



Universiteit  
Leiden

The Netherlands

## Over implementatie van internationaal recht - de internationale rechtsorde is de onze nog niet

Alkema, E.A.

### Citation

Alkema, E. A. (2005). *Over implementatie van internationaal recht - de internationale rechtsorde is de onze nog niet*. Faculty of Law, Leiden University. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3764>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3764>

**Note:** To cite this publication please use the final published version (if applicable).

# Over implementatie van internationaal recht – de internationale rechtsorde is de onze nog niet

Rede uitgesproken door

**Prof. mr. E.A. Alkema**

bij het aanvaarden van het ambt van hoogleraar (Van Asbeck-leerstoel)  
op het gebied van de doorwerking van het internationale recht,  
in het bijzonder van de rechten van de mens in het nationale recht,  
aan de Universiteit Leiden,  
op dinsdag 18 oktober 2005



## *§ 1 Rechtsstaat en evenwicht van machten*

In de zestiger jaren van de vorige eeuw zagen justitie en politie zich gesteld voor de lastige taak, op te treden tegen het fenomeen Provo. Dat is vandaag haast niet meer te begrijpen. Het ging bij de 'happenings' van destijds immers vooral om het uitdelen van krenten en het kuchen van antirookmagiër ROBERT JASPER GROOTVELD.<sup>1</sup> Toch betrof het blijkbaar een fundamentele zaak. In de rechtszaal verweerde Provo zich althans met het befaamde en principiële en nog steeds actuele: "Uw rechtsorde is de mijne niet"<sup>2</sup>.

Rechtsorde is een losse term. In staatsrechtelijke context gaat het meestal om de juridische orde die binnen de staat heerst en de rechtsorde vormt zo tevens voorwaarde voor de rechtsstaat. Rechtsstaat, of met een andere term, de Rule of Law<sup>3</sup> op zijn beurt is evenmin een vastomlijnde notie, maar beweeglijk en normatief van lading. Ingrediënten zijn gewoonlijk de scheiding van staats- of overheidsmachten<sup>4</sup>; de wetgeving of rechtszekerheid van het overheidsoptreden en de grondrechten<sup>5</sup>.

Dit eerste aspect van de rechtsstaat, de scheiding van de machten, licht ik er vanmiddag speciaal uit. In navolging van MONTESQUIEU en de founding fathers van de Amerikaanse constitutie ziet die scheiding op de bekende trits wetgever, rechter en bestuur. Dankzij een meer of minder scherp doorgevoerde scheiding zou deze trias politica concentratie van macht en corruptie door de macht helpen voorkomen.

De inhoud van de trias wisselt naar tijd en plaats. Soms klonteren machten, zoals in deze tijd bestuur en wetgeving, samen en worden door oud-collega BRENNINKMEIJER treffend aangeduid met duas politica.<sup>6</sup> Anderzijds treedt verfijning op. De controletaak is gedifferentieerd: naast de Algemene Rekenkamer staat de Nationale Ombudsman en een groeiend aantal toezichhouders. De geschillenbeslechting kent behalve rechtspraak en arbitrage ook mediation. Voorts zijn er zelfstandige bestuursorganen. En misschien moeten wij onszelf niet vergeten 'We the people ..' vormen tenslotte binnen de staat een doorgaans stille maar originele kracht die zich via referenda bij tijd en wijle mag uitspreken.

Deling van macht is geen doel in zichzelf; dat zou tot versnippering en machteloosheid leiden. Noodzakelijk complement vormt het evenwicht, het elkaar controleren, in evenwicht houden en ook het successievelijk optreden, van de belangrijkste staatsinstellingen bij het beslechten van conflicten of het uitstippelen van hoofdlijnen van beleid: de welbekende 'checks and balances'. Volgens WITTEVEEN gaat het hierbij om evenwicht van machten: 'de institutionele uitwerking van de principes van de democratische rechtsstaat'. 'Die leer moet op elk moment een scenario bieden voor de machtsverhoudingen en handelingsmogelijkheden van de acteurs die in juridische gedaante verschijnen op het politieke toneel.'<sup>7</sup> Ook bij checks and balances staat de verhouding tussen de overheidsorganen onderling voorop met als doel herstel en bewaren van gezag en zo bijdragen tot de legitimiteit. Het gaat vooral over de instellingen, om staatkundige 'fine-tuning', voer dus voor constitutionele fijnproevers. De verhouding tussen burger en overheid<sup>8</sup>, de zuiverheid van het overheidsoptreden jegens de justitiabelen – zeker zo wezenlijk voor legitimiteit – blijft hier evenwel op de achtergrond.

Men zou dit geheel van scheiding en evenwicht van machten – om een beeld te gebruiken – kunnen vergelijken met een mobile, maar dan niet het mobieltje waarvan de custos u heeft gevraagd hem uit te zetten, maar de mobile waardoor de Amerikaan CALDER<sup>9</sup> bekend is geworden: een draadplastic bestaande uit beweegbare onderdelen, in balans dankzij gewicht en tegenwicht, waarbij de gewichten elk weer kunnen bestaan uit een samenstel van gewichtjes. Opgehangen in een luchtstroom blijkt de mobile niet alleen dynamisch maar brengt ook getingel voort; dat gaat eveneens op voor de rechtsstaat.

## *§ 2 Implementatie van internationaal recht*

De leeropdracht van de Van Asbeck-leerstoel luidt: *de doorwerking van het internationale recht, in het bijzonder van de mensenrechten, in het nationale recht*. Dat omvat te veel om in een oratie te bestrijken. Daarom beperk ik mij voornamelijk tot institutionele en constitutionele aspecten – in het bijzonder die voor de rechter – van de doorwerking of, zoals de gangbare term luidt, van de *implementatie* van het internationale recht. Deze implementatie berust op de noodzaak om – in diverse gradaties – gevolg te geven aan het internationale recht.

De lijn van het betoog zal zijn, dat eerst wordt gesproken over implementatie en soorten te implementeren internationaal recht; vervolgens over implementatie in de praktijk en daarbij naar vorenkomende constitutionele implicaties en tenslotte over mogelijke gevolgen voor de rechter. Dit alles gevat in het kader van de rechtsstaat.

De term implementatie is tot ons gekomen uit het Engels en betekent dan zowel toepassing als uitvoering.<sup>10</sup> Vanuit de Latijnse wortels ‘implere’ en ‘implementum’ verwijst de term inderdaad naar vervullen en volledig maken. Implementatie verbindt twee verschillende maar niet te scheiden rechtsordes met elkaar: de internationale en nationale. Het zijn rechtsordes met een niet noodzakelijk gelijke perceptie van de rule of law<sup>11</sup>. Vandaar dat het motto van vanmiddag – in het voetspoor van Provo maar minder provocerend – luidt: *de internationale rechtsorde is de onze nog niet*.

Het te implementeren internationale recht is er in soorten, van bilateraal tot multilateraal: een verdrag tussen Nederland en Thailand stelt nu eenmaal andere eisen dan het netwerk van regels geldend tussen de Verenigde Naties of een van haar gespecialiseerde organisaties en een lidstaat. Daartussen en door elkaar figureren de regionale internationale organisaties met als meest ontwikkelde de Europese Gemeenschap of Europese Unie (hierna ook: *EG* resp. *EU*); andere zijn BENELUX, Raad van Europa, NAVO, OESO, OVSE en verder, allerlei organisaties die zich bezig houden met meer gespecialiseerde taken.

Het binnen al deze internationale organisaties geldende en gegeneerde recht varieert in rechtskracht. De tegenstelling verbindend-onverbindend is niet toereikend. Het maakt daarbij veel uit of de tekst van een norm of de uitspraak over een gewraakte nationale rechtshandeling precies genoeg is om zich voor concrete toepassing te lenen. Er is ook verschil tussen verplichtingen uit verdragen en besluiten van

politieke of rechterlijke internationale organen. Is de norm gericht tot dé lidstaten of slechts tot één van hen of zelfs tot een bepaald staatsorgaan of richt deze zich misschien rechtstreeks tot de justitiabele? En verder is er de mate van internationaal toezicht, de handhaving in allerlei gedaanten naast niet-rechterlijke<sup>12</sup> of rechterlijke procedures ook door 'monitoring', zoals dat de laatste decennia in de OVSE en de Raad van Europa is ontwikkeld.<sup>13</sup>

Een enkel woord over monitoring en de implementatie waartoe zij aanleiding kan geven. Vooral monitoring is illustratief voor het voortschrijden van de internationaal-rechtelijke bemoeienis; het omvat een heel arsenaal van voornamelijk niet-juridische middelen, van stille diplomatie tot openlijke politieke druk en sancties. Een spectaculair voorbeeld van geslaagde monitoring zijn de presidentsverkiezingen in de Oekraïne vorig najaar. Op grond van waarnemingen ter plaatse constateerde de OVSE dat bij die verkiezingen ernstige onregelmatigheden hadden plaats gevonden. Een internationale organisatie – merkwaardigerwijs niet zozeer de OVSE maar de EU met de NAVO op de achtergrond – bemoeide zich er mee en drong vervolgens en met succes aan op een nieuwe tweede kiesronde, die er bij wijze van implementatie ook inderdaad kwam.

### § 3 Implementatie en nationale constitutie

Implementatie is voor alle betrokken staatsorganen een ongewone bezigheid. Wie implementeert heeft zich – kort gezegd – niet met het 'wat' maar alleen met het 'hoe' in te laten.

Het duidelijkste is dat nog voor de eerste tak van de trias, wetgeving, speciaal voor het parlement als medewetgever. Het bijzondere is namelijk dat de inhoud van de te implementeren norm vrijwel geheel elders is vastgesteld en weinig ruimte pleegt te laten voor nadere uitleg. Zo scheidt het parlement niet zoals gebruikelijk de norm na afweging van belangen; het kan zelfs niet weigeren aan implementatie mee te werken<sup>14</sup>. Een implementatiewet wordt aldus tot een formeel product waarbij de volksvertegenwoordiging haar legitimerende functie niet heeft kunnen uitoefenen en inhoudelijk geen verantwoordelijkheid draagt. Anders gezegd: 'Den Haag' bottelt wat elders is gedistilleerd.

