

Declaratoire innovatie. Of: hoe de ene verklaring van onverenigbaarheid de andere niet is

Mr. M.J. Vetzo*

In hun conclusie over evenredigheidstoetsing bespreken staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel de mogelijkheid van een rechterlijk declaratoir na toetsing van formele wetgeving aan algemene rechtsbeginselen. Deze bijdrage richt zich op een vergelijking van deze ‘verklaring van onverenigbaarheid’ met het obiter dictum uit het Harmonisatiewet-arrest, declaratoire instrumenten bij toetsing van wetgeving aan verdrags- en Unierecht en (nieuwe varianten op) de rechterlijke verklaring van onverenigbaarheid in het Verenigd Koninkrijk en Nieuw-Zeeland. Deze vergelijking laat zien dat langs minstens vier lijnen kan worden gedifferentieerd tussen rechtsfiguren die alle als ‘declaratoir’ of als een ‘verklaring van onverenigbaarheid’ worden getypeerd en maakt inzichtelijk op welke punten tot vernieuwing van het declaratoire instrumentarium van de rechter kan worden overgegaan. Dat is van belang voor de Nederlandse rechter die een declaratoir uitspreekt, voor de Nederlandse wetgever tot wie een verklaring van onverenigbaarheid zich richt en voor het kabinet dat zich blijkens het in 2021 gesloten coalitieakkoord buigt over de toekomst van art. 120 Gw.

1. Introductie

Op 7 juli 2021 namen staatsraden advocaat-generaal Widdershoven en Wattel een conclusie over de indringendheid van rechterlijke toetsing van niet-bestrafende sancties en maatregelen en de rol van het evenredigheidsbeginsel daarbij. In die conclusie bespraken zij een belangrijke staatsrechtelijke kwestie: de mogelijkheid van een ‘verklaring van onverenigbaarheid’ bij toetsing van de formele wet aan algemene rechtsbeginselen.¹ Met zo’n verklaring expliciteert de rechter dat hij de formele wet in strijd acht met hoger recht zonder daaraan rechtsgevolgen te verbinden. Daarmee levert de conclusie een belangrijke, maar nog onderbelichte,² bijdrage aan het debat over constitutionele toetsing van formele wetgeving. Tegelijkertijd nodigt het voorstel uit tot verdere bezinning: waar de staatsraden A-G zich vooral richten op differen-

tiatie in rechterlijke toetsingsintensiteit,³ is het ook wenselijk te komen tot differentiatie tussen verschillende vormen van het ‘declaratoir’, oftewel de rechterlijke verklaring van onverenigbaarheid.

Dergelijke differentiatie is om drie redenen van belang. In de eerste plaats biedt differentiatie helderheid en structuur voor het Nederlandse rechtswetenschappelijke debat over rechtsfiguren die alle als verklaring van onverenigbaarheid worden aangemerkt. Die rechtsfiguren vormen tezamen de ‘declaratoire jurisdictie’ (de bevoegdheid tot het uitspreken van een declaratoir in toetsingskwesties) van de Nederlandse rechter, maar verschillen onderling van elkaar. De differentiatie maakt daarbij inzichtelijk dat de ene verklaring van onverenigbaarheid de andere niet is. Ten tweede geeft die differentiatie inzicht in de repercussies van een declaratoir voor de wetgever en biedt het de rechter die een declaratoir uitspreekt inzicht in enkele daarbij te maken keuzes. Ten derde wordt daarmee voor rechter en wetgever inzichtelijk op welke punten zij tot (verdere) vernieuwing van rechterlijke verklaringen van onverenigbaarheid kunnen komen. Dat is ook van belang voor het kabinet-Rutte IV, dat zich blijkens het in 2021 gesloten coalitieakkoord en de in juli 2022 aan de Tweede Kamer aangeboden ‘Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing’ buigt over de toekomst van art. 120 Gw.⁴

De in dit artikel voorgestelde differentiatie is gebaseerd op interne en externe rechtsvergelijking. Het interne vergelijkingsmateriaal bestaat uit het declaratoir uit het *Harmonisatiewet*-arrest en de op het arrest *Arbeidskostenforfait* geënte declaratoire rechtsfiguren die de rechter soms hanteert bij strijd tussen wetgeving en bovennationaal recht (verdragen of Unierecht), waarnaar de staatsraden A-G in hun conclusie verwijzen. Met behulp van extern vergelijkingsmateriaal wordt het referentiekader verbreed. Dat materiaal wordt gevonden in (recente, nieuwe) vormen van het rechterlijk declaratoir die in twee

* Max Vetzo is promovendus aan de Universiteit Utrecht en als zodanig verbonden aan het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging en het onderzoekscluster Empirical Research into Institutions for Conflict Resolution (ERI). De auteur dankt Janneke Gerards en Jerfi Uzman voor hun waardevolle commentaar op deze bijdrage en de deelnemers aan de Jonge Onderzoekersdag van de VAR en de door de onderzoeksgroep Conflictoplossende Instuties (COI) georganiseerde conferentie Courts as an Arena for Societal Change voor hun behulpzame opmerkingen bij een op deze bijdrage gebaseerd paper.

1. Conclusie van staatsraden advocaat-generaal R.J.G.M. Widdershoven & P.J. Wattel van 7 juli 2021, ECLI:NL:RVS:2021:1468 (hierna: ‘conclusie Widdershoven & Wattel’), par. 9.5.
2. De commentaren op de conclusie richten zich vooral op de structuur van evenredigheidstoetsing en toetsingsintensiteit. Zie bijvoorbeeld R.J.N. Schlössels, ‘Evenredigheid als limiet: de langverwachte conclusie over toetsing aan het evenredigheidsbeginsel’, *JBPlus* 2021, afl. 3, p. 126-140. Ook staatsraad A-G Snijders besteedt in zijn nadien verschenen conclusie over toetsing van formele wetgeving aan het evenredigheidsbeginsel van 18 mei 2022 (ECLI:NL:RVS:2022:1441) geen aandacht aan deze verklaring van onverenigbaarheid.
3. Conclusie Widdershoven & Wattel, par. 8.
4. *Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst. Coalitieakkoord 2021-2025*, p. 6 en de Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing, 1 juli 2022, rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2022/07/01/kamerbrief-over-hoofdlijnen-constitutionele-toetsing.

common law-jurisdicties tot wasdom zijn gekomen: het Verenigd Koninkrijk en Nieuw-Zeeland, respectievelijk bij toetsing van wetgeving onder de Human Rights Act 1998 en de New Zealand Bill of Rights Act 1990. De keuze voor deze jurisdicties berust op de aanwezigheid van op relevante punten vergelijkbare declaratoire rechtsfiguren en de eveneens aanwijsbare verschillen met Nederlandse declaratoire instrumenten. Net als in Nederland hebben zich daarnaast ook in deze landen op dit front recent belangwekkende ontwikkelingen voorgedaan en is de declaratoire jurisdictie van de rechter volop in ontwikkeling.

Dit artikel valt uiteen in zeven paragrafen. Paragraaf 2 brengt de relevante onderdelen van de conclusie van Widdershoven en Wattel in kaart. Paragraaf 3 richt zich op de declaratoire jurisdictie van de Nederlandse rechter. Paragraaf 4 en 5 gaan over de declaratoire varianten die hun intrede hebben gedaan in het Verenigd Koninkrijk en Nieuw-Zeeland. In paragraaf 6 worden vier gronden besproken op basis waarvan kan worden gedifferentieerd tussen vormen van het rechterlijk declaratoir: formele structurering (6.1), materiële sturing (6.2), de dreiging van rechterlijk ingrijpen (6.3) en binding van de wetgever (6.4). In paragraaf 7 worden, tot slot, bevindingen geresumeerd en mogelijkheden voor verdere ‘declaratoire innovatie’ door de Nederlandse rechter en wetgever geschetst in gevallen van toetsing aan hoger, nationaal recht (algemene rechtsbeginselen of de Grondwet).

2. De verklaring van onverenigbaarheid van Widdershoven en Wattel

De zaken waarover de conclusie van Widdershoven en Wattel gaat, betreffen niet de terugvordering van toeslagen. Toch houdt de conclusie nauw verband met wat wel de (kinderopvang)toeslagenaffaire (of: -crisis) is gaan heten. Daarin werd het toetsingsverbod van art. 120 Gw aangewezen als een hinderpaal bij het bieden van individuele rechtsbescherming door de bestuursrechter.⁵ De beruchte ‘alles-of-niets’-terugvorderingsbenadering van de Belastingdienst/Toeslagen die de Afdeling lang toestond, zou immers voortvloeien uit dwingende formeel-wettelijke bepalingen. Omdat uit het *Harmonisatiewet*-arrest volgt dat het toetsingsverbod ook toetsing aan algemene rechtsbeginselen – waaronder het evenredig-

heidsbeginsel – omvat, zou de Grondwet in de weg hebben gestaan aan de correctie van apert onevenredige terugvorderingen.⁶ Op de staatsrechtelijke ‘evergreen’ van het toetsingsverbod gaan de staatsraden A-G dan ook uitvoerig in.⁷

Twee aspecten van het *Harmonisatiewet*-arrest spelen in die analyse een belangrijke rol. Het eerste aspect is de ‘billijkheidsuitzondering’ die de Hoge Raad daarin vestigt.⁸ De rechter kan de wet buiten toepassing laten als bijzondere omstandigheden die niet zijn verdisconteerd in de afweging van de wetgever maken dat strikte toepassing van de wet in strijd is met algemene rechtsbeginselen.⁹ Gedreven door het ‘ongekende onrecht’ uit de toelagenaffaire en de roep om maatwerk in het bestuursrecht, bepleiten de staatsraden A-G een ruime invulling van die uitzonderingsmogelijkheid.¹⁰ Het is mij hier te doen om het tweede aspect. In het arrest constateerde de Hoge Raad namelijk wel onomwonden dat hij de *Harmonisatiewet* in strijd acht met het rechtszekerheidsbeginsel. Aan die constatering werden evenwel geen rechtsgevolgen verbonden. Het bleef bij een declaratoir, oftewel een verklaring van onverenigbaarheid.

In lijn met het *Harmonisatiewet*-declaratoir bepleiten Widdershoven en Wattel dat de rechter bij strijd van de formele wet met een algemeen rechtsbeginsel of hoger recht, waaraan hij door het toetsingsverbod geen rechtsgevolgen kan verbinden, die strijdigheid steeds uitdrukkelijk in zijn uitspraak verklaart.¹¹ De rechter kan in die gevallen om constitutionele redenen weliswaar niet zelf ingrijpen, maar toch wel fets doen. Hij expliciteert immers dat de formele wet hoger recht schendt en dat het aan de wetgever is die schending te verhelpen. Volgens de staatsraden A-G staat geen rechtsregel in de weg aan het uitspreken van zo’n ‘declaratoir van onverenigbaarheid’.¹² Wachten op de (grond)wettelijke invoering van een deels op de Britse *declaration of incompatibility* geïnspireerde ‘verklaring van grondwettelijke onverenigbaarheid’ is daarvoor niet nodig. Steun voor die stelling vinden Widdershoven en Wattel niet enkel in het *Harmonisatiewet*-arrest, maar ook in rechtspraak waarin de rechter het houdt bij een verklaring dat de formele wet in strijd is met verdragsrecht. Dat gebeurt onder meer in gevallen waarin de rechter de formele wet in strijd acht met het

5. Onder meer B.J. van Ettekoven, ‘Tussen wet en recht’, *NJB* 2020, afl. 2, p. 98-107.

6. Zie conclusie Widdershoven & Wattel, voetnoot 7, voor literatuur waarin die opvatting wordt betwist.

7. *Ibid.*, par. 9.

8. Zie F.S. Bakker, *Billijkheidsuitzonderingen. Het wegens bijzondere omstandigheden buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften in individuele gevallen* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 48-71 over deze uitzondering waarmee de contra-legemrecht-spraak uit de *Doorbraak*-arresten (onder meer HR 12 april 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC2432, *BNB* 1978/136, m.nt. C.P. Tuk) wordt bevestigd en gepreciseerd.

9. HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, r.o. 3.9, *NJ* 1989/469, m.nt. M. Scheltema (*Harmonisatiewet*).

10. Conclusie Widdershoven & Wattel, par. 9.4.4. Die stellingname wordt in de conclusie (par. 9.6) overigens gevolgd door een verderstrek-kende oproep aan de grondwetgever tot afschaffing van het toetsingsverbod en de constatering dat de tijd ‘[i]n elk geval’ rijp is voor om-arming van de – in 1989 door de Hoge Raad in het *Harmonisatiewet*-arrest afgewezen – engere uitleg van art. 120 Gw waarin het toetsings-verbod zich niet uitstrekt tot toetsing aan algemene rechtsbeginselen. In zijn nadien verschenen conclusie van 18 mei 2022 (ECLI:NL:RVS:2022:1441, par. 5) betoogt staatsraad A-G Snijders dat die laatste opvatting geen steun vindt in het recht, al bepleit ook Snijders een vrij ruime invulling van de uitzonderingsmogelijkheid uit het *Harmonisatiewet*-arrest (par. 7). Deze discussie laat ik hier verder rusten, zij het met de kanttekening dat wanneer de ruimte voor het bieden van rechtsherstel onder art. 120 Gw ruimer wordt opgevat, de rechter zich minder snel tot een declaratoir als uiterste redmiddel – het tweede hieronder te bespreken element – zal (hoeven te) wenden.

11. Conclusie Widdershoven & Wattel, par. 9.5. Zie ook par. 9.7 en par. 10.

12. *Ibid.*, par. 9.5.

verdragsrechtelijke discriminatieverbod, maar die schending zelf niet opheft en het bieden van rechtsherstel aan de wetgever laat.¹³ Zo wijzen de staatsraden A-G op het arrest *Arbeidskostenforfait* waarin de Hoge Raad een belastingregeling in strijd achtte met het IVBPR en EVRM, maar stuitte op de ‘grenzen van zijn rechtsvormende taak’ en het bieden van rechtsherstel aan de wetgever liet.¹⁴ De cassatierechter constateerde de strijdigheid, maar loste deze zelf niet op.

