Universiteit
Leiden
The Netherlands

Constitutionele remedies bij schending van grondrechten : over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever

Uzman, J.

Citation
Uzman, J. (2013, December 5). *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten : over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever*. *Meijers-reeks*. Kluwer, Deventer. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/22740

Version:	Corrected Publisher's Version
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/22740

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

Cover Page

Universiteit Leiden

The handle http://hdl.handle.net/1887/22740 holds various files of this Leiden University dissertation

Author: Uzman, Jerfi
Title: Constitutionele remedies bij schending van grondrechten : over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever
Issue Date: 2013-12-05

Constitutionele remedies bij schending van grondrechten

Constitutionele remedies bij schending van grondrechten

Over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op donderdag 5 december 2013
klokke 11.15 uur

door

Jerfi Uzman

geboren te Schiedam

in 1978

Promotiecommissie:

Promotor:	prof. mr. T. Barkhuysen
Co-promotor:	mr. dr. M.L. van Emmerik
Overige leden:	prof. mr. M.L.P. Loenen prof. mr. J.E.M. Polak prof. mr. L.F.M. Verhey prof. mr. J.H. Gerards (Radboud Universiteit Nijmegen) prof. mr. R. de Lange (Erasmus Universiteit Rotterdam) prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven (Universiteit Utrecht)

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

Drukwerk:

© 2013 J. Uzman

ISBN 978 90 1312 059 2
NUR 823-301

Dit onderzoek was mogelijk dankzij financiële steun van de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO)

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

'A moral thirst for justice is hardly different from a physical thirst for water. Hoping to satisfy a victim of injustice with cunning forms of words is like trying to quench the thirst of a parched child with fine mantras'.

EHRM 25 maart 1999, *no.* 31195/96 (*Nikolova t. Bulgarije*), Bonello *dissenting.*

Voor Irene, die mijn tranen droogde,
Voor Judith, die me liet lachen,
Voor Limoni, die me deed huilen van geluk.

Woord vooraf

Het woord vooraf van een proefschrift wordt vaak als eerste gelezen. Daarom is het ook als eerste opgenomen. Sommige auteurs vinden dat niks en kiezen voor een nawoord (men komt zelden een dankintermezzo tegen op pagina 56). Een enkeling 'spreekt met de lezer af' dat deze eerst het boek leest alvorens te kijken of zijn naam correct is gespeld, maar zulke dictaten lijden vaak aan een handhavingstekort. De lezer is nu eenmaal benieuwd naar het woord vooraf. Is de auteur origineel geweest? Bedankt hij zijn vriendin eerder dan zijn vrouw? Wie is 'Cor' en waarom is Hij zo belangrijk geweest voor haar proefschrift? De roddelrubriek is er niets bij. Juridische auteurs komen daaraan graag tegemoet. Zij moeten immers zuinig zijn op hun lezerspubliek. Wij zijn geen historici wier biografieën bij een bekende boekhandel liggen die hier onvermeld moet blijven omdat, volgens het Leidse promotiereglement, geen reclame mag worden gemaakt.

Omdat een woord vooraf niet alléén mensen bedankt, wordt vaak beschreven hoe het schrijven van het eerste boek is vergaan. Soms is die schets inktzwart. Niets ging goed. Eén groot drama waar de auteur zich doorheen heeft moeten slaan. Er waren maar een paar lichtpuntjes en die worden vervolgens bedankt. Meestal is het omgekeerd. Het was één groot feest. Wel topsport, maar genieten hoor. Wie een loopbaan in de wetenschap ambieert kiest meestal voor de tweede optie. Als het zo'n tranendal was, waarom er dan mee doorgaan, zal de werkgever willen weten. Men kan natuurlijk mompelen dat onderzoek doen is als drugs, maar dat is ook gevaarlijk. Universiteiten kennen tegenwoordig een reglement alcohol- en drugsmisbruik.

De totstandkoming van dit proefschrift was een beetje van beide. Het was er niet geweest als er niet in de meest krachtige termen, meerdere keren per jaar, luidruchtig was verwenst. Meestal 's nachts. Gelukkig kon de volgende dag alweer gelachen worden. Ik had de afgelopen jaren dan ook niet willen missen. Daarvoor ben ik allereerst dank verschuldigd aan mijn promotor. Het komt helaas niet vaak meer voor dat men de kans krijgt om (betaald) eigen onderzoek te bedenken met als enige voorwaarde dat 'we het in Leiden kunnen begeleiden'. Ik ben Tom Barkhuysen, en in zijn kielzog het bestuur van de Leidse afdeling staats- en bestuursrecht, erkentelijk voor dat voorrecht.

À propos voorrecht. De deuren van mijn *Doktorväter*, Tom Barkhuysen en Michiel van Emmerik, stonden, zowel letterlijk als figuurlijk, altijd open en zij lazen concepten steeds buitengewoon snel. Dat is minder normaal dan ik lang dacht. Ik zeg hen daarvoor dank. Dat laatste geldt ook voor de leden

van de leescommissie: Jaap Polak, Luc Verhey, Titia Loenen, Roel de Lange en Rob Widdershoven. Bijzonder erkentelijk ben ik Janneke Gerards, die niet alleen als commissielid waardevol commentaar leverde, maar mij in haar Leidse tijd vaak met raad terzijde stond. Ik geloof niet dat de Duitse traditie de aanduiding *Doktortante* kent, maar soms wou ik dat het zo was.

Het schrijven van dit boek leek weleens op de totstandkoming van een reisverhaal. Ik ben onderweg een heleboel mensen tegengekomen die elk het hunne aan het boek bijdroegen. Een verblijf in Cambridge werd opgevrolijkt door Virginia Hennes, Laura Kiebert en Bernard Vanhoutte. En door Sir David Williams, die mij niet alleen bijbracht dat Nederland het EK van 2008 had moeten winnen, maar ook mijn opvattingen over het Britse staatsrecht bijstuurde. *Thanks guys. It was, like, so amazing, like.* Rechters zoals Lord Bingham of Cornhill (Verenigd Koninkrijk) en Michel Bastarache (Supreme Court of Canada) gaven openhartig een kijkje in de keuken. Ik ben prof. dr. Armin von Bogdandy en zijn medewerkers aan het Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht in Heidelberg erkentelijk voor de gastvrijheid in het najaar van 2011 en hun interesse in het onderzoek. Anne-Marie Krens dank ik voor de vormgeving van dit boek, Alke Metselaar voor het 'meekijken' met de samenvatting.

Dat de nachtelijke uitbarstingen overdag steeds weer tot futiliteit versmolten, is te danken aan mijn Leidse collega's. Zij zijn te talrijk om allemaal te noemen. Maar een paar ervan mogen hier niet ontbreken. In de eerste plaats, en niet voor niets, Jacobine van den Brink, met wie ik lief en leed en een werkkamer deelde. Zij maakte A.161 tot het centrum van Rome: chaotisch, druk, gezellig. Kortom, een plek om met plezier koffie te drinken. Chris de Kruif, Komal Habib, Paul Adriaanse, Bas Leeuw en later Sven Bakker, droegen daar, ieder op hun eigen manier, aan bij. En als het even niet meer meezat? Dan was er de sterke drank: 's ochtends de espresso met Marina den Houdijker, later op de dag meer Kuyperiaanse sterkte met Geerten Boogaard. Zowel de persoon van de wetenschapper als zijn werk hebben daaraan veel gehad. Dank!

Dan een persoonlijke noot. Ik had mijn ouders graag bedankt, maar ik vind de woorden niet. Ik zou hen tekort doen. Hun bijdrage aan dit boek is echter in vele opzichten groot, ook als we de opvoeding van de auteur niet meerekenen. Hans, Willie, Remke, Luiza en Fien dank ik voor hun interesse in de voortgang van het 'boekje', in mijn welzijn en vooral dat van haar die me vergezelde langs elke uitbarsting en elke zin. Haar lach en schouder vormen de twee fundamenten waarop dit boek rust. Dank je wel.

Leiden, september 2013.

Verkorte inhoudsopgave

LIJST VAN AFKORTINGEN XIX

1 Inleiding 1

DEEL I – HET NEDERLANDSE RECHT: CONSTITUTIONELE REMEDIES EN DE *TERME DE GRÂCE* 13

2 Het constitutionele mandaat van de rechter 15
3 Constitutionele remedies in Nederland 49
4 Afzien van een remedie 119
5 De *terme de grâce* nader beschouwd (gevolgen) 183

DEEL II – HET KADER: HET BEGINSEL VAN EFFECTIEVE RECHTSBESCHERMING 237

6 Effectieve rechtsbescherming in het EVRM 239
7 Effectieve rechtsbescherming in het Unierecht 303

DEEL III – RECHTSVERGELIJKING 363

8 De constitutionele *terme de grâce* in Duitsland 365
9 De 'open remedy' in het Verenigd Koninkrijk 459
10 Constitutionele dialogen over grondrechten in Canada 521

DEEL IV – AFRONDING 597

11 Naar een *terme de grâce* als zwakke remedie met sterke kanten 599

SUMMARY 629
LITERATUURLIJST 647
JURISPRUDENTIEREGISTER 695
TREFWOORDENREGISTER 721
CURRICULUM VITAE 731

Inhoudsopgave

LIJST VAN AFKORTINGEN XIX

1 INLEIDING 1
1.1 Het vertrekpunt 1
1.2 De context 3
1.3 Onderwerp en onderzoeksvragen 7
1.4 Afbakening en verantwoording 9

DEEL I – HET NEDERLANDSE RECHT: CONSTITUTIONELE REMEDIES EN DE *TERME DE GRÂCE* 13

2 HET CONSTITUTIONELE MANDAAT VAN DE RECHTER 15
2.1 Inleiding 15
2.2 De Grondwet 16
2.3 De mensenrechtenverdragen 18
2.3.1 De opkomst van mensenrechtenverdragen 19
2.3.2 De doorwerking van verdragsrecht in de Nederlandse rechtsorde 20
2.3.2.1 Automatische gelding van verdragsrecht 22
2.3.2.2 Voorrang en de plaats van verdragsrecht in de normenhiërarchie 23
2.3.2.3 De toetsingsbevoegdheid en 'een ieder verbindendheid' 25
2.3.3 Resumerend 39
2.4 Grondrechten in de Europese Unie 39
2.4.1 Unierechtelijke grondrechten en de nationale context 40
2.4.2 De status van Unierecht in Nederland 44
2.5 Uitgeleide 48

3 CONSTITUTIONELE REMEDIES IN NEDERLAND 49
3.1 Inleiding 49
3.1.1 Het concept 'constitutionele remedies' 51
3.2 Constitutionele remedies (in enge zin) 54
3.2.1 Conforme interpretatie 54
3.2.1.1 Grondslag en toepassingsbereik 55
3.2.1.2 De grenzen van verdragsconforme interpretatie 59
3.2.1.3 De grenzen van Unierechtconforme interpretatie 67

3.2.2 Buiten toepassing laten en onverbindend verklaren 70
3.2.2.1 De grondslag voor het 'buiten toepassing laten' 70
3.2.2.2 Buiten toepassing laten en onverbindendheid 72
3.2.3 De werking van constitutionele remedies (in eigenlijke zin) 86
3.2.3.1 De strafrechter 86
3.2.3.2 De bestuursrechter 88
3.2.3.3 De burgerlijke rechter 89
3.2.4 Resumerend 90
3.3 Procesrechtelijke remedies (civiele recht) 91
3.3.1 De preliminaire kwestie: de onrechtmatige daadsactie 92
3.3.2 De verklaring voor recht 94
3.3.3 Geboden en verboden 98
3.3.3.1 Het toepassingsverbod en de buitenwerkingstelling 99
3.3.3.2 Het gebod wetgeving vast te stellen of in te trekken 103
3.3.4 Schadevergoeding 116
3.4 Uitgeleide 116

4 AFZIEN VAN EEN REMEDIE 119
4.1 Inleiding 119
4.2 Buiten toepassing laten niet aan de orde? 119
4.2.1 Buiten toepassing baat de klager niet 120
4.2.2 Buiten toepassing baat klager wel 123
4.2.2.1 Buiten toepassing laten leidt tot een disproportionele uitkomst, of noopt tot rechtspolitieke keuzes 123
4.2.2.2 Buiten toepassing laten leidt tot een nieuwe verdragsschending 127
4.2.2.3 Buiten toepassing laten bedreigt een fundamenteel rechtsbeginsel 128
4.2.2.4 Buiten toepassing laten leidt tot één van diverse verdragsconforme uitkomsten 129
4.2.2.5 De schending is het gevolg van een combinatie van verschillende, rechtmatige, regels 132
4.2.2.6 Resumerend 136
4.2.3 Mág van buiten toepassing laten worden afgezien? 136
4.2.3.1 De totstandkoming van artikel 94 Grondwet 137
4.2.3.2 De rechtspraak 140
4.2.3.3 Synthese: pleidooi voor een gedifferentieerde benadering 144
4.2.4 Resumerend 148
4.3 Moet de rechter dan gaan 'rechtsvormen'? 149
4.3.1 Terminologie: rechterlijke rechtsvorming, waar hebben we het over? 149
4.3.2 Grondslag voor rechterlijke rechtsvorming 157
4.3.3 Grenzen aan rechterlijke rechtsvorming 164
4.3.3.1 Het arrest Arbeidskostenforfait 164
4.3.3.2 Ontvangst in de literatuur 172
4.3.3.3 Eigen observaties 175

4.3.3.4 De weg na Arbeidskostenforfait: stille dood van de *terme de grâce*? 176
4.4 Uitgeleide 180

5 DE *TERME DE GRÂCE* NADER BESCHOUWD (GEVOLGEN) 183
5.1 Inleiding 183
5.2 Gevolgen voor de andere staatsmachten: de status van het voorschrift 183
5.2.1 De theorie I: procesrechtelijke gevolgen van rechterlijk abstineren 184
5.2.2 De theorie II: institutionele binding van de wetgever aan toetsingsoordelen? 188
5.2.3 Feitelijke binding: Hoe geeft de wetgever gevolg aan signalen van de rechter? 189
5.2.4 Terugwerkende kracht verplicht? 196
5.2.5 Resumerend 199
5.3 Schadevergoeding 200
5.3.1 Processuele mogelijkheden tot schadevergoeding 201
5.3.1.1 Onrechtmatige daadsactie bij de civiele rechter 201
5.3.1.2 Schadevergoeding bij de bestuurs- en de belastingrechter 207
5.3.1.3 Nieuwe wetgeving 214
5.3.1.4 Resumerend 215
5.3.2 Materiële mogelijkheden tot schadevergoeding 216
5.3.2.1 Onrechtmatigheid 216
5.3.2.2 Schade en causaliteit 218
5.3.2.3 Resumerend 233
5.4 Uitgeleide 234

DEEL II – HET KADER: HET BEGINSEL VAN EFFECTIEVE RECHTSBESCHERMING 237

6 EFFECTIEVE RECHTSBESCHERMING IN HET EVRM 239
6.1 Inleiding 239
6.2 Het volkenrechtelijk kader 240
6.3 Artikel 13 EVRM in vogelvlucht 242
6.4 Artikel 13 EVRM en de toetsing van formele wetgeving 247
6.4.1 De uitvoering van wetgeving 248
6.4.2 Materiële of formele wetgeving? 249
6.4.3 De ratio voor de uitzondering 250
6.4.4 Kritiek 253
6.4.5 Terughoudendheid op de terugtocht? De rechtspraak sinds *James & Others* 255
6.4.6 Eigen opvatting 264
6.5 De *terme de grâce* als effectieve remedie? 268
6.5.1 Het uitgangspunt 268
6.5.2 Auerbach en Arends revisited 270

6.5.2.1 Immateriële schade 271
6.5.2.2 Materiële schade 281
6.5.2.3 Resumerend 291
6.5.3 Bouwstenen voor een genuanceerde benadering 292
6.5.3.1 Het wie-aspect: het verdelen van taken 293
6.5.3.2 Het wát-aspect: waar moet de remedie aan voldoen? 296
6.5.3.3 Het tijdsaspect 298
6.6 Uitgeleide 300

7 Effectieve rechtsbescherming in het Unierecht 303
7.1 Inleiding 303
7.2 Unierecht in de lidstaten 304
7.2.1 Inleiding 304
7.2.2 Voorrang en directe werking 305
7.2.2.1 Het karakter van directe werking 306
7.2.2.2 Het karakter van voorrang 308
7.2.3 Loyale samenwerking 314
7.2.4 Subsidiariteit en autonomie 316
7.2.4.1 Rewe en de procedurele rule of reason 318
7.2.5 Effectieve rechtsbescherming 320
7.2.5.1 De context: drie lijnen komen samen 320
7.2.5.2 Effectieve rechtsbescherming als Unierechtelijk grondrecht 324
7.2.5.3 Effectieve rechtsbescherming en de Rewe-doeltreffendheid 326
7.2.5.4 Welke remedies moeten beschikbaar zijn? 330
7.2.6 Resumerend 334
7.3 De *terme de grâce* in het Unierecht 335
7.3.1 Inleiding 335
7.3.2 Het kader: *Rewe* of *Simmenthal*? 336
7.3.2.1 De theorie 336
7.3.2.2 De rechtspraak: contrast tussen twee zaken 338
7.3.2.3 Het toetsingskader geresumeerd 344
7.3.3 Uitzonderingen op de voorrangsregel? 345
7.3.4 Toepassingsbereik van een Unierechtelijke *terme de grâce* 349
7.3.4.1 Maatschappelijke gevolgen 350
7.3.4.2 Het democratische argument 353
7.3.4.3 Resumerend 360
7.4 Uitgeleide 360

DEEL III – RECHTSVERGELIJKING 363

8 De constitutionele *terme de grâce* in Duitsland 365
8.1 Inleiding 365
8.2 Het stelsel van grondrechtenbescherming 365
8.2.1 Object van toetsing 366
8.2.2 Toetsingsmaatstaf 366

8.2.2.1 Toetsing aan het Grundgesetz: 'Verfassungsgerichtsbarkeit' 367
8.2.2.2 De mensenrechtenverdragen in de Duitse rechtsorde 370
8.2.2.3 Unierechtelijke grondrechten in Duitsland 373
8.2.2.4 Resumerend 375
8.2.3 Het stelsel van rechtsbescherming 376
8.2.3.1 Het Constitutionele Hof en de reguliere rechtspraak 376
8.2.3.2 De wegen naar toetsing door het BVerfG 377
8.2.4 Resumerend 382
8.3 Ideaaltypische constitutionele remedies 382
8.3.1 Tóch verenigbaar: conforme interpretatie 383
8.3.2 Vaststellen van de nietigheid van het voorschrift 387
8.3.2.1 Nietigheid als traditie: grondslag 388
8.3.2.2 Nietigheid als remedie: rechtsgevolgen 391
8.3.2.3 Nietigheid als decreet: Normwiederholungsverbot? 393
8.3.2.4 De reikwijdte van nietigheid: splitsing 399
8.3.2.5 Resumerend 403
8.4 De niet-ideaaltypische remedie: varianten van een Duitse '*terme de grâce*' 404
8.4.1 Nóg verenigbaar: de *Appellentscheidung* 404
8.4.1.1 Toepassing van de Appellentscheidung 406
8.4.1.2 Rechtsgevolgen van de Appellentscheidung 411
8.4.1.3 Toelaatbaarheid van de Appellentscheidung 413
8.4.1.4 Reactie van de wetgever op Appellentscheidungen 414
8.4.1.5 Resumerend 415
8.4.2 De Unvereinbarerklärung 416
8.4.2.1 Toepassingsbereik 417
8.4.2.2 Rechtsgevolgen 423
8.4.2.3 De wetgever en onverenigbaarverklaringen 428
8.4.2.4 De rechtsgevolgen samengevat 435
8.4.2.5 Kritiek 435
8.4.2.6 Resumerend 438
8.4.3 Tijdelijke regelingen 439
8.4.3.1 Tijdelijke toepasbaarheid 441
8.4.3.2 Modificerende regelingen 445
8.4.4 De mogelijkheid van schadevergoeding 453
8.5 Afsluitende opmerkingen 456

9 DE 'OPEN REMEDY' IN HET VERENIGD KONINKRIJK 459
9.1 Inleiding 459
9.2 Schets van het Britse stelsel van rechtsbescherming 460
9.2.1 Parlementaire wetgeving 460
9.2.2 Rechtspraak en rechtsbescherming tegen de overheid 462
9.2.2.1 Het stelsel van rechtspraak 462
9.2.2.2 Public Law: rechtsbescherming tegen de overheid 464
9.2.3 Bescherming van fundamentele rechten in het Verenigd Koninkrijk 466
9.2.3.1 De doctrine van parlementaire soevereiniteit 467

9.2.3.2 'Common law principles' als bron van grondrechten 472
9.2.3.3 De mensenrechtenverdragen 477
9.3 Constitutionele remedies onder de Human Rights Act 1998 484
9.3.1 Het stelsel van de HRA in vogelvlucht 486
9.3.1.1 De methode van incorporatie 486
9.3.1.2 Binding aan Straatsburgse rechtspraak 488
9.3.1.3 Wetgeving in strijd met de Conventie 494
9.3.1.4 Over rechterlijke interpretatie en het wetgevingsproces 495
9.3.2 Conforme interpretatie van wetgeving (artikel 3 HRA) 498
9.3.2.1 De parlementaire geschiedenis van artikel 3 HRA 500
9.3.2.2 De vroege rechtspraak 501
9.3.2.3 Ghaiden v. Godin-Mendoza en daarna 507
9.3.2.4 Resumerend 510
9.3.3 De verklaring van onverenigbaarheid (artikel 4 HRA) 511
9.3.3.1 De bevoegdheid tot het uitspreken van de verklaring 512
9.3.3.2 De rechtsgevolgen van de verklaring 513
9.3.3.3 In welke gevallen kiest de rechter voor een onverenigbaarheidsverklaring? 515
9.4 Uitgeleide 518

10 CONSTITUTIONELE DIALOGEN OVER GRONDRECHTEN IN CANADA 521
10.1 Inleiding 521
10.2 Wetgeving en grondrechtenbescherming 522
10.2.1 Object van toetsing 522
10.2.2 De organisatie van de toetsing: het stelsel van rechtspraak 523
10.2.3 Maatstaf van toetsing: van grondrechtencatalogi… 524
10.2.4 …naar het *Charter of Rights and Freedoms* 525
10.2.5 Resumerend 527
10.3 Constitutionele remedies in enge zin 527
10.3.1 De hoofdregel: onverbindendheid 528
10.3.1.1 Grondslag voor en na 1982 528
10.3.1.2 De rechtsgevolgen: retrospectieve werking 531
10.3.1.3 Methoden ter beperking van de nadelige gevolgen 533
10.3.1.4 Resumerend 536
10.3.2 Opschorten van nietigheid (*suspended invalidity*) 537
10.3.2.1 De Manitoba Language Rights Reference en de rule of law 537
10.3.2.2 Gebruik in anti-discriminatiekwesties: Schachter v. Canada 541
10.3.2.3 De periode na Schachter: naar het faciliteren van een dialoog met de wetgever 542
10.3.2.4 Resumerend 546
10.3.3 Gedeeltelijke nietigheid of *'severance'* 547
10.3.4 Conforme interpretatie (*'reading down'* en *'reading in'*) 550
10.3.5 Resumerend 555
10.4 Procesrechtelijke remedies (geboden en schadevergoeding) 558

10.5 De dialoog als legitimatie van rechterlijke rechtsvorming? 560
10.5.1 Theorieën omtrent de constitutionele dialoog 561
10.5.1.1 Dialoogmodellen: van 'authorative' naar 'persuasive authority' 563
10.5.1.2 Uiteenlopende dialoogmodellen 564
10.5.1.3 Resumerend 569
10.5.2 De constitutionele dialoog in Canada 570
10.5.2.1 Constitutionele dialoog in de literatuur 572
10.5.2.2 Inpassing in de bestaande dialoogtheorie 574
10.5.2.3 Constitutionele dialoog in de rechtspraak 575
10.5.2.4 Constitutionele dialoog als bron van legitimatie 575
10.5.2.5 Constitutionele dialoog als ideaal 577
10.5.2.6 Constitutionele dialoog als ideaal II: als ratio voor opschorting van de nietigverklaring 578
10.5.2.7 Constitutionele dialoog als reden voor judicial restraint in 'second-look' zaken 579
10.5.2.8 De 'limits of dialogue': effectieve rechtsbescherming 581
10.5.2.9 Resumerend 583
10.5.3 De 'Notwithstanding Clause' van artikel 33 Charter 584
10.5.3.1 Specifiek gebruik van s. 33 585
10.5.3.2 Preventief gebruik en retrospectieve werking 586
10.5.3.3 Het gebruik van s. 33 in de praktijk 587
10.5.3.4 De dialoog samengevat 592
10.5.4 Resumerend 593
10.6 Uitgeleide 595

DEEL IV – AFRONDING 597

11 NAAR EEN *TERME DE GRÂCE* ALS ZWAKKE REMEDIE MET STERKE KANTEN 599
11.1 Inleiding 599
11.2 Remedies in Nederland 599
11.3 De grenzen van conforme interpretatie en buiten toepassing laten 601
11.4 Afzien van een remedie 603
11.4.1 Vorm en gevolgen van abstineren 604
11.4.2 Schadevergoeding 605
11.5 Effectieve rechtsbescherming 607
11.5.1 De Europese dimensie: het Straatsburgse perspectief 607
11.5.1.1 Toepasselijkheid van artikel 13 EVRM 607
11.5.1.2 Schadevergoeding 608
11.5.1.3 Toelaatbaarheid van de *terme de grâce* 609
11.5.2 Het Luxemburgse perspectief 611
11.6 Betekenis van de rechtsvergelijking 612
11.6.1 De *terme de grâce* in vergelijkend perspectief 614
11.6.2 Het Britse stelsel 614
11.6.3 Het Duitse stelsel 615
11.6.4 Het Canadese stelsel 616
11.6.5 Evaluatie 617

11.7 Aanbevelingen 618
11.7.1 Naar een coherentere invulling van effectieve rechtsbescherming 618
11.7.2 Het toetsingskader van de nationale rechter 619
11.7.3 Meer aandacht voor de positie van de klager: schadevergoeding 621
11.7.4 Betere dialoog: naar een constitutionele lus 621
11.8 Slotakkoord: de *terme de grâce* in de optocht door de tijd 626

SUMMARY 629
LITERATUURLIJST 647
JURISPRUDENTIEREGISTER 695
TREFWOORDENREGISTER 721
CURRICULUM VITAE 731

Lijst van afkortingen

A-G	Advocaat Generaal
AAe	Ars Aequi
AB	AB Rechtspraak Bestuursrecht (Administratiefrechtelijke Beslissingen)
ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State
AC	Law Reports: Appeal Cases
AGBRvS	Afdeling Geschillen van bestuur van de Raad van State
ARRvS	Afdeling Rechtspraak van de Raad van State
AVG	Angestelltenversicherungsgesetz
AVRM	Amerikaans Verdrag voor de Rechten van de Mens
avv	algemeen verbindend voorschrift
Awb	Algemene wet bestuursrecht
BW	Burgerlijk wetboek
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BNB	Beslissingen in Belastingzaken – Nederlandse Belastingrechtspraak
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgericht
CA	Constitution Act / Court of Appeal
CBb	College van beroep voor het bedrijfsleven
ChD	High Court Chancery Division
Co Rep	Coke's King's Bench Reports
CRvB	Centrale Raad van Beroep
Diss	Dissertatie
DLR	Dominion Law Reports
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
ECA	European Communities Act
ECJ	European Court of Justice
ECHR	European Convention on Human Rights
ECRM	Europese Commissie voor de Rechten van de Mens
ECtHR	European Court of Human Rights
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EG	Europese Gemeenschap

EHRC	European Human Rights Cases
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EP	Europees Parlement / Eerste Protocol (bij het EVRM)
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens
FC	Federal Court
GG	Grundgesetz
GHvJNAA	Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba
GvEA	Gerecht van Eerste Aanleg
Gw	Grondwet
HC	High Court
HL	House of Lords, Appellate Committee
HmbPSchG	Hamburgischen Passivraucherschutzgesetz
HR	Hoge Raad
HRA	Human Rights Act 1998
HRC	Human Rights Committee
HvJEG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap
HvJEU	Hof van Justitie van de Europese Unie
HvJNA	Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen
ILC	International Law Commission
IVBPR	Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
IVRD	Internationaal Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie
JABW	Jurisprudentie Algemene Bijstandswet
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
Jo	Juncto
Jur	Jurisprudentie Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
JZ	Juristenzeitung
KBD	High Court King's Bench Division
KG	Kort Geding
LG	Landesgericht
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
m.nt.	Met noot
MuSchG	Mutterschutzgesetz
MvT	Memorie van Toelichting
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
PC	Privy Council
QBD	High Court Queen's Bench Division
Rb	Rechtbank
RO	Wet op de rechterlijke organisatie
RSV	Rechtspraak Sociale Verzekeringen
RvdW	Rechtspraak van de Week
SCC	Supreme Court of Canada
SCR	Supreme Court Reports (Canada)

Sr	Wetboek van Strafrecht
SrNA	Wetboek van Strafrecht Nederlandse Antillen
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
TCE	Tribunals, Courts and Enforcement Act
UKHL	United Kingdom House of Lords Appellate Committee
UKPC	United Kingdom Privy Council
UKSC	United Kingdom Supreme Court
USSC	United States Supreme Court
USZ	Uitspraken Sociale Zekerheid
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VG	Verwaltungsgericht
VN	Verenigde Naties
Vw	Vreemdelingenwet
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
W	Weekblad voor het recht
WAO	Wet arbeidsongeschiktheid
Wbbo	Wet bestuursrechtspraak bedrijfsorganisatie
Wbp	Wet bescherming persoonsgegevens
Whv	Wet herstructurering varkenshouderij
WLR	Weekly Law Reports
WMO	Wet maatschappelijke ondersteuning
WVW	Wegenverkeerswet
YJCEA	Youth Justice and Criminal Evidence Act
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

1 Inleiding

1.1 Het vertrekpunt

Gelijk hebben is niet hetzelfde als gelijk krijgen. Evenmin als gelijk krijgen hetzelfde is als krijgen wat men wil. Iedereen die weleens een verhitte discussie voerde met een medewerker van de Nederlandse Spoorwegen kan daarover meepraten. In veel gevallen heeft zo'n medewerker, conform de gevolgde kadercursus Voortgezette Klantvriendelijkheid 3, alle begrip voor het standpunt van de reiziger. Hij kan daar echter niets aan doen: 'u moet niet bij mij zijn, maar bij de directie'.

Deze laatste redenering – 'u hebt helemaal gelijk, maar ik kan er niets aan doen' – treft men ook in de juridische context aan. Vooral als de rechter bij de uitleg en de toepassing van de wet de grenzen van zijn constitutionele rol in het vizier krijgt. Regels zijn nu eenmaal regels, en de rechter is maar beperkt in staat of bevoegd om die regels te veranderen of anders toe te passen dan zij oorspronkelijk bedoeld waren. Wie het met die regels niet eens is moet maar bij de directie gaan klagen. In de democratische rechtsstaat zoals wij die in Nederland begrijpen, is dat de wetgever.[1]

Dat neemt niet weg dat die regels soms bijzonder *unfair* uitpakken voor justitiabelen. Gebeurt dat, dan maakt de rechter geregeld creatief gebruik van de marges die het recht hem laat, om tot een acceptabele oplossing van het geschil te komen.[2] Die creativiteit heeft grenzen, staatsrechtelijke grenzen. Het uit de lucht grijpen van regels die in schril contrast staan met het wettelijk stelsel, die gevoelige politieke keuzes inhouden en die verstrekkende gevolgen kunnen hebben voor overheid en samenleving, dat is iets voor regering en parlement, en niet voor de rechter – ook als dat tot gevolg heeft dat toepassing van de regels in het voorliggende geval bijzonder schrijnend is. Wat bijvoorbeeld te denken van de moeder die op een afgrijselijke manier werd geconfronteerd met het verminkte lichaam van haar overreden dochtertje? De Hoge Raad

---

1 Voor veel auteurs gaat een dergelijke voorstelling van zaken te ver. Vranken bijvoorbeeld, ziet rechter en wetgever niet in arbeidsrechtelijke termen, maar als gelijkwaardige '*partners in the business of law*'. Zie bijv. Vranken 2006, p. 8-9. Daarop is hij vanuit staatsrechtelijke hoek aangevallen (vgl. o.m. Kortmann 2005; Bovend'Eert 2009; Schutte 2009). Hoewel ik hier wellicht anders suggereer, sluit ik mij bij die kritiek slechts zeer gedeeltelijk aan. Zie par. 4.3.1.

2 Onder 'aanvaardbaar' versta ik in dit geval een oplossing die aansluit bij de in de samenleving heersende opvattingen. Zie daarover uitvoerig Rijpkema 2001. Tevens: Bell 1983.

wees haar vordering op vergoeding van affectieschade af omdat het Nederlandse recht daarin niet voorzag.[3] Hoewel hij erkende dat het recht op dit punt mogelijk niet meer aansloot bij de huidige maatschappelijke opvattingen, vond de Raad dat het aan de wetgever was om zich over de kwestie met de samenleving *auseinanderzusetzen*. Het is in dit soort gevallen dat juristen trots hun potjeslatijn aan de teleurgestelde justitiabele voorhouden. *Lex dura sed lex:* ook de hardvochtige wet is de wet. Wie het niet met die wet eens is, moet zijn volksvertegenwoordiger schrijven.

Het wordt anders wanneer de burger zich er op beroept dat de wet, of haar toepassing, onverenigbaar is met een mensenrecht, vooral als dat mensenrecht is vastgelegd in een 'ieder verbindende' verdragsbepaling in de zin van artikel 94 Grondwet. De kreet dat de wet 'onbillijk' is, wordt dan vertaald in het juridische argument dat de wet een onaanvaardbare inbreuk maakt op een recht van de justitiabele. De rechter hoeft dit argument uiteraard niet te aanvaarden. Doet hij dat wel, dan ligt het niet voor de hand dat hij de kwestie aan de wetgever overlaat. Het is één ding om te zeggen dat de burger de toepassing van een onredelijke wet moet dulden. Het heeft een heel andere morele lading te zeggen dat de burger zich een mensenrechtenschending moet laten welgevallen omdat 'de baas', de wetgever dus, dit nu eenmaal zo wilde.[4] Daar komt bij dat veel mensenrechten gecodificeerd zijn in juridisch bindende documenten zoals grondwetten en verdragen.[5] Deze documenten komt in veel gevallen op de één of andere manier voorrang toe boven nationale wetgeving. Past de rechter de, naar zijn oordeel met zulke grondrechten conflicterende, wetgeving ongewijzigd toe, dan laat hij niet alleen een mensenrechtenschending bestaan, maar handelt hij daarmee ook in strijd met rechtsregels die volgens het positieve recht voorrang op de wet hebben.

Toch gebeurt het regelmatig, dat de Nederlandse rechter in het hem voorgelegde geschil weigert de consequenties te trekken uit de door hemzelf geconstateerde strijd tussen de wettelijke regeling en een mensenrecht. Het opheffen van die strijd laat hij dan, in elk geval tijdelijk, over aan regering en parlement. In goed Nederlands heet het dan dat hij de wetgever een '*terme de grâce*' gunt.[6] Zo'n *terme de grâce* is niet iets typisch Nederlands. Ook rechters in andere landen gunnen de nationale wetgever geregeld enig respijt alvorens zij de consequenties trekken uit de geconstateerde strijd tussen wettelijke regeling en het grondrecht in kwestie. In Duitsland noemt men dat een *Repara-*

3 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002/240.

4 Deze stelling verdient uiteraard enige nuancering in de zin dat met de stormachtige groei van mensenrechten, de morele lading van de term aan inflatie onderhevig is. Waar een welgestelde belastingplichtige zich op mensenrechten beroept om onder een relatief bescheiden bijtelling uit te komen, is nauwelijks nog te spreken van een 'extra' morele impact van het mensenrechtenberoep.

5 Zoals ik hierna uitleg, gebruik ik de termen 'mensenrecht', 'grondrecht' en 'fundamenteel recht' hier enigszins willekeurig.

6 Vgl. bijv. Happé & Gribnau 2007, p. 454.

turfrist. In de Angelsaksische literatuur heet het dat de klager zijn succesvolle beroep gehonoreerd ziet met een 'open' of een 'zwakke' remedie.[7] De remedie bestaat er dan uit, dat de rechter de wetgever wijst op het constitutionele probleem, zodat deze daarvoor een oplossing kan verzinnen.

1.2 De context

Het 'op termijn stellen' van de wetgever, zoals het weleens wordt genoemd, geniet in toenemende mate de aandacht. Dat heeft voor een belangrijk gedeelte te maken met de veranderende positie van de rechter in de samenleving. Die veranderende positie van de rechter is op haar beurt in verband te brengen met de stormachtige opkomst van grond- en mensenrechten wereldwijd. Oorlog, burgeroorlog en emancipatie leidden in de loop der tijd in verreweg de meeste landen tot de opname van fundamentele rechten in nationale grondwetten. Daarvan kreeg ook de internationale rechtsorde haar deel. De Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens was de opmaat voor een indrukwekkende reeks mensenrechtenverdragen. In de halve eeuw die volgde groeiden die verdragen uit van instrumenten van buitenlandse politiek in het tijdvak van de Koude Oorlog, tot de basis voor een vergaande constitutionalisering van de nationale en de internationale rechtsorde. De wereld was getuige van het ontstaan van regionale toezichtmechanismen, zij zag de geboorte van de Europese, en Inter-Amerikaanse hoven voor de Rechten van de Mens.

Nationale rechters, die in veel landen aanvankelijk verre bleven van de toepassing van deze instrumenten, zijn gedurende die halve eeuw steeds enthousiaster geworden in de handhaving ervan. Na een decennium van koudwatervrees, liep de Nederlandse rechter daarin voorop. De monistische inslag van het Nederlandse staatsrecht heeft daar ongetwijfeld toe bijgedragen. Vroeger of later volgden de rechters van vele andere landen. De scheidslijn tussen het monisme en het dualisme verwaterde, terwijl nationale rechters zich, gesteund door supranationale hoven, commissies en comités, opwierpen als de beschermheren, en gelukkig in steeds ruimere mate ook beschermvrouwen, van fundamentele rechten. Het mensenrechtendiscours groeide en bloeide, niet alleen in omvang maar ook in reikwijdte. De arm van het rechtendiscours reikte in de loop der jaren naar alle terreinen van het maatschappelijk leven. Terreinen die van oudsher tot de soevereine bevoegdheid van staten behoorden, constitutionaliseerden in rap tempo: de toelating en uitzetting van vreemdelingen, kwesties van oorlog en vrede, het kiesrecht, de inrichting van de rechtspraak. Zelfs de VN-Veiligheidsraad bleek niet immuun voor de lange arm van de mensenrechten.[8] De ontwikkeling bleef ook niet beperkt tot het

7 Vgl. Sathanapally 2012.

8 Zie o.a. de commotie die ontstond na de zogenaamde *Kadi*-jurisprudentie. Over deze thematiek nader: Wessel 2006; Eeckhout 2007; Van Emmerik 2008b.

publiekrecht. Ook in private verhoudingen groeide de afgelopen decennia de rol van fundamentele rechten en beginselen.[9] '*Rights discourse*' is, kortom, een begrip geworden dat tot alle facetten van het recht is doorgedrongen en daar een prominente plek heeft opgeëist.[10]

Met het gegroeide belang van mensenrechten kwamen ook de zorgen. Want die mensenrechten mogen dan een prachtig ideaal zijn, ze zijn rijkelijk vaag als het erop aankomt om praktische antwoorden te genereren op allerhande maatschappelijke vragen. Ze vragen om afweging met andere belangen. Daar komt bij dat het mensenrechtendiscours de afgelopen decennia een ontwikkeling doorgemaakt heeft. Niet langer worden ze uitsluitend beschouwd als grenzen aan politieke bevoegdheid, zoals de Amerikaanse rechter Learned Hand hen ooit omschreef.[11] In toenemende mate wordt aan het concept een positieve invulling gegeven. Mensenrechten geven recht op vrijheid, op ontplooiing, op waardigheid. Zo kan het gebeuren dat mensenrechten dwingen tot strafrechtelijke vervolging van derden, tot het voorzien in medische zorg en huisvesting, tot desegregatie van scholen, en tot de plicht om een vreemdeling toe te laten tot het land. Maar gekoppeld aan die inherente vaagheid van mensenrechten, levert dat een probleem op voor de rechter. In veel gevallen zijn met het effectueren van zulke rechten gevoelige keuzes gemoeid. Keuzes die te maken hebben met het vaststellen van de reikwijdte van een recht, met de afweging van dat recht met andere belangen en met de wijze waarop het moet worden geïmplementeerd.

De eerste decennia na de Tweede Wereldoorlog werd het nog niet zo gezien. Optimisme en een geloof in de maakbaarheid van de samenleving gaven rechters in verschillende landen vleugels. In de Verenigde Staten oordeelde het Hooggerechtshof dat er een eind moest komen aan de segregatie op scholen. Het gaf de autoriteiten opdracht daar *'with all deliberate speed'* wat aan te doen. In Duitsland wierp het Federale Constitutionele Hof zich op als de hoeder van de ongeboren vrucht. In Nederland hakte de Hoge Raad knopen door met betrekking tot het stakingsrecht en de positie van ouders en kinderen na echtscheiding. Die gewijzigde rollen van rechter en grondrechten hebben geleid tot een hernieuwde en geïntensiveerde aandacht voor de legitimatie van zulke rechtsvorming. Het traditionele beeld van de rechter die slechts vaststelt wat rechtens is, en vervolgens 'doet wat nodig is' om het recht te handhaven is onder vuur komen te liggen. De rechter wordt tegenwoordig nog maar zelden beschouwd als een *bouche des droits de l'homme*. In dat model,

9 Zie voor de Nederlandse rechtspraktijk o.a. de preadviezen van Barkhuysen & Van Emmerik, van Ploeger (Vereniging voor Burgerlijk Recht, 2005), en van Smits (Vereniging voor Rechtsvergelijking, 2003).

10 Zie over deze ontwikkeling o.a. Von Bogdandy 2009.

11 Hand 1958.

zo luidt de kritiek, zou de rechter een te groot stempel drukken op kwesties die in wezen politiek van aard zijn.[12]

Deze hernieuwde aandacht voor de rol van de rechter heeft geleid tot een indrukwekkende reeks nieuwe theorieën. Veel van die theorieën betreffen de toegang tot de rechter en het proces van rechtsvinding. De afgelopen jaren was er in toenemende mate aandacht voor de laatste fase van het rechterlijk proces: de fase waarin rechterlijke toetsing wordt omgezet in concrete stappen. Het gaat dan om de rechtsgevolgen van het rechterlijk toetsingsoordeel, om de uitspraakbevoegdheden van de rechter en om de wijze waarop deze in een remedie kan voorzien.[13] In dat verband mogen zogenaamde 'open' of 'zwakke' remedies zich tegenwoordig in groeiende populariteit verheugen. Zulke remedies werden recent als volgt omschreven:

> 'Open remedies in human rights adjudication comprise a range of declaratory mechanisms by which courts communicate their conclusion that human rights have been violated but instead of devising an executory order or invalidating legislation, they invite the other branches of government to decide how to address the identified human rights problem. When used in relation to legislation, these remedies function as "legislative remand": returning the matter to the legislature for consideration'.[14]

Bij zulke zwakke remedies kan men denken aan de *declaration of incompatibility* in het Verenigd Koninkrijk, de *delayed declaration of invalidity* in Canada en de *Unvereinbarerklärung* in Duitsland.[15]

Zwakke remedies werken vooral indirect. Zij bieden de gedupeerde van een mensenrechtenschending niet direct een oplossing, maar zij laten dat over aan de andere staatsmachten, vooral de wetgever. Dat heeft belangrijke potentiële voordelen. Zo stelt het de rechter in staat om zich uit te spreken over de mensenrechtelijke kwaliteit van wetgeving zonder dat hij geconfronteerd wordt met lastige implementatiekwesties die veelal politieke keuzes met zich brengen. Daarnaast laat de rechter met zo'n 'zwakke' remedie ruimte voor de wetgever om er anders over te denken. Bij de beslissing óf en hoe het rechterlijk declaratoir geïmplementeerd moet worden, heeft de wetgever dan de ruimte. De zorgen die de rechterlijke bescherming van grondrechten veelal oproept, worden zo verminderd.

Aan zwakke remedies zijn echter ook belangrijke nadelen verbonden. Wordt met dit soort remedies bijvoorbeeld wel voldoende recht gedaan aan

12 Zo bijv. Waldron 1999.
13 Vgl. o.a. Roach 2004; Sathanapally 2012. Zie in de Nederlandse context o.m.: De Lange 1999; Sillen 2010.
14 Sathanapally 2012, p. 3.
15 Zie art. 4 *Human Rights Act* 1998. Voorts de hoofdstukken over het VK, Canada en Duitsland.

het beginsel van effectieve rechtsbescherming?[16] Dat beginsel wordt beschouwd als een essentieel onderdeel van de rechtsstaat.[17] Het verzekeren van fundamentele rechten heeft immers weinig zin, als zij niet daadwerkelijk verzekerd worden. *Ubi ius, ibi remedium*: 'it is a settled and invariable principle in the laws of England that every right, when withheld, must have a remedy, and every injury its proper redress', zo vatte Blackstone het ooit samen en het zinnetje is vervolgens de wereld overgegaan.[18] De *locus classicus* is in dat verband een overweging van het Amerikaanse Hooggerechtshof uit 1803:

> 'The very essence of civil liberty certainly consists in the right of every individual to claim the protection of the laws whenever he receives an injury. One of the first duties of government is to afford that protection (…). The Government of the United States has been emphatically termed a government of laws, and not of men. It will certainly cease to deserve this high appellation if the laws furnish no remedy for the violation of a vested legal right'.[19]

Het belang van effectieve rechtsbescherming is tegenwoordig vastgelegd in diverse grondwetten en verdragen. Soms neemt de garantie ervan zelfs de gedaante aan van een individueel recht.[20] Zo verklaart de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens in artikel 8:

> 'Everyone has the right to an effective remedy by the competent national tribunals for acts violating the fundamental rights granted him by the constitution or by law'.

De verklaring vormde de opmaat voor soortgelijke bepalingen in een reeks VN-verdragen. De bekendste ervan is artikel 2, derde lid, van het IVBPR.[21]

---

16 De open remedie is ook te beschouwen als materieel wetgevingsbevel. Een andere kwestie is dan ook hoe zij zich verhoudt tot kwesties van machtenscheiding. Zie hierover uitgebreid de dissertatie van Geerten Boogaard (2013).

17 Vgl. Barkhuysen 1998, p. 1; Shelton 2005, p. 465.

18 Zie Blackstone 1765, p. 23.

19 USSC 24 februari 1803, 5 *U.S.* (1 Cranch) 137 (*Marbury v. Madison*).

20 Zie, voor wat betreft nationale grondwetten, bijv. het Duitse art. 19 lid 4 GG. Soortgelijke bepalingen treft men eveneens aan in de statelijke grondwetten van 35 staten in de VS. Vgl. art. 19 van de grondwet van Maryland: 'That every man, for any injury done to him in his person or property, ought to have remedy by the course of the Law of the Land, and ought to have justice and right, freely without sale, fully without any denial, and speedily without delay, according to the Law of the Land'. Het recht komt, impliciet, in sommige grondwetten ook tot uitdrukking in een bijzondere rechtsweg voor grondrechtenschendingen. Een voorbeeld is het recht op *ampáro* dat in de Spaanstalige wereld geen onbekend verschijnsel is. Zie bijv. art. 53 lid 2 van de *Constitución Espagnolá* 1978, en de artikelen 103 en 107 van de Mexicaanse grondwet.

21 De gespecialiseerde VN-mensenrechtenverdragen kennen soortgelijke bepalingen. Zie de artt. 6 en 14 IVRD, de artt. 13 en 14 van het Anti-Folterverdrag, en art. 2, sub c van het Vrouwenverdrag.

Hetzelfde geldt voor de regionale mensenrechtenverdragen. Zowel het Amerikaanse Verdrag voor de Rechten van de Mens, als het EVRM, erkent het recht op effectieve rechtsbescherming bij de schending van mensenrechten.[22] Voor de Nederlandse rechtsorde is vooral artikel 13 EVRM in dat verband van groot belang. Ook de Europese Unie garandeert, tot slot, een recht op effectieve rechtsbescherming. Dat deed het al in de rechtspraak van het Hof van Justitie.[23] Tegenwoordig is dat ook vastgelegd in artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten van de Unie.

Al deze uitingen van het eminente belang van effectieve rechtsbescherming verhullen echter nauwelijks dat mensenrechtenschendingen in veel gevallen niet geremedieerd worden. In haar standaardwerk over remedies in het internationale recht, merkt de Amerikaanse voorzitster van de Inter-Amerikaanse Commissie voor de Rechten van de Mens, Shelton, op:

> 'The latin maxim ubi jus ibi remedium (…) is not, and perhaps cannot be, strictly observed in practice. Rights have gone unremedied in the past, and some will go unremedied in the future. Yet, remedies such as injunctions that national judicial bodies were once reluctant to impose, because they were perceived to exceed the judicial power, or believed to be unenforceable, are now taken for granted'.[24]

Het citaat van Shelton markeert het onderwerp van deze dissertatie. Effectieve rechtsbescherming van mensenrechten vergt van de rechter soms dat hij de grenzen van zijn constitutionele mandaat opzoekt. Soms doet hij dat niet. Hij laat het dan aan de wetgever over om de schending te verhelpen. Stelt hij wel vast dat het mensenrecht is geschonden, dan zou men dat een open, of een zwakke, remedie kunnen noemen. Vanuit het perspectief van de verhouding tussen rechter en wetgever kan men ook van een *terme de grâce* spreken. De vraag is, wat daarvan te vinden.

1.3 Onderwerp en onderzoeksvragen

In deze dissertatie onderwerp ik de Nederlandse variant van de zwakke remedie, de 'terme de grâce', aan een systematisch onderzoek. Het gaat daarbij om een, overwegend, positiefrechtelijke analyse van het verschijnsel dat de Nederlandse rechter abstineert wanneer hij een beroep op een mensenrecht bij de toetsing van wetgeving aan ieder verbindend verdragsrecht gegrond acht. Mijn analyse heeft drie dimensies.

---

22 Zie de artt. 25 AVRM en 13 EVRM.

23 Zie o.m. HvJEG 10 april 1984, C-14/83 (*Von Colson & Kamann*); HvJEG 15 mei 1986, C-222/84 (*Johnston*); HvJEG 19 juni 1990, C-213/89 (*Factortame*).

24 Shelton 2005, p. 21.

De eerste dimensie heeft betrekking op de *terme de grâce* zélf. Ik bespreek in dat verband de rechterlijke gereedschapskist bij de toetsing van wetgeving aan verdragen, en ik ga in op de vraag in welke gevallen de rechter besluit van zijn gereedschap geen gebruik te maken. Vervolgens bezie ik welke gevolgen die beslissing heeft voor justitiabelen en de andere staatsmachten. De tweede dimensie is normatief van aard. Ik evalueer de *terme de grâce* in het licht van het beginsel van effectieve rechtsbescherming zoals dat vorm heeft gekregen in het Europese recht. Hoewel het dus om een normatief aspect van de studie gaat, hanteer ik daarvoor een positiefrechtelijk kader. De Europese rechtspraak op dit punt wordt kritisch besproken en vervolgens naast de rechtspraak van de Nederlandse rechter gelegd. De derde dimensie, tot slot, is rechtsvergelijkend. Ik bezie in hoeverre de *terme de grâce* voorkomt in de rechtsstelsels van Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en Canada.

Waarom rechtsvergelijking? In de eerste plaats interesseert mij óf het 'op termijn zetten' van de wetgever vaker voorkomt. Komt het, in de geselecteerde landen, ook weleens voor dat de rechter juist níet abstineert? En hoe zorgt hij dan voor een balans tussen rechtsbescherming en rechterlijke terughoudendheid? In de tweede plaats is de vormgeving van de *terme de grâce* een bron van nieuwsgierigheid. Dat geldt, ten derde, ook het afwegingskader dat de rechters in die landen hanteren: in welke gevallen geven zij voorrang aan de belangen van de klager, en in welke gevallen achten zij het beter om dat niet te doen. De resultaten van die rechtsvergelijking kunnen bovendien inspiratie bieden bij het nadenken over een eventuele verbetering van het Nederlandse model.

Waarom deze landen? In de eerste plaats omdat ik de taal, respectievelijk – in het Canadese geval – de talen, van die landen spreek. Dat maakt het onderzoek naar zulke landen praktisch mogelijk. Een onderzoek naar het eventuele bestaan van een *terme de grâce* in Japan was lastiger geweest. In de tweede plaats is over deze landen in ruime mate literatuur beschikbaar. Het maakt het mogelijk om wat dieper in de achtergronden van de verhouding tussen rechter en wetgever in die landen te duiken en mij niet tot *black letter law* te beperken. Tot slot hebben deze drie landen elk een bijzondere eigenschap. Duitsland vormt, samen met de Verenigde Staten, hét voorbeeld bij uitstek van een land met een traditie van sterke rechterlijke toetsing. Die toetsing is wettelijk gereguleerd en ondergebracht bij een constitutioneel hof dat over vergaande bevoegdheden beschikt. Het Verenigd Koninkrijk is in dat verband te beschouwen als tegenpool. Dat land kent juist een lange traditie van parlementaire soevereiniteit en dus een relatief beperkte rol voor de rechter. Toetsing van wetgeving is tegenwoordig wel mogelijk, en vindt gespreid plaats, maar daarbij is de Britse rechter aangewezen op zwakke

remedies.[25] Canada neemt een middenpositie in. Het land deelde decennialang de traditie van parlementaire soevereiniteit, zij het dat daarop uitzonderingen golden, maar voerde in de tachtiger jaren rechterlijke toetsing van wetgeving in. Bijzonder is dat de wetgever destijds de bevoegdheid kreeg om de werking van toetsingsoordelen van de Canadese rechter te beperken. Dat heeft volgens veel Canadese commentatoren geleid tot een nuttige dialoog tussen rechter en wetgever. Juist die dialoog wordt, volgens diezelfde commentatoren, voor een belangrijk deel gevoed en bepaald door de wijze waarop de Canadese rechter gebruik maakt van zijn gereedschapskist.

Een en ander leidt tot de volgende onderzoeksvragen:

1. *Op welke wijze gaat de Nederlandse rechter om met formele wetgeving die, naar hij heeft vastgesteld, een schending oplevert van fundamentele rechten neergelegd in een ieder verbindende bepalingen van mensenrechtenverdragen? Welke constitutionele remedies staan hem ten dienste, en in welke gevallen ziet hij ervan af in een remedie te voorzien? Welke rechtsgevolgen heeft deze beslissing?*
2. *Hoe moet de terme de grâce worden gewaardeerd vanuit de Europeesrechtelijke beginselen van effectieve rechtsbescherming en, in het geval van het Unierecht, voorrang?*
3. *Op welke wijze worden schendingen van fundamentele rechten in, respectievelijk, Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en Canada door de rechter geremedieerd? Over welke constitutionele remedies beschikken de rechters in deze landen en (in welke gevallen) zien zij ervan af daarin te voorzien? Welke rechtsgevolgen vloeien uit een dergelijke beslissing voort?*
4. *Levert de rechtsvergelijkende analyse inzichten op die bruikbaar zijn bij het streven naar een balans tussen effectieve rechtsbescherming en democratische idealen? Kunnen die inzichten vertaald worden in constitutionele wetgeving of jurisprudentie?*

1.4 Afbakening en verantwoording

Ik beperk me bij dit onderzoek tot de toetsing van formele wetgeving aan een ieder verbindende bepalingen van de mensenrechtenverdragen en aan het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie. Mensenrechtelijk verdragsrecht dat door de Nederlandse rechter niet als 'een ieder verbindend' wordt aangemerkt, betrek ik niet bij het onderzoek. Hoewel de *terme de grâce* een enkele keer ook voorkomt bij de toetsing van lagere regelgeving, ga ik

25 Waarbij ik 'toetsing' dan maar even niet op Kelseniaanse wijze, in de zin van het buiten toepassing laten, nietig verklaren of vernietigen van de wet bij strijd met hoger recht, gebruik. Zie Kelsen 1925, p. 287.

daarop niet in. De bijzondere positie van de wet in formele zin in Nederland rechtvaardigt dit. Ik beperk me tot slot ook tot een strikt juridische analyse. De *terme de grâce* is uiteraard op vele manieren te analyseren, van rechtsfilosofisch tot empirisch. Hoewel ik denk dat zulke inzichten zeer waardevol zijn, met name waar het empirisch onderzoek naar de reactie van de wetgever op rechterlijke oordelen, en rechtspsychologisch onderzoek naar hoe justitiabelen zuiver declaratoire remedies ervaren, acht ik mijzelf vooralsnog ongeschikt om zulk onderzoek uit te voeren. Ik laat dat graag aan anderen over.

Een uitvoerige studie, zoals een proefschrift, bestaat over het onderwerp van de constitutionele *terme de grâce* nog niet. Wel valt te wijzen op een reeks kortere bijdragen over het onderwerp. Met name de 'broedende kip in EVRM-zaken' van De Boer, in 1995, de oraties van Heringa, respectievelijk De Lange, en de afscheidsrede van Martens in 2000, waren richtinggevend.[26] In bredere zin verschijnen er bovendien regelmatig studies naar de rol van de rechter, of de grenzen van zijn rechtsvormende taak.[27] Geen van die studies echter, bevat een integrale analyse van de grenzen van de rechterlijke taak bij de doorwerking van Europese mensenrechten. Sommige studies behandelen de vraag hoe wenselijk dat is, sommige in welke gevallen de rechter daartoe overgaat. Geen van de studies besteedt expliciet aandacht aan de juridische status van zo'n uitspraak, aan de gevolgen ervan voor de justitiabelen en aan de mogelijke alternatieven. Wel verschijnen er soms studies op deelterreinen. Op de rechtsgevolgen van de toetsing van wetgeving is bijvoorbeeld onlangs nog ingegaan door Sillen.[28] Deze gaat echter maar beperkt in op de situatie dat wordt afgezien van het bieden van een remedie. Voor zover hij dat doet, in het kader van de temporele werking van toetsingsuitspraken, besteedt hij geen aandacht aan de Europese dimensie. Hetzelfde geldt voor het leerstuk van de doorwerking van internationaal recht in de nationale rechtsorde. Op dat punt verschenen er sinds 1992 drie proefschriften.[29] Het thema van de *terme de grâce* komt in deze proefschriften, soms zijdelings, aan bod. Ook voor zulke studies geldt evenwel dat zij geen aandacht schenken aan de Europese dimensie in de vorm van het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Zij beperken zich bovendien tot de doorwerking van internationaal recht. Een integrale behandeling van de twee belangrijkste internationale rechtsbronnen voor het Nederlandse recht, het EVRM en het Unierecht, ontbreekt. Evenmin wordt in zulke studies de kwestie in rechtsvergelijkend perspectief behandeld.

Ik heb in deze dissertatie voor een integrale behandeling gekozen. Dat betekent dat ik de *terme de grâce* bezie vanuit het nationale staatsrecht, maar

26 De Boer 1995 en Martens 2000a; Heringa 1996; De Lange 1999. Zie ook: Hartkamp 2000; Gerards 2008; Verhey 2009; Bovend'Eert 2009.

27 Zie recent De Werd 2004; Bovend'Eert 2009; De Poorter & Van Roosmalen 2009; De Poorter 2011.

28 Sillen 2010.

29 Brouwer 1992; Fleuren 2004; De Wit 2012.

ook vanuit het EVRM en het Unierecht. Ik rechtvaardig deze keuze voor mijzelf met de gedachte dat deze rechtsordes tegenwoordig integraal deel uitmaken van de Nederlandse rechtsorde, en dat het eigenlijk niet goed meer mogelijk is de invulling en de legitimatie van de rechterlijke functie in Nederland te onderzoeken door zuiver nationale rechtsbronnen in ogenschouw te nemen. Rechtsvergelijking is in dat verband niet noodzakelijk, maar het verrijkt, naar mijn overtuiging, wel de discussie. Aangezien een behandeling van het thema vanuit deze invalshoek, zoals betoogd, nu nog ontbreekt, wordt het hoog tijd de bladzijde om te slaan en daaraan te beginnen.

DEEL I HET NEDERLANDSE RECHT: CONSTITUTIONELE REMEDIES EN DE *TERME DE GRÂCE*

Meneer Van Dale wacht op antwoord.

Van Dale, eigenaar van een aantal woningen, vindt dat het hem onmogelijk wordt gemaakt om zijn woningen rendabel te verhuren. Aan de ene kant brengt de overheid hem rioolrechten in rekening. Aan de andere kant maximeert diezelfde overheid zijn huurprijs, en verbiedt zij hem de rioolrechten daarin door te berekenen. Van Dale ziet daarin een schending van artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM, het eigendomsrecht. De rechter zit ongemakkelijk naar Van Dale te luisteren. Wat als dat beroep op het EVRM terecht is?[1] Van Dale gelijk geven is één ding. Maar wie draait dan op voor de daaraan verbonden kosten? Bepaalt hij dat Van Dale zijn rioolrechten niet hoeft te betalen, dan is dat de gemeente. Betaalt Van Dale wel, maar mag hij de kosten aan zijn huurders in rekening brengen, dan worden die laatsten de dupe van de rechterlijke uitspraak. Kent hij Van Dale een schadevergoeding toe op basis van het aansprakelijkheidsrecht vanwege onrechtmatige wetgeving, dan betaalt de Staat. Zulke keuzes wil de rechter niet maken. De wachtende Van Dale krijgt als antwoord dat hij gelijk heeft, maar dat de kwestie 'de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat'. Het is aan de wetgever om de wet aan te passen. Maar geen nood. Laat 'Den Haag' te lang op zich wachten, dan mag Van Dale of een andere boze verhuurder nog eens terugkomen bij de rechter.

In dit deel gaat het om drie kwesties. Welke mogelijkheden hebben rechters om het Nederlandse recht in lijn te brengen met mensenrechtelijke verdragsverplichtingen? In welke gevallen zien zij ervan af om dat te doen? En wat zijn de gevolgen van die laatste beslissing, voor de burger en voor de wetgever? Het antwoord op die vragen begint met een systematische analyse van de rechterlijke gereedschapskist. Die analyse is vooral beschrijvend van aard. De evaluatie vindt in deel II plaats. Wel gaat het om een kritische beschrijving. Ik bezie hoe de rechtspraktijk zich verhoudt tot het geldende Nederlandse staatsrecht. Bovendien moeten bij de beschrijving van het geldende recht soms keuzes worden gemaakt. Ik maak die keuzes steeds met in het achterhoofd,

1 De casus is losjes gebaseerd op HR 29 oktober 2010, *BNB* 2011/51 m.nt. Pechler. In die zaak kwamen de HR en de feitenrechters evenwel tot de conclusie dat art. 1 EP bij het EVRM niet geschonden werd.

het uitgangspunt dat de rechter – binnen de grenzen van zijn mogelijkheden – zo veel mogelijk effectieve rechtsbescherming verleent.

Dit deel bestaat uit vier hoofdstukken. De kern wordt gevormd door de hoofdstukken 3 en 4, waarin – respectievelijk – de beschikbare remedies worden besproken en wordt bezien in welke gevallen de rechter ervan afziet om in een remedie te voorzien. Hoofdstuk 5 gaat vervolgens over de vraag welke gevolgen een en ander heeft voor de gedupeerde burger en voor de andere staatsmachten. Aan deze analyse gaat een inleidend hoofdstuk vooraf, waarin wordt ingegaan op de plaats van mensenrechten in de Nederlandse rechtsorde (hoofdstuk 2).

2 Het constitutionele mandaat van de rechter

2.1 INLEIDING

Het gaat in dit hoofdstuk om de context waarin de rechter opereert wanneer hij voor de keuze staat of, en zo ja hoe, hij rechtsbescherming moet bieden bij de toetsing van wetgeving. Die context wordt voor een groot deel gevormd door twee taken van de rechter: de ene om rechtsnormen – en daarmee de normenhiërarchie – te effectueren, en een tweede om grondrechten te beschermen. Men zou dit het constitutionele mandaat van de rechter kunnen noemen.[2] Het wordt grotendeels gevormd door de juridische erkenning van grondrechten. In Nederland gaat het dan niet om één enkele grondrechtencatalogus. Integendeel. Het gaat om een ingewikkeld gangenstelsel van documenten en beginselen.[3] Het hart van het gangenstelsel wordt tegenwoordig gevormd door de mensenrechtenverdragen. In sommige gevallen kan daarnaast een beroep worden gedaan op de grondrechten van de Europese Unie, die in de rechtspraak van het Hof van Justitie tot ontwikkeling zijn gekomen en die tegenwoordig zijn vastgelegd in het Handvest van de Grondrechten.[4] De eigen Grondwet speelt een bescheiden rol. Zij is evenwel het startpunt van de hier volgende bespreking. Bezien wordt welke plaats de respectievelijke grondrechtenbepalingen innemen in de nationale normenhiërarchie, in hoeverre de bepalingen ervan inroepbaar zijn voor de Nederlandse rechter en welke rol zij vervullen in het Nederlandse stelsel van mensenrechtenbescherming.[5]

---

2 De mandaatbenadering treft men reeds aan bij Van Panhuys, zij het in een wat andere context. Van Panhuys probeerde er de verhouding tussen het internationale recht enerzijds, en het nationale recht anderzijds mee te beschrijven. Zie Van Panhuys 1964; Van Panhuys 1966, p. 13. Claes (2005, p. 23 e.v.) blies deze benadering enige tijd terug nieuw leven in.

3 Nederland wijkt daarin af van de meeste andere landen op het Europese vasteland waar, naar Duits model, het zwaartepunt van de grondrechtenbescherming traditioneel ligt bij de nationale grondwet – in de meeste gevallen gehandhaafd door een constitutioneel hof. Vgl. in dat verband Von Beyme 1988, p. 24-25.

4 Zie daarover nader o.m.: McCrudden 2001; Eeckhout 2002; Barkhuysen & Bos 2011.

5 De vraag op welke wijze de Nederlandse rechter het hoofd biedt aan (dreigende) grondrechtenschendingen komt nog niet aan de orde. Daarop wordt nader ingegaan in hoofdstuk 3 (constitutionele remedies).

2.2 De Grondwet[6]

Periodiek wordt in Nederland een Staatscommissie ingesteld om de toekomst van de nationale Grondwet te bezien. Enkele jaren geleden was het weer zover. In de aanloop naar deze Staatscommissie deed de juridische discipline goede zaken. De ene na de andere voorstudie zag het licht. In een van die voorstudies, uitgevoerd door een Leidse onderzoeksgroep, stond de vraag centraal of de Grondwet haar 'doelen' had bereikt. In dat kader werd aan, wat tegenwoordig in goed Nederlands heet, *stakeholders* gevraagd wat zij van de Grondwet vonden. Het resultaat was voorspelbaar en niet van enige politieke correctheid gespeend. Bij vluchtige lezing valt het oog op één opmerking die de onderzoekers kennelijk zodanig getroffen had, dat zij haar in een voetnoot optekenden. Het was deze:

> 'Een enkeling gaat zover, in het licht van de mensenrechtenverdragen, de Grondwet "irrelevant" te noemen'.[7]

Helemaal duidelijk is het doel van dit citaat niet. Wordt hier, zij het impliciet, de zwijgende meerderheid ten tonele gevoerd? Of week de desbetreffende respondent zodanig af van de gangbare opvatting dat diens mening de onderzoekers danig had geschokt? Wat daar ook van zij, helemaal onverklaarbaar is deze demonstratie van constitutioneel nihilisme niet, tenminste niet waar het de grondrechtenbescherming betreft.[8] Op dat terrein heeft de Grondwet, zeker voor de rechter, maar weinig betekenis.[9] Gedeeltelijk komt dat omdat de Grondwet de rechter, hoewel zij een prachtige opsomming van grondrechten bevat, zo op het eerste gezicht weinig aanknopingspunten aanreikt om het de wetgever moeilijk te maken. Voor een belangrijk deel hangt een en ander ook samen met artikel 120 Gw dat de rechter verbiedt de wet in formele zin aan de Grondwet te toetsen.[10]

Uit die geringe betekenis mag echter niet geconcludeerd worden dat de Grondwet de formele wetgever niet bindt.[11] Ten opzichte van de wet is de

---

6 Hoewel het Statuut in de artikelen 43-45 een bescheiden regeling met betrekking tot 'fundamentele menselijke rechten' treft, en deze regeling een Koninkrijksaangelegenheid verklaart, laat ik dit document hier buiten beschouwing.

7 Barkhuysen, Van Emmerik & Voermans e.a. 2009, p. 74.

8 Al betreft dat maar één, relatief bescheiden, functie van de Grondwet.

9 Een soortgelijke constatering treft men ook aan in het jaarverslag van de Raad van State over 2009, p. 56, en het rapport van de Staatscommissie Grondwet 2010, p. 46. Zie nader: Van der Schyff 2010, p. 23-27.

10 *Ibid*. Op de betekenis van deze bepaling voor het rollenspel van wetgever en rechter ga ik later in dit hoofdstuk in. In deze paragraaf beperk ik mij tot de contouren van het huidige toetsingsverbod.

11 Zie in dat verband nader: Verhey 2009, punten 18 tot 27.

Grondwet van hogere orde, zo luidt de heersende leer.[12] Het Nederlandse toetsingsverbod verschilt dan ook wezenlijk van het Britse, dat het recht van het parlement om een wet met elke mogelijke inhoud te maken veronderstelt.[13]

Het is evenmin zo dat de bepalingen niet in rechte inroepbaar zijn door burgers die menen dat de formele wet hen in hun grondwettelijke belangen raakt. Een eis van 'een ieder verbindendheid' of iets dergelijks stelt de Grondwet niet.[14] Zo kan de burger de rechter oproepen om bepalingen van wetgeving grondwetsconform uit te leggen.[15] Ook het toetsingsverbod staat daaraan niet in de weg.[16] Wel is het zo dat de mogelijkheden voor de rechter om in een dergelijk geval tot conforme uitleg van de aangevallen norm over te gaan, beperkt zijn. Tot een interpretatie die op gespannen voet staat met de, uit de tekst of de totstandkoming van de wet blijkende, kennelijke bedoeling van de wetgever, acht de rechter zich niet in staat.[17] Dat ligt voor de hand. Zou de rechter er tot in het oneindige vanuit gaan dat de wetgever niet de bedoeling kan hebben gehad om in strijd met de Grondwet te handelen, dan zou hij het toetsingsverbod omzeilen. *Remedial interpretation*, zoals Prechal de term introduceerde voor de conforme interpretatie in het Unierecht, en zoals die – wij zullen dat in een later hoofdstuk nog zien – in het Verenigd Koninkrijk gebruikelijk is bij de toepassing van de *Human Rights Act* 1998, is onder artikel 120 Gw niet toegestaan. Conforme interpretatie komt dan feitelijk neer op het buiten toepassing laten van de wet.

12 Al zijn de verschillende auteurs het niet eens over de vraag waarop deze gebondenheid te baseren. Vgl. Van Houten 1997, p. 173-174 voor een bespreking. Zie voorts Prakke 1992, p. 5; Kortmann 2008, p. 28.

13 Het beroemde adagium: '*Parliament has the right to make or unmake any law whatever*' (Dicey 1885, p. 3-4).

14 Hoewel men, met Kortmann, kan menen dat sommige grondwettelijke bepalingen (zoals art. 68 Gw), ofschoon algemeen verbindende voorschriften, geen wetgeving in materiële zin betreffen en aldus geen 'werking' hebben jegens de burger in de zin dat zij hem niet tegengeworpen kunnen worden. Een dergelijke stelling heeft in elk geval voor de klassieke grondrechten van hoofdstuk 1 Grondwet geen gevolgen. De conclusie dat een bepaling de burger niet is tegen te werpen rechtvaardigt bovendien niet onmiddellijk het tegengestelde, namelijk dat de burger op een dergelijke bepaling ook geen beroep kan doen. Een en ander laat onverlet dat diezelfde burger in een civiele procedure mogelijk wel wordt geconfronteerd met de, voor hem althans, nare gevolgen van relativiteit. Zie Kortmann 2008, p. 56. Zie tevens: Schutgens 2009b, p. 283-300.

15 Vgl. bijv. HR 11 juni 1847, *W*818; ABRvS 24 juli 2002, *JB* 2002/272 m.nt. LV; ABRvS 14 september 2011, *LJN* BS8847.

16 Zie voor een nadere bespreking: Van Houten 1997, § 2.2, 2.3.6 en 4.6.9.

17 Vgl. o.m. HR 19 oktober 1990, *NJ* 1992/129 (*Homohuwelijk*).

Dat buiten toepassing laten van formele wetgeving wegens strijd met de Grondwet laat artikel 120 Gw slechts in uitzonderingsgevallen toe.[18] Een en ander is slechts mogelijk wanneer sprake is van omstandigheden waarmee de wetgever ten tijde van het vaststellen van de wet geen rekening kon hebben gehouden.[19]

Er kan discussie bestaan over de vraag hoe deze uitzondering moet worden opgevat. Schutgens betoogt bijvoorbeeld dat deze uitzondering, gelet op het doel van artikel 120 Gw, ruimhartig kan worden toegepast.[20] Wanneer de wetgever iets weliswaar had kunnen meewegen, maar dat niet of onvolledig had gedaan, dan kon de rechter de wet in het concrete geval buiten toepassing laten, ook als daarmee *de facto* de kern van de wettelijke regeling werd aangetast. Anderen menen dat hij daarmee voorbij gaat aan de institutionele dimensie van artikel 120 Gw.[21] Hier is vooral van belang te onderstrepen dat dit betoog van Schutgens uitsluitend de toekomst betreft. Ook Schutgens erkent dat het buiten toepassing laten van de wet naar huidig positief recht er niet op neer kan komen dat er een bezwaar aan de wet zelf kleeft.

De wetgever kan het, met andere woorden, niet verkeerd zien.[22] Voor het constitutionele mandaat van de rechter bij de bescherming van grondrechten heeft dat het volgende tot gevolg. Weliswaar stipuleert de Grondwet een grondrechtencatalogus die van hogere orde is dan andere wetten in formele zin, dit leidt er echter niet toe dat de rechter met deze catalogus in de hand een mandaat heeft om rechtsbescherming tegen de wetgever te bieden. Artikel 120 Gw staat daaraan in de weg. De enige ruimte die de rechter heeft, is om de bedoeling van de wetgever grondwetsconform te construeren. Een effectieve rechtsbescherming tegen wetgeving in formele zin is dat echter niet.

2.3 De mensenrechtenverdragen

Het mandaat van de rechter om fundamentele rechten in de nationale rechtsorde te effectueren, steunt voor een zeer belangrijk deel op internationale en Europese rechtencatalogi. Dergelijke catalogi treft men aan op het niveau van de Verenigde Naties, van de Raad van Europa en van de Europese Unie. Over

18 Zie HR 14 april 1989, *NJ* 1989/469 (*Harmonisatiewet*). Bovendien is op zijn minst onduidelijk of de bestuursrechter de Hoge Raad op dit punt volgt. Tot dusver maakte geen der hoogste bestuursrechters daarvan gebruik. Vgl. wel Rb Amsterdam 7 maart 2002, *JB* 2002/109 m.nt. LV. Zie uitgebreider: Voermans 2003, p. 147.

19 Vgl. HR 9 juni 1989, *AB* 1989/412 (*Kortverbanders*). Over de betekenis van dit arrest kan evenwel discussie bestaan. Schutgens 2009a, p. 170 legt het arrest in harmonie met het *Harmonisatiewet*-arrest uit. Hij doet dat in navolging van o.m. Barendrecht (1992, p. 105). Van Houten 1997, p. 90-92 ziet daarentegen geen verband tussen beide arresten.

20 Schutgens 2009a, p. 181-192; Schutgens 2010. Zie tevens: Hirsch Ballin 1989; Barendrecht 1992, p. 104-105.

21 Zo bijv. Schuurmans & Voermans 2010, p. 816 (voetnoot 24).

22 Schutgens 2009a, p. 187.

dat laatste niveau gaat het in de volgende paragraaf. Ook als we het Unierecht hier voorlopig buiten beschouwing laten, blijft er evenwel genoeg over om het over te hebben.

2.3.1 De opkomst van mensenrechtenverdragen

De wereld die zijn wonden likte na twee wereldoorlogen en een bijna onuitputtelijke reeks regionale oorlogen en oorlogjes, heeft in toenemende mate aandacht gekregen voor de positie van het individu. Dat heeft een explosieve groei van mensenrechtenverdragen tot gevolg gehad. Die golf van verdragsrecht werd ingeluid met de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens, die op 10 december 1948 te Parijs het licht zag.[23] Een dag eerder was, eveneens te Parijs, het Genocideverdrag gesloten, en op 12 augustus 1949 volgde een reeks verdragen met betrekking tot de rechten van burgers en militairen in oorlogstijd.[24] Was de Universele Verklaring nog vooral bedoeld als ideologisch en inspirerend document, 1950 bracht de volgende mijlpaal met de ondertekening van het Verdrag van Rome tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, een verdrag dat bindende werking had en voorzag in een eigen toezichtsstelsel. Het EVRM zag op 4 november 1950 het licht, werd door het Europese deel van het Koninkrijk op 31 augustus 1954 bekrachtigd en trad daar op diezelfde dag in werking.[25] Kort na de ondertekening van het EVRM volgden onder meer het Vluchtelingenverdrag en verdragen inzake de politieke rechten van vrouwen en de rechten van staatlozen.[26] In het kader van de Raad van Europa werd intussen ook niet stilgezeten. Op het EVRM volgden verdragen inzake sociale grondrechten, zoals het ESH, en sociale en medische bijstand aan vluchtelingen.[27] 1966 bleek vervolgens een belangrijk jaar, waarin het Rassendiscriminatieverdrag (IVRD), de verdragen inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR), en inzake econo-

23 *Trb.* 1969, 99.

24 Verdrag van Parijs inzake de voorkoming en bestraffing van Genocide, *Trb.* 1960, 32; Verdrag van Genève betreffende de behandeling van krijgsgevangenen, *Trb.* 1951, 74; Verdrag van Genève betreffende de bescherming van burgers in oorlogstijd, *Trb.* 1951, 75; Verdrag van Genève betreffende het lot van gewonden, zieken en schipbreukelingen van de strijdkrachten ter zee, *Trb.* 1954, 170; Verdrag van Genève betreffende het lot van gewonden en zieken zich bevindende bij de strijdkrachten te velde, *Trb.* 1951, 72.

25 *Trb.* 1951, 154; *Trb.* 1954, 151.

26 Verdrag van Genève betreffende de status van vluchtelingen, van 28 juli 1951, *Trb.* 1951, 131; Verdrag van New York betreffende de politieke rechten van vrouwen, 7 juli 1954, *Trb.* 1968, 92; Verdrag van New York betreffende de rechten van staatlozen, 28 september 1954, *Trb.* 1955, 42; Verdrag van New York tot beperking van staatloosheid, 30 augustus 1961, *Trb.* 1967, 124.

27 Europees Sociaal Handvest, Turijn 18 oktober 1961, *Trb.* 1962, 3; Verdrag van Parijs, 11 december 1953, *Trb.* 1954, 100.

mische, sociale en culturele rechten (IVESCR) werden gesloten.[28] Beide laatste verdragen traden op 11 maart 1979 in werking voor het Europese deel van het Koninkrijk, nadat zij op 11 december 1978 waren bekrachtigd.

Daarmee is het geraamte van de grondrechtenbescherming in het kader van de VN en de Raad van Europa geschetst. Af was het bouwwerk zeker niet. Na 1966 zagen nog tientallen verdragen op het terrein van de mensenrechten het licht. Sommigen daarvan betroffen wijzigingen en aanvullingen op reeds bestaande verdragen. Anderen hadden zelfstandige betekenis. Bekende voorbeelden zijn het Vrouwenverdrag, dat in 1979 tot stand kwam, het Anti-Folterverdrag, dat op 10 december 1984 te New York het licht zag en het Kinderrechtenverdrag, dat op 20 november 1989 geboren werd.[29]

Het heeft weinig zin hier een uitputtende opsomming te geven. Duidelijk is dat de Nederlandse rechter zich vanaf de zestiger en zeventiger jaren geconfronteerd zag met een aanzienlijke en gestaag groeiende stapel juridisch bindende documenten waarin rechten en vrijheden voor burgers besloten lagen. Wat voor zijn mandaat relevant werd, was de vraag welke status die verdragen in de Nederlandse rechtsorde innamen. Moest de rechter met die nieuwe verdragen iets, hadden zij voorrang op de wet in formele zin, en *last but not least*: kon de burger deze verdragen zelfstandig inroepen? Ik ga daar nu op in.

2.3.2 De doorwerking van verdragsrecht in de Nederlandse rechtsorde

Het gaat in dit hoofdstuk om de wijze waarop de rechter fundamentele verdragsrechten effectueert. Daarvoor zijn twee, van elkaar te onderscheiden, aspecten van belang: de status van de verdragsbepaling in het nationale recht, en de wijze waarop botsingen tussen internationale en nationale normen opgelost worden.[30] In de meeste literatuur wordt in dat kader gebruik gemaakt van een viertrapsraket. De status van het internationale recht wordt

---

28 Internationaal verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie, New York 7 maart 1966, *Trb.* 1966, 237; Internationaal verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, New York 16 december 1966, *Trb.* 1969, 99; Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten, New York 16 december 1966, *Trb.* 1969, 100.

29 Verdrag van New York inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, 18 december 1979, *Trb.* 1980, 146; voluit: Verdrag tegen foltering en andere vormen van wrede, onmenselijke of onterende bestraffing of behandeling, *Trb.* 1985, 69. Verdrag inzake de rechten van het kind, New York 20 november 1989, *Trb.* 1990, 46.

30 Ik heb het hier uitsluitend over de doorwerking van verdragsbepalingen, nu deze studie betrekking heeft op mensenrechtenverdragen en Unierechtelijke grondrechten. Ongeschreven volkenrecht komt hier dus niet aan de orde. Daarvoor geldt evenwel dat e.e.a. deel uitmaakt van de nationale rechtsorde, hoewel het de rechter niet is toegestaan aan dat ongeschreven recht te toetsen. Zie HR 6 maart 1959, *NJ* 1962/2 (*Nyugat II*). Recenter: HR 18 september 2001, *NJ* 2002/559. De Staatscommissie Grondwet pleitte onlangs in meerderheid voor erkenning van een dergelijke bevoegdheid.

in termen van *gelding* van de internationale regel in de nationale rechtsorde beschreven (ook wel interne werking genoemd).[31] Die status wordt vervolgens onderscheiden van de vraag of de verdragsbepaling ook zonder nadere invulling door de wetgever kan worden toegepast door rechter en bestuur. Men spreekt in dat verband ook wel van rechtstreekse werking of rechtstreekse toepasbaarheid.[32] Dat is het geval wanneer voor de uitvoering van de norm geen nadere wettelijke voorschriften noodzakelijk zijn.[33] Een volgende stap is de vraag of zulke rechtstreeks toepasbare bepalingen ook jegens *burgers* kunnen worden toegepast.[34] De vierde trede van de raket betreft de kwestie van voorrang: welke consequenties moeten rechter en bestuur verbinden aan de vaststelling dat sprake is van strijd tussen wet en verdrag?

Ik loop de verschillende treden kort na. Onder de noemer van de status van het verdragsrecht ga ik eerst in op de interne gelding van verdragsrecht in Nederland. Vervolgens bezie ik welke plaats de normen hiërarchisch innemen en of hen voorrang toekomt boven nationale voorschriften die zijn vastgelegd bij wet in formele zin. Vervolgens ga ik in op de rechtstreekse toepasbaarheid jegens burgers van verdragsrecht door de rechter.

---

31 Hoewel de term 'interne werking' in Nederland gemeengoed is, houden sommige auteurs het liever uitsluitend op de 'geldigheid' van internationale normen. Vgl. bijv. Besselink 2007a, p. 55-56. Een enkel auteursduo zoekt aansluiting bij het Unierecht en spreekt van rechtstreekse werking (respectievelijk 'directe toepasselijkheid' voor de toepasselijkheid door rechter en bestuur, zie Werner & Wessel 2005, p. 132-133). Ook Brouwer 1992, p. 6, vereenzelvigt rechtstreekse werking met interne werking (in de zin dat een verdragsbepaling in Nederland *rechtstreeks interne* werking heeft. Voor deze terminologie valt veel te zeggen. Nadeel is dat zij verwarring zaait nu een groot deel van de literatuur differentieert tussen beide termen (zie bijv. Kortmann 2008, p. 184). Ik sluit mij er daarom niet bij aan.

32 Soms wordt van rechtstreekse *toepasselijkheid* gesproken. Dat lijkt mij merkwaardig. Waar het m.i. om gaat is dat de norm in kwestie zich leent voor toepassing door de rechter of het bestuur. Het gaat dus om een eigenschap van de norm: is zij toepasbaar? Het gaat niet om de vraag of de norm daadwerkelijk van toepassing *is* op het geschil. Ook een te vage norm kan van toepassing zijn op een concrete zaak, zij het dat rechter en bestuur de norm in die zaak niet kunnen toepassen. Zie in dit verband bijvoorbeeld ook artikel 288 VWEU, dat verordeningen in al hun onderdelen verbindend en rechtstreeks *toepasselijk* verklaart, maar niettemin niet bedoelt te zeggen dat al die onderdelen zich voor toepassing lenen.

33 Vgl. in deze zin o.m. Fleuren 2004, p. 43-44; Kortmann 2008, p. 184; Nollkaemper 2007, p. 241-242. Besselink 2007a, p. 62-63, spreekt van directe werking wanneer de internationale norm toepasselijk is jegens burgers en door hen in rechte inroepbaar is.

34 Kortmann 2008, p. 184, stelt daarmee gelijk de inroepbaarheid van verdragsrecht door burgers. Ik meen dat dit onjuist is. Toepasbaarheid *jegens* en inroepbaarheid *door* de burger lijken mij niet zonder meer op één lijn te stellen. Ook een verdragsbepaling die niet een ieder verbindend is kan door de burger worden ingeroepen. De vraag welke rechtsgevolgen rechter of bestuur vervolgens aan dit inroepen kunnen verbinden dient daarvan te worden onderscheiden. Zo is het niet mogelijk de wet buiten toepassing te laten wegens strijd met een niet een ieder verbindende verdragsbepaling, maar kunnen justitiabelen de rechter of het bestuur wel oproepen het nationale recht verdragsconform uit te leggen (zij het onder hierna nog te bespreken voorwaarden). Rechtstreekse werking en een ieder verbindendheid is daarvoor niet vereist. Vgl. Brouwer 1992, p. 274. Zie in soortgelijke zin, maar dan voor het Unierecht, tevens: Prechal 2000, p. 1050.

2.3.2.1 Automatische gelding van verdragsrecht

Wie een tijdje in den vreemde verblijft en verlegen zit om een gespreksonderwerp, leert al snel dat nationale reputaties en karaktertrekjes daarvoor uitermate geschikt zijn. Nederland heeft in het buitenland zonder meer een duidelijk profiel. De Nederlander heeft altijd aanspraak. Klompen, gratis verdovende middelen in overvloed, een tolerante houding tegenover minderheden, een xenofoob politiek klimaat, burgers die op aangename wijze ongemanierd zijn en een uitzonderlijk monistische opstelling waar het de verhouding tussen nationaal en internationaal recht betreft.[35]

Zoals wel vaker wordt de soep minder heet gegeten dan zij wordt opgediend. Toch is het waar dat ons constitutionele klimaat, om tegenwoordig populaire Duitse terminologie aan te halen, bijzonder *völkerrechtsfreundlich* is. Die welwillende houding heeft iets te maken met de monistische wijze waarop de Nederlandse juristerij het internationale recht in het verleden benaderde.[36] Nog steeds karakteriseren veel handboeken de Nederlandse rechtsorde op dit punt als – al dan niet gematigd – monistisch.[37] Verdragsbepalingen hebben

35 Het laatste thema is uiteraard uitsluitend onder juristen een favoriet gespreksonderwerp. Het verdient geen aanbeveling om daarover tijdens een lunch met biochemici te beginnen. De ervaring leert dat zij dan wraak nemen door het gesprek op de virale co-receptor CCR5 te brengen.

36 Zie daarover uitgebreid: Brouwer 1992; Fleuren 2005.

37 Ik meen dat dit om drie redenen ongelukkig is. Ten eerste omdat daarmee wordt gerefereerd aan de scholenstrijd tussen het monisme en het dualisme – een scholenstrijd die inmiddels reeds geruime tijd door de realiteit is ingehaald (vgl. Von Bogdandy 2008, p. 400). Ten tweede omdat monisme en dualisme theoretische concepten zijn die een *houding* beschrijven en moeilijk gevat kunnen worden in stelsels. Zie in gelijke zin: Brouwer 1992, p. 8-11; Fleuren 2005, p. 77-78; deels Vlemminx & Boekhorst 2000, p. 456. Ten derde omdat de meeste handboeken nogal vaag zijn over de vraag waar dat monisme, respectievelijk de gematigdheid, dan uit zou blijken. Zo hangt Kortmann (2008, p. 184) het monisme op aan de interne werking van verdragsrecht in de nationale rechtsorde dat, zoals hij terecht stelt, niet afhankelijk is van de artikelen 93 en 94 Gw. Vervolgens meent hij dat het monisme in Nederland niet volledig is nu een bepaling burgers slechts kan binden wanneer zij, op basis van artikel 93 Gw, correct is bekendgemaakt. Hij schiet daarmee het door hemzelf geformuleerde criterium voorbij. Dat doen ook de schrijvers van Burkens e.a. 2006, p. 331. Van der Pot-Elzinga, De Lange & Hoogers 2006 daarentegen gebruiken de begrippen 'interne werking' of 'gelding' niet en baseren hun conclusie dat sprake is van 'gematigd monisme' uitsluitend op de inroepbaarheid van het verdragsrecht. Zo ook Besselink 2007a, p. 66. Vlemminx & Boekhorst tot slot, zoeken het gematigd monisme in een geheel andere hoek, namelijk in het feit dat monisme *à la hollandaise* gebaseerd is op een regel van nationaal staatsrecht, hetgeen zij beschouwen als een dualistisch trekje. Het maakt, met andere woorden, niet uit welke ingrediënten de soep bevat, zo lang zij maar groentensoep wordt genoemd. Nu maakt het voor soep doorgaans niet uit hoe men haar noemt, zo lang zij maar smaakt. Iets dergelijks kan ook voor de doorwerking van internationaal recht worden volgehouden. Problematisch is een en ander dus niet. Begrippen als transformatie, incorporatie en adoptie komen mij echter minder verwarrend voor.

daarin automatisch en op eigen titel gelding.[38] Deze gelding berust niet op het volkenrecht als zodanig, maar op nationaal gewoonterecht.[39] Dat het volkenrecht dwingt tot de automatische gelding van zijn normen in de nationale rechtsordes, wordt tegenwoordig, ook in Nederland, niet meer aangenomen.[40] Zoals we nog zullen zien liggen de kaarten anders in geval van Unierecht, zo wil het tenminste de grote meerderheid van de Nederlandse literatuur. Dat de gelding van internationaalrechtelijke normen in Nederland gebaseerd is op nationaal recht wil echter niet zeggen dat de norm daarmee van kleur verschiet en tot een norm van Nederlands recht verwordt. Zij geldt als internationale norm en haar betekenis is dezelfde als in het volkenrecht.[41]

2.3.2.2 Voorrang en de plaats van verdragsrecht in de normenhiërarchie

Het algemene volkenrecht dwingt evenmin tot een conflictregel dat verdragsbepalingen naar nationaal recht voorrang hebben. Op een enkele uitzondering na bemoeit het internationale recht zich niet met de vraag naar de status van zijn normen in de nationale normenhiërarchie. Het draait op dat niveau om het resultaat en niet om het instrument waarmee dat resultaat bereikt wordt.[42] Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat het internationale recht niet geacht moet worden van hogere orde te zijn. Die conclusie is op zijn best verwarrend.

Dat staten hun interne recht in stelling brengen om volkenrechtelijke aansprakelijkheid te vermijden wordt door het internationale recht niet erkend. Op het internationale niveau bestaat er dus wel een conflictregel die inhoudt dat het internationale recht prevaleert.[43] Daarmee wordt de kwestie of sprake

---

38 HR 22 september 1840, *W* 175, p. 109; HR 25 juni 1841, *W* 221, p. 112. Zie nader: Brouwer 1992, p. 310.

39 Zie HR 3 maart 1919, *NJ* 1919, p. 317 (*Grenstractaat Aken*). Vgl. Brouwer 1992, p. 30-34; Fleuren 2005, p. 77. Ook de grondwetgever ziet dit zo. Vgl. de parlementaire behandeling van de grondwetsherziening 1983: *Kamerstukken II* 1977/1978, 15049 (R 1100), nr. 3, p. 12; *Kamerstukken I* 1980/1981, 15049 (R 1100), nr. 19, p. 1-2.

40 Zie Nollkaemper 2007, p. 244, en Werner & Wessel 2005, p. 133-134.

41 De Hoge Raad weigert in dat verband bijvoorbeeld om een bepaling van het EVRM verdergaand uit te leggen dan vereist door het EHRM. Zie HR 19 oktober 1990, *NJ* 1992/129 (*Homohuwelijk*); HR 10 augustus 2001 *NJ* 2002/278 (*Onderhoudsplicht*). Zie uitgebreider: Gerards 2010.

42 Vgl. Besselink 2007a, p. 50-51. Voorts: Borchard 1940, en Cassese 1986, p. 15. Cassese 2001, p. 167 merkt bovendien op dat er geen statenpraktijk is die rechtvaardigt dat van een regel gesproken kan worden, inhoudende dat de verplichting bestaat '*to pass the necessary legislation*'. Staten vorderen in de praktijk slechts rechtsherstel ter zake van de materiële inbreuk.

43 Vgl. artikel 27 Weens Verdragenverdrag en het advies van het Permanente Hof van Internationale Justitie in *Treatment of nationals in Danzig* van 4 februari 1932 (*Series* A/B 44). Voorts wordt vaak gewezen op de *Alabama Claims Case* (1872). Een door de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk ingesteld ad hoc tribunaal oordeelde destijds, dat de afwezigheid van wetgeving de Britse regering niet van de plicht ontsloeg op te treden tegen Geconfedereerde pogingen tot piraterij tegen schepen onder de vlag van de Verenigde Staten. Zie nader Brownlie 2008, p. 34-35; Cook 1975.

is van een internationale verplichting voor staten zuiver door het internationale recht beheerst. Uitsluitend de vraag hóe staten deze verplichting nakomen is aan henzelf. In de verhouding tussen het internationale en het nationale recht is het internationale recht dus van hogere orde. Daarmee is niet gezegd dat het internationale recht in een concreet geschil op nationaal niveau dient te prevaleren. Die kwestie wordt aan de lidstaat overgelaten. Zie ik het goed, dan gaat het dus om twee verschillende kwesties. Het internationale recht moge van 'hogere' orde zijn, de voorrangsregels tussen internationaal en nationaal recht staan daar los van. Zij kunnen onafhankelijk van een hiërarchische verhouding bestaan.[44] Omgekeerd veronderstelt hiërarchie niet noodzakelijkerwijs een voorrangsregel. Die hiërarchie kan ook op andere wijzen worden geëffectueerd. De vaststelling dat het internationale recht van hogere orde is, is niettemin van belang. Daaruit volgt bijvoorbeeld de verplichting voor de staat en zijn organen, om binnen de grenzen van hun mogelijkheden loyale uitvoering te geven aan het verdrag. Dat betekent bijvoorbeeld een aansporing voor rechter en het bestuur om wetgeving zo mogelijk volkenrechtsconform te interpreteren.[45]

Het Nederlandse stelsel van doorwerking erkent dat het internationale recht als zodanig van hogere orde is. Die erkenning gaat aan het grondwettelijk stelsel vooraf.[46] De voorrang van volkenrechtelijke normen boven wettelijke voorschriften in concrete gevallen wordt vervolgens door artikel 94 Grondwet geregeld. Deze bepaling verplicht tot het buiten toepassing laten van voorschriften die onverenigbaar zijn met een ieder verbindende verdragsbepalingen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Dat artikel 94 Gw zich tot de rechter richt is onomstreden. Anders ligt dat voor het bestuur. De literatuur is daarover verdeeld. Kortmann leidt uit de formulering van de bepaling af dat zij zich richt tot elk ambt.[47] Besselink c.s. daarentegen menen dat de

44 Besselink 2007a, p. 56.

45 Deze plicht tot harmonieuze interpretatie kan evenwel ook op andere wijze worden beargumenteerd. In een meer pluralistische optiek vloeit de plicht tot conforme interpretatie niet zozeer voort uit het bestaan van een normenhiërarchie, maar uit de plicht om conflicten tussen de nationale en de internationale rechtsorde zo veel mogelijk te voorkomen (zie over constitutioneel pluralisme in algemene zin o.m. Stone Sweet 2009a, p. 631-633; Hulstijn & Van Rossem 2011, met nadere verwijzingen). Het praktische verschil in uitkomst is dat de nationale autoriteiten vanuit deze pluralistische houding er niet alleen voor kunnen kiezen om de nationale norm volkenrechtsconform, maar ook om de internationale norm conform het nationale recht uit te leggen. Dat lijkt mij weinig zinvol. Enerzijds omdat de staat dan nog altijd volkenrechtelijk aansprakelijk is en anderzijds omdat dit in sommige gevallen een bedreiging kan zijn voor de uniforme en effectieve uitleg van het internationale recht. Ik geef daarom de voorkeur aan de hierboven geschetste hiërarchische verhouding.

46 Brouwer 1992, p. 248; Van Houten 1997, p. 199; Fleuren 2004, p. 338. Anders suggereert: Kortmann 2008, p. 361. Er lijkt zich een Utrechtse School af te tekenen die de hiërarchie in artikel 94 Gw besloten ziet: Floris, Burkens & Kummeling 1994, p. 10; Besselink 2007a, p. 67-68, hoewel de laatste uitdrukkelijk een verschil maakt tussen hiërarchie en voorrang en uitsluitend de voorrang van de internationale normen behandelt.

47 Kortmann 2008, p. 188. Idem: Barkhuysen 2004, p. 47.

grondwetgever van 1956 uitsluitend het oog had op de rechter, hoewel zij dit op systematische gronden betwistbaar achten.[48] Vonk, tot slot, acht buiten toepassing laten door het bestuur een ernstige aantasting van het stelsel van machtsverdeling.[49] De rechtspraak is evenmin glashelder, maar neigt er duidelijk naar aan te nemen dat artikel 94 Gw zich ook tot het bestuur richt.[50]

De plicht van rechter en bestuur om toepassing van de wet achterwege te laten bij strijd met een ieder verbindende verdragsbepalingen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties roept een paar vragen op. Welke betekenis moet bijvoorbeeld worden toegekend aan het adagium dat voorschriften buiten toepassing moeten worden gelaten? Is dat een duidelijk afgebakend mandaat voor de rechter, waarbuiten hij niet mag treden? Of moet de bepaling vooral, zoals Voermans in een andere context weleens pleegt te zeggen, 'institutioneel' worden opgevat?[51] Gaat het hier vooral om een wegwijzer, een illustratie dat de voorrang van verdragsrecht moet worden geëffectueerd, *desnoods* met voorbijgaan aan de wet? Kan artikel 94 Gw ook als grondslag dienen voor een rechterlijke onverbindendverklaring? En *last but not least*: moet artikel 94 Gw worden opgevat als een bevoegdheid of als een, al dan niet absolute, verplichting? Dergelijke vragen komen in de volgende twee hoofdstukken aan de orde wanneer we het hebben over de plicht tot buiten toepassing laten als constitutionele remedie. Een laatste vraag gaat over het toepassingsbereik van artikel 94 Gw. In welke gevallen is sprake van 'een ieder verbindende' verdragsbepalingen die de rechter met behulp van artikel 94 dient te effectueren? Wanneer is, met andere woorden, het verdragsrecht inroepbaar voor de burger? Op die kwestie ga ik nu in.

2.3.2.3 De toetsingsbevoegdheid en 'een ieder verbindendheid'

Voor het constitutionele mandaat van de rechter om internationaal recht toe te passen, maakt het dus nogal uit of sprake is van een 'een ieder verbindende' bepaling of niet. Niet alleen is hij uitsluitend in zulke gevallen bevoegd om

48 Besselink e.a. 2002, p. 35-36. Fleuren 2004, p. 347-348 heeft dat historische argument later genuanceerd.

49 Vonk 1999, p. 35. In soortgelijke zin: Sillen 2012a, p. 342.

50 Vgl. ABRvS 22 december 2010, *AB* 2011/169 m.nt. Leijten & Uzman; ABRvS 15 augustus 2012, *JB* 2012/223 m.nt. Sillen (*Invordering ouderbijdrage*). Uit ABRvS 27 januari 2011, *AB* 2011/105 m.nt. PJS (*Geldigverklaring SGP-lijst*) en ABRvS 21 november 2006, *AB* 2007/80 m.nt. PJS (*Eman & Sevinger*) is wel afgeleid dat de Afdeling geen vaste koers vaart (zie Sillen 2012a, p. 336-339). N.m.m. wordt dan geen rekening gehouden met de bijzondere context van deze uitspraken. De Afdeling bepaalde daarin niet dat het bestuur geen toetsingsbevoegdheid had, maar dat gebruikmaking daarvan in déze specifieke zaak niet aan de orde was. Dat ging, in het eerste geval impliciet, in het tweede expliciet, de rechtsvormende taak van het bestuur te buiten. Soortgelijke overwegingen gaan ook op voor de rechter, die evident wel de bevoegdheid tot buiten toepassing laten heeft. De rechtspraak van de Afdeling lijkt mij daarom consistent.

51 Voermans 2003. Het gaat in die context om artikel 120 Grondwet.

de wet buiten toepassing te laten, maar ook, zoals wij nog zullen zien, zijn de mogelijkheden die hij dan heeft om verdragsconform te interpreteren aanzienlijk ruimer dan wanneer de verdragsbepaling niet ieder verbindend is. Ook voor een actie uit onrechtmatige overheidsdaad maakt het uit of de gestelde onrechtmatigheid gelegen is in een schending van een ieder verbindende verdragsbepaling of niet. Hoewel tenminste één auteur aanneemt dat een dergelijke actie ook mogelijk is in het geval een niet een ieder verbindende bepaling aan de orde is, kan deze niet worden gesteund op het pleidooi dat sprake is van een inbreuk op een recht.[52] Wel lijkt het mij mogelijk dat de rechter vaststelt dat de Staat met het al dan niet vaststellen van een regeling, maatschappelijk onbetamelijk heeft gehandeld. Een dergelijke beoordeling is echter precair, nu het oordeel van de rechter dat de verdragsbepaling hem eigenlijk niet voldoende concreet is, voor moeilijkheden kan zorgen.[53]

Het belang van een ieder verbindendheid schuilt echter niet alleen in haar rechtsgevolg. De eis heeft vooral tot doel de rechter zijn taak te laten verrichten zonder te verzanden in allerhande kwesties van rechtsvorming. Waar een norm de rechter te weinig houvast geeft om daaruit concrete maatstaven voor geschilbeslechting af te leiden, moet de uitwerking van die norm aan de wetgever worden overgelaten. De ieder verbindendheid markeert in het Nederlandse recht dan ook de grens tussen het domein van de rechter en dat van de 'politiek'. Zij heeft daarmee, net als het toetsingsverbod, een belangrijke institutionele rol te vervullen. Waar artikel 120 Gw echter een *bright-line rule* stipuleert: de rechter mag de wet – in beginsel – nóóit toetsen aan de Grondwet, is het criterium van de artikelen 93 en 94 Gw contextgevoeliger.[54] Of zij die institutionele rol, in haar huidige vorm, adequaat kan vervullen is een vraag waar ik hierna wat uitvoeriger op in ga. Alvorens ik dat doe, komen de belangrijkste criteria voor een ieder verbindendheid aan de orde.

---

52 Fleuren 2004, p. 382-383.

53 Precair is iets anders dan onmogelijk. Wanneer de verdragsbepaling een reeks gevallen omvat waarvan onmiskenbaar kan worden gezegd dat zij zich niet verdragen met, wat in de Britse rechtspraktijk treffend wordt aangeduid als *the general gist* en *the grain of the legislation*, dan lijkt mij een correctie mogelijk. Fleuren 2004, p. 384 roept de rechter in dat verband op om inspiratie te ontlenen aan de Francovich-aansprakelijkheid van het Hof van Justitie EU. Ik ga hier verder niet op de kwestie in, nu in dit boek de wèl een ieder verbindende verdragsbepaling centraal staat.

54 Waarbij aangetekend zij dat er, zoals we reeds zagen, stemmen opgaan om artikel 120 Gw milder uit te leggen. Daarmee zou ook deze bepaling van zijn scherpe kantjes worden ontdaan. Met de opmerking dat de regel van artt. 93 en 94 Gw *contextgevoeliger* is dan de regel van artikel 120 Grondwet wordt bovendien niet bedoeld dat de voorwaarde van een ieder verbindendheid *contextueel* moet worden benaderd, zoals Fleuren (2004) het noemt. De contextuele benadering is geen geldend recht en moet overigens ook worden afgewezen. Met contextgevoeligheid doel ik op het feit dat de context van de *toetsingsmaatstaf* beslissend is voor de vraag of er getoetst kan worden. Bij grondwettelijke toetsing maakt het niet uit of de bepaling glashelder is: toetsing is verboden. Bij verdragstoetsing ligt dat anders.

De inhoud van de norm: hanteerbaarheid

Wat maakt een verdragsbepaling – om het daar maar even bij te houden – tot een 'ieder verbindende' bepaling? Vertrekpunt is artikel 93 Gw, dat twee eisen noemt voor een ieder verbindendheid. De verdragsbepaling moet correct bekendgemaakt zijn en naar haar inhoud een ieder kúnnen verbinden. Ze moet, met andere woorden, geschikt zijn voor rechtstreekse toepassing door de rechter.[55] De vraag of dat zo is, dient vooral de rechter zelf te beantwoorden.[56] De vraag die hij te beantwoorden heeft is of de bepaling particulieren rechten toekent of plichten oplegt. Beslissend is daarvoor niet of het verdrag uitsluitend gewag maakt van verplichtingen voor staten.[57] Wat dan wel?

Twee factoren spelen in dat verband een rol. De eerste is of de norm zich voor toepassing door de rechter leent. De bepaling moet, om een vergelijking met het Amerikaanse recht te maken, *judicially manageable standards* in de aanbieding hebben; geschikt zijn voor rechterlijke oordeelsvorming.[58] De tweede factor betreft de vraag of het de uitdrukkelijke bedoeling van verdragspartijen is geweest om normen te scheppen die al dan niet een zelfwerkend karakter hebben.

Het relatieve gewicht van beide factoren is omstreden. In de vijftiger en zestiger jaren van de vorige eeuw ging de voorkeur vooral naar het tweede gezichtspunt uit. De bepaling was niet inroepbaar als niet uit de bepaling zelf

---

55 Zoals aan het begin van deze paragraaf reeds zijdelings aan de orde kwam, kan een verschil gemaakt worden tussen de een ieder verbindendheid van de bepaling en de rechtstreekse werking of toepasbaarheid ervan. Met name vanuit Nijmeegse hoek wordt daarop herhaaldelijk aangedrongen (zie Fleuren 2004, p. 44; Kortmann 2008, p. 184; Schutgens & Sillen onder HR 9 april 2010, *JB* 2010/115 (*Staat/Clara Wichmann*). Anders, maar dan ook niet uit Nijmegen, o.m.: Besselink 2007a, p. 62, 69). Ik trek dit onderscheid niet in twijfel, tenminste niet waar wordt betoogd dat een ieder verbindendheid een species is van het bredere genus van rechtstreekse toepasbaarheid (de omgekeerde route, zoals Kortmann schetst, dat een norm wel een ieder verbindend maar niet rechtstreeks toepasbaar is, wijs ik af – ik kom daar hierna nog op terug). Voor de mensenrechtenverdragen is dit onderscheid echter niet van belang.

56 Vgl. *Kamerstukken II* 1955/1956, 4133 (R 19), nr. 7, p. 4, en *Handelingen II* 1979/1980, p. 4441. Zie voor de opvatting van de rechter zelf: ABRvS 15 september 2004, *AB* 2005/12 m.nt. ChB (*Spoedwet Wegverbreding*). Vgl. Brouwer 1992, p. 284-286; Kummeling 1995, p. 374; Vlemminx 2002b, p. 34-35; Fleuren 2004, p. 309-310; Kortmann 2005, p. 186. De laatste meent overigens dat geen sprake is van een exclusieve bevoegdheid van de rechter. Het, op 6 september 2012 door het Kamerlid Taverne aanhangig gemaakte, voorstel tot wijziging van de Grondwet beoogt daarin overigens deels verandering te brengen. Voorgesteld wordt, o.a. om in art. 93 Gw expliciet te regelen dat de wetgever directe werking aan verdragsrecht kan toekennen of ontzeggen. Zie *Kamerstukken II* 2011/2012, 33 359 (R 1986), nr. 2. De Raad van State heeft inmiddels advies uitgebracht. Dit advies was bij het afsluiten van de tekst van dit boek nog niet bekend.

57 *Handelingen II* 1955/1956, p. 802. Vlemminx 2002b, p. 33-34 en 36-37 wijst er overigens op dat het normadressaat wel degelijk een doorslaggevende rol kan spelen. In de rechtspraak treft men daarvan ook wel voorbeelden aan: zie o.m. HR 22 februari 1985, *NJ* 1985/645; CRvB 4 januari 2000, *JABW* 2000/48; ABRvS 15 september 2004, *AB* 2005/12 m.nt. ChB.

58 Vgl. Fallon 2006.

zou blijken dat de verdragspartners dat voor ogen hadden gehad.[59] De inhoud van de bepaling kon daarvan hoogstens een indicatie zijn.[60] Uit bepaalde zinsneden werd dan geconcludeerd dat de bepaling niet bedoeld was om direct door burgers inroepbaar te zijn. Liet de verdragsbepaling de staat vrij zelf te bepalen of het voor implementatie via effectuering door de wetgever of door de rechter koos dan was rechtstreekse werking niet aan de orde.[61] Anders dan bij de toepassing van nationaalrechtelijke bepalingen was de 'hanteerbaarheid' van de bepaling voor rechter en bestuur dus niet van primair belang.

Het arrest *Spoorwegstaking* betekende een breuk met deze rechtspraak.[62] In dit arrest draait de Hoge Raad de hiervoor geschetste verhouding tussen de intentie van de verdragspartijen en de inhoud van de bepaling om: tenzij expliciet blijkt dat de verdragspartijen de rechtstreekse werking *uitsluiten*, hangt die rechtstreekse werking af van de inhoud van de bepaling. Het gaat hier om een subtiel onderscheid. Niet langer gaat de rechter op zoek naar aanwijzingen dat de verdragspartijen aan het verdragsrecht rechtstreekse werking zouden hebben willen toekennen. Alleen wanneer zij die werking expliciet hebben uitgesloten is hun bedoeling, strikt genomen, van belang.[63] Aangenomen dat een expliciete uitsluiting van rechtstreekse werking door de gezamenlijke verdragspartners vrij zeldzaam is, wat geeft dan de doorslag?

De Hoge Raad zoekt het, zoals gezegd, in de inhoud van de bepaling. Hij noemt twee vuistregels. Verplicht de verdragsbepaling de Nederlandse wetgever tot het treffen van een nationale regeling? Het antwoord op deze vraag kan, in theorie, afhangen van een volkenrechtelijk aspect (vloeit uit de tekst van de bepaling of andere wilsuitingen van de verdragspartners voort dat wetgeving de bedoeling is), en van een nationaalrechtelijk aspect (is het bereiken van het volkenrechtelijk resultaat, gelet op het Nederlandse staatsrecht, alleen te bereiken middels wetgeving?).[64] Het tweede gezichtspunt betreft

---

59 Vgl. voor deze zogeheten 'intentieleer': Kosters & Dubbink 1962, p. 137-141; Fleuren 2005, p. 104-105.

60 Vgl. HR 1 juni 1956, *NJ* 1958/424 (*Cognac Vieux II*); HR 29 januari 1980, *D&D* 1980/80.140; HR 17 oktober 1980, *NJ* 1981/141 en HR 4 mei 1984, *NJ* 1985/510. Zie relatief recent: HR 28 april 2000, *NJ* 2000/430.

61 HR 8 november 1968, *NJ* 1969/10.

62 HR 30 mei 1986, *NJ* 1986/688 (*Spoorwegstaking*).

63 Maken de verdragspartijen expliciet kenbaar dat rechtstreekse werking wèl de bedoeling is, dan lijkt het voor de hand te liggen dat de rechter daar doorgaans gehoor aan geeft. Of dat betekent, zoals Fleuren lijkt te betogen, dat in dat geval de inhoud van de bepaling *niet* van belang is, valt echter te betwijfelen. Uit HR 18 april 1995, *NJ* 1995/619 m.nt. 'tH (*Vervangende arbeid militaire dienst*) valt dat niet zonder meer af te leiden (zie Fleuren 2004, p. 257).

64 Anders: Fleuren 2004, p. 259-260 die uit *Spoorwegstaking* afleidt dat het alleen om het eerste, volkenrechtelijke, aspect gaat. Het nationaalrechtelijke aspect zou afbreuk doen aan de stelling van de HR dat alleen de inhoud van belang is. Ik volg hem daarin niet. Nu het in latere rechtspraak niet altijd uitsluitend om de inhoud lijkt te gaan (zie o.m. HR 20 april 1990, *NJ* 1992/636 en HR 18 april 1995, *NJ* 1995/619), is ook een andere uitleg van de 'inhoud' voorstelbaar. Neemt men aan dat de HR met 'enkel de inhoud van de bepaling'

de vraag of de bepaling 'van dien aard is dat zij als objectief recht kan functioneren'. Dat noopt tot een onderzoek naar de vraag of de bepaling voldoende concreet is, dan wel dat zij de Staat en zijn ambten een zekere beleidsvrijheid laat.[65]

Samengevat komt een en ander op het volgende neer. De eis van een ieder verbindendheid is bedoeld om de rechter netelige keuzen te besparen bij de toepassing van verdragsrecht. Na de introductie van het begrip 'een ieder verbindendheid' in 1956 werd daarvoor aanvankelijk aansluiting gezocht bij de bedoeling van de verdragspartijen. De inhoud van de verdragsbepaling speelde wel een rol, maar enkel om te bepalen of de verdragspartijen directe werking hadden beoogd. Was die bedoeling niet evident, dan werd van toepassing afgezien. Tegenwoordig treedt de inhoud van de bepaling meer op de voorgrond. De hoofdregel is dat het verdrag kan worden toegepast tenzij de verdragspartijen dat uitdrukkelijk niet hebben beoogd of het zich naar zijn aard daarvoor niet leent. Het oordeel dát de norm zich naar zijn aard niet als toetsingsmaatstaf leent krijgt daarmee een bijzonder gewicht. Het richt zich, naar huidig positief recht, naar twee elementen: verplicht de norm tot concretisering in de vorm van wetgeving, of kan hij als objectief recht functioneren?

De niet-ideaaltypische gevallen

De twee zojuist genoemde elementen worden door de Hoge Raad in *Spoorwegstaking* gepresenteerd als zijden van dezelfde medaille.[66] Normaal gesproken zijn zij dan ook samen te ballen tot één test: is de bepaling voldoende concreet of, anders geformuleerd, hoeveel beleidsvrijheid laat zij de Staat?[67] De invulling van die beleidsvrijheid is immers een zaak voor de wetgever en niet voor

---

vooral de intentieleer verwierp, dan kan *Spoorwegstaking* ook als volgt gelezen worden: 'enkel de inhoud van de bepaling *in de context van de nationale rechtsorde*'. Ik wijs een dergelijke lezing overigens, met Fleuren, af (zie hierna), maar meen dat dit niet kan op zuiver grammaticale gronden.

65 Dit is inmiddels vaste jurisprudentie. Zie zeer recent nog HR 1 april 2011, *LJN* BP3044. Daarmee is evenwel niet gezegd dat de HR haar ook steeds toepast. Zie Fleuren 2004, p. 263. De Afdeling volgt een soortgelijke lijn: vgl. ABRvS 15 september 2004, *AB* 2005/12 m.nt. Backes (*Luchtkwaliteit*). De door haar gebruikte bewoordingen doen evenwel sterk denken aan de jurisprudentie over rechtstreekse werking van het Hof van Justitie EU. De Centrale Raad volgt van oudsher een eigen koers die verwantschap vertoont met die van het HvJEU (zie daarover Brouwer 1992, p. 286-294, 320-321). Zij lijkt zich recentelijk vooral te oriënteren op het, al dan niet, concrete karakter van de verdragsbepaling (o.m. CRvB 27 juli 2010, *LJN* BN3294), de vraag of sprake is van een onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige norm waarbij geen sprake is van een keuze uit verschillende wijzen van implementatie, (CRvB 4 april 2003, *USZ* 2003/169), en de bedoeling van verdragspartijen, onder meer blijkend uit de parlementaire geschiedenis van de goedkeuringswet (o.m. CRvB 25 mei 2004, *USZ* 2004/241; CRvB 22 dec 2008, *JB* 2009/62; CRvB 20 oktober 2010, *USZ* 2010/391).

66 HR 30 mei 1986, *NJ* 1986/688.

67 Dit is ook de formulering van de Afdeling: vgl. ABRvS 15 september 2004, *AB* 2005/12 m.nt. ChB (*Luchtkwaliteit*).

de rechter. In veel gevallen zijn beide elementen inderdaad complementair. Maar sluitend is deze redenering niet. Er zijn niet-ideaaltypische gevallen denkbaar waarin het feit dat de norm tastbaar is, niet per se de noodzaak tot concretisering uitsluit.

Wat bijvoorbeeld te denken van de volgende drie gevallen?
Op grond van artikel 13 Europees Sociaal Handvest dient Nederland te waarborgen dat:

> 'een ieder die geen toereikende inkomsten heeft (…) voldoende bijstand verkrijgt en in geval van ziekte de voor zijn toestand vereiste verzorging geniet'.

Stel dat de rechter geconfronteerd wordt met een ernstig zieke vreemdeling die dringend opvang nodig heeft. Opvang is beschikbaar onder de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo), maar die is, op basis van het koppelingsbeginsel, slechts beschikbaar voor Nederlanders en vreemdelingen in het bezit van een verblijfsvergunning. Nu de vreemdeling nog in afwachting van zijn aanvraag is, beschikt hij daarover niet. Hij doet een beroep op artikel 13 ESH.[68]

Is artikel 13 ESH voldoende concreet om als maatstaf te dienen in een geschil? Gaat het om de verplichting van de Nederlandse Staat om verzorging te geven aan behoeftigen dan lijkt mij dat de bepaling de rechter voldoende aanknopingspunten biedt voor een oordeel. De norm laat weinig aan de verbeelding over. De Staat dient de verzorging niet te bevorderen maar te waarborgen en wel ten aanzien van, in beginsel, 'een ieder'.[69] Blijft de Staat in gebreke, dan schendt hij het verdrag en handelt hij onrechtmatig jegens de klager. Het is eveneens duidelijk dat de bepaling bij de klager gerechtvaardigde verwachtingen wekt over de plichten van de Staat. Zij bedoelt de klager te beschermen. Een zuiver geschil over de rechtmatigheid van het nalaten van de Staat om een ernstig zieke persoon de minimaal vereiste verzorging te geven lijkt mij aan de hand van deze bepaling dan ook op te lossen.[70]

Toch levert de bepaling met name voor de bestuursrechter een probleem op. De bepaling wijst namelijk niet aan op wie, binnen het overheidsverband, de taak rust om de benodigde verzorging aan te bieden, en waar die dan uit zou moeten bestaan.[71] Moet de man zich wenden tot de Sociale Dienst voor bijstand, of, zoals hij deed, tot de gemeente voor opvang in het kader van de Wmo? Of moet hij zich, nu hij hier als vreemdeling tijdelijk verblijft, richten

---

68 De casus is losjes gebaseerd op CRvB 19 april 2010, *JV* 2010/291.

69 Er kunnen zich enige afbakeningsproblemen voordoen bij de vraag wanneer sprake is van 'toereikende inkomsten', maar dat is een kwestie van feitelijke aard, niet van interpretatie.

70 De Centrale Raad ziet dit overigens anders. Volgens hem is sprake van een algemeen geformuleerde sociale doelstelling en niet van een door verdragsstaten erkend recht. Daarbij kent de Raad overigens gewicht toe aan het oordeel van de goedkeuringswetgever. Zie CRvB 25 mei 2004, *USZ* 2004/241.

71 De civiele rechter zou hier mogelijk minder problemen ondervinden nu hij de Staat kan veroordelen tot een handelen.

tot het Centraal Opvangorgaan Asielzoekers (COA), dat met de huisvesting van asielzoekers is belast? De norm richt zich, met andere woorden, tot het gehele Nederlandse overheidsverband, en niet tot een specifiek orgaan. Hij vraagt om coördinatie op nationaal niveau. Die coördinatie dient in de eerste plaats van de wetgever te komen. Hoewel de norm naar zijn inhoud dus duidelijk is, is concretisering op nationaal niveau toch op zijn minst gewenst. Die concretisering betreft echter niet de kern van de norm zelf (de 'of'-vraag: *is sprake van een plicht tot verzorging?*), maar uitsluitend van de wijze waarop daaraan uitvoering wordt gegeven op nationaal niveau (de 'hoe'-vraag: *hoe moet de norm worden geïmplementeerd?*).[72]

Een ander voorbeeld. Op grond van artikel 6 EVRM heeft een verdachte in Nederland:

> '(…) bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging (…) recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld.'

Is deze bepaling voldoende concreet, of vergt zij nadere uitwerking door de wetgever? Afgezien van een paar details (die overigens aanleiding geven tot een indrukwekkende stapel grillige jurisprudentie van het EHRM), is de bepaling in haar strekking vrij concreet. Uiteraard, de vraag wat 'eerlijk' is, en wat een 'redelijke termijn', kan discussie kan opleveren maar daar moet de rechter uit kunnen komen. De Straatsburgse rechter kan dat tenslotte ook. De essentie van de bepaling is helder en laat de lidstaten weinig beleidsvrijheid.

Duidelijk is echter ook dat deze bepaling niet zonder een minimum aan uitvoeringswetgeving kan. De wetgever moet om te beginnen al in actie komen om minstens één gerecht in te stellen en waarborgen te formuleren zodat dit gerecht onpartijdig is. En stel nu eens dat in deze bepaling de verplichting moet worden ingelezen dat elke verdachte voorafgaand aan een politieverhoor recht heeft op rechtsbijstand?[73] Vanuit het perspectief van de verdachte leidt de bepaling nog steeds tot een concrete uitkomst: is die rechtsbijstand er niet geweest, dan is het proces niet eerlijk geweest, tenminste als het strafproces niet in compenserende maatregelen heeft voorzien.[74]

Vanuit het perspectief van rechter en wetgever kost de norm nu meer hoofdbrekens. Wie zal de kosten van rechtsbijstand moeten betalen? Moet de rechtsbijstand steeds aanwezig zijn, of is een voorafgaand consult ook voldoen-

---

72 Zie voor een soortgelijk probleem: ABRvS 22 december 2010, *AB* 2011/169 m.nt. Leijten & Uzman. Ook de SGP-zaak kan als voorbeeldcasus dienen: vgl. HR 9 april 2010, *JB* 2010/115 m.nt. Schutgens & Sillen (*Staat/Clara Wichmann*).

73 EHRM 27 november 2008, *NJ* 2009/214 (*Salduz*).

74 Zie over deze compenserende maatregelen o.m. EHRM 26 maart 1996, *NJ* 1996/741 (*Doorson t. Nederland*), §72; EHRM 15 december 2011, *no.* 26766/05 en 22228/06 (*Al Khawaja & Tahery t. Verenigd Koninkrijk*), §147.

de? Hoe moet een en ander organisatorisch worden geregeld? Wat moet het gevolg zijn wanneer een verklaring is afgelegd zonder dat rechtsbijstand beschikbaar was? En hoe moet een en ander worden ingemetseld in het nationale strafprocesrecht?[75] Hoewel de norm als zodanig dus concreet is, kan hij, ook in dit geval, in de nationale context tot wetgeving nopen.

Tot slot nog een zeer gebruikelijk voorbeeld. Nederland is gebonden aan diverse non-discriminatiebepalingen. Deze bepalingen leggen het recht van burgers vast om niet zonder redelijke grond ongelijk te worden behandeld. De toepassing van dergelijke bepalingen door de rechter ligt gevoelig. De vraag wat als ongelijke behandeling geldt, en wat als gerechtvaardigd moet worden beschouwd, is een van de hete hangijzers in het recht. Er zijn dikke boeken vol te schrijven over de vraag welk toetsingskader de rechter in dat verband het best kan gebruiken.[76] Maar in de uitkomst is het gelijkheidsbeginsel van een elegante eenvoud. Het is volstrekt duidelijk wat, in termen van principe, de overheid moet of juist niet mag doen. Hoewel beslissingen over de vraag of een ongelijke behandeling nu redelijk is of niet, in veel gevallen een politiek tintje hebben, zijn er maar weinig rechters die zullen menen dat toetsing aan het gelijkheidsbeginsel daarom geheel en al tot het domein van de politiek behoort.[77]

Toch is het juist op het terrein van de toetsing aan non-discriminatiebepalingen dat de rechter geregeld tegen de grenzen van zijn constitutionele rol aanloopt.[78] Want wat is rechtens wanneer hij constateert dat sprake is van een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling? Het verdragsrecht bepaalt enkel wat *niet* mag, het geeft geen inhoudelijke vingerwijzing omtrent de oplossing van een reeds bestaande ongelijke behandeling, anders dan dat wat ongelijk is, weer gelijk moet worden.[79] In de Nederlandse constitutionele verhoudingen is het de wetgever die doorgaans voor de opheffing van een dergelijke ongelijkheid zorgt. Net als in het eerste voorbeeld, geldt ook hier dat de bruikbaarheid van de verdragsbepaling afhankelijk is van wat de klager met zijn klacht beoogt. Wil hij alleen te horen krijgen dát hij niet alleen onredelijk maar ook *ten onrechte* ongelijk is behandeld, dan biedt de norm de rechter houvast. Dat

---

75 De HR koos er in dit geval voor om het bij een noodverband te houden. Hij liet zich niet over de organisatorische aspecten uit en beperkte zich ertoe het nalaten rechtsbijstand beschikbaar te stellen als vormverzuim in de zin van art. 359a Sv aan te merken. Zie HR 30 juni 2009, *NJ* 2009/349 m.nt. Schalken (*Post Salduz*), r.o. 2.4-2.7.3.

76 En dat wordt dan ook gedaan: vgl. bijv. de dissertatie van Gerards uit 2002.

77 Hoewel tegenstanders van rechterlijke toetsing aan grondrechten wel vaak naar de inherente ongrijpbaarheid van het gelijkheidsbeginsel wijzen ter onderbouwing van hun stelling dat toetsing eraan en in bredere zin aan grondrechten in het algemeen, als onwenselijk moet worden beschouwd.

78 Uit de enorme greep aan jurisprudentie noem ik er twee, vermoedelijk de bekendsten: HR 12 oktober 1984, *NJ* 1985/230 (*Optierecht Nederlanderschap*); HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170 (*Arbeidskostenforfait*).

79 Daarop bestaan, zoals we zullen zien, uitzonderingen. Het EU-recht reikt wel een duidelijke oplossing aan.

mag niet van de non-discriminatiebepalingen. Wil de klager bovendien dat aan die ongelijke behandeling iets gedaan wordt, dan schiet de norm echter tekort.

Deze drie gevallen leiden tot een probleem. Zij laten zien dat de rechter in bepaalde gevallen geen eenduidig antwoord krijgt op de vragen of de verdragsbepaling noopt tot wetgeving en of zij als objectief recht kan functioneren. In het niet-ideaaltypische geval nopen verdragsbepalingen soms tot wetgeving en soms niet, en genereren zij – zelfs binnen hetzelfde feitencomplex – maatstaven voor sommige rechtsvragen en voor andere niet. De vraag of wetgeving nodig is, betreft dus een gewetensvraag voor de rechter. Een gewetensvraag die niet in abstracto te beantwoorden valt en al helemaal niet aan de hand van de verdragsbepaling alleen. Het antwoord is vooral afhankelijk van de manier waarop de rechter zijn plaats in het staatsbestel definieert – en derhalve een kwestie van nationaal constitutioneel recht.[80] De vraag is of die vaststelling gevolgen heeft voor de een ieder verbindendheid van verdragsrecht.

De contextuele en de dichotome benadering van 'een ieder verbindendheid' in literatuur en rechtspraak

Zowel in de rechtszaal, als op de juridische faculteiten heet het geregeld dat een verdragsbepaling een ieder verbindend 'is'. Dat impliceert een strikte dichotomie. Er zijn twee smaken: de bepaling is een ieder verbindend of zij is het niet. Soms man, soms vrouw kan tenslotte ook niet. Tenminste, niet zonder ingewikkelde en dure operaties. Dient van die dichotomie te worden uitgegaan?

Brouwer meende anno 1992 in zijn dissertatie dat de rechter van die dichotomie sinds de tachtiger jaren niet meer uitging.[81] Hij constateerde dat de rechter er sinds die tijd om verschillende redenen weleens vanaf zag om een verdragsbepaling te effectueren. Zo overwoog deze een enkele keer dat toepassing van het verdrag kon leiden tot een inbreuk op de rechtszekerheid van derden.[82] Talrijker waren de voorbeelden waarin de rechter meende dat het effectueren van een verdragsbepaling hem in sommige gevallen zou nopen tot rechtspolitieke keuzes. Dat liet hij liever aan de wetgever over.[83] Wat hier volgens Brouwer gebeurde, was dat de rechter vond dat de verdragsbepaling zich *in de specifieke context* niet leende voor beslechting van het geval. De verdragsbepaling was in dat geval niet een ieder verbindend, maar kon dat in andere gevallen weer wel zijn. De concrete methode noemde Brouwer dat.[84]

---

80 Zie ook Brouwer 1992, p. 251.
81 Brouwer 1992, p. 231.
82 Dat was het geval in HR 18 januari 1980, *NJ* 1980/463 (*Voogdij natuurlijk kind post-Marckx*).
83 De eerste zaak waarin hij tot dat inzicht kwam was HR 12 oktober 1984, *NJ* 1985/230 (*Optierecht Nederlanderschap*).
84 Brouwer 1992, p. 225.

Eerder was reeds gesproken van de relatieve en de situatieve rechtstreekse werking van verdragsrecht.[85] Fleuren gebruikt in 2004 een, wat mij betreft, mooiere aanduiding: de contextuele benadering.[86]

Het verband tussen de geschetste rechterlijke praktijk en de een ieder verbindendheid van de verdragsbepaling was intussen niet logisch-dwingend. Maar weinig rechters overwogen expliciet dat rechtstreekse werking ontbrak.[87] Het ging om een geconstrueerd verband. Brouwer had echter een sterk argument voor het verband dat hij aannam. Als de rechter afzag van toetsing aan een ieder verbindende verdragsbepaling, maakte hij zich schuldig aan rechtsweigering. Dat was, en is, op grond van artikel 13 Wet AB verboden.[88] Toetste de rechter wel, maar voorzag hij om welke reden dan ook niet in rechtsherstel, dan handelde hij in strijd met artikel 94 Grondwet, dat de rechter opdroeg de wet buiten toepassing te laten.

