



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De Nederlandse Grondwet in een veellagige rechtsorde

Emmerik, M.L. van

Citation

Emmerik, M. L. van. (2008). De Nederlandse Grondwet in een veellagige rechtsorde. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 169(4), 145-161. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/14123>

Version: Not Applicable (or Unknown)
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/14123>

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

De Nederlandse Grondwet in een veellagige rechtsorde

Mr. dr. M.L. van Emmerik*

1. Inleiding

De Nederlandse Grondwet lijkt aan waarde te verliezen in de steeds meer door regels van Europese en internationale origine doordrenkte nationale rechtsorde. De grondwetgever heeft reeds in de jaren vijftig van de vorige eeuw de ramen wagenwijd opengezet als het gaat om de doorwerking van internationaal recht (zie de huidige art. 92, 93 en 94 Gw). Opmerkelijk is dat in de Grondwet in het geheel geen melding wordt gemaakt van de EG/Europese Unie, terwijl het recht van de EG/Europese Unie een steeds prominentere plaats inneemt in de Nederlandse rechtsorde.

Mede in het licht van de verwerping van de Europese Grondwet door een belangrijk deel van de Nederlandse bevolking in het nationale referendum van 1 juni 2005, zijn er – in het bijzonder vanuit de boezem van het parlement – geluiden te horen dat de Grondwet teveel open zou staan voor internationale ontwikkelingen. Zo is er een initiatiefwetsvoorstel van Van der Staaij c.s. in het parlement aanhangig om de procedure van art. 91 lid 3 Gw (dat een tweederde meerderheid vereist bij goedkeuring van verdragen die in strijd zijn met de Grondwet) uit te breiden naar toekomstige EU-verdragen (ook toe te passen indien geen sprake is van strijd met de Grondwet).¹ Daarnaast is er een algemeen aanvaarde motie-Visser, waarin de regering wordt verzocht een onafhankelijke commissie in te stellen die onder meer nader moet onderzoeken hoe het internationale en Europese recht doorwerken in de nationale rechtsorde en wat de consequenties hiervan zijn voor de Nederlandse wetgever. Dit

uit angst dat diverse door Nederland geratificeerde verdragen later in de nationale rechtsorde onvermoede consequenties kunnen hebben en de beleidsvrijheid van de wetgever kunnen beperken.²

Mede gezien de zojuist geschetste ontwikkelingen, is de vraag gerechtvaardigd of de Nederlandse Grondwet thans voldoende geëquipeerd is om de vaak razendsnelle en lang niet altijd voorziene ontwikkelingen op het terrein van het Europese en internationale recht in goede (rechtsstatelijke) banen te leiden. Het lijkt er immers op dat bij de doorwerking van internationaal recht, zoals dat sinds de jaren vijftig van de vorige eeuw door onze Grondwet wordt gefaciliteerd, lang niet altijd de eisen van de democratische rechtsstaat (legaliteit, machtsverdeling, grondrechten, recht op toegang tot een onafhankelijke rechter)³ in voldoende mate in acht worden genomen. Hierbij kan, bijvoorbeeld, gedacht worden aan de zogenaamde terreurlijsten van de Veiligheidsraad van de VN, waartegen vooralsnog geen adequate rechtsbescherming openstaat. De VN lijkt hiermee het recht op toegang tot de rechter, zoals gegarandeerd in het onder haar eigen vlag tot stand gekomen IVBPR, met voeten te treden. Zou de Nederlandse Grondwet niet moeten garanderen dat binnen de Nederlandse rechtsorde in een dergelijke geval wel een adequate rechtsbeschermingsmogelijkheid openstaat? Op vergelijkbare wijze kunnen zich andere rechtsstatelijke vragen voordoen, bijvoorbeeld naar lega-

* Mr. dr. M.L. van Emmerik is universitair hoofddocent staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Amsterdam (Sector Bestuursrecht). De auteur dankt Evert Alkema, Tom Barkhuysen, Janneke Gerards en Wim Voermans voor hun waardevolle commentaar op eerdere versies van dit artikel. Deze bijdrage is afgesloten op 18 juni 2008.

1. *Kamerstukken II*, 30 874 (R 1818).

2. *Kamerstukken II* 2006/07, 29 861, nr. 15. Inmiddels heeft de regering een notitie aan de Tweede Kamer gestuurd, waarin zij laat weten dat een dergelijke commissie er niet komt en waarin nog eens de basisbeginselen van de doorwerking van internationaal en Europees recht worden geschetst, zie *Kamerstukken II* 2007/08, 29 861, nr. 19.

3. In de Nederlandse staatsrechtelijke literatuur worden doorgaans als kernelementen van de (democratische) rechtsstaat onderscheiden: het beginsel van legaliteit, machtsverdeling, grondrechten en de controle door een onafhankelijke rechter. Zie bijv. M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen & R.J.G.M. Widdershoven, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2006, p. 16-23. Zie bijv. ook Th.L. Bellekom, A.W. Heringa, J. van der Velde & L.F.M. Verhey, *Compendium Staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 14. Vgl. ook C.M. Zoethout, 'Wat is de rechtsstaat?', in: F. van Ommeren & S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 55-77, in het bijzonder op p. 59-68. Kortmann noemt naast deze beginselen ook democratie als basiselement (naast de eis van een voorafgaande algemene regel), zie C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 52-54. De verschillen in benadering zijn mijns inziens echter minder groot dan zij op het eerste gezicht lijken, aangezien bij de eerstgenoemde auteurs democratie als het ware inherent is aan de rechtsstaat (beginselen van de democratische rechtsstaat), terwijl Kortmann dit als afzonderlijk element noemt. Vastgesteld kan in ieder geval worden dat de diverse elementen van de rechtsstaat door elkaar heen lopen en zelfs met elkaar kunnen botsen (denk bijvoorbeeld aan democratie [meerderheid] en bescherming van grondrechten [vaak ter bescherming van de minderheid]). Voor de kern van dit betoog is het echter voldoende zicht te hebben op deze min of meer vaste kernelementen van de rechtsstaat. Ik heb niet de illusie in het kader van deze bijdrage tot vaste, door iedereen geaccepteerde definities te komen en dat is mijns inziens ook niet nodig. Deze min of meer academische discussie staat nog los van de zeer actuele discussie dat het er op lijkt dat het begrip rechtsstaat dagelijks te pas en te onpas wordt ingeroepen bij allerhande maatschappelijke kwesties, zie hierover onder meer Kortmann 2005, p. 50.

liteit⁴ en daarmee verband houdend de mate van de democratische legitimatie.⁵ Zo lijkt immers het voortouw bij de totstandkoming van regels op internationaal niveau – anders dan op het nationale niveau waar de volksvertegenwoordiging terecht een prominente rol speelt – te liggen bij de regering.⁶

In deze bijdrage zal dan ook worden onderzocht in hoeverre de grondwettelijke regels ten aanzien van de internationale dimensie van het staatsrecht (in het bijzonder de artikelen 90-94 van de Grondwet) aanpassing behoeven in het licht van de zich steeds verder ontwikkelende Europese en mondiale rechtsorde, mede gezien de beginselen van de (democratische) rechtsstaat, in het bijzonder het recht op effectieve (individuele) rechtsbescherming. Verder moet worden opgemerkt dat – zoals bekend – het Europese recht (EG/EU) een aparte plaats inneemt, aangezien dit recht volgens de heersende leer buiten de (artikelen 93 en 94 van de) Grondwet doorwerkt in de Nederlandse rechtsorde.⁷

De in deze bijdrage aan de orde gestelde vraag dient te worden beantwoord in de context van – zo lijkt het – een hernieuwde belangstelling voor de waarde van onze Grondwet. In bredere zin is er immers de discussie of de Grondwet niet meer een uitdrukking zou moeten zijn van het geldende actuele constitutionele bestel. Zo heeft minister Ter Horst van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, onlangs op een symposium ter gelegenheid van het 25-jarig jubileum van de grondwetsherziening van 1983, geconstateerd dat de Grondwet niet echt leeft onder de burgers. Ook heeft zij een lans gebroken voor het weer onder de mensen brengen van onze Grondwet.⁸ De zogenoemde Nationale conventie heeft eerder voorstellen in deze richting gedaan, zij het dat het kabinet daar nogal afhoudend op heeft gereageerd.⁹ Daarnaast heeft het kabinet onlangs, zoals afgesproken in het coalitieakkoord, aangekondigd een staatscommissie om advies te vragen. Het kabinet heeft de Raad van State verzocht advies uit te brengen over de precies te formuleren taakopdracht. Hierbij denkt het kabinet zelf onder meer aan de voor- en nadelen van een preambule, de toegankelijkheid van de Grondwet voor burgers, en de verhouding tussen de opgenomen grondrechten en de uit internationale verdragen voortvloeiende rechten, zoals het recht

op eerlijke procesgang (fair trial) en het recht op leven. Aan deze actuele discussie zal in dit artikel niet prominent aandacht worden besteed. Bij de eventueel voor te stellen oplossingen en de conclusie zal deze actuele constitutionele context uiteraard wel in ogenschouw worden genomen.

Over de in deze bijdrage aan de orde zijnde problematiek is de laatste jaren veel geschreven. De onderhavige beschouwing stelt zich in de eerste plaats ten doel deze discussie helder en grondig in kaart te brengen. Op basis van deze inventarisatie, de gesignaleerde knelpunten en de reeds voorgestelde oplossingen beoog ik in dit artikel door het voorstellen van (nieuw) oplossingsrichtingen deze discussie weer verder te brengen. Daarbij ligt de nadruk op het recht op effectieve rechtsbescherming bij vermeende schending van grondrechten.¹⁰

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. Na deze inleiding, zal in paragraaf 2 kort worden stilgestaan bij de oorsprong en de werking in de praktijk van de bepalingen in de Grondwet ten aanzien van de internationale dimensie van het Nederlandse staatsrecht (art. 90-94), waarbij bijzondere aandacht wordt besteed aan de doorwerking van het Europese recht, aangezien het op zijn minst gesproken merkwaardig is dat in de Grondwet in het geheel geen melding wordt gemaakt van de Europese Unie. In de daarop volgende paragraaf (3) worden de rechtsstatelijke knelpunten op dit terrein geïnventariseerd. In paragraaf 4 worden in een notendop de diverse voorstellen in kaart gebracht die de laatste jaren zijn gedaan om deze bepalingen aan te passen terwijl paragraaf 5 een eerste verkenning bevat van mogelijke (constitutionele) oplossingen ten aanzien van deze problematiek. Paragraaf 6, ten slotte, bevat de conclusie.

2. Korte schets van de internationale dimensie van de Grondwet

2.1. Oorsprong en toepassingsbereik van art. 90-94 Gw

De bepalingen in de Grondwet ten aanzien van de buitenlandse betrekkingen van het Koninkrijk, zoals die in 1953

4. Zie bijvoorbeeld de Sanctieregeling terrorisme 2006 van minister Bot van Buitenlandse Zaken waarbij de financiële tegoeden van de zogenaamde Hofstadgroep werden bevroren, *Stcrt.* 4 april 2006, nr. 67, p. 10.

5. Vgl. *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, WRR-Rapport 63, Den Haag: Sdu-Uitgevers 2002 (ook te raadplegen via <www.wrr.nl>), p. 71: 'De inperking van de nationale soevereiniteit en de consequenties voor de Nederlandse rechtsstaat roepen als vanzelf de vraag op naar de democratische en vooral de rechtsstatelijke kwaliteit van de Europese besluitvorming die dit alles teweegbrengen.'

6. Zie uitgebreid over deze problematiek E.A. Alkema, *Over implementatie van internationaal recht – de internationale rechtsorde is de onze nog niet* (oratie Van Asbeck-leerstoel Universiteit Leiden), 2005.

7. HvJ EG 5 februari 1963, *Jur.* 26/62 (*Van Gend & Loos*) en HvJ EG 15 juni 1964, *Jur.* 6/62 (*Costa ENEL*). Zie ook HR 2 november 2004, *NJ* 2005, 80.

8. Inleiding op het symposium 'De onzichtbare Grondwet' op 27 februari 2008 in Den Haag. Op die dag verscheen tevens *De Grondwet herzien. 25 jaar later*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, directie Constitutionele Zaken en Wetgeving, Den Haag 2008. De bundel bevat essays van vijf wetenschappers van verschillende disciplines die hun visie geven op de positie en de inhoud van onze Grondwet. Tijdens die bijeenkomst werden ook de resultaten gepresenteerd van een onderzoek naar de bekendheid van de Grondwet onder de burger, waarvan de hoofdconclusie luidt dat men de Grondwet belangrijk vindt maar dat men niet of nauwelijks de inhoud kent. Zie nader B.M. Oomen & H.T. Lelieveldt, 'Onbekend maar niet onbemind. Wat weet en vindt de Nederlander van de Grondwet?', *NJB* 2008, p. 577-578. Zie de naar mijn oordeel terecht relativering van de gedachte de Grondwet nieuw leven in te blazen, C.A.J.M. Kortmann, 'Wegwerprecht, oude dame of frisse juf?', *De Grondwet herzien. 25 jaar later*, p. 5-24.

9. *Kamerstukken II* 2007/08, 30 184, nr. 14.

10. Het betreft hier de volgende twee elementen van de rechtsstaat: grondrechtenbescherming en het recht op controle door een onafhankelijke rechter.

en 1956 constitutioneel werden verankerd¹¹, kunnen worden gekarakteriseerd als zeer volkenrechtstvriendelijk.¹² In de eerste plaats vanwege de bepaling dat de regering de ontwikkeling van de internationale rechtsorde bevordert (zie thans art. 90). In de tweede plaats werd de mogelijkheid geïntroduceerd om met een bijzondere parlementaire meerderheid van twee derde van het aantal uitgebrachte stemmen partij te worden bij een verdrag met bepalingen die afwijken van onze Grondwet. Ten derde werd grondwettelijk verankerd de bevoegdheid om bij verdrag bevoegdheden tot wetgeving, bestuur en rechtspraak aan volkenrechtelijke organisaties op te dragen. Ten slotte werd de voorrang van internationaal recht boven nationaal recht (dat bij strijd buiten toepassing moet worden gelaten) in de Grondwet opgenomen. Volgens Fleuren kan de Grondwetwijziging van 1956, die als technische wijziging door de regering werd gepresenteerd, worden beschouwd als een (gedeeltelijk) terugdraaien van de open houding ten opzichte van het volkenrecht die met de Grondwet van 1953 was geïntroduceerd.¹³ Hij wijst in dit verband op de aanpassing van de huidige art. 93 en 94 Gw, waardoor nationaal recht slechts buiten toepassing kan worden gelaten wegens strijd met 'een ieder verbindende bepalingen' van verdragen of besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Dit betekende dat de rechter voortaan niet meer zou mogen toetsen aan niet een ieder verbindende bepalingen, noch aan ongeschreven volkenrecht.¹⁴ Zelfs met deze aanpassing kunnen de grondwetwijzigingen 1953/1956 naar mijn oordeel als geheel worden getypeerd als faciliterend voor de doorwerking van Europees en internationaal recht.

