting over de 'Supremacy clause' wordt in de Verenigde Staten niet alom gedeeld. Critici benadrukken dat artikel VI vooral een opdracht inhoudt voor *statelijke* rechters¹¹⁸ en niet direct gelezen moet worden als verklaring dat verdragen in de Verenigde Staten gelijkwaardig moeten worden behandeld aan de Grondwet en federale wetten.¹¹⁹ Het Supreme Court lijkt

109. *Medellin v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008).

110. Cursivering, OS en JWvR.

111. Carlos Manuel Vázquez, 'Treaties as Law of the Land: The Supremacy Clause and the Judicial Enforcement of Treaties', 122 *Harvard Law Review* (2008) p. 599; Leonie W. Huang, 'Which Treaties Reign Supreme? The Dormant Supremacy Clause Effect of Implemented Non-Self-Executing Treaties', 79 *Fordham Law Review* (2011), p. 2211 en 2218-2223.

112. Zie Leonard F.M. Bessink, 'An Open Constitution and European Integration: The Kingdom of the Netherlands', *SEW* 1996, afl. 6, p. 192 en 193-194.

113. Vázquez, *Harvard Law Review* 2008, p. 599 en 602.

114. *Ibid.*, p. 611-628.

115. *Foster & Elam v. Neilson*, 27 U.S. 253 (1829).

116. Het zogenaamde 'Treaty of Amity, Settlement, and Limits between the United States of America and His Catholic Majesty'.

117. *Foster & Elam v. Neilson*, 27 U.S. 253 (1829), 314.

118. '(...) and the Judges in every State shall be bound thereby.'

119. David H. Moore, 'Law(makers) of the Land: The Doctrine of Treaty Non-Self-Execution', 122 *Harvard Law Review* (2009), p. 32 en 33-36.

deze lezing inmiddels te onderschrijven, zoals we weldra zullen zien.

Waar de meeste Amerikanen het wel over eens zijn, net als de Fransen, is dat de Grondwet een hogere rang heeft dan internationaal recht.¹²⁰ Dit betekent dat de Grondwet in het geval van een dreigende botsing met een internationale norm hooguit verdragsconform kan worden geïnterpreteerd. Voor Amerikanen is het vrij vanzelfsprekend dat de Grondwet, een product van het soevereine volk, hoger in rang staat dan een verdrag.¹²¹

4.2. Wat zegt de rechter?

Wat de rechter in de Verenigde Staten over de rechtstreekse werking van verdragen zegt, kwam bij de beantwoording van de vorige vraag al gedeeltelijk naar voren. Verdragen, aldus het Hooggerechtshof in *Foster v. Neilson*, kunnen zich soms enkel tot de politieke staatsmachten, en niet tot de rechterlijke macht richten. Een rechtszoekende burger heeft in zo'n geval weinig aan het grondwettelijke gegeven dat de norm in kwestie de 'supreme Law of the Land' is. Lagere Amerikaanse rechters hebben wel eens aangegeven het lastig te vinden hoe precies met dit onderscheid tussen 'self-executing' en 'non-self-executing' verdragen om te gaan. Voor het Supreme Court bleef de kwestie echter geruime tijd behoorlijk academisch van aard. In gevallen dat het Hof met verdragen geconfronteerd werd, sprak het vrijwel steeds uit dat de overeenkomsten in kwestie rechtstreeks werkend waren.¹²² Voor doctrinaire overwegingen was weinig aandacht. Pas in 2008(!) kwam hier verandering in. 179 jaar na *Foster* kwam het Supreme Court in de zaak *Medellín v. Texas* naar verluidt voor de tweede maal in zijn geschiedenis tot de conclusie dat een verdrag 'non-self-executing' was.¹²³ Het verdrag in kwestie was niet zomaar een verdrag. Ter discussie stond de vraag of een beroep kon worden gedaan op artikel 94 lid 1 van het Handvest van de Verenigde Naties. Hierin is neergelegd dat elk lid van de Verenigde Naties zich verbindt om beslissingen van het Internationaal Gerechtshof na te leven in zaken waarbij het partij is. De bepaling werd ingeroepen door een in Texas vanwege moord ter dood veroordeelde Mexicaan. Deze José Ernesto Medellín was na zijn arrestatie door de Texaanse autoriteiten niet op de hoogte gesteld van zijn recht, onder het Verdrag van Wenen inzake

Consulaire Betrekkingen, om in contact te komen met het Mexicaanse consulaat. Het Internationaal Gerechtshof had deze praktijk in 2004 veroordeeld en de Verenigde Staten gesommeerd nog eens naar de rechtsgang van *Medellín* te kijken.¹²⁴

Centraal in *Medellín* stond de betekenis van de woorden 'undertakes to comply' in artikel 94 Handvest van de Verenigde Naties. Een meerderheid van de leden van het Supreme Court schaarde zich achter het standpunt van Chief Justice Roberts, dat in deze woorden besloten ligt dat aan uitspraken van het Internationaal Gerechtshof binnen de Verenigde Staten geen rechtstreekse werking toekomt. Volgens het Hof legt 'undertakes to comply' een verplichting neer voor leden van de Verenigde Naties 'to take future action through their political branches to comply with an ICJ decision'; niet 'an acknowledgement' dat zo'n beslissing 'immediate legal effect in the courts of U.N. members' heeft.¹²⁵ Benadrukt werd dat het belangrijk is om de volkenrechtelijke dimensie van een verdragsverplichting te onderscheiden van de interne, nationale dimensie hiervan.¹²⁶ Met betrekking tot de tweede dimensie kon niet op voorhand gesteld worden dat een verdragsverplichting 'binding federal law enforceable in United States courts' opleverde. Hier haalde het Hof *Foster* van stal. Anders dan in *Foster* lijkt het Supreme Court in *Medellín* echter de presumptie te formuleren dat verdragen *niet* rechtstreeks werken. Een verdrag is volgens het Hof 'primarily a compact between independent nations'¹²⁷ en vormt geen 'domestic law unless Congress has either enacted implementing statutes or the treaty itself conveys the intention that it be "self-executing" and is ratified on these terms'.¹²⁸

