

‘Globalisering en rechtsstatelijke waarborgen: de Grondwet als ankerpunt?’

Verslag van het symposium op 22 januari 2009
(Juridisch Forum, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties)

Inhoud

Voorwoord	3
Opening door mr. H.P. Heida, directeur CZW	5
Lezing ‘Globalisering en rechtsstatelijke waarborgen’ prof. mr. P.A. Nollkaemper (Universiteit van Amsterdam)	7
Presentatie onderzoeksresultaten prof. dr. L.F.M. Besselink (Universiteit Utrecht) en prof. dr. R.A. Wessel (Universiteit Twente)	15
Slides presentatie Besselink en Wessel	22
Commentaar onderzoeksresultaten door mevrouw mr. drs. W.E.M. van Bladel (Ministerie van Buitenlandse Zaken) prof. mr. M. Scheltema (voorzitter Programmaraad van het Hague Institute for the Internationalisation of Law)	31
Zaaldiscussie	38
Deelnemerslijst	53

Voorwoord

Op 22 januari 2009 werd in Pulchri Studio het symposium ‘Globalisering en rechtsstatelijke waarborgen: de Grondwet als ankerpunt?’ gehouden. Dit naar aanleiding van het onderzoek ‘De invloed van ontwikkelingen in de internationale rechtsorde op de doorwerking naar Nederlands constitutioneel recht’ van prof. dr. L.F.M. Besselink en prof. dr. R.A. Wessel, in opdracht van de directie Constitutionele Zaken en Wetgeving van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Aan dit symposium bewaar ik goede herinneringen.

Het symposium heeft ook een vervolg gekregen. De op 9 juli 2009 geïnstalleerde staatscommissie Grondwet buigt zich onder meer over de invloed van de internationale rechtsorde op de nationale rechtsorde en de vraag of deze invloed een andere vertaling zou moeten krijgen in onze grondwettelijke doorwerkingsystematiek. Bijgaand (geredigeerd) woordelijk verslag van de bijeenkomst op 22 januari dient ter inspiratie voor de leden van deze staatscommissie, maar kan hopelijk ook bijdragen aan een bredere wetenschappelijke doordenking van dit thema. Daartoe nodig ik u allen uit.

Mr. H.P. Heida

Directeur Constitutionele Zaken en Wetgeving

Opening

Mr. H.P. (Harke) Heida, directeur CZW

Dames en heren,

Ik heet u allen, namens de directie Constitutionele Zaken en Wetgeving van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, van harte welkom bij het symposium van vanmiddag. Een speciaal woord van welkom aan de sprekers, de hoogleraren Nollkaemper, Besselink, Wessel en Scheltema, mevrouw Van Bladel en onze dagvoorzitter professor De Lange. Mevrouw Lijnzaad, de Juridisch Adviseur op Buitenlandse Zaken, moet zich helaas verontschuldigen. Mevrouw Ineke van Bladel, senior jurist bij de directie Juridische Zaken, zal haar vanmiddag vervangen.

Het symposium van vanmiddag heeft als titel meegekregen 'Globalisering en rechtsstatelijke waarborgen: de Grondwet als ankerpunt?'.

We vinden dit een buitengewoon belangrijk onderwerp, waar ook een prachtig rapport over is geschreven dat vanmiddag uitvoerig aan de orde zal komen, en we zijn ook heel blij dat van veel ministeries vertegenwoordigers aanwezig zijn. Niet alleen van Buitenlandse Zaken, Justitie en Binnenlandse Zaken, altijd een beetje de 'usual suspects' bij dit onderwerp, maar ook van allerlei andere vakdepartementen. En daarnaast zijn er veel mensen van veel verschillende universiteiten vanmiddag naar Den Haag getrokken.

Ik wil graag iets zeggen over de aanleiding en context van het onderzoeksrapport van professor Besselink en professor Wessel, dat vanmiddag het onderwerp van discussie is. In oktober 2006 werd in de Tweede Kamer met algemene stemmen de motie-Visser aangenomen. De Kamer overwoog hierin onder meer dat, en dan citeer ik, 'in de afgelopen decennia internationale verdragen zijn geratificeerd, waarin geen rekening is c.q. kon worden gehouden met internationalisering zoals die begin 21e eeuw praktijk is'. En de Kamer overwoog verder dat 'soortgelijke grondwettelijke bepalingen als de onze niet in alle EU-lidstaten van kracht zijn en dat dezelfde internationale afspraken dus binnen de EU tot afwijkende uitkomsten kunnen leiden'. De Kamer wilde van een onafhankelijke commissie weten 'hoe het internationaal en het Europees recht doorwerkt in de nationale rechtsorde', 'hoe het internationaal recht doorwerkt in de Europese rechtsorde' en 'wat de consequenties van een en ander zijn voor de Nederlandse wetgever'. In reactie daarop heeft het kabinet in het najaar van 2007 een brief aan de Kamer gestuurd, waarin een uiteenzetting stond over hoe het internationaal en Europees recht, naar het huidige recht, doorwerkt in het Nederlands recht. Dat nam natuurlijk niet weg dat de vraag nog op tafel lag of de grondwettelijke doorwerkingsbepalingen nog wel toegesneden zijn op de ontwikkelingen in het internationale recht. Die bepalingen stammen immers uit de jaren '53/'56. Over die vraag gaat het voorliggende onderzoek.

Het onderzoek werd nog relevanter door het advies van de Raad van State over de staatscommissie en door de baanbrekende uitspraak van het Hof van Justitie van de EG inzake *Kadi/Al Barakaat*. Die zaak handelde over één van de terrorismesanctielijsten. In de zaak-Kadi, en in het rapport wordt daarover uitgebreid gesproken, overwoog het Hof dat bij de implementatie van VN-resoluties, en dan citeer ik, 'geen afbreuk kan worden gedaan aan de constitutionele beginselen van het EG-verdrag'. De Raad van State zag, in zijn advies over de staatscommissie, met name door het gebrek aan rechtsbescherming tegen plaatsing op de terrorismesanctielijsten, dat er reden is tot zorg voor mogelijke aantasting van de Nederlandse democratische rechtsorde door de internationale samenwerking. En de Raad stelt dan ook voor om een voorbehoud in de Grondwet op te nemen dat besluiten van internationale organisaties géén voorrang hebben boven Nederlands recht, als de bepalingen afwijken van wezenlijke constitutionele waarden en hiertegen géén effectieve rechtsbescherming openstaat. Nou, daarmee hebben we de problematiek denk ik vol op tafel.

Gisteren vond overigens, om nog even naar de actualiteit te gaan, in de Tweede Kamer de tweede termijn plaats van het Algemeen Overleg over de staatscommissie. En de invloed van de internationale rechtsorde op de nationale rechtsorde en de bescherming van de constitutionele waarden vormt een wezenlijk bestanddeel van die opdrachtverlening. Dat was gelukkig ook een onderwerp wat gisteren niet echt ter discussie kwam. Gisteren ging het vooral over het al dan niet opnemen van een preambule in de Grondwet.

Dus de relevantie van het onderwerp dat we hier vanmiddag aan de orde hebben, wordt ook door de Kamer gedeeld. En we hopen en verwachten dan ook dat het rapport en het resultaat van vanmiddag een belangrijke input vormt voor de in te stellen staatscommissie.

In het rapport presenteren Besselink en Wessel een aantal opties om binnen de nationale rechtsorde de doorwerking van het internationale recht constitutioneel te verankeren, te versterken. Dat roept een aantal spannende vragen op die nog tot de nodige discussie zullen leiden. Ik wilde een paar van die vragen even heel kort noemen. Ze zullen denk ik vanmiddag uitgebreid aan de orde komen. Een eerste is: wordt de democratische rechtsorde inderdaad in zijn kern aangetast door de toegenomen internationale samenwerking, of is dat nou een overtrokken beeld? Hier mogen we denk ik ook wel naar de praktijk kijken.

Een volgende vraag: Is de Grondwet het ankerpunt om constitutionele waarden te beschermen tegen het internationale recht of zou je dat toch ook ergens anders moeten zoeken? Is het regelen hiervan in de Grondwet namelijk niet een nederlaag van het internationale recht, waarvan we de doorwerking in '53 en '56 met zoveel nadruk in de Grondwet hebben opgenomen. En gaat het ook niet ten koste van de effectiviteit van het internationale recht? Betaal je daar dan achteraf niet misschien een te hoge prijs voor? En wat betekent deze discussie voor de hiërarchische verhouding tussen het internationale en nationale recht? Gaan we toe naar een meer pluralistische rechtsorde waarin de constitutionele normen voorop staan en niet zozeer de internationaalrechtelijke oorsprong van de bestreden rechtsnormen?

En wat zijn eigenlijk die wezenlijke constitutionele normen die we willen beschermen? Hoever moeten we daarin gaan?

Kortom, vragen te over.

'De wereld is veranderd en we moeten met de wereld mee veranderen', zei de nieuwe president van de Verenigde Staten, Barack Obama, in zijn inauguratiespeech. De wereld is inderdaad veranderd, maar de vraag blijft natuurlijk of dan ook onze grondwettelijke doorwerkingsystematiek moet meeveranderen. Dat lijkt ons een boeiende vraag voor vanmiddag. Ik hoop op een vruchtbare discussie.

Het is, en dat zult u me niet euvel duiden, voor ons, voor Binnenlandse Zaken, natuurlijk ook vooral van belang om te proberen vanmiddag zoveel mogelijk concrete input te krijgen op de vraag: moeten we de Grondwet aanpassen en zo ja, op welke punten? Want daar zal de staatscommissie, en vervolgens wij, mee aan de slag moeten. Brede beschouwingen zijn natuurlijk ook prachtig, maar een beetje toegesneden op die concrete vragen zou het voor ons wel extra interessant maken. Ik dank u voor uw aandacht en geef graag het woord aan de dagvoorzitter.

Voorzitter - prof. mr. R. de Lange

Dames en heren, hartelijk welkom. Ik wil u om te beginnen vragen er even aan te denken uw mobieltje uit te zetten en bij alles wat u zegt beknoptheid in acht te nemen. Oscar Wilde heeft ooit gezegd 'beleefde mensen spreken niet elkaar tegen, maar spreken alleen zichzelf tegen'. Dat hoeft u niet te doen, maar het is denk ik wel zo aardig als zoveel mogelijk mensen de gelegenheid krijgen om aan de discussie deel te nemen. Wat de heer Heida net al in zijn inleiding zei over de focus op de wenselijkheid, of misschien zelfs de noodzaak, van grondwetsherziening, kwam aardig overeen met mijn idee om te proberen aan het eind van de middag u zoveel mogelijk uit te lokken daar uw licht over te laten schijnen.

Maar voordat we dat kunnen doen, komen er eerst een paar sprekers en één van die sprekers is niet Liesbeth Lijnzaad zoals aangekondigd, maar Ineke van Bladel. Die komt na de pauze aan het woord. Voor de pauze komen eerst achtereenvolgens professor André Nollkaemper en de rapporteurs aan het woord. Ik geef nu de gelegenheid aan professor Nollkaemper om zijn lezing te presenteren.

Lezing 'Globalisering en rechtsstatelijke waarborgen'

Professor mr. P.A. (André) Nollkaemper (Universiteit van Amsterdam)

Dank u, voorzitter. Dames en heren, mijn rol is wat ondankbaar, omdat ik voorafga aan de presentatie van het rapport en dus niet gelijk mijn kruik kan verschieten door kritiek te geven op datgene wat nog moet worden gepresenteerd. Aan mij is gevraagd om een wat brede context te schetsen van de ontwikkelingen die hebben geleid tot het rapport van de heren Besselink en Wessel.

De rechtsstaat is een verworvenheid van de nationale soevereine staat. Ook in 2009, nu het recht grotendeels is geïnternationaliseerd, blijft de rechtsstaat principieel een nationaal concept, verbonden met, en afhankelijk van, de nationale soevereine staat. Het is moeilijk om ons iets voor te stellen bij rechtsstatelijke waarborgen buiten, althans zonder, de nationale soevereine staat. Het wereldwijde streven om falende staten, 'failed states', te versterken met als doel ze om te vormen tot sterke rechtsstaten, illustreert de noodzakelijke verbinding tussen het ideaal van de rechtsstaat en de soevereine staat. Maar tegelijkertijd heeft het proces van globalisering de aard van de rechtsstaat fundamenteel veranderd. De moderne rechtsstaat is ingebed in een complexe, gelaagde, geïnternationaliseerde structuur. Deze nieuwe internationale omgeving biedt uitdagingen en bedreigingen. Uitdagingen in de zin dat we via de nationale rechtsstaat tekorten in de internationale rechtsorde kunnen compenseren. Bedreigingen omdat tekortkomingen in de rechtsstatelijke waarborgen op internationaal niveau de verworvenheden van onze eigen rechtsstaat kunnen aantasten. Het zegt wellicht iets over de tijdgeest, althans van de tijd waarop deze bijeenkomst werd aangekondigd, in een pre-Obama tijdperk, dat de nadruk vandaag meer ligt op de bedreigingen dan op de kansen en de uitdagingen. Ik kom daar zo meteen nog op terug.

Globalisering en de rechtsstaat: een paradox

Ik heb slechts één andere sheet dan deze en die bevat de zeven onderwerpen waar ik u doorheen zal nemen. Om de bedreigingen van rechtsstatelijke waarborgen, en mogelijke antwoorden op die bedreigingen, op hun waarde te kunnen schatten, zal ik eerst enige opmerkingen maken over het proces van globalisering voor zover dat van belang is voor de nationale rechtsstaat. Ik zal de invloed van de globalisering op de rechtsstaat benoemen als paradox.

Het aspect van globalisering dat ons vandaag vanuit het perspectief van de Nederlandse Grondwet in het bijzonder interesseert, is de herlocatie van het publieke gezag. Herlocatie, weg van de soevereine staat. Die herlocatie heeft in hoofdzaak twee oorzaken: de eerste is de internationalisering van het publieke gezag, in het bijzonder in internationale organisaties. Meer en meer internationale organisaties krijgen meer en meer bevoegdheden. Publiek gezag wordt ook meer en meer ingebed in, en beïnvloed door, informele internationale samenwerkingsvormen tussen staten, of vaker tussen organen, netwerken van organen, van staten. Er is een uitgebreid netwerk van samenwerkingsvormen waarin besluiten worden voorbereid en bepaald. De rol van de staat beperkt zich, steeds meer, tot uitvoering van besluiten die zijn voorbereid elders.

De tweede oorzaak van de herlocatie van het publieke gezag betreft de grensoverschrijdende invloed van private of gemengd privaat-publieke actoren. De grensoverschrijdende rol van banken en investeerders in de kredietcrisis illustreert het punt. De staat kan corrigeren, maar loopt in wezen achter de feiten aan. Beide oorzaken, internationalisering van publiek gezag en de opkomst van grensoverschrijdende private en publiek-private samenwerkingsvormen, leiden tot een uitholling van de rol van de politiek, en daarmee van het recht, binnen de nationale rechtsstaat.

Het recht komt in toenemende mate van buiten - en is niet langer de resultante van de politiek binnen de nationale rechtsstaat. De *Kadi*-zaak, al genoemd, is natuurlijk het voorbeeld bij uitstek dat het punt maakt. De resoluties die Kadi op de terroristenlijst deden belanden werden voorbereid en vastgesteld in New York. De rol van de Nederlandse politiek en van het Nederlandse recht is beperkt tot de uitvoering.

Hoewel Kadi zonder meer het meest spraakmakende voorbeeld is, is het niet het enige. Er zijn meer voorbeelden, verder weg van de schijnwerpers. De situatie van Kadi is in zekere zin vergelijkbaar met de situatie van Nederlandse binnenschippers die zich geconfronteerd zien met een besluit van de Centrale

Rijnvaartcommissie om de veiligheidseisen voor rijnscheepvaart aan te scherpen. De Nederlandse schippers stellen dat dit besluit grote financiële gevolgen heeft voor met name de kleinere scheepvaart, uiteindelijk zal leiden tot grote aantallen faillissementen en wellicht op gespannen voet staat met het recht op eigendom. Ook hier is de rol van de Nederlandse politiek, en het Nederlandse recht, beperkt tot het uitvoeren van de besluiten van de CCR, de Centrale Commissie voor de Rijnvaart. Tot uitvoering van bovennationaal vastgesteld recht dus.

De rechtsstaat ontleent zijn betekenis aan de binding van het publieke gezag aan het recht, aan het beginsel dat publiek gezag niet arbitrair wordt uitgeoefend en van het bieden van een onafhankelijke rechterlijke waarborging daar waar een geschil ontstaat tussen het publieke gezag en de burgers.

In de mate, en in die gevallen, waarin het publieke gezag niet meer binnen de staat wordt uitgeoefend, of waarin het wordt beïnvloed of zelfs bepaald door extern gezag, missen de waarborgen van de nationale rechtsstaat hun doel. En hiermee kan globalisering het beschermende karakter van de rechtsstaat uithollen. De nationale rechtsstatelijke waarborgen zijn niet van toepassing, of althans krachteloos, in het geval van Kadi. Ze zijn evenzeer niet van toepassing, of althans krachteloos, in het geval van de besluiten van de Centrale Commissie voor de Rijnvaart waar het gaat om de rechten van de binnenschippers.

Hiermee ontstaat iets als een paradox. Enerzijds is een sterke nationale rechtsstaat een essentiële voorwaarde voor de toepassing, uitvoering, effectiviteit van het internationale recht. Internationale afspraken zullen zonder gevolg blijven als er niet een sterke nationale rechtsstaat is, die in staat is om de toepassing, en daarmee rule of law, te verzekeren. Het lot van het internationale recht in 'failed states' illustreert het punt: internationaal recht heeft en mist daar de basis om toegepast te worden. Anderzijds holt hetzelfde proces van globalisering - dat leidt tot al die afspraken die afhankelijk zijn van de nationale rechtsstaat - het vermogen van de nationale rechtsstaat om zelfstandig waarborgen te bieden uit. Die paradox lijkt mij de basis voor de bijeenkomst van vandaag.

Opties buiten de nationale rechtsstaat

De bijeenkomst van vandaag richt zich, ik kom aan mijn tweede punt, in het bijzonder op oplossingen op nationaal niveau, met het perspectief vanuit de Nederlandse Grondwet. Maar dat lijkt mij, in zekere zin, een secundaire vraag. De eerste stap zou moeten zijn het zoeken van oplossingen op het niveau waar de problemen zijn ontstaan. En dat is het internationale, bovennationale niveau. Daarbij is ook een strategische overweging van belang. Te snel grijpen naar nationale oplossingen neemt wellicht de incentive weg om op bovennationaal niveau naar verbetering te streven. Als staten nationaal kunnen verzekeren dat besluiten van een CCR of de Veiligheidsraad zonder gevolgen blijven, waarom zouden we ons dan nog druk maken over de hervorming van de Centrale Commissie voor Rijnvaart, laat staan de Veiligheidsraad? Een voor de hand liggende optie is dan ook het streven naar versterking van de rechtsstatelijke waarborgen en met name ook de rechtsbescherming op bovennationaal niveau. Dat is natuurlijk niet altijd eenvoudig. De problemen bij hervorming van de procedures in de Veiligheidsraad zijn groot en evident. Maar in het geval van de Centrale Rijnvaartcommissie - met een klein aantal staten minder high politics - is voor mij in het geheel niet evident waarom er geen ordentelijke procedure kan worden ingesteld waarin besluiten van de Rijnvaartcommissie aan een beoordeling zouden kunnen worden onderworpen, waarmee de rechtsstatelijke waarborgen op bovennationaal niveau worden voorzien.

Het wordt vaak gezegd dat we niet zonder meer het nationale model van rechtsstatelijke waarborgen kunnen overplaatsen naar internationaal niveau. Beginzelen van de nationale rechtsstaat zouden niet goed, niet identiek, kunnen functioneren in een anders, horizontaal, georganiseerde internationale samenleving. We zouden ons bijvoorbeeld tevreden moeten stellen met politieke controlemechanismen in plaats van onafhankelijke rechterlijke controle. Illustratief is dat de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties, die zich momenteel buigt over het onderwerp van rechtsstatelijkheid op internationaal niveau, essentieel andere onderwerpen voor ogen heeft waar het gaat om de rule of law op internationaal niveau dan als het gaat om de rule of law op nationaal niveau. Maar het lijkt mij dat naarmate de internationale en de nationale rechtsstaat nauwer met elkaar verweven raken, het minder zinvol en minder wenselijk is om te blijven denken in termen van een strikte scheiding tussen rechtsstatelijkheid bovennationaal en rechtsstatelijkheid nationaal. Politieke controlemechanismen kunnen in een strikt intergouvernementele situatie aanvaardbaar zijn. Maar op het moment dat de rechten van burgers worden geraakt zou de lat hoger

moeten liggen en zouden rechtsstatelijke waarborgen moeten voldoen aan dezelfde eisen die we stellen op nationaal niveau.

We moeten ook nadenken over beginselen en procedures die informele vormen van samenwerking kunnen inbedden in een rechtsstatelijk kader. Veel zou al gewonnen worden als we zouden komen tot ontwikkeling van beginselen van administratief recht, zoals wij die nationaal toepassen, in de besluitvorming binnen internationale organisaties. Veel zou al gewonnen zijn als de besluitvorming binnen de Centrale Commissie voor de Rijnvaart en de Veiligheidsraad zou voldoen aan dezelfde eisen van transparantie, motivering en zorgvuldigheid die wij nationaal stellen. Een minstens even grote uitdaging betreft het inbedden van private en privaatspublieke grensoverschrijdende samenwerkingsvormen in een rechtsstatelijk kader. Dit kan vragen om een erkenning van zelfregulerend vermogen van private actoren, maar wel binnen publieke randvoorwaarden.

Tegen de achtergrond van dergelijke internationale, althans bovennationale, uitdagingen en oplossingen, betreft het onderwerp van vandaag de gevolgen van globalisering voor de grondwettelijke positie. Een uiterst nauw aspect. Begrijp me niet verkeerd, het is een heel belangrijk aspect, dat onze volle aandacht vraagt, maar een besef van een bredere context kan van belang zijn bij het formuleren van een antwoord op de specifieke vragen die wij ons vanuit grondwettelijk perspectief moeten stellen. Het is niet waarschijnlijk dat een geïsoleerde behandeling van een probleem tot de meest passende, meest effectieve, meest daadkrachtige oplossing leidt voor het probleem dat globalisering ons stelt.

Globalisering en doorwerking

Indien ik tegen die achtergrond, ik kom tot het derde punt, me dan richt op het verband tussen globalisering en doorwerking, dienen we allereerst vast te stellen dat in zekere zin er niks nieuws aan de orde is. Historisch is er altijd een direct verband geweest tussen het proces van internationale rechtsvorming en de wijze van de receptie van die internationale regels in de nationale rechtsorde. De beginselen die staten hebben gekozen om de verhouding tussen het internationale en nationale recht te moduleren, te reguleren, zijn altijd gebaseerd geweest, noodzakelijkerwijs, op een bepaalde perceptie van de aard en kwaliteit van het proces van internationale rechtsvorming. En dit heeft vanouds geleid tot twee tegengestelde bewegingen met als extreme posities het relatieve monisme van Nederland en het relatieve dualisme van het Verenigd Koninkrijk, met alle klankkleuren die daartussen bestaan.