Voor de tweede tak van de trias, de rechter, lijkt implementatie dagelijkse kost, maar past het ook in zijn gewone staatsrechtelijke functie<sup>15</sup>? Ogenschijnlijk wel, want toepassen van internationaal recht is een vorm van toetsen en dat is voor de rechter een vertrouwde handeling. De schroom om de wet in formele zin aan het internationale recht te toetsen is de laatste decennia zeker verminderd.<sup>16</sup>

Wanneer hij evenwel op eigen gezag het internationale recht uitlegt, handelt de rechter vaak nolens volens als een wetgever-plaatsvervanger.<sup>17</sup> Zijn interpretatie kan namelijk als gevolg van de voorrang van het internationale recht binnen onze rechtsorde niet of nauwelijks door de wetgever worden gecorrigeerd. Indien hij bijvoorbeeld de vraag of cognac alleen cognac mag heten als het uit de regio Cognac afkomstig is, bevestigend beantwoordt, treft zijn uitspraak *als was het een wet* alle vaderland-

se stokers; zij mogen tegenwoordig hun product nog slechts als 'vieux' slijten.<sup>18</sup>

De medewetgever, de regering en haar ambtelijk apparaat, de derde tak van de trias, is vaak zelf betrokken geweest bij de totstandkoming van het te implementeren internationale recht en heeft invloed gehad op de inhoud ervan, en dat dan goeddeels buiten het gezichtsveld en zonder de normale controle door de volksvertegenwoordiging.

Daar komt bij dat de nationale administratie als intermediair pleegt te fungeren tussen internationale organisatie en nationale rechtsorde; zij treedt op als boodschapper die de wetgever of rechter van zijn falen op de hoogte brengt, terwijl dezelfde administratie dikwijls in de internationale rechterlijke of quasi-rechterlijke procedures al als vertegenwoordiger van de staat aan de opstelling van die boodschap heeft meegewerkt.<sup>19</sup> Het bestuur heeft zo soms een hand in gedwongen wijziging van de wet of doorbreking van het in kracht van gewijsde gegaan rechterlijk oordeel. Het optreden op het internationale plan gaat dan ten koste van de scheiding en dus ook van het evenwicht van machten binnenslands.<sup>20</sup>

Kortom, bij de implementatie van internationaal recht zijn de rollen soms anders verdeeld: de parlementaire wetgever als zetbaas van het internationale recht, de rechter die met zijn uitspraak de wet vervangt; de executieve die zich deels onttrekt aan parlementair en rechterlijk toezicht<sup>21</sup>. De gewichten zijn veranderd; de staatsrechtelijke mobile is uit het evenwicht. De trias raakt op drift en daarmee ook het meer verfijnde evenwicht van machten.

In de woorden van VAN ASBECK in zijn noot bij de 'Stop te Lobith' gaat het om: "statelijke organen, die daar op die plaats een stuk internationaal beleid verzorgen, waarvoor zij primair niet geroepen noch samengesteld zijn noch rechtstreeks verantwoordelijkheid dragen."

Dat voert tot de centrale vraag of de nationale staat geëquipeerd is om verstoringen van de rechtsstaat van buitenaf door het internationale recht op te vangen en onevenwichtigheden als gevolg daarvan te compenseren. Bij de beantwoording beperk ik mij hoofdzakelijk tot de rechter en zijn functie bij de implementatie.

Vooraf echter nog iets over het instrumentarium van de internationale organisaties. Beschikken zij misschien zelf over mogelijkheden om de implementatie van door hen gegenereerde normen in goede staatsrechtelijke banen te leiden?

#### *§ 4 Europese Gemeenschappen*

Eerst iets over de Europese Gemeenschappen. Juist bij implementatie van gemeenschapsrecht, speciaal van richtlijnen, treedt een veranderde en veranderende staatkundige rolverdeling aan het licht.<sup>22</sup> Zo is de wetgever bij de implementatie doorgaans niet meer dan een 'stempelkantoor'<sup>23</sup> en fungeert de rechter als een vooruitgeschoven post van de EG met een daarbij passende loyaliteit. Onder omstandigheden kunnen zich nog verdere verschuivingen voordoen. In een arrest als *Francovich* opent het Hof

van Justitie van de EG de weg naar de nationale rechter in geval van een onrechtmatige overheidsdaad bij nalatigheid van de wetgever tijdig richtlijnen te implementeren.<sup>24</sup> Op die manier verlegt het Hof de gewichten tussen wetgever en rechter in de lidstaat zonder op hun onderlinge verhoudingen acht te slaan. De EG zet de binnenlandse staatkundige verhoudingen danig onder druk.

Biedt de rechtsorde van de Gemeenschap voldoende compensatie voor dit en soortgelijk verlies van rechtsstatelijkheid binnenslands? De Europese Gemeenschap zelf kent geen duidelijk evenwicht of heldere scheiding van machten. Wel is er de befaamde 'eigen rechtsorde', vormgegeven in arresten als Van Gend & Loos en Costa/ENEL en aangevuld met rechtsstatelijke instellingen of elementen zoals de Europese ombudsman en openbaarheid van bestuur. De Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid komt daarom tot een negatief oordeel en stelt dat er voorlopig – binnen de EG – nog geen constructie voorhanden is die kwalitatief vergelijkbaar is met de nationale rechtsstaat.<sup>25</sup> De voor de handliggende vraag of er binnen ons staatsbestel dan wellicht compenserende maatregelen moeten of kunnen worden getroffen, laat de Raad echter liggen.

De Europese grondwet – indien die zou zijn aanvaard – had misschien als rechtsstatelijk kader kunnen dienen. Maar ook nu zijn er al maatstaven zoals 'de beginselen van de rechtsstaat welke de lidstaten gemeen hebben' in art. 6, lid 1 EU-verdrag<sup>26</sup> en naast interne tevens externe criteria, zoals de eisen die in 1990 door de CVSE in Kopenhagen zijn opgesteld, waarmee vooral toekomstige lidstaten zoals Turkije de maat wordt genomen. Zij worden met grote stelligheid gehanteerd, treden ver in detail, maar zwijgen geheel over checks and balances<sup>27</sup>.

Het Hof van Justitie legt dergelijke beginselen eveneens ten grondslag aan zijn rechtspraak, maar dan toch vooral bij de uitleg van materieel gemeenschapsrecht en niet bij de mogelijke consequenties daarvan voor de nationale rechtsorde. Dat laatste zou van het Hof een veelomvattende rechtsvergelijking vergen die alleen al om praktische redenen achterwege moet blijven. Ik laat deze en dergelijke vragen rond implementatie van het Europees gemeenschapsrecht echter verder rusten.

#### *§ 5 Het EVRM en enige jurisprudentie van het EHRM bij wijze van illustratie.*

Buiten de juist geschetste staatkundige verhouding tot de Europese Unie is er voor Nederland, speciaal voor zijn rechters, een minstens even intrigerende problematiek: hoe om te gaan met het overige internationale recht. Dat recht is vaak minder precies dan het Europese recht en het toezicht erop is losser en meer politiek gekleurd.

In vergelijking met de EU kennen andere internationale organisaties en enkele verdragen over mensenrechten weliswaar eigensoortige maar slechts rudimentaire rechtsordes. Ik neem als illustratie en pars pro toto de Raad van Europa. Deze ziet – zoals bekend – toe op de naleving van de rule of law als voorwaarde voor lidmaatschap. De Parlementaire Vergadering speelt daarin een grote rol. Zij houdt toezicht op verkiezingen en andere politieke ontwikkelingen binnen de staten en heeft zelfs

bescheiden sanctiemiddelen in de vorm van onthouding van stemrecht aan parlementaire delegaties. Verder is er het Comité van Ministers dat lidstaten die in gebreke zijn binnenskamers ter verantwoording kan roepen. Dit samenstel van organen is echter zeker geen verfijnd instrument voor handhaving van de rechtsstaat. Daarvoor is de besluitvorming in de Raad van Europa vaak te intergouvernementeel en te (geo-) politiek van aard, zoals de toelating van Kroatië, Armenië en Azerbeidzjan als lidstaten laat zien.

Eén van de belangrijkste rechtsordes, in 1950 binnen de Raad van Europa ontstaan en daarmee structureel verbonden, is ongetwijfeld het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. Dat Verdrag bevat – zoals bekend – een verzameling hoofdzakelijk klassieke fundamentele rechten met een onafhankelijk Hof dat op hun naleving toeziet. De jurisprudentie van het Hof dwingt voortdurend tot implementatie door de nationale instanties. Daarbij waakt het ministerscomité van de Raad van Europa over de richtige nakoming. Belangrijk verschil met het Europese gemeenschapsrecht is dat het EVRM géén uniforme uitleg en toepassing aan de lidstaten oplegt; deze blijven vrij een hogere bescherming van de verdragsrechten te garanderen en beschikken ook nog over een zekere beleidsruimte.

Het samenstel van Raad van Europa en EVRM kent al helemaal niet de klassieke machtenscheiding en evenmin het daarbij behorende machtsevenwicht. Er is slechts een ruwe tweedeling: het Europese Hof voor de rechten van de mens (*EHRM*) staat eenzaam tegenover de gezamenlijke lidstaten van het ministerscomité of de afzonderlijke verdragstaat. Van een constitutioneel evenwicht is hier bepaald geen sprake.

Niettemin pretendeert de Raad van Europa zélf en door middel van het Europese Hof toezicht te kunnen houden op de kwaliteit van de rechtsstaat in de aangesloten staten met behulp van de al genoemde monitoring en mede aan de hand van de fundamentele rechten. Overigens staan in het laatste geval uiteraard de belangen van het individu en niet de institutionele aspecten van de rule of law voorop.