Het Supreme Court weidt in *Medellín* ook omstandig uit over de criteria die dienen te worden gehanteerd ter beantwoording van de vraag of een verdrag 'self-executing' of 'non-self-executing' is. De interpretatie van een verdrag, zo verklaart het Hof, begint bij de tekst hiervan.¹²⁹ In dit verband wordt een vrij strikt standpunt ingenomen. Uit de tekst van een verdragsbepaling moet volgens de meerderheidsopinie duidelijk blijken dat wat de Amerikanen de 'Treatymaker' noemen – de president en de Senaat – haar rechtstreekse werking beogen.¹³⁰ Kan

120. Een verschil met Frankrijk – en Nederland – is dat federale wetten en verdragen volgens de jurisprudentie van gelijke rang zijn. De lex posterior-regel kan er als gevolg hiervan voor zorgen dat een latere federale wet een eerder gesloten verdrag opzijzet. Overigens is dit niet onomstreden. De opsomming in artikel VI doet sommige auteurs vermoeden dat federale wetten van hogere rang zijn dan verdragen. Zie Akhil Reed Amar, *American's Constitution: A Biography*, New York: Random House 2005, p. 302-307.

121. Zie Michael Stokes Paulsen, 'The Constitutional Power To Interpret International Law', 118 *The Yale Journal* (2009), p. 1762. Zie voor kritiek op deze houding: Peter J. Spiro, 'Treaties, International Law, and Constitutional Rights', 55 *Stanford Law Review* (2003), p. 1999.

122. Zie voor een overzicht van deze uitspraken de bijlage bij de dissenting opinion van Justice Breyer in de zaak *Medellín v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008).

123. Breyer noemt behalve *Foster* ook nog een zaak uit 1913, *Cameron Sceptic Tank Co. v. Knoxville*, 227 U.S. (1913) 39. Vázquez beoordeelt dit (inmiddels) echter anders: zie voetnoot 8.

124. Case Concerning Avena and Other Mexican Nationals (*Mex. v. U.S.*), 2004 I.C.J. p. 12, 31 maart 2004. Option Protocol. Zaak betrof 51 in de Verenigde Staten veroordeelde Mexicaanse staatsburgers waarbij was nagelaten om hen in kennis te stellen van het recht om in contact te komen met diplomaten.

125. *Medellín*, p. 12. Het Supreme Court citeert hier de Bush-regering.

126. *Ibid.*, p. 8.

127. *Ibid.*, p. 9 (cursivering, OS en JWvR).

128. *Ibid.*, p. 8-9.

129. *Ibid.*, p. 10.

130. *Ibid.*, p. 25.

deze intentie niet worden vastgesteld, dan moet de verdragsbepaling worden geïmplementeerd.

Dit standpunt kan op weinig genade rekenen van de *dissent* in *Medellin*, Justice Breyer. De aan- of afwezigheid in een verdrag van taal die op rechtstreekse werking duidt, bewijst volgens Breyer niets. Op deze manier zou het Hof zich bezighouden met ‘hunting the snark’¹³¹ en onnodige juridische obstakels opwerpen die de toepassing van andere verdragen in gevaar brengen. De positie van Breyer is dat de ‘Supremacy clause’ een duidelijke presumptie oplevert dat verdragen rechtstreeks werken.¹³² Speuren naar klare taal over rechtstreekse werking is volgens hem zinloos, omdat staten er ten aanzien van het vraagstuk van doorwerking van volkenrecht verschillende zienswijzen op na houden. Dit gegeven, aldus Breyer, heeft namelijk tot gevolg dat voor staten een prikkel ontbreekt om in de tekst van een verdragsbepaling scherp te krijgen wat de nationale werking ervan is.¹³³

De meerderheid toont zich niet gevoelig voor dit argument. Voor haar staat voorop dat een benadering die de tekst van een verdragsbepaling uit het oog verliest resulteert in ‘writing a blank check to the judiciary’.¹³⁴ Hiertegen verzet zich volgens de meerderheid het principe van machtscheiding. Een rechter behoort recht te interpreteren, niet te vormen.¹³⁵

4.3. Wie bepaalt?

Medellin heeft veel pennen in beweging gebracht.¹³⁶ In het arrest verheldert het Supreme Court wat de betekenis is van de ‘Supremacy clause’ voor verdragen en maakt het duidelijk dat burgers zich hier voor een rechter niet zomaar op kunnen beroepen. Tegelijkertijd is *Medellin* maar een zijtoneel in het debat over de werking van verdragen. Dit komt doordat de belangrijkste categorie verdragen voor burgers, mensenrechtenverdragen, in de Verenigde Staten – als ze al zijn geratificeerd – door de president en de Senaat vrij consequent van zogenaamde ‘non-self-executing declarations’ zijn voorzien. De lijst met mensenrechtenverdragen die van een dergelijke verklaring zijn voorzien is tamelijk lang. Het bekendste verdrag uit deze lijst is het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR). Dit verdrag werd na jaren van discussie in 1992 door de Verenigde