Globalisering, met de daaraan verbonden nieuwe normatieve processen, stelt in die zin niet een geheel nieuwe uitdaging. Hooguit geeft het een eigen, nieuwe dynamiek aan de verhouding tussen internationaal en nationaal recht. En die dynamiek verloopt in hoofdzaak langs twee, tegengestelde trends.

De eerste trend, als we dit rechtsvergelijkend bezien, is de trend van integratie. Een trend van een toenemende verweving tussen het internationale en het nationale. We kunnen dan zeggen dat het proces van globalisering, van de vermenging van het lokale, het nationale en het internationale, haaks staat op het idee van een formele scheiding tussen de internationale en de nationale rechtssfeer. Deze lijn gaat uit van een normatieve en juridische eenheid tussen ons handelen in de nationale en in de internationale samenleving. De praktijk van veel staten ondersteunt deze trend. Vele staten hebben in de afgelopen decennia hun grondwettelijke structuren opengesteld voor internationaal recht.

Ook betekenisvol is de wereldwijde praktijk van rechters. Die in toenemende mate, vaak ongehinderd door formele constitutionele belemmeringen, hun nationale recht verbinden met bovennationale normen. We zien spectaculaire voorbeelden hiervan in India, Zuid-Afrika, maar ook in veel Oost-Europese staten. Hier wordt gezocht naar normatieve verbindingen tussen het nationale en internationale, niet langer naar scheidingen tussen die sferen.

De tweede trend van globalisering is die van desintegratie. Van voortdurende, of zelfs nieuwe, scheidingen tussen het internationale en het nationale domein. We zien meer en meer pogingen om de uitoefening van publiek gezag op bovennationaal niveau te onderwerpen aan nationale controle. In Canada is gepoogd - net tevergeefs, maar het scheelde niet veel - om de geschillenbeslechtingprocedure in het kader van de NAFTA te onderwerpen aan Canadees constitutioneel recht. Het Supreme Court van Sri Lanka oordeelde dat het Mensenrechtencomité van de Verenigde Naties niet was geworteld in de Grondwet van Sri Lanka en dat het Supreme Court om die reden geen gevolg kon geven aan een uitspraak van het Mensenrechtencomité naar aanleiding van een schending van het IVBPR door Sri Lanka. Ook de uitspraken van het Supreme Court

van de Verenigde Staten in *Sanchez Llamas* en *Medellin* passen in deze lijn. Niet alleen werd de toepassing van het Weens verdrag inzake consulaire betrekkingen ondergeschikt gemaakt aan Amerikaans recht. Maar ook, en belangrijker, werd aan de oordelen van het Internationaal Gerechtshof geen gewicht toegekend bij de toepassing van het Weens Verdrag. De redenen daarvoor graven veel dieper dan de tekstuele interpretatie van het Optioneel Protocol.

De redenen, zoals geformuleerd door het Supreme Court van de Verenigde Staten in beide zaken, zijn symptomatisch voor een nieuw dualisme dat wordt geïnspireerd door een wantrouwen tegen besluiten van niet-democratisch gekozen, en in de ogen van veel Amerikanen niet-legitieme, internationale instituties. In zekere zin past ook de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap inzake *Kadi*, in deze desintegrerende lijn. Deze voorbeelden kunnen worden gezien als nieuwe, nationalistische tendensen die nieuw leven geven aan het dualisme. Evenals het oorspronkelijke dualisme van Triepel en Anzilotti, de geestelijke grondleggers van het dualisme, wordt het gevoed door argwaan tegen de kwaliteit en de legitimiteit van internationale besluitvorming. De ondoorzichtigheid van globalisering versterkt deze argwaan. En het is deze argwaan die nu blijkbaar ook, blijkens deze bijeenkomst, Nederland heeft bereikt.

Nederland

De positie van Nederland, ik kom aan het vierde punt, binnen het thema van globalisering en doorwerking is zonder meer een bijzondere. Gezien het uiterst open karakter van de Nederlandse rechtsorde, was het onvermijdelijk dat op enig moment de vraag gesteld werd wat de invloed van globalisering zou moeten zijn, of is, op het Nederlandse constitutionele bestel. Sinds 1914, maar in ieder geval sinds 1953, kunnen we zeggen dat Nederland een van de meest open grondwettelijke systemen heeft ter wereld wat betreft de verhouding tussen internationaal en nationaal recht. Alle regels van internationaal recht, ongeacht de oorsprong, zijn integraal deel van de Nederlandse rechtsorde. Vanaf het moment dat die regels internationaal verbindend zijn voor Nederland is geen nadere regelgeving vereist en kunnen deze regels van internationaal recht onder bijzondere voorwaarden, bovenal de voorwaarde van een ieder verbindendheid, bovendien formele wetgeving en zelfs de Grondwet opzij zetten. Weinig staten hebben ons daarin gevolgd. Tot op zekere hoogte kunnen we zeggen dat dit open karakter van Nederland een package deal is met artikel 91 van de Grondwet, dat bepaalt dat Nederland niet wordt gebonden aan verdragen zonder voorafgaande goedkeuring door het parlement. Maar die package deal is op z'n best heel incompleet. De reikwijdte en impact van artikel 91 is relatief beperkt, zeker in het licht van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen en zeker ook als gevolg van besluiten van internationale organisaties die zich vergaand onttrekken aan parlementaire goedkeuring. Hoe dan ook is democratische legitimatie geen wisselgeld voor gebreken in de rechtsbescherming.

Het is duidelijk dat het weglekken, de herlocatie, van publiek gezag voor Nederland bijzondere risico's met zich meebrengt. Internationale regels, ook als die niet zijn onderworpen aan enige vorm van democratische controle, en als die niet zijn onderworpen aan enige vorm van rechtsbescherming, kunnen integraal deel uitmaken van de Nederlandse rechtsorde en kunnen onder voorwaarden zelfs het Nederlandse recht, en zelfs de Nederlandse Grondwet, opzij zetten. Het *Kadi*-scenario illustreert die kwetsbaarheid van de Nederlandse rechtsorde. Noch de Nederlandse wetgever, noch de Nederlandse rechter zouden in staat zijn geweest, of wellicht in de toekomst zijn mocht het scenario zich nog gaan afspelen, om de toepassing van die sancties in Nederland tegen te houden. Zij zouden geen mogelijkheid hebben om te voorkomen dat een besluit dat niet is ingebed in Nederlandse constitutionele structuren, en dat niet is onderworpen aan adequate rechtsbescherming, de Grondwet opzij zet. Het zou kunnen worden gezegd, en ik sta ook niet geheel onsympathiek tegenover dat standpunt, dat we in Nederland teveel hebben weggegeven door de voorrang van de Grondwet op te geven, net zozeer als we teveel hebben weggegeven door het volledig onttrekken van de doorwerking van het Europees recht aan onze nationale Grondwet.

Enige kwalificaties

Maar voordat we die conclusie werkelijk kunnen trekken, moeten we, ik kom aan het vijfde onderwerp, de kwestie wel in perspectief zien. Bovenal is de vraag hoe ernstig het probleem is, hoe vaak doet dit probleem zich voor? En wat zijn de andere belangen die moeten worden afgewogen bij een beoordeling van de risico's? Een aantal kwalificaties lijkt me op zijn plaats.

Om te beginnen lijkt me dat we moeten vaststellen dat, ondanks het grote en groeiende aantal internationale

organisaties, het aantal besluiten van internationale organisaties dat bindend is voor Nederland, en dat het risico biedt dat zij de Grondwet opzij zetten, uitermate beperkt is. Ik laat de EU hier buiten beschouwing. We zien spectaculaire voorbeelden, *Kadi*, we zien minder bekende voorbeelden, de Centrale Commissie voor de Rijnvaart, maar het lijkt me dat in algemene zin het aantal resoluties en daarmee de omvang van het probleem, kan worden overschat en dat meer zou moeten worden onderzocht om hoeveel resoluties en besluiten het werkelijk gaat die zouden kunnen raken aan de Grondwet.

Dat wil niet zeggen dat andere activiteiten van organisaties, ik denk aan de Wereldbank – dat wil zeggen: anders dan formele bindende besluiten, niet de nationale rechtsstaat kunnen ontwortelen. Maar die andere activiteiten onttrekken zich aan de modererende invloed van de bepalingen over doorwerking van internationaal recht in de nationale rechtsorde en moeten daarom hier buiten beschouwing blijven.

Het relatief geringe aantal gevallen dat onze Grondwet daadwerkelijk opzij zou kunnen zetten, zou van invloed moeten zijn op onze beoordeling van de ernst van de situatie en van de oplossingen.

Een tweede factor die we in onze overwegingen moeten betrekken is dat de rechtsstatelijke waarborgen waar we ons druk over maken, in belangrijke mate zélf zijn geïnternationaliseerd. In veel gevallen waarin de besluiten van internationale organisaties, of een verdragsbepaling, raken of dreigen te raken aan de fundamentele grondwettelijke waarden, zullen we zien dat die grondwettelijke waarden zelf ook erkend zijn in en deel uitmaken van het internationale recht. Hoewel er geen een op een verhouding bestaat tussen fundamentele normen van de nationale rechtsstaat en fundamentele internationale normen, zal er vaak wel een dergelijke overlap zijn. Dat geldt vooral natuurlijk voor de rechten van de mens.

In een geval als *Kadi* kunnen we zeggen dat de resoluties van de Veiligheidsraad botsten op een norm van intern EU-recht. Dat is uiteindelijk wat het Hof van Justitie zei. Maar het Hof gaf ook aan dat deze norm werd beschermd door internationaal recht zelf. In het geval van de Centrale Commissie voor de Rijnvaart - als we hier voor het argument van vandaag de kaart spelen dat het zou botsen met het recht van eigendom, ook in dat geval zou natuurlijk het recht van de binnenschippers zelf zijn beschermd door het internationaal recht. In die zin gaat het in veel gevallen niet zozeer om botsing tussen het internationale en nationale niveau, maar om een botsing binnen de internationale rechtsorde die dan ook binnen de internationale rechtsorde kan worden opgelost. Antwoorden daarop zijn niet altijd evident, maar het leidt niet per se tot een heroverweging van de Grondwet. Ik kan in herinnering roepen de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak-*Short*, waar de Hoge Raad binnen het systeem van de Grondwet voorrang kan geven aan door het internationale recht beschermde mensenrechten, daarmee komend tot het buiten toepassing laten van het uitleveringsverdrag met de Verenigde Staten. Onze Grondwet verhindert die oplossing niet.

Een derde kwalificerende factor is dat het bestuur, en vooral de rechter, tal van instrumenten, mechanismen, tot zijn beschikking heeft die de invloed van het internationale recht op het nationale recht kunnen matigen. En dat geldt dan natuurlijk vooral voor het leerstuk van de rechtstreekse werking. De grote meerderheid van internationale rechtsregels die in Nederland van toepassing zijn voldoet niet aan de criteria die de Hoge Raad stelt voor rechtstreekse werking. Dat wordt vaak bekritiseerd vanuit de gedachte dat dit de effectieve toepassing van internationaal recht belemmert, maar dat heeft in het debat van vandaag ook z'n positieve kant. Het beginsel van rechtstreekse werking kan dan functioneren als filter, als buffer, tegen internationaal recht dat raakt aan regels van nationaal recht. We moeten niet vergeten dat het beginsel van rechtstreekse werking primair, ook naar de letter genomen, beoogt het legaliteitsbeginsel als kernwaarde van de nationale rechtsstaat te beschermen. In die zin kan en moet de vraag worden gesteld of het beginsel van rechtstreekse werking niet op een kritischer, in ieder geval systematischer, manier zou moeten worden toegepast. Ik kan hier in herinnering roepen de discussie in de Eerste Kamer over het al dan niet aanwezig zijn van rechtstreekse werking van de Resolutie van de Veiligheidsraad inzake de overlevering van Charles Taylor aan het Sierra Leone Tribunaal in Den Haag. Een meer strikte toepassing van het beginsel van de rechtstreekse werking in die kwestie zou wellicht de effectieve toepassing van de Resolutie van de Veiligheidsraad hebben belemmerd, zou wellicht onze regering niet perse welgevallig zijn geweest, maar zou wel de grondwettelijke waarborgen van Charles Taylor hebben beschermd. We moeten daarbij ook niet vergeten dat als een besluit van een internationale organisatie, of een andere regel van internationaal recht, niet rechtstreeks werkend is, dat natuurlijk niet betekent dat de internationale regel daarmee in Nederland niet van belang is. De Staat, de organen van de Staat, worden nog steeds daaraan gebonden. De enige kwestie is dat deze norm niet verbindend is voor individuen en in die zin niet rechtstreeks door de rechter

kan worden toegepast boven daarmee strijdig nationaal recht. En daarmee is de angel er toch wel uit.

Al met al lijkt me dat in het licht van deze en enige andere kwalificaties het probleem wellicht minder zwaar is en wellicht op andere manieren kan worden opgelost.

De waarde van ons monisme

Als we dan toch, ondanks het feit dat het gaat om een relatief beperkt aantal gevallen, ondanks het feit dat een deel van die gevallen binnen de internationale rechtsorde kan worden opgelost en niet per se leidt tot een botsing tussen het internationale en nationale, en ondanks mogelijkheden die het leerstuk van rechtstreekse werking biedt, als dan tóch een categorie gevallen overblijft waar er inderdaad sprake kan zijn van een botsing tussen een regel van het internationaal recht en nationale grondwettelijke waarden, dan kan inderdaad de vraag rijzen of het wenselijk is ons grondwettelijk systeem van doorwerking te heroverwegen.

Betekent de mogelijkheid van dergelijke unieke gevallen dat we toe zouden moeten geven aan een dualistische reflex? Om die vraag goed te beoordelen, lijkt me dan nog één aspect het waard om hier genoemd te worden en dat is de internationale betekenis en waarde van het monistisch systeem dat in Nederland is gekozen.

Ons monistische systeem is een voorwaarde voor de effectieve toepassing van internationaal recht en daarmee van de rule of law. Van de rule of international law. Die uiteindelijk alleen maar kan werken als een staat bereid is in de nationale rechtsorde vorm te geven aan regels van internationaal recht. In een tijdperk waar we ons heel druk maken over de rule of international law, is het nogal wat om die basisvoorwaarden weg te nemen. Het Nederlandse open systeem heeft ook een belangrijke symbolische voorbeeldfunctie. Wij denken, althans daar zijn sporen van te vinden in de Grondwetgeschiedenis, dat ons open systeem is gekozen omdat het internationale recht dat vraagt. Die opvatting is zeker geen gemeengoed indien we rechtsvergelijkend kijken. Maar het is opmerkelijk dat in de laatste jaren er een steeds groter aantal gevallen is waar hoogste rechters van staten hebben verwezen naar artikel 27 van het Weens verdragenverdrag - wat in wezen de internationale regel van de voorrang van het volkenrecht is - als basis voor de voorrang binnen de nationale rechtsorde. Net als Nederland dat heeft gedaan. Er zijn zeer interessante recente uitspraken uit Indonesië, Letland en Argentinië waar letterlijk met een beroep op artikel 27 de nationale wet opzij wordt gezet om voorrang te geven aan internationaal recht. Dat is de trend die is gezet door Nederland en waar Nederland ook steeds deel van uitmaakt, een trend die heel veel kan doen om de doorwerking en het effect van internationaal recht te versterken. We zouden ons dus goed moeten afvragen of temidden van alle andere beleidsopties een dualistische draai aan het Nederlandse model het signaal is dat wij willen afgeven in deze wereldwijde ontwikkeling. Het Nederlandse model staat voor eenheid van handelen in een nationale en internationale rechtsorde. Dat is een groot goed. Het goed hoeft niet beschermd te worden tegen elke prijs, maar we zouden het niet moeten opgeven tenzij er echt geen andere oplossing denkbaar is.

Afronding

Ik kom tot enige afsluitende opmerkingen. Globalisering is een ongewis proces. De tegengestelde reacties die het uitlokt op het punt van doorwerking illustreren de complexiteit. Enerzijds kan het leiden tot het opgeven van de strikte scheiding tussen het internationale en nationale, anderzijds kunnen tekortkomingen in termen van totstandkoming, inhoud en rechtsbescherming, en meer in het algemeen in de legitimiteit van bovennationale besluitvorming, leiden tot nieuwe scheidslijnen. Bij het maken van een keuze tussen de opties lijkt het me van primair belang te beseffen dat het reguleren van doorwerking slechts één van de vele wijzen is waarop we om kunnen gaan met de uitdagingen van globalisering. Onze energie is zeker zo hard nodig voor het verbeteren van rechtsstatelijke waarborgen op bovennationaal niveau, in formele en informele sferen, en in de private sector. Op al deze gebieden daagt globalisering ons uit om vooruit te kijken en nieuwe antwoorden te formuleren, niet om terug te grijpen naar oude oplossingen die we op goede gronden hebben verlaten.

Ik dank u voor uw aandacht.

Voorzitter

Dank u zeer. Ik hoop dat de rapporteurs de verleiding kunnen weerstaan om meteen op alle punten in te gaan, want ik zou ze straks bij de plenaire discussie de gelegenheid willen geven om dat nog afzonderlijk te doen en nu eerst hun rapport te presenteren. Ze hebben besloten om dat in omgekeerd alfabetische volgorde te doen, dus het woord is nu eerst aan professor Ramses Wessel.

Presentatie onderzoeksresultaten

‘Naar een bredere constitutionele verankering van het monisme’¹

Professor dr. R.A. (Ramses) Wessel (Universiteit Twente)

Dank u wel voorzitter. Hartelijk dank ook aan de directie Constitutionele Zaken en Wetgeving voor deze toch eervolle bijeenkomst die rondom ons rapport is georganiseerd. Dank aan de heer Heida en ook vooral Hans Klok voor de organisatie hiervan.

Leonard Besselink en ik hebben afgesproken dat wij deze presentatie (zie slides) in twee gedeelten zullen gaan doen. Ik zal beginnen met het schetsen van de achtergrond van het rapport. Vervolgens zal Leonard Besselink, en daar zit u ongetwijfeld op te wachten, komen tot de constitutionele oplossingen. Ik wil wel gelijk de schijn wegnemen dat ik voor de problemen heb gezorgd en dat Leonard Besselink voor de oplossingen zorgt.

Eén opmerking vooraf, in reactie op wat André Nollkaemper net opmerkte. Kijkend naar de titel van het rapport: is het nou de dualistische reflex die je in ons rapport tegen komt? Ik denk het niet. Wij hebben geprobeerd het in ieder geval zó te formuleren en brengen dat je heel goed in monistische termen naar dit thema kunt kijken. We proberen dat met name te doen door de internationale rechtsorde, en de waarborgen die daar in zitten, juist een ruimere plek te geven in de nationale rechtsorde. Ik zal verder proberen niet al teveel in te gaan op wat André Nollkaemper heeft gezegd. Dat komt later.

Het hele rapport is gebaseerd op een onderzoeksvraag die door het Ministerie van Binnenlandse Zaken is geformuleerd: *In hoeverre zijn de artikelen 93 en 94 Grondwet nog voldoende toegesneden op de ontwikkelingen in het internationale recht, met name vanuit het perspectief van democratische legitimatie en individuele rechtsbescherming, en op welke wijze is eventuele aanpassing daarvan noodzakelijk?*. Deze vraag heeft ons uiteraard ook bepaald in het schrijven van het rapport. Dit is wat men wilde weten, dus daar hebben wij geprobeerd antwoord op te geven. Dat laat ook gelijk zien waarom we ons geconcentreerd hebben op het nationale niveau.

Natuurlijk zou het fantastisch zijn als je op internationaal niveau ook van alles kon bereiken en we schrijven daar graag nog een tweede rapport over. De primaire focus van dit rapport richt zich echter op wat er nationaal zou kunnen gebeuren, met name ook kijkend naar de artikelen 93 en 94 van de Grondwet. In hoeverre zijn die twee bepalingen nog voldoende toegesneden op de nieuwe ontwikkelingen die we allemaal constateren en die net ook weer geconstateerd zijn. Dit met name gelet op de begrippen democratie en rechtsstaat, en rechtsbescherming in brede zin; welke begrippen centraal staan in het rapport.

Het probleem dat geschetst is in de onderzoeksvraag vindt u ook terug in het advies van de Raad van State met betrekking tot de opdrachtverlening aan de staatscommissie Grondwet, die er naar ik heb begrepen vast wel een keer zal komen. Ik benadruk overigens dat dit rapport van de Raad van State kwam nádat het ministerie ons de opdracht had gegeven, dus ook weer alle lof voor het ministerie om zo pro-actief de ontwikkeling voor te zijn.

Als je goed naar het advies van de Raad van State kijkt, zie je dat de Raad eigenlijk vrij ver gaat in een aantal van zijn formuleringen. Er is volgens de Raad bij internationale samenwerking buiten de EU *‘zorg voor een mogelijke aantasting van de Nederlandse democratische rechtsorde, nu die samenwerking steeds dieper ingrijpt in de Nederlandse rechtsorde en niet steeds gewaarborgd is dat daarbij wezenlijke beginselen van democratie en rechtsstaat in acht worden genomen’*.

¹ De definitieve titel van het onderzoeksrapport luidt: ‘De invloed van ontwikkelingen in de internationale rechtsorde op de doorwerking naar Nederlands constitutioneel recht; een ‘neo-monistische’ benadering’.

Veel minder vraagstellend nog dan wij het doen worden hier al bijna conclusies getrokken. Dat is nog sterker het geval in deze passage: *'Nu het democratische en rechtsstatelijke gehalte van de rechtsregels die op internationaal niveau tot stand zijn gekomen, niet zonder meer is gegarandeerd, rijst de vraag welke mogelijkheden er zijn voor de Nederlandse staat om de overdracht van bevoegdheden kritisch te toetsen aan de beginselen van de eigen democratische rechtsorde, en die overdracht zo nodig te voorkomen, en vervolgens welke mogelijkheden er zijn om greep te houden op de wijze van uitoefening van bevoegdheden die al overgedragen zijn'*.

Op dat laatste punt kom ik straks nog even terug, met name als het gaat om internationale organisaties die langzamerhand af en toe een eigen leven lijken te gaan leiden.

De wetenschap staat niet stil. Of de wetenschap vooruitloopt of dat wij altijd reageren op ontwikkelingen die in het beleidsveld geconstateerd worden, het zal ongetwijfeld een wisselwerking zijn. Feit is dat dit onderwerp 'hot' is. Niet alleen hier, maar ook in de wetenschappelijke wereld, kijkend naar alle onderzoeksprogramma's van de universiteiten. Het gaat de laatste tijd veel over de wisselwerking tussen het nationale, het internationale en het Europese. Dat heeft te maken met een toch wat andere kijk die niet alleen nationale juristen maar ook internationale juristen hebben gekregen op de verhouding tussen het nationale en internationale. Waar juristen de neiging hebben om zich op te sluiten in hun eigen rechtsorde en daar van alles en nog wat te bestuderen zonder oog te houden voor wat om hun heen gebeurt, wordt nu de term 'fuzzy borders' vaak gebruikt. Dit om aan te geven dat waar wij vroeger dachten in harde scheidslijnen tussen de rechtsordes, dat nu wat vager is geworden. Deze verandering in de juridische wetenschap heeft ook een oorzaak in de politieke wetenschap en de bestuurskunde, waar de laatste tien jaar buitengewoon veel aandacht is geweest voor wat men 'multi-level governance' noemt. Uiteindelijk zijn juristen daar ook wat gevoeliger voor geworden en dat heeft effect gehad op het denken over monisme en dualisme. Het woord pluralisme is al gevallen. Ik denk dat deze term de komende tijd nog veel vaker terug zal komen.