2.2. *Praktijk ten aanzien van art. 91 lid 3 en 92 Gw en beoordeling daarvan*

In de parlementaire praktijk heeft met name art. 91 lid 3 Gw aanleiding gegeven tot heftige (staatsrechtelijke) debatten, zodat deze deelparagraaf daar relatief veel ruimte aan besteedt. Art. 92 Gw heeft nauwelijks tot enig constitutioneel debat geleid, zodat daar niet veel regels aan gewijd behoeven te worden.

Art. 91 lid 3 Gw is in 1953 (als art. 63) in de Grondwet opgenomen en luidt als volgt:

'Indien een verdrag bepalingen bevat welke afwijken van de Grondwet, dan wel tot zodanig afwijken noodzakelijk, kunnen de Kamers de goedkeuring alleen verlenen met ten minste twee derden van het aantal uitgebrachte stemmen.'

Deze bepaling maakt het mogelijk dat Nederland op relatief eenvoudige wijze partij wordt bij verdragen die bepalingen bevatten die van onze Grondwet afwijken. Hiervoor is immers niet een omslachtige grondwetsherzieningsprocedure noodzakelijk¹⁵, maar is het voldoende dat het parlement een dergelijk verdrag met een versterkte meerderheid van ten minste twee derde kan aanvaarden. In de 55 jaar van haar bestaan is de procedure van art. 91 lid 3 Gw slechts drie keer toegepast, namelijk bij het verdrag tot oprichting van een Europese Defensie Gemeenschap (1954)¹⁶, de Overeenkomst met Indonesië inzake de overdracht van Nieuw-Guinea (1962)¹⁷ en het Statuut van het Internationaal Strafhof (2001).¹⁸ In alle gevallen koos de regering gebruik van de zogenaamde 'redelijke twijfel-variant', dat wil zeggen dat 'voor zover nodig' gebruik werd gemaakt van de procedure van art. 91 lid 3 Gw. De rechtszekerheid vereist naar mijn oordeel dat de regering een duidelijke keuze maakt: afwijking of niet en als sprake is van een afwijking van de Grondwet, zou zij moeten aangeven van welke concrete grondwettelijke bepalingen moet worden afgeweken.¹⁹

Bij andere gelegenheden is er in het parlement wel discussie geweest over de vraag of de procedure van art. 91 lid 3 Gw moest worden toegepast. Zo speelde deze discussie bij de behandeling van het zogenaamde Lockerbie-verdrag. Dit verdrag vestigde de jurisdictie van de Schotse rechter op Nederlands grondgebied ter berechting van de verdachten van de aanslag op een Amerikaans vliegtuig, dat neerstortte op de Schotse plaats Lockerbie eind 1988. De Eerste Kamer (onder aanvoering van senator Jurgens) is, anders dan de regering, van oordeel dat dit in strijd is met de art. 15 en 17 Gw, die beide waarborgen bieden in

11. Zie uitgebreid F.J.F.M. Duynstee, *Grondwetsherziening 1953. De nieuwe bepalingen omtrent de buitenlandse betrekkingen in de Grondwet*, Deventer: Kluwer 1954. Na de herziening van 1956 betrof het art. 58-67 Gw. De inhoud van deze artikelen is grotendeels terug te vinden in de huidige art. 90-94 Gw. Zo is een deel van de nadere bepalingen over de wijze van goedkeuring van verdragen in 1983 gededuceerd en in 1994 nader uitgewerkt in de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen, *Stb.* 1994, 542. Zie voor de tekst van de artikelen inzake de buitenlandse betrekkingen van de Grondwetten 1953, 1956 en 1983 onder meer J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 527-531.

12. Zie bijv. E.A. Alkema, *Aanzetten voor een nieuwe Nederlandse constitutie na 'Maastricht'?*, Thorbeckecollege 20, Kluwer Rechtswetenschappen België en E. Story-Scientia: Antwerpen 1996, p. 1 en Fleuren 2004, p. 1.

13. Fleuren 2004, p. 1-2.

14. Zie HR 6 maart 1959, *NJ* 1962, 2 (*Nyugat II*).

15. Zie art. 137 Gw: eerste lezing, ontbinding Tweede Kamer, in tweede lezing is ten minste twee derde van het aantal uitgebrachte stemmen in beide kamers vereist. Tot 1995 gold bovendien de eis dat ook de Eerste Kamer na aanvaarding in eerste lezing moest worden ontbonden.

16. *Stb.* 1954, 25.

17. *Stb.* 1962, 363.

18. *Stb.* 2001, 343.

19. Zie M.L. van Emmerik, 'De Grondwet en afwijkende verdragen', in: *Wetten, woorden, wensen. Opstellen over constitutie, wetgeving en beleid*, Uitgave van de Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, Den Haag 2002, p. 79-87, op p. 84. Zo ook Kortmann 2005, p. 176.

verband met de toegang tot de rechter.²⁰ Volgens de Eerste Kamer dient dit een Nederlandse rechter te zijn.²¹

Een belangrijke vraag in verband met de procedure van art. 91 lid 3 Gw is, wanneer sprake is van een afwijking van de Grondwet. Kan dit ook het geval zijn indien een verdrag bepalingen bevat die weliswaar niet afwijken van concrete grondwettelijke bepalingen, maar mogelijk wel in strijd zijn met de geest van de Grondwet, dan wel de eraan ten grondslag liggende beginselen? De regering, mede gesteund door de Raad van State, is van oordeel dat de procedure van art. 91 lid 3 Gw, slechts hoeft te worden gevolgd bij afwijking van concrete grondwettelijke bepalingen.²² Deze discussie heeft zich voortgezet bij de behandeling van het wetsvoorstel tot goedkeuring van het Statuut van het Internationaal Strafhof. Na advisering door de Raad van State, stelde de regering voor de procedure van art. 91 lid 3 Gw toe te passen ten aanzien van de art. 42 en 71 Gw, teneinde iedere twijfel uit te sluiten. Kritiek van andermaal senator Jurgens was onder meer dat de regering deze procedure voorstelde ten aanzien van in zijn ogen – mogelijke – mineure inbreuken op de Grondwet, terwijl de verzwaarde procedure niet gevolgd werd ten aanzien van volgens hem wezenlijke inbreuken op de Grondwet (in het bijzonder door in strijd met art. 15 Gw, de berechting van van hun vrijheid beroofde personen over te laten aan een internationale rechter en niet aan de Nederlandse rechter). Een latere motie-Jurgens²³ over deze kwestie heeft geleid tot een uitgebreid onderzoeksrapport van Besselink. Dit rapport bepleit – kort gezegd – een ‘robuustere’ uitleg van de Grondwet, zodat de procedure van art. 91 lid 3 Gw ook kan worden gevolgd indien geen sprake is van strijd met concrete grondwettelijke bepalingen, maar bijvoorbeeld met de geest van de Grondwet.²⁴ In haar reactie blijft de regering bij haar eerdere standpunt, waarbij zij nogmaals aangeeft dat bij het onderzoek naar de inhoud van een grondwets-

artikel de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten en strekking mede in aanmerking worden genomen.²⁵

Ook bij latere gelegenheden dan de hiervoor genoemde is geen gebruik gemaakt van de procedure van art. 91 lid 3 Gw, zelfs niet bij het – na het referendum van 2005 – ingetrokken wetsvoorstel tot goedkeuring van de Europese Grondwet. De regering heeft bij de voorbereiding van dit wetsvoorstel grondig onderzocht of mogelijk sprake was van onverenigbaarheid van artikelen uit het grondwettelijk verdrag en concrete grondwettelijke bepalingen en kwam tot de conclusie dat dit niet het geval was.²⁶ Hiermee is de discussie naar het bestaansrecht van art. 91 lid 3 Gw nog steeds actueel. In paragraaf 4.4 zal worden besproken een initiatiefwetsvoorstel Van der Staaij om de verzwaarde procedure op het terrein van het EU-recht vaker toe te passen, dat wil zeggen niet alleen bij strijd met concrete grondwettelijke bepalingen.

Art. 92 Gw is in 1953 in de Grondwet opgenomen, met name met het oog op de steeds hechter wordende Europese samenwerking. Deze bepaling luidt als volgt:

‘Met inachtneming, zo nodig, van het bepaalde in artikel 91, derde lid, kunnen bij of krachtens verdrag aan volkenrechtelijke organisaties bevoegdheden tot wetgeving, bestuur en rechtspraak worden opgedragen.’

Het artikel codificeert slechts een vóór 1953 al lang bestaande praktijk van overdracht van bevoegdheden aan (organen van) internationale organisaties (denk bijvoorbeeld aan de VN-Veiligheidsraad en het Internationaal Gerechtshof). Wel moet bij de overdracht worden getoetst of sprake is van strijd met concrete grondwettelijke bepalingen, in welk geval de verzwaarde procedure van art. 91 lid 3 Gw moet worden gevolgd. Het artikel verzet zich er niet tegen dat dergelijke bevoegdheden worden overgedragen aan een vreemde staat.²⁷ Nog recentelijk heeft het kabinet aangegeven dat art. 92 Gw de constitu-

20. Zo garandeert art. 15 dat in geval van vrijheidsberoving (de verdachten verbleven in de Scheveningse strafgevangenis) de betrokkene recht op toegang tot de rechter heeft.

21. *Kamerstukken I* 1998/99, 26 221, nr. 36b. Om die reden had de Eerste Kamer uiteraard het wetsvoorstel kunnen verwerven, maar dat werd door velen als een paardenmiddel gezien, aangezien de Eerste Kamer het inhoudelijk geheel eens was met het te sluiten verdrag maar alleen – anders dan regering en Tweede Kamer – van oordeel was dat de procedure van art. 91 lid 3 Gw had moeten worden toegepast. Anders dan de Tweede Kamer, heeft de Eerste Kamer immers niet het recht om het wetsvoorstel tot goedkeuring van een verdrag te amenderen. De Tweede Kamer kan door gebruikmaking van haar amendementsrecht ervoor zorgen dat deze procedure al dan niet wordt toegepast. Op grond van artikel 6, tweede lid, van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen dient immers als voor deze procedure gekozen wordt, dit te worden bepaald in het betreffende wetsvoorstel tot goedkeuring. Via haar amendementsrecht kan de Tweede Kamer dus een dergelijke bepaling toevoegen (als de regering daarvoor niet gekozen heeft), dan wel deze bepaling eruit halen, als zij de opvatting van de regering niet deelt dat de verzwaarde procedure moet worden gevolgd. Zie nader over de gang van zaken in de Eerste Kamer C.A.J.M. Kortmann, ‘De Eerste Kamer uit de bocht’, *NJB* 1999, p. 255 met reactie van E. Jurgens, ‘Hoe moet de senaat art. 91 lid 3 Grondwet toepassen? Over verdragen die nopen tot afwijken van de Grondwet’, *NJB* 1999, p. 396-397.

22. Zie onder meer het nader rapport bij het advies van de Raad van State inzake de grondwettelijke aspecten van de vestiging in Nederland van buitenlandse en internationale gerechtshoven, *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 800 VI, A en eerder al bij het wetsvoorstel inzake het Lockerbie-verdrag, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 221, nr. 5, p. 4.

23. *Kamerstukken I* 2001/02, EK 237c, nr. 174.

24. L.F.M. Besselink, *De constitutionele bepalingen over verdragen die van de Grondwet afwijken en de opdracht van bevoegdheid aan internationale organisaties, Rapport van het Instituut voor Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit Utrecht in opdracht van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties*, Utrecht: Universiteit Utrecht 2003.

25. *Kamerstukken I* 2003/04, 27 484 (R 1669), A. Zie eerder reeds de notitie van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties over de procedure van art. 91 lid 3 Gw, *Kamerstukken I* 2000/01, 27 484 (R 1669), nr. 237c (op verzoek van de Eerste Kamercommissie voor Binnenlandse Zaken en Justitie naar aanleiding van het debat over het wetsvoorstel tot goedkeuring van het Statuut voor het Internationaal Strafhof).

26. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 025 (R 17 830), nr. 3, p. 16-20.

27. Zie bijv. in het kader van het Verdrag inzake Kruisvluchtwapens met de Verenigde Staten van Amerika, *Kamerstukken II* 1983/84, 17 980, A, p. 1-3 en inzake het Lockerbie-verdrag, *Kamerstukken II* 1998/99, 26 221, nr. 5, p. 4.

tionele basis vormt voor de vestiging van de diverse internationale (ad hoc-) straftribunalen. Tevens is het van oordeel dat met de vestiging van dergelijke straftribunalen in beginsel geen afwijking van grondwettelijke bepalingen plaatsvindt.²⁸ In het bijzonder is geen sprake van een verdergaande beperking dan de Grondwet toelaat en evenmin van een inbreuk op in de Grondwet geformuleerde grondrechten met een absoluut karakter.²⁹

2.3. *Praktijk ten aanzien van art. 93 en 94 Gw en beoordeling hiervan*

Art. 93 en 94 Gw luiden als volgt:

Artikel 93: 'Bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, hebben verbindende kracht nadat zij zijn bekendgemaakt.'

Artikel 94: 'Binnen het Koninkrijk geldende voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.'