Staten geratificeerd. Aan het ratificatie-instrument werd echter een verklaring gehecht dat ‘the Covenant will not create a private cause of action in U.S. courts’.¹³⁷ Een voorbeeld van een mensenrechtenverdrag dat überhaupt niet door de Verenigde Staten is geratificeerd, is het Kinderrechtenverdrag. Dit verdrag werd weliswaar in 1995 door Amerika ondertekend, maar bereikte vervolgens niet de vloer van de Senaat, waar twee derde van het aantal aanwezige senatoren met een verdrag moet instemmen. Internationaal is hier verbazing over – inmiddels zijn de Verenigde Staten het enige land ter wereld dat het Kinderrechtenverdrag niet heeft bekrachtigd.¹³⁸ Maar in Amerika vrezen sommige mensen dat ratificatie van het verdrag ertoe kan leiden dat de ouderlijke macht te zeer wordt beteugeld.

De angst om mensenrechtenverdragen rechtstreekse werking toe te kennen en soms zelfs te sluiten, gaat terug tot de jaren vijftig van de twintigste eeuw. Aan het begin van dit decennium, kort na de Tweede Wereldoorlog en de oprichting van de Verenigde Naties, kwam een beweging op gang die zich grote zorgen maakte over de rol van verdragen in de Amerikaanse rechtsorde. Deze zorgen vertaalden zich in een campagne van een Republikeinse senator uit Ohio, John Bricker, om een amendement in de federale Grondwet op te nemen met de strekking dat verdragen nooit kunnen derogeren aan de Grondwet en niet vatbaar zijn voor rechterlijke toepassing zonder voorafgaande implementatie door het Congres. Het amendement haalde het uiteindelijk niet. Naar het schijnt werd het momentum uit de campagne gehaald door een uitspraak van het Supreme Court in 1954 waarin voor het eerst expliciet werd gesteld dat de federale Grondwet hoger in rang was dan verdragen.¹³⁹ Maar de politieke erfenis die de kwestie achter heeft gelaten is dat de bevoegde politieke staatsmachten zich bij de behandeling van mensenrechtenverdragen haasten te verklaren dat het nationale effect van deze verdragen gering zal zijn.¹⁴⁰ De rechter berust hier in beginsel in. Het enige dat hem daarna feitelijk nog rest, is nationale regels conform deze verdragen uit te leggen. De vraag wie in de Verenigde Staten bepaalt of een verdrag rechtstreekse werking heeft, valt daarmee vandaag de dag betrekkelijk ondubbelzinnig uit in het voordeel van de politiek. Immers, zelfs indien

131. *Ibid.*, p. 13 (dissenting Opinion van Justice Breyer). De ‘snark’ is overigens een fictieve diersoort bedacht door Lewis Carroll in zijn onzingedicht ‘The Hunting of the Snark’.

132. *Ibid.*, p. 6-11 (dissenting Opinion van Justice Breyer).

133. *Ibid.*, p. 13 (dissenting Opinion van Justice Breyer). ([A]chieving international agreement on *this* point is simply a game not worth the candle.)

134. *Ibid.*, p. 19.

135. *Ibid.*, p. 20.

136. In de Verenigde Staten, maar ook daarbuiten. Zie bijvoorbeeld het teleurgestelde redactionele commentaar van Joseph Weiler op 13 januari 2009 op het IJEL-blog: www.ejiltalk.org/letters-to-the-editor-respond-to-ejil-editorials-vol-195/.

137. Zie David Kaye, ‘State Execution of the International Covenant on Civil and Political Rights’, 3 *UC Irvine Law Review* (2013), p. 95; David Sloss, ‘The Domestication of International Human Rights: Non-Self-Executing Declarations and Human Rights Treaties’, 24 *The Yale Law Journal* (1999).

138. ‘Why won’t America ratify the UN convention on children’s rights?’, *The Economist* 6 oktober 2013. Lange tijd deelden de Verenigde Staten deze dubieuze positie van niet-verdragspartij met Somalië. Dat land heeft echter op 1 oktober 2015 het Verdrag bekrachtigd.

139. *Reid v. Covert*, 354 U.S. 1 (1957).

140. Louis Henkin, ‘U.S. Ratification of Human Rights Treaties: The Ghost of Senator Bricker’, 89 *The American Journal of International Law* (1995), p. 341. Deze praktijk begon in de jaren zeventig van de vorige eeuw. President Carter wilde destijds een aantal mensenrechtenverdragen door de Senaat loodsen, maar was bang voor de Republikeinse tegenstem. Zogenaamde ‘non-self-executing declarations’ boden uitkomst. Zie David Sloss, ‘The Domestication of International Human Rights: Non-Self-Executing Declarations and Human Rights Treaties’, 24 *The Yale Law Journal* (1999), p. 152-159.

aan een verdrag geen 'non-self-executing declaration' is gehecht, dient de rechter van het Supreme Court in *Medellín* een terughoudende positie aan te nemen ten aanzien van het vraagstuk van rechtstreekse werking.