De opvatting van Brouwer kwam niet uit de lucht vallen. In het arrest *Optierecht Nederlanderschap,* had Advocaat-Generaal Mok de Hoge Raad geadviseerd om artikel 26 IVBPR rechtstreeks toepasselijk te verklaren. Omdat hij het bieden van rechtsherstel de rechtsvormende taak te buiten vond gaan, meende hij echter dat de Hoge Raad er goed aan zou doen, het *effect* van de rechtstreekse werking achterwege te laten. Letterlijk overwoog Mok:

> 'Een verdragsbepaling kan rechtstreeks werken, zonder dat de rechter, wanneer een nationaal wettelijk voorschrift daarmee in strijd is, onmiddellijk uitkomst kan bieden. Dat kan samenhangen zowel met de aard van de verdragsbepaling als met die van het wettelijk voorschrift'.[89]

De Hoge Raad volgde Mok in elk geval in de uitkomst. Hij ging niet in op de klacht van klager, dat artikel 8 Wet op het Nederlanderschap en het ingezetenschap in strijd was met artikel 26 IVBPR, nu het zijn rechtsvormende taak te buiten zou gaan de eventuele strijd op te heffen. Anders dan Mok wijdde de Hoge Raad geen overwegingen aan de ieder verbindendheid van artikel 26 IVBPR en toetste hij niet of van de vermeende discriminatie sprake was. Annota-

85 Vgl. o.m. Van Dijk 1988, p. 199; Alkema 1991, p. 27.

86 Fleuren 2004, p. 404.

87 Een opmerking ten overvloede: Waar de literatuur de kwestie misschien overanalyseert, lijken de hoogste rechters – alle mooie verhalen over de gegroeide aandacht voor hun 'rechtsvormende taak' ten spijt – de een ieder verbindendheid, zeker in de a-typische gevallen, te beschouwen als een staatsveiligheidsprobleem. Mededelingen daarover worden niet gedaan. Op zijn best treft men, veelal summiere, overwegingen over de ieder verbindendheid aan in de conclusie A-G, zonder dat duidelijk is of de Hoge Raad de redenering van de A-G op dit punt overneemt. Vgl. het hiervoor aangehaalde arrest HR 12 oktober 1984, *NJ* 1985/230 (*Optierecht Nederlanderschap*). Pluralisme en minimalisme in hun schoonste gewaad.

88 Brouwer 1992, p. 279.

89 HR 12 oktober 1984, *NJ* 1985/230 m.nt. G. (*Optierecht Nederlanderschap*), concl. A-G Mok, r.o. 8 onder c.

tor Van der Grinten maakte daar uit op dat de Hoge Raad de rechtstreekse werking van artikel 26 IVBPR in algemene zin niet ontkende, maar dat hij ervan afzag haar in deze zaak aan te nemen.[90] De in de *NJ* gepubliceerde versie van de beschikking leverde dus drie benaderingen op: die van Mok (ex ante), inhoudend dat sprake was van een rechtstreeks werkende norm die niet geëffectueerd kon worden; die van Van der Grinten (ex post), dat sprake was van een norm die in dit specifieke geval niet, maar in andere gevallen wel een ieder kon verbinden, en de lijn van de Hoge Raad zelf die daar zo'n beetje tussenin laveerde door vrijwel alles in het midden te laten behalve het oordeel dat hier vooral geen taak voor de rechter was weggelegd.[91]

In de jaren na *Optierecht Nederlanderschap* nam de literatuur vooral de uitleg van Van der Grinten over. Waar Van Dijk in 1988 bijvoorbeeld vraagtekens zette bij het abstineren van de Hoge Raad, nam hij niettemin aan dat deze de rechtstreekse werking van artikel 26 IVBPR in zulke gevallen ontkende. Zie ik het goed, dan stamt de benaming 'relatieve rechtstreekse werking' van hem.[92] Ook Alkema, die het verschijnsel positiever waardeerde, beschouwde de contextuele ieder verbindendheid als een quasi *political question device*, waarvan hij ruimhartige toepassing bepleitte.[93] Hoewel er tegengeluiden te horen waren, lijkt het erop dat de literatuur sinds *Optierecht Nederlanderschap* overwegend tendeerde richting de relatieve rechtstreekse werking.[94] Dat is verklaarbaar. Zij kende de reeds halverwege de tachtiger jaren geuite oproepen tot een gedifferentieerde een ieder verbindendheid.[95] Ze kende het gehoor dat de Centrale Raad daar in de tachtiger jaren, zij het voorzichtig, aan gaf.[96] En tot slot kende ze de – hierna nog kort te bespreken – rechtspraak van het Hof van Justitie – waarin de vraag naar de rechtstreekse toepasbaarheid contextueel benaderd werd.

Halverwege de negentiger jaren zwelt het koor van critici aan. Dat heeft gedeeltelijk te maken met rechtspraak van de Hoge Raad die maar niet de definitieve 'switch' wil maken naar de contextuele benadering. Zo toetst de Raad reeds in 1988 wél aan artikel 26 IVBPR, zonder dat hij zich in staat acht

90 *Ibid.*

91 Anders: Fleuren 2004, p. 364, die meent dat er geen reden is aan te nemen dat de Hoge Raad een andere opvatting is toegedaan dan Mok. Gelet op de hierboven genoemde verschillen, de annotatie van Van der Grinten en de relatief brede acceptatie van diens opvatting in de literatuur, lijkt mij een nadere onderbouwing van die stelling op zijn minst gewenst.

92 Van Dijk 1988, p. 199-202. Zie in enigszins vergelijkbare zin: De Boer 1995, p. 1028; Happé 1996, p. 394, 399.

93 Alkema 1991, p. 27.

94 Zie voor zulke tegengeluiden o.m.: De Lange 1991, p. 206-208; Besselink 1995, p. 46-47; Kortmann 1995, p. 1335.

95 Zie o.m. Heringa 1985. Voorts Brouwer 1992, p. 225, en Fleuren 2004, p. 404-406, voor nadere verwijzingen.

96 Zie o.m. CRvB 16 februari 1989, *AB* 1989/164.

om in een remedie te voorzien.[97] Hoewel hij ook nu geen overwegingen aan de ieder verbindendheid wijdt, dringt zich de vraag op: zou de Hoge Raad dan tóch de aanvliegroute van Mok hebben omarmd? Ruwweg in diezelfde periode tikt de Hoge Raad de Utrechtse vakbroeders van de Centrale Raad op de vingers wanneer die artikel 7 (a)(i) IVESCR weliswaar in algemene zin niet een ieder verbindend verklaren, maar zich bereid tonen daarover anders te denken 'wanneer tevens de casus waarop en de context waarin toepassing van die verdragsbepaling wordt gevraagd (…)'.[98] Volgens de Hoge Raad is deze bepaling niet een ieder verbindend.[99]

Gedeeltelijk heeft de kritische houding ook te maken met een grotere aandacht voor de rol van het individu en diens rechten onder het 'vergeten' artikel 13 EVRM.[100] De meeste oorspronkelijke pleitbezorgers van de contextuele benadering zagen daarin een breekijzer om de, enigszins rigide, houding van de Nederlandse rechter ten aanzien van sociale grondrechten open te breken.[101] Begin negentiger jaren dringt het besef door dat die benadering eerder negatieve effecten heeft voor de rechtsbescherming van klassieke, dan positieve effecten voor de sociale grondrechten.[102]

In 1999 lijkt de Hoge Raad het pleit definitief te willen beslechten. Door een wenk te geven, nauwelijks minder subtiel dan hij dat in 1984 deed. In het arrest *Arbeidskostenforfait* overweegt hij als vanouds dat het opheffen van een ongelijkheid zijn rechtsvormende taak te buiten gaat.[103] En ook dit keer maakt de Hoge Raad zich niet druk om de een ieder verbindende werking van de artikelen 1 EP en 14 EVRM. Wel geeft de Hoge Raad, net als in *Naamrecht*, aan dat de Wet IB in strijd is met die bepalingen. Bovendien overweegt hij dat hij er mogelijkerwijs anders over denkt als de wetgever zich te lang niet laat zien. Voorts lijkt hij te impliceren dat de rechter, wanneer dit een oplossing van het geschil zou zijn, het wettelijk voorschrift op basis van artikel 94 Gw buiten toepassing dient te laten. Beide elementen wijzen op een afwijzing van de leer van de relatieve rechtstreekse werking.

Het lijkt een omslag in het denken teweeg te brengen. Bij de feestelijke gelegenheid van zijn afscheid als President van de Hoge Raad in 2000, verklaart Martens plechtig dat de leer van de relatieve rechtstreekse werking er niet is, en er ook nooit geweest is.[104] De Hoge Raad zelf heeft dan al afscheid

97 HR 23 september 1988, *NJ* 1989/740 (*Naamrecht*). Zie ook: HR 27 september 1989, *AB* 1990/90 m.nt. FHvdB (*Tandartsvrouw*), en HR 31 januari 1990, *AB* 1990/365 m.nt. FHvdB (*fictieve uitspraak inspecteur*).

98 CRvB 16 februari 1989, *AB* 1989/164.

99 HR 20 april 1990, *NJ* 1992/636. De Centrale Raad sloot vervolgens de rijen: CRvB 17 december 1991, *RSV* 1992/164.

100 Zo m.n. De Boer 1995; Barkhuysen & Van Emmerik 2001, p. 79.

101 Vgl. bijv. Heringa 1985.

102 Dat signaleert overigens reeds Brouwer 1992, p. 250-251. Zie tevens: Fleuren 2004, p. 42-421.

103 HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170 (*Arbeidskostenforfait*).

104 Martens 2000a, voetnoot 67.

van de leer genomen in zijn jaarverslag over 1995-1996. De literatuur lijkt dit standpunt te hebben aanvaard.[105] Tegenwoordig wordt doorgaans niet meer van de leer uitgegaan.[106] Uitzonderingen daargelaten, lijkt de rechtspraak daar ook geen aanleiding meer toe te geven.[107]

Eigen standpunt

Wat moeten we van de contextuele ieder verbindendheid maken? De leer van de relatieve rechtstreekse werking is niet meer, als zij ooit geweest is. Dat lijkt de conclusie naar geldend positief recht. Toch gaan auteurs als Fleuren en Martens naar mijn mening te snel wanneer zij poneren dat de leer nooit daadwerkelijk door de Hoge Raad is aangehangen. Als een graadmeter is of de Hoge Raad tegenwoordig wel toetst of de verdragsbepaling in het concrete geval is geschonden, dan valt op dat de Hoge Raad, ondanks voorzichtige pogingen tot het tegendeel, mogelijke normconflicten tot ver in de negentiger jaren in het midden liet.[108] Zoals gezegd doet hij dat zelfs tegenwoordig nog, zij het eerder bij wijze van uitzondering. Toch heeft Martens gelijk wanneer hij stelt dat de leer in elk geval in *Arbeidskostenforfait* is verlaten. Het feit dat de Hoge Raad in de grenzen van zijn rechtsvormende taak een tijdelijke *terme de grâce* ziet en geen waterscheidingachtige bevoegdheidskwestie – Martens spreekt van een kwestie van beleid en niet van bevoegdheid – is daarvan een krachtige indicatie. Ik voeg daar aan toe, dat ook de overweging dat de rechter volgens *Arbeidskostenforfait* steeds éérst behoort te bezien of het buiten toepassing laten van de norm uitkomst biedt, een dergelijke indicatie is. Een en ander illustreert dat de rechter het voorgeschreven rechtsgevolg van artikel 94 Gw niet langer ontloopt.

De argumenten die in het verleden zijn aangevoerd ter ondersteuning van de contextuele benadering overtuigen bovendien niet. Brouwer had stellig een punt toen hij artikel 13 Wet AB in stelling bracht tegen de praktijk van rechters

105 Bijv. Hartkamp 2000, p. 33; Fleuren 2004, p. 364; impliciet Besselink 2007a, p. 70-71;

106 Doorgaans, want een enkele fiscalist vormt daarop een uitzondering. Zie Pijl 2005, vn 13; Douma 2008, onder 2.

107 Vgl. HR 14 juni 2000, *JB* 2000/197 m.nt. HLJ (*Verzuimboete en hoger beroep*); HR 23 januari 2004, *JB* 2004/75 m.nt. RMPGN-C; Hof Arnhem 2 augustus 2004, *NbStraf* 2004/328; HR 11 augustus 2006, *BNB* 2006/322 m.nt. Happé; GHvJNAA 14 oktober 2008, *LJN* BG 3510. Minder duidelijk: ABRvS 29 oktober 2003, *JB* 2004/3 m.nt. LV (*Kiesrecht en curatele*); Vz. ABRvS 29 maart 2007, *LJN* A2212 (*Doorhaling BIG-register*). Zie tevens Rb Assen 28 januari 1999, *USZ* 1999/56 m.nt. Winter, waarin de rechtbank de leer van de relatieve rechtstreekse werking herhaalt, maar wel tot rechtstreekse werking concludeert.

108 HR 3 mei 1989, *BNB* 1990/256 m.nt. Scheltens (*Fiscale boete en hoger beroep*); HR 11 oktober 1989, *BNB* 1990/87 (*BPM en fair* trial); HR 19 oktober 1990, *NJ* 1992/129 m.nt. EAA & EAAL (*Homohuwelijk*); HR 16 november 1990, *NJ* 1991/475 (*Ontkenning vaderschap staande huwelijk I*); HR 3 april 1992, *NJ* 1993/286 m.nt. EAAL (*Erkenning buiten vader om*); Hof Den Bosch 2 september 1993, *NJ* 1994/283; HR 8 juli 1994, *NJ* 1995/30 (*Horen deskundige*) m.nt. C; HR 27 oktober 1994, *NJ* 1995/467 m.nt. JdB (*Terugwerkende kracht wettiging I*); HR 4 november 1994, *NJ* 1995/249 m.nt. JdB (*Ontkenning vaderschap staande huwelijk II*); HR 24 februari 1995, *NJ* 1995/468 m.nt. JdB (*Terugwerkende kracht wettiging II*); HR 30 januari 1996, *NJ* 1996/288.

om strijd tussen wet en verdrag in het midden te laten. Het probleem is dat zijn oplossing – de bepaling is in het specifieke geval dús niet ieder verbindend – uiteindelijk een kwestie is van de nieuwe kleren van de keizer. Het moge formeel gesproken tegemoet komen aan zowel artikel 13 Wet AB, als aan de dwingende formulering van artikel 94 Grondwet, maar materieel verandert dat niets aan het feit dat de rechter nog altijd abstineert. Hetzelfde resultaat kan ook worden bereikt door artikel 13 Wet AB restrictief uit te leggen. Dat kan bijvoorbeeld door aan te nemen dat de rechter op basis van deze bepaling tenminste moet vaststellen wat rechtens is. Dat nu, doet de Hoge Raad in de zaken waarin hij abstineert wel, zelfs wanneer hij de strijd tussen wet en verdrag in het midden laat. Hij stelt namelijk vast dat rechtens is, dat het wettelijk voorschrift ongemodificeerd moet worden toegepast. Dat dit mogelijkerwijs op gespannen voet staat met de plicht van de rechter om de voorrang van het internationale recht te effectueren is een andere kwestie. Ook op dat punt staat dan te bezien of op die voorrangsregel impliciet uitzonderingen moeten worden aangenomen. Ik ga in het volgende hoofdstuk op die kwestie in.

Het argument dat de contextuele benadering de rechter een nooduitgang biedt wanneer hij de staatsrechtelijke verhoudingen niet op scherp wil zetten, overtuigt mij ook niet helemaal.[109] De een ieder verbindendheid maskeert dan het institutionele probleem. Dat moge wellicht een prettige gedachte zijn voor diegenen die vinden dat constitutionele gewetensconflicten zo veel mogelijk verhuld moeten blijven. Ik geloof daar echter niet in. In een transparante samenleving gaat het niet aan om een zo fundamentele kwestie van machtenscheiding weg te schrijven in een, zo op het eerste gezicht, vrij technocratisch leerstuk als de een ieder verbindendheid van de verdragsbepaling. Zou het toetsingsverbod in de toekomst gedeeltelijk sneuvelen, dan heeft de rechter bij toetsing aan de Grondwet ook niet de mogelijkheid zich er met een beroep op de afwezigheid van ieder verbindendheid, van toetsing of het bieden van rechtsherstel vanaf te maken. Toch kunnen er ook dan gronden zijn om dat te doen. De rechter zal dan openlijk moeten zeggen, zoals hij dat ook in *Arbeidskostenforfait* doet, dat dit zijn constitutionele positie te buiten gaat.

De conclusie is dus dat de contextuele benadering van een ieder verbindendheid afgewezen moet worden. Zij is in elk geval geen positief recht. Zowel de Hoge Raad, als de hoogste bestuursrechters lijken de ieder verbindendheid van verdragsbepalingen als een dichotomie te beschouwen.

109 Alkema 1991, p. 27.

2.3.3 Resumerend

In deze lijvige paragraaf besprak ik de doorwerking van de mensenrechtenverdragen in de Nederlandse rechtsorde. Verdragen hebben op eigen titel en automatisch gelding in de Nederlandse rechtsorde. Verdragsrecht heeft bovendien voorrang boven wettelijke voorschriften, waaronder de wet in formele zin. Dat betekent niet dat de rechter deze voorrang ook steeds kan effectueren, of dat hij verdragsrecht steeds kan toepassen. Dit is slechts het geval indien en voor zover het om 'een ieder verbindende' bepalingen van verdragen gaat. Daarvoor is van belang, of de verdragsbepaling zich uitsluitend tot de wetgever richt, maar in de praktijk belangrijker is of de bepaling voldoende concrete normen bevat die zich voor rechterlijke interpretatie en toepassing lenen. Deze focus op de norm zélf levert in een aantal niet-ideaaltypische gevallen problemen op. De norm is dan in de ene context wel te gebruiken, maar in de andere context – dus voor een andere rechtsvraag – niet. In het verleden werd wel aangenomen dat verdragsvoorschriften daarom de ene keer 'een ieder verbindend' konden zijn en de andere keer niet. Deze gedachte lijkt inmiddels verlaten.

Tot slot nog dit. De doorwerking van de mensenrechtenverdragen in de Nederlandse rechtsorde lijke soms een technische kwestie, maar zij heeft een bijzondere dimensie. De explosie van dit soort verdragen in combinatie met de relatief receptieve aard van het Nederlandse staatsrecht, heeft ertoe geleid dat de positie van de rechtspraak in Nederland na de Tweede Wereldoorlog is veranderd. Voor deze periode was de positie van de rechter ten opzichte van de wetgever betrekkelijk duidelijk geregeld door artikel 120 Gw. Aan die situatie is een einde gekomen: de Nederlandse rechter is steeds meer in een quasi constitutionele rol terecht gekomen. Dit betekent dat hij op zoek moet naar nieuwe *checks and balances* om die rol te definiëren. In het volgende hoofdstuk ga ik daar op in.

2.4 Grondrechten in de Europese Unie

Afgezien van de Grondwet en de mensenrechtenverdragen, heeft de Nederlandse rechter rekening te houden met een derde bron van fundamentele rechten: het Europese Unierecht. Hoewel de Unie niet is opgericht als mensenrechtenorganisatie, oefent zij op verschillende manieren invloed uit op de bescherming van grondrechten in de lidstaten. Op de inhoud van die grondrechtenbescherming ga ik hier niet in. Wel zeg ik kort iets over de wijze waarop de Nederlandse rechter geconfronteerd kan worden met Unierechtelijk ingestoken mensenrechtenclaims. Vervolgens ga ik in op de status van het Unierecht in de Nederlandse rechtsorde.

2.4.1 Unierechtelijke grondrechten en de nationale context

Ook de Europese Unie 'doet' aan grondrechten, al was het maar omdat ze zichzelf aanmerkt als een 'ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid'.[110] Artikel 2 VEU overweegt in dat verband:

> 'De waarden waarop de Unie berust, zijn eerbied voor de menselijke waardigheid, vrijheid, democratie, gelijkheid, de rechtsstaat en eerbiediging van de mensenrechten, waaronder de rechten van personen die tot minderheden behoren. Deze waarden hebben de lidstaten gemeen in een samenleving die gekenmerkt wordt door pluralisme, nondiscriminatie, verdraagzaamheid, rechtvaardigheid, solidariteit en gelijkheid van vrouwen en mannen.'

De verwezenlijking van de hier opgesomde waarden is in de veellagige en complexe Europese constitutie niet geregeld in één document. De bescherming van grondrechten speelt een rol in het handelen van verschillende actoren en daarvoor bestaan verschillende mechanismen. Het bekendst is het Handvest van de Grondrechten, dat in 2000 bij de Top van Nice het licht zag en met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon in 2009 bindende kracht kreeg.[111] Dat Handvest vormt in zekere zin een codificatie van de rechtspraak van het Hof van Justitie, dat grondrechten sinds de arresten *Stauder* en *Internationale Handelsgesellschaft* beschouwt als algemene beginselen van Unierecht.[112] Die beginselen worden gevoed door de constitutionele tradities van de lidstaten en de mensenrechtenverdragen waarbij de lidstaten partij zijn, in het bijzonder het EVRM.[113] Naast het Handvest en de beginselen van Unierecht, zijn de verdragen zélf soms een bron van grondrechtelijk getinte bepalingen. Men denke in dat verband aan voorschriften die inhoud geven aan het Unieburgerschap, zoals de bewegingsvrijheid en het kiesrecht voor het Europees Parlement en de gemeenteraadsverkiezingen.[114] Niet onbelangrijk, tot slot, is dat het secundaire Unierecht geregeld mensenrechtelijk getinte bepalingen bevat. De voorbeelden zijn legio: richtlijnen over gelijke behandeling en non-discriminatie, over de bescherming van privacy, over het tegengaan van

110 Daarover nader, en kritisch: J. Monar, 'The Area of Freedom, Security and Justice', in: Bogdandy & Bast 2009, p. 551.

111 Vgl. art. 6 lid 1 VEU. Zie over de betekenis van het Handvest: Barkhuysen & Bos 2011. Tevens: par. 7.2.5.2.

112 HvJEU 12 november 1969, Zaak 29/69, *Jur.* 1969, p. 419 (*Stauder*); HvJEU 17 december 2007, Zaak 11/70, *Jur.* 1970, p. 1125 (*Int. Handelsgesellschaft*).

113 HvJEU 14 mei 1974, Zaak 4/73, *Jur.* 1974, p. 491 (*Nold II*).

114 Vgl. bijv. de artt. 21 lid 1 en 22 VWEU.

mensenhandel, over de rechten van vluchtelingen en over gezinshereniging van derdelanders.[115]

Dat de Unie zich bemoeit met de grondrechtenbescherming op nationaal niveau is intussen niet vanzelfsprekend. Volgens sommige auteurs is de Unie primair een economisch project.[116] De functie van EU-grondrechten is in dat verband enkel de voorrang en de uniforme werking van Unierecht te verzekeren.[117] Toetsing van het recht van de lidstaten is dan alleen aan de orde wanneer de inhoud daarvan volledig door het Unierecht wordt bepaald.[118] Intussen is niet iedereen het met die beperkte insteek eens. Onder meer uit Heidelberg klinkt het geregeld dat de Unie meer is dan een gemeenschappelijke markt. De legitimatie van het politieke Europese project zou schipbreuk lijden als de Unie niet óók een mensenrechtenproject was, desnoods een die de lidstaten bij de les kan houden.[119] Dat laatste is echter een precaire zaak. Zou de Unie, niet alleen in politiek opzicht maar ook door de inzet van het Unierecht, eigen fundamentele rechten gaan handhaven jegens de lidstaten, dan ligt het gevaar van centralisatie op de loer. De voorbeelden van erkende federale staten liggen in dat verband voor het oprapen.[120] Dat leidt tot een zekere tweeslachtigheid. De bescherming van grondrechten op nationaal niveau is in de eerste plaats een politieke kwestie. Artikel 7 VEU voorziet in een procedure die uiteindelijk kan leiden tot het schorsen van bepaalde rechten van de lidstaat als sprake is van 'ernstige schending van de in artikel 2 bedoelde waarden'. Dat is echter een botte bijl die door de politieke organen ongaarne wordt gebruikt.[121] Ondanks het feit dat in elk geval het Handvest, getuige artikel 51, in beginsel niet van toepassing is op de lidstaten zolang zij het Unierecht niet implementeren, ligt het zwaartepunt van de handhaving van grondrechten dus niettemin op de weg van de Europese en de nationale rechters.

De Nederlandse rechter wordt in drie categorieën van gevallen geconfronteerd met een beroep op Unierechtelijke grondrechten. Achtereenvolgens betreft het de situatie dat de wetgever optreedt ter uitvoering van Unierecht, dat hij derogeert aan Unierechtelijke verplichtingen, en dat hij ten onrechte geen, of onvoldoende, uitvoering heeft gegeven aan grondrechtelijk getint Unierecht. Ik loop de diverse categorieën hier kort na.

---

115 Vgl. bijv. Richtlijn 2000/43/EG, *PbEG* 2000, L-180, p. 22 (gelijke behandeling); Richtlijn 95/46/EG, *PbEG* 1995, L-281, p. 31 (privacy); Richtlijn 2004/81/EG, *PbEG* 2004, L-261, p. 19 (mensenhandel); Richtlijn 2003/86/EG, *PbEG* 2003, L-251, p. 12 (gezinshereniging); Richtlijn 2005/85/EG, *PbEG* 2005, L-326, p. 13 (Procedurerichtlijn).

116 Beschrijvend: Craig & De Búrca 2008, p. 380; Douglas-Scott 2011, p. 647.

117 Zo bijv. Coppel & O'Neill 1992, p. 669.

118 Vgl. hierover Von Bogdandy e.a. 2012, p. 495.

119 Zo bijv. Von Bogdandy 2000. Recent: Von Bogdandy e.a. 2012, p. 495.

120 Von Bogdandy e.a. 2012, p. 496.

121 Zie over die onwil: Von Bogdandy e.a. 2012, p. 497. De auteurs wijzen er op dat deze onwil te maken kan hebben met het feit dat politieke sancties een averechtse uitwerking kunnen hebben. Zij wijzen in dat verband op het Oostenrijkse voorbeeld.

De eerste categorie betreft de situatie dat de lidstaat Unierecht implementeert.[122] Het is de 'klassieke' situatie die artikel 51 lid 1 van het Handvest beschrijft. Een vraag is nog wel, wat onder 'implementeren' moet worden verstaan. Wie de tekst van artikel 51 letterlijk neemt, verstaat daaronder uitsluitend de situatie dat primair of secundair Unierecht een bepaalde omzetting of uitvoering eist en de lidstaat daarin voorziet.[123] Een richtlijn die bijvoorbeeld, in het kader van de gemeenschappelijke bestrijding van terrorisme, tot nationale regelgeving verplicht waarmee internetproviders en telefoonmaatschappijen gedwongen kunnen worden om gegevens op te slaan, kan op gespannen voet staan met het recht op privacy.[124] De wet waarmee een dergelijke richtlijn wordt omgezet, conflicteert dan met dat grondrecht.

Een ruimere opvatting is echter ook mogelijk. Zij sluit aan bij de rechtspraak van het Hof van Justitie over de algemene beginselen van Unierecht en is opgenomen in de toelichting bij artikel 51 Handvest.[125] Onder 'uitvoering geven' in ruime zin, wordt verstaan dat de nationale regelgeving 'onder de reikwijdte' van het Unierecht valt. Dat is het geval wanneer een richtlijn een terrein weliswaar bestrijkt, maar de nationale wetgever bepaalde bevoegdheden gelaten worden, of wanneer de nationale wetgeving weliswaar *gebruikt* wordt om aan het Unierecht te voldoen, maar niet werd vastgesteld ter implementatie daarvan. Van de eerste situatie is bijvoorbeeld sprake als een richtlijn staten verplicht tot het regelen van waarborgen voor werknemers bij insolventie van de werkgever en staten zelf mogen beslissen welke financiële aanspraken van de werknemer precies beschermd worden.[126] De casus in de recente zaak *Åkerberg Fransson* illustreert het tweede geval.[127] Uit richtlijn 2006/112/EG vloeide voort dat de lidstaten maatregelen moesten nemen om er voor te zorgen dat BTW volledig werd geïnd en dat fraude werd bestreden. De Zweedse wetgeving voldeed aan deze regeling, nu zij zowel voorzag in de mogelijkheid tot strafrechtelijke vervolging van belastingfraudeurs, als in het opleggen van bestuurlijke sancties. Het betrof hier echter algemene bevoegdheden die niet specifiek op de uitvoering van het Unierecht zagen. Zij waren indertijd ook niet vastgesteld ter implementatie van de richtlijn. Niettemin oordeelde het Hof dat het Handvest wel van toepassing is, nu de wetgeving wel werd

122 Vgl. Craig & De Búrca 2008, p. 395;

123 Bij primair Unierecht kan men bijv. denken het aanpassen van nationale regelgeving om te voldoen aan de eisen van het staatssteunrecht (artt. 107 en 108 VWEU).

124 Vgl. Richtlijn 2006/24/EG, *PbEG* L-105, p. 54 (*Dataretentierichtlijn*).

125 Vgl. bijv. HvJEG 13 juli 1989, Zaak 5/88, *Jur.* 1989, p. 2609 (*Wachauf*). HvJEU 12 december 2002, C-442/00, *Jur.* 2002, p. I-11915 (*Caballero/Fogasa*). Barkhuysen & Bos 2011, p. 15 bepleiten deze opvatting.

126 Vgl. Richtlijn 80/987/EEG, *PbEG* 1980, L-283, p. 23 en HvJEU 12 december 2002, C-442/00, *Jur.* 2002, p. I-11915 (*Caballero/Fogasa*), r.o. 27, 29.

127 HvJEU 26 februari 2013, C-617/10, *AB* 2013/131 m.nt. Widdershoven.

gebruikt ter uitvoering van het Unierecht. Daarmee lijkt het Hof een duidelijke keuze voor de ruime opvatting uit te spreken.[128]

Dezelfde discussie, tussen de ruime en de restrictieve opvatting, doet zich ook voor bij de tweede categorie van gevallen. De Staat handelt dan niet ter uitvoering van een Unierechtelijke verplichting maar doet, omgekeerd, juist een beroep op uitzonderingsgronden zoals de openbare orde of de volksgezondheid. Zuiver nationale wetgeving maakt dan zijdelings een inbreuk op Unierechtelijke verplichtingen.[129] Deze wetgeving kan in elk geval worden getoetst aan de grondrechtelijke beginselen, tenminste voor zover de voorgelegde casus tot de reikwijdte van het Unierecht kan worden gerekend.[130] Een berucht voorbeeld is de zaak *Carpenter* waarin Britse wetgeving met betrekking tot gezinshereniging en uitzetting van vreemdelingen getoetst werd aan de bepalingen van vrij verkeer van werknemers in de Unie.[131] De uitoefening van deze vrijheid mocht volgens het Hof slechts beperkt worden met inachtneming van de fundamentele rechten zoals erkend door de rechtspraak van het Hof.[132] Of in zulke gevallen ook aan het Handvest kan worden getoetst staat te bezien. Zoals gezegd lijkt het Hof zich bij het bepalen van de reikwijdte van het Handvest te oriënteren op de eigen jurisprudentie met betrekking tot de beginselen. Dat lijkt vanuit het gezichtspunt van een coherente grondrechtenbescherming geen vreemde gedachte.[133] Dat zou betekenen dat ook het Handvest op dit soort van gevallen van toepassing is.

De derde categorie is van een geheel andere aard. In de eerste twee gevallen ging het om het toetsen van nationaal recht aan het Handvest of aan grondrechtelijke beginselen van Unierecht. In beide gevallen was de grondrechtenkwestie bovendien een uitvloeisel van de verhouding tussen nationaal recht en niet-grondrechtelijk getint Unierecht. Zij speelt dan indirect een rol. Het kan echter ook zijn dat het Unierecht op directe wijze grondrechtelijke waar-

128 Of die lijn van het Hof bestendig is, moet nog worden afgewacht. Het Duitse BVerfG lijkt kritisch. Dat hof legt de reikwijdte van het arrest van het HvJEU restrictief uit. Zie BVerfG 24 april 2013, 1 BvR 1215/07 (*Antiterrordatei*), r.o. 91.

129 Zie Craig & De Búrca 2008, p. 397-398; Barkhuysen & Bos 2011, p. 15.

130 Vgl. HvJEG 18 juni 1991, C-260/89, *Jur.* 1991, p. I-2925 (*E.R.T.*), en HvJEG 26 juni 1997, C-369/95, *Jur.* 1997, p. I-3689 (*Vereinigte Familiapress*); HvJEU 29 mei 1997, C-299/95, *Jur.* 1997, p. I-2629 (*Kremzow*).

131 HvJEG 11 juni 2002, C-60/00, *Jur.* 2002, p. I-6279 (*Carpenter t. Home Secretary*). Zie ook: HvJEG 25 maart 2004, C-71/02, *Jur.* 2004, p. I-3025 (*Karner t. Troostwijk*), r.o. 49.

132 Dat het Hof af en toe zeer ver kan gaan in de vraag wat voor soort gevallen zich dan onder de reikwijdte van het Unierecht bevinden, illustreert: HvJEU 8 maart 2011, C-34/09, *Jur. 2011,* p. I-01177 (*Ruiz Zambrano*).

133 Daarop wijzen Barkhuysen & Bos 2011, p. 15. Er valt tegenin te brengen dat het Hof van Justitie de perikelen rondom het aannemen van het Handvest ook kan uitleggen als een signaal dat de jurisprudentie omtrent de beginselen te vergaand is. Dat lijkt mij echter geen heilzame gedachte. Het zou het Hof weer in een ongemakkelijke positie brengen ten opzichte van constitutionele hoven, zoals het BVerfG, die een adequaat mechanisme van grondrechtenbescherming op Europees niveau veronderstellen. Zie BVerfG 22 oktober 1986, BVerfGE 73, 339 (*Solange II*).

borgen schept of daartoe verplichtingen aan de staten oplegt. Zulke verplichtingen kunnen voortvloeien uit de verdragen zelf – ik noemde hiervoor al de bepalingen over de bewegingsvrijheid en het kiesrecht voor het Europees Parlement – en uit mensenrechtelijk getinte richtlijnen zoals de privacyrichtlijn en het *acquis* inzake gelijke behandeling.[134] In dat geval kan de Nederlandse rechter geroepen worden nationale wetgeving te toetsen aan het desbetreffende primaire of secundaire Unierecht.[135]

2.4.2 De status van Unierecht in Nederland

Over de bijzondere plaats van het Unierecht in de rechtsordes van de lidstaten is al veel, heel veel geschreven.[136] Zoveel is duidelijk: het Unierecht komt op eigen kracht gelding en voorrang toe in de rechtsorde van de lidstaten.[137] De toepasbaarheid van Unierecht voor de nationale rechter is een kwestie van Unierecht en niet van de individuele lidstaten. Het werkt 'principieel monistisch' door in de rechtsorde van de lidstaten, althans in de optiek van het Hof van Justitie.[138] De claim van het Hof, dat de lidstaten hun soevereiniteit, zij het dan op een beperkt terrein, hebben overgedragen aan de Unie, is in Nederland traditioneel pragmatisch en loyaal ontvangen.[139] De eigen Grondwet is door de Nederlandse rechter tot dusver niet in stelling gebracht, zoals bijvoorbeeld de Duitse rechter dat wel heeft gedaan. Hij gaat ervan uit dat de artikelen 93 en 94 Grondwet niet op de doorwerking van het Unierecht van toepassing zijn.[140] Het is zeker niet zo dat die houding van de Nederlandse rechter op felle kritiek in de parlementaire of de wetenschappelijke

134 Vgl. bijv. de artt. 21 lid 1 en 22 VWEU, en Richtlijn 2000/43/EG, *PbEG* 2000, L-180, p. 22 (gelijke behandeling); Richtlijn 95/46/EG, *PbEG* 1995, L-281, p. 31 (privacy).

135 De afbakening tussen deze categorie en de eerste is overigens niet zonder meer helder. Het Hof van Justitie 'metselt' de grondrechtelijke dimensie van de desbetreffende richtlijnen nog weleens in Unierechtelijke beginselen in. Vgl. bijv. HvJEU 19 januari 2010, C-555/07 (*Kücükdeveci t. Swedex*), waarin richtlijn 2000/78/EG (gelijke behandeling in arbeidsrecht) werd uitgelegd als concretisering van het fundamentele gelijkheidsbeginsel.

136 Vgl. de volgende, enigszins willekeurige, greep: MacCormick 1999; Pernice 1999; Barents 2000; Van den Bossche 2002; Claes 2005, p. 148-158; Kumm 2005; Besselink 2007b (*samengestelde constitutie*); Barents 2009. Zie voorts de bijdragen van Van Hulstijn & Van Rossem, en van Cuyvers in: Van Rijn van Alkemade & Uzman 2011; Schermers & Waelbroeck 2001, p. 159-175 (met een overzicht van de receptie in de verschillende landen). Zie voor verdere verwijzingen: Barents & Brinkhorst 2006, p. 29, 53-54; Chalmers & Tomkins 2007, p. 45-56.

137 HvJEU 5 februari 1963, Zaak 26/62, *Jur.* 1963, p. 3 (*Van Gend & Loos*); HvJEU 15 juli 1964, Zaak 6/64, *Jur.* 1964, p. 1203 (*Costa t. E.N.E.L.*); HvJEU 9 maart 1978, C-106/77, *Jur.* 1978, p. 629 (*Simmenthal*).

138 De aanduiding 'principieel monistisch' treft men aan bij Burkens e.a. 2006, p. 343.

139 Vgl. Uzman & Van Rijn van Alkemade 2011, p. 6. Tevens: Besselink e.a. 2002, p. 28-38.

140 Vgl. HR 2 november 2004, *NJ* 2005/80 (*Verplichte rusttijden*); ABRvS 7 juli 1995, *AB* 1997/117 (*Metten*). Anders: AGvB 6 september 1990, *AB* 1991/12 m.nt. Drupsteen; AGvB 11 november 1991, *AB* 1992/50.

hoek is gestuit. Integendeel. Voor zover er discussie was geweest, leek die in de jaren negentig grotendeels beslecht – in elk geval tot de relatief recente ontwikkelingen rondom het referendum over het Grondwettelijk Verdrag.[141] Regering en parlement lieten zich tot dusver niet ondubbelzinnig over de kwestie uit.[142] Hoewel de artikelen 93 en 94 Grondwet, zoals Besselink terecht opmerkt, voor een soepele Europese integratie lijken te zijn geschreven, en de regering dit bij de grondwetsherziening van 1983 weer naar voren bracht, zijn er ook gelegenheden waarin hij de relevantie van beide bepalingen voor het Unierecht juist ontkent. Als voorlopig laatste stand van zaken geldt dat het kabinet in de aanloop naar de benoeming van de Staatscommissie Grondwet, in kon stemmen met het standpunt van de Raad van State, dat de artikelen 93 en 94 Gw niet van toepassing zijn op de doorwerking van Unierecht.[143]

Dat al het Unierecht als zodanig direct, en met voorrang, gelding heeft in de Nederlandse rechtsorde, wil niet zeggen dat al dat recht door de rechter toepasbaar is. Het betekent slechts dat al het Unierecht per definitie intern werkend en dus *in potentie* rechtstreeks werkend is. Een en ander hangt dus af van de Uniebepaling als zodanig.[144] De kwestie wordt via de prejudiciële procedure gereguleerd door de rechtspraak van de Unierechter. De gangbare leer, waarvan de *roots* teruggaan tot *Van Gend & Loos*, komt er op neer dat het Unierechtelijke voorschrift een voldoende nauwkeurige en onvoorwaardelijke verplichting voor de lidstaten moet inhouden, die geen nadere implementatie behoeft en de lidstaat geen discretie laat.[145]

---

141 Aldus bijv. Alkema 1991, p. 12 (vgl. ook de reactie daarop van Meuwissen op p. 40 in dezelfde bundel). Zie voorts in deze zin o.m.: Crijns 1989, p. 23; Vlemminx & Boekhorst 2000, p. 465; Fleuren & Viering 2001, p. 101; Voermans, Barkhuysen & Griffioen 2004; Werner & Wessel 2005, p. 139-140; Van Emmerik 2008a, p. 149-150 en Kortmann 2008, p. 126-127. De bekendste uitzonderingen op deze regel zijn Besselink 1995, p. 51-52; Besselink 1996, p. 166-167. Zie tevens: Hins & De Reede 1997, p. 22-25, en Van der Pot-Elzinga, De Lange & Hoogers 2006, p. 715-717. Eerder signaleerde ik dat het veranderende getijde ertoe kan leiden dat de houding kritischer wordt: Uzman & Van Rijn van Alkemade 2011, p. 7.

142 Besselink e.a. 2002, p. 30; Fleuren & Viering 2001, p. 102-103; Van der Pot – Elzinga, De Lange & Hoogers 2006, p. 721-722. Vgl. omtrent het standpunt van de regering tijdens de grondwetsherziening 1983 *Kamerstukken II* 1979-1980, 15 049 nr. 7, p. 16. Gelijkluidende parlementaire reacties treft men aan in *Handelingen II* 1979-1980, p. 4093-4096. Zie voor een bespreking van het standpunt van de wetgever: Van der Pot – Elzinga, De Lange & Hoogers 2006, p. 721-722.

143 *Kamerstukken II* 2007-2008, 31 570 nr. 3, p. 35. Zie tevens: *Kamerstukken II* 2007–2008, 29 861, nr. 19.

144 HvJEU 3 april 1968, Zaak 28/67, *Jur.* 1968, p. 204 (*Molkerei-Zentrale*).

145 HvJEU 5 februari 1963, Zaak 26/62, *Jur.* 1963, p. 3 (*Van Gend & Loos*); HvJEU 19 januari 1982, Zaak 8/81, *Jur.* 1982, p. 53 (*Becker t. FA Münster Innenstadt*); HvJEU 15 januari 1986, Zaak 44/84, *Jur.* 1986, p. 29 (*Hurd*); HvJEU 13 april 1994, C-128/92, *Jur.* 1994, p. 1209 (*Banks t. British Coal*); HvJEU 23 februari 1994, C-236/92, *Jur.* 1994, p. I-483 (*Comitato di coordinamenton della Cava*).

Bij deze hoofdregel past een tweetal kanttekeningen. In de eerste plaats is het de lezer wellicht opgevallen dat ik hier niet spreek van de voorwaarde dat de Unierechtelijke bepaling bedoeld is om rechten aan particulieren toe te kennen. Geregeld treft men haar wel aan in beschrijvingen van *direct effect*.[146] Hij lijkt voort te vloeien uit *Van Gend & Loos*, waar het Hof nog overwoog dat 'Article 12 must be interpreted as producing direct effects and creating individual rights which national courts must protect'.[147] Waar het gaat om de plicht voor nationale rechters om de voorrang van het Unierecht te verzekeren, bijvoorbeeld door daarmee strijdig nationaal recht buiten toepassing te laten, is evenwel verdedigd dat het er niet zozeer om gaat of het Unierecht rechten schept, maar of het in het voorliggende geval door de rechter toepasbaar is zonder dat hij de grenzen van zijn constitutionele positie overschrijdt.[148] Voor de, uit het Handvest en het secundaire Unierecht voortvloeiende, fundamentele rechten is de kwestie niet van groot belang, nu het daarbij vrijwel steeds onomstreden gaat om aan particulieren toegekende rechten. Belangrijker is in dat soort gevallen de vraag of het toegekende recht door de nationale rechter wel te hanteren is. Niettemin acht ik de tweede opvatting overtuigend.

In de tweede plaats betekenen de eisen, dat de regel van Unierecht geen beleidsvrijheid en geen noodzaak tot nadere implementatie inhoudt, niet dat een bepaling die concreet is naar uitkomst, maar vaag naar de wijze van implementatie, niet rechtstreeks toepasselijk kan zijn. Zo overwoog het Hof van Justitie in *Defrenne II*, dat artikel 119 EEG (later: 141 EEG; 157 VWEU), dat op dat moment staten verplichtte te verzekeren dat mannen en vrouwen voor gelijkwaardige arbeid gelijk beloond zouden worden, rechtstreeks toepasbaar was ook al bood de bepaling in deze of gene specifieke casus onvoldoende houvast.[149] Dat de regel in déze zaak een voldoende '*manageable standard*' inhield was voldoende. Het betekende in de praktijk dat het Hof de directe werking van het Unierecht naar context differentieert. Het is de positieve variant van een contextuele benadering die, zoals we hiervoor zagen, in het Nederlandse recht ten aanzien van de een ieder verbindendheid is bepleit.[150]

---

146 Vgl. Craig & De Búrca 2008, p. 277 (zie evenwel ook p. 267-271). Lenaerts & Corthaut 2006, p. 291.

147 HvJEU 5 februari 1963, Zaak 26/62, *Jur.* 1963, p. 3 (*Van Gend & Loos*).

148 Van Gerven 2000, p. 506-507, met een verwijzing naar HvJEU 19 januari 1982, Zaak 8/81, *Jur.* 1982, p. 53 (*Becker t. FA Münster Innenstadt*); Prechal 2000.

149 HvJEU 8 april 1976, Zaak 43/75, *Jur.* 1976, p. 455 (*Defrenne t. Sabena II*). Overigens werden mevrouw Defrenne en haar zaak tegen Sabena tevens Pan-Europese beroemdheden, en voor deze studie van bijzonder belang, nu het Hof zich in deze zaak bereid betoonde de temporele effecten van de eigen rechtspraak te beperken. '*Defrenne*' werd binnen het Europese recht, maar ook ver daarbuiten, een klassieker. Zowel het EHRM verwees er naar (o.m. in *Marckx t. België*), als de Hoge Raad (advies constitutionele toetsing, *NJCM-Bulletin* 1992, p. 243-259).

150 Zie onder 2.3.2.3.

Overigens moet daarbij wel bedacht worden dat het Hof aanmerkelijk restrictiever is dan de nationale rechter als het gaat om de vraag of sprake is van discretie. Waar de Nederlandse rechter vrijwel steeds meent dat een discriminatie in geval van begunstigend optreden door de nationale overheid, verschillende oplossingen toelaat, waartussen dan de wetgever en niet de rechter te kiezen heeft, gaat het Hof van Justitie uit van de veronderstelling dat de rechter slechts één keuze heeft: de benadeelde toe te kennen wat ook aan de bevoordeelde toekomt.[151] Ik kom op deze rechtspraak van het Hof van Justitie in deel II nog terug.

De algemene uitgangspunten met betrekking tot de rechtstreekse werking van het Unierecht zijn nu geschetst. Hoe zit het dan in het bijzonder met de rechtstreekse werking van het Handvest, van de grondrechten als algemene beginselen van Unierecht, en van grondrechtelijk getinte richtlijnen?

Het Handvest van de Grondrechten heeft, om te beginnen, bindende kracht voor zowel de Unie als de lidstaten. Op basis van artikel 6 VEU heeft het dezelfde status als de Unieverdragen. Het richt zich volgens artikel 51 lid 1 van het Handvest zelf, tot de instellingen van de Unie en – voor zover zij het recht van de Unie uitvoeren – tot de lidstaten. Buiten de sfeer van het Unierecht is die binding van lidstaten aan het Handvest er in beginsel niet.[152] In een 'zuiver nationale' situatie komt de Unieburger ten aanzien van zijn eigen staat normaal gesproken dan ook geen beroep op het Unierecht toe.[153] De rechtspraak van het Hof van Justitie over de vraag wanneer daarvan sprake is, lijkt echter bepaald grillig.[154] Op basis van recente rechtspraak is bijvoorbeeld niet zonder meer aan te nemen dat er geen unierechtelijke aanknopingspunten zijn wanneer het feitencomplex zich integraal in één land afspeelt.[155] Het lijkt daarom niet onmogelijk dat het Handvest in de toekomst ook in min of meer 'interne' situaties een rol gaat spelen, bijvoorbeeld wanneer het unieburgerschap aan de orde is.

151 Vgl. o.m. HvJEU 4 december 1986, Zaak 71/85, *Jur.* 1986, p. 3855 (*FNV*); HvJEU 27 juni 1990, C-33/89, *Jur.* 1990, p. I-2591 (*Kowalska*); HvJEU 26 januari 1999, C-18/95, *Jur.* 1999, p. I-345 (*Terhoeve*). Zie deel II voor een nadere bespreking.

152 HvJEU 30 september 1987, C-12/86, *Jur.* 1987, p. 3719 (*Demirel t. Schwäbisch Gmünd*); HvJEU 29 mei 1997, C-299/95, *Jur.* 1997, p. I-2629 (*Kremzow t. Oostenrijk*); HvJEU 12 december 2002, C-442/00, *Jur.* 2002, p. I-11915 (*Caballero/Fogasa*).

153 Dat is in elk geval zo voor Nederland (vgl. CRvB 5 augustus 1998, *RSV* 1999/34; Barkhuysen 2006, p. 38). In een enkel land, zoals Oostenrijk, komt de burger dan – op basis van het nationale constitutionele recht – een beroep op het gelijkheidsbeginsel toe. Zie Öhlinger & Potacs 2006, p. 97. Vgl. zeer recent: VfGH 6 oktober 2011, G41/10 (*Krankenanstalt*).

154 Vgl. HvJEU 11 juni 2002, C-60/00, *Jur.* 2002, p. I-6279 (*Carpenter t. Home Secretary*); HvJEU 23 september 2003, *Jur.* 2003, p. I-9607 (*Home Secretary t. Akrich*).

155 HvJEU 8 maart 2011, C-34/09, *Jur. 2011, p. I-01177* (*Ruiz Zambrano*).

2.5 UITGELEIDE

Het mandaat van de Nederlandse rechter om grondrechten te beschermen wordt naar positief recht gevormd door drie lagen. De eerste laag betreft de Grondwet. Deze heeft voorrang op de wet in formele zin. De wetgever is dus gehouden conform de Grondwet te handelen. Niettemin is de Grondwet door de rechter in geschillen over de rechtmatigheid van wetgeving in formele zin, in beginsel niet toepasbaar. Op dit uitgangspunt zijn enkele subtiele uitzonderingen mogelijk, maar zij tasten vooralsnog de hoofdregel niet aan. Van groter belang zijn de mensenrechtenverdragen. De naoorlogse periode beleefde een stormachtige groei aan verdragen op het terrein van de mensenrechten. Deze verdragen hebben in de Nederlandse rechtsorde voorrang boven wettelijke voorschriften, waaronder de wet in formele zin. Voor zover het gaat om 'een ieder verbindende' bepalingen, zijn zij door de rechter toepasbaar. Of een verdragsbepaling naar haar aard een ieder kan verbinden, hangt vooral af van de inhoud van die bepaling zelf. In dat verband is vooral van belang of de bepaling de rechter aanknopingspunten biedt om het hem voorgelegde geschil te beslechten. Is de bepaling voldoende concreet, of noopt zij tot implementatiewetgeving? In het verleden is de rechter wel opgeroepen om deze kwestie van geval tot geval (contextueel) te beoordelen. Het leek er enige tijd op alsof hij aan die oproep gehoor had gegeven. Intussen, zo dient de conclusie te zijn, gaat de rechter uit van een dichotome opvatting omtrent de een ieder verbindendheid. Een bepaling is toepasbaar, of zij is het niet. Tot slot is het Unierecht aan de orde gekomen, dat met name met het Handvest van de Grondrechten van de Unie, en een aantal grondrechtelijk geïnspireerde richtlijnen van belang is voor de bescherming van fundamentele rechten in Nederland. Zowel het Handvest als deze richtlijnen komt, uit kracht van het Unierecht, voorrang toe op al het nationale recht. De toepasbaarheid van de daarin opgenomen rechten is een kwestie van interpretatie. Ook hier is vooral van belang of sprake is van een voldoende nauwkeurige en onvoorwaardelijke verplichting voor de lidstaten. Deze vraag wordt door het Hof contextueel benaderd, zij het dat het aanmerkelijk sneller geneigd is aan te nemen dat daarvan sprake is.

Nu we hebben vastgesteld dat de mensenrechtenverdragen en de grondrechten zoals opgenomen in het Unierecht gelding hebben in de Nederlandse rechtsorde, door de rechter toepasbaar en door de burger inroepbaar zijn, en dat zij voorrang hebben op de wet in formele zin, is het tijd om te bezien hoe die voorrang geëffectueerd wordt. Dat gebeurt in het volgende hoofdstuk, aan de hand van een beschrijving van de voornaamste constitutionele remedies die het Nederlandse recht de rechter ter beschikking stelt.

3 Constitutionele remedies in Nederland

3.1 INLEIDING

Recht dat gelding en voorrang heeft, moet geëffectueerd worden. Heeft de rechter vastgesteld dat het grondrecht in kwestie door hem toepasbaar is, dan moet hij dat recht in beginsel ook effectueren. Dat kan op verschillende manieren. Een voorbeeld kan dat verduidelijken.

Op basis van de Wet Premiedifferentiatie en marktwerking bij arbeidsongeschiktheid (Wet-Pemba) betaalden werkgevers in het verleden een hogere WAO-premie wanneer relatief veel van hun werknemers als arbeidsongeschikt of ziek te boek stonden. Werkgevers kregen er daarom belang bij op te komen tegen een beschikking tot toekenning van een WAO-uitkering. Daarom introduceerde de Wet-Pemba de zogenaamde medische besluitenregeling.[1] Op basis van die regeling kreeg de werkgever, ter bescherming van de privacy van de werknemer, zelf geen inzage in het medisch dossier van die werknemer. In plaats daarvan kon een arts-gemachtigde inzage krijgen en tijdens de procedure in de plaats treden van de werkgever. De Centrale Raad en diverse, zij het niet alle, rechtbanken kwamen tot de conclusie dat deze regeling jegens de werkgever in strijd was met artikel 6 EVRM, dat de *equality of arms* garandeerde.[2] Welke remedie kan de rechter een werkgever bieden die met zo'n regeling wordt geconfronteerd?

Het antwoord op die vraag is afhankelijk van de processuele positie die de werkgever heeft gekozen. Deze zal er doorgaans voor (moeten) kiezen om rechtsmiddelen aan te wenden tegen een toekenningsbesluit. In die procedure zal hij inzage verzoeken in het dossier en bij aanvankelijke weigering naar voren brengen dat hij op die inzage recht heeft krachtens artikel 6 EVRM. Moet de rechter dan steeds, zoals artikel 94 Grondwet lijkt te suggereren, de wettelijke regeling buiten toepassing laten?[3] Nee, niet steeds.

---

1 Zie artikelen 88 e.v. WAO (oud).

2 CRvB 20 juli 2001, *JB* 2001/256 m.nt. AWH. Zie voor verwijzingen naar de diverse rechtbankuitspraken tevens de annotatie van Verhey onder Rb Almelo 25 oktober 2000, *JB* 2000/336 (*Demar Laser t. LISV*).

3 In dit geval is buiten toepassing laten van de regeling een optie. Zoals bekend biedt dat in een aantal gevallen echter geen uitkomst, bijvoorbeeld wanneer een begunstigende regeling in strijd met het gelijkheidsbeginsel een bepaalde categorie personen ten onrechte niet noemt. Vgl. HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170 (*Arbeidskostenforfait*).

In de eerste plaats kan de rechter proberen de regeling verdragsconform uit te leggen, bijvoorbeeld door een extra ongeschreven voorwaarde in het wettelijk voorschrift te lezen. Inzage door de werkgever moet bijvoorbeeld slechts geweigerd worden indien er concrete aanwijzingen zijn dat de werknemer daartegen ernstige privacybezwaren heeft. Ook kan de rechter bepalen dat de werknemer in beginsel niet gehouden is toestemming tot inzage te geven, maar deze die toestemming 'redelijkerwijs' niet kan onthouden wanneer het belang van de werkgever, het belang van de werknemer bij zijn privacy in bijzondere gevallen ver overstijgt.[4]

Ook als de rechter wel langs het pad gaat van het door artikel 94 Grondwet voorgeschreven rechtsgevolg, heeft hij daarin keuzes te maken, wissels te bedienen. Want wát moet hij precies buiten toepassing laten? Hij kan ervoor kiezen de regeling als zodanig 'onverbindend' te verklaren. Hij gaat er dan vanuit dat de medische besluitenregeling in geen enkel geval rechtmatig toe te passen is.[5] Het gevolg is in zulke gevallen dat de door de werkgever aangevochten beslissing per definitie niet in stand kan blijven. Een genuanceerder benadering is dat de rechter ervoor kiest de regeling slechts buiten toepassing te laten wanneer hij van mening is dat zij ertoe leidt dat in het concrete, hem voorgelegde geschil, geen sprake meer is van *equality of arms*.

De rechter heeft dus wat te kiezen, maar hij is niet de enige. Ook de justitiabele heeft invloed op de wijze waarop hem recht kan worden gedaan. Hij kan er in sommige gevallen voor kiezen om een actie uit onrechtmatige wetgeving bij de civiele rechter in te stellen wegens strijd met het verdragsrecht. Werkgeversvereniging VNO/NCW zou namens haar leden eventueel kunnen vorderen dat de Staat de vastgestelde medische besluitenregeling niet uitvoert. Eveneens kunnen individuele werkgevers van de Staat vorderen dat de regeling ten aanzien van hen niet wordt toegepast, of dat de schade wordt vergoedt die zij als gevolg van die regeling lijden.[6] Tot slot – het is naar positief recht uiteraard nog niet mogelijk – bestaat in theorie zelfs de mogelijkheid dat werkgevers vorderen dat de Staat de regeling weer intrekt.[7]

---

4 Een variant op deze oplossing koos Rb Roermond 14 maart 2000, *USZ* 2000/112 m.nt. M. Fleuren. Tegen de geschetste constructies valt overigens veel in te brengen. Zij komen, afhankelijk van hun toepassing in het concrete geval, ofwel slechts theoretisch tegemoet aan de bezwaren onder artikel 6 EVRM, of zij laten van de oorspronkelijke medische besluitenregeling als zodanig weinig over. Maar daarom gaat het mij hier niet. Het gaat mij er slechts om te illustreren dat het buiten toepassing laten van de regeling in een dergelijk geval niet de enige optie is die voorligt.

5 Rb Almelo 25 oktober 2000, *JB* 2000/336 m.nt. LV (*Demar Laser t. LISV*) gebruikt deze terminologie. Onduidelijk is in hoeverre de rechtbank hier bedoeld heeft de wettelijke regeling algeheel onverbindend te achten. Zie tevens Rb Dordrecht 10 december 1999, *JB* 2000/82 m.nt. AWH.

6 Meer daarover hierna onder 3.3.3.1 en 3.3.3.2.

7 Zoals gezegd is dit momenteel niet mogelijk: HR 21 maart 2003, *AB* 2004/39 m.nt. ChB (*Waterpakt*); HR 1 oktober 2004, *NJ* 2004/679 m.nt. TK (*De Faunabescherming/Fryslân*); HR 9 april 2010, *JB* 2010/115 (*Staat/Clara Wichmann*). Een interessant alternatief, waarover nog

3.1.1 Het concept 'constitutionele remedies'

Uit dit korte overzicht komt een beeld naar voren van de rechter als ouderwetse spoorwegemployé, 'treindienstmanager' heet dat in goed Prorail-jargon, met zijn hand op de bediening van een ingenieus netwerk van wissels. Die wissels zijn niet goed te vangen in termen van rechtsgevolgen of uitspraakbevoegdheden. Soms kan het normconflict door conforme interpretatie worden verholpen, soms laat de rechter buiten toepassing. In andere gevallen beveelt de rechter het bestuur om een regeling niet toe te passen, en in weer andere gevallen veroordeelt hij de Staat tot een schadevergoeding. Vanuit het perspectief van het nationale recht gaat het in sommige gevallen om een methode van interpretatie (conforme interpretatie), in andere gevallen om een rechtsgevolg van toetsing (onverbindendheid). In weer andere gevallen gaat het om een uitspraakbevoegdheid (gebod; schadevergoeding). Het nationale recht ziet, met andere woorden, vooral verschillen.

Vanuit het Europese en het internationale perspectief daarentegen, zijn die verschillen maar beperkt relevant. Het gaat in alle gevallen om een instrument waarmee een verdragsschending kan worden voorkomen of verholpen. Uiteraard kan dan het ene instrument de voorkeur verdienen boven het andere – in zoverre is er een relevant verschil – maar dat betreft inhoudelijke verschillen, niet dogmatische. Ook voor de burger zijn de verschillen over het algemeen betrekkelijk. Of de rechter nu voor recht verklaart dat een regeling in strijd is met verdragsrecht, dan wel dat hij deze strijd vaststelt in de overwegingen van zijn uitspraak, het is de burger om het even.[8] En of de rechter een regeling nu conform interpreteert of buiten toepassing laat maakt de burger ook niet zoveel uit. In beide gevallen krijgt hij alsnog het belastingvoordeel waarom hij vroeg.[9]

In dit boek kies ik voor het perspectief van het Europese recht. Ik stel de diverse 'instrumenten' dus op één lijn. Bepalend is niet het rechtsgebied of de fase van het rechterlijk beslismodel, maar de functie van het instrument. In alle gevallen gaat het om remedies die in meer of mindere mate geschikt

---

wel het een en ander kan worden opgemerkt, betreft de buitenwerkingstelling van een intrekkingswet. Het resultaat daarvan zou zijn dat de oorspronkelijke wet weer herleeft, in elk geval ten opzichte van de groep waarvoor dat herleven is gevorderd: Vz Rb Den Haag 3 januari 2012, *LJN* BU9921 (*FNV Kunsten/Staat*).

8 Ik zeg overigens niet dat er geen enkel verschil *is* . Voor de binding van de Staat, mits procespartij, kan het uitmaken of het oordeel over de verenigbaarheid is vastgelegd in het dictum of niet. Zie art. 237 Rv. Nader: Sillen 2010, p. 105-106.

9 Voor de jurist ligt dat anders. Verdragsconforme interpretatie leidt, theoretisch tenminste, tot het oordeel dat géén sprake is van een normconflict terwijl onverbindendheid en buiten toepassing laten zo'n conflict veronderstellen.

zijn om de door het 'hogere recht' gegarandeerde rechten te beschermen.[10] Deze remedies zijn allemaal constitutioneel, in de zin dat zij worden ingezet om een constitutionele kwestie, de onverenigbaarheid tussen diverse normen, op te heffen. Men zou ze 'constitutionele remedies in ruime zin' kunnen noemen. Zowel een verdragsconforme uitleg van een wettelijk voorschrift, als een civielrechtelijk verbod dat voorschrift toe te passen zijn 'constitutionele remedies' in ruime zin.

Dat constitutionele remedies eenzelfde functie delen, wil intussen niet zeggen dat er geen verschillen te maken zijn. In de eerste plaats is er dogmatisch een onderscheid tussen constitutionele remedies die traditioneel tot het procesrecht behoren en remedies die rechtstreeks voortvloeien uit het constitutionele recht. In het eerste geval kan men denken aan de uitspraakbevoegdheden van rechters in de drie kolommen. Uit het bestuursprocesrecht vloeit bijvoorbeeld voort dat de bestuursrechter besluiten kan vernietigen, dat hij zelf in de zaak kan voorzien en dat hij de appellant een schadevergoeding kan toekennen. Het strafprocesrecht geeft de rechter de bevoegdheid om bewijs uit te sluiten, tot een vrijspraak of een ontslag van rechtsvervolging te komen en in een beperkt aantal gevallen schadevergoeding toe te kennen.[11] Het civiele procesrecht, tot slot, geeft de burgerlijke rechter de bevoegdheid tot het geven van een declaratoir, het toekennen van schadevergoeding en het uitvaardigen van een gebod of een verbod. Voor al deze 'remedies' geldt dat zij hun werk doen in de laatste fase van het rechterlijk beslismodel.

De tweede categorie remedies wordt traditioneel niet door het procesrecht, maar door de Grondwet en het ongeschreven recht gereguleerd. Zij spelen vooral een rol in het proces van rechtsvinding. Kenmerkend voor deze categorie is dat álle rechters in de drie kolommen beschikken over dezelfde remedies: conforme interpretatie, onverbindendverklaren en buiten toepassing laten van (*prima facie*) onverenigbare voorschriften. Dit is de categorie waar we eigenlijk aan denken als we het hebben over *constitutionele* remedies. Ik spreek daarom van 'constitutionele remedies in enge (of eigenlijke) zin, ter onderscheiding van de procesrechtelijke remedies.

Waarom nu dit verschil? Maakt het wat uit om te onderscheiden tussen al deze remedies? Ja dat maakt uit. In de eerste plaats kan het onderscheid behulpzaam zijn bij het analyseren van de eisen die het Unierecht stelt aan het stelsel van remedies.[12] Daarnaast 'werken' procesrechtelijke remedies en

10 Vgl. bijv. Van Gerven 2000, die het buiten toepassing laten van nationaal recht en uitspraakbevoegdheden als het toekennen van schadevergoeding ook beschouwt als 'remedies', namelijk '*the general remedy of setting aside national measures and the specific remedies of restitution (and specific performance), interim relief and compensation*' (Van Gerven 2000, p. 503).

11 Uiteraard kunnen strafrechters ook veroordelen, en bestuursrechters ongegrond verklaren, maar dat zal over het algemeen geen remedie voor de klager zijn.

12 Voor de procesrechtelijke remedies geldt, *grosso modo*, dat zij onder het regime van de procedurele autonomie vallen. Voor de constitutionele remedies in eigenlijke zin gelden de beginselen van effectieve rechtsbescherming en voorrang. Zie hoofdstuk 7.

'eigenlijke' constitutionele remedies op een verschillende manier. Zoals gezegd gaat het bij de ene categorie om het sluitstuk van de rechterlijke uitspraak, terwijl constitutionele remedies in enge zin hun rol spelen in het proces van rechtsvinding. Nadat zij hun werk hebben gedaan, kan de rechter op verdragsconforme wijze van zijn uitspraakbevoegdheden gebruik maken. Het buiten toepassing laten van het voorschrift, leidt er bijvoorbeeld toe dat de appellant alsnog geregistreerd kan worden als kiezer, of dat de weigering van de uitkering waarop hij recht meende te hebben, wordt vernietigd. Het succesvol aanwenden van procesrechtelijke uitspraakbevoegdheden om een verdragsschending te voorkomen, hangt – met name bij de bestuurs- en de strafrechter – dus volledig af van het gebruik van 'eigenlijke' constitutionele remedies. Dat klinkt abstract. Een voorbeeld.

Stel dat Uzman een illegaal verblijvende minderjarige vreemdeling is, die aan een ernstige vorm van de ziekte dissertitis lijdt. Hij verzoekt om psychiatrische hulp in het kader van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) maar die hulp wordt geweigerd op grond van het, in de wet opgenomen, koppelingsbeginsel. Uzman beroept zich met vrucht op artikel 8 EVRM. De procesrechtelijke remedie waar Uzman om vraagt, is vernietiging van de afwijzende beschikking op bezwaar. Om daar te komen, zal de bestuursrechter echter moeten vaststellen dat de weigering onrechtmatig was. Heeft het bestuursorgaan de Wmo correct toegepast, dan zal de rechter – wil hij het beroep honoreren – de Wmo op dit punt buiten toepassing moeten laten of verdragsconform moeten interpreteren. Gebeurt dat, dan is de weg vrijgemaakt voor de procesrechtelijke remedie.

In veel bestuursrechtelijke en strafrechtelijke gevallen ligt het zwaartepunt dus bij de eigenlijke constitutionele en niet bij de procesrechtelijke remedie. Dat ligt anders voor de civielrechtelijke remedies, tenminste zodra sprake is van een wetgevingsgeding. Justitiabelen kunnen de onrechtmatigheid van een wettelijk voorschrift immers, onder voorwaarden, direct voorleggen aan de burgerlijke rechter. Voor een declaratoir dat het vaststellen of uitvoeren van het voorschrift onrechtmatig is, en voor schadevergoeding, zou het enigszins gekunsteld zijn om te spreken van de (voorafgaande) inzet van een constitutionele remedie in enge zin. Zodra de rechter heeft vastgesteld dat sprake is van een normconflict, gaat hij over tot het vaststellen van de procesrechtelijke remedie.

In dit hoofdstuk laat ik de verschillende constitutionele remedies de revue passeren. Ik concentreer mij daarbij voornamelijk op de constitutionele remedies in enge zin, nu hun belang in de toetsingspraktijk het grootst is en de *terme de grâce* vooral in dat kader een rol speelt. Omdat met name de procesrechtelijke remedies van de civiele rechter een mogelijk alternatief zouden kunnen zijn wanneer een *terme de grâce* tot knelpunten zou leiden, ga ik daar vervolgens kort op in. De procesrechtelijke remedies van de rechters in de overige kolommen behandel ik hier niet op zelfstandige titel. Wel passeren

zij kort de revue in het kader van een bespreking van de werking van de constitutionele remedies in enge zin.

3.2 Constitutionele remedies (in enge zin)

Constitutionele remedies in enge zin – de term is in het Nederlandse staatsrecht onbekend – worden door het staatsrecht gereguleerd. Kenmerkend aan zulke remedies is dat het staatsrecht hen een plaats geeft in het proces van rechtsvinding. De rechthebbende burger brengt hen bij wijze van exceptie in tegen het, in zijn ogen onrechtmatige, wettelijk voorschrift. De verdachte roept de strijd tussen strafwet en verdragsrecht tijdens het strafproces aan om aan vervolging te ontsnappen, de belastingplichtige steunt zijn beroep tegen een opgelegde aanslag op de strijd tussen belastingwet en verdrag, de moeder van een kind betoogt dat de biologische vader, in afwijking van het wettelijk stelsel, tóch alimentatie verschuldigd is.[13] In al deze gevallen wordt de justitiabele een wettelijke regeling tegengeworpen in een geding dat als inzet formeel iets anders heeft dan de rechtmatigheid van die wetgeving. Hij doet een beroep op het staatsrecht om de kwestie in zijn voordeel op te lossen.

Het Nederlandse recht kent twee constitutionele remedies: de conforme interpretatie en het buiten toepassing laten van de wettelijke regeling. In de praktijk zijn beide remedies niet goed van elkaar te onderscheiden.[14] Met het in een voorschrift 'inlezen' van beperkende voorwaarden, een illustratie bij uitstek van conforme interpretatie, wordt het toepassingsbereik van een voorschrift bijvoorbeeld beperkt. Precies datzelfde resultaat wordt bereikt wanneer de rechter bepaalt dat hij het voorschrift in een aantal gevallen niet toepast.[15] Toch zijn de beide remedies dogmatisch van elkaar te onderscheiden. Zij hebben een verschillende grondslag en een verschillend toepassingsbereik. Of hun mogelijkheden ook op gelijke wijze begrensd zijn staat te bezien. Dat bezien gaan we nu doen. Ik loop eerst de conforme interpretatie na, en vervolgens het buiten toepassing laten.

3.2.1 Conforme interpretatie

Over de methode van verdragsconforme interpretatie valt veel te zeggen en op te schrijven. Ik ga hier op drie aspecten in: grondslag, toepassingsbereik en grenzen van de conforme interpretatie. Daarbij zal ik het zowel hebben over de conforme interpretatie in het kader van de toetsing aan de mensenrech-

13 Vgl. voor dat laatste geval: HR 18 februari 2011, *NJ* 2011/90.
14 Vgl. ook Nollkaemper 2005, p. 44.
15 Men vergelijke bijv. het hiervoor genoemde vonnis van Rb Roermond 14 maart 2000, *USZ* 2000/112 m.nt. M. Fleuren. Zie tevens: Rb Rotterdam 11 juli 2000, *JB* 2000/263.

tenverdragen als aan het Unierecht. Nadat dezelfde aspecten zijn behandeld met betrekking tot het buiten toepassing laten, ga ik nog kort in op de werking van uitspraken waarin buiten toepassing wordt gelaten, respectievelijk conform wordt geïnterpreteerd.

3.2.1.1 Grondslag en toepassingsbereik

De Nederlandse rechter legt het nationale recht zo veel mogelijk uit conform het internationale recht. Hij doet dit op basis van de presumptie dat de wetgever (in volkenrechtelijk verband: de staat) geacht wordt zijn volkenrechtelijke verplichtingen niet te willen verzaken.[16] Zo overwoog de Hoge Raad in *Grenstractaat Aken*:

> 'voorzeker niet – tenzij de tekst van de wet daartoe dwingt – mag worden aangenomen, dat de Nederlandsche wetgever in eenige wet eenzijdig en eigenmachtig zou zijn afgeweken van hetgeen bij bekrachtigd tractaat met een vreemde mogendheid is overeengekomen'.[17]

Deze plicht tot het, zo mogelijk, uitgaan van een verdragsconforme lezing van wettelijke voorschriften is stevig verankerd in het Nederlandse recht. Niet alleen de rechter, ook de wetgever en de grondwetgever gaan van het bestaan van een dergelijke verplichting uit.[18] Uit *Grenstractaat Aken* valt evenwel niet op te maken of zij voortvloeit uit het nationale, of uit het internationale recht. Dat wordt evenmin duidelijk als de Hoge Raad de plicht tot verdragsconforme interpretatie in 1990 bevestigt:

> 'Aan deze verplichting heeft de Nederlandse wetgever tot nu toe niet voldaan. Dit brengt voor de Nederlandse rechter, die het Nederlandse recht zoveel mogelijk aldus dient uit te leggen en toe te passen dat de Staat aan zijn verdragsverplichtingen voldoet, mee dat hij in deze "leemte in de wetgeving" (citaat uit de MvT op het bij Wet van 23 mei 1990, Stb. 379 vastgestelde art. 630 nieuw Rv) moet voorzien

16 Brouwer 1992, p. 82, 104; Fleuren 2005, p. 85-86. Schokkenbroek 1996, p. 316, acht het, zij het met de nodige mitsen en maren, ook verdedigbaar de bevoegdheid tot conforme interpretatie te baseren op artikel 94 Grondwet, onder het motto 'wie het meerdere mag, mag ook het mindere'. Hij geeft zelf evenwel al aan dat verdragsconforme interpretatie lang niet altijd als het 'mindere' kan worden beschouwd. Zie in dat verband tevens Van Dijk 1988, p. 188, 202-204; De Lange 2005, p. 77, 85. Het baseren van de bevoegdheid op artikel 94 Gw brengt bovendien de moeilijkheid met zich dat die bepaling zich enkel richt tot 'een ieder verbindende' verdragsbepalingen. Het toepassingsbereik van conforme interpretatie is breder.

17 HR 3 maart 1919, *NJ* 1919, p. 317 (*Grenstractaat Aken*). Vgl. ook: HR 17 december 1934, *NJ* 1935, p. 5. Een aantal auteurs zoekt de grondslag overigens in artikel 94 Grondwet. Vgl. Schokkenbroek 1996, p. 316; Bellekom e.a. 2007, p. 332.

18 Zie in dat verband de opmerkingen daarover van de regering ten tijde van de grondwetsherziening 1983: *Handelingen II* 1979/1980, p. 4444-4445.

op een wijze die in het stelsel van de wet past en aansluit bij wel geregelde gevallen'.[19]

Een regel dat nationale rechters verplicht zijn tot verdragsconforme interpretatie is op internationaal niveau niet geformuleerd.[20] Wel is er sprake van een levendige statenpraktijk: volkenrechtsconforme interpretatie is in veel landen een bekend verschijnsel, hoewel de legitimatie ervoor en de grenzen ervan uiteen lopen.[21] Nollkaemper wijst bovendien op het volkenrechtelijke uitgangspunt dat staten geen belemmeringen opwerpen die het mogelijk maken dat internationale verplichtingen worden verzaakt.[22] Dat moge zo zijn, maar ook een dergelijk uitgangspunt richt zich tot de staat en niet tot de nationale rechter als zodanig. 'Leveren' de nationale autoriteiten niet, dan is de staat als geheel volkenrechtelijk aansprakelijk, niet de rechter omdat hij weigerde volkenrechtsconform te interpreteren. Een plicht tot conforme interpretatie kan men uit het internationale recht als zodanig daarom vooralsnog niet afleiden.

Het kan mogelijk anders liggen voor de doorwerking van het EVRM. In diverse arresten riep het EHRM nationale autoriteiten op om de eigen wetgeving EVRM-conform uit te leggen, of veronderstelde het deze praktijk.[23] Anderzijds is het zaak voorzichtig te zijn met ál te vergaande conclusies op basis van deze rechtspraak. Het EHRM is normaal gesproken immers zeer terughoudend zich te mengen in de nationale verhoudingen.[24] Dat het Hof zich soms scherp uitlaat over de weigering van een nationale rechter om het EVRM te handhaven, kan ook uitsluitend een kwestie zijn van het verwerpen van het verweer van de nationale regering, dat de eigen rechter 'niet anders kon', en dat daarom een schending niet aan de orde zou zijn.[25] Ook hier geldt echter dat de consta-

19 HR 16 november 1990, *NJ* 1992/107. Het citaat kan overigens de suggestie wekken dat de regering in de Memorie van Toelichting bij de Invoeringswet Boek 8 BW zou hebben overwogen dat sprake is van een leemte waarin door de rechter moet worden voorzien. Dat is niet het geval. De regering merkt op dat artikel 630 Rv voorziet in een leemte, niet dat de rechter daarin door verdragsconforme interpretatie dient te voorzien. Zie *Kamerstukken II* 1986-1987, 19 979, nr. 3, p. 123.

20 Nollkaemper 2005, p. 44.

21 *Ibid.* Tevens: Betlem & Nollkaemper 2003, p. 574 en de diverse bijdragen in Shelton 2012. Zie ook Besselink 2007a, p. 58-59 en de beschrijving van de in deel III opgenomen stelsels.

22 Nollkaemper 2005, p. 45.

23 Zie bijv. EHRM 29 november 1991, *no.* 12849/87 (*Vermeire t. België*); EHRM 22 oktober 2009, *no.* 3572/06 (*Paulic t. Kroatië*). Recenter: EHRM 13 januari 2011, *no.* 17792/07, *EHRC* 2011/50 m.nt. Uzman (*Kallweit t. Duitsland*), §83 (nationale rechters worden, in het kader van art. 46 EVRM, opgeroepen 'hun verantwoordelijkheid te nemen') en EHRM (Grote Kamer) 28 juni 2013, *no.* 16574/08 (*Fabris t. Frankrijk*). In deze zin: de annotaties van Gerards onder EHRC 2013/88 en Sanderink onder *JB* 2013/92.

24 Zie par. 6.4.

25 Intussen ligt de kwestie ook weer genuanceerder dan dit. Het Hof hóeft op dit soort verweren namelijk niet in te gaan. Dat deed het bijvoorbeeld niet in EHRM 9 november 2010, *no.* 664/06 (*Losonci Rose & Rose t. Zwitserland*).

tering van een schending formeel de lidstaat treft. Het is het *samenspel* van de staatsmachten dat heeft gefaald, niet alleen, of zelfs maar primair, de rechter.

Het ligt zeker wél anders wanneer de rechter overschakelt op zijn Unierechtelijk mandaat. De plicht voor de Nederlandse rechter om al het nationale recht in overeenstemming met al het Unierecht uit te leggen, volgt niet uit *Grenstractaat Aken*, maar uit rechtspraak van het Hof van Justitie. In de zaak *Von Colson & Kamann* leidde het Hof haar af uit de plicht tot loyale samenwerking zoals tegenwoordig vastgelegd in artikel 4 lid 2 VEU (oud: art. 10 EG, nóg ouder: art. 5 EEG).[26] Die plicht geldt voor alle nationale autoriteiten en dus ook voor de rechter. In de ogen van het Hof moeten alle organen van de staat, binnen de grenzen van hun nationale mandaat, zo loyaal mogelijk meewerken aan het verwezenlijken van de doelstellingen van het Unierecht. In 2004 voegde het Hof daar nog iets aan toe. De plicht tot conforme interpretatie was niet alleen een kwestie van loyaliteit jegens de Unie, die voor alle overheidsorganen geldt, maar zelfs inherent aan het systeem van de Unieverdragen. Dat systeem eist onder meer dat de rechter burgers de volle werking van het Unierecht verzekert.[27] In dat verband, zo onderstreept het Hof, staat het:

> '(…) immers in het bijzonder aan de nationale rechterlijke instanties om de rechtsbescherming die voor de justitiabelen uit het Unierecht voortvloeit, te verzekeren en de volle werking daarvan te waarborgen. (…) Dit geldt des te meer wanneer aan de nationale rechter een geschil is voorgelegd over de toepassing van nationale voorschriften die zoals *in casu* speciaal zijn ingevoerd ter uitvoering van een richtlijn die tot doel heeft rechten te verlenen aan particulieren'.[28]

Sinds 2004 lijkt het Hof de plicht tot conforme interpretatie dus in verband te brengen met de taak van de nationale rechter om burgers effectieve rechtsbescherming te verlenen.[29] Dat verband lijkt mij van belang. Zoals uit de analyse in deel II blijkt, staat het beginsel van effectieve rechtsbescherming

---

26 HvJEU 10 april 1984, Zaak 14/83, *Jur.* 1984, p. 1891 (*Von Colson & Kamann t. Nordrhein Westfalen*). Dat wil overigens niet zeggen dat het Hof vóór *Von Colson* niets te melden had omtrent gemeenschapsconforme interpretatie door nationale rechters, wel dat het voor het eerst expliciet van een verplichting sprak. Vgl. HvJEU 12 november 1974, Zaak 32/74, *Jur* 1974, p. 1201 (*Haaga GmbH*); HvJEU 26 februari 1975, Zaak 67/74, *Jur.* 1975, p. 297 (*Bonsignore*); HvJEU 20 mei 1976, Zaak 111/75, *Jur.* 1976, p. 657 (*Mazzalai t. Ferrovia del Renon*); HvJEU 15 juli 1982, Zaak 270/81, *Jur.* 1982, p. 2771 (*Felicitas Rickmers-Linie*).

27 Zie o.m. HvJEU 15 mei 2003, C-160/01, *Jur.* 2003, p. I-4791 (*Mau*), § 34.

28 HvJEU 5 oktober 2004, C-397-403/01, *Jur.* 2004, p. I-8835 (*Pfeiffer e.a.*), §111-112. Zie ook HvJEU 13 maart 2007, C-432/05, *Jur.* 2007, p. I-2271 (*Unibet*), §44.

29 Aldus ook Prechal 2005, p. 181. Enigszins verwarrend is dat *Von Colson & Kamann* ook bekend staat als een van de eerste arresten waarin het Hof over het beginsel van effectieve rechtsbescherming is begonnen. Dat was evenwel in het kader van een andere kwestie, namelijk de noodzaak tot het garanderen van effectieve remedies bij schending van het discriminatieverbod in horizontale verhoudingen. De plicht tot conforme interpretatie speelde daarbij wel een rol.

in het Unierecht symbool voor een relatief 'krachtige' jurisprudentielijn, die wij kennen van zaken als *Factortame* en *Francovich*.[30] Die lijn baseert zich volgens veel auteurs minder op nationale procedurele autonomie en legt verhoudingsgewijs meer nadruk op het belang van effectieve doorwerking van het Unierecht.[31] Dat het Hof de grondslag zoekt in effectieve rechtsbescherming van particulieren kan dus een indicatie zijn van het feit dat het Hof niet snel geneigd is nationale constitutionele grenzen aan de interpretatievrijheid van de rechter te accepteren.

Voor wat betreft het toepassingsbereik van de methode van conforme interpretatie geldt dat zij zowel naar intern Nederlands constitutioneel recht, als naar Europees recht, ruim wordt opgevat. Ten aanzien van het eerste geldt dat de genoemde presumptie niet enkel voor de wetgever op gaat maar voor alle overheidsorganen. Zoals de Hoge Raad overweegt, is het immers de staat die aan zijn verdragsverplichtingen moet voldoen. Ook lagere regelgeving en jurisprudentiële regels moeten dus verdragsconform worden uitgelegd.[32] Hetzelfde geldt overigens voor het Unierecht, dat vereist dat *al* het nationale recht conform de regels van de Unie wordt uitgelegd.[33] Dat lijkt mij ook geen omstreden kwestie. Als de formele wetgever woorden in de mond gelegd kunnen worden, dan heeft dat ook te gelden voor andere normstellers.

Van groter belang is de vraag welke internationaalrechtelijke normen kunnen dienen als bron van conforme interpretatie. Voor wat betreft het Unierecht is ook dat vrij duidelijk: al het Unierecht komt daarvoor in aanmerking.[34] Van belang is vooral dat dit dus ook niet-rechtstreeks werkend Unierecht betreft. Die kwestie ligt gevoeliger waar het de doorwerking van het overige verdragsrecht in het Nederlandse staatsrecht betreft. Waar de Nederlandse rechter zich voor de uitleg van het Unierecht kan richten naar de rechtspraak van het Hof van Justitie, heeft hij aan de uitleg van het overige internationale recht in veel gevallen een harde dobber. Afgezien van het Straatsburgse Hof heeft hij dan geen duidelijke '*partner in the business of law making*'. Hij draagt voor een groot deel de eigen verantwoordelijkheid voor de uitleg van het recht dat hij effectueert ten koste van, in elk geval anders ingestoken interpretaties van, nationaal recht. Toch geldt ook in de nationale

30 HvJEU 19 november 1991, C-6/90, C-9/90, *Jur.* 1991, p. I-5357 (*Francovich & Bonifaci*); HvJEU 5 maart 1996, C-46/93 en C-48/93, *Jur.* 1996, p. I-1029 (*Ex parte Factortame*).

31 Vgl. Jans e.a. 2007, p. 54-55. Zie nader §7.7.5.

32 In deze zin ook: Fleuren 2005, p. 86.

33 HvJEU 13 november 1990, C-106/89, *Jur.* 1990, p. I-4135 (*Marleasing SA*); HvJEU 25 februari 1999, C-131/97, *Jur.* 1999, p. I-1103 (*Carbonara e.a.*), §49-50; HvJEU 5 oktober 2004, C-397-403/01, *Jur.* 2004, p. I-8835 (*Pfeiffer e.a.*), §115. Zie nader: Prechal 2005, p. 185-186.

34 Zie reeds HvJEU 10 april 1984, Zaak 14/83, *Jur.* 1984, p. 1891 (*Von Colson & Kamann*). Vgl. ook: HvJEU 13 december 1989, C-322/88, *Jur.* 1989, p. 4407 (*Salvatore Grimaldi*). Zie voorts: Betlem & Nollkaemper 2003, p. 577.

rechtsorde dat al het internationale recht – een ieder verbindend of niet – kan dienen als argument voor een conforme interpretatie van het nationale recht.[35]

De kwestie is wel, in hoeverre het onderscheid tussen een ieder verbindend en niet een ieder verbindend verdragsrecht een rol speelt bij de afbakening van de grens tussen toelaatbare en ontoelaatbare conforme interpretatie. Ik kom daarover nog te spreken.

3.2.1.2 De grenzen van verdragsconforme interpretatie

Vertrekpunt van de methode van verdragsconforme interpretatie is de presumptie dat de wetgever zijn taak verricht conform het internationale recht. Die presumptie heeft een relatief gewicht. Zij is sterker of zwakker, al naargelang de ter toetsing voorliggende wettekst. Men kan in dat verband onderscheid maken tussen open normen, normen die vaag of ambigu zijn en normen die min of meer duidelijk zijn.[36] De presumptie heeft de meeste overtuigingskracht bij de uitleg van zogenaamde open, of evaluatieve, normen. In die gevallen is onomstreden dat verdragsrecht, een ieder verbindend of niet, richtinggevend kan zijn.[37] Het gaat dan om voorschriften waarin begrippen figureren als 'redelijkheid en billijkheid', de 'maatschappelijke betamelijkheid', het 'algemeen belang' en 'misbruik'. 'Reflexwerking' wordt het verschijnsel wel genoemd.[38]

Anders wordt het wanneer het gaat om wetteksten die vaag of ambigu zijn. Zulke teksten laten weliswaar verschillende betekenissen toe, maar dat heeft de wetgever niet noodzakelijkerwijs zo bedoeld. Stel bijvoorbeeld dat de wetgever een vrijstelling van de dienstplicht verleent aan hen die een 'geestelijk ambt' uitoefenen. Het is 1922 en het is volstrekt duidelijk dat de wetgever uitsluitend het oog heeft op christelijke en joodse voorgangers. Kan

35 Fleuren 2005, p. 86, 89-90. Zie voorts Erades 1980, p. 403; Brouwer 1992, p. 274; Schokkenbroek 1996, p. 316; Betlem & Nollkaemper 2003, p. 577; Besselink & Wessel 2009, p. 55-57. Vgl. voorts de conclusie van A-G Koopmans bij HR 11 december 1992, *NJ* 1996/229 m.nt. EAA (*Federacion di Trahadornan di Aruba*), r.o. 6. Ik beperk mij hier tot verdragsrecht.

36 Zie omtrent het verschil tussen normen die een vaag, respectievelijk ambigu of open ('evaluatief') karakter hebben: Groenewegen 2006, p. 8-9, 20-32.

37 Een relatief recent voorbeeld betreft HR 30 januari 2004, *NJ* 2008/536 m.nt. Verhulp (*KLC*). Zie nader: Van Panhuys 1963, p. 74; Alkema 1981, p. 13-14; Brouwer 1992, p. 215-218; Fleuren 2005, p. 88 (met vele verwijzingen). Men zou hier als zeer recent voorbeeld ook de jurisprudentie van de Hoge Raad inzake het recht van verdachten op rechtsbijstand voorafgaande en tijdens het politieverhoor (de zgn. Salduz-rechtspraak) kunnen noemen. Vgl. HR 30 juni 2009, *NJ* 2009/349 m.nt. Schalken (*Post-Salduz*). De Hoge Raad gaf uitvoering aan rechtspraak van het EHRM door deze een plaats te geven bij de invulling van het begrip 'vormverzuim' in art. 359a Sv. Ik meen echter dat hier van meer sprake was dan van een zuivere reflexwerking van artikel 6 EVRM zoals uitgelegd door het EHRM. Wat de Hoge Raad hier doet is het transformeren van een rechtsregel van Straatsburgse origine, naar het nationale niveau door inlezing van die rechtsregel in artikel 359a Sv. Of de wetgever de regeling van vormverzuim destijds zo bedoeld heeft is in dat verband irrelevant.

38 Zie de in de vorige voetnoot genoemde auteurs.

ook de beoefenaar van een niet-godsdienstige levensovertuiging aanspraak maken op de vrijstelling? De Afdeling Geschillen van Bestuur vindt in 1992 van wel en baseert zich daarbij op de artikelen 9 EVRM en 6 Grondwet.[39] Het voorschrift bevat geen open norm: 'geestelijk ambt' behoeft wel interpretatie, maar de wetsgeschiedenis levert daar een duidelijk aanknopingspunt voor. Toch wijkt de Afdeling er vanaf: de presumptie van *Grenstractaat Aken* 'overtroeft' de wetsgeschiedenis. Wel benadrukt de Afdeling dat de wettekst de 'nieuwe' betekenis kan dragen. De bewoordingen laten ruimte voor interpretatie.[40]

Dat is relevant. Conforme interpretatie is per slot van rekening een methode van wetsuitleg. Als de wet duidelijk niet verdrags- of richtlijnconform geformuleerd is, dan is conforme uitleg uitgesloten. Dat lijkt zo op het eerste gezicht tenminste de gangbare gedachte.[41] Het heeft ook wel iets overzichtelijks om daarvan uit te gaan. Waar de wet voor meerderlei uitleg vatbaar is, en de rechter een keuze moet maken uit verschillende interpretaties, kan de presumptie dat de wetgever een verdragsconforme wet voor ogen heeft gestaan een rol spelen. Laat de tekst van de wet zulke keuzes niet toe, dan schakelt het constitutionele recht over op de volgende versnelling. In Nederland is dat het buiten toepassing laten van het voorschrift ex artikel 94 Grondwet. Twee gescheiden werelden die in serie geschakeld zijn: conforme interpretatie en buiten toepassing laten. Komt de rechter die laatste bevoegdheid in een bepaald rechtsstelsel, zoals het Britse, niet toe, dan houdt het dus op. Het gaat niet aan om de bevoegdheid van verdragsconforme interpretatie 'uit te rekken'. Zowel vanuit systematisch en dogmatisch oogpunt, als vanuit constitutionele overwegingen, is deze opvatting zeer aantrekkelijk. Zij sluit bovendien aan bij het uitgangspunt dat de Hoge Raad in *Grenstractaat Aken* formuleerde, namelijk dat hij aanneemt dat de wetgever conform zijn volkenrechtelijke verplichtingen handelde *tenzij de tekst van de wet daartoe dwingt*.[42]

De praktijk is intussen weerbarstiger. Hoewel de rechter, ook in Nederland, regelmatig lippendienst bewijst aan de tekst van de wet, heeft hij er in sommige gevallen geen problemen mee zowel de tekst van de wet als de wetsgeschiedenis terzijde te schuiven om creatief met schaar en lijm aan de slag te gaan. Een actueel voorbeeld betreft de rechtspraak van de Afdeling Bestuursrecht-

39 AGBRvS 3 april 1992, *AB* 1992/483 m.nt. AFMB (*Humanistisch raadsman*).

40 Zie voorts: HR 30 juni 2009, *NJ* 2009/349 m.nt. Schalken (*Post-Salduz*); ABRvS 19 maart 1999, *JB* 1999/103 m.nt. Gerards (*Vervangend rijbewijs*); Vz. Rb Rotterdam 11 juli 2000, *JB* 2000/263 m.nt. AWH; HR 9 oktober 2007, *LJN* BA5025. Beide laatste gevallen zijn klassieke voorbeelden van, wat in internationaal verband wel genoemd wordt, '*reading down*': een te ruim geformuleerde bevoegdheid wordt beperkter gelezen. De overeenkomst met het buiten toepassing laten van een voorschrift dient zich hier aan.

41 Martens 2000a, tekst bij voetnoot 46; Feteris 2002, p. 97; Betlem & Nollkaemper 2003, p. Nollkaemper 2005, p. 44; Besselink 2007a p. 58-59; Besselink & Wessel 2009, p. 57.

42 HR 3 maart 1919, *NJ* 1919, p. 317. Vgl. voor EU-recht: HvJEU 16 juni 2005, C-105/03, *Jur.* 2005, p. I-5285 (*Pupino*).

spraak met betrekking tot de vergoeding van immateriële schade wegens schending van de redelijke termijn.[43] Bij het creëren van een schadevergoedingsmogelijkheid voor zulke gevallen ging de Afdeling, met een beroep op artikel 13 EVRM, volstrekt voorbij aan de duidelijke tekst van artikel 8:73 Awb. Deze bepaling ziet uitsluitend op gegrond verklaarde beroepen tegen besluiten, terwijl het hier niet ging om besluiten en gegrondverklaring van het beroep ook niet noodzakelijk was voor activering van de schadevergoedingsmogelijkheid.

Het is uiteraard mogelijk deze Afdelingsjurisprudentie te veroordelen en haar af te doen als *ultra vires*.[44] Men moet dan wel bedenken dat het niet om een geïsoleerd geval gaat.[45] Zo liet ook de Hoge Raad zich aan de letterlijke wettekst, noch aan de parlementaire geschiedenis iets gelegen liggen, toen hij in 2005 bepaalde dat:

> 'in overeenstemming met art. 6 lid 1 EVRM, art. 1:253c lid 1 BW aldus moet worden uitgelegd dat de vader niet alleen om toekenning van eenhoofdig, maar ook van gezamenlijk gezag over het kind kan verzoeken, en dat art. 1:253e BW aldus moet worden uitgelegd dat, indien het verzoek van de vader ingevolge art. 1:253c lid 1 BW tot toekenning van gezamenlijk gezag over het kind wordt ingewilligd, dit tot gevolg heeft dat, indien de moeder het gezag tot dusverre alleen uitoefende, zij dit voortaan gezamenlijk met de vader uitoefent.[46]

Is hier sprake van interpretatie? Het voorschrift, dat 'aldus uitgelegd' moest worden 'dat de vader niet alleen om toekenning van eenhoofdig, maar ook van gezamenlijk gezag over het kind' kon verzoeken, artikel 1:253c lid 1 BW, betrof evident alleen *eenhoofdig* gezag. Het wettelijk stelsel voorzag wel in gezamenlijk gezag over de kinderen, maar artikel 1:252 lid 1 BW stelde als voorwaarde, dat beide ouders daartoe een gezamenlijk verzoek indienden.

---

43 ABRvS 4 juni 2008, *AB* 2008/229 m.nt. Widdershoven, *JB* 2008/146 m.nt. AMLJ, *USZ* 2008/211 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik. Deze rechtspraak is ook door de overige hoogste bestuursrechters en de Hoge Raad geadopteerd: zie CRvB 11 juli 2008, *AB* 2008/241 m.nt. Widdershoven, *JB* 2008/172 m.nt. AMLJ, *USZ* 2008/238 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik; HR 10 juni 2011, *AB* 2011/184 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

44 Dat is bij mijn weten overigens niet gebeurd. Enkele commentatoren signaleren, terecht, dat men tegen de nieuwe lijn van de Afdeling constitutionele bezwaren *kan* hebben, maar geen van hen spreekt uit dat hij of zij die bezwaren ook *heeft* (zie bijv. de annotatie van Widdershoven onder *AB* 2008/229). De vanuit de doctrine veelvuldig bepleite uitkomst kan daarmee te maken hebben., net als het feit dat de bestuursrechter de klager in wezen alleen een gang naar de civiele rechter bespaart. Materieel krijgt de klager dus niet meer dan waarop hij, in uitkomst, recht heeft. Alleen een wat effectiever procedure. De wetgever lijkt dat te billijken, getuige het feit dat hij er voorlopig vanaf ziet een wettelijke regeling te maken. Van het concept-wetsvoorstel Wet Schadevergoeding overschrijding redelijke termijn is geen werk meer gemaakt. Zie Van Ettekoven e.a. 2013, par. 4.2.

45 Zie recent ook: ABRvS 17 mei 2013, *JB* 2013/92 m.nt. Sanderink (*Kentekenregister*).

46 HR 27 mei 2005, *NJ* 2005/485 m.nt. JdB (*Eenhoofdig verzoek gezamenlijk ouderlijk gezag*). Bestendigd in: HR 28 april 2006, *NJ* 2006/284.

En juist dat was in het voorliggende geval problematisch want dat wilde de moeder niet. Niettemin bood de wetgever ouders dus maar twee smaken aan: ofwel zij konden sámen een verzoek tot gezamenlijk ouderlijk gezag indienen of zij konden ieder individueel een verzoek indienen om, bij uitsluiting van de ander, het gezag toebedeeld te krijgen. De logica erachter ontgaat ook de staatsrechtelijk geschoolde leek niet: wie het niet eens kan worden over een gezamenlijk verzoek, zal het moeilijk krijgen als het straks om de ambitieuze zeilplannen van dochterlief gaat. Wat men ook vindt van het oordeel van de Hoge Raad, dat een dergelijk stelsel gebrekkig is in het licht van de artikelen 6 en 8 EVRM, het is duidelijk dat de 'conforme interpretatie' hier meer om het lijf heeft dan het invullen van bewoordingen die vaag of ambigu zijn.[47]

Deze bereidheid van de rechter om de grenzen van het interpretatieve mandaat op te zoeken, heeft inmiddels wortel geschoten. Reeds in de tachtiger jaren, als de rechter zijn koudwatervrees ten aanzien van de mensenrechtenverdragen heeft overwonnen, laat hij staaltjes van vergaande wetsinterpretatie zien. De lentebeschikkingen van de Hoge Raad zijn er het bekendste voorbeeld van.[48] In die beschikkingen schreef de cassatierechter een vrijwel nieuwe regeling voor met betrekking tot de ouderlijke macht voor ongehuwden, daarbij afwijkend van de letterlijke tekst van de wet. Van 'interpretatie' of 'buiten toepassing laten' van de wet kon eigenlijk niet meer gesproken worden. De Hoge Raad formuleerde een einddoel – ook ouders die niet (meer) gehuwd waren konden gezamenlijk de ouderlijke macht uitoefenen – en werkte op basis daarvan een handleiding uit voor lagere rechters. Het werd aan de verbeelding van de lezer overgelaten wat er precies was gebeurd met de tekst van de verschillende wettelijke voorschriften. De Centrale Raad bleef daar niet bij achter. Met artikel 26 IVBPR in de hand, dat hij vanaf 1988 met terugwerkende kracht tot 1984 rechtstreekse werking toekende, ruimde hij verschillende keren een ongerechtvaardigd onderscheid tussen mannen en vrouwen uit de weg.[49] Hij maakte daarbij ruimhartig gebruik van zijn interpretatieve mandaat: wat toegekend was aan de bevoordeelde groep moest ook geacht worden te zijn toegekend aan de benadeelde groep. Ook in die gevallen was van een verdragsconforme invulling van vage of open normen geen sprake.

---

47 Vgl. De Boer onder *NJ* 2005/485, die bovendien opmerkt dat de koers van de HR niet gedekt wordt door het EHRM.

48 HR 21 maart 1986, *NJ* 1986/585-588 (*Lentebeschikkingen*). Minder vergaande voorbeelden zijn o.m.: HR 18 januari 1980, *NJ* 1980/463 m.nt. WHH (*Voogdij natuurlijk kind post-Marckx*); HR 4 juni 1982, *NJ* 1983/32 m.nt. EAA (*Ouderlijk vetorecht huwelijk*); HR 2 december 1983, *NJ* 1984/306 m.nt. G; HR 8 april 1988, *NJ* 1988/1989/170 m.nt. EAAL (*Erkenning kind*); HR 31 januari 1990, *AB* 1990/365 m.nt. FHvdB (waar de HR weliswaar niet overging tot conforme uitleg, maar de reden daarvoor zocht in institutionele overwegingen en niet in de tekst van de wet); HR 30 november 1994, *NJ* 1995/668 m.nt. MB (*'Het Witte Paard'/ Rotterdam*).

49 Zie o.m. CRvB 5 januari 1988, *AB* 1988/252-254 m.nt. JHS; CRvB 7 december 1988, *RSV* 1989/67 m.nt. Keunen.

Het moge duidelijk zijn: het standpunt dat een verdragsconforme uitleg die sterk afwijkt van de letterlijke bewoordingen van het voorschrift, ontoelaatbaar is, spoort niet met de rechtspraktijk. Die lijkt in Nederland aan te sluiten bij, wat Prechal in de context van de richtlijnconforme interpretatie in het Unierecht eerder heeft genoemd, *remedial interpretation*: iets dat meer een methode van rechtsbescherming dan van interpretatie is.[50] Bij *remedial interpretation* zoekt de rechter de grenzen van het aanvaardbare op om de burger rechtsbescherming te verlenen. Het effectueren van het verdragsrecht staat centraal en dat vergt van hem dat hij al het mogelijke uit zijn constitutionele mandaat haalt. De tekst van de wet noch de totstandkomingsgeschiedenis ervan staan dan in de weg aan een conforme uitleg van het wettelijk stelsel. De presumptie is, met andere woorden, ijzersterk: sterker dan zij zou zijn in het geval van de eerder genoemde varianten van conforme interpretatie. Zij wordt eigenlijk alleen nog losgelaten wanneer de wetgever expliciet heeft overwogen dat hij zich aan de internationale regel niets gelegen laat liggen.

Zulke *remedial interpretation* lijkt mij uitsluitend gerechtvaardigd in het geval van 'een ieder verbindend' verdragsrecht.[51] Waar de rechter duidelijk afwijkt van wettekst en wetsgeschiedenis, verlaat hij het domein van de klassieke interpretatiemethoden en betreedt hij het gebied van de constitutionele remedies – is hij minder bezig met het *uitleggen* van het wettelijk voorschrift en meer met het bieden van rechtsbescherming. Daarmee is niets mis, maar daarvoor heeft de rechter legitimatie nodig. Die legitimatie vloeit niet voort uit de presumptie van het arrest *Grenstractaat Aken*.[52] Daarin erkent de Hoge Raad juist dat de tekst van de wet soms dwingt tot doorbreking van de presumptie. Die legitimatie kan worden gevonden in artikel 94 Grondwet, dat de rechter op het eerste gezicht slechts opdraagt het – met een ieder verbindend verdragsrecht strijdige – voorschrift buiten toepassing te laten. Deze bepaling kan ook institutioneel worden opgevat, namelijk als een bepaling die de rechter de legitimatie verschaft om in bredere zin rechtsbescherming te bieden wanneer het schuurt tussen wettelijke voorschriften en verdragsbepalingen.[53] Zo bezien levert artikel 94 Grondwet niet de grondslag voor de methode verdragsconforme interpretatie, maar wel de legitimatie voor een vergaande inzet van de methode als rechtsbeschermingsinstrument.

---

50 Prechal 2005, p. 191. Zie ook Brouwer 1992, p. 221, 277, die spreekt van 'interpretatieve vervorming van de wet'. Ik sluit liever aan bij de terminologie van Prechal. Zij drukt beter uit dat het niet alleen gaat om een interpretatiemethode maar ook, of misschien nog wel meer, om een methode van rechtsbescherming.

51 Zo reeds Brouwer 1992, p. 274, 277-278, 316. Zie tevens Van Houten 2001, p. 8-9, die er op wijst dat conforme interpretatie verder kan gaan, waar de bevoegdheid tot het buiten toepassing laten van het wettelijk voorschrift bestaat. Anders: Schokkenbroek 1996, p. 316-317, die het onderscheid als onwerkbaar terzijde schuift.

52 HR 3 maart 1919, *NJ* 1919, p. 317 (*Grenstractaat Aken*).

53 Een soortgelijke benadering staat ook Fleuren (2004, p. 424) voor.

Toepassing van *remedial interpretation* in de Nederlandse rechtspraktijk roept twee vragen op. Zijn er op deze manier nog wel grenzen aan wat de Nederlandse rechter kan doen? En moeten we dit nog wel wetsuitleg noemen? Moet niet van 'rechtsvorming' worden gesproken?[54]

Op de laatste vraag ga ik in het volgende hoofdstuk in. Ik meen dat zij ontkennend moet worden beantwoord. In dat volgende hoofdstuk betoog ik dat de Nederlandse rechter wat mij betreft wel aan rechtsvorming kan doen, maar uitsluitend op basis van zijn interpretatieve mandaat. Dat betekent dat tenminste de fictie in stand blijft dat de rechter het recht uitlegt. Er moet een wettelijk voorschrift zijn dat als aanknopingspunt kan dienen. In de gegeven voorbeelden blijft dus sprake van interpretatie, ook als die interpretatie daarnaast gekwalificeerd zou worden als rechtsvorming. Daarom moet worden aangenomen dat ook een wetsuitleg die vergaand afwijkt van de tekst van de wet of de wetshistorie, uiteindelijk een kwestie van interpretatie is. Of deze interpretatie gelegitimeerd is of niet, daarover kan vervolgens discussie bestaan. Ik wijs er op dat in elk geval de Nederlandse rechter, zij het impliciet, van mening is dat zij gelegitimeerd is. De aangehaalde voorbeelden laten dat zien.[55]

Het gegeven dat conforme interpretatie, in de zin van *remedial interpretation*, zelfs in strijd met de tekst en de totstandkomingsgeschiedenis van de wet kan bestaan suggereert dat deze methode geen grenzen kent. Toch is dat niet zo. De grens tussen aanvaardbare en onaanvaardbare interpretatie is echter niet principieel grammaticaal of wetshistorisch, maar institutioneel van aard.[56] De Hoge Raad en de Afdeling Bestuursrechtspraak plaatsen de kwestie in de sleutel van het leerstuk van de rechtsvormende taak van de rechter.[57] De

54 Zie bijv. Martens 2000a, p. 145, die van 'natuurlijke grenzen van interpretatie' spreekt. Nu Martens de bevoegdheid van de rechter tot rechtsvorming niet betwist, lijkt hij een waterscheiding te veronderstellen tussen interpretatie, die 'natuurlijke grenzen' (vermoedelijk de tekst van de wet) kent, en verdergaande rechtsvorming.

55 Hoewel de regering de gekozen interpretatie een enkele keer ongelukkig vond, zijn mij geen voorbeelden bekend van principiële reacties van de kant van de wetgever.

56 Zie De Lange 1991, p. 210-211, die reeds tot een soortgelijke conclusie kwam.

57 Vgl. bijv. HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170 (*Arbeidskostenforfait*); ABRvS 21 november 2006, *AB* 2007/80 m.nt. PAS, *NJCM-Bulletin* 2007, p. 635-645 m.nt. Uzman (*Eman & Sevinger*). De Centrale Raad is tot dusver terughoudend met het inroepen van de grenzen van de rechtsvormende taak als het gaat om de toetsing van wetgeving aan verdragsrecht. Dat rechtvaardigt echter niet de stelling dat verdragsconforme interpretatie in de ogen van de CRvB grenzeloos is, of dat deze wel grammaticale of wetshistorische grenzen in acht neemt. Zoals hiervoor bleek, benaderde de Centrale Raad de 'een ieder verbindendheid' van verdragsrecht in het verleden contextueel. Institutionele overwegingen speelden dus een rol bij de vraag naar rechtstreekse werking van de verdragsbepaling. Daarnaast lijkt soms de afwijzing van een beroep door de Raad ingegeven te zijn door institutionele overwegingen. Tot slot acht ik het niet onmogelijk – en in elk geval wenselijk – dat de Centrale Raad zich, met alle toegenomen aandacht van de hoogste bestuursrechters voor rechtseenheid, conformeert aan de rechtspraak van Hoge Raad en Afdeling op dit punt. Principiële bezwaren kan de Raad op dit punt niet hebben. Hij bezigt de rechtsvormende taak-formule

vraag is dus of het interpretatieve mandaat van de rechter een uitleg die sterk afwijkt van de tekst van de wet kan dragen. Bij die vraag spelen diverse gezichtspunten een rol die met elkaar gemeen hebben dat zij gaan over de vraag of de rechter in botsing komt met, zoals De Lange dat formuleert, 'de door de rechter wenselijk geachte mate van scheiding van machten'.[58] Op de vraag welke gezichtspunten dat zijn, wordt in het volgende hoofdstuk ingegaan. Ruw geschetst gaat het daarbij om de vraag of de rechter zich bij de formulering van het resultaat voor rechtspolitieke of beleidsmatige keuzes gesteld zou zien, of dat hij – in bredere zin – de wetgever in een lastig parket brengt. Andere contra-indicaties zijn de gerechtvaardigde belangen van derden, in het bijzonder de eisen van rechtszekerheid en legaliteit. Met name in het strafrecht, als die 'derde' de verdachte betreft, zullen die laatste factoren zwaar wegen.

Met dit alles is niet gezegd dat de tekst van de wet in het geheel geen rol meer speelt. Als gezichtspunt blijft ook de spankracht van de bepaling, dus de tekst, van gewicht. Zo weigerde de Hoge Raad in 1999 het herzieningsverzoek van een zekere Van Mechelen, die twee jaar eerder in Straatsburg gelijk had gekregen met zijn klacht dat zijn veroordeling te zeer steunde op verklaringen van anonieme getuigen, mede omdat de tekst van artikel 457 Sv niet voorzag in verwerking van Straatsburgse oordelen. Hij overwoog:

> 'Ten eerste zou de Hoge Raad, anders dan hij tot nog toe heeft gedaan, aan de in art. 457, eerste lid aanhef en onder 2°, Sv opgenomen herzieningsgrond een ruimere uitleg moeten geven welke niet strookt met zijn wezenlijke betekenis. Een zodanige ruime uitleg zou de spankracht van de herziening in eigenlijke zin te boven gaan (…)'.[59]

Dat suggereert op zijn minst dat de tekst van de wet in dit geval, in tegenspraak met wat ik hiervoor heb betoogd, toch wél van doorslaggevend belang is. De Hoge Raad vervolgt echter:

> '(…) waarbij de gevolgen ook niet met voldoende zekerheid zijn af te grenzen. Ten tweede past de rechter in de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen een terughoudende opstelling bij zo'n ingrijpen. Bovendien heeft de wetgever zich deze kwestie aangetrokken (…). De Hoge Raad is van oordeel dat het bij die stand van zaken, gegeven het fundamentele karakter van een procedure als hier bedoeld nu daarbij inbreuk kan worden gemaakt op het gezag van gewijsde van een rechterlijke

---

wel buiten de context van verdragstoetsing. Vgl. CRvB 9 juni 1998, *RSV* 1998/240; CRvB 30 mei 2000, *USZ* 2000/165; CRvB 10 november 2006, *LJN* AZ2111; CRvB 21 oktober 2009, *RSV* 2009/340. Wel valt bij bestudering van die uitspraken op dat de Raad de rechtsvormende taak vaak, zij het niet altijd, inroept in verband met de duidelijke tekst van de wet.

58 De Lange 1991, p. 210.

59 HR 6 juli 1999, *NJ* 1999/800 m.nt. De Hullu (*Post-Van Mechelen*).

uitspraak en in aanmerking genomen de verschillende wijzen waarop herstel kan worden geboden, aan de wetgever is om in een zodanige procedure te voorzien.'

Een reeks van institutionele overwegingen passeert hier de revue. De gevolgen van een extensieve lezing zijn onvoldoende uitgekristalliseerd, de rechter past staatsrechtelijke terughoudendheid in de kwestie, zeker nu het om fundamentele zaken gaat zoals het gezag van gewijsde van rechterlijke uitspraken en nu de wetgever de kwestie reeds aan zich heeft getrokken. En *last but not least:* het door Van Mechelen beoogde herstel, kon op verschillende wijzen worden vormgegeven en de keuze tussen de verschillende mogelijkheden was er één van rechtspolitieke aard. Dergelijke keuzes pleegt de Hoge Raad in eerste instantie liever aan de wetgever te laten. De spankracht van de bepaling was dus een belangrijke overweging, maar ook in dit arrest geenszins van doorslaggevend belang. Veeleer zijn de tekst van het voorschrift in kwestie en de overige, meer institutioneel getinte, factoren te beschouwen als communicerende vaten: hoe duidelijker van de tekst wordt afgeweken, hoe voorzichtiger de rechter wordt en hoe groter het belang van een actieve rechterlijke opstelling moet zijn alvorens hij tot actie overgaat.[60]

Het instrument van *remedial interpretation* is dus niet zonder grenzen. De zojuist genoemde voorbeelden waarin de Hoge Raad en de Afdeling voorbij gingen aan wettekst en wetshistorie laten dat zien. Waar de Afdeling de mogelijkheid opent tot schadevergoeding bij overschrijding van de redelijke termijn, maakt zij geen omstreden beleidsmatige keuze. Zeker, de rechtspraak betekende een forse uitbreiding van de rechterlijke bevoegdheid, had nogal wat financiële en praktische consequenties en paste niet naadloos in het wettelijk stelsel. Van een keuze tussen gelijkwaardige verdragsconforme opties kon echter bezwaarlijk worden gesproken. Wat de Afdeling in feite deed was datgene waartoe De Boer de rechter ooit opriep: zij legde een noodverband aan dat door de wetgever desgewenst kon worden gewijzigd.[61] Over de stelling dat ook de Hoge Raad niets meer deed dan het aanleggen van een noodverband in de verschillende familierechtelijke arresten valt te twisten.

60 In een aantal zaken leek de tekst van de wet wél van doorslaggevend belang. Vgl. in dat verband HR 3 mei 1989, *BNB* 1990/256 m.nt. Scheltens (*Fiscale boete en hoger beroep*); HR 11 oktober 1989, *BNB* 1990/87 m.nt. Scheltens (*BPM en fair trial*); HR 14 juni 2000, *JB* 2000/197 m.nt. HLJ (*Verzuimboete en hoger beroep*), en ABRvS 15 januari 1996, *JB* 1996/22 m.nt. Simon (*Hoger beroep vluchteling*). In al deze kwesties ging het om het openstellen van hoger beroep in strijd met het wettelijk stelsel. Zowel het weinig eenduidige verdragsrecht, als het feit dat niet alleen de tekst van het desbetreffende voorschrift, maar ook het wettelijk stelsel zich tegen hoger beroep verzette, maakt deze categorie m.i. uitzonderlijk.

61 De Boer 1995, p. 1029. Verschillende auteurs zijn De Boer in die oproep gevolgd, hoewel soms in negatieve zin: de rechter zou zich tot een noodverband moeten *beperken*. Vgl. Alkema 2005, p. 13; Bovend'Eert 2009, p. 152. Ik meen dat de term 'noodverband' de discussie enigszins vertroebelt. Het gaat de HR vrijwel *steeds* om noodverbanden. Zelden wordt overigens uitgelegd wat precies onder de term wordt verstaan. Zie voor een poging het te definiëren: Fleuren 2004, p. 256.

De Hoge Raad zelf lijkt er in de beruchte lentebeschikkingen van 21 maart 1986 in elk geval vanuit te gaan dat hij aansluit bij het wettelijk stelsel. Een 'oplossing' van de Kantonrechter te Amsterdam werd afgewezen en gecasseerd omdat deze – anders, kennelijk, dan de door de Hoge Raad zelf bedachte oplossing – niet zou passen in het stelsel van de wet.[62] Het uitgangspunt, dat verdragsconforme interpretatie haar begrenzing vindt in de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter geldt ook hier.

3.2.1.3 De grenzen van Unierechtconforme interpretatie

Liggen de grenzen van conforme interpretatie tot slot nog anders wanneer het gaat om Unierecht? Zie ik het goed, dan is dat in de regel niet het geval. Wel lijkt de Nederlandse rechter onder het Unierecht scherper in het afbakenen van zijn remedies.

Dat de grenzen voor Unierechtconforme interpretatie in beginsel niet afwijken van de grenzen van verdragsconforme interpretatie, lijkt in de eerste plaats te volgen uit het arrest *Von Colson & Kamann* van het Hof van Justitie. Het sprak daarin van een plicht voor nationale instanties om het nationale recht *'binnen het kader van hun bevoegdheden'* verdragsconform uit te leggen.[63] Dat suggereert dat het Unierecht de Nederlandse rechter niet dwingt verder te gaan dan hij op basis van zijn zuiver nationale constitutionele mandaat zou hoeven gaan. In *Wagner Miret* accepteerde het Hof dan ook zonder omhaal van woorden, het oordeel van de nationale rechter dat conforme interpretatie naar nationaal recht onmogelijk was.[64] Daarmee is niet gezegd dat het evident aan de nationale rechter is om te bepalen in welke gevallen hij wel of niet over kan gaan tot conforme interpretatie van wettelijke voorschriften. Het belang van de Unie bij een effectieve doorwerking van haar recht, heeft het HvJEU er verschillende keren toe gebracht om aan te dringen op conforme interpretatie indien dit ook maar enigszins mogelijk is.[65] Het komt dan ook wel voor dat het Hof zich 'bemoeit' met de vraag of conforme interpretatie in een

62 HR 21 maart 1986, *NJ* 1986/588.

63 HvJEU 10 april 1984, Zaak 14/83, *Jur.* 1984, p. 1891 (*Von Colson & Kamann*), §26. Voorts o.m. HvJEU 5 oktober 2004, C-397-403/01, *Jur.* 2004, p. I-8835 (*Pfeiffer e.a.*), §114; HvJEU 4 juli 2006, C-212/04, *Jur.* 2006, p. I-6057 (*Konstantinos Adeneler*), §109. Deze zinsnede laat overigens verschillende interpretaties toe: zie in dat verband Prechal 2005, p. 202.

64 HvJEU 16 december 1993, C-334/92, *Jur.* 1993, p. I-6911 (*Wagner Miret*), §22. Zie tevens: HvJEU 14 juli 1994, C-91/92, *Jur.* 1994, p. I-3325 (*Faccini Dori*), §27; HvJEU 24 september 1998, C-111/97, *Jur.* 1998, p. I-5411 (*Evobus Austria GmbH*), §18-21; HvJEU 28 oktober 1999, C-81/98, *Jur.* 1999, p. I-7671 (*Alcatel Austria AG*); HvJEU 22 mei 2003, C-462/99, *Jur.* 2003, p. I-5197 (*Connect Austria*), §38-42. Zie evenwel ook: HvJEU 13 november 1990, C-106/89, *Jur.* 1990, p. I-4135 (*Marleasing*), §9-10, waarin het Hof aanmerkelijk verder ging en de nationale rechter een specifieke conforme uitleg voorschreef.

65 HvJEU 13 november 1990, C-106/89, *Jur.* 1990, p. I-4135 (*Marleasing*), §9-10; HvJEU 15 juni 2000, C-365/98, *Jur.* 2000, p. I-4619. tevens o.a. HvJEU 5 oktober 2004, C-397-403/01, *Jur.* 2004, p. I-8835 (*Pfeiffer e.a.*), §116-118.

concreet geval mogelijk is.[66] Toch benadrukte het in de zaak *Pfeiffer* dat ook deze vergaande vorm van *remedial interpretation* uiteindelijk een kwestie van nationaal recht is.[67] Op deze spanningsrelatie tussen effectieve rechtsbescherming enerzijds en het primaat van de nationale institutionele verhoudingen bij de inzet van conforme interpretatie als Unierechtelijke remedie anderzijds, kom ik in het volgende deel terug. Hier kan de conclusie zijn dat het Unierecht in beginsel aansluit bij het nationale recht.

Een tweede indicatie dat Unierechtelijke conforme interpretatie niet wezenlijk afwijkt van de wijze waarop de Nederlandse rechter gewoon is conform het internationale recht te interpreteren, is gelegen in het feit dat het Unierecht volgens het HvJEU niet dwingt tot een uitleg *contra legem* nationale wettelijke voorschriften.[68] Dat suggereert in elk geval dat de Unierechtelijke plicht tot conforme interpretatie minder ver gaat dan de Nederlandse rechter onder omstandigheden bereid is te gaan in het kader van regulier verdragsrecht – tenminste wanneer men onder '*contra legem*' verstaat dat de rechter het voorschrift een betekenis toedicht die op gespannen voet staat met de kennelijke bedoeling van de wetgever.

Zoals gezegd zoekt het Hof aansluiting bij de bevoegdheden van de nationale rechter en spoort het deze aan om die bevoegdheden ten volle te benutten. Het Hof lijkt, met andere woorden, *contra legem* uitleg niet te *verbieden*.[69] Mits, tenminste, zo'n uitleg niet botst op een fundamenteel rechtsbeginsel zoals de rechtszekerheid of het verbod van terugwerkende kracht.[70] Sterker: waar de bevoegdheid tot conforme interpretatie *contra legem* in het Nederlandse recht lijkt te bestaan, dient de rechter van het gebruik van die bevoegdheid niet ten nadele van het Unierecht af te zien.[71] De invulling die het Hof aan het enigszins wazige begrip '*contra legem*' geeft, lijkt bovendien op die van de Nederlandse rechter, waar het aanneemt dat aan conforme interpretatie in elk geval niet in de weg staat, dat de wetsgeschiedenis in een bepaalde richting wijst.[72]

---

66 *Ibid*. Zie ook: HvJEU 24 januari 2012, C-282/10, *AB* 2012/48 m.nt. Widdershoven (*Dominguez/ Centre Ouest Atlantique*).

67 *Ibid.* Zie Prechal 2005, p. 199.

68 HvJEU 16 juni 2005, C-105/03, *Jur.* 2005, p. I-5285 (*Pupino*), §44, 47; Zie voorts: HvJEU 4 juli 2006, C-212/04, *Jur.* 2006, p. I-6057 (*Konstantinos Adeneler*), §110.

69 Zo bijv. Jans & Prinssen 2002, p. 123-125, en Jans e.a. 2007, p. 105.

70 Vgl. HvJEU 3 mei 2005, C-387/02, *NJ* 2006/2 m.nt. Mok (*Berlusconi e.a.*).

71 Dat de Nederlandse rechter de tekst of het stelsel van de wet soms wel laat prevaleren illustreren: HR 7 december 1994, *BNB* 1995/87 (*Grasland*); ABRvS 29 mei 2001, *JB* 2001/179. HR 6 juni 2008, *AB* 2008/216 m.nt. Widdershoven (*Joustra*). In die gevallen ging het echter om de situatie dat geen sprake is van directe werking. Net zoals dat het geval is bij de conforme uitleg aan de hand van niet 'een ieder verbindende' bepalingen van verdragen, is dan de tekst van de wet en de kennelijke bedoeling van de wetgever wel van doorslaggevend belang.

72 HvJEU 29 april 2004, C-371/02, *Jur.* 2004, p. I-5791 (*Björnekulla Fruktindustrier AB*), §13. De Hoge Raad volgt in Unierechtelijke kwesties een soortgelijke lijn: HR 10 augustus 2007, *AB* 2007/291 m.nt. Widdershoven (*Wandelvierdaagse*); HR 21 september 2012, *AB* 2012/367 m.nt. Widdershoven (*Thuiskopie*).

De derde indicatie sluit daarbij aan. Zij betreft de wijze waarop het HvJEU de grenzen van conforme interpretatie, afgezien van het adagium dat het Unierecht niet dwingt tot *contra legem* uitleg, nader preciseert. De plicht tot conforme interpretatie vindt zijn grens waar hij botst op de algemene beginselen van Unierecht. Het gaat dan met name om de beginselen van rechtszekerheid en legaliteit, en het verbod van terugwerkende kracht in het strafrecht.[73] Dat wijst op een materiële benadering: de plicht voor de nationale rechter om de wet 'zo veel mogelijk' in lijn met het Unierecht uit te leggen, moet hem niet op het terrein van de wetgever duwen, maar het is niet zo dat de rechter de tekst van de wet in het geheel geen geweld mag aandoen. Dat geweld mag er alleen niet toe leiden dat de rechtszekerheid van (derde-) justitiabelen in gevaar komt. Als het adagium van het Hof, dat het Unierecht niet tot *contra legem* interpretatie dwingt, zou betekenen dat de betekenis van de wet in het geheel geen betekeniswijziging zou kunnen ondergaan, dan zou het zinloos zijn de eisen van rechtszekerheid en legaliteit te benadrukken. Die materiële benadering sluit aan bij de aanname van verschillende auteurs dat met de zinsnede 'zo veel mogelijk' wordt gedoeld op overwegingen van machtenscheiding en niet op een waterscheiding tussen interpretatie *contra* en *infra* de letterlijke tekst van de wet.[74] Deze benadering sluit op haar beurt weer aan bij de wijze waarop de Nederlandse rechter zijn interpretatieve mandaat onder de mensenrechtenverdragen opvat. Ik meen daarom dat de Unierechtelijke plicht tot conforme interpretatie, in elk geval in theorie, niet wezenlijk af hoeft te wijken van de wijze waarop de Nederlandse rechter invulling geeft aan zijn nationale mandaat tot verdragsconforme interpretatie.

Dat gezegd hebbend, lijkt er in de praktijk toch een verschil te zitten in de wijze waarop de Nederlandse rechter omgaat met conforme interpretatie onder het Unierecht, respectievelijk de mensenrechtenverdragen. Dat verschil zit hem in de afbakening van de methode ten opzichte van de plicht tot buiten toepassing laten en rechtstreekse werking. Waar de rechter bij de mensenrechtenverdragen doorgaans een einddoel formuleert en het aan de verbeelding van de lezer overlaat van welke methode hij zich bedient, lijkt met name de Afdeling in het Unierecht scherper te markeren wat zij doet.[75] Dat zou verklaard kunnen worden door het feit dat conforme interpretatie in het Unierecht voor een groot deel tot ontwikkeling is gekomen in de context van richtlijnconforme interpretatie. Daarvoor geldt, zoals bekend, de beperking dat de rechter scherp in de gaten moet blijven houden dat hij de richtlijn, bij wijze van of rechtstreekse werking, niet tegenwerpt aan particulieren.[76] Conforme interpre-

73 HvJEU 8 oktober 1986, Zaak 80/86, *Jur.* 1987, p. 3969 (*Kolpinghuis*); HvJEU 26 september 1996, C-168/95, *Jur.* 1996, p. I-4705 (*Arcaro*); HvJEU 3 mei 2005, C-387/02, *NJ* 2006/2 m.nt. Mok (*Berlusconi e.a.*).

74 Zo bijv. Curtin 1992, p. 40; Prechal 2005, p. 200-203. Anders echter: Jarass & Beljin 2003, p. 67, 162.

75 Vgl. bijv. ABRvS 31 maart 2000, *AB* 2000/303 m.nt. Backes (*Buitengebied Texel*).

76 Zie bijv. ABRvS 28 februari 2007, *AB* 2007/183 m.nt. Widdershoven.

tatie is, mits daarmee geen verboden worden geschapen, in horizontale of omgekeerd-verticale verhoudingen wel toegestaan.[77]

3.2.2 Buiten toepassing laten en onverbindend verklaren

Conflicteert een wettelijk voorschrift met een rechtstreeks werkende verdragsbepaling, dan laat de rechter de toepassing van dat voorschrift achterwege. Anders dan in bijvoorbeeld Duitsland het geval is met betrekking tot ongrondwettige regelgeving, brengt het conflict tussen de wet en het (hogere) verdragsrecht, niet de nietigheid van de eerste met zich.[78] Het internationale recht komt in Nederland, zoals het in de Duitse doctrine heet, *Anwendungsvorrang* toe, geen *Geltungsvorrang*. Een kwestie die in het verleden tot enig debat leidde, is of het de rechter dan nog wel is toegestaan zich uit te spreken over de verbindendheid van het wettelijk voorschrift als zodanig. Deze kwestie hangt samen met een terminologische discussie over het verschil tussen het (bloot) 'buiten toepassing laten' en het 'onverbindend verklaren' van een voorschrift.

Na de grondslag voor dit buiten toepassing laten te hebben geschetst, ga ik op deze discussies in. Vervolgens bezie ik of onverbindendverklaring van wetgeving in formele zin wegens strijd met een ieder verbindend verdragsrecht mogelijk is, en sta ik kort stil bij de mogelijkheid om rechtmatige en onrechtmatige toepassingen van wetgeving te splitsen.

3.2.2.1 De grondslag voor het 'buiten toepassing laten'

Dat de rechter bevoegd is de toepassing van lagere voorschriften wegens strijd met hogere regels achterwege te laten, is boven elke twijfel verheven. De hoofdregel is dat de rechter bevoegd is lagere regels te toetsen aan normen van hoger recht.[79] De uitzondering die artikel 120 Grondwet daarop maakt voor de toetsing van formele wetgeving aan de Grondwet geldt niet waar het de toetsing aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen betreft. Sinds 1953 is dat vastgelegd in het huidige artikel 94 Grondwet:

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

Op de eis van een ieder verbindendheid ben ik hiervoor in paragraaf 2.3.2.3 al ingegaan. Ik beperk mij in dit boek tot dergelijke een ieder verbindende verdragsbepalingen. Onder wettelijke voorschriften wordt, zoals bekend, al

77 Zie Widdershoven 2012, par. 3.
78 Zie nader: Sillen 2010, p. 149-160.
79 Vgl. HR 6 maart 1864, *W* 2646; HR 31 juli 1966, *W* 2820. Zie nader: Sillen 2010, p. 27.

het nationale recht verstaan, met inbegrip van wetten in formele zin en de Grondwet zelf.[80] Zoals eveneens reeds kort aan de orde kwam, richt artikel 94 zich, volgens de heersende leer, zowel tot de rechter als tot het bestuur.[81] In dit boek gaat het evenwel alleen om de rechter. Onomstreden is dat artikel 94 relevant is voor diens werk. Dan resteren twee vragen: wat moet worden verstaan onder de zinsnede '*vinden geen toepassing*', en moet het – imperatief geformuleerde – artikel 94 Grondwet worden gelezen als een plicht, of als een bevoegdheid voor de rechter om wetgeving buiten toepassing te laten? Op de eerste vraag ga ik hierna wat dieper in. De tweede vraag komt in het volgende hoofdstuk aan de orde.