Waar gaat het dan om? Er wordt eigenlijk gepoogd een eind te maken aan de hiërarchie tussen de internationale en de nationale rechtsorde door deze rechtsordes meer te zien als naast elkaar bestaande rechtsordes, die, afhankelijk van het geval en afhankelijk van de inhoud van de normen, een bepaalde invloed op elkaar hebben. Dat kan betekenen dat niet altijd geldt dat internationaal recht voorgaat op nationaal recht of andersom.

Een punt dat ook veel opgekomen is, in ieder geval in de wetenschappelijke analyses van de laatste paar jaren, is de aandacht voor niet-staatelijke actoren. Het internationale recht had natuurlijk grotendeels aandacht voor de staten als de belangrijkste actoren in de internationale rechtsorde. De laatste jaren is die aandacht heel duidelijk verschoven naar andere actoren, als internationale organisaties en multinationals, die een steeds belangrijkere rol zijn gaan spelen.

Tot slot valt in de wetenschappelijke literatuur de aandacht op voor wat men 'informele internationale normatieve processen' noemt. Er gebeurt iets normatiefs, maar de nieuwe regels die worden geformuleerd zijn niet per definitie regels die vastgelegd worden in verdragen tussen staten of in besluiten die door internationale organisaties worden genomen, maar veelal in afspraken door internationale organisaties onderling. Of deze regels worden afgesproken in internationale gremia waar af en toe staten bij zitten, maar ook heel vaak niet. Dat soort 'standard setting normative practices' hebben ook in de literatuur veel aandacht gekregen.

Goed, waar hebben we het over als we het over internationale normen hebben? Wat zijn nou de normen waar we rekening mee moeten houden? Dan kijk je in eerste instantie naar verdragen als belangrijkste bron van internationale regels. Ook daar zie je een verandering. Waar vroeger veel vaker gewerkt werd met open normen, waarbij de implementatie werd overgelaten aan de nationale staten, zijn internationale afspraken tegenwoordig vaak erg gedetailleerd. Het gaat veel vaker om hele concrete, technische vaststelling van normen. Ambtenaren moeten ook vaak naar een internationaal gremium toe om daar mee te praten over wat er gebeurt. Sterker nog: het zijn niet eens vaak de beleidsmakers die er naartoe gaan. Het zijn heel vaak mensen van technische nationale agentschappen die daar naartoe gestuurd worden, omdat het vaak om hele specifieke 'standard setting' gaat. Dat is een verandering die breed in de literatuur, en ook door ons, geconstateerd wordt.

Voorbeelden van verdragen die een dergelijk 'standard setting' effect hebben zijn de Framework Convention on Climate Change, het Kyoto Protocol, de Aarhus Convention on access to information, public participation in decision-making, and access to justice regarding environmental matters, het Zeerechtverdrag (UNCLOS) en een aantal WTO-overeenkomsten. Met name Alvarez, een van de grote schrijvers op dit vlak, heeft een paar jaar geleden in een vrij dik boek redelijk uitputtend uiteengezet wat er allemaal gebeurt in de internationale samenwerking en hij wijst er op dat het gaat om 'rules', het gaat om 'standards', het gaat om 'regulations', het gaat om 'procedures' en het gaat om 'practices'. En al die vormen van internationale samenwerking en vastgelegde afspraken, op wat voor vlak dan ook, die kunnen op een gegeven moment een effect hebben, ook binnen de nationale rechtsorde. Sterker nog: die móeten op een gegeven moment een nationaal effect hebben; waarom spreek je ze anders internationaal af?

Die afspraken kunnen de vorm hebben van verdragen, maar ze kunnen ook de vorm krijgen van wat dan genoemd wordt 'informele beleidsafspraken', 'memoranda of understanding', 'gentlemen's agreements', of wat voor titel je er verder aan wilt geven. We noemen ze in ieder geval niet 'verdrag'. De mensen van Buitenlandse Zaken, van de directie Juridische Zaken met name, hebben mooie lijsten met woorden die vermeden moeten worden om te voorkomen dat een internationale afspraak als verdrag gezien wordt. In het rapport laten we zien dat dat in heel veel gevallen behulpzaam kan zijn, maar dat uiteindelijk het internationale recht zelf ook regels heeft over wat een verdrag is. Het aardige van onze Grondwet is nu juist dat het die internationaalrechtelijke interpretatie van het verdrag meeneemt.

Desalniettemin worden er steeds meer informele of beleidsafspraken gemaakt waarin standaarden zijn neergelegd. Dan kun je zeggen dat dat informele afspraken zijn waar we ons eigenlijk niet zo gek veel van aan hoeven te trekken, maar geconstateerd kan worden dat het juist afspraken zijn waar iedereen graag wél wat mee wil. Zeker als het om technische standaarden gaat. Neem een bepaalde productstandaard voor voedselveiligheid, je maakt die afspraken niet voor niks. Dus wil je je eigen product op een gegeven moment kunnen uitvoeren of andere producten kunnen invoeren, dan hou je je aan de afspraken die gemaakt zijn. Informeel of niet.

Overigens, in veel van dit soort gevallen worden internationale afspraken in eerste instantie ergens in een mondiaal gremium gemaakt. Staten komen bij elkaar in bijvoorbeeld een internationaal agentschap, maken daar afspraken op het gebied van milieu, handel, voedsel, productveiligheid, etcetera, en vervolgens gaan die afspraken een eigen leven leiden. Deze afspraken worden niet zelden, zelfs door de Europese Unie, overgenomen. En dan krijgen ze in plaats van het informele karakter natuurlijk een heel formeel karakter. Ze komen wat betreft de Europese Unie terecht in een richtlijn of in een verordening en dan is de discussie over de rechtskracht niet meer nodig. Duidelijk moet wel zijn dat de oorsprong van die normen elders ligt, dus de besluitvorming over die standaarden is eerder dan in de Raad van Ministers of in de Commissie aan de orde geweest.

Voor andere internationale normen dan uit verdragen en informele normatieve processen kan met name worden gekeken naar besluiten van internationale organisaties. Deze besluiten van een internationale organisatie zijn 'eenzijdige rechtshandelingen'. Natuurlijk zijn de lidstaten van die organisatie nauw bij een dergelijk besluit betrokken geweest, maar formeel is het een besluit van die organisatie. Deze categorie is met name van belang omdat onze Grondwet niet voorziet in parlementaire betrokkenheid bij besluiten van internationale organisaties. En daarom hebben wij daar in het rapport ook enige extra aandacht aan gegeven.

Wat zijn de ontwikkelingen die we geconstateerd hebben? Dat zijn er twee. In ieder geval een toename van het aantal internationale besluiten. De proliferatie van internationale besluiten sinds de Tweede Wereldoorlog is indrukwekkend. De tweede ontwikkeling betreft de veranderende aard van die besluiten. Dan heb ik het wederom over het 'standard setting' karakter van die besluiten. Er worden afspraken gemaakt over te hanteren standaarden. Of dat nou op het gebied van mensenrechten, milieu of handel is, dat doet er eigenlijk niet zoveel toe. Voor het rapport is met name van belang dat dat soort besluiten, hoewel formeel niet altijd juridisch bindend, door hun standaardiserend karakter of hun samenhang met andere besluiten de facto invloed hebben op de nationale rechtsorde. Bedrijven en individuen worden daarmee geconfronteerd. Dat kan voor hen dus een reden zijn om deze besluiten ook in te roepen voor een nationale rechter die dan vervolgens met vragen over de rechtskracht etcetera geconfronteerd wordt.

Ik zal het tempo proberen iets op te voeren, voorzitter, want ik had beloofd het heel kort te houden. Een volgend punt dat ik onder uw aandacht zou willen brengen, is dat besluiten niet alleen meer tussen staten zelf van belang zijn. Natuurlijk worden afspraken, traditioneel in het internationaal recht, tussen staten gemaakt. Staten beloven iets ten opzichte van elkaar en beloven desnoods dat ze in hun eigen rechtsorde dat voor elkaar zullen krijgen, zodat hun burgers er ook iets aan hebben. Denk aan de mensenrechten. Wat je nu heel vaak ziet is dat de door staten gemaakte afspraken – die ook steeds gedetailleerder worden – in bijvoorbeeld de VN, in de Wereldhandelsorganisatie, de OESO, de Wereldbank, de Wereldgezondheidsorganisatie, maar er zijn talrijke andere voorbeelden, niet alleen die staten zelf betreffen. Anders gezegd, de staat is de normadressaat maar degenen die het vooral merken zijn de individuen en bedrijven binnen die staat. Dat is ook wat wij bedoelen met formele rechtskracht die soms ingehaald wordt door een soort de facto werking, welke zelfs kan betekenen - wetenschappelijke analyses laten dat ook zien - dat in sommige gevallen je voorrang moet geven aan bepalingen die niet een ieder binden. Niet rechtstreeks bindende bepalingen, die althans niet zo zijn geformuleerd in een verdrag, kunnen dan toch een rechtstreeks bindend effect hebben.

Een ander punt dat niet onvermeld mag blijven, betreft de niet-gouvernementele organisaties. Dat is natuurlijk een terrein waar de overheid veel minder grip op heeft. Toch is het zo dat in heel veel van die non-gouvernementele settings, regimes, ook weer afspraken worden gemaakt en standaarden worden vastgelegd die vervolgens een rol spelen in de nationale rechtsorde. Een voorbeeld is de ISO, dat zorgt voor standaardisering van producten en productieprocessen. Je kunt als bedrijf niet wat anders gaan doen dan die ISO-normen volgen, want anders raak je je producten niet kwijt. Zo zijn er nog meer voorbeelden op het gebied van het internet (ICANN), de veiligheidssamenwerking (IOSCO) en doping (WADA). Voorbeelden van internationale agencys waarin nationale experts bijeenkomen om normen vast te leggen, die normen vervolgens ook gewoon mee naar huis nemen en daar, al dan niet via formele wetgeving, een bepaalde werking laten krijgen.

Het meest bijzondere vind ik zelf in dit verband agentschappen die opgericht worden door internationale organisaties. En dat hangt weer nauw samen met het soort eigen leven dat internationale organisaties vaak gaan leiden. Soms is de materie zó ingewikkeld, dat een internationale organisatie, waar toch meestal de lidstaten bijeenkomen, zegt: 'dit gaat onze pet te boven, wij gaan dit uitbesteden aan een agentschap dat wij zelf gaan oprichten en daar komen de nationale experts bijeen'. We kennen dat binnen de Europese Unie veelvuldig, maar je ziet dat ook bij andere internationale organisaties langzaam opkomen. Het voordeel is dat daar de nationale techneuten bij elkaar zitten en dat zijn vervolgens juist ook degenen die het thuis moeten implementeren. Maar als je daar niet bij aan tafel hebt gezeten en je toevallig liever een andere standaard had gehad, dan heb je wel een probleem. Als je dan naar de nationale rechter gaat om dat aan te vechten kom je in allerlei juridisch problematische situaties die wij ook schetsen in het rapport.

Wat is er nieuw aan dit soort zaken en wat is het probleem? Misschien valt het allemaal wel mee, André Nollkaemper zei het net ook al. Van besluiten die een effect hebben op het individu zijn er misschien nog wel aardig wat, maar in hoeveel gevallen van die besluiten wordt er nu daadwerkelijk afgeweken van de Grondwet, of breder gezegd, in hoeveel gevallen heb je nou het gevoel dat er fundamentele rechten worden geschonden? Dat is heel moeilijk vast te stellen en ik denk dat er dan inderdaad misschien niet eens zo gek veel zullen overblijven; we doen er graag nog een keer onderzoek naar. Maar het is natuurlijk op een gegeven moment ook een principiële vraag.

In ieder geval is nieuw, volgens ons, de wijze waarop internationale wetgevende of regulerende activiteiten worden uitgevoerd. Het gaat echt in heel veel gevallen om regulering op internationaal niveau. Het zijn daarbij lang niet altijd afspraken tussen staten, maar steeds vaker eenzijdige besluiten. In het geval van de VN lijkt het - je mag het niet zo noemen - heel veel op een soort wereldwetgeving. Het gaat dan om regulering die verder gaat dan de oplossing van een heel concreet geschil, waarbij bovendien de rol van de nationale wetgever geminimaliseerd is. De nationale wetgever staat er grotendeels buiten. Natuurlijk heeft het parlement in eerste instantie het verdrag goedgekeurd, maar bijvoorbeeld 50 jaar daarna kan die organisatie hele andere dingen zijn gaan doen wat vervolgens grotendeels buiten het parlementaire proces blijft.

Verder kunnen nationale rechtsobjecten de facto rechtstreeks geraakt worden zonder dat ze zelf

normadressaat van een regeling zijn. Het gaat dan met name om gevallen waar de nationale overheid eigenlijk heel erg weinig te implementeren over heeft.

In het traditionele idee van verdragsluiting waarna dit vervolgens thuis netjes in nationale wetgeving wordt omgezet - waarbij je nog allerlei vrijheid hebt, zolang je maar zorgt dat je aan je internationale verplichtingen blijft voldoen - lijkt een soort verandering opgetreden te zijn. De afspraken die gemaakt worden zijn veel gedetailleerder en er is in heel veel gevallen nauwelijks iets te implementeren. Hetzelfde zien we overigens bij richtlijnen in het Europese recht, waarvan iedereen altijd zegt dat het een mooi instrument is want dan heeft de overheid zo ontzettend veel vrijheid om dat in eigen wetgeving om te zetten. Heel veel richtlijnen zijn inmiddels zo gedetailleerd, dat er nauwelijks iets te implementeren valt. Het is een kwestie van omzetten of laten werken.

De betreffende regeling kan dus juridisch weinig ruimte laten aan de nationale wetgever of eisen dat de internationale afspraken integraal worden geaccepteerd om op wereldniveau mee te kunnen blijven spelen. Of dat nou langs de traditionele parlementaire weg is gegaan of niet, of de nationale rechter daar nou formeel een rol heeft of niet: dit zijn de regels die gevolgd worden en waar ook individuen of bedrijven door geraakt kunnen worden.

En dan stelt zich de vraag wat je daaraan kunt doen.

Professor dr. L.F.M. (Leonard) Besselink (Universiteit Utrecht)

Dames en heren, ik heb geloof ik 3½ minuut? Nou dat gaat dus niet lukken, maar we komen er wel uit.

Voorzitter

Een soort package deal: als het in telegramstijl blijft krijg je een paar minuten extra.

Leonard Besselink (Universiteit Utrecht)

Het plaatje zoals we dat nu hebben staan, schetst het constitutionele kader en daar zijn al verschillende dingen over gezegd. Zo heeft collega Nollkaemper erop gewezen dat al het internationale recht dat echt bindende kracht heeft automatisch geldt binnen de Nederlandse rechtsorde; een gegeven dat gebaseerd is op ongeschreven staatsrecht. Dat betekent dus dat het niet afhankelijk is van laten we zeggen parlementaire goedkeuring, of een verdrag wel of niet deel uitmaakt van het recht dat een bestuursorgaan of een rechter kan toepassen. We moeten telkens een scherp onderscheid maken tussen dit type doorwerking die de gelding van het internationale recht betreft - en wat ik monisme noem, en de kwestie van voorrang. Met dit laatste worden ook altijd de termen monisme en dualisme geassocieerd, maar daar is het buitengewoon onbehelpzaam.

Hebben wij zo'n sterk monistisch systeem als hiermee de voorrang van internationaal recht zou worden bedoeld? Nee, helemaal niet. De wet heeft voorrang op internationaal gewoonterecht. Dus ook op ongeschreven *ius cogens*. We zijn zo ongeveer het enige land op continentaal Europa dat zo'n benadering heeft, althans, de dualistische landen op het Europese continent doen dat nou juist andersom; voor hen is juist het ongeschreven recht automatisch deel van het door de rechters toepasbare recht, in een dualistisch land als Duitsland met voorrang op strijdig nationaal recht.

Voorrang van de wet op niet een ieder verbindende bepalingen hebben we eigenlijk sinds 1956, weten we ook uit het *Nyugat*-arrest. Sinds 1956 - en dit had natuurlijk z'n voorloper in '53, hebben naar huidig recht een ieder verbindende internationale bepalingen wel voorrang op wettelijke voorschriften, zelfs op de Grondwet.

Ik maak één opmerking over het democratische aspect. De hoofdregel is: voorafgaande parlementaire goedkeuring voor verdragen. Daarmee lopen we een beetje uit de pas met de meeste landen, want die schrijven verplichte parlementaire goedkeuring alleen maar voor voor bepaalde categorieën van verdragen, met name verdragen die de wettelijke rechten van burgers betreffen. Wij hebben op de hoofdregel wel weer een aantal uitzonderingen en daar kom ik straks misschien nog heel kort op terug.

Wat kunnen we uit het plaatje van deze dia afleiden? In elk geval dat het constitutionele doorwerkingssysteem dat we in Nederland hebben, geen rekening houdt met bijvoorbeeld private of semi-publieke samenwerkingsvormen, waar Ramses Wessel zojuist uitvoerig over heeft gesproken. Ook zoiets als inter-administratieve regelingen en besluiten komen als zodanig niet voor in dit systeem. Dat is wel

problematisch, gezien de omvang die dat neemt en de feitelijke, en ook in een heleboel gevallen normatieve, werking die daarvan uitgaat, een echte juridisch bindende werking in een hele serie gevallen. Wat ons betreft hoort de oplossing vooral gezocht te worden bij de wetgever, behoudens wat betreft het constitutioneel voorbehoud dat wij op alle internationaal recht van toepassing zouden willen achten. Bovendien, wat betreft de inkadering en verantwoording van wat ambten en ambtenaren doen die betrokken zijn in allerlei semi-publieke, semi-private organisaties, kan er nog wel wat meer gedaan worden dan wat we nu in de Aanwijzingen voor de regelgeving vinden over administratieve akkoorden tussen ministeriële counterparts. Goed, dit is allemaal heel erg telegramstijl, maar het geeft in ieder geval een richting aan.

We moeten nu iets gaan zeggen over de puur klassieke doorwerkingsystematiek waar dit plaatje wél betrekking op heeft. En dat kunnen we mooi illustreren aan de hand van wat de Europese rechters hebben gedaan met de *Kadi*-zaak, die al veel genoemd is. Ik zal straks nog heel kort iets zeggen over democratie. *Kadi* gaat namelijk ook over die andere poot waarover wij een opdracht hebben gehad van het ministerie, namelijk over rechtsbescherming, en dat nemen we dan in heel ruime zin, als rechtsstatelijke beginselen. Kijken we naar de volgende slide.

Wat deed het Gerecht van Eerste Aanleg? Nou, die bood in ieder geval nog iets van een toetsing, namelijk aan *ius cogens*. Zou de Nederlandse rechter dat kunnen doen ten aanzien van een besluit genomen op basis van de Sanctiewet? Nee. Dat volgt uit het *Nyugat*-arrest dat nog bevestigd is in het *Bouterse*-arrest (in de zaak over Taylor kwam het niet zo uitdrukkelijk naar voren, maar werd het toch ook weer opnieuw aangenomen). Los van de vraag of dat *ius cogens* wel betekent dat je met terugwerkende kracht iemand mag bestraffen voor een delict dat op het moment dat begaan was nog niet zou bestaan.

Het Hof van Justitie deed het heel anders, die gooide het over de boeg van 'de fundamentele vrijheden, de rechten van de mens en de democratie die ten grondslag ligt aan de Europese Unie' (r.o. 303 op slide).

Wat het Hof in die rechtsoverweging nog even achterwege liet, om redactionele redenen, is dat het gaat om die beginselen die volgens artikel 6 van het EU-verdrag 'gemeenschappelijk zijn aan de lidstaten'. Dat zijn dus ook onze Nederlandse beginselen. De beginselen van de democratische rechtsstaat. Die gebruikte het Hof van Justitie. Zou een Nederlandse rechter dat kunnen? Nee. Nee, dat kan niet, want aangenomen dat die terrorismeresoluties van de Veiligheidsraad gekwalificeerd kunnen worden als een ieder verbindende bepalingen van het besluit van een volkenrechtelijke organisatie, hebben die voorrang op al het andere. We hebben dus in Nederland een systeem dat het eigenlijk onmogelijk maakt om dat te doen wat Europese rechters wel doen, toetsen op basis van principes die ten grondslag liggen aan *ons* systeem. Dat is een constatering.

Wat zou een mogelijke oplossing zijn? Dan moeten we eerst wel de premisse duidelijk hebben waarop alleen maar een oplossing mogelijk is en dat is dat de fundamentele beginselen van de democratische rechtsstaat van toepassing zijn in de internationale betrekkingen die Nederland onderhoudt. Dat is vanzelfsprekend zou je denken, maar als je naar de praktijk kijkt proef je daar van tijd tot tijd – juist als het gaat om de buitenlandse betrekkingen – ook wel subtiele en minder subtiele nuanceringen op.

Wat zouden oplossingen kunnen zijn? Ik noem hier de belangrijkste. We slaan een heleboel belangrijke punten over. Die staan allemaal beschreven in het rapport. Heel kort gezegd: wat betreft het democratisch tekort, zouden wij voorstellen dat verdragen die een ieder verbindende bepaling bevatten, altijd zouden moeten worden onderworpen aan parlementaire goedkeuring. Dat is nu niet zo, en daarmee lopen we volstrekt uit de pas met andere Europese landen op het continent.

Wij zouden voorts willen voorstellen het monisme in zekere zin te versterken, en de voorrang willen invoeren van *ius cogens* op de wet, zoals dat nu niet bestaat.

Wij zouden willen voorstellen dat behouden blijft wat door Nollkaemper monisme werd genoemd: de voorrang van een ieder verbindende bepalingen op de wet, in bepaalde gevallen ook op de Grondwet, maar niet op de fundamentele constitutionele beginselen, die de enige uitweg boden aan het Hof van Justitie om toch nog bescherming van fundamentele rechten te bieden tegen die Veiligheidsraadsresoluties die daarop een inbreuk maken.

In sommige gevallen, zei ik zojuist, kan er worden afgeweken van de Grondwet. Wij stellen voor dat voorrang op grondwettelijke bepalingen alleen maar zou moeten kunnen wanneer het gaat om verdragen die met de gekwalificeerde meerderheid van 91 lid 3 Grondwet worden toegepast. Het is zo dat die

interpretatie nu al mogelijk is, maar dat is er een die niet gevolgd wordt door de overgrote meerderheid in de literatuur. Vandaar dat wij die interpretatie dan het liefst vastgelegd zouden willen zien.