Daarmee laten de staatsraden A-G verschillende vormen en varianten van een declaratoir in toetsingszaken in sneltreinvaart de revue passeren: van het declaratoir uit *Arbeidskostenforfait* tot de Britse *declaration of incompatibility*. In het navolgende laat ik zien dat de verklaring van onverenigbaarheid geen uniforme rechtsfiguur is, oftewel: dat de ene verklaring van onverenigbaarheid de andere niet is. Wel kan hier een gemeenschappelijke definitie worden geformuleerd die alle vormen en varianten dekt. Onder ‘verklaring van onverenigbaarheid’ of een ‘declaratoir’ kunnen die uitspraakbevoegdheden of overwegingen worden verstaan waarmee de rechter de onverenigbaarheid van wetgeving met hoger recht (veelal: grondrechten of algemene rechtsbeginselen) constateert, (vooralsnog) zonder daaraan voor procespartijen rechtsgevolgen te verbinden.¹⁵ De ‘declaratoire jurisdictie’ van de rechter omvat het volledige palet aan mogelijkheden dat hij heeft om zo’n verklaring van onverenigbaarheid uit te spreken. Op die definitie bouw ik in deze bijdrage voort.

3. De declaratoire jurisdictie van de Nederlandse rechter

De declaratoire jurisdictie van de Nederlandse rechter bestaat uit twee van elkaar te onderscheiden onderdelen.¹⁶ De eerste component betreft de uit het *Harmonisatiewet*-arrest blijkende bevoegdheid om bij strijd tussen formele wetgeving en *hoger, nationaal recht* de onverenigbaarheid van de wet uit te spreken, zonder daaraan rechtsgevolgen te verbinden. Die component kreeg in het *Harmonisatiewet*-arrest concreet vorm toen de Hoge Raad overwoog dat hij – hoewel het toetsingsverbod zich naar zijn oordeel ook tot algemene rechtsbeginselen uitstrekt – de ‘te dezen bestreden bepalingen van de zgn. Harmonisatiewet (...) in strijd acht met gerechtvaardigde verwachtingen van de betrokken studenten en derhalve met het rechtszekerheidsbeginsel’.¹⁷ De Hoge Raad doet dat haast terloops, in een tussenzin en niet voorzien van enige verdere onderbouwing. Dat draagt bij aan het karakter van de overweging als *obiter dictum*.¹⁸ Met die overweging ten overvloede zette de Hoge Raad echter een principiële stap. Hij markeerde zijn eigen positie in het staatsbestel en gaf aan dat het met de positie van de rechter verenigbaar is dat de rechter de onverenigbaarheid van formele wetgeving met algemene rechtsbeginselen uitspreekt.¹⁹ Constitutionele toetsing is op die manier toch mogelijk.²⁰ De rechter mag de formele wet enkel niet *met rechtsgevolg* toetsen aan hoger, nationaal recht.²¹ Gesneden koek is die vorm van constitutionele toetsing echter allerminst. Zo nam de Hoge Raad in oudere rechtspraak nog aan dat het toetsingsverbod de rechter verbood zich überhaupt over de grondwettigheid van wetten uit te laten.²² Ook met de bewoordingen van art. 120 Gw staat zij op gespannen voet. Op grond daarvan treedt de rechter immers niet in de beoordeling van de

13. Ibid.

14. HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756, NJ 2000/170, m.nt. A.R. Bloembergen (*Arbeidskostenforfait*).

15. Deze karakterisering leid ik onder meer af uit verschillende bijdragen in de literatuur over het declaratoir uit het *Harmonisatiewet*-arrest en het arrest *Arbeidskostenforfait*. R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009, p. 163; J.J.J. Sillen, *Rechtsgevolgen van toetsing van wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010, p. 4-5; O. van Loon, *Binding van rechters aan elkaars uitspraken in bestuursrechtelijk perspectief* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014, p. 53 en 383 en G. Boogaard & J. Uzman, ‘Commentaar op artikel 120 van de Grondwet’, in: E.M.H. Hirsch Ballin, E.J. Janse de Jonge & G. Leenknecht (red.), *Uitleg van de Grondwet*, Den Haag: Boom 2021, p. 1151-1152. Zij ‘dekt’ eveneens de in deze bijdrage omschreven Britse en Nieuw-Zeelandse varianten. Zie A. Sathanapally, *Beyond disagreement. Open remedies in human rights adjudication*, Oxford: OUP 2012, p. 12.

16. Als derde onderdeel kan worden gewezen op de verklaring voor recht van art. 3:302 BW in civiele procedures tegen wetgeving, waarvan overigens anders dan bij de in deze bijdrage besproken verklaringen van onverenigbaarheid wel rechtsgevolgen voor procespartijen uitgaan. Die uitspraakbevoegdheid van de civiele rechter beperkt zich echter niet tot toetsingszaken en gaat gepaard met geheel eigen (procesrechtelijke) problematiek. Ik bespreek haar in deze bijdrage daarom verder niet. Over deze figuur van ‘declaratoire onverbindendverklaring’, zie onder meer Schutgens 2009, p. 85-90.

17. HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, r.o. 3.1, NJ 1989/469, m.nt. M. Scheltema (*Harmonisatiewet*).

18. M.L.P. van Houten, ‘Rechter en Wetgever: Een Nieuwe Balans’, *RMThemis* 2001, afl. 1, p. 13-14; Schutgens 2009, p. 161; Sillen 2010, p. 106 en G. Boogaard, *Het wetgevingsbevel* (diss. UvA), Oisterwijk: WLP 2013, p. 123.

19. Hirsch Ballin in zijn noot bij het arrest in *Ars Aequi* 1989, afl. 6, p. 586.

20. L.F.M. Besselink, ‘Constitutionele toetsing in internationaal perspectief’, *AA* 2003, afl. 2, p. 90, waarbij wordt aangenomen dat de bevoegdheid zich ook uitstrekt tot toetsing aan de Grondwet. Zo ook A-G Moltmaker in zijn conclusie voor HR 23 december 1992, *BNB* 1993/104 die de Hoge Raad onder verwijzing naar *Harmonisatiewet* adviseerde een declaratoir uit te spreken wegens strijd tussen een formele wet en art. 104 Gw.

21. Zie, Kelseniaans, Sillen 2010, p. 3-5: de rechter mag de wet wel *prüfen*, maar niet over de wet *entscheiden*.

22. HR 28 februari 1868, *W.* 2995; HR 21 januari 1895, *W.* 6616; HR 25 november 1912, *W.* 9419 en – van recentere datum – HR 27 januari 1961, NJ 1963/248 (*Prof. van den Bergh*).

grondwettigheid van wetten.²³ Daarnaast betreft deze vorm van constitutionele toetsing in de rechtspraak een absolute zeldzaamheid: het gaat om een nooit herhaald precedent.²⁴

Toch kan de stelling van de staatsraden A-G dat geen rechtsregel zich verzet tegen een dergelijk declaratoir van onverenigbaarheid goed worden begrepen. Uit de grondwetsgeschiedenis kan enkel duidelijk worden afgeleid dat het toetsingsverbod een bindende beoordeling van de grondwettigheid van wetten verbiedt; niet dat een niet-bindende beoordeling is uitgesloten.²⁵ Ook past het declaratoir goed bij wat wel een ‘functionele uitleg’ van het toetsingsverbod wordt genoemd.²⁶ Naar zijn functie uitgelegd, strekt het toetsingsverbod ertoe te waarborgen dat de wetgever ‘het laatste woord’ heeft bij de interpretatie van hoger, nationaal recht.²⁷ Wanneer de rechter declaratoir aangeeft dat wetgeving met dat hogere, nationale recht in strijd is, staat het de wetgever vrij daar anders over te denken. Gebonden aan dat oordeel is hij niet.²⁸ In lijn met de staatsraden A-G en recente literatuur kan daarmee worden betoogd dat het declaratoir deel uitmaakt van de gereedschapskist van de rechter die formele wetgeving aan hoger, nationaal recht toetst.²⁹

Voor een declaratoir bij toetsing aan *bovennationaal recht* moeten we ons wenden tot een klassieker die tien jaar na het *Harmonisatiewet*-arrest het licht zag: *Arbeidskostenforfait*.³⁰ In dat arrest oordeelde de Hoge Raad dat het arbeidskostenforfait – een aftrekregeling voor arbeidskosten – in strijd was met art. 26 IVBPR en art. 14 jo. art. 1 EP EVRM. Dat mocht het procederende slachtoffer van die schending echter niet baten. De geconstateerde onverenigbaarheid kon op meerdere manieren worden opgelost. Bij de vraag naar rechtsherstel stuitte de Hoge Raad op

de grenzen van zijn rechtsvormende taak. Omwille van zijn positie in het staatsbestel ‘abstineerde’ de Hoge Raad, al ging dit wel gepaard met de uitgesproken verwachting dat de regering met de nodige spoed tot wetswijziging over zou gaan. Gebeurde dat niet, dan zou de rechter in de toekomst mogelijk wel zelf een knoop doorhakken. Wat resteerde was een verklaring van onverenigbaarheid: een expliciet geconstateerde onverenigbaarheid van wetgeving met verdragsrecht, zonder dat daaraan rechtsgevolgen werden verbonden.

Dit aan de grenzen van de rechtsvormende taak gekoppelde declaratoir is sindsdien ook door andere rechtscolleges toegepast, veelal in zaken waarin wetgeving in strijd bleek met het verdrags- of Unierechtelijke discriminatieverbod.³¹ Vooral recente rechtspraak laat zien dat het declaratoir bij toetsing aan bovennationaal recht op de rechterlijke agenda staat. Zo oordeelde de Hoge Raad in rechtspraak over de Participatiewet, dat opheffing van een door de rechter geconstateerde strijd met het discriminatieverbod aan de wetgever was.³² Ook in enkele ‘Box III-uitspraken’ over de verdragsmatigheid van forfaitaire vermogensrendementsheffing figureert (een variant op) de verklaring van onverenigbaarheid.³³ In die gevallen wordt terugverwezen naar de overwegingen uit het arrest *Arbeidskostenforfait*, dat fungeert als *locus classicus* van de declaratoire jurisdictie van de rechter bij toetsing aan bovennationaal recht.

Dat deze rechtspraak veelal wordt beschouwd als abstinentierechtspraak waarin de rechter zich nu juist terughoudend opstelt en geen rechtsherstel kan bieden, maakt het wellicht wat vreemd om te spreken van een declaratoire ‘bevoegdheid’. Toch kan dat met reden worden gedaan. Uit rechtspraak die grotendeels vorm kreeg vóór *Arbeidskostenforfait* bleek dat de rechter de strijdigheid

23. Boogaard & Uzman 2021, p. 1152.

24. M. Claes e.a., ‘Rechtsvergelijkend onderzoek constitutionele toetsing’, bijlage bij *Kamerstukken II 2020/21*, 35570, VII, p. 68. Zie ook M.L.P. van Houten, *Meer zicht op wetgeving* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 67 en J. Peters, ‘Het Harmonisatiewet-arrest ofwel: de plaats van de rechter’, *AA 2010*, afl. 5, p. 360. Een in dit verband ook wel aangehaalde uitspraak van de Centrale Raad van Beroep (24 februari 1999, *JB 1999/110*, zie Boogaard & Uzman 2021, p. 1152, voetnoot 30) betreft geen declaratoir in de hier bedoelde zin, nu de Centrale Raad daarin geen strijd met het rechtszekerheidsbeginsel vaststelt, maar enkel uitsprekt ‘bedenkingen’ te hebben bij een formeelwettelijk overgangsregime en aangeeft ‘begrip’ te hebben voor de onzekerheid waarin appellanten hebben verkeer.

25. Van Houten 1997, p. 40, 54-59, 63 en 66-67. Instemmend: W.J.M. Voermans, ‘De bestuursrechter en artikel 120 Grondwet’, *JBPlus 2003*, p. 145. Anders: A.W. Heringa, ‘Constitutionele schijnbewegingen’, in: A.W. Heringa & N. Verheij (red.), *Publiekrechtelijke bewegingen*, Deventer: Kluwer 1990, p. 68-69.

26. Over die uitleg Schutgens 2009, p. 181-192 en 195-196.

27. Vgl. ook de memorie van antwoord bij het ontwerp van het huidige art. 120 Gw (art. 6.8 van het grondwetsontwerp) waarin wordt benadrukt dat het toetsingsverbod ertoe strekt het ‘eindoordeel’ over grondwettigheid van formele wetgeving aan de wetgever te laten (*Kamerstukken II 1980/1981*, 16162, nr. 8, p. 21).

28. Zie nader paragraaf 6.4.

29. Zo bijvoorbeeld A.W. Heringa, ‘Het is er niet en toch wel. Over het toetsingsrecht’, in: A.W. Heringa & J. Schinkelshoek, *Groot onderhoud of kruimelwerk? Ongevraagd commentaar op de aanbevelingen van de Staatscommissie Parlementair Stelsel*, Den Haag: Boom 2019, p. 134; A.W. Heringa, ‘Politieke vragen en de rechter: de politieke rechter?’, in: N.S. Eftymiou, P.W.A. Huisman & L. van Kalken (red.), *De vele facetten van het staatsrecht. Opstellen aangeboden aan prof. dr. R. de Lange*, Den Haag: WLP 2020, p. 65; G. van der Schyff, ‘The Prohibition on Constitutional Review by the Judiciary in the Netherlands in Critical Perspective: The Case and Roadmap for Reform’, *German Law Journal* 2020, afl. 5, p. 902 e.v. en L.F.M. Besseling, ‘Wie mag stemmen per brief in tijden van corona: de democratie, de machtenscheiding, de Grondwet en het EVRM’, *Nederland Rechtsstaat* 2 maart 2021, nederlandrechtsstaat.nl/wie-mag-stemmen-per-brief-in-tijden-van-corona-de-democratie-de-machtenscheiding-de-grondwet-en-het-evrm/ (laatst geraadpleegd 31 juli 2022).

30. HR 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756, *NJ 2000/170*, m.nt. A.R. Bloembergen (*Arbeidskostenforfait*).