Het Hof beschouwt het EVRM als een constitutioneel instrument<sup>28</sup> en pleegt zich ook zonder aarzeling en in bindende beslissingen uit te spreken over constitutionele kwesties binnen de staten. Daarbij dient het EVRM als een constitutioneel verdrag<sup>29</sup> en de preambule als richtsnoer voor de rule of law. In de praktijk kan het Hof die pretenties echter niet waar maken. Anders dan de ‘monitoring bodies’ heeft het vooral oog voor de scheiding van machten, in het bijzonder de onafhankelijkheid van de rechter. Criteria voor een staatkundig evenwicht ontleent het echter nauwelijks aan de rule of law<sup>30</sup>. Veel wordt aldus overgelaten aan het nationale constitutionele recht. Het traditionele volkenrecht wil het ook zo<sup>31</sup>. Internationale verplichtingen zijn in beginsel resultaatsverplichtingen, waarbij het ‘hoe’ en het ‘door welk orgaan’ zaak zijn van de soevereine staat.

Eenzijds bewaart het Europese Hof enige afstand:

*“Although the notion of separation of powers between the political organs of government and the judiciary has assumed growing importance in the Court’s case-law [...] neither Art. 6 nor any other provision of the Convention requires States to comply*

*with any theoretical constitutional concepts regarding the permissible limits of the powers' interaction.*<sup>32</sup>

Anderzijds laat het Europese Hof zich bij gelegenheid vrijmoedig uit over de staatkundige verhoudingen<sup>33</sup>. Misschien al te vrijmoedig, want in tegenstelling tot het Supreme Court van de Verenigde Staten beschikt het niet over een doctrine van de 'political question' om zich aan netelige constitutionele vraagstukken te onttrekken.<sup>34</sup>

Intussen begint 'Straatsburg' het onwettelijke van deze situatie te onderkennen. Zo heeft de Parlementaire Vergadering het Hof aanbevolen om in voorkomende gevallen de staat aanwijzingen te geven voor ten uitvoerlegging van arresten.<sup>35</sup> Nu al richt het Hof zich – over de staat heen – direct tot afzonderlijke staatsorganen.<sup>36</sup> Dat betekent echter nog niet dat men zich stelselmatig met het evenwicht tussen wetgever, rechter en bestuur zou inlaten of zich speciaal voor het herstel van het evenwicht na implementatie van een van zijn arresten verantwoordelijk zou voelen. Zo kan het meer dan eens gebeuren dat uit naam van een 'Europese' rule of law de binnenlandse checks and balances ernstig in het gedrang komen.

Illustratief in dit verband zijn enige arresten van het EHRM over de Turkse partijverboden. Het Europese Hof had tot vier keer toe een verbod van een politieke partij in strijd met het EVRM geoordeeld, maar in 2003 wordt het verbod van de Welvaartspartij juist bevestigd.<sup>37</sup> Ten dele valt die verandering in de rechtspraak te verklaren uit de belangrijke verschillen tussen de feiten.<sup>38</sup>

Hoewel men in Ankara wisselbaden of Turkse baden wel gewend is, zullen deze arresten het staatkundige evenwicht en speciaal de positie van het Turkse constitutionele hof, zeker ernstig hebben verstoord. Het is alsof een buitenstaander de subtiele nationale mobile bij vergissing aanziet voor een kapstok en er zijn natte regenjas aan ophangt.

Het verschijnsel is overigens niet nieuw; reeds in de Belgische taalkwestie,<sup>39</sup> een van de eerste arresten die het Europese Hof ooit wees, waren de staatkundige implicaties enorm. Het duurde verscheidene jaren voordat het arrest in het delicate Belgische taalcompromis was ingebed.

De betrekkelijk eenzijdige en beperkte handhaving van de rule of law – of die nu door de Raad van Europa zelf geschiedt of door het Europese Hof – draagt niet bij aan het binnenlands staatkundig evenwicht. Integendeel, de Europese instanties laten een eventueel ontstane interne onbalans over aan de zorg van de betrokken lidstaten.

Ik trek enige voorlopige conclusies.

- Internationale organisaties, waarvoor de Raad van Europa hier model staat, zijn bron van te implementeren normen en besluiten, maar kunnen zonder uitzondering zelf (nog) geen rechtsstaten heten.
- Zij hanteren wel beginselen ontleend aan de rechtsstaat maar doen dat allesbehalve consequent, zodat bepaalde gezichtspunten – bijvoorbeeld die van het individu – meer, en andere – zoals de institutionele checks and balances –

minder aandacht krijgen.

- Zij staan in het algemeen betrekkelijk onverschillig en misschien ook wel machteloos tegenover de versturende werking die hun vaststelling van internationale normen binnenslands als neveneffect kan produceren.

De volgende vraag wordt dan: wat kunnen en moeten de nationale rechtsordes zelf doen? En meer toegespitst: Welke taak heeft de nationale rechter bij het bewaren of herstellen van het staatkundig evenwicht, indien internationale organisaties en volkenrecht zo diep ingrijpen in de nationale constitutie? En dat des te meer, nu het internationale recht weinig of geen rekening houdt met de nationale rule of law.

### *§ 6 Implementaties ontwrichtend voor onze rechtsorde?*

Het is nuttig vooraf nog eens de omvang van het probleem te peilen. Loopt het wel zo'n vaart? Is de nationale rechtsorde niet veerkrachtig genoeg – en moet zij dat ook niet zijn zoals VAN GUNSTEREN<sup>40</sup> hier heeft betoogd – om adequaat te reageren op enigszins versturende invloeden van buitenaf? Zijn wij in Nederland niet altijd gewend geweest dat de rechter bepaalde vormen van internationaal recht met voorrang toepast?

Het is kennelijk heel wat ernstiger. Verkeerde implementatie kan soms leiden tot 'ontwrichting', zoals HAAK bij zijn afscheid als president van de Hoge Raad constateerde in verband met de jurisprudentie van het Europese Hof over de onmiddellijkheid van het strafproces.<sup>41</sup> Dat is geen geringe kwalificatie, maar een diskwalificatie: een verstoring van het staatkundige evenwicht, want onze rechter, administratie en wetgever waren er immers bij betrokken. Dat is meer dan een luchtstroom die wat getingel veroorzaakt.

Bovendien kost het geen moeite andere, eveneens weinig geslaagde, voorbeelden van implementatie te noemen, zelfs als men zich beperkt tot het Europees Verdrag voor de rechten van de mens. De overschrijding van de redelijke termijn die aanvankelijk in de rechtspraak draconisch werd afgestraft met niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie en pas later werd genuanceerd tot vermindering van straf<sup>42</sup> waarmee ook het Europese Hof vrede bleek te hebben<sup>43</sup>. De Hoge Raad kwam openlijk terug op een te vergaande uitleg<sup>44</sup> van het Berrehab-arrest in een uitspraak die heel toepasselijk als de post-Berrehab-beschikking<sup>45</sup> bekend staat. Er gebeurden wat kleine ongelukjes, bijvoorbeeld toen nog geen week na het arrest-Kroon van het EHRM, de Hoge Raad een daarmee strijdige beslissing nam.<sup>46</sup>

Voorts is er de befaamde jurisprudentie over het doorlopen van de ouderlijke macht ook als er geen huwelijk (meer) is, waarvan ik nog altijd betwijfel of deze terecht werd gebaseerd op de destijds gangbare Straatsburgse uitleg van de artt. 8 en 14 van het EVRM.<sup>47</sup> En tenslotte, noem ik de gebrekkige uitvoering van schadevergoedingbeslissingen van het EHRM in de gevallen Lorsé<sup>48</sup> en Van Mechelen<sup>49</sup>.

Er zijn zeker ook voorbeelden van het tegendeel; interpretaties en implementaties van arresten van het EHRM die correct bleken en andere die – zij het met vallen en

opstaan – in wet en rechtspraak zijn geïncorporeerd. Ik noem – voor de kenners – de namen van enkele arresten: Benthem<sup>50</sup>, Brogan<sup>51</sup> en Borgers.<sup>52</sup> En verder: de voortvarende wetgeving naar aanleiding van het arrest Marckx<sup>53</sup> en de daarentegen trage wetgeving naar aanleiding van het arrest Winterwerp<sup>54</sup>; de reactie van de Raad van State eerst op het arrest Procola<sup>55</sup> en later op het arrest Kleyn<sup>56</sup>; de wijze waarop de Wet herstructurering varkenshouderij door rechter en wetgever is aangepakt.<sup>57</sup>

Wat volgens HAAK tot ontwrichting leidde was echter een peulenschil vergeleken bij de gebeurtenissen rond de implementatie van art. 26 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (*IVBPR*). Het daarin vervatte gelijkheidsbeginsel was en is een kruutvat, waar nu eens niet de rechter maar de administratie de lont in stak door – manmoedig en vrouwvriendelijk – te erkennen dat het gelijkheidsbeginsel in dat verdrag zich ook uitstrekt tot de sociale mensenrechten<sup>58</sup>. Dat beginsel ont-popte zich als ‘schakelbepaling’ bij uitstek<sup>59</sup>: in combinatie met sociale rechten maakt het gelijkheidsbeginsel die rechten toepasbaar voor de rechter, terwijl het niet slechts internationale verdragen onderling verbindt, maar ook nog eens met het Europese recht en de Grondwet.

Bij de toepassing van het internationale discriminatieverbod traden – behalve het Comité dat toeziet op de naleving van het IVBPR en andere VN-comités – het Hof van Justitie van de EG en het EHRM en niet te vergeten de diverse nationale rechters op.<sup>60</sup>

De acteurs buitelden over elkaar heen. Soms leek het een drama waarbij het gehele Nederlandse sociale-zekerheidsgebouw dreigde in te storten en de regering zelfs openlijk overwoog het IVBPR op te zeggen; dan weer was het een klucht: over de fiscale waardering van koffiegeld en studeerkamer aftrek. Theater in vele bedrijven: eerst toetsing aan het rechtsbeginsel gevolgd door reparatiewetgeving; toetsing aan het verdrag opnieuw gevolgd door reparatiewetgeving en tot slot een berustende rechter<sup>61</sup>. Internationale instanties die heroïsch streden om de graal van de gelijkheid en daarbij elkaar uiteraard het gelijk niet gunden. Het Europese gemeenschapsrecht bleek uiteindelijk het sterkste, zij het dat het Hof van Justitie wel één keer werd gedesavouéerd en gecorrigeerd door de lidstaten.<sup>62</sup>

Het spektakel is veelvuldig in de literatuur geschilderd, in dissertaties<sup>63</sup> – waarin terecht wordt gesteld dat daardoor ‘de rechter klem’ werd gezet – en ook in de oratie van HAPPE.<sup>64</sup> En het gaat tot de dag van vandaag door – als een soap: met elkaar tegensprekende internationale instanties<sup>65</sup>, maar ook met belangwekkende en netelige constitutionele uitspraken als die van de Rechtbank Den Haag over discriminatie door de SGP van haar vrouwelijke leden.<sup>66</sup> Het is niet gering, dat een rechter zich uit naam van het internationale recht over de beginselen van een politieke partij en de organisatie van onze democratie uitspreekt.