Dan denk je van: o nee toch, Grotius, Van Vollenhoven, dag Hugo, dag Cornelis, vaarwel Hollands internationalisme. Nee, dat is dus niet het geval. André Nollkaemper heeft het al gezegd: de fundamentele beginselen van de Nederlandse rechtsorde, die zijn juist in Nederland vanwege ons open systeem in zeer hoge mate bepaald door internationale normen. Wij zouden dan ook willen voorstellen om dat *ius cogens* een wat steviger plaats te geven. Dus uitbreiding van de internationale basis onder onze rechtsorde.

En bovendien, tot die fundamentele constitutionele beginselen van de Nederlandse rechtsorde, behoren toch zeker de meeste van de grondrechten die in de meeste van de mensenrechtenverdragen waarbij Nederland partij is, vervat zijn. En het VN-Handvest dwingt ons ertoe om deze mensenrechten ook daadwerkelijk te waarborgen.

Dat men dat nationaal zou doen, daar is wel enige reden voor, als ik toch voor de verleiding bezwijk om iets te zeggen over wat André Nollkaemper vertelde. Want de VN zelf is niet in staat om die norm te handhaven op internationaal niveau. Dat is toch een belangrijk punt.

Er staan daarnaast ook wel heel specifieke nationale grondrechten in de Grondwet die niet gedeeld worden, ook niet door ons omringende landen. Zoals, ik noem maar een voorbeeld, artikel 23 van de Grondwet: financiële gelijkberechtiging van bijzonder en openbaar onderwijs. Ja, dat is niet oncontroversieel, maar daarom staat het juist in de Grondwet.

Een fundamenteel beginsel als legaliteit, dat is niet in de Grondwet vastgelegd en dat is niet als zodanig, vanwege het statelijke karakter daarvan, te vinden in de verdragen. Machtenscheiding, dat verschilt inderdaad van land tot land, maar denk aan de regel - waarvan ik denk dat die gedeeld wordt door de meeste Europese landen, maar sommige collega's betwijfelen dat – dat de rechter geen bevel tot wetgeving kan geven. Althans geen bevel tot wetgeving met een bepaalde inhoud aan de wetgever.

En wellicht vallen onder de fundamentele constitutionele beginselen ook bepaalde constitutionele structuurbeginselen. Bijvoorbeeld een structuurbeginsel dat door het Hof van Justitie in zijn jurisprudentie wordt geaccepteerd, en dat de constitutionele identiteit van lidstaten betreft in hun relatie tot voormalige kolonies. Het Hof aanvaardt dergelijke aan een lidstaat unieke constitutionele principes, en wel om tot een bepaald soort interpretatie, of uitzondering zelfs, te concluderen voor wat betreft de werking van het EG-recht.

Tot de fundamentele constitutionele beginselen behoren wellicht ook bepaalde elementen van ons stelsel van decentralisatie, zoals ook andere staten dergelijke verticale machtsverdelingsprincipes beschouwen als fundamenteel, ook in de context van doorwerking van internationaal recht.

Goed, ik zal de laatste twee slides overslaan, want ik geloof dat we aan de thee toe zijn.

Voorzitter

Ja dat is zeker zo. Heel veel dank voor deze uiteenzetting en ook voor de daarin getoonde zelfbeheersing met betrekking tot polemiek. We zijn ietsje uitgelopen. We gaan dat niet inhalen door de pauze te bekorten, maar ik wil wel met u afspreken dat we om tien over half drie weer terug zijn voor het vervolg.

Slides presentatie Besselink en Wessel



Universiteit Utrecht



Universiteit Twente
de ondernemende universiteit

Naar een bredere constitutionele verankering van het monisme

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

Prof.dr. Leonard F.M. Besselink (Universiteit Utrecht) en
Prof.dr. Ramses A. Wessel (Universiteit Twente)

Onderzoeksvraag

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



Universiteit Utrecht



Universiteit Twente
de ondernemende universiteit

Aanleiding

- Mede verwoord in Advies Raad van State van 14 april 2008 inzake de opdrachtverlening aan de staatscommissie Grondwet
 - ‘zorg voor mogelijke aantasting van de Nederlandse democratische rechtsorde[...] bij internationale samenwerking buiten de EU, nu die samenwerking steeds dieper ingrijpt in de Nederlandse rechtsorde en niet steeds gewaarborgd is dat wezenlijke beginselen van democratie en rechtsstaat daarbij in acht worden genomen.’



Universiteit Utrecht



Universiteit Twente
de ondernemende universiteit

- ‘Nu het democratische en rechtsstatelijke gehalte van de rechtsregels die op internationaal niveau tot stand komen, niet zonder meer is gegarandeerd, rijst de vraag welke mogelijkheden er zijn voor de Nederlandse staat om de overdracht van bevoegdheden kritisch te toetsen aan de beginselen van de eigen democratische rechtsorde en die overdracht zo nodig te voorkomen, en vervolgens welke mogelijkheden er zijn om greep te houden op de wijze van uitoefening van bevoegdheden die al overgedragen zijn.’



Universiteit Utrecht



Universiteit Twente
de ondernemende universiteit

Veranderende wetenschappelijke visies

- Veranderingen in de verhouding tussen rechtsordes (more fuzzy borders?)
- Nieuwe belangstelling voor doorwerkingsvragen (monisme/dualisme of pluralisme?)
- Meer aandacht voor niet statelijke actoren (met name internationale organisaties)
- Meer aandacht voor informele internationale normatieve processen



Universiteit Utrecht



Universiteit Twente
de ondernemende universiteit

Internationale normen Verdragen

- Bevatten vaker een concrete, vaak technische, normstelling
- Bijv. Framework Convention on Climate Change, Kyoto Protocol, de Aarhus Convention on access to information, public participation in decision-making, and access to justice regarding environmental matters, het Zeerechtverdrag (UNCLOS) en een aantal WTO-overeenkomsten
- 'Rules, standards, regulations, procedures and/or practices.' (Alvarez)



Universiteit Utrecht



Universiteit Twente
de ondernemende universiteit

- Informele of beleidsafspraken
- Overname van internationale normen (bv. milieu, handel, voedsel- en productveiligheid, medicijnen, financiën) door de Europese Unie



Universiteit Utrecht



Internationale normen

Besluiten van volkenrechtelijke org.

- Eenzijdige rechtshandelingen
 - Geen parlementaire betrokkenheid na inwerkingtreding van het constituerende verdrag
- Twee ontwikkelingen
 - een proliferatie van het aantal internationale besluiten door een algemene toename van internationale activiteit;
 - een toenemend belang van besluiten die – hoewel niet formeel juridisch bindend – door hun standaardiserend karakter of hun samenhang met andere (inclusief EU) besluiten een de facto invloed hebben op de nationale rechtsorde.



Universiteit Utrecht



- Besluiten niet langer alleen tussen staten van belang
 - Bv. VN, WTO, OESO, Wereldbank, WHO
 - Formele rechtskracht soms ingehaald door de facto werking
 - Subtiële vormen van doorwerking; ‘primacy is a matter of logic’ (Cottier)
- Niet-gouvernementele organisaties
 - Regulering van markten (bv. ISO, ICANN, IOSCO, WADA)
 - Agentschappen opgericht door internationale organisaties



Universiteit Utrecht



Wat is er nieuw aan deze ontwikkelingen?

- De wijze waarop internationale wetgevende of regulerende activiteiten worden uitgevoerd
- waarbij de rol van de nationale wetgever zodanig geminimaliseerd is
- dat nationale rechtssubjecten in wezen rechtstreeks door deze internationale besluiten kunnen worden geraakt, zonder dat zij zelf direct normaddressaat zijn.
- Waar individuen eerder vooral met internationale regelgeving te maken kregen via een implementatie door nationale overheden, komt het tegenwoordig steeds vaker voor dat er voor staten weinig meer te implementeren valt, of wel omdat
 - de betreffende regeling juridisch weinig ruimte laat aan de nationale wetgever
 - of omdat deze feitelijk de internationale afspraken integraal moet accepteren om op wereldniveau mee te kunnen blijven spelen volgens de afgesproken regels of standaarden.



Universiteit Utrecht



Het nationale constitutionele kader ten aanzien van de doorwerking

- Gelding binnen nationale rechtsorde:
 - Automatisch met internationale gelding (monisme)
- Rang
 - Voorrang wet op internationaal gewoonterecht (Nyugat)
 - Voorrang wet op niet-een-ieder verbindende bepalingen (1956)
 - Voorrang een-ieder-verbindende bepalingen op wettelijke voorschriften, zelfs Grondwet
- Democratie
 - Voorafgaande parlementaire goedkeuring als hoofdregel met reeks uitzonderingen



Universiteit Utrecht



Universiteit Twente
de ondernemende universiteit

Rang: Had NL rechter kunnen beslissen als GEA of HvJEG in Kadi?

- GEA: ius cogens
- NL: geen voorrang gewoonterechtelijk ius cogensop besluit krachtens Sanctiewet
- HvJEG: EG Verdragsbepalingen over doorwerking internationale verdragen
 - ‘ kunnen evenwel niet aldus worden opgevat dat zij een afwijking toestaan van de beginselen van vrijheid, democratie en eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, die in artikel 6, lid 1, EU als grondslagen [die gemeenschappelijk zijn aan de lidstaten] van de Gemeenschap worden beschouwd’ (r.o. 303)
- NL: onvoorwaardelijke voorrang van een-ieder-verbindende bepalingen op de beginselen van vrijheid, democratie en eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden die ten grondslag liggen aan de Nederlandse constitutionele rechtsorde



Universiteit Utrecht



Universiteit Twente
de ondernemende universiteit

Rang: Had NL rechter kunnen beslissen als GEA of HvJEG in Kadi?

- GEA: ius cogens
- HvJEG: EG Verdragsbepalingen over doorwerking internationale verdragen
' kunnen evenwel niet aldus worden opgevat dat zij een afwijking toestaan van de beginselen van vrijheid, democratie en eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, die in artikel 6, lid 1, EU als grondslagen [die gemeenschappelijk zijn aan de lidstaten] van de Gemeenschap worden beschouwd' (r.o. 303)
- NL: geen voorrang gewoonterechtelijk ius cogensop besluit krachtens Sanctiewet
- NL: onvoorwaardelijke voorrang van een-ieder-verbindende bepalingen op de beginselen van vrijheid, democratie en eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden die ten grondslag liggen aan de Nederlandse constitutionele rechtsorde



Universiteit Utrecht



Universiteit Twente
de ondernemende universiteit

- Een ieder verbindende bepalingen vergen altijd parlementaire goedkeuring
- Voorrang ius cogensboven de wet
- Voorrang een-ieder-verbindende bepalingen boven wettelijke voorschriften, maar niet op fundamentele constitutionele beginselen
- Voorrang een-ieder-verbindende bepalingen op Grondwet alleen indien verdrag met 2/3 is goedgekeurd, behoudens in geval van inbreuk op fundamentele constitutionele beginselen



Universiteit Utrecht



Universiteit Twente
de ondernemende universiteit

Vaarwel Hollands Internationalisme?



Universiteit Utrecht



Universiteit Twente
de ondernemende universiteit

Wat zijn fundamentele constitutionele beginselen van de Nederlandse rechtsorde?

- Internationaal:
 - Grondrechten die NL ogv VN Handvest, IVBPR, EVRM dient te waarborgen
- Nationaal:
 - Grondrechten
 - Legaliteit
 - Machtenscheiding
 - (constitutionele structuurbeginselen)



Universiteit Utrecht



Universiteit Twente
de ondernemende universiteit

Hiërarchie voorbij

- Geen staat kent enkelvoudige voorrangsregel
- Internationaal recht is Hoger noch Heiliger dan nationaal recht... en andersom
- Materiële normen en waarden dienen doorslaggevend te zijn



Universiteit Utrecht



Universiteit Twente
de onderzoekende universiteit

Commentaar onderzoeksresultaten

Voorzitter

Voordat we overgaan tot de zaaldiscussie komen er eerst nog een paar belangrijke sprekers. De twee commentatoren zijn mevrouw Van Bladel en de heer Scheltema. We hebben afgesproken dat zij in alfabetische volgorde het woord zullen voeren. Dus ik verzoek nu mevrouw Van Bladel om vanaf de kathedraal het woord te nemen.

Mevrouw W.E.M. (Ineke) van Bladel (Ministerie van Buitenlandse Zaken)

Dank u wel, mijnheer de voorzitter. Goedemiddag dames en heren, er is al veel gezegd over de afwezigheid van mijn chef Liesbeth Lijnzaad. Op haar uitdrukkelijk verzoek wil ik nogmaals haar verontschuldigingen aanbieden dat ze er vandaag niet is.

Ik wil allereerst opmerken dat het rapport dat de heren Wessel en Besselink hebben opgesteld een schat aan informatie omvat op zowel het terrein van het internationale als het nationale recht en dat dat een goede achtergrond vormt voor de afweging of de artikelen 93 en 94 van de Grondwet wel voldoende zijn toegesneden op de ontwikkelingen in de internationale rechtsorde.

Ik geef een heel kort commentaar op de voorstellen voor de oplossingen onder twee [voorrang ius cogens op formele wet, red.], drie [voorbehoud strijd wezenlijke constitutionele beginselen, red.] en vier [enkel voorrang op grondwettelijke bepalingen als internationale bepalingen met twee derden parlementair zijn goedgekeurd, red.] in de samenvatting van het rapport, en een wat langer commentaar op de oplossing onder één [verplichte parlementaire goedkeuring bij een ieder verbindende bepalingen, red.]. Ik vind dat de oplossing onder één het beste aangeeft wat er gebeurt als je in het nationale recht een drempel opwerpt tegen het internationale recht, zodat je op het gebied van het internationale recht niet meer goed kunt functioneren.

Op de eerste plaats het ius cogens. Ik denk dat er geen probleem zou zijn om de doctrine te doorbreken waardoor dit internationale gewoonterecht geen voorrang heeft op het nationale recht.

Aan het opnemen van het materieel toetsingscriterium en het voorstel om alleen internationale bepalingen voorrang te geven als die met tweederde meerderheid door het parlement zijn goedgekeurd, kleef wel een aantal problemen. Het rapport behandelt bijvoorbeeld niet dat, als internationale bepalingen niet kunnen doorwerken in de nationale rechtsorde, de regering niet in staat zal zijn op internationaal niveau haar verplichtingen na te komen. In het rapport wordt voorgesteld dat er nader onderzoek wordt verricht en het lijkt mij in elk geval noodzakelijk dat er een onderzoek plaatsvindt naar de relatie tussen de oplossingen die zij voorstellen in het rapport en het beginsel 'pacta sunt servanda'. En daarmee ben ik al door mijn commentaar op de punten twee, drie en vier heen.

Wat betreft de oplossing onder één ben ik het, als ambtenaar van Buitenlandse Zaken die dagelijks te maken krijgt met sluiting van verdragen, aan mijn functie verplicht om u terug te brengen van het wetenschappelijke niveau van het rapport tot de platte, dagelijkse praktijk. In het rapport wordt voorgesteld om alle verdragen die een ieder verbindende bepalingen bevatten, of die een grondslag vormen voor een ieder verbindende bepalingen, uitdrukkelijk parlementair goed te keuren. Met andere woorden: stilzwijgende goedkeuring is niet meer mogelijk bij dit soort verdragen en er mag geen gebruik worden gemaakt van de uitzonderingen op het parlementaire goedkeuringsvereiste. Ik beperk me tot drie van de vele bezwaren die tegen dit voorstel kunnen worden ingebracht. Ten eerste constateert het rapport dat het stilzwijgend of niet-goedkeuren van een verdrag in strijd is met het legaliteitsbeginsel. En onder het legaliteitsbeginsel wordt in het rapport verstaan: dat algemene, de burgers bindende beginselen, slechts tot stand kunnen komen als de volksvertegenwoordiging daarmee heeft ingestemd. Ik bekijk het legaliteitsbeginsel vanuit een andere hoek, namelijk dat alle overheidsoptreden dient te berusten op een wettelijke grondslag en dat deze grondslag moet worden gevonden in de formele wet of in de Grondwet. Voor de stilzwijgende goedkeuring van verdragen en voor de uitzonderingen op het goedkeuringsvereiste ligt deze grondslag in het eerste en tweede lid van artikel 91 van de Grondwet. Daarin staat dat het Koninkrijk niet aan verdragen wordt gebonden zonder voorafgaande goedkeuring van de Staten Generaal; dat bij wet wordt

bepaald in welke gevallen geen goedkeuring nodig is; en dat de wet kan voorzien in stilzwijgende goedkeuring.

De in artikel 91 genoemde wet is de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen. Ik heb een stapeltje teksten meegebracht omdat het misschien iets makkelijker is om het vervolg van mijn betoog een beetje te kunnen volgen (zie *kader hieronder, red.*). Artikel 5 van de wet regelt de stilzwijgende goedkeuring. Als de regering een verdrag ter stilzwijgende goedkeuring voorlegt, dan kan het parlement uitdrukkelijke goedkeuring eisen van de regering. Doet het parlement dat niet, dan is het verdrag goedgekeurd. De keuze tussen uitdrukkelijk of stilzwijgend goedkeuren is dus aan het parlement en geloof u mij, het parlement maakt geregeld gebruik van die mogelijkheid, om allerlei redenen en lang niet altijd om de verheven redenen die in het rapport staan.

Artikel 7 van de Rijkswet bevat zes uitzonderingen op het parlementair goedkeuringsvereiste. Ik kom daar in mijn derde punt van bezwaar op terug. Mijn stelling ter afronding van dit eerste punt van bezwaar is, dat er geen sprake is van schending van het legaliteitsbeginsel omdat de grondwetgever ook indirect in de betrokkenheid van de volksvertegenwoordiging mag voorzien, in dit geval in de Grondwet en in de Rijkswet.

Mijn tweede punt van kritiek betreft de vraag die aansluit op één van de punten van het fantastische betoog van professor Nollkaemper: welk probleem lost dit voorstel nu eigenlijk op? Het rapport bevat een uitvoerige catalogus van internationaal recht dat bij doorwerking in de nationale rechtsorde een probleem zou kunnen geven. Ik noem twee grote categorieën.

De eerste is de categorie van het internationale recht dat in Nederland democratisch is gelegitimeerd, zoals een besluit van een internationale organisatie dat zijn grondslag vindt in een lang geleden goedgekeurd verdrag. Voor deze categorie van internationaal recht vormt de oplossing geen oplossing. Ik doel natuurlijk op de zaak-*Kadi* die ook heel duidelijk maakt dat de oplossing in de toekomst waarschijnlijk niet zal werken. Want wie had er nou toch zestig jaar geleden kunnen bedenken dat het VN-Handvest Nederland en Europa voor het soort problemen zou kunnen plaatsen waar *Kadi* ons nu voor plaatst? Anders gezegd: in de loop van de tijd kunnen zich een ieder verbindende bepalingen in een verdrag of in een besluit van een internationale organisatie manifesteren die niemand kan voorzien.

De tweede categorie van doorwerkend recht is het zogenaamde de facto-recht. En dat recht kan per definitie niet op een verdrag zijn gebaseerd en daarvoor vormt het voorstel dan ook geen enkele oplossing. Mijn indruk is dat de oplossing weinig tot niet bijdraagt aan de oplossing van de problemen rond de doorwerking van het internationale recht en ik vind dat een betere afweging moet plaatsvinden wat betreft de effectiviteit van het voorstel in relatie tot de wijziging van een organieke wet.

Ik kom aan mijn derde punt van bezwaar. Mij vielen de bewoordingen op in de motivering van het voorstel. Zo staat er bijvoorbeeld dat de burgers rechten zouden worden ontnomen. En er staat zelfs dat rechten onbepaald terzijde worden gesteld en dat burgers plichten worden opgelegd. En dit alles in het kader van artikel 7 van de Rijkswet, dat dus die uitzonderingen op het goedkeuringsvereiste bevat.

Bij verdragen die worden gesloten op basis van artikel 7 moet u bijvoorbeeld denken aan zetelverdragen, aan verdragen ter bescherming van militairen die op oefening gaan in het buitenland, aan de bescherming van personen die in het kader van de ontwikkelingssamenwerking worden uitgezonden, aan verdragen die Nederland verplicht is te sluiten voor deelnemers van korte vergaderingen van internationale organisaties op Nederlands grondgebied, aan de wijziging van een bijlage van een luchtvaartverdrag dat de KLM toestaat om in plaats van één keer per dag, twee keer per dag in een bepaalde stad te landen. En er vallen bijvoorbeeld ook de verdragen onder, die op dit moment erg actueel zijn, over de marine die in de buurt van Somalië de piraterij gaat bestrijden.

Met deze voorbeelden wil ik drie dingen zeggen. Vaak gaat het om verdragen die de burgers begunstigen. In de genoemde gevallen moet de regering bovendien soms snel verdragen kunnen sluiten. En het derde punt: het parlement is niet geïnteresseerd in de goedkeuring van bepaalde verdragen. Dat blijkt ook uit het feit dat, terwijl alle verdragen die niet worden goedgekeurd - behalve de geheime en vertrouwelijke - onmiddellijk na sluiting aan het parlement worden gestuurd, het niet is voorgekomen dat het parlement op grond van de ministeriële verantwoordelijkheid de regering tot de orde heeft geroepen wat betreft de toepassing van artikel 7 van de Rijkswet. Ik concludeer hieruit dat er in de praktijk bij het parlement geen problemen bestaan met de toepassing van artikel 7.

De Rijkswet, dames en heren, kent een balans tussen parlementaire goedkeuring aan de ene kant en de efficiëntie voor internationaal optreden van de regering aan de andere kant en die balans is bij de behandeling in het parlement van de Rijkswet door verschillende parlementariërs niet alleen genoemd, maar ook geroemd.

Ik vat dit allemaal samen. Ik acht de bijdrage van het voorstel [verplichte parlementaire goedkeuring bij een ieder verbindende bepalingen, red.] aan de oplossing van het doorwerkingsprobleem gering of in elk geval onvoldoende gemotiveerd. Ten tweede: de fixatie op de burgers belastende bepalingen leidt ertoe dat ook de mogelijkheid ontbreekt om snel verdragen te kunnen sluiten met begunstigende bepalingen. Het voorstel leidt ertoe dat de regering niet meer slagvaardig kan optreden op internationaal niveau en het leidt ertoe dat de balans tussen parlementaire goedkeuring en efficiency in de Rijkswet wordt verstoord. En tot slot: de Rijkswet én de uitvoering daarvan zijn niet in strijd met de beginselen van de democratische rechtsstaat. Ik dank u wel.

Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen

Art. 3

De goedkeuring wordt uitdrukkelijk of stilzwijgend verleend.

Art. 4

De uitdrukkelijke goedkeuring wordt verleend bij wet.