Hiervoor kwam al ter sprake dat in Nederland vrij algemeen wordt aangenomen dat de artikelen 93 en 94 Grondwet niet zien op de doorwerking van het Unierecht in de Nederlandse rechtsorde. De voorrang van het Unierecht wordt, zo is de gedachte, gegrondvest op het Unierecht zélf. Nu staat er in de Unieverdragen niets over een plicht van nationale autoriteiten om hun eigen wetgeving zo nodig buiten toepassing te laten wegens strijd met het Unierecht.[82] Deze plicht vloeit voort uit de rechtspraak van het Hof van Justitie. In het arrest *Simmenthal* overwoog het:

> 'dat uit een en ander volgt dat elke in het kader zijner bevoegdheid aangezochte nationale rechter verplicht is het Unierecht integraal toe te passen en de door dit recht aan particulieren toegekende rechten te beschermen, daarbij buiten toepassing latend elke eventueel strijdige bepaling van de nationale wet, ongeacht of deze van vroegere of latere datum is dan de gemeenschapsregel'.[83]

Ook de Unierechtelijke verplichting heeft betrekking op alle nationale voorschriften, waaronder formele wetgeving en regels van constitutionele orde. Evenals in het Nederlandse recht gebruikelijk is voor alle collisies tussen nationale voorschriften en verdragen, stipuleert het Hof uitsluitend een regel

80 *Kamerstukken II* 1977/1978, 15 049 (R 1100), nr. 3, p. 13. Ik heb het in dit boek uitsluitend over wetgeving in formele zin van het Europese deel van het Koninkrijk. Ten overvloede zij opgemerkt dat onder '*in het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften*' ex art. 94 Gw, ook het recht van Aruba, St. Maarten en Curaçao wordt begrepen. Minder duidelijk ligt het voor de vraag of ook het Statuut er onder moet worden begrepen: zie Besselink e.a. 2002, p. 45-49; Fleuren 2004, p. 341.

81 Zie paragraaf *2.3.2.2.*

82 Dat geldt ook voor de voorrang van het Unierecht als zodanig. Deze is inmiddels wel opgenomen in de Slotakte van de Intergouvernementele Conferentie van Lissabon uit 2007. Zie Verklaring No. 17 (*PbEU* 2010, C 83/344).

83 HvJEU 9 maart 1978, Zaak 106/77, *Jur.* 1978, p. 629 (*Administrazione delle Finanza dello Stato t. Simmenthal SpA*), §21. Tevens o.m.: HvJEU 8 september 2010, C-409/06, *JB* 2010/247 m.nt. Uzman (*Winner Wetten*).

van *Anwendungsvorrang*. De onverenigbaarheid van een nationale bepaling met Unierecht ontneemt aan de eerste niet haar geldigheid.[84]

3.2.2.2 Buiten toepassing laten en onverbindendheid

Wat moet onder 'buiten toepassing laten' worden verstaan? Deze kwestie valt te ontleden in twee delen. In de eerste plaats de vraag of daarmee wordt gedoeld op de onverbindendheid van het voorschrift. In de tweede plaats de vraag of de zinsnede 'vinden geen toepassing' van artikel 94 Grondwet niet slechts de bevoegdheid tot *negatieve* rechtsvorming inhoudt, maar onder omstandigheden ook met zich kan brengen dat de rechter aan *positieve* rechtsvorming doet: een regel formuleert die zich voorheen niet uit het nationale recht liet afleiden.[85]

Deze beide vragen zijn samen te ballen tot de bredere vraagstelling of artikel 94 Grondwet eng, dan wel ruim moet worden opgevat: eng, waar de bepaling de rechter uitsluitend op zou dragen alleen die toepassingen van het voorschrift achterwege te laten die rechtstreeks in conflict komen met het verdragsrecht; ruim voor zover artikel 94 daarnaast ook de mogelijkheid voor de rechter zou scheppen om de wet zelf als onverbindend te kwalificeren, om meer toepassingen dan enkel de direct conflicterende achterwege te laten, en om toepassingen niet zozeer achterwege te laten maar juist buiten de wettekst om te creëren.

Een terminologische kwestie

Alvorens ik op deze kwesties in ga, moet eerst een terminologische noot worden gekraakt. Wat is precies het verschil tussen 'buiten toepassing laten' en 'onverbindend verklaren'? Deze vraag kan ook anders worden geformuleerd: is elke norm die buiten toepassing wordt gelaten wegens strijd met hoger recht, ook noodzakelijkerwijs onverbindend? En omgekeerd: moet elke onverbindend verklaarde norm per definitie buiten toepassing worden gelaten?

Een aantal auteurs meent dat er in wezen geen verschil bestaat tussen het buiten toepassing laten van een voorschrift en het onverbindend verklaren van (delen) van dat voorschrift.[86] Ook als 'enkel' de toepassing van het voorschrift in strijd komt met hoger recht, is dat voorschrift – voor zover het gaat om die toepassingen – onverbindend. Zo merkt Van Houten op:

84 HvJEU 22 oktober 1998, C-10/97, *Jur.* 1998, p. I-6307 (*IN.CO.GE'90*). Zie tevens: HvJEU 19 november 2009, C-314/08, *Jur.* 2009, p. I-11049 (*Filipiak*), §82-83.

85 Ik ga op deze laatste kwestie uitsluitend in op art. 94. Het Unierecht komt in hoofdstuk 7 aan de orde.

86 Vgl. Bok 1991, p. 20; Brouwer 1992, p. 281; Van Houten 1997, p. 235-239, hoewel de laatste wel de mogelijkheid erkent dat ook een verbindend voorschrift buiten toepassing wordt gelaten.

> 'Een geconstateerd manco, al dan niet beperkt tot het concrete geval, betekent dat de bepaling geheel of gedeeltelijk verbindende kracht mist en dus buiten toepassing moet blijven'.[87]

Deze opvatting heeft het voordeel van de eenvoud. Zij sluit echter niet goed aan bij de rechtspraktijk.[88] Het komt geregeld voor dat de rechter overweegt dat een voorschrift weliswaar niet onverbindend is, maar dat toepassing ervan in het onderhavige geval achterwege moet blijven. Zo overwoog de strafkamer van de Hoge Raad in 2009:

> 'Het oordeel van het Hof dat de Whv niet onverbindend is wegens strijd met art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM, is juist. Gelet op het tweede lid van die bepaling kan echter in gevallen als de onderhavige niet worden uitgesloten dat op grond van de omstandigheid dat de getroffen maatregelen voor de betrokkene in verband met bijzondere, niet voor alle varkenshouders geldende feiten en omstandigheden een "individual and excessive burden" vormen, zodat de desbetreffende bepalingen van de Whv buiten toepassing moeten worden gelaten, althans zolang niet is voorzien in een adequate financiële compensatie'.[89]

De meeste auteurs kiezen dan ook een andere opstelling.[90] Zij nemen aan dat het onverbindend verklaren van een voorschrift en het buiten toepassing laten ervan niet samenvallen. Van onverbindendheid spreekt men wanneer er een defect kleeft aan het voorschrift *zelf*.[91] Het rechtsgevolg van die onverbindendheid is dan in de regel dat het voorschrift buiten toepassing wordt gelaten.[92] Met de aanduiding 'onverbindend verklaren' wordt bedoeld dat de rechter deze onverbindendheid, in het dictum of in de overwegingen van zijn uitspraak, vaststelt.[93] Komt de rechter tot de conclusie dat de norm als zodanig rechtmatig is, dan kan het soms niettemin voorkomen dat hij deze

87 Van Houten 1997, p. 235.
88 Zie Sillen 2010, p. 73-75 voor een reeks voorbeelden uit de rechtspraak.
89 HR 22 september 2009, *NJ* 2010/142 m.nt. Mevis (*Whv II*).
90 Zie De Winter 1987, p. 236-237; Van Buuren 1987, p. 65; Brouwer & Schilder 2004, p. 70-73; Fleuren 2004, p. 343; Schutgens 2009a, p. 9; Sillen 2010, p. 72-75.Vgl. ook Kummeling 1995, p. 380, die schrijft dat het verschil ten onrechte geheel lijkt te zijn verwaterd in de praktijk.
91 Het klassieke voorbeeld betreft een voorschrift dat in strijd met bepaalde procedurevoorschriften is vastgesteld. Om welke toepassing het ook gaat, het defect is niet te omzeilen. Het voorschrift is in alle denkbare toepassingen onrechtmatig.
92 De toevoeging 'in de regel' is bewust geplaatst. Het is, althans in theorie, denkbaar dat een voorschrift dat als zodanig onverbindend is, niettemin om welke reden dan ook voorlopig wordt toegepast – bijvoorbeeld om redenen van machtenscheiding of rechtszekerheid. Ik ga op zulke gevallen in hoofdstuk 4 nog in. De stelling dat onverbindende voorschriften *per definitie* buiten toepassing moeten worden gelaten, lijkt mij dan ook niet logisch dwingend. Daarvan lijken wel uit te gaan: De Lange 1991, p. 83; Fleuren 2004, p. 343; Schutgens 2009a, p. 9.
93 De onverbindendverklaring in de overwegingen van de uitspraak is onomstreden. Over de vraag of zij ook in het dictum is toegestaan verschillen de meningen. Ik kom daarop nog terug.

in het voorliggende geval buiten toepassing laat. Dat is het geval wanneer uitsluitend de *toepassing* van de norm in het concrete geval in strijd zou zijn met een beginsel of een hogere rechtsregel.[94]

Zie ik het goed, dan zit het verschil tussen beide stromingen met name in de mogelijkheid van partiële onverbindendheid. Zijn slechts enkele toepassingen onrechtmatig, dan meent de eerste school dat deze toepassingen – of de tekstgedeelten die tot zulke toepassingen aanleiding geven – onverbindend zijn. Voor de tweede groep auteurs ligt dit genuanceerder: van partiële onverbindendheid is alleen sprake als zulke toepassingen of tekstgedeelten *in geen enkel geval* rechtmatig kunnen uitwerken. In de overige gevallen is sprake van 'bloot' buiten toepassing laten.[95]

Het gaat hier, naar mijn mening, om een zuiver terminologisch debat. Auteurs die onverbindendheid en buiten toepassing laten samen laten vallen, bepleiten niet dat voorschriften vaker onverbindend worden verklaard of dat meer voor onverbindend wordt gehouden dan zuiver de onrechtmatige toepassingen. Zij maken alleen een minder haarscherp verschil tussen de onrechtmatigheid van toepassingen van een voorschrift en de onrechtmatigheid van het voorschrift zelf. In de uitkomst maakt het weinig uit of de rechter in een bepaald geval constateert dat hij een voorschrift buiten toepassing moet laten 'voor zover' het voorschrift in strijd is met een hogere regel, dan wel dat hij deze toepassing 'onverbindend' verklaart, of dat hij het voorschrift onverbindend verklaart 'voor zover het voorschrift in strijd is met' de hogere rechtsregel. Hoewel ik – vanwege de eenvoud – een zekere sympathie voel voor het standpunt dat elke onrechtmatige toepassing te herleiden is tot het voorschrift zelf, sluit ik mij aan bij de terminologie die het meest gebruikelijk is: onverbindendheid betreft het voorschrift zelf; buiten toepassing laten is een neutraler begrip, dat soms, maar niet altijd, gekoppeld is aan de onverbindendheid van het voorschrift.

Onverbindendverklaring en artikel 94 Grondwet

Wil onverbindendheid van een voorschrift dus zeggen dat aan het voorschrift zelf een defect kleeft, onverbindendverklaring houdt in dat de rechter de onverbindendheid van het voorschrift vaststelt. Dat kan op twee manieren. In de eerste plaats kan de rechter de onverbindendheid van een voorschrift vaststellen in de overwegingen van zijn uitspraak. De onverbindendverklaring is dan een 'hulpoordeel'. Zij maakt deel uit van de gereedschapskist van elke rechter in de respectievelijke kolommen. In de tweede plaats figureert de onverbindendverklaring weleens in het dictum van de civiele rechter wanneer

94 Men kan het ook zó zeggen: de onverbindendheid van een voorschrift heeft betrekking op de burger: de regeling kan hem niet binden. Toepassing heeft betrekking op de overheid, *in casu* de rechter. Aldus De Lange 1991, p. 82-83.

95 Aldus bijv. Schutgens 2009a, p. 9.

het gaat om een geding over onrechtmatige wetgeving.[96] Deze tweede variant ligt gevoeliger. Ik ga daar in de volgende paragraaf, in het kader van de procesrechtelijke remedies, nader op in. Hier beperk ik mij tot de eerste variant: is het vaststellen van de onverbindendheid van het voorschrift zelf in de overwegingen van de uitspraak toegestaan? Machtigt artikel 94 Grondwet de rechter hiertoe, of verbiedt deze bepaling dit juist *a contrario*?

Over deze kwestie bestaat geen overeenstemming. Een aantal auteurs meent dat de rechter zich tot concrete toetsing dient te beperken.[97] In dat verband speelt in de eerste plaats de tekst van artikel 94 een belangrijke rol: gesproken wordt immers van 'toepassing' die niet verenigbaar is met het internationale recht. Bovendien zou de grondwetsgeschiedenis zich tegen abstracte toetsing verzetten: de grondwetgever van 1953 zou hebben willen voorkomen dat de rechter rechtmatige toepassingen van een voorschrift buiten toepassing zou laten.[98] Dat zou het geval zijn als de bepaling naast onrechtmatige weliswaar rechtmatige toepassingen zou toelaten, maar het voorschrift zich volgens de rechter niet zou laten splitsen in een rechtmatig en een onrechtmatig gedeelte. In het verleden sprak men in dat verband wel van de leer van de onsplitsbare wilsverklaring.[99]

Een groeiend aantal auteurs lijkt wel bereid aan te nemen dat de rechter wetgeving wegens strijd met verdragsrecht onverbindend mag verklaren.[100] Voor Brouwer bijvoorbeeld, is de kwalificatie – 'onverbindend verklaren' of 'buiten toepassing laten' – betrekkelijk irrelevant.[101] Waar het om gaat is dat de rechter een algemeen oordeel mag, en soms zelfs moet, geven over de rechtmatigheid van het voorschrift:

---

96 Zie HR 16 mei 1983, *NJ* 1984/361 m.nt. MS (*Bullenbaai*). Recenter: Rb Den Haag 6 augustus 2003, *Gst.* 2003/171 m.nt. Bunschoten (*Fotoverbod Wassenaar*); Rb Den Haag 16 februari 2005, *JV* 2005/144 (*Leges Turkse migranten*); Rb Den Haag 31 december 2008, *JB* 2009/69 m.nt. Teunissen (*NEN-normen*); Rb Den Haag 3 februari 2010, *LJN* BL1862 (*Iraanse studenten*) Zie nader: Schutgens 2009a, p. 85-90.

97 Vgl. o.a. Riphagen 1953, p. 70; Jeukens onder ARRvS 31 juli 1979, *AAe* 1980, p. 186 (*Eilanderbinding*); Van Maanen 2000a, p. 99-100; Hoogers & De Vries 2002, p. 180; Bellekom 2007, p. 332. Fleuren 2004, p. 343-345, lijkt abstracte toetsing niet uit te sluiten. Hij acht onverbindendverklaring – op grond van tekstuele en grondwetshistorische argumenten – echter niet mogelijk.

98 Aldus Riphagen, die als topambtenaar bij de grondwetsherziening van 1953 betrokken was (Riphagen 1953). De bijdrage van Riphagen aan het debat wordt wel beschouwd als een quasi authentiek commentaar. Anders: Van Houten 1997, p. 230, die meent dat uit de totstandkomingsgeschiedenis, noch uit het artikel van Riphagen, is af te leiden dat artikel 65 (oud) Gw iets te maken heeft met onsplitsbaarheid.

99 Vgl. o.m. 's Jacob 1960, p. 119, en Van der Burg 1983. Ik ga op deze leer onder het volgende kopje in.

100 Aldus bijv. Van der Burg 1983, p. 24-27; Van Buuren 1987, p. 60; Polak 1987, p. 109; Brouwer 1992, p. 282; Van Houten 1997, p. 230; Schutgens 2009a, p. 10-13, en Sillen 2010, p. 85.

101 Brouwer 1992, p. 281-282.

> 'In mensenrechten-verdragen komt vaak de beperkingsclausule "nodig in een democratische samenleving" voor. Bij een beroep op de onverbindendheid van wetgeving in verband met een dergelijke clausule kan het soms niet anders dan dat de rechter een algemeen oordeel over de wet geeft en aan dat oordeel algemene gevolgen worden verbonden. Als een wet niet nodig is in een democratische samenleving kan men hieraan nog moeilijk verbindende kracht toekennen, althans het zou de rechtszekerheid van de justitiabelen bepaald niet ten goede komen, bovendien zou het haaks staan op het belang van een goede rechtspleging.'[102]

Ook voor auteurs als Van Buuren, Schutgens en Sillen maakt het niet veel uit hoe de rechter de onrechtmatigheid kwalificeert. Voor hen lijkt coherentie een relevante overweging: waarom zou de rechter bij de toetsing van lagere voorschriften aan de wet wel, en in het geval van verdragstoetsing niet onverbindend mogen verklaren?[103] De grondwetsgeschiedenis biedt ook voor dit standpunt ruimte. Bij de herziening van 1983 benadrukte de regering namelijk, na daartoe door het CDA te zijn opgeroepen, dat 'de grondwetgever niet slechts de nationale wetsregel zelf, maar evenzeer de uitwerking ervan op de rechtszoekende getoetst wil zien (…)'.[104] Het lijkt dus duidelijk dat de grondwetgever zelf abstracte toetsing niet uitsloot.[105]

Zijn deze twee standpunten te verzoenen? Ik denk het wel.

Uitgangspunt is dat de rechter zowel het voorschrift zelf, als de toepassing ervan, toetst aan het verdragsrecht. Komt hij tot de conclusie dat het voorschrift als zodanig in strijd is met het verdrag, dan verklaart hij het onverbindend. Cruciaal is echter het antwoord op de vraag óf het voorschrift als zodanig in het geding is. In beginsel kan de rechter daartoe alleen besluiten als hij er zeker van is dat het voorschrift op geen enkele manier rechtmatig toe te passen is. Rechtmatige toepassingen moeten, met andere woorden, steeds worden

---

102 *Ibid.*, p. 282.

103 Van Buuren 1987, p. 64-65; Schutgens 2009a, p. 13; Sillen 2010, p. 85.

104 *Kamerstukken II* 1979/80, 15 049 (R 1100), nr. 7, p. 19. Zie tevens *Kamerstukken* 1978/79, 15 049 (R 1100), nr. 6, p. 14.

105 Men kan zich overigens afvragen of de regering zich daarvan ten volle bewust is geweest. Het ging kabinet en CDA-fractie er immers om dat de rechter, naar hun smaak, nog te zeer gericht was op het voorschrift als zodanig. Over de vraag of de rechter het voorschrift überhaupt wel mocht toetsen ging het in deze dialoog niet. Best mogelijk dat het kabinet eenvoudig de formulering van de CDA-fractie heeft overgenomen zonder zich bewust te zijn geweest van een mogelijke breuk met de herziening van 1953. Daar komt nog iets bij: zoals de CDA-fractie terecht constateerde, toetste de rechter in de periode voorafgaand aan de herziening van 1983 diverse keren juist het voorschrift zelf. Een negatief antwoord van de regering op een vraag die niet gesteld werd, namelijk of de rechter eigenlijk het voorschrift wel mocht toetsen, had een scherpe breuk met de rechtspraak betekend, en daarmee een – vermoedelijk onnodige – schoffering van de rechter. Dat het kabinet zich hier mogelijk terughoudend opstelde, wil echter nog niet noodzakelijkerwijs zeggen dat het daarmee akkoord ging met toetsing van wetgeving als zodanig. Het blijft in dit soort kwesties echter speculeren, en ik heb er daarom geen probleem mee om de woorden van de regering hier voor de bedoeling van de grondwetgever te houden.

afgesplitst van het geïnfecteerde gedeelte van de wet.[106] Waar artikel 94 Grondwet dus abstracte toetsing en onverbindendheidsverklaringen toelaat, behelst het tevens een splitsingsgebod.

Splitsing en rechtsvorming

De tussenconclusie is dat de rechter een voorschrift op basis van artikel 94 Grondwet onverbindend kan verklaren, zij het dat hij het voorschrift steeds te splitsen heeft in rechtmatige en onrechtmatige gedeelten of toepassingen. Die verplichting is op het eerste gezicht logisch en eenvoudig uit te voeren, maar heeft gevolgen voor de staatsrechtelijke positie van de rechter. Dat nodigt uit om wat dieper op het leerstuk van de splitsbaarheid van voorschriften in te gaan.

In het algemeen, dus ook los van de toetsing onder artikel 94 Grondwet, zijn wettelijke voorschriften splitsbaar. Volgens Sillen splitst de rechter zulke voorschriften in een rechtmatig en een onrechtmatig deel, zoals een bepaling of een tekstgedeelte, of splitst hij van een rechtmatig voorschrift een onrechtmatige toepassing af.[107] Zo gaat de rechter er nog weleens toe over om een regel onverbindend te verklaren 'voor zover' de toepassing ervan in strijd komt met hoger recht.[108]

Een treffend voorbeeld van deze praktijk, buiten de context van toetsing van formele wetgeving aan verdragsrecht overigens, biedt het arrest *OZB-verordening Harderwijk*. Deze verordening stelde een tarief eigenarenbelasting in dat hoger was dan toegestaan onder artikel 220g Gemeentewet. Het Gerechtshof vond het tarief als zodanig onverbindend en vernietigde een daarop gebaseerde aanslag. De Hoge Raad meent dat dit te ver gaat:

> 'Zulks brengt, anders dan het Hof heeft aangenomen, niet mee dat het bepaalde in artikel 6 met betrekking tot de eigenarenbelasting in zijn geheel onverbindend is, maar slechts dat de tariefstelling voor de eigenarenbelasting onverbindend is, voor zover deze het in voormeld artikel van de Gemeentewet gestelde maximum overtreft. De sanctie op overschrijding van dat maximum dient immers niet verder te gaan dan nodig is om de in de tweede volzin van artikel 220g gelegen waarborg tot zijn recht te doen komen.'[109]

Gaat de rechter hier op de stoel van de wetgever zitten, zoals annotator Snoijink hem verwijt? Ik meen van niet. De hogere regeling verbiedt de gemeentelijke wetgever niet een belasting in te stellen. Hij verbiedt slechts aanslagen boven een, helder in de hogere regeling tot uitdrukking gebracht,

106 Dezelfde koers vaart Schutgens 2009a, p. 13.
107 Sillen 2010, p. 77.
108 *Ibid.*, p. 77-78. Op deze praktijk is kritiek mogelijk: zie Sillen 2010, p. 78-79 voor een bespreking.
109 HR 1 maart 2002, *BNB* 2002/144 m.nt. Snoijink (*OZB-verordening Harderwijk*).

bedrag. De rechter maakt geen politieke keuzen wanneer hij de aanslag op het hoogst door de wet toegelaten bedrag vaststelt. Men kan uiteraard van mening verschillen over de vraag of dit de wetgever niet tot constitutionele luiheid aanzet, maar dat is een andere kwestie – een kwestie van beleid, in de woorden van Martens, en niet van bevoegdheid.[110]

Toch meent de rechter – wederom los van de bijzondere context van artikel 94 Grondwet – dat hij niet altijd tot splitsing kan overgaan. In de eerste plaats ging het daarbij in het verleden om de welbekende leer van de onsplitsbare wilsverklaring die de Hoge Raad en de Afdeling intussen niet meer zouden aanhangen.[111] Volgens deze leer, bekend van uitspraken als die over de Wilnisser visser, het Maastrichtse schakelkastje en de APV van Sneek, leende een voorschrift zich soms niet tot splitsing omdat het geen aanknopingspunten voor splitsing bevatte.[112] Zoals gezegd lijkt deze leer verlaten. Niettemin liet Sillen relatief recent nog zien dat daarmee niet gezegd is dat de rechter steeds splitst.[113] Hij wijst in dat verband op drie categorieën: het geval dat de hogere wet zelf splitsing verbiedt, het geval dat de rechter een wetgever meent te moeten dwingen tot het vaststellen van nauwkeuriger regelgeving (meestal strafbepalingen), en tot slot de situatie dat splitsing ervoor zou zorgen dat er een situatie ontstaat die de wetgever evident niet voor ogen heeft gehad. De rechter zou de wetgever dan met een onverbindendverklaring voor de voeten lopen. De eerste categorie kan hier buiten beschouwing blijven. Zij heeft geen betrekking op de verhouding tussen formele wetgeving en verdragsrecht. De andere twee gevallen zijn interessanter.

Het is heel goed denkbaar dat een formeelwettelijke bepaling zodanig vaag geformuleerd is dat weliswaar niet al haar toepassingen in strijd zijn met, bijvoorbeeld, het EVRM, maar dat de rechter het niettemin verstandiger oordeelt toch alle toepassingen onverbindend te verklaren. Een dergelijke constellatie kennen wij onder meer van de rechtspraak onder artikel 10 EVRM, die bijvoorbeeld zware eisen stelt aan de inbreuk op journalistieke bronbescherming vanwege het *chilling effect* dat daarvan kan uitgaan.[114] In dat verband kunnen twee situaties worden onderscheiden. Ten eerste kan het buiten toepassing laten van, op zich toelaatbare, toepassingen van het voorschrift verdragsrechte-

110 Overigens in een wat andere context: zie Martens 2000a.

111 Vgl. het advies van de HR en P-G Remmelink inzake constitutionele toetsing, opgenomen in *NJCM-Bulletin* 1992, p. 243-259, op p. 248. Sillen 2010, p. 81, stelt vast dat inmiddels ook de Afdeling de leer verlaten heeft. In 1991 verzuchtte De Lange overigens dat de leer al diverse keren 'dood' was verklaard, maar telkens weer opdook. Zie De Lange 1991, p. 90.

112 HR 13 februari 1922, *NJ* 1922, p. 473 (*Wilnisser visser*); HR 31 maart 1953, *NJ* 1953/532 (*Sneek II*), waarin overigens wel werd gesplitst; HR 9 januari 1968, *NJ* 1968/105 (*Maastrichts schakelkastje*).

113 Sillen 2010, p. 81-84.

114 Zo bijv. EHRM 27 maart 1996, *NJ* 1996/577 m.nt. EJD (*Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*). Zie tevens o.m. HR 2 september 2005, *NJ* 2006/291 m.nt. EJD (*Ostade Blade/Staat*), concl. A-G Langemeijer, ov. 3.2.

lijk geboden zijn. Dat is het geval als bijvoorbeeld het EHRM meent dat een voorschrift, omdat het te vaag geformuleerd is, als zodanig een schending inhoudt van een EVRM-recht. In dat geval is de afbakening tussen rechtmatige en onrechtmatige toepassing reeds op het Straatsburgse niveau gemaakt. In wezen héέft het voorschrift dan, naar nationaal recht, geen rechtmatige toepassingen. Het splitsingsvraagstuk komt niet aan de orde. In de tweede situatie is algehele onverbindendheid verdragsrechtelijk niet geboden, maar komt het de Nederlandse rechter zelf verstandiger voor om alle toepassingen van het voorschrift onrechtmatig te verklaren. Het is zeker denkbaar dat dit laatste, over de band van artikel 94, grondwettelijk uitgesloten zou zijn.

Aan splitsing kunnen ook overwegingen van machtenscheiding en institutionele politiek ten grondslag liggen. In de eerste plaats kan het buiten toepassing laten van een kernvoorwaarde van het voorschrift ertoe leiden dat een aanspraak ontstaat die de wetgever in het geheel niet heeft gewild. Men denke aan een voorschrift dat uitsluitend mensen met een meervoudige nationaliteit het recht toekent op een overheidsbijdrage van drie kilo chocolade per maand. Laat de rechter de zinsnede 'met meervoudige nationaliteit' buiten toepassing – bijvoorbeeld wegens strijd met een non-discriminatiebepaling – dan krijgt elke Nederlander dit recht toegekend, met alle gevolgen van dien voor de schatkist. Een realistischer voorbeeld, hoewel minder aansprekend voor multipatride mensen, noemen De Lange en Sillen, wanneer zij wijzen op de uitspraak van het CBb in *Speelautomaten Landgraaf*.[115] Het CBb zag af van splitsing van een verordening die in wezen neerkwam op een beschikking, nu splitsing zou betekenen dat de aanvraag tot een vergunning voor een gokhal, in strijd met de bedoeling van de gemeentelijke wetgever, zou moeten worden gehonoreerd. In dit soort gevallen is wel relevant dat het, door de wetgever beoogde, resultaat ook op rechtmatige wijze kan worden bereikt.

Overwegingen van machtenscheiding kunnen ook op een andere wijze nopen tot het afzien van splitsing of concrete toetsing. Dat is het geval als niet goed kan worden vastgesteld waartoe het verdragsrecht in het concrete, voorliggende, geval precies dwingt. Een voorbeeld.[116]

Uzman, woonachtig in Dinxperlo, een dorp op de Nederlands-Duitse grens, huurt van een Duitse Citroëndealer een auto. Daarmee rijdt hij in Nederland tevreden rond. Voor voertuigen die in Nederland geregistreerd staan, geldt dat daarvoor bij registratie een percentage van de waarde van de auto aan belasting wordt geheven op basis van de Wet belasting personenauto's en motorrijwielen 1992 (BPM). De huurauto van Uzman staat echter niet in Nederland, maar in Duitsland geregistreerd. Over zulke auto's wordt hetzelfde bedrag aan BPM geheven vanaf het moment dat zij verschijnen op het Neder-

115 CBb 6 maart 1990, *AB* 1990/399 m.nt. Goorden. Zie De Lange 1991, p. 94, en Sillen 2010, p. 83-84.

116 De volgende casus is losjes gebaseerd op HR 14 november 2008, *BNB* 2009/3 (*Ilhan II*).

landse wegennet.[117] Dat betekent dat Uzman, als hij de auto een maand huurt, hetzelfde bedrag aan BPM dient te betalen als iemand die de auto heeft gekocht en duurzaam gebruikt. Had Uzman dezelfde auto gehuurd van een Nederlands autobedrijf, dan had dit bedrijf bij registratie BPM afgedragen en dit bedrag omgeslagen over alle, tijdens de afschrijvingstijd te verwachten, huurders van de auto. In de praktijk betekent dit dat de huur van een auto bij een Nederlands autobedrijf veel aantrekkelijker is dan de huur van een soortgelijke auto over de grens. In 2006, in de zaak *Coevering*, maakte het HvJEU dan ook uit dat de BPM op dit punt in strijd was met het vrij verkeer van diensten, van de artikelen 49-55 EG (oud). De BPM zou rekening moeten houden met de duur van het gebruik van de auto in Nederland, in elk geval wanneer de auto niet duurzaam en hoofdzakelijk in Nederland wordt gebruikt. Wie de auto maar een maand over Nederlandse wegen stuurt, moet niet hetzelfde hoeven te betalen als iemand die dat jarenlang doet.

Stel dat Uzman de auto niet één maand, maar drie jaar huurt, en hij de auto voornamelijk in Nederland gebruikt? Het verschil met de huur van een Nederlandse verhuurder is dan niet meer zo groot. De BPM zou, ook bij de huur van een Nederlands verhuurbedrijf, voornamelijk ten laste van Uzman komen, zeker als de huurperiode ruwweg samenvalt met de afschrijvingstermijn van de auto. De Hoge Raad vraagt zich af of de BPM ook in zulke gevallen in strijd is met het EG-recht en stelt daarover een prejudiciële vraag.[118] Het antwoord uit Luxemburg, in de zaak *Ilhan*, luidt dat dit zo is: de BPM houdt nog altijd geen rekening met de gebruiksduur van de auto, of het in het concrete geval nu om een lange of een korte gebruiksduur gaat.[119]

Wat staat de Nederlandse rechter nu te doen? Op basis van het Unierecht dient hij de BPM buiten toepassing te laten, maar daarbij hoeft hij niet verder te gaan dan nodig om 'te bewerkstelligen dat uitvoeringsbesluiten stroken met het Unierecht'.[120] Eén optie is om de BPM als zodanig buiten toepassing te laten. Dit zou neerkomen op de onverbindendverklaring van artikel 1 lid 5 BPM, dat ziet op niet in Nederland geregistreerde voertuigen. Voor zulke voertuigen is dan *de facto* geen BPM meer verschuldigd. Het nadeel van deze optie is dat de rechter méér van de BPM buiten toepassing laat dan strikt noodzakelijk. Een andere optie is om per concreet geval vast te stellen hoeveel er betaald had moeten worden als de BPM wel rekening had gehouden met de duur van het gebruik in Nederland. Het probleem van deze optie is dat het HvJEU weliswaar heeft vastgesteld dát de BPM rekening moet houden met de duur van het gebruik, maar niet hóe dat moet gebeuren. De nationale rechter heeft, met andere woorden, geen concreet aanknopingspunt om vast te stellen tot welk bedrag aan BPM 'evenredig' is, en waartoe het Unierecht

117 Artikel 1 lid 2 rep. 5 BPM.
118 HR 18 januari 2008, *BNB* 2008/124 m.nt. Meussen (*Ilhan I*).
119 HvJEU 22 mei 2008, *BNB* 2008/250 (*Ilhan*).
120 HR 6 december 2002, *BNB* 2003/122 m.nt. Meussen.

dus dwingt. Zou de rechter hier zuiver concreet toetsen, dan begeeft hij zich op glad ijs. In de woorden van de Hoge Raad:

> 'In het onderhavige geval is sprake van een aan de Wet op de belasting van personenauto's en motorrijwielen 1992 (hierna: de Wet) klevend gebrek dat niet kan worden hersteld binnen het stelsel van de Wet. Dat stelsel is immers gebaseerd op heffing van bpm naar rato van de waarde van de personenauto of het motorrijwiel. Evenmin laat zich uit de bepalingen van de Wet of de wetsgeschiedenis eenduidig afleiden welk bedrag aan bpm de wetgever voor het onderhavige geval zou hebben bepaald indien hij de strijdigheid met het EG-verdrag van een heffing als waartoe in dit geval de Wet leidt, zou hebben onderkend en deze strijdigheid zou hebben willen vermijden'.[121]

De formulering die de Hoge Raad hier kiest doet – wij zullen dat nog zien – sterk denken aan de overwegingen die de Raad doorgaans leiden tot de conclusie dat een bepaalde kwestie zijn rechtsvormende taak te buiten gaat.[122] De met het verdragsrecht strijdige regeling wordt dan toegepast. Toch koos de Hoge Raad daarvoor in dit arrest niet. Hij liet de bepaling algeheel buiten toepassing en vernietigde de aanslag van de appellant zonder een nieuw bedrag vast te stellen. De Hoge Raad noemt art. 1 lid 5 BPM niet onverbindend, dat is de bepaling formeel ook niet, maar materieel komt het daar wel op neer.

Waarom deze uitvoerige bespreking van een voorbeeld dat betrekking heeft op Unierecht? De casus zoals hier geschetst heeft weliswaar betrekking op Unierecht, maar een soortgelijke kwestie is ook onder het EVRM denkbaar, bijvoorbeeld wanneer artikel 1 Eerste Protocol EVRM of een non-discriminatiebepaling aan de orde is. In dat geval zou artikel 94 Grondwet het toepasselijke instrumentarium bieden. Onder het vorige kopje concludeerde ik dat artikel 94 zo moet worden uitgelegd dat het toelaat dat de rechter de onverbindendheid van een voorschrift constateert en zo nodig abstract toetst, maar dat het er aan in de weg staat dat de rechter meer van het voorschrift buiten toepassing laat dan strikt noodzakelijk. Rechtmatige toepassingen mogen niet achterwege blijven. Artikel 94 Grondwet zou dat verbieden. Schutgens, die tot dezelfde conclusie kwam, meent dat dit ook kan:

> 'Een in art. 94 Gw gelezen, tot de concrete toepassing beperkte toetsingsbevoegdheid kán inderdaad voorkómen, dat de rechter ook formeelwettelijke bepalingen hun volledige rechtskracht ontzegt, in gevallen waar slechts de 'randen' daarvan in strijd zijn met een verdragsbepaling. Deze beperkte toetsingsbevoegdheid kan men zich als volgt voorstellen. De rechter interpreteert eerst welke rechtsgevolgen een wettelijke bepaling in de hem voorgelegde casus voorschrijft. Vervolgens beziet hij welke rechtsgevolgen de verdragsbepaling voorschrijft. Zijn deze onverenigbaar, dan past de rechter het wettelijk voorschrift niet toe. De toepassing van de verdrags-

121 HR 14 november 2008, *BNB* 2009/3 (*Ilhan II*).
122 Vgl. o.m. HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170 (*Arbeidskostenforfait*). Zie nader hoofdstuk 4.

> bepaling krijgt voorrang. De nationale bepaling heeft in het voorliggende geval geen effect (…)'.[123]

De hier gegeven voorbeelden nopen mij tot een wat pessimistischer houding. In theorie is inderdaad goed voorstelbaar dat de rechter eenvoudig het wettelijk voorschrift en het verdragsrecht naast elkaar legt en de verschillen zoekt. Waar die verschillen optreden, past de rechter de bepaling niet toe. Dat suggereert echter dat het verdragsrecht steeds een duidelijke uitkomst voorschrijft en dat is vaak niet het geval. Concrete toetsing suggereert dus een constitutionele 'veiligheid' die er niet altijd hoeft te zijn. Wanneer we accepteren dat artikel 94 Grondwet bedoeld is om de rechter weg te houden van de onsplitsbare wilsverklaring en, in sommige gevallen, de consequenties van abstracte toetsing, dan moeten we ons realiseren dat voor onsplitsbaarheid soms goede redenen zijn. Die redenen liggen in de, traditioneel terughoudende, rol van de rechter op het terrein van de rechtsvorming. In zulke gevallen moet ofwel een uitzondering op het, zojuist geponeerde, splitsingsgebod worden aangenomen, ofwel een uitzondering op de regel dat de nationale bepaling niet wordt toegepast. De kwestie wordt dan aan de wetgever overgelaten. Het alternatief is dat de rechter zelf, al rechtsvormend, vaststelt wat redelijk, 'evenredig' en wenselijk is. Ook dat is uiteraard mogelijk, maar zoals we in het volgende hoofdstuk zullen zien, acht de rechter zich daar momenteel lang niet altijd toe in staat.

Voorlopig kan de conclusie hier luiden dat artikel 94 Grondwet aan abstracte toetsing noch onverbindendverklaring in de weg staat, dat de bepaling in dat geval wel opgevat kan worden als een splitsingsgebod, maar dat dit de rechter voor een constitutioneel dilemma kan stellen: moet hij zelf een oplossing bedenken, of de kwestie overlaten aan de wetgever? Het antwoord op die vraag is afhankelijk van de wijze waarop men de verhouding tussen rechter en wetgever beoordeelt en, in termen van positief recht, welke eisen de beginselen van effectieve rechtsbescherming en voorrang aan het optreden van de rechter stellen. Ik kom daar in deel III op terug. Dit dilemma kan in elk geval worden vermeden als de gedachte wordt losgelaten dat artikel 94 Grondwet, anders dan de grondwetsgeschiedenis lijkt te suggereren, onsplitsbaarheid uitsluit. Het zou echter te ver gaan dit als positief recht aan te merken.

Onverbindendheid en Unierecht

Tot slot nog kort iets over de vraag of een onverbindendverklaring in het geval van de toetsing aan Unierecht wel is toegestaan. Eigenlijk zijn dat twee vragen. Mag de rechter, als een wettelijke regeling – gelet op het Unierecht – geen enkele rechtmatige toepassing heeft, die regeling onverbindend verklaren? En: als hij dat mag, kan hij dan ook een regeling onverbindend verklaren

123 Schutgens 2009a, p. 11.

wegens strijd met Unierecht als er nog wèl rechtmatige toepassingen mogelijk zijn, maar hij het voorschrift onsplitsbaar acht?

Schutgens beantwoordt de eerste vraag bevestigend.[124] Dat sprake is van enige verwarring, ligt aan artikel 94 Grondwet. Nu deze bepaling voor de doorwerking van het Unierecht irrelevant is, geldt de algemene regel dat het de rechter toegestaan is om lagere regels wegens strijd met hogere regels onverbindend te verklaren.

Schutgens heeft in elk geval gelijk als hij stelt dat de voorrang van het Unierecht, naar de gangbare interpretatie, niet gebaseerd is op artikel 94 Grondwet.[125] Bovendien is het inderdaad zo dat ook wetgeving als zodanig, en niet slechts de toepassing ervan, door de rechter wegens strijd met het Unierecht als onrechtmatig kan worden bestempeld.[126] Maar vloeit daar onmiddellijk uit voort dat die wetgeving ook naar nationaal recht *onverbindend* is? Ik geloof dat Schutgens hier wat snel gaat.

De onverbindendheid van wettelijke voorschriften vloeit niet rechtstreeks voort uit het Unierecht zelf. Het Hof van Justitie heeft niet de bevoegdheid om zich uit te laten over de geldigheid van nationale voorschriften.[127] Het eist alleen van de nationale rechter dat deze, met het Unierecht strijdige voorschriften buiten toepassing laat.[128] Daarmee is niet gezegd dat het Unierecht onverbindendverklaring uitsluit. In het arrest *IN.CO.GE.'90* merkt het Hof op:

> 'De onverenigbaarheid met het Unierecht van een nationaalrechtelijke regel van latere datum heeft niet de non-existentie van die regel tot gevolg. In een dergelijke situatie is de nationale rechter evenwel verplicht die regel buiten toepassing te laten, met dien verstande dat die verplichting geen beperkingen stelt aan zijn bevoegdheid om, wanneer naar binnenlands recht verschillende wegen kunnen worden bewandeld, zijn keuze te bepalen op de middelen welke geëigend zijn de door het Unierecht verleende individuele rechten te waarborgen'.[129]

Het is dus in eerste instantie aan het constitutionele recht van de lidstaat, en vervolgens aan de nationale rechter, om te bepalen welke rechtsgevolgen de strijd tussen Unierecht en nationale wetgeving heeft, zolang de uitkomst maar

---

124 Schutgens 2009a, p. 14.

125 Zie hiervoor §2.4.1.

126 Vgl. HvJEU 5 maart 1996, gev. zkn C-46,48/93, *Jur.* 1996, p. I-1029 (*Brasserie du Pêcheur en Factortame*).

127 Vgl. Jans e.a. 2007, p. 86.

128 HvJEU 9 maart 1978, C-106/77, *Jur.* 1978, p. 629 (*Simmenthal*); HvJEU 22 oktober 1998, C-10/97, *Jur.* 1998, p. I-6307 (*IN.CO.GE'90*); HvJEU 19 november 2009, C-314/08, *Jur.* 2009, p. I-11049 (*Filipiak*); HvJEU 8 september 2010, C-409/06, *JB* 2010/247 m.nt. Uzman (*Winner Wetten*).

129 HvJEU 22 oktober 1998, C-10/97, *Jur.* 1998, p. I-6307 (*IN.CO.GE'90*). Zie tevens: HvJEU 3 april 1968, Zaak 28/67 (*Molkerei-Zentrale*).

is dat conflicterende nationale wetgeving niet wordt toegepast. Het Unierecht *eist* niet dat de nationale rechter de kwalificatie 'onverbindend' bezigt.

Het is dus aan het nationale recht om te bepalen of onverbindendverklaring is toegestaan. Welk nationale recht zou dat moeten zijn? Schutgens beschouwt artikel 94 Gw als een – eventuele – uitzondering op de hoofdregel dat de rechter onverbindend kan verklaren.[130] Mag uit worden gegaan van die 'hoofdregel', nu artikel 94 Grondwet irrelevant is voor de doorwerking van Unierecht? Ik geloof dat dan te veel betekenis wordt toegekend aan het uitgangspunt dat de doorwerking van het Unierecht niet via de artikelen 93 en 94 Gw verloopt. Dat de werking van het Unierecht niet afhankelijk is van deze beide bepalingen, wil niet zeggen dat zij betekenisloos zijn. In de woorden van Jans c.s.: 'national constitutional provisions which make it possible to apply international law within the national legal order play a facilitating rather than a fundamental role'.[131] Een faciliterende rol dus, niet: géén rol. Het arrest *Verplichte rusttijden* waarnaar tegenwoordig veelvuldig wordt gewezen ter onderbouwing van de stelling dat de artikelen 93 en 94 Gw voor het Unierecht niet nodig zijn, gaat uitsluitend over de gelding en de rechtstreekse toepasselijkheid van een EG-verordening in het Nederlandse recht. Het gaat niet over de vraag of artikel 94 betekenisloos is waar het Unierecht betreft. Nu het Unierecht geen eigen regeling heeft met betrekking tot de status van nationaal recht, valt het terug op het toepasselijke nationale recht. Dat is, dunkt mij, het nationale constitutionele recht dat de verhouding tussen wettelijke voorschriften en internationaal recht regelt: artikel 94 Gw dus. Mits deze regeling de voorrang van het Unierecht niet doorkruist – dus voldoende effectief is – is dat vanuit Unierechtelijk perspectief niet problematisch.

Met deze opvatting wordt niet afgeweken van de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake de gelding en de voorrang van het Unierecht. Ik bepleit hier geen Nederlandse *Solange*– of *Maastricht*-rechtspraak.[132] Met de arresten *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* maakte het Hof duidelijk dát het Unierecht voorrang heeft in het recht van de lidstaten, ongeacht mogelijke beperkingen naar nationaal constitutioneel recht.[133] Waar het stelsel van de artikelen 93 en 94 Gw de voorrang van het internationale recht effectief beperkt, kunnen zij niet van toepassing zijn op Unierecht. Dat is echter iets anders dan dat zij bij de effectuering van die voorrang geen rol kunnen spelen als het Unierecht ter zake geen eisen stelt.

130 Zoals hiervoor bleek is Schutgens, naar mijn mening terecht, van mening dat artikel 94 Gw geen beletsel voor de kwalificatie onverbindend oplevert.

131 Jans e.a. 2007, p. 63-64.

132 BVerfG 22 oktober 1986, BVerfGE 73, 339 (*Solange II*); BVerfG 12 oktober 1993, BVerfGE 89, 155 (*Maastricht*); BVerfG 30 juni 2009, *Juristenzeitung* 2009, p. 890-905 (*Lissabon-Urteil*). Zie daarover o.a. Van Rijn van Alkemade & Uzman 2011.

133 HvJEU 5 februari 1963, Zaak 26/62, *Jur.* 1963, p. 3 (*Van Gend & Loos*); HvJEU 15 juli 1964, Zaak 6/64, *Jur.* 1964, p. 1203 (*Costa t. E.N.E.L.*).

Artikel 94 Grondwet is, wat mij betreft, dus van toepassing op de vraag of wettelijke voorschriften als onverbindend kunnen worden aangemerkt wegens strijd met het Unierecht. Zoals hiervoor betoogd meen ik dat deze bepaling zich daartegen niet verzet. Wel kan de bepaling worden opgevat als een splitsingsgebod. De volgende vraag is dus of dit splitsingsgebod ook geldt wanneer het Unierecht in het geding is. In beginsel wel. Zo overweegt de Hoge Raad:

> 'In het nationale recht heeft de noodzaak voorrang te geven aan het Unierecht niet tot gevolg dat met het Unierecht onverenigbare nationale heffingsbepalingen in verdergaande mate buiten toepassing zouden moeten blijven dan door die voorrang wordt gevorderd c.q. nodig is om te bewerkstelligen dat uitvoeringsbesluiten stroken met het Unierecht'.[134]

Ook hier geldt dat het Unierecht in beginsel niet in de weg staat aan splitsing. Waar een toepassing niet in strijd is met Unierecht hoeft zij niet voor onrechtmatig te worden gehouden. Toch zagen wij dat de Hoge Raad in het arrest *Ilhan* een bepaling algeheel buiten toepassing liet, terwijl een licht gewijzigde toepassing van de bepaling Unierechtelijk door de beugel kon.[135] Hoe dit te rijmen?

Zoals gezegd heeft de nationale rechter in een casus zoals aan de orde in *Ilhan* drie mogelijkheden: hij past het voorschrift gemodificeerd toe (hij splitst); hij past het voorschrift in het geheel niet toe (hij splitst niet); hij past het voorschrift toe als ware er geen strijd met Unierecht en laat de kwestie aan de wetgever over. We zagen onder het vorige kopje dat dit laatste als nooduitgang kan fungeren voor het splitsingsgebod van artikel 94 Gw. De rechter mag niet meer dan strikt noodzakelijk buiten toepassing laten. Is dit – gelet op zijn constitutionele positie – toch aangewezen, dan laat hij de kwestie over aan de wetgever. Het evidente verschil tussen Unierecht en de toetsing aan ander 'hoger' recht is dat overlaten aan de wetgever – zoals in deel II blijkt – Unierechtelijk geen optie is. Het is dan een keuze voor de nationale rechter of hij meent dat splitsing zijn rechtsvormende taak niet te buiten gaat. *Ilhan* illustreert dat de Hoge Raad die vraag soms ontkennend beantwoordt, en dat hij in een dergelijk geval een uitzondering aanneemt op de hoofdregel dat hij niet meer buiten toepassing laat dan Unierechtelijk vereist.

Mag de Nederlandse rechter voorschriften dus wegens strijd met Unierecht onverbindend noemen? Ja, dat mag hij. Kan hij dat ook doen als er nog rechtmatige toepassingen bestaan? Dat hangt ervan af hoe hij zijn constitutionele rol definieert. Als hij meent dat splitsing vanuit constitutioneel oogpunt ontoelaatbaar is, dan zal hij het geheel buiten toepassing móeten laten. Het voorschrift is dan *de facto* algeheel onverbindend.

---

134 HR 6 december 2002, *BNB* 2003/122 m.nt. Meussen, r.o. 3.5.
135 HR 14 november 2008, *BNB* 2009/3 (*Ilhan II*).

3.2.3 De werking van constitutionele remedies (in eigenlijke zin)

Wat betekent het in juridische zin om een constitutionele remedie in te roepen? Anders geformuleerd: wat is het rechtsgevolg van een conforme interpretatie, of het buiten toepassing laten, van een wettelijk voorschrift? Die vraag valt op twee manieren op te vatten. In de eerste plaats kan het gaan om de werking van beide remedies als methoden van rechtsvinding. Wat voor nut heeft, met andere woorden, een remedie? In de tweede plaats kan het gaan om de rechtsgevolgen van de toetsingsuitspraak voor partijen buiten het geschil. Deze kwestie is relatief recent grondig besproken door Sillen en ik schenk er daarom geen aandacht aan.[136] Wel ga ik in hoofdstuk 5 op de kwestie in, wanneer ik bezie welke rechtsgevolgen de toetsingsuitspraak heeft wanneer de rechter besluit om nu juist níet direct in een remedie te voorzien.

Wat is precies het effect van zo'n remedie in het voorliggende geschil? Constitutionele remedies vervullen een procestechnische functie.[137] Vaak, hoewel niet altijd, komen zij aan de orde in het kader van een exceptief beroep op het verdragsrecht.[138] Het verdragsrecht wordt door een partij ingeroepen als verweer tegen de rechtmatigheid van een nationale norm en de remedie bewerkstelligt dat het nationale recht als zodanig weer in lijn wordt gebracht met het verdrags- of Unierecht. Met de enkele rechterlijke overweging dat een voorschrift verdragsconform uitgelegd of buiten toepassing gelaten dient te worden, heeft de justitiabele echter nog geen rechtsherstel. Daarvoor dient de rechter gebruik te maken van een uitspraakbevoegdheid. De constitutionele remedie bewerkstelligt dat de rechter aan zijn uitspraakbevoegdheden op verdragsconforme wijze invulling kan geven. De remedies spelen een rol in alle soorten rechterlijke procedures. De uitspraakbevoegdheden die de rechter ten dienste staan hangen voornamelijk af van de rechterlijke kolom waarin de rechter opereert. De burgerlijke rechter heeft doorgaans andere bevoegdheden dan de bestuurs- en de strafrechter.[139] Ik loop de rechterlijke bevoegdheden in de verschillende rechterlijke kolommen kort na.

3.2.3.1 De strafrechter

De strafrechter onderzoekt de verbindendheid van wettelijke bepalingen in het kader van de vraag of een gedraging van een verdachte een strafbaar feit oplevert. Daarbij doen zich twee gevallen voor.

136 Sillen 2010, p. 105-124.
137 Vgl. in het kader van de onverbindendverklaring o.m. Bok 1991, p. 33-39.
138 De onverbindendverklaring van het voorschrift in het dictum, kan ook de inzet van een onrechtmatige daadsactie zijn.
139 Overlap is er waar het de bevoegdheid tot de toekenning van schadevergoeding betreft.

Klassiek is de situatie waarbij een strafbaar feit uit de tenlastelegging bewezen wordt geacht. Buiten toepassing laten van de desbetreffende bepaling bewerkstelligt dat het bewezenverklaarde feit niet meer onder een bepaalde delictsomschrijving te brengen is. De verdachte wordt bijgevolg van alle rechtsvervolging ontslagen op basis van artikel 352 lid 2 Sv. Dat deed zich relatief recent bijvoorbeeld voor in de zaak *Reisbureau Rita*.[140] Na een brand in een cellencomplex waarbij een aantal mensen het leven verloor circuleerden posters waarop de verantwoordelijkheid daarvoor bij minister Verdonk werd gelegd met de tekst 'Reisbureau Rita: arrestatie, deportatie, crematie – adequaat tot het bittere eind!' Een van de bedenkers van die tekst stond op een gegeven moment terecht wegens smaadschrift (artikel 261 Sr). Gerechtshof Arnhem kwam echter tot het oordeel dat strafvervolging in strijd zou zijn met de, door artikel 10 EVRM gegarandeerde, uitingsvrijheid. Het overwoog daarom dat artikel 261 Sr in dit geval buiten toepassing diende te blijven en het ontsloeg de verdachte van rechtsvervolging nu het bewezenverklaarde geen strafbaar feit opleverde.

In het tweede geval is het rechtsgevolg vrijspraak. Dat kan het geval zijn wanneer een bepaalde term in de delictsomschrijving verdragsconform wordt uitgelegd. Daarvan was sprake in de kwestie-*Van Dijke*, waarin een politicus homoseksualiteit had vergeleken met diefstal en fraude en daarom terecht stond wegens belediging in de zin van artikel 137c Sr.[141] De godsdienstvrijheid en de uitingsvrijheid werden hier mede bepalend geacht voor de vraag of van 'belediging' kon worden gesproken. Verdrags- of grondwetsconforme interpretatie, dat bleef in dit geval in het midden, kleurde derhalve de open norm van artikel 137c Sr in. Nu de tenlastelegging sprak van 'opzettelijk beledigende uitlatingen' leidde deze conforme interpretatie in dit geval tot vrijspraak.

Toetsing leidt niet altijd tot vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging. Soms is de delictsomschrijving rechtmatig, maar is aan het delict een straf gekoppeld die onder omstandigheden in strijd is met een verdragsnorm. De rechter kan de wettelijke regeling dan (gedeeltelijk) buiten toepassing laten, wat tot ontslag van rechtsvervolging zal leiden, maar voor de hand ligt dat niet. Gelet op de discretionaire vrijheid die de rechter – nog – bezit bij het bepalen van de straf,

---

140 Hof Arnhem, 28 december 2006, *LJN* AZ5505 (*Reisbureau Rita*). De HR billijkte dit oordeel: HR 16 juni 2009, *NJ* 2009/379 m.nt. EJD. Zie overigens ook HR 26 oktober 1993, *NJ* 1994/629 m.nt. C, en HR 16 september 2008, *NJ* 2008/511, waarin artikel 41 WVW aldus werd uitgelegd dat automobilisten die een snelheidsovertreding ten laste was gelegd, niet verplicht konden worden gegevens te verschaffen omtrent een eventuele andere bestuurder van hun auto.

141 HR 9 januari 2001, *NJ* 2001/203 m.nt. JdH onder *NJ* 2001/204 (*Van Dijke*). Zie tevens: HR 9 januari 2001, *NJ* 2001/204; HR 14 januari 2003, *NJ* 2003/261 m.nt. PMe (*Dominee Herbig*). Vgl. ook een ander geval, namelijk dat een grondrecht (*in casu* artikel 8 EVRM) aan het gebruik van bepaalde bewijsmiddelen in de weg staat. Een zaak waarin dat overigens met toepassing van een variant op *de minimis not curat praetor* niet tot bewijsuitsluiting hoefde te leiden, betrof HR 19 december 2006, *NJ* 2007/28.

zal hij er doorgaans voor kiezen een andere of minder vergaande straf op te leggen. Deze discretionaire bevoegdheid vult hij dan verdragsconform in. Zo vond de Hoge Raad in 2007 dat artikel 17c SrNA niet zo kon worden uitgelegd dat de verdachte verboden werd Curaçao te verlaten.[142] Die straf zou in strijd komen met de bewegingsvrijheid van de artikelen 12 IVBPR en 2 Protocol IV EVRM. Dat betekende niet dat de verdachte dan niet kon worden gestraft. De Hoge Raad wees de zaak terug zodat tot een andere strafoplegging kon worden besloten.

3.2.3.2 De bestuursrechter

Bij de bestuursrechter gaat het, globaal gesproken, om de toetsing van bestuurshandelen in de vorm van beschikkingen en besluiten van algemene strekking (niet zijnde algemeen verbindende voorschriften). Dat betreft incidentele toetsing: algemeen verbindende voorschriften zijn op basis van artikel 8:2 Awb van het beroepsrecht uitgezonderd. De formele wet is bovendien geen besluit in de zin van 1:3 Awb.[143] Ten aanzien van in formele wetten vastgelegde regelgeving kan voor de bestuursrechter dan ook uitsluitend exceptief een beroep op verdragsrecht worden gedaan. Een dergelijk beroep leidt, indien het slaagt, tot de gegrondverklaring van het beroep ex artikel 8:70 Awb. De gevolgen die de bestuursrechter daaraan vervolgens kan verbinden zijn opgesomd in artikel 8:72. Het gaat dan voornamelijk om de, in het eerste lid genoemde, vernietiging van het bestreden besluit.

Vernietiging heeft terugwerkende kracht. De rechter is echter bevoegd om de rechtsgevolgen van een vernietigde beschikking in stand te laten. Deze bevoegdheid vloeit voort uit artikel 8:72 lid 3 Awb.[144] Maar is het nu denkbaar dat de bestuursrechter om constitutionele of maatschappelijke redenen een besluit vernietigt wegens directe of (via de verdragsconforme uitleg) indirecte strijd met een mensenrecht, maar daarvan de rechtsgevolgen ex artikel 8:72 lid 3 Awb in stand laat? Een dergelijke actie ligt niet voor de hand. In de eerste plaats omdat daarmee de schending van het verdragsrecht niet ongedaan wordt gemaakt. In sommige gevallen is dat – ik kom daar in het volgende hoofdstuk nog op terug – echter niet van doorslaggevend belang. Belangrijker is, dat het instrument van artikel 8:72, derde lid, in beginsel slechts

142 HR 6 november 2007, *NJ* 2008/33 m.nt. Reijntjes (*Inleveren paspoort*). Zie ook HR 26 november 1968, *NJ* 1970/123 m.nt. Enschedé (*Verbanning*).

143 Vgl. de artikelen 1:1, tweede lid, sub a jo. 1:3, eerste lid Awb.

144 Deze bevoegdheid moet worden onderscheiden van de verdergaande bevoegdheid ex artikel 6:22 Awb, om het besluit als zodanig in stand te laten wanneer daaraan uitsluitend vormgebreken kleven. In dat laatste geval is sprake van de ongegrondheid van het beroep. Normaal gesproken zal een geslaagd beroep op een fundamenteel verdragsrecht niet snel als vormgebrek worden gekwalificeerd, hoewel die situatie evenmin geheel uit te sluiten is. Men denke aan een schending van relatief lichte vormvereisten die voortvloeien uit artikel 6 EVRM.

wordt ingezet wanneer materieel geen andere beslissing mogelijk is dan een besluit met hetzelfde dictum als het vernietigde besluit.[145] Dat is nu juist niet het geval wanneer het gaat om een zaak waarin de burger zich op goede gronden op een fundamenteel verdragsrecht beroept. Het grondrecht dwingt dan tot één of meerdere andere, wel verdragsconforme situaties.

3.2.3.3 De burgerlijke rechter

Bij de civiele rechter kan worden opgekomen tegen onrechtmatige wetgeving. Het vaststellen, dan wel toepassen van de gewraakte regeling vormt dan een onrechtmatige daad van de Staat jegens de eiser. Om aan deze onrechtmatigheid een eind te maken kent het burgerlijk procesrecht een aantal uitspraakbevoegdheden, maar die staan niet hier, maar in de volgende paragraaf centraal. Ik beperk mij hier tot de gevallen waarin een burger zich voor de civiele rechter op de onverenigbaarheid van een regeling met verdragsrecht beroept in een procedure waarin niet de rechtmatigheid van die regeling centraal staat, maar deze onverenigbaarheid bij wijze van exceptie wordt ingeroepen.

Bok onderscheidt twee categorieën procedures waarin van exceptieve toetsing door de civiele rechter sprake is.[146] Enerzijds kunnen zich procedures voordoen waarbij een burger tegen een overheidsorgaan procedeert.[147] Dergelijke procedures worden steeds schaarser als gevolg van de terugtredende rol van de burgerlijke rechter ten gunste van de bestuursrechter in geschillen waarin de overheid betrokken is.[148] In dergelijke gevallen is overigens de grens met het, hierna te behandelen, rechterlijke toepassingsgebod (het gebod aan de overheidsrechtspersoon om een bepaalde rechtshandeling te verrichten) bijzonder fluïde. Het rechterlijk toepassingsgebod komt immers aan de orde wanneer de burger klaagt dat een regeling onrechtmatig is en daarom niet (of op andere wijze) jegens hem kan worden toegepast. In dat geval is geen sprake van exceptieve toetsing, maar van een rechtstreeks op de onrechtmatigheid van de wetgeving gebaseerde vordering. Een dergelijke situatie is *de facto* echter nauwelijks te onderscheiden van de situatie dat de burger quasi om 'vernietiging' van een beschikking vraagt. De tweede categorie van gevallen

145 Vgl. ABRvS 28 juni 1999, *JB* 1999/46; CRvB 30 juli 1999, *RSV* 1999/28.

146 Vgl. Bok 1991, p. 37-39.

147 Voorbeelden waarin op exceptieve wijze een beroep werd gedaan op verdragsrecht (zij het dat daarbij niet de onverbindendheid van de wettelijke regeling aan de orde was nu de rechter in die gevallen tot verdragsconforme interpretatie kon komen) betreffen: HR 11 december 1992, *NJ* 1996/229 m.nt. EAA (*Federacion di Trahadornan di Aruba*); HR 23 september 1988, *NJ* 1989/740 m.nt. EAA & EAAL (*Naamrecht*); HR 19 oktober 1990, *NJ* 1992/129 m.nt. EAAL & EAA (*Homohuwelijk*). Een bijzondere categorie gevallen betreft bovendien de BOPZ-zaken, waarin het om gedwongen opname in psychiatrische centra gaat. In dergelijke zaken, die zich veelal voor de civiele rechter voordoen, speelt artikel 5 EVRM vaak een rol. Zie o.m. HR 23 september 2005, *NJ* 2007/230 m.nt. Legemaate; HR 16 april 2006, *NJ* 2008/436 m.nt. Legemaate; HR 15 december 2006, *NJ* 2007/132 m.nt. Legemaate.

148 Zie tevens Daalder 2001, p. 19-20.

betreft de situatie dat in een procedure tussen burgers onderling een beroep wordt gedaan op de onverenigbaarheid van een wettelijke regeling met verdragsrecht. Dergelijke kwesties treft men wel aan in het familierecht, dat de afgelopen decennia de zweep (of, gelet op het soms wat stoffige karakter van delen van het familierecht: de plumeau) van het EVRM flink heeft gevoeld. Bekende voorbeelden betreffen de arresten van de Hoge Raad inzake gezamenlijk ouderlijk gezag voor ongehuwden, en de arresten inzake de rechten van zogenaamde zaaddonoren.[149] In zulke gevallen maakt gebruikmaking van een constitutionele remedie, de weg vrij voor toewijzing van 's eisers vordering.[150] Het gehele arsenaal aan civielrechtelijke dicta is dan toewijsbaar. Dit bekent dat de rechter de gedaagde, mits gevorderd, tot een doen of nalaten, of tot het betalen van schadevergoeding kan veroordelen.

3.2.4 Resumerend

Alle Nederlandse rechters beschikken over drie constitutionele remedies om aan conflicten tussen verdragsrecht en nationale wetgeving iets te doen. Het gaat in dat verband om drie acties in het proces van rechtsvinding: verdragsconforme interpretatie, buiten toepassing laten en onverbindendverklaren. De remedies hebben een procestechnische functie: zij hebben tot gevolg dat de rechter op verdragsconforme wijze van zijn uitspraakbevoegdheden gebruik kan maken. De grondslag en de werking van zulke remedies worden door het staatsrecht gereguleerd. De grondslag voor de methode van verdragsconforme interpretatie is ongeschreven: het is de presumptie dat de wetgever zijn volkenrechtelijke verplichtingen loyaal in het vizier houdt. Voor het Unierecht geldt dat die grondslag ligt in de rechtspraak van het Hof. De grenzen van deze methode zijn voornamelijk institutioneel van aard, en niet bepekt tot de tekst van de wet of de bedoeling van de wetgever. In dat kader wordt wel gesproken van 'interpretatieve vervorming' of van '*remedial interpretation*'. Die grenzen worden bepaald door het leerstuk van de rechtsvormende taak van de rechter.

De basis voor het buiten toepassing laten en onverbindendverklaren van formele wetgeving is geschreven en te vinden in artikel 94 Gw, respectievelijk in de rechtspraak van het Hof van Justitie. Van onverbindendverklaren spreekt

149 Zie HR 4 mei 1984, *NJ* 1985/510 m.nt. EAA & EAAL (*Ouderlijke macht na echtscheiding*); HR 21 maart 1986, *NJ* 1986/585, 588 m.nt. EAA & EAAL (*Gezamenlijke ouderlijke macht*), en HR 27 mei 2005, *NJ* 2005/485 m.nt JdB (*Ontvankelijkheid verzoek gezamenlijk ouderlijk gezag*); HR 28 april 2006, *NJ* 2006/228 m.nt. JdB. Zie ook de *Zaaddonor Marc-trilogie* (het is althans voorlopig een trilogie, wellicht wordt het nog een omnibus): HR 24 januari 2003, *NJ* 2003/386 m.nt. JdB (*Marc I*); HR 21 april 2006, *NJ* 2006/584 m.nt. JdB (*Marc II*), en HR 11 april 2008, *NJ* 2008/555 m.nt. JdB (*Marc III*).

150 Uiteraard is ook mogelijk dat gedaagde een beroep op verdragsrecht doet. In dat geval staat buiten toepassing laten of conforme interpretatie juist in de weg aan toewijzing.

men wanneer de rechter vaststelt dat in beginsel álle toepassingen van het voorschrift onrechtmatig zijn. Hij mag dit doen. Uitgangspunt is namelijk dat de rechter zowel het voorschrift zelf, als de toepassing ervan, toetst aan het verdragsrecht. Komt hij tot de conclusie dat het voorschrift als zodanig in strijd is met het verdrag, dan verklaart hij het onverbindend. Cruciaal is echter het antwoord op de vraag óf het voorschrift als zodanig in het geding is. Artikel 94 behelst volgens de meeste auteurs wel een gebod te splitsen. Rechtmatige toepassingen moeten steeds worden afgesplitst van het geïnfecteerde gedeelte van de wet.[151] Dat levert in sommige gevallen een probleem op, namelijk daar waar splitsing rechtspolitieke keuzes met zich brengt omdat het verdragsrecht in kwestie onduidelijk is over de exacte reikwijdte van de strijd tussen wet en verdrag. In zo'n geval zijn er voor de rechter twee mogelijkheden: afzien van een remedie of afzien van splitsen en het gehele voorschrift buiten toepassing laten. Onder de mensenrechtenverdragen kiest hij in zo'n geval vermoedelijk voor de eerste optie, onder het Unierecht voor de tweede.

3.3 Procesrechtelijke remedies (civiele recht)

Tot nu toe ging het in dit hoofdstuk om remedies die een rol spelen in het proces van rechtsvinding. Door gebruikmaking van constitutionele remedies, brengt de rechter het geldende recht in lijn met het verdragsrecht. Dat is echter niet de enige manier waarop in Nederland redres kan worden geboden als een voorschrift conflicteert met verdragsrecht. Gedupeerden van dergelijke wetgeving kunnen de rechtmatigheid ervan, onder bepaalde voorwaarden, ook direct bij de civiele rechter aan de orde stellen. Geeft de rechter hen gelijk, dan staan hem verschillende remedies ten dienste om de (dreigende) verdragsschending op te heffen of te voorkomen. Deze remedies worden niet geconstitueerd door het staatsrecht, maar door het civiele procesrecht.[152]

In deze paragraaf ga ik eerst na onder welke voorwaarden bij de civiele rechter kan worden aangeklopt (3.3.1). Vervolgens komen de verschillende remedies in diens gereedschapskist aan de orde. Achtereenvolgens zijn dat: de verklaring voor recht en de civielrechtelijke onverbindendverklaring (3.3.2), de diverse geboden en verboden zoals het toepassingsverbod en de buitenwerkingstelling, en het bevel aan de wetgever tot het vaststellen of intrekken van

151 Dezelfde koers vaart Schutgens 2009a, p. 13.

152 De vraag zou kunnen rijzen waarom ik de civielrechtelijke remedies hier een aparte plaats geef, terwijl ik het vernietigen van, op onrechtmatige wetgeving gebaseerde, besluiten of ontslag van rechtsvervolging *niet* als zelfstandige procesrechtelijke remedies behandel. Het verschil is wat mij betreft, dat de civielrechtelijke remedies, in het kader van een wetgevingsgeding, een rechtstreeks antwoord zijn op een normcollisie. De bestuursrechtelijke en strafrechtelijke uitspraak-bevoegdheden zijn dat niet. Het geding is namelijk niet gericht op de normcollisie als zodanig, maar op iets anders. De kwestie van de normcollisie is in een eerder stadium van de procedure reeds uit de weg geruimd.

wettelijke voorschriften (3.3.3) en de schadevergoeding (3.3.4). Nu de *terme de grâce* waarop ik mij concentreer betrekking heeft op constitutionele remedies in eigenlijke zin, is de bespreking hier wat minder uitgebreid dan die in de vorige paragraaf.

3.3.1 De preliminaire kwestie: de onrechtmatige daadsactie

Voor de meeste, hoewel niet alle, procesrechtelijke remedies geldt dat zij alleen beschikbaar zijn via het instellen van een vordering uit onrechtmatige daad bij de burgerlijke rechter.[153] Ik bespreek kort in welke gevallen zo'n actie kan worden ingesteld.

Het vertrekpunt is de gedachte dat het vaststellen en handhaven van een wettelijk voorschrift dat inbreuk maakt op een recht van een burger een onrechtmatige daad is in de zin van artikel 6.162 BW. Dat de wetgevende bevoegdheid op dat punt geen uitzonderingspositie voor zich kan opeisen, maakte de Hoge Raad uit in het arrest *Pocketbooks II*:

> 'dat geen rechtsregel de toepasselijkheid van art. 1401 B.W. op de uitvaardiging van een dergelijke beschikking [een ministeriële regeling, JU] uitsluit, beperkt of aan nadere vereisten onderwerpt, en ook de aard van de wetgevende functie van de overheid niet meebrengt dat artikel 1401 bij onrechtmatig gebruik daarvan niet of slechts beperkt van toepassing zou kunnen zijn'.[154]

De overweging kan op twee manieren worden gelezen: restrictief – zij heeft dan uitsluitend betrekking op ministeriële regelingen of, in brede zin, lagere regelgeving – of extensief – zij ziet op alle vormen van regelgeving, inclusief regels van de formele wetgeving. De meeste auteurs gaan van de tweede lezing uit: ook de formele wetgever kan voor het vaststellen van onrechtmatige wetgeving aansprakelijk worden gesteld.[155] Voor de werkingssfeer van het Unierecht hoeft daarover geen twijfel te bestaan. De *Francovich*-jurisprudentie van het Hof van Justitie geeft daarvoor een ondubbelzinnige grondslag.[156] De Hoge Raad bevestigde in het arrest *Waterpakt* nog maar eens impliciet dat dit ook voor de Nederlandse rechter geen punt van discussie is:

---

153 De uitzondering is de schadevergoeding die ook bij de andere rechters kan worden verkregen. Zoals ik in §5.3 nog bespreek, levert een vordering uit onrechtmatige wetgeving bij deze rechters echter aanzienlijke problemen op, al was het maar omdat de gedaagde partij in belasting- en bestuursrechtelijke geschillen niet de wetgever of de Staat is.

154 HR 24 januari 1969, *NJ* 1969/316 m.nt. HD. Zie ook: HR 9 mei 1986, *NJ* 1987/252 m.nt. MS (*Van Gelder*), r.o. 3.3.

155 Zo o.m. Polak 2009, p. 427-429; Schutgens 2009a, p. 38-39; Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011, nr. 381. Anders: Reestman 2008, p. 82.

156 HvJEG 19 november 1991, Gevoegde zaken C-6/90, 9/90 (*Francovich & Bonifaci*).

> 'Ten slotte verdient nog opmerking dat ook zonder dat voor de rechter de mogelijkheid bestaat een bevel te geven tot vaststelling van wetgeving in formele zin, degenen te wier bescherming een richtlijn strekt niet iedere rechtsbescherming missen, ingeval de Staat nalaat binnen de gestelde termijn wetgeving tot stand te brengen om het met de richtlijn te bereiken resultaat te verwezenlijken. In dat geval is de rechter immers gehouden tot richtlijnconforme interpretatie van bestaande wetgeving, terwijl voorts de Staat onder omstandigheden tot schadevergoeding kan zijn gehouden'.[157]

Voor het geval wetgeving in strijd is met het EVRM of de andere mensenrechtenverdragen, geldt een soortgelijk uitgangspunt. We vinden het terug in het arrest *Kooren-Maritiem/Staat* en in het zogenaamde (eerste) Varkenshoudersarrest.[158] In dat eerste arrest overweegt de Hoge Raad:

> 'Deze klacht is in zoverre gegrond dat het Hof heeft miskend dat, voor zover inderdaad sprake blijkt te zijn van ontneming van eigendom als vorenbedoeld (…) zulk een niet met een vergoeding gepaard gaande ontneming een schending van het in art. 1 (EP, JU] aan (rechts)personen gewaarborgde recht op het ongestoord genot van hun eigendom oplevert (…)'.[159]

Voordat de rechter toekomt aan de vraag of het slachtoffer van zo'n, met het EVRM of het Unierecht strijdige, wet recht heeft op een remedie, moet hij echter eerst vaststellen of hijzelf bevoegd is de kwestie te beoordelen, en of de eiser wel ontvankelijk is. De eerste kwestie levert geen problemen op. De rechter is, op grond van artikel 112 Grondwet immers bevoegd over schuldvorderingen te oordelen en het wetgevingsgeding valt daar, in de ruime uitleg die de burgerlijke rechter aan dat begrip geeft, onder.[160] De ontvankelijkheid van de vordering kan problematischer zijn. Daarvoor is in de eerste plaats vereist dat de eiser procesbelang heeft (zie artikel 3.303 BW), en in de tweede plaats dat diezelfde eiser zijn klacht over de onrechtmatigheid van het voorschrift niet kan voorleggen aan een bijzondere rechter.

Het eerste vereiste – het procesbelang – hoeft normaal gesproken voor slachtoffers van een mensenrechtenschending zoals ik die hier op het oog heb niet problematisch te zijn. De civiele rechter past dit vereiste immers terughoudend toe.[161] Het zal doorgaans gaan om individuele burgers die zich beroe-

157 HR 21 maart 2003, *NJ* 2003/691 m.nt. TK; *AB* 2004/39 m.nt. ChB (*Waterpakt*), r.o. 3.5.

158 HR 14 april 2000, *NJ* 2000/713 m.nt. ARB (*Kooren-Maritiem/Staat*), en HR 16 november 2001, *NJ* 2002/469 m.nt. TK & EAA (*Varkenshouderij*).

159 HR 14 april 2000, *NJ* 2000/713 m.nt. ARB (*Kooren-Maritiem/Staat*), r.o. 3.5.2.

160 Deze ruime uitleg treft men aan in HR 31 december 1915, *NJ* 1916, p. 407 (*Guldemond/Noordwijkerhout*).

161 Vgl. HR 17 september 1993, *NJ* 1994/118 m.nt. HER (*Severin/Detam*). In het algemeen wordt voldoende belang verondersteld. Zie nader: Stolker 2011, aant. 1; Groene Serie Vermogensrecht (Jongbloed), aant. 6 en 9. Zie evenwel de paragraaf hierna.

pen op een subjectief recht, namelijk het mensenrecht in kwestie.[162] De aard van de vordering kan in sommige gevallen niettemin een probleem opleveren. Om doublures te voorkomen, ga ik daar enkel in het kader van de bespreking van de verklaring voor recht op in. Het tweede vereiste – de rechtsmachtverdeling – levert meer problemen op, maar ook hier heb ik in dit stadium alleen een doorverwijzing te bieden. Ik ga daarop in bij de bespreking van de mogelijkheid tot het vorderen van schadevergoeding als alternatief voor de *terme de grâce* (zie paragraaf 5.3). Hier beperk ik mij tot de hoofdregel dat het slachtoffer van, wat in Duitsland treffend *'legislatives Unrecht'* heet, daarover in beginsel kan klagen bij de civiele rechter, zolang hij geen bestuurs- of strafrechtelijke manieren heeft om de kwestie aan de orde te stellen, of wanneer hij geconfronteerd wordt met een wettelijke verplichting die gehandhaafd wordt door bestuurlijke sancties of strafvervolging.[163]

We komen nu op het punt waarom het mij in deze paragraaf gaat: de remedies. Ik bespreek achtereenvolgens de diverse uitspraakbevoegdheden van de civiele rechter: de verklaring voor recht (3.3.2), de gebods- en verbodsbevoegdheid (3.3.3), en de toekenning van schadevergoeding (3.3.4).

3.3.2 De verklaring voor recht

Het lijdt geen twijfel dat de burgerlijke rechter bevoegd is voor recht te verklaren dat de Staat, door het uitvaardigen en handhaven van een voorschrift dat een inbreuk maakt op een, verdragsrechtelijk beschermd, recht van de burger, onrechtmatig jegens deze burger handelt. De grondslag daarvoor is te vinden in artikel 3.102 BW:

> 'Op vordering van een bij een rechtsverhouding onmiddellijk betrokken persoon spreekt de rechter omtrent die rechtsverhouding een verklaring voor recht uit'.

Het gevolg van de verklaring voor recht is dat tussen partijen bindend vastligt dat de Staat met het uitvaardigen, in stand laten, en eventueel handhaven van de gewraakte regeling jegens de klagende burger onrechtmatig handelt.

Zo'n verklaring neemt in de praktijk twee gedaanten aan. Soms grijpt ze aan op iets dat de Staat niet, of juist wel moest doen. Daarvan was bijvoorbeeld sprake in de SGP-zaak, waar de burgerlijke rechter voor recht verklaarde dat de Staat onrechtmatig handelde jegens Clara Wichmann c.s., *de facto* door na te laten te voorzien in wetgeving waarmee opgetreden zou worden tegen het

162 Zie voor de eis van een subjectief recht: Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 64.

163 Vgl. o.a. HR 20 november 1987, *NJ* 1988/843 (*Montenegro*); HR 11 oktober 1996, *AB* 1997/1 m.nt. ThGD (*Leenders/Ubbergen*). Zie uitgebreid: Schutgens 2009a, p. 24-25.

vrouwenstandpunt van de SGP.[164] Iets soortgelijks is denkbaar in het geval waarin juist de uitvaardiging van een bestaande wettelijke regeling onrechtmatig is. Men zou dit de 'blote' verklaring voor recht kunnen noemen. In de praktijk grijpt de verklaring daarnaast weleens aan op het voorschrift als zodanig. De rechter verklaart het voorschrift dan *onverbindend*. In paragraaf 3.2.2 kwam al aan de orde dat elke rechter, ongeacht de rechterlijke kolom, de onverbindendheid van een voorschrift kan vaststellen in de overwegingen van zijn uitspraak. Het gaat dan om een hulpoordeel dat een procesrechtelijke functie vervult. De onverbindendverklaring in civielrechtelijke zin moet daarvan worden onderscheiden. De burgerlijke rechter herhaalt de vaststelling dan in het dictum in de vorm van een verklaring voor recht. Klassiek in dat verband is het *Bullenbaai*-arrest, waarin de Hoge Raad overwoog:

> 'de verklaring voor recht (onder II van 's Hofs dictum) ten aanzien van de Verordening Bullenbaai komt te luiden: onder a: dat de daar genoemde Eilandsverordening 'voor zover het andere voorwerpen dan schepen betreft' onverbindend is en nooit verbindend is geweest (…)'.[165]

Deze praktijk is stevig bekritiseerd. Uit de hoek van de civilisten is wel betoogd dat de burgerlijke rechter niet de bevoegdheid heeft zich in het dictum uit te laten over de status van wettelijke voorschriften. Hij moet niet de suggestie wekken dat hij *erga omnes* vaststelt of het aangevallen voorschrift rechtskracht heeft en zich ertoe beperken vast te stellen wat rechtens is tussen partijen.[166] Daar is tegenin gebracht dat de civiele rechter deze indruk ook niet wekt. Schutgens merkt terecht op dat de Hoge Raad al in het *Bullenbaai*-arrest de zuivere werking van de onverbindendverklaring tussen de procespartijen onderstreept.[167] Wel menen diverse auteurs dat de terminologie scherper kan. Onverbindendverklaring zou de indruk wekken dat de rechter voorschriften quasi nietig kan verklaren.[168] Dat nu, is niet het geval. Sillen noteert:

> 'Toewijzing van zo'n verklaring voor recht hoort te leiden tot een dictum waarin de rechter uitspreekt, dat het vaststellen en handhaven van het wettelijk voorschrift

164 Vgl. Rb Den Haag 7 september 2005, *NJ* 2005/473 (*Clara Wichmann c.s./Staat*); Hof Den Haag 20 december 2007, *NJ* 2008/133 (*Staat en SGP/Clara Wichmann c.s.*).

165 HR 6 mei 1983, *NJ* 1984/361 (*Bullenbaai*). Zie voorts o.a.: Rb Almelo 7 november 2007, *LJN* BC2411 (*Sluitingstijden coffeeshops*); GHvJNAA 2 september 2008, *LJN* BF0082 (*Huisartstarieven*); Ten aanzien van wetgeving in formele zin: Hof Den Haag 22 juni 2010, *LJN* BM8494 (*Elektriciteitswet*); Hof Den Haag 26 maart 2013, *LJN* BZ4871 (*Uitzondering rookverbod horeca*).

166 Zo bijv. Van Maanen 2000a; Van Maanen 2000b; Schlössels 2000, p. 9, 11. In soortgelijke zin, zij het milder: Sillen 2010, p. 106. Anders: Brouwer & Schilder 2000.

167 Schutgens 2009a, p. 86.

168 Een voorbeeld van hoe het, in de ogen van zulke auteurs, wél zou moeten is wellicht: Hof Den Haag 25 januari 2006, *LJN* AV7041 (*Vogelrichtlijn*). Het Gerechtshof verklaart de regeling in de overwegingen onverbindend, en spreekt in het dictum uit dat *'het tot stand brengen en in stand houden'* van de gewraakte voorschriften *'jegens de Stichting onrechtmatig is*'.

> jegens eiser een onrechtmatige daad is. Rechtens bestaat er echter geen verschil tussen beide dicta: de wet bepaalt, dat uitspraken van de burgerlijke rechter alleen partijen binden. De wijze waarop de rechter het dictum formuleert, verandert dat niet'.[169]

In essentie is er dus geen verschil tussen, wat ik hiervoor noemde, de blote verklaring voor recht en de onverbindendverklaring. In beide gevallen legt de verklaring slechts de onrechtmatigheid vast in de rechtsverhouding tussen de procespartijen. Niettemin kan het zin hebben voor de rechter om de verklaring voor recht te enten op het voorschrift als zodanig. Dat schept duidelijkheid voor diegenen die met de toepassing van het voorschrift zijn belast, dat dit – in elk geval ten aanzien van de eiser – niet meer kan worden toegepast, ook als geen toepassingsverbod gevorderd of gegeven is. De nadruk ligt dan niet op de onrechtmatigheid van de vaststelling ervan of de noodzaak tot intrekking, maar op het onrechtmatige karakter van de handhaving van het voorschrift. De klagende burger kan daar belang bij hebben. De rechterlijke vaststelling dat toepassing van het voorschrift een onrechtmatige daad jegens hem zou opleveren, leidt er doorgaans immers toe dat deze toepassing in het vervolg achterwege blijft. De onrechtmatige situatie is daarmee geremedieerd.

Niet altijd is het nodig, mogelijk of wenselijk om de verklaring voor recht te enten op het voorschrift als zodanig. Dat kan bijvoorbeeld niet, als de onrechtmatigheid niet gelegen in het *bestaan* van een voorschrift, maar in het ontbreken ervan. Onverbindendverklaring is dan uiteraard niet aan de orde. De rechter stelt dan vast dat juist het nalaten van de regelstellende ambten onrechtmatig jegens de klager is. Men kan bovendien denken aan de situatie dat de rechter meent dat het defect niet de wettelijke regeling als zodanig raakt, maar slechts een bepaalde toepassing ervan. In dat geval heeft het declaratoir uiteraard slechts betrekking op die toepassing. Fundamenteler is echter de categorie van gevallen waarin het in het geheel geen zin heeft om op de werking van het voorschrift zelf in te gaan. Wat bijvoorbeeld te denken van een voorschrift waarvan het buiten toepassing laten in concrete geschillen zou leiden tot praktische of staatsrechtelijke problemen?[170] Het is in zo'n geval niet opportuun voor de rechter om zich uit te laten over de verbindendheid van het voorschrift, zelfs niet ten aanzien van de concreet voorliggende rechtsverhouding. Veiliger is het in zo'n geval, dat de rechter zich tot een 'blote' verklaring voor recht beperkt.

De blote verklaring voor recht roept in dat laatste geval wel een vraag op. Waarom zou een individuele burger die in een mensenrecht wordt geraakt, haar vorderen? Het onverbindendverklaren (of het, hierna nog te bespreken, 'buiten werking stellen') van een voorschrift bewerkstelligt dat dit voorschrift, in elk geval jegens de eiser, niet meer wordt toegepast. Gaat het de burger

169 Sillen 2010, p. 106.
170 Ik schetste in de vorige paragraaf enkele problemen. Zie voorts hoofdstuk 4.

enkel om de vaststelling dat het voorschrift niet had mogen worden uitgevaardigd, dan lijkt het vorderen van schadevergoeding voor de hand te liggen. Wat voegt een zuivere verklaring voor recht daar nog aan toe? Ik zie twee mogelijkheden: in de eerste plaats kan het de eiser er vooral om te doen zijn, de wetgever tot actie aan te sporen. Een verklaring voor recht van de civiele rechter kan concretiseren dat er een rechtsplicht voor de wetgever is om het voorschrift te wijzigen of in te trekken.[171] Het hangt van de binding van de wetgever aan 's rechters oordeel af, of zo'n aansporing ook effectief is. Ik kom daarop nog terug.[172]

Een tweede mogelijkheid is, dat de eisende burger enkel helder wil krijgen dát de Staat hem onrechtmatig bejegent. Het valt niet uit te sluiten dat een zuiver declaratoir in sommige gevallen voldoende voor een klager is, soms dat hij zelfs niet meer beoogde. Zowel de literatuur inzake remedies in mensenrechtenzaken, als het EHRM, erkent dat het zuiver vaststellen van een schending soms voldoende redres kan zijn.[173]

Problematisch is wel dat zo'n oogmerk er op lijkt te wijzen dat het belang van de klager zuiver emotioneel van aard is. Dat leverde in het verleden een probleem op. Wie de verklaring voor recht zuiver vorderde om erkenning te krijgen, werd geacht niet voldoende procesbelang te hebben.[174] Sinds een beschikking van de Hoge Raad, in de zaak *Chipshol/Staat*, lijkt die rechtspraak wat versoepeld ten aanzien van claims die een 'ernstige schending' van een 'fundamenteel recht' betreffen.[175] Deze lijn lijkt inmiddels, mede als gevolg van Straatsburgse rechtspraak, bestendigd. In een zaak die een onrechtmatige vrijheidsontneming betrof, markeerde de Hoge Raad expliciet dat het arrest *S.T.S. t. Nederland* aanleiding was om zijn 'geen-belang'-rechtspraak te herzien.[176] Iemand die tegen een tijdelijke vrijheidsberovende maatregel civielrechtelijk opkomt mag niet procesbelang worden ontzegd:

> 'op de enkele grond dat de periode waarvoor die maatregel gold inmiddels is verstreken. Dat belang zal hem ook niet mogen worden ontzegd op de grond dat

171 Boogaard 2013, p. 25-28.
172 Zie hoofdstuk 5.
173 Van Emmerik 1997, p. 139; Shelton 2005, p. 255-268. Zie voor een overzicht van de rechtspraak van het EHRM: hst. 6.
174 HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998/853 (*Van Aalten/VU*). Het arrest wordt ook wel aangeduid als het *Jeffrey*-arrest.
175 HR 19 maart 2010, *NJ* 2010/172 (*Chipshol/Staat*). Daarover o.a.: Van Maanen 2010; Haas 2010; Van Maanen 2011, p. 35-36. Anders: Keirse 2011, die meent dat de civiele rechtspraak steeds ruimte heeft geboden voor de vaststelling van civielrechtelijke normschendingen, ongeacht de aard van het belang. Zie ook Emaus & Keirse 2011.
176 HR 24 juni 2011, *NJ* 2011/390 m.nt. Wortmann. De Straatsburgse rechtspraak betrof: EHRM 7 juni 2011, *no.* 277/05, *EHRC* 2011/130 m.nt. Crijns (*S.T.S. t. Nederland*). Zie ook reeds: EHRM 16 december 1997, *no.* 21353/93 (*Camenzind t. Zwitserland*) en de bijbehorende annotatie van Knigge onder *NJ* 1999/623 (punt 4), waarin het niet om vrijheidsberoving maar om huiszoeking ging.

> hij niet heeft aangevoerd dat hij beoordeling van de rechtmatigheid van de maatregel verlangt teneinde een aanspraak op schadevergoeding geldend te kunnen maken, noch ook op de grond dat hij geen feiten of omstandigheden heeft aangevoerd op grond waarvan aannemelijk is dat hij enige voor vergoeding in aanmerking komende schade heeft geleden'.[177]

Van belang is dat de Hoge Raad uitdrukkelijk niet eist dat schadevergoeding wordt gevorderd. Het lijkt er dus op dat het de eiser vrijstaat om een zuivere verklaring voor recht te vorderen en het daarbij te laten. De vraag is nog wel hoeveel betekenis deze beschikking heeft buiten de sfeer van de onrechtmatige vrijheidsontneming. Samen met *Chipshol/Staat* lijkt zij in elk geval een duidelijke bres te hebben geslagen. Vooralsnog lijkt de bres evenwel beperkt tot schendingen die ófwel voldoende gekwalificeerd zijn (*Chipshol/Staat*), of naar hun aard vrij ernstige materie betreffen (vrijheidsontneming). Of ook een teleurgestelde belastingbetaler met een, net-niet-groot-genoeg wagenpark, zuiver erkenning kan krijgen bij de civiele rechter, staat nog te bezien.[178]

3.3.3 Geboden en verboden

Concludeert de burgerlijke rechter dat de Staat onrechtmatig handelt door een voorschrift in strijd met een rechtstreeks werkende verdragsbepaling te laten voortbestaan, dan kan hij dat niet alleen vaststellen: hij kan de Staat ook een verbod of een gebod opleggen. De basis daarvoor is artikel 3:296 lid 1 BW, dat luidt:

> 'Tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt, wordt hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, veroordeeld'.[179]

De verplichting 'iets (…) te doen of na te laten' kan voortvloeien uit de rechtsplicht om zich te onthouden van (opnieuw) onrechtmatig handelen. Het gebod of verbod kan dus worden gevraagd, nog voordat de onrechtmatige daad zich heeft gemanifesteerd.[180] Het bestaan van schade, of de dreiging ervan, is niet vereist.[181] Ge- en verbodsvorderingen spelen voornamelijk een rol in kort geding. Dat is niet vreemd. Het gaat immers bij uitstek om vorderingen

177 HR 24 juni 2011, *NJ* 2011/390 m.nt. Wortmann, r.o. 3.7.

178 Een andere kwestie is of hij daar behoefte aan heeft: de vaststelling van een schending in de overwegingen van een belastingrechtelijke uitspraak, zal vermoedelijk niet minder erkenning inhouden.

179 Voordat art. 3:296 BW in werking trad, was de grondslag voor de bevelsbevoegdheid te vinden in de rechtspraak. Vgl. m.n. HR 18 augustus 1944, *NJ* 1944/589 (*Elektriciteitsconcessie*). Zie nader over de kwestie: de dissertatie van Van Nispen uit 1978, p. 35-52.

180 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh (6-IV) 2011, nr. 153.

181 Aldus Van Emmerik 1997, p. 36.

waarmee beoogd wordt de nadelige gevolgen van een onrechtmatige daad te voorkomen. Met betrekking tot de toetsing van wettelijke regelingen aan verdragsrecht zijn, in theorie, twee vormen denkbaar: het *verbod* om een wettelijke regeling (jegens de eiser of jegens derden) toe te passen, en het *gebod* om een wettelijke regeling vast te stellen of juist in te trekken.

3.3.3.1 Het toepassingsverbod en de buitenwerkingstelling

Het toepassingsverbod houdt, kortgezegd, in dat de eiser van de rechter gedaan krijgt dat hij de Staat opdraagt het aangevallen voorschrift niet toe te passen. Zo'n verbod kan uitsluitend betrekking hebben op toepassing jegens de eiser zélf (het relatieve toepassingsverbod), maar ook op derden (het absolute toepassingsverbod, ook wel de *buitenwerkingstelling* genoemd).[182]

Het relatieve toepassingsverbod is verhoudingsgewijs onomstreden. Het schept een rechtsbetrekking tussen de Staat (tenminste voor zover het gaat om de toetsing van formele wetgeving) en de eiser, op grond waarvan de Staat verplicht is jegens de eiser – of een specifiek afgebakende groep personen – af te zien van het handhaven van het voorschrift.[183] Riep het voorschrift bijvoorbeeld een strafbaarheid in het leven, dan dient het OM van vervolging af te zien. Stelde het een belastingheffing in, dan mag de belastinginspecteur geen aanslag meer versturen, tenminste niet voor wat betreft déze heffing. Het verbod geldt ook voor de rechter. Een regeling die geen uitvoering door het bestuur vergt, maar door de rechter – het BW bijvoorbeeld – kan dus evenmin worden toegepast. In dit voorbeeld gaat het om twee rechters uit dezelfde kolom: de civiele. Het kan mogelijk gecompliceerder liggen wanneer het gaat om de straf- of de bestuursrechter. Zijn die ook aan het dictum van de civiele rechter gebonden? Deze vraag kan relevant worden wanneer, in de gegeven voorbeelden, het OM of de belastinginspecteur wél tot actie overgaan. In zo'n geval is het aan de bijzondere rechter om deze actie effectief af te stoppen.

Schutgens meent dat de civielrechtelijke aanspraak kan worden ingeroepen in de bestuurs- of de strafrechtelijke procedure.[184] Hij onderbouwt dit op twee manieren: dogmatisch en teleologisch. Het dogmatische argument is eenvoudig te zien: rechters in deze kolommen zijn óók onderdeel van de Staat als aangesproken rechtspersoon. Zij dienen zich daarom aan het dictum te houden. Hoewel dat logisch zeer aantrekkelijk is, overtuigt het mij niet helemaal. In *extremis* zou het betekenen dat de civiele rechter zijn collegae in de

182 Zie voor de terminologie: Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 732-733.

183 Schutgens 2009a, p. 82. Zie bijv. Vz Rb Den Haag 7 juni 2000, *JB* 2000/287 m.nt. AWH; Rb Den Haag 28 maart 2012, *LJN* BW3098 (*Iraanse studenten II*). In dat laatste geval stond overigens geen wet in formele zin, maar een ministeriële regeling centraal. Vgl. voorts: Rb Den Haag 7 september 2005, *NJ* 2005/473 (*Clara Wichmann c.s./Staat*).

184 *Ibid.*

overige kolommen, middels zijn gehele palet aan uitspraakbevoegdheden, in vergaande mate kan voorschrijven hoe zij recht te spreken hebben.[185] Dat verdraagt zich slecht met de gedachte dat tussen de rechters van de diverse kolommen geen sprake is van hiërarchie, en evenmin met de gedachte dat de bijzondere rechter in beginsel, even los van kwesties van hiërarchie, het primaat heeft bij de uitleg van het recht op zijn terrein. Het teleologische argument is overtuigender: de effectiviteit van het toepassingsverbod zou schipbreuk lijden wanneer de bestuurs- en de strafrechter daaraan voorbij zouden kunnen gaan. Terecht wijst Schutgens er op dat het bevel de burger zekerheid verschaft, dat de regeling jegens hem niet zal worden toegepast.[186] Die burger moet daarop kunnen vertrouwen. Het is dit vertrouwen, en de finaliteit van de civielrechtelijke uitspraak, die ook in de straf- en de bestuursrechtelijke procedure respect verdienen. Relevant daarvoor is evenwel niet zozeer de binding van de bestuurs- en de strafrechter aan het civielrechtelijke bevel, maar die van bestuursorganen en het OM. Stelt het OM bijvoorbeeld vervolging in, dan behoort het niet-ontvankelijk te worden verklaard. Daarmee is het de strafrechter nog niet verboden de wettelijke bepaling zélf toe te passen. Die kwestie is ook niet van belang, nu de strafrechter aan het toepassen van de regeling niet toe hóeft te komen. Hij beperkt zich ertoe te constateren dat het bestuur, gelet op het civielrechtelijke verbod, geen vervolging mocht instellen. Iets soortgelijks geldt voor de belasting- en de bestuursrechter. De constatering dat het bestuursorgaan de beschikking, gelet op het civielrechtelijke bevel, niet had mogen geven gaat vóóraf aan de toetsing en de toepassing van het onrechtmatige voorschrift. Anders dan Schutgens meen ik dat dit niet volgt uit de *binding* van de bijzondere rechter aan het civielrechtelijk verbod, maar uit de *erkenning* ervan.

De tweede variant is het absolute toepassingsverbod, ook wel de buitenwerkingstelling genoemd.[187] Deze komt er op neer dat de rechter de Staat opdraagt de regeling in het geheel niet meer toe te passen, dus ook niet jegens derden. De Hoge Raad omschrijft dat in het *LSV*-arrest als volgt:

> 'Tegen deze achtergrond komt het 'buiten werking' stellen van die beschikkingen [inhoudende wetgeving in materiële zin, JU] neer op een in algemene termen vervat verbod (…), daartoe strekkende dat de Staat zich (…) heeft te onthouden van gedragingen die op de werking van die beschikkingen zijn gegrond, met name het uitvoeren of doen uitvoeren daarvan, bijv. door daden van opsporing en strafvervolging'.[188]

185 Waarbij ik zuiverheidshalve maar even voorbij ga aan het feit dat de civiele rechter, getuige o.m. de leer van de formele rechtskracht, normaal gesproken erg zijn best doet niet in het vaarwater van de bestuursrechter te komen.

186 Schutgens 2009, p. 82.

187 De term 'buitenwerkingstelling' is door de president van de Haagse rechtbank geïntroduceerd (vgl. Pres Rb Den Haag 6 maar 1974, *AB* 1974/139; Pres. Rb Den Haag 21 januari 1982, *KG* 1982/12 (*CNV/Staat*).

188 HR 1 juli 1983, *NJ* 1984/360 m.nt. MS (*Staat/LSV*), r.o. 3.4.

Uit deze omschrijving komt een beeld naar voren, niet van een civiele rechter maar van een constitutionele. Het buitenwerkingstellen van een voorschrift lijkt enigszins op het elimineren van dat voorschrift uit de rechtsorde.[189] Daarmee is de civiele rechter ver verwijderd geraakt van zijn traditionele taak van geschillenbeslechter in de klassieke zin van het woord. Hij benadert het leerstuk dan ook met enige voorzichtigheid. Opvallend is echter dat die voorzichtigheid zich vooral voordoet in de toetsingsfase. De regeling moet niet 'gewoon' onrechtmatig zijn, maar 'onmiskenbaar onverbindend' zijn om haar buitenwerking te kunnen stellen.[190] Die terughoudendheid zien we niet met betrekking tot de buitenwerkingstelling als uitspraakbevoegdheid. Van een uitzondering voor wetgeving in formele zin bijvoorbeeld, is dan ook geen sprake.[191]

Is de burgerlijke rechter hier dan ook te ver gegaan? Een aantal auteurs meent dat dit inderdaad zo is. In 2000 blies Van Maanen een, al wat ouder, debat nieuw leven in met de stelling dat de civiele rechter zich bij het formuleren van zijn dicta moet beperken tot de relatieve onrechtmatigheid.[192] Het civielrechtelijk dictum heeft uitsluitend betrekking op de procespartijen. De rechter moet dan ook niet de indruk wekken dat hij algemene regels zit te maken of af te breken. Dat is het terrein van de wetgever, aldus Van Maanen:

> 'Het is misschien wat ouderwets, maar ik zie toch wel wat nuttigs in het idee van de machtenscheiding en de daarbij behorende grondgedachte dat het de wetgevende macht is die tot taak heeft om een (democratisch) gelegitimeerde belangenafweging

189 Er blijven echter belangrijke verschillen: het voorschrift blijft om te beginnen bestaan. In beginsel werkt de buitenwerkingstelling bovendien slechts *inter partes* (zie nader: Sillen 2010, p. 107-125). Een buitengewoon curieus geval was recent Vz. Rb Den Haag 3 januari 2012, *LJN* BU9921 (*Wwik*). De voorzieningenrechter stelde een intrekkingswet buitenwerking, ervan uitgaande dat de eisende kunstenaars daarmee (opnieuw) recht op een uitkering kregen. Dat lijkt mij onjuist. De intrekkingswet heeft zijn werk gedaan, en de ingetrokken Wet werk en inkomen Kunstenaars herleeft niet door buitenwerkingstelling van de intrekkingswet. Bedoeld zal zijn dat de Staat, totdat voorzien is in overgangsrecht, wordt geacht de uitkeringen te verstrekken als gold de Wwik nog onverkort.

190 HR 1 juli 1983, *NJ* 1984/360 m.nt. MS (*Staat/LSV*); HR 16 mei 1986, *NJ* 1987/251 (*Landbouwvliegers*). Zie nader Polak 1987, p. 148-153 ; Bok 1991, p. 171-172 (beiden kritisch). Recenter: Schutgens 2009a, p. 76-78. Er was enige verwarring over de vraag of de onmiskenbaarheidseis ook gold in het geval waarin getoetst wordt aan het EVRM of het Unierecht. HR 19 mei 2000, *NJ* 2001/407 (*Whv V*) gaf daartoe aanleiding. Vgl. o.a. Van Maanen & De Lange 2005, p. 118. Inmiddels gaat de heersende leer van een negatief antwoord uit: zie o.a. concl. A-G Keus bij HR 11 juni 2010, *NJ* 2010/567 m.nt. Mok (*Staat/RAI & Bovag*), onder 3.56; Schutgens 2009a, p. 77. Zie ook reeds: HR 4 september 2009, *NJ* 2009/564 m.nt. Mok (*Maastricht Aachen Airport*), r.o. 4.1.

191 Ik haalde hiervoor al HR 4 september 2009, *NJ* 2009/564 m.nt. Mok (*Maastricht Aachen Airport*) aan. Zie voorts o.m.: Hof Den Haag 14 oktober 2008, *NJ* 2008/615 (*Staat/Rai & Bovag*); Rb Den Haag 5 juni 2012, *LJN* 7457 (*Wwik*); Rb Den Haag 11 juli 2012, *NJ* 2012/579 (*Langstudeerders*); Vz Rb Den Haag 11 januari 2013, *NJ* 2013/182 (*Wet normering topinkomens*).

192 Van Maanen 2000a, p. 99-101. Zie tevens Van Maanen & De Lange 2005, p. 125.

> te maken. De taak van de rechter is dan primair rechtsbescherming en concrete toepassing van de algemene regels.'[193]

Van Maanen knoopt dat standpunt op aan artikel 12 Wet AB, en hij is daarin niet de enige.[194] Volgens deze bepaling doet de rechter geen uitspraak 'bij wege van algemene verordening, dispositie of reglement'. De vraag is nu hoe goed dat standpunt te verdedigen valt.

Zie ik het goed, dan is de kritiek op de buitenwerkingstelling tweeledig van aard. Het formele argument luidt dat de rechterlijke uitspraak, anders dan de rechtspraktijk suggereert, geen derdenwerking heeft. Het materiële punt is, dat de rechter moet oppassen dat zijn procesrecht niet zó wordt opgerekt dat zijn uitspraken in de praktijk wel derdenwerking verkrijgen.

Dat de rechterlijke uitspraak in beginsel slechts werking *inter partes* heeft is juist. Voor de buitenwerkingstelling is dat niet anders. In *LSV* onderstreept de Hoge Raad dat zo'n uitspraak:

> 'slechts rechten geeft aan de partijen die haar hebben verkregen, zij het dat derden kunnen profiteren van het praktische gevolg, gelegen in de verwachting dat die rechter in volgende, soortgelijke zaken in dezelfde zin zal beslissen'.[195]

Het hier geciteerde zinnetje roept echter de vraag op wat onder 'derden*werking*' moet worden verstaan. De uitspraak geeft, aldus de Hoge Raad, slechts rechten aan partijen. In zoverre past de benadering in de dogmatiek. Maar het *object* van de uitspraak kan, als sprake is van een algemeen-belangactie, de toepassing van de regeling jegens derden zijn. Schutgens merkt terecht op dat een buitenwerkingstelling dus *inter partes* vastlegt, dat de overheid '*ten behoeve van de verkrijger* verplicht is, *om zich tegenover iedereen* van uitvoering te onthouden'. Hij concludeert, terecht wat mij betreft, dat de prestatie waartoe het dictum verplicht, feitelijk werking jegens derden heeft.[196] Die derden kunnen het vonnis zelf niet rechtstreeks inroepen, maar de oorspronkelijke verkrijger kan

193 Van Maanen 2000b, p. 187-188.

194 Zo ook bijv. Tak 1997, p. 219.

195 HR 1 juli 1983, *NJ* 1984/360 m.nt. MS (*Staat/LSV*), r.o. 3.4.

196 Schutgens 2009a, p. 78-79. Anders: Sillen 2010, p. 107-108, die er op wijst dat de eiser in een traditioneel tweepartijengeschil niet bevoegd is om op te komen voor de belangen van derden. Ik begrijp dat standpunt niet helemaal, nu Sillen verderop treffend bespreekt hoe belangenorganisaties (niet het traditionele tweepartijengeschil derhalve) geregeld van de buitenwerkingstelling gebruik kunnen maken. In zúlke geschillen gaat de stelling van Schutgens n.m.m. gewoon op.

dat wel.[197] Op die *feitelijke* derdenwerking werd in het verleden al eerder gewezen.[198] Zij wordt door de critici doorgaans ook niet betwist.

Daarmee komen we op het materiële pijnpunt. Neigt die praktische derdenwerking niet te zeer naar, wat Schutgens ooit 'een stelsel materiële vernietiging' noemde?[199] Dat het civiele procesrecht zich enigszins in die richting heeft ontwikkeld valt moeilijk te ontkennen. De vraag is of we dat problematisch moeten vinden. Het vlammende betoog van Van Maanen verhult een beetje dat wij tegenwoordig niet zo goed weten wat onder de machtenscheiding te verstaan.[200] Een verwijzing naar artikel 12 Wet AB is in dat verband weinig behulpzaam. Niet omdat de bepaling niet duidelijk geformuleerd is, al laat ze zeker ruimte voor interpretatie, en ook niet zozeer omdat de bepaling al diverse keren morsdood is verklaard.[201] Wel omdat de bepaling, als ze ons íets vertelt, vooral verhaalt van de maatschappelijke context van een totaal andere tijd. Die context is geëvolueerd, niet alleen op het punt van de ontwikkeling van het legisme naar een wat vrijere rechtsvinding, maar ook met betrekking tot de gegroeide consensus over rechterlijke rechtsbescherming. Die consensus is er niet alleen in de maatschappij of in de juristerij, maar in zekere mate ook onder de staatsmachten. Belangrijker dan de vraag of artikel 12 Wet AB nog geldend recht is, lijkt mij dan ook dat de gewijzigde invulling van de rechterlijke taak niet geleid heeft tot negatieve actie van de zijde van de wetgever. Integendeel: in het bestuursrecht heeft de wetgever de rechterlijke rol alleen maar versterkt, met de invoering van een stelsel van bestuursrechtspraak. Het stelsel van rechtsbescherming tegen onrechtmatige wetgeving is al die jaren evenmin gekortwiekt. Om artikel 12 Wet AB nu in stelling te brengen tegen een specifieke manier waarop die functie wordt uitgeoefend lijkt mij dan ook niet zinvol. Daarvoor is het niet nodig artikel 12 Wet AB achterhaald te verklaren. Een restrictieve uitleg van de bepaling volstaat.

3.3.3.2 Het gebod wetgeving vast te stellen of in te trekken

Het relatieve toepassingsverbod en de buitenwerkingstelling keren zich niet tegen het voorschrift zélf. Dat voorschrift blijft uiteraard gewoon bestaan, zij het dat het tandeloos wordt. Het kan immers niet meer worden toegepast. In sommige gevallen echter, kan de eiser er belang bij hebben dat het voorschrift niet alleen niet meer wordt toegepast, maar dat het ook daadwerkelijk

197 Dat gaat overigens verder dan het 'praktische gevolg' waarop de Hoge Raad in het *LSV*-arrest doelt, namelijk dat derden er, normaal gesproken, op mogen vertrouwen dat in hun eigen zaken rekening wordt gehouden met de buitenwerkingstelling in de eerdere zaak.

198 Van Buuren 1987, p. 64-65; (a contrario:) Van Male 1988, p. 216; Frenk 1990, p. 1629-1633; Bok 1991, p. 180-181; Brouwer & Schilder 2000, p. 184-185; Schutgens 2006, p. 96.

199 Schutgens 2006.

200 Vgl. Möllers 2005, p. 1.

201 Vgl. t.a.v. dat laatste: o.a. Vranken 1995, p. 49-51; Martens 1997, p. 12; Martens 2000a, voetnoot 51; Snijders 2001, p. 21-22; Teuben 2004, p. 34-36, 274-276; Jansen 2008, p. 22, 29.

van tafel gaat. Het kan bijvoorbeeld stigmatiserend werken, of een *chilling effect* hebben.[202] Het is bovendien mogelijk dat de onrechtmatigheid van het handelen van de Staat niet zozeer zit in de regeling zélf, maar in het juridisch vacuüm dat de regeling laat bestaan. Soms is de rechter in staat om, door gebruikmaking van conforme interpretatie van andere bepalingen, in dat vacuüm te voorzien, maar dat is lang niet altijd mogelijk. Het legaliteitsbeginsel zou er bijvoorbeeld aan in de weg staan dat de strafrechter derden veroordeelt, ook als de verplichting tot vervolging uit het EVRM zou voortvloeien.[203] Het bekendste voorbeeld van de afgelopen jaren was voorts de zogenaamde SGP-zaak.[204] De Staat werd in die zaak verweten dat men onvoldoende deed om de toegang van vrouwen tot publieke functies in die partij mogelijk te maken. In de praktijk kwam dat neer op een roep om wetgeving.[205] De vraag rijst dan of de eiser, op basis van artikel 3:296 BW, niet slechts een toepassingsverbod kan eisen, maar ook een *gebod* om de regeling vast te stellen, te wijzigen of in te trekken.

De aanloop naar 'Waterpakt'

Dat de burgerlijke rechter overheidslichamen, waaronder de Staat, kan verplichten tot het verrichten van publiekrechtelijke rechtshandelingen, is niet omstreden.[206] De vraag is echter of de aard van de wetgevende taak niet noopt tot een uitzondering in de zin van het, hiervoor geciteerde, artikel 3:296 lid 1 BW, dat de grondslag voor zulke bevelen vormt. In het verleden werd daarover wisselend gedacht. Ging het om een verbod lagere regelgeving vast te stellen, dan was de voorzieningenrechter nog weleens bereid zo'n bevel te geven.[207] Hetzelfde gold voor het omgekeerde: een bevel regelgeving vast te stellen.[208] Werd van de rechter echter bemoeienis met de formele wetgever gevraagd, dan aarzelde hij.[209] Toen het er bijvoorbeeld op aan kwam de Wet

202 Men denke in het eerste geval aan het ontnemen van het kiesrecht aan personen met de meervoudige nationaliteit, een belasting op hoofddoeken of een verbod op islamitische scholen (voorbeelden ontleend aan het verkiezingsprogramma 2012 van een middelgrote partij). In het tweede geval valt te denken aan vaag geformuleerde strafbepalingen.

203 Vgl. Hof Arnhem 12 juli 1979, *NJ* 1980/175 (*Verkrachting gehandicapt meisje*); EHRM 26 maart 1985, *no.* 8978/80 (*X & Y t. Nederland*); HR 19 oktober 2007, *NJ* 2008/26 m.nt. EAA (*Schipholbrand*), concl. A-G Langemeijer, ov. 8.1.

204 HR 9 april 2010, *JB* 2010/115 m.nt. Schutgens & Sillen (*Staat/Clara Wichmann*).

205 Dat concluderen bijv. Schutgens & Sillen 2010, en De Graaff & Vermeer 2012.

206 Vgl. HR 9 mei 1958, *NJ* 1960/475 (*Rijbewijs*).

207 Vgl. ten aanzien van een Amvb bijv.: Vz. Rb Den Haag 3 oktober 1977, *NJ* 1978/170 m.nt. MS (*Aanvangssalarissen leraren-academici*), en Hof Den Haag 7 maart 1991, *AB* 1991/381 (*Advocaten voor advocaten*). Vgl. tevens Barkhuysen & Van Emmerik 2001, p. 69-73.

208 Vz. Rb Den Haag 21 mei 1987, *KG* 1987/243 (*Huisartsentarieven*); Vz. Rb Den Haag 1 augustus 1997, *KG* 1997/273.

209 Een vordering in te grijpen in een lopende wetsprocedure werd afgewezen in: Vz. Rb Haarlem 19 december 1988, *KG* 1989/68 (*Schipholwetje*), hoewel de rechter enige ruimte zag in 'extreme gevallen'. Een poging de bekrachtiging van de vernieuwde AWW te verhinderen was evenmin succesvol: Vz. Rb Den Haag 11 mei 1989, *KG* 1989/232.

Werkloosheidsvoorziening aan te passen aan het communautaire gelijkheidsbeginsel, werd de voorzieningenrechter teruggefloten door Gerechtshof Den Haag.[210] De Grondwet gaf de rechter niet de bevoegdheid om de formele wetgever te verordonneren, zeker niet voorzien van een termijn.

De literatuur was lange tijd verdeeld, maar vóór *Waterpakt* lijken de meeste auteurs civielrechtelijke bemoeienis met het wetgevingsproces tot op zekere hoogte te billijken.[211] Die steun is echter niet ongekwalificeerd. Een aantal auteurs maakt bijvoorbeeld onderscheid tussen bevelen tot het vaststellen van wetgeving, bevelen tot intrekking van wetgeving en bevelen om nu juist *niet* van de wetgevende bevoegdheid gebruik te maken.[212] De één vindt intrekking van wetgeving een minder grote inbreuk op het primaat van de wetgever.[213] De ander meent dat juist de laatste twee opties gevoeliger liggen omdat de civiele rechter zich zo een, hem niet toekomende vernietigingsbevoegdheid zou aanmeten.[214] Zelfs wanneer men niet op dogmatische gronden tot zo'n onderscheid komt, valt er nog wel wat te differentiëren. Zo schrijft Polak in 1987 voor de NJV:

> 'De erkenning, dat wetgeving in materiële zin een onrechtmatige daad kan zijn, impliceert naar mijn oordeel (…), dat bij dreigende onrechtmatige uitoefening van die bevoegdheid in beginsel de normale daarbij passende voorziening, met name een verbod, mogelijk dient te zijn. Echter, ook bij deze zienswijze dient men aan de vraag of wetgevende maatregelen nog in vertegenwoordigende lichamen dienen te worden besproken, ja zelfs vastgesteld, gewicht toe te kennen'.[215]

De bijzondere betekenis van het vertegenwoordigend proces plaatst Polak vervolgens in de sleutel van de reguliere eisen van het procesrecht. Er moet sprake zijn van dreigende onrechtmatigheid en van een belang bij het verbod:

> 'In de meeste gevallen zou ik deze eisen niet vervuld achten, wanneer men de staatsrechtelijk juiste opvatting huldigt, dat de discussies in vertegenwoordigende lichamen ertoe kunnen leiden, dat die lichamen de ontwerpverordeningen niet of gewijzigd vaststellen. (…) Op deze wijze kan men naar het mij voorkomt ook

---

210 Vz. Rb Den Haag 17 januari 1985, *NJ* 1985/252, resp., Hof Den Haag 13 maart 1985, *NJ* 1985/263.

211 Positief waren bijvoorbeeld: Van Nispen 1978, p. 364; Scheltema (vgl. diens annotatie onder Pres. Rb Den Haag 3 oktober 1977, *NJ* 1978/170 m.nt. MS); De Boer 1985, p. 86-87; Polak 1987, p. 170; Van Buuren 1987, p. 80-81; Van Male 1988, p. 217-220; Heringa 1989, p. 206. Negatief: Enschede 1976, p. 155; Verkade 1984; Van der Does & De Wijkerslooth 1985, p. 83; Van der Burg (annotatie bij Hof Den Haag 13 maart 1985, *AB* 1985/253); Brouwer 1992, p. 303-304.

212 *Niet* overtuigd van het verschil zijn echter: Van Male 1988, p. 219; Schutgens 2009a, p. 237.

213 Bijv. Bok 2006, p. 115-116.

214 Vgl. de noot van Koopmans onder *NJ* 2004/679, die er op wijst dat daarmee de, in artikel 8:2 Awb neergelegde, regel dat tegen algemeen verbindende voorschriften geen beroep tot vernietiging kan worden ingesteld, wordt omzeild.

215 Polak 1987, p. 168-169.

dogmatisch een bevredigend onderscheid aanbrengen tussen verbodsakties bij wetgeving door bestuursorganen, (…) en wetgeving die tot stand komt door vertegenwoordigende lichamen. Bij die laatste verordeningen acht ik derhalve verbodsakties in beginsel uitgesloten, tenzij bij voorbaat vaststaat dat die verordeningen zullen worden aanvaard (…)'.[216]

De Waterpakt-jurisprudentie

De genuanceerde benadering van Polak noch die van zijn tijdgenoten, is door de Hoge Raad overgenomen. In 2003 wijst de Hoge Raad het wetgevingsbevel resoluut van de hand.[217] Een jaar later maakt hij duidelijk dat het daarbij geen verschil maakt of het gaat om de intrekking van een wet of de vaststelling ervan.[218] Evenmin maakt het verschil of het bevel gevorderd wordt jegens de formele wetgever of jegens een lagere regelgever.[219] De enige vraag die nog resteert, is of de strikte houding van de Hoge Raad uitsluitend opgaat wanneer er een vertegenwoordigend lichaam in het spel is. Is dat het geval, dan zou een rechterlijk bevel ten aanzien van bestuurswetgeving denkbaar zijn. De ruimte daarvoor lijkt in elk geval bescheiden.[220] Ik laat die kwestie echter rusten, nu het mij voornamelijk gaat om de wet in formele zin.[221]

De Hoge Raad gaat bij zijn categorische uitsluiting van het wetgevingsbevel in twee etappes te werk. Hij beziet eerst hoe een dergelijk bevel zich verhoudt tot het nationale staatsrecht. Vervolgens gaat hij in op de vraag of het Unierecht bijstelling van het nationale recht vergt. Die unierechtelijke aspecten bespreek ik in hoofdstuk 7. Hier beperk ik mij tot de nationaalrechtelijke redenen voor de Hoge Raad om het wetgevingsbevel af te wijzen. Die zijn in de eerste plaats gelegen in het beginsel van de machtenscheiding. De wetgevende bevoegdheid is toegekend aan de wetgever, en de beslissing om

216 *Ibid.*, p. 169.

217 HR 21 maart 2003, *NJ* 2003/691 m.nt. TK (*Waterpakt*).

218 HR 1 oktober 2004, *NJ* 2004/679 m.nt. TK (*De Faunabescherming/Fryslân*).

219 *Ibid.*

220 Polak 2004, p. 175-176, ziet daarvoor nog enige ruimte. De rechtspraak is evenmin eensgezind. Vz. Rb Den Haag 11 december 2002, *LJN* AF1787, zag ruimte voor een bevel (maar dat was ook nog voor *Waterpakt*). In dezelfde zaak zag het Gerechtshof die ruimte niet: Hof Den Haag 24 maart 2005, *JAR* 2005/98 (*Minimumjeugdloon*), met noot Buschoten in *Gst.* 2004/149. Zo ook: Rb Den Haag 28 maart 2012, *LJN* BW3098 (*Iraanse studenten II*). Dat deed wel: GHvJNAA 2 september 2008, *LJN* BF0082 (*Huisartstarieven*).

221 Mijn inschatting is overigens dat ook een bevel tot het vaststellen van bestuurswetgeving niet tot de mogelijkheden behoort. Ook voor zo'n bevel geldt dat het de, door de Hoge Raad afgewezen, derdenwerking heeft (zie hierna). Het andere, door de Hoge Raad gebezigde argument, dat de beslissing om al dan niet van de wetgevende bevoegdheid gebruik te maken een politieke afweging vergt, gaat minder goed op voor bestuurswetgeving. Toch valt ook voor bestuurswetgeving nog wel te betogen dat het, al dan niet uitvaardigen van algemene regels, zodanig politiek van aard is, dat de controle daarop ook van de vertegenwoordigende lichamen dient te komen. Meer nog dan de controle op beschikkingen van het bestuur, past die politieke controle bij de wetgevende taak van de representatieve organen. Deze lijn heeft overigens niet mijn voorkeur.

er al dan niet van gebruik te maken draagt een onmiskenbaar politiek karakter. Aldus de Hoge Raad in het arrest *Waterpakt*.

> 'Wetten in formele zin worden ingevolge art. 81 Gr.w vastgesteld door de regering en de Staten-Generaal, waarbij de vraag of, wanneer en in welke vorm een wet tot stand zal komen, moet worden beantwoord op grond van politieke besluitvorming en afweging van de erbij betrokken belangen. De evenzeer op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen brengt mee dat de rechter niet vermag in te grijpen in die procedure van politieke besluitvorming'.[222]

Op dit uitgangspunt valt volgens de Hoge Raad niet af te dingen. Ook als het hogere recht relatief eenduidig dwingt tot wetgevings, is – in de ogen van de Hoge Raad – de vraag of daaraan voldaan gaat worden, een politieke kwestie:

> 'Ook dan geldt nog steeds dat de vraag of wetgeving tot stand moet worden gebracht en zo ja welke inhoud deze moet hebben, noopt tot een afweging van vele belangen, ook van niet bij een procedure als de onderhavige betrokken partijen, en een politieke beoordeling vergt, waarin de rechter niet kan treden. Evenzeer is het een kwestie van politieke beoordeling of de Staat, wanneer niet, niet tijdig of niet op de juiste wijze formele wetgeving is tot stand gebracht (…) , het wil laten aankomen op een eventuele inbreukprocedure'.[223]

Ook artikel 94 Grondwet brengt de Hoge Raad niet op andere gedachten. Die bepaling geeft de rechter enkel de bevoegdheid om regels in concrete geschillen buiten toepassing te laten. En dat heeft geen derdenwerking. Het geldt immers:

> 'alleen jegens de eiser(s) in de procedure en het heeft niet ten gevolge dat de desbetreffende regel wordt gewijzigd of ingetrokken, terwijl met een bevel formele wetgeving tot stand te brengen wordt beoogd een algemeen, ook voor anderen dan de procespartijen geldende regeling in het leven te roepen.'[224]

In het arrest *De Faunabescherming/Fryslân* verduidelijkt de Hoge Raad dat het hier gaat om een zelfstandig argument: de derdenwerking als zodanig belet de civiele rechter om een wetgevingsbevel te geven.[225] De afwijzing van het wetgevingsbevel verloopt dus langs twee lijnen: de beslissing óf van de wetgevende bevoegdheid gebruik zal worden gemaakt, is een politieke die geen *overruling* door de civiele rechter toelaat, en zo'n bevel zou het dictum van

---

222 HR 21 maart 2003, *NJ* 2003/691 m.nt. TK (*Waterpakt*), r.o. 3.5.
223 *Ibid*.
224 *Ibid.*
225 HR 1 oktober 2004, *NJ* 2004/679 m.nt. TK, r.o. 3.3.5. In soortgelijke zin: Schutgens 2009a, p. 246.

de rechter een werking geven die niet past bij het traditionele uitgangspunt dat de civiele rechter *inter partes* rechtspreekt.

De reacties uit de doctrine

Over de vraag hoe de opstelling van de Hoge Raad in de literatuur 'geland' is, lopen de meningen uiteen. Voermans constateert draagvlak.[226] Volgens Boogaard heeft de doctrine zich grotendeels verenigd in een afwijzing van *Waterpakt*.[227] De waarheid ligt zo'n beetje in het midden. De critici hebben de overhand, maar van unanieme afkeuring is ook weer geen sprake.[228] Bovendien lijkt een zekere berusting te zijn ingetreden. Niemand, ook de critici niet, lijkt er écht wakker van te liggen dat het wetgevingsbevel momenteel niet mogelijk is. De aanwezigheid van andere remedies, zoals conforme interpretatie, schadevergoeding en de verklaring voor recht, draagt daar vermoedelijk aan bij. Toch vinden de meeste auteurs de argumentatie van de Hoge Raad te stellig. Koopmans bijvoorbeeld, kan de lijn van de Hoge Raad wel billijken, maar had liever gezien dat een slag om de arm was gehouden voor het geval dat de politieke kanalen écht verstopt waren geraakt.[229]

De watervrees van de Hoge Raad ten aanzien van de derdenwerking die met een gebod gepaard zou gaan, wordt in de literatuur bovendien vaak afgedaan als hypocriet. Die derdenwerking zit, aldus Boogaard, al ingebakken en de algemeenbelangacties die doorgaans de aanleiding zijn voor wetgevingsbevelen.[230] Het verschil met uitspraakbevoegdheden zoals de buitenwerkingstelling, die eveneens in de praktijk een sterke mate van derdenwerking toekomen, is bovendien maar klein.[231] Maar misschien nog wel belangrijker: de belangen van derden zullen normaal gesproken zijn afgewogen door het orgaan dat de hogere regeling vaststelde. Voor een nieuwe afweging op nationaal niveau is dan geen ruimte.[232] Dat is meteen de brug naar een kwestie die de geesten wél verdeeld houdt. De kern van de kritiek op de argumentatie van de Hoge Raad, richt zich namelijk tegen diens uitgangspunt dat naleving van het Europese recht een politieke afweging vergt, ook als de rechtsplicht daartoe volstrekt helder is. Hier tekent zich een duidelijke scholen-

226 Voermans 2011, p. 63.
227 Boogaard 2013, p. 161.
228 Kritisch zijn bijv. Polak 2004; annotatoren Backes onder *AB* 2004/39, Koopmans onder *NJ* 2003/691, en Kortmann in *Ars Aequi* (2005, p. 80-82); Bok 2006, p. 111, en Schutgens 2009a, p. 254-259. In elk geval in uitkomst positief: annotator Besselink in *SEW* 2004, p. 232; Bunschoten 2004, en Boogaard 2013, p. 250-253.
229 Zie zijn noot onder *NJ* 2003/691, onder 3. Hij haalt daarbij overigens Flinterman aan, die tijdens de NJV-jaarvergadering in 1987 reeds bepleitte dat wetgevingsbevelen alleen, bij hoge uitzondering, mogelijk zouden moeten zijn als het politieke proces ernstig falen vertoonde. Zie *Handelingen 1987 der Nederlandse Juristen- Vereniging*, deel 2, Zwolle: Tjeenk Willink 1987, p. 31.
230 Boogaard 2013, p. 252. In soortgelijke zin: Schutgens 2009a, p. 261-262.
231 *Ibid.* Tevens: Polak 2004; Schutgens 2009a, p. 260.
232 Vgl. o.a. Polak 2004, § 2.

strijd af tussen, wat Schutgens betitelde als, de formele en de materiële benadering van het machtenscheidingsconcept.[233]

De materiële benadering: nadruk op de rechtsbescherming
De Hoge Raad roept het beginsel van de machtenscheiding in om aan het wetgevingsbevel te ontkomen. De wetgevende bevoegdheid komt toe aan politieke organen en de beslissing óf en hoe van die bevoegdheid gebruik wordt gemaakt is een politieke kwestie waarin de rechter niet te treden heeft. In de materiële benadering van het machtenscheidingsconcept is die voorstelling van zaken te simpel. Het maakt immers nogal uit hoe 'hard' de rechtsplicht tot wetgeven is. Houdt het hogere recht evident een concrete plicht tot wetgeven in, en komt de wetgever bij de vraag óf hij van zijn bevoegdheid gebruik moet maken geen discretionaire ruimte toe, dan gaat het niet aan om hem die ruimte alsnog via het machtenscheidingsargument te geven. Polak vat het aldus samen:

> 'In essentie komt mijn kritiek erop neer, dat het argument van het 'primaat van de politiek' mijns inziens niet opgaat, wanneer er rechtens geen vrijheid bestaat om regelgeving met een bepaalde inhoud al dan niet tot stand te brengen (de politiek heeft immers niets meer te kiezen) en de rechter in dat geval dus vrij eenvoudig de onrechtmatigheid kan vaststellen van het feit dat dat niet tijdig of niet correct is gebeurd'.[234]

In de materiële optiek ligt het zwaartepunt van de machtenscheidingskwestie dus in de toetsingsfase. De rechter dient, uiteraard zeer voorzichtig en met de grootst mogelijke terughoudendheid, te toetsen óf sprake is van een wetgevingsplicht. Daartoe heeft hij evident de bevoegdheid (en onder het Unierecht ook de verplichting). De mogelijke vrijheid van de wetgever om te beslissen of wetgeving noodzakelijk en wenselijk is, speelt een rol bij de rechtmatigheidstoets. Concludeert de rechter tot onrechtmatigheid, dan is die vrijheid er dus niet. Dan valt niet in te zien waarom de rechter in de fase van de remedie dan plotseling weer uit zou moeten gaan van een eigenstandige afweging van de wetgever. Is, met andere woorden, de hobbel van de toetsing genomen, dan staat de rechtsbescherming centraal. Als het wetgevingsbevel daaraan dan zinvol kan bijdragen, dan moet daarvoor ook gekozen kunnen worden.[235] Auteurs die deze lijn volgen, vinden het formalistisch om enerzijds

---

233 Schutgens 2009a, p. 252-259. Men kan, na het proefschrift van Boogaard, misschien beter spreken van de institutionele en de rechtsbeschermingsbenadering. Omwille van de overzichtelijkheid heb ik er echter geen probleem mee de terminologie van Schutgens te gebruiken.