In deze paragraaf zal slechts een aantal hoofdlijnen worden gesignaleerd van de meer dan vijftigjarige (rechts)praktijk van deze artikelen. Vooropgesteld dient te worden dat de automatische doorwerking van internationaal recht (zodra dit bindend is voor het Koninkrijk der Nederlanden³⁰) in de Nederlandse rechtsorde (interne werking/monisme) en de regel van voorrang op nationaal recht reeds lang gelden op grond van ongeschreven constitutioneel recht en jurisprudentie.³¹ Fleuren heeft de totstandkomingsgeschiedenis van beide bepalingen zeer nauwgezet in kaart gebracht.³² Vaststaat dat met 'een ieder' uitdrukkelijk de burgers worden bedoeld tot wie dergelijke bepalingen zich kunnen richten. Artikel 94 geeft de voorrangsregel, namelijk in geval wettelijke voorschriften in strijd komen met 'een ieder verbindende' bepalingen van verdragen of besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Inmiddels is een uitvoerige jurisprudentie ontstaan, waarin de vraag centraal staat wanneer burgers zich direct voor de rechter kunnen beroepen op verdragsbepalingen, met andere woorden wanneer zij als een ieder verbindend in de zin van de genoemde grondwetsbepalingen kunnen worden beschouwd. Door de

bank genomen neemt de rechter bij klassieke grondrechten ('Een ieder heeft recht op...') aan dat deze een ieder verbindend zijn en bij de sociale grondrechten ('De overheid zorgt voor...') dat dit niet het geval is. De praktijk leert echter dat dit een te simpel onderscheid is, aangezien de rechter in een enkel geval bij klassieke grondrechten geen rechtstreekse werking aanneemt, terwijl dit anderzijds bij op het eerste gezicht sociale grondrechten wel gebeurt. Bovendien laat de rechter na de constatering van een verdragsbreuk, anders dan artikel 94 opdraagt, de oplossing regelmatig aan de wetgever, aangezien dit vanwege de te maken politieke keuzes de rechtsvormende taak van de wetgever te buiten gaat.³³

2.4. *Doorwerking van Europees recht*

Art. 92 Gw is in 1953 in de Grondwet opgenomen om iedere (toekomstige) constitutionele twijfel weg te nemen over de toelaatbaarheid van de opdracht van wetgevende, bestuurlijke of rechtsprekende bevoegdheden aan een internationale organisatie als de EG. De bepaling is in de Grondwet gekomen juist met het oog op het Europese integratieproces.³⁴ In die zin is het opmerkelijk dat de thans heersende leer, zowel in de rechtspraktijk als in de doctrine, is dat het recht van de Europese Unie op geheel eigen, autonome wijze in de Nederlandse rechtsorde doorwerkt. Dit houdt in dat dit recht buiten art. 93 en 94 Gw om rechtstreekse gelding heeft binnen de Nederlandse rechtsorde.³⁵ Bij de totstandkoming van de (voorlopers van) art. 93 en 94 Gw in 1953/1956, ging de Grondwetgever er – als gezegd – zonder meer vanuit dat deze bepalingen juist ook van betekenis zouden zijn voor de zich steeds verder ontwikkelende Europese samenwerking. Door de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EG in de bekende arresten *Van Gend & Loos* en *Costa-Enel* werd echter een autonome rechtsorde van de EG geïntroduceerd, die uiteindelijk heeft geleid tot de eerdergenoemde heersende leer in Nederland. Dit blijft een opmerkelijke ontwikkeling om de volgende redenen. In 1957 werd Nederland partij bij het EEG-Verdrag in de gedachte dat dit louter een inter-gouvernementele samenwerking betrof. Dit bleek ook uit het verweer van de Nederlandse regering in de zaak *Van Gend & Loos*

28. In het bijzonder niet van art. 15 lid 2 Gw: het recht op toegang tot de rechter in geval van vrijheidsberoving.

29. Zie *Kamerstukken I* 2007/08, 31 200 VII, B: het betreft een reactie op een verzoek van de vaste commissie voor Justitie van de Eerste Kamer om te komen met een notitie over de wenselijkheid van een met de Verenigde Naties te sluiten raamverdrag inzake internationale strafhoven. Anders dan enkele leden van deze commissie, die menen dat met een dergelijk raamverdrag enige constitutionele fricties kunnen worden ondervangen, is het kabinet van oordeel dat hier geen noodzaak toe bestaat.

30. Bijvoorbeeld door de ratificatie van een verdrag of het ontstaan van een regel van volkenrechtelijk gewoonterecht.

31. Zie bijv. Fleuren 2004, p. 18-21. Zie ook nader 'Fleuren' 2004, (*T&C Grondwet*), aant. 1 bij art. 93 en aant. 1 bij art. 94.

32. Fleuren 2004, p. 143-233.

33. Zie bijv. ABRvS 21 november 2006 (Eman & Sevinger: kiesrecht Arubanen voor Europees Parlement), *NJCM-Bulletin* 2007, p. 635-645, m.nt. Uzman. Zie voor meer voorbeelden Van der Pot, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, bewerkt door D.J. Elzinga en R. de Lange, m.m.v. H.G. Hoogers, Deventer: Kluwer 2006, p. 821-832.

34. Zie diverse adviezen van de Raad van State, zoals overgenomen door de regering, zie onder meer *Kamerstukken II* 2004/05, 30 025 (R 1783), nr. 3, p. 16-17, met nadere verwijzingen. Zie ook I.C. van der Vlies & R.J.G.M. Widdershoven, *De betekenissen van de Nederlandse Grondwet binnen de Europese rechtsorde, Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 5.

35. Zie voor de doctrine bijv. L.F.M. Besselink, H.R.B.M. Kummeling, R. de Lange, P. Mendels, m.m.v. S. Prechal, *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, Groningen: European Law Publishing 2002, p. 30-33. Zie in de jurisprudentie HR 2 november 2004, *NJ* 2005, 80 en daarover T. Barkhuysen, H. Griffioen & W. Voermans, 'Artikel 93 en 94 Grondwet volgens Hoge Raad niet van belang voor doorwerking EG-recht', *NJB* 2004, p. 2289-2290. Zie verder de eerder genoemde regeringsnotitie *Kamerstukken II* 2007/08, 29 861, nr. 19.

voor het Hof van Justitie.³⁶ Het is niet onbegrijpelijk dat dit Hof, begin jaren zestig van de vorige eeuw, ter bevordering van de nog zo prille Europese economische samenwerking dergelijke baanbrekende arresten heeft gegeven.³⁷ Vanuit nationaal, constitutioneel perspectief kunnen hier echter vraagtekens bij worden geplaatst. Het EEG-verdrag is immers in 1957 (net als alle latere belangrijke wijzigingsverdragen) met een gewone meerderheid door het parlement aanvaard. De regering noch de Staten-Generaal zag blijkbaar strijdigheid met de Grondwet, nu de verzwaarde procedure van art. 91 lid 3 Gw niet is toegepast. Het is de vraag of het parlement dezelfde weg had bewandeld, indien in 1957 reeds evident was dat met het EEG-verdrag een deel van de Nederlandse soevereiniteit werd opgegeven. Van der Vlies en Widdershoven waarden de toetreding tot de EG achteraf (na de genoemde Luxemburgse rechtspraak) terecht als inconstitutioneel.³⁸

Deze kwestie kwam extra prangend naar voren in het kader van het – later ingetrokken – wetsvoorstel tot goedkeuring van het Grondwettelijk Verdrag van de Europese Unie. In art. I-6 van dit verdrag was immers de bepaling opgenomen dat het EG-recht automatisch doorwerkt in de rechtsorden van de lidstaten met voorrang boven nationaal recht. Dit was niet anders dan een codificatie van de reeds veertig jaar geldende Luxemburgse jurisprudentie. Toch hadden veel lidstaten, waaronder Nederland, moeite met deze bepaling. In het Hervormingsverdrag keert deze bepaling dan ook niet terug, zij het dat deze voorrangsregel wel is opgenomen in een verklaring in de slotakte van de Intergouvernementele Conferentie die het Hervormingsverdrag heeft voorbereid.³⁹ In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot goedkeuring van de Europese Grondwet was de regering van oordeel dat het verdrag geen bepalingen bevatte die in strijd kwamen met onze Grondwet, ook niet ten aanzien van artikel I-6.⁴⁰ Een begrijpelijke benadering gegeven het feit dat de voorrangsregel reeds veertig jaar vaste Luxemburgse rechtspraak is en feitelijk moeilijk is terug te draaien. Toch kunnen er vanuit Nederlands constitutioneel perspectief vraagtekens bij worden geplaatst. Vastgesteld kan immers worden dat het Nederlandse parlement nooit uitdrukkelijk, laat staan met twee derde meerderheid, heeft ingestemd met deze vergaande regel.

De 'EU-vriendelijke' houding van de wetgever past overigens uitstekend in de lijn van de in het kader van de Grondwetsherziening 1983 aangenomen motie van

Brinkhorst e.a. uit 1980.⁴¹ In deze motie wordt overwogen dat Nederland deel is gaan uitmaken van een bredere, Europese rechtsorde en wordt uitgesproken dat bepalingen van de Grondwet in geval van twijfel zo dienen te worden uitgelegd, dat het Europese integratieproces daardoor niet wordt belemmerd.

Wat dient de constitutionele consequentie te zijn van het voorgaande? Ik bepleit zeker niet dat door het mogelijk vanuit nationaal-constitutioneel oogpunt gebrekkig begin van de Europese samenwerking (in het bijzonder de baanbrekende Luxemburgse jurisprudentie uit de eerste helft van de jaren zestig van de vorige eeuw) deze samenwerking thans als inconstitutioneel zou moeten worden gezien. De autonome Europese rechtsorde is inmiddels een constitutioneel gegeven. Bovendien heeft het Nederlandse parlement bij diverse gelegenheden (onder meer de Verdragen van Maastricht, Amsterdam en Nice) in grote meerderheid met diverse Europese voorstellen ingestemd. Daarnaast heeft het democratisch gelegitimeerde Europese parlement langzamerhand steeds meer bevoegdheden gekregen om in deze een belangrijke legitimerende rol te vervullen. De bedoeling van mijn opmerkingen is om ook een andere kant van de Europese medaille te laten zien met het oog op de verdere ontwikkelingen op dit terrein, die zeker na de referenda in Nederland en Frankrijk in 2005 en de recente Ierse afwijzing (in het referendum van 12 juni 2008) van het Verdrag van Lissabon toch ook om een genuanceerde benadering lijken te vragen. Het is naar mijn oordeel van groot belang om in een dialoog tussen de diverse nationale en Europese partners tot betere rechtsstatelijke evenwichten te komen. Dit is niet zozeer een anti-Europese, als wel nationalistische benadering. Door een dergelijke dialoog kunnen uiteindelijk (nog) betere rechtsstatelijke resultaten worden geboekt en daarmee een grotere betrokkenheid bij, dan wel acceptatie van 'Europa' worden bereikt.

3. Mogelijke rechtsstatelijke knelpunten

3.1. Inleiding

In paragraaf 1 zijn reeds kort enige mogelijke rechtsstatelijke knelpunten in de veellagige (Nederlandse, Europese en mondiale) rechtsorde de revue gepasseerd. In deze paragraaf zullen deze knelpunten nader in kaart worden gebracht.

36. Zie nader de overwegingen van het Hof ten aanzien van zijn bevoegdheid, waaruit blijkt dat de Nederlandse regering deze bevoegdheid heeft betwist, in het bijzonder door te stellen dat het Hof niet bevoegd zou zijn zich uit te spreken over de eventueel aan de bepalingen van het EEG-verdrag toe te kennen voorrang ten opzichte van Nederlandse interne wetgeving: HvJ EG 5 februari 1963, Zaak 26/62, *Jur.* 1963, p. 8 (*Van Gend & Loos*).

37. Onder aanvoering van de Nederlandse staatsrechtsg geleerde A.M. Donner.

38. Van der Vlies & Widdershoven 1998, p. 13-14.

39. Verklaring nr. 52 Slotakte IGC 2007. Zie nader A.T.J.M. Jacobs, 'Het Verdrag van Lissabon en de Europese Grondwet', *NJB* 2008, p. 320-329, op p. 322.

40. *Kamerstukken II* 2004/05, 30 025 (R 17 830), nr. 3, p. 16-20 met uitvoerige overwegingen van de regering over de vraag of het verdrag bepalingen bevat die afwijken van de Grondwet. De conclusie is uiteindelijk dat dit niet het geval is. Voor de volledigheid dient te worden vermeld dat de auteur van dit artikel destijds werkzaam was bij de Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving van het Ministerie van BZK en betrokken was bij dit onderzoek naar de verenigbaarheid met de Grondwet, waarvan de weerslag in de memorie van toelichting is te vinden. Zie voor een andere conclusie, bijvoorbeeld, W.J.M. Voermans, 'Wetgevingsprocessen onder de Europese grondwet', *RegelMaat* 2003, p. 224-235.

41. *Bijlagen II*, 1979/80, 15 049, nr. 16.

3.2. Legaliteit

Over het beginsel van legaliteit zijn vele (hand)boeken, oraties e.d. volgeschreven. Een gangbare definitie is dat eenzijdige maatregelen van de overheid die ingrijpen in rechten en vrijheden van burgers op een wettelijke grondslag dienen te berusten.⁴² In andere formuleringen wordt iets meer de nadruk gelegd op de betrokkenheid van de volksvertegenwoordiging (democratiegedachte) bij het vaststellen van dergelijke ingrijpende maatregelen.⁴³ In de Nederlandse context is deze betrokkenheid van de democratisch gekozen volksvertegenwoordiging verzekerd via de eis van een formeelwettelijke grondslag. Op grond van art. 81 Gw komen dergelijke wetten immers tot stand in de samenwerking tussen regering en Staten-Generaal.