Art. 5

1. De stilzwijgende goedkeuring is verleend, indien niet binnen dertig dagen na een daartoe strekkende overlegging van een verdrag aan de Staten-Generaal door of namens een van de kamers of door ten minste een vijfde van het grondwettelijk aantal leden van een van de kamers de wens te kennen wordt gegeven, dat het verdrag aan de uitdrukkelijke goedkeuring zal worden onderworpen.
2. De Gevolmachtigde Minister van de Nederlandse Antillen, onderscheidenlijk van Aruba kan binnen dezelfde termijn dezelfde wens te kennen geven, indien het een verdrag betreft dat de Nederlandse Antillen, onderscheidenlijk Aruba raakt.
3. Indien de in het eerste of tweede lid bedoelde wens te kennen wordt gegeven, wordt zo spoedig mogelijk een voorstel van wet tot goedkeuring ingediend.

Art. 7

Tenzij een verdrag bepalingen bevat welke afwijken van de Grondwet of tot zodanig afwijken noodzaken, is de goedkeuring niet vereist:

- a. indien het een verdrag betreft, waarvoor dit bij wet is bepaald;
- b. indien het verdrag uitsluitend betreft de uitvoering van een goedgekeurd verdrag, behoudens het bepaalde in artikel 8, tweede lid;
- c. indien het verdrag geen belangrijke geldelijke verplichtingen aan het Koninkrijk oplegt en voor ten hoogste een jaar is gesloten;
- d. indien in buitengewone gevallen van dwingende aard het belang van het Koninkrijk het bepaald noodzakelijk maakt dat het verdrag een geheim of vertrouwelijk karakter draagt;
- e. indien het verdrag betreft de verlenging van een aflopend verdrag, behoudens het bepaalde in artikel 9, tweede lid;
- f. indien het verdrag betreft wijziging van een integrerend onderdeel van een goedgekeurd verdrag vormende bijlage waarvan de inhoud van uitvoerende aard is ten opzichte van de bepalingen van het verdrag waar de bijlage onderdeel van vormt, voor zover in de wet tot goedkeuring geen voorbehoud terzake is gemaakt.

Voorzitter

Dank u zeer. Professor Scheltema.

Professor mr. M. Scheltema
(The Hague Institute for the Internationalisation of Law)

Graag begin ik met de constatering – die ik met genoegen doe – dat de verhouding tussen nationaal en internationaal recht in het kader van de voorgenomen grondwetherziening aandacht krijgt. Dat is interessant omdat wij lange tijd gedacht hebben dat dit onderwerp in de Grondwet bevestigend was geregeld. Er is sinds het opnemen van de huidige bepalingen zoveel gebeurd, dat het goed is weer eens stil te staan bij deze problematiek.

Voor het gepresenteerde rapport heb ik waardering. Het geeft met name een interessant beeld van de ontwikkelingen uit de laatste tijd, en van de vraagstukken die daardoor zijn opgeroepen.

Op een aantal hoofdlijnen wil ik vanmiddag ingaan. Daarbij is mijn vertrekpunt, wat meer dan bij André Nollkaemper het geval was, het nationale recht. Hij heeft, meer vertekkend vanuit het internationale recht, gezegd dat je geen oude schoenen moet weggooien voordat je nieuwe hebt. Met de oude schoenen doelt hij op het monistische systeem van doorwerking van het internationale recht dat in de Grondwet is neergelegd. Dat systeem draagt inderdaad bij aan de internationale samenwerking en aan de goede werking van het internationale recht. Dat is in de huidige globaliserende samenleving zonder meer van groot belang. Desondanks vind ik de problemen waarmee wij geconfronteerd worden door het ontbreken van rechtsstatelijke waarborgen bij de internationale rechtsvorming wel van gewicht. De reeds genoemde *Kadi*-zaak is daar een duidelijke illustratie van. Daarover loopt Nollkaemper iets te gemakkelijk heen wanneer hij stelt dat het hier om enkele ongelukkige incidenten gaat die wij maar voor lief moeten nemen. Ook het feit dat dit soort problemen altijd al wel zijn voorgekomen – hij noemt de Rijnvaart Akte als voorbeeld – overtuigt mij niet van het feit dat wij het maar bij het oude moeten houden. Wel ben ik het met hem eens dat het belang van een goede internationale rechtstoepassing groot is. Om die reden voel ik mij niet thuis bij de oplossingsrichting van het rapport, dat te veel gaat in de richting van een nationale toetsing van het internationale recht.

Uitgangspunt voor ons denken over rechtsstatelijkheid in internationale rechtsvorming moet zijn dat rechtsstatelijkheid zijn oorsprong en basis heeft in het nationale recht. Dat ben ik geheel met Nollkaemper eens. De rechtsstaat moet op nationaal niveau vorm worden gegeven. Bovendien heeft het internationale recht de nationale rechtsstaat steeds meer nodig. Omdat het bovennationale recht zich steeds minder beperkt tot het recht tussen staten, maar in toenemende mate onderwerpen regelt die vroeger in het nationale recht te vinden waren, gaat het ook steeds sterker steunen op de nationale rechtsstaten. De uitvoering van de verdragen en andere internationale besluiten moet meestal door de wetgever, het bestuur en de rechter van de nationale staten worden gedaan. Het internationale recht is daar zo sterk van afhankelijk geworden, dat het niet kan functioneren zonder dat de daaraan deelnemende staten behoorlijke rechtsstaten zijn. Dat was voor het klassieke volkenrecht anders.

Maar de meer moderne internationale samenwerking gaat zoveel verder dat wij eisen moeten stellen aan de rechtsstatelijkheid van landen waarmee wij intensief willen samenwerken. Het feit dat het internationale recht het nationale recht nodig heeft, betekent dus ook dat het internationale recht zekere verlangens kan hebben over de manier waarop dat nationale recht is georganiseerd. En dat zien we ook steeds meer gebeuren. De internationale gemeenschap verlangt dat landen die deelnemen aan de internationale samenwerking een rechtsstaat zijn. Terecht maakt de Europese Unie zich dan ook zorgen over de interne rechtsstelsels in Roemenië en Bulgarije.

In het begin van het rapport wordt geconstateerd dat het feit dat die internationale gemeenschap eisen kan stellen op het punt van nationale rechtsstatelijkheid met zich meebrengt dat het binnen een land geldende recht geen nationaal bezit meer is. Gezegd werd dat daarover langzamerhand consensus bestaat. Dat zou ik verheugend vinden. Maar wanneer dat het geval is, kan men niet meer met het rapport zeggen: ‘we passen alleen maar het internationale recht toe wanneer het niet in strijd is met onze nationale rechtsstatelijke grondslagen’. Dat is in strijd met het voorgaande. Daar is juist geconstateerd dat die nationale constitutionele grondslagen niet meer volledig als nationaal bezit zijn te beschouwen, maar juist aan een aantal eisen van de internationale gemeenschap moeten voldoen.

Hiermee ontstaat inderdaad een dilemma. Aan de ene kant ben ik het met de opstellers van het rapport eens dat de nationale organen, en met name de nationale rechters, niet ieder besluit of iedere regel van internationaal recht zonder meer behoeven te accepteren wanneer deze in strijd is met de grondbeginselen van de rechtsstaat. Aan de andere kant mag niet ieder rechtsstelsel daarvoor een eigen drempel gaan aanleggen door daarvoor naar eigen inzicht toetsingsmaatstaven op te stellen. Dat zou iedere staat de mogelijkheid geven om de nationale constitutionele toetsingsregels zo op te zetten dat men onwelgevallig internationaal recht buiten de deur kan houden. Daarbij valt te bedenken dat een recht dat Nederland voor zichzelf opeist, ook aan andere landen niet kan worden onthouden. Dat betekent dat het internationale recht niet alleen afhankelijk wordt van de toetsingsregels die wij opstellen, maar ook van de regels die andere landen voor dat doel opstellen. Het is lang niet zeker dat wij met die regels even tevreden zijn als met de onze, terwijl wij ons in feite ook daarvan afhankelijk maken door ieder land zijn eigen toetsing toe te staan.

De conclusie hieruit moet zijn dat ik mij met de opstellers van het rapport kan vinden in de stelling dat de nationale staat, en dus ook de nationale rechter, een zekere mogelijkheid moet hebben om internationaal-rechtelijke regels of besluiten te toetsen aan de grondbeginselen van de rechtsstaat, maar dat die toetsing niet ter vrije beschikking van de nationale staat mag staan. De toetsingsmaatstaven die hij aanlegt moeten internationaal gefundeerd zijn.

Hoe zouden wij ons het karakter van die toetsingsmaatstaven moeten voorstellen? Zouden zij uit het internationale recht zelf kunnen komen? Het is inderdaad van belang dat het internationale recht zelf rechtsstatelijke waarborgen gaat ontwikkelen die gaan gelden voor volkenrechtelijke organisaties en voor internationale besluitvorming. Maar zover zijn wij nog lang niet. Dat hangt ook samen met het karakter van de rechtsstatelijke waarborgen, die – Nollkaemper wees daar al op – van nationaalrechtelijke oorsprong zijn. Zij zijn ontwikkeld in een typisch nationale context, en kunnen niet eenvoudig op bovennationaal niveau worden toegepast. Het zal nog veel tijd en veel denkkracht vergen voordat bovennationale constitutionele beginselen zijn ontwikkeld.

Daar komt bij dat die hoogstens een gedeeltelijke oplossing voor het probleem kunnen vormen. Er is, ook in het onderzoeksrapport, gewezen op het sterk groeiende terrein van de internationale samenwerking die niet gebaseerd is op het internationale recht. Daarmee denk ik aan de grensoverschrijdende samenwerking van nationale autoriteiten. De samenwerking in Bazel van de centrale banken als toezichthouders is daar een goed voorbeeld van, maar er zijn talloze andere verschijningsvormen. Als er al enig recht van toepassing is, is dat het nationale recht. Soms worden er heel duidelijke beleidsafspraken gemaakt, zoals in het Bazel Comité: daar wordt afgesproken hoe het toezicht op banken er uit zal zien. Die afspraken gaat ieder land zelf uitvoeren. Procedures daarover zijn in beginsel alleen mogelijk in ieder land afzonderlijk, wanneer de afspraken tot uitvoering komen. Wanneer ieder land uitsluitend zijn nationale regels zou toepassen, zouden de internationale afspraken onderworpen zijn aan een verschillende toetsing in ieder land afzonderlijk. De kans is groot dat bij de internationale beleidsafspraken niet alle nationale regels zijn gevolgd, maar de effectiviteit van de – noodzakelijke – samenwerking zou gevaar lopen indien dit alles volgens het nationale recht beoordeeld zou worden. Het is dan ook moeilijk de rechtsbescherming, bijvoorbeeld van de onder toezicht staande banken, nationaalrechtelijk goed te regelen zonder de samenwerking zelf in de kiem te smoren. Het is interessant dat het Bazel Comité deze problematiek ook heeft onderkend, en zelf een soort van algemene procedureregels heeft ontworpen om juist wél de rechten van de onder toezicht staande organisaties en anderen te beschermen en de idee van ‘due process’ vorm te geven. De regels zijn niet de regels van de Algemene wet bestuursrecht geworden, maar meer regels die ontleend lijken aan de op de Amerikaanse Federal Administrative Procedure Act.

Naast samenwerking tussen publiekrechtelijke autoriteiten zijn er allerlei instituties ontstaan voor de behartiging van grensoverschrijdende belangen die als mengvormen van publiekrecht en privaatrecht zijn te beschouwen, of soms gewoon privaatrechtelijk van aard zijn. Ngo's spelen daarin vaak een belangrijke rol. Voor zover er regels over deze instituties bestaan, vinden die hun grondslag in het nationale recht zonder dat het nationale recht op het grensoverschrijdende karakter van de problematiek is toegesneden.

Het is naar mijn inzicht duidelijk dat er oplossingen voor deze problematiek gevonden moet worden. Die oplossingen moeten enigszins tussen het nationale en het internationale niveau inliggen. Het internationale recht biedt (nog) onvoldoende op het punt van constitutionele beginselen, en het

nationale recht houdt onvoldoende rekening met het internationale karakter van de problematiek. Een mogelijkheid is te zoeken in meer horizontale, transnationale richting, naar beginselen die weliswaar niet vast liggen in het internationale recht maar wel gemeenschappelijk bezit zijn van de nationale staten op het punt van rechtsstatelijkheid. Welnu, ik denk dat dat soort beginselen zich aan het ontwikkelen zijn. En dat die ontwikkeling eigenlijk behoorlijk snel gaat.

Dat is te zien bij het werk in het HiIL, het Hague Institute for the Internationalisation of Law, waar ik bij betrokken ben. Het is een instituut in Den Haag dat juist vanuit het nationaalrechtelijke perspectief onderzoek doet naar de internationale rechtsontwikkeling. Niet zolang geleden heeft het een congres georganiseerd over de internationale aspecten van het werk van de hoogste nationale rechters. In hoeverre voelen zij zich met elkaar verbonden? Volgen zij elkaars jurisprudentie, en in hoeverre heeft die invloed op hun eigen beslissingen? Er waren hoogste rechters uit alle werelddelen, en daarnaast mensen uit de wetenschap. Interessant was dat veel van die hoogste rechters zeiden: 'Als we vijf jaar geleden voor dit congres waren uitgenodigd, dan hadden we gezegd: ja, het is wel een interessant thema, rechtsvergelijking is altijd nuttig, maar we voelen weinig noodzaak om ons rekenschap te geven van wat onze collega's in andere landen doen'. Maar dat was heel duidelijk anders geworden. De oud-voorzitter van de House of Lords, de Engelse hoogste rechter, zei: 'Wij zijn ons de afgelopen vijf jaar veel sterker bewust geworden van de gemeenschappelijke problematiek waarvoor wij als hoogste rechters staan'.

Er werden bij de beschouwingen van rechters ook vanuit de wetenschap interessante opmerkingen gemaakt. Een rechtssocioloog uit Harvard wees op het feit dat er zowel van bovenaf als van onderop druk op de rechters ontstaat om met elkaars uitspraken rekening te houden. Van bovenaf doordat de regelgevers in toenemende mate met verdragen of andere vormen van regelgeving komen die gemeenschappelijke bepalingen voor rechters opleveren, en die dus ook de verwachting van een uniforme interpretatie oproepen. Maar ook van onderop, doordat internationaal opererende organisaties – zowel bedrijven als ngo's – bij de rechter in het ene land in toenemende mate beroep doen op uitspraken in het andere land over hetzelfde onderwerp. Zo wordt de hoogste rechter regelmatig geconfronteerd met uitspraken over constitutionele beginselen uit andere landen. Die confrontaties zijn zodanig, dat de rechters het gevoel krijgen dat zij aan de uitspraken van hun collega's niet zonder meer voorbij kunnen gaan. Natuurlijk kunnen er argumenten zijn, ontleend aan het eigen recht en de eigen omstandigheden die afwijking van buitenlandse jurisprudentie rechtvaardigen. Maar wanneer die argumenten ontbreken, en toch anders wordt beslist zonder daarvoor een goed argument te geven, dan vermindert toch de overtuigingskracht van de uitspraak.

Een ander betekent dat rechters zich niet meer uitsluitend de vertolkers van het nationale recht voelen, maar toch ook een gemeenschappelijke verantwoordelijkheid gaan ontwikkelen voor de internationale rechtsontwikkeling.

Ook in de praktijk zijn tekenen van deze verandering te zien. In de Europese rechtsvorming spelen de gemeenschappelijke beginselen van de lidstaten al langer een rol. De Kadi-uitspraak van het Hof van Justitie is daar in zekere zin ook een voorbeeld van. Het Hof had het daarbij in zoverre gemakkelijk, dat het EU Verdrag ook zelf verwijst naar beginselen die aan de lidstaten gemeenschappelijk zijn.

Een ander voorbeeld is de jurisprudentie van de Duitse constitutionele rechter over de strijd tussen de grondrechten van de vrijheid van meningsuiting en van de privacy. De Duitse rechter wijkt daar enigszins af van de verplichtingen die uit het EVRM voortvloeien, maar doet dat niet alleen op grond van nationale beginselen, maar baseert zich mede op het feit dat die beginselen gemeen zijn aan vele andere staten. Een opmerkelijk voorbeeld is ook de grondwet van Zuid-Afrika. Die schrijft voor dat het Constitutionele Hof bij de interpretatie van rechtsstatelijke beginselen ook acht moet slaan op de interpretatie daarvan in andere rechtsstaten in de wereld. Ook hier een verwijzing, niet naar het internationale recht, maar naar het nationale recht van andere landen.

Mijn conclusie is dat wij verder moeten denken in deze richting van transnationale beginselen. Ik ben er dus tegen dat Nederland een nationaalrechtelijke dam gaat opwerpen tegen het toelaten van internationaal recht, zoals door het onderzoeksrapport wordt voorgesteld. Maar ik deel wel de mening dat niet alles dat uit het internationaalrechtelijke niveau naar ons toekomt, zonder enige reserve kan worden aanvaard. De uitweg uit dit dilemma is de ontwikkeling van gemeenschappelijke, transnationale beginselen of

uitgangspunten waarvan wij nu het begin zien. Zij behoeven geen ondermijning van de internationale rechtsorde te zijn, omdat zij niet afhankelijk zijn van de inzichten binnen een nationale staat. In die zin hebben zij een transnationaal karakter zonder formeel tot het internationale recht te behoren. Inmiddels heeft het HiiL een onderzoeksopdracht geformuleerd om in deze richting verder onderzoek te doen. Een aantal nationale en internationale onderzoeksgroepen heeft daarop gesolliciteerd, zodat wij hopen over enige tijd interessante resultaten te kunnen melden.

Graag eindig ik deze korte beschouwing met de constatering dat ik het winst vind dat bij het nadenken over de Grondwet de internationale dimensie aandacht krijgt. Het onderzoeksrapport heeft veel materiaal opgeleverd dat een goede discussie bevordert. De huidige ontwikkelingen vergen dat daarbij ook naar vernieuwende oplossingen wordt gezocht. Op dat punt is de voorgestelde oplossingsrichting te veel een teruggang naar het oude, op de nationale soevereiniteit gebaseerde, instrumentarium.

Zaaldiscussie

Voorzitter

Dames en heren, het woord is aan de zaal. Ik denk dat we genoeg materiaal hebben voor een levendig debat. Ik wil u wel verzoeken ter wille van het verslag even te zeggen wie u bent. Er zijn twee microfoons in de zaal beschikbaar, dus u hoeft niet achter de kathedraal, maar u kunt simpelweg vanuit de zaal spreken. Als u uw vinger opsteekt komt de microfoondrager of -draagster vanzelf naar u toe en dat leidt meteen tot reacties. Ik zie er alvast drie en ik begin even daar.

E.A. Alkema (Universiteit Leiden)

Mijn naam is Alkema van de Leidse Universiteit. Ik wilde graag een opmerking maken over de toetsing van internationaal recht aan constitutionele beginselen. Maar vooraf ook mijn waardering voor het rapport. Ik heb een van de auteurs al gezegd dat ik aan het Ministerie gevraagd heb of we dit rapport voor het onderwijs mogen gebruiken, want het is echt een rapport dat veel perspectieven opent, maar ook zoals gebleken is stof voor discussie oplevert. En dat is ook het geval met mijn opmerking. Want mij is niet helemaal duidelijk om wat voor beginselen het nu gaat. In de presentatie van Besselink en Wessel verscheen op een gegeven moment een aantal wezenlijke beginselen, maar het belangrijkste grondwettelijke beginsel, en dat is uit de discussie daarnet al gebleken, is toch eigenlijk artikel 90 van de Grondwet, dat wij als Nederland ons openstellen voor het internationale recht. En betekent dat niet eigenlijk een *préjugé favorable*, ten gunste van het internationale recht? Als er dus een conflict is tussen het een en het andere, is dat niet dan al een reden om te zeggen - en dat sluit ook aan bij datgene waar Nollkaemper mee eindigde - dat we dat toch niet overboord moeten gooien. Het is een heel belangrijk beginsel dacht ik.

Een ander beginsel betreft bijvoorbeeld onze decentralisatie. Misschien dat u daar helemaal niet aan denkt, maar als je ziet dat er op het ogenblik toch over miljarden gesproken wordt wanneer in het kader van de Europese vrijmaking van de energiemarkt een deel van de provinciale of regionale elektriciteitsbedrijven of nutsbedrijven in handen komt van andere landen, dan is de vraag hoe het dan zit met zo'n beginsel.

Fungeert dat dan nog in de optiek van de voorstellen van het rapport of niet?

Ik stel ook vast dat in het kader van het Europese Gemeenschapsrecht sommige van de beginselen eigenlijk al opgeofferd zijn. Zoals bijvoorbeeld het vertrouwensbeginsel. Wat wij in het bestuursrecht kennen, dat wordt voor de werking van de markt op een gegeven moment prijsgegeven en dat is gebeurd zonder veel problemen.

Institutionele elementen van onze Grondwet vervolgens, zijn die zo belangrijk dat je ze moet verdedigen? Hadden we het *Bentham*-arrest, dus het verbod van het Kroonberoep of het onrechtmatig zijn van het Kroonberoep niet moeten opvolgen?

Ik heb overigens de auteurs niet veel gehoord over de vraag of zij onder besluiten van internationale organisaties ook de arresten van internationale hoven verstaan. Ik zou dat er wél onder verstaan en dan kom je dit soort problemen tegen. Nou daar heb ik dus een probleem. Uw beginselen, de beginselen die u uit de Grondwet put, zijn me niet direct duidelijk, die u uit de constitutie put zijn nóg vager. Ik vrees dat als je daarover steeds moet gaan procederen, want dat is dan tenslotte de consequentie, dat je tot enorme rechtsonzekerheid komt. Dank u wel.

Erika de Wet (Universiteit van Amsterdam)

Ik heb één vraag aan Leonard Besselink en ook mijn dank aan alle sprekers. Het gaat over het concept van *ius cogens*. Leonard Besselink heeft voorgesteld dat het sterker wordt verankerd in de Nederlandse Grondwet. Zoals je weet wordt dit concept in de Zwitserse nationale Bundesverfassung van 1998 expliciet verankerd. Toen rees meteen de vraag over de invulling van het concept. Wordt het internationaal ingevuld of nationaal? Een jaar geleden heeft het Zwitserse Federale Hof het concept inderdaad een internationale invulling gegeven, dus het concept werd zeer restrictief uitgelegd. Alleen normen die ook op internationaal niveau als onveranderbaar worden geaccepteerd, gelden binnen de Zwitserse rechtsorde als *ius cogens*. Dat zijn heel weinig normen, zes of zeven als je kijkt naar het lijstje van de International Law Commission. Dus de eerste vraag is: wat is de meerwaarde van de expliciete verankering van een norm die zo beperkt wordt uitgelegd? Tweedens, als je dit concept een nationale bottom-up invulling zou geven, zou je met veel meer normen rekening moeten houden. Bijvoorbeeld onder meer met een heleboel rechten uit het EVRM,

waarvan je zou kunnen zeggen dat het regionaal ius cogens is. Met name in monistische landen, bijvoorbeeld Nederland en Zwitserland, is dat van heel groot belang. Maar vergeet niet dat ius cogens een zeer rigide 'inflexible' concept is dat geen beperking toestaat.