5. Rechtsvergelijking

Er vallen met betrekking tot het vraagstuk van rechtstreekse werking verschillende overeenkomsten en verschillen aan te wijzen tussen Nederland, Frankrijk en de Verenigde Staten. Neem het feit dat de notie van rechtstreekse werking (in de formulering van 'een ieder verbindend') in Nederland is gecodificeerd en in Frankrijk en in de Verenigde Staten niet. Over de vraag of dat een goede zet is geweest van de Nederlandse grondwetgever, wordt verschillend gedacht.¹⁴¹ Ook waar codificatie achterwege blijft kunnen echter problemen rijzen. Vooral in de Verenigde Staten schuurt het, dat de constitutie verdragen 'supreme' verklaart, maar dat politieke staatsmachten en de rechterlijke macht het de burger vaak onmogelijk maken zich direct op deze verdragen te beroepen.¹⁴²

Hieronder zal geen verdere aandacht worden besteed aan de kwestie van codificatie. In plaats daarvan belichten we drie thema's, die in meer of mindere mate in de voorgaande paragrafen centraal hebben gestaan: een contextuele benadering van rechtstreekse werking, criteria hiervoor, en de vraag wie bepaalt of zou moeten bepalen of een verdragsbepaling rechtstreekse werking toekomt. Deze drie thema's zijn inhoudelijk nauw aan elkaar verwant.

5.1. Een contextuele benadering van rechtstreekse werking

In het *Rookverbod*-arrest oordeelde de Hoge Raad dat de rechtstreekse werking van een verdragsbepaling afhankelijk is van de context, oftewel de omstandigheden van het geval.¹⁴³ Deze gedachte is niet nieuw. In het verleden kende de contextuele benadering meerdere pleitbezorgers en was er ook wel rechtspraak te vinden waarin deze benadering werd gevolgd.¹⁴⁴ Op een gegeven moment wordt zij echter verlaten – vooral omdat de Hoge Raad afstand neemt van de benadering.¹⁴⁵ Dat dezelfde Hoge Raad de discussie nu weer openbreekt, is spectaculair. De discussie of de rechtstreekse werking van een verdragsbepaling een onverbreekelijke eigenschap van zo'n bepaling is dan wel contextueel moet worden bepaald, wordt ook in Frankrijk

en de Verenigde Staten gevoerd. In Frankrijk werd lange tijd voor de eerste aanvliegroute gekozen, maar in elk geval sinds de uitspraak van de Conseil d'Etat uit 2012 lijkt men voorzichtig de voorkeur te geven aan een contextuele benadering. In de Verenigde Staten ligt de voorkeur sinds *Medellín* daarentegen duidelijk niet bij een contextuele benadering. In *Medellín* wordt wel uitgebreid op de kwestie ingegaan. In zijn *dissenting opinion* laat Justice Breyer weten veel voor zo'n contextuele benadering te voelen. Volgens Breyer is er geen 'simple test, let alone a magic formula' voorhanden, aan de hand waarvan de werking van een verdragsbepaling kan worden vastgesteld. Daarom pleit hij voor een 'practical, context-specific judicial approach, seeking to separate run-of-the-mill judicial matters from other matters (...)'. Chief Justice Roberts ziet hier echter helemaal niets in:

'The dissent's novel approach to deciding which (or, more accurately, when) treaties give rise to directly enforceable federal law is arrestingly indeterminate. (...) It is hard to believe that the United States would enter into treaties that are sometimes enforceable and sometimes not. Such a treaty would be the equivalent of writing a blank check to the judiciary. Senators could never be quite sure what the treaties on which they are voting meant. (...) To read a treaty so that it sometimes has the effect of domestic law and sometimes does not is tantamount to vesting with the judiciary the power not only to interpret but also to create the law.'¹⁴⁶

Deze woorden zijn ook voor het debat in Nederland behartigenswaardig. In ons land is het niet gebruikelijk om de vraag of een verdragsbepaling rechtstreeks werkt met de bevoegdheid 'to create the law' in verband te brengen. 'Creating the law' zal hier al snel op één lijn worden gesteld met rechtsvorming. En rechtsvorming is in de jurisprudentie van de Hoge Raad sinds geruime tijd een probleem waarop men pas stuit *nadat* reeds is vastgesteld, door middel van een interpretatie in abstracto, wat de werking van een ingeroepen verdragsbepaling is.¹⁴⁷ Deze voorstelling van zaken gaat evenwel vooral op in de overzichtelijke wereld van een dichotome benadering van het vraagstuk van rechtstreekse werking, waarin een verdragsnorm ofwel altijd geacht wordt rechtstreeks te werken, ofwel dat deze eigenschap er niet aan wordt toegeëcht. Binnen een contextuele benadering vloeien

141. Men zou kunnen betogen dat de koppeling van de notie van rechtstreekse werking aan de voorrangregel in artikel 94 Gw verwachtingen wekt die niet helemaal kunnen worden waargemaakt. Het oorspronkelijke doel van de invoering van het onderscheid tussen wel en niet rechtstreeks werkend verdragsrecht was het voorkomen van rechtsvorming door de rechter. Dit doel is niet bereikt. Zie J.W.A. Fleuren, 'Grondwet, democratische rechtsstaat en internationale rechtsorde', *RegelMaat* 2011, afl. 2, p. 108-111; Fleuren 2004, hoofdstuk VIII. Vgl. ook Joke de Wit, *Artikel 94 Grondwet toegepast: Een onderzoek naar de betekenis, de bedoeling en de toepassing van de woorden 'vinden geen toepassing' in artikel 94 van de Grondwet* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2012.

142. Zie in deze zin bijv. Jenny S. Martinez, 'Revisiting the Constitution: Acknowledge that Treaties are Laws', *The New York Times* 6 december 2012.