In vele geschriften is de aandacht er reeds op gevestigd of het klassieke – binnen de nationale rechtsstaten tot ontwikkeling gekomen – concept van het legaliteitsbeginsel nog langer houdbaar is binnen een veellagige rechtsorde. In het bijzonder speelt deze kwestie in verband met het recht van de EG/EU. Zo is wel bepleit dat een deugdelijke (wettelijke) basis in het EG-recht voldoende is om niet alleen (onderdelen van) lidstaten maar ook burgers en rechtspersonen in de lidstaten direct te binden.⁴⁴ Hiertegenover staan de voorstanders van een zogenoemd nationaal gekleurd legaliteitsbeginsel: willen burgers in Nederland kunnen worden gebonden door bepaalde regels, dan is altijd een nationale wettelijke grondslag vereist.⁴⁵

De voorstanders van een Europees gekleurd legaliteitsbeginsel, waaronder Voermans, hebben zeker een punt waar zij betogen dat verordeningen rechtstreeks rechten en verplichtingen voor instellingen en burgers in de lidstaten kunnen opleggen.⁴⁶ Het blijft echter lastig om een duidelijke keuze te maken voor een van beide gezichtspunten. Een zuiver ‘Europees’ legaliteitsbeginsel biedt voordelen ten aanzien van de effectieve doorwerking van het EG-recht. Bovendien kan hiervan niet worden gezegd dat er in het geheel geen waarborgen zijn ten aanzien van legaliteit. Het valt bijvoorbeeld niet te ontkennen dat het Europese parlement een steeds grotere vinger in de pap krijgt bij de totstandkoming van Europese wetgeving. Daarnaast kunnen de nationale parlementen hier een grotere rol bij spelen, een rol die het Nederlandse parlement volgens Voermans nog veel te weinig speelt.⁴⁷ An-

derzijds is het dan bijvoorbeeld wel de vraag of een dergelijke Europese verordening gelijkstaat met het vereiste van een wettelijke basis in de zin van onze grondwettelijke beperkingssystematiek ten aanzien van de klassieke grondrechten. Dit lijkt immers weer een stap te ver, aangezien de grondwetgever hier uitdrukkelijk het oog heeft gehad op de formele wetgever in de zin van art. 81 Gw. Een zuiver nationaal legaliteitsbeginsel lijkt op het eerste gezicht de meeste waarborgen te bieden, waar de nationale wetgever altijd uitdrukkelijk bij de totstandkoming van Europese regelgeving is betrokken. Toch is deze invloed vaak maar betrekkelijk, aangezien er – bijvoorbeeld – bij de goedkeuring van implementatiewetgeving (van richtlijnen) regelmatig nauwelijks tot geen ruimte meer bestaat voor het nationale parlement om nog enige verandering te bewerkstelligen. Het is in een dergelijk geval mogelijk veel lonender om alle pijlen te richten op de fase van de totstandkoming op Europees niveau, al dan niet via het met een mandaat op weg sturen naar Brussel van de regering.

Een belangrijke, hiermee nauw verband houdende vraag is of EG-recht direct – zonder nadere tussenkomst van de nationale wetgever – bevoegdheden kan toekennen (attribueren), c.q. verplichtingen opleggen aan nationale bestuursorganen.⁴⁸ Een recente uitspraak van het Hof van Justitie van de EG in de prejudiciële procedure inzake de in Nederland ten onrechte uitgekeerd ESF-bedragen, maakt (nog eens) duidelijk dat dit inderdaad mogelijk is.⁴⁹ In zijn antwoord op de door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State geformuleerde vragen, antwoordt het HvJ EG onder meer dat de verordening in kwestie voor de lidstaten, zonder dat een bevoegdheidsattributie naar nationaal recht noodzakelijk is, een verplichting inhoudt om als gevolg van misbruik of nalatigheid verloren middelen terug te vorderen.

In de huidige veellagige (Nederlandse/Europese/internationale) rechtsorde kan de toepassing van het van origine vooral nationaal gekleurde legaliteitsbeginsel ook nog tot andere lastige kwesties aanleiding geven. Zo is een belangrijke – reeds kort aangestipte – vraag of onder de grondwettelijke beperkingsclausule ‘behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet’ ook bepalingen van EU-recht kunnen worden begrepen. Het antwoord op deze vraag is van groot belang in een tijdvak dat directe doorwerking van allerlei regels van EG/EU-recht hand over

42. Zie bijv. F.J. van Ommeren, *De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip* (diss. Amsterdam VU), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

43. Zie bijv. W.J.M. Voermans, *Toedeling van bevoegdheid* (oratie Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

44. Zie m.n. E. Steyger, ‘Wringend recht. Doorwerking van het gemeenschapsrecht gezien vanuit het perspectief van de nationale overheid’, *Preadvies VAR* 1996, VAR-reeks 116, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1996, p. 7-96 en Voermans 2003 (oratie). Ook in deze benadering kunnen zich legaliteitsproblemen (blijven) voordoen. Kunnen burgers in de nieuwe lidstaten van de EU, bijvoorbeeld, worden gehouden aan EU-regels die ten tijde van de toetreding nog niet in hun eigen taal waren vertaald? Zie bijv. HvJ EG 11 december 2007, Skoma-Lux sro, zaal C-161/06 (prejudiciële vraag Tsjechische rechter). Zie ook de kwestie van niet-gepubliceerde Europese regels (in casu een niet in het Publicatieblad bekendgemaakte bijlage bij een verordening inzake voorwerpen die niet mogen worden meegenomen als handbagage in een vliegtuig): A-G Sharpston heeft inmiddels geconcludeerd dat deze regels om die reden onwettig zijn, zie zijn conclusie van 10 april 2008. Het is nu wachten op de uitspraak van het HvJ EG.

45. Van der Vlies & Widdershoven 1998, p. 31; Besselink e.a. 2002.

46. Voermans 2003 (oratie), p. 35 met nadere verwijzingen.

47. W.J.M. Voermans, ‘Invloed van nationale parlementen op Europese wetgeving: hoe doen de burens dat?’, *RegelMaat* 2007, p. 150-162.

48. Zie in dit verband onder meer H.M. Griffioen, ‘Kinken in de bevoegdheidskabel: het legaliteitsbeginsel tussen “Europa” en de nationale rechtsorde’, *NTER* 2006, p. 290-295.

49. HvJ EG 13 maart 2008, gevoegde zaken C-383/06 t/m C-385/06; zie nader hierover de recente Leidse oratie van W. den Ouden, *Het wankele evenwicht tussen Europees en Nederlands subsidierecht bij de uitvoering van de Europese structuurfondsen*, nog niet gepubliceerd.

hand lijkt toe te nemen. Strikt genomen kunnen volgens de Nederlandse Grondwet grondrechten, als bekend, slechts worden beperkt bij of krachtens formele wet. De vraag is dus of deze 'wettelijke basis' kan worden gevonden in het recht van de EG/EU. Op het eerste gezicht is het antwoord op deze vraag evident. Op grond van art. 81 Gw worden 'wetten' immers vastgesteld door de regering en Staten-Generaal gezamenlijk. Mede uit de grondwetsgeschiedenis is duidelijk dat met de term 'wet' in de Grondwet uitdrukkelijk de formele wetgever in de zin van art. 81 Gw wordt bedoeld. Dit blijkt nog eens uitdrukkelijk uit de grondwetsherziening van 1983 waar gekozen is voor een strikte delegatieterminologie, die in het bijzonder relevant is voor de vraag wie beperkingen aan de in hoofdstuk I gegarandeerde grondrechten kan stellen.

Toch zou het standpunt kunnen worden verdedigd dat via de diverse goedkeuringswetten (onder meer het EEG-verdrag uit 1957 en de Verdragen van Maastricht, Amsterdam, Nice en mogelijk Lissabon) de op grond van de Grondwet vereiste formeelwettelijke basis, om bijvoorbeeld grondrechten te beperken, gegarandeerd is. Een dergelijke benadering holt deze grondwettelijke garantie echter volledig uit. Dit zou als het ware een blanco volmacht zijn voor de betrokken organen op Europees niveau om allerlei grondrechtenbeperkende maatregelen te nemen en daarmee in strijd te komen met de democratiegedachte die mede aan deze grondwettelijke clausule ten grondslag ligt. Hiertegenover staat uiteraard dat op het Europese niveau, zowel het democratiseringsproces (het Europees parlement krijgt steeds meer bevoegdheden) als de grondrechtenbescherming zich steeds verder ontwikkelen.

Buiten de context van het EG-recht doen zich in versterkte mate lastige vragen voor ten aanzien van legaliteit, zeker omdat daar – anders dan in het kader van de EG/EU – legitimerende, democratische structuren in het geheel lijken te ontbreken. In de inleidende paragraaf werd al aandacht gevraagd voor de resoluties van de Veiligheidsraad inzake de bestrijding van terrorisme. Deze resoluties, met de zogenaamde 'terreurlijsten', lijken rechtstreeks verplichtingen te kunnen opleggen aan individuele personen en bedrijven, zonder enige nationale wettelijke basis. Dit gold overigens ook al voor de klassieke sanctiebesluiten, bijvoorbeeld tegen het apartheidregime in Zuid-Afrika: individuele personen en bedrijven waren gebonden aan dergelijke besluiten, zij het dat zij – anders dan nu in de besluiten met terreurlijsten – geen direct geadresseerden waren van de sanctiebesluiten.

Een vraag van geheel andere orde is of gezagvoerders in Nederland kunnen worden vervolgd op basis van internationale IATA-regels, zonder dat deze strafbepalingen in het Nederlands zijn vertaald. Deze voorbeelden passen in de veel bredere tendens dat internationale organisaties zich steeds meer direct, zonder tussenkomst van staten, via wetgevende, dan wel regulerende bevoegdheden tot

individuele burger en rechtspersonen richt, zoals gesignaleerd door Wessels in zijn Twentse oratie.⁵⁰

Geconstateerd kan worden dat juist in de veellagige (nationale, Europese en mondiale) rechtsorde gezocht moet worden naar een voldoende kwalitatieve inkleuring van het beginsel van legaliteit, in het bijzonder op het punt van het waarborgen van voldoende democratische participatie bij het tot stand brengen van regels. Hierbij dient ook te worden bedacht dat het legaliteitsbeginsel, ook in zijn van origine nationale herkomst, steeds vaker wordt gerelativeerd.⁵¹ Mede gezien bekende ontwikkelingen als kaderwetgeving, c.q. blanco-delegatie, zou vanuit het perspectief van bescherming van de burger, in dit verband ook naar andere waarborgen moeten worden gezocht, zoals controle door een onafhankelijke rechter, grondrechten, transparantie, openbaarheid van bestuur en politieke verantwoording. In paragraaf 5 zal een en ander verder worden uitgewerkt.

3.3. *Machtenscheiding/-spreiding*

De positie van de diverse onderdelen van de klassieke trias, namelijk bestuur, wetgever en rechter, is door de steeds verder doorzettende Europeanisering en internationalisering van de nationale rechtsorde in belangrijke mate veranderd. Deze ontwikkeling is treffend geïllustreerd door Alkema in zijn reeds genoemde, tweede Leidse oratie. Hij constateert onder meer dat de traditionele rollen van de staatsorganen bij de implementatie van internationaal recht soms anders zijn verdeeld. Het bestuur (de regering) vervult een prominente rol, in het bijzonder bij de totstandkoming van het internationale recht. Het parlement is doorgaans een veel minder belangrijke speler, zeker nu de inhoud van de te implementeren internationale normen vaak elders is vastgesteld en weinig ruimte laat aan het parlement om de inhoud daarvan nog te wijzigen. De rechter heeft, ten slotte, een belangrijke functie bij implementatie door nadere uitleg van het internationale recht en treedt daar met regelmaat op als wetgever-plaatsvervanger.⁵² Hierbij moet worden gezocht naar nieuwe evenwichten tussen de diverse (klassieke) staatsfuncties, die enerzijds niet alleen zijn voorbehouden aan nationale staatsorganen, terwijl anderzijds de oorspronkelijk nationale staatsorganen ook functies verliezen en nieuwe taken krijgen te vervullen. In dit verband is wettelijk de bij diverse gelegenheden door (de vice-president van) de Raad van State gedane observatie dat de drie klassieke staatsorganen in Nederland inmiddels ook moeten worden beschouwd als Europese wetgever, Europese rechter en Europees bestuur.

3.4. *Grondrechten*

Als bekend zijn de grondrechten in het bijzonder tot ontwikkeling gekomen bij het opkomen van de nationale rechtsstaten, zoals wij die heden ten dage nog steeds kennen. Bij de totstandkoming van deze rechtsstaten kwamen catalogi van grondrechten tot stand als schild

50. R.A. Wessel, *The Invasion by International Organizations. De toenemende samenhang tussen de mondiale, Europese en nationale rechtsorde*, oratie UT 2006, p. 16-17.

51. Zie reeds M. Scheltema, 'Van rechtsbescherming naar een volwaardig bestuursrecht', *NJB* 1996, p. 1355-1361 en de kritische reactie van M. Heldeweg & E. van der Linden, *NJB* 1996, p. 1818-1820.

52. Alkema 2005, p. 5-6.

tegen te ver in de privésfeer van de burgers ingrijpend overheidsoptreden.⁵³ Dit neemt echter zeker niet weg dat al veel eerder documenten met grondrechtelijke waarborgen tot stand gekomen zijn, zoals de Magna Carta uit 1215.

Een andere belangrijke mijlpaal in de geschiedenis van de fundamentele rechten was uiteraard de totstandkoming van diverse mensenrechtenverdragen, zowel op regionaal als mondiaal niveau, na de verschrikkingen van de Tweede Wereldoorlog. Naast 'klassieke' mensenrechtenverdragen (met burgerlijke en politieke rechten) kwamen ook sociale mensenrechtenverdragen tot stand, alsmede verdragen ter bescherming van bepaalde groepen of gericht op de verwezenlijking van een specifiek recht. Belangrijk bij deze enorme uitbreiding van het mensenrechteninstrumentarium is dat mensenrechtenverdragen in het algemeen een voorrangregel voor de meest gunstige mensenrechtenbepaling bevatten, of deze nu van nationale of internationale herkomst is.⁵⁴

Aanvankelijk dienden grond- en mensenrechten vooral als bescherming tegen ongebreidelde macht van staten. In de loop der tijd is de macht van staten steeds meer afgenomen en 'weggelopen' naar andere entiteiten, in het bijzonder private instellingen, multinationals en internationale organisaties. In het kader van deze bijdrage beperk ik mij tot de laatste categorie, waarbij ik een voorbeeld noem dat het dichtst bij ons staat, namelijk de EG/EU. Een bekend uitgangspunt van het internationale (mensenrechten)recht is dat een staat zich niet kan onttrekken aan zijn verplichtingen, bijvoorbeeld onder het EVRM, door bepaalde bevoegdheden over te dragen aan een internationale organisatie. Dit betekent dat Nederland zou kunnen worden veroordeeld door het Straatsburgse Hof wegens schending van het EVRM, terwijl Nederland vanuit Brussel/Luxemburg verplicht is bepaalde EU-verplichtingen na te komen.⁵⁵ Hierbij dient wel te worden aangetekend dat Straatsburg vooralsnog een zeker respect heeft voor Luxemburg: er bestaat een presumptie van adequate mensenrechtenbescherming op EU-niveau, zij het dat deze vooronderstelling in voorkomende gevallen kan worden doorbroken en het EHRM dan zelf een inhoudelijke beoordeling geeft.⁵⁶ De EG/EU vertoont tegelijkertijd steeds meer statelijke eigenschappen, zodat – als bekend – er al langer een ontwikkeling is van grondrechtenbescherming in de Luxemburgse jurisprudentie. Deze ontwikkeling heeft zelfs geleid tot een eigen (geschreven) grondrechtencatalogus, het Handvest Grondrechten van de Europese Unie, dat na de eventuele inwer-

kingtreding van het Hervormingsverdrag van Lissabon juridisch verbindende kracht zal krijgen. In de niet al te verre toekomst zal naar verwachting de EU zelf ook toetreden tot het EVRM, zodat de EU in voorkomende gevallen ook door haar burgers ter verantwoording kan worden geroepen wegens – vermeende – schending van mensenrechten. Zonder verder al te uitvoerig over deze belangrijke kwestie uit te wijden, kan worden geconstateerd dat vergelijkbare vragen zich nu (gaan) voordoen in het kader van de VN, in het bijzonder ten aanzien van de in de volgende deelparagraaf verder uit te werken terreurlijsten van de Veiligheidsraad.