234 Polak 2007, p. 262. In soortgelijke zin o.a.: Backes (onder *AB* 2004/39); Kortmann (in *AAe* 2005, p. 80-82); Schutgens 2009a, p. 258-259.

235 En dát het bevel soms een bijdrage kan leveren, illustreren Polak 2007, p. 263, en Schutgens 2009a, p. 250-251.

wél uit te spreken dat sprake is van een wetgevingsplicht, maar te weigeren daaraan een gebod te verbinden. De wetgever dient immers, als hij constitutioneel zuiver op de graat is, de door de rechter geconstateerde rechtsplicht na te komen, ook als deze daartoe geen bevel heeft gegeven.[236]

De formele benadering: meer feeling voor het institutionele perspectief
De materiële leer is onlangs fundamenteel aangevallen door Boogaard.[237] Net als Besselink eerder, meent Boogaard dat diegenen die uitgaan van de materiële leer, de heerschappij van het recht verwarren met de heerschappij van de rechter.[238] Glasheldere rechtsplichten bestaan in hun ogen niet. De vraag of een wetgevingsplicht bestaat, kan dus alleen beantwoord worden na rechterlijke rechtsvorming. Met die rechtsvorming als zodanig is niets mis, aldus Boogaard, maar dan moet de rechter niet zijn rechtsvorming proberen op te leggen aan de wetgever:

> 'Het institutionele perspectief ontkent niet de heerschappij van het recht, maar stelt vragen bij de mate waarin de rechter daarop mag meeliften. Hoe exclusief is zijn rechtsoordeel? Hoe dwingend mag hij dat opleggen? (…) Wanneer gaat, kortom, de heerschappij van het recht over in de heerschappij van de rechter? Dat blijven relevante vragen, ook bij glasheldere wetgevingsplichten (…). Machtenscheiding, machtsevenwicht en democratie stellen grenzen aan wat de rechter vermag, zelfs als hij gelijk heeft. Dat zijn immers dezelfde grenzen die de machtenscheiding en het machtsevenwicht beschermen als de rechter geen gelijk heeft. Wie de Trias Politica afhankelijk maakt van wie er gelijk heeft, heft de Trias op; een materiële Trias is geen Trias.'[239]

De vraag die Boogaard de materiële school voorlegt, is in wezen wíe nu eigenlijk te bepalen heeft of zich een wetgevingsplicht voordoet. Zijn antwoord is genuanceerd en sterk geïnspireerd door de dialoogtheorie die hij in zijn boek behandelt.[240] Het komt er in het kort op neer dat het wel de rechter behoort te zijn die bindend bepaalt dat de wetgever in actie behoort te komen, zolang hij die wetgever maar de ruimte laat om er anders over te denken. De vaststelling, in de overwegingen van de uitspraak of bij wijze van verklaring voor recht in het dictum, dat het (niet-)handelen van de wetgever onrechtmatig is, concretiseert dat een plicht tot wetgeven bestaat. Een formeel *bevel* voegt daar in wezen weinig aan toe, dan behalve dat het rechter en wetgever in een hiërarchische (Boogaard spreekt ook wel van een 'executoriale') verhouding plaatst.[241] Hij vindt dat onwenselijk, want de wetgever zou eens op de ge-

236 Vgl. Schutgens 2009a, p. 252-253.
237 Boogaard 2013, hst. 7.
238 Boogaard 2013, p. 237. Tevens: Besselink 2004, p. 235-236.
239 Boogaard 2013, p. 237.
240 *Ibid.*, p. 82-89.
241 *Ibid.*, p. 249.

dachte kunnen komen om zich van het rechterlijk bevel niets aan te trekken of te doen alsof zijn neus bloedt. Dat doet vooral afbreuk aan het gezag van de rechter.[242] Verklaart de rechter 'slechts' voor recht dat sprake is van een wetgevingsplicht, dan neemt hij zelf niet de verantwoordelijkheid voor het afdwingen ervan. Bovendien laat hij de wetgever dan ruimte om zelf tot een andere uitleg van het hogere recht te komen:

> 'Als de Hoge Raad een formeel bevel geeft, dan is de juiste gevolgtrekking het opvolgen van het bevel. Bij een materieel wetgevingsbevel [de enkele vaststelling dat sprake is van een plicht tot wetgeven, JU] steunt het bevel op de mate waarin het rechtsoordeel door de politieke praktijk wordt overgenomen. Anders gezegd: met een formeel bevel sluit de rechter de mogelijkheid van een constitutionele dialoog uit. Bij een materieel bevel doet de wetgever dat, door zich te binden aan het oordeel van de rechter'.[243]

Eigen opvatting: materiële benadering 'light'

Het betoog van Boogaard is aantrekkelijk. Het legt een pijnpunt in de materiële opvatting van het machtenscheidingsconcept bloot. Die materiële opvatting gaat er, stilzwijgend, vanuit dat het oordeel van de rechter over de vraag of sprake is van een rechtsplicht tot wetgeven, het juridisch énig juiste oordeel is. De conclusie dat 'de politiek niets te kiezen' heeft, veronderstelt dat de rechter in eerste en enige instantie degene is die bepaalt of er iets te kiezen valt. Het staat buiten kijf dat de rechter *binnen zijn eigen domein* zijn eigen oordeel mag laten prevaleren. Dit betekent dat hij de wet buiten toepassing mag laten, conform mag interpreteren, mag verklaren dat zij niet meer mag worden toegepast, en zelfs dat hij de Staat mag veroordelen tot het betalen van schadevergoeding (zie hierna). In al die gevallen kan de wetgever, *in zíjn eigen domein,* koppig blijven vasthouden aan het eigen standpunt. Waar de rechter tot schadevergoeding besluit, kan dat kostbaar zijn. Waar wetgeving niet meer wordt toegepast, kan het ook symbolisch zijn, maar de wetgever blijft vrij om het recht zó te interpreteren dat hij wel degelijk wat te kiezen heeft. Dat ligt, Boogaard heeft daarin gelijk, anders wanneer de rechter zich beperkt tot de enkele constatering – al dan niet in het dictum – dat de wetgever verplicht is tot actie. In dat geval zijn er twee waarheden: de gerechtelijke waarheid en de politieke waarheid die naast elkaar kunnen bestaan.

Toch overtuigt de redenering van Boogaard mij niet helemaal.

In de eerste plaats veronderstelt zij dat de wetgever het hogere recht ook daadwerkelijk interpretéért. Dat gebeurt in de meeste gevallen helemaal niet,

---

242 *Ibid.*, p. 251. Dat argument is niet nieuw. Brouwer baseerde zijn afkeer van het wetgevingsbevel in 1992 eveneens op de vrees dat het gezag van de rechter te lijden zou hebben onder een weigerachtige wetgever. Zie Brouwer 1992, p. 303-304.

243 *Ibid.*, p. 250.

en dat erkent Boogaard ook.[244] De enkele inactiviteit van de wetgever, of zelfs een woedende motie, 'waar de rechter zich mee bemoeit', lijkt mij onvoldoende om te spreken van concurrerende interpretatie. De vraag is dus of de rechter wetgevingsbevelen categorisch uit moet sluiten, ten behoeve van iets dat zich zelden voordoet.

Belangrijker is een tweede punt. Voor zo'n dialogische benadering valt veel te zeggen in een stelsel waarin rechter en wetgever gezamenlijk eindverantwoordelijk zijn voor het handhaven van het hogere recht. Zoiets is bijvoorbeeld goed denkbaar wanneer het gaat om de toetsing aan de grondwet in Canada of de Verenigde Staten.[245] Anders ligt het bij de toetsing aan het Unierecht en het EVRM. In beide gevallen is de gezaghebbende interpretatie opgedragen aan een rechter, zij het dat het niet de Nederlandse rechter is maar een supranationaal hof. Best mogelijk dat het Europese recht daarmee rechterlijke suprematie impliceert, maar dat zit dan wel een beetje ingebakken in de beide respectievelijke stelsels. Het kan in veel gevallen ook moeilijk anders: de uniforme toepassing van het Unierecht en het EVRM maakt een ál te veel aan dialoog onwenselijk.[246] Het leidt al snel tot kakofonie. Daarmee betoog ik niet dat er geen dialoog mogelijk is tussen de beide Europese hoven enerzijds, en de diverse instanties in de lidstaten anderzijds. Ik meen alleen dat de mogelijkheden voor een dergelijke dialoog beperkt zijn. De inzet van de dialoog kan zijn, elkaar wederzijds te overtuigen. Maar uiteindelijk zijn het de Straatsburgse, respectievelijk de Luxemburgse instanties die bepalen wat de uitkomst van de dialoog is, tenminste voor zover het gaat om de uitleg van het EVRM en het Unierecht.

Dit betekent concreet het volgende. Waar de Nederlandse rechter zijn constatering, dat sprake is van een verplichting tot wetgeven, direct kan steunen op een uitspraak van één van beide Europese hoven, ligt het aannemen van ruimte voor concurrerende interpretatie door de wetgever niet voor de hand. Dat zou dan wel een uitspraak moeten zijn waarbij Nederland rechtstreeks betrokken is. In het kader van het Unierecht ligt dan voor de hand dat de Nederlandse rechter een prejudiciële vraag stelt over het bestaan van een rechtsplicht tot wetgeven. Het antwoord dient, meen ik, niet alleen de rechter, maar ook de wetgever te respecteren.

In het kader van de toetsing aan het EVRM ligt het iets lastiger. Het is denkbaar dat het Straatsburgse Hof in een eerdere procedure tegen Nederland reeds expliciet heeft uitgesproken dat de Nederlandse wetgever in actie dient te komen. Hoewel de Straatsburgse rechtspraak zich normaal gesproken tot

244 *Ibid.*, p. 247.

245 Zelfs in Nederland is zoiets bij toetsing aan de Grondwet denkbaar. Zo bepleit Schutgens in een preadvies voor de Staatsrechtconferentie 2010, een uitleg van art. 120 Gw die rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Grondwet mogelijk maakt en tegelijkertijd het primaat van de politiek bij de uitleg van de Grondwet waarborgt.

246 Aldus bijv. oud-rechter S.K. Martens in een interview met C. Lindo in het *NJB* (1991, p. 465-476, op p. 470).

de Staat als geheel richt, is zo'n directe oproep aan de wetgever, onder artikel 46 EVRM, mogelijk.[247] Is Nederland rechtstreeks door het Hof aangesproken, dan ligt het niet voor de hand om een eigen interpretatieve rol voor de wetgever aan te nemen. Anders kan het liggen wanneer er relatief duidelijke Straatsburgse jurisprudentie ligt, maar deze jurisprudentie niet tegen Nederland is gewezen. Men kan betogen dat de jurisprudentie van het Hof als zodanig deel uitmaakt van het EVRM.[248] De interpretatie van het Hof is dan bindend voor verdragsstaten die geen partij waren bij het verdrag. Het probleem blijft dan echter dat het een kwestie van interpretatie blijft, of de Straatsburgse rechtspraak ook gevolgen voor Nederland heeft. In theorie kunnen wetgever en rechter daarover verschillend denken. Onlangs riepen de lidstaten van de Raad van Europa, het Comité van Ministers op om met concrete voorstellen te komen, die het voor de hoogste rechters in de lidstaten mogelijk zouden moeten maken om het EHRM een prejudiciële vraag voor te leggen.[249] Dat heeft inmiddels geleid tot Protocol 16.[250] Hoewel het antwoord formeel niet bindend zou zijn, wordt ook in een dergelijk geval, ruimte voor concurrerende interpretatie door de wetgever moeilijk vol te houden. Zolang dat voorstel nog niet geïmplementeerd is, blijft een wetgevingsbevel van de nationale rechter echter precair.

Voor Boogaard kan, tot slot, zelfs een glasheldere rechtsplicht niet leiden tot een wetgevingsbevel, omdat er grenzen zijn 'aan wat de rechter vermag, zelfs als hij gelijk heeft'. Beslissend is voor hem, dat het gezag van de rechter op de tocht kan komen te staan als de wetgever, uit onwil of met alle goede bedoelingen, het bevel niet (tijdig) nakomt. Die vrees voor het gezag van de rechter is een veelgehoord argument.[251] Het ligt ook wel een beetje voor de

247 Vgl. o.a. EHRM 7 oktober 2010, *no.* 30078/06 (*Konstantin Markin t. Rusland*), r.o. 67. Een zeer recent voorbeeld waarin het Hof een leemte in wetgeving constateerde en de nationale wetgever aanspoorde daar wat aan te doen, betrof: EHRM 11 april 2013, *no.* 20372/11 (*Vyerentsov t. Oekraïne*), r.o. 94. Men kan, zoals Boogaard 2013, p. 223-224, onderstrepen dat zulke overwegingen van het Hof formeel niet bindend zijn. Het gaat om 'indications' of 'recommendations'. Dat klopt. Maar beslissend is dat n.m.m. niet. Van een Straatsburgs 'bevel' is inderdaad geen sprake, in elk geval niet formeel. Maar het EHRM concretiseert wel dat de bron van de schending gelegen is in (het ontbreken van) wetgeving. Staten zijn verplicht om daar wat aan te doen. Hoewel het Straatsburgse arrest zélf dus geen formeel bevel *is*, kan het wél de legitimatie bieden voor een nationaalrechtelijk formeel bevel.

248 Zie uitgebreid en kritisch: Van Kempen 2003, p. 45-46. Voorts: Besselink 1995, p. 53-54; Schokkenbroek 1996, p. 296-297; Van der Velde 1997, p. 77-78; Van Emmerik 1997, p. 268; Martens 2000b, p. 756; Gerards 2011a, p. 29. Besselink merkt op dat de Hoge Raad van de incorporatietheorie lijkt uit te gaan (Besselink 1995, p. 54). Hij verwijst in dat verband naar de post-Berrehabjurisprudentie (HR 10 november 1989, *NJ* 1990/628 m.nt. EAA).

249 Vgl. *Declaration of the High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights* ('*Brighton Declaration*'), 19-20 april 2012, punt 12d. Zie tevens o.a.: Lübbe-Wolff 2012.

250 Protocol 16 ligt vanaf 2 oktober 2013 voor ondertekening door de lidstaten gereed.

251 Zie eerder in dezelfde context o.a. Brouwer 1992, p. 303-304. In soortgelijke zin: R. van de Westelaken, 'Heller Wahlsinn: op weg naar een nieuw Duits kiesstelsel', *Weblog Publiekrecht & Politiek*, d.d. 4 juli 2011 (http://www.publiekrechtenpolitiek.nl/heller-wahlsinn-op-weg-

hand. Toch heb ik er twee bezwaren tegen. In de eerste plaats wordt de aanname zelden tot nooit empirisch onderbouwd.[252] Dat is ook moeilijk, want gezag laat zich lastig meten. Als de veronderstelling in algemene zin klopt, zou dat betekenen dat het Duitse *Bundesverfassungsgericht* in een ernstige gezagscrisis moet verkeren. Weliswaar vaardigt dat hof geen *formele* bevelen uit, in de definitie van Boogaard, maar het spreekt geregeld expliciet uit dat de wetgever aan de slag moet en niet zelden gaat zo'n oproep vergezeld van een termijn.[253] Lang niet altijd worden die termijnen gehaald. Betekent dit nu, dat de legitimatie van het BVerfG op het spel staat? Zoals gezegd is onderzoek daarnaar schaars, maar uit het beschikbare materiaal krijg ik die indruk niet.[254] Het tweede bezwaar is dat het mij onwaarschijnlijk lijkt dat het gezag van rechterlijke uitspraken bepaald wordt door het subtiele verschil tussen een formeel bevel, en een materieel bevel in de vorm van een verklaring voor recht of het vaststellen van een rechtsplicht in de overwegingen van de uitspraak. Anders gezegd: ook wanneer de rechter wél constateert dat de wetgever in actie moet komen, maar dat niet in de vorm van een bevel doet, ligt het '*over my dead body*' van de wetgever op de loer.[255] Het betoog van Boogaard dat de rechter in zulke gevallen een weg terug heeft, werkt wellicht bij juristen, maar niet bij het grote publiek.

Sluit ik mij dan aan bij de materiële benadering? Niet helemaal.

Waar een duidelijke verplichting uit Straatsburg of Luxemburg mist, is de redenering van Boogaard wat mij betreft wél overtuigend. In zulke gevallen is rechterlijke rechtsvorming, hoe bescheiden ook, nodig om tot de vaststelling van de wetgevingsplicht te komen. Het SGP-arrest is er een voorbeeld van.[256] In de zuiver materiële benadering, wordt dergelijke rechtsvorming uitgefilterd in de toetsingsfase. De rechter moet er absoluut zeker van zijn dat sprake is van een geschonden wetgevingsplicht alvorens hij tot onrechtmatigheid concludeert. Doet hij dat, dan is een bevel mogelijk. Dat suggereert een dichotomie tussen wel of geen rechtsplicht, waar het vaak om grijstinten gaat. De vraag, bijvoorbeeld, of het kraken van een woning de bescherming van artikel 8 EVRM tot gevolg heeft, en hoe ver die bescherming dan moet gaan, is een vraag die de Nederlandse rechter met zeer beperkte rugdekking uit Straatsburg moet

naar-een-nieuw-duits-kiesstelsel/).

252 Ik kwam althans geen studies op dit terrein tegen.

253 Zie de paragrafen 8.2.2 en 8.3.2.

254 Zo blijkt uit een recente enquête dat ruwweg tweederde van de Duitsers meent dat de invloed van het BVerfG 'groot tot zeer groot' is. Een zeer ruime meerderheid ziet dat niet als problematisch. Zie Köcher 2012. Uit cijfers van het BVerfG zélf blijkt bovendien dat burgers het Hof op grote schaal weten te vinden. Op een gebrek aan vertrouwen in de daadkracht van het Hof wijst dat evenmin (zie Bundesverfassungsgericht Jahresstatistik 2010, 2011). Zulk onderzoek is uiteraard niet voldoende wetenschappelijk 'bewijs' dat het wel goed zit met het gezag van het Hof, maar het nodigt wel uit tot vraagtekens wanneer het tegendeel wordt aangenomen.

255 Boogaard 2013, p. 251.

256 HR 9 april 2010, *JB* 2010/115 m.nt. Schutgens & Sillen (*Staat/Clara Wichmann*).

beantwoorden.[257] Zolang er geen dwingend precedent uit Straatsburg is, moet de Nederlandse rechter het doen met minder duidelijke aanknopingspunten. Daarmee is echter niet gezegd dat hij elke vordering moet afwijzen. Het Straatsburgse toezichtsmechanisme zou aan marginale toetsing ten onder gaan als de nationale rechter zó voorzichtig zou worden.[258] Juist in zúlke gevallen kan het aantrekkelijk zijn voor de Nederlandse rechter om wel tot onrechtmatigheid te concluderen, maar terughoudend te zijn met het geven van een dwingend formeel wetgevingsbevel.[259]

Resumerend

Een rechterlijk gebod tot wijziging, intrekking of vaststelling van een wettelijk voorschrift is, naar huidig positief recht, niet mogelijk. De Hoge Raad meent dat een dergelijk bevel op gespannen voet staat met de leer van de machtenscheiding, en met het uitgangspunt dat uitspraken van de civiele rechter slechts werking *inter partes* hebben. Ik betoog dat geen van beide standpunten overtuigend is. In navolging van eerdere auteurs, meen ik dat de Hoge Raad ruimte voor de wetgever suggereert, die er lang niet altijd is. Waar die ruimte er niet is, zou een rechterlijk bevel gegeven moeten kunnen worden. Anders dan de meeste van de genoemde auteurs, meen ik echter niet dat het medicijn tegen de potentiële gevaren van het wetgevingsbevel gelegen is in extreme rechterlijke terughoudendheid. Waar een rechtstreekse interventie van het Hof van Justitie of het EHRM niet tot de mogelijkheden behoort, blijft het mogelijk dat de Nederlandse rechter op eigen gezag tot een wetgevingsplicht concludeert, maar in dat soort gevallen lijken mij wetgevingsbevelen onwenselijk.

257 Vgl. HR 28 oktober 2011, *NJ* 2013/153 m.nt. Mevis (*Wet kraken en leegstand*).

258 Een beperkte 'voortrekkersrol' voor nationale rechters kan zeer gewenst zijn. Zie de noot van Alkema onder *NJ* 1992/129, en Gerards 2010, p. 255.

259 Het bezwaar van Boogaard 2012, p. 251, dat de rechter dan soms wel, soms niet van zijn bevoegdheid gebruik maakt, vindt ik evenmin overtuigend. Net als Boogaard zelf, heb ik namelijk geen probleem met het bestaan van een bevoegdheid en rechterlijk beleid bij de invulling ervan. Bovendien kan voor het aannemen van de bevoegdheid tot het geven van een gebod, en voor de uitzonderingen, worden aangesloten bij het wettelijk stelsel. Waar art. 3:296 BW als grondslag voor het bevel kan dienen, kan voor de uitzondering worden verwezen naar art. 6:168 BW. Zie Schutgens 2009a, p. 257.

3.3.4 Schadevergoeding

Dat de rechter de Staat kan veroordelen tot het vergoeden van schade die een burger lijdt als gevolg van onrechtmatige wetgeving, is onomstreden.[260] Het vaststellen van een voorschrift dat in strijd is met verdrags- of Unierecht, is als zodanig onrechtmatig. Deze onrechtmatigheid wordt de Staat in beginsel toegerekend.[261] Mits voldaan is aan de eisen van relativiteit en causaliteit, kan de burger zijn schade dus vergoed krijgen. Uitzonderingen daargelaten, is de relativiteitseis doorgaans niet problematisch wanneer een individuele burger zich op een grondrecht beroept.[262] Moeilijker kan het liggen ten aanzien van de causaliteit. Die causaliteit bespreek ik echter uitvoerig in paragraaf 5.3. Om doublures te voorkomen, doe ik dat hier niet. Hetzelfde geldt voor de overige eisen van aansprakelijkheid, en de toepasbaarheid van het aansprakelijkheidsleerstuk op de formele wetgever.

3.4 UITGELEIDE

Ik bezag in dit hoofdstuk welke remedies het Nederlandse recht in petto heeft voor een burger die zich terecht op het standpunt stelt dat een wettelijk voorschrift in strijd is met een rechtstreeks werkend grondrecht. Daarbij maakte ik een onderscheid tussen zogenaamde constitutionele remedies in enge zin, en zogenaamde procesrechtelijke remedies. De constitutionele remedies in enge zin spelen een rol in het proces van rechtsvinding. De bevoegdheid er in te voorzien, komt elke rechter toe. Het gaat daarbij om twee remedies: de conforme lezing van voorschriften die *prima facie* in strijd zijn met verdrags- of Unierecht, en het buiten toepassing laten van die voorschriften. De inzet van beide remedies is niet onbeperkt. In het volgende hoofdstuk bezie ik waar de grenzen van deze remedies precies liggen. Mocht de burger met die grenzen geconfronteerd worden, dan zal hij zich al snel afvragen of hij in zo'n geval op een andere wijze rechtsherstel kan krijgen. De procesrechtelijke remedies komen dan in beeld. Van procesrechtelijke remedies sprak ik, waar ik doelde op de uitspraakbevoegdheden van de civiele rechter in een wetgevingsgeding.

---

260 Vgl. o.a. HR 24 januari 1969, *NJ* 1969/316 m.nt. HD; HR 9 mei 1986, *NJ* 1987/252 m.nt. MS (*Van Gelder*), r.o. 3.3; HR 21 maart 2003, *NJ* 2003/691 m.nt. TK (*Waterpakt*), r.o. 3.5. Nader: Meijer 2007, p. 15-16, 18-19; Schutgens 2009a, p. 94.

261 HR 9 mei 1986, *NJ* 1987/252 m.nt. MS (*Van Gelder*). Scheltema & Scheltema 2008, p. 314, menen zelfs dat de toerekenbaarheid in dit verband geen rol speelt.

262 Aldus bijv. Schutgens 2009a, p. 54-55. Een mogelijke uitzondering zou kunnen zijn gelegen in: HR 13 april 2007, *NJ* 2008/576 m.nt. JBMV (*Iraanse vluchtelinge*), een zaak overigens, buiten de context van onrechtmatige wetgeving. De Hoge Raad overwoog dat de bescherming van het Vluchtelingenverdrag zich niet uitstrekt tot het vermogensrechtelijke belang van de klager bij het verrichten van betaalde arbeid in Nederland. Zie nader o.a.: Di Bella 2007; Den Hollander 2012.

De klager stelt de onrechtmatigheid van het wettelijk voorschrift dan direct aan de orde bij de civiele rechter. Staat die onrechtmatigheid vast, dan zijn diverse remedies mogelijk: de verklaring voor recht, schadevegoeding, en het (absolute of relatieve) toepassingsverbod. De inzet van deze remedies wordt voornamelijk door het civiele procesrecht gereguleerd. Aan één remedie die het civiele procesrecht wel kent, kleven staatsrechtelijke bezwaren: het gebod wetgeving vast te stellen, te wijzigen of in te trekken. Dat is naar positief recht nog niet mogelijk, hoewel ik betoogde dat daarvoor in sommige gevallen wel ruimte zou moeten zijn.

4 Afzien van een remedie

4.1 Inleiding

Tot dusver ging het om de theorie. Uitgangspunt is dat de rechter een mandaat heeft om grondrechten, ook jegens de formele wetgever, te beschermen. De gedachte is dat hij dit doet door voorschriften zo nodig verdragsconform uit te leggen of de toepassing ervan achterwege te laten. Zoals bekend acht de rechter zich lang niet altijd in staat een succesvol beroep op verdragsrecht te honoreren. Hij laat de kwestie dan, al dan niet tijdelijk, aan de wetgever over. In dit hoofdstuk bespreek ik in welke gevallen hij daartoe besluit.

Daarbij wordt het volgende spoorboekje aangehouden. In 4.2 ga ik in op de situatie dat de rechter het wettelijk voorschrift, in afwijking van artikel 94 Grondwet, niet buiten toepassing laat. Vervolgens komt de vraag aan de orde of de rechter dan op een andere wijze rechtsherstel kan bieden. Die vraag zet de Hoge Raad vrijwel steeds in de sleutel van (de grenzen van) zijn rechtsvormende taak. In 4.3 zet ik de schijnwerpers op deze rechtsvormende taak van de rechter. Het gaat mij er daarbij niet om dit leerstuk volledig in kaart te brengen. Ik laat dat graag aan anderen over. Ik beperk mij tot de rechtsvormende rol van de rechter bij de toetsing van wetgeving aan mensenrechten. In 4.4, tot slot, vat ik samen in welke gevallen de rechter abstineert.

4.2 Buiten toepassing laten niet aan de orde?

Artikel 94 Grondwet suggereert dat de rechter een wettelijk voorschrift, in geval van strijd met een ieder verbindende verdragsbepaling, buiten toepassing laat. Zoals in het vorige hoofdstuk besproken, hoeft dit niet steeds zo te zijn. De rechter kan het nationale voorschrift ook verdragsconform uitleggen. In sommige gevallen moet hij dat wel doen, want dan is buiten toepassing laten niet mogelijk of wenselijk. In deze paragraaf bespreek ik in welke gevallen de rechter tot de conclusie komt dat buiten toepassing laten inderdaad geen optie is. In de eerste plaats gaat het daarbij om gevallen waarin dat geen oplossing van het geschil zou zijn of dat het klager niet zou baten. In de tweede plaats ga ik in op de vraag of er ook gevallen denkbaar zijn waarin de rechter afziet van het buiten toepassing laten van een wettelijk voorschrift als dat wél een mogelijke remedie zou zijn.

4.2.1 Buiten toepassing laten baat de klager niet

Het begint romantisch. In 1980 trouwt een Surinaamse man met een Nederlandse vrouw. Aan het klassieke beeld van de ideale schoonzoon beantwoordt de man niet. Nog afgezien van het feit dat hij sinds 1977 illegaal in Nederland verblijft, wordt hij gedurende zijn verblijf in Nederland diverse keren veroordeeld wegens overtreding van de Opiumwet. In 1984 is de Staatssecretaris van Justitie het zat. Zij verklaart onze Surinaamse vriend ongewenst vreemdeling en vraagt hem te vertrekken. Een week later meldt de man zich bij de Burgemeester van zijn woonplaats Amsterdam, met de mededeling dat hij gehuwd is met een Nederlandse en daarom gebruik wil maken van zijn optierecht om door kennisgeving Nederlander te worden. Dat recht ontleent hij aan artikel 8 van de Wet op het Nederlanderschap en ingezetenschap, dat als volgt luidt:

> 'De niet-Nederlandse vrouw, wier man bij het sluiten van het huwelijk Nederlander was, wordt Nederlander door haar wil daartoe te kennen te geven aan de bij artikel 12a bedoelde autoriteit, indien op de dag van de kennisgeving het huwelijk voortduurt en de man nog Nederlander is.'

Het is de man duidelijk dat hij geen vrouw is die met een Nederlandse man is getrouwd, maar hij beroept zich op het feit dat artikel 8 WNi in strijd is met artikel 26 IVBPR en daarom zo uitgelegd moet worden dat ook buitenlandse mannen een optierecht toekomt. Zijn stelling is in constitutionele zin explosief materiaal. Het onderscheid tussen mannen en vrouwen in de WNi is door de wetgever namelijk uitermate bewust opgenomen.[1] Oordeelt de rechter dat hier sprake is van een discriminatoir onderscheid, dan doet zich de 'klassieke' situatie voor dat rechter en wetgever lijnrecht tegenover elkaar staan.[2]

De Hoge Raad redt zich er uit door niet op de mogelijke strijd tussen de artikel 8 WNi en 26 IVBPR in te gaan.[3] Dat gaat zijn rechtsvormende taak te buiten. Maar als hij wel tot strijd had geconcludeerd, had hij artikel 8 WNi dan buiten toepassing kunnen laten? Nee, dat is zinloos, zegt Advocaat-Generaal Mok in zijn uitvoerig gemotiveerde conclusie:

> 'Het resultaat is dan immers toch dat de door klager gedane kennisgeving geen effect sorteert, zodat zijn beklag ongegrond moet worden verklaard. De betekenis van een uitspraak van de HR in deze geest zou dan ook alleen kunnen zijn dat

1 Betty de Hart laat in haar dissertatie uit 2003 treffend zien dat de wetgever Nederlandse vrouwen die met een buitenlandse man trouwen, zelfs nog ná de weldra te bespreken uitspraak van de Hoge Raad, beschouwt als 'naïef, niet van onbesproken moreel gedrag en slachtoffer van de buitenlandse man'. Zie De Hart 2003, p. 218-219. Citaat op p. 219.

2 Wel is het zo dat de opvattingen in het parlement in de tachtiger jaren aan het schuiven waren.

3 HR 12 oktober 1984, *NJ* 1985/230 (*Optierecht Nederlanderschap*), r.o. 5.

voortaan vrouwen ook geen gebruik meer kunnen maken van de optiemogelijkheid van art. 8; een dergelijke uitspraak mag de HR echter, gezien art. 12 Wet AB, niet geven'.[4]

Mok heeft gelijk. Het bloot buiten toepassing laten van artikel 8 WNi 'helpt' de Surinaamse klager niet. De rechter zou er alleen mee uitspreken dat ook buitenlandse vrouwen geen aanspraak meer kunnen maken op het optierecht. Daarom is het de klager uiteraard niet te doen. Hij voorkomt er zijn uitzetting niet mee. Belangrijker is misschien nog wel dat het de rechter volgens Mok niet is toegestaan om voor deze remedie te kiezen, zelfs als de klager er op zou staan. Artikel 12 Wet AB, dat de rechter verbiedt om bij wege van algemene verordening of reglement uitspraak te doen, zou daaraan in de weg staan.

Ik laat maar even in het midden of artikel 12 Wet AB in stelling kan worden gebracht tegen een dergelijk gebruik van de bevoegdheid van artikel 94 Grondwet. Gelet op de schaarse toepassing van de Wet AB op dit punt zie ik niet onmiddellijk een eenduidig antwoord op die vraag.

Ik zou het anders willen formuleren: het beoogde rechtsgevolg treedt eenvoudigweg niet in. Als de rechter, zelfs al is het de Hoge Raad, in de hier besproken zaak had overwogen dat artikel 8 WNi buiten toepassing moet blijven jegens buitenlandse vrouwen die een beroep op de bepaling doen, dan bindt die uitspraak slechts de Staatssecretaris van Justitie en de Surinaamse klager. Andere partijen noch andere rechters of de Hoge Raad zelf zijn aan dat oordeel, strikt genomen, gebonden.[5]

Het is theoretisch mogelijk dat de Surinaamse man een civiele actie op grond van onrechtmatige wetgeving tegen de Staat onderneemt. Hij zou in dat geval kunnen vorderen dat de Staat de bepaling steevast buiten toepassing laat ten aanzien van buitenlandse vrouwen, maar het is sterk de vraag of zijn procesbelang bij een dergelijke vordering zou worden erkend. Hoe dan ook, een dergelijke situatie doet zich bij een exceptief beroep op het verdragsrecht niet voor. In procedures over constitutionele remedies in enge zin heeft de rechter vaak niet de bevoegdheid om de Staat of een bestuursorgaan te bevelen de bepaling in de toekomst jegens derden buiten toepassing te laten.

De situatie dat het buiten toepassing laten van het aangevallen voorschrift de klager niet baat komt geregeld voor in de jurisprudentie. Bekende voorbeel-

4 HR 12 oktober 1984, *NJ* 1985/230 (*Optierecht Nederlanderschap*), concl. A-G Mok, overw. 7.2.

5 Materiële binding zou er wel kunnen zijn. Zou de HR overwegen dat sprake is van een voorschrift dat vanwege strijd met een verdragsbepaling buiten toepassing dient te blijven, dan zou daaraan uiteraard een groot gezag toekomen. Toch maakt dat de zaak niet anders. In de eerste plaats zou dat gezag óók gelden voor de situatie dat de HR niet buiten toepassing laat, maar slechts overweegt dat sprake is van strijd tussen wet en verdrag. In de tweede plaats zou een vrouw, die het oordeel van de HR in een dergelijk geval later krijgt tegengeworpen, zich kunnen beroepen op het gerechtvaardigde vertrouwen dat een wettelijke regeling oplevert.

den zijn de arresten *Beukema & Van Veen* (*'Naamrecht'*) en *Arbeidskostenforfait*.[6] Twee verschillende gevallen kunnen worden onderscheiden. In de eerste plaats de situatie, dat er in het geheel geen relevant voorschrift is dat buiten toepassing kan worden gelaten. Dit is het geval als de wet het probleem eenvoudigweg niet heeft geregeld. Een legislatieve omissie dus. Men denke aan de situatie dat de justitiabele volgens het verdrag recht heeft op een bepaalde aanspraak terwijl het nationale recht daarin niet voorziet.[7] In de tweede plaats de situatie zoals die zich in het voorbeeld van het *Optierecht Nederlanderschap* manifesteert, namelijk dat er wel een bepaling is die buiten toepassing kan worden gelaten, zij het dat dit de klager niet baat.[8]

Soms wordt aangenomen dat deze categorie zich automatisch voordoet wanneer een begunstigende wettelijke regeling zich richt tot een te beperkte groep personen, wat betekent dat er sprake is van een ongerechtvaardigd onderscheid. Dat hoeft echter lang niet altijd zo te zijn. De regeling kan ook zodanig geformuleerd zijn, dat eerst het recht algemeen wordt toegekend, en vervolgens een bepaalde groep van het recht wordt uitgezonderd. Bijvoorbeeld als volgt:

1. *Mensen met een bril krijgen elk jaar op 1 april hun gewicht in Milka paaseieren thuisbezorgd*
2. *Het voorgaande lid is niet van toepassing op promovendi in het staatsrecht*

Zuiver technisch geredeneerd, is het prima voorstelbaar dat de rechter het geschil, door lid 2 buiten toepassing te laten, naar volle tevredenheid van een teleurgestelde promovendus staatsrecht kan oplossen. Of de rechter rechtsherstel kan bieden door het buiten toepassing laten van een voorschrift, is dus een kwestie van wetgevingstechniek. Dat kan, maar hoeft niet, problematisch te zijn. Problematisch wordt het, als de rechter naast het buiten toepassing laten van het voorschrift geen andere remedies tot zijn beschikking zou hebben. Dan is het lot van de klager geheel en al een zaak van wetgevingstechniek, hetgeen op zijn zachtst gezegd onbevredigend zou zijn. Dat nu, is normaal gesproken echter niet het geval. Zoals wij zagen kan de rechter zijn interpretatieve mandaat zodanig inzetten, dat de bepaling ook van toepassing wordt

6 HR 23 september 1988, *NJ* 1989/740 m.nt. EAA & EAAL (*Beukema & Van Veen*); HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*).

7 Zo acht de rechter zich niet in staat om zelfstandig een rechtsmiddel (zoals hoger beroep) te creëren, ook als dit verdragsrechtelijk wel geboden zou zijn. Vgl. o.m. HR 3 mei 1989, *BNB* 1989/256 m.nt. Scheltens, r.o. 4.6; HR 11 oktober 1989, *BNB* 1990/87 m.nt. Scheltens (*BPM en fair trial*), r.o. 4.9; HR 14 juni 2000, *JB* 2000/197 m.nt. HLJ; ABRvS 22 november 2001, *AB* 2002/112 m.nt. Sew; HR 23 januari 2004, *JB* 2004/75 m.nt. RMPGN-C (*Verzuimboete*).

8 Daarvan was o.m. sprake in HR 23 september 1988, *NJ* 1989/740 m.nt. EAA & EAAL (*Beukema & Van Veen*).

verklaard op de benadeelde groep. Of hij daartoe bereid is, is voornamelijk afhankelijk van de grenzen van zijn rechtsvormende taak.

Betekent dit nu dat het helemaal niet uitmaakt hoe de begunstigende bepaling geformuleerd is? Dat hangt ervan af. Moet de rechter door conforme interpretatie rechtsbescherming bieden dan leidt dit – we zullen dat in de volgende paragraaf zien – tot een belangenafweging. Artikel 94 Grondwet is dwingend geformuleerd. Betekent dit dat de rechter ook verplicht is tot het buiten toepassing laten van het voorschrift als dit een mogelijke oplossing van het voorliggende geschil is? Als dat zo is, dan maakt wetgevingstechniek wel degelijk uit: is buiten toepassing laten mogelijk, dan kan de justitiabele op rechtsbescherming rekenen. Is buiten toepassing laten niet mogelijk, dan moet hij de uitkomst van een belangenafweging afwachten.

Kortom. Het buiten toepassing laten van een voorschrift is, zo suggereert in elk geval de tekst van artikel 94 Gw, dwingend voorgeschreven. Soms is dat echter onmogelijk. Het hangt af van de wijze waarop het voorschrift geredigeerd is, of buiten toepassing laten formeel-technisch mogelijk is. Als dat het geval is, dan rijst de vraag of de rechter ook steeds verplicht is daartoe over te gaan. Hoe zit dat in de rechtspraktijk? Op die vraag ga ik nu in.

4.2.2 Buiten toepassing laten baat de klager wel

In sommige gevallen is het buiten toepassing laten van een wettelijk voorschrift technisch mogelijk, maar verzetten andere argumenten zich tegen gebruikmaking van deze bevoegdheid. Wat kunnen dat voor argumenten zijn? Ik telde vijf categorieën. Het onderscheid tussen de categorieën van gevallen is niet vlijmscherp. Soms is sprake van overlap.

4.2.2.1 Buiten toepassing laten leidt tot een disproportionele uitkomst, of noopt tot rechtspolitieke keuzes

In de eerste plaats is er de categorie van gevallen waarin het algeheel buiten toepassing laten van het voorschrift nogal drastisch is. In dat geval zou de toepassing van het voorschrift ook gedeeltelijk achterwege kunnen blijven. Niet alle toepassingen van het voorschrift worden dan onrechtmatig verklaard. Dat houdt voor de rechter in, dat hij een keuze moet maken waar de grens tussen rechtmatig en onrechtmatig te leggen. Het wettelijk stelsel moet daarvoor wel duidelijke aanknopingspunten bieden. In wezen komt een en ander neer op de, in het vorige hoofdstuk besproken, problematiek van de splitsbaarheid.[9] Het vaststellen van die grens brengt keuzes met zich die de rechter liever voor rekening van de wetgever laat. In zulke gevallen ziet hij ervan af de regeling buiten toepassing te laten.

9 Zie § 3.2.2.

Een voorbeeld. Zowel de Grondwet als de Kieswet zonderden tot 2008 van het kiesrecht uit, diegenen die krachtens een rechterlijke uitspraak onbekwaam waren rechtshandelingen te verrichten.[10] Wie onder curatele gesteld was, kon dus niet alleen niet meer rechtmatig besluiten tot de aanschaf van een luxe 168-delige Villeroy & Boch bestekset, maar ook niet meer stemmen bij verkiezingen. In 2002 kwam een licht verstandelijk gehandicapte man daartegen in opstand. Hij was weliswaar onder curatele gesteld, maar hij was politiek zeer geëngageerd, en niet minder dan zijn medeburgers in staat om op dat punt een afweging te maken. Hij beriep zich onder meer op artikel 25 IVBPR, dat het recht geeft om 'zonder onredelijke beperkingen te stemmen en gekozen te worden'. De Afdeling, die in 2003 uitspraak doet, erkent dat er een probleem is. Bij het uitspreken van de curatele vindt geen onderzoek plaats naar de vraag of de geestelijke stoornis ook noopt tot ontneming van het kiesrecht. Dat leidt de Afdeling tot de volgende slotsom:

> 'hoewel de uitsluiting van degenen die krachtens een onherroepelijke rechterlijke uitspraak wegens een geestelijke stoornis onbekwaam zijn rechtshandelingen te verrichten, in zijn algemeenheid niet als een onredelijke beperking, als bedoeld in art. 25 aanhef en onder b IVBPR kan worden aangemerkt, een dergelijke uitsluiting in een concreet geval tot een uitkomst kan leiden die wel als zodanig moet worden beschouwd'.[11]

Betekent dit dat de, expliciet in de tekst van de artikelen 54 lid 2 (sub b) Grondwet en B5 lid 2 (sub b) Kieswet opgenomen, uitzondering jegens appellant buiten toepassing moet worden gelaten? Tekstueel is dit mogelijk. Toch begint de Afdeling er niet aan:

> 'De wijze waarop moet worden vastgesteld of daarvan sprake is en, zo ja, hoe de strijdigheid met art. 25 lid 1 aanhef en onder b IVBPR kan worden weggenomen en aan welk orgaan ter zake bevoegdheid moet worden toegekend, vergt evenwel (…) rechtspolitieke keuzes die niet binnen de rechtsvormende taak van de rechter vallen maar door de wetgever zullen moeten worden gemaakt. Het betoog dat art. 54 lid 2 aanhef en onder b Gw en art. B5 lid 1 aanhef en onder b Kieswet in strijd zijn met art. 25 aanhef en onder b IVBPR en op die grond – gelet op het bepaalde in art. 94 Gw – buiten toepassing moeten blijven, faalt dan ook'.[12]

Het nationale regime kan weliswaar in concrete situaties onverenigbaar zijn met artikel 25 IVBPR, maar dat geldt niet voor alle toepassingen van het nationale regime. Het zou dus te ver voeren om dit nationale regime steeds buiten toepassing te laten als zich een onder curatele gestelde bij de rechter (of het bestuur) meldt. De vraag in welke gevallen het redelijk is dat een onder

10 Vgl. artt. 54 (oud) Gw; B5 (oud) Kiesw. Gewijzigd bij wet van 27 juni 2008, *Stb.* 2008, 272.
11 ABRvS 19 oktober 2003, *AB* 2003/463 m.nt. PJS (*Kiesrecht Martijn*), r.o. 2.6.2-2.6.3.
12 *Ibid.*

curatele gestelde het kiesrecht ontnomen wordt, is er volgens de Afdeling echter een voor de wetgever. Het verdrag verzet zich tegen het algeheel ontbreken van enigerlei vorm van afwegingsmechanisme, het geeft de rechter geen concrete criteria om te bepalen hoe de afweging er uit moet komen te zien. Dat betekent dat hij de regeling ofwel in alle gevallen buiten toepassing moet laten – maar daarmee zou hij meer toepassingen achterwege laten dan het verdragsrecht eist – ofwel dat hij juist het buiten toepassing laten achterwege laat. De Afdeling kiest voor het laatste.

De Hoge Raad vaart normaal gesproken een soortgelijke koers. Hij doet dat bijvoorbeeld in een arrest uit 1992 waarin hij de regeling inzake griffierechten op gespannen voet vindt staan met de artikelen 6 en 14 EVRM en 26 IVBPR.[13] Deze regeling houdt ten tijde van het arrest in, dat belastingplichtigen die op hun beroep bij het gerechtshof een mondelinge uitspraak hebben gekregen, een extra griffierecht van *f*150,= verschuldigd zijn als zij alsnog een schriftelijke uitspraak wensen te ontvangen. Die schriftelijke uitspraak hebben zij nodig om in cassatie te kunnen gaan. Het extra bedrag aan griffierechten werd in het verleden verrekend met het, in cassatie verschuldigde, griffierecht zodat er geen verschil in behandeling was tussen diegene die meteen al een schriftelijke uitspraak van het hof had gekregen, en diegene die alsnog om een schriftelijke uitspraak had moeten vragen. In 1988 wijzigt die regeling waarbij de mogelijkheid van verrekening vervalt. Voor het alsnog verkrijgen van de schriftelijke uitspraak is extra griffierecht verschuldigd. Wie een mondelinge uitspraak heeft gekregen en in cassatie wil, zal dat moeten accepteren. De Hoge Raad acht deze regeling in 1992, zoals gezegd, in strijd met een reeks verdragsbepalingen. Het zou volgens hem echter te ver voeren om de betrokken bepaling, artikel 17b Wet administratieve rechtspraak in belastingzaken, algeheel buiten toepassing te laten.[14] Het is niet zo dat het hele bedrag aan extra griffierechten hoeft te worden kwijtgescholden. Evenals de Afdeling in de kiesrechtzaak meent hij het voorschrift evenmin gedeeltelijk buiten toepassing te kunnen laten.[15] Dat zou betekenen dat hij een regeling moet treffen die zijn rechtsvormende taak te buiten gaat.[16]

De conclusie kan zijn dat de rechter soms in een ongemakkelijke spagaat zit. Algeheel buiten toepassing laten van een regeling kan een disproportionele reactie op de verdragsschending zijn. Gedeeltelijk buiten toepassing laten levert maatwerk op, maar brengt de rechter in politiek vaarwater omdat hij keuzes moet maken waartoe hij de wetgever geschikter acht. Uit de twee gegeven

13 HR 30 september 1992, *NJ* 1994/495 m.nt. EAA (*Griffierecht*).

14 Vgl. r.o. 4.4.5.

15 Anders: annotator Van der Burg onder *AB* 1993/2, die er kennelijk vanuit gaat dat wel buiten toepassing wordt gelaten.

16 Overigens bood de HR hier op bijzondere wijze rechtsbescherming, door de eigen griffier te verordonneren het, ten onrechte betaalde, griffierecht te laten terugstorten. Daarop kom ik nog terug.

voorbeelden blijkt dat de gangbare reactie van de rechter is, dat hij de kwestie dan – al dan niet voorlopig – aan de wetgever overlaat.[17]

Toch is dat niet steeds zo. In paragraaf 3.2.2 kwam de zaak *Ilhan* al even aan de orde.[18] Het ging in die zaak om een eenmalige belasting op personenauto's (BPM), die – vanuit het perspectief van het Unierechtelijke evenredigheidsbeginsel ten onrechte – geen rekening hield met de gebruiksduur van de auto op het Nederlandse wegennet. Het Unierecht, noch het Hof van Justitie schreef voor op welke manier rekening moest worden gehouden met de gebruiksduur. Duidelijk was wel dat het de Nederlandse wetgever in beginsel vrij stond om BPM te heffen. *In casu* had de Nederlandse weggebruiker en belastingplichtige gedurende een vrij lange periode met de auto in Nederland rondgereden. Het Unierecht verzette zich er dan ook niet tegen dat hij een bepaald bedrag aan BPM moest betalen. Tot dusver lijkt de casus op de hiervoor geschetste zaken over het kiesrecht voor onder curatele gestelden en de griffierechtenregeling. In deze gevallen is het algeheel buiten toepassing laten drastisch, zo niet disproportioneel. In alle drie de gevallen vindt de rechter het markeren van de grens tussen het toelaatbare en het ontoelaatbare zijn rechtsvormende taak te buiten gaan. Maar waar de Afdeling en de Hoge Raad in de griffierechtenzaak besluiten om de kwestie dan maar aan de wetgever over te laten, komt de Hoge Raad in *Ilhan* tot de conclusie dat hij dan tóch de gehele regeling maar buiten toepassing moet laten. De aanslag BPM werd in het geval van Ilhan vernietigd. Hij hoefde niet te betalen.

Het verschil tussen de drie zaken zit hem, denk ik, in de wijze waarop de Hoge Raad zijn taak opvat in zaken waarin het EVRM of het IVBPR, respectievelijk het Unierecht aan de orde is. In het eerste geval noopt zijn 'traditioneel terughoudende plaats in het staatsbestel' hem ertoe de kwestie aan de wetgever over te laten. In het tweede geval voelt hij zich gedwongen de klager toch een remedie te bieden. Het Unierecht eist dit van hem.[19] Ik ga in het volgende deel nader op deze eis in.

Tot zover luidt de conclusie dat het buiten toepassing laten van de bepaling soms weliswaar technisch mogelijk, maar geen wenselijke optie is. De rechter laat dan ofwel teveel buiten toepassing, of hij moet grenzen gaan trekken die hij liever getrokken ziet worden door de wetgever. In veel van die gevallen

17 Met de aantekening dat de HR hier dus wèl rechtsbescherming bood. Zie de vorige voetnoot.

18 HR 14 november 2008, *BNB* 2009/3 (*Ilhan II*).

19 Dit doet zich vaker voor. Zie in dat verband Gerechtshof Arnhem 31 augustus 2007, *LJN* BB3047 (*Zaak N.*). De Hoge Raad casseerde overigens en liet in deze zaak, op de voet van art. 8:72 lid 3 Awb, de rechtsgevolgen van de aanslag IB in stand. Zie HR 20 februari 2009, *BNB* 2009/262 m.nt. Burgers (*Zaak N.*). Ook de HR komt in deze zaak evenwel tot een vernietiging van de aanslag. Een Unierechtelijke zaak waarin de rechter wel abstineert is er ook. Zie ABRvS 21 november 2006, *AB* 2007/80 m.nt. PAS (*Eman & Sevinger*). Onduidelijk is wel of de Afdeling in deze zaak afziet van het buiten toepassing laten van de aangevallen bepalingen van de Kieswet. Zij overweegt in r.o. 2.3.1 dat zij dit doet en vernietigt op basis daarvan de ter toetsing voorgelegde beschikkingen, maar meent eveneens dat het bieden van rechtsherstel de rechtsvormende taak van rechter en bestuur te buiten gaat.

abstineert hij dan. Soms is dat niet nodig en kan hij, door creatieve interpretatie van aanpalend recht, alsnog een remedie bieden. Op die mogelijkheid kom ik hierna nog terug. Is zo'n creatieve interpretatie geen optie, maar is het Unierecht in het geding, dan zien we dat in elk geval de Hoge Raad zich toch nog eens achter de oren krabt en de bepaling dan, zij het vermoedelijk met een bescheiden zucht, alsnog in het geheel buiten toepassing laat.

De behandeling van Unierecht en de mensenrechtenverdragen loopt op dit moment dus uiteen. Dat lijkt mij onwenselijk, nu daarvoor – bij gelijksoortige rechten – geen goede reden is aan te wijzen. In het volgende deel bepleit ik een meer coherente interpretatie van effectieve rechtsbescherming op het Europese niveau. Zover is het nu echter nog niet, want er zijn nog enkele andere factoren te beschrijven, die de rechter nopen ervan af te zien een voorschrift buiten toepassing te laten.

4.2.2.2 Buiten toepassing laten leidt tot een nieuwe verdragsschending

Het buiten toepassing laten van een wettelijk voorschrift om een schending van verdragsrecht te remediëren, kan in sommige gevallen een nieuwe verdragsschending tot gevolg hebben. Vaak komt dat niet voor, maar het gebeurt een enkele keer bij de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel.

Het arrest *Autokostenforfait* uit 1998 is in dat verband illustratief.[20] De Hoge Raad komt in dit arrest tot de conclusie dat een verhoging van het autokostenforfait met 4% neerkomt op een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling van belastingplichtigen die hun leaseauto privé minder dan 1000 km gebruiken, en belastingplichtigen die meer eigen kilometers maken. Hoe en waarom de Hoge Raad tot deze conclusie komt interesseert ons hier niet. Wel van belang is dat het buiten toepassing laten van het problematische artikel 42, vierde lid Wet IB, er volgens de Hoge Raad toe zou leiden dat opnieuw een ongelijke behandeling in het leven wordt geroepen, nu tussen automobilisten met een leaseauto en automobilisten met een eigen auto, respectievelijk non-automobilisten.[21] Annotator Wattel spreekt in dat verband treffend van het *Van-de-wal-in-de-sloot-beginsel*.[22] Daar komt meteen een beginsel bij, want de Hoge Raad overweegt dat het in theorie weliswaar ook mogelijk is dan het gehele forfait buiten beschouwing te laten, maar dat hij dit 'voorshands' een disproportionele

20 HR 15 juli 1998, *BNB* 1998/293 (*Autokostenforfait*). Dit arrest moet niet verward worden met een eerder arrest waarin de HR het Autokostenforfait aan mensenrechten toetste: HR 8 mei 1991, *BNB* 1991/196 m.nt. Den Boer. Het arrest uit 1998 kreeg bovendien een vervolg in HR 24 januari 2001, *BNB* 2001/291 m.nt. Happé.

21 In dat laatste geval kan worden gedacht aan belastingplichtigen die gebruik maken van het openbaar vervoer of al dan niet door middel van een lease-constructie, van een door spierkracht aangedreven voertuig of de benenwagen. In dat laatste geval zal doorgaans overigens niet van een lease sprake zijn. Uitgesloten is dat echter niet.

22 Noot onder *BNB* 1998/293, onder 2.

oplossing vindt.[23] Ook daarvoor heeft Wattel een naam: het 'badwaterbeginsel'. Dat houdt het volgende in: het is niet de bedoeling dat het buiten toepassing laten van een ruimere regeling leidt tot een bevoordeling van een grote groep belastingplichtigen.

4.2.2.3 Buiten toepassing laten bedreigt een fundamenteel rechtsbeginsel

Aan de vorige categorie verwant, is de reeks zaken waarin de Hoge Raad ervan afziet de bepaling buiten toepassing te laten omdat dit een bedreiging voor de rechtszekerheid of een ander fundamenteel beginsel zou opleveren. Denkbaar is bijvoorbeeld dat de belangen van derden die hebben vertrouwd op de, met het grondrecht strijdige, wetgeving, zich ertegen verzetten dat de rechter de voorrang van het verdragsrecht effectueert.

Dat deed zich bijvoorbeeld voor in één van de eerste zaken waarin de Hoge Raad constateerde dat het nationale burgerlijk recht niet voldeed aan de eisen van het EVRM. Het gaat om een zaak uit 1980, waarin de vraag centraal stond of de tante van een onwettig kind, voor de werking van het burgerlijk procesrecht kon worden beschouwd als 'bloedverwant'.[24] Artikel 959 (oud) Rv opende de mogelijkheid van hoger beroep tegen beslissingen van de kantonrechter inzake voogdijkwesties uitsluitend voor bloedverwanten. De wetgever had daarbij, zo bleek uit de wetsgeschiedenis, enkel het oog op familieleden van wettige kinderen. Voor natuurlijke kinderen gold dat alleen de moeder als familie werd beschouwd. Dat nu, is problematisch als de moeder is overleden en haar zus nu juist procedeert om de voogdij over het kind te verkrijgen. Dat het wettelijk stelsel op dit punt een onderscheid maakt tussen wettige en natuurlijke kinderen is, zo oordeelt de Hoge Raad in 1980, in strijd met de artikelen 8 en 14 EVRM.[25] Hij lost de kwestie op door de term 'bloedverwant' in artikel 959 Rv verdragsconform uit te leggen. Toch waarschuwt hij dat dit niet betekent dat hij steeds gevolgen aan de geconstateerde strijd met het EVRM zal verbinden:

> 'Welke betekenis aan bedoelde ontwikkeling, mede in verband met deze uitspraak van het Europese Hof, bij de bepaling en de uitleg van het bestaande Nederlandse recht door de rechter moet worden gehecht, zal voor ieder voorschrift waarin het bedoelde onderscheid een rol speelt, afzonderlijk moeten worden nagegaan, ook wat betreft de vraag, voor welke rechtsfeiten, bezien naar het moment waarop zij plaatsvinden of plaatsvonden, die ontwikkeling in verband met de eisen van de rechtszekerheid reeds een rol mag spelen'.[26]

23 Zie r.o. 3.14.
24 HR 18 januari 1980, *NJ* 1980/463 m.nt. WHH (*Bloedverwanten post-Marckx*).
25 De HR volgde op dit punt EHRM 13 juni 1979, *NJ* 1980/462 m.nt. EAA (*Marckx t. België*).
26 HR 18 januari 1980, *NJ* 1980/463 m.nt. WHH (*Bloedverwanten post-Marckx*).

De rechtszekerheid duikt na 1980 nog verschillende keren op als reden voor de Hoge Raad om af te zien, hetzij van het buiten toepassing laten van de bepaling, hetzij van het aanvaarden van een verdragsconforme uitleg.[27] Ook het legaliteitsbeginsel kan er aan in de weg staan dat de rechter een wettelijk voorschrift buiten toepassing laat.[28]

4.2.2.4 Buiten toepassing laten leidt tot één van diverse verdragsconforme uitkomsten

Hiervoor heb ik al betoogd dat de rechter er geregeld van afziet het problematische voorschrift buiten toepassing te laten, als algeheel buiten toepassing laten disproportioneel zou zijn, en gedeeltelijk buiten toepassing laten de rechter zou nopen tot rechtspolitieke keuzes. Daarvan moet een volgende categorie worden onderscheiden, namelijk de situatie dat het buiten toepassing laten een prima remedie is, die als zodanig ook niet zozeer tot problemen leidt, maar die tot een uitkomst leidt, die niet noodzakelijkerwijs door het verdragsrecht 'gedragen' wordt. Dat klinkt behoorlijk cryptisch. Wat bedoel ik daarmee?

Twee voorbeelden kunnen dat verduidelijken.

In de eerste plaats gaat het vaak om de klassieke casuspositie waarin sprake is van een zuiver begunstigende regeling die volgens de rechter in strijd is met een non-discriminatiebepaling. Zoals gezegd is het in een dergelijk geval technisch niet altijd mogelijk om de bepaling buiten toepassing te laten – dat was het geval in de standaardarresten *Optierecht Nederlanderschap* en *Arbeidskostenforfait* – maar soms kan het wel.[29] Toch zijn er in dat geval, vanuit het perspectief van de wetgever, verschillende opties denkbaar die allemaal verdragsconform zijn.

Neem bijvoorbeeld de zaak *Eman & Sevinger* die zich in 2007 afspeelt voor de Afdeling Bestuursrechtspraak.[30] Nederlanders over de gehele wereld komt het kiesrecht voor, onder meer, het Europees Parlement toe. Dit recht geldt alleen niet voor Nederlanders die op de Nederlandse Antillen of Aruba verblij-

27 Een bekend voorbeeld is nog HR 27 september 1989, *AB* 1990/90 m.nt. FHvdB (*Tandartsvrouw*). Zie voorts: HR 27 oktober 1994, *NJ* 1995/467; HR 24 februari 1995, *NJ* 1995/468 m.nt. JdB (*Terugwerkende kracht wettiging II*). Een bijzondere variant op deze rechtspraak treft men nog aan bij de Centrale Raad van Beroep, die de rechtszekerheid van de overheid een rol laat spelen bij de rechtstreekse werking van artikel 26 IVBPR. Met een schuin oog naar de schatkist, verklaart de CRvB artikel 26 IVBPR gedurende een bepaalde periode niet een ieder verbindend, zodat de wetgever in het socialezekerheidsrecht voorbereidingen kan treffen voor de dag dat deze bepaling wel rechtstreekse werking krijgt. Zie CRvB 14 mei 1987, *AB* 1987/543.

28 Vgl. Hof Arnhem 12 juli 1979, *NJ* 1980/175 (*Verkrachting gehandicapt meisje*); HR 19 oktober 2007, *NJ* 2008/26 m.nt. EAA (*Schipholbrand*), concl. A-G Langemeijer, ov. 8.1.

29 HR 12 oktober 1984, *NJ* 1985/230 (*Optierecht Nederlanderschap*); HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*).

30 ABRvS 21 november 2006, *AB* 2007/80 m.nt. PAS, *NJCM-Bulletin* 2007, p. 635-645 m.nt. Uzman (*Eman & Sevinger*).

ven.[31] De Arubaanse politici Mike Eman en Benny Sevinger menen dat hen het kiesrecht voor het EP toekomt. Voor de Afdeling beroepen zij zich op het Unierechtelijke gelijkheidsbeginsel. De Afdeling oordeelt, na prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te hebben gesteld, dat de regeling inderdaad in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. De regeling maakt ten onrechte onderscheid tussen Nederlanders die in een derde land (dus buiten de Unie) wonen, en Nederlanders die op de Antillen of Aruba verblijven. Hoe deze ongelijke behandeling op te lossen?

Het is technisch mogelijk voor de Afdeling, om de uitzondering voor bewoners van de overzeese gebiedsdelen buiten toepassing te laten. Artikel B1 Kieswet geeft het kiesrecht eerst aan alle Nederlanders en zondert Arubanen en Antillianen daarvan vervolgens uit. Dat tekstgedeelte kan de Afdeling buiten toepassing laten. Dat zou ertoe leiden dat Eman en Sevinger het kiesrecht toekomt. Zij zijn daarmee dus gebaat. De Afdeling lijkt dat in eerste instantie ook te doen:

> 'Derhalve moet worden geoordeeld dat in zoverre de bepalingen van de Kieswet voormeld onderscheid ten aanzien van de verkiezing voor de leden van het Europees Parlement maken, deze buiten toepassing moesten blijven. De daarop gebaseerde besluiten van 3 mei 2004, waarbij de verzoeken van appellanten om te worden geregistreerd als kiezer voor het Europees Parlement zijn afgewezen, zijn dan ook evenzeer genomen op gronden die strijden met het communautaire gelijkheidsbeginsel en derhalve met het Unierecht'.

Toch leidt dit volgens de Afdeling kennelijk niet tot de conclusie dat Eman en Sevinger dan het kiesrecht voor het EP toekomt:

> 'De strijdigheid van de wettelijke regeling met het communautaire gelijkheidsbeginsel kan worden opgeheven door personen met de Nederlandse nationaliteit die hun woonplaats hebben in de Nederlandse Antillen of op Aruba en niet ten minste tien jaar ingezetenen van Nederland zijn geweest alsnog het kiesrecht voor de verkiezing van de leden van het Europees Parlement toe te kennen. Dit is evenwel niet de enige mogelijkheid die zich aandient. Ook andere oplossingen zijn denkbaar, zoals die waarbij dat kiesrecht wordt voorbehouden aan degenen die in Nederland woonachtig zijn'.

Buiten toepassing laten van de uitzondering voor Arubanen en Antillianen leidt automatisch tot toekenning van het kiesrecht voor die groepen. Het gelijkheidsbeginsel dwingt echter niet tot die uitkomst. Aan het gelijkheidsbeginsel wordt ook voldaan als niemand buiten Nederland nog kan kiezen of verkiesbaar is. De keuze tussen deze opties is vooralsnog niet aan rechter en bestuur:

---

31 Tenzij men minstens tien jaar in Nederland heeft gewoond of in de openbare dienst werkt. Zie. art. B1 jo. Y3 Kiesw.

> 'De wijze waarop het in de wet neergelegde verschil kan worden weggenomen teneinde te bereiken dat personen als appellanten niet zonder in rechte houdbare grond ongunstiger worden behandeld dan evenbedoelde anderen vergt derhalve politieke keuzes die niet binnen de bestuurlijke taak van het college vallen. Dit beschikt bij de registratie van kiezers voor vertegenwoordigende lichamen immers niet over enige beoordelingsruimte. Evenzeer gaat het thans de rechtsvormende taak van de rechter te buiten; deze keuzes behoren in beginsel door de wetgever te worden gemaakt'.[32]

Het is nu dus vooral de uitkomst die problematisch is. Het is volstrekt duidelijk welk gedeelte van het voorschrift buiten toepassing moet worden gelaten. Daarin heeft de rechter geen moeilijke keuzes te maken. Vanuit een institutioneel perspectief ligt dat echter gevoelig. De verkiezingen hadden namelijk reeds plaatsgevonden en dan rijst de vraag wat Afdeling en B&W Den Haag met dat bestaande kiesrecht moesten. Aan het EP zélf kan de Afdeling als nationale rechter immers niet komen. Elke beslissing op dát punt, afgezien van een mogelijke schadevergoeding, kan vooruit lopen op wat de wetgever gaat doen om de kwestie op te lossen. Het afnemen van een bestaand recht is, op zijn minst psychologisch, andere koek dan de toekenning van een niet bestaand recht. De Afdeling neemt deze impact kennelijk niet graag voor haar rekening.

Ook de Hoge Raad dacht er in het verleden een enkele keer zo over. In 1997 wordt hij geconfronteerd met een lesbisch paar dat graag een, door kunstmatige inseminatie verwekt, kind zou adopteren.[33] Voor adoptie eist artikel 1:227 lid 1 BW op dat moment nog dat sprake is van een huwelijk tussen de adoptiefouders. Het is in 1997 nog niet mogelijk voor paren van gelijk geslacht om te trouwen. Aan deze eis kan het lesbische paar dus niet voldoen. Het stel meent echter dat dit vereiste in strijd is met de artikelen 8, 12 en 14 EVRM. Door de onmogelijkheid het kind te adopteren, wordt het gezinsleven tussen ouders en kind onvoldoende effectief beschermd. Advocaat-Generaal Moltmaker is het daarmee eens. Het buiten toepassing laten van het echtgenoten-vereiste van artikel 1:227 lid 1 BW zou, zo veronderstelt hij, een oplossing kunnen zijn. Als het de énige oplossing zou zijn, zou deze ernstig moeten worden overwogen.[34] Dat is echter niet het geval:

> '(…) blijkt evenwel dat er een andere oplossing denkbaar is, d.w.z. volledig gezag van de partner, te zijner tijd nog te completeren met een herziening van het erfrecht. Dit laatste lijkt mij overigens minder dringend, nu de partner de mogelijkheid heeft via een testamentaire voorziening het kind erfgenaam te maken. Vooralsnog heeft de Tweede Kamer met deze oplossing genoegen genomen (…).
> 3.5 Gelet op deze stand van zaken (…), ben ik van mening, dat het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten zou gaan, indien thans het echtpaar-vereiste

32 ABRvS 21 november 2006, *AB* 2007/80 m.nt. PAS (*Eman & Sevinger*), r.o. 2.3.3.
33 HR 5 september 1997, *NJ* 1998/686 (*Duo-moeders*).
34 Concl. A-G Moltmaker, ov. 3.2-3.3.

> van art. 1:227, eerste lid, BW, wegens strijd met art. 8 en/of 12 en 14 EVRM buiten toepassing zou worden gelaten en aan de adoptie door de eigen moeder en haar vriendin de rechtsgevolgen van art. 1:229 BW zouden worden toegekend'.[35]

Artikelen 8 en 14 EVRM eisen, met andere woorden, weliswaar dat het gezinsleven tussen de 'anders samenlevende' ouders en het kind wordt beschermd, maar niet wordt aangegeven hóe dit moet gebeuren. Het buiten toepassing laten van de regeling is één optie, maar er zijn meer uitkomsten denkbaar. Die uitkomsten zijn lang niet altijd langs de rechterlijke weg bereikbaar maar daar gaat het kennelijk niet om. Er zijn verschillende verdragsconforme beleidsopties denkbaar. Zou de rechter artikel 1:227 lid 1 BW deels buiten toepassing laten, dan zou dat resulteren in één van die uitkomsten. De rechter zou daarmee *de facto* beleidskeuzes maken en dat is niet zijn taak. Ook de Hoge Raad lijkt het zo te zien, al formuleert hij het schimmiger:

> 'Ook namelijk indien op grond van een of meer van de genoemde bepalingen zou moeten worden aangenomen dat aan relaties en samenlevingsvormen als die tussen, onderscheidenlijk van verzoeksters en minderjarigen waarop het adoptieverzoek betrekking heeft, een verdergaande juridische erkenning dient te worden gegeven dan het nationale recht thans biedt, geldt dat de wijze waarop hierin moet worden voorzien, rechtspolitieke keuzes vergt die (…) de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaan'.[36]

De conclusie is duidelijk. De rechter laat een voorschrift niet buiten toepassing, als hij daarmee een resultaat bereikt, dat niet het enige verdragsconforme resultaat is.

4.2.2.5 De schending is het gevolg van een combinatie van verschillende, rechtmatige, regels

De laatste categorie kan worden beschouwd als een variant op de vorige. Het betreft de situatie dat de schending van een mensenrecht het gevolg is van een combinatie van meerdere regelingen die allemaal als zodanig rechtmatig zijn. Het is bijvoorbeeld denkbaar dat verschillende regelingen ten aanzien van dezelfde kwestie een beperking inhouden van het eigendomsrecht van artikel 1 Eerste Protocol EVRM. Als zodanig zijn die regelingen een aanvaardbare beperking van het eigendomsrecht, maar gezamenlijk is geen sprake meer van een '*fair balance*'. In dat geval komt de vraag op, welk voorschrift de rechter dan buiten toepassing moet laten. Nu zou men kunnen denken dat

---

35 *Ibid.*, ov. 3.4-3.5.

36 HR 5 september 1997, *NJ* 1998/686 (*Duo-moeders*), r.o. 3.2. De HR voegt er aan toe dat rechtsvorming zou leiden tot een reeks vervolgvragen en niet los kan worden gezien van een integrale herziening van het afstammingsrecht als zodanig. Ik kom daarop nog terug bij de bespreking van de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter. Zie §4.3.3.

de rechter in dat geval het voorschrift buiten toepassing laat dat toegepast zou worden als het rechtmatig zou zijn – het voorschrift dus, dat hem ter toetsing is voorgelegd. Maar zo simpel ligt het niet. Een voorbeeld moge dat verduidelijken.

De Gemeentewet laat het aan gemeenten over om een rioolheffing in het leven te roepen. Gaat het om huurwoningen, dan mogen zij deze belasting naar keuze heffen van de huurder of van de verhuurder. Dergelijke heffingen mogen, op grond van de vigerende huurwetgeving, niet in rekening worden gebracht aan de huurder. Buiten de vrije sector is bovendien de huurprijs aan een maximum gebonden. Mits de rioolrechten niet disproportioneel hoog zijn, is het heffen van rioolrechten als zodanig geen schending van artikel 1 EP EVRM, ook niet als die rechten geheven worden van de eigenaar van een verhuurde woning. Evenmin is het onrechtmatig om de huurprijs te maximeren. Het kan echter zijn dat de combinatie van enerzijds het heffen van een belasting, en anderzijds het verbod de daaraan verbonden kosten door te berekenen aan huurders, de exploitatie van de verhuurde woning zodanig onrendabel maakt dat dit spanning oplevert met het eigendomsrecht.[37]

In 2010 oordeelt de belastingkamer van de Hoge Raad, in een procedure naar aanleiding van een aanslag rioolheffing, dat het Nederlandse stelsel op dit punt door de Straatsburgse beugel kan.[38] De Nederlandse regels inzake rioolheffing en huurprijzenbescherming leiden niet tot een buitensporige last. Van een mogelijke schending is dus geen sprake. Rechtbank en Gerechtshof hebben zelfs niet getoetst of sprake is van een buitensporige last. De rechtbank vindt het geen probleem van de belastingrechter, maar een kwestie van huurrecht:

> 'De onderhavige zaak betreft geen toepassing door verweerder van huurprijswetgeving, maar door verweerder geheven rioolrechten. Indien er – louter veronderstellenderwijze – van wordt uitgegaan dat de Nederlandse huurprijswetgeving in strijd is met genoemde uitspraak [Hutten-Czapska t. Polen, JU] voor zover aan eigenaren berekende rioolrechten niet mogen worden doorberekend aan huurders, volgt daaruit niet dat die rioolrechten niet bij de eigenaren in rekening mogen worden gebracht, zoals eiser betoogt, maar – hooguit – dat zij wel mogen worden doorberekend'.[39]

Gerechtshof Den Haag sluit zich zonder omhaal van woorden bij deze conclusie aan. In cassatie heeft Advocaat-Generaal IJzerman minder waardering voor

---

37 Vgl. EHRM (Grote Kamer) 19 juni 2006, *EHRC* 2006/105 m.nt. Adriaansens (*Hutten-Czapska t. Polen*), waarin het Poolse stelsel van huurprijsregulering een zodanig gevaar opleverde voor het rendement van huurwoningen dat het een schending inhield van artikel 1 EP.

38 HR 29 oktober 2010, *BNB* 2011/51 m.nt. Pechler (*Rioolheffing huurwoningen*).

39 De uitspraak van de rechtbank is niet gepubliceerd. De relevante overweging is weergegeven in overw. 2.10 van de conclusie van A-G IJzerman bij het in de vorige voetnoot genoemde arrest.

het oordeel van de rechtbank. Hij wijst er op dat het volgens de gangbare rechtspraak van de Hoge Raad de bedoeling is dat de rechter steeds toetst of sprake is van een schending. Bovendien moet effectief rechtsherstel worden geboden:

> 'In dat kader valt niet in te zien waarom aan de door de rechtbank genoemde herstelmogelijkheid van doorberekening van rioolrecht aan de huurder, op enigerlei wijze exclusiviteit zou moeten toekomen. Bezien vanuit het standpunt van de verhuurder is dat in principe een 'effective remedy', maar vernietiging van de opgelegde aanslag is dat voor hem evenzeer. Ik zie geen reden om een belanghebbende verhuurder het recht te ontzeggen zijn klacht van schending van artikel 1 Eerste Protocol EVRM in te brengen in een fiscale procedure als hij ook andere procedures zou kunnen instellen, zoals onder meer door indiening van een verzoek bij de burgerlijke rechter tot wijziging van de huurovereenkomst of een verzoek aan de Huurcommissie tot verhoging van de huurprijs'.

Waar rechtbank en gerechtshof dus menen dat dit vooral een zaak is voor de civiele rechter en niet voor hen, meent de Advocaat-Generaal – terecht wat mij betreft – dat de belastingrechter een remedie *kan* bieden en dit dan ook, gesteld dat sprake zou zijn van een schending, moet doen. De Hoge Raad gooit het over een andere boeg. Zoals gezegd komt hij tot het oordeel dat geen sprake is van een schending. Maar hij wil nog wel even kwijt dat:

> '(…) ook indien de regels die het rendement van verhuurde onroerende zaken in Nederland beïnvloeden zouden leiden tot een inbreuk op het Protocol, rechtsherstel daarvoor op verschillende manieren kan worden geboden. Een keuze uit die mogelijkheden vergt een afweging van de belangen van verhuurders, huurders en het algemene belang, waarbij met name ook dient te worden bepaald wie de kosten van het rechtsherstel dient te dragen. Een beslissing hierover vergt politieke keuzes, en behoort in verband daarmee niet tot de rechtsvormende taak van de rechter.
>
> Daarbij komt nog dat het niet onmiddellijk voor de hand ligt om compensatie voor een inbreuk op het Protocol aan verhuurders te verlenen door middel van een inperking van door de overheid aan die verhuurders in rekening te brengen bedragen ter zake van aan hen verleende diensten, zoals het onderhavige rioolrecht'.[40]

De Hoge Raad gaat hier niet zo ver als rechtbank en hof, maar hij is evenmin zo genereus als de A-G. Hij vindt het 'niet onmiddellijk voor de hand' liggend, dat de kwestie wordt opgelost door de heffing van het rioolrecht achterwege te laten of te verminderen. Rechtsherstel kan op verschillende wijzen vorm krijgen dus de keuze hoe dan precies, is er niet een voor de rechter.

---

40 HR 29 oktober 2010, *BNB* 2011/51 m.nt. Pechler (*Rioolheffing huurwoningen*), r.o. 3.4.

Die conclusie is tot op zekere hoogte begrijpelijk. Rioolrechten zijn gemeentelijke heffingen die worden geheven om kosten die gemeenten maken voor het onderhoud van voorzieningen te dekken. Die kosten worden hoe dan ook gemaakt. De huurprijzenwetgeving dient het belang van huurders. Als de belastingrechter de grondslag voor rioolrechtenheffing, op basis van artikel 1 EP EVRM, achterwege laat, dan worden gemeenten geraakt zonder dat zij daar iets aan kunnen doen of er iets voor terugkrijgen. Zoals gezegd is de heffing van rioolrecht als zodanig bovendien rechtmatig. Het ligt dan niet zonder meer voor de hand een dergelijke regeling buiten toepassing te laten. Onmogelijk is dat, gelet op de *contra legem*-rechtspraak van de belastingrechter, echter niet. Ook een rechtmatig voorschrift blijft soms buiten toepassing omdat deze toepassing een beginsel of mensenrechten onaanvaardbaar doorkruist. Aan het buiten toepassing laten van de huurprijzenwetgeving door de civiele rechter zouden bovendien ook haken en ogen zitten. In de eerste plaats komen de financiële gevolgen van de toetsing aan het EVRM dan te liggen bij een derde, de huurder. Die heeft normaal gesproken gerechtvaardigd vertrouwd op de huurprijzenwetgeving. Het ligt dus voor de hand dat ook de civiele rechter in een procedure over de hoogte van huur of servicekosten niet zonder meer overgaat tot het buiten toepassing laten van de huurprijzenwetgeving. Hij zal, net als de belastingrechter, menen dat dit zijn rechtsvormende taak te buiten gaat. Dat leidt ertoe dat de getroffen verhuurder het verlies van zijn lage rendement in het geheel niet kan voorkomen.

Men kan zich afvragen of de Hoge Raad zich hier niet teveel als een constitutionele rechter opstelt, die over de rechtmatigheid van al het nationale recht waakt. De belastingrechter wordt in het hier besproken geval niet gevraagd om een oordeel over de huurwetgeving. Hij wordt gevraagd om de belastingwet buiten toepassing te laten omdat deze er – mede – toe leidt dat in strijd met artikel 1 EP sprake is van rendementsvermindering. Als dat zo zou zijn, kan de belastingrechter daar iets aan doen. Dat er ook nog andere manieren zijn om dat op te lossen (door buiten toepassing laten van de huurwetgeving in een civiel geschil of doordat de wetgever een compensatieregeling in het leven roept) moge zo zijn, maar dat is geen zaak voor de belastingrechter. De benadering van de Advocaat-Generaal lijkt mij daarom de juiste. De Hoge Raad ziet dat evenwel anders.[41]

Tot slot nog een andere aantekening bij de zojuist besproken rioolrechtenkwestie. Er zijn in deze zaak twee redenen om af te zien van het buiten toepassing laten van het bestreden voorschrift. In de eerste plaats is dat, zoals gezegd, omdat er meerdere voorschriften zijn die buiten toepassing kunnen worden gelaten, maar er is ook nog een andere reden. De combinatie van het heffen van een rioolrecht enerzijds en het verbod deze heffing door te berekenen aan

41 Vgl. overigens HR 10 juli 2009, *BNB* 2009/246 m.nt. Zwemmer (*Kosten betekening dwangbevel*), waarin de Hoge Raad wel rechtsbescherming biedt in een zaak waarin de onrechtmatigheid het gevolg was van verschillende belastingregelingen.

de huurder anderzijds levert een verlies aan rendement op dat mogelijkerwijs de *fair balance* onder artikel 1 EP EVRM verstoort. Dat wil echter niet zonder meer zeggen dat er onder artikel 1 EP in het geheel geen rendementsverlies mag optreden. De rioolrechtenheffing noch de huurprijzenwetgeving hoeft op dit punt dus algeheel buiten toepassing te worden gelaten. De rechter kan er ook voor kiezen slechts buiten toepassing te laten *voor zover* een onaanvaardbaar rendementsverlies optreedt. Ook hier is voorstelbaar dat de rechter de vaststelling van wat onaanvaardbaar is liever in eerste instantie aan de politieke organen overlaat. In zoverre past deze zaak dus ook voor een deel in de eerste categorie.

4.2.2.6 Resumerend

Kort samengevat, komt een en ander op het volgende neer.

Ook als het buiten toepassing laten van het bestreden voorschrift een mogelijke en geschikte remedie is voor de klager, wordt daartoe niet steeds overgegaan. In vijf gevallen laat de rechter de standaardremedie van artikel 94 Gw achterwege. Hij doet dat wanneer het algeheel buiten toepassing laten van het voorschrift, of de algehele onverbindendheid ervan, zou leiden tot een disproportionele uitkomst, en gedeeltelijk buiten toepassing laten hem zou nopen rechtspolitieke keuzes te maken bij het vaststellen van de grens tussen rechtmatige en onrechtmatige toepassingen. Ook ziet de rechter er vanaf het voorschrift buiten toepassing te laten wanneer dat tot een nieuwe verdragsschending of een aantasting van een rechtsbeginsel zou leiden. Dat geldt eveneens als het buiten toepassing laten van het voorschrift weliswaar leidt tot een situatie die verdragsconform is, maar er ook nog andere verdragsconforme uitkomsten mogelijk zijn. Tot slot is buiten toepassing laten problematisch als de verdragsschending gelegen is in een combinatie van meerdere regelingen. De schending kan dan worden verholpen door één van beide regelingen buiten toepassing te laten maar de keuze welke acht de rechter er een die zijn taak te buiten gaat.

4.2.3 Mág van buiten toepassing laten worden afgezien?

Op grond van artikel 94 Grondwet dient de rechter een voorschrift dat in strijd is met een ieder verbindende verdragsbepaling buiten toepassing te laten. In de voorgaande paragrafen zagen we dat hij zich aan dat adagium niet altijd houdt. Soms is het buiten toepassing laten van het voorschrift technisch onmogelijk of baat het de klager niet. Is het buiten toepassing laten wel een mogelijke oplossing waarbij de klager baat heeft, dan wil dat nog niet zeggen dat de rechter er zonder meer toe over kan gaan. De belangen van derden kunnen zich daartegen verzetten. In sommige gevallen schat de rechter in dat buiten toepassing laten zijn rechtsvormende taak te buiten gaat. Die rechtsvor-

mende taak bezie ik in paragraaf 4.3. Alvorens dat te doen, ga ik eerst in op de vraag of de rechter in zulke gevallen, ondanks de bezwaren, toch buiten toepassing *moet* laten. Hij doet het regelmatig niet, zo veel is duidelijk, maar is dit ook juist? Staat artikel 94 Grondwet daaraan, gelet op de dwingende formulering van die bepaling, niet in de weg?[42]

Ik beantwoord die vraag in twee delen. Eerst ga ik kort in op de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 94 Gw. Vervolgens bespreek ik de rechtspraak van de Hoge Raad ten aanzien van de plicht om buiten toepassing te laten.

4.2.3.1 De totstandkoming van artikel 94 Grondwet

Hoe 'hard' is de plicht om een voorschrift dat niet verenigbaar is met een ieder verbindende verdragsbepaling, buiten toepassing te laten? Die vraag kan men ontleden in twee delen. In de eerste plaats kan men zich afvragen wat de grondwetgever zich precies voorstelde bij de bewoordingen 'vinden geen toepassing'. Over dat onderwerp verscheen, vlak voor het afsluiten van de tekst voor dit boek, de dissertatie van De Wit.[43] In de tweede plaats kan men zich, breder, afvragen wat doel en strekking van artikel 94 Grondwet precies is. Ook die vraag is op twee manieren te benaderen. Hoe begreep men het doel van de bepaling *destijds*, ten tijde dus van de grondwetsherzieningen van 1953, 1956 en 1983? En hoe moeten wij doel en strekking van de bepaling vandaag de dag opvatten?

Laten we maar beginnen bij 1953. Dan wordt voor het eerst expliciet in de Grondwet opgenomen dat voorschriften wier toepassing conflicteert met verdragsbepalingen geen toepassing vinden. Tot dan toe laat de rechter een wettelijk voorschrift wel buiten toepassing wanneer het ouder is dan een, daarmee onverenigbaar, verdrag.[44] Over de vraag wat te doen met een wettelijk voorschrift dat jonger is dan de verdragsbepaling, laat de Hoge Raad zich niet uit. Hij bedient zich dan, zoals we eerder zagen, van de presumptie dat de wetgever niet geacht moet worden zijn taak in strijd met het verdrag te hebben willen uitoefenen. Resultaat is in zulke gevallen dat de wet conform het verdrag wordt uitgelegd, ook als dat betekent dat de wettelijke regeling *de facto* haar rechtskracht verliest.[45]

Tegen de zin van de regering, die daarvoor de tijd nog niet rijp acht, wordt tijdens de herziening van 1953, in de Tweede Kamer door een achttal leden onder wie naamgever Serrarens, voorgesteld om de voorrang van verdragen grondwettelijk vast te leggen. Aanvankelijk luidt de tekst:

---

42 Op deze plaats beperk ik me tot een onderzoek naar artikel 94 Grondwet. De vraag of het internationale recht of het Unierecht noopt tot het buiten toepassing laten van het voorschrift, bezie ik in het volgende deel.

43 De Wit 2012.

44 HR 1 juni 1908, *W* 8721. Zie nader: De Wit 2012, p. 50.

45 Zie hiervoor paragraaf 3.2.1. Tevens: HR 17 december 1934, *NJ* 1935, p. 5 (*Evenredige vrachtverdeling*).

> 'In geval van strijd met binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften hebben de bepalingen van overeenkomsten de voorrang'.[46]

Deze bepaling dient volgens indiener Serrarens twee doelen. Zij legt vast dat het verdrag prevaleert boven nationale wetgeving. Daarnaast stelt ze buiten twijfel dat niet alleen de wetgever het primaat van het internationale recht effectueert, maar ook de rechter.[47] Het amendement wordt aangenomen, zij het tekstueel in gewijzigde vorm.[48] De definitieve tekst van het nieuwe artikel 65 Gw luidt:

> 'Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, wanneer deze niet verenigbaar zou zijn met overeenkomsten, die hetzij vóór, hetzij na de totstandkoming der voorschriften zijn bekend gemaakt overeenkomstig artikel 66'.

Over het hoe en waarom van de tekstwijziging is veel gespeculeerd.[49] Zoals De Wit terecht concludeert, lijken in elk geval de indieners van het amendement de strekking van het artikel nog als dezelfde te zien: de rechter krijgt de bevoegdheid de voorrang van het internationale recht te effectueren.[50] Toch wordt regelmatig aangenomen dat met de tekstwijziging beoogd werd abstracte toetsing van wetgeving uit te sluiten.[51] In paragraaf 3.2.2 kwam ik tot de conclusie dat artikel 94 Gw abstracte toetsing noch onverbindendverklaringen uitsluit, maar zich mogelijkerwijs wel verzet tegen het aannemen van onsplitsbaarheid. De rechter mag, met andere woorden, niet méér van een voorschrift buiten toepassing laten dan het verdragsrecht strikt genomen vereist.

Uit de behandeling in de Eerste Kamer blijkt dat er, in elk geval door sommigen, van wordt uitgegaan dat bij strijd tussen wet en verdrag, die laatste

---

46 *Kamerstukken II* 1951/1952, 2374, nr. 17.

47 *Handelingen II* 1951/1952, p. 1890.

48 *Handelingen II* 1951/1952, p. 1962.

49 Vgl. o.m. Fleuren 2004, p. 186; De Wit 2004, p. 24-25. Onderzoek naar de betekenis van toenmalig artikel 65 Gw heeft soms wat weg van theologisch onderzoek. Zo baseren de genoemde auteurs zich bij de uitleg van de bepaling op correspondentie tussen het invloedrijke Kamerlid Romme en het departement van Binnenlandse Zaken. Deze brief maakt duidelijk dat wetgevingsjurist Riphagen betrokken is geweest bij het herformuleren van de tekst van het amendement. Een artikel dat Riphagen in 1953 over de nieuwe bepaling schrijft, wordt vervolgens gebombardeerd tot authentiek commentaar. Daar kan in rechtswetenschappelijk opzicht een vraagteken bij gezet worden. De intenties van individuen treden zo op de voorgrond, en worden gelijkgesteld aan die van de grondwetgever. Het lijkt mij beter het er op te houden dat de grondwetsgeschiedenis op dit punt geen duidelijke aanknopingspunten biedt. Het artikel van Riphagen is als zodanig waardevolle literatuur, ongeacht de capaciteit van de auteur.

50 De Wit 2012, p. 29.

51 Vgl. Riphagen 1953, p. 70; Bok 1991, p. 70-71; Fleuren 2004, p. 186-187. Anders: Van Houten 1997, p. 230. Zie ook: Van der Burg 1983.

zelf de toepasselijke norm levert om het geschil op te lossen.[52] De vraag wat te doen wanneer het verdragsrecht daarover niet duidelijk is, komt niet aan de orde. Dat gebeurt wel enkele jaren later, bij de grondwetsherziening van 1956. De regering neemt dan het standpunt over van de commissie-Kranenburg, die er op wijst dat het onwenselijk is als de rechter wettelijke voorschriften buiten toepassing laat wegens vermeende strijd met verdragsbepalingen die niet geschikt zijn om 'een ieder' te kunnen 'verbinden'.[53] Dat zou maar leiden tot een vacuüm dat dan weer door de rechter moet worden gevuld. De eis dat de verdragsbepaling 'een ieder verbindend' zijn moet, doet zijn intrede als preliminaire voorwaarde. Een nieuw artikel 65 verklaart dat verdragsrecht pas verbindt wanneer het is bekendgemaakt en ook naar haar inhoud geschikt is om een ieder te verbinden.

Met die eis bedoelt de grondwetgever de rechter in feite te vrijwaren voor arbitraire keuzes. Een aantal auteurs ziet in de herziening van 1956 daarom een uitzondering op het adagium van artikel 94 (nieuw) Gw, dat conflicterende wettelijke voorschriften steeds buiten toepassing blijven.[54] Dat standpunt wordt echter niet door iedereen gedeeld.[55] De tekst van artikel 94 Gw blijft uiteraard een krachtige indicatie dat de rechter onverenigbare wetgeving buiten toepassing laat. Toch valt er wel iets voor te zeggen, om aan te nemen dat de rechter in sommige gevallen van dat adagium wel kan afwijken. Het probleem is dan vooral: wanneer wel, en wanneer niet? Beziet men de huidige praktijk van de Nederlandse rechter, dan valt op dat deze getalsmatig vaker *afziet* van buiten toepassing laten, dan dat hij gevolg geeft aan het adagium van artikel 94 Gw. De uitzondering wordt zo regel. Dat kan de bedoeling niet zijn. De enkele stelling dat het opnemen van de eis van een ieder verbindendheid er op wijst dat de grondwetgever in 1956 niet wilde dat de rechter een stempel op de rechtsvorming zou drukken, is dan ook te grof. Zij kan misschien enkele uitzonderingen op de regel legitimeren maar niet alle.

Uit de totstandkomingsgeschiedenis van het huidige artikel 94 Grondwet valt dus niet zo veel af te leiden. Wat er wel uit af te leiden valt is dit. De oorspronkelijke indieners beoogden vooral dat de rechter de bevoegdheid zou krijgen om de voorrang van het internationale recht te effectueren. In de definitieve tekst is dat toegespitst op één specifieke remedie: buiten toepassing laten van strijdige voorschriften. Dat wordt tegenwoordig vaak zo uitgelegd, dat men het destijds niet de bedoeling vond dat de rechter tot onsplitsbaarheid zou concluderen en dus meer van de bepaling buiten toepassing zou laten dan waar het verdragsrecht toe verplichtte. Men ging er vooral vanuit dat het verdragsrecht steeds tot een concrete uitkomst in het voorliggende geschil zou

52 *Kamerstukken I* 1952/1953, 2700, nr. 63, p. 5.

53 *Kamerstukken II* 1955/1956, 4133 (R 19), nr. 4, p. 14 (Commissie-Kranenburg). Standpunt kabinet in: *Kamerstukken II* 1955/1956, 4133 (R 19), nr. 3, p. 5.

54 Woltjer 2002, p. 490-491, en Fleuren 2004, p. 36-367.

55 Zo bijv. Brouwer 1992, p. 278-279. Kummeling 1995, p. 382, en Vlemminx 2002a, p. 212.

leiden. Waar dit niet zo zou zijn zou, veronderstelde men, het verdragsrecht toch wel niet ieder verbindend zijn.

4.2.3.2 De rechtspraak

Alvorens conclusies te verbinden aan de totstandkomingsgeschiedenis van artikel 94 Grondwet, ga ik kort in op de rechtspraktijk. Wat vindt de Hoge Raad zelf: moet hij voorschriften die in strijd zijn met verdragsbepalingen steeds buiten toepassing laten?

De Hoge Raad beantwoordt deze vraag in het arrest *Arbeidskostenforfait*.[56] In de periode voor dat arrest heeft hij een zigzagkoers gevaren. In de tachtiger jaren van de vorige eeuw, wanneer hij de toetsing van wetgeving aan mensenrechten – na een aarzelend begin – heeft ontdekt, laat hij wetgeving geregeld buiten toepassing. Dat verandert in 1984, als hij in het arrest *Optierecht Nederlanderschap* abstineert omdat hij meent toch geen rechtsherstel te kunnen bieden.[57] Zoals hiervoor bleek, zou het buiten toepassing laten van de WNi de klager ook niet hebben gebaat. In de negentiger jaren komt de Hoge Raad echter geregeld tot dezelfde conclusie, ook als hij strikt genomen wel de mogelijkheid zou hebben om rechtsbescherming te bieden door de wet buiten toepassing te laten.[58] Veel, zij het niet alle, voorbeelden die in de vorige paragraaf de revue passeerden zijn ontleend aan die periode. Die lijkt in 1999 te worden afgesloten als de Hoge Raad in *Arbeidskostenforfait* het volgende opmerkt:

> 'Dit middel stelt de Hoge Raad voor de vraag of en zo ja op welke wijze de rechter, gegeven de vaststelling dat de onderhavige wettelijke regeling tot een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling leidt, ter zake effectieve rechtsbescherming kan bieden.
>
> In dit geval kan een dergelijke bescherming niet daarin worden gevonden dat de discriminatoire regeling, de tegemoetkoming aan werkenden door verhoging van het arbeidskostenforfait, buiten toepassing wordt gelaten. Die oplossing zou immers belanghebbende niet baten.'[59]

In tegenstelling tot eerdere zaken overweegt de Hoge Raad hier expliciet dat het buiten toepassing laten van de regeling, waarvan hij zojuist heeft vastgesteld dat die in strijd is met de artikelen 14 EVRM en 26 IVBPR, de klager niet

56 HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*).
57 HR 12 oktober 1984, *NJ* 1985/230.
58 Een aantal voorbeelden passeerden al de revue. Vgl. o.m. HR 27 september 1989, *AB* 1990/90 m.nt. FHvdB (*Tandartsvrouw*); HR 27 oktober 1994, *NJ* 1995/467; HR 24 februari 1995, *NJ* 1995/468 m.nt. JdB (*Terugwerkende kracht wettiging II*); HR 30 september 1992, *NJ* 1994/495 m.nt. EAA, *BNB* 1993/30; HR 5 september 1997, *NJ* 1998/686 (*Duo-moeders*); HR 15 juli 1998, *BNB* 1998/293 (*Autokostenforfait*).
59 HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170 m.nt. ARB, r.o. 3.13-3.14.

zou baten. Waar dat wél het geval is, zal hij er ook voor kiezen, zo lijkt hij *a contrario* te suggereren. Verschillende commentatoren vatten de overweging zo op.[60] De vraag of de rechtsvormende taak van de rechter tekort schiet voor het bieden van rechtsbescherming komt in die optiek pas aan de orde als het buiten toepassing laten feitelijk onmogelijk is, in de zin dat het de klager geen uitkomst te bieden heeft.

Logisch dwingend is die conclusie niet. Het enkele feit dat de Hoge Raad in *Arbeidskostenforfait* vaststelt dat buiten toepassing laten in dát geschil geen oplossing is, wil nog niet per definitie zeggen dat hij geen andere uitzonderingen op het gebod van artikel 94 Gw aanvaardt. Toch dient het arrest volgens mij zo uitgelegd te worden. In de eerste plaats is duidelijk dat de Hoge Raad in *Arbeidskostenforfait* een toetsingskader formuleert. Zijn bewoordingen zijn, zo mag men aannemen, zorgvuldig gekozen en niet uitsluitend van toepassing op de voorliggende casus. In de tweede plaats valt het contrast op met eerdere arresten uit de negentiger jaren. In die arresten wijdt hij geen woorden aan de mogelijkheid van buiten toepassing laten. Alleen advocaten-generaal doen dat soms, zoals Mok in *Optierecht Nederlanderschap*.[61] De terughoudendheid van de negentiger jaren lijkt in 1999 daarmee voor een deel te zijn ingeperkt. Uit *Arbeidskostenforfait* leidt ik af dat van het buiten toepassing laten van een strijdig voorschrift uitsluitend mag worden afgezien als dit technisch onmogelijk is of als het de klager niet baat. In alle andere, in de vorige paragraaf geschetste, gevallen moet de rechter in beginsel dus wel buiten toepassing laten.

Houdt de rechtspraak, de Hoge Raad incluis, zich aan deze richtlijn? Niet helemaal. Sommige van de voorbeelden die in paragraaf 4.2.2 aan de orde kwamen, zijn van na 1999, het jaar waarin *Arbeidskostenforfait* wordt gewezen.[62] Dat is bijvoorbeeld het geval met het arrest over rioolheffingen uit 2010, en met de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak in de zaak *Eman & Sevinger* over het kiesrecht voor het Europees Parlement uit 2006.[63] Misschien is de uitleg die ik aan *Arbeidskostenforfait* geef, gelet op latere rechtspraak, toch te rigide? Of lees ik *Arbeidskostenforfait* wel goed, maar is het arrest minder leidend dan wel wordt gedacht?

---

60 Zo bijv. Martens 2000a, onder 7 (tekst bij voetnoot 62); Bloembergen in zijn annotatie onder *NJ* 2000/170, onder 3; Hartkamp 2000, p. 31-32 (zonder evenwel het arrest te noemen); Bovend'Eert 2009, p. 146; Uzman, Barkhuysen & Van Emmerik 2010, p. 17-18.

61 HR 12 oktober 1984, *NJ* 1985/230 (*Optierecht Nederlanderschap*).

62 HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*).

63 Zij het dat het in die laatste kwestie ging om Unierecht. Zie ABRvS 21 november 2006, *AB* 2007/80 m.nt. PAS, *NJCM-Bulletin* 2007, p. 635-645 m.nt. Uzman (*Eman & Sevinger*); HR 29 oktober 2010, *BNB* 2011/51 m.nt. Pechler (*Rioolheffing*). Onduidelijk is bovendien óf de Afdeling buiten toepassing laat. Zij suggereert het wel, door het besluit tot weigering van registratie te verbieden. Anderzijds is het dan de vraag waarom de Afdeling het nog nodig vindt om elders in de uitspraak de grenzen van de rechtsvormende taak aan te halen. Vastgesteld is inmiddels al dat appellanten recht hadden om aan de verkiezingen deel te nemen. Een rechtspolitieke keuze hoeft de rechter niet meer te maken.

Om maar met die laatste vraag te beginnen. In de meeste literatuur wordt *Arbeidskostenforfait* beschouwd als hét standaardarrest met betrekking tot de gevolgen van rechterlijke toetsing van wetgeving aan het EVRM.[64] In de rechtspraktijk wordt het arrest, buiten de sfeer van het belastingrecht echter maar zelden expliciet genoemd of geciteerd.[65] Toch denk ik niet dat daaruit mag worden afgeleid dat de overwegingen van het arrest verder geen betekenis hebben. Anderhalf jaar na *Arbeidskostenforfait*, wijst de Hoge Raad arrest in een civiele zaak over de rechtmatigheid van de Landsverordening toelating en uitzetting (LTU) van de Nederlandse Antillen.[66] In die zaak heeft het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van de Nederlandse Antillen en Aruba de LTU op een bepaald punt discriminatoir geacht en voor recht verklaard dat zij 'niet van toepassing is' op 'personen die de Nederlandse nationaliteit hebben verkregen door naturalisatie terwijl zij woonachtig waren in de Nederlandse Antillen'.[67] Het land Nederlandse Antillen komt daartegen in cassatie met de klacht dat het Hof de grenzen van zijn rechtsvormende taak heeft overschreden. Advocaat-Generaal Mok is het daarmee niet eens. Na uitgebreid de overwegingen van het arrest *Arbeidskostenforfait* te hebben geciteerd, komt hij tot de volgende conclusie:

> 'De Hoge Raad heeft overwogen dat de rechter, indien een effectieve rechtsbescherming niet daarin kan worden gevonden dat de discriminatoire regeling buiten toepassing wordt gelaten, effectieve rechtsbescherming kan bieden door op andere wijze in het door de regeling veroorzaakte rechtstekort te voorzien. Hij hoeft dit dus niet altijd over te laten aan de wetgever. (…) In feite heeft het Hof niet meer gedaan dan het, in bepaalde gevallen, buiten toepassing laten van een discriminatoire regeling. Aan een belangenafweging komt men niet eens toe. (…) Hoewel de uitspraak van het Hof weliswaar in verschillende opzichten (aard van de beslissing en inhoud daarvan) ingrijpend is, is de slotsom [dat] het Hof, mede in het licht van het (latere) arrest van de Hoge Raad van 12 mei 1999 (zie noot 16) de grenzen van zijn rechtsvormende taak wel dicht is genaderd, maar niet heeft overschreden'.[68]

64 Vgl. o.m. Van der Pot/Elzinga, De Lange & Hoogers 2006, p. 824; Kortmann 2008, p. 187; Martens 2000a, nr. 7; Happé & Gribnau 2007, p. 456; Bovend'Eert 2009, p. 146.; Uzman & Stolker 2009, p. 482-485; Uzman, Barkhuysen & Van Emmerik 2010, § 4.3.5; Van der Schyff 2010, nr. 315.

65 Uitzonderingen zijn: HR 9 april 2010, *JB* 2010/115 m.nt. Schutgens & Sillen (*SGP-arrest*), concl. A-G, ov. 6.20; HR 24 november 2000, *NJ* 2001/376 m.nt. PJB (*Matos/Nederlandse Antillen*), concl. A-G Mok, ov. 2.2.5 (NB: A-G Mok heeft bij het arrest twee conclusies genomen. Ik doel hier op de conclusie met nr. R99/40HR); GHvJNAA 16 juli 2009, *LJN* BJ6235, r.o. 3.10; GHvJNAA 16 juli 2009, *LJN* BJ 6210, r.o. 3.7.

66 HR 24 november 2000, *NJ* 2001/376 m.nt. PJB (*Matos/Nederlandse Antillen*).

67 Vgl. r.o. 1 van het arrest van de HR (zie vorige voetnoot).

68 HR 24 november 2000, *NJ* 2001/376 m.nt. PJB (*Matos/Nederlandse Antillen*), concl. (R99/40HR), ov. 2.2.2-2.2.5).

De Hoge Raad doet de kwestie van het rechtsherstel zelf kort en bondig af. In wezen volgt hij de Advocaat-Generaal:

> 'De aangevallen overwegingen en het dictum van het Hof moeten aldus worden verstaan dat het Hof de vordering van Matos c.s. voor zover deze is ingesteld door degenen die door het Hof in zijn overwegingen en dictum zijn aangeduid, heeft toegewezen in dier voege dat het ten aanzien van hen de bepalingen van de LTU die naar het oordeel van het Hof verdragsrechtelijk verboden discriminatie opleveren, buiten toepassing heeft gelaten. Aldus oordelend is het Hof binnen de grenzen van zijn rechterlijke taak gebleven en heeft het Hof voorzien in de gevraagde effectieve rechtsbescherming overeenkomstig de, ook voor het Land klaarblijkelijk duidelijke, strekking van de vordering. Het onderdeel kan daarom niet tot cassatie leiden'.[69]

Ik leid uit het arrest af dat de Hoge Raad ook buiten het belastingrecht betekenis toekent aan het toetsingsmodel zoals hij dat formuleerde in *Arbeidskostenforfait*. Ik lees er tevens een bevestiging in dat het uitgangspunt van de Hoge Raad blijft, dat waar de klager baat heeft bij het buiten toepassing laten van de regeling, de rechter daarvan in beginsel niet af mag zien.[70] Die houding wordt ingegeven door het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Constitutionele overwegingen kunnen dus niet steeds reden zijn om maar van de plicht tot buiten toepassing laten af te zien.

Hoe dit uitgangspunt te rijmen met het oordeel, in 2010, dat buiten toepassing laten van (lagere) belastingwetgeving met betrekking tot rioolrechten niet voor de hand ligt en de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat, als deze regelgeving in strijd zou zijn met artikel 1 EP EVRM?[71]

Dat kan op twee manieren.

Laat ik op de makkelijke manier beginnen. Het arrest over de rioolrechten zou heel wel kunnen worden beschouwd als de uitzondering die de regel bevestigt. De Hoge Raad heeft duidelijk weinig zin in deze zaak. Hij meent dat geen sprake is van verdragsschending. De wetgever blijft binnen zijn beoordelingsmarge. Zelfs *als* al geconcludeerd zou moeten worden dat de *fair balance* verstoord is, dan nog is het niet aan de belastingrechter om daar iets aan te doen. Daarbij speelt, zoals ik eerder suggereerde, ongetwijfeld ook mee dat het buiten toepassing laten van de rioolrechtenregelgeving vooral gemeenten financiële schade toebrengt, terwijl vooral de huurders van de – met het EVRM strijdige – combinatie van rioolrechten- en huurwetgeving beter worden.

---

69 Zie r.o. 5.3.

70 Een twijfelachtig voorbeeld is overigens HR 10 augustus 2001, *BNB* 2001/400 m.nt. Zwemmer (*Recht van overgang*), waarin de HR buiten toepassing liet nadat hij had overwogen dat andere beleidsopties uitgesloten moesten worden geacht. Onduidelijk is, hoeveel gewicht de HR hier toekent aan zijn uitleg van de vermoedelijke wil van de wetgever.

71 HR 29 oktober 2010, *BNB* 2011/51 m.nt. Pechler (*Rioolheffing huurwoningen*).

De klager heeft dus een rechtsmiddel – bij de civiele rechter – dat voor gemeenten minder gevoelig ligt.[72] Bij die stand van zaken is het de vraag of uit het arrest meer algemene conclusies kunnen worden getrokken.

Een principiëler antwoord is echter ook denkbaar. Zoals gezegd lijkt de Hoge Raad in *Arbeidskostenforfait* en in *Matos/Nederlandse Antillen* vooral naar het beginsel van effectieve rechtsbescherming te verwijzen als hij de plicht tot buiten toepassing laten benadrukt. De plicht die artikel 94 Gw de rechter oplegt, kan dus worden opgevat als instrumenteel bij het verwezenlijken van de meer omvattende plicht van de rechter om effectieve rechtsbescherming te verlenen. Die plicht is evenwel niet absoluut. Zoals gezegd is het in de eerste plaats al niet zo dat het de klager altijd baat om het voorschrift buiten toepassing te laten. Zijn er ook nog andere uitzonderingen denkbaar? Ik keer nu weer terug bij de bespreking van de totstandkoming van artikel 94 Gw. Die laat, meen ik, ruimte voor het aannemen van uitzonderingen mits het uitgangspunt overeind blijft dat de rechter rechtsbescherming verleent bij strijd tussen wet en verdrag. Hoe, dat bespreek ik nu.

4.2.3.3 Synthese: pleidooi voor een gedifferentieerde benadering

Uit de totstandkomingsgeschiedenis bleek dat de indieners van het voorstel dat uiteindelijk leidde tot het huidige artikel 94 Gw, beoogden de rechter de bevoegdheid te geven het verdragsrecht daadwerkelijk te effectueren. Zij kregen de beide Kamers daarin mee, zij het pas nadat de tekst tot zijn huidige redactie was omgebogen. Duidelijk is dat in elk geval de indieners zelf niet het idee hadden dat daarmee de essentie van de bepaling was aangetast. Ik meen daarom dat artikel 94 twee, elkaar niet uitsluitende, functies kan worden toegedicht. In de eerste plaats komt het artikel een letterlijke betekenis toe: het draagt rechter (en bestuur) op om wettelijke voorschriften te toetsen aan verdragsrecht en, zo nodig, buiten toepassing te laten. In de tweede plaats heeft artikel 94 Gw een institutionele betekenis. Waar artikel 120 Gw het primaat van de wetgever stipuleert, iets dat soms reflexwerking heeft buiten het strikte toepassingsgebied van artikel 120 zelf, stipuleert artikel 94 Gw het primaat van het internationale recht.[73] *What's more*: het geeft de rechter de vingerwijzing dat hij daar wat mee moet: diegenen die zich op dat internationale recht beroepen, rechtsbescherming bieden.

Artikel 94 Gw moet, zo bepleit ik dus, worden uitgelegd in het licht – als onderdeel – van het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Dat impliceert

---

72 Het is overigens denkbaar dat in een civiel geschil over de huurprijs, opnieuw niet wordt overgegaan tot buiten toepassing laten, nu omdat de gerechtvaardigde verwachtingen van de huurder zich daartegen verzetten, of omdat de civiele rechter op zijn beurt meent dat er meerdere opties tot rechtsherstel mogelijk zijn. De verhuurder maakt in een dergelijk geval denk ik echter wel aanspraak op schadevergoeding. Op die mogelijkheid kom ik terug in §5.3.2.

73 Over de institutionele rol van art. 120 Gw, zie Koopmans 1986, p. 12; Martens 2000a, nr. 9.

twee dingen. In de eerste plaats dat de rechter, waar buiten toepassing laten niet mogelijk is, op een andere wijze rechtsbescherming biedt. Dat doet de rechter, getuige *Arbeidskostenforfait,* en ik kom daar hierna op terug. Het impliceert, in de tweede plaats, óók dat uitzonderingen mogelijk zijn op het adagium dat voorschriften steeds buiten toepassing worden gelaten als zij in strijd zijn met ieder verbindende verdragsbepalingen, maar die uitzonderingen mogen niet de regel worden. Dat betekent dus dat de vraag of de rechter een voorschrift in een concreet geval buiten toepassing moet laten, gedifferentieerd benaderd moet worden. Niet elk afwijken van artikel 94 Gw is gerechtvaardigd, zoals het opvolgen van het gebod evenmin steeds de te volgen weg is. Ik loop de verschillende gevalstypen waarin de rechter er, in het verleden, vanaf zag om het voorschrift buiten toepassing te laten, kort na.

1 Buiten toepassing laten van het voorschrift baat de klager niet

Waar het buiten toepassing laten van het voorschrift de klager in kwestie niet baat, verzet artikel 94 zich er, vanzelfsprekend, niet tegen dat de rechter daarvan afziet. Hij zal dan wel moeten onderzoeken of hij op een andere wijze effectieve rechtsbescherming kan verlenen.[74] Op de vraag hoe, en in welke gevallen, hij dat dient te doen, kom ik in de volgende paragraaf terug.

2 Buiten toepassing laten van het voorschrift maakt inbreuk op de rechten van derden

In de vorige paragraaf werden verschillende gevallen geschetst waarin het buiten toepassing laten van een met verdragsrecht strijdige bepaling, problematisch zou zijn in het licht van de rechten van derden. Het opheffen van de ene discriminatie zou bijvoorbeeld een andere discriminatie tot gevolg hebben, of het effectueren van een EVRM-recht zou de rechtszekerheid van derden bedreigen.[75] In zulke gevallen lijkt het mij zonder meer verdedigbaar om een uitzondering aan te nemen op het gebod van artikel 94 Gw. Op zijn minst moet een afweging mogelijk zijn tussen het belang van de klager bij handhaving van zijn verdragsrecht en de belangen van derden. Het kan niet de bedoeling zijn dat het effectueren van het ene verdragsrecht leidt tot de schending van een ander – of hetzelfde – verdragsrecht. Waar ook de mensenrechtenverdragen de werking van fundamentele rechtsbeginselen veronderstellen, kan evenmin worden aangenomen dat zij dwingen tot een schending van die beginselen.[76] Wel ligt het in die gevallen voor de hand om een aanspraak op schadevergoeding te erkennen. De mogelijkheid daartoe onderzoek ik in hoofdstuk 5.

---

74 HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*).

75 Vgl. resp. HR 15 juli 1998, *BNB* 1998/293 (*Autokostenforfait*), resp. HR 18 januari 1980, *NJ* 1980/463 m.nt. WHH (*Voogdij Post-Marckx*).

76 Voor het EVRM maakte het EHRM dit onder meer uit in: EHRM 13 juni 1979, *NJ* 1980/462 m.nt. EAA (*Marckx t. België*).

3. De onrechtmatigheid is het gevolg van een combinatie van verschillende voorschriften

In een zaak zoals het *Rioolrechten*-arrest van 2010, die in de vorige paragraaf werd geschetst, ligt het genuanceerder. Het enkele feit dat een schending in verschillende, als zodanig rechtmatige, voorschriften is gelegen betekent nog niet dat de rechter er dáárom maar vanaf moet zien om één van die voorschriften buiten toepassing te laten, als het buiten toepassing laten van elk van die voorschriften een mogelijke remedie zou zijn. Er is dan weliswaar een keuze mogelijk, maar die valt wat mij betreft nog binnen de rechtsvormende taak van de rechter. Nederlandse rechters zijn, zoals eerder opgemerkt, geen constitutionele rechters. Zij hebben niet te beslissen op welke wijze een verdragsschending het best of het mooist kan worden opgelost, maar rechtsbescherming te verlenen in de zaak die hem is voorgelegd. Wat wel kan, is dat de rechter in een bepaalde kwestie meent dat de kwestie evident beter in een andere kolom kan worden opgelost. Dat betekent dat de belastingrechter van mening kan zijn dat rechtsherstel via de civiele rechter aangewezen is. Meent de Hoge Raad in het *Rioolrechten*-arrest bijvoorbeeld dat hij gemeenten op onaanvaardbare kosten jaagt als hij aanslagen rioolrechten gaat vernietigen wegens strijd met artikel 1 EP EVRM, dan laat artikel 94 Gw toe dat hij onderzoekt of die kwestie bij de civiele rechter meer op zijn plaats is. Anders dan hij nu deed, verwijst hij de kwestie dan niet naar de wetgever, maar naar een andere kolom. Of de civiele rechter vervolgens aan deze 'doorverwijzing' is gebonden is een andere vraag. Ik zou menen dat hij de kwestie vervolgens niet weer terug moet kunnen verwijzen. De klager staat immers geen effectieve rechtsbescherming bij de belastingrechter ten dienste.

4. Buiten toepassing laten leidt tot één van verschillende verdragsconforme uitkomsten

De situatie dat het buiten toepassing laten leidt tot een, voor de klager aanvaardbare, uitkomst die evenwel niet de enige mogelijke verdragsconforme uitkomst is, levert problemen op. Het is duidelijk dat de rechter, door gebruik te maken van zijn bevoegdheid ex artikel 94 Gw, de wetgever politiek voor de voeten kan lopen. Toch denk ik dat met name deze grond tot abstineren met de 'nieuwe' lijn van het arrest *Arbeidskostenforfait* in beginsel is afgezworen. Waar het buiten toepassing laten een vrij voor de hand liggende remedie is, dient de rechter daarvoor in beginsel te kiezen. Dat de wetgever ook voor alternatieve beleidsopties kan kiezen, doet daar niet aan af. Als hij dat belangrijk vindt, kan hij met wijzigingswetgeving komen. Het is immers zeker niet zo dat, zoals weleens wordt gesteld, de rechterlijke uitspraak – wanneer een verdrag aan de orde is – steeds 'in steen is gebeiteld'.[77] Waar de rechter constateert dat er diverse verdragsconforme uitkomsten mogelijk zijn, heeft

77 Zo bijv. Koopmans, in Wiarda/Koopmans 1999, p. 132.

de wetgever – in elk geval in juridische zin – ook de ruimte om voor een andere verdragsconforme uitkomst te kiezen. Wel kan de rechter de wetgever voor een politiek *fait accompli* zetten. Hij kan, door de wet buiten toepassing te laten, verwachtingen scheppen bij een grote groep burgers waardoor het voor de wetgever lastig wordt om de kwestie zonder al te grote maatschappelijke en politieke onrust een draai te geven. In zoverre is het denkbaar dat de rechter onderzoekt of hij de wetgever voor de voeten loopt bij het buiten toepassing laten van de regels. Is dat evident het geval, dan moet hij zich misschien inderdaad maar een beetje aan de *raison d'État* overleveren.[78] Er zijn grenzen. Zolang maar duidelijk is dat zijn afkeer aan politiek te doen, in dat geval een politieke beslissing is.

5. Buiten toepassing laten leidt tot een disproportionele uitkomst of tot rechtspolitieke keuzes

Tot slot de situatie dat het verdragsrecht geen duidelijke uitkomst voorschrijft. Gedeeltelijk buiten toepassing laten noopt de rechter dan tot rechtspolitieke keuzes. Hij heeft in dat geval twee opties. Hij kan het voorschrift in sommige gevallen algeheel buiten toepassing laten. Als de klager daarbij gebaat is, heeft deze in elk geval een remedie gekregen. Hij kan de kwestie ook aan de wetgever overlaten, al dan niet tijdelijk bij wijze van *terme de grâce*. Wat te doen vanuit het perspectief van art. 94 Gw? De totstandkomingsgeschiedenis van artikel 94 leverde hier drie gezichtspunten op. De bepaling was bedoeld als signaal aan de rechter dat hij het verdragsrecht te effectueren heeft. Een uitleg van artikel 94 in het licht van zijn functie pleit er dus voor om in elk geval *iets* te doen. De uiteindelijk vastgestelde tekst was dan weer bedoeld als een gebod om niet méér van de wet buiten toepassing te laten dan het verdragsrecht strikt genomen vereiste. Dat pleit tegen algeheel buiten toepassing laten. Er lijkt maar één oplossing mogelijk: alsnog overgaan tot gedeeltelijk buiten toepassing laten, en daarmee rechtsvorming. Als klap op de vuurpijl lijkt het opnemen van de eis van een ieder verbindendheid in 1956 er dan weer op te wijzen dat de rechter uit de rechtspolitieke arena moet worden gehouden. Het is duidelijk: één van deze gezichtspunten dient het onderspit te delven. Welke, dat laat zich niet in abstracto zeggen. De rechter zal per geval moeten bezien of zijn constitutionele rol een bepaalde remedie kan 'dragen'. Dat betekent dus een belangenafweging, en wel een die bepaalt of – en op welke manier – de rechter 'rechtsvormend' te werk gaat. Artikel 94 Gw verzet zich er dus niet tegen dat hij van het buiten toepassing laten van het voorschrift in een dergelijk geval afziet, maar de bepaling kan evenmin zo geconstrueerd worden dat in zulke gevallen steeds van buiten toepassing laten kan worden afgezien. Op de vraag hoe de afweging er uit moet zien ga ik in de volgende paragraaf in.

78 Vgl. Kortmann 2009.

4.2.4 Resumerend

Artikel 94 Grondwet gebiedt rechter en bestuur, zo op het eerste gezicht, dwingend een norm die zich niet verdraagt met het buiten toepassing laten van een ieder verbindende verdragsbepaling. De rechtspraktijk laat een ander beeld zien. Hoewel de Hoge Raad noch de hoogste bestuursrechters expliciet een uitzondering op het gebod aanvaarden, voelen zij zich regelmatig gedwongen ervan af te zien de norm buiten toepassing te laten.

In de eerste plaats is daarvan sprake als dat laatste degene die zich beroept op de onverenigbaarheid van de norm met verdragsrecht, niet zou baten. Het is bijna overbodig om dat op te merken, maar voor de volledigheid doe ik het toch maar: artikel 94 Gw verzet zich er niet tegen dat de rechter in dat geval van buiten toepassing laten afziet. Interessanter zijn de gevallen waarin de rechter weigert een bepaling buiten toepassing te laten terwijl dat technisch mogelijk is en de klager daarbij ook baat zou hebben. Ik identificeerde een aantal van zulke gevallen. Ruw gezegd komt het er op neer dat de rechter in het verleden niet buiten toepassing liet als hij daarmee de legitieme belangen van derden zou schaden, als dat zou leiden tot één van verschillende verdragsconforme uitkomsten en als algeheel buiten toepassing laten van de regeling disproportioneel zou zijn terwijl gedeeltelijk buiten toepassing laten hem zou nopen tot het maken van rechtspolitieke keuzes. In die gevallen is minder duidelijk of het de rechter is toegestaan af te zien van het bieden van een remedie. De vraag is wat hier als positief recht te gelden heeft.

De geldende rechtspraak van de Hoge Raad suggereert dat hij in beginsel niet afziet van het buiten toepassing laten van het voorschrift als dat een mogelijke oplossing van het geschil is. Ik heb betoogd dat de praktijk er ingewikkelder uitziet. Daarom bepleit ik een gedifferentieerde benadering.

Artikel 94 Gw vat ik op als een bepaling die de rechter opdraagt het verdragsrecht bij normcollisies te effectueren. Hoewel uitzonderingen op de plicht tot buiten toepassing laten mogelijk zijn, mag dat er niet toe leiden dat het effectueren van het verdragsrecht als zodanig in gevaar komt. Het uitgangspunt blijft dus dat de toepassing van voorschriften die met verdragsrecht onverenigbaar zijn, achterwege blijft. Waar dat de klager baat, is voor een uitzondering alleen plaats als dit schade toe zou brengen aan de belangen van derden. Buiten die gevallen is in beginsel geen ruimte voor een uitzondering. Alleen wanneer voor het gedeeltelijk buiten toepassing laten van het voorschrift geen duidelijke aanknopingspunten voorhanden zijn, en algeheel buiten toepassing laten een disproportionele uitkomst zou betekenen, is ruimte voor een belangenafweging. De rechter dient dan te bezien of zijn rechtsvormende rol ruimte laat om alsnog in de gevraagde rechtsbescherming te voorzien. Op die rechtsvormende rol ga ik nu in.

4.3 Moet de rechter dan gaan 'rechtsvormen'?

We hebben gezien dat de rechter bij strijd tussen een wettelijk voorschrift en een verdragsbepaling niet altijd een remedie kan bieden door het voorschrift buiten toepassing te laten. Volgens de Hoge Raad, in het arrest *Arbeidskostenforfait*, rijst dan de vraag of de rechter 'effectieve rechtsbescherming kan bieden door op andere wijze in het door de regeling veroorzaakte rechtstekort te voorzien dan wel of hij zulks vooralsnog aan de wetgever dient over te laten'.[79] Deze vraag zet de rechter sinds 1984 in de sleutel van zijn 'rechtsvormende taak'.[80] Als het bieden van rechtsherstel nog binnen de grenzen van die rechtsvormende taak ligt, dan gaat hij daartoe over. Zou hij die grenzen overschrijden, dan heeft de klager pech en schuift hij de kwestie door naar de wetgever.[81]

In deze paragraaf ga ik in op die 'rechtsvormende taak' van de rechter. Wat wordt daaronder verstaan? Héέft de Nederlandse rechter eigenlijk wel zo'n taak? Zo ja, wat is daarvoor dan de grondslag? En wat moet precies worden verstaan onder 'op een andere wijze' in het rechtstekort voorzien? Ik ga eerst in op de terminologische discussie, wat onder rechtsvorming moet worden verstaan, en bezie vervolgens of de rechter op dat terrein en rol te spelen heeft. Een voorproefje: ik bepleit dat dit zo is, zij het dat die rol beperkt is en dat beter van een *rol* in plaats van een *taak* kan worden gesproken. Vervolgens schets ik hoe de Nederlandse rechter aan die rol invulling geeft bij de toetsing van wetgeving aan mensenrechten. In het kader van 'verwachtingsmanagement': ik bespreek niet in algemene zin de wijze waarop rechters hun rechtsvormende rol inkleuren, maar beperk mij tot de toetsing aan Europees en internationaal recht.

4.3.1 Terminologie: rechterlijke rechtsvorming, waar hebben we het over?

Als de rechter een wettelijk voorschrift, om welke reden dan ook, niet buiten toepassing kan laten, dan beziet hij of hij op een andere wijze rechtsbescherming kan bieden. Wat houdt die 'andere wijze' in? Volgens sommige handboeken betekent dit dat de rechter 'recht vormt'. De rechterlijke activiteit bij de toetsing van wetgeving aan verdragsrecht wordt dan voorgesteld als een drietrapsraket. De rechter beziet eerst of hij het wettelijk voorschrift verdragsconform kan uitleggen. Lukt dat niet, dan laat hij het voorschrift buiten toepassing. Lukt dat ook niet, of resulteert dit buiten toepassing laten louter in een

79 HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*), r.o. 3.14.
80 HR 12 oktober 1984, *NJ* 1985/230 (*Optierecht Nederlanderschap*), r.o. 5.
81 Dat hoeft overigens niet steeds pech te betekenen. Het is niet uitgesloten dat de wetgever hem genereuzer behandelt dan de rechter het zou kunnen doen.

leemte, dan 'vormt' de rechter 'recht'. Meent hij dat dit zijn rechtsvormende taak te buiten gaat, dan laat hij de kwestie aan de wetgever over.[82]

Als pedagogisch ingestoken samenvatting lijkt mij een dergelijk overzicht prima. Bewust of onbewust, wordt echter gesuggereerd dat de rechter aan 'zelfstandige' rechtsvorming doet, los dus, van het buiten toepassing laten of de (conforme) interpretatie van de wettelijke regeling. Een aantal auteurs maakt daartegen bezwaar. De rechter komt geen rechtsvormende taak toe. Daar heeft hij de bevoegdheid nooit voor gekregen.[83] Als de rechter zegt dat iets zijn rechtsvormende taak te buiten gaat, dan suggereert hij volgens deze auteurs ten onrechte dat hij de bevoegdheid tot zelfstandige rechtsvorming heeft. Deze opvatting is vervolgens weer bekritiseerd door diegenen die er op wijzen dat rechterlijke rechtsvorming noodzaak is, en dat de gedachte van het legisme, namelijk dat de rechter strikt gebonden is aan de wet, reeds lang verlaten is.[84]

Waar gaat dit over?

De discussie lijkt in de eerste plaats een terminologische.[85] Degenen die zich recent kritisch uitlieten over de rechtspraak waarin de Hoge Raad en de hoogste bestuursrechters melding maken van hun rechtsvormende taak, lijken niet te plaatsen in de traditie van het legisme. Zo merkt Kortmann op:

> 'Ik beweer(de) nergens dat de rechter niet aan (ruime) interpretatie mag doen. Nergens stel(de) ik dat de rechter niet aan ontwikkeling van het recht mag doen'.[86]

Hij sluit ook niet uit dat soms voorbij wordt gegaan aan de bedoelingen van de wetgever. Dat blijkt bijvoorbeeld uit zijn annotatie bij de zaak *Eman & Sevinger* (*'Arubaans kiesrecht'*), waarin de Afdeling meent dat het bieden van rechtsherstel in geval van een discriminatoire regeling inzake het kiesrecht voor het Europees Parlement, haar rechtsvormende taak te buiten gaat. Kortmann ziet het zo:

> 'Ik ben overigens geneigd hier niet van rechtsvorming te spreken, maar van meer of minder ruime toepassing van het gelijkheidsbeginsel. (…) In het onderhavige geval zou [de rechter, JU] naar mijn oordeel zonder veel problemen hebben kunnen besluiten tot gelijkstelling van 'Antilliaanse en Arubaanse Nederlanders' met 'andere buiten Nederland wonende Nederlanders'.[87]

---

82 Vgl. Besselink 2007a, p. 73. Ook Martens 2000a, nr. 6, en Bellekom e.a. 2007, p. 332 lijken het, zij het impliciet, zo te zien.

83 Kortmann 2005; Schutte 2009. Genuanceerder: Bovend'Eert 2009.

84 Vgl. o.m. Hammerstein 2009, Kop 2011, en Voermans 2011, p. 60. Die opvatting heeft inmiddels stevige wortels: Zie o.a. Wiarda 1972/1999, p. 130-133; Vranken 2005, p. 9-11.

85 Dat merkte eerder ook Hogeraadpresident Corstens op. Zie: C. Lindo, 'Tussen ideaal en nuchterheid – Interview met de nieuwe president van de Hoge Raad, mr. G.J.M. Corstens', *NJB* 2009, p. 1074. Tevens: Kop 2011, p. 1041.

86 Kortmann 2009, p. 765.

87 Kortmann 2007, p. 459.

Het buiten toepassing laten of verdragsconform interpreteren hoeft volgens Kortmann dus geen rechtsvorming te zijn. Nu zal het hem niet zijn ontgaan dat het buiten toepassing laten of conform uitleggen van de Kieswet (dan wel rechtstreeks toepassen van het gelijkheidsbeginsel), keuzes voor de rechter met zich brengt. Dat de rechter dan een keuze maakt, brengt voor Kortmann kennelijk nog niet met zich dat van rechtsvorming moet worden gesproken, laat staan van rechtsvorming die de rechterlijke functie overstijgt.

Andere auteurs die zich, in het kielzog van Kortmann kritisch uitlieten over de rechtsvormende taak van de rechter zijn evenmin zonder meer te kwalificeren als verstokte legisten of wars van het bieden van rechtsbescherming. Zo merkt Schutte op:

> '(…) dat als ik mij kritisch uitlaat over rechtsvorming door de rechter, ik daaronder niet versta het invullen van open wettelijke normen door de rechter. (…) Wanneer een rechter in een procedure tot de slotsom komt dat een al dan niet wettelijk voorschrift in strijd is met hoger recht respectievelijk volkenrecht en het enkele buiten toepassing laten van dat wettelijke voorschrift niet verenigbaar is met een geldend voorschrift dat de rechtzoekende een effectieve rechtsgang of een effectief rechtsmiddel toekomt, dan is er mijns inziens geen sprake van het uitoefenen van een 'rechtsvormende taak' als de rechter concrete maatregelen oplegt die de rechten van de rechtzoekende veilig stellen (mits deze uiteraard correct zijn verzocht of gevorderd). De vaste jurisprudentie van de Hoge Raad waarin wordt aangenomen dat de rechter in dergelijke gevallen met zijn 'rechtsvormende taak' van doen heeft, acht ik een dwaalleer. De rechter biedt in die gevallen rechtsbescherming en móet die rechtsbescherming ook bieden, omdat anders de rechtzoekende die het recht aan zijn zijde heeft alsnog met lege handen staat. Rechtsbescherming door rechtstoepassing is per slot de hoogste taak van de rechter, ook en bij uitstek van de Hoge Raad, en dat zou mijns inziens zo moeten blijven'.[88]

Voor auteurs als Kortmann en Schutte is dus het bieden van rechtsbescherming als zodanig geen punt, ook niet als daarvoor het wettelijk stelsel innovatief moet worden uitgelegd. Zij noemen dat alleen geen rechtsvorming, maar toepassing, interpretatie, rechtsvinding of rechtsontwikkeling.[89]

Wat moet dan wél onder 'rechtsvorming' worden verstaan?