143. Een ander argument betreft de inroepbaarheid van ongeschreven volkenrecht. Op grond van de redactie van artikel 94 Gw, dat 'een ieder verbindendheid' alleen koppelt aan verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties, wordt dit door de rechter afgewezen. HR 6 maart 1959, *NJ* 1962/2 (*Nyugat*). Overigens is het de vraag of schrapping van het onderscheid in dit verband veel zou veranderen. In Frankrijk en de Verenigde Staten werkt ongeschreven recht in principe ook niet rechtstreeks door.

144. A.W. Heringa, 'Terug naar af: waarom het begrip een ieder verbindende bepalingen van verdragen slechts tot verwarring leidt', *Staatkundig Jaarboek* 1985, Leiden, p. 133-144. J.G. Brouwer, *Verdragsrecht in Nederland* (diss. Groningen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

145. J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten: Over effectieve rechtsbescherming van grondrechten* (diss. Leiden), 2013, p. 33-37; Fleuren 2004.

146. *Medellín*, p. 18-10.

147. In elk geval sinds HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/17 (*Arbeidskostenforfait*).

interpretatie en rechtsvorming echter in elkaar over.¹⁴⁸ De vraag of een bepaling rechtstreeks werkt, wordt binnen deze benadering beantwoord aan de hand van de vraag of zij in een specifiek geval als objectief recht kan functioneren. De vaststelling hiervan kan als een daad van rechtsvorming worden beschouwd. Beslissend hiervoor is blijkens de uitspraak van de Hoge Raad in het *Rookverbod*-arrest of een bepaald resultaat onvoorwaardelijk en voldoende precies is omschreven. Of de rechter bevoegd is een bepaald resultaat te bewerkstelligen, is binnen een dichotome benadering evenwel nu juist het moment waarop de grenzen van de rechtsvormende taak kunnen opdoemen.

Het *Rookverbod*-arrest zelf illustreert dit mooi. Hierin was de Hoge Raad van oordeel dat de plicht van kleine cafés om via een bordje op de deur aan bezoekers te laten weten dat er werd gerookt, geen effectieve maatregel vormde ter uitvoering van de afspraak in het WHO Kaderverdrag om 'exposure to tobacco smoke (...) in indoor public places' tegen te gaan.¹⁴⁹ Zo'n effectieve maatregel kon in het onderhavige geval alleen een rookverbod zijn. De Hoge Raad valt hierbij terug op het oordeel van de wetgever in 2008, dat een rookverbod ook met betrekking tot kleine cafés de aangewezen implementatie van artikel 8 WHO Kaderverdrag vormde. Goede kans niettemin dat Chief Justice Roberts de conclusie van zijn Nederlandse collega's als rechtsvorming zou aanmerken. Uit artikel 8 zelf valt de oplossing van een rookverbod niet met scherp af te leiden. Wordt de grens van interpretatie niet overschreden, wanneer een rechter onder deze omstandigheden een later gemaakte afweging omtrent implementatie door een bevoegd politiek orgaan terzijde schuift?

Hiermee is niet gezegd dat de Hoge Raad er verkeerd aan doet voor een contextuele benadering te kiezen. Het is wellicht wat verkramp om elke daad van rechtsvorming door de rechter als een ontoelaatbare inbreuk op de trias te beschouwen. Niet in de laatste plaats omdat het grensgebied tussen interpretatie en rechtsvorming notoir schimmig is. Het Supreme Court weet dit als geen andere rechter. Uit vage grondwettelijke normen als 'liberty' en 'due process of law' zijn in de loop der jaren verschillende fundamentele rechten afgeleid die niet in de Bill of Rights

voorkomen. Interpretatie loopt in zo'n geval vanzelf over in rechtsvorming.¹⁵⁰

In een dichotome benadering van rechtstreekse werking blijft interpretatie bovenstaand lot bespaard. Dit komt doordat interpretatie binnen deze benadering plaatsvindt in abstracto, los van de casus ten behoeve waarvan een te interpreteren verdragsnorm wordt ingeroepen. Aan de rechtsgevolgen die een verdragsbepaling in concreto voorschrijft komt de rechter dientengevolge niet meteen toe. Hier gaat een dempend effect vanuit. Wordt door de rechter vastgesteld dat een verdragsbepaling niet rechtstreeks werkt, dan blijft toetsing van een bestreden overheidshandeling achterwege. Je kunt je evenwel afvragen of het terecht is dat de categorie van het verdragsrecht anders wordt behandeld dan nationale wettelijke voorschriften. Wie deze vraag ontkenkend beantwoordt, vindt in een contextuele benadering een ideale manier om zaken gelijk te trekken.¹⁵¹

5.2. Criteria voor de vaststelling van rechtstreekse werking

De keuze voor een dichotome dan wel een contextuele benadering wordt voor een belangrijk deel ingegeven door machtenscheidingsmotieven. Dat is niet anders bij de vraag welke criteria worden gehanteerd voor de vaststelling van rechtstreekse werking. Centraal voor het Supreme Court staat of 'the textual provisions' van een verdrag 'indicate that the President and Senate intended for the agreement to have domestic effect'.¹⁵² Hier spreekt een terughoudende rechter, die ervoor beducht is het terrein van de politiek te betreden. Deze focus op de bedoeling van de politieke organen die zijn betrokken bij de totstandkoming van een verdrag kom je niet (meer) tegen in Nederland en Frankrijk.¹⁵³ Hoe de politieke staatsmachten over een verdragsbepaling denken draagt wel gewicht. Maar bij de beoordeling van de tekst van een bepaling stelt de rechter zich niet steeds de vraag wat deze machten voor ogen heeft gestaan. De inhoud van een verdragsbepaling wordt hierin op het eerste gezicht voorgesteld als een tamelijk objectief gegeven, dat onafhankelijk van de politiek kan worden vastgesteld. 'Hunting the snark' heeft, om met Justice Breyer te spreken, geen prioriteit voor Franse en Nederlandse rechters.