31. Zie bijvoorbeeld ABRvS 21 november 2006, *AB 2007/80*, m.nt. P.J. Stolk (*Eman & Sevinger*).

32. HR 8 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3081, *BNB 2018/90*, m.nt. R.H. Happé (*Participatiewet*).

33. HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963, *BNB 2022/27*, m.nt. E.J.W. Heithuis (*Box III*). Over de bijzonderheid van deze uitspraak, zie paragraaf 6.3. Overigens adviseerde advocaat-generaal Wattel al eerder in een *Box III*-zaak om een declaratoir uit te spreken (conclusies A-G Wattel van 25 maart 2021, ECLI:NL:PHR:2021:292 en ECLI:NL:PHR:2021:293). De Hoge Raad ging daarin nog niet mee, maar beperkte zijn oordeel tot de gevalssituatie van individuele belanghebbenden. Zie HR 2 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:963, *BNB 2021/141*, m.nt. E.B. Pechler en HR 2 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1047, *BNB 2021/149*, m.nt. E.J.W. Heithuis.

tussen wet en verdragsrecht regelmatig in het midden liet wanneer hij voorzag dat hij bij het bieden van rechtsherstel op de grenzen van zijn rechtsvormende taak zou stuiten.³⁴ De rechter abstineerde dan ‘impliciet’: tot een vaststelling dat wetgeving in strijd was met hoger recht kwam het in het geheel niet.³⁵ Een recente variant op die nóg terughoudender benadering bij toetsing van wetgeving aan verdragsrecht vormt een *Box III*-arrest van de Hoge Raad, dat door de staatsraden A-G eveneens als declaratoir wordt besproken.³⁶ Daarin oordeelde de Hoge Raad dat het forfaitaire stelsel in strijd zou zijn met art. 1 EP ‘indien het nominaal zonder (veel) risico’s gemiddeld haalbare rendement voor de jaren 2013 en 2014 lager is dan 1,2 procent [cursivering MJV]’.³⁷ De Hoge Raad oordeelde echter niet over de vraag of die voorwaarde was ingetreden en liet daarmee de strijdigheid in het midden,³⁸ maar merkte wel op dat de rechter niet op stelselniveau in een eventueel aanwezig rechtstekort zou kunnen voorzien.³⁹ Daarmee sprak de Hoge Raad enkel een *voorwaardelijk* declaratoir uit, waarmee hij aangaf onder welke specifieke voorwaarde van strijdigheid met hoger recht sprake zou zijn, maar ook expliciteert dat het bij het intreden van die voorwaarde niet aan hem is het rechtstekort te verhelpen. Wat ook zij van die nieuwe rechtsfiguur en de mogelijkheid van het impliciet abstineren; het ‘gewone’, onvoorwaardelijke declaratoir kan als een rechterlijke bevoegdheid worden beschouwd en heeft een vaste plaats in de rechterlijke gereedschapskist verworven bij toetsing aan bovennationaal recht. Daarmee is de declaratoire jurisdictie van de Nederlandse rechter geïntroduceerd en kan een blik over de landsgrenzen worden geworpen.

4. De declaratoire jurisdictie van de Britse rechter

De declaratoire jurisdictie van de Britse rechter onder de *Human Rights Act 1998* (HRA) vormt een logisch vertrekpunt voor een vergelijking met de Nederlandse situa-

tie.⁴⁰ De HRA waarborgt de doorwerking van het EVRM in de Britse rechtsorde. De wet reikt de Britse rechter instrumenten aan om EVRM-rechten te effectueren. Een van die instrumenten is de uitspraakbevoegdheid die is neergelegd in art. 4 HRA: de *declaration of incompatibility (DoI)*. Die verklaring van onverenigbaarheid mag de rechter uitspreken als hij constateert dat wetgeving in strijd is met het EVRM, maar hij die strijdigheid niet kan voorkomen door de wet conform te interpreteren (art. 3 HRA). Verder dan dat kan hij niet gaan: het buiten toepassing laten, laat staan vernietigen van wetgeving, is in strijd met (een orthodoxe invulling van) het beginsel van *Sovereignty of Parliament*.⁴¹ Enkel hogere rechtscolleges (waaronder het Court of Appeal en het Supreme Court) mogen een *DoI* uitspreken (art. 4 lid 5 HRA). Art. 4 HRA schept voor deze rechters nadrukkelijk een *discretionaire* bevoegdheid en geen plicht: rechters ‘*may make a declaration [cursivering MJV]*’ wanneer zij wetgeving niet grondrechtenconform kunnen interpreteren.⁴² De rechter maakt met enige regelmaat, maar niet uitbundig, gebruik van dit declaratoire mechanisme. Tussen 2000 en juli 2021 vaardigden rechters in totaal 44 *DoI*'s uit, waarvan een tiental door een hoger rechtscollege werd teruggedraaid.⁴³

Een *DoI* tast de geldigheid van wetgeving niet aan en bindt de wetgever niet (art. 4 lid 6 HRA). Op de wetgever rust geen plicht om op een *DoI* te reageren. Wel bestaat een ongeschreven verwachting dat de verantwoordelijke minister de *DoI* onder de aandacht brengt bij de parlementaire commissie belast met grondrechtenaangelegenheden (het *Joint Committee on Human Rights*).⁴⁴ Bovendien kent art. 10 HRA ministers de bevoegdheid toe om na een uitgesproken *DoI* wetgeving in een ‘*fast-track procedure*’ middels (secundaire) bestuurswetgeving (*Remedial Orders*) aan te passen.⁴⁵ Een blik op de praktijk leert daarbij dat politieke staatsmachten na een *declaration* veelal aan de slag gaan om gebreken te verhelpen. Soms duurt dat lang, gebeurt het met forse tegenzin of gaat

34. Bijvoorbeeld HR 16 november 1990, NJ 1991/475 (*Ontkenning vaderschap*); HR 8 juli 1994, NJ 1995/30, m.nt. G.J.M. Corstens (*Horen deskundige*) en HR 5 september 1997, NJ 1998/686 (*Duo-moeders*).

35. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, ‘Advocaten voor advocaten: over ministeriële toezeggingen, vergoedingen voor de sociale advocatuur, mensenrechtenverdragen en het rechterlijke toetsingsrecht’, in: J.R. van Angeren, T. Barkhuysen en N.S.J. Koeman (red.), *1000 weken bestuursrecht. Bundel aangeboden aan prof. mr. J.E.M. Polak bij zijn afscheid van Stibbe*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 75-80.

36. Conclusie Widdershoven & Wattel, par. 9.5.

37. HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:816, r.o. 2.10.2, BNB 2019/161, m.nt. E.J.W. Heithuis (*Box III*).

38. De reden daarvoor was dat het nominale rendement in feitelijke aanleg niet vast was komen te staan. Hierover J.P. Boer, ‘De toekomst van box 3 na de arresten van 14 juni 2019’, *NJB* 2020, afl. 4, p. 257 onder verwijzing naar de conclusie van A-G Ettema van 31 december 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1443, par. 7.14 en 7.20.

39. HR 14 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:816, r.o. 2.10.3, BNB 2019/161, m.nt. E.J.W. Heithuis (*Box III*).

40. Niet alleen in de conclusie, maar ook in andere literatuur worden verbanden gelegd tussen dit instrument en de hiervoor besproken Nederlandse mechanismen. Zie over parallellen met het *Harmonisatiewet*-declaratoir Van Houten 2001, p. 13-14; Besselink 2003, p. 90; Peters 2010, p. 360; L.F.M. Besselink, ‘Rechter en politiek: Machtenscheiding in de Urgenda-zaak’, *TvCR* 2021, afl. 2, p. 149 en Claes e.a. 2021, p. 68 en voor een vergelijking met *Arbeidskostenforfait* onder meer L.F.M. Verhey, ‘Rechtsvorming in vergelijkend perspectief: de Engelse Human Rights Act 1998’, *AA* 2007, afl. 1, p. 40; S.K. Martens, ‘De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter’, *NJB* 2000, afl. 14, p. 751-752 en J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013, p. 459-520.

41. ‘White Paper’ *Rights Brought Home: The Human Rights Bill* (oktober 1997), Cm. 3782, par. 2.13.

42. Art. 4 lid 2 HRA. Zie ook toenmalig Lord Chancellor Lord Irvine over de *DoI* als ‘a discretionary remedy’ (*Hansard, HL*, 18 November 1997, Vol. 583, col. 546).

43. *Report on the Government’s response to human rights judgments 2020-2021* (december 2021), CP 562, p. 37-41.

44. *Ibid*, p. 6.

45. Nader uitgewerkt in Schedule 2 bij HRA.

men bepaald minimalistisch te werk, maar enige vorm van ‘remedial action’ wordt telkens ondernomen of in het vooruitzicht gesteld.⁴⁶

Recente rechtspraak laat zien dat de declaratoire jurisdictie van de Britse rechter zich niet beperkt tot deze uitspraakbevoegdheid. Soms spreekt de Britse rechter de onverenigbaarheid van wetgeving met het EVRM uit in de overwegingen van zijn oordeel, zonder daaraan de uitspraakbevoegdheid van art. 4 HRA te verbinden. Dergelijke vormen van het declaratoir worden wel aangeduid als ‘informal declarations’.⁴⁷ Voorbeelden bij uitstek bieden gevallen waarin de rechter in het geheel niet bevoegd was tot het uitspreken van een *DoI*, maar in zijn overwegingen toch onverenigbaarheid expliciteert. Dat gebeurde in de zaak *Re Northern Ireland Human Rights Commission* die ging over de verenigbaarheid van Noord-Ierse abortuswetgeving met art. 3 en 8 EVRM.⁴⁸ De zaak strandde op de ontvankelijkheid van de eiser waardoor een *DoI* niet meer kon worden uitgesproken.⁴⁹ Dat weerhield enkele rechters van het Supreme Court er echter niet van toch te concluderen dat de wetgeving onverenigbaar was met het EVRM.⁵⁰ Lord Mance was daarin het stelligst. De wetgeving was volgens hem onhoudbaar, intrinsiek onevenredig en behoefde radicale heroverweging.⁵¹ Zijn oordeel vormde daarmee, in de woorden van Wilson-Stark, een ‘declaration in all but a name’.⁵² In de zaak *Banks v Commissioners for HMRC* ontbrak het om een andere reden aan de bevoegdheid om een *DoI* uit te spreken. Het First Tier Tribunal dat de zaak beoordeelde, heeft op grond van art. 4 lid 5 HRA niet de bevoegdheid een *DoI* uit te spreken. Toch oordeelde dit bestuursrechtelijke rechtscollege dat wetgeving over belastingaftrek voor donaties aan politieke partijen onverenigbaar was met art. 14 jo. art. 1 EP EVRM.⁵³ De rechter legde de onverenigbaarheid van de betreffende wetgeving vast in zijn oordeel, maar dat declaratoir nam niet de vorm aan van een *DoI*.

In andere gevallen is de rechter wel bevoegd om een *DoI* uit te spreken, maar benut hij het discretionaire karakter van de uitspraakbevoegdheid en houdt het bij een informele verklaring van onverenigbaarheid. Dat gebeurde in de zaak *Nicklinson*, waarin het Supreme Court zich boog over de vraag naar de verenigbaarheid van het categorische verbod op hulp bij zelfdoding (art. 2 Suicide Act 1961) met art. 8 EVRM.⁵⁴ Lords Neuberger, Mance en Wilson oordeelden dat sprake was van een zeer ernstige inbreuk op art. 8 EVRM en dat de argumenten die pleitten voor verenigbaarheid ‘fairly weak’ waren.⁵⁵ Zou de kwestie niet op korte termijn op bevredigende wijze worden geadresseerd, dan zou er volgens deze rechters een reëel vooruitzicht bestaan dat een verzoek om een *DoI* in een nieuwe procedure zou worden gehonoreerd.⁵⁶ De keuze om geen *DoI* toe te wijzen was daarmee tijdelijk van aard: het werd vooral niet opportuun geacht daartoe reeds op dat moment over te gaan. Deze rechters hielden het bij een informeel declaratoir.⁵⁷ In de zaak *Chesteren McGeoch* bevestigde het Supreme Court de al eerder door het EHRM bereikte slotsom dat de Britse wetgeving over het categorisch ontzeggen van het kiesrecht aan gedetineerden in strijd was met het EVRM.⁵⁸ Het Supreme Court liet – anders dan een Schotse rechter eerder deed⁵⁹ – echter na om een *DoI* uit te spreken. De kwestie was namelijk al onder de aandacht van het parlement. Daarmee reesteerde enkel de bevestiging van de reeds door de Schotse en Straatsburgse rechter uitgesproken onverenigbaarheid met het EVRM, zonder dat daaraan de uitspraakmodaliteit van art. 4 HRA werd verbonden.⁶⁰ Deze zaken laten variatie zien in de declaratoire jurisdictie van de Britse rechter onder de HRA. Niet alleen de uitspraakbevoegdheid van een *DoI*, maar ook ‘informele’ declaratoire varianten behoren tot de mogelijkheid.