3.5. Rechterlijke controle

De controle van de overheid door een onafhankelijk rechter is een van de fundamentele van de rechtsstaat. De ontwikkeling van de rechtsbescherming tegen de overheid op het nationale niveau is genoegzaam bekend.⁵⁷ De individuele rechtsbescherming op het internationale niveau dateert in het bijzonder van na de Tweede Wereldoorlog. Veel van de al genoemde mensenrechtenverdragen introduceerden, vroeger of later, ook een vorm van individueel klachtrecht.⁵⁸ Een aardverschuiving in het volkenrecht, dat traditioneel de verhoudingen tussen staten reguleerde, was dit zeker: de mogelijkheid dat een staat door een individu op het internationale niveau ter verantwoording werd geroepen. Toch zaten en zitten er nog steeds allerlei haken en ogen aan dit individueel klachtrecht.⁵⁹ Zo heeft het individu lang niet voor alle internationale instanties *locus standi*, moet in sommige gevallen het klachtrecht expliciet worden erkend door de staat in kwestie en zijn de diverse toezichthoudende mensenrechtencomités in strikte zin geen rechterlijke instanties: zij kunnen immers formeel geen bindende juridische beslissingen nemen. Ook de Straatsburgse procedure, die alom wordt gezien als juridisch het meest verfijnd en effectief, ligt onder vuur vanwege – onder meer – de enorme werklust en dito achterstanden van het EHRM. Ook de Luxemburgse procedures laten vanuit het perspectief van individuele rechtsbescherming op onderdelen nog te wensen over. Vastgesteld kan immers worden dat de individuele rechtzoekende nog slechts beperkte toegang tot de Luxemburgse rechter wordt geboden, in het bijzonder ten aanzien van verordeningen en andere maatregelen van algemene strekking die rechten van individuen kunnen beperken en hun verplichtingen kunnen opleggen, zonder dat hier verdere nationale implementatiewetgeving voor nodig is. De Luxemburgse rechtspraak is immers

53. Zie bijv. de Amerikaanse Onafhankelijkheidsverklaring van 1776 en de daarop volgende Amerikaanse Grondwet met de eerste tien amendementen uit 1791, beter bekend als de 'Bill of Rights' en de Franse Déclaration de Droits de l'Homme et du Citoyen uit 1789 en de daaropvolgende Grondwetten.

54. Zie bijv. art. 53 EVRM en art. 5 lid 2 IVBPR.

55. Zie onder meer R.A. Lawson, 'Over *laserguns*, rode sterren en een ontluikende liefde tussen twee dames op leeftijd. Kroniek van de relatie Straatsburg-Luxemburg 2000-2005', in: T. Barkhuysen, R.A. Lawson & M. Kuijer (red.) *55 jaar EVRM* (Speciaal nummer NJCM-Bulletin 2006), Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2006, p. 146-162.

56. Zie het standaardarrest EHRM 30 juni 2005, *Bosphorus v. Ierland*, AB 2006, 273, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik, *EHRC* 2005, 91, m.nt. Bulterman, *NJCM-Bulletin* 2005, p. 969 e.v., m.nt. Lawson.

57. Zie voor Nederland, onder meer Van der Pot 2006, p. 809-821 en G.A.C.M. van Ballegooij, T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak, *Bestuursrecht in het Awb-tijdperk*, Deventer: Kluwer 2008, in het bijzonder p. 215-231 en p. 257-265.

58. Zie uitgebreid – onder meer – T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & E.R. Rieter, *Procederen over mensenrechten onder het EVRM, het IVBPR en andere VN-verdragen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008.

59. Daarnaast bestaan ook instrumenten van collectief klachtrecht, bijvoorbeeld onder het Europees Sociaal Handvest. Zie nader J. van der Velde, 'De collectieve klachtenprocedure onder het ESH', *NJCM-Bulletin* 2006, p. 304-338.

vooral nog erg terughoudend ten aanzien van het relevante criterium 'individueel en rechtstreeks geraakt zijn', dat als voorwaarde voor de toegang tot de rechter wordt gehanteerd.⁶⁰ Als het gaat om de prejudiciële procedure moet worden geconstateerd dat de rechtzoekende hier formeel geen partij in is en bovendien dat dergelijke procedures veel te veel tijd in beslag nemen.

Bij de diverse Internationale Straftribunalen heeft het individu per definitie wel een positie in geval het wordt aangeklaagd wegens verdenking van bepaalde ernstige misdrijven. Een *locu standi* voor individuen bestaat echter voornamelijk niet voor het Internationaal Gerechtshof, alhoewel steeds meer VN-maatregelen steeds vaker niet alleen zien op de klassieke interstatelijke verhouding uit het volkenrecht.

Een belangrijk en sprekend voorbeeld van een geval waarin het samenspel van de nationale, Europese en mondiale (VN) rechtsorde leidt tot onvolkomen rechtsbescherming zijn de reeds genoemde terreurlijsten van de VN-Veiligheidsraad. Deze lijsten hebben inmiddels geleid tot een behoorlijke hoeveelheid, met name Europese jurisprudentie en een waslijst van nationale en internationale literatuur. In het kader van deze bijdrage worden dan ook slechts de hoofdlijnen van deze problematiek beschreven en wordt volstaan met nadere verwijzingen.⁶¹ Het komt erop neer dat personen en/of organisaties die al dan niet ten onrechte op de genoemde sanctielijsten van de VN-Veiligheidsraad zijn gekomen problemen ondervinden als zij deze plaatsing aan de beoordeling van een onafhankelijke rechter willen voorleggen. De Nederlandse rechter heeft zich hier voornamelijk niet over uitgesproken en zou mogelijk niet thuis geven vanwege de direct op Nederland rustende verplichtingen (via de artikelen 93 en 94 van de Grondwet).⁶² De Luxemburgse rechter is zeer terughoudend en wil de VN niet onnodig voor het hoofd stoten, in het bijzonder niet vanwege de op alle EU-lidstaten rustende verplichting op grond van art. 103 van het Handvest dat de bepalingen van het Handvest voorrang hebben op andere internationale verplichtingen van de lidstaten. Alleen voor zover sprake zou zijn van een inbreuk op verplichtingen van zoge-

naamd *ius cogens* is de Luxemburgse rechter bereid zelf een inhoudelijke beoordeling te geven.⁶³ Op het niveau van de VN zijn er wel ontwikkelingen naar betere rechtsbescherming ten aanzien van plaatsing op de terreurlijsten. Grootste manco blijft echter dat deze middelen alleen door staten kunnen worden aangewend, zodat het betrokken individu of bedrijf afhankelijk is van de bereidheid van de betrokken staat om deze procedure in gang te zetten. In dit opzicht is dus allerminst sprake van een effectief rechtsmiddel voor de individuele burger, zoals onder meer vereist door het IVBPR. Geconstateerd moet derhalve worden dat de VN de onder zijn vlag tot stand gebrachte mensenrechtennormen (in casu het recht op effectieve rechtsbescherming) zelf niet in acht neemt. In dit geval wordt een van de belangrijke pijlers van de rechtsstaat, namelijk de controle door een onafhankelijke rechter, met voeten getreden.

3.6. Democratie

De (primaire) democratische legitimatie voor verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties ligt in de parlementaire goedkeuring van deze verdragen en de overeenkomsten waarbij volkenrechtelijke organisaties worden opgericht die voor Nederland bindende besluiten kunnen nemen (zie art. 92 Gw).⁶⁴ Indien nodig, dient deze goedkeuring te verlopen volgens de verzwaarde procedure van art. 91 lid 3 Gw, maar opmerkelijk genoeg is – bijvoorbeeld – bij de diverse EG/EU-verdragen voornamelijk nooit gebruik gemaakt van deze verzwaarde procedure. Geconstateerd kan worden dat in het bijzonder de EG/EU een geheel eigen leven is gaan leiden (zie hiervoor) en zich via de Luxemburgse jurisprudentie van het begin van de jaren zestig van de vorige eeuw heeft ontwikkeld tot een supranationale organisatie, waar – strikt genomen – het Nederlandse parlement nooit een extra democratisch stempel aan heeft gegeven. Nu geldt voor dit Europese niveau inmiddels wel dat zich andere democratisch legitimerende structuren ontwikkelen, met name door de verdere volwassenwording van het Europees parlement⁶⁵ en de rol van nationale parlementen bij de Europese besluitvorming, zowel volgens puur nationaal-constitutionele machtsmiddelen⁶⁶ als via de bij het

60. Zie nader J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing 2007, p. 241-317, in het bijzonder p. 249-253.

61. Zie onder meer M. Nettesheim, 'U.N. Sanctions against individuals – a challenge to the architecture of European Union Governance', *CMLR* 2007, p. 567-600. Zie verder – met vele nadere literatuurverwijzingen – het rapport *Strengthening targeted sanctions through fair and clear procedures* van de hand van N.J. Schrijver en L.J. van den Herik, in samenwerking met het Amerikaanse Watson Institute van Brown University en in opdracht van de regeringen van Duitsland, Zweden en Zwitserland dat aan de Veiligheidsraad is aangeboden. Schrijver heeft op een besloten hoorzitting van de Veiligheidsraad de juridische opties toegelicht om rechtsstatelijke waarborgen in het recht en de praktijk van de Veiligheidsraad te verbeteren (zie VN Doc. A/60/887 van 14 juni 2006, met juridische bijdragen van L.J. van den Herik en N.J. Schrijver).

62. Ik ben voornamelijk geen voorbeelden tegengekomen in de – gepubliceerde – jurisprudentie.

63. Zie GvEA 21 september 2005, *Ahmed Ali Yusuf c.s. – Council*, T-306/01 en *Yassin Abdullah Kadi – Council*, T-315/01. Het HvJ EG moet nog uitspraak doen, zie reeds de conclusie van A-G Maduro. Maduro betoogt onder meer dat de EU niet zonder meer gebonden is aan VN-recht (resoluties Veiligheidsraad; het VN-recht heeft in zijn visie geen supraconstitutionele status in de communautaire rechtsorde), maar ook een eigen afweging moet maken ten aanzien van de rechtsbescherming op dit terrein. Zie zijn conclusie van 16 januari 2008, C-204/05P.

64. Zie voor de goedkeuringsprocedure art. 91 Gw en uitgebreid de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen uit 1994.

65. Op steeds meer terreinen heeft het Europees parlement immers medebeslissingsrecht.

66. Zie onder meer het voornamelijk bestaande instemmingsrecht van het parlement bij intergouvernementele besluiten in het kader van de derde pijler (Schengen Uitvoeringsovereenkomst, Verdragen van Maastricht, Amsterdam, Nice en Prüm), dat in de toekomst wordt afgeschaft, als het wetsvoorstel tot goedkeuring van het Verdrag van Lissabon door de Eerste Kamer wordt goedgekeurd en in werking zou treden,

Hervormingsverdrag van Lissabon te introduceren 'oranje-kaartprocedure'.⁶⁷

Zijn op dit Europese niveau nog enige nieuwe democratische structuren te ontwaren, zeker op het mondiale niveau zijn dergelijke democratische tendensen niet of nauwelijks te vinden. Dit betekent, bijvoorbeeld, dat de hiervoor genoemde sanctiebesluiten van de VN-Veilighedsraad, in de Nederlandse context als enige democratische legitimatie hebben dat het VN-Handvest uit 1945 (waarbij de Veiligheidsraad is opgericht, met de bevoegdheid om op grond van Hoofdstuk VII van het Handvest voor de lidstaten bindende besluiten te nemen) destijds door het parlement is goedgekeurd. Binnen het bestek van de VN, maar ook zeker in het kader van andere internationale organisaties, zoals de Wereldbank en de WTO, komen steeds vaker algemene regels tot stand die direct – dus niet zoals in het klassieke volkenrecht via de staat – van invloed zijn op individuele burgers en bedrijven. Wessel heeft in zijn Twentse oratie deze problematiek met vele voorbeelden op de agenda gezet.⁶⁸

Hoe valt een en ander te rijmen met het belangrijke uitgangspunt van Nederlands constitutioneel recht dat ten minste alle burgers bindende besluiten op een formeelwettelijke grondslag moeten zijn gebaseerd?⁶⁹ Hiermee is immers de democratische legitimatie verzekerd. De Grondwetgever van 1953/1956 zag dit probleem ook al onder ogen, maar koos desalniettemin voor de introductie van de bepalingen inzake de internationale dimensie van het staatsrecht, zoals wij die nu nog steeds kennen.⁷⁰

4. Diverse voorstellen ten aanzien van de bepalingen in de Grondwet met betrekking tot de internationale dimensie van het Nederlandse staatsrecht

4.1. Inleiding

In deze paragraaf wordt gezien welke voorstellen zijn gedaan teneinde de bepalingen in de Grondwet ten aanzien van de internationale dimensie van het Nederlandse staatsrecht te wijzigen, dan wel aan te vullen. In het kader van – de beperkte ruimte van – deze bijdrage, zal dit slechts een overzicht op hoofdlijnen betreffen, waarbij de nadruk ligt op onderzoeksrapporten, adviezen en parlementaire stukken van het afgelopen decennium. Uiteraard zal daarbij worden verwezen naar verdere

bronnen. Op deze manier kan op snelle wijze een beeld worden gevormd van de diverse voorstellen, die later in de bijdrage mede een rol kunnen spelen als het gaat om het voorstellen van oplossingen voor rechtsstatelijke knelpunten die mogelijk ontstaan door de open houding van onze Grondwet ten opzichte van internationaal recht.