Ik vind dit dus een zorgelijke ontwikkeling en ik ben ook bang dat wij dan meteen suggereren dat andere internationale normen die geen ius cogens status hebben, eigenlijk niet belangrijk zijn of helemaal niet bindend zijn. Dat is een probleem dat je met name nu al in de VS hebt, waar men continu voor federale hoven met het ius cogens argument komt. Alles is ius cogens en de reden is dat internationale normen in de VS heel vaak niet als bindend recht wordt geaccepteerd. Dus moeten we ons afvragen of het té expliciet verankeren van ius cogens in de Grondwet niet het hele proces van versterking van de internationale rechtsorde ondermijnt.

Anna Jasiak (Universiteit van Tilburg)

Mijn naam is Anna Jasiak van de Universiteit van Tilburg. Ten eerste natuurlijk hartelijk dank voor de prikkelende stellingen en de aanbevelingen. Mijn vraag/commentaar heeft betrekking op de aanbeveling over de parlementaire goedkeuring van bepalingen van internationaal recht die een ieder verbindend zijn. Mijn vraag is: begrijp ik u dan goed dat u eigenlijk ervoor pleit dat het parlement, en eigenlijk de facto de regering, zou moeten bepalen welke bepalingen van internationaal recht een ieder verbindend zijn? Dat lijkt me een zorgelijke ontwikkeling, juist omdat tot nu toe het steeds de rechter is geweest die bepaald heeft welke bepalingen een ieder verbindend zijn. Als het parlement en de regering eigenlijk daarover gaan beslissen is het risico dat bepalingen die rechten aan burgers toekennen niet worden goedgekeurd en dus vervolgens niet gaan werken in de nationale rechtsorde. En dat lijkt me niet de goede ontwikkeling.

Voorzitter

Helder punt. Dank u zeer. Ik ga nog even door met een rondje door de zaal. Neemt u vooral de kans om uw vraag te stellen. Of een opmerking te maken, dat mag ook.

Coos 't Hoen (Ministerie van Buitenlandse Zaken)

Ik ben Coos 't Hoen, afdeling Verdragen, Buitenlandse Zaken. Ik wil een opmerking maken over één ding dat naar voren is gekomen tijdens de discussie en dat is het maken van een constitutioneel voorbehoud bij het neerleggen van een Akte van Bekrachtiging of toetreding van een verdrag. Ik wil u even confronteren met de rechtspraktijk van de afdeling Verdragen. Het komt meerdere malen voor dat staten bij het ratificeren van verdragen een voorbehoud maken en zich beroepen op hun eigen nationale regelgeving. Standaard bij de afdeling Verdragen is dat wij dan bezwaar maken. En dat doen wij op grond van artikel 19, onderdeel c van het Weens Verdragenverdrag. Want, is onze redenering, als wij niet kunnen nagaan waarom een staat zich beroept, dan vinden wij dat wij niet kunnen toetsen waaraan een staat zich bindt en uiteindelijk is dan onze conclusie dat dit in strijd is met 'object and purpose' van het verdrag. En ik kan u verzekeren, als, nu maar even echt bot gezegd, een staat zich beroept op wat wij dan in de wandelgangen een 'sharia-voorbehoud' noemen en Buitenlandse Zaken reageert niet op dit voorbehoud, dan hebben wij binnen de kortste keren commentaar van NGO's. En ik zou het werkelijk niet kunnen begrijpen als men zou willen dat Nederland zich nu in het vervolg gaat beroepen op een constitutioneel voorbehoud. Ik heb nog andere punten, maar voorlopig laat ik het hierbij.

Voorzitter

Dank u zeer. Ik zie nog één vinger en één iemand die al is gaan staan en de microfoon al heeft. Meneer Fleuren, u heeft het woord.

Joseph Fleuren (Radboud Universiteit Nijmegen)

Ja, dank u. Mijnheer de voorzitter, mijn naam is inderdaad Joseph Fleuren, Radboud Universiteit Nijmegen en rechter-plaatsvervanger in Zutphen en dat zal zo meteen nog een rol gaan spelen. Wij kennen allemaal als juristen het adagium 'de minimis non curat praetor'. En dat vertalen we altijd met: de rechter moet zich niet bemoeien met bagatelzaken. Maar zoals u nog weet van uw colleges Romeins recht vroeger, hield die praetor zich vooral bezig met wetgeving en dat is de werkelijke strekking van dat adagium. En er zijn ook klassieke teksten waarin dat adagium voorkomt in de formulering 'de minimis non curat lex'. De wetgever moet zich niet bemoeien met bagatelzaken.

Dat is een heel oud beginsel, u komt het reeds tegen in de 'Ethica Nicomachea' van Aristoteles, waar hij

formuleert dat wetgeving altijd globaal is en je niet alle casusposities die zich in de toekomst ooit eens gaan voordoen kunt voorzien. En je moet ook vooral niet willen om dat als wetgever te regelen. De keerzijde daarvan is, dat diegene die de wet toepast, bijvoorbeeld een rechter, dat die zich ook niet al te rigide aan die tekst moet vasthouden, maar moet kijken of dit inderdaad zo'n casuspositie is die niet voorzien is en waarbij je in ieder geval die zaak flexibel moet toepassen. Een heel bekend arrest, ook uit de rechtsfilosofie door de geschriften van Dworkin, is het arrest *Riggs versus Palmer* uit de Verenigde Staten van 1889, waarin met een verwijzing naar de 'Ethica Nicomachea' de desbetreffende rechters in de meerderheidsopinie ook in dat geval hebben gezegd dat je hier niet rigide het systeem moet toepassen. Het ging daar, velen van u zullen de uitspraak kennen, om een zoon die z'n vader had vermoord en vervolgens vrolijk de erfenis claimde en de desbetreffende civiele wetgeving sloot dit niet uit. En de rechters zeiden dat de wetgever daar gewoon niet aan heeft gedacht.

In Nederland vertaalt dit zich in de praktijk in de jurisprudentie waarin af en toe algemene beginselen van behoorlijk bestuur worden toegepast contra legem en zelfs contra de wet in formele zin. Dus rechters zijn hier zeer mee vertrouwd.

Nou, nu kom ik op het onderzoeksrapport en voordat ik daarop verderga, ook mijn complimenten. Het is mij namelijk bekend dat dit rapport in korte tijd geschreven moest worden en als je dat bedenkt is dit een buitengewoon knappe prestatie.

Mijn kritiekpunt heeft te maken met het voorgaande, dus met die regel dat de wetgever zich niet met allerlei gedetailleerde casusposities moet bemoeien. Het punt dat ik wil maken is al een paar keer naar voren gebracht door André Nollkaemper, ook van de zijde van Buitenlandse Zaken: hoe vaak loopt dit systeem nou fout? Ik heb in totaal ten behoeve van mijn proefschrift uit 2004 meer dan 1000 rechterlijke uitspraken rondom het systeem van doorwerking in Nederland bestudeerd en uit die meer dan 1000 uitspraken kan ik me er maar twee herinneren waarin inderdaad het systeem misschien een beetje vastloopt. Eén uitspraak is al door Nollkaemper gememoreerd, de zaak-*Short*. Daar heeft de Hoge Raad het prachtig opgelost via een belangenafweging tussen twee internationale normen waar Nederland aan gebonden was. Een ander arrest ging over het AETR-Verdrag waarvan een deel alleen maar in het Engels in het Tractatenblad was verschenen zonder Nederlandse vertaling en toen rees de vraag: naar hun inhoud kunnen die bepalingen een ieder verbinden, maar ze zijn niet bekend gemaakt, betekent dit nu dat dit geen basis kan zijn voor een strafvervolging? Het ging daar om strafvervolging en toen heeft de Hoge Raad daar via zestien grondwetten een mouw aan gepast en gezegd dat als daar geen Nederlandse vertaling van is dan kunnen die niet ten nadele van de burger worden toegepast in een strafzaak. Dat was strikt genomen in strijd met 93 Grondwet, want daar gaat het alleen om bekendmaking, en Engelse tekst volstaat, dat blijkt ook uit de wetsgeschiedenis van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen. Maar dat is zo'n voorbeeld, als het eens een keer spaak loopt, de rechter past daar wel een mouw aan. Ik ben er dan ook van overtuigd dat als het geval zich voordoet dat een paar keer in het rapport wordt aangestipt en dat tot nu toe theorie is gebleven, stel dat ooit de Nederlandse strafrechter, of de Nederlandse rechter überhaupt, wordt geconfronteerd met zo'n sanctiebesluit van de Verenigde Naties waarin iemand in het kader van terrorismebestrijding op zo'n lijst is geplaatst. Dus stel dat de zaak-*Kadi* zich zou voordoen voor een Nederlandse rechter, hoewel ik zo één-twee-drie geen casuspositie kan bedenken waarin zich dat moment kan voordoen. Maar stel dat dat gebeurt. Dan weet die Nederlandse rechter daar heus wel een mouw aan te passen. Sterker nog: hij zal het zeker doen. En ik geloof dan ook écht niet dat als er zich ooit een moment zou voordoen dat een wet in strijd is met *ius cogens*, wat in Nederland hopelijk eeuwig theorie zal blijven, maar als zich dat moment zou voordoen, dan zal die rechter heus niet rigide met een verwijzing naar het *Nyugat*-arrest en het *Bouterse*-arrest zeggen: jammer dan voor het *ius cogens*. Daar wordt wel een mouw aan gepast. Dus volgens mij zijn deze voorstellen in het rapport niet nodig. Dank u wel voor de aandacht.

Voorzitter

Dank u zeer mijnheer Fleuren, ook voor het doorbreken van een stereotype beeld dat we nogal eens constateren dat mensen van de universiteit allerlei dingen bedenken waarvan mensen uit de praktijk komen zeggen dat dat in de praktijk heel anders gaat. Nu bent u iemand van de universiteit die komt zeggen dat het in de praktijk niet zo zit. Veel dank. Op de tweede rij had mevrouw Mak haar vinger opgestoken.

Elaine Mak (Erasmus Universiteit Rotterdam)

Elaine Mak van de Erasmus Universiteit. Ik dank ook alle sprekers voor de heel boeiende inleidingen. Waar de discussie mijns inziens om gaat is hoe de rechtsstatelijke waarborgen moeten worden ingevuld,

zowel op het nationale niveau als op het internationale niveau. En welke rol speelt de Grondwet in dat kader? Het rapport geeft daarvoor hele goede aanwijzingen, maar ik denk dat de focus voor een deel niet breed genoeg is. In de eerste plaats viel mij op dat de sprekers vooral focussen op de rechtsbescherming, terwijl ik denk dat bij de wisselwerking tussen internationaal recht en nationaal recht ook aandacht moet zijn voor de rechtseenheid. Het gaat heel vaak om het vormen van eenvormig recht of harmonisatie van recht. Welke rol speelt de nationale grondwet in dat verband?

Aan de andere kant speelt ook het aspect van de rechtsontwikkeling. En welke rol kan de nationale grondwet in die discussie spelen? Zowel als het gaat om de aanvaarding van regels door de Nederlandse samenleving als als het gaat om de doorwerking van internationale opinie.

Een ander punt betreft de verhouding tussen de wetgever en de rechter in dit verband. De makers van het rapport gaan vooral in op de rol van de grondwetgever, maar zoals ook uit andere opmerkingen bleek is een heel groot aspect bij de uitwerking van die regels gelegen in hoe de rechter ermee omgaat. En dat blijkt ook wel als het bijvoorbeeld om het Europese recht gaat, gelet op de rol van constitutionele hoven zoals in Duitsland of in Frankrijk. Dus wat mij betreft moet er meer aandacht zijn voor de rol van de rechter bij de uitwerking van het internationale recht in de nationale rechtsorde. Dank u wel.

Monica Claes (Universiteit van Tilburg)

Monica Claes, Universiteit van Tilburg. Dank voor de mooie rapporten die denk ik een steen in de vijver gooien. Ik heb een aantal vragen en opmerkingen. Sommige herhalen een beetje wat al gezegd is maar ik wou het toch even herhalen.

Ik sta in beginsel niet onsympathiek tegenover het verankeren van een aantal constitutionele beginselen of het aangeven van constitutionele beginselen als een soort van uitzondering op doorwerking. En ik zou zelfs durven zeggen dat Nederland dan een traditie zou beginnen te volgen die al langer bestaat in de ons omringende landen. Het is helemaal niet uitzonderlijk om fundamentele beginselen aan te wijzen als een soort van 'common core principles' die niemand aan mag raken, de nationale wetgever niet en het internationale recht niet. Je zou zelfs kunnen zeggen dat als Nederland dat ook gaat doen, het zou meewerken aan de vorming van dat transnationale recht, aan een soort van gemeenschappelijk recht, 'common principles, waarvan dan de oorsprong op zich niet meer zo heel erg interessant is. Of het nationaal recht is of internationaal recht, het gaat uiteindelijk om die beginselen en dát ze beschermd worden.

Als we die beginselen gaan formuleren is de tweede vraag welke dat zijn. Welke zijn dat in de Nederlandse Grondwet of zouden dat in de Nederlandse Grondwet kunnen zijn? En welke beginselen verdienen dan een speciale plaats in die Nederlandse Grondwet? En dat zal het probleem zijn: het formuleren van die beginselen, en wie gaat dat doen? En wie gaat ze interpreteren? En dan kom je, zoals mevrouw Mak ook net zei, dan kom je uiteindelijk toch weer bij de rechter terecht. Dus uiteindelijk komt het erop neer dat de rechter een meer centrale plaats gaat krijgen bij de toepassing van het internationale recht. Ik vind dat op zich niet erg, ik vind dat geen probleem, maar we moeten ons er wel van bewust zijn. En opnieuw moeten we dan even terugkijken naar hoe zich dat dan weer vertaalt naar de Nederlandse context. Want we zijn dit soort van kwesties gewend in andere landen, in Duitsland met een sterk Bundesverfassungsgericht, in Frankrijk met een Conseil Constitutionnel die die rol sterk, of steeds sterker op zich neemt. Hoe gaat dat in Nederland gebeuren? Welke rechter gaat in Nederland die fundamentele beginselen in de Grondwet bewaken? En dan komt mijn volgende vraag: hoe vertalen we dat dan weer naar de zuiver nationale context? Want als wij dan Nederland en Nederlanders of individuen binnen Nederland beschermen tegen internationaal recht op basis van die fundamentele beginselen, hoe zit het dan met de bescherming tegen nationaal recht? En dat is de vraag naar de constitutionele toetsing in zuiver nationale context en dan is denk ik de vraag rond.

Voorzitter

Ja. En dan mogen we de staatscommissie voor de grondwetsherziening wel veel wijsheid toewensen, als het aspect van de machtenscheiding ook bij dit dossier betrokken gaat worden. Ik ga nog heel even door met opmerkingen vanuit de zaal voordat we van achter de tafel iets gaan zeggen. Mevrouw De Wit.

Joke de Wit (Erasmus Universiteit Rotterdam)

Dank u wel. Mijn naam is Joke de Wit van de Erasmus Universiteit. Ik doe onderzoek naar conforme interpretatie of conforme toepassing, wat dat dan ook precies inhoudt. En ik heb vanuit dat oogpunt dit rapport uiteraard ook met heel veel interesse gelezen en ook vandaag geboeid geluisterd. Ik heb een vraag

daarover en die sluit ook weer een beetje aan bij de vorige vragen van mevrouw Claes en mevrouw Mak over de positie van de rechter.

In het rapport wordt steeds onderscheid gemaakt tussen doorwerking van internationaal recht, voorrang van internationaal recht en de aanvullende werking van internationaal recht. Waarbij dan het onderscheid tussen voorrang enerzijds en doorwerking en de aanvullende werking van internationaal recht anderzijds, het duidelijkst is, want ik denk dat die laatste twee wellicht heel dicht bij elkaar komen. U spreekt over voorrang in het rapport op het moment dat het valt onder de reikwijdte van artikel 94 Grondwet, dus op het moment dat er sprake is van het buiten toepassing laten van een nationale bepaling die onverenigbaar is met een internationale bepaling, een ieder verbindend uiteraard. En de termen doorwerking en aanvullende werking reserveert u in het rapport voor alle andere vormen waarin internationale bepalingen werking hebben binnen de nationale rechtsorde maar niet derogeren aan bestaande wettelijke voorschriften.

Formeel gezien lijkt me die scheiding heel erg duidelijk en transparant. Ik denk echter dat vanuit materieel perspectief, deze beide vormen, voorrang en doorwerking, veel dicht bij elkaar liggen en dat het zelfs verdedigbaar is om te spreken van een bepaalde mate van overlap. Er zijn namelijk voldoende voorbeelden in de jurisprudentie aan te wijzen waarin de rechter, ondanks het feit dat hij onverenigbaarheid tussen de nationale bepaling en een ieder verbindende bepaling vaststelt, niet overgaat tot buiten toepassing laten van de nationale bepaling, maar kiest voor een verdragsconforme uitleg. Ter illustratie verwijs ik naar meerdere uitspraken, met name ook op familierechtelijk gebied die in de afgelopen jaren zijn gedaan.

In deze gevallen zou de verdragsbepaling, volgens artikel 94 Grondwet, voorrang moeten krijgen, maar de jurisprudentiële praktijk wijst uit dat het internationale recht op een andere manier z'n doorwerking krijgt in de nationale rechtsorde. Als we nou bij deze constatering ook nog de kanttekening betrekken van Pieter van Dijk, die hij al zo'n twintig jaar geleden maakte, dat bij de verhouding tussen voorrang en doorwerking via verdragsconforme inpassing óf buiten toepassing laten van een wetsbepaling, het buiten toepassing laten de meest drastische reactie is op strijdigheid met een verdrag, of in ieder geval de meest drastische reactie lijkt, maar dat uiteindelijk de consequenties van verdragsconforme inpassing veel verder kunnen gaan omdat dit de rechter de gelegenheid biedt tot zelfstandige rechtsvorming. Dan brengt mij dat op de vraag in hoeverre het nodig is, en ook mogelijk is, om naast de voorrang van internationaal recht, zoals u dat in het rapport gebruikt, ook de doorwerking van internationaal recht te voorzien van een sterkere democratische legitimatie. Want daarvoor vind ik geen aanwijzing in het rapport. Dank u wel.

Voorzitter

Dank u zeer. Nog één vraag vanuit de zaal en dan kijken we even de rapporteurs aan voor een reactie. De heer Böcker.

Roeland Böcker (Ministerie van Buitenlandse Zaken)

Ik heb een hele korte vraag. Ik ben Roeland Böcker, ook van Buitenlandse Zaken, maar ik refereer me graag voor wat betreft een algemene reactie aan mijn collega's Ineke van Bladel en Coos 't Hoen die veel meer verstand hebben van het algemeen verdragenrecht dan ikzelf. Ik kom meer uit de hoek van de mensenrechten en ik blijf dan ook graag bij mijn leest met een hele korte vraag. Het viel mij op dat bij die constitutionele beginselen die dan toetssteen zouden moeten zijn bij doorwerking, dat daar specifiek wordt verwezen naar het VN-Handvest, EVRM, IVBPR. Waarom eigenlijk die drie? Ik denk met name aan het Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten, wat slechts door een historische speling van het lot niet in één tekst terecht is gekomen met het IVBPR. Maar goed, als je die vraag gaat stellen wordt de discussie al gauw veel ingewikkelder. Want we weten allemaal dat er juist over die rechten in dat verdrag veel verschillende wordt gedacht over de precieze inhoud, de precieze doorwerking ervan dan over de instrumenten die werden opgesomd. Ik laat het hierbij, je kunt nog aan andere verdragen gaan denken, maar ik hou het graag kort en simpel.

Voorzitter

Dank u zeer. Nog één vraag.

Coos 't Hoen (Ministerie van Buitenlandse Zaken)

Ik heb een vraag. Er werden allerlei verdragen genoemd waarin conferenties worden gemachtigd om besluiten te nemen, die dan rechtstreeks doorwerken in het nationale bestel. Ik vraag me af hoe u zich dit voorstelt? Laten we de IMO-verdragen eens noemen, dat zijn er vele. In die IMO-verdragen wordt rechtsmacht gedelegeerd aan conferenties waar dan vooral technische resoluties worden aangenomen die doorwerken. Het is, dit even terzijde, natuurlijk altijd zo dat iemand van de regering daar vertegenwoordigd is en de belangen van Nederland behartigt, maar ik vraag me nu het volgende af. Er staat in dat verdrag dat we die rechtsmacht delegeren en dat verdrag is ooit parlementair goedgekeurd. Stel nou, misschien begrijp ik u verkeerd hoor, maar stel nou dat u dat parlementair wil toetsen. Wat moeten wij dan doen? Moeten wij dat verdrag dan gaan opzeggen, want het is toch een essentieel onderdeel van dat verdrag dat we die rechtsmacht delegeren. Ik zie dat niet goed voor me. Daar wilde ik het even bij laten.

Voorzitter

Oké. Heldere vraag. Ik kijk nu even de beide rapporteurs aan en ik wil ze de gelegenheid geven om even kort op een aantal punten in te gaan, waarna wij opnieuw gelegenheid hebben voor een ronde vragen vanuit de zaal. Maar dan met een speciaal verzoek van mijn kant om elke keer ook in te gaan op de wenselijkheid, respectievelijk noodzaak van herziening van de Grondwet. Want daar zou ik u toch echt, voor zover u dat nog niet gedaan heeft, uitdrukkelijk over willen horen. Wie van de heren heeft behoefte om als eerste te spreken?

Ramses Wessel (Universiteit Twente)

Dank u wel voorzitter. Er is een hele hoop gezegd. Ik kan nu al zeggen dat het ons niet zal gaan lukken om overall adequaat op in te gaan. Ik denk ook niet dat dat van ons verwacht wordt. Even een paar korte reacties. Er zijn heel veel opmerkingen gemaakt waar wij ongetwijfeld ons voordeel mee zullen doen. Hoewel het rapport nu in z'n finale stadium is, moet het nog naar de drukker en er zit nog een fase in waarin wij wat kunnen verduidelijken en her en der nog wat woorden kunnen rechtzetten. Ik begrijp ook dat heel veel van de vragen die gekomen zijn te maken hebben met een interpretatie van de tekst die wij er niet aan hebben willen geven. En dat is voor ons ongetwijfeld in heel veel gevallen aanleiding om daar nog eens goed naar te kijken om te bezien of we wel overgebracht hebben wat we willen overbrengen.

Toch maar even beginnen met een reactie op Ineke van Bladel's toch wat stevige verhaal. Een stevige reactie vanuit Buitenlandse Zaken, maar niet helemaal onverwacht. Heel kort, want er is veel over te zeggen. Het rekening houden met het 'pacta sunt servanda', dat was eigenlijk een van haar belangrijkste punten. Het kan toch niet zo zijn dat wij onder onze verdragsverplichtingen uit willen komen door ons ineens te gaan beroepen op allerlei constitutionele waarden die we opeens blijken te hebben? Dat is ook absoluut niet de bedoeling. Maar ik wil daar wel bij zeggen, de opmerking verbaast me ook wel een beetje, hoewel hij vaak wordt gemaakt, zeker vanuit de hoek van Buitenlandse Zaken. Als je naar de ons omringende landen kijkt die toch dualistisch zijn, neem met name het Verenigd Koninkrijk en Duitsland, daarvan kan je toch moeilijk volhouden dat dat schurkenstaten zijn die het internationale recht naast zich neerleggen. Ik vind juist die twee gevallen altijd hele mooie voorbeelden van dualistische staten, waarvan wij nog wat kunnen leren. Als ik de rapporten van het House of Lords lees, denk ik dat daar serieus wordt omgegaan met het internationaal recht. Dus die houding van 'als we dit doen dan schenden we het internationale recht', daar zouden we het dan nog maar eens over moeten hebben.