46. *Report on the Government’s response to human rights judgments 2020-2021*, p. 37-41. Zie ook (kritisch) Sathanapally 2012, p. 131-222; J. King, ‘Parliament’s Role Following Declarations of Incompatibility under the Human Rights Act’, in: H. Hooper, M. Hunt & P. Yowell (red.), *Parliaments and Human Rights*, Londen: Hart Publishing 2015; A. Kavanagh, ‘What’s so weak about “weak-form review”? The case of the UK Human Rights Act 1998’, *International Journal of Constitutional Law* 2015, afl. 4, p. 1025-1026 en over de ‘high rate of compliance’ ook E. Adams, ‘Judicial Discretion and the Declaration of Incompatibility: Constitutional Considerations in Controversial Cases’, *Public Law* 2021, p. 315-316.
47. Adams 2021, p. 328-329. Zie ook N. Petrie, ‘Indications of Inconsistency’, *Cambridge Law Journal* 2019, afl. 3, p. 612-639 die spreekt van ‘indications of inconsistency’.
48. UKSC 7 juni 2018, [2018] UKSC 27 (*Re Northern Ireland Human Rights Commission*).
49. Par. 73 *per* Lord Mance.
50. Par. 42c en 91 *per* Lord Mance, par. 366 *per* Lady Black en par. 335 *per* Lord Reed.
51. Par. 135 *per* Lord Mance (‘untenable and intrinsically disproportionate’ en ‘needs radical reconsideration’).
52. S. Wilson-Stark, ‘Northern Ireland’s Abortion Legislation: Procedural and Substantive Confusion Over Declarations of Incompatibility’, *Cambridge Law Journal* 2018, afl. 3, p. 448-451.
53. FTT 15 oktober 2018, [2018] UKFTT 617 (*Banks v Commissioners for HMRC*), par. 46, 110-117 en 127-129.
54. UKSC 25 juni 2014, [2014] UKSC 38 (*R. on the application of Nicklinson*), waarover reeds R. van der Hulle, ‘Hulp bij zelfdoding in Engeland en Wales. Verandering in zicht?’, *NJB* 2015, afl. 2, p. 106-110.
55. Par. 111 *per* Lord Neuberger. Instemmend Lord Mance in par. 190.
56. Par. 118 en 197 *per* Lord Neuberger en par. 202 *per* Lord Wilson.
57. Petrie 2019, p. 624-628 over deze informele ‘deferred declaration of incompatibility’.
58. SC 16 oktober 2013, [2013] UKSC 63 (*R. on the application of Chester*). Zie EHRM 6 oktober 2005, 74025/01, *EHRC* 2005/115, m.nt. J.L.W. Broeksteeg (*Hirst/Verenigd Koninkrijk*) en later ook EHRM 23 november 2010, 60041/08 en 60054/08, *EHRC* 2011/20, m.nt. R. de Lange (*Greens en MT/Verenigd Koninkrijk*).
59. Registration Appeal Court (Scotland) 24 januari 2007, [2007] CSIH 9 (*Smith v. Scott*).
60. Adams 2021, p. 317 en 324.

5. De declaratoire jurisdictie van de Nieuw-Zeelandse rechter

In Nieuw-Zeeland zijn grondrechten onder meer neergelegd in de New Zealand Bill of Rights Act 1990 (NZBORA). Die wet vertoont belangrijke gelijkenissen met de Britse HRA en functioneert eveneens in een stelsel waarin de rechter – wegens de suprematie van het parlement – wetgeving niet mag vernietigen of buiten toepassing laten (art. 4 NZBORA).⁶¹ Anders dan de HRA kent deze wet de rechter echter niet de bevoegdheid toe een *declaration of incompatibility* uit te spreken wanneer wetgeving onverenigbaar is met de in de NZBORA neergelegde grondrechten.

Toch heeft ook de Nieuw-Zeelandse rechter diverse declaratoire bevoegdheden. Het bestaan daarvan is door de rechter zelf aangenomen. In de zaken *Moonen* en *Hansen* bepaalde de Nieuw-Zeelandse rechter dat hij over de bevoegdheid beschikt om in de overwegingen van zijn uitspraak tot de expliciete, onderbouwde conclusie te komen dat wetgeving een ongerechtvaardigde inbreuk maakt op grondrechten, ook al kan hij die onverenigbaarheid niet zelf verhelpen.⁶² Dergelijke overwegingen zijn wel aangeduid als ‘indications of inconsistency’.⁶³ Zo’n indicatie creëert geen plicht tot wijziging en bindt het parlement niet. Wel heeft het Supreme Court nadrukkelijk gewezen op het bestaan van een ‘constitutionele verwachting’ van heroverweging door de wetgever.⁶⁴ Ook zou een indicatie van onverenigbaarheid volgens de rechter een nuttige functie kunnen vervullen wanneer een burger doorprocedeert bij het VN-Mensenrechtencomité; het verdragscomité dat toeziet op naleving van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) waarop verschillende grondrechten uit de NZBORA zijn gebaseerd.⁶⁵

In de zaak *Taylor* voegde de rechter een nieuw instrument toe: de bevoegdheid tot het uitspreken van een formele, in het dictum opgenomen, *Declaration of Inconsistency* (eveneens: *DoI*).⁶⁶ Deze verklaring van onverenigbaarheid

verschilt op punten niet van de reeds gangbare *indicaties* van onverenigbaarheid. Zo volgt ook daaruit volgens het Nieuw-Zeelandse Court of Appeal enkel een constitutionele heroverwegingsverwachting.⁶⁷ Omdat het hier gaat om een formele uitspraakbevoegdheid, wordt de *DoI* echter toch beschouwd als een constitutionele innovatie,⁶⁸ die is omschreven als een ‘dialogue on steroids; a way for the Court to raise its voice if it feels it will otherwise be ignored’.⁶⁹

Tot dusver is de declaratoire bevoegdheid onder de NZBORA volledig ‘judge-articulated and extra-statutory’.⁷⁰ Dat staat op het punt te veranderen. De Nieuw-Zeelandse wetgever is voornemens de in *Taylor* uitgesproken *DoI* te formaliseren. In de thans aanhangige NZBORA (Declarations of Inconsistency) Amendment Bill wordt bepaald wat moet gebeuren nadat ‘senior courts’ een *DoI* hebben uitgesproken. Zo wordt voorzien in een reactieplicht voor de regering. Binnen zes dagen na een finaal oordeel waarin een *DoI* wordt uitgevaardigd, moet de Nieuw-Zeelandse *Attorney-General* deze aan het parlement voorleggen. In beginsel zes maanden na uitoefening van die voorlegplicht, is de verantwoordelijke minister gehouden het parlement te informeren over de beoogde reactie op de *DoI*. Die wetswijzigingen gaan gepaard met de totstandkoming van een reeks ‘parliamentary rules’ (interne parlementaire regels), waarmee wordt voorzien in nadere regels over de behandeling en discussie van de *DoI* en de regeringsreactie daarop. Deze reactieplichten laten de mogelijkheid onverlet om geen wijzigingswetgeving tot stand te brengen.⁷¹

6. Declaratoire differentiatie

In deze paragraaf bespreek ik, geïllustreerd aan de hand van concrete voorbeelden, vier gronden op basis waarvan kan worden gedifferentieerd tussen vormen en varianten van de rechterlijke verklaring van onverenigbaarheid. Die gronden zijn gedestilleerd uit (de toepassingen van) de hiervoor besproken Nederlandse, Britse en Nieuw-Zeelandse declaratoire mechanismen. Zij hebben alle vier betrekking op de kenmerken en vormgeving van het de-

61. Over parallellen met de Britse HRA, zie J. Hiebert & J.B. Kelly, *Parliamentary Bill of Rights. The Experiences of New Zealand and the United Kingdom*, Cambridge: CUP 2015.

62. NZCA 17 december 1999, [2002] NZCA 329 (*Moonen v Film and Literature Board of Review*) en NZSC 20 februari 2007, [2007] NZSC 7, par. 180-192 en 253-254 per McGrath J, alsook par. 57-62 per Blanchard J en par. 88-94 per Tipping J.

63. C. Geiringer, ‘On a road to nowhere. Implied Declarations of Inconsistency and the New Zealand Bill of Rights Act’, *Victoria University of Wellington Law Review* 2009, afl. 3, p. 625; T. Hickman, ‘Bill of Rights Reform and the Case for Going beyond the Declaration of Incompatibility Model’, *New Zealand Law Review* 2015, afl. 1, p. 40 en S. Bookman, ‘Decoding declarations in Taylor. Constitutional ambiguity and reform’, *New Zealand Law Review* 2019, afl. 3, p. 260.

64. *Hansen*, par. 254 per McGrath J (‘reasonable constitutional expectation’).

65. *Moonen*, par. 20 per Tipping J.

66. NZHC 24 juli 2015, [2015] NZHC 1706 (*Taylor v Attorney-General*); NZCA 26 mei 2017, [2017] NZCA 215 (*Taylor v Attorney-General*) en NZSC 9 november 2018, [2019] NZSC 104 (*Taylor v Attorney-General*).

67. *Taylor* (NZCA), par. 151. Overigens maakte het Supreme Court die verwachting niet tot de zijne. Bookman 2019, p. 275-276 noemt dit de ‘key difference’ tussen de *DoI* van het Court of Appeal en het Supreme Court.

68. *Taylor* (NZSC), par. 117 per Elias CJ.

69. C. Geiringer, ‘The constitutional role of the courts under the NZ Bill of Rights: three narratives from Attorney-General v Taylor’, *Victoria University of Wellington Law Review* 2016, afl. 4, p. 563. Het gaat hier niet om een constitutionele eendagsvlieg. Relatief recent sprak het Court of Appeal opnieuw een *DoI* uit in NZCA 22 november 2021, [2021] NZCA 616 (*Chisnall v Attorney-General*).

70. Petrie 2019, p. 616.

71. Ten tijde van het schrijven van deze bijdrage wacht het voorstel nog op de vereiste derde lezing. Voor de actuele status van de behandeling van het wetsvoorstel, verwijs ik de lezer naar de website van het Nieuw-Zeelandse parlement: www.parliament.nz/en/pb/bills-and-laws/bills-proposed-laws/document/BILL_96241/new-zealand-bill-of-rights-declarations-of-inconsistency (laatst geraadpleegd 31 juli 2022).

claratoir in de relatie tussen rechter en wetgever.⁷² Het vertrekpunt van bespreking is telkens de door de staatsraden A-G voorgestelde verklaring van onverenigbaarheid bij toetsing aan hoger, nationaal recht. Met de uiteenzetting van deze vier gronden voor differentiatie streef ik precisering na van de verschillen tussen de hiervoor besproken declaratoire instrumenten, waarbij ik – waar dienstig aan deze bespreking – soms ook aanstip waarom een declaratoir op een specifiek differentiatiepunt een bepaalde vorm heeft aangenomen. Op grond van deze precisering wordt zichtbaar op welke punten het door de staatsraden A-G voorgestelde declaratoir afwijkt van andere (Nederlandse, Britse of Nieuw-Zeelandse) verklaringen van onverenigbaarheid. De volgende vier gronden voor differentiatie komen hierna aan bod:

- Procedurele structurering (paragraaf 6.1);
- Materiële sturing (paragraaf 6.2);
- Dreigende rechterlijke interventie (paragraaf 6.3);
- Binding (paragraaf 6.4).

6.1. Procedurele structurering: reactieplichten, -rechten, -verwachtingen en -termijnen

Met ‘procedurele structurering’ doel ik op het in banen (pogen te) leiden van de reactie van de wetgever door het formuleren van reactieplichten, -bevoegdheden, -verwachtingen of -termijnen, om zo een ‘pathway to legislative change’ te creëren.⁷³ Dergelijke vormen van structurering zijn ‘procedureel’, omdat zij niet zien op de inhoud van de wetgevende reactie en kunnen bij wet zijn vastgelegd of door de rechter zelf worden geformuleerd.

Ik richt mij hier eerst op bij wet vastgelegde vormen van procedurele structurering. Sommige declaratoire instrumenten worden gekenmerkt door de afwezigheid van wettelijke reactie- of heroverwegingsplichten voor de wetgever. Dat geldt voor alle Nederlandse varianten van het declaratoir, waaronder de door Widdershoven en Wattel voorgestelde variant bij toetsing aan hoger, nationaal recht. Uit hun conclusie kan bovendien worden afgeleid dat zij dergelijke procedurele structurering niet noodzakelijk achten voor verdere inzet van dat declaratoir. De staatsraden A-G bepleiten immers de inzet van de verklaring van onverenigbaarheid en overwegen

daarbij nadrukkelijk dat niet gewacht hoeft te worden op een ‘regeling van een verklaring van grondwettelijke onverenigbaarheid’,⁷⁴ oftewel de ‘variant-Van Mierlo’. In die door toenmalig D66-Kamerlid Van Mierlo voorgestelde toetsingsvariant zou worden voorzien in verplichtingen tot heroverweging en deliberatie door regering en parlement na een door de rechter wegens evidente strijd met hoger recht uitgesproken verklaring van onverenigbaarheid.⁷⁵ Ook de *DoI* onder de Britse Human Rights Act wordt gekenmerkt door een ‘lack of formal obligations’.⁷⁶ Datzelfde geldt voor informele verklaringen van onverenigbaarheid. De afwezigheid van reactieplichten wordt wel eens als bezwaarlijk beschouwd. Het risico bestaat dat een declaratoir eenvoudigweg ‘in de lucht komt te hangen’.⁷⁷ Exact die bezwaren zijn ook wel aangevoerd tegen declaratoire varianten in het Nieuw-Zeelandse stelsel.⁷⁸ Ook daarvoor geldt immers vooralsnog dat daaraan geen reactieplichten zijn verbonden.⁷⁹ Die bezwaren worden geadresseerd voor *Declarations of Inconsistency* wanneer de voorgestelde wijzigingen in de NZBORA worden doorgevoerd. Dan wordt immers voorzien in wettelijke kennisgevings- en reactieplichten voor de Nieuw-Zeelandse regering en wetgever.⁸⁰

Verklaringen van onverenigbaarheid op grond van art. 4 HRA gaan in het Britse stelsel overigens wel gepaard met een bij wet toegekende reactiebevoegdheid: het uitspreken van een *DoI* ‘activeert’ immers art. 10 HRA, op grond waarvan wijziging van wetgeving bij *ministerial order* kan worden doorgevoerd.⁸¹ Dat is niet het geval wanneer de Britse rechter een informele verklaring van onverenigbaarheid uitspreekt.⁸²

Ook de rechter kan een rol spelen bij het vormgeven van procedurele structurering. Dat gebeurt wanneer een declaratoir gepaard gaat met het uitspreken van niet-inhoudelijke verwachtingen omtrent het handelen van de wetgever. Zo formuleerde de rechter in de Nieuw-Zeelandse zaken *Hansen* en *Taylor* een expliciete heroverwegingsverwachting.⁸³ Dat doet ook de Britse rechter soms wanneer hij zijn informele, declaratoire instrumentarium inzet.⁸⁴ Een andersoortige wijze van rechterlijke, procedurele structurering betreft de tijdsspanne waarbinnen

72. De rechtsgevolgen daarvan voor niet-procespartijen, de rechtsbescherming van de klager, de vraag of en wanneer de rechter tot het uitspreken van het declaratoir overgaat of andere, niet-juridische onderscheidingsmogelijkheden vormen niet het primaire perspectief van waaruit tot deze vier gronden is gekomen. Mede afhankelijk van het ingenomen perspectief kunnen er waarschijnlijk meer (of andere) differentiatiegronden worden geïdentificeerd. Uitputtende rechtsvergelijking, met een gedetailleerd overzicht van verschillen en overeenkomsten tussen alle varianten, streef ik daarbij in deze bijdrage overigens niet na.