Hoe dan ook, vast staat dat iedere massaregie ontbrak en dat ook naar nationaal constitutioneel recht de spelers niet rolvast waren en maar moesten improviseren. Er is duidelijk behoefte aan nieuwe evenwichten.<sup>67</sup>

Over de wijze waarop in deze en andere gevallen implementatie plaats vond kan men van mening verschillen. Nader onderzoek is nodig; meer verdragen en organisaties moeten onder de loep worden genomen. Toch tekent zich nu al af dat de nationale rechter de afgelopen 25 jaar het niet altijd goed heeft gedaan. Maar hem treft niet alle blaam, want de wetgever en het bestuur zijn in ons betoog buiten schot gelaten, terwijl hun staat van dienst bij nadere beschouwing waarschijnlijk evenmin onberispelijk is.<sup>68</sup>

Op de agenda van de Van Asbeck-leerstoel staan intussen evenzeer de gevallen van non-implementatie, de weigering aan internationaal recht gevolg toe te kennen, zoals de uitspraak over de plaatsing van kruisraketten, al droeg die wellicht meer bij aan het internationale debat<sup>69</sup> dan aan de nationale constitutionele rechtsvorming. Over de waarde van sommige casus kan men trouwens slechts speculeren, nu de op nationaal niveau in het ongelijk gestelde partijen vaak – en, voeg ik toe, soms wijselijk – niet hebben gewaagd hun gelijk in de internationale fora te gaan halen. Een positieve uitkomst was soms immers allerminst zeker.

Alleen al aan de hand van deze voorbeelden kan vastgesteld worden dat de nationale rechtsorde veel en veelsoortig internationaal recht heeft te implementeren. Beduidend meer dan waarop de oude constitutie berekend is. Het kost grote moeite om internationaal recht goed te integreren en te absorberen. In de tijd van VAN ASBECK liet het internationale recht zich al niet meer ‘stoppen bij Lobith’. Het wordt nu tijd die toestroom in goede banen te leiden en desnoods wat oude polders te offeren of dijken van een overlaat te voorzien.

### *§ 7 Welke instrumenten staan de Nederlandse rechter ten dienste?*

Van oudsher kon de Nederlandse rechter zich bij de implementatie van internationaal recht richten naar de eigen grondwet. Tegenwoordig heeft hij te maken met een veelheid van internationale normen en besluiten, afkomstig uit verscheidene bronnen, met eigen vorm, rechtskracht, context en kleur. Ging het aanvankelijk om toepassing van verdragen, bijvoorbeeld bij uitlevering, intussen is het accent verplaatst naar de ‘traités-lois’ en regelgevende besluiten van internationale organisaties en naar de – vaak dynamische – jurisprudentie van judiciële en quasi-judiciële toezichthoudende instanties. Hoeveel ruimte laat dat nog voor nuancering van de te implementeren norm en hoeveel zeggenschap heeft de rechter anderszins nog over de eigen bevoegdheid?<sup>70</sup>

Bij implementatie ligt het zwaartepunt op de grondwetsartikelen 91 tot 95 over de buitenlandse betrekkingen. Die handelen onder andere over het begrip ‘een ieder verbindend’<sup>71</sup> en over de rangorde en werking van internationaal recht, terwijl de meer specifieke regels inzake de rechterlijke macht in artt. 112 e.v. staan. Deze bepalingen bieden de rechter ruimte voor buiten toepassing laten maar ook voor conforme interpretatie van onverenigbaar of afwijkend nationaal recht; met de Angelsaksische techniek van de ‘distinguishing’ kan de rechter verschillen accentueren om het nationale recht juist in stand te laten en tenslotte heeft hij de keuze het probleem door te schui-

ven naar de wetgever door toepassing in concreto van het internationale recht niet tot zijn 'rechtsvormende' taak te rekenen, in vakjargon *abstinentie* genoemd.<sup>72</sup>

Ik maak enkele kanttekeningen. Allereerst is het nodig de juist genoemde beschikbare opties in ere te houden en zo mogelijk uit te breiden. Of bijvoorbeeld het loslaten van het – toegegeven niet ondubbelzinnige – criterium 'een ieder verbindend' zoals onlangs betoogd door FLEUREN daartoe veel kan bijdragen, betwijfel ik.<sup>73</sup> Anderzijds zijn de door DE BOER voorgestelde rechterlijke noodoplossingen een onmisbare optie.<sup>74</sup>

Speciale aandacht verdient de factor tijd. Het zonder uitstel toepassen van internationaal recht waartoe de grondwet dwingt is soms het beste, doch in andere gevallen verdienen voorlopige maatregelen of enig uitstel de voorkeur. Naar mijn mening laat het algemene volkenrecht dat in beginsel ook toe, althans wanneer het gaat om naleving van besluiten van internationale organisaties of instanties.

Vooraf de mogelijkheid om de vraag naar de doorwerking van een internationale bepaling door te spelen naar de wetgever moet m.i. open blijven, al is een spaarzaam gebruik geboden.<sup>75</sup> De burger wordt immers afgescheept met de mededeling dat hij gelijk heeft maar het niet krijgt, terwijl vervolgens maar moet worden afgewacht of en, zo ja, wat de wetgever voor hem nog in petto heeft. Ook bij de toepassing van art. 13 EVRM – het bieden van rechtsbescherming – is een ruimhartige aanpak door de rechter aan te bevelen.<sup>76</sup>

Intussen gaat het internationale recht, vooral het Europese recht en het EVRM, zich – het werd al gesignaleerd – steeds meer en indringender met de nakoming bemoeien. De jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot art. 13 EVRM richt zich meer en meer direct tot de nationale rechter<sup>77</sup> en die over art. 6 EVRM heeft bovendien de neiging de toch al ruime bevoegdheden van onze rechterlijke macht waardoor vrijwel altijd de burgerlijke rechter als 'rechter' op de achterhand is, te consolideren.

Toch is het soms beter de implementatie niet alleen aan de rechter over te laten, maar de wet zelf te veranderen.<sup>78</sup> Al ligt de norm in het internationale recht vast, de nationale wetgever is in staat een regeling te treffen die de bestaande definitief vangt en niet slechts incidenteel buiten toepassing laat.

Het doorschuiven van taken naar de wetgever is op zichzelf niet in strijd met het *algemene* volkenrecht.<sup>79</sup> Voor nakoming van internationale verplichtingen is de staat als geheel aansprakelijk en niet uitsluitend de rechter. Die heeft daarenboven een eigen constitutionele taak in het bewaren of herstellen van het staatkundig evenwicht. Wat soms even belangrijk is.

Zaak is dat de rechter zijn constitutionele bevoegdheden zo ruim mogelijk opvat; gedacht kan worden aan uitbreiding van de toetsing aan algemene rechtsbeginselen<sup>80</sup> en, voor zover de rechter oneigenlijke taken verricht, meer daarop toegesneden bevoegdheden.<sup>81</sup> Anderzijds is toetsing van verdragen aan de grondwet voor ons land geen optie<sup>82</sup>.

Bij het punt van de abstinentie door de rechter ten gunste van de wetgever wil ik nog even stilstaan; het raakt mijns inziens de kern. Niet voor niets besteedt MARTENS er in zijn fraaie afscheidsrede als president van de Hoge Raad<sup>83</sup> ruime aandacht aan. MARTENS, die in het Europese Hof kennelijk de smaak van de dissenting opinion te pakken had gekregen<sup>84</sup>, maakte van die gelegenheid gebruik een arrest van zijn 'eigen' Hoge Raad aan een kritische beschouwing te onderwerpen.

De zaak handelde over de vraag of, en zo ja, hoe de rechter bescherming moest bieden tegen discriminatie in het voorgelegde geval.<sup>85</sup> De Hoge Raad gaf in die zaak een gedegen afwegingskader voor de verhouding van de rechter tot het internationale recht. Als centraal criterium diende 'de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen', dat uiteindelijk de grond vormt voor afwijzing van de claim. MARTENS is het met die afwijzing niet eens. Hij vermoedt dat achter deze formule de veel restrictievere formule van het arrest over de Harmonisatiewet uit 1989 schuil gaat; die luidde: 'de traditionele plaats van de rechterlijke macht in ons staatsbestel'<sup>86</sup> en hij merkt op:

*"De rechter maakt daarmee duidelijk dat goede verhoudingen binnen de trias hem véél waard zijn. Dat is uit een oogpunt van raison d'état ongetwijfeld verstandig beleid. De vraag is maar of daarbij aan het individueel belang het daaraan in het licht van het EVRM passende gewicht wordt toegekend."*<sup>87</sup>

Ik ben het met deze impliciete kritiek niet eens en dat niet alleen omdat het Europese Hof uiteindelijk de handschoen niet opnam en evenals de Hoge Raad de klager met lege handen heen zond<sup>88</sup> en nog minder omdat ik beter dan MARTENS meen te weten wat de Hoge Raad beweegt. Anders dan hij zou ik er evenwel voor willen pleiten dat de 'gegeven staatsrechtelijke verhoudingen' dynamisch worden opgevat en aldus de deur openen voor nieuwe ontwikkelingen.<sup>89</sup> Van een *traditionele* constitutionele functie is bij implementatie nu juist vaak geen sprake. Het ontbreekt daarbij echter aan heldere spelregels: de belangrijkste spelers improviseren soms meer dan dat zij acteren.