Het duidelijkste antwoord op die vraag geeft Bovend'Eert wanneer hij zich zet aan een 'welhaast authentieke interpretatie' van wat Kortmann bedoelde.[90] Volgens Bovend'Eert gaat het mis als niet langer sprake is 'van een verdere ontwikkeling en uitleg van bestaand (geschreven) recht, maar (van) de vorming

88 Schutte 2009, p. 677.
89 In deze zin ook: Bovend'Eert 2009, p. 146-147.
90 Vgl. Kortmann 2009, p. 766.

van geheel nieuw recht *zonder enige geschreven wettelijke grondslag*'.[91] Waar Kortmann, Schutte en Bovend'Eert zich dus tegen keren is niet zozeer rechtsvorming bestaande uit innoverende of creatieve interpretatie, maar rechtsschepping die niets meer met interpretatie te maken heeft. De rechter baseert, anders gezegd, zijn nieuwe rechtsregel in het geheel niet op het geschreven recht.

Ik sluit mij bij hun afwijzing van zúlke rechtsvorming aan. In de juristerij zijn er, schat ik zo in, maar weinigen die dat niet zullen doen.[92] De rechter moge volgens velen dan een rechtsvormende taak hebben, *lui-même sa règle* is hij niet.[93] Wordt over rechterlijke rechtsvorming gesproken, dan wordt vaak bedoeld dat de rechter – of hij nu open of betrekkelijk duidelijke normen interpreteert – iets 'nieuws' toevoegt aan het bestaande recht of de betekenis ervan in meer of mindere mate verandert.[94] Groenewegen meent:

> 'dat interpretatie tot rechtsvorming leidt, als de beslissing niet volledig bepaald wordt door het geldende recht. Een beslissing is niet door het geldende recht bepaald als de betekenis van een regelformulering, ook na interpretatie, niet eenduidig vast te stellen is'.[95]

---

91 Bovend'Eert 2009, p. 146 (de cursivering is van mij). Schutte lijkt daarvan eveneens uit te gaan, waar hij zich keert tegen: 'de idee dat aan de rechter een algemene regelgevende bevoegdheid toekomt, ook in die gevallen waarin daarvoor geen wettelijke grondslag is aan te wijzen (…)'. Schutte 2009, p. 677.

92 Mogelijke uitzonderingen zijn Barendrecht 1992, p. 243-266, en Vranken 2005, p. 9-11; 85.

93 Vgl. Wiarda 1972/1999, p. 30, 40-41; 83. Ook de rapporten van, respectievelijk, de Commissie-Hammerstein (Hoge Raad) en de onderzoekers De Poorter en Van Roosmalen (Raad van State) lijken daarvan trouwens niet uit te gaan. Vgl. Commissie 'Normstellende rol Hoge Raad' ('Commissie-Hammerstein'), *Versterking van de cassatierechtspraak,* Den Haag 2008 (internetpublicatie), p. 9 e.v.; De Poorter & Van Roosmalen, *Motivering bij rechtsvorming,* Den Haag: Raad van State 2009, p. 18. President Corstens (Hoge Raad) lijkt er in een rede ter gelegenheid van 25 jaar Grotius Academie in 2010, getiteld *'Rule of law'* anders over te denken, waar hij expliciet meent dat de rechter als quasi-wetgever 'los van wetgeving' kan acteren. De voorbeelden die hij vervolgens noemt, het arrest *Spoorwegstaking*, het buiten toepassing laten van wetgeving en de *contra legem* rechtspraak van de Hoge Raad, lijken mij echter geen gevallen waarin de rechter het geschreven recht volstrekt los heeft gelaten. In de eerste twee gevallen opereert de rechter inderdaad los van het wettelijk stelsel, maar baseert hij zijn rechtsvorming op verdragsrecht. Weliswaar is dat verdragsrecht vaag – vandaar ook rechtsvorming – maar ook nu gaat het om de invulling van vage of open geschreven normen. Het laatste geval, de *contra legem* werking van beginselen, moet n.m.m. worden beschouwd als een variant van beginselconforme interpretatie – de rechter leest een ongeschreven uitzonderingsgrond in een wettelijke regeling in en baseert zich daarbij op de vermoedelijke wil van de wetgever. Ik wijk daarin overigens af van de vermoedelijk heersende leer: Van Houten 1997, p. 87-88 Groenewegen 2006, p. 157-159; Schutgens 2009a, p. 165, voetnoot 32. In soortgelijke zin echter: De Lange 1999, p. 9; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 358-359.

94 Zo bijv. De Poorter & Van Roosmalen 2009, p. 18-22; Teuben 2004, p. 35. Vgl. ook o.m. Asser/Scholten 1974, p. 122; Hirsch Ballin 1988, p. 235.

95 Groenewegen 2006, p. 43.

Van rechtsvorming is in potentie dus sprake als de rechter vrijheid heeft bij het vaststellen wat het geldende recht is. Hanteert de rechter de beeldspraak van de rechterlijke rechtsvorming, dan erkent hij dat het geschreven recht meerdere opties openlaat, hem niet tot *one right answer* dwingt.[96] Zegt hij dat een kwestie zijn rechtsvormende taak te buiten gaat, dan geeft hij ofwel aan dat de voorgestelde interpretatie niet tot die mogelijke opties behoort, ofwel dat hij de keuze tussen die opties, om welke reden dan ook, schuwt. Wanneer de manier waarop hij daar invulling aan geeft ook betekenis heeft voor andere gevallen dan het hem voorgelegde, dan verwezenlijkt zich die rechtsvorming. Door te beslissen in het voorgelegde geschil, en door de betekenis die hijzelf en anderen aan die beslissing toekennen, verandert de rechter het bestaande recht. Die verandering kan hem, aldus De Poorter en Van Roosmalen, in verschillende dingen zitten:

> '(…) een rechtsnorm toepassen waarbij een bepaalde bijzonderheid speelt, een rechtsnorm uitleggen waarbij meerdere interpretaties mogelijk zijn of waarbij een nieuwe rechtsvraag opkomt en het gestalte geven aan de rechtsnorm. (…) dat de rechter bij rechtsvorming niet slechts ontdekt wat reeds bestaat, maar in voorkomende gevallen daadwerkelijk iets nieuws toevoegt; daarin schuilt de betekenis voor andere gevallen. Dit is het sterkst wanneer methoden van interpretatie in verschillende richtingen wijzen en vooral in gevallen waarin de rechter op zoek gaat naar de van toepassing zijnde rechtsnorm'.[97]

Deze definitie wijkt sterk af van de eerder geschetste die gehanteerd wordt door de 'kritische stroming'. Iets nieuws toevoegen in deze zin hoeft nog niet te betekenen dat de rechter volledig los opereert van het wettelijk stelsel of, in bredere zin, van het geschreven recht. Als de rechter beslist dat gebruikmaking van de roe van Zwarte Piet een vernederende bestraffing in de zin van artikel 3 EVRM is, dan voegt hij iets nieuws toe aan het geldende recht – een norm die zich verzet tegen gebruikmaking van de roe – maar hij baseert zich onmiskenbaar op het geschreven recht.[98] Zelfs als de rechter voorbij lijkt te gaan aan de tekst van een voorschrift, is daarmee nog niet gezegd dat hij het geschreven recht los heeft gelaten. Het is best mogelijk dat hij het doel of de strekking van het voorschrift, of het wettelijk stelsel als zodanig, laat prevaleren boven de letterlijke betekenis van de tekst van het voorschrift. Wanneer de Hoge Raad bijvoorbeeld een 'gezamenlijk verzoek' interpreteert als een 'eenhoofdig verzoek' modificeert hij in elk geval het vigerende nationale recht, maar wat gemodificeerd wordt is de betekenis die toegekend wordt aan een wetsartikel.[99] Er wordt geen geheel nieuw voorschrift in het leven

96 Vgl. Hirsch Ballin 1988, p. 233; De Lange 1991, p. 1988-189.
97 De Poorter & Van Roosmalen 2009, p. 22.
98 Vgl. EHRM 25 april 1978, nr. 5856/72 (*Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*).
99 HR 27 mei 2005, *NJ* 2005/485 m.nt. JdB (*Eenhoofdig verzoek gezamenlijk ouderlijk gezag*).

geroepen, ook al kan, toegegeven, een en ander in de praktijk soms op hetzelfde neerkomen.

Er is dus een cruciaal verschil tussen beide vormen van rechtsvorming. In het eerste geval beweegt het verschijnsel rechtsvorming zelfstandig door de straten, in het tweede geval maakt het gebruik van een voertuig: interpretatie.[100] In het eerste geval bedenkt de rechter, geheel los van zijn bestaande bevoegdheden, iets nieuws, in het tweede maakt hij keuzes bij het invullen van bestaande bevoegdheden, en vormt hij zo recht. Of men dat tweede verschijnsel nu rechtsontwikkeling noemt, zoals Kortmann c.s. prefereren te doen, of rechtsvorming, ik denk dat de Hoge Raad – wanneer hij over zijn rechtsvormende taak spreekt – het oog heeft op de tweede betekenis: het toevoegen van iets 'nieuws', zonder dat dit noodzakelijkerwijs betekent dat de rechter de binding aan de wet loslaat. Is wel sprake van een situatie waarin de rechter gevraagd zou worden het geschreven recht geheel los te laten, dan verklaart hij in de regel dat dit zijn rechtsvormende taak te buiten gaat.[101] Zijn uitspraak is steeds gebaseerd op de interpretatie van een geschreven norm, hoe 'creatief', innoverend of geforceerd die interpretatie soms ook mag uitvallen.[102]

100 Naast interpretatie, kan m.i. ook het (bloot) buiten toepassing laten of onverbindend verklaren als voertuig dienen. Het gaat mij er niet zozeer om dat de rechter dan 'negatief' recht vormt, in de zin dat hij zijn hand over vigerende wetgeving legt. Daarvan zou nog kunnen worden gezegd dat dit reeds besloten lag in het hogere (verdrags)recht. Ik doel vooral op de situatie die in de vorige paragraaf aan de orde kwam, namelijk dat uit het hogere recht niet zonder meer volgt wat precies buiten toepassing moet worden gelaten of onverbindend moet worden verklaard. Maakt de rechter dan een keuze, dan vormt hij recht in de zin dat zijn keuze een nieuw element toevoegt.

101 Vgl. bijv. HR 26 februari 2002, *LJN* AD7011, r.o. 3.3; HR 15 november 2002, *NJ* 2003/590 m.nt. Van Wijmen (*Meijer & Bosman Beheer/Bergh*), r.o. 3.4.3; HR november 2001, *LJN* AB3338, concl. A-G Wortel, ov. 12. Zie ook CRvB 10 februari 1993, *LJN* ZB2798, *V-N* 1993/1560, 32; CRvB 9 juni 1998, *RSV* 1998/240; CRvB 28 januari 2001, *JB* 2003/87. Bovend'Eert wijst er op dat de HR (en trouwens ook de Afdeling, zij het impliciet) soms overweegt dat de kwestie weliswaar zijn rechtsvormende taak te buiten gaat, maar dat dit anders kan liggen wanneer de wetgever de kwestie bewust negeert. De rechter lijkt dan dus in eerste instantie te menen dat rechtsvorming keuzes met zich brengt die niet zijn op te lossen aan de hand van het wettelijk stelsel, om zich vervolgens – in extremis – toch tot zulke rechtsvormig in staat te verklaren. Vgl. Bovend'Eert 2009, p. 151. Bovend'Eert heeft daar een belangrijk punt, dat moeilijk te weerleggen is. Ik geloof echter dat dan de overwegingen van de rechter aangaande zijn rechtsvormende taak in een bepaalde kwestie ten onrechte verabsoluteerd worden. Of een bepaalde keuze zich 'uit het wettelijk stelsel laat afleiden' is uiteindelijk een kwestie van gradatie. Vaak kan het kwartje verschillende kanten op vallen. Denkbaar is dat de rechter die inschatting bij te evidente onwilligheid van de wetgever herziet. Het kwam tot dusver in elk geval nog niet voor dat de rechter daartoe is overgegaan.

102 Dat de rechter zich steeds baseert op de wet is in sommige gevallen een fictie, maar zoals Adams niet zo heel lang geleden nog illustreerde, kunnen ook ficties in het staatsrecht waardevol zijn (Adams 2010).

Een voorbeeld moge dat verduidelijken.

In 1975, een slordige tien jaar voordat de Hoge Raad voor het eerst spreekt van een 'rechtsvormende taak', wordt het college geconfronteerd met de vraag wat te doen met de geboorteakte van een persoon die bij geboorte 'vanwege anatomische geslachtskenmerken' tot man is verklaard, maar van wie gedurende het verdere leven blijkt dat hij – of zij – beter aangemerkt kan worden als vrouw.[103] Het gerechtshof besloot de kwestie op te lossen door de aanduiding 'man', op de voet van artikel 1:29 lid 1 BW, aan te merken als 'kennelijke misslag'. De Hoge Raad vindt dat te ver gaan. Hij ziet problemen in verband met de rechtszekerheid als de man volgens de geboorteakte nu plotseling vrouw is. De kwestie kan daarom beter aan de wetgever worden overgelaten. Na 1984 zal het college in zulke zaken spreken van een kwestie die 'de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat'.[104] De rechtsvorming waarom het gaat, is of artikel 1:29 lid 1 BW zo kan worden uitgelegd dat het ook van toepassing is op het geval dat weliswaar geen vergissing is gemaakt bij het bekijken van de geslachtsdeeltjes, maar de getrokken conclusie achteraf, op basis van psychologisch onderzoek, toch niet helemáál juist blijkt te zijn. De rechter laat daarmee de wettelijke grondslag niet los. Hij zou deze enkel anders uitleggen dan hij het tot dusver deed. In dit geval vond de Hoge Raad dat om praktische redenen te ver gaan, maar zou hij de uitleg van het Gerechtshof wel passend hebben gevonden, dan was het nog altijd om de *uitleg* van een wettelijke bepaling gegaan. Spreken Hoge Raad, Afdeling of Centrale Raad over hun rechtsvormende taak, dan meen ik dus dat zij daarmee – in afwijking van de terminologie van Kortmann c.s. – slechts doelen op hun bevoegdheid om een keuze te maken uit verschillende interpretaties van het geschreven recht.[105]

Gaat het om de toetsing van wetgeving aan verdragsrecht, dan doet zich echter een complicatie voor. De jurisprudentie inzake schadevergoeding bij overschrijding van de redelijke termijn in het bestuursrecht kan dat illustreren.[106] De rechter legt in die zaken de tekst van de wet, de bedoeling van de wetgever en zelfs – zij het gedeeltelijk – de systematiek van de wet terzijde om vergoeding van immateriële schade mogelijk te maken. Kan hier nog wel van interpretatie gesproken worden? Ik meen van wel, zij het dat de rechtsvorming die hier onmiskenbaar plaatsvindt, niet – of beter: niet *alleen* – voortvloeit

103 HR 3 januari 1975, *NJ* 1975/187 m.nt. EAAL (*Geboorteakte transseksueel*). Zie ook: HR 13 december 1973, *NJ* 1975/130 m.nt. EAAL (*Geslachtsverandering*).

104 Vgl. HR 30 maart 2007, *NJ* 2007/609 m.nt. JdB (*Geslachtsloos*), waarin de Hoge Raad, anders dan A-G en annotator, de rechtsvormende taak deze keer niet noemt, maar met een verwijzing naar de *margin of appreciation* beslist dat artikel 8 EVRM niet geschonden wordt. Terecht n.m.m. wijst annotator De Boer er evenwel op dat dit soort kwesties normaal gesproken over de band van de rechtsvormende taak worden afgedaan.

105 Niet iedereen zal daarvan overtuigd zijn. Verhey 2009, punt 50, lijkt het niet zo te zien.

106 Zie ABRvS 4 juni 2008, *AB* 2008/229 m.nt. Widdershoven; CRvB 11 juli 2008, *AB* 2008/241 m.nt. Widdershoven; HR 10 juni 2011, *AB* 2011/184 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

uit de interpretatie van, in dit geval, artikel 8:73 Awb, maar óók uit de interpretatie van artikel 13 EVRM. De gekozen uitleg van het wettelijk regime is dus gebaseerd op een interpretatie van ander geschreven recht, namelijk het EVRM. Ook die interpretatie is 'rechtsvormend', want uit de letterlijke tekst van artikel 13 EVRM vloeit niet zonder meer voort dat de rechter voorbij moet gaan aan het normale toepassingsbereik van artikel 8:73 Awb. De, aanvankelijk door de Afdeling, later ook door de Centrale Raad en de Hoge Raad, gekozen oplossing bevat dus in hoge mate een innoverend element, en dat element kan men aanduiden als rechtsvorming. Ook hier geldt echter dat de gekozen oplossing gebaseerd is op geschreven recht, zij het deels op nationaal en deels op internationaal geschreven recht.

Daarmee is niet iedereen het eens. Martens bijvoorbeeld maakt een onderscheid tussen zogenaamde 'juridisch-technische kwesties', die hij rekent tot de categorie van de wetsuitleg, en 'maatschappelijke kwesties', waar de rechter als ware hij *social engineer* het voortouw neemt bij het oplossen van maatschappelijke kwesties en dus een meer 'politieke' rol vervult.[107] Martens bakent dus de categorie interpretatie, die volgens hem 'natuurlijke grenzen' heeft – hij legt niet uit welke, vermoedelijk tekst en wetshistorie – scherp af van de categorie 'rechtsvorming'. Dat levert echter het probleem op dat veel 'politiek-maatschappelijke' kwesties juist door de interpretatie van open of vage normen, of het inkleuren van leemtes plaatsheeft. Bovend'Eert onderkent dat, waar hij schrijft:

> 'Bedacht moet worden dat de mogelijkheid van rechtsvorming door wetsuitleg en wetstoepassing – voornoemde eerste categorie – in de rechtspraktijk op zichzelf al de rechter de gelegenheid verschaft om in voorkomende gevallen *de facto* in meer of mindere mate nieuw recht te vormen. Talrijk zijn de voorbeelden in de moderne jurisprudentie van de Hoge Raad, waarbij de rechter niet louter technisch-juridische problemen oplost, maar ook maatschappelijke kwesties van al of niet aanzienlijk belang aanpakt en tot een oplossing brengt'.[108]

Waar Bovend'Eert echter meent dat maatschappelijke kwesties óók via interpretatie worden opgelost, en hij dus nog wel uitgaat van een aparte categorie van rechtsvorming waarin geen sprake meer is van interpretatie of toepassing van de verdragsnorm, zou ik verder willen gaan. Elke rechtsvorming is uiteindelijk een kwestie van interpretatie – hetzij van de wettelijke norm, hetzij van het verdragsrecht. De gedachte van sommige auteurs, dat rechtsvorming een zelfstandige methode is, die naast de methoden van conforme interpretatie en buiten toepassing laten staat, deel ik dus niet. Wat mij betreft zijn alleen de twee laatste te beschouwen als constitutionele remedies: rechtsvorming is enkel de wijze waarop aan de beide andere invulling wordt gegeven. De

107 Martens 2000a, nr. 5 (m.n. ook voetnoot 26).
108 Bovend'Eert 2009, p. 147.

rechter die een met verdragsrecht strijdig voorschrift niet buiten toepassing kan laten of, *prima facie* niet verdragsconform kan uitleggen, zal nog eens goed bezien of hij door beide remedies te combineren, of door een vergaande 'remediërende' interpretatie te kiezen, alsnog rechtsbescherming kan bieden. Nu hij in dat geval de tekst van de wet, de wetsgeschiedenis of mogelijk zelfs deels het systeem van de wet moet negeren, zal een dergelijke beslissing 'rechtsvormend' zijn.

4.3.2 Grondslag voor rechterlijke rechtsvorming

Als rechtsvorming moet worden opgevat als het creatieve, innoverende element in de rechterlijke beslissing, het toevoegen van 'iets nieuws', waar haalt de rechter dan de bevoegdheid en de legitimatie vandaan om recht te vormen? Diverse auteurs zoeken de grondslag voor rechterlijke rechtsvorming in artikel 81 RO.[109] Wie verwacht daarin een dwepende stellingname op het stuk van de rechterlijke taak te vinden, komt bedrogen uit. De bepaling is karakteristiek voor het pragmatische Nederlandse recht:

> 'Indien de Hoge Raad oordeelt dat een aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, kan hij zich bij de vermelding van de gronden van zijn beslissing beperken tot dit oordeel'.

Dat in elk geval de Hoge Raad tot rechtsvorming bevoegd is, zou dus moeten worden afgeleid uit het feit dat de wetgever veronderstelt dat de Hoge Raad rechtsvragen in het belang van de rechtsontwikkeling beantwoordt. Die stelling is eigenlijk niet echt bestreden. Er doen zich, zoals uit de vorige paragraaf bleek, wat schermutselingen voor met betrekking tot de afbakening tussen rechtsontwikkeling en rechtsvorming, maar dat artikel 81 RO de Hoge Raad machtigt tot het invullen van open normen en leemten in het recht, daarover doet niemand moeilijk. Drie vragen liggen echter nog open. In de eerste plaats of artikel 81 RO alle gevallen van rechterlijke rechtsvorming bestrijkt. Hoe zit het voorts met de rechtsvorming door andere rechters dan de Hoge Raad? En – daarmee samenhangend – tot slot: hoe is het te verklaren dat, zoals Martens zegt, de rechter altijd al recht heeft gevormd, ook ver voordat artikel 81 RO hem daartoe machtigde?[110]

Deze drie vragen hebben als gemeenschappelijke basis, dat artikel 81 RO eigenlijk te beperkt is om als grondslag te worden beschouwd voor het verschijnsel van rechterlijke rechtsvorming. Zowel de Hoge Raad als de hoogste

---

109 Vranken 1995, p. 38 (nr. 64); Koopmans, in: Wiarda 1972/1999, p. 130-131; Martens 2000, nr. 3. Zie ook: Bovend'Eert 2009, p. 146.

110 Martens 2000a, nr. 4.

bestuursrechters spreken van een rechtsvormende taak 'van de rechter', niet van één specifieke rechter. Nu kan aan dat bezwaar tegemoet gekomen worden door een welwillende lezing van artikel 81 RO. Als de Hoge Raad *rechtsvragen in het belang van de rechtsontwikkeling* beantwoordt, dan zou dit kunnen betekenen dat ook lagere rechters aan die rechtsontwikkeling bijdragen. Het is in het Nederlandse stelsel, dat geen formeel precedentenstelsel kent, uitdrukkelijk toegestaan en zelfs de bedoeling, dat lagere rechters het voortouw nemen bij de rechtsontwikkeling. Zij geven de hoogste rechter een voorzet. De Advocaat-Generaal becommentarieert, de Hoge Raad schiet in, verandert van positie of houdt af. Binnen het kader van de reguliere rechterlijke macht is dus, aan het beperkte toepassingsbereik van artikel 81 RO wel een mouw te passen. Lastiger ligt het wanneer het gaat om de bestuursrechtelijke kolom. De gedachte die ten grondslag ligt aan artikel 81 RO vinden we ook terug in artikel 91 lid 2 van de Vreemdelingenwet. Daar valt echter de term 'rechtsontwikkeling' niet expliciet.[111] Bovendien geldt de bepaling alleen voor de Afdeling en dan alleen in vreemdelingenzaken. Analoge toepassing van de artikelen 81 RO of 91 lid 2 Vw moet dan uitkomst bieden. Zulke analoge toepassing is als zodanig een kwestie van rechtsvorming. Rechtsvorming dus, op het stuk van de rechtsvorming zoals Martens het treffend zegt.[112] Maar als de bestuursrechter, al rechtsvormend, bevoegd zou zijn te bepalen dat een, aan artikel 81 RO of artikel 91 lid 2 Vw verwant, beginsel de basis is voor zijn bevoegdheid tot rechtsvorming, waarvoor heeft hij die bepaling dan nog nodig? Lastiger ligt het ook met de vraag of de rechter voor de totstandkoming van artikel 81 RO in 1988 dan niet aan rechtsvorming mocht doen. De Hoge Raad begint per slot van rekening al in 1984 expliciet over zijn rechtsvormende taak, en hij heeft dan al ver daarvoor duidelijk gemaakt dat hij zich bevoegd acht om leemten in het recht te vullen zolang hij kan aansluiten bij het wettelijk stelsel.[113]

Dat de wetgever veronderstelt dat in elk geval de Hoge Raad aan rechtsontwikkeling doet, roept bovendien de vraag op of dan ook, om een aanduiding van De Werd te lenen, *'anything goes'*.[114] Voor auteurs die, zoals Kortmann, een waterscheiding aannemen tussen de begrippen rechtsontwikkeling en rechtsvorming doet zich dat probleem niet voor.[115] Artikel 81 RO machtigt tot rechtsontwikkeling, niet tot rechtsvorming. Zoals gezegd vatten deze auteurs het begrip rechtsvorming beperkter op dan gebruikelijk is in rechtspraak en literatuur. Wanneer men aanneemt dat ook interpretatiekwesties rechtsvorming kunnen zijn, omdat daarbij soms rechtspolitieke keuzes (moeten) worden gemaakt, dan wordt het aannemelijker om onder rechtsontwikkeling

111 Dat lijkt mij overigens niet problematisch. Dat criterium kan worden verondersteld.
112 Martens 2000a, nr. 7.
113 HR 30 januari 1959, *NJ* 1959/548 (*Quint/Te Poel*).
114 De Werd 2004, p. 107.
115 Zie de vorige paragraaf.

ook rechtsvorming te verstaan.[116] In dat geval 'dekt' artikel 81 RO rechtsvorming in elk geval gedeeltelijk. Vraag is dan of er ook rechtsvorming is die niet door deze bepaling wordt bestreken.

Nu lijkt artikel 81 RO vooral te zijn geschreven voor, wat Martens noemt, 'juridisch-technische kwesties': het inkleuren van open of vage normen en het opvullen van leemten.[117] Martens onderscheidt die technische kwesties van zogenaamde 'maatschappelijke kwesties' zoals de debatten over abortus en euthanasie. Zulke kwesties, waarin het volgens Martens niet meer om wetsuitleg gaat, bestrijkt artikel 81 RO niet. Ik ga hier niet weer op het terminologische punt in: wets- (of verdrags)uitleg is, meen ik, ook in zulke gevallen het voertuig voor rechtsvorming. Dat neemt niet weg dat het institutionele punt van Martens – de rechter is bevoegd tot het maken van keuzes bij de interpretatie van de wet, maar het primaat bij het maken van omstreden keuzes ligt bij de wetgever – blijft opgaan. Artikel 81 RO geeft de rechter misschien de bevoegdheid tot rechtsvorming, maar dat wil nog niet zeggen dat de bepaling machtigt om vergaand van de tekst van de wet of de bedoeling van de wetgever af te wijken. Daarvoor is een vergaander legitimatiebron vereist.

Betekent dit dan dat de rechtsvormende taak van de rechter zeer beperkt is, nu artikel 81 RO slechts 'juridisch-technische' kwesties legitimeert? Ik denk het niet. Artikel 81 is, vanuit welke invalshoek men het ook bekijkt, in wezen een weinig overtuigende, want vreselijk formele, legitimatiebron voor rechterlijke rechtsvorming. 'De' rechter ontleent weinig houvast aan een bepaling waarin de wetgever – overigens pas in 1988 – min of meer impliciet veronderstelt dat de *Hoge Raad* bevoegd is tot het *ontwikkelen* van recht. Zou de rechter níet bevoegd zijn tot het maken van interpretatieve keuzes – al ging het alleen maar om de 'juridisch-technische' kwesties – als de wetgever artikel 81 RO niet had ingevoerd? Ik denk dat er maar weinig auteurs zijn die dat voor hun rekening zouden willen nemen. Ik doe het in elk geval niet.[118]

---

116 Kortmann (2005, p. 33) bestrijdt vermenging van 'rechtsvorming' en 'rechtsontwikkeling' overigens ook op grammaticale gronden: ontwikkeling zou iets anders zijn dan vorming. Bij ontwikkeling gaat het om iets dat er al was, bij vorming om iets nieuws. Daarover kan men twisten. De betekenis die Kortmann aan beide termen toekent, lijkt mij in elk geval op gespannen voet te staan met de wijze waarop zij in sectoren als het bedrijfsleven of het onderwijs worden gebruikt. In de IT wordt doorgaans gesproken van het 'ontwikkelen' van software. Dat ontwikkelen lijkt mij geen kwestie van het 'vinden' van wat er al was, maar van het scheppen van nieuwe programmatuur (toegegeven, de IT is niet een branche die bekend staat om zuiver taalgebruik). Omgekeerd heeft men het in het onderwijs regelmatig over de 'vorming' van kinderen. Mij dunkt dat hier niet gedoeld wordt op het 'maken' van volstrekt nieuwe kinderen. Dat is een taak van de ouders. Met zijn rijke ervaring als docent weet Kortmann dat ongetwijfeld.

117 Martens 2000a, nr. 5. Zo ook: Bovend'Eert 2009, p. 146-147.

118 Uiteraard kan men ook, zoals Kortmann, eenvoudigweg weigeren in juridisch-technische kwesties van rechtsvorming te spreken. Ik heb daar geen probleem mee, maar zoals gezegd, sluit dat niet aan bij wat in de rechtspraak en het grootste deel van de literatuur onder 'rechtsvorming' wordt verstaan.

Maar wat legitimeert rechterlijke rechtsvorming dan wel?

Zie ik het goed, dan zijn op deze vraag twee verschillende antwoorden mogelijk: één voor wat betreft rechtsvorming in het kader van de toetsing aan verdragsrecht, en een voor rechtsvorming in overige kwesties. In dat laatste geval is het antwoord sterk verweven met de juridische filosofie die men aanhangt. Zij die recht in de positivistische leer zijn, zullen benadrukken dat de rechtspraak, net als elk overheidsorgaan, gebonden is aan wet en Grondwet.[119] Waar het recht verouderd is of in het concrete geval onbillijk uitwerkt, is het in beginsel aan de wetgever om de keuzen te maken die nodig zijn om het bij de tijd te brengen. Anderen zijn eerder bereid te aanvaarden dat rechtsvorming nodig is voor een soepele werking van het recht en om 'maatwerk' te kunnen leveren. Willen wij dat de rechter op een rechtvaardige uitkomst aanstuurt, dan zal hij het recht toch af en toe een duwtje moeten kunnen geven.[120] Het hangt er dus vanaf hoeveel waarde men hecht aan de gedachte dat het recht steeds rechtvaardig moet uitwerken, en hoeveel waarde men hecht aan de taakafbakening tussen wetgever en rechter. Ik ga op deze kwestie niet verder in omdat het mij hier gaat om de eerste categorie, waarin sprake is van rechtsvorming in het kader van de toetsing aan verdragsrecht. Ik meen dat de standpunten hier gemakkelijker te verzoenen zijn. Gaat het om rechtsvorming in het kader van de toetsing aan verdragsrecht, dan gaat het niet zozeer om het toewerken naar wat de rechter *billijk* vindt, maar dan gaat het om de keuzes die de rechter maakt bij het handhaven van hoger recht waaraan de rechter óók gebonden is. De rechter doet wat nodig is om dat hogere recht te effectueren. De legitimatie voor zúlke rechtsvorming is dus gelegen in de normenhiërarchie of het bestaan van een voorrangsregel. In het Nederlandse recht zou men in artikel 94 Gw een uiting kunnen lezen van een dergelijke voorrangsregel. Wanneer bijvoorbeeld Martens spreekt van een *rechtsstatelijke* legitimatie van rechterlijke rechtsvorming, dan denk ik dat hij hierop doelt.[121]

Daarmee zijn we er echter nog niet. Wie zegt dat het aan *de rechter* is om hoger recht te effectueren? Zeker wanneer dat creatieve uitleg van het wettelijk stelsel vereist, is dat een relevante vraag.

Het antwoord moet, denk ik, genuanceerd zijn. Het uitgangspunt is, dát de rechter recht vormt. Het bestaan van een voorrangsregel is in elk geval *een* bron van legitimatie. Tegelijkertijd is rechterlijke rechtsvorming niet steeds onomstreden. Rechters hebben nu eenmaal, daarover lijkt wel consensus te bestaan, in de huidige constellatie beperkte capaciteiten tot rechtsvorming en hun rechtsstatelijke legitimatie dekt in beginsel geen politieke keuzes. De democratische legitimatie van de wetgever is, om kort te gaan, dus een betere

119 In deze zin bijv. Bovend'Eert 2009, p. 151.

120 Vgl. in deze zin Kavanagh 2004.

121 Martens 2000a, p. 751. In soortgelijke zin: Brenninkmeijer 1987, p. 65, en 2001, p. 1191; Koopmans 1999, p. 134; De Werd 2004, p. 122-123; Gribnau 2012, p. 24.

legitimatie dan de rechtsstatelijke van de rechter. De Hoge Raad lijkt dit ook zo te zien, wanneer hij overweegt dat:

> 'In gevallen echter waarin verschillende oplossingen denkbaar zijn en de keuze daaruit mede afhankelijk is van algemene overwegingen van overheidsbeleid of belangrijke keuzes van rechtspolitieke aard moeten worden gemaakt, is aangewezen dat de rechter die keuze vooralsnog aan de wetgever laat, zulks zowel in verband met de in 3.14 bedoelde staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid van de rechter als wegens zijn beperkte mogelijkheden op dit gebied'.[122]

Dat de democratische legitimatie van de wetgever een betere legitimatie is dan de rechtsstatelijke van de rechter wil evenwel niet zeggen dat er geen rechterlijke legitimatie ís. De rechtsstatelijke legitimatie groeit wanneer de democratisch gelegitimeerde wetgever dat mandaat niet gebruikt. Om het simpel te zeggen: de rechter mag niet (altijd) het meest geschikte ambt zijn om de kwestie op te lossen, maar als niemand in het water springt om de drenkeling te redden, zal hij het toch moeten proberen. De vraag is wel hoe sterk deze rechterlijke legitimatie is. Dat hangt af van de vraag hoeveel waarde moet toegekend aan het adagium dat verdragsrecht wordt geëffectueerd. Ik ga daarop in het volgende deel, bij de bespreking van het beginsel van effectieve rechtsbescherming in.

Hier moet aan worden toegevoegd dat rechterlijke rechtsvorming, zoals A.M. Donner het ooit formuleerde, vaak een vangnet heeft. Dat vangnet wordt gevormd door de gedachte dat de wetgever, als hij de rechterlijke rechtsvorming onaanvaardbaar acht, deze kan corrigeren.[123] Gaat het om, wat Martens noemt, 'juridisch-technische' gevallen van rechtsvorming, dan kan de wetgever deze rechtsvorming relatief eenvoudig bijsturen. Tenminste: in juridisch opzicht, want het is uiteraard best denkbaar dat de wetgever door allerhande politieke factoren maar beperkte mogelijkheden heeft om aan de rechterlijke rechtsvorming iets te doen. De ontwikkelingen rondom het stakingsrecht laten dat zien. Hoe zit het dan in de bijzondere categorie van gevallen die door Martens wordt aangemerkt als 'maatschappelijke kwesties' en door Bovend'Eert wordt geïdentificeerd als zaken waarin de wet wordt getoetst aan mensenrechtenverdragen zoals het EVRM?[124] Dan kan zich het probleem voordoen dat het ook in juridisch opzicht moeilijk voor de wetgever is om de rechterlijke

122 HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*), r.o. 3.15. Cursivering is van mijn hand.

123 Donner 1982, p. 42.

124 Martens 2000a, nr. 5; Bovend'Eert 2009, p. 146. Er lijkt overigens enig licht te zitten tussen de categorieën van beide auteurs. Bovend'Eert meent dat Martens met 'maatschappelijke kwesties' doelt op de zaken waarin de rechter toetst aan, kortgezegd, het EVRM. Dat zou kunnen, maar het kan ook best zijn dat het invullen van de leemte die Martens ziet na het buiten toepassing laten van wetgeving wegens strijd met het EVRM, een juridisch-technische kwestie is.

rechtsvorming bij te sturen. Baseert de rechter zijn rechtsvorming op verdragsrecht, dan is de wetgever niet bevoegd om daaraan iets te doen.[125] De 'tweesporigheid' waarmee Donner in 1982 rechterlijke rechtsvorming verdedigde, doet zich – aldus diezelfde Donner – bij verdragsrecht niet voor.[126] Dat argument, dat rechterlijke rechtsvorming, wanneer zij zich voordoet bij de toetsing aan het EVRM, 'in steen gebeiteld' is, acht ik niet erg overtuigend. Het is zeker waar dat de wetgever gebonden is aan verdragsrecht en dat niet naar believen kan aanpassen. Maar in de meeste gevallen waarin rechterlijke rechtsvorming vereist is, gaat het er nu juist om dat het verdragsrecht zelf onvoldoende nauwkeurig bepaalt wat in een concreet geval rechtens is. Als de rechter, bij wijze van noodverband, in zulke zaken een knoop doorhakt, dan staat het de wetgever vrij op een later tijdstip voor een andere, eveneens verdragsconforme, oplossing te kiezen. Waar de rechter dus keuzes moet maken uit verschillende verdragsconforme opties, is die keuze – in elk geval in juridisch opzicht – nog altijd bij te sturen, óók als het om grondrechten gaat. Het argument dat verdragsrechtelijke rechtsvorming steeds in steen gebeiteld is, is dus in hoge mate overdreven.[127]

Is het feit dat de rechter die de wet of het verdrag toepast, deze nu eenmaal moet interpreteren, ook genoeg legitimatie voor zúlke rechtsvorming? In sommige gevallen wel. Waar een conforme interpretatie zich zonder meer verdraagt met de tekst van de wet, bijvoorbeeld omdat deze vaag of open geformuleerd is, lijkt mij dat geen probleem. Maar wat rechtvaardigt dat de rechter zich soms 'activistisch' opstelt, dat hij de wet met voorbijgaan aan de tekst ervan en de, uit de totstandkomingsgeschiedenis bovendrijvende bedoeling van de wetgever, toepast? Men denke in dat verband aan de rechtspraak van de bestuursrechters over schadevergoeding bij schending van de redelijke termijn en over de rechtspraak van de Hoge Raad in het familierecht. De rechtvaardiging voor zulke rechtsvorming moet worden gezocht in iets anders. Mij beperkend tot de rechtsvorming bij zaken waarin toetsing aan de mensenrechtenverdragen en het Unierecht aan de orde is, denk ik dat die legitimatie gezocht moet worden in de plicht voor de rechter om de voorrang van het verdrags- respectievelijk het Unierecht te effectueren. In paragraaf 4.1 betoogde ik reeds dat artikel 94 Gw institutioneel, dus in het licht van zijn functie, moet

125 Dat zegt bijvoorbeeld Koopmans in: Wiarda 1972/1999, p. 132.

126 Donner 1982, p. 45-46.

127 Wel doet zich hier iets merkwaardigs voor. Ik betoogde hiervoor dat rechtsvorming door de rechter steeds gebaseerd moet worden op interpretatie van het geschreven recht. Het kan in dat verband gaan om de interpretatie van het wettelijk voorschrift of, als het voorschrift te beperkt is geformuleerd, het verdragsrecht. Baseert de rechter zijn rechtsvorming op de interpretatie van het verdragsrecht, dan doet zich het probleem voor dat de wetgever daaraan in beginsel is gebonden. De oplossing van de rechter lijkt dan wel in steen gebeiteld. Een en ander betekent dat de rechter voldoende duidelijk moet maken dat hij, in het kader van het aanleggen van een noodverband, een keuze heeft gemaakt uit diverse verdragsconforme opties, en dat het de wetgever dus vrijstaat een andere optie te verkiezen.

worden opgevat. Zo beschouwd drukt artikel 94 Gw niet alleen de voorrang van het internationale recht, maar vooral ook de rol die de rechter bij het effectueren van die voorrang te spelen heeft, uit. Die rol wordt door het internationale recht, maar meer en scherper nog door het Unierecht, benadrukt.[128] De grondslag voor zulke rechtsvorming is dus de plicht om rechtsbescherming te bieden wanneer het voorschrift conflicteert met een mensenrechtelijke bepaling.[129] De vraag is intussen wel hoe ver zulk 'activisme', zulke vergaande interpretatie mag gaan. Die plicht om verdragsrecht te effectueren is niet oneindig. Er zijn grenzen en dat zijn grenzen die het nationale recht, respectievelijk de nationale rechter, zelf trekt. Vervolgens kan bezien worden of het internationale, respectievelijk het Unierecht tot ruimere grenzen dwingt. Op die laatste kwestie ga ik in het volgende deel in. De grenzen van de rechtsvormende taak zoals ons eigen staatsrecht die trekt, behandel ik in de volgende paragraaf.

Ik vat kort samen.

Onder rechtsvorming versta ik al die gevallen waarin de rechterlijke uitspraak een nieuw, creatief of innoverend element bevat dat van belang is voor volgende geschillen. Zulke rechtsvorming valt onder te verdelen in juridisch-technische kwesties en meer politiek beladen, in de woorden van Martens, 'maatschappelijke' kwesties. Zaken waarin aan mensenrechtenverdragen getoetst wordt vallen geregeld, maar niet altijd, in de laatste categorie. Waar de rechter bij het bieden van rechtsbescherming nieuw recht vormt, bijvoorbeeld omdat hij voor een tweesprong staat, dan is zijn interpretatieve mandaat daarvoor normaal gesproken de grondslag. Wijkt hij af van wat de interpretatieregels normaal gesproken voorschrijven, begeeft hij zich dus op het terrein van *remedial interpretation*, dan is echter extra legitimatie nodig. Die haalt hij uit de plicht om, voor zover zijn rechtsvormende taak dat nog kan dragen, het internationale of Europese recht te effectueren.[130] Over de vraag

128 Zie deel II.

129 Anders: Schutte 2009, p. 677, die rechtsbescherming in zulke gevallen van rechtsvorming onderscheidt. Hij gaat er daarbij vanuit dat het bieden van rechtsbescherming een zuiver individuele aangelegenheid is. In veel gevallen is het dat ook. Toch is er volgens mij meer aan de hand. Effectieve bescherming van een mensenrecht kan ook vereisen dat de rechter duidelijkheid schept over de reikwijdte van het recht en de corresponderende plicht voor de overheid. In zoverre kan de rechter zich, wat mij betreft terecht, geroepen voelen om zijn overwegingen zodanig vorm te geven dat deze ook betekenis heeft voor anderen dan de klager. Mij is niet duidelijk hoe Schutte dergelijke kwesties beoordeelt.

130 Enigszins vergelijkbaar: Martens 2000a, nr. 9; Koopmans: in Wiarda 1972/1999, p. 134; Brenninkmeijer 2001, die de legitimatie voor rechterlijke rechtsvorming in de *rule of law* zoeken (zij het dat Koopmans minder ver gaat dan Martens). Waar het effectueren van de normenhiërarchie een kwestie van legaliteit en daarmee van de rechtsstaat is, betoog ik dat ook. Vergaande rechterlijke rechtsvorming – dus meer dan enkel het invullen van open en vage normen – buiten de sfeer van de toetsing lijkt mij minder makkelijk op het beginsel van de rechtsstaat te baseren. Zie Bovend'Eert 2009, p. 150-151.

in welke gevallen zijn rechtsvormende taak zulke rechtsvorming *niet* meer kan dragen, gaat het nu.

4.3.3 Grenzen aan rechterlijke rechtsvorming

Ziet de rechter ervan af het problematische voorschrift buiten toepassing te laten, dan onderzoekt hij of hij op andere wijze rechtsbescherming kan bieden. Hij heeft dan in beginsel twee mogelijkheden.

Eén optie is om het verdrag rechtstreeks op het geschil toe te passen.[131] Voorwaarde is dan dat het verdrag nauwkeurig de rechtsgevolgen met betrekking tot de voorliggende casus regelt. Is dat het geval, dan hoeft niet van rechtsvorming te worden gesproken. Het toepassen van het verdragsrecht behoeft in zo'n geval geen rechterlijke creativiteit. De mensenrechtenverdragen zijn meestal echter te vaag om er rechtstreeks een oplossing voor het voorliggende geschil uit af te leiden.[132] Dan is de tweede optie aan de orde: het aanvaarden van een gemodificeerde, verdragsconforme, uitleg van het problematische voorschrift of van andere nationale voorschriften.[133] In welke gevallen kan de rechter daartoe besluiten, en in welke gevallen moet hij de kwestie overlaten aan de wetgever?

4.3.3.1 Het arrest Arbeidskostenforfait

De vraag of de rechter een bepaalde interpretatie moet omarmen om het recht bij de tijd te houden is één van de *hot topics* in het recht. Er is op dat punt

131 Vgl. bijv. GHvJNAA 11 september 2001, *NJ* 2002/40, waarin het hof de vaststelling van vaderschap, in het belang van het kind, rechtstreeks baseerde op artikel 8 jo. 14 EVRM.

132 Vaak leveren mensenrechtelijke bepalingen genoeg aanknopingspunten op om vast stellen hoe het níet moet, maar bieden zij geen kader voor hoe het dan wel moet. Een voorbeeld betreft de toepassing van non-discriminatiebepalingen. Iets soortgelijks geldt voor het geval dat verschillende regelingen samen leiden tot een onevenredige maatregel. Zie HR 29 oktober 2010, *BNB* 2011/51 m.nt. Pechler (*Rioolheffing huurwoningen*). Het kan bovendien zo zijn dat een verdragsrecht leidt tot een positieve verplichting, zonder dat die verplichting op internationaal niveau tot in detail nauwkeurig is omschreven. Het EHRM overweegt bijvoorbeeld geregeld dat het recht op financiële bijstand niet besloten ligt in artikel 8 EVRM, maar benadrukt vervolgens wel dat de Staat in bijzondere gevallen de plicht heeft om voor kwetsbare personen een voorziening te bieden. Vgl. bijv. EHRM 27 maart 1998, nr. 20458/92 (*Petrovic t. Oostenrijk*), resp. EHRM 8 juli 2003, *EHRC* 2003/75 m.nt. Brems (*Sentges t. Nederland*), en EHRM 2 november 2010, *EHRC* 2011/43 m.nt. I.W.M. Olthof (*Van de Berg en Sarri t. Nederland*). De Nederlandse rechter ziet zich dan geconfronteerd met de vraag hoe die voorziening er concreet uit moet komen te zien. Zie in dat verband bijv.: ABRvS 22 december 2010, *AB* 2011/169 m.nt. Leijten & Uzman.

133 Een combinatie is denkbaar: deels toepassing van het verdrag, deels conforme uitleg van nationaal recht.

geen gebrek aan literatuur.[134] In 1993 formuleerde Stolker een reeks gezichtspunten die relevant zijn bij de beslissing om al dan niet af te zien van een rechtsvormende uitspraak.[135] Daarbij ging het hoofdzakelijk om een reeks praktische factoren: zou de rechter zich bijvoorbeeld genoodzaakt zien om in overgangsrecht te gaan voorzien als hij zich ertoe zou laten verleiden het recht een duwtje te geven? Zou hij een *floodgate* ontketenen? Stolker constateerde ook vuistregels die werden ingegeven door overwegingen van machtenscheiding en democratie. Hij registreerde dat de rechter een broedende wetgever liever niet voor de voeten liep, weg wilde blijven van rechtspolitieke keuzes, en dat hij het stelsel en de duidelijke bewoordingen van de wet over het algemeen als grens zag.

Stolker schreef echter over de rol van de rechter in het algemeen. In het kader van de toetsing van wetgeving aan verdragsrecht liggen de kaarten anders. Er is dan een duidelijk mandaat van de rechter om iets te gaan doen. Dat mandaat is evenwel niet onbeperkt. Waar ligt de grens? De Hoge Raad plaatst deze vraag in het arrest *Arbeidskostenforfait* in de sleutel van een belangenafweging:

> 'In zodanige situaties dienen, met inachtneming van de aard van het rechtsgebied waar de vraag rijst, twee belangen tegen elkaar afgewogen te worden. Voor het zelf in het rechtstekort voorzien pleit dat de rechter daardoor aan de belanghebbende direct een effectieve bescherming kan bieden, maar ertegen pleit dat in de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen de rechter bij zulk ingrijpen in een wettelijke regeling een terughoudende opstelling past.'[136]

Op de ene schaal plaatst de Hoge Raad het belang van de klager bij effectieve rechtsbescherming. Aan de andere zijde wordt de uit 'de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen' voortvloeiende terughoudende opstelling geplaatst, aangevuld met de beperkte mogelijkheden die de rechter op het terrein van de rechtsvorming heeft.[137] De vraag is hoe die staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid ingevuld moet worden. In welke gevallen ligt terughoudendheid voor de hand? Ook daarover leert het arrest *Arbeidskostenforfait* iets:

---

134 Zie o.a. Scholten 1974; Koopmans 1979; De Raio-congresbundel 1987 (Snijders 1987); De bijdragen in Baardman e.a. 1988 ('Hoge Raad-bundel'); de diverse bijdragen in de Roodbundel (1993); Wiarda/Koopmans 1999; Martens 2000b; Vranken 2000; Rijpkema 2001; De Werd 2004 Vranken 2005; Kortmann 2005; Groenewegen 2006; Uzman & Stolker 2009; Bovend'Eert 2009; De Poorter & Van Roosmalen 2009; De Poorter 2011. Ik doe geen poging een selecte greep uit de internationale literatuur te doen. Zij is daarvoor te omvangrijk. Voor mij persoonlijk zijn leidend: Capelleti 1981, Bell 1983, Koopmans 2003 en Kavanagh 2009.

135 Stolker 1993. Zie voor een geactualiseerde versie: Uzman & Stolker 2009.

136 HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*), r.o. 3.14.

137 Vgl. r.o. 3.15.

> 'Deze afweging zal in het algemeen ertoe leiden dat de rechter aanstonds zelf in het rechtstekort voorziet indien zich uit het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of de wetsgeschiedenis, voldoende duidelijk laat afleiden hoe zulks dient te geschieden. In gevallen echter waarin verschillende oplossingen denkbaar zijn en de keuze daaruit mede afhankelijk is van algemene overwegingen van overheidsbeleid of belangrijke keuzes van rechtspolitieke aard moeten worden gemaakt, is aangewezen dat de rechter die keuze vooralsnog aan de wetgever laat, zulks zowel in verband met de staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid van de rechter als wegens zijn beperkte mogelijkheden op dit gebied'.[138]

Een oplossing die past in het wettelijk stelsel, de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of die aansluit bij wel in de wet geregelde gevallen is, aldus de Hoge Raad, nog toelaatbaar. Een oplossing die rechtspolitieke of beleidsmatige keuzes vergt is dat niet.

Opvallend is dat de Hoge Raad weliswaar spreekt van een belangenafweging, maar dat de uitkomst van die afweging nauwelijks afhangt van, meer of minder zwaarwegende, belangen. De aard en de zwaarte van het belang van de klager in termen van financiële, emotionele of maatschappelijke schade lijkt geen rol te spelen. Het lijkt toch voor de hand te liggen dat een klager die procedeert over een belastingkorting van vijftig Euro een minder aanzienlijk belang heeft bij effectieve rechtsbescherming dan iemand die per direct zijn woning moet verlaten.[139] Voor de Hoge Raad lijkt dat, zo op het eerste gezicht, niet uit te maken. Evenmin kwantificeert de Hoge Raad het belang bij een terughoudende opstelling zijnerzijds bij het uitleggen van het wettelijk stelsel. De financiële belangen van de overheid, de gerechtvaardigde verwachtingen van derden, de soepele handhaving van de wet, het zijn geen belangen die voor de Hoge Raad het verschil lijken te maken. In plaats daarvan ligt de uitkomst van de afweging feitelijk al vast als sprake is van één van de genoemde factoren: de aansluiting bij het wettelijk stelsel en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, de noodzaak tot het doorhakken van rechtspolitieke of beleidsmatige knopen. Daar komt bij dat, vanuit fiscale hoek is daarop al eens gewezen, het in de praktijk nogal snel gebeurt dat 'politieke' karakter van een keuze wordt benadrukt.[140] Het lijkt bovendien om harde grenzen te gaan. Sluit een oplossing niet goed aan bij het wettelijk stelsel, dan aanvaardt de rechter haar niet.[141] Dat laat overigens onverlet dat de vraag óf de ene

138 *Ibid.*

139 Wattel heeft daarvoor wel oog, zij het in de toetsingsfase, waar hij de introductie van een kniesoorbeginsel bepleit. Vgl. Wattel 1995, p. 209; concl. bij HR 8 juni 2007, *BNB* 2007/232 m.nt. Lubbers; HR 18 december 2009, *BNB* 2010/79 m.nt. Lubbers.

140 Happé & Gribnau 2007, p. 456.

141 Dat leert reeds HR 30 januari 1959, *NJ* 1959/548 (*Quint/Te Poel*). Zie tevens: Rb Haarlem 4 augustus 1992, *NJ* 1994/681; Hof Amsterdam 6 mei 1993, *NJ* 1994/681; Hof Den Bosch 2 september 1993, *NJ* 1994/283; HR 30 januari 1996, *NJ* 1996/288; HR 1 december 2000, *NJ* 2001/390 m.nt. JdB (*Duo-curatoren*), concl. A-G; HR 5 september 2003, *BNB* 2003/383

oplossing beter aansluit bij het wettelijk stelsel dan andere oplossingen, aanzienlijke ruimte tot manoeuvreren laat. Eén van de lentebeschikkingen uit 1986 illustreert dit.[142] De Hoge Raad casseerde een uitspraak van de kantonrechter te Amsterdam omdat de daarin gevonden oplossing 'niet past in het wettelijk stelsel'. Vervolgens bereikte de Hoge Raad hetzelfde resultaat op een andere wijze.

Zowel de lentebeschikkingen, als het arrest *Arbeidskostenforfait* illustreren wat mij betreft, dat de rechtsvorming die de Hoge Raad op het oog heeft, steeds een zogenaamd *noodverband* betreft. Het gaat de Hoge Raad er niet in de eerste plaats om, wat wel wordt genoemd, 'rechterlijk beleid' te voeren, maar om normconflicten zo adequaat mogelijk op te lossen.[143] De afgelopen jaren speelde het begrip 'noodverband' een bijzondere rol in de literatuur. De Boer riep de rechter op om dan toch in elk geval voor een 'noodverband' zorg te dragen als hij een kwestie zijn rechtsvormende taak te buiten vond gaan.[144] Andere auteurs meenden dat de rechter zich bij de toetsing aan het EVRM of het IVBPR niet teveel op het pad der rechtsvorming moest begeven. Hij moest zich *beperken* tot een noodverband.[145] Dat suggereert een verschil tussen noodverbanden en andere gevallen van rechtsbescherming. Het noodverband is een tijdelijke oplossing, waarvoor gekozen kan worden *'if everything else fails'*.[146] Daar is wel iets bij voor te stellen als de Hoge Raad bijvoorbeeld meent dat de griffierechten voor cassatie te hoog zijn en hij, in plaats van het relevante voorschrift buiten toepassing te laten, besluit om de klager min of meer uit eigen zak terug te betalen.[147] Dat soort oplossingen is echter maar zeer beperkt beschikbaar. Wat moet verder nog onder 'noodverbanden' moeten worden verstaan? Volgens Fleuren differentieert de rechter dan. Hij biedt dan:

> 'een oplossing voor de gevallen waarin deze zonder noemenswaardige problemen mogelijk is en laat voor gevallen waarin zich ernstige complicaties voordoen, de oplossing aan de wetgever'.[148]

Een relatief recent voorbeeld, dat in deze definitie zou passen, is het *Salduz*-jurisprudentie van de Hoge Raad. Naar aanleiding van rechtspraak van het

---

m.nt. Vijfeijken (*Melkquotum*); HR 11 augustus 2006, *BNB* 2006/322 m.nt. Happé (*Premie Ziekenfondswet*). Zie echter ook (buiten de sfeer van toetsing aan mensenrechten): HR 5 september 1997, *NJ* 1998/437 (*Ontvanger/Hamm*), en HR 8 juni 2007, *NJ* 2007/419 m.nt. PvS (*Van der Werff/BLG*), waarin de Hoge Raad, ondanks kritiek vanuit de literatuur dat daarmee het wettelijk stelsel zou worden doorbroken, wel tot rechtsvorming overging.

142 HR 21 maart 1986, *NJ* 1986/588 m.nt. EAA & EAAL.

143 In deze zin ook: De Werd 2004, p. 120.

144 De Boer 1995, p. 1029.

145 Zo bijv. Alkema 2005, p. 13; Bovend'Eert 2009, p. 152.

146 In deze zin bijv.: Boogaard 2013, p. 127.

147 HR 30 september 1992, *NJ* 1994/495 m.nt. EAA (*Griffierecht*).

148 Fleuren 2004, p. 256.

EHRM, met de strekking dat verdachten voorafgaand aan een politieverhoor recht hadden op de toegang tot een advocaat en de mededeling dat zit mogelijk was, werd de Hoge Raad in 2009 geconfronteerd met de vraag hoe dit recht in het Nederlandse strafprocesrecht kon worden ingemetseld. De Hoge Raad zag zich niet als de aangewezen instantie om eens goed na te denken over de beste manier om de Straatsburgse rechtspraak volledig te implementeren. Justitie en de wetgever moesten dat maar doen, maar hij moest en kon wel duidelijkheid scheppen over de vraag hoe de strafrechter met bewijs, verkregen in strijd met dat recht, moest omgaan:

> 'Het opstellen van een algemene regeling van de rechtsbijstand met betrekking tot het politieverhoor gaat – mede gelet op de beleidsmatige, organisatorische en financiële aspecten – de rechtsvormende taak van de Hoge Raad te buiten. Niettemin roept de rechtspraak van het EHRM vragen op die de strafrechter in voorkomende gevallen dient te beantwoorden. Daartoe dient het navolgende. (…)
>
> Het vorenoverwogene brengt mee dat de aangehouden verdachte vóór de aanvang van het eerste verhoor dient te worden gewezen op zijn recht op raadpleging van een advocaat. Behoudens in het geval dat hij uitdrukkelijk dan wel stilzwijgend doch in elk geval ondubbelzinnig afstand heeft gedaan van dat recht, dan wel bij het bestaan van dwingende redenen als door het EHRM bedoeld, zal hem binnen de grenzen van het redelijke de gelegenheid moeten worden geboden dat recht te verwezenlijken. Het voorgaande ziet zowel op aangehouden strafrechtelijk volwassenen als op aangehouden strafrechtelijk jeugdigen. Opmerking verdient dat voor aangehouden jeugdige verdachten geldt dat zij tevens recht hebben op bijstand door een raadsman of een andere vertrouwenspersoon tijdens het verhoor door de politie'.[149]

Vervolgens komt de vraag aan de orde wat de strafrechter te doen staat als het recht wordt miskend. De Hoge Raad 'metselt' de EHRM-jurisprudentie in het nationale recht in:

> 'Indien een aangehouden verdachte niet dan wel niet binnen redelijke grenzen de gelegenheid is geboden om voorafgaand aan het eerste verhoor door de politie een advocaat te raadplegen, levert dat in beginsel een vormverzuim op als bedoeld in art. 359a Sv.
>
> Gelet op de uitleg die (…) aan deze bepaling is gegeven, moet de rechter, (…), beoordelen of aan een verzuim enig rechtsgevolg dient te worden verbonden en, zo ja, welk rechtsgevolg dan in aanmerking komt. Daarbij dient hij rekening te houden met de in het tweede lid van art. 359a Sv genoemde factoren. (…) Een van die factoren is 'de ernst van het verzuim'. Op grond van de rechtspraak van het EHRM moet worden aangenomen dat in gevallen waarvan hier sprake is, een belangrijk (strafvorderlijk) voorschrift of rechtsbeginsel in aanzienlijke mate is geschonden. Daarom zal, mede gelet op de overwegingen van het EHRM (…) dienen

149 HR 30 juni 2009, *NJ* 2009/349 m.nt. Schalken (*Post-Salduz*), r.o. 2.4-2.6.

> te leiden tot uitsluiting van het bewijs van de verklaringen van de verdachte die zijn afgelegd voordat hij een advocaat kon raadplegen.'[150]

Wat de Hoge Raad hier doet kan enerzijds gekarakteriseerd worden als vergaande rechtsvorming. Het wettelijk stelsel en de interpretatie ervan, worden 'gevormd' naar de eisen van de Straatsburgse rechtspraak. Tegelijkertijd doet de Hoge Raad dat op basis van de meest minimalistische lezing van de Straatsburgse rechtspraak.[151] Hij 'vertaalt' deze minimum-eisen vervolgens naar het Nederlandse recht. In zoverre kan van een noodverband worden gesproken.[152]

In sommige zaken gaat de rechter, onder het mom van een noodverband, echter aanzienlijk verder. Dan is geen sprake meer van het inpassen van een EVRM-regel in het nationale recht, maar van het bedenken van een geheel nieuwe regel.[153] Zie bijvoorbeeld een recent arrest van Gerechtshof Leeuwarden, waarin het ouderschap van een zogenaamde 'transvrouw' centraal stond.[154] 'Vrouw A' was eerst 'man A' en had als zodanig sperma laten invriezen. Na de geslachtsverandering treedt vrouw A in het huwelijk met 'vrouw B'. Dan wordt het sperma uit de vriezer gehaald en gebruikt om vrouw B te bevruchten. 'Dochter C' wordt geboren. Vrouw B is ontegenzeggelijk de moeder, maar kan vrouw A ook als moeder of ouder worden aangemerkt? A zou haar dochter natuurlijk kunnen adopteren, maar dat miskent volgens haar dat er tussen haar en haar dochter ook een biologische band is die in de registers tot uitdrukking behoort te komen. Daarop hebben moeder en kind ook recht, aldus Hof Leeuwarden onder verwijzing naar Straatsburgse rechtspraak en artikel 8 EVRM. Het BW biedt echter niet echt een aanknopingspunt voor zo'n geval. Artikel 1:207 BW dicteert dat:

> 'het vaderschap van een man op verzoek van de in die bepaling genoemde personen kan worden vastgesteld op de grond dat de man als levensgezel van de moeder heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg kan hebben gehad'.

Aangezien mevrouw A ten tijde van de geboorte van het kind geen man meer was, is deze bepaling niet op haar van toepassing, aldus het Hof. Voor een verdragsconforme uitleg ziet men kennelijk geen ruimte. Maar dan komt het:

---

150 *Ibid.*, r.o 2.7.1.

151 Zie in dat verband de concl. van A-G Knigge bij het arrest.

152 Zie buitengewoon recent: HR 12 juli 2013, nr. 12/01880 (*Nemo tenetur en gedwongen meewerkplicht belastingrecht*). Ook hier was n.m.m. sprake van een noodverband, hoewel het arrest ontegenzeggelijk de sfeer van de rechtsvorming ademt.

153 Ik ben bij ervan bewust dat dit op gespannen voet staat met wat ik in par. 4.3.1 betoogde, namelijk dat de rechter steeds een ankerpunt zoekt in het geschreven of ongeschreven recht. Ik meen, en hoop, dat de rechtspraak die ik hierna beschrijf, de uitzondering is die de regel bevestigt.

154 Hof Leeuwarden 23 december 2010, *LJN* BO8039.

> 'Uit het bovenstaande volgt dat het volgens de thans geldende Nederlandse wetgeving niet mogelijk is om op zodanige wijze een juridische ouderband (…) vast te stellen dat daarmee tevens de biologische band tussen hen wordt erkend. (…)
>
> Niet valt te verwachten dat de wetgever op afzienbare termijn in deze lacune zal voorzien. Het (…) genoemde concept-wetsvoorstel zal, indien het wet zou worden, volgens de thans voorliggende tekst geen terugwerkende kracht hebben en zal [vrouw A] (…) reeds daarom dus niet baten. Het hof ziet zich dan ook genoodzaakt een juridisch noodverband aan te leggen teneinde de bestaande strijd met artikel 8 en 14 EVRM op te heffen.'

Het Hof kiest uiteindelijk voor de pragmatische oplossing dat niet het 'vaderschap', maar het 'ouderschap' wordt vastgesteld. Daarover zegt artikel 1:207 BW niets, dus dat kan wel. Dat is weliswaar een zeer pragmatische, en vermoedelijk niet eens zo'n politiek gevoelige, oplossing, maar zij steunt volledig op de artikelen 8 en 14 EVRM. Er is in het nationale recht zelfs bij benadering geen grondslag voor aan te wijzen. Dat lijkt mij geen tijdelijke oplossing meer, dat is precies waarover wij het hebben als we spreken over rechtsvorming. Ik zie ook eerlijk gezegd niet zo goed waarom dit een 'noodverband' zou zijn, terwijl een verdragsconforme uitleg van de term 'man' in artikel 1:207 BW de rechtsvormende taak van de rechter te buiten zou gaan. Ik meen daarom dat dit soort 'noodverbanden' ook moet voldoen aan de criteria die de Hoge Raad in *Arbeidskostenforfait* stelt. De vraag is dan of de wetgever inderdaad zo lang heeft gewacht dat de klagers een urgent belang bij de remedie hebben.[155]

Tot slot nog iets anders. Het arrest *Arbeidskostenforfait* staat niet op zichzelf. Het moet worden gelezen in samenhang met een arrest dat de Hoge Raad een jaar eerder wees, *Grijs kenteken*.[156] In die zaak verleenden Gerechtshof en Hoge Raad wél rechtsbescherming. Zij kenden een belastingvoordeel dat voor grote wagenparken gold, ook toe aan kleinere wagenparken. Ook hier was sprake van een begunstigende belastingregeling die discriminatoir uitpakte, en ook hier was sprake van verschillende potentiële verdragsconforme uitkomsten. Toch koos de rechter er één. Waarom?

Zie ik het goed, dan ligt de belangrijkste reden in de wetsgeschiedenis besloten. De regeling had betrekking op het verscherpen van de eisen voor auto's met grijze kentekens waarvoor een aantrekkelijk belastingtarief gold. Het doel van de maatregel was het vergroten van de belastinginkomsten. Om de geschrokken eigenaren van bestelbusjes tegemoet te komen, stelde de Staatssecretaris van Financiën een overgangsregeling voor. De Kamer amendeerde dit voorstel zodat het alleen van toepassing werd op de beheerders

155 Dat lijkt mij hier overigens niet het geval. Klagers hebben immers de mogelijkheid van adoptie om in elk geval het juridische ouderschap veilig te stellen. Mits de wetgever in actie komt, is even wachten op de erkenning van het biologisch ouderschap n.m.m. niet bezwaarlijk.

156 HR 17 augustus 1998, *NJ* 1999/169 (*Grijs kenteken*).

van grote autoparken 'zoals de ANWB'. De Staatssecretaris waarschuwde dat dit onderscheid tussen groot en klein, hem juridisch niet verdedigbaar leek. De Kamer ging daar niet op in en aanvaardde het amendement.

De Staatssecretaris kreeg gelijk. Gerechtshof en Hoge Raad oordeelden de regeling inderdaad in strijd met artikel 26 IVBPR. Het Gerechtshof lost daarop de strijd op door de overgangsregeling ook van toepassing te achten op de situatie van de klager, de trotse bezitter van één enkele bestelbus. De Hoge Raad gaat akkoord:

> 'Teneinde de ten aanzien van belanghebbende geconstateerde ongelijkheid op te heffen, heeft het Hof terecht gekozen voor gelijkstelling van het bedrag van de verschuldigde belasting met die, verschuldigd voor de auto's, ten behoeve waarvan de uitzondering in de wettelijke regeling is opgenomen.
>
> Hierbij dient mede in aanmerking te worden genomen dat tegen een voor de overige gevallen van grijskentekenhouders geldende even gunstige overgangsregeling kennelijk in beginsel geen bezwaar bestond, nu in het oorspronkelijke regeringsvoorstel een zodanige algemeen geldende, en overigens, gelet op de hiervóór in 3.4 vermelde voorgeschiedenis, alleszins gerechtvaardigde overgangsregeling was vervat (zie hiervóór in 3.5), welke door de aanvaarding van het amendement eigenlijk alleen voor de houders van een omvangrijk wagenpark als een overgangsregeling zou gaan gelden (…).
>
> Van deze oplossing tot herstel van de ongelijkheid kan niet worden gezegd dat deze de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat'.[157]

Op deze koers heeft de Hoge Raad de kritiek gekregen dat hij zijn plaats ten opzichte van de wetgever heeft miskend.[158] Met zijn oplossing maakte de belastingrechter immers een keuze die inging tegen de uitdrukkelijke wens van de Tweede Kamer. Ik zie dat anders. En wel om drie redenen.

In de eerste plaats kon de Hoge Raad aansluiten bij de beraadslagingen in de Tweede Kamer. Er lag al een duidelijk alternatief in de vorm van het voorstel van de Staatssecretaris. Van belang is dat dit voorstel zélf niet problematisch is, in de zin dat het een nieuwe ongelijke behandeling in het leven zou roepen met anderen. Daarnaast zou heel wel een rol kunnen hebben gespeeld dat de wetgever op de hoogte was van het feit dat het amendement mogelijk in strijd was met artikel 26 IVBPR. Ik zeg bewust 'mogelijk': het was een oordeel van de Staatssecretaris, dat uiteraard kan worden betwist. Een uitvoerige afweging daaromtrent treft men in de Handelingen echter niet aan. Ten derde is het de vraag hoeveel het alternatief precies waard was. Als men Hoge Raad en Hof verwijt dat zij tegen de uitdrukkelijke wens van de Kamermeerderheid in gingen, dan dient men te bedenken dat wat die Kamermeerder-

157 *Ibid.*, r.o. 3.7.
158 Vgl. De Wit 2012, p. 276-277.

heid exact wilde, verdragsrechtelijk niet mogelijk was. Het doel van die meerderheid, het maximaliseren van de belastinginkomsten, was dan alleen significant bereikt door het afschaffen van de gehele overgangsregeling of het bedenken van een nieuw, maar vermoedelijk soortgelijk criterium. Gelet op het feit dat het om een overgangsregeling ging, zou het eerste vermoedelijk problematisch zijn geweest in het licht van de rechtszekerheid en artikel 1 EP. Het tweede had heel wel kunnen leiden tot een nieuwe ongelijke behandeling. In die zin is met de oplossing van Hof en Hoge Raad een relatief spoedige, en verdedigbare oplossing bereikt.

Wat leert het arrest *Grijze kentekens* in dit verband? In de eerste plaats is het een illustratie dat het de rechter ernst is met de waarschuwing dat hij mogelijk wél in het rechtstekort voorziet wanneer de wetgever zich van de mensenrechtelijke kwestie bewust is. Dat is goed om te weten, want zo vaak komt het niet voor dat de rechter 'doorbijt'. Ten tweede, dat de zinsnede uit het arrest *Arbeidskostenforfait* dat de rechter tot rechtsvorming overgaat wanneer zich de oplossing voldoende duidelijk uit 'het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of de wetsgeschiedenis' laat afleiden, ruim kan worden uitgelegd. En tot slot, dat – afgezien van het toetsingskader – het ook nu weer uitmaakt of met de nieuwe regel derden in een nadeliger positie komen.

4.3.3.2 Ontvangst in de literatuur

Het arrest *Arbeidskostenforfait* heeft het debat over de grenzen van de rechtsvormende taak bij de toetsing aan mensenrechten niet beëindigd, wel bestendigd. Het arrest werd in de literatuur al snel een ankerpunt. Diverse auteurs verwijzen tegenwoordig kortweg naar *Arbeidskostenforfait* ter verduidelijking dat de rechter geen politieke keuzes wil maken, zelfs niet als het er om gaat rechtsbescherming te bieden.[159] Hoewel het arrest over het algemeen draagvlak geniet, zijn met name de 'randen' van het arrest nog altijd voorwerp van discussie.

Twee kritische stromingen kunnen in dat verband worden onderscheiden. In de eerste plaats zijn er auteurs die zich blijven afvragen of de in het arrest gevolgde gedachtegang wel voldoende recht doet aan de individuele rechtsbescherming.[160] Zo noteren Barkhuysen en Van Emmerik, kort na het arrest:

159 Zie bijv. Martens 2000a; Kortmann 2008, p. 187; Verhey 2009, punt 63; Bovend'Eert 2009, p. 146; Sillen 2010, p. 183; Van der Schyff 2010, nr. 315; Voermans 2011, p. 65; Boogaard 2013, hoofdstuk IV.

160 Zo bijv. Hartkamp 2000, p. 33; Barkhuysen & Van Emmerik 2001, p. 79-80; Barkhuysen & Van Emmerik 2006, pp 63-64; Happé & Gribnau 2007, p. 456-457. Martens 2000a is gematigd positief, maar zet wel vraagtekens.

> 'De rechter moet, ondanks het bestaan van meerdere opties om de verdragsschending ongedaan te maken, toch trachten rechtsherstel in het voorliggende individuele geval te bieden, door het treffen van een gepaste voorziening of – als dit niet mogelijk is – het toekennen van schadevergoeding. Dit sluit – anders dan weleens wordt beweerd – niet uit dat de wetgever daarna voorziet in een andersluidende (…) regeling. Door het treffen van een voorziening kan er aldus een soort van dialoog ontstaan tussen rechter en wetgever, over de wijze waarop een verdragsconforme regeling zou moeten worden weergegeven'.[161]

Soortgelijke kritiek klinkt vanuit fiscale hoek. Happé en Gribnau, bijvoorbeeld, delen het uitgangspunt dat de Hoge Raad in *Arbeidskostenforfait* formuleert, maar wijzen er op dat de Raad doorgaans wel érg gemakkelijk aanneemt dat een kwestie politieke keuzes met zich brengt.[162] Meussen gaat nog een stapje verder. Wat hem betreft is in kwesties à la *Arbeidskostenforfait* sprake van 'een evidente onrechtvaardigheid in het Nederlandse rechtssysteem omdat een rechter op deze wijze aan een belastingplichtige geen effectieve rechtsbescherming biedt'.[163] Een enigszins vergelijkbaar standpunt lijkt intussen te worden ingenomen door diverse beoefenaren van het personen- en familierecht, dat andere rechtsgebied waarin rechterlijk abstineren niet ongewoon is.[164]

De kritiek van civilisten, fiscalisten en mensenrechtenjuristen lijkt wat minder te leven in de wereld van het staatsrecht. Vanuit die hoek klinkt meer instemming met de rechterlijke terughoudendheid. Waar daar sprake is van kritiek, ligt die eerder in een tevéél dan een te weinig aan rechterlijk activisme dat uit *Arbeidskostenforfait* zou blijken. Die instemming kent intussen wel gradaties. Ik bespreek er drie.

Zo op het eerste gezicht lijkt met name Verhey relatief ver te gaan in zijn bijval voor de, door de Hoge Raad gekozen lijn in *Arbeidskostenforfait*. Het arrest is volgens hem een voorbeeld van hoe het wél moet: 'een effectief samenspel waarbij zowel het domein van de rechter als dat van de wetgever wordt gerespecteerd.[165] Wellicht geïnspireerd door het Britse voorbeeld van de *declaration of incompatibility*, lijkt hij zelfs even te suggereren dat dit samenspel stéédsvoor de hand ligt, niet alleen in het geval waarin de rechter zich voor politieke keuzes gesteld ziet.[166] Stelt de rechter vast dat de wet in strijd is met een verdragsnorm, dan is het, aldus Verhey, 'in beginsel de wetgever die

161 Barkhuysen & Van Emmerik 2001, p. 80.
162 Happé & Gribnau 2007, p. 456. Zie eerder: Happé 1999, die de HR oproept tot wat meer activisme.
163 Meussen 2006, p. 81.
164 Vgl. C. Forder, 'Kroniek van het personen- en familierecht', *NJB* 2011/1758, onder verwijzing naar een annotatie van De Boer bij HR 30 maart 2007, *NJ* 2007/609 (*Doorhaling geslachtsaanduiding*), punt 17.
165 Verhey 2009, punt 63
166 Vgl. ook Verhey 2008, waarin de auteur een vergelijking maakt tussen de Britse en de Nederlandse stelsels.

bepaalt hoe die strijd moet worden weggenomen'.[167] Verstaat men dat letterlijk, dan is niet rechtsbescherming het uitgangspunt, maar *judicial* restraint. De vraag is echter of Verhey het zó bedoeld heeft. Hoewel hij eerder opmerkte dat 'ruime bevoegdheden (…) lang niet altijd tot ruim gebruik ervan [leiden]', lijkt zijn betoog, op deze manier opgevat, voorbij te gaan aan artikel 94 Grondwet, dat de rechter immers vrij expliciet aanspreekt op het beëindigen van een schending.[168] Dat zal vermoedelijk niet zijn insteek zijn geweest. De kritiek dat de Hoge Raad zich te weinig rekenschap van de individuele rechtsbescherming geeft, lijkt Verhey echter niet te onderschrijven.

Bijval vinden we ook bij Boogaard, zij het dat deze bijval vooral gestoeld is op de constatering dat het in *Arbeidskostenforfait* in wezen 'ook om niets ging'. Boogaard beschouwt de terughoudendheid die in *Arbeidskostenforfait* besloten ligt als een kwestie van institutionele politiek.[169]

Gedraagt de rechter zich daarmee laf, partijdig of afhankelijk? Nee, aldus Boogaard. Hij acht het verdedigbaar dat de Hoge Raad zich rekenschap geeft van goede verhoudingen met de andere staatsmachten. De rechter zou zijn gezag op het spel zetten als hij bij elke geconstateerde onrechtmatigheid 'op de tenen van zijn (…) collega-staatsmachten' staat.[170] Tegenover het rechtsstatelijke beginsel dat de rechter rechtsbescherming biedt, zet Boogaard het rechtsstatelijke beginsel van machtsevenwicht. Dat zou gediend zijn met het besef van de rechter dat er grenzen zijn aan wat hij kan doen. Hoe meer sprake is van een kwestie 'van geringe ernst', hoe eerder de rechter zich ertoe kan beperken de onrechtmatigheid slechts te signaleren.

Meer kritiek, zij het van een geheel andere orde dan hiervoor besproken, komt van Bovend'Eert. Die kritiek geldt niet de overweging van de Hoge Raad dat er keuzes kunnen zijn die – omdat niet kan worden aangesloten bij het stelsel van de wet en zij rechtspolitiek van aard zijn – buiten de rechtsvormende taak van de rechter vallen. Daarmee is Bovend'Eert het eens.[171] Steen des aanstoots is voor hem dat de Hoge Raad zichzelf bevoegd verklaart om zulke keuzes alsnog te maken als de wetgever de kwestie op haar beloop laat. Dat, aldus Bovend'eert, is:

> 'niet goed te rijmen met het uitgangspunt dat het wezen van de rechterlijke functie is dat de rechter slechts op grond van rechtmatigheidscriteria tot een bindende beslissing kan komen. Wanneer de rechter geen wettelijk houvast heeft om een rechtmatigheidsoordeel te vellen, dan ontbreekt voor hem de grondslag om te oordelen.'[172]

167 Verhey 2009, punt 59.
168 Verhey 2008, p. 215.
169 Boogaard 2013, p. 120.
170 *Ibid.*
171 Bovend'Eert 2009, p. 151.
172 *Ibid.* Zo ook: Kortmann 2008b.

Bovend'Eert levert daarmee belangrijke kritiek: de rechter zou de *bevoegdheid* niet hebben om in rechtsbescherming te voorzien, ook niet als de wetgever in gebreke blijft. Hij neemt daarmee diametraal stelling tegenover diegenen die menen het belang van rechtsbescherming onderstrepen, maar hij verschilt ook van auteurs als Boogaard die de kwestie niet in termen van bevoegdheid, maar in termen van institutionele politiek zien.

4.3.3.3 Eigen observaties

Wat te denken van deze kritiek en bijval? Ik bespreek hier nog niet de vraag of het beginsel van effectieve rechtsbescherming de rechter inderdaad dwingt om verder te gaan dan het piketpaaltje dat de Hoge Raad in *Arbeidskostenforfait* slaat. Ik analyseer die kwestie in deel II. Wel plaats ik hier alvast enige kanttekeningen.

Wat in de eerste plaats opvalt, is dat de vraag óf uit het beginsel van effectieve rechtsbescherming kan worden afgeleid dat de rechter verder had moeten gaan, voor lang niet iedereen van belang is. Enkele critici, niet allemaal overigens, zijn vrij uitgesproken in de opvatting dat het niet bieden van rechtsherstel zich niet verdraagt met de rechterlijke functie. De voorstanders van rechterlijke terughoudendheid zijn, omgekeerd, nauwelijks overtuigd door een beroep op dat beginsel. Voor Bovend'Eert kan het beginsel geen substituut zijn voor een ordentelijke bevoegdheidstoedeling – wat in strijd is met de rechterlijke functie, wordt het ook niet doordat effectieve rechtsbescherming moet worden verleend – en voor Boogaard is rechtsbescherming ondergeschikt aan institutionele politiek. Als de rechter zijn gezag in een relatief onbelangrijke zaak verliest, dan heeft hij straks helemáál geen rechtsbescherming meer te bieden als het er écht om gaat. Beide standpunten komen mij problematisch voor.

Het betoog van Bovend'Eert is principieel, maar het gaat van de enigszins dichotome veronderstelling uit dat de opvatting van de rechter over 'wat in het wettelijk stelsel past' alleen bevestigend of ontkennend kan worden beantwoord. In de praktijk lijkt het mij eerder een kwestie van meer of minder. De rechter kan in een bepaald geval tot het oordeel komen dat het, gelet op zijn beperkte capaciteiten en democratische legitimatie, beter is de wetgever voorrang te verlenen. Daarmee is niet gezegd dat hij helemaal geen oplossing zou kunnen bedenken die ook maar enigszins bij het stelsel zou aansluiten. Het feitencomplex in de arresten *Arbeidskostenforfait* en *Grijze kentekens* illustreert dat. Zó verschillend waren die zaken, in termen van wettelijk stelsel en mensenrechtelijk defect, nu ook weer niet. Toch komt de rechter in het ene geschil met een remedie, in het andere niet.

Boogaard signaleert dit verschil wel, en hij verklaart dat door institutionele politiek die in zijn ogen gerechtvaardigd wordt door de machtenscheiding en het gezag van de rechter. Het probleem van zijn koers is evenwel dat deze staatsrechtelijk goed in de oren klinkt, maar enigszins lijdt aan een bewijspro-

bleem. Als de rechter afwijkt van de regel dat een onrechtmatigheid door hem verholpen wordt, maakt hij althans inbreuk op het recht van de klager op een remedie. Het grondrechtendiscours eist van de overheidsorganen, zoals de rechter, dat zij dan *concreet* uitleggen waarin het belang van die inbreuk schuilt en dat zij feiten aandragen waaruit blijkt dat abstineren inderdaad de enige geschikte en minst vergaande optie is om aan dat belang tegemoet te komen. Voor de wetgever en bestuursorganen is dat niet anders. Wij accepteren (gelukkig wat mij betreft) niet meer van Defensie dat men vrouwen en homoseksuelen uit het leger weert omdat 'dat tot praktische problemen zou leiden' of 'slecht zou zijn voor het aanzien' van het leger. Evenmin accepteren wij van burgemeesters dat zij onwelgevallige demonstraties verbieden 'omdat het weleens uit de hand zou kunnen lopen'. De rechter accepteert zulke algemeenheden doorgaans niet zonder concrete bewijzen. Levert de overheid die bewijzen niet, dan krijgt het belang van het individu voorrang. Waarom zou iets soortgelijks niet voor de rechter gelden? Ik ben er vooralsnog niet van overtuigd dat het staatsrecht zulke bewijzen snel kan leveren, al was het maar omdat de Nederlandse rechter in het kader van het Unierecht wél in een remedie moet voorzien. Dat lijkt tot dusver zijn gezag niet onherstelbaar te hebben aangetast.

4.3.3.4 De weg na Arbeidskostenforfait: stille dood van de terme de grâce?

Het is intussen meer dan tien jaar geleden dat het arrest *Arbeidskostenforfait* werd gewezen.[173] Voor klassiekers in het recht is dat gegeven niet relevant. Standaardoverwegingen overleven de jaren. Een digitaal tijdperk is daarvoor niet eens nodig. Zoals gezegd heeft de literatuur *Arbeidskostenforfait* omarmd als zo'n klassieker. De vraag is intussen wel hoe het de uitspraak is vergaan in de rechtspraktijk. In paragraaf 4.2.3.2 constateerde ik reeds dat het arrest minder vaak wordt geciteerd dan men, op basis van de literatuur, zou aannemen. De reden daarvoor is in belangrijke mate gelegen in het feit dat de hoogste rechters de wetgever zelden nog een *terme de grâce* gunnen. De uitspraken van de Afdeling waarin de Kieswet in strijd met IVBPR en het Unierecht werden verklaard, zijn er de laatste voorbeelden van.[174]

Komt dat omdat de rechter zich de (in 4.3.3.2 weergegeven) kritiek uit de literatuur ter harte heeft genomen en nu rechtsbescherming biedt? Deels misschien wel. Het kwam de afgelopen twaalf jaar in elk geval wel voor dat de rechter bij strijd tussen een wettelijk voorschrift en een mensenrecht in een remedie voorzag. Hij verwees dan zelden naar het afwegingsmechanisme uit *Arbeidskostenforfait*.[175] Dat past bij de met enige regelmaat gehoorde verzuch-

173 HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170 m.nt. Bloembergen.

174 ABRvS 19 oktober 2003, *AB* 2003/463 m.nt. PJS (*Kiesrecht Martijn*); ABRvS 21 november 2006, *AB* 2007/80 m.nt. PAS, *NJCM-Bulletin* 2007, p. 635-645 m.nt. Uzman (*Eman & Sevinger*).

175 Dat past bij de verzuchting van Stolker.

ting dat de rechter de rechtsvormende taak vrijwel uitsluitend noemt wanneer hij meent dat een interpretatie die taak te buiten gaat.[176] Een voorbeeld waarin de Hoge Raad nog wel subtiel verwijst naar *Arbeidskostenforfait*, betreft een zaak uit 2001 over de strijd tussen een bepaling uit de Successiewet en artikel 26 IVBPR:

> 'In dit geval kan door de rechter effectieve rechtsbescherming worden geboden door de discriminatoire regeling buiten toepassing te laten. Daartoe zal de Hoge Raad overgaan, waarbij in aanmerking wordt genomen dat (…) uitgesloten moet worden geacht dat de wetgever, zich bewust van de in het voorgaande geconstateerde discriminatie, ertoe zou besluiten de werking van de fictiebepaling uit te breiden tot willekeurige derden (…) zulks te meer nu de Werkgroep modernisering successiewetgeving (…) in haar rapport van 13 maart 2000 heeft voorgesteld de fictiebepaling geheel te laten vervallen'[177]

Het weergegeven citaat doet eigenlijk niet goed recht aan het gegeven dat de Hoge Raad er hier 'vol in lijkt te gaan' om rechtsbescherming te verlenen. Beslissend lijkt, dat de wetgever eigenlijk geen andere keuze heeft dan de bepaling zó aan te passen dat de problematische fictiebepaling aangepast of ingetrokken wordt. Het is in dat verband wel opmerkelijk dat de Hoge Raad daarvoor het rapport van een werkgroep als bewijsmiddel aandraagt. Te meer daar, annotator Zwemmer merkt dat op, dat rapport de conclusie die de Hoge Raad daaraan verbindt, niet lijkt te dragen.[178] De Hoge Raad lijkt hier niet zozeer op de wetgever af te willen gaan, als wel deze met zachte hand te willen sturen.

In andere zaken verwezen de Hoge Raad en de hoogste bestuursrechters in het geheel niet naar het afwegingskader. Toen de Afdeling artikel 8:73 zó uitgelegde dat de bepaling ook een grondslag bood voor een bestuursrechtelijke schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn in de rechterlijke procedure, legde zij niet uit in hoeverre die keuze in het stelsel van de wet paste, in hoeverre zij een rechtspolitiek karakter droeg en waarom dat

176 De Werd 2004, p. 104; Kortmann 2005, p. 250-251; Uzman & Stolker 2009, p. 478. De rechtsvormende taak lijkt er dan ook vooral te zijn voor de negatieve boodschap. Als de rechter goed nieuws voor de klager heeft, spreekt hij van effectieve rechtsbescherming. Het is dus of *niet* mogelijk om een bepaalde rechtsvormende interpretatie te kiezen, of wél mogelijk om een interpretatie te kiezen waarmee effectieve rechtsbescherming kan worden geboden. Zoals men in de wereld van de marketing zou zeggen: een kwestie van *framing*.

177 HR 10 augustus 2001, *BNB* 2001/400 m.nt. Zwemmer (*Recht van overgang*).

178 Zie punt 1 van zijn noot. Daar moeten wij niet-fiscalisten – die daarnaar geen onderzoek deden – dan maar op afgaan. Nog één terzijde. De Wit 2012, p. 281 merkt op dat het oordeel van de Hoge Raad dat de rechtspraak de kwestie zelf kan oplossen, niet wordt gedeeld door de Advocaat-Generaal. Dat lijkt mij onjuist. Ook de A-G bepleit een rechterlijke remedie. Anders dan de HR kiest hij alleen voor conforme interpretatie in plaats van buiten toepassing laten.

niet problematisch was.[179] Evenmin legt de Hoge Raad uit waarom conforme interpretatie wél mogelijk is in het geval van de ouder die, in strijd met de bewoordingen – en naar het mij voorkomt, ook het stelsel van de wet – een eenhoofdig verzoek tot gezamenlijke ouderlijke macht indient.[180] Evenmin ziet de Hoge Raad constitutionele bezwaren tegen het buiten toepassing laten van artikel 7 Kostenwet invordering rijksbelastingen als de klager forse kosten van het betekenen van een dwangbevel in rekening worden gebracht en zij geen mogelijkheid heeft om aan te voeren dat zij nooit een schriftelijke aanmaning heeft gehad.[181]

Toch lijkt de Hoge Raad eerder terughoudender dan activistischer geworden, zeker waar het de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel betreft. Die terughoudendheid zit hem echter niet zozeer in de fase van de remedie, maar in de fase daarvoor, van de toetsing. De *terme de grâce* faciliteerde in zekere zin dat de rechter zich wat soepeler kritiek op wetgeving kon veroorloven omdat het aan de wetgever was om over de oplossing na te denken.[182] De Hoge Raad lijkt die ruimte in belastingzaken niet meer te zoeken. Diverse auteurs constateren dat men op Huis Huguetan beducht is geworden de belastingwetgever op de vingers te tikken.[183] Dat gebeurt onder de vlag van een subtiele koerswijziging in de rechtspraak van het EHRM. Vrijwel gelijktijdig met *Arbeidskostenforfait* neemt men in Straatsburg een ontvankelijkheidsbeslissing waarin het gewag wordt gemaakt van *'a wide'* in plaats van de tot dan toe gebruikelijke *'certain margin of appreciation'* die lidstaten op fiscaal terrein zou toekomen.[184] De Hoge Raad ziet daarin een signaal dat hij de wetgever minder prominent achter de broek te zitten heeft. Hij geeft de, door het EHRM aan de *lidstaten* gelaten, *margin of appreciation* door aan de wetgever.[185] Zo overweegt hij in 2002:

> 'Hierbij verdient opmerking dat op fiscaal gebied aan de wetgever een ruime beoordelingsvrijheid toekomt bij het beantwoorden van de vraag of gevallen voor

179 ABRvS 4 juni 2008, *AB* 2008/229 m.nt. Widdershoven (*Schadevergoeding redelijke termijn*). Zoals in par. 3.2.1.2 uiteengezet, had de Afdeling n.m.m. overigens best een verhaal gehad. Zie voorts: CRvB 18 juni 2004, *AB* 2004/296 m.nt. Pennings (*WSG*); ABRvS 30 november 2011, *AB* 2012/142 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Verklaring van geen bezwaar*); ABRvS 17 mei 2013, *JB* 2013/92 m.nt. Sanderink (*Kentekenregister*).

180 HR 27 mei 2005, *NJ* 2005/485 m.nt. JdB.

181 HR 10 juli 2009, *BNB* 2009/246 m.nt. Zwemmer (*Kosten betekening dwangbevel*).

182 En volgens sommigen zelfs: na te denken of men het überhaupt met de rechter eens is. Zie Boogaard 2013.

183 Happé & Gribnau 2007, p. 446-447, 455; De Wit 2012, p. 287; Boogaard 2013, p. 111.

184 EHRM (ontv.) 22 juni 1999, *no.* 46757/99, *BNB* 2002/398 m.nt. Happé (*Della Ciaja t. Italië*). De *'certain margin'* treft men aan in: EHRM (plenair) 8 juli 1986, *no.* 9006/80 (*Lithgow e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 176.

185 Vraag is intussen wel of de nationale rechter de *margin* één op één te vertalen heeft in discretionaire vrijheid van de nationale autoriteiten. Ik ga daarop echter niet in. Zie nader: Jak & Vermont 2007, p. 133.

> de toepassing van de bedoelde verdragsbepalingen als gelijk moeten worden beschouwd, en of, in het bevestigende geval, een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat om die gevallen niettemin in verschillende zin te regelen'.[186]

Deze rechtspraak blijkt bestendig.[187] De Hoge Raad gaat echter verder. Ook als een voorschrift mogelijk wél in de gevarenzone zou komen, bijvoorbeeld omdat een gemaakt onderscheid arbitrair wordt, dan nóg verklaart de Hoge Raad zo'n voorschrift niet snel in strijd met de artikelen 14 EVRM of 26 IVBPR. In dat geval krijgt de appellant te horen dat het belastingrecht nu eenmaal een veelheid aan subtiele en technische ongelijkheden kent, en dat de wetgever de ruimte moet krijgen om af en toe met de heggeschaar aan de slag te gaan. Niet elke discriminatie is daarom per definitie onrechtmatig.[188] Deze houding van de Hoge Raad doet enigszins denken aan zogenaamde *Appellentscheidungen* in het Duitse recht, waarin het Federale Constitutionele Hof de Duitse wetgever in het verleden weleens wees op defecten in financiële regelgeving, maar ervan af zag de regeling ook in het dictum daadwerkelijk ongrondwettig te verklaren. De wetgever kreeg dan wel het vriendelijke verzoek nog eens naar het defect te kijken. Een dergelijk verzoek doet de Hoge Raad niet, maar het onderliggende idee lijkt mij hetzelfde.

Om tot de kern te komen: is de *terme de grâce* een stille dood gestorven? Het is in elk geval zo dat de Hoge Raad, vooral in het belastingrecht, sinds 2001 geen wetgeving meer in strijd met de non-discriminatiebepalingen heeft verklaard.[189] Dat is hem op kritiek komen te staan. Vanuit de fiscale wetenschap wordt geregeld gebromd dat het 'heilige ontzag' dat de Hoge Raad voor de wetgever aan de dag legt, ervoor zorgt dat de rechter de drogredenen voor zoete koek slikt, die de grillige politiek hem voorhoudt.[190] Of de rechtspraak aan de terughoudende koers vast blijft houden of niet, het valt zeker niet uit te sluiten dat het EHRM, of een net iets té weinig subtiele wetgever, hem op een dag dwingen tot ingrijpen. Wat dan? Ik zie twee opties.

Het ligt, in de eerste plaats, voor de hand dat de rechter in zo'n geval weer terugvalt op het bekende toetsingsmodel van *Arbeidskostenforfait*, inclusief de relatief terughoudende wijze waarop hij dat model invult. In beginsel zal hij dan de keuzevrijheid van de wetgever respecteren.

Aan de andere kant kwam dat model tot ontwikkeling in een context waarbij de Hoge Raad zich wat meer vrijheid op het punt van de toetsing veroorloofde. In de ogen van Boogaard bijvoorbeeld, is het abstineren van

---

186 HR 12 juli 2002, *BNB* 2002/399 m.nt. Happé onder nr. 400 (*Kosten van kinderopvang*), r.o. 3.10.

187 Zie o.a. HR 8 juli 2005, *BNB* 2005/310 m.nt. Happé (*Beroepskosten*); HR 9 oktober 2009, *BNB* 2010/77 m.nt. Essers.

188 Vgl. o.a.: HR 10 juni 2005, *BNB* 2005/319 m.nt. Happé (*68%-regeling*).

189 De Wit 2012, p. 287.

190 Meussen 2006, p. 83 en 88. Zie voorts: Niessen 2009, p. 11. Genuanceerder: Happé & Gribnau 2007, p. 459.

de Hoge Raad onlosmakelijk verbonden met het feit dat het in de belastingzaken tot dusver ook nooit om ernstige kwesties ging. Een rechter, aldus Boogaard, die:

> 'ter gelegenheid van alles wat onrechtmatig genoemd kan worden *rücksichtslos* en voortdurend op de tenen van (…) collega-staatsmachten staat, [zou] snel het gezag verliezen dat hij in andere belangrijke zaken graag gehad zou hebben'.[191]

Dat roept de vraag op of de ratio die Boogaard aan de *terme de grâce* geeft, nog wel opgaat als de rechter bijzonder terughoudend toetst. Wanneer de Hoge Raad onbelangrijke kwesties in de toetsingsfase met de mantel der liefde bedekt, kan hij de kwestie – wanneer hij dan wél gedwongen wordt kleur te bekennen – alsnóg abstineren omdat hij zijn gezag 'alleen bij belangrijke zaken' inzet. De vraag is dan wel in hoeverre een fiscale kwestie, mits niet evident op verdachte gronden van onderscheid wordt gediscrimineerd, ooit zo'n belangrijke kwestie wordt. Voorlopig meen ik dus dat de *terme de grâce* nog niet dood is. Zij slaapt.

4.4 UITGELEIDE

In welke gevallen abstineert de Hoge Raad? De standaardoverweging uit *Arbeidskostenforfait* suggereert dat hij dat alleen doet als er politieke keuzes te maken zijn, maar dat antwoord zou te beperkt zijn. In de eerste plaats beziet de rechter of hij het bestreden voorschrift buiten toepassing kan laten, en of de klager daarbij baat heeft. Is dat niet het geval, dan zal de rechter moeten onderzoeken of hij 'op een andere wijze in het rechtstekort kan voorzien'. Lees: of hij het voorschrift verdragsconform kan interpreteren. Is dat wel het geval, dan rijst de vraag of artikel 94 Gw de rechter ook verplicht om de bepaling buiten toepassing te laten. Ik meen dat dit zo is, maar dat op die plicht uitzonderingen moeten worden aangenomen voor de gevallen waarin dat zou leiden tot een nieuwe verdragsschending of tot strijd met een rechtsbeginsel. In de praktijk ziet de rechter overigens wel in meer situaties van het buiten toepassing laten van het voorschrift af, zoals in het geval het buiten toepassing laten zou leiden tot één van verschillende verdragsconforme beleidsuitkomsten, of het geval waarin de onrechtmatigheid het gevolg is van meerdere, op zichzelf bezien rechtmatige, regelingen. Is buiten toepassing laten geen optie, dan schiet de rechter door naar de vraag of hij, door gebruikmaking van zijn interpretatieve mandaat, in een oplossing kan voorzien. Hij plaatst die kwestie dan in het kader van de begrenzingen van de rechtsvormende taak. Deze terminologie is door sommigen bekritiseerd. Zie ik het goed, dan gaat het de meeste auteurs er niet om te ontkennen dat de rechter rechtsbescherming te

191 Boogaard 2013, p. 120.

bieden heeft, desnoods door interpretatie van het wettelijk voorschrift of de rechtstreekse toepassing van, ook weer geïnterpreteerd, verdragsrecht. In zoverre gaat het om een terminologische discussie. De vraag hoe ver de rechter kan gaan bij de gebruikmaking van zijn interpretatieve mandaat is een institutionele. Volgens de Hoge Raad kan tot het bieden van rechtsbescherming worden overgegaan wanneer aangesloten kan worden bij het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de wetsgeschiedenis. Van 'rechtsvorming' moet worden afgezien zodra de rechter het politieke domein van de wetgever nadert en er beleidskeuzes in het verschiet liggen. De Hoge Raad waarschuwt echter dat het abstineren in beginsel van tijdelijke aard is: laat de wetgever de kwestie op zijn beloop, dan acht hij zich bevoegd alsnog zijn interpretatieve mandaat in te zetten. Deze praktijk is, tot slot, bekritiseerd. Inmiddels zet de rechter de *terme de grâce* nauwelijks nog in. In non-discriminatiekwesties komt hij in verreweg de meeste gevallen niet tot het vaststellen van een schending. Buiten die gevallen, waar het bijvoorbeeld om toetsing aan artikel 6 EVRM gaat, leent de zaak zich doorgaans voor een remedie.

5 De *terme de grâce* nader beschouwd (gevolgen)

5.1 INLEIDING

In het vorige hoofdstuk is bezien in welke gevallen de Nederlandse rechter afziet van het bieden van een (constitutionele) remedie omdat dit zijn rechtsvormende taak te buiten gaat. We zagen dat de rechter het dan voorlopig aan de wetgever overlaat om de kwestie te regelen. Hij gunt de laatste een zogenaamde *terme de grâce*. Dat verschijnsel komt nu wat uitgebreider aan de orde. Ik ga in op drie aspecten. In de eerste plaats bezie ik wat de (rechts)gevolgen zijn van het oordeel van de rechter, dat een wettelijke regeling onverenigbaar is met verdragsrecht, maar dat hij daar niets aan kan doen. Men treft mijn bevindingen aan in paragraaf 5.2. Vervolgens ga ik in op de positie van de klager. Welke mogelijkheden heeft deze om alsnog rechtsherstel te krijgen? In het bijzonder gaat het mij daarbij om de mogelijkheid schadevergoeding te krijgen (§ 5.3).

5.2 GEVOLGEN VOOR DE ANDERE STAATSMACHTEN: DE STATUS VAN HET VOORSCHRIFT

Ziet de rechter ervan af om in een remedie te voorzien, dan laat hij het over het algemeen bij de vaststelling dat het wettelijk stelsel mensenrechtelijk niet in de haak is.[1] Er ligt in dat geval materieel een toetsingsuitspraak, zij het

1 Zelfs dat deed hij in het verleden regelmatig niet. Het abstineren vond dan plaats in de toetsingsfase en niet in de fase van de remedie. De rechter overweegt in zo'n geval dat hij ervan afziet te toetsen of een wettelijk voorschrift in strijd is met verdragsrecht omdat de kwestie zijn rechtsvormende taak te buiten gaat. Zie o.a. HR 16 november 1990, *NJ* 1991/475 (*Ontkenning vaderschap staande huwelijk I*); HR 8 juli 1994, *NJ* 1995/30 m.nt. C (*Horen deskundige*); HR 5 september 1997, *NJ* 1998/686 (*Duo-moeders*). Na een periode een wisselende koers te hebben gevaren (zie bijv. HR 23 september 1988, *NJ* 1989/740 m.nt. EAA & EAAL (*Beukema & Van Veen*) waarin dan weer wel getoetst werd), lijkt de HR deze praktijk met HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*) te hebben beëindigd. Uitzonderingen zijn wel: HR 14 juni 2000, *JB* 2000/197 m.nt. HLJ (*Verzuimboete en hoger beroep*); HR 23 januari 2004, *JB* 2004/75 m.nt. RMPGN-C. Ook de Afdeling laat de mogelijke strijd nog weleens in het midden. Zie o.a. ABRvS 29 oktober 2003, *JB* 2004/3 m.nt. LV (*Kiesrecht en curatele*) en Vz. ABRvS 29 maart 2007, *LJN* A2212 (*Doorhaling BIG-register*).

dat de rechter daaraan expliciet weigert gevolgen te verbinden. In deze paragraaf ga ik in op de waarde van zo'n toetsingsuitspraak.

Ik doe dat door eerst te bezien wat de procesrechtelijke gevolgen zijn van een dergelijke uitspraak. Zijn wetgever, bestuur en andere rechters gebonden aan de materiële vaststelling dat het voorschrift onverenigbaar is (5.2.1 en 5.2.2.)? Dat is de theorie. Vervolgens bezie ik hoe de wetgever in de praktijk gevolg geeft aan materiële onverenigbaarverklaringen van de rechter (5.2.3). Tot slot ga ik in op de vraag of de wetswijziging ook betrekking moet hebben op gevallen uit het verleden (5.2.4).

5.2.1 De theorie I: procesrechtelijke gevolgen van rechterlijk abstineren

Het uitgangspunt is dat het oordeel van de rechter dat een voorschrift onrechtmatig is, zelfs als de rechter daaraan wél consequenties verbindt, niet het bestaan van dat voorschrift in gevaar brengt. Voorschriften die in strijd zijn met verdragsrecht zijn nietig noch vernietigbaar.[2] De Hoge Raad bevestigde die lijn in 2003, in het arrest *Waterpakt*:

> 'Het buiten toepassing laten van formele wetgeving (…) geldt immers alleen jegens de eiser(s) in de procedure en het heeft niet ten gevolge dat de desbetreffende regel wordt gewijzigd of ingetrokken'.[3]

Het toetsingsoordeel van de rechter bewerkstelligt dus alleen dat hijzelf het voorschrift in het hem voorgelegde geschil niet toepast. Doet hij dat niet omdat hij vreest voor een rechtstekort dat hij niet zou kunnen vullen, dan zijn dus de andere staatsmachten aan zet. In de praktijk komt het er op neer dat de wetgever het voorschrift zal moeten wijzigen of intrekken. Het gaat immers ook de rechtsvormende taak van het bestuur te buiten om de kwestie zelfstandig op te lossen. De Afdeling Bestuursrechtspraak wijst daarop in haar uitspraak in *Eman & Sevinger*:

> 'De wijze waarop het in de wet neergelegde verschil kan worden weggenomen teneinde te bereiken dat personen als appellanten niet zonder in rechte houdbare grond ongunstiger worden behandeld dan evenbedoelde anderen vergt derhalve politieke keuzes die niet binnen de bestuurlijke taak van het college vallen'.[4]

---

2 HR 6 maart 1865, *W* 2624.

3 HR 21 maart 2003, *NJ* 2003/691 m.nt. TK (*Waterpakt*), r.o. 3.5.

4 ABRvS 21 november 2006, *AB* 2007/80 m.nt. PAS, (*Eman & Sevinger*), r.o. 2.3.3. Soortgelijk, zij het casuïstisch gemotiveerd: ABRvS 27 januari 2011, *AB* 2011/105 m.nt. PJS (*Geldigverklaring SGP-lijst*).

Het rechtsherstel zal dus van de wetgever moeten komen. We weten van het zojuist aangehaalde arrest *Waterpakt* dat de rechter in elk geval de wetgever daartoe niet een expliciet bevel kan geven:

> 'De (…) op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen brengt mee dat de rechter niet vermag in te grijpen in die procedure van politieke besluitvorming. (…) Ook (…) indien moet worden aangenomen dat de Staat (…) onrechtmatig handelt, kan de rechter niet een bevel geven binnen een door hem te bepalen termijn alsnog (…) wetgeving vast te stellen. Ook dan geldt nog steeds dat de vraag of wetgeving tot stand moet worden gebracht en zo ja welke inhoud deze moet hebben, noopt tot een afweging van vele belangen (…) en een politieke beoordeling vergt, waarin de rechter niet kan treden'.[5]

Betekent dit nu dat de wetgever het voorschrift ook niet hoeft aan te passen? Of betekent het alleen dat de rechter de wetgever niet een direct bevel kan geven dit te doen, maar dat de eerste daartoe op basis van het geldende recht niettemin wel verplicht blijft.[6] Hier moet, denk ik, een verschil worden gemaakt tussen wat rechtens is, en wat een kwestie van hogere politiek. Rechtens rust op de wetgever de plicht om een wettelijke regeling vast te stellen of te wijzigen zodra dit uit het hogere recht voldoende eenduidig volgt.[7] Dit volgt uit de algemene verplichting dat ook de wetgever loyaal uitvoering geeft aan het Unierecht en het EVRM.[8] Sommige auteurs, zoals Schutgens, leiden zo'n verplichting bovendien af uit overwegingen van rechtszekerheid en constitutionele zuiverheid: de burger zou bij niet-intrekking uit blijven gaan van een onrechtmatig voorschrift.[9] Maar of de wetgever ook iets met die juridische verplichting doet, is een politieke kwestie:

> 'Evenzeer is het een kwestie van politieke beoordeling of de Staat, wanneer niet, niet tijdig of niet op de juiste wijze formele wetgeving is tot stand gebracht ter

5 HR 21 maart 2003, *NJ* 2003/691 m.nt. TK (*Waterpakt*), r.o. 3.5.

6 Zie over deze kwestie uitgebreider, de dissertatie van Boogaard (2013).

7 Aldus ook Van Houten 2001, p. 13.

8 Voor het EVRM zie o.a. EHRM (Grote Kamer) 30 juni 2009, *no.* 32772/02 (*Verein gegen Tierfabriken t. Zwitserland No.* 2), §61; Impliciet: EHRM 9 november 2010, *no.* 664/06 (*Losonci Rose & Rose t. Zwitserland*), §50. Voor het Unierecht geldt het beginsel van loyale samenwerking ex art. 4 lid 3 VEU.

9 Schutgens 2009a, p. 43. Anders: Sillen 2010, p. 153-154, die het standpunt van Schutgens wenselijk, maar geen geldend recht vindt. Hij leidt dat af uit HR 18 februari 2005, *JB* 2005/92 m.nt. EvdL (*Ziekte van Aujeszky*), waarin de HR het bestuur, in het kader van bestuurswetgeving, voor de keuze lijkt te stellen om het voorschrift te wijzigen dan wel niet, of gewijzigd, toe te passen.

implementatie van een richtlijn, het wil laten aankomen op een eventuele inbreukprocedure'.[10]

De Hoge Raad lijkt het dus uiteindelijk een kwestie van hogere politiek te vinden, of de wetgever zijn rechtsplicht nakomt of niet. Juist omdat het gaat om een politieke kwestie, laat dat echter onverlet dat de schending van die rechtsplicht wél aanleiding kan zijn tot een vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad.[11] De onrechtmatigheid is dan het gegeven dat de wetgever een wet met een onrechtmatige inhoud vaststelde en in stand houdt. Dat het voor de eiser in zo'n geval misschien nog niet zo eenvoudig is om schade en causaal verband aan te tonen – ik kom daar in de volgende paragraaf over te spreken – doet aan dat principe niet af. Vanuit dát perspectief is er inderdaad een rechtsplicht voor de wetgever om onrechtmatige (lees: met het EVRM of het Unierecht strijdige) voorschriften te wijzigen of in te trekken.

Er is nog wel een complicatie. Wie de plicht tot wijziging of intrekking stoelt op het hogere recht zelf en de loyaliteitsverplichtingen van de wetgever, veronderstelt dát het voorschrift ook inderdaad in strijd is met het EVRM of het Unierecht.[12] De Nederlandse rechter heeft dit zo wel vastgesteld, maar is de wetgever daaraan ook gebonden?

Men kan die vraag puur procesrechtelijk benaderen. In dat geval is het antwoord, dat binding van de wetgever aan het oordeel van de rechter, afhangt van het type procedure. Voor alle tweepartijengeschillen geldt dat uitsluitend de procespartijen gebonden zijn aan het oordeel van de rechter.[13] Doorgaans is de wetgever geen partij bij het geschil in kwestie. Alleen wanneer het gaat om een directe onrechtmatigedaadsactie tegen de Staat, is de wetgever als onderdeel van de aangesproken rechtspersoon, partij. De zaken waarin een *terme de grâce* aan de orde is, behoren normaal gesproken echter niet tot deze categorie. Het gaat veelal om geschillen waarbij het verdragsrecht bij wijze

10 HR 21 maart 2003, *NJ* 2003/691 m.nt. TK (*Waterpakt*), r.o. 3.5. Mij persoonlijk lijkt dit standpunt overigens onjuist. Het staat namelijk op gespannen voet met het uitgangspunt van de arresten *Costa/ENEL* en *Simmenthal,* dat het in de EU-rechtsorde nu juist, anders dan in het gemene volkenrecht, *niet* aan de Staat is om te beslissen of men de Unierechtelijke verplichtingen zoals die worden uitgelegd door het Hof van Justitie, nakomt. Zie HvJEG 15 juli 1964, C-6/64 (*Costa t. E.N.E.L.*); HvJEG 9 maart 1978, C-106/77 (*Simmenthal*). Zou men het standpunt van de HR letterlijk nemen, dan kan ook de beslissing om wetgeving in strijd met het Unierecht vast te stellen een politieke daad van verzet zijn die de nationale rechter, in die theorie tenminste, te respecteren heeft. Het is juist die mogelijkheid, die door het HvJEG zo beslist is afgewezen. Bij mijn weten wordt dit standpunt door de Nederlandse juristerij onderschreven.

11 Zo ook: Schutgens 2009a, p. 44.

12 Ten overvloede: in de casus *Waterpakt* bleek het met die onduidelijkheid mee te vallen. Enkele maanden na het arrest van de HR, stelde het Hof van Justitie vast dat Nederland de Nitraatrichtlijn niet correct was nagekomen. Zie HvJEG 2 oktober, C-322/00 (*Commissie t. Nederland*). De Europese Commissie en A-G Léger kwamen al eerder tot die conclusie.

13 Zie Sillen 2010, p. 105-110.

van exceptief beroep wordt ingeroepen. In dat soort zaken is het dus lastig om procesrechtelijke binding van de wetgever aan het oordeel van de rechter te construeren. Het eerste procesrechtelijke antwoord op de vraag luidt dus ontkennend.

Een andere, zij het omstreden, manier van binding, op grond van het bestaan van een eventueel precedentenstelsel – biedt vermoedelijk evenmin uitkomst. Over de vraag of Nederland een *de facto* of *de iure* precedentenstelsel geniet, lopen de meningen uiteen.[14] De standpuntbepaling loopt in dat verband ruwweg langs de lijnen van het debat over het bestaan van een rechtsvormende taak van de rechter. Diegenen die menen dat de rechter een rechtsvormende taak toekomt, hebben over het algemeen minder moeite met het aannemen van een precedentenstelsel, dan diegenen die zo'n taak afwijzen. Het debat gaat daarbij vooral over de vraag of bínnen de rechterlijke kolom uit kan worden gegaan van binding aan elkanders, of de eigen oordelen. Over de wetgever gaat het niet. De opgeworpen argumenten voor zo'n precedentenstelsel (ruwweg: rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en rechtspraktijk) laten zich ook slecht toepassen op de verhouding tussen rechter en wetgever. Dat de wetgever een wettelijke regeling op een andere wijze uitlegt dan de rechter moge wellicht niet handig zijn, maar het levert geen rechtstreekse bedreiging op voor de uniforme toepassing van het recht. Daar komt bij dat precedenten, als ze bestaan, worden gevormd door de confrontatie van een rechtsregel met een concreet rechtsfeit. Juist die confrontatie is afwezig in het wetgevingsproces, waarin het concrete rechtsfeit geen rol behoort te spelen. Ook een eventueel precedentenstelsel kan dus niet worden geconstrueerd als binding van de wetgever aan 's rechters oordeel over de verbindendheid van de wet.[15] Het tweede procesrechtelijke antwoord op de vraag luidt dus eveneens ontkennend.

Het debat behoort daar echter niet op te houden. Uit het procesrecht mag dan niet volgen dat de wetgever gebonden is aan het oordeel van de rechter over de rechtmatigheid van wettelijke voorschriften, het is dan ook volstrekt ongeschikt om die vraag te beantwoorden. Tenzij er op een dag constitutioneel procesrecht ontstaat, zijn de procesrechtelijke regels niet geschreven voor de institutionele dialoog tussen rechter en wetgever. Het is het staatsrecht dat

14 Voorstanders zijn o.m.: Drion 1950, p.26; Polak 1987, p. 178; Brunner 1994, p. 33; Vranken 1995, nr. 185; Snijders 1995, p. 14-19; Wiarda 1972/1999, p. 126-127; Brouwer & Schilder 2000, p. 186; Teuben 2005, p. 279. In het kamp der tegenstanders bevinden zich o.a.: Van Maanen 2000a, p. 100; Adams 2006, p. 111; Bovend'Eert 2008, p. 248-149; Sillen 2010, p. 115. Genuanceerd: Kottenhage 1986, p. 383.

15 Dat precedentenstelsel en binding van de wetgever aan rechterlijke oordelen niets met elkaar te maken hoeven te hebben, bewijst het Britse constitutionele recht. Hoewel men in Engeland een precedentenstelsel kent, is de wetgever volstrekt niet gebonden aan de rechterlijke interpretaties. Voor wat betreft toetsingsoordelen maakt art. 4 HRA dit duidelijk: het oordeel van de rechter dat een wettelijk voorschrift in strijd is met het EVRM is niet bindend voor de wetgever.

deze relatie reguleert, en het zijn dus staatsrechtelijke regels – zo zij er zijn – die bepalen of de ene staatsmacht aan beslissingen van de andere staatsmacht is gebonden, en onder welke voorwaarden.[16]

5.2.2 De theorie II: institutionele binding van de wetgever aan toetsingsoordelen?

Hoe moet de kwestie dan vanuit dat institutionele perspectief worden benaderd?

Ik denk dat er twee elementen zijn die van belang zijn voor de vraag of er een rechtsregel te bedenken is die suggereert dat de wetgever toetsingsoordelen na te volgen heeft. In de eerste plaats is dat de feitelijke praktijk. Het heeft weinig zin een theoretische regel te bedenken als de praktijk volstrekt een andere is. Houdt de wetgever zich, normaal gesproken, aan het oordeel van de rechter, of betwist hij die interpretaties weleens? Ik ga in de volgende paragraaf op die kwestie in. Ik concludeer daar dat de wetgever, voor zover ik dat kon nagaan, de oordelen van de rechter de afgelopen jaren, zij het vaak met wat vertraging, zonder meer accepteerde. Als we van dat standpunt uitgaan, dan is het vervolgens de vraag of de wetgever dat deed omdat hij dat fatsoenlijk vond – of omdat het hem niet slecht uitkwam – dan wel omdat hij meende dat hij daartoe verplicht was. Het is uiteraard moeilijk om zo'n veronderstelling van een verplichting aan te nemen, zeker in een zo divers gremium als dat van de wetgever. Een aanwijzing dat zo'n verplichting aangenomen wordt, kan zijn dat er een noodzaak voor zo'n regel zou bestaan, een zogenaamde *constitutional warrant*.[17]

Ik meen dat zo'n *constitutional warrant* bestaat. De verhouding tussen rechter en wetgever kenmerkt zich, zo mag men toch aannemen, als één van onderlinge loyaliteit en samenwerking. Men hoeft het niet met Vranken's *partners in the business of law* eens te zijn, om te accepteren dat de democratische rechtsstaat wel vaart bij, in de regel, harmonieuze verhoudingen tussen alle drie de staatsmachten.[18] Verschijnselen als marginale toetsing, *sub judice* en conforme interpretatie kunnen als uitingen van deze regel worden gezien. In dat laatste geval is bij uitstek immers sprake van constitutionele hoffelijkheid. De bestaansgrond van de *terme de grâce* zoals ik die in dit boek beschrijf, het rechterlijk abstineren als gevolg van de grenzen van zijn rechtsvormende taak, is ook zo op te vatten. Martens doet dat bijvoorbeeld, waar hij benadrukt dat rechterlijk abstineren een kwestie is van beleid en niet van bevoegdheid, en vervolgens noteert:

---

16 Soortgelijk, in de Duitse context: Kischel 2006, p. 244-253.

17 Ik leen de term van Mark Elliott (Elliott 2001, p. 10-11).

18 Vranken 2006, p. 8-9. In de Duitse context is dat respect tussen de staatsinstellingen zelfs verheven tot beginsel. Zie over dat *Interorganrespekt* Lorz 2001.

> 'De rechter maakt daarmee duidelijk dat goede verhoudingen binnen de trias hem véél waard zijn. Dat is uit een oogpunt van raison d'état ongetwijfeld verstandig beleid'.[19]

Martens doet de goede verhoudingen binnen de machtenscheiding af als kwestie van *raison d'état*. Ik denk dat het nog wel iets meer is. Maar dat beginsel van constitutionele hoffelijkheid en loyaliteit is wederkerig. Het zou merkwaardig zijn als de rechter, die de formele bevoegdheid heeft om in rechtsherstel te voorzien, daarvan ten faveure van de wetgever zou afwijken terwijl de wetgever het oordeel van de rechter pontificaal naast zich neerlegt als 'ook maar een mening'. Hij heeft het gezag van de rechter te respecteren. Dat gezag is voor een belangrijk deel gebouwd op twee pijlers: de finaliteit van het rechterlijk oordeel, voor zover dat gezag van gewijsde heeft gekregen en het interpretatieve gezag van de rechter. Dat betekent dat de wetgever toch wel íets moet met het rechterlijk oordeel dat een wettelijke regeling in strijd is met verdragsrechtelijke mensenrechten. Tegelijkertijd gaat het niet om een 'harde' plicht. Constitutionele hoffelijkheid is tenslotte iets dat wenselijk is, geen keiharde verplichting. Op het uitgangspunt dat de wetgever het rechterlijk oordeel respecteert en zich zet aan wijzigingswetgeving, zijn dus uitzonderingen te maken. Het kan bijvoorbeeld zijn dat er na de uitspraak van de rechter nieuwe ontwikkelingen zijn opgetreden zoals nieuwe, terughoudender, Straatsburgse of Luxemburgse rechtspraak. In zulke gevallen lijkt er geen noodzaak te zijn voor het volgen van de rechterlijke uitspraak. Wat er dan wel is, is de onuitgesproken plicht voor de wetgever om te motiveren: waarom is het nodig af te wijken van de rechterlijke opvatting. Harde binding is dat, zoals gezegd, echter niet.

5.2.3 Feitelijke binding: Hoe geeft de wetgever gevolg aan signalen van de rechter?

Tot dusver de theorie. Uit het procesrecht volgt niet een formele verplichting voor de wetgever om wetgeving die de rechter in strijd met grondrechten heeft verklaard, aan te passen, hoogstens een motiveringsplicht. Nu komt de praktijk aan de orde. Hoe geeft de wetgever gevolg aan uitspraken waarin de rechter hem een *terme de grâce* gunt? Is hier inderdaad, zoals Boogaard betoogt, sprake van een 'materieel bevel tot wetgeving'?[20] Ik bezie in deze paragraaf dus of de wetgever het oordeel van de rechter ook weleens naast zich neerlegde. Daar laat ik het niet bij. Nu we toch bezig zijn, wil ik ook wel weten hoe effectief het wetgevingsproces op dit punt is. Naast de vraag óf de wetgever iets met de kwestie doet, bezie ik daarom ook hóe hij dat doet. Biedt hij de klagende

19 Martens 2000a, nr. 9.
20 Boogaard 2008; Boogaard 2013.

burger, en personen in een soortgelijke positie wel rechtsherstel of ontwerpt hij alleen een regeling voor de toekomst? En tot slot: hoe lang duurt het voordat de oplossing van de wetgever realiteit is?

Het zou ondoenlijk zijn om hier van álle zaken waarin een rechter tot nog toe abstineerde weer te geven hoe de reactie van de wetgever is geweest. Een simpele tabel met wat cijfers is, anderzijds, weinig informatief. Zulke cijfers laten niet de context zien waarin de wetgever heeft geopereerd. In plaats van voor één van beide uitersten te kiezen, ga ik daarom een aantal zaken na. Dat betekent dat ik een aantal zaken, waarin de *terme de grâce* speelde, selecteer en behandel. Ik kies ervoor om in elk geval de *leading cases* op het terrein van de rechtsvormende taak, van 1984 (het arrest *Optierecht Nederlanderschap*) tot nu te behandelen. Daarnaast pikte ik er wat markante gevallen uit: in welke gevallen duurde het erg lang, of was de wetgever juist onverwacht snel met het wijzigen van de regeling?

Optierecht Nederlanderschap (oktober 1984)

Op de eerste zaak waarin de Hoge Raad expliciet abstineerde volgde een pijlsnelle reactie van de wetgever. In *Optierecht Nederlanderschap* was de vraag aan de orde of het optierecht voor buitenlandse vrouwen, om middels een verklaring de Nederlandse nationaliteit te verkrijgen, ook toekwam aan buitenlandse mannen.[21] Artikel 8 WNi kende alleen vrouwen het optierecht toe.[22] Volgens de Hoge Raad ging de kwestie de rechtsvormende taak van de rechter te buiten. Hij verwees haar naar de wetgever. Deze had in 1981 al een wetsvoorstel ter algehele herziening van het nationaliteitsrecht ingediend, onder andere vanwege de totstandkoming van enkele verdragen waar Nederland partij bij was.[23] In dat wetsvoorstel was voor een ander stelsel gekozen om te verzekeren dat buitenlandse partners relatief eenvoudig de Nederlandse nationaliteit konden verwerven. Het nogal ruimhartig toegekende optierecht werd daarbij vervangen door een minder vergaande regeling die bovendien op zowel mannen als vrouwen van toepassing was. Ten tijde van het arrest van de Hoge Raad lag dat wetsvoorstel in de Eerste Kamer. Drie maanden daarna, op 1 januari 1985, trad de wet in werking.[24] Bij deze pijlsnelle reactie van de wetgever moet bedacht worden dat de wetgever de wijziging al enige tijd in voorbereiding had en dat de wijziging van het stelsel dat tot de gewraakte ongelijke behandeling leidde, reeds in beraad was ten tijde van het arrest van de Hoge Raad.

21 HR 12 oktober 1984, *NJ* 1985/230 m.nt. G (*Optierecht Nederlanderschap*).
22 Wet van 12 december 1892, Stb. 1892, 268.
23 *Kamerstukken II* 1981, 16 974 (R1181), nrs. A en 3.
24 Wet van 19 december 1984, *Stb.* 1984, 628.

Beukema & Van Veen (september 1988)
Reeds eerder noemde ik het arrest *Beukema en Van Veen* (ook wel bekend als de *Naamrecht*-casus).[25] Eind 1988 meende de Hoge Raad dat het verstandiger was ervan af te zien de vordering van Beukema en Van Veen, met betrekking tot de naamkeuze voor hun kinderen, toe te wijzen. Het geldende recht, dat niet voorzag in een keuze, was op dit punt weliswaar niet verenigbaar met artikel 26 IVBPR, maar toewijzing van de vordering bracht *de facto* een stelselwijziging met zich en dat was een kwestie voor de wetgever. Er lag op dat moment al een voorontwerp voor een wettelijke regeling, maar daarop wilde de Hoge Raad niet anticiperen.[26] Het voorontwerp leidde in eerste instantie niet tot een wetsvoorstel. Pas in 1991, drie jaar na het arrest, werd een wetsvoorstel naar de Tweede Kamer gezonden.[27] Het arrest van de Hoge Raad wordt door de regering expliciet aangewezen als primaire reden voor wetswijziging. Pas in de tweede plaats noemt de regering de goedkeuring van het Vrouwenverdrag als reden om tot heroverweging van de wettelijke uitgangspunten over te gaan.[28] Ook met deze procedure tot wetswijziging ging het de regering niet voor de wind. Pas in 1997 bereikte het wetsvoorstel het Staatsblad. Van voorontwerp tot wetswijziging nam de wetswijziging daarmee 13 jaar in beslag en maakte zij drie kabinetten en vier verantwoordelijke ministers mee.

Hoger beroep in belastingzaken (mei 1989-december 2004)
Niet alleen gevoelige onderwerpen kunnen lang op de plank blijven liggen. Ook bij een op het eerste gezicht technocratische wetswijziging kan dat het geval zijn. De invoering van een tweede feitelijke instantie voor hoger beroep in het belastingrecht is tot een ware *saga* uitgegroeid. Vanaf het moment dat de Hoge Raad zich over de kwestie buigt tot het moment dat het uiteindelijke wetsontwerp het Staatsblad bereikt, zijn er 15 jaar verstreken. Reeds in 1989 is de kwestie voorgelegd aan de Hoge Raad. Deze laat in het midden of de regeling van artikel 18 AWR (rechtspraak in één feitelijke instantie) onverenigbaar is met artikel 14 lid 5 IVBPR.[29] Volgens de Raad is het doorbreken van het wettelijk stelsel van de rechterlijke organisatie een kwestie voor de wetgever. In de jaren daarna komt het niet tot een wetsvoorstel. Wel tot verschillende nieuwe klachten omtrent het ontbreken van een tweede feitelijke instantie.[30] Bij de behandeling van het wetsvoorstel inzake de eerste fase van de herziening van de rechterlijke organisatie (Tweede tranche Awb), spreekt de regering uit dat men voornemens is een tweede feitelijke instantie in te voeren

25 HR 23 september 1988, *NJ* 1989/740 m.nt. EAA & EAAL (*Beukema & Van Veen*).
26 Zie o.m. *Kamerstukken II*, 1984/1985, 15 401, nr. 5, p. 6.
27 *Kamerstukken II* 1991/1992, 22 048, nrs. 1, 2 en 3 (vgl. ook nrs. A en B).
28 *Kamerstukken II* 1991/1992, 22 048, nr. 3, p. 2.
29 HR 3 mei 1989, *BNB* 1989/256 m.nt. Scheltens (*Hoger beroep belastingzaken*).
30 Vgl. bijv. HR 14 juni 2000, *JB* 2000/197 m.nt. HLJ (*Fiscale boete varkensmester*), en HR 23 januari 2004, *JB* 2004/75 m.nt. RMPGN-C (*Hoger beroep in belastingzaken II*).

om het stelsel van belastingrechtspraak conform artikel 14 lid 5 te maken.[31] Na enkele perikelen rondom de derde fase van de herziening, wordt in 2003 een zelfstandig wetsvoorstel ingediend bij de Tweede Kamer.[32] Dit voorstel zal uiteindelijk ruim een jaar later door beide Kamers geloodsd zijn en eind 2004 in het Staatsblad geplaatst worden.[33]

Homohuwelijk (oktober 1990)
Zoals gezegd kunnen gevoelige onderwerpen lang op de parlementaire agenda staan. De openstelling van het huwelijk voor personen van gelijk geslacht vormt daarop geen uitzondering. Geconfronteerd met deze kwestie, overwoog de Hoge Raad in 1990 dat het verdragsrecht niet dwong tot de introductie van een zogenaamd homohuwelijk. Wel wees hij er op dat het verbinden van rechtsgevolgen aan het huwelijk, maar niet aan duurzame relaties tussen personen van gelijk geslacht, onrechtmatig zou kunnen zijn. Die kwestie was, zo benadrukte de Raad, echter niet aan de orde.[34] Hier kan men met enig recht spreken van een signaal aan de wetgever. Deze reageerde in eerste instantie traag: pas in 1994 werden twee wetsvoorstellen ingediend om geregistreerd partnerschap en medevoogdij mogelijk te maken.[35] Intussen moesten de Rechtbank Haarlem en het Gerechtshof Amsterdam in 1992, respectievelijk 1993 abstineren ten gunste van de wetgever.[36] Bij brief van 6 februari 1998 kondigde het kabinet vervolgens een wetsvoorstel aan ter openstelling van het huwelijk.[37] Bij wet van 21 december 2000 werd vervolgens Boek 1 BW gewijzigd.[38]

Duo-moeders (september 1997)
De vraag of personen van gelijk geslacht samen een kind kunnen krijgen, met medewerking van een zaaddonor of draagmoeder, of door middel van adoptie, heeft het parlement nogal wat hoofdbrekens gekost. Reeds in 1996 werd de regering bij motie gevraagd om wetgeving voor te bereiden om adoptie door partners van gelijk geslacht toe te staan.[39] De materie was natuurlijk sterk verwant aan de vraag of het huwelijk rechtmatig kon worden voorbehouden aan partners van verschillend geslacht en welke rechtsgevolgen daaraan verbonden waren.[40] Over die kwestie hadden verschillende rechters zich in

31 *Kamerstukken II* 1992/1993, 22 495, nr. 6, p. 20-21.
32 *Kamerstukken II* 2003/2004, 29251, nr. 1-2.
33 Wet van 15 december 2004, *Stb.* 2004, 672.
34 HR 19 oktober 1990, *NJ* 1992/129 m.nt. EAA & EAAL (*Homohuwelijk*).
35 Vgl. daaromtrent De Boer 1995, p. 1032.
36 Rb Haarlem 4 augustus 1992, *NJ* 1994/681, en Hof Amsterdam 6 mei 1993, *NJ* 1994/681 m.nt. EAA & EAAL.
37 *Kamerstukken II* 1997/1998, 22 700, nr. 23.
38 Wet van 21 december 2000, *Stb.* 2001, 9.
39 *Kamerstukken II* 1995/1996, 22 700, nrs. 14 en 18.
40 Zie hiervoor onder *homohuwelijk*.