73. Petrie 2019, p. 613.

74. Conclusie Widdershoven & Wattel, par. 9.5.

75. Zie over die door de regering bij de grondwetsherziening van 1983 van de hand gewezen toetsingsvariant Van Houten 2001, p. 14; M.L.P. van Houten, ‘Rechterlijke toetsing van de wet aan de Grondwet’, *NJCM-bulletin* 2003, afl. 7, p. 854 en R. Nehmelman & M.J. Vetzo, ‘De verklaring van grondwettelijke onverenigbaarheid’, in: R. Ortlep e.a. (red.), *De rechter onder vuur*, WLP: Oosterwijk 2016, p. 339-340.

76. Zie Sathanapally 2012, p. 226 en King 2015, p. 187.

77. Voermans 2003, p. 145.

78. *Taylor* (NZSC), par. 127 en 134 *per O’Regan J*: ‘a declaration would simply hang in the air’.

79. Geiringer 2009, p. 642 over de afwezigheid van een ‘express legislative regime’.

80. Paragraaf 5.

81. Paragraaf 4.

82. Petrie 2019, p. 616, 619 en 639.

83. Paragraaf 5.

84. Bijvoorbeeld UKSC 7 juni 2018, [2018] UKSC 27 (*Re Northern Ireland Human Rights Commission*), par. 135 *per Lord Mance*.

de wetgever verwacht wordt te reageren.⁸⁵ Die kan meer of minder precies worden aangegeven en meer of minder dwingende vormen aannemen. Zo ging de Hoge Raad er in *Arbeidskostenforfait* weinig exact van uit dat de wetgever ‘met de nodige spoed’ tot wetwijziging over zou gaan.⁸⁶ In *Eman & Sevinger* werd een iets meer concrete termijn genoemd. De Afdeling bestuursrechtspraak sprak daarin de verwachting uit dat met het discriminatieverbod strijdige kiesrechtwetgeving ‘dusdanig tijdig’ zou worden gewijzigd dat deze voor de volgende Europese verkiezingen zou zijn weggenomen.⁸⁷ Een ‘termijnstelling’ werd, door creatief gebruik van het procesrecht, geformaliseerd in het arrest van de Hoge Raad over de levenslange gevangenisstraf.⁸⁸ Daarin oordeelde de Hoge Raad dat de wijze van tenuitvoerlegging van deze straf in strijd was met art. 3 EVRM. De Hoge Raad oordeelde echter niet dat die straf in het voorliggende geval daarom niet kon worden opgelegd. Hij hield bij tussenarrest verdere behandeling van de zaak met veertien maanden aan in de verwachting dat een op handen zijnde beleidswijziging tot verdere politieke besluitvorming aanleiding zou geven.⁸⁹ Dergelijke termijnen dienen er veelal toe te specificeren op welk moment de rechter (alsnog) zelf rechtsherstel zal bieden als de wetgever nalaat wijzigingswetgeving tot stand te brengen.⁹⁰ Het bevreemdt dan ook niet, dat de staatsraden A-G daarop in hun conclusie niet verder ingaan: verder rechterlijk ‘ingrijpen’ is bij een declaratoir na toetsing van formele wetgeving aan algemene rechtsbeginselen niet mogelijk. De rechter wendt zich tot dat declaratoir omdat art. 120 Gw in de weg staat aan het bieden van rechtsherstel. Een verklaring van onverenigbaarheid vormt in die gevallen het eindstation van rechterlijke interventie.

6.2. Materiële sturing: rechterlijke motivering en de inhoud van wijzigingswetgeving

Met een declaratoir ligt de bal bij de wetgever. Zet de wetgever zich aan wijzigingswetgeving, dan is de vraag in hoeverre hij bij de vormgeving daarvan inhoudelijk (materieel) ‘sturing’ kan ontlenen aan het rechterlijk de-

claratoir. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen ‘negatieve’ en ‘positieve’ inhoudelijke sturing.⁹¹

Ik vang aan met die eerste, negatieve vorm van sturing. Met het declaratoir stelt de rechter vast dat wetgeving onverenigbaar is met hoger recht. Aan die constatering ligt een redenering ten grondslag waaruit blijkt waarom van onverenigbaarheid sprake is. Daarmee biedt de rechter negatieve sturing: hij motiveert wat de wetgever *niet* had mogen doen en waarom dat zo is. Op die manier heeft de rechter ‘ook enige invloed op de inhoud van nieuwe wetgeving’.⁹² Op deze mogelijkheid van materiële sturing wordt bij de Britse *DoI* wel gewezen.⁹³ Ook de Nederlandse rechter die bij strijd tussen wetgeving en verdrags- of Unierecht een declaratoir oordeel velt, kan dat oordeel van een uitgebreide inhoudelijke onderbouwing voorzien en daarmee aangeven welke gebreken om welke redenen verholpen moeten worden.⁹⁴ Het declaratoir uit het *Harmonisatiewet*-arrest blonk niet uit in dergelijk inhoudelijk sturend vermogen. Deze verklaring van onverenigbaarheid is niet voor niets gekarakteriseerd als een overweging ten overvloede, die haast terloops is gedaan en in een tussenzin werd opgenomen.⁹⁵ Daarbij voorzag de Hoge Raad het onverenigbaarheidsoordeel niet van enige vorm van onderbouwing. Over de vraag welke specifieke aspecten van de Harmonisatiewet op welke gronden in strijd werden geacht met welke aspecten van het rechtszekerheidsbeginsel zei de cassatierechter niets. Daarmee liet hij een reeks vragen onbeantwoord, die wel van belang waren voor de onderbouwing van de onverenigbaarheid én voor de vraag hoe die onverenigbaarheid door wijzigingswetgeving verholpen kon worden. Hoewel ‘glashelder’ in zijn onverbiddeelijkheid,⁹⁶ duidelijk was dit declaratoir in die zin allerminst.

De rechter die gehoor geeft aan de oproep van de staatsraden A-G om steeds tot een declaratoir over te gaan waar het bieden van rechtsherstel door art. 120 Gw is uitgesloten,⁹⁷ staat in het licht van dit differentiatiepunt voor een belangrijke vraag: kan hij dat onverenigbaarheidsoordeel uitvoerig motiveren? Vanuit de belangen die zijn gediend met rechterlijke motivering en onderbouwing

85. De staatsraden A-G spreken in hun conclusie (par. 9.5) over gevallen waarin de rechter een declaratoir vergezeld doet gaan van ‘enige aanmoediging om daarmee op te schieten’.

86. *Arbeidskostenforfait*, r.o. 3.18. Later bleek de Hoge Raad deze tijds aanduiding bovendien vrij ruim op te vatten. Zie HR 14 juni 2002, *BNB* 2002/289, m.nt. R.H. Happé (*Vervolg Arbeidskostenforfait*).

87. ABRvS 21 november 2006, *AB* 2007/80, m.nt. P.J. Stolk, r.o. 3.3.3 (*Eman & Sevinger*).

88. HR 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1325, *NJ* 2016/348, m.nt. T. Kooijmans (*Levenslang I*). Zie over termijnstellingen ook Uzman 2013, p. 3 e.v.; J.C. de Wit, *Artikel 94 Grondwet toegepast* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom 2012, p. 203 en 291; Boogaard 2013, p. 15 en de noot van Schutgens bij het arrest in *AA* 2016, afl. 2, p. 123-124.

89. Wijzigingen werden inderdaad doorgevoerd en bij eindarrest door de Hoge Raad EVRM-conform geacht. Zie HR 19 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3185, *NJ* 2019/326, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen (*Levenslang II*).

90. Zie nader paragraaf 6.3. Ook kan uit een termijnstelling wel worden afgeleid dat de rechter de wetgever aan het toetsingsoordeel gebonden acht. Zie Boogaard 2013, p. 128-129 en paragraaf 6.4.

91. Waarbij, zoals bij alle juridisch-dogmatische, binaire onderscheidingen tussen ‘negatief’ en ‘positief’, geldt dat dit onderscheid niet altijd even ‘strak’ gemaakt zal kunnen worden.

92. Uzman 2013, p. 514-515.

93. Zie A. Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, Cambridge: CUP 2009, p. 281-282.

94. Al wordt die mogelijkheid tot explicitering en onderbouwing niet altijd benut. Zie in dit kader, in meer algemene zin over grondrechtelijke verdragstoetsing van wetgeving door de rechter, J.H. Gerards, ‘Wisselwerking tussen rechter en wetgever’ (preadvies Staatsrechtconferentie 2007), in: R. de Lange (red.), *Wetgever en grondrechten*, Nijmegen: WLP 2008, p. 163.

95. Paragraaf 3.

96. Boogaard 2013, p. 125.

97. Paragraaf 2.

zou dat kunnen worden toegejuicht, zeker waar een fundamentele kwestie als de verenigbaarheid van formele wetgeving met hoger recht in het geding is.⁹⁸ Tegelijkertijd vergt dit van de rechter dat hij de grenzen van het toetsingsverbod nog nadrukkelijker opzoekt dan de Hoge Raad met het declaratoir in het *Harmonisatiewet*-arrest al deed. Uitvoerige onderbouwing vergt immers uitvoerige toetsing. Dergelijke toetsing verschilt van het in één zin observeren van een evidente onrechtmatigheid als in het *Harmonisatiewet*-arrest.⁹⁹ Bovendien zal de rechter afhankelijk zijn van procespartijen voor het aandragen van argumenten en bewijs om tot een onderbouwd oordeel van onverenigbaarheid van de wet als zodanig te komen. Hebben procespartijen bij een enkele vaststelling van onverenigbaarheid geen belang, dan zal het daaraan kunnen ontbreken. Hier volsta ik met de constatering dat ook op het punt van negatieve sturing gedifferentieerd kan worden tussen (de toepassing van) declaratoire instrumenten, waaronder potentieel tussen de door Widdershoven en Wattel voorgestelde inzet van de verklaring van onverenigbaarheid en het declaratoir uit het *Harmonisatiewet*-arrest.

Naast die negatieve zijde, kan met een verklaring van onverenigbaarheid ook positief worden aangegeven hoe de wetgever de geconstateerde onverenigbaarheid op zou kunnen lossen. Anders dan de hiervoor besproken (en in wisselende mate aanwezige) negatieve sturing, zit die positieve sturing niet noodzakelijkerwijs ingebakken in het declaratoir.¹⁰⁰ De rechter beschikt over discretie ten aanzien van de vraag of hij overgaat tot het aanreiken van ‘constitutionele hints’: suggesties voor het verhelpen van de onverenigbaarheid.¹⁰¹ De mogelijkheid daartoe zal mede afhangen van de voorliggende casus, maar ook van de rechterlijke rolopvatting, waarbij de vraag is in hoeverre de rechter bevoegd en bereid is zich te bewegen – zoals

Nicol het in de Britse context schetst – ‘outside the four corners of the dispute, and guiding the other wings of government on wider issues of constitutionality’.¹⁰²

De Britse rechter blijkt daartoe bij het uitspreken van een declaratoir met enige regelmaat bereid.¹⁰³ In meerdere zaken ging een formeel of informeel declaratoir gepaard met suggesties voor oplossingsrichtingen.¹⁰⁴ In Nederland wordt wel gesproken van een ‘grondhouding’ van terughoudendheid ten aanzien van dergelijke hints, al is niet uitgesloten dat de rechter soms wel oplossingen aandraagt voor geconstateerde gebreken.¹⁰⁵ Dat blijkt ook wel uit enkele voorbeelden van het declaratoir bij toetsing aan bovennationaal recht. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen meer en minder juridisch onderbouwde constitutionele hints.¹⁰⁶ Een juridisch onderbouwde, door wetssystematiek ingegeven hint kan worden herkend in een arrest van de Hoge Raad over de Participatiewet. De Hoge Raad oordeelde daarin dat een bepaling uit de Participatiewet strijdig was met art. 26 IVBPR, omdat sprake was van ongerechtvaardigd onderscheid tussen samenwonende tweedegraads bloedverwanten en andere samenwonenden met een zorgbehoefte bij berekening van de bijstandsnorm. De Hoge Raad hield het bij een declaratoir en liet het aan de wetgever over om te beslissen hoe die strijdigheid werd verholpen, maar merkte wel op dat een eerder door de Centrale Raad van Beroep gemaakte keuze tot uitbreiding van de uitzonderingspositie voor tweedegraads bloedverwanten ‘duidelijk in strijd’ was met de beginselen van de Participatiewet.¹⁰⁷ Het was aan de wetgever om de oplossing voor het rechtstekort te formuleren, maar dit wel met het advies om op wetssystematische gronden een bepaalde oplossing in ieder geval niet te kiezen.¹⁰⁸ Daartegenover staan suggesties uit de losse pols. Na een belastingregeling over belastingaftrek voor ivf-behandelingen in strijd met art. 1 P12 EVRM te hebben bevonden, merkte de rechtbank Gelderland op

98. Zie ook Gerards 2008, p. 163 en 185 over het belang van motivering en explicitering in deze context.

99. Zie de conclusie van staatsraad A-G Snijders van 18 mei 2022 (ECLI:NL:RVS:2022:1441), par. 7.8 over de in het *Harmonisatiewet*-arrest genoteerde strijd met het rechtszekerheidsbeginsel als zo’n kennelijke onrechtmatigheid.