148. Vgl. R.J.B. Schutgens, 'Het rookverbod en de bevoegdheid van de Hoge Raad om wetgeving aan verdragen te toetsen', *AA* 2015, p. 305-311, die op p. 311 een vergelijkbaar punt maakt. Schutgens benadrukt dat binnen een contextuele benadering de beoordeling van de rechtstreekse werking van een verdragsbepaling overvloedt in de toetsing aan een dergelijke bepaling. Eerder is deze gedachte ook al terug te vinden bij: J.W.A. Fleuren & M.L.W.M. Viering, 'Rechtstreekse werking en een ieder verbindende kracht: Europese inspiratie voor de nationale rechter?', in: P.P.T. Bovend'Eert, J.W.A. Fleuren & H.R.B.M. Kummeling (red.), *Grensverleggend staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 101-138, i.h.b. p. 113.

149. *Rookverbod*, r.o. 3.6.2.

150. Denk bijvoorbeeld aan de veelbesproken uitspraak van het Supreme Court over de grondwettigheid van het homohuwelijk: *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. (2015). In deze uitspraak leidt een meerderheid van het Supreme Court uit de notie 'liberty' in het XIVe Amendement een recht om te huwen voor koppels van hetzelfde geslacht af.

151. Zo iemand zal er zich overigens wel van dienen te vergewissen dat een dichotome benadering niet dwingend voortvloeit uit de tekst van artikel 94 Gw. Door een beoordeling in twee fasen te veronderstellen – de beoordeling van de vraag of een bepaling rechtstreeks werkt en vervolgens, indien dat het geval blijkt, de toetsing aan deze bepaling – zou men kunnen concluderen dat de Grondwet geen ruimte laat voor een contextuele benadering. In de literatuur wordt dit wel bestreden. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 93 en 94 Gw zou blijken dat een dergelijke benadering niet is uitgesloten. Zie Fleuren 2004, p. 419-420.

152. *Medellin*, p. 23.

153. Het lijkt erop dat het Supreme Court, wanneer het op zoek gaat naar de bedoeling van de 'Treatymakers', in één klap probeert te vangen, wat in de Nederlandse en Franse doctrine doorgaans gescheiden wordt: de bedoeling van de partijen bij een verdrag en de bedoeling van de bij de totstandkoming van een verdrag betrokken nationale organen.

Dit verschil in aanpak zal niet altijd voor een andere uitkomst zorgen. Voor de terughoudendheid die het Supreme Court in acht neemt door op zoek te gaan naar de bedoeling van de president en de Senaat, vinden rechters in Nederland en Frankrijk geregeld aanleiding wanneer de tekst van een verdragsbepaling ruimte laat voor de bevinding dat aan nationale organen beleidsvrijheid toekomt. Overigens ligt het in de rede om te verwachten dat Nederlandse en Franse rechters wat van deze terughoudendheid zullen laten varen, nu een contextuele benadering wordt omarmd. Zoals eerder al naar voren kwam, kenmerkt zo'n benadering zich erdoor dat in de aanwezigheid van beleidsruimte in een verdragsbepaling niet altijd een belemmering voor rechterlijk ingrijpen zal worden gezien.

Achter de verschillende criteria voor rechtstreekse werking die in de Verenigde Staten en in Frankrijk en Nederland worden gehanteerd, gaat een verschil in taakopvatting schuil. Met het centraal stellen van de inhoud van een verdragsbepaling laten rechters in Frankrijk en Nederland weten dat zij de vaststelling van rechtstreekse werking in belangrijke mate als een aangelegenheid van de rechter beschouwen. Weliswaar kennen de Franse en Nederlandse Grondwet deze bevoegdheid niet uitdrukkelijk toe aan de rechter, uit de toetsingsbevoegdheid die is neergelegd in respectievelijk artikel 55 Constitution en artikel 94 Gw wordt wel afgeleid dat de rechter ook het aangewezen orgaan is om zich uit te spreken over rechtstreekse werking. In de Verenigde Staten ziet men dit anders. Verdragen kunnen volgens het Supreme Court in *Medellín* 'create federal law' – lees: rechtstreekse werking verkrijgen – 'through the political branches, with the President making the treaty and the Senate approving it'.¹⁵⁴

Het komt wellicht enigszins paradoxaal over dat ten aanzien van de doorwerking van verdragen in de Verenigde Staten een striktere opvatting van machtscheiding wordt aangehangen dan in Frankrijk en Nederland. Juist in de twee laatstgenoemde landen staat de rechter van oudsher op afstand van politieke beslissingen, en juist in de Verenigde Staten heeft het fenomeen rechterlijke toetsing oude papieren. Het is echter een paradox die goed valt te verklaren. De bevoegdheid van de rechter om nationale regelgeving aan internationaal recht te toetsen, kan in Frankrijk en Nederland niet los worden gezien van het proces van europeanisering dat beide landen na de Tweede Wereldoorlog hebben ondergaan. Zowel de Franse als de Nederlandse rechter heeft aan constitutionele bewegingsvrijheid gewonnen als gevolg van de integratie van Frankrijk en Nederland in de Europese Unie en de Raad van Europa. De situatie in de Verenigde Staten is een andere. Daar is de constitutionele orde veel minder ingekapseld in internationale systemen en heeft de opkomst van deze systemen eerder bevorderd dat in-

ternationale normen in het nationale recht moeilijk toegankelijk zijn.