4.2. Rapport Besselink e.a.

In de eerste plaats moet worden behandeld het reeds genoemde onderzoeksrapport van Besselink e.a., dat een uitvloeisel was van een door de Eerste Kamer aanvaarde motie-Jurgens c.s.⁷¹ In deze motie werd de regering verzocht om bij de voorbereiding van Grondwetswijziging 2002 een proeve te betrekken waarbij het lidmaatschap van Nederland van de Europese Unie in de Grondwet wordt erkend en regels worden geformuleerd voor de implementatie van EU-besluiten in de Nederlandse wetgeving. Daarbij zou de betrokkenheid van de Staten-Generaal ook bij een versnelde procedure worden verzekerd. De hoofdconclusie (ten aanzien van art. 90 e.v. Gw) van het rapport is dat het EG- en EU-recht vooralsnog niet dwingen tot aanpassing van de Grondwet. Wel is het uit het oogpunt van de registratiefunctie van de Grondwet wenselijk de werking van het EG- en EU-recht constitutioneel te verankeren. Op grond van deze registratiefunctie, die ervan uitgaat dat de Grondwet de wezenskenmerken van het Nederlandse staatsbestel bevat, zou art. 90 Gw moeten worden aangevuld met de ontwikkeling van de Europese rechtsorde.⁷² Tevens wordt voorgesteld art. 92 Gw in die zin aan te vullen, dat deze bepaling ook een constitutionele basis biedt voor een bijzondere vorm van (in het bijzonder Europese) integratie, namelijk grensoverschrijdende lokale en regionale samenwerking. Verder worden in het rapport diverse andere voorstellen gedaan, zoals het aanvullen van art. 68 Gw met een inlichtingenplicht jegens de Nederlandse leden van het Europees parlement⁷³ en een bijzondere (wettelijke) procedure voor de uitzonderlijke gevallen, waarin bindende besluiten van de Europese Unie onverwijld moeten worden geïmplementeerd.⁷⁴ De kabinetsreactie op dit rapport heeft lang op zich laten wachten. Het kabinet is van oordeel dat geen speciale grondwettelijke voorziening nodig is ter implementatie van EU-regelgeving. Ten aanzien van een mogelijke grondwettelijke verankering van het EU-lidmaatschap verwijst het kabinet naar de in het leven te roepen staatscommissie Grondwet.⁷⁵

zie *Kamerstukken I* 2007/08, 31 384 (R 1850), A (gewijzigd voorstel van Rijkswet van 5 juni 2008). Zie nader paragraaf 4.4 voor de laatste ontwikkelingen op dit terrein.

67. Zie nader O. Tans, 'De oranje kaart: een nieuwe rol voor nationale parlementen?', *SEW* 2007, p. 442-446. Zie kritisch over de oranje kaart W.J.M. Voermans, 'Invloed van nationale parlementen op Europese wetgeving: hoe doen de burens dat?', *RegelMaat* 2007, p. 150-162. Zie uitgebreid O. Tans, C. Zoethout & J. Peters, *National parliaments and European democracy. A Bottom-up approach to European Constitutionalism*, Groningen: European Law Publishing 2007.

68. Wessel 2006, in het bijzonder p. 14-22.

69. Zie met name HR 22 juni 1973, *NJ* 1973, 386 (*Fluoriderings-arrest*): het beginsel van legaliteit geldt ook voor 'ingrijpende maatregelen', in casu het toevoegen van fluor aan het drinkwater uit het oogpunt van het voorkomen van tandbederf. Inmiddels is de reikwijdte van de legaliteitseis nog verder uitgebreid, in het bijzonder door het vereiste van een wettelijke grondslag voor het toekennen van subsidie, zie art. 4:23 Awb.

70. Fleuren 2004.

71. *Kamerstukken I* 2000/01, 26 200 VI, nr. 65, EK nr. 37b.

72. Besselink e.a. 2002, p. 15-52.

73. Het betreft hier een formalisering van de positie die deze leden feitelijk reeds hebben bij het jaarlijkse debat over de Staat van de Unie, zie nader Besselink e.a. 2002, p. 78-81.

74. Zie uitgebreid Besselink e.a. 2002, p. 95-156.

75. Zie nader *Kamerstukken I* 2006/07, 26 200 VI, nr. 65 en 21 109, A en B.

4.3. Raad van State

In een reeks van adviezen heeft de Raad van State aandacht gevraagd voor de bijzondere positie van de Nederlandse staatsorganen ten aanzien van de werking van het recht van de Europese Unie. Zo benadrukt de Raad in zijn advies over de gevolgen van de Europese arrangementen voor de positie en het functioneren van de nationale staatsinstellingen en hun onderlinge verhouding dat de deelneming van Nederland aan de besluitvormingsprocessen van de Europese Unie niet langer wordt geregeerd door het klassieke volkenrechtelijke model.⁷⁶ Zoals reeds opgemerkt, vormt art. 92 Gw de constitutionele grondslag voor de overdracht van bevoegdheden aan de Europese Unie. Dit volkenrechtelijk model gaat uit van de idee dat contacten tussen volkenrechtelijke organisaties en lidstaten verlopen via de regeringen van deze verdragspartijen. De praktijk ten aanzien van de Europese Unie is echter veel diverser: de contacten verlopen niet alleen tussen de (instellingen en instanties van de) EU en regeringen maar ook rechtstreeks via ambtenaren, decentrale overheden, belangengroepen en maatschappelijke organisaties. Gezien deze ontwikkeling dienen de Nederlandse staatsinstellingen hun optreden steeds meer te spiegelen aan de rol die zij in het kader van de Europese Unie hebben te vervullen, aldus de Raad van State.⁷⁷

De Raad van State is derhalve van oordeel dat het klassieke volkenrechtelijk model, zoals neergelegd in art. 92 Gw, niet langer voldoet voor de Europese integratie. De Raad bepleit echter geen wijziging van deze bepaling, maar adviseert de diverse Nederlandse staatsinstellingen dringend om naast hun nationale functie hun Europese rol op te pakken. Zij zijn immers ook te beschouwen als Europese wetgever, Europese rechter en Europees bestuur.⁷⁸ In aanvulling hierop – de Raad van State noemt dit punt niet – kan worden opgemerkt dat uiteraard ook de Europese instellingen, in het bijzonder het Hof van Justitie en de Europese Commissie, rekening moeten houden met de bijzonderheden van de diverse nationale rechtsstelsels van de 27 lidstaten van de Europese Unie, vooral met het oog op de inpasbaarheid van Europese regels in de betrokken lidstaat.⁷⁹

In zijn jongste jaarverslag werpt de (vice-president van de) Raad van State de vraag op of het geen aanbeveling verdient om in de Grondwet, naar onder meer Duits

voorbeeld, maatstaven op te nemen die als ijkpunten dan wel preventieve drempel kunnen dienen voor de Nederlandse participatie in de Europese integratie.⁸⁰ Op deze wijze kunnen toekomstige voorstellen tot wijziging van de Europese verdragen door het parlement, na advisering door de Raad van State, aan deze maatstaven worden getoetst en kan eventueel aan de ‘noodrem’ worden getrokken.

4.4. Voorstellen uit het parlement

Hiervoor (zie paragraaf 2.2) bleek reeds dat er in het bijzonder in de Eerste Kamer discussie is geweest over de vraag of het zinvol is de bijzondere procedure van art. 91 lid 3 Gw te handhaven. Onder meer (oud-)senator Jurgens heeft ervoor gepleit om deze procedure af te schaffen, aangezien deze bijzondere weg niet wordt bewandeld bij zijns inziens wezenlijke afwijkingen van (de geest van) de Grondwet.⁸¹ Het kabinet is en blijft echter overtuigd van het nut van deze procedure, die moet worden gevolgd bij afwijking van concrete grondwettelijke bepalingen.⁸² Daarnaast is thans een initiatiefwetsvoorstel Van der Staaij tot wijziging van art. 91 Gw in de Tweede Kamer aangehangig.⁸³ Dit voorstel beoogt het vereiste van twee derde van het aantal stemmen in de Staten-Generaal voor de goedkeuring van verdragen betreffende de Europese Unie te introduceren, los van de vraag of al dan niet sprake is van strijd met de Nederlandse Grondwet. Bij afsluiting van deze bijdrage was het wetsvoorstel nog steeds aangehangig in de Tweede Kamer.⁸⁴ Als dit wetsvoorstel wet wordt, zal het uiteraard slechts gelden voor toekomstige wijzigingen van EU-verdragen.

Verder hebben diverse Tweede-Kamerleden bij de schriftelijke voorbereiding van de behandeling van het wetsvoorstel tot goedkeuring van het Verdrag van Lissabon, vragen gesteld over de voortzetting van een parlementair instemmingsrecht, zoals dat op dit moment bestaat bij besluitvorming op grond van de derde pijler (politieke en justitiële samenwerking in strafzaken).⁸⁵ De Commissie-Meijers heeft zich in ieder geval sterk gemaakt voor de continuering van een dergelijk parlementair instemmingsrecht ten aanzien van EU-wetgeving die tot stand komt bij gekwalificeerde meerderheid en in codificatie, in het bijzonder op de gebieden migratie en strafrecht.⁸⁶ De regering heeft voorgesteld het bedoelde in-

76. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 993, nr. 22. Het kabinet heeft om dit advies gevraagd naar aanleiding van de negatieve uitslag van het referendum over het Grondwettelijk Verdrag voor de Europese Unie op 1 juni 2005.

77. *Kamerstukken II* 2005/06, 29 993, nr. 22, p. 7-8.

78. Zie bijv. *Jaarverslag Raad van State* 2006, p. 21-25.

79. Zie nader T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde*, (oratie Leiden 2005), Deventer: Kluwer 2006.

80. *Jaarverslag Raad van State* 2007, p. 43. Artikel 23 (1) van de Duitse Grondwet bevat reeds een dergelijke voorziening.

81. Zie ook E.C.M. Jurgens, ‘Geen eed op de Grondwet! Een pleidooi om de geschreven constitutie sober te houden’, *RegelMaat* 2002, p. 68-74, op p. 72-74.

82. Zie bijv. *Kamerstukken I* 2003/04, 27 484 (R1669), A.

83. *Kamerstukken II* 2006/07, 30 874 (R 1818), nr. 1-2. Het voorstel is op 20 november 2006 ingediend door de leden Herben (LPF) en Van der Staaij (SGP). Na de voor Lijst vijf Fortuyn (de opvolger van de LPF) desastreus verlopen Tweede-Kamerverkiezingen keerde deze fractie en aldus het lid Herben niet terug in de Kamer. Hierop heeft Van der Staaij meegedeeld het initiatiefvoorstel onder zijn naam voort te zetten, *Kamerstukken II* 2006/07, 30 874 (R 1818), nr. 4.

84. Zie uitgebreid over dit wetsvoorstel, de afstudeerscriptie van J. Tazelaar, *Een verzwaarde meerderheid voor Europese verdragen?: artikel 91 lid 3 Grondwet en een initiatiefvoorstel*, Leiden, maart 2008, te raadplegen via <www.law.leidenuniv.nl/org/publiekrecht/sbrecht/scripts.jsp>.

85. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 384 (R1850), nr. 6.

86. Zie *NJB* 2008, p. 428. Zo ook: L.F.M. Besselink, D.M. Curtin & J.H. Reestman, ‘Instemmingsvereiste én behandelingsvoorbehoud voor EU-besluiten!’, *NJB* 2008, p. 1349-1350.

stemmingsrecht geheel te laten vervallen. Hier bestaat immers volgens haar geen noodzaak meer toe, aangezien op het gebied van de ruimte voor vrijheid, veiligheid en recht⁸⁷, zoals voor de meeste andere beleidsterreinen, inmiddels de gewone wetgevingsprocedure de regel wordt.⁸⁸ Dit is de zogenaamde procedure van codecisie, waarbij het Europees parlement instemmingsrecht heeft (zie art. 251 EG-verdrag). Na de recente behandeling in de Tweede Kamer is het instemmingsrecht echter behouden gebleven op een zeer beperkt aantal specifieke terreinen waar – bij wijze van uitzondering op de gewone Europese wetgevingsprocedure – slechts advies van het Europees Parlement behoeft te worden ingewonnen.⁸⁹ In vergelijking met de eerdere goedkeuringswetten van EU-verdragen betreft dit derhalve een instemmingsrecht in sterk uitgekleden vorm. Wel is in artikel 4 van het goedkeuringswetsvoorstel na de behandeling in de Tweede Kamer de mogelijkheid van een parlementair behandelingsvoorboud opgenomen. Dit betekent dat de regering pas mag instemmen met ontwerpbesluiten van de EU als zij door het parlement zijn behandeld. Het dient dan wel te gaan om ontwerpbesluiten waarvan een van beide kamers binnen twee maanden nadat het voorstel aan haar door de EU is voorgelegd (op grond van artikel 2 van het Protocol betreffende de rol van de nationale parlementen in de Europese Unie), heeft aangegeven daarover op bijzondere wijze door de regering te willen worden geïnformeerd. Binnen vier weken na een dergelijke mededeling moet er overleg van de regering met het nationale parlement plaatsvinden over het bijzondere politieke belang van het voorstel en kunnen afspraken worden gemaakt over onder meer het verloop van de onderhandelingen in Brussel. Het woord is nu aan de Eerste Kamer, die naar verwachting zeer kritisch zal zijn over de sterke inperking van het instemmingsrecht, aangezien haar eigen positie in deze daarmee ook ernstig wordt verzwakt. In dit verband dient wel te worden opgemerkt dat het Nederlandse parlement veel meer gebruik zou kunnen maken van zijn reeds bestaande bevoegdheid – conform de reguliere beginselen van ons parlementaire staatsrecht, in het bijzonder de vertrouwensregel – om de regering (inclusief haar ambtenaren) in een vroegtijdig stadium met een ‘bepaalde boodschap’ naar Brussel te sturen. Nu komt het vaak alleen nog maar aan op ja of nee zeggen ter implementatie van besluiten, die in Brussel al lang zijn uitonderhandeld en waarbij nauwelijks tot geen ruimte bestaat nog wijzigingen aan te brengen. Het voorgaande moet uiteraard wel in het licht worden gezien van het recente Ierse nee tegen het Verdrag van Lissabon. Afgewacht moeten worden of, en zo ja op welke termijn, het Hervormingsverdrag er daadwerkelijk zal komen, nu de goedkeuring van alle 27 EU-lidstaten – waaronder Ierland – is vereist.