Er valt veel te zeggen voor het door de Hoge Raad in datzelfde arrest ontwikkelde toetsingskader en de op grond daarvan betrachte abstinentie.<sup>90</sup> Dit kader schept de gelegenheid voor de wetgever en een rechter die eventueel over schadevergoeding heeft te oordelen – al dan niet dan nadat de internationale rechter gesproken heeft – hun functies binnen de rechtsstaat op elkaar af te stemmen en uit te oefenen. Dat garandeert een bredere en hopelijk meer solide legitimatie dan de uitspraak van één enkele rechter verschaffen kan. Daarbij dient bedacht te worden dat deze discussie met name ziet op de rechtspraak van het Europese Hof<sup>91</sup>, terwijl het juist genoemde toetsingskader van de Hoge Raad algemeen heeft te gelden, ook in verband met ander, niet-humanitair, internationaal recht.

Niettemin lijken mij het genoemde toetsingskader van de Hoge Raad en de bepalingen van de Nederlandse Grondwet over buitenlandse betrekkingen in het algemeen niet toereikend.<sup>92</sup> Het is de vraag of de eerder beschreven 'ontwrichtingen' er mee voorkomen hadden kunnen worden. Zij zijn ook niet berekend op de vele varianten

van implementatie. Bovendien is ambtsdragers en burgers het verschil met de andere constitutionele taken niet altijd duidelijk, zodat ook de verantwoordelijkheden niet goed te onderscheiden zijn. En dat ondergraaft de legitimiteit.

Ik kom daarop terug maar verwijs in dit verband nog naar hetgeen de Amerikaanse rechter al in 1936 in de zaak *Curtiss-Wright* voor de Amerikaanse grondwet vaststelde namelijk dat de gewone constitutionele doctrine niet van toepassing is voor de buitenlandse betrekkingen; de '*separation of powers*' is hier een fundamenteel andere.<sup>93</sup> Dat geldt *mutatis mutandis* ook voor Nederland.

#### § 8 *Nieuwe regels en instituties?*

Dit brengt ons op de wenselijkheid van nieuwe regels en instituties. Moeten wij daarvoor wachten op een tweede MONTESQUIEU? Zeker niet. Implementatie betreft slechts een deel van het overheidshandelen – de buitenlandse betrekkingen – ook al neemt dat zeker in omvang toe; voor het overige blijft de traditionele leer onverlet van kracht. Ook gaat het niet om een blijvende structuur. Het is immers nog niet duidelijk waartoe de ontwikkeling uiteindelijk zal leiden: de status van deelstaat in een federaal Europa of van het 'halfway house' – waar wij nu mee te maken hebben – dat gesitueerd is tussen een federale deelstaat en een soevereine staat in. Belangrijkste punt is evenwel dat de leidende beginselen dezelfde zijn: scheiding en evenwicht van machten. We hebben dus geen baat bij een tweede MONTESQUIEU maar wellicht wel bij een constitutionele CALDER.

Wat dit zal betekenen voor de twee andere staatsmachten, de wetgever en de executieve, is zonder nadere studie niet te zeggen. Daarom slechts een ruwe aanduiding: de activiteiten van het bestuur bij voorbereiding, totstandkoming en uitvoering van internationale besluiten zouden beter als zodanig kenbaar moeten zijn; daar zou bovendien beter over gerapporteerd moeten worden zodat het parlement stelselmatig controle kan uitoefenen<sup>94</sup>. Dat toezicht omvat overigens bij andere internationale organisaties meer dan bij de Europese Gemeenschap, waar het Europees Parlement dikwijls al als medewetgever medeverantwoordelijk is en de besluitvorming – omdat zij bij meerderheid geschiedt – zich aan nationale controle onttrekt.

Hoe de staatsmachten bij de implementatie zich tot elkaar verhouden – moet er samenwerking zijn of liever gezond wantrouwen – is mede in het licht van de scheiding van machten en de onafhankelijkheid van de rechter een punt van bijzondere aandacht. Opmerkelijk is wel dat de Amerikanen die doorgaans in dit opzicht streng in de leer zijn voor de buitenlandse betrekkingen een coöperatief model voorstaan.<sup>95</sup>

#### § 9 *Nieuwe rechterlijke bevoegdheden of nog een extra rechter?*

Keren wij terug naar de rechter. Wanneer en hoe moet hij of zij het evenwicht bewaren of herstellen? Is er behoefte aan andere bevoegdheden of moet er zelfs een speciale rechter in verband met de implementatie komen?

Het belangrijkste agendapunt blijft de analyse van de onderliggende constitutio-

nele vragen: wie doet wat en wanneer? De gegeven voorbeelden van 'ontwrichtingen' laten zien dat ten aanzien van de staatkundige structuur een vaste lijn in de rechtspraak ontbreekt. De uitkomst is – soms letterlijk – een zaak van trial and error. Bij deze rechtspraak strijdt dan ook nog het belang van partijen vaak om voorrang met de constitutionele vragen: beslechting van het geschil staat voorop, rechtswegering blijft verboden.

Door toeneming van de internationale normen vindt cumulatie plaats. De omroepvrijheid wordt én in Straatsburg én in Luxemburg bepaald: wat gelijkheid tussen man en vrouw ten aanzien van pensioen en ouderdomsvoorziening betekent, maakt men niet alleen in Den Haag maar evenzeer in Luxemburg, Straatsburg en Genève uit. In het algemeen laat het oogmerk van de toe te passen norm zich veel moeilijker achterhalen dan in de nationale wet met zijn parlementaire wetsgeschiedenis. Een verdere complicatie is dat de rechter arresten gewezen tegen andere staten na 'transponering' van de casuspositie dient om te zetten in nationaal recht.

Van diverse kanten maar niet eenstemmig gesouffleerd, moet de rechter dan ook nog eens zijn bijdrage aan de checks and balances leveren. Bij deze meer institutionele vragen zijn de gebruikelijke gereedschappen echter niet meer toereikend. De rechter belast met implementatie – en dat is in ons diffuus systeem elke rechter van hoog tot laag – moet zijn plaats zoeken in steeds wisselende constellaties. Bovendien kennen wij in Nederland vier rechterlijke kolommen met vier hoogste rechters<sup>96</sup>. Mede daarom acht ik het eerder door de Hoge Raad ontwikkelde toetsingskader niet toereikend.

Misschien zouden wij ons moeten spiegelen aan de Britten. Zij hebben met de Human Rights Act van 1998 het EVRM op een originele wijze hun rechtsorde binnengeloofd.<sup>97</sup> Die Act voorziet in geval de rechter een andere Act of Parliament onverenigbaar acht met het EVRM of met de jurisprudentie van het EHRM, in een bijzondere procedure waarbij de Engelse wetgever wordt betrokken en zelfs het laatste woord heeft.

Ter waarborging van het evenwicht van machten, inclusief checks and balances, is dat natuurlijk voorbeeldig. Deze dualistische oplossing staat echter haaks op het voornamelijk monistische Nederlandse stelsel. Onze rechter wordt nu eenmaal geacht te toetsen aan internationaal recht; terugdraaien gaat niet meer. Zij strookt evenmin met het effect dat aan Europees gemeenschapsrecht moet worden verleend.<sup>98</sup> Daar komt nog bij dat de HRA maar één enkel verdrag betreft, dus lang niet al het internationale recht dat bij de Nederlandse rechter ter tafel kan komen. Daarvoor zouden afzonderlijke procedures moeten worden ontworpen. Als men echter ziet hoeveel voeten een regeling van de uitvoering van arresten van het EHRM in de aarde heeft<sup>99</sup> dan is dat onbegonnen werk.

Voor de implementatie door de Nederlandse rechter moeten wij naar iets anders omzien. Dit maakt grondige analyse van de staatkundige en internationaal-rechtelijke

merites nodig, voordat een beslissing of advies kan worden gegeven hoe en door welk staatsorgaan of samenstel van staatsorganen de implementatie vorm moet krijgen.

Eventuele oplossingen moeten dynamisch en flexibel zijn. Telkens opnieuw dient naar evenwicht te worden gestreefd, en wel in de mate dat de verhouding tussen de internationale en nationale rechtsordes verandert. Waar nodig moeten nieuwe bevoegdheden en procedures worden geschapen.

Transparantie en scheiding van machten dienen ook hier uitgangspunt te zijn. Met de tot nu toe gevolgde praktijk van coördinatie binnen rechtscolleges of gelegenheidsafspraken tussen rechterlijke colleges<sup>100</sup> kan niet worden volstaan.<sup>101</sup> En afspraken tussen rechters en administratie zijn constitutioneel niet toelaatbaar; zij druisen in tegen de scheiding van machten. Het gaat om spelregels, maar dan wel om regels die te belangrijk zijn om geheel aan de spelers over te laten.

Men zou kunnen overwegen een nieuw college in te stellen,<sup>102</sup> bestaande uit óf eigen rechters óf ad hoc uit de diverse hoogste rechterlijke colleges te rekruteren rechters, met bijzondere expertise op het gebied van internationaal recht en nationaal constitutioneel recht en ondersteund door een eigen parket.

In grote lijnen zou het tot taak hebben: de beantwoording van prejudiciële vragen van andere rechters (daaronder begrepen de hoogste rechters) dan wel het zelf beslissen van rechtsgeschillen, hetzij na prorogatie, hetzij 'in het belang der wet'.

Daarenboven zou een dergelijk college het parlement of de regering gevraagd of ongevraagd moeten kunnen adviseren over wenselijke démarches op internationaal niveau bij bijvoorbeeld VN-comités of in internationale rechterlijke procedures en bij het entameren van resoluties of conventies.

Ik pleit met andere woorden voor een instelling met ruime rechterlijke en adviseerende<sup>103</sup> bevoegdheden; een college weliswaar in een reservefunctie maar met – het zij toegegeven – trekjes van een constitutionele rechter. Daarvoor zou een grondwetswijziging waarschijnlijk niet eens nodig zijn.

#### *§ 10 Samenvattende conclusies*

Ik kom tot enkele conclusies.