5.3. Rechter of politiek?

Een laatste punt van aandacht is de vraag aan wie de bevoegdheid toekomt om vast te stellen of een verdragsbepaling rechtstreekse werking heeft. Met het antwoord op deze vraag is in de vorige paragraaf reeds een begin gemaakt. Uit de criteria die voor rechtstreekse werking worden gehanteerd, kun je vaak al min of meer opmaken voor welk orgaan of voor welke organen hier een belangrijke opgave ligt. Hiermee is echter niet alles over de kwestie gezegd. Tussen de bedoeling van politieke organen met een verdragsbepaling en hun eventuele bevoegdheid om de werking hiervan definitief te bepalen, loopt een fijne, maar wel goed zichtbare lijn. De vraag naar de veronderstelde bedoeling van politieke organen is een middel in het arsenaal van de rechter om te beslissen over de werking van een verdragsbepaling, op het moment dat de vraag naar deze werking kennelijk nog enigszins openligt. Maar wat als de politieke staatsmachten zich in de nationale procedure ter goedkeuring van een verdrag expliciet over rechtstreekse werking uitspreken? Heeft de rechter hier vervolgens naar te luisteren?

Eerder zagen wij dat Tweede Kamerlid Taverne deze tweede vraag in zijn plan om de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen te wijzigen met een 'nee, maar ...' beantwoordt. De rechter dient wat Taverne betreft het laatste woord te houden over de werking van een verdragsnorm, maar tegelijkertijd vindt hij het belangrijk het initiatief in dit verband naar de regering en het parlement te trekken. Formeel is hiervoor overigens geen wijziging van de Rijkswet nodig. Regering en parlement zijn nu reeds bevoegd zich over rechtstreekse werking uit te laten en hebben dat in het verleden ook meermaals gedaan.¹⁵⁵ Het gevolg van een eventuele wijziging zal dus in eerste instantie vooral zijn dat de wetgever scherper markeert dat de politieke staatsmachten *ook* een rol te spelen hebben ten aanzien van het vraagstuk van rechtstreekse werking.¹⁵⁶

Uiterlijk gezien beweegt het Nederlandse recht zich naar het Franse recht, wanneer het voorstel om de Rijkswet te wijzigen doorgang vindt. In Frankrijk schrijft de Grondwet namelijk voor dat verdragen met rechtstreeks werkende bepalingen parlementaire goedkeuring vereisen. De praktijk in Frankrijk laat echter een minder hoogdravend beeld zien dan Taverne voor ogen heeft. Het Franse parlement richt zich met de goedkeuring van een verdrag hoofdzakelijk tot de president, het orgaan dat door de Franse Grondwet met het sluiten van verdragen wordt belast. In de praktijk gaat de goedkeuringswet niet over de al dan niet rechtstreekse werking van specifieke verdragsbepalingen uit het verdrag. De goedkeuringswet bevat geen instructies hierover; en het feit dat een verdrag parlementaire goedkeuring heeft verkregen, wordt in de

154. *Medellín*, p. 19.

155. Zie om deze reden, enigszins verontwaardigd, Barbara Oomen, 'Kamerleden zijn lui met grondrechten en verdragen', *NRC Handelsblad* 1 maart 2012, www.nrc.nl/handelsblad/2012/03/01/kamerleden-zijn-lui-met-grondrechten-en-verdragen-1079226.

156. Het zou, gezien de Nederlandse verhoudingen, logisch zijn indien hier ook een duidelijker rol zou zijn voor de Raad van State bij de advisering over ontwerpwetgeving.

regel dan ook niet door de rechter aangegepen bij de beantwoording van de vraag of een bepaling rechtstreeks werkt. Het voorstel van Taverne beoogt wel zo'n aangrijpingspunt te bieden. Als de Rgbv conform zijn wensen wordt gewijzigd, dient parlementaire goedkeuring niet slechts ter formele democratische legitimering, maar vormt zij ook een inhoudelijke aanwijzing voor de rechter omtrent de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen.

Zo bezien is het voorstel van Taverne inhoudelijk meer verwant aan de praktijk in de Verenigde Staten. Daar bepaalt het constitutionele recht weliswaar niets over de betrokkenheid van de politieke staatsmachten bij de vaststelling van rechtstreekse werking, maar is er een levende praktijk van zulke betrokkenheid. Aan mensenrechtenverdragen, maar ook aan andere categorieën verdragen hechten de president en de Senaat geregeld verklaringen, die tot uiting brengen dat een verdrag geen rechtstreeks werkende bepalingen bevat. De rechter conformeert zich aan deze verklaringen.¹⁵⁷ De geldigheid van 'non-self-executing declarations' is niettemin omstreden in Amerika. Volgens sommige critici druisen ze in tegen het voorwerp en doel van verdragen.¹⁵⁸ Anderen wijzen erop dat de verklaringen strijd opleveren met de 'Supremacy clause', omdat verdragen op deze manier feitelijk geen 'law of the land' worden.¹⁵⁹ Maar er zijn ook genoeg juristen die de praktijk niet onrechtmatig vinden. Zij wijzen erop dat de 'Supremacy clause' voldoende ruimte laat aan president en Senaat om de nationale werking van een verdrag bij te sturen. De 'Supremacy clause' is binnen deze lezing een 'default rule', geen 'mandatory rule', en laat zich opzijzetten door artikel II van de federale constitutie, dat president en Senaat aanwijst als 'Treaty-makers'.¹⁶⁰