1996 al uitgelaten, en inmiddels had de Commissie-Kortmann de problemen en mogelijke oplossingen in kaart gebracht. Op 5 september 1997 wees de Hoge Raad arrest in de zaak *Duo-moeders*.[41] De Raad liet eventuele onverenigbaarheid van het BW met de artikelen 8 en 14 EVRM in het midden omdat het opheffen van de mogelijke strijd de grenzen van zijn rechtsvormende taak te buiten zou gaan. Ondanks de moties was het wetgevingsproces nog niet zichtbaar in gang gezet (de staatssecretaris had nog slechts toegezegd dat het onderwerp in breder verband zou worden bestudeerd) en daar verwees de Hoge Raad dan ook niet naar. In 1998 volgde wederom een motie van de Tweede Kamer om toch zo spoedig mogelijk tot wetgeving over te gaan. Met de hete adem van de Kamer, de commissie-Kortmann en de hoogste rechter in de nek, diende de regering een jaar later een wetsvoorstel in.[42] Toen ging het relatief snel. De wet werd uiteindelijk begin 2001 van kracht.[43]

De forfait-zaken van '98-'99 (juli 1998 respectievelijk mei 1999 – januari 2001)
Hoe lang heeft het in het standaardarrest van de Hoge Raad omtrent de grenzen van de rechtsvormende taak, *Arbeidskostenforfait,* eigenlijk geduurd voor de wetgever de geconstateerde ongelijkheid had opgeheven? De Hoge Raad constateerde in juli 1998 eerst een ongelijkheid met betrekking tot het autokostenforfait waarvoor hij geen oplossing kon geven en een jaar later in augustus 1999 de onverenigbaarheid van de regeling inzake het arbeidskostenforfait met artikel 26 IVBPR.[44] De wetgever was toen al bezig met de voorbereiding van een ingrijpende stelselherziening van de Wet IB. De regeling van beide forfaits ging op de schop en bij de herziening kon rekening gehouden worden met de door de rechter gesignaleerde gebreken. Dat voorstel werd kort na het arrest *Arbeidskostenforfait*, dus ruim een jaar na *Autokostenforfait* ingediend, en wel op 14 september 1999.[45] Bijzonder is, dat voor het jaar 2000 werd voorzien in reparatiewetgeving om de geconstateerde rechtsongelijkheid voor dat jaar in elk geval niet groter te maken.[46] Dat wil echter niet zeggen dat zij werd opgeheven. De reden om niet bij reparatiewetgeving onmiddellijk in het rechtstekort te voorzien, was, zo verklaarde de Staatssecretaris van Financiën, dat het naar voren halen van de maatregelen die de regeringscoalitie had voorgenomen door te voeren bij de algehele herziening van 2001, zou leiden tot een onevenwichtig pakket. Bovendien meende de staatssecretaris dat door nu alvast enkele schadebeperkende maatregelen te nemen en later over te gaan tot het daadwerkelijk opheffen van de ongelijkheid, de rechtszekerheid gediend was: belastingplichtigen werden niet geconfronteerd met

41 HR 5 september 1997, *NJ* 1998/686 (*Duo-moeders*).
42 *Kamerstukken II* 1998/1999, 26 673, nr. 1-2.
43 Wet van 10 december 2000, *Stb.* 2001, 10.
44 HR 15 juli 1998, *BNB* 1998/293 m.nt. Wattel (*Autokostenforfait*), resp. HR 12 mei 1999, *BNB* 1999/271 m.nt. Wattel (*Arbeidskostenforfait*).
45 *Kamerstukken II* 1998/1999, 26 727, nr. 1-2.
46 Wet van 22 december 1999, *Stb.* 1999, 579 (Belastingplan 2000).

drie wettelijke regimes.[47] Men kan zich afvragen of dat geen drogreden is. De getroffen belastingplichtigen vroegen de Hoge Raad in 1998 en 1999 juist zélf om een nieuw (desnoods tijdelijk) regime. De Raad van State had dan ook eerder al geadviseerd in het belastingplan 2000 al tot volledige reparatie over te gaan.[48] Wat daar ook van zij: de stelselwijziging kreeg op 11 mei 2000 zijn beslag en trad op 1 januari 2001 in werking.[49] Daarmee waren de in de arresten *Autokostenforfait* en *Arbeidskostenforfait* geconstateerde oneffenheden weggewerkt, maar alleen voor gevallen vanaf 1 januari 2001. De Hoge Raad nam daarmee later overigens genoegen.[50]

Aanpassingen van het kiesrecht (oktober 2003 en november 2006)
In 2003 en 2006 deed de Afdeling Bestuursrechtspraak twee belangrijke uitspraken inzake het kiesrecht. In de eerste zaak die het kiesrecht voor onder curatele gestelden betrof, oordeelde de Afdeling dat de Kieswet en de Grondwet als zodanig niet in strijd waren met, in dit geval, artikel 25 IVBPR, ook niet wanneer zij onder curatele gestelden als zodanig uitsloten van het kiesrecht. Het feit echter dat niet bepaald kon worden of individuele curandi wellicht wel in staat waren het kiesrecht uit te oefenen, samenhangend met het feit dat bij andere, vergaander vormen van handelingsonbekwaamheid, wel sprake was van een individuele rechterlijke beoordeling, leidde ertoe dat de Afdeling openlijk erkende dat de toepassing van het kiesrecht op dit punt in conflict kon komen met het IVBPR. Het liet echter in het midden of deze strijd zich daadwerkelijk voordeed omdat het meende toch niet in rechtsherstel te kunnen voorzien. Daarvoor moesten politieke keuzes worden gemaakt.[51]

Aangezien de beperking van het kiesrecht voor onder curatele gestelden hier zijn grondslag vond in de Grondwet, was grondwetsherziening de aangewezen weg. Die werd relatief voortvarend opgepakt door regering en parlement. Eind 2006 nam de Tweede Kamer een voorstel tot herziening in eerste lezing aan.[52] De Eerste Kamer volgde een ruime maand later.[53] Deze snelle behandeling in de Eerste Kamer kan iets te maken hebben gehad met het feit dat het kabinet-Balkenende II in de zomer van 2006 was gevallen, hetgeen het vervroegen van de verkiezingen naar 22 november 2006 – een week nadat de Eerste Kamer het wetsvoorstel had aangenomen – met zich bracht. Door de snelle behandeling in beide Kamers kon na de verkiezingen van 2006 een

47 *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 820, nr. 3, p. 10.
48 Vgl. nader rapport: *Kamerstukken II* 1998/1999, 26 245, nr. B, p. 4.
49 Wet van 11 mei 2000 tot vaststelling van de Wet Inkomstenbelasting 2001, *Stb.* 2000, 215.
50 HR 24 januari 2001, *BNB* 2001/291 m.nt. Happé onder nr. 292 (*Vervolg Autokostenforfait*); HR 14 juni 2002, *BNB* 2002/289 m.nt. Happé (*Vervolg Arbeidkostenforfait*).
51 ABRvS 29 oktober 2003, *JB* 2004/358 m.nt. LV (*Kiesrecht en curatele*).
52 *Kamerstukken II* 2005/2006, 30 471, nr. 2.
53 Wet van 15 november 2006, *Stb.* 2006, 564.

voorstel in tweede lezing worden aangeboden. Dat gebeurde op 11 december 2007.[54] Op 27 januari 2008 bereikte de wet het Staatsblad.[55]

Eenzelfde snelheid gold ook ten aanzien van die andere kiesrechtkwestie: het kiesrecht voor het Europees Parlement voor Arubaanse en Antilliaanse Nederlanders. Na prejudiciële vragen te hebben gesteld aan het Hof van Justitie in Luxemburg, oordeelde de Afdeling dat de Kieswet ten onrechte een onderscheid maakte tussen Nederlanders in het buitenland (die kiesrecht genoten) en Nederlanders die zich op Aruba en de Antillen bevonden en niet minstens 10 jaar in Nederland hadden gewoond.[56] Nu het uitsluitend ging om een ongelijke behandeling, en Nederlanders in den vreemde – waartoe de voormalige koloniën in de West voor wat betreft de Europese Unie behoorden – niet noodzakelijkerwijs het kiesrecht voor het Europees Parlement toekomt, waren er ten aanzien van de vraag of aan Arubanen nu het kiesrecht toekwam, verschillende keuzes mogelijk. *Levelling down* was dus een optie. De Afdeling meende dat die keuze door de wetgever gemaakt moest worden en overwoog dat zij wel verwachtte dat de wetgever dat in elk geval voor de volgende verkiezingen voor het Europees Parlement (in 2009) zou hebben gedaan. De wetgever kwam niet onmiddellijk in actie, maar wel op tijd om de wet op 20 november 2008 in het Staatsblad te krijgen.[57] Daarbij werd trouwens niet voor *levelling-down* gekozen: aan Arubaanse en Antilliaanse Nederlanders werd eveneens het kiesrecht toegekend.

De nasleep samengevat

Uit dit korte – en onvolledige – overzicht spreekt enige verscheidenheid in de manier waarop regering en parlement gevolg geven aan de rechterlijke uitspraak. Positief te waarderen, valt het feit dát de wetgever zich iets gelegen laat liggen aan rechterlijke vaststellingen dat wetgeving in formele zin een aantasting vormt van één of meer fundamentele rechten. In geen van de beschreven gevallen liet de wetgever uiteindelijk na om de wet aan te passen.

Minder positief is dat er in sommige gevallen meer dan tien jaar verstreek totdat de wetswijziging haar beslag had gekregen. Lang niet altijd was dat het geval omdat daarbij onoplosbare politieke en ethische kwesties aan de orde waren. De herziening van het stelsel van belastingrechtspraak mag voor de beoefenaren van het fiscale en het bestuursprocesrecht een heet hangijzer zijn geweest: tot fundamentele en onoplosbare politieke kwesties gaf zij geen aanleiding. Toch moest het vijftien jaar duren alvorens hoger beroep in belastingzaken een feit was, niettegenstaande het feit dat de Hoge Raad al die jaren in ieder geval expliciet weigerde te ontkennen dat artikel 14, vijfde lid IVBPR

54 *Kamerstukken II* 2006/2007, 31 012, nr. 4.
55 Wet van 27 januari 2008, *Stb.* 2008, 272.
56 ABRvS 21 november 2006, *AB* 2007/80 m.nt. PAS (*Eman & Sevinger*).
57 Wet van 3 oktober 2008, *Stb.* 2008, 475.

daartoe verplichtte.[58] De gevallen waarin het wèl ging om een relatief gevoelig thema namen – hetgeen niet opzienbarend is – eveneens lange tijd in beslag. Zo duurden de herziening van het naamrecht en de introductie van het homohuwelijk beiden een slordige tien jaar.

Recenter lijkt de wetgever zich althans van het probleem bewust en, in elk geval wanneer het niet gaat om politiek zeer beladen kwesties, bereid om vaart te zetten achter wetswijziging. De kiesrechtzaken laten dat zien. Ook in deze zaken gingen er vier, respectievelijk twee jaar over wetswijziging heen, maar de wetswijzigingen kregen in elk geval hun beslag voor de volgende verkiezingen, hetgeen voor de benadeelden hoofdzaak was. Bovendien was in het eerste geval een grondwetswijziging aan de orde. Dat de wijziging daarom vier jaar duurde was dan ook niet verwonderlijk en evenmin erg. Wel is het de vraag hoe parlement en regering zullen reageren wanneer zich wèl politiek gevoelige kwesties zullen voordoen. Wanneer zij geconfronteerd worden met een kwestie waaromtrent consensus ver te zoeken is, zoals het stakingsrecht, het familierecht of kwesties van leven en dood, dan is het nog maar de vraag of eenzelfde snelheid zal worden betracht.

5.2.4 Terugwerkende kracht verplicht?

De snelheid van het wetgevingsproces is een relevante factor, al was het maar omdat zowel de Afdeling als de Hoge Raad in het verleden impliciet of expliciet dreigden zelf in actie te komen als de wetgever te lang op zich zou laten wachten.[59] Dat is hen op kritiek uit de literatuur komen te staan.[60] Die kritiek lijkt mij niet terecht. Ik sloot me in het vorige hoofdstuk aan bij die auteurs die het effectueren van verdragsrecht, zonodig door rechterlijke rechtsvorming, beschouwen als een kwestie van beleid en niet van bevoegdheid. Als de Hoge Raad, zoals hij dat deed in *Arbeidskostenforfait*, de vraag of hij moet abstineren plaatst in de sleutel van een belangenafweging, dan lijkt mij het belang van de klager bij rechtsbescherming zwaarder te wegen naarmate de schending

58 Het lijkt erop dat in deze zaak een ongunstige combinatie van twee factoren een rol speelde: enerzijds de verhoudingsgewijs minder gevoelde urgentie in het parlement (de Hoge Raad had immers evenmin expliciet vastgesteld dat Nederland op dit punt het IVBPR schond) en anderzijds een grote mate aan perfectionisme en een streven naar efficiëntie van regering en parlement, door lang vast te houden aan een koppeling van de invoering van een stelsel van hoger beroep in belastingzaken aan een integrale herziening van het stelsel van bestuursrechtspraak.

59 Vgl. ABRvS 21 november 2006, *AB* 2007/80 m.nt. PAS (*Eman & Sevinger*) waarin de Afdeling 'ervan uitgaat dat de wetgever de kwestie voor de volgende verkiezingen van het EP heeft opgelost'. En voorts: HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*), waarin de Hoge Raad meent dat rechtsvorming alsnog een optie kan zijn als de wetgever het bewust laat afweten.

60 Zo bijv. Bovend'Eert 2009, p. 152-153.

langer voortduurt.[61] Dat roept twee vragen op: hoe snel moet de wetgever zijn? En mag hij zich ertoe beperken de kwestie uitsluitend voor de toekomst op te lossen?

Beide aspecten komen aan de orde in de vervolgzaken op de arresten *Arbeidskostenforfait* en *Autokostenforfait*.[62] We zagen zojuist dat het wetgevingsproces geruime tijd in beslag nam en dat de wetgever zich alleen op de toekomstige gevallen richtte. De onrust onder de groep gedupeerden bleef dan ook bestaan. Er volgden procedures over de vraag of de wetgever voldoende spoed had betracht en of hij niet toch verplicht was om een regeling vast te stellen ten aanzien van de reeds geraakte gevallen. De Hoge Raad kreeg daarom wederom de gelegenheid om zich uit te laten over de minimaal vereiste snelheid van de wetgever en diens weigering om maatregelen met terugwerkende kracht te verlenen.

In *Autokostenforfait II*, overwoog hij dat de tweeëneenhalf jaar die de wetswijziging had gekost weliswaar langer dan wenselijk was, maar hij meende dat dit niet *onaanvaardbaar* lang was. Hij neemt daarbij in aanmerking: de duur van het uitstel en het detail dat reparatiewetgeving had kunnen leiden tot verzwaarde belastingdruk voor sommige groepen belastingplichtigen. Bovendien herhaalt de Hoge Raad het argument van de staatssecretaris die de regeling niet meerdere malen kort achter elkaar gewijzigd wilde zien.[63] Aan deze opsomming van gezichtspunten voegt de Hoge Raad er nog één toe, al is de status ervan niet helemaal helder. Voor de Raad speelt ook een rol dat de wetgever 'aanvankelijk kennelijk aan een geheel andere regeling' dacht.[64] Daarmee wordt, zo lijkt het althans, verwezen naar plannen in een eerder regeerakkoord die later – kennelijk – zijn gewijzigd. Wat wordt met die toevoeging bedoeld? Heeft de Hoge Raad hier het oog op een quasi-schuldkwestie? Het uitstel is de wetgever niet aan te rekenen, nu deze de kwestie eerst op de ene manier wilde oplossen en nu op de andere? Begrijpelijk, kan iedereen overkomen? Dat roept de vraag op of de schuldvraag is essentie relevant is. Waar het om gaat is de vraag of op iemand die belasting verschuldigd is over een periode dat regering en parlement al enige tijd bezig waren met het bediscussiëren van een nieuwe regeling, de oude – eerder onverenigbaar verklaarde – regeling moet worden toegepast, dan wel dat ten aanzien van deze persoon op de nieuwe regeling kan worden geanticipeerd of dat de rechter ten aanzien van dat beperkte tijdvak zelf een regeling formuleert. Hoe dat ook zij, de Hoge Raad lijkt met het noemen van de gewijzigde denkrichting van de wetgever, een element van toerekenbaarheid en schuld mee te laten

61 Ik meen overigens dat daarvoor aanknopingspunten zijn in de Straatsburgse rechtspraak en ik bezie in het volgende hoofdstuk of dat zo is.

62 HR 24 januari 2001, *BNB* 2001/291 m.nt. Happé onder nr. 292 (*Vervolg Autokostenforfait*); HR 14 juni 2002, *BNB* 2002/289 m.nt. Happé (*Vervolg Arbeidkostenforfait*).

63 *Ibid.*, r.o. 3.2.2.

64 *Ibid.*

wegen, zij het dat daarbij nog een aantal andere – wellicht doorslaggevender – gezichtspunten worden genoemd.

In dat licht is het niet verwonderlijk dat de Hoge Raad even later ook de wijzigingstermijn voor de regeling inzake het arbeidskostenforfait goedkeurt. Die termijn is immers wezenlijk korter dan de termijn die voor het autokostenforfait gegolden had. Net als in de eerste twee arresten inzake het autokosten- en het arbeidskostenforfait, is de Hoge Raad in het tweede arrest (arbeidskostenforfait) principiëler en, ogenschijnlijk, meer gericht op het doen van een *pilot-judgment* om een reeks vervolgzaken te voorkomen.[65] Hij stelt duidelijk vast dat de opheffing met de nodige spoed heeft plaatsgehad en accepteert nadrukkelijk de argumentatie van de regering om de ongelijkheid pas bij de algehele herziening op te heffen.

Bovendien begint hij met de scherpe regel dat van de wetgever niet verwacht hoeft te worden dat hij de ongelijkheid ook met terugwerkende kracht tot vóór het arrest *Arbeidskostenforfait* op zou heffen. Hij beperkt daarmee dus in zekere zin in tijd de rechtsgevolgen van zijn eerdere vaststelling dat het arbeidskostenforfait onverenigbaar is met de artikelen 14 EVRM en 26 IVBPR. De klager in *Arbeidskostenforfait II* had immers bezwaar en beroep ingesteld tegen de aanslag over 1995, terwijl *Arbeidskostenforfait* in 1999 werd gewezen.

Deze redenering roept de vraag op waarom de Hoge Raad de datum van zijn uitspraak als peildatum neemt en niet het belastingjaar van de mevrouw met de welluidende naam *X* die in *Arbeidskostenforfait* over haar aanslag over 1994 klaagde? Dat de rechter meent dat belastingplichtigen die voor 1994 niet zijn opgekomen tegen de aanslag geen beroep kunnen doen op de geconstateerde onverenigbaarheid – en daarmee op een eventuele regeling met terugwerkende kracht – is volstrekt gebruikelijk en wordt in beginsel gedekt door het beginsel van formele rechtskracht.[66] Eventueel (tenzij de Hoge Raad zelf een uitzondering zou aannemen) geldt dat ook voor degenen die tussen 1994 en 1999 niet zijn opgekomen tegen aanslagen in de tussenliggende periode. Maar waarom zouden degenen die in 1994 en 1995 zich de moeite en de kosten niet gespaard hebben om tegen de aanslag op te komen, voor wat die aanslagen betreft niet kunnen profiteren van de wetswijziging? Dat de belangrijke keuzes van rechtspolitieke aard door de wetgever dienen te worden gemaakt heeft toch niets van doen met deze kwestie? Nu lijkt het er op dat wetgever en rechter zich ofwel de moeite van het formuleren en beoordelen van overgangsrecht niet hebben willen getroosten, ofwel dat sprake is van een ordinaire maatregel om de kosten te beperken. Zoals gezegd lijkt dat laatste, gelet op de relatief geringe groep getroffenen, niet waarschijnlijk.[67]

---

65 Zie m.n. r.o. 3.6 (*Ten overvloede…*).

66 HR 16 mei 1986, *NJ* 1986/723 m.nt. MS (*Heesch/Van de Akker*).

67 De groep benadeelden bestond uit degenen die niet gebruik maakten van het arbeidskostenforfait omdat hun werkelijke kosten hoger waren dan het forfait. Dat betrof slechts 2% van de belastingplichtigen.

Samengevat acht de Hoge Raad de maatregelen die de wetgever in de periode 1999-2000 nam om de schade van de ongelijke behandeling te beperken en voor de toekomst op te heffen, als samengesteld geheel voldoende. De arresten *Autokostenforfait II* en *Arbeidskostenforfait II* leren dat reparatie voor de toekomst in beginsel voldoende is: terugwerkende kracht is niet nodig.[68]

5.2.5 Resumerend

Ik vroeg mij in deze paragraaf af of de wetgever juridisch verplicht is om een wettelijk voorschrift dat door de rechter in strijd met een rechtstreeks werkend mensenrecht is verklaard, aan te passen. Ik meen dat zo'n verplichting bestaat, zij het dat ze uitzonderingen toelaat. Procesrechtelijk is het antwoord op de vraag in elk geval diffuus. In procedures waarin de onverenigbaarheid van het voorschrift met verdragsrecht exceptief wordt ingeroepen, zoals in het bestuursrecht, bestaat er geen binding aan het rechterlijk oordeel, geen *procesrechtelijke* binding in elk geval. Wil de teleurgestelde klager in zo'n procedure écht formele binding zien, dan zal hij een civiele actie tegen de Staat moeten beginnen. Verklaart de civiele rechter in zo'n zaak voor recht dat de Staat, door het vastgesteld hebben en handhaven van de betrokken regeling, onrechtmatig jegens de klager handelt, dan is de wetgever procesrechtelijk gehouden tot wijziging van het bestreden voorschrift.

Ik betoogde echter dat het procesrecht eigenlijk niet geschikt is om de binding van de wetgever in dit soort kwesties te reguleren. Ik meende dat dit een staatsrechtelijke kwestie is, en ging op zoek naar een staatsrechtelijke regel die tot zo'n plicht aanleiding zou geven. Een geschreven regel is er niet. Wel constateerde ik dat de wetgever, voor zover ik kon nagaan, steeds gevolg geeft aan het rechterlijk toetsingsoordeel. Het duurt soms langer dan tien jaar, maar in geen enkel geval betwistte de wetgever het oordeel van de rechter inhoudelijk. Ik bezag vervolgens of er voor die volgzaamheid van de wetgever een constitutionele grond was en ik vond die in een beginsel, of eigenlijk meer een conventie, van constitutionele hoffelijkheid. Rechter en wetgever zijn in beginsel gehouden elkanders gezag te respecteren. Voor de wetgever betekent dit dat hij het gezag van de rechterlijke interpretatie respecteert, of motiveert waarom bepaalde omstandigheden hem nopen tot afwijken.[69]

De conclusie hier kan zijn dat er een relatief zwakke binding is aan het rechterlijk oordeel, maar dat de wetgever rechterlijke oordelen feitelijk volgt. Voorwerp van zorg is wel dat de wetgever daar, behoudens uitzonderingen, vaak lang over doet en dat hij niet gewoon is een regeling met terugwerkende kracht vast te stellen. In elk geval heeft de Hoge Raad dit in het verleden

68 Zie r.o. 3.5 van *Arbeidskostenforfait* II.

69 Wellicht anders: Van Houten 2001, p. 13, die binding afleidt uit het feit dat de rechter het laatste woord heeft.

gesauveerd. Dat maakt het voor de teleurgestelde justitiabele aantrekkelijk om naar alternatieven op zoek te gaan. In de volgende paragraaf bespreek ik zo'n alternatief: het vorderen van schadevergoeding.

5.3 SCHADEVERGOEDING

Kan een klager die door de rechter de grenzen van diens rechtsvormende taak tegengeworpen krijgt, dan een schadevergoeding krijgen? In het verleden is de mogelijkheid daartoe door diverse auteurs geopperd of bepleit.[70] Daar is ook wel iets voor te zeggen. Rechterlijk abstineren is alleen te verdedigen als ervan wordt uitgegaan dat daarmee een zwaarwegend maatschappelijk belang wordt gediend. Zoals we zagen kan het dan gaan om de staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid van de rechter om zich in allerhande beleidsmatige kwesties te begeven, om de zorg voor fundamentele belangen zoals de rechtszekerheid en om meer praktische belangen zoals de financiële positie van de overheid. Nu kent in elk geval het burgerlijk recht een beginsel dat inhoudt dat gedupeerden soms een onrechtmatige gedraging hebben te dulden vanwege de zwaarwegende maatschappelijke belangen die eraan ten grondslag liggen. Dit uitgangspunt is vastgelegd in artikel 6.168 lid 1 BW:

> 'De rechter kan een vordering, strekkende tot verbod van een onrechtmatige gedraging, afwijzen op de grond dat deze gedraging op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen behoort te worden geduld. De benadeelde behoudt zijn recht op vergoeding van de schade overeenkomstig de onderhavige titel'.

Gaat men ervan uit dat een wettelijke regeling die door de rechter in strijd met verdragsrecht wordt bevonden, onrechtmatig is, dan is het afwijzen van de vordering wegens de beperkte rechterlijke taakopvatting dus toegestaan. Een belangrijke *mits* is echter dat causale schade van de benadeelde dan wel moet worden vergoed.[71] Hoe krijgt deze benadeelde dat voor elkaar? Ik ga eerst in op de processuele mogelijkheden (5.3.1). Vervolgens bezie ik welke voetangels en klemmen het materiële aansprakelijkheidsrecht in petto heeft (5.3.2).

---

70 Zo bijv. Bloembergen in zijn annotatie onder *NJ* 2000/170. Tevens: Van den Berge 2000, p. 900-901; Concl. A–G Wattel in HR 28 februari 2001, *BNB* 2001/295; Gribnau 2001, p. 130; Zwemmer 2002, p. 215; Barkhuysen & Van Emmerik 2006, p. 63-64. Zie ook reeds De Boer 1986, p. 87 (die overigens meent dat schadevergoeding niet in geld hoeft te zijn).

71 De vraag is nog, of *onverenigbaarheid* en *onrechtmatigheid* gelijk kunnen worden gesteld. Ik meen dat dit zo is. Verdragsrecht geldt alhier op eigen titel als positief recht en heeft, o.b.v. art. 94 Gw, voorrang. Het uitvaardigen, laten voortbestaan en uitvoeren van voorschriften in strijd met verdragsrecht is in beginsel dan ook onrechtmatig. De scheiding tussen *incompatible* en *unlawful* die, zoals we nog zullen zien, in het Britse recht gemaakt wordt, hangt samen met de dualistische opvatting die daar leidend is en zou hier in Nederland op zijn zachtst gezegd geforceerd zijn.

5.3.1 Processuele mogelijkheden tot schadevergoeding

Een teleurgestelde burger die zojuist te horen heeft gekregen dat zijn beroep op een grondrecht, hoe terecht ook voorgesteld, nergens toe kan leiden, heeft diverse mogelijkheden om op compensatie van zijn schade aan te sturen. In de eerste plaats kan hij de Staat rechtstreeks aanspreken met een vordering uit onrechtmatige wetgeving. Hij komt dan bij de civiele rechter terecht.[72] In de tweede plaats is het mogelijk dat de burger, die al ziet aankomen dat hij met de begrenzingen van de rechterlijke taak wordt geconfronteerd, schadevergoeding vordert in het kader van een beroep tegen een bestuurs- of belastingrechtelijke beschikking. Zowel de bestuursrechter, als de belastingrechter heeft in een dergelijk geval normaal gesproken de bevoegdheid om het bestuursorgaan in kwestie te veroordelen tot het betalen van schadevergoeding. Ik bezie in beide gevallen of deze weg ook in het bijzondere geval van de 'rechtsvormende taak'-jurisprudentie begaanbaar is.[73] Daarbij beperk ik mij tot het anno 2012 geldende recht.[74] De gevolgen van de op Wet Nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten bespreek ik kort in paragraaf 5.3.1.3.

5.3.1.1 Onrechtmatige daadsactie bij de civiele rechter

Constateert de rechter, om het even welke, dat een wettelijk voorschrift onverenigbaar is met een ieder verbindende verdragsbepaling, dan heeft de wetgever in strijd met het recht, en dus in beginsel onrechtmatig, gebruik gemaakt van zijn bevoegdheden.[75] Dat de rechter zich niet de aangewezen instantie voelt om daar, in het hem voorgelegde geschil, iets aan te doen, doet daar niets aan af. Dat ook de wetgevende bevoegdheid zo kan worden gebruikt dat sprake is van een onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162 BW maakte de Hoge

---

72 Een rechtstreeks beroep op de bestuursrechter voor schadevergoeding wegens onrechtmatige wetgeving bij wijze van zelfstandig schadebesluit stuit af op de eis van processuele connexiteit. Nu algemeen verbindende voorschriften niet vatbaar zijn voor beroep bij de bestuursrechter, is een schadebesluit dat betrekking heeft op schade veroorzaakt door een a.v.v. dat evenmin. Zie in dat verband artikel 8:2 Awb. Voor formele wetgeving geldt bovendien dat geen sprake is van een besluit, nu de wetgever niet aangemerkt wordt als bestuursorgaan (vgl. artikel 1:1 lid 2 sub a, jo. 1:3 lid 1 Awb). Aan de formele connexiteitseis wordt relatief strikt de hand gehouden. Zie in dat verband: ABRvS 6 mei 1997, *AB* 1997/229 m.nt. Van Buuren (*Van Vlodrop*); ABRvS 23 juli 2003, *AB* 2004/275 m.nt. N. Verheij (*Doorsteken dijk*) (m.b.t. feitelijk handelen).

73 Een opmerking terzijde. Volgens de taaladviezen van Onze Taal en de Taalunie is de correcte schrijfwijze: 'rechtsvormendetaakjurisprudentie'. Dat moge een mooi woord zijn voor diegenen die in de ban zijn van *scrabble* of *wordfeud,* maar mij lijkt het ronduit lelijk. Dan maar liever incorrect gebruik van spatie en koppelteken.

74 Dat overigens na 1 januari 2013 voorlopig het geldende regime in het belastingrecht blijft.

75 Ik beperk mij hier tot een ieder verbindende bepalingen. Op goede gronden verdedigt Fleuren, dat ook de strijd tussen wetgeving en niet een ieder verbindende bepalingen een onrechtmatige daad oplevert (Fleuren 2004, p. 382-383).

Raad reeds in *Pocketbooks II* uit.[76] Dat geldt ook voor de formele wetgever.[77] Daarmee kan zowel het uitvaardigen als het toepassen van een wet in formele zin naar burgerlijk recht worden aangemerkt als een onrechtmatige daad, waarvoor de Staat aansprakelijk kan worden gesteld.

Zoals in paragraaf 3.3 al aan de orde kwam, acht de civiele rechter zich bevoegd om een geschil over de gestelde onrechtmatigheid van wetgeving te beoordelen. Niet elke vordering bij de civiele rechter is echter ontvankelijk. In twee gevallen loopt de eiser tegen niet-ontvankelijkheid aan. Hij kan onvoldoende procesbelang hebben, en hij kan verstrikt raken in de taakverdeling tussen de burgerlijke en de bijzondere rechters.[78] Het eerste geval levert geen bijzondere problemen op voor de specifieke groep klagers die ik hier op het oog heb. Het zal doorgaans gaan om een individuele burger die zich beroept op een subjectief recht, namelijk het mensenrecht in kwestie. Met zijn vordering beoogt hij eveneens iets concreets: hij ziet zijn schade graag gecompenseerd. Daarmee lijkt ook sprake van processueel belang, zeker wanneer men bedenkt dat de civiele rechter dit vereiste terughoudend toepast.[79] Meer problemen zou het tweede aspect kunnen opleveren: de taakverdeling tussen de burgerlijke rechter en zijn bijzondere evenknie. Ik ga daar nu op in.

Ontvankelijkheid en rechterlijke taakverdeling

Een burger die geconfronteerd wordt met een wettelijk voorschrift dat hem in zijn grondrecht raakt, kan deze kwestie in veel gevallen aan de orde stellen bij de straf- of de bestuursrechter. Kan hij dat niet, dan zal hij in de regel bij de civiele rechter ontvangen worden.[80] Ligt er wel een straf- of bestuursrechtelijk pad open, dan is het uitgangspunt dat de burger dat ook bewandelt. Het door de wetgever gekozen stelsel van gespecialiseerde rechtspraak moet niet te gemakkelijk doorbroken worden. Alleen waar effectieve rechtsbescherming ontbreekt, is de civiele rechter bereikbaar.[81]

Toch zijn er uitzonderingen mogelijk. Schutgens verdedigt in dat verband dat de poorten tot een actie uit onrechtmatige wetgeving alleen gesloten worden voor de burger die het voorschrift in kwestie *op eenvoudige, dus niet*

76 HR 24 januari 1969, *NJ* 1969/316 m.nt. HD. Zie ook: HR 9 mei 1986, *NJ* 1987/252 m.nt. MS (*Van Gelder*), r.o. 3.3.

77 Dat lijkt althans te volgen uit: HR 14 april 2000, *NJ* 2000/713 m.nt. ARB (*Kooren-Maritiem/Staat*), en HR 16 november 2001, *NJ* 2002/469 m.nt. TK & EAA (*Varkenshouderij*). Zie o.m. Polak 2009, p. 427-429; Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011, nr. 381. Ik ga in §5.3.2.1 (materiële leerstukken: onrechtmatigheid) nader op de kwestie in.

78 Vgl. voor de eerste grond: art. 3:303 BW. Op de kwestie van de rechterlijke taakverdeling ga ik hierna in.

79 Vgl. HR 17 september 1993, *NJ* 1994/118 m.nt. HER (*Severin/Detam*). In het algemeen wordt voldoende belang verondersteld. Zie nader: Stolker 2011, aant. 1.; Groene Serie Vermogensrecht (Jongbloed), aant. 6 en 9.

80 Zie Schutgens 2009a, p. 24-25, en 97-103.

81 *Ibid*, p. 23-24.

gekunstelde of riskante wijze door een gespecialiseerde rechter kan laten toetsen.[82] Onomstreden is in dat verband dat een burger geen strafvervolging of een bestuurlijke sanctie hoeft te riskeren om bij de civiele rechter ontvankelijk te zijn.[83] De route via de strafrechter hoeft in elk geval dus niet te worden gevolgd. Voor de bestuursrechtelijke weg geldt hetzelfde wanneer sprake is van een punitieve sanctie of zelfs van bestuursdwang.[84] Anders kan dat liggen als het gaat om regelingen in de sfeer van het belastingrecht, het subsidierecht en het kiesrecht, waarbij geen sprake is van een sanctie. In die gevallen gaat het vaak om voorschriften die geconcretiseerd worden door een appellabel uitvoeringsbesluit.[85] Moet de burger dan (eerst) tegen dat uitvoeringsbesluit procederen alvorens hij terecht kan bij de civiele rechter?

Drie situaties kunnen worden onderscheiden.

Ten eerste de situatie dat de burger (nog) rechtsmiddelen kan aanwenden tegen een (eventueel nog te nemen) uitvoeringsbesluit. In zulke gevallen verklaart de civiele rechter de vordering doorgaans niet-ontvankelijk.[86] Ten tweede de situatie dat de burger de termijn voor het instellen van bezwaar of beroep ongebruikt heeft laten verstrijken. Deze burger wordt doorgaans ontvangen in zijn vordering bij de civiele rechter, maar zal dan wel de formele rechtskracht tegengeworpen krijgen.[87] En ten derde de situatie dat de burger wél in beroep is gegaan, maar dit beroep, om redenen van staatsrechtelijke prudentie, ongegrond is verklaard. Op deze kwestie kom ik hierna terug. Eerst ga ik wat dieper in op de eerste twee gevallen.

---

82 *Ibid*, p. 24.

83 HR 11 oktober 1996, *AB* 1997/1 m.nt. ThGD (*Leenders/Ubbergen*). Unierechtelijk is dit ook een verplichting: HvJEU 13 maart 2007, *AB* 2007/301 m.nt. De Waele & Schutgens (*Unibet*).

84 Vgl. r.o. 3.4.3 van het genoemde arrest *Leenders/Ubbergen* (vorige voetnoot).

85 Vaak wordt ook van indirect werkende regelgeving gesproken. Vgl. Schutgens 2009a, p. 119; Mok & Tjittes 1995, p. 402.

86 Dit is in elk geval zo wanneer de civiele vordering gericht is tegen een appellabel besluit. Zie HR 25 november 1977, *NJ* 1978/255 m.nt. MS (*Plassenschap Loosdrecht*), en HR 17 december 1999, *NJ* 2000/87 m.nt. ARB (*Groningen/Raatgever*). Schutgens 2009a, p. 29-33 verdedigt dat deze leer ook relevant is voor het wetgevingsgeding. HR 9 juli 2010, *JB* 2010/174 m.nt. Schutgens (*Staat/Inspraakorgaan Turken*) lijkt hem daarin gelijk te geven. Deze benadering gaat ervan uit dat een vordering uit onrechtmatige wetgeving materieel om dezelfde rechtsvraag gaat als het beroep tegen een uitvoeringsbesluit bij de bestuursrechter. Een alternatieve benadering is, zoals Schutgens schetst, ook mogelijk: formeel is het *petitum* van de civiele vordering een andere dan dat van het beroep tegen een uitvoeringsbesluit. Zulke vorderingen zijn daarom steeds ontvankelijk. Zo bijv. C.N.J. Kortmann 2006, p. 191. Hoewel ik meen dat voor deze benadering wel iets te zeggen valt – zij dient de rechtszekerheid en vereenvoudigt de afbakening tussen civiele en bestuursrechter – is zij geen geldend recht.

87 Vgl. (voor appellabele besluiten): HR 16 mei 1986, *NJ* 1986/723 m.nt. MS (*Heesch/Van de Akker*). Voor (materiële) wetgeving: HR 16 oktober 1992, *AB* 1993/40 m.nt. FHvdB (*Vulhop/Amsterdam*). Zowel in de rechtspraktijk, als in de literatuur, wordt er overigens ook weleens vanuit gegaan dat ook zulke vorderingen niet ontvankelijk worden verklaard.

Situatie A: er is (nog) geen bestuursrechtelijk oordeel
Zoals gezegd is het bij appellabele besluiten gebruikelijk dat de civiele rechter vorderingen afwijst als daartegen een bestuursrechtelijke weg open ligt, dan wel open heeft gelegen. In het eerste geval ontvangt hij de vordering niet. In het tweede geval doet hij dat vaak wel, maar gaat hij, op grond van de leer van de formele rechtskracht, uit van de rechtmatigheid van het besluit. Deze leer gaat ook op voor het wetgevingsgeding. De civiele rechter gaat er, kortgezegd, vanuit dat in het concrete geval voorzien is in effectieve rechtsbescherming bij de bestuursrechter.

In de bijzondere casus die hier centraal staat, waarin materieel sprake is van een gegrond beroep dat evenwel niet tot gegrondverklaring en vernietiging leidt, gaat deze veronderstelling niet zonder meer op. Zoals ik hierna nog bespreek, zijn de mogelijkheden van de bestuurs- en de belastingrechter om in schadevergoeding te voorzien beperkt.[88] Het is de vraag of de klager, bij de huidige stand van zaken – waarin met name de belastingrechter het beroep bij constitutionele perikelen ongegrond verklaart – iets te zoeken heeft bij de bestuursrechter als het hem alleen om compensatie van zijn schade gaat.[89] De nieuwe Wet Nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten brengt daar wel verandering in, maar belastinggeschillen zijn de komende drie jaar van deze wet uitgezonderd en getalsmatig werd in het verleden juist op dat rechtsgebied het vaakst geabstineerd. Bovendien geldt ook onder deze wet dat de bestuursrechter een verzoek tot schadevergoeding pas kan honoreren nadat is vastgesteld dat het voorschrift onrechtmatig is.[90] Tot slot doet zich in de bijzondere context van de *terme de grâce* een probleem voor: de verzoekschriftprocedure zou gericht zijn tegen het bestuursorgaan dat de uitvoeringsbeschikking zou vaststellen. Dat bestuursorgaan zou echter alleen de formele wet uitvoeren. De rechter kan het bestuursorgaan dat, in de sfeer van de toerekenbaarheid, moeilijk verwijten. Hij past het voorschrift zélf immers ook toe. Het is in dat verband lastig om de aansprakelijkheid op de uitvoeringshandeling toe te snijden.

Het lijkt mij bij die stand van zaken niet redelijk om van burgers steeds te vergen dat zij eerst de bestuursrechtelijke rechtsgang doorlopen voordat zij bij de burgerlijke rechter vergoeding van hun schade kunnen vorderen. De bestuursrechtelijke rechtsgang biedt in zulke gevallen vooralsnog onvoldoende waarborgen. Let wel: zoals in de volgende paragraaf nog besproken wordt, zijn er wel mogelijkheden voor de bestuursrechter om zijn bevoegdheid op dit punt wat op te rekken. Het zal dus neerkomen op een inschatting van de civiele rechter, of de burger wat van de bestuursrechter te verwachten heeft.

88 Daarop wijst, in algemene zin, ook C.N.J. Kortmann 2006, p. 184.
89 Art. 8:73 Awb vereist immers voor toekenning van compensatie dat het beroep gegrond is. Zie nader: § 5.3.1.2.
90 Vgl. Van Suilen 2011, onder 3.

Míjn inschatting anno 2013 is dat dit niet zo is, maar meer daarover in de volgende paragraaf.

Situatie B: er is een bestuursrechtelijk oordeel
Stel dat de burger wél bij de bestuurs- of de belastingrechter heeft geprocedeerd. Hij heeft daar te horen gekregen dat hij gelijk heeft, maar dat het besluit in stand blijft omdat de kwestie de rechterlijke en de bestuurlijke taak te buiten gaat. Voorlopig blijft alles bij het oude. Met name in belastinggeschillen luidt het dictum in zulke gevallen 'ongegrond'.[91] In zulke gevallen is het de vraag wat de burgerlijke rechter te doen staat. Normaal gesproken 'volgt' hij het oordeel van de bestuursrechter. Vernietigt de bestuursrechter het bestreden besluit niet, dan verzet de kracht van gewijsde van diens uitspraak zich ertegen dat de civiele rechter dat besluit alsnog voor onrechtmatig houdt. Dat geldt ook voor het oordeel van de bestuursrechter over de achterliggende regeling.[92]

Het bijzondere van de hier besproken casus is dat de bestuursrechter de regeling materieel onrechtmatig verklaart, maar weigert daaraan gevolgen te verbinden. Waaraan is de burgerlijke rechter dan gebonden: alleen het 'materiële' oordeel, dat de regeling onverenigbaar is met een ieder verbindende verdragsbepaling? Of (ook) het formele oordeel, dat dit geen consequenties heeft voor het bestreden bestuursbesluit? Daarover bestaat verschil van mening. Van den Berge meent dat geen sprake is van onrechtmatigheid als de (bestuurs- of) belastingrechter niet heeft vernietigd.[93] Bloembergen en Wattel zien dat anders. In de woorden van de eerste:

> 'In mijn ogen zou dat een forse overtrekking van de leer van de formele rechtskracht zijn, die niet met het oog op dit soort gevallen is ontwikkeld. Want de Hoge Raad (lees: de belastingrechter, JU) laat niet alleen de aanslag in stand, maar oordeelt ook met bindende kracht tussen partijen dat de wetgeving waarop de aanslag berust, strijdig is met de Verdragen. Waarom zou de belastingplichtige, die de aanslag op de voet van art. 168 moet dulden, niet op basis van dit bindende oordeel schadevergoeding kunnen vorderen?'[94]

Men zou kunnen zeggen dat Van den Berge een nogal formele, op het dictum geënte, benadering van de taakafbakening van de civiele rechter hanteert, terwijl Bloembergen en Wattel een materiële benadering voorstaan: de bestuursrechter heeft *materieel* geoordeeld dat er iets mis is met de onderliggende regeling.

Ik meen dat in elk geval de benadering van Van den Berge niet alleen formalistisch maar ook te kort door de bocht is. Want wat gebeurt er eigenlijk

---

91 Vgl. o.m. HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*). Zie nader: § 5.3.1.2.
92 HR 17 december 2004, *NJ* 2005/152 m.nt. TK (*OZB/Staat*).
93 Van den Berge 2000, p. 900.
94 Noot bij HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170 (*Arbeidskostenforfait*), onder 4. Zie voorts: concl. A-G Wattel in HR 28 februari 2001, *BNB* 2001/295 m.nt. Van Weeghel (*Vestigingsplaatsfictie*).

precies in het proces van rechtsvinding als de bestuursrechter tot het oordeel komt dat het beroep ongegrond is omdat de kwestie zijn rechtsvormende taak te buiten gaat? Hij overweegt dan dat sprake is van onverenigbaarheid tussen wet en verdrag, maar dat dit niet kan leiden tot waar het de appellant om te doen is: vernietiging van de bestreden beschikking.[95] Het proces voor de bestuursrechter heeft, met andere woorden, als inzet de beschikking van tafel te krijgen. Het beroep van de appellant op verdragsrecht kan dát niet bereiken. Dat argument heeft, in het licht van de constitutionele complicaties die ermee gepaard gaan, onvoldoende gewicht. Het beroep is daarom ongegrond. Maar dat wil niet zeggen dat de bestuursrechter de onderliggende regeling voor verbindend of rechtmatig houdt. Dat oordeel is in wezen irrelevant voor de bestuursrechter: of de regeling nu rechtmatig is of niet, hij past haar toe *als ware* zij rechtmatig. De inzet van het geding voor de burgerlijke rechter is echter een andere. Hoewel het aanvechten van het onderliggende wettelijk voorschrift in de meeste gevallen materieel op hetzelfde neerkomt als een beroep tegen een uitvoeringsbesluit, gaat het formeel om de klacht dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld door wetgeving in strijd met verdragsrecht uit te vaardigen en te handhaven. Deze enkele vaststelling hoeft de rechterlijke taak niet te buiten gaan. De oordelen van de burgerlijke rechter en de bestuursrechter hoeven, in elk geval in theoretisch opzicht, dan ook niet met elkaar op gespannen voet te staan. Dan is het, Bloembergen en Wattel hebben wat dat betreft een punt, nogal overtrokken de leer van de formele rechtskracht in stelling te brengen.

Een andere vraag is wel, of ook omgekeerd kan worden volgehouden dat de civiele rechter *gehouden* is om wetgeving voor onrechtmatig te houden wanneer de bestuursrechter tot onverenigbaarheid heeft geconcludeerd.[96] Op die kwestie, de leer van de omgekeerde formele rechtskracht, kom ik terug in paragraaf 5.3.2, bij de bespreking van de materiële aansprakelijkheidskwesties.

Ik vat mijn bevindingen hier als volgt samen.

Burgers die aanlopen tegen de constitutionele grenzen van de rechterlijke taak bij een vordering in het hoofdgeding, kunnen in beginsel terecht bij de civiele rechter. Het vaststellen en handhaven van wetgeving in strijd met verdragsrecht levert een onrechtmatige daad op. De burgerlijke rechter is steeds bevoegd te onderzoeken of daarvan sprake is. Of de burger ook steeds ontvankelijk is in zijn vordering, is minder duidelijk. Deels hangt dat af van de taakverdeling tussen burgerlijke rechter en bestuursrechter, en daarmee van de bevoegdheden van de laatste. Gaat het om wetgeving die strafrechtelijk,

95 'Doorgaans', want het gebeurt een enkele keer dat het toetsingsoordeel in het midden wordt gelaten. In § 2.3.2.3 (onder 'contextuele benadering'). Ik besprak daar dat deze praktijk, uitzonderingen daargelaten, n.m.m. achterhaald is.

96 A-G Wattel gaat daarvan wel uit: zie zijn concl. in HR 28 februari 2001, *BNB* 2001/295.

of door middel van een bestuurlijke sanctie gehandhaafd wordt, dan doen zich geen problemen voor. De burger kan dan bij de civiele rechter ontvangen worden. Dat ligt anders als het gaat om wetgeving die door uitvoeringsbesluiten geconcretiseerd moet worden.

Op het eerste gezicht lijkt het voor de hand te liggen dat een vordering bij de civiele rechter spaak loopt wanneer tegen zo'n uitvoeringsbesluit nog een bestuursrechtelijke weg open ligt. Ik heb hier verdedigd dat deze bestuursrechtelijke weg, mogelijk, problemen oplevert als het gaat om de specifieke casus die in deze studie centraal staat. Ik pleit er daarom voor dat de civiele rechter de burger in dit soort kwesties ontvangt zo lang nog niet ondubbelzinnig duidelijk is dat de bestuursrechter voldoende mogelijkheden heeft om een schadevergoeding toe te kennen. Op die mogelijkheden ga ik in de volgende subparagraaf in. Heeft de burger wel beroep ingesteld tegen een uitvoeringsbesluit, en wordt hij met de grenzen van de rechterlijke taak geconfronteerd, dan luidt het dictum dat het beroep ongegrond is. Moet de civiele rechter dan uitgaan van de rechtmatigheid van het besluit en de onderliggende wetgeving? Daarover bestaat geen duidelijkheid. Ik meen dat de civiele rechter dit niet zonder meer mag doen, nu het proces voor de bestuursrechter een andere insteek heeft dan de civiele procedure. Ook in dit geval zou de kwestie mogelijk voorkomen kunnen worden wanneer de bestuursrechter de erkenning van de grenzen van zijn rechtsvormende taak zou kunnen doen vergezellen van een schadevergoeding voor de gedupeerde burger. Ik onderzoek nu in hoeverre artikel 8:73 Awb hem die mogelijkheid geeft.

5.3.1.2 Schadevergoeding bij de bestuurs- en de belastingrechter

De vraag of de benadeelde zijn schade ook direct vergoed kan krijgen bij de bestuurs- of de belastingrechter is wat ingewikkelder. Artikel 8:73 Awb geeft beide rechters, in elk geval voor wat betreft de rechtbank, in beginsel de bevoegdheid om op verzoek schadevergoeding toe te kennen.[97] Voor de bestuursrechter is deze bevoegdheid per 1 juli 2013 vervangen door een nieuwe verzoekschriftprocedure op basis van artikel 8:88 Awb. Voor de belastingrechter blijft, op grond van het overgangsrecht, artikel 8:73 Awb voorlopig nog van kracht. Aangezien de *terme de grâce* vooral in het belastingrecht prominent is, bespreek ik de regeling van 8:73 Awb eerst. Ik bezie vervolgens of de zaken anders komen te liggen onder de nieuwe verzoekschriftprocedure in het bestuursrecht.

---

97 Inmiddels is, per 1 juli 2013, de *Wet Nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten* (deels) in werking getreden (*Stb.* 2013, 162). De regeling van 8:73 is vervangen door een verzoekschriftprocedure in de artikelen 8:88-8:95 Awb. Niettemin blijft 8:73 nog even van belang voor aansprakelijkheidskwesties in het kader van de *terme de grâce*. Het belastingrecht, waarin de *terme de grâce* relatief vaak voor komt, blijft de eerste drie jaren gebruik maken van 8:73 Awb. Zie art. V van de wet (*Stb.* 2013, 50).

Gaat het om artikel 8:73 Awb, dan kan vooral de voorwaarde dat sprake moet zijn van een gegrond verklaard beroep problematisch zijn.[98] In de meeste gevallen waarin wordt geabstineerd, luidt het dictum namelijk dat het beroep ongegrond is.[99] De vraag is hoe dit 'gegrond verklaren' moet worden uitgelegd. Twee opvattingen zijn denkbaar: een formele en een materiële. De formele variant houdt in dat het beroep conform artikel 8:70 sub d Awb in het dictum van de uitspraak gegrond wordt verklaard. Een materiële opvatting komt erop neer dat de rechtbank in de overwegingen van de uitspraak aanvaardt dat sprake is van een, op zichzelf bezien, gegrond (in de zin van terecht) beroep op het verdragsrecht. De onrechtmatigheid staat daarmee vast en dat is waarom het bij de eis van gegrondheid primair gaat. Ik bespreek de voors en tegens van beide opvattingen en sluit mij bij de formele opvatting aan.

De formele opvatting

Zowel in de rechtspraktijk als in de literatuur is de formele opvatting courant. Van den Berge bijvoorbeeld, acht toepassing van artikel 8:73 Awb als alternatief voor het afzien van een remedie niet bruikbaar als de beschikking in stand wordt gelaten.[100] Daarmee koppelt hij de gegrondverklaring van het beroep aan de vernietiging van de beschikking. Dat is een logisch verband nu het eerste lid van artikel 8:72 Awb de rechter opdraagt om het bestreden besluit, als zij het beroep gegrond verklaart, geheel of gedeeltelijk te vernietigen. Ook Gerechtshof Amsterdam gaat in 2003 van de formele zienswijze uit:

> 'Het onder 5.14 overwogene brengt met zich dat het inroepen door belanghebbende van artikel 14 van het EVRM en artikel 26 van het IVBPR weliswaar gegrond is, doch niet tot een vermindering van de voorlopige aanslag kan leiden. Het beroep is derhalve ongegrond. (…) Voor het geval het Hof tot [dit] oordeel zou komen, heeft belanghebbende verzocht om toekenning van een schadevergoeding op de voet van artikel 8:73 van de Awb. Op grond van deze bepaling kan het Hof bij gegrond-

98 Is die horde genomen, dan doet zich nog het probleem voor dat de schadevergoeding in zulke gevallen voor rekening komt van het zich verwerende bestuursorgaan terwijl de schade veroorzaakt is door de wetgever. Ik ga op die kwestie hier niet verder in. Dat is wat mij betreft voornamelijk een kwestie van onderlinge overheidsaansprakelijkheid. Voor een uitgebreider bespreking zij in dat verband verwezen naar de dissertatie van De Kruif (2012).

99 In het belastingrecht wordt vrij consequent ongegrond verklaard. Leidend is nog altijd HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*). Anders echter: Rb Den Haag 23 juli 2012, *LJN* BX 7876 (*Kansspelbelasting*), waarin gegrond werd verklaard en de rechtsgevolgen in stand werden gelaten. De opstelling van de bestuursrechter is minder eenduidig. In ABRvS 19 oktober 2003, *AB* 2003/463 m.nt. PJS (*Kiesrecht Martijn*) verklaarde de Afdeling het beroep ongegrond, hoewel zij mogelijke strijd met het IVBPR erkende. In ABRvS 21 november 2006, *AB* 2007/80 m.nt. PAS (*Eman & Sevinger*) verklaarde zij het beroep juist wel gegrond. De aangevochten beschikking werd vernietigd. Mogelijk speelde een rol dat hier Unierecht aan de orde was.

100 Van den Berge 2000, p. 900. Tevens: concl. A-G Ballegooien HR 8 juli 2005, *BNB* 2005/310 m.nt. Happé (*Beroepskosten*).

> verklaring van het beroep overgaan tot het toekennen van een schadevergoeding aan de partij die daarom heeft verzocht. Zoals onder 5.15 is overwogen dient het beroep van belanghebbende echter ongegrond te worden verklaard, zodat toepassing van artikel 8:73 van de Awb niet mogelijk is'.[101]

Advocaat-Generaal Van Ballegooijen kan dit oordeel billijken. In een vloeiend logisch syllogisme:

> 'Artikel 8:73 van de Awb is helder: alleen bij gegrondverklaring van het beroep kan er een schadevergoeding door de bestuursrechter worden toegekend. *In casu* is het beroep ongegrond; daarom is er geen ruimte voor toekenning van een schadevergoeding'.[102]

Voor de formele leer pleit een aantal argumenten.

In de eerste plaats is dat de samenhang tussen de artikelen 8:70, 8:72 en 8:73 Awb en de geslotenheid van het stelsel van dicta. Artikel 8:70 maakt de rechter bevoegd het beroep gegrond te verklaren. Artikel 8:72 verbindt de gegrondverklaring met een gehele of gedeeltelijke vernietiging, en artikel 8:73 stelt hem vervolgens voor de keuze om daar ook een financiële vergoeding aan te verbinden. Zou de bestuursrechter 'gegrond verklaren' materieel opvatten, dan wordt dat stelsel doorbroken. Het is dan mogelijk dat de rechter niet vernietigt, maar wel schadevergoeding toekent.

Ook de parlementaire geschiedenis van de Awb lijkt te wijzen op een formele benadering.[103] Na vragen van de Tweede Kamerfractie van D66 sprak de regering in de Memorie van Antwoord van 'de bevoegdheid om bij gegrondverklaring van het beroep – dat wil zeggen bij gehele of gedeeltelijke vernietiging van de bestreden beslissing – (…) een schadevergoeding toe te kennen'.[104] Daarmee knoopt de regering de bevoegdheid om schadevergoeding toe te kennen ondubbelzinnig aan het rechtsgevolg van de vernietiging. De hiervoor genoemde samenhang blijft in stand.

Tot slot een rechtspolitiek argument. Zou gegrondverklaring niet (meer) letterlijk worden genomen dan betekent dat strikt genomen een uitbreiding van de bevoegdheid van de bestuursrechter. Gaat het om zelfstandige schadebesluiten, dan geldt dat de bestuursrechter gebonden is aan de, door hemzelf geformuleerde, eisen van connexiteit. De bestuursrechter kan zich over zo'n schadebesluit alleen uitlaten wanneer hij ook bevoegd was geweest over het

---

101 Hof Amsterdam 2 juni 2003, nr. P02/7448 (niet gepubl., weergegeven in: HR 8 juli 2005, *BNB* 2005/310 m.nt. Happé). Zie ook: Hof Den Bosch 25 augustus 2004, *LJN* AR6666, dat eenzelfde koers vaart.

102 Concl. A-G Ballegooijen, ov. 8.2, bij: HR 8 juli 2005, *BNB* 2005/310 m.nt. Happé (*Beroepskosten*). De Hoge Raad zelf komt niet toe aan een oordeel over art. 8:73 Awb, nu hij schending van de artikelen 14 EVRM en 26 IVBPR ontkent.

103 Aldus Pechler 2009, p. 246.

104 *Kamerstukken II* 1992-1993, 22 495, nr. 6, p. 56.

onderliggende schadeveroorzakende besluit te oordelen.[105] Voor artikel 8:73 geldt die connexiteitseis strikt genomen niet, maar de eis dat het beroep tegen het bestreden besluit gegrond moet zijn veronderstelt wel een band tussen de bevoegdheid van de bestuursrechter om het onderliggende besluit te beoordelen en de bevoegdheid tot het toekennen van schadevergoeding. Zo heeft de bestuursrechter niet de bevoegdheid om algemeen verbindende voorschriften te vernietigen omdat men met een direct beroep daartegen niet bij de bestuursrechter terecht kan.[106] Deze kan dus ook niet beslissen over de schadevergoeding ter zake van onrechtmatige wetgeving. Daarvoor gaat men naar de civiele rechter. Zou 'gegrondverklaring' materieel worden opgevat, dan zou dat stelsel worden doorbroken. De bestuursrechter heeft nog altijd niet de bevoegdheid om wetgeving te vernietigen, maar hij zou een exceptief beroep op de onrechtmatigheid van die wetgeving kunnen aangrijpen om zich wel over de aansprakelijkheidsvraag uit te laten. Men kan zich afvragen of een dergelijke verschuiving in het evenwicht tussen bestuursrechter en burgerlijke rechter niet van de wetgever moet komen.

De materiële opvatting

Een materiële opvatting blijkt ook mogelijk. Advocaat-Generaal Wattel huldigt haar:

> 'Indien de belastingrechter uitspreekt dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld door toekenning van een fiscaal privilege op ontoereikende gronden, staat daarmee de onrechtmatigheid ook voor de burgerlijke rechter vast en staat mijns inziens ook vast dat het beroep 'gegrond' was in de zin van art. 8:73 Awb, ook al wordt de aanslag gehandhaafd'.[107]

Wie het 'gegrond verklaren' materieel opvat, gaat er in wezen vanuit dat het in het bestuursproces draait om de rechtmatigheid van het aangevallen besluit. Berust dat besluit op een regeling die in strijd is met een ieder verbindende verdragsbepaling, dan is de regeling in beginsel onrechtmatig en daarmee ook

105 Vgl. bijv. Schlössels & Zijlstra 2010, p. 1379; Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008, p. 673-676; Schueler 2005, p. 43-48; Van Maanen & De Lange 2005, p. 36-38.

106 Vgl. artikel 8:2 Awb.

107 HR 28 februari 2001, *BNB* 2001/295 m.nt. Van Weeghel (*Vestigingsplaatsfictie*), concl. A-G Wattel, ov. 8.25. Het is overigens mogelijk dat Wattel vooral doelt op de mogelijkheid dat de rechter het beroep *gegrond* verklaart, de beschikking vernietigt en de rechtsgevolgen ervan, op de voet van art. 8:72 lid 3 Awb, in stand laat. Hij wees als annotator al eens op die mogelijkheid: HR 12 mei 1999, *BNB* 1999/271 m.nt. Wattel (*Arbeidskostenforfait*), punt 6. Ik lees zijn overweging als A-G toch anders. Wattel kiest zijn woorden doorgaans zorgvuldig. Hij spreekt hier van het in stand laten van de aanslag, niet enkel van de rechtsgevolgen ervan. Hij reageert bovendien op de bezwaren van Van den Berge, die juist vanwege de ongegrondheid meende dat toepassing van art. 8:73 Awb onmogelijk was. Tot slot is het ook Wattel gevoeglijk bekend dat de belastingrechter het beroep in de regel *on*gegrond verklaart.

het besluit. Dat de rechter er uit constitutionele overwegingen vanaf ziet om daaraan gevolgen te verbinden, wil nog niet zeggen dat daarmee het beroep op het verdragsrecht ook in materieel opzicht ongegrond is. Formeel moge de rechter het beroep dan afwijzen, materieel wijst hij slechts één aspect ervan af, namelijk het beoogde rechtsgevolg: buiten toepassing laten of gemodificeerde interpretatie van het voorschrift en vernietiging van het bestreden besluit. Dat laat dan zijn mogelijkheden onverlet om in een schadevergoeding te voorzien.

Voor de materiële opvatting pleit dat de beslissing over de rechtmatigheid van het bestreden besluit en de beslissing over de schadevergoeding dan in dezelfde hand liggen. De beslissing om af te zien van het buiten toepassing laten of conform interpreteren van het wettelijk voorschrift, en de beslissing om een schadevergoeding toe te kennen zijn in wezen complementair. De rechter besluit tot schadevergoeding *omdat* voorzien in een andere remedie zijn rechtsvormende taak te buiten gaat en hij toch op de één of andere manier voor rechtsherstel zorg wil dragen. Een bijkomend argument is dat de materiële opvatting tegemoet komt aan de ratio van het gegrondheidscriterium. Dat lijkt mij vooral bedoeld om schadevergoeding uitsluitend mogelijk te maken wanneer sprake is van een onrechtmatig besluit. Rust een besluit op een wettelijk voorschrift dat in strijd is met hoger recht, dan is daarvan in beginsel sprake.

Een mogelijk bijkomend argument voor de materiële opvatting is de rechtspraak van de hoogste bestuursrechters en de Hoge Raad inzake schadevergoeding bij rechterlijke overschrijding van de redelijke termijn.[108] Acht de rechter de redelijke termijn in de rechterlijke fase overschreden, dan roept hij de minister van Justitie als partij in het geding om deze vervolgens te veroordelen tot het betalen van schadevergoeding wegens de termijnoverschrijding. De basis daarvoor is artikel 8:73 Awb. Nu kan de redelijke termijn heel goed zijn overschreden in gevallen waarin het beroep zelf ongegrond is. In zulke gevallen staat het gegrondheidscriterium in beginsel in de weg aan toepassing van artikel 8:73 Awb. Toch meent de Afdeling, met in haar kielzog de andere hoogste bestuursrechters en, sinds kort, ook de belastingrechter, dat artikel 8:73 Awb conform artikel 13 EVRM moet worden uitgelegd. In dit geval betekent dat: *de facto* schrappen van de gegrondheidseis.

Een materiële opvatting van de gegrondheidseis van artikel 8:73 Awb gaat aanzienlijk minder ver, dan het geheel achterwege laten van die eis. Nog steeds moet sprake zijn van een (zij het materieel) gegrond beroep tegen een besluit. Dat ligt anders bij de rechtspraak inzake de redelijke termijn. De innovatieve interpretatie van artikel 8:73 Awb die daarin werd aangenomen, zou dus aanleiding kunnen zijn tot relativering van de gegrondheidseis.

---

108 ABRvS 4 juni 2008, *AB* 2008/229 m.nt. Widdershoven; CRvB 11 juli 2008, *AB* 2008/241 m.nt. Widdershoven, en HR 10 juni 2011, *AB* 2011/184 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

Toch verwacht ik niet dat de bestuurs- en de belastingrechters in deze rechtspraak aanleiding zien om de gegrondheidseis te relativeren. Zie ik het goed, dan werd de creatieve rechtspraak inzake de redelijke termijn met name ingegeven door de gedachte dat in het Nederlandse recht geen effectief rechtsmiddel voorhanden was om een termijnoverschrijding door de bestuursrechter aan de kaak te stellen. De burger moest daarvoor – na zijn langdurige bestuursrechtelijke procedure – naar de civiele rechter, hetgeen zijn procedure kostbaar en, belangrijker, nóg langduriger maakte. Bovendien was twijfelachtig of de burger van de civiele rechter veel kon verwachten, gelet op diens terughoudende opstelling met betrekking tot vorderingen uit onrechtmatige rechtspraak.[109] Er was, met andere woorden, een urgente noodzaak tot verdragsconforme uitleg van artikel 8:73 Awb. Dat ligt anders in het hiervoor geschetste geval, waarin de burger de grenzen van de rechtsvormende taak tegengeworpen krijgt. De burgerlijke rechter is weliswaar terughoudend met vorderingen ten aanzien van onrechtmatige wetgeving, maar onmogelijk maakt hij het eisers in zulke procedures niet. Het argument dat de procedure dan langer gaat duren gaat wel op, maar is van een minder bijzonder gewicht dan in het geval van een klager die nu juist klaagt over het feit dat hij al zo lang heeft moeten wachten. Een ijzersterke verdragsrechtelijke rechtvaardiging voor het verder loslaten van het gegrondheidscriterium is er dan ook niet.[110]

Eigen opvatting: nog geen tijd voor de materiële benadering

Welke benadering moet beschouwd worden als het geldende recht? Uit de rechtspraktijk laat zich, om te beginnen, nog niet zo veel afleiden. De Hoge Raad noch de hoogste bestuursrechters hebben zich nog over de kwestie uitgelaten. Duidelijk is wel dat de materiële opvatting tot dusver in de schaars voorhanden uitspraken van lagere rechters niet werd omarmd.[111] Evenmin geeft de wetsgeschiedenis veel houvast. Het eerder genoemde argument, dat de regering de band tussen vernietiging en schadevergoeding onderstreepte, is wat mij betreft weinig overtuigend. Het is onwaarschijnlijk dat de wetgever zich destijds bewust was van het soort van gevallen waarover het hier gaat. In de meeste gevallen zit er immers geen licht tussen formele en materiële gegrondheid. Begin negentiger jaren, de periode waarin de totstandkoming van artikel 8:73 Awb onderwerp was van debat, lieten belasting- en bestuursrechters in de strijd tussen wet en verdrag bovendien in het midden wanneer zij de grenzen van hun rechtsvormende taak zagen opdoemen.[112] Het is daarom onwaarschijnlijk dat in dit verband veel gewicht moet worden toegekend aan de parlementaire geschiedenis.

---

109 Zie over deze redenen: Barkhuysen & Van Emmerik 2008, p. 1580.

110 In soortgelijke zin: A-G Ballegooijen en Hof Amsterdam. Zie: HR 8 juli 2005, *BNB* 2005/310 m.nt. Happé.

111 Hof Amsterdam 2 juni 2003, nr. P02/7448; Hof Den Bosch 25 augustus 2004, *LJN* AR6666.

112 Zie § 2.3.2.3 (onder 'contextuele benadering').

Het komt dus aan op een weging van de meer praktisch getinte overwegingen. Het argument van een soepele rechtsbescherming staat dan tegenover instandhouding van het gesloten stelsel van dicta en een terughoudende opstelling van de bestuursrechter ten aanzien van zijn bevoegdheden. Dat laatste argument acht ik overigens ook niet van doorslaggevend belang. Dat de bestuursrechter zich via een omweg de bevoegdheid zou toe-eigenen om schadevergoeding voor onrechtmatige wetgeving toe te kennen lijkt mij wat overtrokken gesteld. De bestuursrechter kan zich immers reeds over de rechtmatigheid van wetgeving uitlaten en daaruit voortvloeiende bestuursbesluiten vernietigen. Wat hij alleen niet kan is ongegrond verklaren en tóch tot schadevergoeding besluiten. Dat lijkt mij geen grote uitbreiding van zijn bevoegdheden. Het aantal gevallen waarin de hier besproken kwestie zou spelen, is relatief gering. Het zal, zoals gezegd, niet vaak gebeuren dat de materiële en de formele gegrondheid van het beroep uit elkaar lopen. Van een ernstige doorkruising van de bevoegdheden op het terrein van het overheidsaansprakelijkheidsrecht is dus geen sprake.

Belangrijker is een ander argument. Een materiële benadering van artikel 8:73 Awb is niet per definitie nodig. Bestuurs- en belastingrechter hebben de mogelijkheid om de kwestie te ontlopen door een geslaagd beroep op verdragsrecht gegrond te verklaren. Aan het probleem dat dan het besluit vernietigd moet worden en dat rechter en bestuur dan toch zullen moeten gaan bedenken hoe het dan wél moet, kan de rechter tegemoet komen door de rechtsgevolgen van het besluit zo nodig in stand te laten.[113] Weliswaar zal veelal nog altijd een nieuw besluit op bezwaar moeten worden genomen, maar dat hoeft niet noodzakelijkerwijs een probleem te zijn. Het nemen van dat besluit kan in sommige gevallen tijdelijk worden opgeschort om af te wachten wat de wetgever met de kwestie gaat doen. In andere gevallen kan het bestuursorgaan in onderhandeling treden met de appellant over verdere mogelijkheden van redres. Hoe dan ook, de rechter heeft in zulke gevallen de mogelijkheid om reeds schadevergoeding toe te kennen. Hij hoeft de samenhang tussen de artikelen 8:70, 8:72 en 8:73 Awb niet te doorbreken.

Ik meen daarom dat de formele opvatting nog altijd de meest voor de hand liggende is. Toepassing van 8:73 Awb is in de huidige constellatie, waarin belasting- en bestuursrechter een beroep wegens de beperkte rechtsvormende taak ongegrond verklaren, dus geen optie.

---

113 Zie art. 8:72 lid 3 Awb. Aanvaarding van deze mogelijkheid in dit bijzondere geval zou wel een trendbreuk in de jurisprudentie betekenen, nu van art. 8:72 lid 3 Awb doorgaans alleen gebruik wordt gemaakt als het besluit inhoudelijk rechtmatig is. De tekst van art. 8:72 lid 3 dwingt daartoe m.i. echter niet. Daar komt bij dat het merkwaardig zou zijn aan te nemen dat het *wel* mogelijk is om een beroep ongegrond te verklaren als het besluit steunt op een onrechtmatig voorschrift, terwijl het *niet* mogelijk zou zijn om gegrond te verklaren en de rechtsgevolgen in stand te laten.

5.3.1.3 Nieuwe wetgeving

Zoals gezegd trad in juli 2013 de Wet Nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten in werking.[114] Daarmee werd deels afscheid genomen van artikel 8:73 en het zelfstandig schadebesluit. Gedupeerden kunnen dan, op basis van een nieuw artikel 8:88 Awb een verzoekschrift indienen bij de bestuursrechter die bevoegd zou zijn het onderliggende besluit te beoordelen. Zoals gezegd zijn, op basis van artikel V van de wet (overgangsrecht), claims tegen de belastingdienst vooralsnog uitgezonderd van de regeling. Voor de belastingrechter geldt de nieuwe regeling de komende jaren dus nog niet, maar voor de overige bestuursrechters zal het één en ander gaan veranderden. Zo wijzigt de taakverdeling met de civiele rechter. Deze wordt exclusief bevoegd voor vorderingen die uitkomen boven 25.000 Euro, tenzij het dan weer gaat om kwesties waarover de Centrale Raad en de belastingkamer van de Hoge Raad in hoogste instantie oordelen. Vorderingen onder de 25.000 Euro behoren tot de gedeelde competentie van de civiele en de bestuursrechter. De justitiabele heeft dan een keuze. Ook onder de nieuwe wet is dan wel vereist dat de onrechtmatigheid van het schadeveroorzakende besluit vaststaat. Anders dan onder de huidige regeling is het echter niet per se nodig dat de burger een besluit bij de bestuursrechter aanvecht, of een zelfstandig schadebesluit uitlokt. De onrechtmatigheid kan zowel door de bestuursrechter áls door het bestuursorgaan zijn vastgesteld.[115]

Het komt mij voor dat de nieuwe wet slechts van beperkte betekenis is voor de situatie die ik hier op het oog heb: de gedupeerde van (materieel) onrechtmatige formele wetgeving die zijn schade vergoed wil krijgen. Ik heb daarvoor twee aanknopingspunten.

Hoewel de gegrondheidseis van artikel 8:73 Awb komt te vervallen, treedt een soortgelijk probleem op bij de verzoekschriftprocedure. Ook hier is het de vraag wanneer de rechter precies heeft vastgesteld dat het schadeveroorzakende besluit onrechtmatig is. Nu al lijken sommige auteurs aan te nemen dat ook dan als criterium geldt of de bestuursrechter, dan wel het bestuursorgaan, de beschikking heeft vernietigd – lees: het bezwaar of beroep gegrond heeft verklaard.[116]

Rechtstreeks kan hij, ook onder de nieuwe wet, de wetgever niet aanspreken. De bestuursrechter is immers alleen bevoegd voor zover hij ook over een schadeveroorzakend besluit kon oordelen. Hoewel de wetgever in Unierechtelijk verband soms aangemerkt wordt als *quasi* bestuursorgaan, is hij het in de ogen van de Awb-wetgever voorlopig nog niet. De aansprakelijkheid zou dus gericht moeten worden tegen het bestuursorgaan dat de wet uitvoert. Dan

114 Tenminste, voor het deel dat op schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten ziet. *Stb.* 2013, 50 resp. *Stb.* 2013, 162.
115 Van Suilen 2011, onder 3.
116 *Ibid.*

doet zich een eerste complicatie voor dat dit bestuursorgaan niet noodzakelijkerwijs behoort tot de Staat. Daarbij komt dat het bestuursorgaan bij het vaststellen van de toerekenbaarheid kan aanvoeren dat men eenvoudigweg niet anders kon dan de regeling uitvoeren. Zeker wanneer de rechter de regeling zélf ook toepast omdat buiten toepassing laten of conforme interpretatie zijn rechtsvormende taak te buiten zou gaan, is dat een heel redelijk standpunt. Ook met de nieuwe verzoekschriftprocedure, lijkt mij aansprakelijkheid via de bestuursrechter dus moeilijk te realiseren. Het blijft echter aanbeveling verdienen, dat de bestuurs- en de belastingrechter een materieel geslaagd beroep op verdragsrecht ook tot uitdrukking brengen in het dictum, door het beroep gegrond te verklaren.

5.3.1.4 Resumerend

Welke mogelijkheden heeft een burger, die geconfronteerd wordt met de grenzen van de rechterlijke rol, om zijn schade gecompenseerd te krijgen? In theorie kan een dergelijke burger bij zowel de bestuursrechter als de civiele rechter terecht. Procedeert hij bij de bestuursrechter over een, op de bestreden regeling gebaseerd, besluit, dan kan om toepassing van artikel 8:73 Awb worden gevraagd. De rechter veroordeelt het bestuursorgaan dan tot het betalen van een schadevergoeding. Aan deze mogelijkheid staat echter in de weg dat bestuurs- en belastingrechters, wanneer zij menen dat een *terme de grâce* aangewezen is, het beroep ongegrond verklaren. Artikel 8:73 eist dat het beroep gegrond wordt verklaard. Het is mogelijk deze eis 'materieel' te lezen, in de zin dat ook de vaststelling in de overwegingen van de uitspraak, dat het voorschrift onverenigbaar is met verdragsrecht, de conclusie rechtvaardigt dat sprake is van een gegrond beroep. Hoewel daar goede redenen voor zijn, acht ik een dergelijke lezing niet aangewezen. De bestuursrechter zou het gesloten systeem van dicta ermee doorbreken. Dat zou wellicht kunnen als daarvoor een dringende noodzaak was, maar die is er niet. De bestuursrechter heeft andere mogelijkheden om toepassing van artikel 8:73 Awb mogelijk te maken. Bovendien kan de burger in dit geval ook bij de civiele rechter terecht.

Daarmee is niet gezegd dat deze laatste optie vrij van voetangels en klemmen is. Een vordering uit onrechtmatige wetgeving kan afstuiten op de taakverdeling tussen de burgerlijke rechter en zijn bestuursrechtelijke evenknie. Gaat het om wetgeving die uitvoering behoeft, dan is het mogelijk dat van de burger verwacht wordt dat hij bestuursrechtelijk opkomt tegen het uitvoeringsbesluit. Gaat men er echter vanuit dat de bestuursrechtelijke bevoegdheid om schadevergoeding toe te kennen in dit soort gevallen ontoereikend is, dan ligt het voor de hand dat een vordering bij de civiele rechter ontvangen wordt. Heeft de burger wel reeds beroep ingesteld tegen een uitvoeringsbesluit, en heeft dat in verband met de grenzen van de rechterlijke taak geresulteerd in een ongegrondverklaring, dan zou de civiele rechter, volgens de gangbare

rechtspraak, uit moeten gaan van de rechtmatigheid van het besluit en de onderliggende wetgeving. Ik heb verdedigd dat hij dat echter niet zonder meer mag doen. Het proces voor de bestuursrechter heeft een andere insteek dan de civiele procedure en de burgerlijke rechter heeft zich daar rekenschap van te geven.

Kort en kernachtig is de conclusie hier dus, dat de burger die met een *terme de grâce* wordt geconfronteerd, zijn schade niet bij de bestuursrechter, maar mogelijkerwijs wel bij de civiele rechter gecompenseerd kan krijgen. Of dat een reële mogelijkheid is, hangt af van het materiële aansprakelijkheidsrecht. Ik ga daar nu op in.

5.3.2 Materiële mogelijkheden tot schadevergoeding

Ik bespreek hier niet het volledige materiële aansprakelijkheidsrecht met betrekking tot het leerstuk van de onrechtmatige wetgeving. Dat gaat het bestek van dit boek ver te buiten. Bovendien is er een vrij recente studie waarin een en ander al op heldere wijze uiteen werd gezet.[117] Ik bezie hier alleen welke aansprakelijkheidscriteria specifiek een knelpunt kunnen zijn in het geval van een *terme de grâce* bij de toetsing van wetgeving aan grondrechten. Ik ga dan ook niet in op de toerekening van onrechtmatig handelen aan de Staat. Ik ga ervan uit dat deze toerekening een gegeven is.[118] Evenmin bespreek ik het leerstuk van de relativiteit. Dat levert in het geval van grondrechten doorgaans geen problemen op.[119] Wel ga ik in op de onrechtmatigheid (5.3.2.1), en op het bestaan van causale schade (5.3.2.2).

5.3.2.1 Onrechtmatigheid

Gaat het om wetgeving in materiële zin, dan wordt algemeen aangenomen dat een onverbindend voorschrift, automatisch ook een onrechtmatig voorschrift is.[120] Het onverbindende voorschrift had niet mogen worden uitgevaardigd, of het had nadat het onverbindend werd, alsnog moeten worden aange-

117 Schutgens 2009a, p. 35-74.

118 Op basis van HR 9 mei 1986, *NJ* 1987/252 m.nt. MS (*Staat/Van Gelder*), wordt de onrechtmatigheid van wetgeving toegerekend aan het overheidslichaam dat de regelgeving vaststelde. De HR spreekt in r.o. 3.4 van een 'strijdig *en mitsdien onverbindend* voorschrift' (curs. JU). In het geval van een *terme de grâce* stelt de rechter wel de strijdigheid, maar niet de onverbindendheid van het voorschrift vast. Maakt dit uit? Ik meen van niet. Een onverbindend voorschrift is steeds ook onrechtmatig, maar dit wil niet zeggen dat een verbindend voorschrift steeds rechtmatig is. De onrechtmatigheid zit hem m.i. in de strijd tussen wettelijk voorschrift en verdrag.

119 Aldus bijv. Schutgens 2009a, p. 54-55.

120 Schutgens 2009a, p. 36.

past of ingetrokken.[121] Een burger die claimt dat een formeelwettelijke regeling zijn mensenrechten schendt en die om constitutionele redenen zijn gelijk niet krijgt, loopt evenwel tegen twee – mogelijke – complicaties aan. Ten eerste heeft de bestuurs- of de belastingrechter formeel niet vastgesteld dat het wettelijk voorschrift onverbindend is. Dat ging immers de rechterlijke taak te buiten. Ten tweede is het de vraag of 'zuiver' gebruikmaking van de wetgevende bevoegdheid door de formele wetgever überhaupt als onrechtmatig bestempeld kan worden.

Die tweede vraag – kan de enkele vaststelling van een wet in formele zin onrechtmatig zijn? – lijkt in de rechtspraak bevestigend te worden beantwoord.[122] Ook in de literatuur wordt doorgaans aangenomen dat reeds het uitvaardigen van formele wetgeving in strijd met een verdragsverplichting een onrechtmatige daad kan inhouden.[123] Als basis hiervoor wordt artikel 94 Grondwet, respectievelijk – voor het Unierecht – de rechtspraak inzake *Francovich* en *Brasserie du Pêcheur* aangewezen.[124] Men kan zich afvragen of artikel 94 Grondwet de juiste basis is. Ook zonder dat de toepassing van verdragsrecht in de nationale rechtsorde geëffectueerd wordt ten koste van

---

121 Het kan zijn dat het voorschrift pas ná het uitvaardigen ervan onverbindend wordt omdat het hogere recht (of de uitleg ervan) wijzigt. Schutgens beschouwt in dat geval het niet-intrekken van de regeling als onrechtmatig (Schutgens 2009a, p. 43-44). Sillen bestrijdt dat met een verwijzing naar HR 18 februari 2005, *JB* 2005/92 m.nt. EvdL (*Ziekte van Aujeszky*). Zie Sillen 2010, p. 153-154. Ik ga op deze discussie niet in omdat zij het hier aangeroerde thema slechts zijdelings raakt. Bij wijze van kanttekening merk ik wel op dat Sillen wat mij betreft wat kort door de bocht gaat, waar hij opmerkt dat de HR met de zinsnede '*…van een bestuursorgaan verwacht mag worden'*, niet meer dan een fatsoensregel formuleert. Datzelfde geldt voor zijn opmerking dat de HR de mogelijkheid van intrekking niet noemt. De HR gaat ervan uit dat '*alsnog een verbindende regeling tot stand wordt gebracht*'. Dat is weliswaar niet hetzelfde als de regeling intrekken, maar betekent hetzelfde: gebruik-making van de wetgevende bevoegdheid. Het gaat de rechter er alleen maar om dat de onrechtmatigheid verdwijnt. Waar het beleidsdoel mogelijk ook door wijziging bereikt kan worden ligt dat eerste voor de hand. Een rechter die slechts deze mogelijkheid noemt, ontkent daarmee niet *a contrario* dat er een verplichting tot intrekking bestaat.

122 Vgl. HR 14 april 2000, *NJ* 2000/713 m.nt. ARB (*Kooren-Maritiem/Staat*). Zie tevens: HR 16 november 2001, *NJ* 2002/469 m.nt. TK & EAA (*WHV*), en HR 20 maart 2009, *NJ* 2009/229 m.nt. Mok (*Van den Boomen Blijham/Staat*).

123 Zie bijv.: Van Emmerik 1997, p. 20; Barkhuysen 2004, p. 48; Polak 2009, p. 427, en Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011, nr. 381. Zo ook (uitvoeriger): Schutgens 2009a, p. 38-39. Anders: Reestman 2008, p. 82, die onderscheid maakt tussen de voorrang van art. 94 Gw en de vraag of verdragsrecht van hogere orde is. Reestman doelt m.i. op het Duitse begrippenpaar *Geltungsvorrang* en *Anwendungsvorrang*. Ook het Unierecht komt uitsluitend *Anwendungsvorrang* toe, en geen *Geltungsvorrang*. Of het nationale recht hiërarchisch ondergeschikt is aan het Unierecht, daarover valt te steggelen (en dat wordt dan ook in ruime mate gedaan). De *Francovich*-rechtspraak maakt het echter onbetwistbaar mogelijk dat de Staat, niet slechts voor het toepassen, maar ook voor het vaststellen van wetgeving in strijd met Unierecht aansprakelijk is. Dat alleen sprake is van *Anwendungsvorrang* wil dus niet zeggen dat het vaststellen van een met verdragsrecht strijdige wet geen onrechtmatige daad kan inhouden.

124 HvJEG 19 november 1991, C-6/90, 9/90, *Jur.* 1991, p. I-5357 (*Francovich & Bonifaci*), en HvJEG 5 maart 1996, C-46 en 48/93, *Jur.* 1996, p. I-1029 (*Brasserie du Pêcheur*).

daarmee strijdige wetgeving, kan het onrechtmatig zijn voor de wetgever om wetgeving uit te vaardigen waarmee de volkenrechtelijke verplichtingen van de Staat geweld wordt aangedaan. Het internationaalrechtelijke beginsel van de goede verdragstrouw veronderstelt dat de wetgever dit niet doet. Het lijkt mij zelfs voorstelbaar dat het uitvaardigen van een wettelijk voorschrift in strijd met een verdragsverplichting onrechtmatig is en aansprakelijkheid in het leven roept, terwijl de geldigheid en de toepasbaarheid van dat voorschrift in concrete geschillen niet ter discussie staat.[125] Ook waar het gaat om bepalingen die niet een ieder verbindend zijn in de zin van artikel 94 Grondwet, lijkt mij aansprakelijkheid dan ook niet uitgesloten. Op zijn minst valt te verdedigen dat het uitvaardigen van een dergelijke wet in strijd is met wat 'maatschappelijk betamelijk' in de zin van artikel 6:162 BW is, tenminste voor zover burgers hebben mogen vertrouwen op het verdragsrecht.[126]

5.3.2.2 Schade en causaliteit

Is het vaststellen of toepassen van het desbetreffende voorschrift te beschouwen als onrechtmatige daad, dan is daarmee nog niet de weg vrij om de burger een schadevergoeding toe te kennen. Daarvoor is onder andere vereist dat de burger aannemelijk maakt dat hij schade lijdt die voor vergoeding in aanmerking komt, en dat deze schade in causaal verband staat tot de onrechtmatige daad. Deze vereisten van schade en causaliteit kunnen in sommige gevallen een probleem opleveren voor de rechtszoekende die wordt geconfronteerd met een *terme de grâce*. Ik ga eerst in op de mogelijkheden om vergoeding van materiële schade te vorderen, en vervolgens op de mogelijkheden om immateriële schade gecompenseerd te krijgen.

Vergoeding van materiële schade

Wij zagen eerder dat de rechter om verschillende redenen kan besluiten te abstineren. De reden van abstineren bepaalt in belangrijke mate of sprake is van schade die in een causaal verband staat tot de aangevallen wetgeving. In het vorige hoofdstuk onderscheidde ik twee hoofdcategorieën van gevallen waarin van een remedie werd afgezien. Zo kan het zijn dat een beginsel, zoals het legaliteits- of het rechtszekerheidsbeginsel, zich tegen toewijzing van de vordering of het beroep verzet. Het andere geval is dat de rechter afziet van het bieden van rechtsherstel als er verschillende verdragsconforme uitkomsten

125 Hoewel, toegegeven, een dergelijke redenering ook op zou gaan voor toetsing aan de Grondwet of rechtsbeginselen, terwijl de rechter dit in de arresten HR 14 april 2000, *NJ* 2000/713 m.nt. ARB (*Kooren-Maritiem/Staat*); HR 16 november 2001, *NJ* 2002/469 m.nt. TK & EAA (*WHV*), en HR 20 maart 2009, *NJ* 2009/229 m.nt. Mok (*Van den Boomen Blijham/Staat*) juist weer afwijst.

126 Iets anders is, of de rechter zich ook in staat acht om de inhoud van het wettelijk voorschrift te toetsen aan dergelijke bepalingen, die zich immers zelden voor rechterlijke toepassing lenen.

mogelijk zijn en hij dus voor een beleidskeuze staat. Een bijzondere variant van deze categorie is de situatie dat de rechter geconfronteerd wordt met een samenloop van verschillende regelingen die elk op zichzelf bezien rechtmatig zijn, maar in combinatie tot een schending van een mensenrecht leiden. Ik loop alle drie de gevallen kort na.

1) De rechter abstineert omwille van een rechtsbeginsel

Gaat het om de situatie dat een rechtsbeginsel zich verzet tegen het bieden van een remedie in het voorliggende geschil, dan hoeft het bestaan van schade geen probleem te zijn. Men denke bijvoorbeeld aan het geval dat een natuurlijk kind een erfenis ontzegd wordt omdat het familie- en erfrecht in strijd met artikel 8 EVRM uitsluitend wettige kinderen erkent.[127] Minder voor de hand liggend, maar wel mogelijk, is de situatie dat iemand inkomsten misloopt omdat zijn geboorteakte zijn ware geslacht niet vermeldt en hij dus niet in staat is een kloppende geboorteakte te overleggen.[128] In zulke gevallen paste de rechter de relevante bepalingen uit het BW in het verleden ongewijzigd toe omdat hij anders problemen voorzag met betrekking tot de rechtszekerheid. De schadekwestie verschilt dan niet van reguliere geschillen over schade. Bezien moet worden of sprake is van gederfde inkomsten, of het wettelijk regime daarvoor een *conditio sine qua non* oplevert en of de schade in redelijkheid kan worden toegerekend aan de wetgevende autoriteit.[129] In beide gevallen levert de casus van de begrensde rechtsvormende taak geen bijzondere problemen op.

2) De rechter ontloopt rechtspolitieke of beleidsmatige keuzes

Anders ligt dat als er verschillende verdragsconforme regelingen denkbaar zijn en toewijzing van de vordering de rechter confronteert met een rechtspolitieke keuze.[130] Abstineerde de bijzondere rechter in zo'n geval, dan ligt het niet zonder meer voor de hand om schade aan te nemen. Een voorbeeld moge dat verduidelijken.

Markens, vader van een pasgeboren dochter, wil een poosje een dag in de week voor haar zorgen. Van overheidswege bestaat een bijdrage in de kosten voor moeders die inkomsten mislopen omdat zij een dag minder werken. Markens betoogt dat deze regeling discriminatoir is en dat ook hij

127 Dat was bijvoorbeeld het geval in HR 27 oktober 1994, *NJ* 1995/467 en HR 24 februari 1995, *NJ* 1995/468 m.nt. JdB.

128 Vgl. o.m. HR 13 december 1973, *NJ* 1975/130 m.nt. EAAL.

129 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh (6-II*) 2011, nr. 50.

130 Men denke aan klassiekers als: HR 12 oktober 1984, *NJ* 1985/230 (*Optierecht Nederlanderschap*); HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*); ABRvS 21 november 2006, *AB* 2007/80 m.nt. PAS (*Arubaans kiesrecht*).

aanspraak maakt op deze overheidsbijdrage.[131] De bestuursrechter erkent het discriminerende karakter van de regeling, maar wijst er op dat deze discriminatie op verschillende manieren ongedaan kan worden gemaakt. Vaders kunnen toegang tot de overheidsbijdrage krijgen, maar de regeling kan ook anders worden vormgegeven of, rechtmatig, in haar geheel worden afgeschaft. Het beroep van Markens wordt ongegrond verklaard. Markens adieert nu de burgerlijke rechter met de stelling dat hij materiële schade heeft geleden ter hoogte van het bedrag van de misgelopen overheidsbijdrage.[132]

De Staat zal zich in een dergelijk geval vermoedelijk verweren door op te werpen dat geen sprake is van schade, of dat de eventueel aangenomen schade niet is toe te rekenen aan de desbetreffende wetgeving. Het argument voor beide verweren is hetzelfde.[133] In beide gevallen gaat het er om dat Markens het geldbedrag ook mis had kúnnen lopen als de wetgever een rechtmatige wet had vastgesteld.[134] Wat daarvan te denken?

---

131 De casus is ontleend aan twee buitenlandse zaken: SCC 9 juli 1992 [1992] 2 *SCR* 679 (*Schachter v. Canada*) en EHRM (Grote Kamer) 22 maart 2012, *EHRC* 2012/117 m.nt. Gerards (*Konstantin Markin t. Rusland*). Een soortgelijke kwestie was, in elk geval de afgelopen decennia, echter ook in Nederland denkbaar.

132 Op de mogelijke stelling van Markens dat hij ook immateriële schade heeft geleden vanwege de frustratie die met de ongelijke behandeling gepaard ging, ga ik hierna in.

133 Men kan twisten over de vraag of dit nu een kwestie van schadeberekening of van causaliteit is. De meeste auteurs gaan uit van het eerste geval (zie o.a. annotatie Bloembergen onder *NJ* 2000/170 en concl. A-G Van Ballegooijen in HR 8 juli 2005, *BNB* 2005/310, § 8.3). Schutgens lijkt, in een andere context overigens, de kwestie te beschouwen als een causaliteitskwestie (vgl. Schutgens 2009a, p. 64). Voor de eerste lijn pleit in elk geval dat de vraag *of* schade is geleden, in het proces van rechtsvinding normaal gesproken vooraf gaat aan de vraag of tussen de schade en het schadeveroorzakend handelen sprake is van causaliteit. Ik meen evenwel dat beide voor kunnen komen. Gaat het om aansprakelijkheid voor onrechtmatig vastgestelde begunstigende regelgeving (zoals in het geval van Markens), dan ligt het voor de hand aan te nemen dat geen sprake is van schade. Er is nog geen vermogensnadeel geleden en het zou onnodig gekunsteld zijn om deze te construeren. Gaat het daarentegen om een onrechtmatige heffing, of om een discriminatoir opgelegde verplichting (het doden van een deel van de veestapel bijvoorbeeld), dan is wel sprake van schade, en komt de vraag op of de schade wel rechtstreeks verband houdt met het aangevallen wettelijk voorschrift. Stel bijvoorbeeld dat de wetgever een regeling ontwerpt waarbij vreemdelingen zonder proces huisarrest krijgen als zij de nationale veiligheid bedreigen. De rechter meent dat dit geen proportionele maatregel is, nu zij uitsluitend voor staatsgevaarlijke vreemdelingen geldt. Wel staat vast dat de wetgever zo'n regeling ook voor staatsburgers had kunnen vaststellen. Een vreemdeling vordert vergoeding van gederfde inkomsten omdat hij ten onrechte thuis vast is gehouden. In een dergelijk geval lijkt mij wel sprake van schade, maar niet noodzakelijkerwijs van schade die voor vergoeding in aanmerking komt. De casus is losjes gebaseerd op de Britse *Belmarsh*-problematiek. Zie HL 16 december 2004, [2004] *UKHL* 56 (*A and Others v. Home Secretary*).

134 De Staat zou ook kunnen betogen dat geen sprake is van causaliteit omdat de wetgeving in dit geval nog geen direct rechtsgevolg in het leven roept (vgl. Schutgens 2009a, p. 126-127). Markens moet dus de uitvoerder van de beslissing aanspreken. Ik ga er hier gemakshalve maar even vanuit dat dit eveneens een orgaan van de Staat is, maar zelfs als dit niet zo is, dan lijkt mij dat – in zaken waarin de burger de rechtsvormende taak tegengeworpen krijgt – een onterecht verweer. Het argument dat de schade voortvloeit uit het uitvoerings-

In de schaars beschikbare literatuur en rechtspraak zijn twee benaderingen te onderscheiden. Een mogelijke derde benadering – Markens heeft gelijk en de schade moet per definitie worden vastgesteld op het misgelopen bedrag – wordt bij mijn weten door niemand verdedigd.[135] Het tegengestelde standpunt vinden we bij Van den Berge die meent dat in zulke gevallen nooit sprake is van te vergoeden schade:

> 'Gaat het om een zuiver fiscaal privilege – een door de wetgever op ontoereikende gronden aan een bepaalde groep van personen verleende vrijstelling van belasting of aftrekpost – dan kan men slechts spreken van door de overheid aan anderen toegebrachte schade, voor zover de 'kosten' van die vrijstelling in de vorm van de door dat privilege gederfde opbrengst aan belasting op andere wijze – door anderen – moet worden opgebracht. (…) Komen die voor vergoeding in aanmerking? Nee. De financiële en fiscale consequenties van dat soort domheden, door de wetgever begaan, "must be borne by all citizens" – en wel, zou ik zeggen: – "equally according to their means"'.[136]

Van den Berge onderscheidt in dit citaat twee soorten van schade, die hij beide niet voor vergoeding in aanmerking vindt komen. Dat de niet-geprivilegieerde belastingplichtige een belastingkorting misloopt, ziet hij kennelijk niet als een serieus te nemen mogelijkheid. Anders ligt het met schade die er in bestaat dat alle niet-geprivilegieerden hebben moeten meebetalen aan de belastingkorting van de wel-geprivilegieerden. Met andere woorden: Markens betaalt extra belasting ter financiering van de onrechtmatige overheidsbijdrage van zijn echtgenote. Dat zou wel schade kunnen zijn, maar ook vergoeding daarvan wijst Van den Berge af. Zulke kosten dienen voor rekening van de gemeenschap te blijven. Zou de rechter schadevergoeding toekennen, dan zou dit bedrag – in de ogen van Van den Berge – moeten worden opgebracht door weer ándere burgers zwaarder te belasten. Hij acht dat ongewenst.[137]

Aan de andere kant van het spectrum treffen we Bloembergen.[138] Deze ziet wel ruimte voor een schadevergoeding die bestaat uit misgelopen voordeel. Hij hanteert daarvoor het volgende criterium:

> 'Relevant is wat de wetgever zou hebben gedaan als hij de strijd met de verdragen zou hebben onderkend. Gaat het om de begunstiging (een privilege) van een kleine

---

besluit en niet uit de wetgeving, gaat ervan uit dat het bestuur het besluit, met voorbijgaan aan de wettelijke regeling, niet had moeten nemen. Het probleem is echter dat dit nu juist de rechtsvormende rol van bestuur en wetgever te buiten gaat. Dat pleit ervoor om de schade toch toe te rekenen aan de Staat.

135 Hoewel dit, zoals in deel II nog aan de orde komt, wel de lijn van het HvJ EU is. Zie §7.8.4.

136 Van den Berge 2000, p. 900. Instemmend geciteerd door A-G Wattel in zijn concl. bij HR 28 februari 2001, *BNB* 2001/295 m.nt. Van Weeghel (*Vestigingsplaatsfictie*).

137 Van den Berge 2000, p. 900, voetnoot 30.

138 Annotatie bij HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170. Instemmend: A-G Van Ballegooijen in HR 8 juli 2005, *BNB* 2005/310.

> groep belastingplichtigen – zoals in de zaak van de grijze kentekens –, dan lijkt mij het meest aannemelijk dat de wetgever dat privilege niet zou hebben toegekend (…). De niet-geprivilegieerden lijden dan geen schade: zij missen een voordeel dan hun hoe dan ook niet toegevallen zou zijn (…). Maar goed verdedigbaar is dat de belastingplichtige in de zaak van het arbeidskostenforfait wel schade lijdt. Is niet aannemelijk dat de wetgever, als hij de discriminatie zou hebben onderkend, op een of andere manier de werkenden tegemoet zou zijn gekomen en dat ook deze belastingplichtige daarvan zou hebben geprofiteerd? En zou de schade niet kunnen worden geschat op de belasting die hij over het door het Hof in aftrek gebrachte bedrag van *f* 1050 heeft moeten betalen? Kortom, er zal lang niet altijd schade zijn. Maar als die er is, moet zij worden vergoed'.

Bloembergen roept de rechter op, een inschatting te maken van wat de wetgever zou hebben gedaan als hij van de discriminatie geweten had. Schutgens kiest, op basis van de bestuursrechtelijke leer van het hypothetisch rechtmatige besluit, een soortgelijke benadering:

> 'Aansprakelijkheid voor de gevolgen van een onverbindende regeling ontbreekt, als aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid valt te zeggen dat de burger dezelfde schade zou hebben geleden, als bij tijdige onderkenning van het gebrek in de onverbindende regeling een verbindende regeling tot stand zou zijn gekomen die hetzelfde nadeel had veroorzaakt'.[139]

In de werkwijze van Bloembergen en Schutgens wordt relevant waar het 'breekpunt' ligt, aan de hand waarvan de rechter bepaalt wat de wetgever zou hebben gedaan als hij de verdragsschending had onderkend. Schutgens legt de bewijslast bij de overheid en spreekt van 'aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid' dat ook een rechtmatige wet het nadeel had veroorzaakt. Bloembergen heeft het over 'aannemelijkheid'. Duidelijk is in elk geval dat de enkele *mogelijkheid* dat de wetgever een wet had uitgevaardigd die hetzelfde nadeel, of het gebrek aan voordeel, zou hebben veroorzaakt, voor beiden onvoldoende is om ervan af te zien van te vergoeden schade te spreken.

Welk van beide benaderingen verdient de voorkeur?

De benadering van Van den Berge lijkt mij om twee redenen af te wijzen. In de eerste plaats zou het merkwaardig zijn aan te nemen dat benadeelden geen schade hebben geleden als de wetgever, na door de rechter een *terme de grâce* te zijn gegund, de wettelijke regeling zó aanpast dat ook de benadeelde groep – in de toekomst – recht krijgt op het belastingvoordeel. In de tweede plaats gaat er iets mis bij het uitgangspunt van Van den Berge, dat de kosten van 'domheden' door de gehele gemeenschap moeten worden gedragen. Dat is een mooi ideaal, maar helemaal mogelijk is het niet. De onterecht bevoordeelde groep betaalt nu eenmaal niet op gelijke voet mee aan die kosten. Het

139 Schutgens 2009a, p. 64.

procesrecht en de beginselen van rechtszekerheid en gewettigd vertrouwen verzetten zich daartegen. Zou men daartoe wel gedwongen kunnen worden, dan zouden er trouwens geen te dragen kosten meer zijn. De vraag is alleen of de benadeelde groep ook meebetaalt aan de rekening, dan wel dat de rest van de samenleving ook de kosten voor die benadeelde groep voor haar rekening krijgt. Van den Berge meent dat dit onwenselijk is omdat het toekennen van het belastingvoordeel aan de benadeelde groep, een nieuwe 'oneerlijkheid' teweeg brengt voor de rest van de bevolking omdat het geld ergens vandaan moet komen. Dat argument overtuigt mij niet. Tussen de bevoordeelde en de benadeelde groep is, zo heeft de rechter geoordeeld, geen relevant onderscheid te maken. Maar tussen beide groepen enerzijds en de rest van de bevolking anderzijds ligt dat anders. Neem bijvoorbeeld de fictieve Markens die aanspraak meent te maken op een overheidsbijdrage om voor zijn kind te zorgen. Het staat buiten kijf dat de wetgever belasting mag heffen en zo een bijdrage aan jonge ouders mag financieren van geld dat door de gemeenschap is opgebracht. Wat de wetgever níet mag doen is, op stereotype gronden, het voordeel enkel aan vrouwen doen toekomen. Dat uitbreiding van de regeling naar mannen een hogere heffing voor de gemeenschap betekent, wil – als het al zo is – nog niet zeggen dat deze hogere heffing onrechtmatig is.

De benadering van Bloembergen is wat mij betreft overtuigender, maar zij lijdt aan een praktisch defect. Hoe moet de rechter onomstreden vaststellen wat de wetgever 'zou hebben gedaan als…'? Vaststellen dat de wetgever de *mogelijkheid* had om een rechtmatige wet vast te stellen die hetzelfde nadeel veroorzaakte is relatief eenvoudig. De aannemelijkheid of waarschijnlijkheid bepalen van een bepaalde koers van de wetgever is dat niet.

Bloembergen probeert deze kwestie te objectiveren door een vermoeden te introduceren, dat – wij zullen dat in een volgend hoofdstuk nog zien – in de Canadese rechtspraktijk een periode gangbaar was: een bescheiden uitbreiding van een regeling met een ruime reikwijdte naar een relatief kleine groep ligt voor de hand, een grote uitbreiding van een regeling met een bescheiden reikwijdte is onwaarschijnlijk.[140] De Hoge Raad lijkt zo'n uitgangspunt te hanteren als het gaat om discriminatoir beleid. Hij meent dat het gelijkheidsbeginsel de overheid niet verplicht tot het uitbreiden van begunstigend beleid zolang de discriminerende regeling een zeer kleine groep begunstigt, de benadeelde groep aanzienlijk groter is, de discriminatie het gevolg is van een onjuiste rechtsopvatting en aannemelijk is dat de discriminatie achterwege was gebleven als de overheid van de onjuistheid daarvan op de hoogte was geweest.[141]

Zo'n vermoeden zal soms behulpzaam zijn, maar niet altijd. Het is bovendien nogal ééndimensionaal: wie zegt dat de wetgever de belangen die ge-

140 Bloembergen onder *NJ* 2000/170. Zie ook: SCC 9 juli 1992 [1992] 2 *SCR* 679 (*Schachter v. Canada*).

141 HR 5 februari 1997, *BNB* 1997/160 m.nt. Happé (*Dienstauto bewindslieden*).

moeid zijn met de regeling niet toch zó belangrijk vindt, dat budgettaire overwegingen op de tweede plaats komen, of – omgekeerd – dat ook een kleine vergroting van de reikwijdte van de regeling in een tijd van economische tegenspoed al een brug te ver is? Dat het vermoeden de kou niet uit de lucht neemt, illustreert het voorbeeld dat Bloembergen noemt, ter illustratie van een zaak waarin compensatie níet voor de hand had gelegen: het arrest *Grijze kentekens*.[142] De belastingrechter kende het belastingvoordeel in die zaak nu juist wel aan de benadeelden toe. Dit arrest is om die reden hevig bekritiseerd.[143] In het vorige hoofdstuk bleek al dat ik dit anders zie. De Hoge Raad kon in *Grijze kentekens* sturen op het feit dat het kabinet de Kamer reeds had gewaarschuwd dat de optie die de Kamer wilde, grondrechtelijk problematisch was.[144] Bovendien was er een voor de hand liggend alternatief dat door de regering al was uitgewerkt. Wat daar ook van zij: dit verschil van inzicht laat zien hoe moeilijk het is om relatief onomstreden vast te stellen welke koers de wetgever zou hebben gevaren als hij van de stand van het recht op de hoogte was geweest. Niet voor niets wil de bijzondere rechter daar in de meeste gevallen dan ook niet aan.

Dat brengt mij bij een rechtspolitiek bezwaar tegen de benadering van Bloembergen. De (civiele) schadevergoedingsrechter zou in een dergelijk geval alsnog doen, wat de bijzondere rechter weigerde, namelijk speculeren op de door de wetgever gewenste uitkomst. Het heeft weinig zin voor de belastingrechter om in een zaak als *Arbeidskostenforfait* te abstineren omdat rechterlijke rechtsvorming beleidsmatige keuzes inhoudt, als de civiele rechter zulke keuzes – op basis van *second-guessing* – alsnog maakt. De gedachte dat de civiele rechter dan niet een *contra legem* interpretatie aan een wettelijke regeling geeft, maar enkel de schade vaststelt, is wat mij betreft weinig overtuigend. Zij getuigt van dezelfde juristenlogica als de leer van de formele rechtskracht en heeft met de realiteit weinig van doen.

Kunnen de scherpe kantjes van de benadering-Bloembergen worden afgevijld? Misschien wel.

Het uitgangspunt van Bloembergen is dat schade mogelijk is, en dat de grootte van de schade afhangt van de onzekere factor, wat de wetgever zou hebben gedaan als hij de onrechtmatigheid had onderkend. Dat is een alles-of-niets-benadering. Stel nu eens dat we het uitgangspunt van Bloembergen aanvaarden, maar dat de schade niet zou bestaan uit het geldbedrag dat de klager wel of niet is misgelopen, maar uit het verlies van de kans dat destijds

142 Hof Arnhem 5 februari 1997, *V-N* 1997/2438; HR 17 augustus 1998, *NJ* 1999/169 (*Grijs kenteken*). A-G Van den Berge concludeerde in deze zaak overigens anders. Zie § 8.4, 8.11 en 9.2 van zijn conclusie.

143 Zie De Wit 2012, p. 276, die het redres 'arbitrair' noemt en de HR verwijt de eigen positie te hebben miskend.

144 *Handelingen II,* 1993-1994, p. 23-1709.

reeds een rechtmatige wet tot stand was gekomen die ook hem een aanspraak op een bepaalde overheidsbijdrage had toegekend? Deze alternatieve benadering is bij mijn weten nog niet geopperd. Zij sluit aan bij het civielrechtelijke leerstuk van de *loss of opportunities*.[145] Dit leerstuk is in Nederland nog niet zonder meer aanvaard, maar het wint stellig terrein.[146] Het ziet op situaties waarin sprake is van onzekere causaliteit omdat met het onrechtmatig handelen een kans voorbij is gegaan en lastig vast te stellen is wat er zou zijn gebeurd zonder dit handelen. Normaal gesproken wordt dan een 'alles of niets'-benadering gevolgd. Is sprake van causaal verband, dan komt in beginsel alle schade voor vergoeding in aanmerking. Is geen sprake van causaal verband, dan is schadevergoeding niet aan de orde. In de 'verlies van een kans'-benadering bestaat de schade echter niet zozeer uit het misgelopen voordeel, maar uit de misgelopen kans zelf. Men kan in dat verband denken aan beroepsfouten in de advocatuur en de medische zorg. Laat een advocaat na hoger beroep in te stellen, of stelt een arts een foute diagnose, dan gaat de kans voorbij om het hoger beroep te winnen, respectievelijk de ziekte tijdig te bestrijden. De kansen pro en contra succes worden dan gewogen en uitgedrukt in een percentage van de totale schade. Met andere woorden: de absolute aansprakelijkheid bij zeker causaal verband wordt ingeruild voor een proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband.

Het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband lijkt door de Hoge Raad inmiddels te zijn aanvaard, hoewel niet ondubbelzinnig. In 1997 overweegt hij, in een zaak over de aansprakelijkheid van een advocaat die verzuimd had hoger beroep in te stellen, dat het toewijsbare bedrag aan schadevergoeding moet 'worden geschat aan de hand van de goede en kwade kansen die de appellant in hoger beroep, zo dit ware ingesteld, zou hebben gehad'.[147] Daaruit is wel afgeleid dat de Hoge Raad in elk geval niet onwelwillend staat tegenover compensatie berekend op basis van een percentage, dat overeenkomt met het verlies aan kansen.[148]

Valt deze benadering toe te passen op het geval dat de wetgever een wettelijke regeling in strijd met fundamentele verdragsrechten heeft vastgesteld, en sprake was van verschillende verdragsconforme uitkomsten? Duidelijk is in elk geval dat de Hoge Raad de alles-of-niets-benadering langzaam lijkt los te laten, in elk geval voor zaken waarin beroepsaansprakelijkheid aan de orde is. Schadevergoeding bij onzekere causaliteit wordt zo mogelijk. De situatie dat ingeschat moet worden wat de wetgever zou hebben gedaan als hij de

145 Zie daarover uitgebreid: Akkermans 1997, p. 107-254.

146 Lindenbergh 2008a, p. 53.

147 HR 24 oktober 1997, *NJ* 1999/257 m.nt. PAS (*Baijings/Mr. H.*). Bevestigd in: HR 19 januari 2007, *NJ* 2007/63 (*Kranendonk/De Vries & Van der Wiel*), en HR 16 februari 2007, *NJ* 2007/256 m.nt. Maeijer (*Gebr. Tuin Beheer*). Zie buiten de sfeer van de beroepsaansprakelijkheid van advocaten tevens: HR 24 december 2010, *NJ* 2011/251 (*Fortis/Bourgonje*).

148 Zie de annotatie van Stein bij het arrest. Voorts: Asser/Hartkamp & Sieburgh (6-II) 2009, nr. 79.

onrechtmatigheid had onderkend, doet in dat verband wel wat denken aan de situatie dat moet worden ingeschat wat de *rechter* zou hebben gedaan als de advocaat hoger beroep had ingesteld.[149] Levert die inschatting weinig zekerheid op, dan is het aantrekkelijk in elk geval uit te komen op een ruw percentage, hoewel ook dat in veel gevallen uiteraard geen sinecure zal zijn. De schade van de benadeelde burger zit hem dan niet zozeer in het feit dat hij inkomsten is misgelopen of zich een heffing moet laten welgevallen, maar in het feit dat de wetgever, door de onrechtmatige wet vast te stellen, hem de *gelijke kans* op de overheidsbijdrage heeft ontnomen. Voordat de wetgever het voorschrift uitvaardigde, was er de kans dat de wetgever zich het maatschappelijke probleem zou aantrekken en een rechtmatige regeling zou treffen. Na het uitvaardigen van het onrechtmatige voorschrift is die kans, in elk geval voor de periode waarover wordt geklaagd, verkeken. Dát nadeel wil de burger gecompenseerd zien. Het aantrekkelijke van deze gedachte is bovendien dat het vestzak-broekzak-scenario, waarbij de schadevergoedingsrechter op de stoel van de bijzondere rechter gaat zitten, zich niet voordoet. De schadevergoeding zal, uitzonderlijke gevallen daargelaten, niet op dezelfde hoogte uitkomen als het bedrag waarop de benadeelde burger recht zou hebben gehad als de onrechtmatige regeling ook op hem van toepassing zou zijn verklaard. Een bijkomend rechtspolitiek argument is tot slot ook dat de aansprakelijkheid van de wetgever voor onrechtmatige wetgeving in dit geval enigszins beperkt blijft. De klager krijgt compensatie, maar niet het gehele bedrag van het misgelopen voordeel.

Dat klinkt mooi, maar het betekent niet dat de problemen de wereld uit zijn. In de eerste plaats wordt het werk van de rechter er niet makkelijker op. Kan hij zich in het alles-of-niets-scenario beperken tot de vraag of er wel of niet schade – dan wel causaal verband – is, nu zou hij zelfs met een percentage op de proppen moeten komen. Waar zou hij dat percentage vandaan moeten halen? In het geval van medische aansprakelijkheid kan hij in dat verband enig houvast zoeken bij de statistici.[150] Gaat het om juridische beroepsaansprakelijkheid, dan kan hij zich bij zijn eigen vak houden en inschatten wat hij zelf als rechter zou hebben besloten. Bezien wat politieke partijen van de kwestie zouden hebben gevonden is voor de beroepsjurist vele malen lastiger. Een tweede nadeel ligt in dat verband voor de hand, namelijk dat het principiële bezwaar, dat de rechter speculeert, nog steeds de wereld niet uit is. Een derde nadeel, tot slot, is dat het misschien ook wat krom aanvoelt, dat de aansprakelijkheid niet gelegen is in het – op onrechtmatige gronden – mislopen van belasting- of subsidievoordeel, maar in het gemis van een eerlijke kans in de politieke arena. Gaat het daar om in de politiek, kan men zich afvragen. Met andere woorden: het politieke proces is lang niet altijd een eerlijk spel

149 Hoewel dat laatste geval mij voor de schadevergoedingsrechter gemakkelijker te beoordelen lijkt. Dat behoort immers tot zijn eigen terrein.

150 Vgl. o.a. HR 31 maart 2006, *NJ* 2011/250 (*Nefalit/Karamus*).

en dat leidt normaal gesproken niet tot aansprakelijkheid. Het aanvaarden dat de schade het gemis aan een kans is, zou heel wel op principiële gronden aangevochten kunnen worden. Hoewel de *loss of opportunities*-insteek wat van de scherpe kantjes van de benadering van Bloembergen afvijlt, blijft deze benadering dus problematisch.

De conclusie kan hier luiden dat de benadering van Van den Berge op principiële gronden moet worden afgewezen. Hoewel ik het eens ben met het uitgangspunt van Bloembergen dat er schade *kan zijn*, die voor vergoeding in aanmerking komt, levert het criterium praktische problemen op. Ik zie drie mogelijkheden om dat probleem op te lossen. In de eerste plaats kan worden gekozen voor het heldere criterium dat steeds sprake is van schade die voor vergoeding in aanmerking komt.[151] In de tweede plaats kan, spiegelbeeldig, worden gekozen voor het – eveneens heldere – criterium dat in beginsel reeds de enkele mogelijkheid van de wetgever om een rechtmatige regeling in het leven te roepen die de klager kon benadelen, ervoor zorgt dat geen sprake is van te vergoeden schade. Dat houdt in wezen een omkering van de bewijslast in voor zaken waarin een *terme de grâce* aan de orde is. Degene die stelt schade te hebben geleden dient dan te bewijzen dat de wetgever met, aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid, de wet zó zou hebben vastgesteld dat ook hij daarvan had geprofiteerd. Tot slot kan worden vastgehouden aan het criterium van Bloembergen als er een methode zou zijn om de waarschijnlijke wil van de wetgever enigszins realistisch vast te stellen. De leer van proportionele aansprakelijkheid lijkt mij slechts beperkt geschikt.

3) Er is sprake van een samenloop van rechtmatige regelingen

Het is mogelijk dat de rechter geconfronteerd wordt met een samenloop van regelingen die, individueel bezien, allemaal rechtmatig zijn, maar in combinatie leiden tot een verdragsschending. Eerder kwam de rioolrechtenkwestie reeds ter sprake.[152] Daarin ging het er om dat verhuurders van woningen enerzijds geconfronteerd werden met een gemeentelijke rioolheffing die zij niet mochten doorschuiven naar de huurder, en anderzijds met een maximum-huurbedrag waardoor zij de kosten ook niet impliciet konden afwentelen. Zowel de huurprijswetgeving als de rioolrechtenheffing was als zodanig rechtmatig. Toch, zo klaagden tenminste de verhuurders, zorgde dit stelsel ervoor dat de huizen – in strijd met artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM niet rendabel verhuurd konden worden. Een verhuurder die zich op deze strijd beriep bij de belastingrechter kreeg evenwel nul op rekest. In de eerste plaats omdat de Hoge Raad geen strijd met artikel 1 EP zag, maar – en dat is hier belangrijker – óók omdat de belastingrechter zich niet de eerst aangewezen instantie vond om iets aan de kwestie te doen, als er wel sprake was geweest van een verdragsschending.

151 De rechtspraak van de Europese rechters geeft daar mogelijk aanleiding toe. Zie deel II.

152 HR 29 oktober 2010, *BNB* 2011/51 m.nt. Pechler (*Rioolheffing huurwoningen*). Zie tevens: Hof Amsterdam 24 april 2012, *LJN* BW3682 (*Huurprijs*).

Wat nu, als de klager gelijk had gehad en naar de civiele rechter was gegaan voor compensatie?

Het probleem voor de schadevergoedingsrechter ligt nu anders dan in het hiervoor besproken geval. Dat er als zodanig sprake is van schade valt niet te ontkennen. Die schade kan worden vastgesteld op het punt dat de verhuur van de woning, volgens de rechter, redelijkerwijs niet meer rendabel is. Er zijn dus niet verschillende verdragsconforme uitkomsten mogelijk. Problematischer is de vraag aan wie de schade, op basis van artikel 6:98 BW, moet worden toegerekend. Is de huurprijswetgeving het schadeveroorzakend handelen, of de rioolrechtenheffing? Zeker als die beide regelingen afkomstig zijn van verschillende organen of rechtspersonen, dan levert dat voor de rechter een probleem op. Het was precies het probleem dat de bijzondere rechter noopte om alvast duidelijk af te bakenen dat hij niet de instantie voor het bieden van rechtsherstel was.[153] Ik heb geen rechtspraak gevonden waarin deze problematiek centraal staat. Voorlopig kan de rechter zich er nog uit redden door eenvoudigweg geen schending aan te nemen. Voorstelbaar is echter dat de schade aan beide regelgevers wordt toegerekend, waarna beiden onderling een recht van regres hebben.[154]

4) Slotsom

Resumerend ligt het bestaan van materiële schade die voor vergoeding in aanmerking komt, vooral gevoelig wanneer de rechter abstineert omdat er verschillende verdragsconforme beleidsuitkomsten zijn waartussen hij niet wil kiezen. Abstineert hij omdat het bieden van een remedie een rechtsbeginsel zou bedreigen, dan kan doorgaans schade worden aangenomen. Dat is eveneens het geval als sprake is van een samenloop van meerdere, op zichzelf bezien rechtmatige regelingen die in combinatie neerkomen op een verdragsschending. Waar de rechter abstineert omdat hij beleidsmatige keuzes tussen diverse verdragsconforme uitkomsten probeert te vermijden, ligt dat anders. Te betogen valt dan vaak, dat de benadeelde ook vermogensnadeel had kunnen lijden (of het voordeel ook mis had kunnen lopen) als de wetgever de wet rechtmatig had vastgesteld. Verschillende benaderingen zijn dan denkbaar. Het meest voor de hand ligt de benadering waarin wordt bezien wat de wetgever zou hebben gedaan als hij de strijd met de verdragsbepaling tijdig had onderkend. Aan deze benadering kleeft evenwel het praktische probleem dat de rechter dan aan *second-guessing* moet gaan doen, en het rechtspolitieke probleem dat de civiele rechter dan alsnog doet, waartoe de bijzondere rechter zich niet bevoegd of geschikt achtte. Ik bezie in de slotbeschouwing of daaraan een mouw te passen is.

153 Zie de vorige voetnoot.

154 Zie daarover de dissertatie van De Kruif (2012).

Vergoeding van immateriële schade

De schending van een grondrecht heeft soms niet alleen materiële schade tot gevolg, maar kan – afhankelijk van de aard van die schending – voor het slachtoffer ook een bron zijn van frustratie en stress. Niemand wordt graag ongelijk behandeld, ten onrechte vastgezet of de mogelijkheid onthouden om een kind te adopteren.[155] Zo overwoog het Amerikaanse Hooggerechtshof in 1984 met betrekking tot ongelijke behandeling in het socialezekerheidsrecht bijvoorbeeld:

> 'Rather, discrimination itself, by perpetuating "archaic and stereotypic notions" or by stigmatizing members of the disfavored group as "innately inferior" and therefore less worthy participants in the political community, can cause serious noneconomic injuries to those persons who are denied equal treatment solely because of their membership in a disfavored group'.[156]

Komt zulke schade in het Nederlandse recht voor vergoeding in aanmerking? Schade kan op basis van artikel 6:95 BW bestaan uit vermogensschade en 'ander nadeel'. Met dat laatste wordt gedoeld op immateriële schade. Deze komt slechts voor vergoeding in aanmerking voor zover de wet daarvoor een grondslag biedt. Zo'n grondslag is artikel 6:106 BW, dat de benadeelde in een aantal limitatief opgesomde gevallen recht geeft op een 'naar billijkheid vast te stellen' schadevergoeding.[157] Lid 1 sub b van deze bepaling noemt in dat verband het geval dat

> '(…) de benadeelde lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast'.

Een burger die meent dat hij immateriële schade heeft geleden omdat een wettelijke regeling zijn mensenrechten heeft geschonden zal het meeste hebben aan de laatste categorie: '…op andere wijze in zijn persoon aangetast'. Dat geldt zeker voor de burger die geconfronteerd wordt met de grenzen van de rechterlijke taak, die – zo leerde het vorige hoofdstuk – zelden of nooit worden ingeroepen in zaken waarin het om lichamelijk letsel of iets dergelijks gaat.[158]

---

155 Een voorbeeld van dat laatste betreft EHRM (Grote Kamer) 22 januari 2008, *EHRC* 2008/44 (*E.B. t. Frankrijk*).

156 USSC 5 maart 1984, 465 *U.S.* 728 (*Heckler v. Mathews*), *per* Brennan J. Ook het EHRM erkent dergelijke claims geregeld. Zie o.m. EHRM (Gote Kamer) 22 maart 2012, *EHRC* 2012/117 m.nt. Gerards (*Konstantin Markin t. Rusland*). In §6.4.2 ga ik op deze jurisprudentie in.

157 Behalve art. 6:106 BW zijn er nog enkele bijzondere wettelijke bepalingen op basis waarvan compensatie van immateriële schade kan worden gevorderd. Men denke o.a. aan art. 49 lid 2 Wbp, art. 74b Sr en art. 106 lid 1 Vw. Voor het onderwerp van dit boek zijn die doorgaans niet van belang. Ik beperk mij hier daarom tot art. 6:106 BW.

158 Wetgeving die dwingt tot wrede fysieke behandeling is mij in Nederland niet bekend, en het lijkt mij vooralsnog sterk dat de Nederlandse rechter, geconfronteerd met zulke wetgeving, de wetgever een *terme de grâce* zou gunnen.

Wat moet worden verstaan onder een 'aantasting in de persoon'? Men kan in dat verband denken aan twee categorieën.[159] In de eerste plaats gaat het om gevallen waarin sprake is van ernstig geestelijk letsel. Daaraan worden normaal gesproken strenge eisen gesteld. Enkel psychisch onbehagen is onvoldoende om te kwalificeren als 'geestelijk letsel'.[160] Daarvoor moet in het algemeen sprake zijn van een 'in de psychiatrie erkend ziektebeeld'.[161] Het is uiteraard mogelijk dat onrechtmatige wetgeving zo diep ingrijpt in het persoonlijk leven van de betrokkene, dat hij of zij daar geestelijk ernstig onder lijdt. Wat bijvoorbeeld te denken van de vader die zijn kind niet kan erkennen omdat de moeder zich daartegen op onredelijke gronden verzet?[162] In de meeste gevallen zal de frustratie als gevolg van de (voortgezette toepassing van de) onrechtmatige wetgeving echter niet het kookpunt bereiken zodat 'alle stoppen doorslaan'. In die gevallen is wel sprake van spanning, frustratie en stress, maar niet van een psychiatrisch ziektebeeld. Een man die vanwege zijn geslacht geen aanspraak maakt op het optierecht Nederlanderschap, ouderschapsverlof of een weduwnaarsuitkering, zal daardoor vermoedelijk niet in een psychiatrische inrichting eindigen. Betekent dit nu dat vergoeding van immateriële schade dan uitgesloten is? Nee.

De schending van een fundamenteel recht kan ook zelfstandig worden beschouwd als een 'aantasting van de persoon'.[163] Er hoeft dan geen sprake te zijn van lichamelijk of geestelijk letsel.[164] In dat kader wordt wel gesproken van de inbreuk op zogenaamde 'persoonlijkheidsrechten'.[165] Gedacht kan worden aan discriminatie en de inbreuk op de privacy.[166] Deze rechtspraak werd in het verleden terughoudend toegepast. Zo concludeert Van Emmerik in 1997 nog dat de Hoge Raad relatief weinig gebruik maakt van de open bewoordingen van artikel 6:106 BW, en zich beperkt tot ernstige schendingen

159 Het onderscheid is afkomstig van Lindenbergh. Zie Lindenbergh 1998, hst 5, en 2008b p. 34.

160 HR 13 januari 1995, *NJ* 1997/366 m.nt. CJHB (*Ontvanger/Bos*).

161 Vgl. o.m. HR 22 februari 2002, *NJ* 2002/240 m.nt. JBMV (*Taxibus*). In HR 9 mei 2003, *NJ* 2005/168 m.nt. WDHA (*Beliën/Noord Brabant*) en HR 19 december 2003, *NJ* 2004/348 (*S.J./Staat*) wordt gesproken van 'psychische beschadiging' die 'naar objectieve maatstaven' kan worden vastgesteld.

162 Casus ontleend aan HR 8 april 1988, *NJ* 1988/1989/170 m.nt. EAAL (*Misbruik vetorecht erkenning*). De wetenschap van zo'n vader dat hij geen juridische mogelijkheden heeft om banden met het kind te onderhouden, kan heel wel leiden tot een hevig trauma. Vraag is nog wel of die schade in zijn geheel toegerekend moet worden aan de Staat. De moeder draagt daarvoor, in elk geval materieel, ook gedeeltelijk de verantwoordelijkheid. Ik ga op die kwestie niet nader in.

163 Verheij 2002, p. 34; Lindenbergh 2005, p. 317; Lindenbergh 2011, p. 91.

164 Vgl. HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988/277 (*Naturistengids*), en HR 1 november 1991, *NJ* 1992/58 (*K./Staat*).

165 Zie over persoonlijkheidsrechten in het algemeen en het algemeen persoonlijkheidsrecht in het bijzonder: Lindenbergh 1998; Verheij 2002, p. 35-39; Lindenbergh 2008b, en Nehmelman 2002.

166 Verheij 2002, p. 34.

van de privacy.[167] Intussen lijkt de rechtspraak aan het schuiven. De Hoge Raad overweegt in dat verband in het bekende arrest over baby Kelly:

> 'In onze rechtsorde is het recht van de moeder tot afbreking van haar zwangerschap immers binnen zekere grenzen erkend (…). Die erkenning berust op het fundamentele recht van de moeder tot zelfbeschikking. Wanneer aan de moeder de uitoefening van haar keuzerecht wordt onthouden (…) wordt een ernstige inbreuk gemaakt op haar zelfbeschikkingsrecht (…). Een zo ingrijpende aantasting als in dit geding aan de orde van een zo fundamenteel recht moet worden aangemerkt als een aantasting in de persoon in de zin van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW, zonder dat nodig is dat geestelijk letsel is vastgesteld'.[168]

De Hoge Raad erkent het recht de zwangerschap af te breken in *Baby Kelly* als fundamenteel recht en overweegt dat de enkele aantasting van dat recht leidt tot schadeplichtigheid. De moeder hoeft niet aan te tonen dat zij als gevolg van de geboorte van haar kind lijdt aan een ernstig ziektebeeld. Lindenbergh registreert dat de Hoge Raad zich daarmee oriënteert op de rechtspraak van het EHRM over het toekennen van *just satisfaction*.[169]

Een soortgelijke oriëntatie op de rechtspraak van het EHRM, zij het rechtstreeks gebaseerd op 's Hofs interpretatie van artikel 6 EVRM en niet op artikel 6:106 BW, zien we bij de rechtspraak over de overschrijding van de redelijke termijn. Zowel de Afdeling, als de Centrale Raad en de Hoge Raad vergen geen rapporten van erkende psychiaters alvorens zij overgaan tot het toekennen van schadevergoeding. Integendeel. Deze rechtspraak lijkt zich te ontwikkelen tot lopendebandwerk. Weliswaar wordt uitgegaan van de veronderstelling dat sprake is van spanning en frustratie als gevolg van de termijnoverschrijding, maar reeds de enkele termijnoverschrijding – mits voldoende ernstig – is al voldoende om die frustratie aan te nemen.[170] Het feit dat ook rechtspersonen aanspraak maken op vergoeding van immateriële schade, illustreert dat.[171]

Dat er in de rechtspraktijk aanknopingspunten te vinden zijn voor de vergoeding van immateriële schade bij schending van grondrechten, wil intussen niet zeggen dat dit ook steeds gebeurt. Zoals gezegd is de Nederlandse rechter traditioneel terughoudend zulke claims te honoreren, en het enkele feit dat zijn jurisprudentie in beweging is geraakt, wil nog niet zeggen dat

---

167 Van Emmerik 1997, p. 40 en 366. Zie ook: Lindenbergh 2008b, p. 37.

168 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006/606 m.nt. JBMV (*Baby Kelly*). Zie eerder: HR 9 juli 2004, *NJ* 2005/391 (*Oosterparkrellen*).