4.5. Rapporten WRR

In het reeds genoemde WRR-rapport *De toekomst van de nationale rechtsstaat* uit 2002 worden geen voorstellen gedaan tot wijziging van de grondwettelijke bepalingen inzake de internationale dimensie van ons staatsrecht. Wel maakt het rapport duidelijk dat de nationale Nederlandse rechtsstaat een belangrijk ankerpunt zal en moet blijven in de steeds verder integrerende Europese en mondiale rechtsorde. Het is immers vooralsnog niet mogelijk gebleken om op dit bovennationale niveau een bouwwerk te ontwikkelen dat kwalitatief op vergelijkbare hoogte staat met de nationale rechtsstaat.⁹⁰

Naar aanleiding van het referendum over de Europese Grondwet, heeft de regering de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid verzocht advies uit te brengen over manieren om de politieke en maatschappelijke verankering van het EU-beleid in Nederland te versterken. In het rapport *Europa in Nederland* bepleit de WRR onder meer om een tweetal waarborgen ten aanzien van de Europese Unie in de Nederlandse Grondwet op te nemen. In de eerste plaats een duidelijke, algemene formulering van de waarden en inhoudelijke hoofddoelstellingen die Nederland met het EU-lidmaatschap beoogt na te streven. In de tweede plaats een bepaling met de uitdrukkelijke opdracht om binnen de EU de eigenheid en de hierbij horende handelingsautonomie van Nederland te verzekeren. Op deze manier zal in het kader van de hiervoor vereiste grondwetswijziging een fundamenteel politiek debat plaatsvinden over de gewenste aard en richting van de EU en de rol van Nederland daarin. Bovendien zouden deze bepalingen naar het oordeel van de WRR aan constitutionele toetsing moeten kunnen worden onderworpen, zodat burgers op dit punt extra bescherming genieten.⁹¹ Een dergelijke constitutionele toetsing kan juist ook bijdragen aan de legitimiteit van de Europese rechtsorde, zeker wanneer de constitutionele rechter de verhouding tussen nationale en communautaire wetgever verduidelijkt.⁹²

In zijn reactie heeft het kabinet reeds laten weten de door de WRR voorgestelde waarborgen te vaag en te onbepaald te vinden om deze constitutioneel te verankeren. De rechtszekerheid is er niet mee gediend en als het gaat om het in gang zetten van een fundamenteel debat over de EU, zijn daar volgens het kabinet andere, meer passende en gemakkelijkere manieren voor.⁹³

4.6. Overige voorstellen

Naast de hiervoor genoemde onderzoeksrapporten zijn er in de literatuur ook wel voorstellen gedaan die raken aan het thema van deze bijdrage. Zo stelt Van den Brink in zijn dissertatie onder meer voor om in de Grondwet een vereenvoudigde wetgevingsprocedure ter implementatie van EU-richtlijnen op te nemen, vergelijkbaar met

87. Zie Titel V van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, zoals dat zou komen te luiden na inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon (onder meer over asiel, immigratie en politieke en justitiële samenwerking in strafzaken), zie thans art. 61 EG-verdrag.

88. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 384 (R1850), nr. 7, p. 10-12.

89. *Kamerstukken I* 2007/08, 31 384 (R 1850), A. Het gaat bijvoorbeeld om vaststelling van voorschriften voor reis- en verblijfsdocumenten voor Unieburgers. Zie voor een overzicht van de diverse ingediende (sub)amendementen en moties, *Kamerstukken II* 2007/08, 31 384 (R 1850) en voor de stemmingen hierover *Handelingen II* 2007/08, 93, p. 6619-6620.

90. *De toekomst van de nationale rechtsstaat* 2002, p. 81 en p. 250-251.

91. *Europa in Nederland*, WRR-Rapport 78, Amsterdam: Amsterdam University Press 2007, p. 147-148 (ook te raadplegen via <www.wrr.nl>).

92. Zie nader A. van den Brink & H. van Meerten, ‘Constitutionele toetsing in Nederland: de Europese dimensie’, *SEW* 2007, p. 482-491.

93. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 202, nr. 5, p. 8-9.

de goedkeuring van verdragen (stilzwijgend of uitdrukkelijk). Op deze manier wordt de betrokkenheid van de formele wetgever gehandhaafd, maar bestaat de mogelijkheid dat op snelle en effectieve wijze (stilzwijgend) de betreffende EU-richtlijn bij wet wordt geïmplementeerd. Bij dit voorstel speelt een belangrijke rol dat het parlement, wil het nog een reële mogelijkheid hebben invloed uit te oefenen op de inhoud van de betreffende regeling, veel eerder in actie moet komen. Het parlement zal in het stadium van Commissievoorstellen zijn invloed moeten aanwenden, in het bijzonder door de regering met een bepaalde boodschap op pad te sturen. Deze grotere betrokkenheid in het voortraject, rechtvaardigt dat later met een lichtere wettelijke procedure kan worden volstaan.⁹⁴

Ook diverse oraties van de afgelopen jaren besteden op enigerlei wijze aandacht aan de wijze waarop recht kan worden gedaan aan de (oorspronkelijk nationale) rechtsstatelijke eisen in veellagige, Europese, dan wel mondiale rechtsorde. In het bijzonder speelt hierbij ook de vraag hoe de klassieke onderdelen van de trias, te weten bestuur, rechter en wetgever, die oorspronkelijk slechts nationale betekenis hadden, gestalte (dienen te) krijgen in de veellagige (Europese en internationale) rechtsorde.⁹⁵

Voermans heeft onlangs een lans gebroken voor de introductie van een 'behandelingsvoorbehoud', dat reeds meer dan tien EU-lidstaten kennen. Een Brussels wetgevingsvoorstel komt dan direct op de agenda van het nationale parlement, waar het met de verantwoordelijke minister wordt besproken en waar eventueel een nationaal standpunt kan worden bepaald. Pas na een dergelijk debat met het nationale parlement kan de minister naar Brussel om over het voorstel te onderhandelen.⁹⁶

4.7. Conclusie

De balans opmaken van de hiervoor gepresenteerde voorstellen levert weinig resultaat op. Geconstateerd moet worden dat er in de praktijk weinig tot niets van deze voorstellen terecht is gekomen. De enige belangrijke uitzondering is de actievare parlementaire praktijk ten aanzien van het EU-recht. De Tweede Kamer heeft een actievare houding, bijvoorbeeld ten aanzien van de beoordeling van de zogenaamde fiches en de Eerste Kamer is in het bijzonder actief ten aanzien van Europa.⁹⁷ Als het gaat om wijzigingen in de Grondwet is de balans zelfs uitgesproken negatief. In zijn algemeenheid lijkt het in Nederland welhaast onmogelijk om constitutionele veranderingen te bewerkstelligen. Naast de omslachtige procedure tot wijziging van de Grondwet (met name twee lezingen in de Tweede Kamer), lijken de politieke koppen in Den Haag vooralsnog niet rijp voor wezenlijke constitutionele veranderingen. In dit verband kan bijvoorbeeld worden verwezen naar het afstemmen van de gekozen burgemeester, het correctief wetgevingsreferendum en het al geruime tijd in de Eerste Kamer (onder vuur)

liggende initiatiefwetsvoorstel Halsema tot gedeeltelijke afschaffing van het toetsingsverbod.⁹⁸

5. Mogelijke (constitutionele) oplossingen

5.1. Inleiding

Na de analyse van mogelijke rechtsstatelijke knelpunten in de veellagige rechtsorde, wordt hier gekeken naar mogelijke (constitutionele) oplossingen, mede aan de hand van de in de vorige paragraaf in kaart gebrachte, reeds gedane voorstellen. In deze paragraaf wordt een agenda geformuleerd van te behandelen, c.q. op te lossen kwesties en de mogelijke betekenis van de Grondwet daarbij, mede in het licht van de taakstelling van de genoemde staatscommissie. Hierbij ligt de nadruk op het recht op effectieve rechtsbescherming door een onafhankelijke rechter in geval van – vermeende – schending van grondrechten. Deze paragraaf bevat een eerste aanzet tot mogelijke oplossingen, die in nader onderzoek verder moeten worden uitgewerkt. Als randvoorwaarde dient hierbij te gelden dat de oplossingen de effectiviteit van de internationale rechtsorde moeten blijven respecteren en dat zij moeten passen binnen onze (bestaande) volkenrechtelijke verplichtingen. In het bijzonder moet worden vastgesteld dat de bijzondere (autonome) werking van het EG/EU-recht een juridisch feit is.

5.2. Bestaande mogelijkheden

In de eerste plaats moet worden gezien of er al remedies bestaan die kunnen worden gebruikt om de geschetste rechtsstatelijke problemen te voorkomen. In het bijzonder betreft het hier de vraag naar reeds bestaande (constitutionele) grenzen bij het aangaan van internationale verplichtingen. Weliswaar kent de Nederlandse Grondwet sinds ruim vijftig jaar de mogelijkheid om partij te worden bij verdragen die afwijken van de Grondwet. Toch is het een belangrijke vraag of er desalniettemin constitutionele grenzen zijn die verhinderen dat Nederland bepaalde internationale verplichtingen aangaat, zelfs via de bijzondere procedure van art. 91 lid 3 Gw. In dit verband kan worden gedacht aan de (grondwettelijke) grondrechten en andere reeds bestaande internationale verplichtingen (zoals het EVRM dan wel *ius cogens*). Zo heeft de Raad van State in zijn advies inzake de grondwettelijke aspecten van de vestiging in Nederland van buitenlandse en internationale gerechtshoven aangegeven dat bepalingen uit de Grondwet met wezenlijke waarborgen, in het bijzonder de in hoofdstuk 1 opgenomen grondrechten, zich kunnen verzetten tegen het partij worden bij een verdrag. Deze inbreuk op grondrechten kan in de visie van de Raad zo fundamenteel zijn dat goedkeuring, ook volgens de verzwaarde procedure van art. 91 lid 3 Gw niet aanvaardbaar is.⁹⁹ In het nader rapport lijkt de regering om de hete brij heen te gaan, al lijkt zij niet geheel uit te sluiten dat de wetgever in een bijzonder geval van oordeel

94. A. van den Brink, *Regelgeving in Nederland ter implementatie van EU-recht*, (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2004, p. 255-256.

95. Zie de reeds genoemde oratie van E.A. Alkema uit 2005 en daarnaast onder meer M. Scheltema, *Het recht van de toekomst. De gevolgen van de internationalisering van het recht*, (oratie Utrecht 2004), Deventer: Kluwer 2005 en Barkhuysen 2006.

96. W.J.M. Voermans, 'Grondwet aanpassen aan het Europese recht', *NRC-Handelsblad* 9 mei 2008.

97. Zie nader Voermans 2007.

98. *Kamerstukken I* 2007/08, 28 331, D.

99. *Kamerstukken II* 1999/2000, 26.800 VI, A, p. 6.

is dat een inbreuk op door onze Grondwet gegarandeerde grondrechten zo fundamenteel is, dat goedkeuring van het verdrag, volgens welke procedure dan ook, niet kan plaatsvinden.¹⁰⁰ Deze volgens mij vooralsnog weinig bekende passages, zouden als een soort 'rechtsstatelijke veiligheidsklep' kunnen gaan fungeren.

5.3. Nieuwe concepten

De kernelementen van de klassieke rechtsstaattedachte zullen zich verder moeten uitkristalliseren in de internationale rechtsorde. Dit betekent dat de hoekstenen van de rechtsstaat, namelijk legaliteit, machtsverdeling, grondrechten, controle door een onafhankelijke rechter en democratie verder moeten worden uitgedacht en uitgewerkt in deze nieuwe rechtsorde. Met name ten aanzien van de Europese Unie zijn hier al, zowel op Europees als nationaal niveau, krachtige ontwikkelingen waar te nemen. Wat betreft de mondiale dimensie kan worden geconstateerd dat deze ontwikkeling nog in haar kinderschoenen staat. Vooral omdat deze laatste ontwikkeling nog embryonaal is, kan de conclusie van de WRR worden onderschreven dat de idee van de nationale rechtsstaat op dit niveau vooralsnog een belangrijke rol moet blijven vervullen.

Zo vereist het beginsel van legaliteit in een veellagige rechtsorde verdere uitwerking. De centrale eis zou hier moeten zijn de *kwaliteit* van de wettelijke grondslag. Een nationale wettelijke grondslag kan immers ook weinig om het lijf hebben als het gaat om formeelwettelijke basis. Van eminent belang zijn dan ook de inhoudelijke eisen. In dit verband kan bijvoorbeeld verwezen worden naar de Straatsburgse kwaliteitseisen ten aanzien van de beperkingsgrond 'bij de wet voorzien' in de leden twee van de artikelen 8 tot en met 11 EVRM. Als bekend, heeft het EHRM belangrijke materiële eisen gesteld aan de wettelijke grondslag die onder voorwaarden een inbreuk kan maken op de in de genoemde artikelen gewaarborgde grondrechten. Centraal staan de eisen van voorzienbaarheid en toegankelijkheid.¹⁰¹ Een dergelijk concept zou ook kunnen worden ontwikkeld voor het EU-recht. In dit kader zou wel kunnen worden gedifferentieerd naar diverse regels van EG-recht. EG-verdragen en verordeningen voldoen bijvoorbeeld aan dergelijke wettelijke kwaliteitseisen en kunnen dus zonder nadere omzetting in nationaal recht, burgers direct binden, terwijl richtlijnen en kaderbesluiten dit niet kunnen.