Dit kan een interessant argument vormen voor het Nederlandse debat. Zou artikel 91 Gw, analoog aan artikel II van de Amerikaanse Grondwet, de Nederlandse voorrangsbepaling kunnen inkleuren?¹⁶¹ Dat wil zeggen: kan aan artikel 91 een argument worden ontleend om de wetgever centraal te stellen bij de vaststelling van de werking van een verdragsbepaling? Een dergelijke constructie zou ingaan tegen de bedoeling van de grondwetgever, maar die is niet altijd doorslaggevend.¹⁶² Mocht het voorstel-Taverne de eindstreep halen, dan ontstaat in ieder geval de opmerkelijke situatie dat de constitutionele rol van de regering en het parlement bij de vaststelling van de rechtstreekse werking van verdragen wel is vastgelegd en die van de rechter niet.

Een interessante vraag is voorts nog hoe zo'n constitutionele rol voor regering en parlement zich verhoudt tot de contextuele benadering waarvoor de Hoge Raad in het *Rookverbod*-arrest heeft gekozen. Het voorstel-Taverne dwingt de politieke staatsmachten tot een abstracte beoordeling vooraf. Binnen een contextuele benadering valt echter niet altijd vooraf te voorspellen of een bepaling zich leent voor rechtstreekse werking. Of dat zo is, hangt af van de casus ten behoeve waarvan een bepaling wordt ingeroepen. Indien de politieke staatsmachten dit willen faciliteren, zullen zij veelvuldig naar de uitdrukkelijke goedkeuringsprocedure moeten grijpen. Dit zou echter weer het doel voorbijschieten dat Taverne met zijn voorstel nastreeft – de rechter een houvast bieden bij de interpretatie van verdragen.

6. Tot besluit

In Nederland worden op dit moment twee discussies over de rechtstreekse werking van verdragen gevoerd: een discussie over de vraag *hoe* je moet vaststellen of een verdragsbepaling deze werking heeft en een discussie over de vraag *wie* dit moet vaststellen. Aan de hand van een rechtsvergelijking met twee staten die met Nederland een monistische traditie delen, Frankrijk en de Verenigde Staten, hebben wij deze twee discussies met elkaar proberen te verbinden. Een verbinding is op zich snel gelegd. Criteria voor de vaststelling of een verdragsbepaling rechtstreeks werkt zijn al gauw onthullend voor de vraag wie – politiek of rechter – de voornaamste beslisser is. Omgekeerd kan een bepaalde praktijk op het gebied van beslissen of een verdragsbepaling rechtstreeks werkt ook gemakkelijk doorsijpelen in de criteria die hiervoor gehanteerd worden.

Er kan ook ruis op de lijn komen. Dat laat de situatie in Nederland zien. Een steeds soepeler interpretatiekader van de rechter is een van de aanleidingen geweest voor een politiek initiatief om de verhoudingen ten aanzien van de 'wie-beslist'-vraag te herschikken. De toekomst moet uitwijzen welke kant het opgaat. Verschillende rechters in Nederland hebben de bakens van de discussie in recente jaren ondertussen alweer verzet, door ruime betekenis te geven aan bepalingen die *niet* rechtstreeks werken.¹⁶³ Zulke oordelen zullen bepaalde partijen in de politiek waarschijnlijk alleen maar sterken in de overtuiging dat de trias politica op het terrein van de werking van verdragen een correctie behoeft.

157. Zie *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 735 (2004). Lagere rechters zijn het Supreme Court inmiddels gevolgd. Zie Johanna Kalb, 'Human Rights Treaties in State Courts: The International Prospects of State Constitutionalism after Medellín', 115 *Penn State Law Review* (2011), p. 1051.

158. Louis Henkin, 'U.S. Ratification of Human Rights Treaties: The Ghost of Senator Bricker', 89 *The American Journal of International Law* (1995), p. 341.

159. Zie Michael John Garcia, 'International Law and Agreements: Their Effect upon U.S. Law', *CRS Report* 18 februari 2015, p. 3-4.

160. Vgl. David Sloss, 'Non-Self-Executing Treaties in the Draft Restatement of Foreign Relations Law', *Just Security*, 18 mei 2015, www.justsecurity.org/23073/non-self-executing-treaties-draft-restatement-foreign-relations-law/.

161. Artikel 91 Gw stelt dat het Koninkrijk niet aan verdragen wordt gebonden zonder voorafgaande goedkeuring van de Staten-Generaal, en dat de wet bepaalt in welke gevallen geen goedkeuring is vereist.

162. Een soortgelijke gedachte komt men tegen in een eerdere druk van Kortmanns *Constitutioneel recht*: zie C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2012 (7e druk), p. 185-186.

163. Zie bijv. HR 21 september 2012, *NJ* 2013/22 (*zorgplicht jegens uitgeprocedeerde minderjarige asielzoeker*); CRvB 17 december 2014, *AB* 2015/61 (*Bed, Bad en Brood*); Rb. Den Haag 24 juni 2015, *AB* 2015/336 (*Urgenda*).