169 Lindenbergh 2008a, p. 35. Instemmend: Emaus 2013, p. 92.

170 Zo bijv. HR 10 juni 2011, *AB* 2011/184 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Redelijke termijn in belastingrecht*).

171 Vgl. o.m.: ABRvS 4 maart 2009, *AB* 2009/236 m.nt. Barkhuysen & Den Ouden (*Hogeschool Rotterdam/SZW*).

hij er ruim baan voor maakt. Illustratief is in dat verband een recente uitspraak inzake de Sanctieregeling Iran.[172]

De Sanctieregeling Iran is een ministeriële regeling, vastgesteld door de ministers van Buitenlandse Zaken en Onderwijs, waarin is vastgelegd dat het verboden is Iraanse studenten toegang te verlenen tot bepaalde locaties – kernreactoren en dergelijke – en hen, zonder bijzondere vergunning, onderwijs te geven die kan bijdragen aan proliferatie van kernwapens.[173] De regeling is vastgesteld naar aanleiding van een resolutie van de VN-Veiligheidsraad uit 2006, waarin landen werden opgeroepen te voorkomen dat hun onderwijs zou bijdragen aan de ontwikkeling van Iraanse nucleaire wapenprogramma's. Een aantal Nederlands-Iraanse studenten en wetenschappers meent daarvan de dupe te worden en begint een civiele actie tegen de Staat met als inzet de onverbindendverklaring van de sanctieregeling.

In 2010 oordeelt de Rechtbank Den Haag dat de sanctieregeling inderdaad in strijd is met artikel 26 IVBPR. De regeling wordt 'onverbindend' verklaard.[174] Dit oordeel blijft in hoger beroep, en later in cassatie in stand.[175] De ministers wijzigen de regeling daarop gedeeltelijk, maar dat is volgens de klagers onvoldoende. In de daarop volgende procedure eisen zij niet alleen een nieuwe onverbindendverklaring, maar ook – onder meer – een schadevergoeding. De klagers ervaren de categorische uitsluiting die de sanctieregeling in het leven roept als stigmatiserend. Een enkeling voert bovendien aan dat hij last heeft van motivatieproblemen, stress en frustratie door de gedachte dat het op deze manier met zijn studie weleens verkeerd kan aflopen. De rechtbank gaat niet op deze eis in. Het is waar, aldus de rechtbank, dat de schending van een fundamenteel recht een 'aantasting in de persoon' kan zijn, in de zin van artikel 6.106 lid 1 BW. De Sanctieregeling is bovendien zo'n schending. Dat is allemaal juist:

> 'Maar de enkele schending van dat fundamentele recht is nog niet voldoende om aanspraak te geven op smartengeld. De terughoudendheid die de wetgever in het algemeen verlangt bij de toekenning van immateriële schadevergoeding (Parlementaire geschiedenis boek 6 NBW, blz. 332-333, 371-389), welke terughoudendheid in de rechtspraak sinds de invoering van deze regeling nog steeds te ontwaren valt, dwingt ertoe in een geval als dit uitsluitend dan een dergelijke vordering te honoreren indien sprake is van een gekwalificeerde schending. Slechts wanneer zich een ernstige inbreuk op een fundamenteel recht voordoet, die bovendien rechtstreekse gevolgen heeft voor de benadeelde die aanspraak maakt op smartengeld, kan voor toekenning ruimte bestaan'.[176]

172 Rb Den Haag 28 maart 2012, *LJN* BW3098 (*Iraanse studenten II*).
173 Sanctieregeling Iran 2007, van 23 juni 2008, *Stcrt.* 2008, nr. 124, p. 9.
174 Rb Den Haag 3 februari 2010, *LJN* BL18662 (*Iraanse studenten I*).
175 Hof Den Haag 26 april 2011, *LJN* BQ4781 (*Iraanse studenten*); HR 14 december 2012, *LJN*BX8351 (*Iraanse studenten*).
176 Rb Den Haag 28 maart 2012, *LJN* BW3098 (*Iraanse studenten II*), r.o. 5.6.

Er moet volgens de rechtbank dus niet alleen sprake zijn van een schending van een fundamenteel recht, maar van een *gekwalificeerde* schending. Dat criterium is nieuw voor mij. Het lijkt, zo op het eerste gezicht, wat merkwaardig te rijmen met de rechtspraak omtrent de redelijke termijn. De vraag is bovendien wat dan te gelden heeft als voldoende 'ernstige' inbreuk. Déze inbreuk was dat, volgens de rechtbank, in elk geval niet. De Staat heeft weliswaar ongerechtvaardigd onderscheid gemaakt, maar men deed dat om proliferatie te voorkomen, en het was ook weer niet zo dat de Staat Iraniërs systematisch van het maatschappelijk leven heeft willen uitzonderen. Sterker nog:

> 'In dat verband wijst de rechtbank er nog op dat eisers zelf toch met name het stigmatiserende effect van de Sanctieregeling 2010 voor alle Iraniërs in Nederland benadrukken.'

Het moge duidelijk zijn dat de Nederlandse rechtspraak vooralsnog erg terughoudend is met het erkennen van immateriële schade bij de schending van fundamentele rechten door wetgeving. De ratio daarvoor is enerzijds begrijpelijk. Met name bij wetgeving, die uit de aard der zaak van toepassing is op grote groepen, is de kans op aanzienlijke aansprakelijkheid groot. Anderzijds roept het criterium van de gekwalificeerde schending wel vragen op. Want was, in elk geval in het verleden, niet juist de aard van fundamentele rechten er naar, dat de schending ervan per definitie als een ingrijpende zaak werd gezien? Uiteraard, de proliferatie van mensenrechten noopt op dit punt tot herbezinning, maar dat rechtvaardigt nog niet de eis dat een 'gewone' schending per definitie onvoldoende is. Het lijkt mij logischer de beperking van aansprakelijkheid dan te zoeken in de aard van de schending. Voor wat betreft de discriminatie zou men daarvoor bijvoorbeeld aan kunnen knopen bij het onderscheid tussen de zogenaamde verdachte gronden van onderscheid. Ik kom op de kwestie nog terug in het volgende deel, wanneer ik bezie in welke gevallen het EHRM immateriële schade aanneemt.

5.3.2.3 Resumerend

In deze paragraaf heb ik afgetast in hoeverre schadevergoeding voor onrechtmatige wetgeving na een *terme de grâce*, naar materieel recht mogelijk is. Ik heb in dat verband een onderscheid gemaakt tussen materiële en immateriële schade. In beide gevallen zijn er hobbels te nemen. In de sfeer van de materiële schade, is het probleem vooral gelegen in de keuzevrijheid van de wetgever. De civiele rechter kan dan moeilijk vaststellen waarop de burger recht had gehad indien de wetgever rechtmatig had gehandeld. Een oplossing van dit probleem, biedt wellicht het leerstuk van *loss of opportunities*, hoewel de toepassing van dit leerstuk op de aansprakelijkheid na rechterlijk abstineren evenmin zonder problemen is. Dat laatste geldt ook voor de vergoeding van immateriële schade. Het Nederlandse recht is traditioneel zeer terughoudend met het

toekennen van dit soort compensatie. Hoewel het in elk geval theoretisch mogelijk is dat dit soort vorderingen wordt toegekend, is het in de praktijk moeilijk om zo'n vordering toegekend te krijgen. De teleurgestelde klager die te maken heeft met een *terme de grâce* hoeft, kortom, niet snel op een zakje geld te rekenen.

5.4 UITGELEIDE

Het ging in dit hoofdstuk om de gevolgen van de *terme de grâce* voor de burger en de overheid. Ik ben in de eerste plaats ingegaan op de positie van de wetgever. Vanuit het perspectief van de rechtszoekende is het uiteraard weinig aangenaam als hij te horen krijgt dat het wettelijk voorschrift waarover hij klaagt inderdaad in strijd is met verdragsrecht, maar dat de rechter daaraan voorlopig niets kan doen. Het wordt echter aantrekkelijker wanneer het toetsingsoordeel van de rechter dan in elk geval bindend is, en de wetgever juridisch verplicht is het voorschrift te wijzigen. Het procesrecht kent zo'n verplichting echter niet. De burger zal voor zo'n verplichting de Staat moeten dagen met een actie uit onrechtmatige wetgeving. Dat lijkt mij echter niet zinvol. Het lijkt er niet op dat het voor de wetgever *de facto* veel verschil maakt of hij te maken heeft met een, in het dictum opgenomen, verklaring voor recht dat de desbetreffende regeling onrechtmatig is, dan wel dat hij te maken heeft met een toetsingsuitspraak van de bestuurs- of de belastingrechter. In de praktijk volgt de wetgever zulke oordelen steevast op, zij het dat hij daar in het verleden nogal de tijd voor nam en dat hij de kwestie vervolgens enkel voor de toekomst regelde. Ik heb betoogd dat dit meer is dan enkel een vrijwillig volgen van de rechterlijke uitspraak. Op grond van overwegingen van constitutionele hoffelijkheid, is de wetgever daartoe verplicht.

Ik heb vervolgens bezien of de burger, na geconfronteerd te zijn geweest met een *terme de grâce*, zijn schade dan op de één of andere manier vergoed kan krijgen. Ook hier levert het procesrecht enige obstakels op. Processueel heeft uitsluitend een vordering bij de civiele rechter kans van slagen. Dat is een gemis, want het zou de effectieve rechtsbescherming ten goede komen wanneer bestuurs- en belastingrechters een eventuele vordering tot schadevergoeding integraal met de primaire vordering zouden kunnen behandelen. Dat scheelt zowel tijd als geld. De kans dat de civiele rechter het oordeel van de bijzondere rechter dan doorkruist – door, materieel, alsnog te doen wat de bijzondere rechter te vergaand vond – of dat hij juist te terughoudend is omdat hij doorkruising vréést, doet zich dan wat minder vaak voor.

Heeft de rechtszoekende de weg naar de civiele rechter gevonden, dan werpt ook het materiële aansprakelijkheidsrecht een aantal barrières op. Heeft de (bijzondere) rechter immers vastgesteld dat er meerdere mogelijkheden zijn om de mensenrechtelijke bezwaren weg te nemen, dan is het lastig om de schade vast te stellen. Tot dusver waren Nederlandse rechters niet geneigd

om materiële of immateriële schade aan te nemen in dit soort kwesties. In het volgende deel bezie ik of de Europese dimensie tot een andere houding noopt.

DEEL II HET KADER: HET BEGINSEL VAN EFFECTIEVE RECHTSBESCHERMING

In het voorgaande deel is de *terme de grâce* besproken. Ik ben ingegaan op de remedies waarover de Nederlandse rechter beschikt, op de gevallen waarin hij ervan afziet daarvan gebruik te maken, en op de gevolgen die een dergelijke beslissing heeft voor justitiabelen en de wetgever. De vraag dringt zich op hoe die praktijk moet worden gewaardeerd. Mág de Nederlandse rechter, als hij geconstateerd heeft dat een wettelijke regeling onverenigbaar is met het EVRM of het Unierecht, deze regeling wel blijven toepassen?

Ik beantwoord die vraag aan de hand van het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Dit beginsel wordt in het internationale recht expliciet erkend. Het manifesteert zich met name in het recht van de Europese Unie en in het EVRM. Vooral in het Unierecht heeft het beginsel een scharnierfunctie: de voorrang van het Unierecht wordt erdoor gesubjectiveerd. De nationale rechter wordt erdoor aangespoord de Unierechtelijke aanspraken van individuele burgers zoveel mogelijk te effectueren. In het EVRM fungeert het beginsel als voortdurende herinnering aan het feit dat mensenrechtenbescherming primair een zaak is van de lidstaten, en dat mensenrechten niet slechts een papieren werkelijkheid behoren te zijn. Ontdaan van alle franje: 'boter bij de vis'.

Dat het uitgangspunt is dat staten zorgen voor een stelsel dat mensenrechten en Europees recht effectief beschermt, wil intussen niet zeggen dat individuele rechten ten koste van álles moeten worden beschermd, of dat dit steeds door de rechter dient te gebeuren. In dit deel bezie ik welke eisen het beginsel, uitgewerkt in de verschillende jurisdicties van het EVRM, het IVBPR en het Unierecht, aan de nationale rechter stelt. Ik ga in dat verband in op de vraag óf de rechter een kwestie tijdelijk mag verwijzen naar de wetgever, op de vraag in welke gevallen hij dat mag doen en tot slot op de vraag wat dit voor de klager betekent.

6 Effectieve rechtsbescherming in het EVRM

6.1 INLEIDING

Hoe verhoudt zich de *terme de grâce* tot de eisen die het EVRM aan de nationale rechtsbescherming stelt? Dat is een relevante vraag, al was het maar omdat de Hoge Raad in het arrest *Arbeidskostenforfait* impliciet naar artikel 13 EVRM lijkt te verwijzen.[1] Ik ga daar in dit deel op in.

De Conventie eist niet alleen dat staten de daarin opgenomen rechten op papier respecteren, maar ook dat men een stelsel in het leven roept dat die rechten adequaat garandeert. Hoewel zij de staten in beginsel de vrijheid laat te kiezen hoe dat stelsel er uit ziet, veronderstelt de Conventie – wij zullen dat nog zien – in de praktijk een belangrijke rol van zowel wetgever als rechter.

De bemoeienis van het EVRM met het stelsel van rechtsbescherming van de lidstaten is over een aantal bepalingen verspreid. Het meest in het oog springend zijn de artikelen 6 en 13 EVRM, die burgers een subjectief recht toekennen op, respectievelijk, een eerlijk proces en effectieve rechtsbescherming op nationaal niveau. Voorts kan gedacht worden aan bepalingen waarin niet dat stelsel centraal staat, maar de *output*: artikel 1 EVRM, waarin de staten zich verplichten de EVRM-rechten binnen hun rechtsmacht te verzekeren, en artikel 46 EVRM, dat hen verplicht 'zich te houden' aan uitspraken van het Straatsburgse Hof.[2] Ook over de band van deze bepalingen valt iets te zeggen over de effectiviteit van de nationale manier om mensenrechten te effectueren. Het EHRM gaat er bovendien geregeld toe over bepaalde procedurele waarborgen

---

1 Zie HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170 m.nt. ARB, r.o. 3.13-3.14. Tevens: Martens 2000a, §7-8. Een aardigheidje ten overvloede: Bloembergen suggereert in zijn noot onder NJ2000/170 dat de HR het oog heeft op art. 2 lid 3 IVBPR, nu de HR spreekt van 'effectieve rechtsbescherming' terwijl in artikel 13 EVRM sprake is van een 'daadwerkelijk rechtsmiddel'. Dat is echter een kwestie van vertaling: art. 2 lid 3 IVBPR en art. 13 EVRM spreken in de Engelstalige tekst allebei van *'an effective remedy'*. Tussen beide bepalingen is tekstueel dus geen verschil (tenzij men de Franstalige tekst erbij betrekt, maar dan is het juist art. 2 lid 3 IVBPR dat spreekt van *un recours utile,* terwijl art. 13 EVRM blijft bij het bekende *un recours effectif*). De Hoge Raad kan dus heel goed beide bepalingen op het oog hebben gehad.

2 Zie ook art. 41 EVRM, dat voor het Hof de mogelijkheid opent om de Staat te verplichten in een billijke genoegdoening te voorzien. Ook in het kader daarvan komt het Hof soms te spreken over de vraag of een rechter de kwestie mocht overlaten aan de wetgever: zie o.m. EHRM 30 november 2010, *no.* 23614/08 (*Urban & Urban t. Polen*).

in de materiële bepalingen in te lezen.[3] Dat geeft het Hof de mogelijkheid om, in het kader van de toetsing aan zo'n materiële bepaling, iets te zeggen over de vraag of de nationale rechter een kwestie al dan niet terecht heeft overgelaten aan de wetgever, en een enkele keer doet het dat ook.[4] Bij de bespreking wat in Straatsburgse ogen als 'effectieve rechtsbescherming' te gelden heeft, concentreer ik mij in de eerste plaats op artikel 13 EVRM. Dat artikel is als het ware de kapstok van mijn analyse in dit hoofdstuk. De rechtsbeschermingsaspecten die bij de uitleg van andere verdragsbepalingen tot uiting komen, behandel ik enkel als aanknopingspunten voor een inzichtelijker uitleg van artikel 13 EVRM.

Hoe komen we tot een dergelijke inzichtelijke uitleg? Ik bespreek eerst kort het volkenrechtelijk decor (§6.2) en de uitgangspunten van artikel 13 EVRM (§6.3). Vervolgens ga ik na welke gevolgen de bepaling heeft voor de toetsing van formele wetgeving (§6.4). Tot slot bezie ik in hoeverre de *terme de grâce* als effectieve rechtsbescherming te gelden heeft (§6.5).

6.2 HET VOLKENRECHTELIJK KADER

Het EVRM is een overeenkomst tussen staten. Het effectueren ervan is dus onderdeel van het algemene volkenrecht. Dat kwalificeert de schending van een verdragsverplichting als *wrongful act*.[5]
Voor beantwoording van de vraag wat er in zo'n geval moet gebeuren, zijn de zogenaamde *Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* tegenwoordig leidend.[6] Volgens dit document zijn staten in de eerste plaats verplicht de eventuele voortzetting van een schending te beëindigen (*'cessation'*).[7] Daarnaast moeten zij ervoor zorgen dat de, uit de schending voortvloeiende, schade zoveel mogelijk ongedaan wordt gemaakt.[8]

Artikel 34 van de *Articles* wijst daarvoor drie methoden aan: restitutie, compensatie en voldoening (*'satisfaction'*). Die volgorde is, zo blijkt uit de daaropvolgende bepalingen, van belang. Het uitgangspunt is dat de 'reparatie'

3 Daarvoor is groeiende aandacht. Zie in dat verband de annotatie van Barkhuysen & De Jong bij EHRM 19 oktober 2010, *EHRC* 2011/5 (*Özpinar t. Turkije*) en de, nog te verschijnen, Leidse dissertatie van Tess de Jong.

4 Vgl. bijv. EHRM [ontv.] 16 maart 2000, *no.* 33916/96 (*Walden t. Liechtenstein*); EHRM 22 juli 2010, *EHRC* 2010/96 (*P.B. & J.S. t. Oostenrijk*), en EHRM 29 november 1991, *no.* 12849/87 (*Vermeire t. België*).

5 Vgl. art. 2 *Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (2001).

6 Dit document werd in 2001 definitief vastgesteld door de *International Law Commission* (ILC). De Algemene Vergadering van de Verenigde Naties verwees er in datzelfde jaar naar in resolutie 56/83.

7 Art. 30 van de *Articles.*

8 Art. 31.

van een schending eerst en vooral uit restitutie bestaat. Restitutie definiëren de *Articles* als de plicht '*to re-establish the situation which existed before the wrongful act was committed*.[9] Op deze algemene rechtsplicht tot restitutie bestaan twee uitzonderingen. Is restitutie feitelijk onmogelijk, of zou zij onevenredig zijn, dan mag de remedie bestaan in compensatie van de geleden materiële en immateriële schade.[10] Pas als ook compensatie geen reële mogelijkheid meer is, komt 'genoegdoening' op andere wijze in beeld. Dat kan door de schending te erkennen, spijt te betuigen en excuses aan te bieden.[11]

Wat opvalt aan dit stelsel, is in de eerste plaats dat het differentieert tussen de plichten om, respectievelijk, de schending te beëindigen of niet te herhalen, en om zorg te dragen voor restitutie of compensatie. De eerste plicht is in wezen absoluut. De staat moet de schending staken en garanderen dat deze zich niet weer voordoet. Proportionaliteit speelt in dat verband geen rol.[12] Dat is wél het geval bij de verplichting om vervolgens voor een remedie te zorgen: van restitutie mag worden afgezien wanneer dat onevenredig zou zijn. Ook dan blijft de plicht bestaan, voor rechtsherstel te zorgen. Dat rechtsherstel kan dan echter ook bestaan uit schadevergoeding of, als dat onmogelijk zou zijn, genoegdoening.

Staten kunnen hun eigen constitutionele recht niet inroepen om aan de verplichtingen tot beëindiging van de schending en rechtsherstel te ontkomen.[13] De vraag is, hoe de reikwijdte van deze regel te begrijpen. Een ruime en een restrictieve opvatting zijn mogelijk.

De restrictieve opvatting zou ervan uit kunnen gaan dat constitutionele bezwaren niet kunnen worden opgeworpen om aan beëindiging van de schending en, in brede zin, rechtsherstel te ontkomen. De staat in kwestie die de schending niet beëindigt en nalaat op enigerlei voor rechtsherstel zorg te dragen, is daarvoor volkenrechtelijk aansprakelijk. Men kan het adagium echter ook ruimer opvatten. Het heeft dan niet alleen betrekking op de onmogelijkheid zich te onttrekken aan beëindiging en rechtsherstel, maar óók op de, in de artikelen 34-37 geregelde, vormen van rechtsherstel. Het eigen constitutionele recht mag bijvoorbeeld niet in stelling worden gebracht om voor genoegdoening te kiezen in plaats van in restitutie of compensatie van geleden schade te voorzien als dat wél feitelijk mogelijk zou zijn.

Zie ik het goed, dan moet de restrictieve opvatting op tekstuele gronden worden afgewezen. Artikel 32 heeft, getuigde de tekst van de bepaling, betrekking op het gehele deel II, waarin ook de, in de artikelen 34-37 geregelde vormen van rechtsherstel zijn opgenomen. Is restitutie mogelijk en zou dat

9 Art. 35.
10 Art. 35 lid 2.
11 Art. 37 lid 2.
12 Vgl. Shelton 2002, p. 840. Zie ook het commentaar van de ILC bij art. 30 (onder 7.). Wel speelt proportionaliteit in zeker zin een rol bij het bepalen van de te nemen maatregelen en te uiten garanties. Zie commentaar ILC bij art. 30 (onder13).
13 Vgl. art. 32 *Articles*; art. 27 WVW.

niet tot onevenredige bezwaren leiden, dan moet daarvoor worden gekozen. Constitutionele bezwaren kunnen daartegen niet worden ingebracht.

De *Articles on the Responsibility of States* zijn, tot slot, een weergave, op zijn best een codificatie, van ongeschreven volkenrecht en zij hebben in beginsel slechts betrekking op relaties tussen staten.[14] Zij scheppen geen subjectieve rechten voor individuen, hoewel het moederland van de, in een recht geraakte, burger zich wel op de *Articles* kan beroepen.[15] Van belang is echter dat een geconstateerde schending van een verdrag, zoals het EVRM, automatisch de plicht doet ontstaan om het voortduren van de schending te beëindigen. Het volkenrecht beschouwt de beëindiging van een schending als een kwestie van de internationale gemeenschap als zodanig en een basisvoorwaarde van de *rule of law*, waaraan moet worden voldaan, ook als daar niet om gevraagd wordt.[16] Daarnaast wordt in de *Articles* erkend dat individuen soms, op basis van specifieke verdragen, rechten geldend kunnen maken op staten die hun subjectieve rechten hebben geschonden.[17] Het EVRM is daarvan een voorbeeld. Het, in dit hoofdstuk verder te bespreken, artikel 13 EVRM kan worden gezien als een bijzondere 'vertaling' van de zojuist besproken volkenrechtelijke beginselen in een subjectief recht. De *Articles* spelen bij de invulling van dat recht weliswaar geen rechtstreekse rol, maar bieden wel steun bij de interpretatie ervan.[18]

6.3 Artikel 13 EVRM in vogelvlucht

Zoals gezegd wordt de aandacht van het EVRM voor het nationale stelsel van rechtsbescherming samengebald in twee bepalingen: de artikelen 6 en 13 EVRM. Artikel 6 EVRM ziet met name op de procedurele 'tak' van de rechtsbescherming: de toegang tot, en de inrichting van, het rechterlijk proces. Ook artikel 13 EVRM heeft daarop deels betrekking, maar het voorschrift is algemener van aard en omvat ook het materiële aspect van rechtsbescherming: de maatregel ter ongedaanmaking van een onrechtmatige situatie.[19] De bepaling luidt als volgt:

> 'Everyone whose rights and freedoms as set forth in this Convention are violated shall have an effective remedy before a national authority notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity'.

14 Vgl. art. 33 *Articles*.
15 Vgl. commentaar bij art. 33 lid 2 (nr. 3).
16 Vgl. commentaar bij art. 30 (r. 5); Shelton 2002, p. 839-840; McGregor 2010, p. 495.
17 Zie art. 33 lid 2 *Articles*.
18 Soms verwijst het EHRM er dan ook naar. Dat deed recent bijvoorbeeld rechter Pinto de Albuquerque in zijn *dissent* bij EHRM (Grote Kamer) 28 juni 2013, *no.* 16574/08 (*Fabris t. Frankrijk*).
19 Het onderscheid tussen beide aspecten treft men aan bij Shelton 2005, p. 1.

Voordat ik inga op de verplichtingen die uit deze tekst voortvloeien voor de Staat, eerst iets over de toepasselijkheid ervan. Artikel 13 EVRM garandeert het brede publiek (een ieder) een subjectief recht op effectieve rechtsbescherming.[20] Dat recht op rechtsbescherming beperkt zich echter tot beslechting van geschillen die onder de reikwijdte van het EVRM vallen. De gegarandeerde remedie heeft betrekking op een schending van één van de materiële EVRM-rechten.[21] Artikel 13 EVRM is daarmee een zogenaamd afhankelijk recht.[22] Het kan alleen in samenhang met zo'n materieel recht worden ingeroepen. Klaagt men in Straatsburg dat in Nederland geen rechtsmiddel heeft opengestaan tegen een inbreuk op het merkenrecht wegens gebruik van het logo van Aardappel Anders, om maar een zijstraat te noemen, dan is zo'n klacht niet-ontvankelijk.[23]

Voor de toepasselijkheid van artikel 13 EVRM is niet nodig dat het materiële verdragsartikel ook daadwerkelijk geschonden is. Hoewel de tekst van de bepaling dat wel suggereert, neemt het EHRM sinds eind zeventiger jaren aan dat artikel 13 EVRM, ondanks het afhankelijke karakter van de bepaling, autonoom moet worden uitgelegd. In *Klass t. Duitsland* vond het Hof het voldoende dat:

> 'an individual considers himself to have been prejudiced by a measure allegedly in breach of the Convention'. (…) Thus Article 13 must be interpreted as guaranteeing an "effective remedy before a national authority" to everyone who claims that his rights and freedoms under the Convention have been violated'.[24]

Artikel 13 EVRM heeft dus een zelfstandige functie. Ook wanneer het EHRM niet tot schending van een materieel verdragsrecht concludeert, kan het tot de slotsom komen dat artikel 13 geschonden is. De ratio achter deze relatief soepele benadering is dat de bepaling zo bijdraagt aan de decentralisatie van de Europese mensenrechtenbescherming. Zij maakt het mogelijk het zwaartepunt van die bescherming naar het nationale niveau te duwen.[25] Niet elke claim dat men in een mensenrecht is geraakt leidt evenwel tot de toepasselijk-

---

20 Voor de betekenis van de term '*everyone*', zie Barkhuysen 1998, p. 71.

21 Althans: op de verdedigbare claim dat schending van zo'n recht heeft plaatsgevonden. Zie hierna.

22 Zie Barkhuysen 1998, p. 39. Vaak wordt ook gesproken van een accessoir of een complementair recht.

23 De kwestie ligt overigens anders als in zo'n zaak een verband kan worden geconstrueerd met een positieve verplichting van de Staat onder een materieel verdragsartikel. Zie Barkhuysen 1998, p. 40-42.

24 EHRM 6 september 1978, *no.* 5029/71, *Series A*-28.

25 Aldus bijv. ECRM (rapport) 12 maart 1987, *no.* 10126/82, *Series A*-139 (*Ärzte für das Leben t. Oostenrijk*), §97.

heid van artikel 13. Het standpunt van de klager moet, zo eist het EHRM inmiddels, wel verdedigbaar zijn.[26]

Wat als verdedigbaar te gelden heeft valt niet in abstracto te zeggen. Het Hof kiest dan ook voor een casuïstische benadering.[27] Er zijn wel aanknopingspunten. Zo is in beginsel sprake van een verdedigbare claim wanneer de toetsing aan het materiële verdragsrecht in elk geval een inbreuk op dat materiële recht oplevert.[28] Is op nationaal niveau onderzoek gedaan naar de gegrondheid van de klacht, dan wordt eveneens relatief snel aangenomen dat sprake is van een verdedigbare claim.[29] Tot slot is een gezichtspunt, of de klacht over schending van het materiële verdragsrecht in de procedure voor het EHRM kennelijk ongegrond is verklaard.[30] Hoewel dat laatste gezichtspunt als zodanig voor de hand ligt, is daarop in het verleden wel kritiek uitgeoefend.[31] Het is namelijk niet zo dat een klacht die kennelijk ongegrond verklaard is, *prima facie* niet in aanmerking komt voor een inhoudelijke behandeling. Ook een klacht die niet volstrekt onverdedigbaar is wordt in Straatsburg nog weleens met een relatief uitgebreide motivering kennelijk ongegrond verklaard. De verdedigbaarheid en de kennelijke ongegrondheid van een klacht vallen dan niet samen.[32] Voor het soort zaken waarover het mij hier gaat, is deze kwestie echter van beperkt belang. Onder de huidige Nederlandse rechtspraak stelt de rechter in het kader van een *terme de grâce*, reeds vast dat een wettelijk voorschrift onverenigbaar is met een EVRM-bepaling.[33] In dat geval is doorgaans evident sprake van een *arguable claim*.

Artikel 13 EVRM geeft recht op *an effective remedy before a national authority*. Wat betekent dat? De gekozen bewoordingen suggereren in elk geval dat het daarbij niet hoeft te gaan om een procedure bij een rechter. Het rechtsmiddelbegrip

---

26 Vgl. EHRM 25 maart 1983, *no.* 5947/72, *Series A*-61 (*Silver e.a. t. Verenigd Koninkrijk*). Bevestigd in o.a.: EHRM 26 maart 1987, *no.* 9248/81, *Series A*-116 (*Leander t. Zweden*); EHRM 16 december 1997, *no.* 21353/93 (*Camenzind t. Zwitserland*); EHRM (Grote Kamer) 19 april 2007, *no.* 63235/00 (*Vilho Eskelinen e.a. t. Finland*).

27 Zie o.a. EHRM (plenair) 27 april 1988, *no.* 9659/82, *Series A*-131 (*Boyle & Rice t. Verenigd Koninkrijk*), §55.

28 EHRM 16 december 1997, *no.* 21353/93 (*Camenzind t. Zwitserland*), §53. Nadere analyse bij: Barkhuysen 1998, p. 60-61.

29 Zie o.a. EHRM 28 september 2000, *no.* 25498/94 (*Messina t. Italië, no.* 2), §90. Voorts: Cromheecke & Staelens 2004, p. 94.

30 Zo bijv. EHRM (plenair) 27 april 1988, *no.* 9659/82, *Series A*-131 (*Boyle & Rice t. Verenigd Koninkrijk*), §54, en EHRM 21 februari 1990, *no.* 9310/81, *Series A*-172 (*Powell & Rayner t. Verenigd Koninkrijk*), §33. Voorts: Frowein 1996, p. 428.

31 Vgl. o.a. Frowein 1996, p. 428; Barkhuysen 1998, p. 65.

32 Zie Grabenwarter 2008, p. 74-75.

33 Zie §2.3.2.3. De kwestie lag anders in het tijdperk voor HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*). Tegenwoordig wordt het bestaan van een schending door sommige rechters nog altijd in het midden gelaten (vgl. HR 14 juni 2000, *JB* 2000/197 m.nt. HLJ; Hof Arnhem 2 augustus 2004, *NbStraf* 2004/328; Vz. ABRvS 29 maart 2007, *LJN* BA2212). Sinds *Arbeidskostenforfait* lijkt dat echter niet meer de regel.

van artikel 13 wordt door het Hof inderdaad ruim uitgelegd. Het gaat om het gehele scala aan procedures waarmee mogelijke grondrechtenschendingen kunnen worden voorgelegd aan een instantie zodat de handeling die aan zo'n schending ten grondslag ligt kan worden vernietigd, aangepast, gesanctioneerd of gecompenseerd.[34] Dat hoeft, ook in de ogen van het Hof, dus geen rechter te zijn.[35] Het kan ook gaan om bestuurlijke of parlementaire instanties. Wel moet zo'n instantie in staat zijn om te voorzien in effectieve rechtsbescherming. Beslissend daarvoor is het pakket bevoegdheden en procedurele waarborgen waarover de instantie beschikt. Rechterlijke instanties voldoen, gelet op hun bevoegdheden en hun institutionele inbedding, in de regel aan deze maatstaf.[36] In de regel, want ook een rechterlijk college kan – om welke reden dan ook – uiteindelijk een gemankeerd rechtsmiddel blijken te zijn.[37]

Waaraan moet zo'n 'effectief rechtsmiddel' dan voldoen?

Barkhuysen vatte de invulling die het EHRM aan het effectiviteitsbegrip gaf, in 1998 samen tot een aantal deelaspecten: een effectief rechtsmiddel bestaat *daadwerkelijk* (en niet alleen in theorie), het is *toegankelijk*, en het is *doeltreffend* en *doelmatig*.[38] In dat verband moet de klacht in de eerste plaats voldoende grondig worden onderzocht door een instantie die in staat is daarover een onafhankelijk en onpartijdig oordeel te geven.[39] Het is niet nodig dat de klager na zo'n onderzoek in het gelijk wordt gesteld.[40] Wel dient hem redres te worden verschaft áls hij gelijk krijgt. Enkel de vaststelling van een schending is onvoldoende om van een effectief rechtsmiddel te kunnen spreken, aldus de voormalige Oostenrijkse rechter in Straatsburg, Franz

34 Barkhuysen 1998, p. 114.

35 EHRM 6 september 1978, *no.* 5029/71, *Series A*-28 (*Klass e.a. t. Duitsland*), §67; EHRM 25 maart 1983, *no.* 5947/72, *Series A*-61 (*Silver e.a. t. Verenigd Koninkrijk*). Op dat uitgangspunt zijn echter uitzonderingen mogelijk, die kunnen voortvloeien uit de aard en de ernst van de vermeende inbreuk op het verdragsrecht in kwestie. Zie o.a. EHRM 4 juli 2006, *no.* 59450/00 (*Ramirez Sanchez t. Frankrijk*), §165, waarin het Hof rechterlijke toetsing essentieel acht voor detentie in een isoleercel, gelet op de ernstige gevolgen voor de klager.

36 Zie de rechtspraak in de vorige voetnoot.

37 Niet iedereen is het daarmee eens. Van weerlegbaarheid gaan uit: Holoubek 1992, p. 143; Barkhuysen 1998, p. 116-117; Grabenwarter 2008, p. 394. Anders: Boeles 1995, p. 221-225, die meent dat rechterlijke instanties per definitie als voldoende effectief moeten worden aangemerkt. Zo ook: Cromheecke & Staelens 2004, p. 119; Arai 2006, p. 1006.

38 Barkhuysen 1998, p. 117-118.

39 Holoubek 1992, p. 142-144; Kneucker 1968, p. 598.

40 EHRM 30 oktober 1991, *no.* 13163/87 (*Vilvarajah e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), §12; EHRM 25 maart 1993, *no.* 13134/87 (*Costello Roberts t. Verenigd Koninkrijk*), §40. Zie ook reeds: EHRM 6 februari 1976, *no.* 5614/72, *Series A*-20 (*Swedish Engine Drivers' Union t. Zweden*), §50. Recent: EHRM (Grote Kamer) 26 oktober 2000, *no.* 30210/96 (*Kudla t. Polen*); EHRM 20 juli 2004, *no.* 47940/99 (*Balogh t. Hongarije*), §63; EHRM (Grote Kamer) 23 februari 2012, *no.* 27765/09 (*Hirsi Jamaa t. Italië*), §197. Zie echter ook: EHRM (Grote Kamer) 21 januari 2011, *no.* 30696/09 (*M.S.S. t. België en Griekenland*), §394*: 'while the effectiveness of a remedy does not depend on the certainty of a favourable outcome for the applicant, the lack of any prospect of obtaining adequate redress raises an issue under Article 13'.*

Matscher.[41] Effectieve rechtsbescherming is per slot van rekening '*not simply a process but also an outcome*'.[42] In 2000 merkt het Hof, in *Kudla t. Polen*, in dat kader op dat de rechtsbescherming effectief moet zijn…

> '(…) in the sense either of preventing the alleged violation or its continuation, or of providing adequate redress for any violation that had already occurred'.[43]

Daarmee is niet gezegd dat het redres direct gekoppeld moet zijn aan de vaststelling van de schending. Artikel 13 noch het EVRM als zodanig schrijft een specifieke vorm van rechtsbescherming voor.[44] Of de lidstaat schendingen remedieert door middel van de rechterlijke vernietiging van verdragsschendingen, het compenseren van slachtoffers van zulke schendingen of door een combinatie van verschillende remedies, dat is allemaal aan de lidstaat zelf. De geboden rechtsbescherming kan, in de ogen van het EHRM, daarom voldoende effectief zijn als zij verzorgd wordt door een samenspel van rechtsmiddelen die op eigen kracht onvoldoende zijn.[45] Dat betekent dus dat het mogelijk is, dat de vaststelling van de onrechtmatigheid van het handelen, onder voorwaarden, afkomstig is van de ene instantie – bijvoorbeeld een rechter of een onafhankelijke commissie – terwijl in het redres wordt voorzien door een andere instantie – bijvoorbeeld een bestuursorgaan of de wetgever. Op de voorwaarden waaronder dat eventueel zou kunnen, ga ik in de volgende paragraaf nader in.

Artikel 13 EVRM komt er dus, bondig samengevat, op neer dat het, behoudens uitzonderingen, een gedegen onderzoek eist door een onafhankelijke en onpartijdige instantie, van 'verdedigbare' klachten omtrent de schending van materiële EVRM-rechten. De instantie moet bovendien in staat zijn om zelf, dan wel in samenwerking met een ander orgaan, te voorzien in redres of in een maatregel die voorkomt dat de verdragsschending plaatsvindt of zich herhaalt.

---

41 Matscher 1986, p. 265-267. Instemmend: Barkhuysen 1998, p. 139. Beiden leiden dat af uit ECRM (ontv.besl.) 9 juni 1958, *no.* 214/56 (*De Becker t. België*). In §6.5.2 bespreek ik de uitzonderingen die het EHRM aanneemt als het er om gaat zélf in compensatie te voorzien. Dat laat onverlet dat het zwaartepunt van de rechtsbescherming op nationaal niveau behoort te liggen, en dat het EHRM dus meer vrijheid heeft van een remedie af te zien dan de nationale rechter.

42 White 2000, p. 203.

43 EHRM (Grote Kamer) 26 oktober 2000, *no.* 30210/96 (*Kudla t. Polen*), §159.

44 EHRM 6 februari 1976, *no.* 5614/72, *Series A*-20 (*Swedish Engine Drivers' Union t. Zweden*), §50.

45 Zie o.m. EHRM 25 maart 1983, *no.* 5947/72, *Series A*-61 (*Silver e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), §113; EHRM 26 maart 1987, *no.* 9248/81, *Series A*-116 (*Leander t. Zweden*), §77; EHRM (Grote Kamer) 26 oktober 2000, *no.* 30210/96 (*Kudla t. Polen*) EHRM (ontv.) 31 augustus 2004, *no.* 55164/00 (*Toimi t. Zweden*). Onder art. 5 EVRM ook reeds: EHRM 24 oktober 1979, *no.* 6301/73 (*Winterwerp t. Nederland*), §62; EHRM 5 november 1981, *no.* 7215/75 (*X. t. Verenigd Koninkrijk*), §60, en EHRM (plenair) 24 juni 1982, *no.* 7906/77 (*Van Droogenbroeck t. België*), §56.

6.4 ARTIKEL 13 EVRM EN DE TOETSING VAN FORMELE WETGEVING

In de vorige paragraaf ben ik globaal ingegaan op de werkingssfeer van artikel 13 EVRM. Ik sprak van een 'verdedigbare klacht' omtrent de schending van een EVRM-recht. Ik ging nog niet in op de vraag op welk handelen van de Staat zo'n verdedigbare klacht betrekking kan hebben.[46] Met andere woorden: waartegen kan de 'verdedigbare klacht' gericht zijn? Tegen feitelijk handelen door overheidsorganen? Tegen de (onjuiste) toepassing van wetgeving door het bestuur? Tegen wetgeving als zodanig?

Artikel 13 EVRM doet over zulke kwesties, getuige de tekst van het voorschrift, niet moeilijk. De bepaling kwalificeert haar toepassingsbereik niet, of in elk geval niet letterlijk. Tekstueel omvat ze alle vormen van mensenrechtenschendingen. De zinsnede *'notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity*' suggereert dat in beginsel geen immuniteiten van bepaalde overheidsinstanties zijn toegestaan.[47] Toch zag het EHRM in het arrest *James e.a. t. Verenigd Koninkrijk* een uitzondering voor schendingen die gelegen zijn in wetgeving:

> 'The Court, however, concurs with the Commission that Article 13 does not go so far as to guarantee a remedy allowing a Contracting State's laws as such to be challenged before a national authority on the ground of being contrary to the Convention or to equivalent domestic legal norms'.[48]

Deze overweging roept een paar vragen op.

In de eerste plaats laat ze open dat tegen uitvoeringshandelingen die zijn gebaseerd op de, met het EVRM strijdige, wetgeving op basis van artikel 13 EVRM wel een rechtsmiddel moet openstaan. In de tweede plaats is het de vraag wat moet worden verstaan onder *'a Contracting State's laws'*: heeft het Hof hier

---

46 Het is bovendien mogelijk de vraag te stellen of klachten ook betrekking kunnen hebben op het handelen van derden, dus van niet-statelijke actoren. Daarover bestaat discussie. Ik laat die kwestie hier rusten. Mij gaat het immers uitsluitend om de toetsing van wetgeving.

47 Aldus bijv. Arai 2006, p. 1024. Men kan daar ook anders over denken: de zinsnede zou er juist op kunnen duiden dat de verdragspartijen primair het oog hadden op de executieve: zie de *concurring opinion* van rechters Bindschedler-Robert, Gölcüklü, Matscher en A. Spielmann bij EHRM (plenair) 21 februari 1986, *no.* 8793/79 (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).

48 EHRM (plenair) 21 februari 1986, *no.* 8793/79 (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), §85. De overweging is vaste rechtspraak geworden en veelvuldig herhaald: zie o.a. EHRM (plenair) 8 juli 1986, *no.* 9006/80 (*Lithgow t. VK*), §206; EHRM 26 maart 1987, *no.* 9248/81, *Series A*-116 (*Leander t. Zweden*); EHRM 25 maart 1993, *no.* 13134/87 (*Costello Roberts t. VK*); EHRM (Grote Kamer) 26 oktober 2000, *no.* 30210/96 (*Kudla t. Polen*); EHRM 11 juni 2002, *no.* 36042/97 (*Willis t. VK*); EHRM (ontv.) 8 juli 2003, *no.* 74205/01 (*Hirst t. VK no. 1*); EHRM (Grote Kamer) 8 juli 2003, *no.* 36022/97 (*Hatton t. VK*); EHRM (Grote Kamer) 19 oktober 2005, *no.* 32555/96 (*Roche t. VK*); EHRM (ontv.) 5 juli 2007, *no.* 69917/01 (*Saccoccia t. Oostenrijk*); EHRM (Grote Kamer) 19 februari 2009, *no.* 3455/05 (*A. e.a. t. VK*); EHRM 23 november 2010, *no.* 60041/08, *AB* 2011/123 m.nt. Uzman, *EHRC* 2011/20 m.nt. De Lange (*Greens & M.T. t. VK*).

het oog op alle materiële wetgeving, of gaat het zuiver om wetgeving in formele zin? De derde kwestie is, wat de achtergrond is van 's Hofs restrictieve benadering. Ik ga op alle drie de kwesties kort in.

6.4.1 De uitvoering van wetgeving

De zojuist aangehaalde overweging van het arrest *James & Others* spreekt van de toetsing van wetgeving '*as such*'. Dat roept de vraag op of de uitzondering beperkt blijft tot een *direct* beroep tegen wetgeving. Het argument luidt dan als volgt: weliswaar vereist artikel 13 EVRM niet dat de Staat toetsing *in abstracto* van wetgeving mogelijk maakt, maar toetsing in concreto van een, op het wettelijk voorschrift gebaseerde, uitvoeringshandeling is andere koek.

Het maken van zo'n verschil zou aansluiten bij de rechtspraak van het Hof zelf, die – afgezien van een aantal, overigens belangrijke, uitzonderingen – over het algemeen inhoudt dat in Straatsburg niet tegen wettelijke voorschriften kan worden geklaagd totdat die voorschriften op de klager zijn (of vrijwel zeker zullen worden) toegepast. Het Hof meent dat het klachtrecht onder het EVRM:

> 'does not institute for individuals a kind of actio popularis for the interpretation of the Convention; it does not permit individuals to complain against a law in abstracto simply because they feel that it contravenes the Convention. In principle, it does not suffice for an individual applicant to claim that the mere existence of a law violates his rights under the Convention; it is necessary that the law should have been applied to his detriment'.[49]

Dat het Straatsburgse toezichtmechanisme geen *actio popularis* is ten aanzien van mogelijk EVRM-inconsistente regelgeving, betekent niet dat klagers in Straatsburg niet tegen wetgeving kunnen klagen. Zij doen dat in de regel echter over de band van de (dreigende) uitvoering van die regelingen. Het zou verklaarbaar zijn aan te nemen, dat het EHRM dan ook vindt dat artikel 13 EVRM niet zover gaat een rechtsmiddel open te stellen tegen wetgeving als zodanig. In een restrictieve lezing van het arrest *James e.a. t. Verenigd Koninkrijk* zou de uitzondering daar dan toe beperkt worden. Toch is dat niet zo.

Het is waar dat de toetsing van uitvoeringshandelingen in principe onder het bereik van artikel 13 EVRM valt.[50] Het maakt dan echter verschil of het wettelijk voorschrift waarop een dergelijke beschikking rust, in strijd is met een EVRM-recht. Is dat *niet* het geval, dan is artikel 13 EVRM van toepassing,

---

49 Zie o.a. EHRM (plenair) 6 september 1978, *no.* 5029/71 (*Klass e.a. t. Duitsland*), §33. Op deze rechtspraak bestaan, zoals gezegd, belangrijke uitzonderingen. Zie bijv. EHRM (plenair) 26 oktober 1988, *no.* 10581/83 (*Norris t. Ierland*), §31. Recenter: EHRM 24 juli 2003, *no.* 40016/98 (*Karner t. Oostenrijk*), §24-27.

50 Zo bijv. Barkhuysen 1998, p. 80-81 en 87-88; Cromheecke & Staelens 2004, p. 86-87.

maar is het voldoende als het nationale recht *'provides for remedies which enable to a sufficient degree, to secure compliance with the relevant legislation'*.[51] Een rechtsmiddel dat wetsconforme toepassing mogelijk maakt is dus voldoende. Is de onderliggende wettelijke regeling daarentegen zélf in strijd met het EVRM, en ging het om een gebonden beschikking, dan is de klacht tegen de uitvoeringshandeling *de facto* een klacht tegen het wettelijk voorschrift. Een beroep op artikel 13 EVRM slaagt dan niet: ook zulke klachten vallen niet onder de reikwijdte van artikel 13.[52]

6.4.2 Materiële of formele wetgeving?

De tweede vraag is bondig te beantwoorden.

Blijft de uitzondering op het toepassingsbereik van artikel 13 EVRM beperkt tot wetgeving in formele zin, of gaat zij op voor alle vormen van wetgeving? De arresten *James & Others* en *Lithgow t. Verenigd Koninkrijk* suggereren het laatste, waar de meerderheid spreekt van *'a remedy allowing a Contracting State's laws as such to be challenged'*. Tegelijkertijd lag er, voordat deze arresten gewezen werden, relatief duidelijke rechtspraak die inhield dat lagere regelgeving wél onder de reikwijdte van artikel 13 EVRM viel.[53] Werd deze rechtspraak met het arrest *James & Others* verlaten? Een aantal rechters in dat arrest gaat daarvan in hun *concurring opinions* wel uit.[54] Andere *'concurrers'* spreken daarentegen van een uitzondering met betrekking tot '*statute law*'.[55] Diverse auteurs betoogden in het verleden dan ook dat de uitzondering voor wetgeving restrictief moest worden opgevat: zij gold uitsluitend voor wetgeving in formele zin.[56] Het Hof heeft inmiddels verduidelijkt dat dit standpunt juist is. Tegenwoordig spreekt het expliciet van *primary legislation*, waartegen op nationaal niveau – op basis van artikel 13 EVRM – niet een rechtsmiddel hoeft open te staan.[57]

---

51 EHRM (ontv.) 7 december 2000, *no.* 39187/98 (*H.M. t. Zwitserland*). Eerder (impliciet): EHRM (plenair) 8 juli 1986, *no.* 9006/80 (*Lithgow e.a. t. VK*), §207.

52 Zie o.a. EHRM (Grote Kamer) 19 oktober 2005, *no.* 32555/96 (*Roche t. VK*), §137.

53 EHRM 25 maart 1983, *no.* 5947/72 (*Silver e.a. t. VK*); EHRM 28 juni 1984, *no.* 7878/77 (*Campbell & Fell t. VK*); EHRM (plenair) 28 mei 1985, *no.* 9474/81 (*Abdulaziz, Cabales & Balkandali t. VK*). Nader: Barkhuysen 1998, p. 77-79.

54 Pinheiro Farinha, Pettiti en Russo *concurring* onder EHRM (plenair) 21 februari 1986, *no.* 8793/79 (*James e.a. t. VK*).

55 Bindschedler-Robert Gölcüklü, Matscher en A. Spielmann *concurring*.

56 Vgl. Heringa 1990, p. 317-320, en Barkhuysen 1998, p. 78-79.

57 EHRM 11 juni 2002, *no.* 36042/97 (*Willis t. VK*), §62. Zie ik het goed, dan spreekt het Hof in deze zaak voor het eerst expliciet van *primary legislation*. Zie voorts o.a. EHRM (Grote Kamer) 19 oktober 2005, *no.* 32555/96 (*Roche t. VK*), §137. Tevens: EHRM (ontv.) 27 november 2003, *no.* 62902/00 (*Zollmann t. VK*); EHRM (ontv.) 5 juli 2007, *no.* 69917/01 (*Saccoccia t. Oostenrijk*); EHRM 30 november 2004, *no.* 46082/99 (*Klyakhin t. Rusland*), §114.

6.4.3 De ratio voor de uitzondering

Waarom deze uitzondering voor formele wetgeving op de werkingssfeer van artikel 13 EVRM? Het Hof zelf zegt daarover doorgaans niet zoveel.[58] Het stelt vaak dát artikel 13 geen remedie tegen legislatieve schendingen van het EVRM eist, maar een verklaring daarvoor geeft het dan niet. Het dichtst in de buurt bij een dergelijke verklaring, komt de *concurring opinion* van een viertal rechters bij het arrest *James & Others*.[59] Daarin worden twee redenen genoemd voor de restrictieve houding van het Hof. De eerste is een verdragshistorische:

> 'it seems fairly improbable that those drafting the Convention intended the scope of Article 13 to extend to this point as, when the Convention was ratified, only a few Contracting States made legislative provision for private individuals to test the constitutionality of a statute (or its compatibility with the Convention) (…)'.

In 1986 is daarin, aldus het viertal, nog onvoldoende veranderd. Er is dus – nog – geen reden om artikel 13 EVRM op dit punt evolutief uit te leggen. Ten tweede noemt het viertal nog een tekstueel argument: de zinsnede '*notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity*' zou er volgens hen óók ('*also permissible to infer*') op kunnen duiden dat de verdragssluitende staten vooral het oog hadden op rechtsbescherming tegen mensenrechtenschendingen door rechter en bestuur.

Of de motivering van de vier *concurrers* ook inzicht geeft in de meningsvorming van de meerderheid is uiteraard de vraag. Als hun argumentatie van doorslaggevend belang was geweest voor 's Hofs beslissing, dan is het de vraag waarom zij geen plaats heeft gekregen in de uitspraak. Het ontbreken van een motivering in de meerderheidsopinie lijkt er op te wijzen dat de overeenstemming alleen de conclusie gold en niet de redenen voor die conclusie.

Daar komt bij dat de argumentatie van de *concurrers* eigenlijk niet zo veel zegt. Ze berust op verdragshistorische en tekstuele analyse. Het viertal legt echter niet uit *waarom* voor zo'n analyse gekozen moet worden. Het Hof heeft dan namelijk al zo´n acht jaar eerder principieel uitgesproken dat het verdrag een *living instrument* is dat evolutief moet worden uitgelegd.[60] Bovendien legt het Hof het EVRM zo uit dat de daarin neergelegde rechten *practical and effective* zijn.[61] Zo overwoog het in het verleden:

---

58 Daarop is kritiek: zie de genoemde *concurring opinions* bij EHRM (plenair) 21 februari 1986, *no.* 8793/79 (*James e.a.*).

59 Het gaat om de rechters Bindschedler-Robert Gölcüklü, Matscher en A. Spielmann.

60 EHRM 25 april 1978, *no.* 5856/72 (*Tyrer t. VK*), §31.

61 EHRM 9 oktober 1979, *no.* 6289/73 (*Airey t. Ierland*). Later o.a. bevestigd in: EHRM (Grote Kamer) 18 februari 1999, *no.* 28934/95 (*Beer & Regan t. Duitsland*), §57; EHRM (Grote Kamer) 23 februari 2012, *no.* 27765/09 (*Hirsi Jamaa e.a. t. Italië*), §175. Zie nader: Gerards 2011a, p. 30-34. In de context van de toegang tot de Straatsburgse toezichtsorganen sprak het Hof in

> 'In interpreting the Convention regard must be had to its special character as a treaty for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms (…). Thus, the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings require that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective (…)'.[62]

Het subjectieve recht op effectieve nationale rechtsbescherming wordt deels illusoir wanneer artikel 13 EVRM restrictief wordt uitgelegd. Daar komt bij dat zo'n restrictieve uitleg ertoe leidt dat mogelijke slachtoffers van legislatieve schendingen voor hun rechtsbescherming uitsluitend bij het EHRM terecht kunnen. Dat zou een belangrijke uitzondering opleveren op het uitgangspunt van subsidiariteit dat ten grondslag ligt aan de artikelen 13 en 35 EVRM. Ook een systematische uitleg van het EVRM zou dus in de richting van een extensieve lezing van artikel 13 kunnen leiden.[63]

Wat men ook van de argumentatie van de vier *concurrers* vindt, hun verdragshistorische en tekstuele benadering is dus het resultaat van een keuze. De vraag is wat die keuze heeft gemotiveerd. De redenen daarvoor lijken vooral institutioneel van aard. Eén ervan is dat een extensieve lezing van artikel 13 EVRM afbreuk zou doen aan het uitgangspunt dat het aan de verdragsstaten zélf is om te bepalen hoe zij het verdrag in de nationale rechtsorde implementeren.[64] Als staten verplicht zijn om klachten over schending van het EVRM op nationaal niveau te laten onderzoeken door een onafhankelijk en onpartijdig orgaan, dat in staat is om in redres te voorzien, dan dwingt artikel 13 EVRM *de facto* tot het incorporeren van het EVRM. Het komt er immers in de praktijk op neer dat een rechterlijke instantie de wetgeving in kwestie aan het EVRM moet toetsen en deze, zo nodig, buiten toepassing moet laten.[65] Aan dat probleem zou mogelijk tegemoet kunnen worden gekomen door dergelijke wetgeving te toetsen aan een eigen nationale (analoge) grondrechtencatalogus. In dat geval loopt men echter tegen een tweede fundamenteel probleem aan: artikel 13 EVRM dwingt dan tot de keuze voor een specifiek model van grondrechtenbescherming, namelijk een model waarin zulke grondrechten worden gehandhaafd door rechterlijke toetsing van wetgeving. Dat model gaat uit van de gedachte dat grondrechten te beschouwen zijn als een

---

de zeventiger jaren ook reeds van het '*effet utile*' van de Conventie: EHRM (plenair) 6 september 1978, *no.* 5029/71, *Series A*-28 (*Klass e.a. t. Duitsland*), §34.

62 EHRM (plenair) 7 juli 1989, *no.* 14038/88 (*Soering t. VK*), §87. Bevestigd in o.m. EHRM (Grote Kamer) 4 februari 2005, *no.* 46951/99 (*Mamatkulov & Askarov t. Turkije*).

63 De systematische interpretatiemethode treft men o.a. in EHRM 26 maart 1987, *no*. 9248/81 (*Leander t. Zweden*), §78. Zie recenter: EHRM (Grote Kamer) 12 november 2008, *no.* 34503/97 (*Demir & Baykara t. Turkije*).

64 Zie voor dat uitgangspunt: EHRM 6 februari 1976, *no.* 5614/72, *Series A*-20 (*Swedish Engine Drivers' Union t. Zweden*), §50. Zie voorts: EHRM (plenair) 21 februari 1986, *no.* 8793/79 (*James e.a. t. VK*), §84; EHRM (plenair) 26 november 1991, *no.* 13585/88 (*Observer & Guardian t. VK*), §76.

65 Vgl. Barkhuysen 1998, p. 74.

reeks grenzen aan de wetgevende macht die door de rechter, als grenswacht, worden gehandhaafd.[66] Dat model was ten tijde van de totstandkoming van het EVRM, noch in 1986, onomstreden. Diverse landen kenden een model waarbij geen rechterlijke toetsing van wetgeving aan grond- of mensenrechten openstond. In zo'n model worden fundamentele rechten eerder beschouwd als argumenten in de politieke arena.[67] Het past bij zo'n filosofie niet, om toetsing van wetgeving door de rechter toe te staan. Een land als het Verenigd Koninkrijk zou onder een extensieve lezing van artikel 13 EVRM dus gedwongen worden afscheid te nemen van het, de Britten zo dierbare, beginsel van parlementaire soevereiniteit.[68] Dat staat op gespannen voet met het uitgangspunt van het EHRM, dat de Conventie niet dwingt tot een bepaald model van grondrechtenbescherming.[69]

De redenen voor de restrictieve houding van het Hof ten aanzien van de toepassing van artikel 13 EVRM op formele wetgeving zijn dus tweeërlei. In de eerste plaats kan het niet zo zijn dat artikel 13 EVRM *de facto* dwingt tot incorporatie, met voorrang, van het verdrag in de nationale rechtsorde. In de tweede plaats dient zij niet zo uitgelegd te worden dat ze ertoe dwingt rechterlijke toetsing van formele wetgeving mogelijk te maken. Voor deze koers van het Hof pleit het verdragshistorische argument dat een meerderheid van de verdragssluitende staten ten tijde van de totstandkoming van de Conventie geen rechterlijke toetsing van wetgeving kenden.

Dat roept de vraag op hoe de zaken ervoor staan wanneer een meerderheid van de landen van de Raad van Europa wél een vorm van rechterlijke toetsing aan het EVRM of aan een nationale grondrechtencatalogus kent. Ten tijde van het arrest *James & Others* was de situatie niet zodanig gewijzigd, dat het Hof zich genoodzaakt zag artikel 13 EVRM *'in the light of present-day conditions'* uit te leggen. Het viertal *concurrers* dat ik hiervoor aanhaalde, expliciteert echter dat, wat hen betreft, de kwestie niet een principiële is.[70] Volgens hen delft het beginsel van parlementaire soevereiniteit reeds het onderspit nu de lidstaten volkenrechtelijk verplicht zijn loyaal uitvoering te geven aan het EVRM. Het is, zoals ik eerder opmerkte, uiteraard de vraag of de rest van de meerderheid in *James & Others* dat standpunt deelde. Gaan we daar echter vanuit, dan laat de benadering ruimte voor een evolutieve uitleg op een later tijdstip. Moet

66 Zie voor zo'n opvatting: Hand 1958; Thayer 1893, p. 135.
67 Vgl. o.a. Gearty 2008, p. 61, 68.
68 Zie Barkhuysen 1998, p. 75 en de daar genoemde literatuur.
69 Zie o.a. EHRM 6 februari 1976, *no.* 5614/72 (*Swedish Engine Drivers' Union t. Zweden*). Recenter (zij het in een andere context): EHRM (Grote Kamer) 6 mei 2003, *no.* 39343/98 (*Kleyn e.a. t. Nederland*), §193; EHRM 30 november 2010, *no.* 23614/08 (*Urban & Urban t. Polen*), §46.
70 EHRM 21 feb.1986, *no.* 8793/79 (*James e.a. t. VK*), Bindschedler-Robert, Gölcüklü, Matscher en A. Spielmann *concurring.*

het Hof daarvoor kiezen? Heeft het dat misschien al gedaan? Op deze beide vragen ga ik nu in.

6.4.4 Kritiek

De hiervoor beschreven opstelling van het EHRM is overwegend kritisch ontvangen. De belangrijkste, en meest voor de hand liggende, kritiek is dat artikel 13 op deze manier voor een deel van zijn werking wordt beroofd.[71] Verschillende auteurs zien daarvoor geen aanleiding. De tekst van artikel 13 EVRM bevat voor een uitzondering voor de wetgever geen aanknopingspunten. Zowel het Hof als de voormalige Commissie voor de Rechten van de Mens lijken zo'n uitzondering voor de wetgever te baseren op de zinsnede '*notwithstanding that the violation has been committed by persons acting in an official capacity*'.[72] Dat zinnetje zou er op wijzen dat artikel 13 EVRM vooral betrekking heeft op de uitoefening van publiek gezag door individuen, en dus niet door de wetgever.[73] Dat standpunt is inmiddels vaak bestreden.[74] Vaak wordt dat onderbouwd met een beroep op de totstandkomingsgeschiedenis van het EVRM:

> 'Das von der EMRK herangezogene Argument des letzten Halbsatzes des Art. 13 (…) halte ich schon wegen der ganz spezifischen und klaren historischen Intention dieser Formulierung in Zusammenhang mit Besonderheiten des Common Law (…) für nicht stichhaltig; darüber hinaus: stellt man auf diesen Halbsatz ab, so ist dessen Wortlaut zunächst nur zu entnehmen, daß auch gegen derartige Akten eine wirksame Beschwerde zu eröffnen ist, nicht aber, daß sich Art. 13 EMRK ausschließlich auf Handlungen von Personen in amtlicher Eigenschaft bezieht'.[75]

De zinsnede verruimt het bereik van de bepaling dus, gelet op de bijzondere positie van ambtenaren in landen onder de *common law*, tot ambtenaren in functie. Tekstueel beperkt ze de reikwijdte niet. Daar komt bij dat het voor sommige critici niet nodig is dat artikel 13 EVRM staten ertoe dwingt te accepteren dat de nationale rechter wetgeving toetst en buiten toepassing laat:

---

71 Zie o.a. het minderheidsstandpunt van de leden Opsahl en Trechsel bij het rapport van de Commissie voor de Rechten van de Mens in ECRM (rapport) 14 december 1979, *no.* 7601/76 (*Young, James & Webster t. VK*). Voorts: Von Hebel 1989, p. 905; Holoubek 1992, p. 150; Barkhuysen 1998, p. 82-83.

72 EHRM (plenair) 21 februari 1986, *no.* 8793/79 (*James e.a. t. VK*), Bindschedler-Robert, Gölcüklü, Matscher en A. Spielmann *concurring*; ECRM (rapport) 14 december 1979, *no.* 7601/76 (*Young, James & Webster t. VK*).

73 Von Hebel 1989, p. 905.

74 Zo bijv. Matscher 1988, p. 330; Holoubek 1992, p. 150; Barkhuysen 1998, p. 82; Grabenwarter 2008, p. 393.

75 Holoubek 1992, p. 150. Zo ook: Barkhuysen 1998, p. 82.

> 'What it requires is that, in the concrete case, a national authority is in the position to remedy the situation where a right guaranteed under the Convention or under corresponding principles of domestic law has been violated. It is sufficient in our view, if (…) an authority is competent to apply these rights as correctives and to interpret national legislation subject to them whenever necessary, that is, in such a way as to be brought in conformity with the Convention. (…) It is not necessary for the national authority to be competent to declare a national law invalid in the abstract .'[76]

Toepassing van artikel 13 EVRM op formele wetgeving, hoeft dus niet te betekenen dat staten een stelsel van constitutionele of verdragstoetsing in het leven moeten roepen. Verdragsconforme uitleg is voldoende. Het EHRM zou er op kunnen toezien dat de nationale rechter tenminste probéért een verdragsschending te voorkomen, mits zijn constitutionele mandaat dat toelaat.

Sommige auteurs gaan verder dan dit pragmatische standpunt.

Matscher bijvoorbeeld, één van de – zojuist opgevoerde – vier *concurrers* bij het arrest *James & Others*, vindt het arrest achteraf niet gelukkig.[77] Hij wijst er op dat het aan de lidstaten is om een rechtshandeling waarmee inbreuk wordt gemaakt op het EVRM in formele wetgeving vast te leggen. Zij hebben zo invloed op het bepalen van de omvang van hun verdragsverplichtingen onder het EVRM. Anderen wijzen er op dat de terughoudende opstelling van het EHRM bovendien leidt tot een gat in de rechtsbescherming en tot rechtsongelijkheid tussen de verschillende verdragsstaten.[78] In landen die de Conventie, met voorrang, hebben geïncorporeerd bestaat immers een rechtsmiddel waarmee een *arguable claim* omtrent de schending van een mensenrecht aan de orde kan worden gesteld. Verblijft een klager daarentegen in een land dat de Conventie niet heeft geïncorporeerd, dan is hij aangewezen op het EHRM. Nog los van de praktische bezwaren die daartegen zijn aan te voeren – hoe zit het bijvoorbeeld met de Straatsburgse werklast, die er vermoedelijk toe leidt dat zo'n klager lang op zijn rechtsbescherming moet wachten? – blijft in zo'n geval de schending bestaan totdat het Hof in de eerste plaats heeft vastgesteld dat daarvan sprake is, en totdat de wetgever gevolgen aan dat oordeel heeft verbonden.[79]

Het verst gaat Holoubek, een Oostenrijker die de uitzondering voor de formele wetgever kwalificeert als strijdig met de rechsstaatidee.[80] Voor Holou-

---

76 ECRM (rapport) 14 december 1979, *no.* 7601/76 (*Young, James & Webster t. VK*), p. 49 (Opsahl en Trechsel *dissenting*).

77 Matscher 1988, p. 331-334. Zie voor een soortgelijke redenering: Von Hebel 1989, p. 905-906.

78 Zo bijv. Von Hebel 1989, p. 905-906.

79 Zie ook Barkhuysen 1998, p. 85.

80 Holoubek 1992, p. 148-151. Zijn kritiek doet denken aan de Weense rechtstheoretische School, hetgeen gelet op zijn achtergrond misschien geen gekke gedachte is. Zie over de Oostenrijkse rechtstraditie en de Weense School: Ermacora 1960 (i.h.b. p. 350) en meer in het algemeen: K. Klecatsky, R. Marcic & H. Schambeck (eds.), *Die Wiener rechtstheoretische*

bek geldt wat ook voor de vier *concurrers* uit het arrest *James & Others* gold: de lidstaten hebben te accepteren dat het EVRM het idee van parlementaire soevereiniteit op zijn minst relativeert. Het EVRM reguleert de bevoegdheid van de wetgever om de conventierechten te beperken immers door deze bevoegdheid enerzijds te erkennen en anderzijds aan voorwaarden te binden. Het EVRM is dus een normerend compromis (een '*Ausgleich*') tussen democratische en rechtstatelijke componenten.[81] De preambule bij het EVRM, aldus Holoubek, wijst op de plicht voor de wetgever om de verdragsrechten 'te handhaven en verder te ontwikkelen'. Artikel 13 vormt daarop het rechtstatelijke sluitstuk: de garantie van een effectieve nakoming door de wetgever van deze plicht. Principieel beschouwd is de uitzondering voor de toetsing van formele wetgeving daarom een valse noot in de rechtsstatelijke symfonie. Daar komt bij dat Holoubek nóg een pijl op zijn boog heeft: het subsidiaire karakter van de internationale rechtsbescherming. Het zwaartepunt van de rechtsbescherming tegen schendingen van de Conventie door de formele wetgever middels deze jurisprudentie komt bij het Straatsburgse Hof te liggen, waardoor het Hof ongewild het karakter van een constitutioneel hof krijgt.[82]

Barkhuysen tenslotte stelt het Luxemburgse Hof van Justitie EG, het Straatsburgse Hof ten voorbeeld. Luxemburg heeft, door middel van de eis van effectieve nationale rechtsbescherming van Unierecht en dankzij de *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL*-rechtspraak, bressen geslagen in de onbedreigde rol van de wetgever in het West-Europese staatsrecht. Straatsburg zou nu van de, vermoedelijk, verminderde weerstand tegen inmengingen in het nationale constitutionele systeem moeten profiteren om in elk geval incorporatie van het EVRM af te dwingen.[83] Hoewel het Hof incorporatie nog altijd niet heeft afgedwongen, lijkt een trend in die richting wel ingezet.

6.4.5 Terughoudendheid op de terugtocht? De rechtspraak sinds *James & Others*

Heeft het EHRM zich iets van deze kritiek aangetrokken? Wie de belangrijkste handboeken over het EVRM er op naslaat, komt tot de conclusie van niet.[84] Dat is niet verwonderlijk. De riedel in *James & Others*, dat artikel 13 EVRM 'does not go so far as to guarantee a remedy allowing a Contracting State's laws as such to be challenged before a national authority', is verworden tot vaste

---

Schule – Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross, Wien (etc.): Europa Verlag Wien 1968.

81 Holoubek 1992, p. 150. In soortgelijke zin: Grabenwarter 2008, p. 393.

82 Holoubek 1992, p. 151.

83 Barkhuysen 1998, p. 84-87.

84 Zie o.a. Cromheecke & Staelens 2004, p. 88-89; Arai 2006, p. 1024-1025.

rechtspraak. De Grote Kamer citeert haar geregeld.[85] Wel doet men dat doorgaans in zaken tegen het Verenigd Koninkrijk.[86] Ook dat behoeft geen verbazing te wekken. In de meeste andere landen van de Raad van Europa is wetgeving op de één of andere manier aan rechterlijke toetsing onderworpen.[87] De kamers van het Hof wijken van de *James*-rechtspraak normaal gesproken evenmin af.[88] Toch waren er de afgelopen jaren enkele opvallende uitzonderingen. Ik bespreek die uitzonderingen hier kort en bezie vervolgens of zij aanleiding geven om van een nieuwe koers van het EHRM te spreken.

Voor de Nederlandse juristerij ongetwijfeld het meest in het oog springend waren twee ontvankelijkheidsbeslissingen van het EHRM in 2002. In de zaken van *Auerbach* en van *Arends t. Nederland* ging het om belastingwetgeving die door de Nederlandse rechter in strijd met artikel 14 jo. 1 Eerste Protocol EVRM werd bevonden.[89] Volgens die Nederlandse rechter ging het zijn rechtsvormende taak echter te buiten om daar iets aan te doen.[90] De respectievelijke klagers zagen daarin strijd met artikel 13 EVRM. Het Hof zag dat anders. Het verklaarde de klachten niet-ontvankelijk. Waarom? Kort gezegd omdat de rechtsbescherming op nationaal niveau volgens het Hof adequaat was geweest. Auerbach en Arends waren, voor wat betreft hun klachten onder de materiële EVRM-rechten, dus niet meer te beschouwen als slachtoffer in de zin van artikel 34 EVRM. Om dezelfde reden was de klacht onder artikel 13 EVRM kennelijk-ongegrond:

> 'In these particular circumstances, and bearing in mind that the Court itself has held in various cases that a finding of a violation in itself constituted adequate just satisfaction under Article 41 of the Convention for any non-pecuniary damages suffered, the Court accepts that the Supreme Court's finding of a violation of the applicant's rights under Article 14 of the Convention in conjunction with the cost orders issued in the applicant's favour, and its instruction to the legislator to enact new legislation which has in fact occurred, may be regarded as adequate redress. (…) The Court is therefore of the opinion, (…) that the applicant did have an effective remedy within the meaning of Article 13 of the Convention'.[91]

---

85 Vgl. relatief recent o.m. EHRM (Grote Kamer) 8 juli 2003, *no.* 36022/97 (*Hatton t. VK*); EHRM (Grote Kamer) 19 oktober 2005, *no.* 32555/96 (*Roche t. VK*); EHRM (Grote Kamer) 19 februari 2009, *no.* 3455/05 (*A. e.a. t. VK*).

86 Zij het niet altijd: zie o.m. EHRM (Grote Kamer) 26 oktober 2000, *no.* 30210/96 (*Kudla t. Polen*).

87 Zie daarover reeds: Barkhuysen 2008, p. 75 en 241-242.

88 Zie bijv. EHRM 11 juni 2002, *no.* 36042/97 (*Willis t. VK*); EHRM (ontv.) 8 juli 2003, *no.* 74205/01 (*Hirst t. VK no. 1*); EHRM 23 november 2010, *no.* 60041/08, *AB* 2011/123 m.nt. Uzman, *EHRC* 2011/20 m.nt. De Lange (*Greens & M.T. t. VK*). Ook zij doen dat in de meeste gevallen in zaken tegen het Verenigd Koninkrijk, maar er zijn belangrijke uitzonderingen. Vgl. o.a.: EHRM (ontv.) 5 juli 2007, *no.* 69917/01 (*Saccoccia t. Oostenrijk*).

89 EHRM (ontv.) 29 januari 2002, *no.* 45600/99, *NJCM-Bulletin* 2002/8 m.nt. Barkhuysen (*Auerbach t. Nederland*); EHRM (ontv.) 29 januari 2002, *no.* 45618/99 (*Arends t. Nederland*).

90 HR 15 juli 1998, *BNB* 1998/293 (*Autokostenforfait*).

91 EHRM (ontv.) 29 januari 2002, *no.* 45600/99 (*Auerbach t. Nederland*).

Op deze argumentatie kom ik nog wat uitgebreider terug. Hier valt in de eerste plaats op dat het Hof zich niet bedient van de *James*-riedel om de klacht omtrent artikel 13 EVRM van tafel te vegen. De laatste zinsnede maakt duidelijk dat het Hof de rechtsgang voor de Nederlandse rechter toetst aan artikel 13. Sommige auteurs zien in deze zinsnede een signaal dat het gedaan is met de *James*-riedel.[92] Artikel 13 EVRM is vanaf 2002 ook van toepassing op formele wetgeving.

Zulke auteurs lijken hun gelijk in 2004 bevestigd te zien als het Hof Roemenië, in het arrest *Sabou & Pircalab*, veroordeelt wegens een schending van artikel 13 EVRM.[93] Sabou en Pircalab zijn journalisten die, na een nogal kritische beschouwing over een rechter, strafrechtelijk worden vervolgd. Sabou krijgt in dat verband een gevangenisstraf opgelegd. Onderdeel van die straf is dat hij gedurende de detentie niet alleen is uitgesloten van het kiesrecht, maar ook van het ouderlijk gezag over zijn kinderen. Deze maatregel volgt rechtstreeks uit de artikelen 71 jo. 64 van de Roemeense strafwet, een wet in formele zin. Volgens deze bepalingen, zo constateert het EHRM, gaat detentie automatisch gepaard met het tijdelijke verlies van ouderlijk gezag:

> 'La Cour souligne qu'en droit roumain, le retrait de l'autorité parentale découle de la loi et est automatique, à titre de peine accessoire, dès lors qu'une personne exécute une peine de prison'.[94]

Sabou klaagt in Straatsburg dat deze automatische ontneming van ouderlijk gezag conflicteert met de artikelen 8 en 13 EVRM. Zijn klacht houdt *de facto* in dat de artikelen 71 jo. 64 van de Roemeense strafwet in strijd zijn met artikel 8 EVRM, en dat hij – onder artikel 13 EVRM – ten onrechte geen mogelijkheid heeft gehad deze strijd op nationaal niveau aan de orde te stellen.

Het ligt voor de hand dat Sabou de *James*-riedel wordt voorgehouden: wat Sabou in feite betoogt is dat hij een klacht over de verenigbaarheid van de strafwet met het EVRM niet bij de nationale rechter aan de orde kon stellen. Daarop past het antwoord dat artikel 13 EVRM dit ook niet van de lidstaten verlangt. De Roemeense regering beroept zich evenwel niet op de exceptie. Roemenië kent immers een stelsel van constitutionele toetsing bij een constitutioneel hof. De regering voert daarom aan dat Sabou zich tot dat hof had kunnen wenden. Het EHRM volgt dit verweer niet:

> 'Pour autant que le Gouvernement allègue que les requérants auraient eu la possibilité de soulever l'exception d'inconstitutionnalité des articles 64 et 71 du Code pénal et de demander le renvoi devant la Cour constitutionnelle, la Cour réitère

92 Rombouts 2003, p. 263-264; Vlemminx in zijn annotatie onder AB 2005/231.
93 EHRM 28 september 2004, *no.* 46572/99, *AB* 2005/231 m.nt. Vlemminx (*Sabou & Pircalab t. Roemenië*).
94 *Sabou & Pircalab t. Roemenië* (2004), §54.

son constat lors de l'examen de la recevabilité du grief tiré de l'article 8 de la Convention, selon lequel cette voie de recours ne leur était pas accessible, car il ne leur était pas loisible de soumettre directement à la Cour constitutionnelle l'exception d'inconstitutionnalité mentionnée (…). En tout état de cause, la Cour observe que la Cour constitutionnelle s'était prononcée, par décision du 14 juin 2001 (…), sur la constitutionnalité de cet article, et l'a jugé conforme à la Constitution, en retenant que l'établissement des peines accessoires, même de manière automatique, relève de la politique pénale du législateur. Dans ces circonstances, la Cour considère que la possibilité, pour le requérant, de soulever l'exception d'inconstitutionnalité des articles 64 et 71 du Code pénal, et de demander le renvoi devant la Cour constitutionnelle, ne constituait pas une voie de recours effectif, de nature à offrir de redressement approprié au grief tiré de l'article 8 de la Convention.'[95]

Beslissend voor de argumentatie van het EHRM is dat klagers niet direct toegang hebben tot het constitutionele hof (het is aan de strafrechter om een prejudiciële vraag aan het hof te stellen), en dat de wettelijke regeling, volgens de vaste rechtspraak van dat hof, rechtmatig is.[96] Van belang is dat het Hof dus wél aan artikel 13 EVRM toetst en tot een schending concludeert. Een auteur als Vlemminx ziet daarin de bevestiging dat de *James*-riedel verleden tijd is.[97]

Tot slot valt nog te wijzen op een reeks soortgelijke Italiaanse zaken, het merendeel uit 2006.[98] Ik behandel er hier één: *Campagnano t. Italië.* In deze zaak staat de verenigbaarheid met het EVRM van de Italiaanse faillissementswetgeving centraal. Daarin is vastgelegd dat de gefailleerde wordt ingeschreven in een faillissementsregister. Die inschrijving heeft een aantal onaangename gevolgen voor de gefailleerde. Hij of zij wordt bijvoorbeeld voor de duur van het faillissement uitgesloten van het kiesrecht, en kan geen economische activiteiten meer ontplooien. Die inschrijving geldt overigens niet alleen de duur dat er nog vorderingen openstaan, maar ook nog een periode daarna, totdat de gefailleerde, in de woorden van het Hof, 'has shown proof of "effect-

95 *Sabou & Pircalab t. Roemenië* (2004), §54-56.

96 Merkwaardigerwijs gaat het EHRM niet in op de eigen rechtspraak inhoudende dat artikel 13 EVRM weliswaar een rechtsmiddel eist, maar niet dat de klager ook gelijk krijgt wanneer hij daarvan gebruik maakt. Zie EHRM 6 februari 1976, *no.* 5614/72, *Series A*-20 (*Swedish Engine Drivers' Union t. Zweden*), §50; EHRM 30 oktober 1991, *no.* 13163/87 (*Vilvarajah e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), §12; EHRM 6 februari 1976, *no.* 5614/72, *Series A*-20 (*Swedish Engine Drivers' Union t. Zweden*), §50. Recent: EHRM (Grote Kamer) 26 oktober 2000, *no.* 30210/96 (*Kudla t. Polen*). Ik wil daarmee overigens niet zeggen dat het Hof de kwestie daarmee af had moeten doen. Zie in dat verband bijv.: EHRM (Grote Kamer) 21 januari 2011, *no.* 30696/09 (*M.S.S. t. België en Griekenland*), §394*: 'while the effectiveness of a remedy does not depend on the certainty of a favourable outcome for the applicant, the lack of any prospect of obtaining adequate redress raises an issue under Article 13'.*

97 Zie zijn noot onder *AB* 2005/231 (*Sabou & Pircalab t. Roemenië*).

98 EHRM 22 april 2004, *no.* 7503/02 (*Neroni t. Italië*); EHRM 23 maart 2006, *no.* 77924/01 (*Albanese t. Italië*); EHRM 23 maart 2006, *no.* 77955/02 (*Campagnano t. Italië*); EHRM 23 maart 2006, *no.* 77962/02 (*Vitiello t. Italië*); EHRM 5 oktober 2006, *no.* 1595/02 (*De Blasi t. Italië*).

ive and consistent good conduct".[99] Het Hof ziet daarin een automatische bijkomende 'straf', die het – onder verwijzing naar zaken als *Sabou & Pircalab* en *Hirst t. Verenigd Koninkrijk*, niet zonder meer proportioneel vindt. Campagnano klaagt dat zij tegen de bijkomende maatregelen niet kon opkomen en dat dit een schending oplevert van artikel 13 EVRM.

Ook de Italiaanse regering verweert zich niet met de stelling dat de bijkomende sancties, voor een belangrijk deel, automatisch voortvloeien uit de (formele) faillissementswetgeving, dat de materiële klachten dus in essentie gericht zijn tegen formele wetgeving en dat daartegen op nationaal niveau geen rechtsmiddel hoeft open te staan. Zij voert aan dat Campagnano op had kunnen komen tegen de beslissing om haar failliet te verklaren en haar in te schrijven in het register. Het EHRM gaat daarin niet mee. Het Hof:

> 'observes that, although section 26 of the Bankruptcy Act allows the bankrupt to lodge an appeal with the courts, such an appeal can relate only to the decisions of the bankruptcy judge. Accordingly, it cannot constitute an effective remedy against the maintenance of the restrictions, which are a direct consequence not of any decision by the bankruptcy judge but of the (…) entry of the person's name in the bankruptcy register'.[100]

Deze overweging moet gelezen worden in de context van de overwegingen van het Hof bij de beslissing om een schending van het materiële artikel 8 EVRM aan te nemen. Het probleem was nu juist dat de bijkomende maatregelen een automatisme waren die zonder rechterlijke toetsing in het individuele geval van toepassing waren. De procedurele invulling van de schending onder artikel 8 EVRM zorgt er dus eigenlijk voor dat het Hof onder artikel 13 EVRM niet veel anders meer kan dan een soortgelijke schending aannemen. Het doet echter opnieuw afbreuk aan de *James*-rechtspraak. Betekent dit alles nu dat deze achterhaald is?

Daar lijkt het in eerste instantie niet op. Ook na de zojuist besproken zaken verwijst het Hof naar die rechtspraak nog geregeld. Vooral, uiteraard, in zaken tegen het Verenigd Koninkrijk, maar ook in arresten en beslissingen die tegen andere landen – landen zoals Oostenrijk en Bulgarije, waarin toetsing tegen wetgeving openstaat bij een constitutioneel hof – worden gewezen.[101] Toch meenden de Britse advocaten van een aantal gedetineerden wier kiesrecht –

---

99 EHRM 23 maart 2006, *no.* 77955/02 (*Campagnano t. Italië*), §64.

100 EHRM 23 maart 2006, *no.* 77955/02 (*Campagnano t. Italië*), §75.

101 Zie o.m. EHRM 11 juni 2002, *no.* 36042/97 (*Willis t. VK*); EHRM (ontv.) 8 juli 2003, *no.* 74205/01 (*Hirst t. VK no. 1*); EHRM (Grote Kamer) 8 juli 2003, *no.* 36022/97 (*Hatton t. VK*); EHRM 19 juli 2005, *no.* 6638/03 (*P.M. t. VK*); EHRM (Grote Kamer) 19 oktober 2005, *no.* 32555/96 (*Roche t. VK*); EHRM (ontv.) 5 juli 2007, *no.* 69917/01 (*Saccoccia t. Oostenrijk*); EHRM 22 mei 2008, *no.* 15197/02 (*Petrov t. Bulgarije*); EHRM (Grote Kamer) 19 februari 2009, *no.* 3455/05 (*A. e.a. t. VK*); EHRM (Grote Kamer) 26 december 2010, *no.* 25579/07 (*A., B. & C. t. Ierland*), §273.

in strijd met de *Hirst*-rechtspraak van het EHRM – tijdelijk was opgeschort, dat zij verleden tijd was.

In de zaak van *Greens & M.T.* klaagden zij in Straatsburg niet alleen vanwege de voortgezette schending van het kiesrecht, maar over schending van artikel 13 EVRM. Weliswaar is rechterlijke toetsing van de relevante wetgeving, sinds de invoering van de *Human Rights Act* 1998, mogelijk. Die toetsing was in de ogen van de klagers gemankeerd nu de Britse rechter bij evidente strijd zoals hier aan de orde, uitsluitend een – de wetgever niet bindende – verklaring van onverenigbaarheid kan uitvaardigen en dus niet zélf in rechtsherstel kan voorzien. De regering verweerde zich, zoals gebruikelijk, met een verwijzing naar de rechtspraak in *James & Others* en *Lithgow*: de klacht was in essentie gericht tegen het ontbreken van toetsing aan de Conventie en staten zijn onder artikel 13 EVRM niet verplicht om zulke toetsing mogelijk te maken.[102]

De klagers brengen vervolgens de Italiaanse zaken, waaronder *Campagnano*, in stelling. Ook in die zaken was sprake van automatisch uit de wet voortvloeiende bijkomende 'sancties' waartegen geen rechtsmiddel openstond. Het EHRM gaat daarin niet mee. Het ziet een verschil tussen de Italiaanse zaken en het Britse geval:

> 'In James and Others v. the United Kingdom (…), the Court held that Article 13 did not go so far as to guarantee a remedy allowing a Contracting State's laws as such to be challenged before a national authority on the ground of being contrary to the Convention or to equivalent domestic legal norms. This position has been confirmed in numerous subsequent cases (…).
>
> The Italian cases to which the applicants referred are not authority for the contrary position: as the Government pointed out, these cases were concerned with the manner of implementation of the relevant legislative provisions and can therefore be distinguished from the present cases'.[103]

In Italiaanse zaken ging het, aldus het Hof, om 'the manner of implementation' van formele wetgeving. Dat is een merkwaardig standpunt, gelet op de overwegingen die het Hof in *Campagnano* wijdt aan de schending onder artikel 8 EVRM. *Greens & M.T.* is immers een vervolg op het arrest *Hirst t. Verenigd Koninkrijk*, en juist naar dát arrest verwijst de kamer die in *Campagnano* een schending van de artikelen 8 en 13 EVRM aanneemt. Het kwartet zaken, *Hirst, Sabou & Pircalab, Campagnano* en *Greens & M.T.*, heeft nu juist gemeen dat de klachten er in al die zaken in de kern op neer komen dat de relevante wetgeving één of meerdere onaangename rechtsgevolgen aan een bepaalde straf of maatregel koppelt, en dat de mogelijkheid ontbreekt om daar wat bij de rechter aan te doen. Het enkele zinnetje waarmee het Hof de kwestie in *Greens*

102 EHRM 23 november 2010, *AB* 2011/123 m.nt. Uzman, *EHRC* 2011/20 m.nt. De Lange (*Greens & M.T. t. VK*), §84; EHRM 6 november 2012, *no.* 47335/06 (*Redfearn t. VK*), §62.

103 *Greens & M.T.*, §90-92.

& M.T. afdoet, overtuigt dus niet. Het zinnetje maakt wel een institutionele kwestie duidelijk, namelijk dat het EHRM vooralsnog niet bereid is om de *James*-rechtspraak te verlaten, tenminste niet wanneer het gaat om het Verenigd Koninkrijk.[104]

Hoe nu chocola te maken van deze rechtspraak? Ik zie vier mogelijkheden.

In de eerste plaats kan de redenering van het Hof worden gevolgd: de uitzonderingen gingen allemaal om de *uitvoering* van wetgeving, en niet om de wetgeving zélf. Zoals gezegd vind ik dat geen verdedigbaar standpunt. Zaken als *Hirst* en *Greens & M.T.* verschillen niet wezenlijk van zaken als *Sabou & Pircalab* en *Campagnano*. Daar komt wat bij. Artikel 13 EVRM eist volgens de *James*-jurisprudentie weliswaar een rechtsmiddel voor het geval wetgeving in strijd met het EVRM wordt toegepast. Het EHRM beziet in zo'n geval echter of de klacht in essentie gericht is tegen de wetgeving als zodanig.[105] Is de toepassing door rechter of bestuur conform de wet, dan is de klacht er in wezen een, dat geen rechtsmiddel tegen de betrokken wetgeving openstond. Zo'n klacht stuit af op de *James*-exceptie. Precies daarvan leek sprake te zijn in de Italiaanse en Roemeense zaken, en in *Auerbach* en *Arends*.

Men kan de ratio voor de hier beschreven uitspraken ook anders opvatten. De *James*-exceptie kan restrictief worden opgevat. Alleen als een lidstaat toetsing van wetgeving, direct of indirect, in het geheel niet kent, vereist artikel 13 EVRM niet dat zo'n stelsel wordt ingevoerd. Bestaat wél een stelsel van toetsing van formele wetgeving, dan vereist artikel 13 EVRM dat het individu van dat middel gebruik kan maken.[106] In die optiek zijn staten niet verplicht om een stelsel van toetsing in te voeren. Doen zij dat echter wel, dan moet voldaan worden aan de effectiviteitseisen van artikel 13.[107] Martens verdedigde deze opvatting in 2000 door een parallel te trekken met de rechtspraak inzake artikel 6 EVRM:

> 'De klacht is (…) niet dat in Nederland niet de mogelijkheid bestaat de rechter te vragen een wet aan de Conventie te toetsen. Op grond van artikel 94 Grondwet bestaat die mogelijkheid immers wèl. In een zodanig geval is, dunkt me, de leer toepasselijk die het Hof heeft ontwikkeld voor hoger beroep en cassatie: artikel 6 verplicht de lidstaten niet in dergelijke rechtsmiddelen te voorzien, maar als zulke rechtsmiddelen bestaan, moeten zij in beginsel aan de eisen van artikel 6 par. 1 voldoen en voor zover ze dat niet doen, kan daarover in Straatsburg worden geklaagd'.[108]

104 Zie daarover mijn eigen annotatie onder *AB* 2011/123.
105 EHRM (plenair) 8 juli 1986, *no.* 9006/80 (*Lithgow e.a. t. Verenigd Koninkrijk*).
106 Zie Barkhuysen 1998, p. 81, onder verwijzing naar art. 14 EVRM. Ook reeds Eberhard 1983, p. 531-532.
107 Vlemminx 2002a, p. 82 gaat daarvan uit.
108 Martens 2000a, p. 753.

Tegen deze opvatting is wel wat in te brengen. In de eerste plaats is de analogie met artikel 6 EVRM enigszins *besides the point*. Waar staten een stelsel van hoger beroep invoeren dat niet aan de eisen van artikel 6 EVRM voldoet, hollen zij het recht op een eerlijk proces in eerste aanleg uit.[109] Belangrijker is een principieel argument: staten die bereid zijn om te voorzien in een stelsel dat hun burgers toch zo veel mogelijk effectieve rechtsbescherming tegen formele wetgeving garandeert worden zo benadeeld ten opzichte van landen die zich aan die effectieve rechtsbescherming in het geheel niets gelegen laten liggen.[110] Daar ligt een belangrijk verschil met de, door Martens aangehaalde, rechtspraak over artikel 6 EVRM. In die zaken is de individuele klager, als staten onverplicht een hoger beroep introduceren dat niet aan de eisen van artikel 6 EVRM voldoet, beter uit met de uitgangssituatie: een eerlijk proces in één instantie.[111]

Het valt ook niet goed in te zien waarom het wél institutioneel te gevoelig zou liggen om het Verenigd Koninkrijk te verwijten dat de Britse rechter daar wetgeving nooit buiten toepassing mag laten, maar niet om de Nederlandse of de Duitse rechters te verwijten dat zij dat in bepaalde gevallen niet mogen doen. Als de keuze van een lidstaat om toetsing in het geheel uit te sluiten gerespecteerd wordt, dan moet de keuze om dat gedeeltelijk te doen óók gerespecteerd worden. De uniforme toepassing van artikel 13 EVRM in het verdragsgebied vereist dat. Dit argument wint, wat mij betreft, aan kracht wanneer men bedenkt dat het Verenigd Koninkrijk het EVRM inmiddels grotendeels heeft geïncorporeerd en toetsing mogelijk heeft gemaakt. De klacht dat de Britse rechter echter nog steeds niet altijd in staat is om individuen een volwaardige remedie te verschaffen wordt door het EHRM nog altijd gepareerd met een verwijzing naar de *James*-riedel.[112]

Op de voorgaande opvatting zijn twee varianten mogelijk die meer perspectief bieden.

De eerste variant sluit losjes aan bij het arrest *Eskelinen t. Finland*. Dit arrest sluit geschillen over de rechtspositie van ambtenaren niet (meer) categorisch uit van het begrip 'burgerlijke rechten en verplichtingen' onder artikel 6 EVRM. Het laat echter ruimte aan staten om zulke geschillen bij wijze van uitzondering van de werking van artikel 6 EVRM uit te sluiten. Zij moeten dat evenwel

109 Zo bijv. Vlemminx 2002a, p. 82.

110 In soortgelijke zin: Vlemminx onder *AB* 2005/231.

111 Hetzelfde geldt voor een soortgelijke redenering onder artikel 14 EVRM (staten zijn bijv. niet verplicht om een stelsel van ouderschapsverlof in het leven te roepen, maar zo'n stelsel moet verenigbaar zijn met artikel 14. Zie o.a. EHRM (Grote Kamer) 22 maart 2012, *no.* 30078/06 (*Markin t. Rusland*). Ook hier is de 'benadeelde' slechter uit dan in de uitgangssituatie.

112 Zie o.m. EHRM 19 juli 2005, *no.* 6638/03 (*P.M. t. VK*); EHRM 23 november 2010, *AB* 2011/123 m.nt. Uzman, *EHRC* 2011/20 m.nt. De Lange (*Greens & M.T. t. VK*), §84, en EHRM 6 november 2012, *no.* 47335/06 (*Redfearn t. VK*), §62.

expliciet doen.[113] Doen zij dat niet, dan is artikel 6 EVRM zonder meer van toepassing. Een soortgelijke redenering kan men ook volgen ten aanzien van de *James*-exceptie: het is mogelijk voor lidstaten om een beroep op deze exceptie te doen, maar dan moet het constitutionele recht van de lidstaat in kwestie toetsing van wetgeving expliciet verbieden. Daarmee wordt een bewuste en duidelijke keuze van de lidstaat in kwestie uitgedrukt. Het wordt zo mogelijk om te differentiëren tussen een land zoals het Verenigd Koninkrijk, dat het buiten toepassing laten van formele wetgeving nog altijd expliciet verbiedt, en landen als Nederland waarin dat, op basis van artikel 94 Grondwet, juist expliciet mogelijk is, zonder dat de rechter zich daar steeds aan houdt. Het lijkt mij wel verdedigbaar te betogen dat als Nederland een beroep op de *James*-exceptie wil doen, men de uitzonderingen op artikel 94 Gw dan toch tenminste kan trachten te definiëren en op te schrijven.

De tweede variant kiest een meer institutionele duiding. Geen van de arresten waarin artikel 13 EVRM door het Hof van toepassing werd geacht, was écht een kwestie van toetsingsmodaliteiten. In *Sabou & Pircalab* verweerde Roemenië zich met een beroep op het bestaan van een constitutioneel hof. Het probleem was dat dat Hof vaste rechtspraak had, waarin het de desbetreffende wetgeving voor rechtmatig hield. De schending van artikel 13 EVRM die het EHRM uitsprak, kan heel wel gezien worden als een duidelijke vingerwijzing dat het met díe rechtspraak anders moet. Roemenië wordt hier niet gevraagd om het stelsel van toetsing te verruimen. Iets soortgelijks geldt voor de Italiaanse faillissementszaken. Dat de Italiaanse rechter zich niet over de bijkomende sancties bij inschrijving in het faillissementsregister kon uitspreken was, zo komt het mij voor, geen constitutionele kwestie, maar enkel een uitvloeisel van het feit dat de betrokken wetgeving, in strijd met artikel 8 EVRM, automatische rechtsgevolgen toekende aan een rechterlijke beslissing. Italië kan aan dat probleem gemakkelijk iets doen zonder dat het stelsel van toetsing daarmee van karakter verandert. Dat ligt anders voor de Britse zaken, zoals de geschetste zaak *Greens & M.T.*, waarin de rechter alleen wat aan de desbetreffende wetgeving kon doen, door deze buiten toepassing te laten. Het ligt, en dat is hier wel relevant, óók anders voor de zaken van *Auerbach* en *Arends tegen Nederland*. In die zaken trof de klacht onder artikel 13 EVRM direct het hart van het Nederlandse stelsel van toetsing. Betoogd werd dat de impliciete uitzondering die de Nederlandse rechter in zijn mandaat ex artikel 94 Grondwet leest, in strijd was met het recht op effectieve rechtsbescherming. Zou het Hof op dit punt een schending hebben uitgesproken, dan is, precies op het punt van de vormgeving van het stelsel van rechtsbescherming, een koerswijzi-

113 Vgl. EHRM (Grote Kamer) 19 april 2007, *no.* 63235/00 (*Vilho Eskelinen e.a. t. Finland*), §62: 'in order for the respondent State to be able to rely before the Court on the applicant's status as a civil servant in excluding the protection embodied in Article 6, two conditions must be fulfilled. Firstly, the State in its national law must have expressly excluded access to a court for the post or category of staff in question (…)'.

ging van de hoogste rechters nodig met betrekking tot hun bevoegdheden. Dat lijkt mij een precaire kwestie. Ik zou dus menen dat de hier besproken Roemeense en Italiaanse zaken ruimte laten voor het voortbestaan van de *James*-riedel. De zaken *Auerbach* en *Arends* zijn daarmee echter niet te rijmen. Latere rechtspraak van het EHRM tegen, voornamelijk, het Verenigd Koninkrijk laat evenwel zien dat deze rechtspraak nog altijd bestaat. Beide ontvankelijkheidsbeslissingen zijn ook nooit meer geciteerd door het EHRM.[114]

De conclusie kan zijn dat de rechtspraak in *James & Others*, dat artikel 13 EVRM geen rechtsmiddel vereist waarmee klagers (de uitvoering van) formele wetgeving die in strijd is met het EVRM kunnen aanvechten, nog altijd geldend recht is.

6.4.6 Eigen opvatting

Wat van de *James*-jurisprudentie te denken?

Zoals in de vorige paragraaf betoogd, meen ik dat deze rechtspraak nog altijd geldend recht is. Daar komt bij dat artikel 13 EVRM in sommige gevallen weliswaar ook kan worden tegengeworpen als er formele wetgeving in het geding is, maar dat het artikel niet gebruikt kan worden om de vormgeving van de constitutionele toetsingsbevoegdheid aan de orde te stellen. Vanuit het perspectief van de Nederlandse rechtspraak over de grenzen van de rechtsvormende taak, betekent dit dat artikel 13 EVRM, strikt genomen, niet op deze kwestie van toepassing is. Ik teken daarbij, even los van de eigen opvatting omtrent het leerstuk, alvast aan dat dit niet altijd zo hoeft te blijven. In een tijd waarin het EHRM het druk heeft, en het onder druk wordt gezet om meer over te laten aan de nationale rechter, is het verleidelijk om meer van de nationale rechter te eisen. Nu reeds zoekt het Hof de grenzen van het EVRM op, om zich tot de nationale rechter te richten. In diverse zaken doet

114 Ik meen dan ook dat de toetsing aan artikel 13 EVRM in beide ontvankelijkheidsbeslissingen een andere ratio had, dan af te stappen van de *James*-riedel. Het EHRM werd in beide zaken al met de kwestie van de rechtsbescherming geconfronteerd onder de vraag naar het slachtofferschap. Het werd in die zin reeds gedwongen te toetsen of aan de eisen van art. 13 EVRM was voldaan. Het was wat formalistisch geweest als het Hof onder het slachtofferschap een inhoudelijk oordeel gegeven had, en deze vraag, onder verwijzing naar de *James*-rechtspraak, bij de behandeling van art. 13 EVRM had ontlopen. Daarvoor was geen reden. Wel was het, naar mijn mening, zuiverder geweest als het Hof de klacht onder art. 13 EVRM niet-ontvankelijk had verklaard wegens het wegvallen van de klacht onder art. 14 jo. 1 EP. Zie in dat verband: Barkhuysen 1998, p. 43. Anders: Vlemminx 2002a, p. 85-86, die meent dat het wél mogelijk is een schending van art. 13 aan te nemen wanneer de klacht onder het substantiële artikel is weggevallen wegens het ontbreken van slachtofferschap.

het suggesties of aanbevelingen die rechtstreeks de nationale rechter betreffen.[115]

Als artikel 13 EVRM niet van toepassing is op de *terme de grâce*, dan is de volgende vraag of dit, gelet op de ratio voor de *James*-rechtspraak, ook wenselijk is. Ik meen dat dit niet zo is. Ik sluit me aan bij de kritiek dat daarmee een, eigenlijk niet goed te verdedigen, gat in de rechtsbescherming onder het EVRM ontstaat. Het argument dat dit gat voor lief moet worden genomen, is tegenwoordig niet meer houdbaar. Het was altijd al een beetje gemankeerd omdat het suggereerde dat een staat rechterlijke toetsing van wetgeving kan voorkomen, terwijl het dat in elk geval volkenrechtelijk niet kan. Toetsing staat steeds open bij het EHRM. Intussen is dat Hof niet meer goed als een zuiver volkenrechtelijke organisatie te beschouwen. Het heeft zich in de loop der tijd tot een quasi constitutioneel hof voor de Raad van Europa ontwikkeld.[116] In dat perspectief valt niet goed vol te houden dat de lidstaten de rechtsbescherming van mensenrechten volledig aan de wetgever kunnen overlaten. In elk geval de vraag óf een mensenrecht in een bepaalde kwestie aan de orde is, en of het is geschonden is aan een rechter. Het is alleen de vraag wélke rechter dat moet zijn. Het behoeft geen betoog dat het dan voor alle partijen efficiënter is als de nationale rechter in elk geval *een* rol te spelen heeft.

Daar komt bij dat, zoals Barkhuysen anno 1998 al signaleerde, het argument dat het EVRM niet tot incorporatie in de nationale rechtsorde verplicht, aan kracht verliest nu het overgrote merendeel van destijds reeds tot incorporatie is overgegaan.[117] Die trend heeft zich doorgezet. Zelfs het Verenigd Koninkrijk heeft de Conventie inmiddels, grotendeels, geïncorporeerd in de *Human Rights Act* 1998. In *Recommendation* 2004/6 merkt het Comité van Ministers van de Raad van Europa daarover op:

> 'A primary requirement for an effective remedy to exist is that the Convention rights be secured within the national legal system. In this context, it is a welcome development that the Convention has now become an integral part of the domestic legal orders of all states parties. This development has improved the availability of effective remedies. It is further assisted by the fact that courts and executive authorities increasingly respect the case-law of the Court in the application of domestic law, and are conscious of their obligation to abide by judgments of the Court in cases directly concerning their state (see Article 46 of the Convention). (…) The improvement of domestic remedies also requires that additional action

115 Vgl. bijv. EHRM 13 januari 2011, *no.* 17792/07, *EHRC* 2011/50 m.nt. Uzman (*Kallweit t. Duitsland*), §83 (nationale rechters worden, in het kader van art. 46 EVRM, opgeroepen 'hun verantwoordelijkheid te nemen'). Voorts: EHRM 13 juni 2004, *no.* 69498/01 (*Pla & Puncernau t. Andorra*); EHRM 26 april 2007, *no.* 71525/01 (*Dumitru Popescu t. Roemenië*); EHRM (Grote Kamer) 30 juni 2009, *no.* 32772/02 (*Verein gegen Tierfabriken t. Zwitserland No. 2*); EHRM (Grote Kamer) 27 februari 2013, *no.* 16574/08 (*Fabris t. Frankrijk*). Ook reeds: EHRM 29 november 1991, *no.* 12849/87 (*Vermeire t. België*).

116 Vgl. o.m. Alkema 2000b; Stone Sweet 2009b; Greer & Wildhaber 2012.

117 Barkhuysen 1998, p. 241-242.

be taken so that, when applying national law, national authorities may take into account the requirements of the Convention and particularly those resulting from judgments of the Court concerning their state'.[118]

Een evolutieve interpretatie van artikel 13 EVRM ligt in dit verband dus voor de hand.

Tot slot nopen drie relatief recente ontwikkelingen het Hof, mijns inziens, tot een actievere houding onder artikel 13. De eerste is welbekend: de werklast van het EHRM. Het Hof verklaart momenteel regelmatig klachten ontvankelijk van Britten die op nationaal niveau niet hebben geprocedeerd omdat zij menen daar onvoldoende rechtsbescherming te kunnen verwachten.[119] Dat zijn er behoorlijk wat, en hoewel het aantal serieus te nemen Britse klachten in Straatsburg sinds de invoering van de *HRA* 1998 gedaald is, is er nog ruimte voor verbetering.

De tweede ontwikkeling hangt daarmee samen. Niet alleen de werklast van het Hof noopt tot zorg. Ook de legitimatie van 's Hofs rechtspraak werd de afgelopen jaren ter discussie gesteld.[120] In dat verband wordt het EHRM geregeld opgeroepen om meer werk te maken van het beginsel van subsidiariteit: alleen als het écht ergens om gaat dient het Hof klachten in behandeling te nemen. Ook wordt het in dat geval opgeroepen om vooral procedureel te toetsen, dus te bezien in hoeverre op nationaal niveau sprake is geweest van deugdelijke afwegingen en motiveringen.[121] Een aantal van die suggesties is van de hand van Gerards. Zij onderstreept in dat verband wel dat de rechtsbescherming bij klachten die het Hof niet – of minder inhoudelijk – behandelt, op nationaal niveau verbeterd moet worden.[122] Terecht is daarom wel geopperd dat het Hof, alvorens het tot een dergelijke terughoudender koers besluit, eerst inzet op het op orde brengen van het nationale stelsel van rechtsbescherming. Subsidiariteit 2.0, aldus bijvoorbeeld Spijkerboer.[123] Artikel 13 EVRM leent zich bij uitstek voor het vormgeven van die gedachte. En gelet op het feit dat veel schendingen op de één of andere manier verband houden met formele wetgeving, ligt het voor de hand dat ook de rechtsbescherming daartegen kritisch tegen het licht wordt gehouden.

118 Comité van Ministers, *Recommendation* Rec(2004)6 *on the improvement of domestic remedies* (12 May 2004).

119 Zie o.m. EHRM (Grote Kamer) 29 april 2008, *no.* 13378/05, *AB* 2008/213 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Burden t. VK*). Zie over deze kwestie en dit arrest nader: Uzman 2008 en de daarin genoemde rechtspraak.

120 Zie voor een schets van de kritiek op het Hof: Gerards 2011b; Spijkerboer 2012; Boogaard & Uzman 2012.

121 Zie in dat verband bijv. de diverse bijdragen aan de bundel van Gerards & Terlouw (2012).

122 Gerards 2011c, p. 20.

123 Spijkerboer, 'Subsidiariteit 2.0', in: Gerards & Terlouw 2012, p. 251-260.

De derde ontwikkeling betreft de rechtspraak van het Hof, waarin het zich buiten de context van artikel 13 EVRM geregeld uitlaat over de wenselijkheid van rechterlijke remedies in de constitutionele sfeer. Soms gaat het dan om een vriendelijke doch dringende oproep aan de nationale rechter om toch de eigen gereedschapskist ten volle te benutten.[124] Het schrikt er echter ook niet voor terug om de nationale autoriteiten, de rechter in het bijzonder, een veeg uit de pan te geven als deze weigerachtig blijft dat te doen. In dat verband stelde het onlangs nog dat de rechter een *plicht* heeft om wetgeving conform het EVRM uit te leggen. In *Fabris t. Frankrijk* overwoog het als volgt:

> '[…] whilst the essentially declaratory nature of the Court's judgments leaves it up to the State to choose the means by which to erase the consequences of the violation (…), it should at the same time be pointed out that the adoption of general measures requires the State concerned to prevent, with diligence, further violations similar to those found in the Court's judgments (…). This imposes an obligation on the domestic courts to ensure, in conformity with their constitutional order and having regard to the principle of legal certainty, the full effect of the Convention standards, as interpreted by the Court. This was not done in the present case, however'[125]

Deze overweging is in zeker één commentaar betiteld als de *Von Colson & Kamann* (zo niet de *Simmenthal*) van het EVRM.[126] Weliswaar benadrukt het Hof in deze overweging ook dat de nationale rechter bij die interpretatie niet verder hoeft te gaan dan zijn eigen constitutionele mandaat het hem voorschrijft, maar het Hof heeft over het optreden van de nationale rechter wél een mening. Nationale rechters zullen toch op zijn minst goed moeten kunnen uitleggen waarom hun bevoegdheden in een bepaalde kwestie tekortschieten, en welke belangen daarmee gediend zijn. Dat wijst allemaal niet op een Hof dat zeer terughoudend is, de nationale verhoudingen niet te doorkruisen. Het zet die verhoudingen niet terzijde, maar het zoekt wel de grenzen op. Het valt niet goed in te zien waarom dat wél onder het materiële verdragsartikel zou kunnen, maar niet onder artikel 13 EVRM. Het is, tot slot, ook niet zo dat de toepasselijkheid van artikel 13 EVRM op de toetsing van formele wetgeving per definitie altijd precair hoeft te zijn vanuit het perspectief van de wetgever. Het Hof kan de kans ook aangrijpen om een genuanceerde invulling aan het beginsel te geven. Ik werk in de volgende paragraaf nader uit hoe zo'n genuanceerde invulling er uit kan zien. Het Hof heeft op vele terreinen een waardevolle impuls aan nationale en internationale debatten over grondrechtenbescherming gegeven. Ik zie niet in waarom dat op dit terrein anders zou zijn.

---

124 Vgl. EHRM 13 januari 2011, *no.* 17792/07, *EHRC* 2011/50 m.nt. Uzman (*Kallweit t. Duitsland*), §83.

125 EHRM (Grote Kamer) 28 juni 2013, *no.* 16574/08 (*Fabris t. Frankrijk*), r.o. 75.

126 Annotatie Gerards onder *EHRC* 2013/88.

6.5 De *terme de grâce* als effectieve remedie?

Stel nu eens dat handelingen van de formele wetgever zouden vallen onder de reikwijdte van artikel 13 EVRM. Men kan, met andere woorden, klagen over de ineffectiviteit van een rechtsmiddel tegen de (toepassing van) formele wetgeving. Hoe moet de *terme de grâce*, de enkele rechterlijke vaststelling van een schending, dan worden beoordeeld vanuit het perspectief van artikel 13 EVRM?

Een dergelijke vraag laat zich niet gemakkelijk beantwoorden. Er werd tot dusver nog niet zo vaak bij het Hof geklaagd over de grenzen van het constitutionele mandaat van de rechter. Het overgrote deel van de zaken die daarover gaan, was gericht tegen het Verenigd Koninkrijk en Ierland. Zulke zaken werden in het verleden, zoals gezegd, afgedaan met de *James*-riedel. In de vorige paragraaf betoogde ik dat het EHRM er goed aan zou doen, niettemin op dit punt jurisprudentie op te bouwen. In deze paragraaf ga ik op zoek naar aanknopingspunten voor de invulling van deze jurisprudentie. Ik behandel eerst de algemene uitgangspunten. Vervolgens ga ik in op de, reeds genoemde, ontvankelijkheidsbeslissingen in de zaken van *Auerbach* en *Arends t. Nederland*. Ik bepleit dat de daarin gevolgde redenering inmiddels door het Hof verlaten is, en zoek in dat verband naar alternatieve aanknopingspunten in de rechtspraak van het EHRM onder artikel 35 EVRM, en in de eigen praktijk van het Hof bij het bieden of bevorderen van redres. Tot slot schets ik in hoeverre het Hof onder de materiële verdragsartikelen ruimte laat voor rechterlijke termijnen en voorlopige toepassing van voorschriften die in strijd zijn met het EVRM.

6.5.1 Het uitgangspunt

In paragraaf 6.1 schetste ik de contouren van de vereisten die artikel 13 EVRM in het algemeen aan het stelsel van nationale rechtsbescherming stelt. In de kern kwamen die er op neer dat mogelijke mensenrechtenschendingen aan de orde moeten kunnen worden gesteld bij een onafhankelijke en onpartijdige instantie die in staat is om voor redres te zorgen. Het hoeft daarbij niet om een rechter te gaan, maar in de Nederlandse context van toetsing van wetgeving ligt dat wel voor de hand. De vaststelling van een schending en het redres hoeven bovendien niet in dezelfde hand te liggen. Het Hof, het kwam in paragraaf 7.1 al aan de orde, beziet steeds het geheel aan rechtsmiddelen. Ook als een rechtsmiddel als zodanig niet effectief is, kan het zo zijn dat het geheel dat wel is.

Onder redres wordt verstaan, dat een schending niet alleen voor de toekomst wordt opgeheven, maar ook dat de reeds ingetreden gevolgen ongedaan

worden gemaakt.[127] Bij voorkeur zorgt de desbetreffende instantie dan voor *restitutio in integrum*.[128] Daarmee wordt bedoeld dat *status quo ante*, de rechtstoestand die bestond voor de schending, wordt hersteld.[129] Is *restitutio in integrum* niet mogelijk, dan dient eventuele schade te worden gecompenseerd.[130]

Er was in het verleden enige discussie over de vraag of ook kan worden volstaan met het betalen van schadevergoeding indien *restituti in integrum* nog wél mogelijk is. Een aantal auteurs meent dat dit kan.[131] Andere auteurs, zoals Barkhuysen, meenden in het verleden dat schadevergoeding alleen aan de orde is, als volledig redres praktisch uitgesloten is.[132] Zij wijzen in dat verband op het arrest *Klass e.a. t. Duitsland*, waarin het Hof overwoog dat onder artikel 13 EVRM moet worden voorzien in rechtsherstel.[133] Dit standpunt is onder druk komen te staan door de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot de redelijke termijn. Het Hof maakte in dat verband uit dat, in elk geval in deze bijzondere context, schadevergoeding een adequaat alternatief kan zijn, ook als *restitutio in integrum* strikt genomen nog altijd mogelijk is.[134] Het ligt voor de hand aan te nemen dat deze relatief soepele houding van het Hof voorlopig beperkt blijft tot de rechtspraak omtrent de redelijke termijn.[135] De kwestie ligt in de lidstaten nu eenmaal gevoelig. Bespoediging van zaken zou grote financiële offers en ingrijpende reorganisaties met zich brengen. Van een algemeen uitgangspunt dat schadevergoeding een volwaardig alternatief is voor *restitutio in integrum* lijkt daarom vooralsnog geen sprake. Wel illustreert de jurisprudentie inzake de redelijke termijn dat er ruimte is voor uitzonderingen op de hoofdregel van *restitutio.* De ratio die voor de soepele houding van het Hof op dit punt geldt, kan immers ook opgaan voor andere gevoelige kwesties – precies het soort kwesties waarin nog weleens door de nationale rechter wordt geabstineerd.

---

127 Zie o.m. Barkhuysen 1998, p. 139-140.

128 Dit is het volkenrechtelijke uitgangspunt: zie daarover nader: Van Emmerik 1997, p. 54-58 en 274.

129 *Ibid.,* p. 54.

130 *Ibid.,* p. 56. Zie tevens: Barkhuysen 1998, p. 139; EHRM (plenair) 6 september 1978, *no.* 5029/71, (*Klass e.a. t. Duitsland*).

131 Zo bijv. Holoubek 1992, p. 144; Frowein 1996, p. 428-429.

132 Barkhuysen 1998, p. 139-140. Zie ook reeds: Flauss 1989, p. 282; Bernegger 1992, p. 746. Dit standpunt sluit aan bij wat in het algemene volkenrecht gebruikelijk is sinds het arrest *Chorzów Factory* van het voormalige Permanente Hof van Internationale Justitie: PHIJ 13 september 1928, *Series A*-17/1928 (*Duitsland t. Polen*). Zie tevens: Loucaides 2008.

133 EHRM (plenair) 6 september 1978, *no.* 5029/71, *Series A*-28 (*Klass e.a. t. Duitsland*).

134 Zie o.m.: EHRM (ontv.) 11 september 2002, *no.* 57720/00 (*Mifsud t. Frankrijk*); EHRM 7 januari 2003, *no.* 39282/98 (*Laidin t. Frankrijk*); EHRM 29 april 2003, *no.* 55926/00 (*Loyen t. Frankrijk*); Anders: EHRM (ontv.) 2 oktober 2001, *no.* 42320/98 (*Belinger t. Slovenië*).

135 Aldus bijv. Barkhuysen & Jansen 2003, p. 595-596.

6.5.2 Auerbach en Arends revisited

De vraag dringt zich op hoe de *terme de grâce* zich verhoudt tot de geformuleerde uitgangspunten. Ik beperk me hier maar even tot de *terme de grâce* die we kennen van het arrest *Arbeidskostenforfait*.[136] Kenmerkend voor die rechtspraak is dat de rechter het, al dan niet tijdelijk, overlaat aan de wetgever om de kwestie op te lossen, dat hij daarom de – met het EVRM strijdige – wetgeving voorlopig blijft toepassen en dat hij niet voorziet in een schadevergoeding, maar wel in een proceskostenvergoeding.

In de rechtspraktijk gaat men er doorgaans vanuit dat zo'n *terme de grâce* door de Straatsburgse beugel kan.[137] De basis daarvoor is een tweetal, eerder besproken, zaken: *Auerbach* en *Arends*.[138] In beide beslissingen volgt het Hof in wezen dezelfde redenering. *Auerbach* is het bekendst geworden.[139] Ik beperk me hier tot deze uitspraak – het Straatsburgse vervolg op het arrest *Autokostenforfait* van de Hoge Raad.[140] Auerbach klaagt over het feit dat de Wet IB 1964 discriminerend jegens hem uitwerkt. Hij voert aan dat hij daarin van de (hoogste) Nederlandse rechter gelijk heeft gekregen, maar dat deze het bij deze constatering, en een proceskostenvergoeding, heeft gelaten. In het eerste ziet hij een schending van artikel 14 jo. 1 EP EVRM, in het laatste een schending van artikel 13. Om tot de ontvankelijkheid van beide klachten te kunnen komen, onderzoekt het Hof eerst of Auerbach nog wel een slachtoffer is in de zin van artikel 34 EVRM. Daarvoor is relevant of hij van de nationale rechter al voldoende rechtsherstel heeft gekregen.[141] Het Hof vindt van wel, en overweegt daartoe dat in de eerste plaats van belang is dat de schending door de Hoge Raad is vastgesteld:

> 'The Court notes that (…) the Supreme Court expressly accepted that the difference in treatment complained of by the applicant was contrary to Article 14 of the Convention (…)'.

136 HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*). Zie daarover uitgebreid hoofdstuk 4.

137 Zie bijv. de conclusie van A-G Van Ballegooijen in HR 8 juli 2005, *BNB* 2005/310 m.nt. Happé (*Beroepskosten*), ov. 7.5. Ook in de literatuur wordt daarvan wel uitgegaan. Zie bijv. Nieuwenhuis & Dragstra 2008, p. 59-60.

138 EHRM (ontv.) 29 januari 2002, *no.* 45600/99 (*Auerbach t. Nederland*); EHRM (ontv.) 29 januari 2002, *no.* 45618/99 (*Arends t. Nederland*). Op een wat minder wetenschappelijk niveau valt het kennelijke belang van de beslissingen overigens ook af te leiden uit de opname in de *Ars Aequi* jurisprudentiebundel Staats- en bestuursrecht 1849/2011 (vierde druk), p. 428-434. Blijkbaar wordt *Auerbach t. Nederland* met enige regelmaat op Nederlandse universiteiten onderwezen.

139 Met name de annotatie van Barkhuysen in *NJCM-Bulletin* 2002/8, p. 1020 wordt vaak genoemd.

140 HR 15 juli 1998, *BNB* 1998/293 (*Autokostenforfait*).

141 Vgl. o.m. EHRM 25 juni 1996, *no.* 19776/92 (*Amuur t. Frankrijk*), §36.

Het Hof vervolgt dan over de vraag of ook voldoende redres is geboden:

> 'the Court observes in the first place that (…) the fiscal authorities were ordered to reimburse the applicant's legal costs. The Court further notes that one of the possibilities to remedy the unequal treatment could have been maintaining the additional 4% in the applicant's case and prescribing this additional 4% also in cases where no or only a limited private use of the company car is made (…). This would not have changed the applicant's situation, but would have resulted in higher taxation for others. In these particular circumstances, and bearing in mind that the Court itself has held in various cases that a finding of a violation in itself constituted adequate just satisfaction under Article 41 of the Convention for any non-pecuniary damages suffered, the Court accepts that the Supreme Court's finding of a violation of the applicant's rights under Article 14 of the Convention in conjunction with the cost orders issued in the applicant's favour, and its instruction to the legislator to enact new legislation which has in fact occurred, may be regarded as adequate redress'.[142]

Twee elementen in de redenering van het Hof verdienen nadere bespreking. Het eerste element heeft betrekking op het bestaan van materiële schade (6.5.2.2). Het tweede op de vraag hoe met mogelijke immateriële schade moet worden omgegaan (6.5.2.1). Ik begin met de laatste kwestie.

6.5.2.1 Immateriële schade

De gedachte, geuit in *Auerbach*, dat een *terme de grâce* voldoende redres biedt naar de maatstaven van artikel 13 EVRM, steunt voor een belangrijk deel op de gedachte dat de 'blote' constatering van een schending van een mensenrecht door de nationale rechter, voldoende is om eventuele immateriële schade weg te nemen. Zolang geen sprake is van materiële schade (ik kom daarover nog te spreken) is het genoeg, aldus het Hof, dát een rechter de kwestie aan de orde heeft gesteld. Het Hof verwijst voor de onderbouwing van die conclusie naar de eigen praktijk onder artikel 41 EVRM. Het gebeurt immers regelmatig dat het Hof, wanneer het een schending heeft geconstateerd, een vordering tot het betalen van vergoeding van immateriële schade afwijst met de mededeling dat zijn vaststelling van de schending voldoende genoegdoening is. Dat nodigt uit om daar iets dieper op in te gaan. Is dat inderdaad zo? Is er een lijn, of een tendens, te ontdekken in 's Hofs rechtspraak daaromtrent?

Om te beginnen komt het inderdaad geregeld voor dat het Hof ervan afziet compensatie toe te kennen.[143] Dat doet het wanneer de schade zeer gering is, of de inbreuk van relatief lichte aard, de schade reeds anderszins gecompenseerd is, het geen causaal verband ziet tussen schending en schade, het de

142 EHRM (ontv.) 29 januari 2002, *no.* 45600/99 (*Auerbach t. Nederland*).
143 Dat deed het reeds in EHRM 21 februari 1975, *no.* 4451/70 (*Golder t. Verenigd Koninkrijk*).

schade niet bewezen acht, of het gedrag van de klager daartoe aanleiding geeft.[144]

Dat het EHRM '*in various cases*' concludeerde dat de vaststelling van een schending voldoende genoegdoening was, impliceert intussen niet dat dit stéédsso is. Geregeld gaat het Hof er wél toe over om de klager een zakje geld te geven voor het vergoeden van de geleden immateriële schade. Van Emmerik signaleerde in 1997 dat het Hof vooral bij schending van procedurele verplichtingen een financiële genoegdoening toekent voor geleden immateriële schade.[145] Een berucht voorbeeld in dat verband is de, ook in Nederland veelvuldig toegekende, schadevergoeding wegens schending van de redelijke termijn.[146] De onzekerheid die gepaard gaat met het wachten op de onzekere uitkomst van een procedure, wordt door het EHRM beschouwd als te vergoeden schade. De ratio daarvoor zal niet alleen moreel van aard zijn. Hoewel men vraagtekens kan zetten bij de vraag of schadevergoeding een *voldoende* remedie is, zou de enkele vaststelling dat sprake is van een verdragsschending, de staat op geen enkele wijze nopen tot het bespoedigen van rechterlijke procedures.[147] Ook in de familierechtelijke sfeer, vooral waar het gaat om de verhouding tussen ouders en kinderen, is de vergoeding van immateriële schade geen onbekende. Het EHRM spreekt in dat verband geregeld van *anxiety and distress*.[148] Zeker in dat verband is het Hof soepel waar het gaat om het causaal verband tussen schending en schade.[149]

Deze houding van het EHRM is, meer nog dan de rechtspraak inzake de procedurele rechten en de redelijke termijn, relevant voor de *terme de grâce* zoals wij die in Nederland kennen. Zoals uit deel I bleek, abstineerde de

144 De criteria zijn van Van Emmerik 1997, p. 140-144. Zie tevens: Vande Lanotte & Haeck 2004, p. 647-648.

145 Van Emmerik 1997, p. 164.

146 Zie bijv. EHRM (plenair) 10 maart 1980, *no.* 6232/73 (*König t. Duitsland*); EHRM 25 juni 1987, *no.* 10527/83 (*Milasi t. Italië*); EHRM (Grote Kamer) 26 oktober 2000, *no.* 30210/96 (*Kudla t. Polen*); EHRM (Grote Kamer) 8 juni 2006, *no.* 75529/01 (*Sürmeli t. Duitsland*); EHRM (Grote Kamer) 29 maart 2006, *no.* 36813/97 (*Scordino t. Italië no. 1*); EHRM (Grote Kamer) 10 september 2010, *no.* 31333/06 (*McFarlane t. Ierland*).

147 Zie voor de genoemde vraagtekens: Barkhuysen & Jansen 2003, p. 595-596.

148 Zie Van Emmerik 1997, p. 166, die wijst op het arrest EHRM (plenair) 22 juni 1989, *no.* 11373/85 (*Eriksson t. Zweden*) over een uit huis geplaatst kind. De recentere rechtspraak bevestigt het beeld dat immateriële schade in dit rechtsgebied relatief gemakkelijk wordt aangenomen. Zie o.m. EHRM 11 oktober 2001, *no.* 31871/96 (*Sommerfeld t. Duitsland*); EHRM 11 oktober 2001, *no.* 30943/96 (*Sahin t. Duitsland*); EHRM (Grote Kamer) 8 juli 2003, *no.* 31871/96 (*Sommerfeld t. Duitsland*); EHRM (Grote Kamer) 8 juli 2003, *no.* 30943/96 (*Sahin t. Duitsland*); EHRM 26 februari 2004, *no.* 74969/01 (*Görgülü t. Duitsland*); EHRM (Grote Kamer) 22 januari 2008, *no.* 43546/02 (*E.B. t. Frankrijk*); 20578/05; EHRM 21 december 2010, *no.* 20578/07 (*Anayo t. Duitsland*); EHRM 15 september 2011, *no.* 17080/07 (*Schneider t. Duitsland*).

149 Vgl. EHRM (plenair) 28 mei 1985, *no.* 9474/81 (*Abdulaziz, Cabales & Balkandali t. VK*); Van Emmerik 1997, p. 164.

Nederlandse rechter in het verleden bij uitstek in het personen- en familierecht.[150] In zulke gevallen werden ouders en kinderen vaak met lege handen naar huis gestuurd, met de boodschap te wachten tot de wetgever wat van zich zou laten horen. Hoewel geld in dit soort zaken nooit écht een oplossing is, valt uit de rechtspraak van het EHRM wel af te leiden dat deze, te vergoeden, immateriële schade doorgaans voor de hand vindt liggen. Ik bespreek die rechtspraak hier niet, maar laat ik bij wijze van voorbeeld de rechtspraak over het naamrecht en de adoptie van kinderen door paren van gelijk geslacht aanhalen.[151]

Eerst het naamrecht. In 1988 spreekt de Hoge Raad uit dat de wettelijke regeling die de achternaam van de vader automatisch voorschrijft als geslachtsnaam voor de kinderen, in strijd is met artikel 26 IVBPR.[152] Hij meent echter dat het zijn rechtsvormende taak te buiten gaat daar iets aan te doen. Het vormgeven van een afgewogen stelsel van naamkeuze is, aldus de Hoge Raad, iets voor de wetgever. Beukema en Van Veen zullen het ermee moeten doen. Het EHRM krijgt in 2010 te maken met een enigszins vergelijkbare kwestie in het arrest *Losonci Rose & Rose t. Zwitserland*.[153] In die zaak gaat het niet om de achternaam van de kinderen, maar van de echtelieden zelf. Zij willen hun eigen namen houden, in plaats van dat één van beiden een dubbele naam krijgt. Net als de Nederlandse rechter, oordeelt ook de Zwitserse rechter dat het naamrecht in strijd is met het gelijkheidsbeginsel, maar dat het zijn constitutionele positie te buiten gaat daar iets aan te doen. Het EHRM spreekt een schending van artikel 14 jo. 8 EVRM uit. Het verbindt daar ook een geldbedrag aan. Zwitserland dient het echtpaar 10.000 Euro te betalen ter compensatie van immateriële schade.

Iets vergelijkbaars is aan de orde in het adoptierecht. In 1997 oordeelt de Hoge Raad op een verzoek van twee vrouwen tot adoptie van een, bij één van beide vrouwen kunstmatig verwekt, kind, dat het Nederlandse recht geen adoptie door paren van gelijk geslacht erkent. De vraag of dit in strijd is met, onder meer, de artikelen 8 en 14 EVRM laat de Hoge Raad buiten beschouwing:

> 'Ook namelijk indien (…) zou moeten worden aangenomen dat aan relaties en samenlevingsvormen als die tussen, onderscheidenlijk van verzoeksters en minderjarigen waarop het adoptieverzoek betrekking heeft, een verdergaande juridische erkenning dient te worden gegeven dan het nationale recht thans biedt, geldt dat de wijze waarop hierin moet worden voorzien, rechtspolitieke keuzes vergt die (…) de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaan'.[154]

---

150 Zie § 4.2.

151 Waarbij het mij overigens uitsluitend gaat om de kwestie van de te vergoeden schade. Materieel hoeven de zaken niet precies over hetzelfde te gaan. Zo stel ik éénouder- en gezamenlijke partneradoptie op één lijn.