5.4. Grondwettelijke veiligheidsklep?

Een centrale vraag is of de Nederlandse Grondwet, net als enkele andere grondwetten, nadere bijzondere waarborgen zou moeten bevatten tegen mogelijke externe inbreuken op de beginselen van de democratische rechtsstaat, in het bijzonder het beginsel van individuele rechtsbescherming. Geven de hiervoor kort geschetste

ontwikkelingen aanleiding, om de door de grondwetgever van de jaren vijftig van de vorige eeuw, geïntroduceerde volkenrechtsvriendelijke bepalingen bij te stellen? In het bijzonder doen zich deze vragen thans voor bij vergaande besluiten van volkenrechtelijke organisaties die direct ingrijpen in de rechtspositie van burgers, zonder dat daar vooralsnog adequate rechtsbescherming tegenover staat. Gedacht kan worden aan een nadere rechtsstatelijke clausulering van art. 94 Gw door toevoeging van de zinsede 'voor zover dit buiten toepassing laten niet in strijd is met fundamentele rechtsstatelijke normen'. Hiermee zijn we er echter nog niet, aangezien de rechtsstatelijke bezwaren zich uiteraard ook kunnen voordoen bij de doorwerking van niet een ieder verbindende bepalingen van verdragen of besluiten van volkenrechtelijke organisaties. De voorgestelde grondwettelijke veiligheidsklep zou derhalve moeten gelden voor al het internationale recht dat volgens onze Grondwet, dan wel ongeschreven constitutioneel recht automatisch doorwerkt in de Nederlandse rechtsorde. Daartoe is het goed eerst in algemene zin deze zogenoemde interne werking grondwettelijk te verankeren en de hiervoor bedoelde clausule aan deze bepaling toe te voegen. Een dergelijke bepaling zou als volgt kunnen luiden:

'Met inachtneming van artikel 91 van de Grondwet werkt internationaal recht automatisch door in de Nederlandse rechtsorde, voor zover dit niet in strijd is met fundamentele rechtsstatelijke normen.'

Toegegeven moet worden dat aan een dergelijke voorbehoud zeker allerlei haken en ogen zitten. Hoe verhoudt een dergelijke clausulering zich tot de betrouwbaarheid van Nederland als partner op het volkenrechtelijke niveau? Dit voorbehoud maakt het immers mogelijk dat Nederland bij reeds aangegane volkenrechtelijke verplichtingen wegens mogelijk niet voorziene gevolgen, zich op deze grondwettelijke noodgreep beroept. Dat is zeker waar, maar anderzijds is het vanuit rechtsstatelijk perspectief juist wel aan te raden van dit middel gebruik te maken. Het alternatief is immers dat anders belangrijke rechtsstatelijke waarden, bijvoorbeeld de rechtsbescherming door een onafhankelijke rechter bij plaatsing op de genoemde terreurlijsten van de VN-Veilighedsraad, met voeten worden getreden. Uiteraard zou Nederland zeer terughoudend gebruik moeten maken van dit vergaande middel, maar de mogelijkheid om hiervan gebruik te maken, kan ook een aansporing zijn om op het internationale niveau te komen tot adequate bescherming van de genoemde rechtsstatelijke waarden. Zo kan de Duitse benadering in deze zeker niet worden bestempeld als volkenrechtsvijandig, maar veeleer als een constructieve dialoog met internationale en buitenlandse partners om te komen tot betere rechtsstatelijke oplossingen.¹⁰² Verder dient Nederland vanzelfsprekend bij het aangaan van

100. *Kamerstukken II* 1999/2000, 26.800 VI, A, p. 6-7.

101. Zie bijv. J. Vande Lanotte & Y. Haack, *Handboek EVRM. Deel 1. Algemene beginselen*, Antwerpen – Oxford: Intersentia 2005, p. 125-134.

102. Vgl. over de huidige dialoog tussen 'Brussel' en een aantal constitutionele hoven, waaronder het Duitse, inzake het Europees arrestatiebevel, J. Komárek, 'European Constitutionalism and the European arrest warrant; in search of the limits of "contrapunctual principles"', *CMLR* 2007, p. 9-40. Zie ook H. van Meerten, 'Rechter, arrestatiebevel en democratie: het Bundesverfassungsgericht en de Europese Unie', *NJB* 2006, p. 20-21. Zie over de dialoog met Straatsburg bijv. M. Hartwig, 'Much ado about Human Rights: The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rights', *German Law Journal* 2005, p. 869-894.

nieuwe volkenrechtelijke verplichtingen zeer zorgvuldig te onderzoeken of een en ander mogelijk tot rechtsstatelijke complicaties zal leiden. Hierbij moeten de hiervoor genoemde (zie paragraaf 5.2) reeds bestaande constitutionele grenzen zorgvuldig worden bewaakt.

Wanneer is sprake van strijd met fundamentele rechtsstatelijke normen? Naar mijn oordeel dient te worden aangesloten bij de eisen van het EVRM, zoals ontwikkeld in de jurisprudentie van het EHRM. In eerste instantie gaat het hier om fundamentele rechten (waaronder het recht op toegang tot de rechter). Daarnaast speelt het beginsel van legaliteit in Straatsburg een grote rol, in het bijzonder bij de toetsing door het EHRM van de voorwaarden waaronder de overheid gerechtvaardigd inbreuk kan maken op deze rechten.¹⁰³ De andere kernelementen van de rechtsstaat, democratie en machtscheiding, spelen in Straatsburg een minder prominente rol. Daarnaast kunnen ook belangrijke grondwettelijke waarden leiden tot het hanteren van de grondwettelijke noodrem. Weliswaar dient het oordeel over de vraag of een regel van internationaal recht in strijd is met de Grondwet gegeven te worden bij gelegenheid van het aangaan van deze verplichting, dus doorgaans de goedkeuring van een verdrag. Het is echter niet uitgesloten dat na de goedkeuring bepaalde regels van internationaal recht alsnog in strijd blijken te zijn met bepaalde grondwettelijke waarborgen. Dit zou bijvoorbeeld kunnen door een bepaalde uitleg die door internationale instanties aan de betreffende regel (verdrag of besluit van een volkenrechtelijke organisatie) wordt toegekend.

Ook is een belangrijke vraag welk orgaan (in eerste instantie) moet beoordelen of er reden bestaat de voorgestelde rechtsstatelijke veiligheidsklep in te roepen, namelijk de wetgever of de rechter, of beide. Naar mijn oordeel zouden alle staatsorganen, dus ook het bestuur, deze veiligheidsklep in werking moeten kunnen stellen, net als deze organen toepassing moeten geven aan het huidige art. 94 Gw. Uiteraard kunnen individuele rechtszoekenden hierop ook een beroep doen. De hier gedane voorstellen gedijen overigens het beste als nu eindelijk eens het toetsingsverbod van art. 120 Gw (gedeeltelijk) wordt afgeschaft. Van bijzonder belang is vanzelfsprekend dat het al dan niet hanteren van de hiervoor gepresenteerde grondwettelijke handrem ook door de rechter kan worden getoetst. Verder valt het te hopen dat de staatscommissie herziening Grondwet zich ook gaat bezighouden met de hier opgeworpen vragen. Ook kan het recht op toegang tot de rechter expliciet in de Grondwet worden vastgelegd, zij het dat hier geen juridische noodzaak toe bestaat, aangezien dit recht in Nederland is verzekerd via (de Straatsburgse jurisprudentie op grond van) art. 6 EVRM.¹⁰⁴

5.5. Overige aanpassingen van de Grondwet

Naast de in de vorige paragraaf voorgestelde kernbepalingen ten aanzien van de grondwettelijke doorwerkingssys-

tematiek, liggen nog andere wijzigingen van art. 90-94 Gw in de rede.

Vanuit het perspectief dat de Grondwet mede de wezenlijke bestanddelen van ons staatkundig bestel bevat, verdient het aanbeveling de Europese Unie op enigerlei wijze grondwettelijk te verankeren. Op zichzelf bestaat hiertoe geen juridische noodzaak, zeker niet als we de Nederlandse constitutie, waar de Grondwet slechts een klein onderdeel van uitmaakt, als kern van ons hele staatsbestel zien. Met Besselink c.s. meen ik echter wel dat het fraaier is de inmiddels verouderde grondwettelijke bepalingen ten aanzien van de internationale dimensie van het staatsrecht bij de tijd te brengen. Bovendien sluit een en ander goed aan bij de terechte constatering van de Raad van State dat de Europese Unie uit haar 'grondwettelijke jasje' is gegroeid en niet meer past in het klassieke volkenrechtelijke model, zoals vastgelegd in art. 92 Gw. Als de hiervoor voorgestelde fundamentele wijziging van de Grondwet realiteit zou worden, kunnen daarnaast kleinere moderniseringsgelijk worden meegenomen. Dit geldt dan bijvoorbeeld ook voor het voorstel van Besselink c.s. om art. 90 Gw uit te breiden met de bevordering van de Europese rechtsorde.

Een belangrijkere wijziging zou vervolgens zijn om de doorwerking van EU-recht op bijzondere wijze in de Grondwet te faciliteren. Hierbij kan worden gedacht aan een vereenvoudigde wettelijke procedure in de Grondwet ter implementatie van EG-richtlijnen, zoals voorgesteld door Van den Brink (zie hiervoor in paragraaf 4.6). Daar is veel voor te zeggen, aangezien het nationale parlement zich in een veel vroegtijdiger stadium zou moeten bezighouden met de beïnvloeding van de Brusselse besluitvorming en ook de democratische legitimatie op EU-niveau zo langzamerhand steeds meer vorm krijgt.

Ten aanzien van de procedure van art. 91 lid 3 Gw kan worden opgemerkt dat de diverse samenstellende delen van de wetgevende macht (regering, Tweede en Eerste Kamer) vaker van deze mogelijkheid gebruik zouden moeten maken. Op deze wijze kan voor het aangaan van belangrijke internationale verplichtingen een extra democratische legitimatie worden verkregen. In dit verband zou in de (parlementaire) praktijk eerder moeten worden aangenomen dat sprake is van strijd met de Grondwet, zij het dat het vanuit het perspectief van de rechtszekerheid van belang is zoveel mogelijk aan te sluiten bij (de strekking van) concrete grondwettelijke bepalingen. Voor deze beoogde aanpassingen is echter geen grondwetswijziging vereist. Daarnaast blijft art. 92 Gw van waarde als constitutionele basis voor de opdracht van wetgevende, rechtsprekende dan wel bestuurlijke bevoegdheden aan volkenrechtelijke organisaties. Anders dan Jurgens meent, is er geen noodzaak voor afschaffing van deze bepaling en kan zij bijvoorbeeld dienen als constitutionele basis voor de toekomstige vestiging van nog meer internationale (straf)rechters in Den Haag.¹⁰⁵

Ook ten aanzien van art. 93 en 94 Gw blijven er nog voldoende vragen liggen. In het bijzonder is het de vraag

103. In het bijzonder de toetsing aan de eis 'bij wet voorzien' in de leden twee van art. 8 t/m 11 EVRM.

104. Onder meer bepleit door A.M.L. Jansen, 'Constitutionalisering van het bestuursprocesrecht', *Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Deventer: Kluwer 2004, p. 103-108.

105. Met de regering ben ik van oordeel dat geen afzonderlijke, speciale grondwettelijke basis voor de vestiging van dergelijke strafhoven is geboden.

of deze bepalingen voldoende houvast bieden aan de Nederlandse rechter. Mogelijk is een nadere grondwettelijke regeling geboden van de gereedheidskist van de rechter in geval hij strijd van nationale regelgeving met een ieder verbindend internationaal recht constateert, vooral in zijn verhouding tot de democratisch gelegitimeerde wetgever. Hierbij kan onder meer inspiratie worden opgedaan uit de regelingen terzake in het Verenigd Koninkrijk en Duitsland.¹⁰⁶ Ook kan worden voorzien in een aparte regeling voor conflicterende internationale verplichtingen.¹⁰⁷

6. Conclusie

Aan het eind van deze bijdrage dient uiteraard een antwoord te worden gegeven op de in paragraaf 1 geformuleerde centrale vraagstelling. Geconcludeerd moet worden, mede gezien de bevindingen in de vorige paragrafen, dat de grondwettelijke regels ten aanzien van de internationale dimensie van het staatsrecht (in het bijzonder art. 90-94 Gw) inderdaad aanpassing behoeven in het licht van de zich steeds verder ontwikkelende Europese en mondiale rechtsorde. Dit mede gezien de beginselen van de (democratische) rechtsstaat, in het bijzonder het recht op individuele grondrechtenbescherming bij een onafhankelijke rechter. Daartoe is een voorstel tot aanpassing van de Grondwet geformuleerd.

Naast het belang van de verdere ontwikkeling van rechtsstatelijke waarden op zowel het Europese als het mondiale niveau, dient de Nederlandse Grondwet ter bescherming van fundamentele rechtsstatelijke waarden een dergelijk rechtsstatelijk voorbehoud te bevatten. Dit laat vanzelfsprekend onverlet dat verder moet worden gewerkt aan de realisering van de beginselen van de rechtsstaat, zowel op Europees als mondiaal niveau.¹⁰⁸

Een introductie van een dergelijke grondwettelijk voorbehoud dient vooral niet te worden gezien als een pleidooi voor een protectionistische houding om vooral de nationale rechtsorde te beschermen.¹⁰⁹ Integendeel, een dergelijk rechtsstatelijk voorbehoud kan een belangrijke bijdrage leveren aan een verdere vervolmaking van de essentiële beginselen van de rechtsstaat in de veellagige (nationale, Europese en mondiale) rechtsorde. Het is wenselijk dat de staatscommissie deze bevindingen meeneemt in haar rapport over de Grondwet.

106. Zie uitgebreid hierover onder meer T. Barkhuysen in zijn annotatie onder EHRM 29 januari 2002, *Auerbach v. Nederland*, *NJCM-Bulletin* 2002, p. 1020-1032.

107. Zie nader J.B. Mus, *Verdragsconflicten voor de Nederlandse rechter* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996 en Kortman 2005, p. 178.

108. Zie onder meer het belang van de ontwikkeling van een mondiaal bestuursrecht, dat op dit moment nog in de kinderschoenen staat, vgl. Wessel 2006. Vgl. Resolutie van de Algemene vergadering van de VN 'on the rule of law at the national and international levels', aangenomen op 18 december 2006, A/RES/6139.

109. Zo ben ik ook geen voorstander van het afstappen van een hiërarchie tussen de Grondwet en verdragen, zoals onder meer voorgestaan door Kortmann in zijn mooie, kort maar krachtige tekstvoorstel voor een nieuwe Grondwet, zie Kortmann 2008, p. 23 (art. 14 lid 2).