- Bij doorwerking van internationaal recht, besluiten en algemeen verbindende regels, vindt een vermenging van rechtsordes plaats.
- Dat verstoort op nationaal vlak het paradigma van de rechtsstaat en van de daarmee verbonden checks and balances.
- De functies van de staatsorganen, wetgever, rechter en bestuur, zijn bij implementatie anders en dat vereist een ander gebruik van bestaande bevoegdheden, nieuwe bevoegdheden en een nieuw evenwichtsmechanisme; alles toegevoegd op de grote verscheidenheid van het internationale recht.
- In concreto betekent dit de mogelijke instelling van een speciaal college met rechterlijke en adviseerende bevoegdheden om op effectieve wijze en binnen redelijke tijd gevraagd te kunnen geven aan internationale verplichtingen.

De cirkel sluit zich. Twintig jaar geleden was het thema van mijn eerste Leidse oratie een oproep tot debat over toetsing door de rechter.<sup>104</sup> Dat was toen nog enigszins taboe. De tijden zijn veranderd. Het debat is er toch gekomen en richt zich nu vooral op vorm en norm van toetsing en andere wijzen van implementatie. Vanmiddag heb ik speciaal de aandacht gevraagd voor de uitzonderlijke nationaal-constitutionele kanten van het verschijnsel.

Het is tegen deze achtergrond van een wisselend en nog op te bouwen constitutioneel decor – het decor *van de Nederlandse rechtsorde* – dat ik het nieuwe vak implementatie vorm en inhoud hoop te geven.

Aan het eind van deze voordracht gekomen spreek ik mijn dank uit jegens allen die aan de totstandkoming van de benoeming hebben bijgedragen, voor het in mij gestelde vertrouwen.

Het is uitzonderlijk om na een aantal jaren een hoofdvak te hebben gedoceerd, nu de gelegenheid te krijgen in samenwerking met beoefenaars van andere deeldisciplines aan een eigen functioneel vakgebied te gaan werken.

Het is niet minder uitzonderlijk om in plaats van een afscheidscollege een intreedende te mogen houden, al was het maar omdat in Leiden een hoogleraar – heel symbolisch – op dit spreekgestoelte een trapje hoger begint dan eindigt.

Ik ben u zeer erkentelijk.

Eveneens zeer erkentelijk ben ik de *familie Van Asbeck* die er destijds mee heeft ingestemd dat eerst het centrum voor mensenrechtenstudies en vervolgens ook een leerstoel werden vernoemd naar *Professor mr Frederik Mari, Baron van Asbeck*. Zijn belangrijke werkzaamheden op een breed terrein – in de wetenschap en rechtspraak – van het volkenrecht, het staatsrecht en het vergelijkende staatsrecht zijn een voorbeeld dat tot op de dag van vandaag inspireert.

Bijzonder is het voorts om in de voetsporen te treden van *Hein Schermers*, de directe voorganger op deze leerstoel; ik volgde hem trouwens al eerder op, onder andere in de Europese Commissie voor de rechten van de mens in Straatsburg. Hij en *Hotsche* kunnen er vandaag tot hun spijt niet bij zijn in verband met grootouderlijke plichten.

Er zijn andere lichtende voorbeelden; ik volsta met twee personen met name te noemen: *Tim Koopmans* en *Frans van der Burg*.

Dank ben ik voorts verschuldigd aan *de oud-collega's van de Raad van State*. Van dat college mocht ik gedurende drie en een half jaar deel uitmaken als 'staatsraad in buitengewone dienst': een steeds boeiende en soms inspannende tijd, gekenmerkt door professionaliteit, collegialiteit en vriendschap.

Ik verheug mij op het voortgezet verblijf aan de *Leidse faculteit* na een gewoon dienstverband van in totaal vijf en twintig jaar.

In de eerste plaats is er de *afdeling staats- en bestuursrecht*, waar ik letterlijk en figuurlijk een plaats heb behouden. Ik hoop op een onveranderd goede samenwerking. Slechts één persoon noem ik hier met name *Licette Claproth* die mij al sinds 1990 voor menig administratief feilen heeft behoed.

In de tweede plaats de *faculteit zelf*. Ik zie er naar uit ook hier de samenwerking te kunnen hervatten, vooral binnen het Van Asbeckcentrum voor mensenrechtenstudies, dat al degenen die zich met de rechten van de mens in onderwijs en onderzoek bezig houden, wil verenigen.

En dan zijn er de *studenten*, althans ik hoop dat u er weer zult zijn. Helder is wat u kunt verwachten: onderwijs en wellicht ook onderzoek in de vorm van scripties op het snijvlak van internationaal recht en staatsrecht. Dat is puur publiek recht maar tegelijk grondslag voor de doorwerking van internationaal recht in vrijwel alle andere rechtsgebieden en dus ook voor die rechtsgebieden van interesse. U bent van harte welkom!

Bijna aan het slot nog een woord tot *familie, vrienden en buurtgenoten* – in grote getale aanwezig. Sommigen waren er precies 27 jaar geleden – op 18 oktober 1978 – al bij toen ik in deze zelfde aula de doctorsbul onder auspiciën van Rector KUENEN in ontvangst mocht nemen. Ieder van jullie – op haar of zijn wijze – draagt bij in genegenheid, vriendschap, warme belangstelling aan het leven van Toty en mij. Goed dat jullie er zijn!

En dan echt tenslotte *Toty*. Zonder jou zou ik hier niet staan, zoals jij daar zonder mij niet zou zitten. Wij delen al vele jaren wel en wee, met de nadruk op wél. Ons samengaan is aan de Leidse universiteit begonnen. Samen zullen we dit mooie karwei zeker klaren.

**Ik dank u voor uw aandacht.**

## Noten

- 1 Anders *J.F. Hartsuiker*, Kroniek van de handhaving van de rechtsorde te Amsterdam in de zestiger jaren, in: *W.C. van Binsbergen e.a. red.*, Handhaving van de rechtsorde (bundel aangeboden aan *A. Mulder*) Zwolle 1988 p. 63-93 in het bijzonder § 1.2.; zie voorts *M. Hertogh*, De levende rechtsstaat, Utrecht 2002 i.h.b. p. 11
- 2 *Hartsuiker* t.a.p. p. 64.
- 3 Ik gebruik de termen hier bewust naast elkaar, ondanks hun verschil in oorsprong en inhoud. In internationale teksten pleegt met de finesses van het onderscheid weinig rekening te worden gehouden. Zie voor de termen voorts Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, De toekomst van de nationale rechtsstaat, Den Haag 2002 p. 39 en het Programma bruikbare rechtsorde, TK 29279 en *J. Jowell*, The Rule of Law Today, in: *J. Jowell and D. Oliver eds.*, The Changing Constitution, 3rd ed. Oxford 1994 p. 57-78.
- 4 Inclusief de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht.
- 5 Vgl. *M. Scheltema*, De rechtsstaat, in: *J.W.M. Engels e.a. red.*, De rechtsstaat herdacht, Zwolle 1989 p. 11-25.
- 6 *A.F.M. Brenninkmeijer*, Politiek en rechtspraak, S&D 1991 p. 193-203 en *E. Jurgens*, Naar een Duas Politica, ibidem p. 469-474 en *A.F.M. Brenninkmeijer*, Rechtgever, NJB 2001 p. 1191.
- 7 *W.J. Witteveen*, Evenwicht van machten, rede Katholieke Universiteit Brabant, Zwolle 1991 p. 70 Zie nader de discussie tussen *B. van Klink*, De rechtsstaat is geen huis. Een metafooranalyse en -kritiek en *W.J. Witteveen*, Dat zogenaamde huis is in werkelijkheid meer een onzichtbare stad die het decor vormt voor onze beraadslagingen, Ned. tijdschrift voor rechtsfilosofie en rechtstheorie 2005 p. 144-165 resp. 166-178.
- 8 Zie daarover recentelijk *B. Böhler*, Crisis in de rechtsstaat, 2e dr. Amsterdam 2004.
- 9 *Alexander Calder* (1898-1976).
- 10 De stijlcontrole van het computerprogramma Word merkt de term als barbarisme aan!
- 11 Zie Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, t.a.p. (nt. 3) p. 81-85.
- 12 Zie reeds *F.M. van Asbeck*, Quelques aspects du contrôle international non-judiciaire de l'application par les gouvernements de conventions internationales, NTIR 1959 p. 27-41.
- 13 Zie *A. Drzemczewski*, Council of Europe Monitoring Mechanisms: Are They effective? Distinguished Lecture (24 June 2004), Academy of European Law, Florence, Italy.
- 14 Daar komt nog bij de voortgaande inperking van de 'treaty making power' van de staat, en dus ook van het parlement bij de goedkeuring van verdragen. Vooral binnen internationale organisaties zoals de Raad van Europa en de EG staan de staten politiek dikwijls onder grote druk om door de andere lidstaten aanvaarde verdragen te ratificeren c.q. niet op te zeggen.