100. Zie specifiek over de Britse *DoI*, Kavanagh 2009, p. 281-282. Dat ligt potentieel anders wanneer de rechter zich bij evenredigheidstoetsing, bijvoorbeeld in het kader van toetsing aan grondrechten, buigt over de vraag of wetgeving noodzakelijk is om een bepaald doel te bereiken. Daarbij zal de rechter zich immers af kunnen vragen of minder indringende alternatieven voorhanden zijn. Komt hij tot de slotsom dat dit zo is, dan ligt in dat oordeel niet enkel besloten dat de voorliggende wet onrechtmatig is, maar wordt mogelijk ook in enigerlei mate gespecificeerd hoe een minder verstrekkende regeling eruit kan zien. Zie, onder verwijzing naar Zuid-Afrikaanse en Canadese voorbeelden, R. Leckey, *Bills of Rights in the Common Law*, Cambridge: CUP 2015, p. 110-112, waarbij wel de kanttekening past dat de juistheid van deze suggestie afhangt van de wijze waarop de rechter de noodzakelijkheidstrede precies invult. Zie in de context van het EHRM, J.H. Gerards, ‘How to improve the necessity test of the European Court of Human Rights’, *International Journal of Constitutional Law* 2013, afl. 2, p. 482 e.v.

101. Daarover Uzman 2013, p. 622-623, die voorstelt deze op vaste basis in te bouwen in het Nederlandse constitutioneel procesrecht, waarbij de rechter de wetgever in een tussenuitspraak van deze suggesties voorziet.

102. D. Nicol, ‘Law and Politics after the Human Rights Act’, *Public Law* 2006, afl. 4, p. 727.

103. Dit overigens in weerwil van de afwijzing ervan in UKHL 21 januari 2009, [2009] UKHL 3 (*R (Wright)*), in par. 40 *per* Lady Hale. C. Chandrachud, ‘Reconfiguring the discourse on political responses to declarations of incompatibility’, *Public Law* 2014, afl. 4, p. 627-629 omschrijft deze praktijk uitvoeriger.

104. Zie voor een voorbeeld van een suggestie bij een *declaration of incompatibility* UKHL 13 december 2006, [2006] UKHL 53 (*R. (on the application of Clift) v Secretary of State for the Home Department*), par. 67 *per* Lord Brown en voor constitutionele hints bij een informeel declaratoir UKSC 25 juni 2014, [2014] UKSC 38 (*R. (on the application of Nicklinson)*), par. 204-205 *per* Lord Wilson.

105. M.W.C. Feteris, ‘Signalen van de Hoge Raad naar de wetgever’, *RegelMaat* 2018, afl. 6, p. 361. Daarbij past ook de opmerking dat het in de Nederlandse formalistische en bondige rechterlijke argumentatiecultuur minder voor de hand ligt dat de rechter zich suggesties over oplossingsrichtingen jegens de wetgever permitteert dan in het in dit opzicht vrijere Britse en Nieuw-Zeelandse *common law*-systeem.

106. Zie Chandrachud 2014, p. 629 in de Britse context: ‘soft suggestions embody different levels of prescription—in other words, some suggestions are, in fact, “softer” than others’.

107. HR 8 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3081, r.o. 4.5.3, *BNB* 2018/90, m.nt. R.H. Happé (*Participatiewet*).

108. Die hint beïnvloedde uiteindelijk de keuze die de wetgever wilde maken bij het verhelpen van de onverenigbaarheid. Er werd een voorstel ingediend om de uitzonderingspositie voor tweedegraads bloedverwanten in het geheel te schrappen, dat overigens de eindstreep niet

dat het aan de wetgever is een verdragsconforme regeling op te stellen. Deze kan daarbij ook ‘kiezen voor een andere regeling, zoals een subsidieregeling’.¹⁰⁹ Wat de rechtbank daarbij voor ogen heeft is, niet helder,¹¹⁰ maar wel wordt de wetgever gewezen op een specifieke (kenmerkend toelaatbare) oplossing om de onverenigbaarheid te verhelpen. Dat de vraag naar de constitutionele mogelijkheden voor deze suggesties bepaald urgent kan zijn, blijkt wel uit het *Box III*-arrest van de belastingkamer van de Hoge Raad van 24 december 2021. Daarin oordeelde de belastingkamer dat de vermogensrendementsheffing over de jaren 2017 en 2018 in strijd was met art. 1 EP in combinatie met art. 14 EVRM, maar liet hij reparatie van het rechtstekort op systeemniveau aan de wetgever.¹¹¹ Daarmee begint het verhaal echter pas. De wetgever zal een stelsel vorm moeten geven dat wel EVRM-conform is. Heffing naar werkelijk rendement ligt daarbij voor de hand, maar de vraag is hoe dat rendement vastgesteld moet worden. Daarover zegt de Hoge Raad echter niets.¹¹² Annotator Gerverdinck merkt daarbij op dat het praktisch was geweest als de Hoge Raad ‘enige handreikingen’ zou hebben geboden.¹¹³

6.3. Dreigende rechterlijke interventie: rechterlijk ingrijpen op (boven)nationaal niveau

In deze bijdrage is een declaratoir opgevat als een onverenigbaarheidsoordeel waaraan de rechter ‘(vooralsnog)’ geen rechtsgevolgen verbindt. Soms is de wetgever enkel tijdelijk aan zet en zou de rechter op een later moment alsnog rechtsgevolgen kunnen verbinden aan een geconstateerde onverenigbaarheid. Daarbij kan onderscheid worden gemaakt tussen ‘ingrijpen’ door de nationale rechter of door internationale rechtscolleges.

Ik begin met dat eerste. Wanneer de rechter het houdt bij een declaratoir en de wetgever niet tot wetswijziging overgaat, zal de rechter de onverenigbaarheid in een latere procedure niet altijd alsnog kunnen verhelpen. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer de Nederlandse rechter

een verklaring van onverenigbaarheid uitspreekt bij strijd tussen formele wet en hoger, nationaal recht. Zo’n declaratoir heeft te gelden als laatste ‘redmiddel’, daar waar art. 120 Gw aan het bieden van rechtsherstel in de weg staat.¹¹⁴ Laat de wetgever na wijzigingswetgeving tot stand te brengen, dan staan diegenen die benadeeld worden door de met hoger recht onverenigbare wetgeving met lege handen. Iets soortgelijks geldt voor benadeelde burgers in Nieuw-Zeeland en het Verenigd Koninkrijk als de rechter een *DoI* uitspreekt. Die maatregel geldt niet enkel als een ‘measure of last resort’, omdat zij pas dan in beeld komt als grondrechtsconforme interpretatie niet mogelijk is,¹¹⁵ maar ook omdat de remedieële gereedschapskist van de rechter na het uitspreken van een *DoI* volledig leeg is. Je zou kunnen betogen dat dit anders is als de rechter in deze jurisdicties het bij een informeel declaratoir in de rechtsoverwegingen van het vonnis houdt. Na zo’n declaratoir resteert immers nog de ‘dreiging’ van een *DoI*. In de Britse zaken *Nicklinson* en *Northern Ireland Human Rights Commission* schermen enkele Law Lords met die mogelijkheid.¹¹⁶ Van rechterlijk ingrijpen kan dan echter nauwelijks worden gesproken. Het blijft ook *in ultimo* bij een declaratoir van onverenigbaarheid, waarbij, in de woorden van Lady Hale in *Nicklinson* ‘Parliament is free to cure that incompatibility (...) or to do nothing’.¹¹⁷

Dat ligt anders als de Nederlandse rechter declaratoir vaststelt dat wetgeving in strijd is met bovennationaal recht, maar stuit op de grenzen van zijn rechtsvormende taak. In dat geval heeft hij op grond van art. 94 Gw of het Unierecht wel het mandaat om uiteindelijk ‘door te bijten’.¹¹⁸ Laat de wetgever na de onverenigbaarheid te verhelpen, dan sluit de rechter niet uit dat hij in een nieuwe procedure wel rechtsherstel zal bieden.¹¹⁹ In die gevallen bouwt de rechter doorgaans ook ‘enige dreiging’

haalde. Die keuze was volgens de verantwoordelijk staatssecretaris in lijn met de door de Hoge Raad aangegeven ‘richting’. Daarmee betrof het naar haar oordeel ‘geen vrije keuze’. Zie *Handelingen I* 2019/20, nr. 28, item 11, p. 2.

109.Rb. Gelderland 28 juli 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:3995, r.o. 6.2, *FED* 2021/135, m.nt. R. van der Hulle & R. van der Hulle.

110.Vgl. ook annotatoren Van der Hulle & Van der Hulle (*FED* 2021/135), punt 2.

111.HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963, r.o. 3.6.1-3.6.3, *BNB* 2022/27, m.nt. E.J.W. Heithuis (*Box III*).

112.Zie ook *Kamerstukken II* 2021/22, 35927, nr. 92, p. 4.

113.*FED* 2022/9, punt 10.

114.Paragraaf 6.1.

115.Zie voor de Britse *DoI* UKHL 17 mei 2001, [2001] UKHL 25 (*R. v A. (no. 2)*) par. 44 per Lord Steyn.

116.Zie de in paragraaf 4 omschreven oordelen van Lords Neuberger en Wilson in UKSC 25 juni 2014, [2014] UKSC 38 (*R. on the application of Nicklinson*) en Lord Mance (par. 135) in UKSC 7 juni 2018, [2018] UKSC 27 (*Re Northern Ireland Human Rights Commission*).

117.UKSC 25 juni 2014, [2014] UKSC 38 (*R. on the application of Nicklinson*), par. 300 per Lady Hale. Zie echter paragraaf 6.4 over de mogelijkheid van binding aan een Britse *DoI*. Daarbij moet bovendien worden opgemerkt dat de Britse rechter die wetgevend stilzitten voorziet, kan voorkomen dat de klager met lege handen komt te staan door over te gaan tot (vergaande) conforme interpretatie ex art. 3 HRA. Dat gebeurt soms ook. Zie Kavanagh 2009, p. 132 en 135 onder verwijzing naar UKHL 17 mei 2001, [2001] UKHL 25 (*R. v A.*).

118.Over dit fundamentele verschil in uitgangspositie onder art. 94 Gw (bij toetsing aan verdragsrecht) ten opzichte van art. 120 Gw, zie J. Uzman, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, ‘The Dutch Supreme Court: A Reluctant Positive Legislator?’, in: J.H.M. van Erp & L.P.W. van Vliet (red.), *Netherlands Reports to the Eighteenth International Congress of Comparative Law*, Antwerpen-Oxford-Portland: Intersentia 2010, p. 671-672.

119.Dat de rechter in theorie over de bevoegdheid tot ‘doorbijten’ beschikt, betekent overigens niet dat hij daar in de praktijk ook toe over gaat. Zie eerder al Uzman 2013, p. 154, voetnoot 101. Een recent voorbeeld waarin daarvan wel sprake was, biedt een uitspraak van de rechtbank Zeeland-West-Brabant. Nadat de wetgever in de hierboven aangehaalde Participatiewetkwesitie (zie paragraaf 3 en 6.2) op termijn was gesteld, werd geen wetswijziging doorgevoerd. In het stilzitten van de wetgever zag de rechtbank ‘aanleiding om in te grijpen’ door de met verdragsrecht strijdige wetsbepaling buiten toepassing te laten (Rb. Zeeland-West-Brabant 22 oktober 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:5222, r.o. 6.7). Deze uitspraak werd in hoger beroep, op bewijsrechtelijke gronden, echter door de Centrale Raad van Beroep vernietigd (CRvB 17 mei 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:1115).

in het declaratoir in.¹²⁰ De rechter geeft daarmee aan dat hij abstineert op grond van staatsrechtelijke prudentie en niet omdat hij niet bevoegd zou zijn de onverenigbaarheid te verhelpen.¹²¹ Hiervan vormt *Arbeidskostenforfait* een heldere illustratie. De Hoge Raad overwoog daarin dat de rechter niet ‘aanstonds’ in het rechtstekort zou voorzien, maar zulks ‘vooralsnog’ aan de wetgever zou overlaten. Dergelijke overwegingen over de voorlopigheid van het abstinieren, treft men ook in andere rechtspraak aan.¹²² Ook is hier het *Levenslang*-arrest van de Hoge Raad relevant.¹²³ Door creatief gebruik van het procesrecht werd de dreiging van rechterlijke interventie in die zaak bepaald urgent. Zou de ophanden zijnde wijziging van de tenuitvoerleggingspraktijk na het tussenarrest niet tijdig zijn doorgevoerd, dan zou de Hoge Raad (naar alle waarschijnlijkheid) rechtsbescherming hebben geboden door bij eindarrest de door het hof opgelegde levenslange gevangenisstraf niet in stand te laten. Met de inzet van die nieuwe declaratoire variant werd niet enkel duidelijk wanneer de rechter tot ingrijpen over zou gaan, maar ook dat dit ingrijpen nog repercussies zou hebben voor de voorliggende zaak.¹²⁴

Op dit punt verdient eveneens een andere, Nederlandse vorm van het declaratoir aandacht, die strikt genomen buiten de in dit artikel gehanteerde definitie daarvan valt. Het gaat om gevallen waarin de rechter het verhelpen van een rechtstekort bij toetsing aan bovennationaal recht ‘op stelselniveau’ aan de wetgever laat, maar een individuele klager tegelijkertijd wel rechtsherstel biedt door wetgeving buiten toepassing te laten. Die gevallen passen niet binnen de definitie, omdat de rechter daarin voor procespartijen wel rechtsgevolgen verbindt aan een geconstateerde onrechtmatigheid. Hij ‘dreigt’ niet alleen met toekomstig ingrijpen, maar doet dat in het individuele, voorliggende geval direct. Toch worden dergelijke uitspraken veelal in één adem genoemd met de hier omschreven declaratoire mechanismen.¹²⁵ Het *Box III*-arrest van de Hoge Raad van 24 december 2021 past in die benadering. Daarin oordeelde de Hoge Raad dat de forfaitaire heffing

in box III in strijd is met art. 1 EP jo. art. 14 EVRM. De rechter constateerde, onder verwijzing naar *Arbeidskostenforfait*, dat zich geen geschikte rechtsregel liet formuleren om de strijd op te heffen en liet dat ‘aan de wetgever over’.¹²⁶ Tegelijkertijd bood de Hoge Raad wel rechtsherstel aan de individuele belanghebbende door de heffing te berekenen op basis van werkelijk behaald rendement.¹²⁷ In een dergelijk geval kan beter worden gesproken van een ‘tweesporenremedie’, waarbij rechterlijke terughoudendheid op het ‘spoor’ van de wettelijke regeling wordt gecombineerd met een op rechtsbescherming gerichte benadering op het ‘spoor’ van de individuele belanghebbende. Daarover valt het nodige te zeggen.¹²⁸ In het licht van de thematiek van dit artikel laat ik het hier bij de constatering dat hoewel deze remedies soms op één lijn worden gesteld met andere declaratoire mechanismen, hier niet enkel van een declaratoir sprake is.