Het andere punt dat door Ineke van Bladel werd genoemd is denk ik ook een beetje uit z'n voegen gelicht. Ik denk niet dat wij uitdrukkelijk de stilzwijgende toestemming hebben willen uitsluiten. Als dat er met zoveel woorden staat², dan moeten we nog even wat zuiverder naar die formulering kijken want er kunnen inderdaad gevallen zijn waarbij je zou kunnen volstaan met een stilzwijgende toestemming.

Het belangrijkste punt dat we willen maken is nou juist dat het parlement een rol in dat soort gevallen speelt.

Geef het parlement een rol, ook even in reactie op een aantal andere opmerkingen die zijn gemaakt met betrekking tot verdragen die al lang geleden zijn gesloten, bijvoorbeeld het VN-Handvest. Wij hebben gezegd: zou je niet een moment moeten hebben, juist omdat internationale organisaties een eigen leven kunnen gaan leiden en verdragen vijftig jaar later er héél anders uit kunnen gaan zien dan hoe ze er toen

² In het concept-eindrapport staat op p. 72: 'Wat betreft de wijze van goedkeuring kan in de Rijkswet artikel 6 worden aangevuld, zodat ook verdragen die 'een ieder verbinden' uitdrukkelijk moeten worden goedgekeurd.'

uitzagen, dat het parlement de mogelijkheid wordt gegeven om nog eens opnieuw naar zo'n verdrag te kijken. Om ook eens te kijken of dat verdrag nog steeds op dezelfde manier in de nationale context past als het toen paste. Niet om onder de verdragsverplichtingen uit te komen, maar om te kijken of deze nog steeds op dezelfde manier in ons nationale constitutionele systeem passen. Dat is eigenlijk de teneur van de opmerkingen en dat is ook het belangrijkste punt dat we zouden willen maken.

Kort even in reactie op een paar opmerkingen die zijn gemaakt – in ieder geval door André Nollkaemper, en Michiel Scheltema refereerde er ook al even aan – over de vraag of je niet de oplossingen moet zoeken op het internationale niveau in plaats van op het nationale niveau? Ja, natuurlijk. Mijn vak is internationaal recht en Europees recht, maar gedurende een lange tijd voornamelijk internationaal recht. Dit is dan ook mijn automatische reflex, dáár moeten we de dingen gaan verbeteren. Ik heb ook lange tijd dat standpunt verdedigd, tot een tijd geleden ik ook tot de conclusie kwam dat het toch niet zo kan zijn dat álles wat er in het internationale recht wordt vastgesteld, door wat voor vaag clubje ook, of door Veiligheidsraadleden die misschien niet altijd onze waarden delen, we dat áltijd klakkeloos zouden moeten accepteren? Dus zolang er op dat internationale niveau iets niet goed mogelijk is, ben ik toch geneigd te zeggen in ieder geval in de tussentijd - waarvan ik wel denk dat die heel lang zal kunnen duren - we toch nationaal proberen te zorgen dat de mensen als Kadi en de binnenschippers hun recht kunnen halen op een gegeven moment. Een punt dat Scheltema maakte met betrekking tot het toevoegen van een transnationale blik vind ik zeer waardevol. Ik denk dat we daar ook nog even goed naar moeten kijken. Er is veel te leren van onze buurlanden en er is ook veel uit te halen op dat vlak.

Over het *ius cogens* wil ik toch nog wel iets zeggen. Erika de Wet kwam daarmee. Interessant om te zien dat je dan toch weer dat standaard rijtje hoort, zeker uit jouw mond. Je verwacht dat *ius cogens* ook méér is, en niet alleen maar piraterij en wat hebben we allemaal. *Ius cogens* zou je kunnen zien, en dat is ook vaak in de literatuur op die manier omschreven, als dé fundamentele beginselen van de internationale rechtsorde, waar je niet van af mag wijken. En dat kunnen materiële normen zijn – ook institutionele normen zijn als je wilt, maar in dit geval even materiële normen. En er is natuurlijk buitengewoon veel literatuur, onder andere van jouw eigen hand, waarin gezegd wordt dat een aantal fundamentele mensenrechten tot het *ius cogens* zouden behoren. En dat zijn met name ook de zaken waar wij in dit rapport op doelen.

Fleuren, maar ook anderen, wezen op de noodzaak om, als wij dit allemaal willen, toch een grotere rol aan die rechter toe te bedelen. Sterker nog, je zou kunnen zeggen dat die rechter nú al een grotere rol zou moeten spelen en uit zijn voorbeelden bleek ook wel dat de rechter dat af en toe doet. “De rechter past er wel een mouw aan.” Iets is niet netjes geregeld en we zeggen dan dat het in de praktijk wel goed gaat en de rechter er wel mee weg blijkt te komen door middel van een bepaalde interpretatie. Principieel ben ik dan niet overtuigd.

Belangrijker is denk ik nog dat die rechter in een heel groot aantal gevallen geen mogelijkheden hééft om een afweging te maken. De voorrang van het internationale recht is duidelijk verankerd; het is voor de nationale rechter op het ogenblik nauwelijks mogelijk om een andere afweging te maken. De rechter kan niet zeggen: in dit concrete geval pas ik er een mouw aan in die zin dat ik nu eens een keer voorrang ga geven aan nationale beginselen die mij na aan het hart liggen. Dus de rechter moet dan ook wel die mogelijkheden worden gegeven.

Leonard Besselink (Universiteit Utrecht)

Er zijn heel veel vragen gesteld, dus excuses als ik er hier en daar eentje oversla of vergeet. Ik vind het ook heel moeilijk om ze te groeperen eerlijk gezegd, maar ik denk dat in ieder geval de voordracht van mevrouw Van Bladel nog even een kleine aanvulling kan verdragen. Over dat punt van het legaliteitsbeginsel: ik vind het wel extreem ver gaan om te zeggen dat de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen, die regelt dat er goedgekeurd moet worden en hóe er goedgekeurd moet worden, altijd de wettelijke grondslag is voor whatever door internationale verdragen en daarop gebaseerde internationale besluiten aan burgers wordt opgelegd. Dat is een invulling van het legaliteitsbeginsel door een blanketwet waarvan ik dacht dat we daar sinds *Meerenberg* (1879) vanaf waren.

Overigens, als wij een rechter hebben die zegt dat een bepaalde verdragsbepaling niet een ieder verbindend is en in geval van een beweerdelijke strijdigheid van die verdragsbepaling met een wettelijke regeling de verdragsbepaling niet toepast, moet ik nog onze wederpartij bij verdragen zien die daar bij Nederland een

hele scène over begint te maken. In bijna alle beschaaft landen doen zich dergelijke rechterlijke uitspraken voor, in de regel zonder dat dit tot enigerlei diplomatiek probleem leidt.

Er is een hele groep vragen over 'waar hebben we het nou voor nodig'? Het komt bijna niet voor en we moeten ons niet zorgen maken over 'peanuts'. Dat is niet helemaal begrijpen wat ons gevraagd werd en ook niet wat we voorstellen. Kijk, het hele systeem is open voor de internationale rechtsorde, dat moet het vooral ook blijven en we willen dat alleen nog maar verder uitbreiden. Er zijn wel een paar tekortkomingen aan te wijzen in het systeem zoals we dat hebben uitgevonden.

De hele problematiek raakt ook aan de vraag wat voor grondwet we nou eigenlijk hebben. En het is waar, we hebben een grondwet waarin een aantal dingen geregeld zijn en een aantal heel belangrijke dingen eigenlijk niet. Dat is ook heel typisch voor onze Grondwet. En op zichzelf begrijp ik daarom ook wel de vraag of onze voorstellen er nou in moeten. Maar ik denk, als er dan nog wat in moet, dan moet dat gaan over die bodem die we in de doorwerking willen leggen, de bodem die we daar onder willen leggen. De bottom line is gewoon het fundament van de democratische rechtsstaat. Die bottom line is mogelijk, dat mogen we althans hopen, maar een paar keer echt nodig. Een paar keer, zoals een *Kadi*-achtig geval. En eerlijk gezegd, over het vertrouwen in de rechter gesproken, ik ben alleen maar collega's tegengekomen van Europeesrechtelijke en constitutioneelrechtelijke snit die dachten dat het Hof van Justitie dat helemaal niet zo ging doen. Die zeiden allemaal 'die Maduro, die advocaat-generaal, dat is toch een academicus, die gaat ook weer terug naar de academie als zijn termijn is afgelopen. En dat gaat geen rechter volgen. Zijn conclusie was uiterst principieel, dat is toch niet praktisch. Stel je voor, Veiligheidsraad, internationale belangen'. En tóch deed het Hof van Justitie dat. Dat moet ik de plaatsvervangende rechter in Zutphen nog zien doen, eerlijk gezegd.

Volkomen gelijk overigens, de reacties dat over die rol van de rechter veel meer te zeggen valt, net zo goed als over dat onderscheid tussen verschillende vormen van doorwerking. Maar ja, een opdracht waarvoor slechts tien dagen één hoogleraar en tien dagen een andere hoogleraar werd ingehuurd, daar zit zeker nog wel ruimte voor inderdaad wat verdieping, zowel in die conceptuele achtergrond, want dat maakt echt wel wat uit, als ook over de rol van de rechter.

Ik wil daar nog wel dit over zeggen, en waar terloops ook wel in het rapport - maar wij beschouwden dat niet als onze hoofdtak - op wordt gewezen: je moet je afvragen wie nu eigenlijk bepaalt wat die constitutionele beginselen inhouden? Moet dat in eerste instantie, tweede instantie, in cassatie, aan de orde komen zoals dat nu zou wezen? Sommige van de vragen en sommige van de problemen die we hebben gesignaleerd zouden daar absoluut ongeschikt voor zijn.

Uiteraard hebben wij niet voorgesteld dat bij elk verdrag, waarbij het Koninkrijk partij wordt, er een 'sharia-voorbehoud' wordt gemaakt. Want onze 'sharia', dat zijn die constitutionele beginselen waar het Hof van Justitie het in *Kadi* over heeft. De Franse, de Duitse, de Italiaanse, de Spaanse, de Amerikaanse constitutionele rechters behouden zich allemaal de fundamentele constitutionele principes voor als het gaat om de doorwerking van internationaal recht, zonder dat bij verdragsluiting daarover voorbehouden worden gestipuleerd. Democratie, vrijheid, bescherming van fundamentele rechten, ja, dat is heel vaag, maar het hield toch iets tegen – het betekende toch iets in *Kadi*, of heb ik nou *Kadi* helemaal verkeerd begrepen? Maar lag daar niet een héél, héél wezenlijk, fundamenteel probleem? Was daar niet aan de orde dat iemands rechten héél fundamenteel geschonden zouden kunnen worden? Dus het gaat bij dat vage toch wel degelijk ergens heel concreet over.

Die kwestie van buiten de goedkeuring blijvende verdragen, ik kan er nog wel eentje noemen hoor. De interim-PNR-overeenkomst. Wat waren het? 36 of 37 privacygegevens die gedurende een jaar zonder goedkeuring door het parlement, zelfs niet voorgelegd, werden geregistreerd. Het Tractatenblad is natuurlijk beschikbaar, maar het werd buiten de goedkeuring gehouden. Dat was toch wel iets waarvan je je moet afvragen of dat niet een verdrag is wat van zo ingrijpende betekenis is, dat je daar misschien het parlement, via wat voor soort procedure dan ook, bij betreft? Kijk, de Grieken doen het heel simpel, die passen de PNR-overeenkomst überhaupt niet toe. Ik heb nog niet gemerkt dat vluchten tussen Athene en de Verenigde Staten ooit gestopt zijn. Ik snap het, je moet proberen je zo goed mogelijk aan die internationale verplichtingen te houden. Maar dat betekent niet dat je niet af en toe ook moet vragen of het klopt met het

systeem zoals we dat kennen en met onze constitutionele waarden. En ja, dat vind ik toch een wezenlijk iets.

Ik merk de hele tijd dat de vraag óf een verdrag afwijkt van de Grondwet nooit aan de orde wordt gesteld. Nooit. Het is geen principiële vraag. Het kwam bij Lockerbie aan de orde, toen heeft de Raad van State daar eerst een aanwijzing voor gegeven, maar als de Raad van State zoiets niet doet, dan gebeurt het niet. En er zijn best ook nog wel andere voorbeelden te noemen. Als ik kijk naar wat de staatssecretaris voor Europese Zaken in de Eerste Kamer heeft gezegd over, of was het in de Tweede Kamer, over de plicht om wetten te toetsen aan ongeschreven beginselen van gemeenschapsrecht, dan denk ik: oei, een student die op een mondeling dat kwam zeggen was meteen gezakt. Dat zit ook een beetje in die constitutionele cultuur van ons.

En uiteindelijk is het de vraag of er ruimte is om voor constitutionele fundamentalia ook een plaats in te ruimen. Het rechtsbeschermingsbeginsel kennen we bijvoorbeeld niet in de Grondwet. De onpartijdige rechter hebben we niet in de Grondwet. Democratie komt er niet in voor en dergelijke mooie dingen. Er wordt nu gediscussieerd over preambules en zo, en dat is al heel controversieel, maar goed, we hebben nu de concrete casus Kadi gehad, dat was ook min of meer de aanleiding voor deze opdracht, en die hebben we geprobeerd zo goed mogelijk te vervullen. En uiteraard, er zijn een heleboel andere dingen die je had kunnen verzinnen. We hebben niets anders gedaan dan een aantal opties voorleggen.

Voorzitter

Oké. Dank u. Mevrouw 't Hoen zat al te popelen om daar nog even op in te gaan. En daar krijgt ze onmiddellijk de gelegenheid voor.

Coos 't Hoen (Ministerie van Buitenlandse Zaken)

Er zijn twee punten waar ik op in wil gaan.

Mijn vraag hoe het zit met de IMO-verdragen, ik begreep dat daar de reactie op was dat we verdragen die zoveel wetgevende bevoegdheden delegeren misschien weer eens door het parlement moeten laten toetsen. Ik kan me daar geen voorstelling bij maken. Moet de regering op een gegeven moment bedenken: het parlement heeft ooit z'n goedkeuring gegeven, maar misschien moeten we dat nog een keer laten bevestigen? Ik kan me daar niets bij voorstellen. Dat is één ding.

En dan de PNR, ik heb het niet allemaal paraat hoor, maar wat ik paraat heb is dat wanneer er verdragen worden gesloten en er grondrechten geraakt worden dan wordt dat voorgelegd aan het parlement, via de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen. Bij mijn weten, voor zover ik het paraat heb, ik zeg het nog maar even, zijn die PNR-verdragen gesloten door de EU?

Leonard Besselink (UU)

Nee, nee, dat was juist het probleem, er moest een interim-akkoord worden gesloten omdat het Hof van Justitie had gezegd dat voor het oorspronkelijke verdrag geen EU bevoegdheid bestond, op de verkeerde basis gesloten was. En toen moest die interim-overeenkomst worden gesloten door de lidstaten. Door de lidstaten, dus ook Nederland.

Coos 't Hoen (Ministerie van Buitenlandse Zaken)

Ik wil nog even naar de praktijk van het EU-recht, want normaal gesproken gaat dit soort dingen via de EU en normaal is dan dat Nederland een voorbehoud maakt op basis van artikel 24, vijfde lid, EU-verdrag, en dan zeggen we 'wij moeten eerst nog naar het parlement voordat we hieraan mee kunnen doen'.

En normaal gesproken wordt dat voorbehoud ook in PNR-achtige verdragen en omstandigheden gemaakt. Als dat niet gebeurt, dan is dat eerder een 'oversight' dan iets anders.

Leonard Besselink (UU)

Dat is wel heel erg natuurlijk, een 'oversight' waarvan je vanuit de positie, de rechtspositie van de burger moet afvragen.

Coos 't Hoen (Ministerie van Buitenlandse Zaken)

Nee, ik wil maar zeggen dit soort dingen is niet een kwestie van de verkeerde wetgeving of een fout in de wet, als er iets misgaat dan is het een kwestie van uitvoering.

Maar ik kom er graag in een discussie later nog op terug, als ik alles heb uitgezocht.

[Naschrift: in een e-mailwisseling tussen de onderzoekers en mevrouw 't Hoen is onder meer naar voren gekomen dat de interim PNR-overeenkomst een verdrag is tussen de EU en de VS en dat Nederland gebruik heeft gemaakt van het parlementaire voorbehoud van artikel 24, vijfde lid, EU-verdrag. De overeenkomst werd wel voorlopig toegepast. Uiteindelijk is de interim PNR-overeenkomst niet voorgelegd aan het parlement, maar zijn opvolger, die 9 maanden later tot stand kwam, ligt momenteel ter goedkeuring voor bij het parlement (Kamerstukken 31 735).]

Voorzitter

Ik stel voor dat we die PNR nog eens apart bij de kop nemen want dat is een can of worms.

Maar ik wil eerst nog even naar de zaal, want ik zie ook nog weer vingers en nogmaals mijn verzoek om iets nadrukkelijker dan u misschien tot nu toe al gedaan heeft, in te gaan op de vraag of er wenselijkheid, noodzaak is om de Grondwet te herzien op punten die vanmiddag aan de orde zijn geweest.

Hank Wennink (Ministerie van Justitie)

Mijn naam is Hank Wennink, ik werk bij het Ministerie van LNV en ben op dit moment tijdelijk gedetacheerd voor een jaar bij Justitie. Ik denk dat het niet nodig is om de Grondwet aan te passen. Dus dan heb ik meteen antwoord gegeven en de redenering is aldus. Een van de belangrijkste redenen waarom de Grondwet aangepast zou moeten worden, is onder meer kwesties zoals in de Kadi-zaak, waarbij fundamentele mensenrechten daadwerkelijk worden geraakt. Zelfs misschien wel geschonden. Echter, het Hof van Justitie in Luxemburg heeft nu aangegeven dat dit soort kwesties aan het Hof voorgelegd kunnen worden. Alle nationale rechters zijn tezamen met het Hof in Luxemburg verantwoordelijk voor een juiste uitlegging van het Unieverdrag. Ook de nationale rechters worden regelmatig in de jurisprudentie van het Hof opgeroepen om het Unieverdrag ook mede uit te voeren en uit te leggen. Wat staat er in het Unieverdrag? Ik lees even voor uit uw rapport, althans uit de uitspraak van het Hof, daar staat in artikel 6, eerste lid EU-verdrag: 'beginselen van vrijheid, democratie en eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden'. Als dus nu onze nationale hoogste rechters worden geadieerd, dan zouden ze dus ook deze uitspraak uit moeten leggen en ten uitvoer moeten leggen. Want ja, artikel 6 van het Unieverdrag, dat moeten wij allemaal, alle lidstaten, eerbiedigen en daar staat toch heel duidelijk 'vrijheid, democratie en eerbiediging van de rechten van de mens'. En dan kun je misschien wel zeggen dat er andere VN-verdragen zijn die niet rechtstreeks zijn afgesloten door de Unie, maar dan nóg zou je toch via een omweg kunnen zeggen dat je dat artikel 6 moet toepassen, van het EU-verdrag. Ook als nationale rechter in een nationale kwestie, wanneer een ander verdrag, dus niet het verdrag van de Europese Unie, maar een ander verdrag van bijvoorbeeld de VN geldt. Dat geval van de binnenvaartschippers op de Rijn, ik zou zeggen toets dan aan artikel 6 van het Unieverdrag. En dan is het probleem denk ik opgelost.

Remco Nehmelman (Universiteit Utrecht)

Ik ben Remco Nehmelman, collega van Leonard Besselink, werkzaam aan de Universiteit Utrecht. De vraag was net al in de eerste ronde gesteld, maar ik wil Leonard Besselink of Ramses Wessel daar toch nog een keer over horen. Wie bepaalt uiteindelijk in het eerste stadium wat een ieder verbindend is? Is dat dan daadwerkelijk het parlement? Want als dat zo is, en ik denk nu even heel slecht, stel nou dat je een parlement hebt wat denkt 'ik wil die rechter alle wind uit de zeilen nemen, ik verklaar nooit meer wat een ieder verbindend'. En dan zijn we klaar. Kijk, artikel 94 Grondwet is zowel een instructie naar parlement, rechter, als bestuur toe, om te bepalen of iets een ieder verbindend is en uiteindelijk heeft de rechter daar meestal het laatste woord over, tenzij er een soort pingpongeffect komt wat je in Duitsland nog wel eens wil zien, dat een Bondsdag nog eens gaat zeggen dat ze het toch anders ziet dan het Bundesverfassungsgericht. Maar daar zit ik een beetje mee als het parlement de een ieder verbindendheid bepaalt. Nu heb ik vertrouwen in het parlementaire stelsel en het parlement is rechtstreeks gekozen en de rechter niet etc. We kennen de argumenten, maar toch, er zit een zeker gevaar in. Als het parlement als eerste instantie bepaalt dit is een ieder verbindend of niet, nou weet je wat, ik bepaal maar eens dat het niet een ieder verbindend is. Daar komt bij dat het parlement het soms niet weet en dat is al eens eerder gezegd, vooral bij die economisch-sociaal-culturele verdragen.

Wat gister niet, of nog niet, een ieder verbindend is, kan het morgen wel zijn. Zie ook de discussie, waar ik zelf dan het een en ander over weet en geschreven heb, bij het CEDAW, VN-vrouwenverdrag. De SGP-zaak. Zijn de bepalingen in dat verdrag nou een ieder verbindend ja of nee. Je ziet ze daarmee worstelen, uiteindelijk zegt de Afdeling dat het een ieder verbindend is maar is omgezet via de Wet subsidiëring

politieke partijen, het Hof zegt gewoon keihard dat het nog *nét* geen bevel tot wetgeving mag geven, maar eigenlijk ligt dat daaraan ten grondslag. Dus het is spannend wat de Hoge Raad doet. Maar de kernvraag blijft bij mij of dan ook 94 Grondwet in die zin moet worden aangepast dat het dus uiteindelijk en in ultieme zin het parlement is dat bepaalt *wát* een ieder verbindend is. Dat is natuurlijk een tijdsopname op het moment dat zo'n verdrag gesloten wordt; dat weet je niet over twintig jaar. Ik zie misschien wel wat in dat evaluatiemoment, je kunt ook denken aan een soort human rights act-achtige constructie: de zaak wordt stilgelegd en nog eens een keer aan het parlement voorgelegd, dat is een beetje de Hans van Mierlo-constructie uit '76 voor wat betreft toetsing. De constitutionele Kamer van het parlement bepaalt dan of de bepaling een ieder verbindend is geweest ja of de nee. Maar als je een kwaad parlement wil, kan dit heel erg grote gevolgen hebben. Maar goed, misschien denk ik hier te cynisch.