- 15 *L.F.M. Besselink e.a.*, De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie, 2002 p. 101 rekenen de toepassing van het internationale recht kennelijk niet tot de implementatie.
- 16 Zie *M. Scheltema*, Het recht van de Toekomst. De gevolgen van de internationalisering van het recht, rede Utrecht 2005 p. 10.
- 17 Zie reeds *L. de Vries*, De Hoge Raad als pseudo-wetgever, NJB 1986 p. 1117-1119.
- 18 Vgl. HR 10 dec. 1954, NJ 1956, 240 en 1 juni 1956, NJ 1958, 424 (cognacarristen); zie nader *D.H.M. Meuwissen*, De Europese Conventie en het Nederlandse recht, Leiden 1968 p. 246-248.
- 19 Vgl. de intussen verlaten Franse praktijk, waarbij de bestuursrechter het Ministerie van Buitenlandse Zaken raadpleegde over de uitleg van internationaal recht. Zie EHRM 24 november 1994 Beaumartin/Frankrijk A296B § 15, 20 en 38.
- 20 Het is zeker niet ondenkbaar dat de administratie ten behoeve van de internationale procedures waarin de Staat gedaan is ‘ambtsberichten’ over een rechter inwint en bijvoorbeeld vraagt om uitwerking van het proces-verbaal van de terechtzitting. Op deze wijze wordt toch minstens de indruk gewekt dat – zij het achteraf – de rechter verantwoording moet afleggen.
- 21 Voluit: “De bron der moeilijkheden ligt in het feit, dat de statensamenleving een alleen maar fragmentarische beleids- en gezagsordering bezit en dat de vacante plaats van een centraal gezag en centraal beleid bij spontane substitutie ingenomen wordt door de statelijke organen, die daar op die plaats een stuk internationaal beleid verzorgen, waarvoor zij primair niet geroepen noch samengesteld zijn noch rechtstreeks verantwoordelijkheid dragen.” noot bij HR 13 maart 1951 (Stop te Lobith) *Ars Aequi* I p. 10 (NJ 1952, 125).
- 22 Zo ook het inmiddels verschenen advies van de Raad van State over de gevolgen van de Europese arrangementen voor de positie en het functioneren van de nationale staatsinstellingen en hun onderlinge verhoudingen (W 04.05.0388/I) dat in § 3 spreekt van verbindingsschakels [nl. tussen de Europese en nationale besluitvorming] die ‘alleen goed functioneren als de nationale actores zich ook van hun Europese rol bewust zijn’.
- 23 Zie *L.F.M. Besselink e.a.*, t.a.p. (boven nt. 15) p. 129 e.v. over de gewijzigde constitutionele positie van de Europees recht implementerende Nederlandse wetgever.
- 24 Gev. zaken C-6/90 en C-9/90 Francovich. Zie ook *J.M. Prinssen*, Doorwerking van Europees recht, Deventer 2004, passim over deze vorm van Europeesrechtelijke overheidsaansprakelijkheid.
- 25 De WRR t.a.p. (boven nt. 3) p. 81.
- 26 Zie ook art. 7 EU-verdrag met een eigen handhavingmechanisme bij ernstige schending van fundamentele beginselen.
- 27 Conference for Security and Co-operation in Europe, Second conference on the human dimension of the CSCE (Copenhagen 5-29 June 1990).

- 28 Zie *mijn*, The European Convention as a constitution and its Court as a constitutional court, in: P. Mahoney e.a. eds. Protecting Human rights: The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal, Köln etc. 2000 p. 41-63
- 29 EHRM 23 maart 1995 Loizidou/Turkije (prel. objection) § 75.
- 30 Zie echter E.H.M. Hirsch Ballin aan het slot van zijn noot bij EHRM 29 juni 2004 Leyla Sahin/Turkije NJCM-bulletin 2005 p.185.
- 31 Zo reeds EHRM 13 juni 1979 Marckx/België § 58.
- 32 EHRM 22 juni 2004 Pabla Ky/Finland, NJ 2005, 114 § 29 en voorts EHRM Kleyn e.a./Nederland van 6 mei 2003, NJ 2004, 15 m.nt. PJB § 192. Zie ook EHRM 2 maart 1987 Mathieu-Mohin en Clerfayt/België A 113 § 54 over de ruime margin of appreciation van staten bij de inrichting van hun kiesstelsel.
- 33 Zie bijvoorbeeld EHRM 8 februari 2000 McGonnell/VK; NJ 2001, 611, waarin het Hof een verdragsschending constateerde naar aanleiding van de vermenging van functies in de persoon van de ‘Bailiff’ op het Kanaaleiland Guernsey. Pikant is dat het VK zelf een cumulatie van functies kent in de persoon van de Lord Chancellor. Een van de zeldzame voorbeelden dat de Straatsburgse instanties zich wel bekommerden om de interne ( constitutionele) consequenties van hun oordeel is de zaak Gaulieder/Slowakije, een geval van vervallen verklaring van een parlements lid van zijn zetel die naar het oordeel van de Commissie in strijd was met het EVRM. Deze zaak werd door het Hof van de rol geschrapt na een geslaagde bemiddeling door de president van de Commissie: EHRM 18 mei 2000 Gaulieder/Slowakije (Appl. 36909/97).
- 34 Zie R.D. Rotunda, The political question doctrine in the United States, in: P.P.T. Bovend’Eert e.a. red., Grenzen aan de rechtspraak? Political question, acte de gouvernement en rechterlijk interventionisme (Staatsrechtconferentie 2004), Deventer 2004 p. 1-38 en T. Koopmans, Courts and Political Institutions. A Comparative View, Cambridge 2003 p. 98 e.v. Het voert nu te ver daarop in te gaan, maar ik zie in de margin of appreciation (de eerder genoemde beleidsmargin) – mits niet te krap bemeten – wel een mogelijk instrument voor betere afstemming tussen de lidstaten en het EHRM.
- 35 Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation No. R (2000) 2 on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgements of the European Court of Human Rights; idem Res. of 12 May 2004 (DH Res. 2004)3 on judgments revealing an underlying systemic problem. Zie ook Venice Commission, Implementation of the judgements of the European Court of Human Rights/ Critical scrutiny, HRLJ 2003 p. 249-262.
- 36 EHRM 22 juni 2004 Broniowski/Polen § 190 e.v. EHCR 2004, 77 m. nt. J. van der Velde waar ook nog naar andere resoluties van het Comité van Ministers wordt verwezen. Zie reeds EHRM 26 maart 1986 X en Y/Nederland A 91 (NJ 1985, 525) § 27 en onlangs EHRM 10 november 2004 Sejdovic/Italië, NJB 2005, p. 256 en EHRC 2004, 114. Zie ook EHRM 6 oktober 2005 Hirst/UK (No.2), waar het Hof overweegt: “It is primarily for the State concerned to choose, subject to the

- supervision of the Committee of Ministers, the means to be used in its domestic legal order in order to discharge its obligation under Art. 46 ..” (§ 83).
- 37 Zie EHRM 13 februari 2003 Refah partisi/Turkije, NJ 2005, 73 met nadere gegevens in annotatie.
  - 38 Er zijn overigens belangrijke verschillen in de casusposities. Zo betreffen de eerste zaken separatisme en de Koerdische kwestie, terwijl in de laatste zaak de Welvaartspartij ervan werd beschuldigd de sharia te willen invoeren.
  - 39 EHRM 23 juli 1968 A 1968.
  - 40 *H.J.M. van Gunsteren*, Veerkracht, afscheidscollege Universiteit Leiden 19 december 2003.
  - 41 *W.E. Haak*, De taak van de Hoge Raad in Europa en het Koninkrijk, NJB 2004 p. 885.
  - 42 Door de Hoge Raad nog in een arrest door middel van tarifiering verfiijnd: HR 3 oktober 1999, NJ 2000, 721 m. nt. *JdH*. De Hoge Raad gaat overigens nog steeds voort met deze quasi-wetgeving, zie laatstelijk HR 22 april 2005 Jb 2005, 166 m. nt. *D.W.M. Wenders*.
  - 43 Zie EHCR 10 november 2004 Pizzati/Italië EHRC 2005, 22 m. nt. *J. van der Velde*, waar het Europees Hof de ‘tarieven’ voor overschrijding van de redelijke termijn formuleert.
  - 44 HR 23 februari 1985, NJ 1986, 3.
  - 45 HR 10 november 1989, NJ 1990, 628; zie *J.W. A. Fleuren*, Een ieder verbindende bepalingen van verdragen, Den Haag 2004 p. 20-21.
  - 46 EHRM 27 oktober 1994, NJ 1995, 248 m.nt. *JdB* en HR 4 november 1994, NJ 1995, 249 m.nt. *JdB*.
  - 47 HR 21 maart 1985, NJ 1986, 585-588; vgl. *J. de Boer*, Art. 8 EVRM, preadvies NJV 120/1990-I p. 20.
  - 48 HR 31 oktober 2003, NJ 2005, 196.
  - 49 HR 18 maart 2005, NJ 2005, 201.
  - 50 *A.R. Bloembergen e.a.*, Kroonberoep en Art. 6 EVRM, Deventer 1986.
  - 51 EHRM 29 november 1988 Brogan e.a./United Kingdom A 145 B; NJ 1989, 815; NJCM-bulletin 1989 p. 206-217 m. nt. *Jeroen Schokkenbroek*; zie ook *EM*, Brogan en een divergentie in (inverzekering)stellingen, NJCM-bulletin 1989 p. 346-359.
  - 52 EHRM 30 oktober 1991 Borgers/België A 214B; NJ 1992, 73.
  - 53 EHRM 13 juni 1979 Marckx/België A 31; zie de Wet van 27 oktober 1982 Stb. 608.
  - 54 EHRM 24 oktober 1979 A 33, NJ 1980, 114 en Wet bijzondere opnemingen psychiatrische ziekenhuizen van 29 oktober 1992 S. 669.
  - 55 EHRM 28 september 1995 Procola/Luxemburg A 326, NJ 1995, 667.
  - 56 EHRM 6 mei 2003 Kleyn e.a./Nederland, NJ 2004, 15 en AB 2003, 211 TK II 2003/2004 25425 nr.7.
  - 57 Zie het overzicht van *D.W. Bruil* en *S. Bezemer*, De varkensrechten herleven! Agrarisch recht 2000 p. 2-12.