Ook een inter- of supranationaal rechtscollege kan ‘ingrijpen’ nadat door de nationale rechter een declaratoir is gewezen. Dat geldt bijvoorbeeld voor het Straatsburgse Hof, wanneer een declaratoir is uitgesproken wegens strijd met het EVRM. Die Straatsburgse dimensie vormt een bepaald fundamenteel aspect van de Britse HRA.¹²⁹ De Britse wetgever is op grond van de HRA staatsrechtelijk vrij om na een declaratoir stil te blijven zitten. Opteert hij daarvoor, dan is de kans echter groot dat slachtoffers de stap naar het EHRM zullen zetten én dat het Straatsburgse Hof – met het nationale rechterlijke oordeel in de hand – tot een verdragsschending concludeert.¹³⁰ Het gevolg daarvan is niet alleen het ontstaan van een internationaalrechtelijke plicht om navolging te geven aan het Straatsburgse oordeel,¹³¹ maar ook dat de toezichtmechanismen op de tenuitvoerlegging van de uitspraak in stelling kunnen worden gebracht (art. 46 EVRM). Iets soortgelijks kan worden betoogd voor het Nederlandse declaratoir bij toetsing aan het EVRM of het Unierecht,

120. Boogaard 2013, p. 127-128. Zie ook conclusie Widdershoven & Wattel, par. 9.5 over het ‘peremptoir’ stellen van de wetgever.

121. Zo Uzman 2013, p. 37 en 188-189 onder verwijzing naar Martens 2000. Kritisch: P.P.T. Bovend’Eert, ‘Wetgever, rechter en rechtsvorming: “partners in the business of law”?’, *RMThemis* 2009, afl. 4, p. 151 en in reactie daarop Uzman 2013, p. 174-175. Zie ook R. van der Hulle, *Naar een Nederlandse political question-doctrine? Een beschouwing over de rol van de rechter in politieke geschillen* (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 272.

122. Zie bijvoorbeeld wat langer geleden HR 15 juli 1998, ECLI:NL:HR:1998:AC4289, r.o. 3.14 (*Autokostenforfait*) (overigens subtiel: ‘voorshands disproportioneel’) en HR 14 juli 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6513, r.o. 3.14, *NTRF* 2000/1055, m.nt. M.F. Doornbos (*Goodwill*) (‘vooralsnog’).

123. Zie over dit arrest reeds paragraaf 6.1.

124. Vgl. de noot van Schutgens bij het arrest in *AA* 2016, afl. 2, p. 123, die hier spreekt van een nieuwe constitutionele remedie die sterk lijkt op de door Uzman voorgestelde ‘constitutionele lus’ (Uzman 2013, p. 622).

125. Dat geldt bijvoorbeeld voor het arrest over de verhuurderheffing waarnaar de staatsraden A-G verwijzen, par. 9.5 (p. 107). HR 8 juni 2018, ECLI:NL:HR:2018:846, *BNB* 2018/144, m.nt. J.P. Boer (*Verhuurderheffing*).

126. HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963, r.o. 3.6.2, *BNB* 2022/27, m.nt. E.J.W. Heithuis (*Box III*). Zie ook de conclusie van Widdershoven & Wattel (par. 9.5) die in het kader van de *Box III*-rechtspraak aanstippen dat de rechter gemachtigd noch geëquipeerd is om een beter belastingstelsel te ontwerpen. Zij spreken in dit verband van een ‘political question’.

127. Waarbij de complexiteit mede schuilt in het gegeven dat het rechtsherstel werd geboden in een massaalbezwaarprocedure, waardoor – zoals de Hoge Raad zelf ook opmerkt – die uitkomst ‘van belang kan zijn voor de beslechting van een groot aantal andere geschillen met de daaraan verbonden uitvoeringsproblemen’. HR 24 december 2021, ECLI:NL:HR:2021:1963, r.o. 3.6.4, *BNB* 2022/27, m.nt. E.J.W. Heithuis (*Box III*).

128. Zie over ‘two-track remedial approaches’ K. Roach, *Remedies for human rights violations*, Cambridge: CUP 2021, p. 73-127 en in Nederlandse, fiscale kringen al eerder R.E.C.M. Niessen, ‘De belastingrechter en het gelijkheidsbeginsel’, *TFB* 2009, afl. 1, p. 12.

129. Kavanagh 2009, p. 285-286; S. Gardbaum, *The New Commonwealth Model of Constitutionalism. Theory and Practice*, Cambridge: CUP 2013, p. 195; Leckey 2015, p. 47-48.

130. Kavanagh 2009, p. 284-287 en reeds Van Houten 2001, p. 12 (voetnoot 75).

131. Vgl. Kavanagh 2015 p. 1024 en UKHL 28 november 2007, [2007] UKHL 52 (*R (Countrywide Alliance)*), par. 113 per Lady Hale.

waarbij in dat tweede geval Luxemburgs rechterlijk ingrijpen mogelijk is bij wetgevend stilzitten.¹³²

Daarin verschillen Nederlandse declaratoire mechanismen bij toetsing aan bovennationaal recht en de Britse verklaring van onverenigbaarheid van de Nieuw-Zeelandse varianten, die op dit differentiatiepunt wel als ‘the weakest across the spectrum’ worden beschouwd.¹³³ Hoewel de NZBORA nauw verband houdt met het IVBPR,¹³⁴ wordt het rechtscollège dat op de naleving daarvan toeziet niet als een sterke speler beschouwd. Het VN-Mensenrechtencomité kan geen rechtsherstel bieden en levert enkel niet-bindende conclusies. Ook de zelf geclaimde bevoegdheid om het IVBPR in laatste instantie uit te leggen is controversieel.¹³⁵ Het ontbreken van een sterke internationale rechter bij Nieuw-Zeelandse varianten van het declaratoir vormt volgens veel auteurs dan ook het voornaamste verschil met het Britse stelsel.¹³⁶

Op het ‘spectrum’ van indringendheid, zou evenwel nog een plaats moeten worden ingeruimd voor een andere declaratoire variant, namelijk de Nederlandse bij toetsing aan hoger, nationaal recht. Daarbij ontbreekt het aan de mogelijkheid van later rechterlijk ingrijpen op bovennationaal niveau. De zaken waarin de rechter tot een declaratoir wegens strijd met algemene rechtsbeginselen of de Grondwet komt, zullen immers buiten de reikwijdte van het EVRM of het Unierecht vallen.¹³⁷ Zouden zij daarbinnen vallen, dan ligt het voor procespartijen in de rede (ook) daarop een beroep te doen. Dan is de rechter immers niet gebonden aan de beperkingen die art. 120 Gw oplegt. Daarom ontbreekt het bij zo’n verklaring van onverenigbaarheid niet enkel aan de mogelijkheid van verdere remediële actie aan de zijde van de Nederlandse rechter, maar zal het ook op het internationale rechterlijke veld stil blijven. Ook vanwege het ontbreken van die internationale dimensie kan het Nederlandse declaratoir bij toetsing aan de Grondwet of algemene rechtsbeginselen niet strak op één lijn worden gezet met de Britse *DoI*,¹³⁸ en in mindere mate met de Nieuw-Zeelandse de-

claratoire varianten. Bezien vanuit dit differentiatiepunt is deze Nederlandse declaratoire rechtsfiguur immers nog ‘zwakker’.

6.4. Binding: wetswijziging verplicht?

In het voorgaande ben ik ingegaan op verschillende plichten die na een declaratoir op de wetgever kunnen rusten en op de verwachtingen die de rechter kan uitspreken ten aanzien van het handelen van de wetgever. Één kwestie is daarbij nog onbesproken gebleven: de vraag naar de binding van de wetgever aan het declaratoir. Is deze constitutioneel verplicht tot wetswijziging over te gaan, oftewel: móét hij aan de slag na een declaratoir? De staatsraden A-G lijken wat ambivalent ten aanzien van de vraag of de wetgever na een verklaring van onverenigbaarheid bij toetsing aan hoger, nationaal recht verplicht is tot wetswijziging over te gaan. Enerzijds impliceren zij dat de wetgever daartoe over *moet* gaan,¹³⁹ anderzijds merken zij op dat hun verklaring van onverenigbaarheid aansluit bij de opvatting van het kabinet in reactie op het advies van de Staatscommissie parlementair stelsel waarin nu juist een louter adviserende verklaring wordt overwogen.¹⁴⁰ Van binding is dan geen sprake. De tweede uitleg heeft de beste papieren op grond van art. 120 Gw. Die bepaling legt de verantwoordelijkheid voor de conformiteit van formele wetten met de Grondwet en – via het *Harmonisatiewet*-arrest – nationale, algemene rechtsbeginselen immers in handen van de formele wetgever. Ook als de rechter heeft uitgesproken dat van onverenigbaarheid sprake is, blijft de wetgever vrij daar anders over te denken.¹⁴¹

De vraag is of dat anders ligt bij een declaratoir van de Nederlandse rechter bij toetsing aan bovennationaal recht. Is de wetgever dan tot wetswijziging verplicht? Daarover wordt in de literatuur getwist. Uit het gemene procesrecht kan het antwoord op deze bindingsvraag niet worden afgeleid. Dat procesrecht normeert immers de relaties tussen procespartijen en de wetgever is doorgaans geen procespartij in zaken waarin dat declaratoir wordt uitge-

132. Zie Boogaard 2013, p. 166-181 over het Unierecht en Uzman 2013, onder meer op p. 298-300, over het EHRM.

133. Sathanapally 2012, p. 24.

134. Paragraaf 4.

135. J.H. Gerards, ‘De rechtskracht van niet-bindende uitspraken van verdragscomités op het terrein van de grondrechten’, in: J.H. Gerards, M.W. Scheltema & A.R. Neerhof, *Hybride bestuursrecht. Preadvies Vereniging voor Bestuursrecht (VAR)*, Den Haag: Boom 2016, p. 23, 30 en 31 en Hickman 2015, p. 68-69.

136. Geiringer 2009, p. 618 en 641 e.v.; G. Sigalet, G. Webber & R. Dixon, ‘Introduction’, in: G. Sigalet, G. Webber & R. Dixon, *Constitutional Dialogue: Rights, Democracy, Institutions*, Cambridge: CUP 2019, p. 35 en J. Ip, ‘Attorney-General v Taylor: A constitutional milestone?’, *New Zealand Law Review* 2020, afl. 1, p. 35-70.

137. Dat speelde prominent in de toeslagenaffaire. Zie kritisch over de veronderstelde reikwijdte van het EVRM in dat verband A.A. al Khatib & T.M. Linders, ‘Het EVRM als anker om een nieuwe toeslagenaffaire te voorkomen’, *NJB* 2021/1321, afl. 18, p. 1479-1486.

138. Zie daarentegen Claes e.a. 2021, p. 68 over het *Harmonisatiewet*-obiter als een *DoI* ‘avant la lettre’. Zie ook J.J.J. Sillen, ‘Boekbespreking: B.J.G. Leeuw, Grondwet en eerlijk proces’, *RMThemis* 2014, afl. 6, p. 304 die in Nederland niet snel een ‘waardevolle dialoog’ ziet ontstaan als gevolg van een verklaring van onverenigbaarheid bij toetsing aan de Grondwet, op grond van het argument dat de *Britse* wetgever *DoIs* steevast navolgt. En van dialoog zou ‘pas echt’ sprake zijn als de wetgever een declaratoir naast zich neerlegt. Nog los van de enge (*dual review*) invulling van constitutionele dialoog die daarmee wordt aangehangen (Sathanapally 2012, p. 35-56), kan in afwezigheid van de hier omschreven internationale dimensie bij toetsing aan hoger, nationaal recht in Nederland niet worden uitgesloten dat de Nederlandse wetgever een declaratoir wél (regelmatiger) naast zich neer zal leggen.

139. Een *Harmonisatiewet*-achtige overweging maakt duidelijk welke staatsmacht de schending ‘moet wegnemen [cursivering MJV]’ en dat een declaratoir het aan de wetgever laat om te bepalen ‘hoe die onverenigbaarheid weg te nemen’ en aldus niet toekomt aan de voorafgaande vraag of dat zijns inziens wel moet gebeuren. Conclusie Widdershoven & Wattel, par. 9.5.

140. Kabinetstandpunt over het Advies van de Staatscommissie parlementair stelsel, bijlage bij *Kamerstukken II* 2019/20, 34430, nr. 10, p. 20.