Voorzitter

Grondwet herzien of Grondwet niet herzien?

Remco Nehmelman (Universiteit Utrecht)

Qua gevoel zeg ik ja, m'n verstand zegt doe het maar niet.

Kiki Brölmann (Universiteit van Amsterdam)

Kiki Brölmann, Universiteit van Amsterdam. Ik zou wel willen horen wat de rapporteurs vinden van een sterke scheiding tussen enerzijds het stuiten van de doorwerking en/of de voorrang van internationaal recht wat strijdig is met fundamentalia, zoals Leonard Besselink dat noemt, en anderzijds de aanpassing van de Grondwet. Ik vroeg me af, is het niet een beetje inherent aan een grondwet met rechtszekerheid dat je niet in die grondwet alweer een onzekerheid inbouwt voor 'civil disobedience', zogezegd, ten opzichte van het internationaal recht. Is het niet logischer om impliciet een soort *Solange*-arrestachtige constructie, ongeschreven, in een rechtsorde te laten gelden? Dus dat pas 'boem is ho' zeg maar. Als er iets gaat doorwerken wat echt niet kan, dan is er de 'civil disobedience', maar het lijkt mij zo moeilijk om de Grondwet op een zinnige manier daarop aan te passen, want je kunt nooit alle fundamentalia voorzien en tegen de tijd dat je ze eindelijk hebt opgeschreven omdat een commissie z'n werk heeft afgerond, dan zijn er weer nieuwe, of dan worden ze weer anders uitgelegd. Dus ik vroeg me af hoe u dat zelf zag.

Voorzitter

Dank voor uw vraag en voor de fantastische vertaling van 'Solange' in 'Boem is ho'. Mag ik die gebruiken in het onderwijs? Mijnheer Schilder.

Jon Schilder (Vrije Universiteit Amsterdam)

Even in navolging van de opmerking van mijn geleerde collega Nehmelman, wil ik nog even in herinnering brengen een veel eerder rapport dat ook door Besselink en de voorzitter van deze werkgroep is uitgebracht, dat betrekking heeft op de problematiek van de goedkeuringsprocedure van verdragen die al dan niet van de Grondwet afwijken en wie dat precies bepaalt. Het is met name Jurgens geweest die vele jaren achter elkaar steeds aan het kabinet gevraagd heeft om een officiële reactie op dat rapport uit te brengen. Nu heeft er inderdaad een tijdje geleden een debat van de Eerste Kamer plaatsgevonden over een aantal dingen die Jurgens op z'n verlanglijstje heeft staan. Maar ik denk dat het op zichzelf goed is om die verschillende discussies die plaatsvinden naar aanleiding van de verschillende rapporten waar onder andere ook Besselink bij betrokken is geweest, om die vraagpunten met elkaar in verbinding te brengen en ook de staatscommissie nog eens mee te geven om met name dat punt ook eens in het onderzoek te betrekken. De voorzitter vraagt of wij wel of niet vinden of de Grondwet aangepast moet worden. Ik ben er nog niet helemaal over uit, ik heb intuïtief de neiging om te zeggen dat ik er eerlijk gezegd wel voorstander van zou zijn om de Grondwet op een aantal punten inderdaad te verduidelijken, maar dan om te voorkomen dat het soort debatten waar Jurgens steeds om gevraagd heeft, nog langer worden gevoerd.

Coos 't Hoen (Ministerie van Buitenlandse Zaken)

Ik wilde nog even een reactie geven op het constitutionele voorbehoud. Ik kreeg de indruk dat het argument dat achter de tafel gebruikt werd was dat wij rustig een constitutioneel voorbehoud kunnen maken, want onze constitutionele voorbehouden slaan op mensenrechten die iedereen erkent, dus dat zit wel goed. Dat is niet de vraag waar het Weens Verdragenverdrag natuurlijk over gaat. Het gaat erom dat als

je een voorbehoud maakt andere staten moeten kunnen toetsen of het punt waar je een voorbehoud over maakt in strijd is met 'object and purpose' van het verdrag. En als je je gaat beroepen op je constitutie, dan is het niet duidelijk voor de andere partijen over welke dingen het gaat. En je kunt ook niet verlangen van die andere staten dat ze jouw constitutie gaan zitten uitpluizen. Dus waar je je dan aan blootstelt is dat je op principiële gronden, hoe goed je het ook doet met je constitutionele reserveringen, afgestraft wordt. En ik zou ook niet graag het instrument zien verdwijnen waarmee wij andere staten om de oren kunnen slaan.

Voorzitter

Oké. Ik ga een klein beetje op de tijd letten, want we willen graag wel om kwart over vier stoppen en sommige mensen moeten ook om kwart over vier weg. Dus om te voorkomen dat wij een soort informele leegloop gaan krijgen, is er nog gelegenheid voor twee korte vragen en een korte reactie. Ramses Wessel wil heel graag nu al iets zeggen omdat hij een van degenen is die om kwart over vier stipt weg moeten. Daar geef ik hem de gelegenheid voor, kort.

Ramses Wessel (Universiteit Twente)

Ja, mijn excuses daarvoor, ik moet inderdaad om kwart over vier gewoon wegrennen. Maar ik wil toch graag nog op twee opmerkingen even heel kort reageren. De rest laat ik over aan Leonard Besselink.

Even toch over die IMO-verdragen, waar mevrouw 't Hoen het over had. In de IMO-verdragen worden bevoegdheden gedelegeerd aan conferenties die vervolgens allerlei regelingen kunnen maken. En u zegt dat er altijd een regeringsvertegenwoordiger bij zit, dus zou je dat soort dingen nou toch altijd weer terug moeten laten komen in het parlement? Ik zou eigenlijk twee punten willen maken. Het eerste punt is dat je eigenlijk beter als parlement zou moeten kijken naar wat voor soort verdrag het nou eigenlijk is dat je aan het goedkeuren bent, en of dat verdrag het in zich heeft dat er een dynamiek ontstaat waardoor dat verdrag over twintig jaar wel eens wat anders zou kunnen zijn. Dat is buitengewoon moeilijk, dat realiseren wij ons, maar dat zou een stap kunnen zijn.

Vervolgens kun je niet tegengaan dat in het verdrag inderdaad, of dat nou een constituerend verdrag van een internationale organisatie is of een ander soort verdrag, een eigen dynamiek zit. En dat er dus waarschijnlijk iets zou kunnen veranderen en misschien dat er inderdaad wel een comité op basis van dat verdrag wordt opgericht na tien jaar dat allerlei besluiten gaat nemen die we niet hebben gewild. Het verbaast mij altijd dat het parlement zelf op dat soort momenten niet zegt: wij hebben vijftig jaar geleden wel onze goedkeuring gegeven, maar dat was eigenlijk een heel ander verdrag dan wat we nu voor ons zien, dus laten we het daar nog eens over hebben. En dat niet met het oog op hoe we onder onze verdragsverplichtingen uit kunnen komen, maar laten we kijken of het nog steeds past binnen de constitutionele nationale setting die we op dit moment hebben.

Een punt dat Kiki Brölmann maakte, en ik denk dat dat hier ook wel goed bij aansluit, is of we niet naar een 'Solange' zouden toe moeten in onze samenleving, als een soort beginsel dat eigenlijk altijd dit soort problemen zou moeten kunnen oplossen. Ik ben het daar zeer mee eens. Het grote probleem is volgens mij dat je daarvoor wel de Grondwet moet aanpassen. Op dit moment is het niet mogelijk voor een nationale rechter om een Solange-achtige toestand in het leven te roepen. Omdat je nu eenmaal zit met de strikte formuleringen die we hebben zul je waarschijnlijk toch iets in de Grondwet moeten veranderen.

Voorzitter

Dank. Twee vragen. En dan gaan we afronden. Monica Claes.

Monica Claes (Universiteit van Tilburg)

Wij werden gevraagd om te zeggen of we voor of tegen herziening van de Grondwet zijn.

Voor ik daar een antwoord op geef, wil ik toch nog even kijken naar de ervaringen in het buitenland met die constitutionele beginselen die met zoveel woorden in de grondwet staan.

Ik denk dat de belangrijkste vraag is: waarvoor dienen die eigenlijk? Die dienen eigenlijk in eerste instantie niet voor het buitenland. Die dienen niet voor je verdragspartijen, maar die dienen voor de eigen overheid. Die dienen ervoor om goed tot uitdrukking te brengen dat de eigen overheidsinstanties gehouden zijn aan die fundamentele beginselen, ook als het gaat om de techneuten, zoals werd genoemd, die toch enigszins

een ministerie vertegenwoordigen. Dus het gaat in eerste instantie om het binden van de eigen nationale overheden. En dus kan het geen kwaad om dat uitdrukkelijk in de Grondwet te zetten.

Voorzitter

Dank. Laatste vraag.

Coen van Reeken (Ministerie van Verkeer en Waterstaat)

Coen van Reeken, Verkeer en Waterstaat. Er wordt steeds gezegd dat de Nederlandse rechter niet vrij is om zelf te toetsen aan de meest fundamentele universele rechtsbeginselen. Daar moeten we dan de Grondwet voor wijzigen, maar begrijp ik dat die uitspraak dan gebaseerd is op de huidige jurisprudentie van de Hoge Raad? Dan is het toch ook maar jurisprudentie. Die kan dus gewijzigd worden, te beginnen bij de rechtbank in Zutphen. En dan langzaam omhoog. Waarom zouden we dat als een gegeven zien, er werden jaartallen genoemd van '53 en '56, dat de Hoge Raad, stel dat zo'n zaak-*Kadi* voor de Hoge Raad zou komen, nog steeds aan die oude jurisprudentie zou blijven vasthouden. Maar daar moet natuurlijk wel een keer een gelegenheid voor zijn. En als die lagere rechters dat dan niet durven te doen, dan moeten we misschien inderdaad de Grondwet aanpassen om de Hoge Raad daarvoor, of de rechters daarvoor, te legitimeren. Maar het gaat eigenlijk dus, als ik het goed begrijp, om de uitleg van de woorden 'een ieder verbindend' en waarom zou een verdrag een ieder verbindend zijn als het in strijd is met fundamentele rechtsbeginselen?

Voorzitter

Oké. Dat vertaal ik als niet nodig, maar wel de rechter sterkte gewenst. Vooral die in Zutphen. Goed, dames en heren, we gaan naar een afronding. Leonard Besselink krijgt nog kort de gelegenheid om een paar reacties te geven op opmerkingen die gemaakt zijn.

Leonard Besselink (Universiteit Utrecht)

Een paar puntjes die nu naar voren zijn gekomen.

Het is toch wel belangrijk om te zien dat wij twee fasen onderscheiden in deze problematiek. De ene fase kun je meer associëren met het democratisch aspect en dat is die van verdragsluiting en goedkeuring. Ik ben zo onverstandig geweest om tijdens de voordracht die ik zojuist hield het woord 'constitutioneel voorbehoud' te gebruiken, waarbij iemand die op de Verdragenafdeling werkt denkt dat wij bij de verdragsluiting de hele tijd een voorbehoud moet maken. Nee, nee, nee. Dat constitutioneel voorbehoud is de 'boem-is-ho'-voorziening waar wij voor pleiten. Pas als je er op een gegeven moment via het normale systeem niet uitkomt, als om te voorkómen dat een heel fundamenteel constitutioneel beginsel niet in acht wordt genomen, dán kom je pas toe aan die restbepaling. Dus blijf maar dat voorbehoud maken voor staten die wel de hele tijd een 'sharia-voorbehoud' maken, en waarom? Omdat wij in de Grondwet hebben staan dat wij een dergelijk voorbehoud niet kunnen accepteren omdat wij geloven in democratie en vrijheid en rechten van de mens. Dus blijf dat bezwaar maar maken.

Is het nu zo dat als je gaat voorschrijven dat een ieder verbindende bepaling moet worden voorgelegd aan de Staten-Generaal ter goedkeuring, dat dan ook de uiteindelijke zeggingsmacht over de vraag of iets wel een ieder verbindende bepaling is alleen bij het parlement zou liggen? Nee, dat hoeft helemaal niet. Dat vind ik ook zelfs helemaal niet nodig en ik zou het ook eerlijk gezegd niet wenselijk vinden, maar ja, ik ben maar een academicus.

Het is nu formeel ook de hele tijd zo dat Buitenlandse Zaken zich op het standpunt stelt dat voordat we ratificeren en de goedkeuringswet indienen we moeten nagaan of er sprake is van een ieder verbindende bepaling en of er wel of niet een aanpassing in de wetgeving nodig is. Dat is de koninklijke weg. Dus er wordt de hele tijd al nagegaan of iets wel of niet een ieder verbindende bepaling is. En dat vind je ook gewoon terug in de toelichtende nota's en in een memorie van toelichting van een goedkeuringswet. Heeft dat invloed op wat de rechter daarvan vindt? Ja. En in wisselende mate. Dus bij die *SGP*-zaak zie je dat één rechter daar de hele tijd op zit en de regering heeft gezegd, de Kamers hebben dat nog eens een keertje bevestigd, dat daar verschillend mee kan worden omgegaan. Daar kan verschillend over worden gedacht, dat soort dynamiek houden we denk ik en daar blijft een veelheid van overwegingen een rol spelen. Op zichzelf denk ik ook dat er geen aanleiding is om te vrezen voor de Amerikaanse benadering waarbij dus in de goedkeuringswet bepaald wordt of een rechter wel of niet een verdrag kan gebruiken ja of nee. Of het wel of niet 'self-executing' is. Dit omdat wij die vorm van machtenscheiding niet kennen, het past niet in

ons systeem. En als je dat niet specifiek regelt, dan blijft het wat mij betreft zoals het nu is. Dat over dat min of meer technische punt.

Dan toch iets over de formulering van zo een restbepaling, de 'boem-is-ho'-bepaling. Wij stellen dus niet voor om te zeggen daar valt onder één, twee, drie, vier, vijf en zes. We hebben een tekstvoorstel gedaan dat aansluit op het voorstel van Van Emmerik en dat van de Raad van State, en een heel kleine variant daarvan biedt, maar we ruilen het in voor elke andere bepaling die sluitender is. Zonder meer heeft de formulering in ons voorstel enige onbestemdheid, behalve in het gegeven dat het óf moet gaan om iets wezenlijks zoals de Raad van State zegt of iets wat fundamenteel is. En dat onderscheid tussen fundamentele en niet-fundamentele bepalingen is niet onbekend natuurlijk, noch voor rechters, noch voor de regering of het parlement. Dat is niet een vreemd iets. Ook niet, zelfs niet, in onze constitutionele traditie. En eerlijk gezegd, twintig jaar geleden dacht ik niet dat het rechtsbeschermingsbeginsel zoals dat werd toegepast in die *Kadi*-zaak in het Europees recht die enorm prominente betekenis zou krijgen die het nu heeft. Als ik denk aan *Bentham* en zo, dan was rechtsbescherming helemaal niet zo belangrijk in de Nederlandse optiek. Nu vraagt Binnenlandse Zaken ons om ons onderzoek toe te spitsen op die rechtsbescherming, dat hebben we ietsje ruimer getrokken want er zijn nog wel andere beginselen denkbaar, nietwaar? Ondermijnt dat de rechtszekerheid? Ja, potentieel wel, maar Joseph Fleuren heeft zojuist een mooie tot de Oudheid teruggaande uiteenzetting gegeven waarom je sommige dingen niet kan vastspijkeren tot in detail. En dat is ook typisch voor constitutionele bepalingen en dat belet in het algemeen een rechter niet om dat soort bepalingen te kunnen toepassen.

Ik heb over dat artikel 6 van het EU-verdrag de hele tijd aan studenten gezegd: "Dat tweede lid daar hebben we wat aan, daar staat dat de grondrechten moeten worden gewaarborgd die gemeenschappelijk zijn enz. aan lidstaten enz.; maar dat eerste lid, dat de Unie is gebaseerd op het beginsel van vrijheid, democratie en bescherming van de rechten van de mens dat gemeenschappelijk is aan de lidstaten, dat is ideologie, daar doet geen rechter wat mee." Nu wel. Nu is het een keiharde bepaling. Het Hof van Justitie gebruikte deze als de enige rechtvaardiging om een uitzondering te maken op de doorwerkingsregels van het internationale recht in de Europese Gemeenschapsrechtsoorde.

Dan de vraag of de Grondwet gewijzigd moet worden. Ik ben maar een academicus. En mij is gevraagd een paar opties te schetsen gezien het soort problematiek dat we hebben. Dat hebben we gedaan, sommige drastische opties, sommige minder drastisch. Daar kan je allemaal tussen kiezen. En ik hoeft het niet te doen. En ik heb eerder wel eens dingen geschreven naar aanleiding van moties-Jurgens in de Eerste Kamer, meerdere. Er is nog een heel mooi boek over de Nederlandse Grondwet en de Europese Unie, daarin hebben we een reeks van ik meen 25-30 punten aan de orde gesteld, nog wel meer waren het. Er zijn er één of twee intussen waarover een kabinet een standpunt heeft ingenomen, we zijn nu vier kabinetten of vijf kabinetten verder, vijf denk ik, misschien wel zes..

Voorzitter

Maar dat kwam omdat het kabinet wou wachten tot er een Europese Grondwet was.

Leonard Besselink (Universiteit Utrecht)

Ja vast. Maar goed, ik spreek me daar ook verder niet over uit. Sommige dingen hebben een bepaald soort logica die erg goed past in onze Grondwet. Bijvoorbeeld de logica dat wij dit soort pre-, quasi-preambulaire dingen niet in de Grondwet zetten, dat past ook heel goed in onze constitutionele traditie.

Voorzitter

Oké, dank. We gaan afronden. Dank aan een ieder voor een levendige discussie. Het ging aan het eind zelfs bijna de kant op dat het leek alsof we gingen kijken of ieder land z'n eigen 'Solange' zou moeten hebben of krijgen. Dat woord komt ook in het *Kadi*-arrest voor, dat is u misschien opgevallen bij het lezen. Ik denk dat die discussie nog niet ten einde is en dat zeker een aantal punten die in de loop van de middag langs zijn gekomen om verdere uitwerking vragen. En niet alleen maar gerelateerd aan een eventuele staatscommissie, maar ook in andere gremia.

Ik dank ten eerste de rapporteurs. Ik dank de commentatoren en de eerste inleider. En ik dank u allen voor een buitengewoon interessante en levendige middag.

Ik begrijp dat Hans Klok, ook in het kader van de zorg die hij heeft besteed aan deze conferentie, nog iets voor de sprekers in petto heeft. Ik dank hem ook voor de organisatie van dit geheel en ik nodig u allen graag uit voor de afsluitende borrel.

Hans Klok (Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties)

Voordat we naar die borrel toegaan wil ik ook graag de dagvoorzitter, professor De Lange, hartelijk bedanken voor de wijze waarop hij deze middag heeft geleid op een rustige en prettige wijze. We kunnen terugzien op een heel boeiend debat.

Het is de bedoeling dat het rapport in het kader van een reeks vooronderzoeken ten behoeve van de staatscommissie zal worden uitgegeven. Als waardering voor uw komst zullen wij u te zijner tijd een exemplaar doen toekomen. U kunt dan zelf zien of de opmerkingen die u heeft gemaakt ook nog enige wijziging tot gevolg hebben gehad in het rapport. Daar hopen we dan ook het verslag bij te voegen. We moeten even kijken of dat gaat lukken.

U wordt gevraagd om aan die kant de zaal te verlaten voor de borrel en als wij de kleine presentjes uitreiken wil ik u vragen te applaudisseren voor iedereen die een bijdrage heeft geleverd.

Deelnemerslijst Symposium 'Globalisering en rechtsstatelijke waarborgen' 22 januari 2009

E.A.	Alkema	Universiteit Leiden
Eric	ter Bals	Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
Mieke	de Bekker	Ministerie van Financiën
Leonard	Besselink	Universiteit Utrecht
Ineke	van Bladel	Ministerie van Buitenlandse Zaken
Roeland	Böcker	Ministerie van Buitenlandse Zaken
Rien	den Boer	Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport
Marco	Boerlage	Ministerie van Economische Zaken
Rob	van Bokhoven	Ministerie van Justitie
Eugénie	de Bordes	Universiteit Utrecht
Menno	Bouwes	Ministerie van Justitie
Lou	Brouwer-Harten	Ministerie van Justitie
Kiki	Brölmann	Universiteit van Amsterdam
Edward	Brüheim	Universiteit Utrecht
Melchior	Bus	Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
Monica	Claes	Universiteit van Tilburg
Ige	Dekker	Universiteit Utrecht
Jeroen	Denkers	Ministerie van Justitie
Anneke	van Dijk	Ministerie van Justitie
Tessa	Dopheide	Ministerie van Justitie
Joyce	Dreessen	Ministerie van Justitie
Ilse	van den Driessche	Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
Irma	Edoo-Goudswaard	Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
Jules	van Eijndhoven	Ministerie van Buitenlandse Zaken
Joseph	Fleuren	Radboud Universiteit Nijmegen
Paul	van der Flier	Ministerie van Justitie
Henk	Griffoen	Universiteit Leiden
Frans	Gubbels	Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
Komal	Habib	Universiteit Leiden
Harke	Heida	Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
Coos	t Hoen	Ministerie van Buitenlandse Zaken
Saskia	Horn	Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer
Emily	Horninge	Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer
Anna	Jasiak	Universiteit van Tilburg
Hans	Klok	Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
Anamarija	Kristic	Universiteit van Tilburg
Enno	Koops	Ministerie van Economische Zaken
Roel	de Lange	Erasmus Universiteit Rotterdam
Carmen	Lindeman	Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
Hubertus	Linthorst	Ministerie van Economische Zaken
Jan-Peter	Loof	Universiteit Leiden

Elaine	Mak	Erasmus Universiteit Rotterdam
Sander	Markus	Ministerie van Financiën
René	Mazel	Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
Simone	Meyer	Belastingdienst
Remco	Nehmelman	Universiteit Utrecht
Owen	Neuteboom	Universiteit Utrecht
André	Nollkaemper	Universiteit van Amsterdam
Willem	Pedroli	Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
Liz	Oosterbaan	Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
Maarten	Ouweneel	Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
David	Raic	HiiL
Coen	van Reeken	Ministerie van Verkeer en Waterstaat
Marjolein	van Roosmalen	Raad van State
M.	Scheltema	HiiL
Jon	Schilder	Vrije Universiteit Amsterdam
Mira	Scholten	Universiteit Maastricht
Marloes	Smelter	Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
Suzan	Stoter	Erasmus Universiteit Rotterdam
Sander	Terphuis	Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
Jerfi	Uzman	Universiteit Leiden
Johan	Veld	Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
Luc	Verhey	Universiteit Maastricht
Joyce	Verstappen	Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
Teun	Verstappen	Universiteit Utrecht
Hank	Wennink	Ministerie van Justitie
Machiel	de Vries	Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap
Ramses	Wessel	Universiteit Twente
Monique	Wesselink	Ministerie van Justitie
Erika	de Wet	Universiteit van Amsterdam
Joke	de Wit	Erasmus Universiteit Rotterdam
Johan	Wolswinkel	Vrije Universiteit Amsterdam