- 58 Human Rights Committee, 14th session 6 November 1981 CCPR/C/SR.321 § 50.
- 59 Zie *mijn*, Schakelbepalingen, oratie Universiteit van Amsterdam, Deventer 1981 p. 5.
- 60 In een later stadium werden er zelfs nieuwe actoes gecreëerd zoals de Commissie gelijke behandeling. Zie art. 11 Algemene wet gelijke behandeling. De commissie kwam tevens in de plaats van al bestaande meer gespecialiseerde commissies.
- 61 HR 17 november 1993 m.nt. *J.W. Zwemmer*, AA 1994 p. 526-534.
- 62 Zie het protocol ad art. 119 EG-verdrag bij het Verdrag betreffende de Europese Unie.
- 63 *I.Y. Piso*. De rechter klem, diss. UvA 1998 en *A. Woltjer*, Wetgever, rechter en het primaat van de gelijkheid, diss. Universiteit Utrecht 2002; zie ook *J. van der Velde*, Het toezicht op de naleving van het EVRM en de implementatie van Straatsburgse beslissingen in Nederland, in: 40 jaar EVRM speciaal nummer van NJCM-bulletin p. 159-180.
- 64 Zie *R.H. Happé*, Schuivende machten, rede KUB, Deventer 1999; *A.W. Heringa*, De toepassing van art. 26 IVBPR door de Nederlandse rechter, NJCM-bulletin 1994 p. 855-864 ; zie ook *F.Vlemminx*, Een nieuw profiel van de grondrechten, een analyse van de prestatieplichten ingevolge klassieke en sociale grondrechten, 3e dr. Den Haag 2002 p. 217-219.
- 65 Zie *I. van der Steen*, Toepassing Barber-rechtspraak Hof van Justitie: schending van art. 26 BuPo-verdrag, NTER 1999 p. 230-232 en *idem*, Het BuPo comité en het Barber-arrest inzake gelijke pensioenen: reactie van de Nederlandse regering, NTER 1999 p. 320-323. Zie voorts VN-Mensenrechtencomité 17 augustus 2004 Jacobs/België, NJCM-bulletin 2005 m. nt. *J. Gerards* p. 636/637
- 66 Zie NJB 2005 p. 1723.
- 67 Daarvoor komt onverwacht bijval van het kabinet-BALKENENDE dat dit najaar 'naar nieuwe evenwichten' tot *zijn* motto heeft verheven, NRC/HB 30 september 2005. Merkwaardig en ook omineus is dat het kabinet wil bijdragen aan de staatkundige tegenwichten door reductie van rechterlijke taken! Rechtsstaat en rechtsorde, TK 2003-2004 29279 p. 7.
- 68 Zie *J. van der Velde* t.a.p. (boven nt. 63) en *mijn*, Toepassing van de Europese Conventie voor de rechten van de mens, preadvies voor de Ver. voor de vergelijking van het recht van België en Nederland, Zwolle 1985
- 69 Zie *J.W.A. Fleuren*, De maximis non curat praetor? in: *Bovend'Eert red.* t.a.p. (boven nt. 34) p. 127-159 i.h.b. p. 131-133 en *idem*, Directe en indirecte toepassing van internationaal recht door de Nederlandse rechter, preadvies Meded. NVIR 131, Den Haag 2005 p. 123-127.
- 70 Zie reeds *C. Fried*, Two Concepts of Interests: Some Reflections On The Supreme Court's Balancing Test, 76 Harv. L.Rev. (1963) p. 755-778 en voorts *mijn*, Gedifferentieerde rechtsvinding door de rechter in veranderende staatkundige verhoudingen, NJB, 2000 p. 1053-1058.
- 71 Zie HR 30 mei 1986, FNV/NS, NJ 1986, 688; zie ook *F.M.C. Vlemminx* en *M.G. Vlemminx-Boekhorst*, Recente rechtspraak van de Raad van State over het begrip een ieder verbinden, JB plus 2005, p. 28-40.

- 72 In het laatste geval kan hij dan met behulp van de ‘prospective overruling’ de wetgever een termijn stellen.
- 73 *J.W.A. Fleuren*, t.a.p. (boven nt. 45).
- 74 *J. de Boer*, De broedende kip in EVRM-zaken, NJB 1995 p. 1027-1034; zo ook *S.K. Martens*, De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter, NJB 2000 p.752.
- 75 Zie *L.C.M. Meijers*, Rechtsvormende taak van de rechter bij implementatie van Straatsburgse rechtspraak, in: 45 jaar EVRM bijzonder nummer NJCM-Bulletin, Leiden p.117-128 en *D.J. Veegens*, Cassatie in burgerlijke zaken, 4e dr. bewerkt door *E. Korthals Altes* en *H.A. Groen*, Deventer 2005 p. 169-170 en *Fleuren* t.a.p. (boven nt. 45) p. 404 e.v.
- 76 Zo bijv. ABRS 28 april 2004, Jb 2004, 213 en AB 2004, 276.
- 77 Zie *F.M.C. Vlemminx*, De autonome rechtstreekse werking van het EVRM, preadvies Ned. Ver. voor rechtsvergelijking No. 62, Deventer 2002 p. 77 e.v.
- 78 Zie de hierboven in nt. 42 gegeven voorbeelden van arresten over ‘tarifiering’ van de redelijke termijn van art. 6 EVRM.
- 79 Zie *P.A. Nollkaemper*, De nationale rechter en het internationale recht, Meded. NVIR 131, Den Haag 2005 p. 27 en 30. In lijn met de verdergaande integratie binnen het EVRM gaat het EHRM al uit van de veronderstelling dat de (Belgische) rechter wél zijn bevoegdheid gebruikt om rechtstreeks werkend verdragsrecht en jurisprudentie toe te passen, EHRM 29 november 1991 Vermeire/België A 214C § 25.
- 80 De Hoge Raad staat niet geheel afwijzend tegenover toetsing aan algemene rechtsbeginselen, getuige HR 14 april 1989, AB 1989, 207 (Harmonisatiewet) en HR 9 juni 1989, AB 1989, 412 (kortverbandvrijwilligers); zie de noot van *FHvdB* onder no. 413.
- 81 Bijv. met betrekking tot het verlenen van exequatur aan internationale uitspraken; de prospective overruling en tijdelijke afstemming tussen rechterlijke kolommen in afwachting van nieuwe implementatiewetgeving.
- 82 Toetsing van verdragen en daaruit voortvloeiende verplichtingen aan de Grondwet is verboden in art. 120 GW en dat zal ongetwijfeld zo blijven. Buitenlandse rechters, voorop het Duitse BverfG, het Italiaanse Corte costituzionale en het Deense Højesteret, maken wel reserves en werpen hun grondwetten als barrière op in het bijzonder met betrekking tot het secundaire gemeenschapsrecht, zie *C.A.J.M. Kortmann*, Secundair gemeenschapsrecht en de nationale constituties, SEW 1999 p. 82-88. Zie ook *E. Hey*, *R. de Lange* en *P.A.M. Mevis*, De transnationale dialoog tussen rechters inzake afstemming van Europese en nationale grondrechten, NJB 2005 p. 1734-1736.
- 83 Zie *Martens*, t.a.p. (boven nt. 74) p. 747-758.
- 84 Zie *W.E. Haak e.a. red.*, Martens dissenting, The separate opinions of a European Human Rights Judge, Zwolle 2000.
- 85 HR 12 mei 1999, BNB 1999/271C; AA 1999 p. 668 e.v.
- 86 HR 14 april 1989, AB 1989, 207 (cursivering van *Martens*).

- 87 T.a.p. (boven nt. 74) p. 751.
- 88 EHRM 29 januari 2002 Auerbach/Nederland m. nt. *T. Barkhuysen*, NJCM-bulletin 2002 p. 1020-1032 en BNB 2002/126 m.nt. *Wattel*; zie voor de voorgaande nationale beslissing HR 15 juli 1995, BNB 1998/293C m.nt. *P.J. Wattel* en *Vlemminx*, t.a.p. (boven nt. 78) p. 83-88.
- 89 Zie hierboven noot 79.
- 90 Zie noot *T. Barkhuysen* bij het in nt. 88 vermelde arrest Auerbach/Nederland.
- 91 Vgl. *Vlemminx*, t.a.p. (boven nt. 77).
- 92 Vgl. *F.J.F.M. Duynstee*, die de in 1953 ingevoerde bepalingen voor de buitenlandse betrekkingen destijds onrijp en te uitvoerig achtte, Grondwetsherziening, Deventer 1954 p. 5.
- 93 *US v. Curtiss-Wright* 299 US 304; zie *L. Henkin*, *Foreign Affairs and the US Constitution*, 2nd ed. Oxford 1997 p. 25 en 83 e.v.
- 94 Zo de gemengde commissie “Sturing EU-aangelegenheden” Eindrapport, Den Haag 7 juni 2005, die pleit voor een jaarlijks debat met de Tweede Kamer.
- 95 *Henkin* t.a.p. (boven nt. 93) p. 85.
- 96 De Hoge Raad, de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep en het College van beroep voor het bedrijfsleven.
- 97 Zo ook *Martens* t.a.p. (boven nt. 74) p. 751-752.
- 98 En het Europees gemeenschapsrecht valt weer steeds meer samen met andere multilaterale verdragen in het bijzonder het EVRM, zeker indien dat verdrag zoals is voorgesteld in een – eventuele – nieuwe Europese grondwet wordt gerecipieerd.
- 99 Zie *P.H.P.H.M.C. van Kempen*, Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM, Nijmegen 2003; *T. Barkhuysen* en *M.L. van Emmerik*, Herzie het herzieningsvoorstel, NJB 2001 p. 1291-1294; zie ook brief van de minister van justitie TK 2004/2005 29279 nr. 28.
- 100 Zie *J. van der Velde* t.a.p. (boven nt. 63) p. 174 en 175 voor enkele voorbeelden.
- 101 Vgl. *C.P.M. Cleiren* en *G.K. Schoep red.*, *Rechterlijke samenwerking*, Deventer 2001 met daarin veelal kritische beschouwingen over rechterlijke samenwerking.
- 102 Bezien zou kunnen worden of, en zo ja hoe, een dergelijk voorstel zou kunnen worden ingepast in de plannen van het kabinet tot afronding van de herziening van de rechterlijke organisatie, zie TK 2003/2004 25425 Nr.7.
- 103 Het bezwaar ontleend aan de arresten Procola en Kleyn van het EHRM (zie boven nt. 55 en 56), met betrekking tot het in één hand brengen van rechtspraak en advisering zou worden ondervangen door de vrijwilligheid c.q. het prejudiciële karakter van de rechterlijke beslissingen, waardoor er geen directe band met zaken waarin is geadviseerd zou zijn. Uiteraard zouden daarnaast regelingen moeten worden getroffen voor de onderlinge taakverdeling en de verschoning van de rechters van het in te stellen college en – voor beslissingen ‘in het belang der wet’ – een regeling voor afstemming met de bevoegdheden van de Procureur-generaal bij de Hoge Raad ter zake.
- 104 Een meerkeuzetoets, Zwolle 1985.