141. Dat de wetgever naar aanleiding van het *Harmonisatiewet*-arrest wel tot wetswijziging is overgegaan, biedt geen bewijs voor het tegendeel. De verantwoordelijke minister hield vol het met de Hoge Raad oneens te zijn: van strijd met het rechtszekerheidsbeginsel was naar zijn oordeel geen sprake en een plicht tot wetswijziging bestond niet. Zie voor een korte bespreking Peters 2010, p. 363 en Boogaard 2013, p. 125.

sproken.¹⁴² Hoewel de opvattingen hierover verschillen, wordt wel betoogd dat het aannemen van enige vorm van binding in de rede ligt.¹⁴³ Ik beperk mij hier tot de constatering dat ook deze 'bindingskwestie' differentiatie tussen verschillende vormen van het declaratoir mogelijk maakt.¹⁴⁴

Dat blijkt ook uit de Britse situatie onder de HRA. De wetgever is daar na een *DoI* procesrechtelijk immers niet tot wetswijziging verplicht, maar tegelijkertijd is sprake van een stevige praktijk van navolging van dergelijke verklaringen van onverenigbaarheid.¹⁴⁵ Dat betreft volgens sommigen meer dan louter feitelijke regelmaat. Zo werd in literatuur al vroeg gesuggereerd dat een constitutionele conventie is ontstaan op grond waarvan de Britse wetgever weliswaar niet onrechtmatig, maar wel onconstitutioneel handelt wanneer geen navolging wordt gegeven aan een *DoI*.¹⁴⁶ Het bewijs voor die stelling is sindsdien alleen maar toegenomen.¹⁴⁷ Voor informele declaratoire varianten bestaat die mogelijke conventie in ieder geval niet, althans een praktijk van navolging waarop zo'n conventie zou stoelen, kan niet worden herkend.¹⁴⁸ Daarmee wordt duidelijk dat het niet uitspreken van een *DoI* meer is dan een kwestie van het verschuiven van de constatering van onverenigbaarheid van het dictum naar de overwegingen van het vonnis: na een *DoI* is de Britse wetgever constitutioneel mogelijk wel verplicht tot wetswijziging over te gaan, terwijl dat bij informele verklaringen van onverenigbaarheid per definitie niet het geval is.

7. Conclusie: mogelijkheden voor declaratoire innovatie door rechter en wetgever

Met de verklaring van onverenigbaarheid van staatsraden A-G Widdershoven en Wattel als vertrekpunt, identificeerde ik op basis van het Nederlandse, Britse en Nieuw-Zeelandse recht vier gronden voor differentiatie tussen vormen van het rechterlijk declaratoir bij toetsing van wetgeving. De eerste grond betreft procedurele structurering: het in banen (pogen te) leiden van de reactie van de wetgever. Dat kan onder meer door middel van wettelijke reactieverplichtingen of reactiebevoegdheden, maar ook door het uitspreken van rechterlijke verwachtingen van heroverweging of meer of minder precieze termijn-

stellingen. De tweede grond betreft de inhoudelijke sturing die de wetgever wordt geboden. Dat doet de rechter door zijn onverenigbaarheidsoordeel (meer of minder uitvoerig) te motiveren, maar kan ook geschieden in de vorm van constitutionele hints waarmee de rechter 'positief' aangeeft hoe een onverenigbaarheid te verhelpen. Ten derde kan onderscheid worden gemaakt tussen declaratoire varianten die gepaard gaan met de dreiging van later rechterlijk ingrijpen op nationaal of internationaal niveau en varianten waarbij die mogelijkheid niet of minder sterk aanwezig is. Tot slot is duidelijk dat sommige verklaringen van onverenigbaarheid de wetgever niet binden, terwijl die bindingskwestie voor andere varianten minder eenvoudig kan worden beslecht. Met deze vier gronden voor declaratoire differentiatie kan onderbouwd worden aangegeven dat de ene verklaring van onverenigbaarheid de andere niet is. Zo blijkt waarom het declaratoir uit het *Harmonisatiewet*-arrest niet op één lijn gezet kan worden met de Britse *declaration of incompatibility*,¹⁴⁹ maar ook dat Nederlandse verklaringen van onverenigbaarheid bij toetsing aan nationale algemene rechtsbeginselen of Grondwet verschillen van declaratoire mechanismen bij toetsing aan verdrags- en Unierecht.¹⁵⁰

De rechtsvergelijking laat bovendien zien dat de declaratoire jurisdictie van de rechter in alle besproken rechtstelsels geen rustig bezit is. In zowel Nederland als het Verenigd Koninkrijk en Nieuw-Zeeland blijkt sprake van recente vernieuwing van het declaratoire instrumentarium van de rechter. Die vernieuwing varieert van de formalisering van *Declarations of Inconsistency* in Nieuw-Zeeland en opkomende Britse informele declaratoire varianten tot de op rechtsbescherming gerichte benaderingen van de Hoge Raad in het *Levenslang*-arrest en het *Box III*-arrest van 24 december 2021. De hiervoor geschetste differentiatie dient ook in dit verband een doel: die stelt ons in staat scherper te identificeren op welke punten verdere ontwikkeling van het declaratoire arsenaal van de rechter mogelijk is. Daarop richt ik mij in het slot van dit artikel. Ik doe dat, in lijn met de conclusie van de staatsraden A-G, specifiek voor het declaratoir bij toet-

142.Zie Sillen 2010, p. 89 en Uzman 2013, p. 186-188 over de relaties die het procesrecht normeert.

143.Zo betoogt Uzman 2013, p. 186-188 dat van binding sprake is op grond van een beginsel of conventie van constitutionele hoffelijkheid. Van Loon 2014, p. 383 spreekt daarentegen enkel over een 'advies' van de rechter aan de wetgever en J.J.J. Sillen, 'Boekbespreking: G. Boogaard, Het wetgevingsbevel', *TvCR* 2014, p. 275 merkt op dat het bij een declaratoir als in *Arbeidskostenforfait* ontbreekt aan de grondslag om ook rechtens binding aan te nemen.

144.In een nog te verschijnen proefschrift hoop ik over deze bindingskwestie meer duidelijkheid te kunnen geven.

145.Paragraaf 4. Over het formeel niet bindende karakter van de *DoI* het *Rights Brought Home* White Paper, par. 2.13; de Kabinetsnota 'Constitutionele toetsing van formele wetten' (*Kamerstukken II* 2001/02, 28355, nr. 2, p. 9); Van Houten 2001, p. 11; Sathanapally 2012, p. 23; Adams 2021, p. 313 en EHRM 29 april 2008, 13378/05, AB 2008/213, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, par. 39 (*Burden/VK*) over de afwezigheid van een 'legal obligation'.

146.Kavanagh 2009, p. 136 en 289. Over het conventiebegrip in het VK, zie uitgebreid G.J.A. Geertjes, *Staatsrecht en conventie in Nederland en het Verenigd Koninkrijk*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, p. 15-188.

147.Zie King 2015, p. 182 en 186 die wel opmerkt dat het desalniettemin te vroeg is om tot het bestaan van zo'n conventie te concluderen. Zo ook Chandrachud 2014, p. 638-641.

148.Petrie 2019, p. 616 en 626 en Adams 2021, p. 329. Dat geldt ook voor de Nieuw-Zeelandse informele varianten (*Indications of Inconsistency*). Die zijn niet bindend, noch is van een praktijk van navolging sprake (Gardbaum 2013, p. 141-144 en 149-151). De praktijk van formele *Declarations of Inconsistency* is in Nieuw-Zeeland nog te beperkt om hierover uitsluitel te geven, al staat ook hier het formeel niet-bindende karakter voorop.

149.Zie onder meer paragraaf 6.3, noot 138 en bijbehorende tekst.

150.Zie paragraaf 6.1-6.4.

sing van formele wetgeving aan hoger, nationaal recht door de Nederlandse rechter.¹⁵¹

Een mogelijke vorm van verdere ontwikkeling door de rechter betreft de inhoudelijke onderbouwing van een dergelijke verklaring van onverenigbaarheid. Zou de rechter die een declaratoir uitsprekt zijn toetsingsoordeel uitdrukkelijk en uitgebreid motiveren, dan ontwikkelt deze verklaring van onverenigbaarheid zich van de ‘passing judicial comment’ uit het *Harmonisatiewet*-arrest tot onderbouwd onverenigbaarheidsoordeel.¹⁵² Bovendien zou de Nederlandse rechter, net als de Nieuw-Zeelandse rechter, kunnen expliciteren dat een declaratoir gepaard gaat met een constitutionele verwachting van heroverweging door de wetgever.¹⁵³

Innovatie van dit declaratoir is echter niet enkel voorbehouden aan de rechter. Ook de wetgever kan daarbij een rol spelen. Dat kan door het structureren van de wetgevende reactieprocedure nadat de rechter een verklaring van onverenigbaarheid heeft uitgesproken. Daarmee kan een formeel ‘pathway to legislative change’ worden opgetuigd, dat verzekert dat een declaratoir door de wetgever wordt opgepakt en mogelijk leidt tot aanpassing van wetgeving.¹⁵⁴ Uit het voorgaande blijkt dat daarbij wel de nodige keuzes moeten worden gemaakt. Zo kan worden geopteerd voor heroverwegingsplichten, kennisgevingsplichten en reactietermijnen. Aansluiting bij de op handen zijnde Nieuw-Zeelandse wetgeving is mogelijk, maar ook de optie die Kamerlid Van Mierlo ooit aandroeg, biedt perspectief.¹⁵⁵ Een staatsrechtelijk complexe en controversiële innovatie zou bestaan uit het toekennen van reactiebevoegdheden, zoals art. 10 van de Britse HRA dat doet, door toe te staan dat onverenigbaar verklaarde formele wetgeving middels lagere wetgeving wordt gewijzigd.¹⁵⁶ Het feit dat de wetgever aangeeft dat bepaalde plichten voortvloeien uit een declaratoir zou daarbij een stimulerende werking kunnen hebben op de bereidheid van de rechter om tot het uitspreken van een declaratoir

over te gaan en zijn onverenigbaarheidsoordeel uitvoeri-
ger te motiveren.¹⁵⁷

De *grondwetgever* hoeft er bij dit alles niet aan te pas te komen. Ook onder het huidige art. 120 Gw maakt het declaratoir immers al deel uit van de rechterlijke gereedschapskist bij toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet of algemene rechtsbeginselen.¹⁵⁸ Dat neemt niet weg dat het voornemen van het kabinet-Rutte IV tot wijziging van art. 120 Gw voor de vraag naar declaratoire vernieuwing van belang is.¹⁵⁹ Hoewel het vorige kabinet-Rutte niet afwijzend stond tegenover een (niet-bindend) declaratoir als alternatief voor constitutionele toetsing met rechtsgevolg,¹⁶⁰ blijkt uit de in juli 2022 gepresenteerde ‘Hoofdlijnennotitie constitutionele toetsing’ dat het kabinet-Rutte IV niet voornemens is om een declaratoire wending te geven aan de uitwerking van constitutionele toetsing. Het kabinet staat toetsing met rechtsgevolg voor.¹⁶¹ Toch blijft de vraag naar vernieuwing van het declaratoir bij toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet of algemene rechtsbeginselen relevant. Ook de rechter die rechtsgevolgen kan verbinden aan constitutionele toetsing zal het in voorkomende gevallen immers bij een declaratoir houden.¹⁶² Wijziging van het toetsingsverbod is bovendien een bepaald complexe en onzekere aangelegenheid die vele jaren in beslag zal nemen. Tot het proces van grondwetswijziging is doorlopen, blijft de vraag hoe de nadelig geachte gevolgen van het toetsingsverbod tot een minimum kunnen worden beperkt.¹⁶³ De hier geschetste vormen van vernieuwing kunnen daarvoor van belang zijn. De mogelijkheden voor declaratoire innovatie door rechter en wetgever verdienen ook daarom onverminderde aandacht.

151. De normatieve vervolgvraag of specifieke vormen van vernieuwing ook *wenselijk* zijn, hangt af van een weging van vele argumenten die het bestek van deze bijdrage te buiten gaat.

152. Petrie 2019, p. 639. Zie paragraaf 6.2. Daarmee kan bovendien in voorkomende gevallen de vraag naar constitutionele hints relevant worden.

153. Paragraaf 5 en 6.1. De grondslag voor een dergelijke heroverwegingsverwachting kan worden gevonden in het beginsel van constitutionele hoffelijkheid, waaruit kan worden afgeleid ‘dat de wetgever zich iets gelegen laat liggen aan een rechterlijke uitspraak waarin een wettelijke regeling als strijdig met mensenrechten of bepaalde zwaarwegende rechtsbeginselen wordt aangemerkt’. Zie J.J.J. Sillen & J. Uzman, ‘Constitutionele hoffelijkheid als eis voor een weerbare rechtsstaat. Over loyale samenwerking, wederzijds respect en constitutionele conventies’, in: R.J.N. Schlössels, J.J.J. Sillen & R.B.J. Tinnevelt (red.), *Naar een weerbare rechtsstaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 429.

154. Paragraaf 6.1.

155. Dat kan middels wetgeving, maar ook door wijziging van het reglement van orde. Zie Claes e.a. 2021, p. 68.

156. Paragraaf 4. De mogelijkheid om bij lagere regelgeving van hogere regelgeving af te wijken, ligt in Nederland staatsrechtelijk complex, maar kan niet geheel worden uitgesloten. Zie aanwijzing 2.31 van de Aanwijzingen voor regelgeving en ook S. van Oort, ‘De Conventie-Jurgens: afwijkingsbevoegdheden constitutioneel geduid’, *RMTbemis* 2021, afl. 3, p. 119-127.

157. Zo ook Claes e.a. 2021, p. 68 en in de Nieuw-Zeelandse context Geiringer 2009, p. 646 over de rechterlijke ‘shift in mindset’ die het gevolg kan zijn van het formaliseren van de verklaring van onverenigbaarheid.

158. Paragraaf 2.

159. *Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst. Coalitieakkoord 2021-2025*, p. 6.

160. Paragraaf 6.4.

161. In de Hoofdlijnenbrief constitutionele toetsing wordt op p. 14-15 gesproken van een bindend toetsingsoordeel op grond waarvan de rechter formele wetgeving buiten toepassing mag laten.

162. Zoveel laat de bespreking van de verklaring van onverenigbaarheid bij toetsing aan verdrags- en Unierecht wel zien (paragraaf 3). Dat erkent het kabinet ook (Hoofdlijnenbrief, p. 15). Bovendien is nog onduidelijk of het kabinet de hier omschreven toetsing ook wil toestaan bij toetsing aan algemene rechtsbeginselen, zoals het evenredigheidsbeginsel (Hoofdlijnenbrief, p. 9). Wordt daarvoor niet geopteerd, dan zal – net als thans het geval is – het declaratoir soms het enige instrument zijn dat de rechter voorhanden heeft.

163. Claes e.a. 2021, p. 68.