152 HR 23 september 1988, *NJ* 1989/740 m.nt. EAA & EAAL (*Beukema & Van Veen*).

153 EHRM 9 november 2010, *no.* 664/06 (*Losonci Rose & Rose t. Zwitserland*).

154 HR 5 september 1997, *NJ* 1998/686 (*Duo-moeders*).

De vrouwen staan dus met lege handen. Betekent dit nu dat zij, vanuit het perspectief van het EHRM, recht hebben op vergoeding van immateriële schade vanwege de frustratie die deze schending van de artikelen 8 en/of 14 EVRM – gesteld dat daarvan sprake zou zijn – met zich zou brengen? Dat lijkt in elk geval wel zo. Tien jaar later, in 2008, oordeelt het EHRM in de zaak *E.B. t. Frankrijk* dat de onmogelijkheid tot éénouderadoptie van een vrouw in een lesbische relatie, een schending inhoudt van artikel 14 jo. 8 EVRM. De klaagster vordert in dat verband compensatie van immateriële schade. De Grote Kamer overweegt als volgt:

> 'The applicant pointed out that without the authorisation that had been refused her it was legally impossible for her to adopt a foreign child and impossible in practice to adopt a French child. Even if the French Government were to act quickly to grant her the authorisation, the discriminatory delay would be between nine and ten years. That delay was not only a psychological strain and unfair, but also reduced her chances of being able to adopt a child one day on account of her age; (…) Accordingly, she sought an award of 50,000 euros for non-pecuniary damage (…).
>
> The Court considers that the applicant must have suffered non-pecuniary damage that is not sufficiently compensated by a mere finding of a violation of Article 14 of the Convention taken together with Article 8. Accordingly, ruling on an equitable basis, the Court awards her EUR 10,000 in just satisfaction'.

Het EHRM vermeldt niet welke gronden aanleiding waren om immateriële schade te erkennen, maar afgaande op wat de klager naar voren brengt – kennelijk was dat overtuigend voor het Hof – gaat het om de frustratie en de depressieve gevoelens die ze moet hebben bij de gedachte dat het op deze manier erg moeilijk wordt om ooit een kind te adopteren. Daarbij speelt mee, en dat is interessant, dat de inschatting kennelijk is dat zelfs áls Frankrijk het oordeel van het EHRM met de nodige spoed implementeert, het nog jaren zal duren voordat de klaagster wel kan adopteren. In dat geval kan het weleens te laat zijn omdat zij dan niet meer aan, vermoedelijk wel redelijke en in elk geval niet discriminatoire, leeftijdseisen kan voldoen. Gelet op de Nederlandse praktijk, is dus van belang óf de klager actie van de wetgever kan verwachten, op welke termijn dit gebeurt en welk belang de klager exact heeft bij een snelle remedie. De stelling van *Auerbach*, dat een enkele rechterlijke vaststelling voldoende *just satisfaction* biedt, moet in elk geval dus niet worden gegeneraliseerd. Voor de bijzondere context van het familierecht gaat zij vermoedelijk niet op.[155]

Uit dit voorbeeld komen twee aspecten naar voren die ik wat nader uitdiep. Ten eerste de aard van het persoonlijke belang van de klager bij een relatief

155 Vlak voor het afsluiten van deze tekst, bevestigde de Grote Kamer deze lijn. Zie EHRM (Grote Kamer) 19 februari 2013, *no.* 19010/07 (*X. e.a. t. Oostenrijk*), §157.

snelle remedie, en ten tweede de vraag of tijdige actie van de wetgever reeds een vorm van compensatie voor immateriële schade kan zijn.

Ik begin met de tweede kwestie. Bij de bespreking van *E.B. t. Frankrijk* stipte ik de positie van de wetgever aan. Wie de uitspraak in *Auerbach* leest valt op dat hier de wetgever reeds aan zet is geweest.[156] Hoewel het EHRM daarover in geen van beide zaken expliciet iets zegt, is het toch de vraag of de wetgever een rol te spelen heeft bij het voorkomen van een plicht tot uitbetalen van immateriële schade. Kan het zo zijn dat de opstelling van het EHRM ten aanzien van de immateriële schade mede werd bepaald door de factor dat de wetgever de kwestie al aan zich had getrokken?[157]

Ik zie daarvoor wel aanknopingspunten. Zo valt met name te wijzen op het arrest *Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk*.[158] De problematiek in dat arrest was van een andere orde dan in *Auerbach*. Het ging om de strafbaarstelling (in Noord-Ierland) van vrijwillige homoseksuele handelingen in de privésfeer. Het Hof meende dat het enkele bestaan van zulk strafwetgeving reeds een schending van artikel 8 EVRM inhield. De klager vorderde vervolgens onder het toenmalige artikel 50 EVRM (nu: 41 EVRM) vergoeding van immateriële schade. Die zou onder meer bestaan uit psychisch leed, schade aan relaties met familieleden, niet ontplooiing van zijn persoonlijkheid en aantasting van zijn reputatie. Bij een aantal van die claims valt wel wat voor te stellen. Gaat men ervan uit dat strafbaarstelling toch in de eerste plaats bedoeld is om gedrag te criminaliseren – uit te spreken dus, dat de samenleving dit gedrag verwerpelijk vindt, dan is gemakkelijk invoelbaar dat de klager daaronder geestelijk geleden heeft. Het Hof ziet dat ook. Toch vindt het de vaststelling van de schending, op dit punt in elk geval, voldoende. Er is inmiddels namelijk een wetswijziging geweest waarbij Dudgeon voor een belangrijk deel tegemoet is gekomen:

> 'Subject to the question of the age of consent, Mr. Dudgeon should be regarded as having achieved his objective of securing a change in the law of Northern Ireland. This being so and having regard to the nature of the breach found, the Court considers that in relation to this head of claim the judgment of 22 October 1981 constitutes in itself adequate just satisfaction for the purposes of Article 50, without it being "necessary" to afford financial compensation'.[159]

156 Wet van 11 mei 2000 tot vaststelling van de Wet Inkomstenbelasting 2001, *Stb.* 2000, 215. Zie: §5.2.2.

157 Nog even afgezien van het, nog te bespreken, voor de hand liggende punt dat de aard van de schending noodzakelijkerwijs minder spanning en frustratie met zich zal hebben gebracht.

158 EHRM (plenair) 22 oktober 1981, *no.* 7525/76 (*Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk*), en EHRM 24 februari 1983, *no.* 7525/76 (*Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk*).

159 EHRM 24 februari 1983, *no.* 7525/76 (*Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk*), §14.

Men kan op deze redenering van het Hof kritiek hebben. Van Emmerik merkt terecht op dat een wetswijziging die enkel de toekomst betreft, vrij lastig te construeren is als compensatie van in het verleden geleden schade.[160] Het Hof had daarom op zijn minst beter moeten uitleggen waarom in dit geval dan te gelden had 'dit is mijn uitspraak, en daar moet u het mee doen'. De kritiek van diverse auteurs dat het Hof de eigen schadevergoedingsjurisprudentie zo zelden en zo schaars motiveert, gaat hier volledig op.[161] Niettemin valt, met alle gebruikelijke disclaimers, uit het arrest mogelijk te concluderen dat een wetswijziging in sommige gevallen te beschouwen is als voldoende remedie, ook voor alle stress van de afgelopen periode.

Ik zou menen dat dit alleen kan, als de aard van de belangen van de klager bij zijn klacht zich daartegen niet verzet, en ik kom daarmee op het tweede punt. Het is best voorstelbaar dat het Hof in een vrij technisch en weinig principieel belastinggeschil aanneemt dat alle frustratie die er mogelijk zou zijn geweest, met de wetswijziging wel zal zijn verdwenen. Het belang van de klager is dan niet erg indrukwekkend. Maar dat lag, denk ik, al anders in de zaak van Dudgeon. Het maakt, met andere woorden, uit hoe het belang van de klager moet worden gedefinieerd. Neem bijvoorbeeld het relatief recente arrest *A., B., & C. t. Ierland* over het Ierse verbod op abortus.[162] Eén van de klaagsters in die zaak was, voordat zij zwanger werd, genezen van kanker. Zij vreesde dat haar zwangerschap tot een terugval zou leiden en dat een mogelijke behandeling de foetus ernstige schade zou kunnen aanrichten. Het Ierse recht voorzag echter ook in zo'n geval niet in de mogelijkheid van een abortus. Het Hof neemt op dit punt een schending van artikel 8 EVRM aan. Ten aanzien van mogelijke immateriële schade overweegt het dat de klaagster ongetwijfeld behoorlijke angsten moet hebben uitgestaan. Daar komt bij dat het Hof in aanmerking neemt dat de klaagster vermoedelijk ook te lijden moet hebben gehad van het stigma dat in Ierland rondom abortus hangt. Het Hof stelt daarom een relatief forse compensatie vast (15.000 Euro). Van een wetswijziging was hier, nog, geen sprake. Waar het arrest echter op wijst, is dat de kwestie van abortus in dit soort gevallen direct de persoon van de klaagster raakt. Het mag misschien een open deur zijn, maar het lijkt mij van belang vast te stellen dat een factor in de afweging kan zijn wat de aard is van het geschonden belang. Een verbod op abortus is in de Nederlandse context niet aan de orde, maar bij de vraag of een expliciete *terme de grâce* ook voldoende rechtsherstel biedt voor eventuele immateriële schade van de klager, zal de rechter mee moeten wegen van welke orde deze schade is.[163]

160 Van Emmerik 1997, p. 147.

161 McBride 1991, p. 172; Dannemann 1994, p. 368; Van Emmerik 1997, p. 146.

162 EHRM (Grote Kamer) 26 december 2010, *no.* 25579/07 (*A., B. & C. t. Ierland*), §279.

163 Zie in dat verband ook: EHRM (Grote Kamer) 18 februari 1999, *no.* 29515/95 (*Larkos t. Cyprus*), waarin het Hof immateriële schade toekent vanwege jarenlange onzekerheid over de vraag of de huurwoning verlaten moest worden.

Tot slot nog een andere kwestie. In hoofdstuk 5 kwam de vraag aan de orde, of een klager, vanwege het enkele feit dát hij ongelijk is behandeld, recht kan hebben op vergoeding van immateriële schade. Ik citeerde in dat verband de Amerikaanse rechter Brennan, die in 1984, nota bene in een socialezekerheidskwestie, overwoog:

> 'Rather, discrimination itself, by perpetuating "archaic and stereotypic notions" or by stigmatizing members of the disfavored group as "innately inferior" and therefore less worthy participants in the political community, can cause serious noneconomic injuries to those persons who are denied equal treatment solely because of their membership in a disfavored group'.[164]

Hoe ziet het EHRM dat? Is een ongelijke behandeling zonder redelijke grond, zelfs als dat gebeurt op relatief technische terreinen zoals het belasting- of het socialezekerheidsrecht, een grond voor compensatie van immateriële schade? Dat is, gelet op de grote hoeveelheid rechtspraak en de magere motivering die het Hof artikel 41-oordelen meegeeft, een lastige vraag om te beantwoorden, zeker in het kader van deze studie. Ik beperk mij tot een vluchtige schets.

Om eenvoudig te beginnen. Er zijn uiteraard situaties mogelijk waarbij de discriminerende regeling vrij evident uitgaat van stereotype noties. Men denke bijvoorbeeld aan de situatie dat Roma kinderen op school stelselmatig in aparte klassen les krijgen.[165] Het is in zo'n geval wel voorstelbaar dat de klager tot een minderwaardigheidscomplex wordt aangezet dat voor vergoeding in aanmerking komt. Toch is de rechtspraak op dit punt niet eenduidig. In de zaak *Oršuš e.a. t. Kroatië* werd in de kameruitspraak uitsluitend gewag gemaakt van vergoeding van immateriële schade vanwege schending van de redelijke termijn.[166] De Grote Kamer is ruimhartiger en kent per klager EUR 4.500 toe. Het overweegt daartoe expliciet dat de klagers 'must have sustained non-pecuniary damage, in particular as a result of the frustration caused by the indirect discrimination of which they were victims'.[167] In die categorie valt misschien ook nog de achterstelling van homoseksuele paren voor wat betreft alimentatieverplichtingen uit eerdere relaties. Zo kent het Verenigd Koninkrijk anno 2001 een regeling die voorziet in een reductie van alimentatie indien de betalende ouder inmiddels een duurzame relatie heeft met een

---

164 USSC 5 maart 1984, 465 *U.S.* 728 (*Heckler v. Mathews*), *per* Brennan J. Ook het EHRM erkent dergelijke claims geregeld. Zie o.m. EHRM (Gote Kamer) 22 maart 2012, *EHRC* 2012/117 m.nt. Gerards (*Konstantin Markin t. Rusland*).

165 EHRM (Grote Kamer) 16 maart 2010, *no.* 15766/03 (*Oršuš e.a. t. Kroatië*).

166 EHRM 17 juli 2008, *no.* 15766/03 (*Oršuš e.a. t. Kroatië*), §75.

167 EHRM (Grote Kamer) 16 maart 2010, *no.* 15766/03 (*Oršuš e.a. t. Kroatië*), §191. Een moeilijk arrest betrof voorts EHRM (Grote Kamer) 22 december 2009, *no.* 27996/06 (*Sejdic & Finci t. Bosnië-Herzegovina*), waarin het Hof de schending van het passief kiesrecht van bepaalde etnische groepen vaststelde en het bij deze vaststelling liet. Gegeven de uiterst gevoelige context van de zaak, het ging om een kwestie die nog het gevolg was van de Joegoslavische burgeroorlog, valt m.i. weinig te zeggen over de bredere implicaties van de zaak.

nieuwe partner. Het maakte voor de regeling niet uit of in die nieuwe relatie sprake was van een huwelijk of niet, maar zij zag niet op partners van gelijk geslacht.[168] J.M. is een gescheiden moeder die sinds 1998 een duurzame relatie heeft met een andere vrouw. Ze doet een beroep op de reductie, maar krijgt die niet toegekend. Daarin ziet ze een schending van artikel 14 jo. 1 EP, en ze krijgt van het Hof gelijk.[169] Ook in deze zaak accepteert het Hof de claim van J.M. dat de bestreden regeling, en de houding van de autoriteiten, een bron zijn van frustratie en geestelijk leed. Het kent 3000 Euro ter compensatie van het leed toe.

Het is verleidelijk zo'n zaak als *J.M.* naast gevallen zoals *Auerbach* te leggen, vooral omdat het in beide gevallen gaat om een onverplicht begunstigende regeling waarvan de reikwijdte discriminatoir is vastgesteld. Er zit wel een belangrijk verschil tussen beide zaken. In *J.M.* is, net als in de Roma schoolkwestie, sprake van een denigrerend element. Misschien dat dit denigrerende element iets te maken heeft met het feit dat in beide zaken sprake is van een verdachte grond voor het onderscheid. Dat zou ook verklaren waarom het Hof in zaken waarin natuurlijke kinderen zich op het non-discriminatiebeginsel beroepen soms relatief soepel tot compensatie besluit.[170]

Moeilijker wordt het als sprake is van minder eenduidige stereotype denkbeelden, of als degene die claimt schade te hebben geleden, niet dezelfde is als degene die wordt gestereotypeerd. Dat laatste is bijvoorbeeld het geval wanneer een weduwnaar zich beklaagt over het feit dat de pensioenwetgeving weduwen bevoordeelt.[171] De regeling moge hém financieel benadelen, het stereotype zit hem in de gedachte dat de vrouw hulpbehoevender is dan de man. De schade lijkt in zo'n geval eerder een materiële kwestie dan een immateriële. Iets soortgelijks was aan de orde in de zaak *Van Raalte t. Nederland*, waarin een man klaagde over het feit dat alleen vrouwen zonder kinderen boven de 45 een premievoordeel genoten in het kader van de kinderbijslag.[172] Zijn claim op materiële schade ter hoogte van het misgelopen premievoordeel werd afgewezen. Datzelfde lot trof zijn claim dat hij immateriële schade had geleden. Het Hof vond de vaststelling van de schending voldoende.

Toch is ook dit geen wet van Meden en Perzen. Dat illustreert de zaak van een zekere Konstantin Markin, een Russische militair die na een echtschei-

168 Zie EHRM 28 september 2010, *no.* 37060/06 (*J.M. t. Verenigd Koninkrijk*), §21, waarin de relevante wetgeving en de uitleg ervan door de hoogste Britse rechter wordt geciteerd.

169 EHRM 28 september 2010, *no.* 37060/06 (*J.M. t. Verenigd Koninkrijk*).

170 Zo bijv. EHRM 28 oktober 1987, *no.* 8695/79 (*Inze t. Oostenrijk*); EHRM 1 februari 2000, *no.* 34406/97 (*Mazurek t. Frankrijk*); EHRM 3 oktober 2000, *no.* 28369/95 (*Camp & Bourimi t. Nederland*). Anders: EHRM (plenair) 13 juni 1979, *no.* 6833/74 (*Marckx t. België*), hoewel toen slechts één Belgische franc was geëist.

171 EHRM 14 november 2006, *no.* 63684/00 (*Hobbs, Richard, Welsh & Geen t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 22 januari 2008, *no.* 64735/01 (*Higham t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 9 oktober 2007, *no.* 62776/00 (*Cross t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 17 juli 2008, *no.* 10721/02 (*Harrison t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 17 juli 2008, *no.* 61391/00 (*O'Brien t. Verenigd Koninkrijk*).

172 EHRM 21 februari 1997, *no.* 20060/92 (*Van Raalte t. Nederland*).

ding de zorg voor zijn kinderen op zich neemt. Dat is nogal een verantwoordelijkheid. Hij vraagt daarom langdurig betaald verlof aan. Vrouwelijke militairen hebben, conform de Russische wetgeving, recht op drie jaar ouderschapsverlof. Voor mannen geldt een soortgelijke regeling niet, tenminste niet in het leger. Markin procedeert daar eerst over op nationaal niveau. De reactie van het Russische constitutionele hof is veelzeggend: het onderscheid is gerechtvaardigd, want het rust enerzijds op de beperkte participatie van vrouwen in de krijgsmacht en anderzijds op de bijzondere rol van het moederschap in de Russische samenleving.[173] Markin wendt zich vervolgens tot het EHRM. Volgens hem discrimineert de regeling tussen mannen en vrouwen. Het Hof is dat met hem eens. In eerste instantie oordeelt een kamer van het Hof dat de artikelen 14 en 8 EVRM zijn geschonden. Een zo royale ouderschapsverlofregeling is uiteraard verdragsrechtelijk niet verplicht, maar áls Rusland tot zo'n regeling besluit, dan moet zij wel conform artikel 14 EVRM worden vormgegeven. Dat is volgens de kamer niet het geval:

> 'To the extent that the difference was founded on the traditional gender roles, that is on the perception of women as primary child-carers and men as primary breadwinners, these gender prejudices cannot, by themselves, be considered by the Court to amount to sufficient justification for the difference in treatment, any more than similar prejudices based on race, origin, colour or sexual orientation'.[174]

De vraag is nu of Markin iets te claimen heeft. Tijdens de procedure in Straatsburg is hij namelijk door de autoriteiten tegemoet gekomen, kennelijk in een poging om hem te doen afzien van zijn klacht. Hij heeft inmiddels verlof en een aardig geldbedrag gekregen. Van materiële schade is dus geen sprake meer. Evenmin gaat het Hof in op de vordering tot vergoeding van immateriële schade. Wel 'adviseert' het Hof de Russische autoriteiten, in het kader van artikel 46 EVRM, om de relevante wetgeving aan te passen. Hoewel de Grote Kamer het oordeel van de kamer over het discriminatoire karakter van de regeling deelt, wordt dat advies niet herhaald.[175] De Russische regering had daartegen bezwaar gemaakt. De Grote Kamer acht echter wél termen aanwezig om Markin 3000 Euro compensatie toe te kennen voor geleden immateriële schade. Die schade ligt volgens het Hof in de 'distress and frustration as a result of the discrimination on grounds of sex to which he had been subjected'. Wat valt er nu af te leiden uit deze zaak?

In de eerste plaats nuanceert *Markin t. Rusland* het beeld dat ik hiervoor schetste. Hoewel we bij stigmatisering in het kader van de zorg voor de kinderen onwillekeurig aan vrouwen denken, kan ook de man, aldus het Hof,

---

173 Zie de weergave onder EHRM 7 oktober 2010, *no.* 30078/06 (*Konstantin Markin t. Rusland*), §19.

174 EHRM 7 oktober 2010, *no.* 30078/06 (*Konstantin Markin t. Rusland*), §58.

175 EHRM (Grote Kamer) 22 maart 2012, *no.* 30078/06 (*Konstantin Markin t. Rusland*).

daar last van ondervinden. Op de vraag of Markin inderdaad zo veel last heeft gehad van dit stigma valt moeilijk een antwoord te geven. De subtiele kaartenwissel tussen de kamer en de Grote Kamer kan echter ook duiden op een groter institutioneel plan. Waar de kamer Rusland er nog expliciet op wees dat amendering van de desbetreffende wetgeving aangewezen was, laat de Grote Kamer die kwestie rusten. In plaats daarvan kent men een schadevergoeding toe terwijl het oordeel van de kamer, dat Markin – nu zijn materiële schade reeds ruimschoots was vergoed – wel door kon met zijn leven, zo vergezocht nog niet was. Zou het zo gek zijn te denken dat die schadevergoeding eerder een bescheiden *reminder* is voor de Russische regering, dat het Russische leger heel veel militairen heeft, dat die voor een groot deel kinderen hebben, en dat het weleens goedkoper kan zijn voor Rusland om de eigen wetgeving op dit punt aan te passen? Ik ben geneigd het te denken.[176] In die zin moet de conclusie misschien genuanceerd worden, dat het EHRM in een discriminerende regeling in de sfeer van de sociale zekerheid aanleiding ziet tot erkenning van immateriële schade. Anderzijds kan de uitspraak een aanwijzing zijn dat compensatie , in de ogen van het Hof, een aangewezen remedie is wanneer de wetgever zich vooralsnog niet enthousiast over wetswijziging betoont. Het zou te ver voeren deze these hier te onderzoeken. Ik beperk mij er hier toe haar te signaleren.

Ik vat mijn bevindingen samen.

Mag de nationale rechter wetgeving die in strijd is met het EVRM blijven toepassen tot de wetgever haar heeft aangepast, ook als de klager immateriële schade heeft geleden? Is het dan voldoende dat de rechter zich beperkt tot de vaststelling van een schending en een proceskostenvergoeding? Het EHRM suggereerde in *Auerbach*, onder verwijzing naar de eigen praktijk, dat dit voldoende is. Het komt inderdaad regelmatig voor dat het Hof daartoe besluit. In het soort zaken waarin de Nederlandse rechter doorgaans abstineert, lijkt het Hof evenwel in veel gevallen wél immateriële schade aan te nemen. Dat doet het in elk geval in de personen- en familierechtelijke sfeer, en waar een discriminerende regeling het gevolg is van stereotype ideeën die gemakkelijk tot stigmatisering kunnen leiden. Daarmee is niet gezegd dat het Hof stéeds tot compensatie van leed besluit. In sommige gevallen kan een wetswijziging reeds voldoende compensatie zijn, al is het enige tijd geleden dat het Hof tot die conclusie kwam. De vraag of de klager daarmee voldoende tegemoet wordt gekomen hangt vooral af van twee gezichtspunten: de aard en het gewicht van het belang van de klager, en de snelheid en zekerheid waarmee het tot wetswijziging komt. Iemand die jarenlang in spanning heeft gezeten over zijn baan, zijn huis, zijn gezondheid of zijn kind, heeft vermoedelijk veel, maar niet genoeg, aan de enkele vaststelling dat hij gelijk heeft. De rechtspraak van het Hof reflecteert dit. Men denke in dat verband aan zaken als *E.B. t. Frankrijk*,

176 Ik betoogde dat eerder: J. Uzman, 'What did you do in the war daddy?', *Publiekrecht & Politiek*, blogpost van 4 juli 2012.

Larkos t. Cyprus en *A., B., & C. t. Ierland*.[177] De zekerheid dat het binnen afzienbare tijd allemaal goed komt, kan wel helpen. De vergoeding van immateriële schade lijkt in de handen van het Hof een enkele keer een instrument om dat te bespoedigen. De eindconclusie kan zijn dat het Hof weliswaar geregeld overweegt dat de klager het met een enkele vaststelling moet doen, maar dat het zich in soortgelijke zaken toch vaak genereuzer betoont dan de Nederlandse rechter.[178]

6.5.2.2 Materiële schade

Terug naar de zaak *Auerbach.* Volgens het EHRM is van belang dat elke materiële schade, zo die al bestond, door de nationale rechters is weggenomen. De proceskosten zijn immers gecompenseerd. Het Hof zegt het niet letterlijk, maar het suggereert vrij duidelijk dat de bestreden wetgeving Auerbach geen schade heeft toegebracht. De rechtmatige toestand kon immers niet alleen worden hersteld door Auerbach minder belasting te laten betalen, maar ook door anderen meer te belasten.

Deze redenering is door Barkhuysen fel bekritiseerd.[179] Hij wijst er op dat de vraag of schade is geleden in concreto moet worden bezien, en niet in abstracto. In concreto heeft de wetgever in dit geval, voor het relevante tijdvak, de keuze gemaakt die hij maakte. Dat hij in abstracto ook een andere keuze had kunnen maken, doet wat Barkhuysen betreft niet ter zake. Voor het verleden, het tijdvak waarover Auerbach procedeert, kan de ongelijkheid immers in het geheel niet gelijkgetrokken worden. De rechtszekerheid en de formele rechtskracht van de reeds opgelegde aanslagen van derden verzetten zich ertegen dat die aanslagen omhoog worden bijgesteld. Barkhuysen waarschuwt ervoor dat het gelijkheidsbeginsel met zulke redeneringen wordt uitgehold:

> 'Zodra namelijk na een vastgestelde schending van dit beginsel de staat met recht kan betogen dat de geconstateerde ongelijkheid in abstracto ook op een wijze ongedaan zou kunnen worden gemaakt waarvan de klager niet in financiële zin zou kunnen profiteren (…) – hetgeen achteraf in veel gevallen relatief makkelijk

177 EHRM (Grote Kamer) 22 januari 2008, *no.* 43546/02 (*E.B. t. Frankrijk*); EHRM (Grote Kamer) 18 februari 1999, *no.* 29515/95 (*Larkos t. Cyprus*), en EHRM (Grote Kamer) 26 december 2010, *no.* 25579/07 (*A., B. & C. t. Ierland*). Zie ook EHRM 30 september 2003, *no.* 40892/98 (*Koua Poirrez t. Frankrijk*).

178 Of dat komt omdat de Europese rechters niet onderworpen zijn aan het Nederlandse belastingrecht, weet ik niet.

179 Zie diens noot in *NJCM-Bulletin* 2002/8, p. 1020-1032, op p. 1027. Vgl. ook de annotatie van Wattel onder *BNB* 2002/126, die met de materiële uitkomst van de beslissing overigens kan leven. Vlemminx 2002a, p. 86-87 is eveneens kritisch, maar hij zoekt de oplossing vervolgens in een zeer restrictieve uitleg van de beslissingen. Zij zijn volgens hem uitsluitend relevant voor zover het gaat om discriminatie waarbij een zeer kleine groep wordt begunstigd.

> mogelijk lijkt – (…) kan (…) worden volstaan met een declaratoire uitspraak (…) Vele schendingen van het gelijkheidsbeginsel zouden op deze wijze voor de staat zonder gevolg blijven, hetgeen in strijd is met het algemeen aanvaarde uitgangspunt – dat waar het betreft het EVRM nog eens wordt onderstreept door artikel 13 EVRM – dat in beginsel alle schade (…) dient te worden vergoed '.[180]

Al met al is de redenering volgens Barkhuysen vooral een truc om een principieel oordeel over de Nederlandse *terme de grâce* te ontlopen.[181] Is die inschatting terecht?

Ik denk het wel. Het is in elk geval duidelijk dat de stelling van het EHRM in *Auerbach,* dat de enkele mogelijkheid van *levelling down* reeds het ontbreken van materiële schade – en daarmee, afgezien van het bestaan van eventuele immateriële schade, van slachtofferschap – met zich brengt, niet een gemene deler is in de rechtspraak van het Hof. In een ontvankelijkheidsbeslissing twee jaar later, in *Walker t. Verenigd Koninkrijk*, volgde het EHRM de redenering niet.[182] Het ging in die zaak om ongelijke behandeling bij de afdracht van premies in de sociale zekerheid.[183] De regering betoogde dat Walker ten aanzien van die ongelijke behandeling geen slachtoffer was nu de wettelijke regeling reeds in die zin was aangepast dat de ongelijke behandeling geleidelijk werd afgebouwd tot zij in 2020 ophield te bestaan. Het Hof gaat daarin niet mee:

> 'While the Government have already passed legislation which will end the differential treatment between men and women concerning the age of eligibility for the state pension and equalise the ages at which NI contributions are obligatory, it remains the case that the applicant, as a man over 60 who is working, is subject to a difference of treatment as regards women of the same age who are in the same position. The question as to whether the applicant can claim any pecuniary or non-pecuniary damage as a result of this difference in treatment falls to be dealt with under Article 41 of the Convention'.

Het feit dat het regime in de toekomst verandert ontneemt nog niet noodzakelijkerwijs de schade, en daarmee het slachtofferschap van Walker. Op de omvang van de schade wil het pas ingaan als het toekomt aan de beoordeling onder artikel 41 EVRM, na het behandelen van de klacht ten gronde dus. Het zou interessant zijn te bezien wat de overwegingen van het Hof in dat verband zijn, maar bij een later arrest, in 2006, verklaart het Hof de desbetreffende wetgeving uiteindelijk EVRM-*proof*.[184]

---

180 *Ibid.,* p. 1028.

181 Dat is het volgens Wattel ook: die ziet hierin aanvaarding van het zogenaamde 'kniesoorbeginsel' (*BNB* 2002/126). Zie daarover Wattel 1995, p. 220-222.

182 EHRM (ontv.) 16 maart 2004, *no.* 37212/02 (*Walker t. VK*).

183 Mannen moesten dergelijke premies tot hun vijfenzestigste betalen, terwijl vrouwen tot hun zestigste betaalden.

184 EHRM 22 augustus 2006, *no.* 37212/02 (*Walker t. Verenigd Koninkrijk*).

De Grote Kamer lijkt – ik zeg het bewust heel voorzichtig[185] – de redenering evenmin te volgen in het arrest *Burden t. Verenigd Koninkrijk*.[186] In die zaak gaat het om een ongelijke behandeling voor de heffing van successierechten. Voor getrouwde stellen geldt een relatief gunstig regime. De wetgever verruimt dat soepele regime op een gegeven moment naar geregistreerde partners (waaronder, niet onbelangrijk, paren van gelijk geslacht) omdat hij, in algemene zin, 'duurzaam samenleven' wil bevorderen. Zo'n partnerschap kan alleen aangegaan worden door niet-bloedverwanten. De gezusters Burden leven duurzaam samen, en menen dat zij ongerechtvaardigd worden benadeeld. Zij klagen in Straatsburg. Ook hier verweert de regering zich met de stelling dat de gezusters geen slachtoffer zijn. Zij wijst er op dat de gezusters beiden nog leven en dat zij dus nog in het geheel geen aanslag successierechten hebben gekregen. Sterker nog, één van beiden – we weten nog niet wie – zal zo'n aanslag nooit krijgen. Het Hof verwerpt dit verweer onder het motto, 'niets is zeker behalve de dood en de belastingen':

> 'In the present case, the Grand Chamber agrees with the Chamber that, given the applicants' age, the wills they have made and the value of the property (…), the applicants have established that there is a real risk that, in the not too distant future, one of them will be required to pay substantial inheritance tax on the property inherited from her sister. In these circumstances, the applicants are directly affected by the legislation and can claim to be victims of the alleged discriminatory treatment'.[187]

Frappant in dit verband, is dat de Britse regering noch het Hof het kennelijk als een probleem ziet dat het om een niet-verplichte begunstigende regeling gaat die ook ten nadele van de gezusters Burden kan worden gewijzigd. Het belastingvoordeel kan door de Britse wetgever immers ook worden ingetrokken. Volgens de redenering van *Auerbach t. Nederland* zou in dat geval, ook wanneer één van beide zusters na het overlijden van de ander een forse aanslag zou krijgen, geen sprake zijn van materiële schade. Daarvan lijkt de Grote Kamer in deze zaak niet uit te gaan. Integendeel, het enkele feit dat de gezusters Burden hun gedrag reeds op de wet hebben aangepast – in de vormgeving van hun testament – en de zekerheid dat één van hen zo'n aanslag zal krijgen is voldoende voor het Hof. Ik lees daarin, tenminste impliciet, een afwijzing van de gedachte, geuit in *Auerbach*, dat reeds het enkele feit dat de wetgever de regeling ook ten nadele van de klager kan wijzigen, tot de conclusie leidt dat geen sprake is van materiële schade.[188]

---

185 Voorzichtiger in elk geval, dan ik het eerder deed: zie Uzman 2008.

186 EHRM (Grote Kamer) 29 april 2008, *no.* 13378/05, *AB* 2008/213 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Burden t. VK*). Zie ook reeds: EHRM 12 december 2006, *no.* 13378/05, *EHRC* 2007/18 m.nt. Gerards (*Burden & Burden t. VK*).

187 *Burden t. VK* (2008), §35.

188 Zie over deze zaak uitvoeriger: Uzman 2008.

Ook in *Burden & Burden* wordt de desbetreffende wetgeving uiteindelijk voor EVRM-conform gehouden.[189] Ook hier komt het Hof dus uiteindelijk aan een beoordeling onder artikel 41 EVRM niet toe. Hoe zit dat in andere zaken?

Vergoeding van materiële schade onder artikel 41 EVRM

Om te beginnen, een caveat. De schadevergoedingspraktijk van het EHRM is niet altijd even helder.[190] Toch lijken er wel wat lijnen te trekken. Ik schets er, met enige schroom, twee: een soepele en een restrictieve. Vervolgens probeer ik die lijnen met elkaar te verzoenen.

De soepele lijn begint bij het arrest *Darby t. Zweden*.[191] Darby is een Brits-Finse arts, werkzaam in Zweden maar deels woonachtig in Finland. In 1979 wordt hij geconfronteerd met een belastingaanslag van de Zweedse autoriteiten. Onderdeel van die aanslag is een zogenaamde 'kerkheffing' ten behoeve van de Zweedse Kerk. Darby behoort niet tot die kerk. Niet-leden van de kerk maken aanspraak op een gereduceerd tarief, maar dan moeten zij wel formeel geregistreerd staan als inwoner van Zweden. Aan die eis voldoet Darby niet. Het Hof ziet geen redelijke rechtvaardiging voor het stellen van zo'n registratievereiste en komt tot de conclusie dat de regeling in strijd komt met het verbod van discriminatie, in samenhang met het eigendomsrecht.[192] Darby claimt vervolgens als schade zijn onterecht betaalde belasting. Het Hof overweegt in dat verband:

> 'As regards pecuniary damage, the applicant claimed repayment of the excess tax he had paid between 1979 and 1981, that is 3,065 Swedish kronor (…), plus interest calculated in accordance with the Swedish Interest Act (…). While accepting this claim in principle, the Government maintained that the Swedish Interest Act was not applicable. However, they left it to the Court to determine whether the amount claimed should be increased on an equitable basis. The Court awards Dr Darby 8,000 kronor under this head, comprising the amount of tax unduly paid in 1979-1981 (3,065 kronor) and interest assessed in the light of the interest rates in Sweden at the time'.[193]

Het is de vraag welke lessen uit dit arrest te trekken zijn. Het EHRM accepteert de vordering van Darby zonder enige motivering. Het gaat in het geheel niet in op de vraag of de Zweedse wetgever de belasting ook zo had kunnen

189 De gezusters Burden claimden onder artikel 41 EVRM bovendien geen compensatie.

190 Van Emmerik (1997) heeft geprobeerd daar enige chocola van te maken. Hoewel het precair blijft om daar al te stellige conclusies aan te verbinden, meen ik dat daarin wel een tendens kan worden waargenomen.

191 EHRM 23 oktober 1990, *no.* 11581/01 (*Darby t. Zweden*).

192 De Zweedse regering maakte het EHRM het op dit punt ook niet moeilijk. Het erkende tijdens de mondelinge behandeling van de zaak dat voor de regeling geen redelijke rechtvaardiging was. De wetgever had de eis van registratie daarom ook reeds geschrapt.

193 *Darby t. Zweden* (1990), §37-38.

vormgeven dat Darby ze alsnog had moeten betalen. Daar staat tegenover dat de Zweedse regering het Hof het op dit punt ook niet moeilijk maakte. Zij voerde alleen een verweer met betrekking tot de rente. Belangrijker is wellicht dat het sterk de vraag is of een rechtmatige kerkheffing in dit geval denkbaar was geweest. Het Hof zegt daarover niets, het doet de klacht onder artikel 14 EVRM jo. 1 EP af. Maar het lijkt waarschijnlijk dat het schrappen van het gereduceerde tarief voor álle niet-leden van de Zweedse Kerk, op gespannen voet had gestaan met de godsdienstvrijheid. Tot slot is in het geval van Darby sprake van een relatief kleine groep die wordt benadeeld. De meeste niet-belijdende inwoners van Zweden zullen daar, zo mag men toch aannemen, als inwoner geregistreerd staan.

In het arrest *P.M. t. Verenigd Koninkrijk* uit 2005, spreekt het EHRM zich duidelijker uit.[194] De klager in die zaak is een gescheiden vader die, ten behoeve van zijn dochter, alimentatie betaalt. Deze alimentatie is voor de Britse inkomstenbelasting aftrekbaar, maar alleen wanneer de beide ouders, voordat zij uit elkaar gingen, met elkaar getrouwd waren. In het geval van de klager was geen sprake van een huwelijk. Voor dit verschil in behandeling tussen voormalig gehuwde, en andere, voormalig duurzaam samenlevende ouders ziet het Hof geen redelijke rechtvaardiging. Het vindt daarom dat de Britse belastingwetgeving in strijd is met de artikelen 14 EVRM en 1 EP. Het misgelopen belastingvoordeel wordt door het Hof vervolgens zonder omhaal aangemerkt als te vergoeden schade onder artikel 41 EVRM. Duidelijker dan in *Darby t. Zweden*, staat deze koers van het Hof op gespannen voet met de conclusies van het Hof in *Auerbach*. Hier is immers evident sprake van een onverplichte bijdrage die de wetgever zonder probleem ook zó had kunnen vaststellen dat de klager het belastingvoordeel alsnog was misgelopen. Het EVRM eist immers niet dat alimentatie aftrekbaar moet zijn van de inkomstenbelasting. Evenmin is hier sprake van een zeer kleine groep die benadeeld wordt ten gunste van een grote groep. Anno 2005 mag worden aangenomen dat het Verenigd Koninkrijk, net als Nederland, een aanzienlijke groep ongehuwde ouderstellen kent.[195] Het uitstrekken van het belastingvoordeel over voormalig ongehuwd samenwonende ouders heeft dus verstrekkende gevolgen. Toch maakt het

194 EHRM 19 juli 2005, *no.* 6638/03 (*P.M. t. Verenigd Koninkrijk*).

195 Het CBS schatte het percentage ongehuwde ouderparen in 2001 op een kwart. Het tekende bovendien aan dat dit aantal snel stijgend was. In hetzelfde onderzoek wees het CBS op soortgelijke cijfers in, onder meer, het Verenigd Koninkrijk. Zie persbericht CBS 29 augustus 2001, *Kwart baby's heeft niet-getrouwde ouders*, Internetpublicatie (geraadpleegd www.cbs.nl, op 22 juli 2012). In 2005 becijferden onderzoekers van het CBS dat ruim 35% van de kinderen buitenechtelijk geboren werd. Zie A. van de Meulen & A. de Graaf, 'Samenleven en kinderen', *CBS Webpublicatie* 2005 (geraadpleegd op 22 juli 2012).

EHRM aan het vaststellen van de schade geen woorden vuil. De Britse regering maakte daartegen ook geen bezwaar.[196]

De soepele lijn werd de afgelopen jaren door het Hof geregeld gevolgd.[197] Toch kan daaruit nog niet zonder meer geconcludeerd worden dat het EHRM misgelopen belastingvoordeel, subsidie of uitkeringen steeds als schade aanmerkt. Dat heeft alles te maken met het feit dat er nog een tweede, restrictiever, lijn in 's Hofs uitspraken valt te bespeuren.

Die tweede lijn wordt ingezet met het arrest *Van Raalte t. Nederland*.[198] Daarin gaat het om een uitzondering voor ongehuwde vrouwen van boven de 45 om premies in het kader van de Kinderbijslag te betalen. Meneer Van Raalte meent dat deze uitzondering in strijd is met de artikelen 1 EP en 14 EVRM. Op nationaal niveau wordt die klacht niet serieus genomen, maar in 1997 ziet hij zijn gelijk door het EHRM bevestigd. Hij claimt zo'n 2000 gulden schadevergoeding, zijnde de premies die hij in het tijdvak 1985-1988 heeft betaald. Tegen de aanslagen in dat tijdvak heeft hij bezwaar gemaakt.[199] Schermers, de afgevaardigde van de Commissie, meent dat Van Raalte materiële schade heeft die hij op nationaal niveau vergoed kan krijgen.[200] Of dat laatste het geval is, dat staat te bezien. Ten aanzien van de vordering onder artikel 41 EVRM overweegt het Hof afwijzend:

> 'The Court notes that the finding of a violation of Article 14 of the Convention taken together with Article 1 of Protocol No. 1 does not entitle the applicant to

196 Een kanttekening terzijde. De klager verzoekt ook om vergoeding van zijn advocatenkosten. Hij dient in dat verband een specificatie in. Daaruit blijkt dat het voorbereiden van de vordering onder artikel 41 EVRM een stagiair zes uur heeft gekost. De Britse regering vindt dit wat veel, en het Hof *'sees some substance in the Government's doubts as to the hours claimed'*. Dat is, gelet op de nog te behandelen, minder soepele jurisprudentie van het EHRM, nogal opvallend! Overigens had de regering de kosten uiteraard kunnen beperken door in een vroeger stadium het onverdedigbare standpunt te verlaten dat voor het verschil in fiscale behandeling, ook anno 2005 nog, een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestond.

197 Zie, overigens nog vóór het arrest *P.M. t. VK* (2005) o.m.: EHRM 18 juli 1994, *no.* 13580/88 (*Schmidt t. Duitsland*), waarin het Hof een brandweerbelasting voor alleen mannen in strijd met art. 14 EVRM verklaarde en de betaalde belasting als te vergoeden schade aanmerkte. Latere jurisprudentie omvat o.m.: EHRM 16 april 2002, *no.* 36677/97 (*S.A. Dangeville t. Frankrijk*); EHRM 11 juni 2002, *no.* 36042/97 (*Willis t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 30 september 2003, *no.* 40892/98 (*Koua Poirrez t. Frankrijk*); EHRM 10 mei 2007, *no.* 42949/98 (*Runkee & White t. Verenigd Koninkrijk*), en EHRM (Grote Kamer) 18 februari 2009, *no.* 55707/00 (*Andrejeva t. Letland*); EHRM 31 maart 2009, *no.* 44399/05 (*Weller t. Hongarije*). In EHRM 4 juni 2002, *no.* 34462/97 (*Wessels-Bergervoet t. Nederland*) besloot het Hof te wachten met een oordeel over de compensatie. De klacht werd uiteindelijk van de rol geschrapt na een minnelijke schikking waarbij aan Wessels-Bergervoet alsnog de misgelopen AOW-uitkeringen uitbetaald werden. Zie EHRM 12 november 2002, *no.* 34462/97.

198 EHRM 21 februari 1997, *no.* 20060/92 (*Van Raalte t. Nederland*).

199 Zie *Van Raalte t. Nederland* (1997), §47 en 8-9.

200 *Van Raalte t. Nederland* (1997), §49. Hij ziet overigens ook aanleiding voor compensatie van immateriële schade. Het Hof gaat daarin niet mee. Ik kom daar in de volgende paragraaf nog op terug.

> retrospective exemption from contributions under the scheme in question. Accordingly the applicant's claim for pecuniary damage has not been substantiated'.[201]

Een uitleg voor deze afwijzing geeft het EHRM niet, zoals het het tegengestelde oordeel in zaken als *Darby* en *P.M.* ook niet van een motivering voorzag. Wellicht speelt een rol dat de uitzondering voor vrouwen van boven de 45 per 1 januari 1989 werd afgeschaft.[202] De wetgever had dus al een keuze voor *levelling down* gemaakt.[203] Het kan ook niet uitgesloten worden dat het kostenaspect een rol heeft gespeeld. De uitbreiding van de regeling naar kinderloze mannen vanaf een bepaalde leeftijd zou de schatkist vermoedelijk wel wat hebben gekost. Het is niet helemaal duidelijk. Net als later in *Auerbach* het geval zal zijn, suggereert het EHRM in *Van Raalte* dat een schending niet betekent dat de klager met terugwerkende kracht recht heeft op toegang tot de begunstigende regeling.

Die expliciete verwijzing naar het retroactieve karakter van de vordering doet denken aan de ontvankelijkheidsbeslissing in de zaak *Walden t. Liechtenstein*.[204] In die zaak ging het om het uitbetalen van ouderdomspensioenen. De wetgeving op dat punt discrimineerde in die zin dat getrouwde stellen niet ieder apart een pensioen kregen, maar één gezamenlijk pensioen dat was berekend naar rato van het aantal jaren dat de mán premie had betaald. Het *Verfassungsgerichtshof* van Liechtenstein had het desbetreffende voorschrift in strijd verklaard met het gelijkheidsbeginsel, maar het weigerde het pensioen van het gezin Walden opnieuw te berekenen. Tegen díe beslissing, het blijven toepassen van de onrechtmatige wetgeving, klaagde Walden in Straatsburg. Het EHRM ziet echter geen probleem:

> 'the Court recalls its case-law according to which the principle of legal certainty, which is necessarily inherent in the law of the Convention, may dispense States from questioning legal acts or situations that antedate judgments of the Court declaring domestic legislation incompatible with the Convention. (…). Moreover, it has also been accepted, in view of the principle of legal certainty that a constitutional court may set a time-limit for the legislator to enact new legislation with the effect that an unconstitutional provision remains applicable for a transitional period (…).
>
> In view of the detrimental effects which an annulment of the relevant provisions might have on the pension claims of others, the State Court refused to annul the provisions (…). The Court finds that the present case does not differ substantially from the case in which a Constitutional Court annuls an unconstitutional provision and sets a time-limit for enacting new legislation. (…) Given the brevity of this

201 *Van Raalte t. Nederland* (1997), §50.
202 Wet van 21 december 1988, *Stb.* 1988, 631.
203 Aldus bijv. HL 5 mei 2005 [2005] *UKHL* 30 (*R. v. IRC, ex p. Wilkinson*), *per* Lord Hoffman, §26-27.
204 EHRM (ontv.) 16 maart 2000, *no.* 33916/96 (*Walden t. Liechtenstein*).

period (…) the continued application of the pension provisions at issue can also be regarded as proportionate'.[205]

De zaken van *Van Raalte* en *Walden* zijn maar beperkt te vergelijken. In *Van Raalte* kwam het Hof tot het oordeel dat sprake was van een schending en ging het, in het kader van een schadevergoeding, om de vraag of de toegang tot het premievoordeeltje ook aan mannen toe diende te komen. *Walden* was een ontvankelijkheidsbeslissing die ging over de vraag of de hoogste rechter van Liechtenstein, net als in *Auerbach*, de relevante wetgeving had mogen blijven toepassen. In *Walden* baseert het Hof zijn bevestigende antwoord op de rechtszekerheid van derden. Daarvan is in het geval van *Van Raalte* geen sprake. Toch moet men de verschillen ook weer niet overdrijven. Het is, op zijn zachtst gezegd, wel wat merkwaardig dat het Hof in *Walden* niets zegt over de vraag of de regeling in het geval van Walden dan niet in het individuele geval buiten toepassing had kunnen blijven, of dat hij en zijn echtgenote het te weinig ontvangen pensioen dan in de vorm van schadevergoeding hadden kunnen claimen. In die zin lijken de beslissing in *Walden* en het arrest *Van Raalte* op dezelfde leest geschoeid.

Het wordt tijd voor een korte tussenconclusie. De rechtspraak over materiële schade na een schending van het gelijkheidsbeginsel bij een begunstigend voorschrift lijkt zeer onduidelijk. In verreweg de meeste zaken besluit het Hof, zonder nadere motivering, dat het misgelopen – of teveel betaalde – bedrag gecompenseerd moet worden. Soms echter gooit het Hof het over een andere boeg. Zijn beide lijnen te verzoenen? Ik denk het wel.

In 2006 verzoent het Hof beide lijnen in de jurisprudentie met elkaar. Het doet dat in de zaken van *Hobbs, Richard, Walsh & Geen t. Verenigd Koninkrijk*.[206] Het gaat daarin om de financiële gelijkstelling van weduwen en weduwnaren, een kwestie die in de tachtiger jaren ook in Nederland actueel was en tot beruchte jurisprudentie aanleiding heeft gegeven. Het feit dat alleen vrouwen voor een zeker belastingvoordeel in aanmerking komen, is volgens het Hof in strijd met de gedachte van non-discriminatie. Maar wat dan? Betekent dit ook dat mannen eveneens aanspraak konden maken op de aftrek, en dat het feit dat zij dit niet konden moet worden opgevat als schade? De klagers menen

205 Dit is inderdaad vaste rechtspraak. Zie o.m. reeds: ECRM (ontv.) 18 oktober 1995, *no.* 22651/93 (*J.R. t. Duitsland*). Later o.a.: EHRM 22 juli 2010, *EHRC* 2010/96 (*P.B. & J.S. t. Oostenrijk*). Ik kom in de volgende paragraaf op de kwestie terug.

206 EHRM 14 november 2006, *no.* 63684/00 (*Hobbs, Richard, Welsh & Geen t. Verenigd Koninkrijk*). Deze rechtspraak is door het Hof veelvuldig herhaald, zij het wel vrijwel steeds door dezelfde Kamer. Zie o.a.: EHRM 9 oktober 2007, *no.* 62776/00 (*Cross t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 8 juli 2008, *no.* 63477/00 (*Wells t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 8 juli 2008, *no.* 63480/00 (*Hubley t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 17 juli 2008, *no.* 63647/00 (*Jackson t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 17 juli 2008, *no.* 65507/01 (*Ginnifer t. Verenigd Koninkrijk*).

van wel, en zij verwijzen daarvoor niet alleen naar de uitspraken van het Hof in *Darby t. Zweden* en *P.M. t. Verenigd Koninkrijk*, maar ook naar de – in het volgende hoofdstuk te bespreken – jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie.[207] De Britse regering verweert zich op haar beurt met een beroep op het arrest van *Van Raalte*.[208]

In een, voor artikel 41 EVRM, onkarakteristiek lange overweging, gaat het Hof op zoek naar de richtsnoeren. Het uitgangspunt is volgens het Hof, dat succesvolle klagers *restitutio in integrum* mogen verwachten. Zij moeten worden gebracht in de situatie waarin zij zouden hebben gezeten als de Conventie niet was geschonden. Maar dat is in dit soort gevallen een relatief lege huls. Want wat houdt die situatie in? Het arrest *Van Raalte* illustreert volgens het Hof dat gelijke behandeling niet steeds inhoudt dat men krijgt wat de bevoordeelde ook kreeg. Maar waar *Van Raalte* een algemene regel suggereerde, probeert het Hof nu te nuanceren. Het formuleert enkele gezichtspunten:

> 'Whether such an award is made will depend on all the circumstances of the case, including the field in which the discriminatory treatment arose; whether the applicant belongs to a similarly affected class of persons; the size of any such class; the nature of the legislative provision, if any, giving rise to the discriminatory treatment; and, where such discrimination has been eliminated as the result of an amendment of the relevant provisions, the nature of, and reasons underlying, the amendment'.[209]

Volgens het Hof kan dus niet in abstracto worden gezegd in welke gevallen sprake is van *level up*, en dus van schade. Het hangt allemaal af van de omstandigheden van het geval: de aard van het rechtsgebied en het wettelijk voorschrift in kwestie, de groep waartoe de klager behoort, de grootte van die groep en, niet onbelangrijk, de wijze waarop de wetgever, als hij reeds in actie is gekomen, de kwestie heeft opgelost.[210] Zie ik het goed, dan geven drie factoren in deze zaak de doorslag. In de eerste plaats vormden de benadeelden een grote groep. Dat maakt het niet waarschijnlijk dat de wetgever het belastingvoordeel oorspronkelijk ook aan déze groep zou hebben gegeven. Die

---

207 Zie §7.8.4.2.

208 Bijzonder is overigens dat de Britse regering ook uitvoerig put uit een uitspraak van het *House of Lords*, HL 5 mei 2005 [2005] *UKHL* 30 (*R. v. IRC, ex p. Wilkinson*). In deze uitspraak verklaarde de hoogste Britse rechter dat hij niet in staat was tot het bieden van een remedie, ook niet het toekennen van schadevergoeding. In een *obiter dictum* ging hij evenwel uitvoerig in op de vraag of klagers in dit soort gevallen recht hadden op schadevergoeding. Onder verwijzing naar *Van Raalte* meende hij van niet. Wat men daar ook van moge vinden, het is duidelijk dat het hoogste Britse rechtscollege de kwestie serieus nam en de gelegenheid te baat nam om de Straatsburgse rechtspraak te overtuigen. Dat lukte dan ook.

209 *Hobbs, Richards, Walsh & Geen t. VK* (2006), §67.

210 Dat laatste lijkt mij een duidelijke vingerwijzing dat het EHRM in dezelfde richting denkt als Bloembergen in zijn reactie op (en zijn noot onder) het Arbeidskostenforfaitarrest. Zie *NJ* 2000/170 en §5.3.2.2.

inschatting wordt, ten tweede, bevestigd door de constatering van het Hof dat de wetgever het belastingvoordeel inmiddels ook al heeft afgeschaft. Maar misschien het belangrijkste is niet zozeer de kwantiteit, maar de kwaliteit van de benadeelde groep. Het belastingvoordeel, zo overweegt het Hof, werd geïntroduceerd in een periode waarin:

> 'married couples were taxed as a single entity, to enable widows to claim the equivalent of the married man's allowance in the year of bereavement and thus to equate their position with that of widowers. However, when the independent taxation of married men and women was introduced, the underlying purpose (…) ceased to exist'.

Vanaf het moment dat vrouwen individueel werden belast, en niet meer de gezinnen, werden zij, door het desbetreffende belastingvoordeel, gunstiger behandeld dan íedereen en niet alleen dan de groep weduwnaren. Het toekennen van schadevergoeding aan weduwnaren zou dus een nieuwe discriminatie in het leven roepen. Iets soortgelijks was aan de orde in *Van Raalte t. Nederland*.[211] Daarin zit een belangrijk verschil met arresten als *P.M. t. Verenigd Koninkrijk* en *Darby t. Zweden*.[212] In die zaken behoort de benadeelde, voor het doel van de relevante wetgeving, in wezen tot dezelfde groep als de bevoordeelden behalve dan voor wat betreft het punt waarin onrechtmatig een onderscheid is gemaakt. Darby, bijvoorbeeld, behoort tot de groep niet-kerkgangers die recht menen te hebben op een reductie. Het enkele feit dat hij niet staat ingeschreven als inwoner van Zweden verandert aan de materiële situatie niets. Dat de regeling differentieert naar het, al dan niet officieel belijden van het geloof van de Zweedse Kerk, is heel terecht. Darby maakt dus aanspraak op deelname aan de gunstiger regeling. De Britse belastingwetgeving die het mogelijk maakte alimentatie fiscaal af te trekken, beoogde het gemakkelijker te maken voor gescheiden ouders om opnieuw een stabiele relatie aan te gaan. Dat gold voor P.M. net zo goed als voor voormalig gehuwde ouders. Dat de fiscale regeling differentieert tussen alimentatieplichtige en niet-alimentatieplichtige ouders is op zich geen probleem. Het uitstrekken van de regeling over de groep waartoe P.M. behoort is dus niet problematisch. Dat ligt, als gezegd, anders in *Hobbs* en *Van Raalte*.

Materiële schade – een conclusie

Ik kom tot een afronding. We zagen eerder dat Barkhuysen felle kritiek had op de opstelling van het EHRM in de zaak *Auerbach*, vooral met betrekking tot de kwestie van materiële schade.[213] Zijn kritiek kwam er in essentie op

211 EHRM 21 februari 1997, *no.* 20060/92 (*Van Raalte t. Nederland*).
212 EHRM 23 oktober 1990, *no.* 11581/01 (*Darby t. Zweden*); EHRM 19 juli 2005, *no.* 6638/03 (*P.M. t. Verenigd Koninkrijk*).
213 EHRM (ontv.) 29 januari 2002, *no.* 45600/99 (*Auerbach t. Nederland*).

neer dat het Hof ten onrechte suggereert dat de enkele mogelijkheid van een oplossing *level down* reeds tot de conclusie leidt dat de klager geen materiële schade heeft geleden. In de ontvankelijkheidsrechtspraak zijn aanwijzingen te vinden dat die kritiek voor een belangrijk deel terecht is. Ik heb vervolgens bezien hoe het Hof met zulke kwesties omgaat in het kader van de eigen bevoegdheid om schadevergoeding toe te kennen. Daaruit volgt een genuanceerd beeld. *Auerbach t. Nederland* laat zich goed plaatsen in de lijn van het arrest *Van Raalte*, eveneens tegen Nederland gewezen. Zij contrasteert evenwel met een, kwantitatief veel grotere, reeks zaken waarin het Hof zonder veel omhaal van woorden wél schadevergoeding toekent. In het arrest *Hobbs, Richard, Walsh & Geen t. Verenigd Koninkrijk* kiest het Hof voor een genuanceerde koers. Of een schadevergoeding op haar plaats is, moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval. Met name de vraag of het toekennen van de schadevergoeding een nieuwe discriminatie in het leven roept is van belang.[214] Daarnaast is ook van belang hoe groot de benadeelde groep is die nu meent aanspraak te maken op schadevergoeding. Heeft de wetgever inmiddels al een keuze voor *level up* of *level down* gemaakt, dan wordt ook die keuze in de afweging betrokken. Tot slot zijn de aard van het rechtsgebied en de aard van het discriminerende voorschrift van belang. Ik kan mij voorstellen dat een relatief technische belastingmaatregel, bijvoorbeeld in de sfeer van het auto- of het arbeidskostenforfait – minder snel aanleiding zal geven tot het toekennen van schadevergoeding. Volgt men deze redenering, dan is *Auerbach t. Nederland* wel te plaatsen. De conclusie dat de nationale rechter zich er dus stééds toe kan beperken een proceskostenvergoeding uit te spreken, is echter niet gerechtvaardigd. Voor een belangrijk deel van de gevallen blijft materiële schade bestaan.

6.5.2.3 Resumerend

De ontvankelijkheidsbeslissing in *Auerbach* steunt, zoals hiervoor aan de orde kwam, op twee pijlers. In de eerste plaats is, aldus het EHRM, in discriminatiezaken zoals *Auerbach* geen sprake van materiële schade – tenzij men de proceskosten meerekent, en die worden op nationaal niveau vergoed. In de tweede plaats is, in dit soort zaken, de 'blote' vaststelling van de rechter dat sprake is van een schending voldoende om eventuele immateriële schade te compenseren. Op deze redenering is kritiek mogelijk en die is er ook gekomen. Die kritiek is grotendeels terecht. In veel discriminatiezaken is immers wél sprake van materiële schade, ook wanneer het om begunstigende regelingen gaat die de wetgever probleemloos ten nadele van de begunstigden kan bijstellen. In de meeste gevallen kent het Hof in zo'n geval zelf compensatie ter hoogte van het misgelopen voordeel toe. Toch doet het dat niet altijd. Het hanteert daar-

214 Zie Vlemminx 2002a, p. 86-88, die het vermoeden reeds uitspreekt dat *Auerbach* in dat licht moet worden opgevat.

voor een catalogus van gezichtspunten, waarin een reeds gemaakte keuze van de wetgever en de aard en grootte van de benadeelde groep een belangrijke rol spelen. Dat is een genuanceerder beeld dan uit *Auerbach* naar voren komt. Hetzelfde geldt voor de immateriële schade. In de meeste gevallen erkent het Hof immers dat er een noodzaak tot compensatie is. Met name wanneer de regeling stigmatiserend werkt, of er kwetsbare belangen – zoals familiebanden – in het geding zijn, is het Hof soepel.

Betekent dit nu dat de ontvankelijkheidsbeslissingen in *Auerbach* en *Arends* tot de rechtshistorie moeten worden gerekend? Gegeven het feit dat het Hof er nooit meer naar verwezen heeft, zou men het bijna zeggen. Toch bleek uit de analyse dat dit niet zo is. De uitspraken illustreren dat het Hof een manier heeft om soepel te zijn voor nationale constitutionele verhoudingen waar het gaat om uiterst technische kwesties, waarin het belang van de klager relatief klein is. Soms geeft de aard van het belang van de klager nu eenmaal geen reden tot het aannemen van materiële of immateriële schade. In die zin zijn de zaken van Auerbach en Arends niet te vergelijken met zaken als die van Burden, van Darby of van Markin. In al die zaken ging het niet om een technisch detail waarin de wetgever een toevalligerwijs onverdedigbare keuze maakte, maar om een principiële kwestie of een uitgesloten individu. In het model zoals het Hof dat ten aanzien van materiële schadevergoeding formuleerde in de zaak *Hobbs e.a.*, passen de beide ontvankelijkheidsbeslissingen wel.[215] Alleen suggereren beide uitspraken méér, namelijk dat de *terme de grâce* zoals de Nederlandse rechter die vormgeeft in algemene zin door de Straatsburgse beugel kan. Dat nu, kan op basis van deze uitspraken niet worden geconcludeerd.

6.5.3 Bouwstenen voor een genuanceerde benadering

Ik betoogde zojuist dat er meer onder de zon is dan de beslissingen van het Hof in *Auerbach* en *Arends t. Nederland*.[216] Dat deed ik aan de hand van een analyse van de wijze waarop het EHRM zélf het schadebegrip invult. Daarmee is nog geen antwoord gegeven hoe de *terme de grâce*, in de ogen van het Hof, dan wel moet worden beschouwd. Zo'n antwoord is ook niet in abstracto te geven. Maar wat misschien wel kan, is het benoemen van een aantal bouwstenen. Ik doe dat door een aantal aspecten van de *terme de grâce* langs te lopen en te bezien of de rechtspraak van het EHRM ten aanzien van dat aspect aanknopingspunten biedt. Ook hier, vooraf een caveat. De rechtspraak over de toetsing van formele wetgeving onder artikel 13 EVRM illustreert wel dat het EHRM zeer beducht is, de nationale constitutionele verhoudingen al te kritisch

215 EHRM 14 november 2006, *no.* 63684/00 (*Hobbs, Richard, Welsh & Geen t. Verenigd Koninkrijk*).
216 EHRM (ontv.) 29 januari 2002, *no.* 45600/99 (*Auerbach t. Nederland*); EHRM (ontv.) 29 januari 2002, *no.* 45618/99 (*Arends t. Nederland*).

te bejegenen. Dat betekent niet dat het Hof *laissez faire* belijdt, wel dat mijn bevindingen voorzichtige pogingen zijn om aanknopingspunten te formuleren en geen wiskundige bewijzen.

Wat gebeurde er ook al weer bij een *terme de grâce* in Nederland? De rechter stelt dan doorgaans vast dat de wettelijke regeling in strijd is met een EVRM-recht, maar hij abstineert. Hij laat het, met andere woorden, aan de wetgever over om iets aan de kwestie te doen. In de tussentijd past hij de 'oude' wetgeving gewoon toe. Er zitten verschillende aspecten aan zo'n handelwijze. In de eerste plaats valt op dat de rechter niet zélf een remedie biedt, maar het overlaat aan een ander orgaan (het wie-aspect). Moet de wetgever de kwestie regelen voor het heden, het verleden of alleen voor de toekomst? (het wat-aspect). En tot slot: maakt het uit dat hij de onrechtmatig verklaarde wetgeving gedurende een bepaalde periode gewoon blijft toepassen (het tijdsaspect). Ik loop de verschillende aspecten van deze handelwijze na.

6.5.3.1 Het wie-aspect: het verdelen van taken

Wanneer de rechter zuiver vaststelt dat de klager gelijk heeft maar hij niet voorziet in redres, biedt hij, volgens de uitgangspunten die ik eerder schetste, geen effectieve rechtsbescherming. Er zijn echter twee indicaties die tot nuancering van deze conclusie dwingen.

In de eerste plaats beziet het EHRM de vraag of sprake is van effectieve rechtsbescherming contextueel. De rechtsbescherming moet, gegeven eventuele bijzondere omstandigheden, *zo effectief mogelijk* zijn. In het kader van het afluisteren van telefoongesprekken ten behoeve van de nationale veiligheid merkte het Hof bijvoorbeeld op dat:

> 'For the purposes of the present proceedings, an "effective remedy" under Article 13 must mean a remedy that is as effective as can be having regard to the restricted scope for recourse inherent in any system of secret surveillance.' It therefore remains to examine the various remedies available to the applicants (…) in order to see whether they are "effective" in this limited sense'.[217]

Het Hof herhaalde dit uitgangspunt verschillende keren.[218] Het illustreert het beginselkarakter van artikel 13 EVRM. Dat laat afweging met andere belangen toe. Men spreekt ook wel van impliciete of inherente beperkingen op het grondrecht.[219] Zulke beperkingen mogen de kern, of de essentie, van artikel

---

217 EHRM (plenair) 6 september 1978, *no.* 5029/71, *Series A*-28 (*Klass e.a. t. Duitsland*), §69.

218 Zie o.m. EHRM 26 maart 1987, *no.* 9248/81, *Series A*-116 (*Leander t. Zweden*); EHRM (Grote Kamer) 26 oktober 2000, *no.* 30210/96 (*Kudla t. Polen*), §151; EHRM 27 november 2012, *no.* 7222/05 (*Savovi t. Bulgarije*), §61.

219 Over impliciete beperkingen in het algemeen: Bellekom 1990, p. 63-65. M.b.t. art. 13 EVRM: Barkhuysen 1998, p. 158.

13 echter niet aantasten en zij mogen ook niet verder gaan dan strikt noodzakelijk om het belang aan de andere zijde van de weegschaal te waarborgen.[220]

Daar komt bij dat het EHRM de rechterlijke procedure niet geïsoleerd beziet, maar in de bredere context van het samenspel tussen verschillende instanties. In de woorden van het Hof in *Silver t. Verenigd Koninkrijk*:

> 'although no single remedy may itself entirely satisfy the requirements of Article 13, the aggregate of remedies provided for under domestic law may do so'.[221]

Dat laat, althans in theorie, ruimte voor de mogelijkheid dat rechtsbescherming een gedeelde taak is van rechter en wetgever. De eerste stelt de onrechtmatigheid vast, de tweede zorgt voor het rechtsherstel. Het EHRM lijkt zo'n taakverdeling ook in de sfeer van toetsing van de formele wet niet principieel af te wijzen. Dat illustreert de rechtspraak van het Hof met betrekking tot de Britse *Human Rights Act* 1998.

De 'declaration of incompatibility' in Straatsburg

In het volgende deel bespreek ik de constitutionele remedies die de Britse rechter ten dienste staan. Dat is er eigenlijk maar één: de verdragsconforme interpretatie van *prima facie,* met het EVRM onverenigbare, wetgeving. Acht de Britse rechter zich daartoe niet in staat dan rest hem niets anders dan het uitspreken van een zogenaamde 'verklaring van onverenigbaarheid', bekender onder de Britse aanduiding *'declaration of incompatibility*'. Zo'n verklaring is niet bindend voor de partijen in het geschil, en evenmin voor de wetgever.

Het Hof heeft deze verdeling van taken tussen rechter en wetgever formeel nooit beoordeeld, tenminste niet in het kader van artikel 13 EVRM. Zoals we in paragraaf 6.3 zagen, oordeelt het immers steevast dat klachten over de toetsing van formele wetgeving niet onder de reikwijdte van artikel 13 vallen. Toch geeft het af en toe een belangrijk signaal. Dat deed het bijvoorbeeld in het kader van de ontvankelijkheidsjurisprudentie onder artikel 35 lid 1 EVRM. In *Burden t. Verenigd Koninkrijk* betoogde de Britse regering bijvoorbeeld dat de *declaration* formeel dan wel niet bindend was, maar dat het er om ging vast te stellen of de beschikbare remedie *materieel effectief* was. Nu de Britse wetgever *declarations* getrouw, zij het soms met enige vertraging, liet volgen door wijzigingswetgeving, moest de procedure worden beschouwd als materieel effectief, aldus de Britse regering. Het Hof ziet dat anders:

---

220 Vgl. Barkhuysen 1998, p. 159.

221 EHRM 25 maart 1983, *no.* 5947/72, *Series A*-61 (*Silver e.a. t. Verenigd Koninkrijk*), §113. Dit is vaste rechtspraak, zie o.a.: EHRM 26 maart 1987, *no.* 9248/81, *Series A*-116 (*Leander t. Zweden*), §84; EHRM (Grote Kamer) 26 oktober 2000, *no.* 30210/96 (*Kudla t. Polen*), §157; EHRM (Grote Kamer) 23 februari 2012, *no.* 27765/09 (*Hirsi Jamaa e.a. t. Italië*), §197; EHRM (Grote Kamer) 12 september 2012, *no.* 10593/08 (*Nada t. Zwitserland*), §207. Zie ook reeds in de context van art. 5 lid 4 EVRM: EHRM (plenair) 24 juni 1982, *no.* 7906/77 (*Van Droogenbroeck t. België*), §56.

> 'The Grand Chamber recalls that the Human Rights Act places no legal obligation on the executive or the legislature to amend the law following a declaration of incompatibility and that, primarily for this reason, the Court has held on a number of previous occasions that such a declaration cannot be regarded as an effective remedy within the meaning of Article 35 § 1 (…).
>
> It has carefully examined the material provided to it by the Government concerning legislative reform in response to the making of a declaration of incompatibility, and notes with satisfaction that in all the cases where declarations of incompatibility have to date become final, steps have been taken to amend the offending legislative provision (…). However, given that there have to date been a relatively small number of such declarations (…) it would be premature to hold that the procedure under s. 4 of the Human Rights Act provides an effective remedy to individuals complaining about domestic legislation. (…)'

Niettemin ziet het Hof wel enige ruimte om er in de toekomst anders over te denken:

> '[It] cannot be excluded that at some time in the future the practice of giving effect to the national courts' declarations of incompatibility by amendment of the legislation is so certain as to indicate that s. 4 of the Human Rights Act is to be interpreted as imposing a binding obligation' In those circumstances, except where an effective remedy necessitated the award of damages in respect of past loss or damage caused by the alleged violation of the Convention, applicants would be required first to exhaust this remedy before making an application to the Court'.[222]

Bij deze overweging van het EHRM moet in de eerste plaats benadrukt worden dat zij geuit wordt in de context van de ontvankelijkheidsjurisprudentie van het Hof. Hoewel de rechtsmiddelbegrippen in de artikelen 13 en 35 lid 1 EVRM in hoge mate vergelijkbaar zijn, zit er wel een verschil tussen. Artikel 13 richt zich immers tot de staten; artikel 35 tot potentiële klagers. Om de toegang tot het Hof niet onnodig te belemmeren, is het Hof dus wat soepeler met het aannemen dat geen sprake is van effectieve rechtsbescherming dan onder artikel 13 EVRM.[223] Tegelijkertijd lijkt het mij niet ondenkbaar dat soms ook het omgekeerde aan de hand is: de werklast van het Hof kan aanleiding zijn om juist wat strenger voor de klager te zijn, zonder dat dit betekent dat het

---

222 EHRM (Grote Kamer) 29 april 2008, *no.* 13378/05, *AB* 2008/213 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Burden t. VK*). Deze overweging is inmiddels vaste rechtspraak geworden. Het Hof zag nog geen aanleiding om tot andere gedachten te komen. Vgl. o.m. EHRM 23 november 2010, *no.* 60041/08 (*Greens & M.T. t. VK*); EHRM 13 november 2012, *no.* 24029/07 (*M.M. t. Verenigd Koninkrijk*).

223 Vgl. o.a. EHRM 11 januari 2007, *no.* 1948/04 (*Salah Sheekh t. Nederland*), en EHRM 23 november 2010, *no.* 60041/08, *AB* 2011/123 m.nt. Uzman, *EHRC* 2011/20 nt. De Lange (*Greens & M.T. t. VK*), waarin het Hof een verschillende maatstaf aanlegde m.b.t. de beoordeling onder artt. 35 lid 1 en 13 EVRM.

Hof noodzakelijkerwijs ook strenger voor de lidstaten is onder artikel 13 EVRM. Wat kan, dit caveat indachtig, uit *Burden* worden gedestilleerd?

In de eerste plaats dat het verdelen van taken tussen wetgever en rechter niet dogmatisch uitgesloten is in de rechtspraak van het Hof. De dialoogtheoretici kunnen in dat verband tevreden zijn: het Hof zou ruimte voor een model laten waarin de bescherming van grondrechten een gedeelde taak is tussen rechter en wetgever, ook als het de voorzichtigheid onder artikel 13 EVRM wat zou laten varen. Tegelijkertijd zullen sómmige dialoogtheoretici een gevoel van ongemak houden. Uit *Burden* kan men namelijk ook afleiden dat het Hof niet goed weet wat het aan moet met het niet-bindende karakter van de verklaring onder artikel 4 HRA. Het wil best zijn zegen geven aan de remedie, maar daarvoor moet het dan wel tot een bindende verklaring worden geconstrueerd.[224] De vraag is wat het Hof precies verlangt. Zolang in het Verenigd Koninkrijk het beginsel van parlementaire soevereiniteit nog overeind staat, lijkt het moeilijk voorstelbaar dat een vaste praktijk van de wetgever zich ontwikkelt tot een rechtens bindende verplichting.[225] Dat wordt helemaal lastig als de tekst van de wet die binding bovendien zo expliciet afwijst. De ontwikkelingen rondom het kiesrecht voor gedetineerden laten bovendien zien dat het nog maar de vraag is of het Britse parlement zich inderdaad zo gewillig blijft opstellen.[226] Het lijkt mij dan ook niet dat het Hof écht formele binding bedoelt. Het zal eerder gaan om zelfbinding, voortvloeiend uit het gezag dat de rechter heeft als het over het interpreteren van het recht gaat. Iets dat Boogaard onlangs een 'materieel wetgevingsbevel' noemde.[227] Vat men het zó op, dan past *Burden* relatief goed in oudere rechtspraak van het EHRM over de parlementaire ombudsman.[228]

6.5.3.2 Het wát-aspect: waar moet de remedie aan voldoen?

Uit het arrest van de Grote Kamer in *Burden* komt nóg een element bovendrijven. Als de *declaration of incompatibility* in de toekomst ooit beschouwd wordt als effectieve remedie, dan kan dat alleen ten aanzien van klagers die geen schade hebben geleden:

---

224 Begrijpelijk is dat overigens wel. Het past bij de materiële effectiviteit die het Hof sinds lang voorstaat. Zie o.a. EHRM (Grote Kamer) 16 september 1996, *no.* 21893/93 (*Akdivar e.a. t. Turkije*), r.o. 69.

225 Waarmee niet gezegd is dat het Verenigd Koninkrijk, juist mede als gevolg van de HRA, zich in de (nabije) toekomst ontdoet van het beginsel. Vgl. HL 13 oktober 2005 [2005] *UKHL* 56 (*R. [Jackson] v. Attorney General*), *per* Lord Hope: *'parliamentary sovereignty is no longer, if it ever was, absolute*'.

226 Vgl. over dat 'wedstrijdje constitutioneel armpjedrukken', de annotatie van De Lange onder *EHRC* 2011/20. De praktijk stemt voorlopig overigens nog optimistisch: zie het rapport *Responding to human rights judgments* van het Britse ministerie van Justitie t.b.v. de Joint Committee on Human Rights (2011-2012).

227 Boogaard 2013, p. 250.

228 EHRM 26 maart 1987, *no.* 9248/81, *Series A*-116 (*Leander t. Zweden*).

> 'Moreover, in cases (…) where the applicant claims to have suffered loss or damage as a result of the breach of his Convention rights, a declaration of incompatibility has been held not to provide an effective remedy because it is not binding on the parties to the proceedings in which it is made and cannot form the basis of an award of monetary compensation'.[229]

Dat roept wel de vraag op wat voor schade dat dan zou moeten zijn. Bedoelt het Hof alleen financiële schade? Of kunnen ook diegenen die vergoeding van immateriële schade claimen direct bij het Hof terecht? Schiet het stelsel van de HRA tekort als het gaat om schendingen van artikel 1 Eerste Protocol, maar is het toereikend voor een lesbische vrouw die ten onrechte geen kind mocht adopteren? Het Hof differentieert niet tussen de beide vormen van schade, en dat suggereert dat ook de vergoeding van immateriële schade onder 's Hofs eis begrepen zou moeten worden. Daar kan tegen worden ingebracht dat het aantal gevallen waarvoor de *declaration*, tenminste in potentie, geen adequate remedie meer is, sterk zou toenemen. Ik ga hier van de ruime opvatting uit. Ik zoek hier immers niet naar de precieze grenzen van de ontvankelijkheidsjurisprudentie maar naar aanknopingspunten voor het definiëren van een adequaat stelsel van rechtsbescherming. Het lijkt mij dat in zo'n stelsel de vergoeding van immateriële schade niet kan ontbreken.

Dat een *terme de grâce* niet voorbij kan gaan aan de vergoeding van mogelijk geleden schade komt niet alleen in *Burden* aan de orde. Aanwijzingen daarvoor zijn ook te vinden in een reeks zaken over het Duitse stelsel van *Sicherungsverwahrung* (TBS). Eind 2009 verklaart het EHRM dat stelsel in strijd met de artikelen 5 en 7 EVRM.[230] Het BVerfG volgt enige tijd later en verklaart de relevante wetgeving tevens in strijd met de Duitse grondwet.[231] Tot nietigheid besluit het BVerfG echter niet. De wettelijke regeling blijft bestaan en toepasbaar. Wel besluit het Hof tot een interim-regeling om in de tussentijd geen nieuwe schendingen te laten plaatsvinden. Niettemin richten zich diverse klagers zich tot het EHRM. Dat laat doorschemeren content te zijn met de Duitse medewerking:

> 'It agrees with the Government that by its judgment, the Federal Constitutional Court implemented this Court's findings in its above-mentioned judgments on German preventive detention in the domestic legal order. It gave clear guidelines both to the domestic criminal courts and to the legislator on the consequences to be drawn in the future from the fact that numerous provisions of the Criminal Code on preventive detention were incompatible with the Basic Law, interpreted, inter alia, in the light of the Convention. Its judgment thus reflects and assumes the joint

229 EHRM (Grote Kamer) 29 april 2008, *no.* 13378/05, *AB* 2008/213 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Burden t. VK*).

230 EHRM 17 december 2009, *no.* 1935/04 (*M. t. Duitsland*).

231 BVerfG 4 mei 2011, *BVerfGE* 128, 326 (*EGMR Sicherungsverwahrung*).

> responsibility of the State Parties and this Court in securing the rights set forth in the Convention'.[232]

Anders dan de Duitse regering vindt het echter niet dat de *Unvereinbarerklärung* voldoende redres is:

> 'The applicant in the present case complained about his preventive detention as ordered by the decision of the Regensburg Regional Court (…). Any remedies introduced subsequently, after the Court's judgment of 17 December 2009 in the M. v. Germany case (cited above), for review of his continued preventive detention are not, therefore, capable of affording redress to the applicant in relation to the prior period of preventive detention here at issue. In particular, it has not been shown that by exhausting these remedies, the applicant could obtain adequate compensation in relation to his preventive detention starting on 5 November 2006'.

Het Hof wijst er in *O.H.* dus op dat de *Unvereinbarerklärung* een goede remedie voor de toekomst is, maar dat de gevolgen voor het verleden daarmee niet ongedaan zijn gemaakt. Het compliment van het EHRM aan het Duitse Constitutionele Hof suggereert, denk ik, dat het Hof het niet, in algemene zin, problematisch vindt dat de kwestie uitsluitend voor de toekomst wordt opgelost, maar dan moet de reeds getroffen groep wel gecompenseerd worden.

6.5.3.3 Het tijdsaspect

Het feit dat het een periode kan duren voordat de wetgever in actie is gekomen, en klagers dus even moeten wachten op de remedie, lijkt voor het Hof niet principieel problematisch. Ik noemde eerder al *Walden t. Liechtenstein*.[233] Walden klaagde over het feit dat hij in zijn thuisland van de hoogste rechter gelijk had gekregen met zijn stelling dat hij ten onrechte ongelijk was behandeld bij de berekening van het pensioen van zijn echtgenote en hemzelf, maar dat deze rechter het aan de wetgever had overgelaten om iets aan die kwestie te doen. De Liechtensteiner rechter kon verschillende dingen doen, zoals het pensioen opnieuw vaststellen of de relevante wetgeving vernietigen onder gelijktijdige suspensie van de gevolgen ervan voor een half jaar. Aangezien het ging om nogal complexe wetgeving, besloot de Liechtensteiner rechter van beide mogelijkheden af te zien. Het wetgevingsproces zou in zijn ogen lang kunnen duren en gedurende die periode zou Liechtenstein zonder pensioenwetgeving zitten. Zoals gezegd had hij de pensioenwetgeving ook conform kunnen interpreteren, maar aangezien het om een complexe kwestie ging, zag hij daarvan af. In Straatsburg ziet Walden in deze rechterlijke inactiviteit

232 EHRM 24 november 2011, *no.* 4646/08 (*O.H. t. Duitsland*), r.o. 68.
233 EHRM (ontv.) 16 maart 2000, no. 33916/96 (*Walden t. Liechtenstein*).

een schending van een materieel artikel (14 jo. 1 Eerste Protocol). Het EHRM is dat niet met Walden eens.

In die zaak ging het om het uitbetalen van ouderdomspensioenen. De wetgeving op dat punt discrimineerde in die zin dat getrouwde stellen niet ieder apart een pensioen kregen, maar één gezamenlijk pensioen dat was berekend naar rato van het aantal jaren dat de mán premie had betaald. Het *Verfassungsgerichtshof* van Liechtenstein had het desbetreffende voorschrift in strijd verklaard met het gelijkheidsbeginsel, maar het weigerde het pensioen van het gezin Walden opnieuw te berekenen. Tegen díe beslissing, het blijven toepassen van de onrechtmatige wetgeving, klaagde Walden in Straatsburg. Het EHRM ziet echter geen probleem. Het wijst er op dat het in het verleden wel vaker te maken kreeg met constitutionele hoven die de wetgever een overgangstermijn gunden. Daarvan maakt het in de regel geen probleem, nu het belang van de rechten van derden en de rechtszekerheid ook voor het EHRM zwaar wegen:

> 'Moreover, it has also been accepted, in view of the principle of legal certainty that a constitutional court may set a time-limit for the legislator to enact new legislation with the effect that an unconstitutional provision remains applicable for a transitional period (…).
>
> The Court finds that the present case does not differ substantially from the case in which a Constitutional Court annuls an unconstitutional provision and sets a time-limit for enacting new legislation. (…) Given the brevity of this period (…) the continued application of the pension provisions at issue can also be regarded as proportionate.'

Dat het EHRM er traditioneel niet zo veel problemen mee heeft dat een constitutionele rechter een termijn aan de wetgever stelt is inderdaad vaste rechtspraak.[234] Niettemin lijkt het Hof op gezette tijden juist de rechter aan te spreken als het, naar zijn gevoel, te lang duurt. Twee zaken springen dan in het oog: *Vermeire t. België* en, recent, *Fabris t. Frankrijk*.[235] In beide zaken laat het EHRM zijn traditionele terughoudendheid ten aanzien van de nationale machtsverdeling varen en rekent het de rechter voor dat het allemaal wel erg lang duurt, en dat de methode om het op te lossen is, de wettelijke regeling vergaand te interpreteren, desnoods met voorbijgaan aan de wet zelf. Dat

234 Zo bijv. ECRM (ontv.) 18 oktober 1995, *no.* 22651/93 (*J.R. t. Duitsland*); ECRM (ontv.) 26 juni 1996, *no.* 26560/95 (*Mika t. Oostenrijk*); EHRM (ontv.) 6 november 2003, *no.* 63343/00 (*Roshka t. Rusland*); EHRM 22 juli 2010, *EHRC* 2010/96 (*P.B. & J.S. t. Oostenrijk*). EHRM 30 november 2010, *no.* 23614/08 (*Urban & Urban t. Polen*). Evenmin is de wetgever verplicht tot terugwerkende kracht: ECRM 9 april 1997, *no.* 28177/95 (*Dublin Wells Woman Centre t. Ierland*); ECRM (ont.) 12 april 1996, *no.* 27721/95 (*NAP Holdings t. Verenigd Koninkrijk*).

235 EHRM 29 november 1991, *no.* 12849/87 (*Vermeire t. België*); EHRM (Grote Kamer) 27 februari 2013, *no.* 16574/08 (*Fabris t. Frankrijk*).

laatste zegt het Hof uiteraard niet letterlijk, maar het komt er wel op neer als hij in *Vermeire* meent dat de nationale rechter te weinig heeft gedaan.[236]

6.6 UITGELEIDE

Het wordt tijd de draden die wij sponnen, samen te binden.[237] In het arrest *Arbeidskostenforfait* plaatst de Hoge Raad de beslissing om de oplossing van een normconflict al dan niet over te laten aan de wetgever in de sleutel van artikel 13 EVRM. Zo komt hij tot een afweging van de effectieve rechtsbescherming van het individu, met de staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid van de rechter. In dit hoofdstuk bezag ik hoe deze kwestie moet worden begrepen vanuit de rechtspraak van het EHRM over artikel 13 EVRM.

Misschien wel de belangrijkste conclusie in dat verband is dat het EHRM met dergelijke kwesties liever helemaal niet geconfronteerd wordt. Anders dan het Hof van Justitie, koos het in het verleden expliciet voor de traditionele rol van een internationaal hof dat zich niet uitlaat over de werking van het EVRM in de lidstaten. Inmiddels is duidelijk dat het Hof er eigenlijk niet meer onderuit kan om daar toch iets over te zeggen. Het Hof heeft in de loop der jaren immers een gedaantewisseling ondergaan. Van een traditionele volkenrechtelijke instantie is allang geen sprake meer, eerder van een *quasi* constitutioneel hof.

Die terughoudendheid van het Hof om zich te mengen in nationale verhoudingen zien we, onder meer, terug in het – op het eerste gezicht vrij technische – leerstuk, dat artikel 13 EVRM geen betrekking heeft op de toetsing van wetgeving aan het EVRM of aan de nationale grondwet. Voor een land als Nederland, dat in beginsel niet verder gaat dan de bescherming die het EHRM in het EVRM inleest – althans: waar het om bescherming door de rechter gaat – betekent dit dat artikel 13 EVRM niet zonder meer kan dienen als argument voor een robuuster rechterlijke taakopvatting. Ik heb echter betoogd dat deze jurisprudentie van het EHRM hard toe is aan revisie. Illusies maak ik mij niet. Ik voegde mij daarmee alleen maar in een inmiddels vrij uitgebreid koor van auteurs, en dat koor heeft tot dusver nog geen blijvende indruk gemaakt op het Hof. Desalniettemin lijkt het leerstuk op de wat langere termijn onhoudbaar en ik bezag daarom hoe het Hof vorm zou kunnen geven aan een doctrine van effectieve rechtsbescherming in de context van de *terme de grâce*.

Het vertrekpunt van die analyse was dat het EHRM ruimte laat voor de nationale rechter, om de oplossing van een normconflict aan de wetgever over te laten. Wel vereist effectieve rechtsbescherming in de ogen van het Hof dat een onafhankelijke en onpartijdige instantie *rechtens bindend* vastlegt dát het grondrecht geschonden is. De gedachte dat de wetgever niet alleen vrijheid

236 Vgl. *Vermeire*, r.o. 25. Zie ook *Fabris*, r.o.
237 Vrij naar Scholten (Asser/Scholten, *Algemeen Deel*, 1974, p. 129).

toekomt bij het vormgeven van de oplossing, maar dat hij ook het normconflict kan ontkennen vindt vooralsnog geen steun in de rechtspraak van het EHRM. Dat de rechter de wetgever enige tijd gunt om zich met de kwestie *auseinanderzusetzen,* is echter volstrekt geaccepteerd in de rechtspraak van het Hof. Aan die acceptatie zitten, denk ik, wel twee grenzen: een temporele en een materiële.

De materiële grens houdt in dat eventuele schade moet worden vergoed: de rechter hoeft de wettelijke regeling niet met terugwerkende kracht buiten toepassing te laten of anders te interpreteren, maar de geleden schade moet op de één of andere manier voor vergoeding in aanmerking komen. In dat verband valt op dat het EHRM ruimhartiger lijkt te zijn dan de Nederlandse rechter waar het de toekenning van vergoeding van immateriële schade betreft. Het Hof is ook aanmerkelijk genuanceerder bij het bepalen van de vraag of er sprake is van causale materiële schade wanneer de wetgever verschillende mogelijkheden heeft om het normconflict op te lossen. De vrij binaire benadering die in de Nederlandse rechtspraktijk wordt voorgestaan wordt door het Hof niet gevolgd. De zaak *Auerbach*, waarin het die binaire aanpak wél leek te volgen, lijkt mij in dat verband niet representatief.

De temporele grens, tot slot, is dat waar een termijn te lang duurt, het in de ogen van het Hof niet meer proportioneel is om de kwestie nog langer aan de wetgever over te laten. Het Hof stapt dan af van zijn traditionele benadering en spreekt de nationale rechter direct op de kwestie aan. Dat zal overigens niet snel gebeuren. Het lijkt meer om een *quasi* nucleaire optie te gaan voor het geval waarin de effectieve bescherming van een EVRM-recht ernstig onder druk staat.

7 Effectieve rechtsbescherming in het Unierecht

7.1 INLEIDING

In het vorige hoofdstuk stond het Straatsburgse perspectief op de *terme de grâce* centraal. Ik richt nu de blik op Luxemburg. Het gaat er dan om, te bezien of het unierechtelijke mandaat van de Nederlandse rechter zich verzet tegen de *terme de grâce*. Dat unierechtelijke mandaat is breder dan het EVRM, waar het niet slechts steunt op het beginsel van effectieve rechtsbescherming, maar ook – of misschien wel juist – op de voorrang van het Unierecht. Een dergelijke positie is voor het EVRM tot dusver nog niet geclaimd, tenminste niet expliciet. Die aanwezigheid van voorrang maakt het onderzoek naar de eisen die het Unierecht stelt tegelijkertijd eenvoudiger en gecompliceerder. De eenvoud zit hem er in, dat de unierechter minder moeite hoeft te doen te verhullen dat hij eisen stelt aan de doorwerking van zijn recht. Niettemin ontkomt ook het Hof van Justitie niet aan de wetenschap dat het al snel op nationale tenen staat, en dat het met die gevoeligheden rekening heeft te houden. Daar zit hem de complicerende factor. Het hebben van een doctrine van voorrang, brengt in de gecompliceerde verhouding tussen Unie en lidstaten, met zich dat over de precieze reikwijdte en invulling van dat concept onduidelijkheid bestaat.

In dit hoofdstuk wil ik die onduidelijkheid op één terrein te lijf gaan. Ik bezie welke consequenties de concepten voorrang, effectieve doorwerking en effectieve rechtsbescherming hebben voor de vraag of het de nationale rechter, al dan niet tijdelijk, is toegestaan af te zien van het bieden van redres. Daarbij hanteer ik het volgende spoorboekje. Ik begin met een beschrijving van de belangrijkste beginselen die de verhouding tussen de Unie en het recht van de lidstaten beheersen (7.2). Ik bezie in dat verband hoe deze beginselen vorm krijgen in een Unierechtelijk stelsel van remedies. Dat is het decor. De kern van het hoofdstuk wordt gevormd door een paragraaf waarin ik de vraag bezie of er (tijdelijke) uitzonderingen op de geformuleerde uitgangspunten mogelijk zijn (7.3).

7.2 Unierecht in de lidstaten

7.2.1 Inleiding

De relatie tussen het Unierecht en het recht van de lidstaten wordt beheerst door diverse beginselen. Die beginselen hebben met elkaar gemeen dat zij zien op een spanningsveld tussen twee doelen: het waarborgen van de effectiviteit van de Unie en haar recht, en het waarborgen van nationale autonomie. Concepten als gemeenschapstrouw, voorrang en directe werking: ze werden door het Hof van Justitie in het verleden in stelling gebracht om ervoor te zorgen dat de gemeenschappelijke markt niet in gevaar werd gebracht.[1] Met het evolueren van het Europese samenwerkingsverband, van een economische gemeenschap naar een politieke unie, is zo'n gemeenschappelijke markt – hoewel nog altijd van fundamenteel belang – minder op de voorgrond komen te staan.[2] Het belang van uniforme en effectieve doorwerking is evenwel gebleven.[3] Tegelijkertijd is de Unie, anders dan de meeste federale staten, sterk afhankelijk van de lidstaten.[4] Von Bogdandy merkt op:

> 'Since the Union's competences are broad, national autonomy can be considerably limited (…). The most important safeguard for the respect of Member State autonomy is organisational in nature: the role of the Member States in the Union's institutions and process. (…)
>
> The dependence of the Union's constitution on the Member State's constitutions is greater in law and in fact, than that of a federal state on its constituent states. In terms of positive law this results from, for instance Article 6 (2) and (3) EU or Article 48 EU, and conceptually from the principle of dual legitimacy, which implies that the Union's legitimacy depends on the legitimacy organised by the national constitutions '.[5]

Naast de belangen van effectiviteit en uniformiteit, staat dus het belang van nationale autonomie. In het spanningsveld daartussen, opereren de beginselen die ik in deze paragraaf bespreek: de voorrang en de directe werking van het Unierecht (7.2.2), de beginselen van loyale samenwerking en procedurele autonomie (7.2.3 en 7.2.4), en het beginsel van effectieve rechtsbescherming (7.2.5). Deze beginselen staan niet los van elkaar. In serie geschakeld, vormen

---

1 Daarop wijst Prechal 2007, p. 40: *'The establishment and proper functioning of the Common Market as* one single market *requires a system of common rules and principles which safeguards its unity'*. Zie tevens HvJEG 13 december 1979, Zaak 44/79, *Jur.* 1979, p. 3727 (*Hauer t. Rheinland-Pfalz*), r.o. 14.

2 Prechal 2007, p. 41.

3 Vgl. o.a. A. von Bogdandy, 'Founding Principles', in: Von Bogdandy & Bast 2008, p. 11-54, op p. 29-30, die het belang van effectieve doorwerking zelfs in de sleutel van de *rule of law* zet.

4 *Ibid.*, p. 36.

5 *Ibid.*, p. 36, 39.

ze, als ging het om een elastiek, een geheel aan elkaar versterkende, elkaar soms compenserende verbinding van effectiviteit naar autonomie.

7.2.2 Voorrang en directe werking

In paragraaf 2.3.2 kwam het uitgangspunt al even aan de orde. Het Unierecht werkt direct en met voorrang door in het recht van de lidstaten. Zo wil het tenminste, het Hof van Justitie, in een lange en bestendige reeks arresten.[6] Die reeks begint bij de arresten *Van Gend & Loos* en *Costa t. E.N.E.L.*[7] Uit het samenspel van deze arresten volgt dat de Unie een autonome rechtsorde vormt waaraan de lidstaten een aantal bevoegdheden hebben overgedragen. Of dat nu betekent dat de lidstaten gedeeltelijk, of wellicht zelfs in het geheel, hun soevereiniteit aan de Gemeenschap hebben overgedaan of niet, daarover kan men twisten. In elk geval volgt uit deze vaststelling dat het niet langer aan de lidstaten zélf is om te bepalen welke rechtsgevolgen het Unierecht in het nationale recht heeft. Het heeft, met andere woorden, automatische gelding in het nationale recht, en bepaalt zelf welke rechtsgevolgen het in dat recht teweeg brengt.[8] Die automatische gelding wordt in de context van het Unierecht ook weleens aangeduid als 'directe werking' of 'directe toepasbaarheid'.[9]

Met die automatische gelding is nog niet gegeven dat een Unierechtelijk voorschrift ook in een concrete zaak door de rechter kan worden toegepast,

---

6 Zie, in eerste instantie nog enigszins impliciet: HvJEG 5 februari 1963, Zaak 26/62, *Jur.* 1963, p. 3 (*Van Gend & Loos*). Expliciet, o.a.: HvJEG 15 juli 1964, Zaak 6/64, *Jur.* 1964, p. 1203 (*Costa t. E.N.E.L.*); HvJEG 9 maart 1978, Zaak 106/77, *Jur.* 1978, p. 629 (*Simmenthal SpA*); HvJEU 19 november 2009, C-314/08 (*Filipiak*). HvJEU 8 september 2010, C-409/06 (*Winner Wetten*); HvJEU 24 januari 2013, C-186/11 (*Stanleybet Int.*). In de diverse Gemeenschapsverdragen was de voorrangsregel, hoe onmisbaar ook, niet opgenomen. Hij stond wel in art. I-6 van het Grondwettelijk Verdrag, maar dat was zodanig omstreden dat de negatieve uitslag van het referendum daarover in Nederland mede aan die bepaling werd geweten. Zie Toonen, Steunenberg & Voermans 2005, p. 609. Bij het Verdrag van Lissabon is 'slechts' een verklaring opgenomen waarin de rechtspraak van het Hof erkend wordt. Het zuinige karakter daarvan wordt geïllustreerd doordat die verklaring vergezeld gaat van een advies van de juridische dienst van de Raad (Verklaring 17 betreffende de voorrang).

7 Zie de vorige voetnoot.

8 Vgl. Barents 2000; Chalmers & Tomkins 2007.

9 Volgens Winter (1972) is 'directe toepasbaarheid' iets anders dan 'directe werking'. Het eerste ziet op de ongehinderde gelding van Unierecht in het nationale recht, het tweede op de inroepbaarheid door individuen in concrete geschillen voor de nationale rechter. (Tevens Arnull 1999, p. 108). Het is, even los van deze specifieke termen, aantrekkelijk om zo'n onderscheid te maken. Het sluit aan bij het, in Nederland gangbare, verschil tussen interne werking (gelding) en rechtstreekse werking van verdragsrecht. Niettemin is Winter bekritiseerd. Zie voor een overzicht: Prechal 2005, p. 227-228. De recente kritiek van De Waele 2009, p. 137-138, dat 'directe toepasbaarheid' een lege huls zou zijn, deel ik niet. Het onderscheid heeft n.m.m. zin, omdat een niet direct werkende bepaling nog altijd een basis kan zijn voor een schade-actie of een conforme interpretatie door de rechter. Daarvoor is evenwel vereist dat het Unierechtelijke voorschrift deel uitmaakt van het nationale recht.

zonodig met voorbijgaan aan een nationale regeling. Dan komen het leerstuk van de directe werking en de voorrangsregel ten tonele.

7.2.2.1 Het karakter van directe werking

Over de vraag, wat onder rechtstreekse werking te verstaan, bestaat soms wat onduidelijkheid. Dat heeft in de eerste plaats te maken met het feit dat de automatische gelding van Unierecht in de lidstaten, door rechtspraak en literatuur geregeld wordt gevat in de term 'directe werking'. Met directe, of rechtstreekse, werking wordt echter ook gedoeld op het verschijnsel, dat de Unierechtelijke norm inroepbaar is door de burger, of zich leent voor toepassing door de nationale rechter.[10] Dat zijn, strikt genomen, twee verschillende dingen. De vraag of de burger een *beroep kan doen* op Unierecht is een andere dan de vraag of hij met dat beroep bij de rechter succes kan hebben. Duidelijk is echter wel dat criteria aan de hand waarvan wordt bepaald óf een bepaling directe werking heeft, een kwestie is van Unierecht en niet van de nationale rechtsorde.[11]

In de vroege rechtspraak van het Hof van Justitie leek directe werking vooral te gaan over de vraag of de Unierechtelijke bepaling aan particulieren een specifiek recht toekende.[12] Het is de benadering in *Van Gend & Loos:*

> 'dat het gemeenschapsrecht derhalve, evenzeer als het, onafhankelijk van de wetgeving der Lid-Staten, ten laste van particulieren verplichtingen in het leven roept, ook geëigend is rechten te scheppen welke zij uit eigen hoofde kunnen geldig maken'.[13]

Deze benadering is bekritiseerd. Zij zou geen recht doen aan het gegeven dat het Unierecht soms niet zozeer als recht wordt ingeroepen, maar als rechtvaardigingsgrond om de rechten van anderen te beperken.[14] De functie van directe werking is, volgens veel auteurs, om te verduidelijken in welke gevallen het Unierecht door particulieren *in te roepen* is.[15] Daarvoor is niet vereist dat sprake is van een subjectief recht, en evenmin is het zo dat elk subjectief recht in elk geschil even gemakkelijk is toe te passen. De rechtspraak lijkt zich die

10 Vgl. Prechal 2005, p. 241.
11 Jans e.a. 2007, p. 63-64.
12 Vgl. Prechal 2005, p. 99; Claes 2005, p. 75; Verhoeven 2011, p. 18.
13 HvJEG 5 februari 1963, Zaak 26/62, *Jur.* 1963, p. 3 (*Van Gend & Loos*). Zie tevens: HvJEG 19 december 1968, Zaak 13/68, *Jur.* 1968, p. 632 (*Salgoil*); HvJEG 4 december 1974, Zaak 41/74, *Jur.* 1974, p. 1337 (*Van Duyn t. Home Office*); HvJEG 23 februari 1994, C-236/92, *Jur.* 1994, p. I-483 (*Comitato Cava t. Lombardije*).
14 Prechal 2005, p. 99-100; Claes 2005, p. 75, beide met nadere verwijzingen.
15 Zo Barents (1992).

kritiek aangetrokken te hebben. De nadruk verschoof naar '*invocability*' van Unierecht.[16]

Ook die benadering heeft echter zo haar nadelen. Zodra het Unierecht gelding heeft in de nationale rechtsorde, valt niet zo goed in te zien waarom particulieren daarop geen beroep zouden kunnen doen. Inroepbaarheid wil in wezen niet veel meer zeggen, dan dat de burger het Unierecht gebruikt als juridisch argument. Juridisch argumenteren staat vrij. Waar het om gaat, is of de nationale rechter met dat beroep op het Unierecht 'iets kan'. Centraal staat dus niet het individu, maar de rechter. Daar komt bij dat het inmiddels ook wel duidelijk is geworden dat die rechter soms van het Hof van Justitie wat 'moet' met dat Unierecht, ook als het geen rechtstreekse werking heeft. Roept de burger hem op het nationale recht conform het Unierecht uit te leggen bijvoorbeeld, dan dient hij niet eerst te onderzoeken of dat Unierecht rechtstreeks werkt.[17] Gesuggereerd is daarom, de directe werking te zien als een doctrine van, wat in goed Angelsaksisch wel wordt aangeduid als, *justiciability*.[18] De Unierechtelijke norm moet, in de woorden van Van Gerven, 'vermogen' hebben 'om door de rechter op een casuspositie te worden toegepast'.[19] Zo schrijft Prechal:

> 'In my view, a more appropriate definition would run as follows: Direct effect is the obligation of a court or another authority to apply the relevant provision of Community law, either as a norm which governs the case or as a standard for legal review'.[20]

De wijze waarop het Hof van Justitie de directe werking inkadert, suggereert eveneens dat het om een kwestie van *justiciability* gaat. Sinds het arrest *Becker* is duidelijk dat het Hof als de belangrijkste maatstaf hanteert, dat Unierecht voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk moet zijn.[21] Het maakt bovendien uit in hoeverre de lidstaat bij de uitvoering van de verplichting beschikt over

16 Vgl. o.a. HvJEG 19 januari 1982, Zaak 8/81, *Jur.* 1982, p. 53 (*Becker*), r.o. 25; HvJEG 19 juli 1990, C-188/89, *Jur.* 1990, p. I-3313 (*Foster t. British Gas*), r.o. 16; HvJEG 5 februari 2004, C-157/02, *Jur.* 2004, p. I-1477 (*Rieser t. Asfinag*), r.o. 22.

17 Zie o.m. HvJEG 4 juli 2006, C-212/04, *Jur.* 2006, p. I-6057 (*Adeneler t. ELOG*), r.o. 113.

18 Vgl. bijv. De Witte 1999, p. 187; Claes 2005, p. 82; Dougan 2007, p. 935; Verhoeven 2011, p. 19-20.

19 Concl. A-G Van Gerven van 27 oktober 1993, C-128/92 (*Banks & Co t. British Coal Corp.*), par. 27.

20 Prechal 2005, p.241.

21 Vgl. HvJEG 19 januari 1982, C-8/81, *Jur.* 1982, p. 53, (*Becker*), §25. Zie ook: HvJEG 3 april 1968, C-28/67, *Jur.* 1968, p. 203 (*Molkerei-Zentrale*). Voorts: HvJEG 26 februari 1986, C-152/84, *Jur.* 1986, p. 723 (*Marshall t. Southampton I*), §46; HvJEG 22 juni 1989, C-103/88, *Jur.* 1989, p. 1839 (*Fratelli Costanzo*), §29; HvJEG 2 december 1997, C-188/95, *Jur.* 1997, p. I-6783 (*Fantask*), §54; HvJEG 5 maart 1998, C-347/96, *Jur.* 1998, p. I-937 (*Solred*), §28. Nader: Jans e.a. 2007, p. 65.

beleidsvrijheid.[22] Die kwestie benadert het Hof contextueel: het kan van geval tot geval verschillen of een bepaling, gegeven de context van het specifieke geschil, voldoende concrete handvatten ter beslechting in zich heeft.[23] Dat toetsingskader is er op gericht te voorkomen dat de nationale rechter genoodzaakt is het terrein te betreden van de wetgever. Directe werking vereist, aldus Jans c.s., dat '*the provision of Community law* (…) *can be applied by national courts, acting within their judicial powers*'.[24]

Zojuist citeerde ik Prechal. Dat citaat legt bloot dat de kwestie van *justiciability* betrekking heeft op twee aspecten van de rechterlijke taak: de toepassing van Unierecht, daar waar geen enkele – dus ook geen nationale – norm voorhanden is, en de toetsing van nationaal recht aan het Unierecht. Dat laatste aspect vloeit voort uit de voorrang van het Unierecht.[25] Dat aspect komt nu aan de orde.

7.2.2.2 Het karakter van voorrang

Unierecht heeft voorrang boven nationaal recht. Maar wat betekent dat precies?

Het antwoord op die vraag begint bij het arrest *Simmenthal*.[26] Daarin overweegt het Hof:

> 'Dat daarenboven, krachtens het beginsel van de voorrang van het Unierecht , de verdragsbepalingen en de rechtstreeks toepasselijke handelingen der instellingen, in hun verhouding tot het nationale recht der lid-staten tot gevolg hebben niet alleen dat zij door het enkele feit van hun inwerkingtreding elke strijdige bepaling van de bestaande nationale wetgeving van rechtswege buiten toepassing doen treden, maar ook – daar die bepalingen en handelingen onderdeel van hogere rang vormen van de op het grondgebied van elk der lid-staat geldende rechtsorde – dat zij in de weg staan aan de geldige totstandkoming van nieuwe nationale wetgevende handelingen, voor zover die onverenigbaar met de gemeenschapsregels zouden zijn'.

Een eerste antwoord is dus dat de voorrang van het Unierecht een collisieregel is. Bij strijd tussen nationaal recht en Unierecht, prevaleert het laatste. Het eigen recht dient door de nationale rechter buiten toepassing te worden ge-

22 Vgl. HvJEG 5 februari 1963, Zaak 26/62, *Jur.* 1963, p. 3 (*Van Gend & Loos*); HvJEG 14 december 1995, C-163/94, *Jur.* 1995, p. I-4821 (*Sanz de Lera, Jiménéz & Kapanoglu*), §40-47. Zie nader: Jans e.a. 2002, p. 93; Prinssen 2004, p. 11-12.

23 Zie Fleuren & Viering 2001; Prechal 2005, p. 244-245.

24 Jans e.a. 2007, p. 67.

25 Daarover ook: Jans e.a. 2007, p. 84-85.

26 HvJEG 9 maart 1978, Zaak 106/77, *Jur.* 1978, p. 629 (*Amministrazione della Finanza t. Simmenthal*).

laten.[27] Deze voorrangsregel is absoluut: ál het Unierecht kan reden zijn om welke nationale bepaling of praktijk dan ook buiten toepassing te laten, al betrof het er een van (supra-)constitutionele rang.[28] Dat geldt zelfs voor fundamentele concepten als grondrechten en machtenscheiding.[29] Het Hof maakt dat duidelijk in *Internationale Handelsgesellschaft*:

> 'the validity of a Community measure or its effect within a Member State cannot be affected by allegations that it runs counter to either fundamental rights as formulated by the constitution of that State or the principles of a national constitutional structure'.[30]

Zou de voorrang van het Unierecht wél van de lidstaten afhankelijk zijn, dan is het ook aan die lidstaten om op de voorrangsregel mogelijke uitzonderingen aan te nemen. Het is dan niet de Unie – en haar rechter – die de omvang en de grenzen van de voorrang bepaalt. Dat zou een bedreiging betekenen voor de uniforme toepassing van het Unierecht, en daarmee ook van de belangen waarvoor de Unie is opgericht.[31] Dat de omvang van de voorrang een kwestie van Unierecht is, betekent echter ook dat het Hof van Justitie iets te vertellen krijgt over het mandaat van de nationale rechter, die deze voorrang te effectueren heeft.

Anwendungsvorrang en geen Geltungsvorrang

Het Hof suggereert in *Simmenthal* dat nationale regels die conflicteren met Unierecht nietig zouden zijn. Het spreekt van Unierecht als 'van hogere rang', dat in de weg staat aan de *geldige totstandkoming* van voorschriften die ermee in strijd zijn. Daarmee lijkt gerefereerd te worden aan, wat men in de Duitse doctrine wel noemt, *Geltungsvorrang*.[32] Die term dient ter afbakening van

27 Niet alleen door de rechter overigens, maar ook door het bestuur: vgl. HvJEG 22 juni 1989, Zaak 103/88, *Jur.* 1989, p. 1839 (*Fratelli Costanzo t. Commune di Milano*). Zie daarover uitgebreid: Verhoeven 2011.

28 HvJEG 17 december 1970, Zaak 11/70, *Jur.* 1970, p. 1125 (*Int. Handelsgesellschaft*); HvJEG 13 juli 1997, Zaak 48/71, *Jur.* 1972, p. 528 (*Commissie t. Italië,)*; HvJEG 2 juli 1996, C-473/93, *Jur.* 1996, p. I-3207 (*Commissie t. Luxemburg*), §38.

29 Een groot aantal lidstaten stelt overigens beperkingen aan de reikwijdte van deze rechtspraak. Men accepteert deze absolute werking van de voorrangsregel niet. In de constitutionele rechtspraak van die landen heeft het Unierecht bijvoorbeeld geen voorrang boven de nationale grondwet. Zie uitvoerig: Claes 2005; Ch. Grabenwarter, 'National Constitutional Law Relating to the EU', in: Von Bogdandy & Bast 2010, p. 83-129. De Nederlandse rechtspraak ontkende de claim tot dusver niet. Zie Uzman & Van Rijn van Alkemade 2011.

30 HvJEG 17 december 1970, Zaak 11/70, *Jur.* 1970, p. 1125 (*Internationale Handelsgesellschaft*).

31 Ik wees eerder al op de gemeenschappelijke markt. Zie Prechal 2007.

32 Zie omtrent Geltungs- en *Anwendungsvorrang* uitvoerig, het *Habilitationsschrift* van Schilling (1994). In de context van het Unierecht: Grabitz 1966, p. 98; Spetzler 1990; Barents 2009, p. 45-46. Recent: Kruis 2013.

zogenaamde *Anwendungsvorrang*, waarbij de voorrang de geldigheid van de norm zelf niet aantast.[33]

Het is inmiddels echter duidelijk dat het Hof het zó niet bedoeld heeft. Het is het nationale recht dat, behoudens een paar randvoorwaarden, de rechtsgevolgen van de strijd tussen nationaal en Unierecht bepaalt. Het Hof van Justitie doet geen uitspraken over de geldigheid van nationale voorschriften. Het dwingt de nationale rechter niet tot het vernietigen van een nationale regel, hoewel het dat ook niet verbiedt. In wezen is het de Unie om het even wat er met het nationale voorschrift gebeurt, zolang het maar niet wordt toegepast.[34] Het Hof onderstreepte dat relatief recent weer in *Filipiak*:

> 'In dat verband zij eraan herinnerd dat het Hof reeds heeft geoordeeld dat de onverenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van een nationaalrechtelijke regel van latere datum niet de non-existentie van die regel tot gevolg heeft. In een dergelijke situatie is de nationale rechter verplicht die regel buiten toepassing te laten, met dien verstande dat die verplichting geen beperkingen stelt aan zijn bevoegdheid om, wanneer naar binnenlands recht verschillende wegen kunnen worden bewandeld, zijn keuze te bepalen op de middelen welke geëigend zijn om de door het gemeenschapsrecht verleende individuele rechten te waarborgen (…)'.[35]

In deel I beschreef ik dat het buiten toepassing laten van conflicterende nationale voorschriften soms een oplossing van het geschil kan zijn.[36] Het buiten toepassing laten van een delict dat is vastgesteld in strijd met Unierecht bijvoorbeeld, ontslaat de verdachte doorgaans van rechtsvervolging. Lang niet altijd is buiten toepassing laten van het voorschrift echter een voldoende remedie. Soms resulteert dat louter in een leemte. Die leemte moet gevuld worden, ofwel door toepassing van het Unierecht zélf, ofwel door gebruikmaking van het resterende nationale recht. Wat betekent die *Anwendungsvorrang* in zo'n geval?

In dat verband valt onderscheid te maken tussen verschillende verplichtingen die het Unierecht de nationale rechter oplegt. Prechal vatte die verplichtingen een paar jaar geleden samen in een stappenschema.[37] Het vertrekpunt

---

33 De term *Anwendungsvorrang* is door Barents bekritiseerd. Hij wijst er op dat Unierecht niet altijd in plaats van nationaal recht kan worden toegepast. Ik zie dat anders. Barents legt *Anwendungsvorrang* te beperkt uit. Met *Anwendungsvorrang* hoeft niet te worden bedoeld, dat de voorrangsnorm het geschil beslecht. Ook wordt bedoeld dat deze de *Anwendung*, in het concrete geval, gebruik van de 'lagere' norm onmogelijk maakt zonder dat de gelding van die norm wordt aangetast.

34 Zie ook reeds: HvJEG 4 april 1968, Zaak 34/67, *Jur.* 1968, p. 346 (*Lück*); HvJEG 22 oktober 1998, C-10, 22/97, *Jur.* 1998, p. I-6307 (*IN.CO.GE'90*), §20-21. Zie tevens: Jans e.a. 2002, p. 118-120 en Van Gerven 2000, p. 509.

35 HvJEU 19 november 2009, C-314/08 (*Filipiak*), r.o. 83.

36 Zie paragraaf 4.1.

37 Prechal 2007, par. 3. Zie een soortgelijke exercitie bij Barents 2009, p. 45.

van dat schema is, dat de rechter het nationale recht langs de meetlat van het Unierecht legt. Hij gebruikt het Unierecht dan als maatstaf voor de beoordeling van het nationale recht. Prechal spreekt in zo'n geval van *the obligation to apply I.* Volgt uit die beoordeling de conclusie dat het nationale recht niet met het Unierecht verenigbaar is, dan zijn er twee mogelijkheden: de rechter probeert het nationale recht Unierechtconform uit te leggen (*the obligation to interpret I*), of hij laat het buiten toepassing (*the obligation to disapply*).[38] Kiest hij voor die laatste route, dan kan daarmee de remedie gegeven zijn. Is dat niet het geval, dan gaat het buiten toepassing laten gepaard met de verplichting om dan, in plaats van het nationale recht, de Unierechtelijke regel direct (bij wijze van substitutie) toe te passen (*the obligation to apply II*). Dat hoeft of kan niet altijd. In plaats daarvan wordt de oplossing van het geschil ook wel gezocht in het resterende nationale recht. Dat zal in sommige gevallen dan wel conform het Unierecht moeten worden uitgelegd (*the obligation to interpret II*). Prechal concludeerde tot slot, dat de mogelijkheid ook bestond 'that nothing can be done'. In zo'n geval moet staatsaansprakelijkheid uitkomst bieden.

Het gaat mij in dit hoofdstuk om de vraag waar voor het Hof van Justitie die grens ligt tussen de verplichtingen die Prechal noemde, en *'nothing can be done'*. Een vraag die dan opspringt, is of het bij haar '*obligations*' om zelfstandige verplichtingen gaat die het Hof in de loop der tijd stuk voor stuk heeft ontwikkeld, of dat daaraan één overheersend concept van voorrang ten grondslag ligt. Ik ga kort op die nogal theoretische kwestie in. Zij is namelijk relevant voor de vraag wat de rechter te doen staat als de hem voorgelegde kwestie tussen de wal en het schip van de diverse remedies valt. Wat als directe werking van het Unierecht, althans op het eerste gezicht, geen optie is en de rechter tegen constitutionele grenzen aanloopt bij zijn poging het nationale 'restrecht' conform te interpreteren? Is het dan inderdaad *'nothing can be done'*, of neemt de voorrang van het Unierecht het over, als ging het om het cement tussen de verschillende remedies?

Anwendungsvorrang voorbij: twee modellen

De voorrang van het Unierecht is in twee ideaaltypen te vatten.[39] Hiervoor citeerde ik een overweging uit *Simmenthal,* en ik destilleerde uit dat arrest een eerste antwoord op de vraag wat voorrang was, namelijk een collisieregel.[40]

---

38 Jans e.a. 2007, p. 107 constateren een duidelijke voorkeur voor conforme interpretatie. Ik teken daar wel bij aan dat, zoals uit deel I blijkt, de nationale rechter zelden differentieert tussen beide remedies. Hij formuleert doorgaans een eindpunt, en laat het aan de lezer over om te bepalen van welke bevoegdheid hij gebruik heeft gemaakt. Zolang hij in de concreet voorliggende casus over beide bevoegdheden beschikt is dat ook niet problematisch. Dat nuanceert wat mij betreft de voorkeur voor conforme interpretatie: het hangt doorgaans van de casuïstiek af welke remedie voor de hand ligt.

39 Zeer instructief is in dat verband: Dougan 2007.

40 HvJEG 9 maart 1978, Zaak 106/77, *Jur.* 1978, p. 629.

Datzelfde arrest suggereert echter dat het bij voorrang misschien wel om méér kan gaan dan om een collisieregel alleen. In dezelfde overweging spreekt het Hof immers over Unierecht als 'van hogere rang'. We hebben gezien dat dit niet betekent dat het Unierecht aan de geldigheid van wettelijke voorschriften in de weg staat, maar daarmee zijn de vraagtekens de wereld niet uit. Want betekent dit nu dat de voorrang niets meer of minder is dan een collisieregel, of is die collisieregel slechts *een uitvloeisel* van het bredere concept voorrang? Die vraag wordt verschillend beantwoord door de beide ideaaltypen.

Aan de ene kant van het spectrum vinden we de enge (of formele) benadering van voorrang.[41] In die benadering is voorrang niets meer of minder dan een collisieregel, een remedie die de nationale rechter verplicht is toe te passen als hij strijd constateert tussen het Unierecht en het nationale recht. Deze opvatting verdedigt Besselink, waar hij opmerkt:

> 'We hebben te maken met een landschap waarin de wegen elkaar regelmatig gelijkvloers kruisen en we ter voorkoming van botsingen er een voorrangsregel op na moeten houden. (…) Daarbij is er inderdaad veel voor te zeggen om de voorrang in de regel toe te kennen aan de Europese normen en besluiten. Maar zo'n voorrang kan men veel pragmatischer rechtvaardigen dan langs hiërarchische lijnen. Men kan die voorrang bijvoorbeeld rechtvaardigen op basis van de noodzaak tot zo groot mogelijke consistentie, efficiëntie en om te voorkomen dat een Europees besluit beroofd wordt van zijn nuttig effect (…)'.[42]

De enge benadering van voorrang is, ondanks de benaming die ik er hier aan geef, op een aantal punten zeer aantrekkelijk. Zo suggereert ze ver te blijven van het fenomeen hiërarchie, en daarmee de suggestie dat de Unie een soort van nieuwe *Grundnorm* in het leven roept voor de rechtsordes van de lidstaten.[43] Ze plaatst het concept voorrang waar het moet zijn: een methode die de uniforme werking van de gemeenschappelijke markt, en in bredere zin de uniforme toepassing van het Unierecht, bewerkstelligt.[44] Het is in feite die gemeenschappelijke markt, datgene waarvoor de Unie staat, die verschillende concepten zoals voorrang, directe werking, conforme interpretatie en staatsaansprakelijkheid genereert. De enge benadering sluit bovendien aan bij de pragmatische wijze waarop het Hof van Justitie het concept van de directe werking benadert.[45] In de enge benadering zijn voorrang en directe werking nauw met elkaar verbonden. De burger doet immers een beroep op de voorrangsregel om een rechtstreeks werkende norm van Unierecht te

41 Vgl. Dougan 2007, p. 934, die (in de context van de verhouding tot directe werking) spreekt van *'the trigger model'*.
42 Besselink 2007b, p. 9.
43 Vgl. omtrent die problematiek: Stone Sweet 2007b.
44 Vgl. Prechal 2007, p. 41.
45 Vgl. HvJEG 13 februari 1969, Zaak 14/68, *Jur.* 1991, p. 1 (*Walt Wilhelm t. Bundeskartellamt*).

effectueren ten koste van nationaal recht.[46] Dat sluit aan bij de gebruikelijke opvatting in Nederland, dat een volkenrechtelijke norm wel rechtstreeks werkend (beter: een ieder verbindend) moet zijn om als grondslag te dienen voor het buiten toepassing laten van nationale voorschriften.[47]

Aan de enge benadering zijn echter ook nadelen verbonden. Men kan zich bijvoorbeeld afvragen waar de conflictregel vandaan komt, als het Unierecht als zodanig geen hogere rang toekomt.[48] Het is bovendien de vraag of de enge opvatting goed vol te houden is in de praktijk van alledag. Het is bijvoorbeeld logisch-aantrekkelijk om uit de afwezigheid van *Geltungsvorrang* te concluderen dat er niet zoiets is als een hiërarchie tussen de nationale en de Europese rechtsorde, maar dat miskent dan toch op zijn minst het praktische effect dat uitgaat van het feit dat de Staat in de eerste plaats voor het uitvaardigen en in stand houden van die geldige maar onrechtmatige wetgeving aansprakelijk is, en in de tweede plaats dat op de Staat een rechtsplicht rust om iets aan die situatie te doen. Het is uiteraard mogelijk die aansprakelijkheid en die rechtsplicht tot dogmatisch handelen te scheiden van de voorrangspositie van het Unierecht, maar dat lijkt wel een beetje een academische exercitie.

Een aantal auteurs bepleit daarom een ruime (of materiële) benadering van voorrang.[49] Prechal bijvoorbeeld, ziet voorrang als een meeromvattend beginsel dan zuiver een conflictregel:

> '(…) in my view, the supremacy net should be cast wider, in the sense that the principle goes beyond this function of a basic conflict rule for the courts in a situation where domestic law is confronted with directly effective provisions of Community law. Supremacy also means that a national court may not review the validity of Community acts in the light of national provisions of (constitutional) law (…). Similarly, it is submitted, the national courts may not construe the Community law provision in accordance with national legal rules. On the contrary, the obligation of consistent interpretation can be understood as a corollary of the principle of supremacy'.[50]

Prechal is voorzichtig daarmee te suggereren dat zij – of het Hof – de verhouding tussen Unie en lidstaten ook formeel in termen van hiërarchie beschouwt. Het gaat haar om de praktische uitkomsten, meer dan om de theorie:

---

46 Prechal 2007, par. 5; Dougan 2007, p. 934.

47 Vgl. HR 19 oktober 1990, *NJ* 1992/129 m.nt. EAA & EAAL (*Homohuwelijk*).

48 Barents 2009, p. 50. Het pragmatische argument dat de efficiëntie, coherentie en de volle werking van het Unierecht ermee gediend zijn (zie Besselink 2007b, p. 9) roept de vraag op hoe het dan zit met de coherentie en de volle werking van het nationale recht (vgl. ten aanzien van de rechtsbescherming in dat verband: Barkhuysen 2006). Er moet toch íets zijn dat verklaart waarom de Europese coherentie en *effet utile* dan prevaleren?

49 Zo bijv. Prechal 2007; Barents 2009, p. 50.

50 Prechal 2007, par. 5. Over die laatste kwestie, of conforme interpretatie voortvloeit uit de voorrang van het Unierecht, bestaat debat. Ik ga daar hierna, in de paragraaf over de remedies, op in. Ik sluit mij daar aan bij de opvatting van Prechal.

> 'Supremacy can be conceived of as a conflicts rule, entailing, in the first place, the 'obligation to disapply'. (…) But, it does not stop there. Supremacy is also closely linked to the obligation of consistent interpretation and State liability. For the legislator, the principle of supremacy has the effect of blocking the enactment of unilateral and contrary national measures and that national legal provisions must be brought in line with Community law.
>
> Despite its practical effects, however, supremacy is not accepted as implying a hierarchical relationship between national law and Community law in the sense that it is Community law itself that validates the rules within the national legal order. Despite some scholarly efforts, this conclusion cannot be drawn from the case law of the ECJ which, moreover, leaves the necessary space to the national legal systems to accommodate Community law provisions'.[51]

De benadering van Prechal lijkt mij de juiste. De vraag of men de verhouding tussen Unie en lidstaten in termen van hiërarchie moet bezien laat ik graag over aan filosofen en politicologen – het recht alléén kan het antwoord daarop, meen ik, niet geven – maar in de praktijk lijkt mij een ruime opvatting van voorrang verhelderend te kunnen werken. Het verklaart in eerste instantie waarom het Hof niet een reeks, los van elkaar opererende, remedies in het leven heeft geroepen, maar een *stelsel* van rechtsbescherming heeft opgebouwd. De conflictregel maakt onderdeel uit van dat stelsel, maar figureert naast andere remedies die hetzelfde doel beogen.

7.2.3 Loyale samenwerking

Het beginsel van loyale samenwerking, in het verleden ook wel bekend als het beginsel van de gemeenschapstrouw, is tegenwoordig vastgelegd in artikel 4 lid 3 VEU.[52] Het bepaalt:

> 'Krachtens het beginsel van loyale samenwerking respecteren de Unie en de lidstaten elkaar en steunen zij elkaar bij de vervulling van de taken die uit de Verdragen voortvloeien.
>
> De lidstaten treffen alle algemene en bijzondere maatregelen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de Verdragen of uit de handelingen van de instellingen van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren.
>
> De lidstaten vergemakkelijken de vervulling van de taak van de Unie en onthouden zich van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen'.

51 *Ibid.*

52 Deze bepaling is de opvolger van art. 10 EG, dat een soortgelijk beginsel stipuleerde.

Het beginsel van loyale samenwerking geldt voor alle staatsmachten en, in dat kader, voor alle tot de overheid te herleiden organen.[53] Het is bovendien wederkerig, in de zin dat ook de instellingen van de Unie aangesproken worden.[54] Zo verwijst het Hof van Justitie geregeld naar de plicht voor lidstaten én Commissie om loyaal samen te werken, wanneer de staat claimt dat het onmogelijk is om een beschikking van de Commissie ten uitvoer te brengen omdat die uitvoering zou leiden tot ernstige problemen van constitutionele en maatschappelijke aard.[55]

Net als het 'oude' artikel 10 EG, waarin het beginsel voorheen was vastgelegd, omvat artikel 4 lid 3 VEU zowel een negatieve als een positieve verplichting voor de lidstaten.[56] Dat is wel samengevat als *'the duty to help and not to hinder'*.[57] De negatieve plicht houdt in dat de lidstaten zich onthouden van acties die de effectieve werking van het Unierecht in gevaar brengen, die het functioneren van de Unierechtelijke organen kunnen hinderen of die, in algemene zin, de Europese integratie schaden.[58]

De positieve plicht valt uiteen in twee delen. Eén aspect is dat de lidstaten de instellingen van de Unie een handje helpen bij het bereiken van de doelstellingen van de unieverdragen.[59] In de tweede plaats spreekt artikel 4 lid 3 VEU van de plicht om alle maatregelen te nemen die nodig zijn om de effectieve werking van het Unierecht in de lidstaten te garanderen. Voor de wetgever betekent dit dat hij er, onder meer, voor moet zorgen dat met het Unierecht strijdig recht uit de rechtsorde gehaald wordt, in elk geval wanneer dergelijke conflicterende wetgeving aanleiding zou kunnen geven tot rechtsonzekerheid.[60] In het geval van richtlijnen dient de wetgever bovendien tijdig zorg

53 Vgl. bijv. HvJEG 22 juni 1989, Zaak 103/88, *Jur.* 1989, p. 1839 (*Fratelli Costanzo*); HvJEG 12 juni 1990, C-8/88, *Jur.* 1990, p. I-2321 (*Duitsland t. Commissie*). Zie ook: Barents 2000, p. 320; Jans e.a. 2002, p. 69.

54 Art. 4 lid 2 VEU codificeert daarmee de rechtspraak van het HvJEG op dit punt. Artikel 10 EG noemde alleen de lidstaten. Zie HvJEG 13 juli 1990, C-2/88, *Jur.* 1990, p. I-3365 (*Zwartveld I*); HvJEG 28 februari 1991, C-234/89, *Jur.* 1991, p. I-935 (*Delimitis t. Henninger Bräu*); HvJEG 16 oktober 2003, C-339/00, *Jur.* 2003, p. I-11757 (*Ierland t. Commissie,*), §71-72; HvJEG 20 oktober 2005, C-511/03, *Jur.* 2005, p. I-8979 9 (*Ten Kate*), §28. Voorts Jans e.a. 2002, p. 69-70.

55 Vgl. bijv. HvJEG 15 januari 1986, Zaak 52/84, *Jur.* 1986, p. 89 (*Commissie t. België*); HvJEG 4 april 1995, C-348/93, *Jur.* 1995, p. I-673 (*Commissie t. Italië*).

56 Die verplichtingen vloeien doorgaans niet rechtstreeks uit art. 4 lid 2 VEU (en art. 10 EG [oud]) voort. Het Hof baseert hen op een combinatie van het artikel met andere bepalingen of beginselen. Zie Gorley 2008, p. 308; Verhoeven 2011, p. 43.

57 Temple Lang 1998, p. 111.

58 Kapteyn 2008, p. 151.

59 Vgl. Kapteyn 2008, p. 148.

60 Vgl. HvJEG 4 april 1974, *Jur.* 1974, p. 359 (*Commissie t. Frankrijk*), §41. Hier werd overigens noch artikel 10 EG, noch het beginsel van gemeenschapstrouw expliciet genoemd. Voorts: HvJEG 13 maart 1997, C-197/96, *Jur.* 1997, p. I-1489, §16 (*Commissie t. Frankrijk*). Vgl. bovendien de conclusie van A-G Roemer van 22 juni 1972 in zaak 48/71 (§1a).

te dragen voor correcte omzetting.[61] Voor de rechter vloeit uit het beginsel van loyale samenwerking in het bijzonder voort dat hij de rechten die particulieren aan het Unierecht ontlenen effectief beschermt.[62] Deze dure plicht noopt hem bijvoorbeeld zijn eigen recht, waar mogelijk, Unierechtconform uit te leggen. Bovendien dient de rechter zijn eigen handboek, het nationale procesrecht, zodanig te gebruiken dat de volle werking van het Unierecht verzekerd is, zij het dat daaraan grenzen zijn. Die grenzen worden bepaald door het beginsel van de procedurele autonomie. Ik ga nu eerst op dat beginsel in, en bespreek dan wat uitvoeriger het beginsel van effectieve rechtsbescherming.

7.2.4 Subsidiariteit en autonomie

De Europese Unie heeft twee gezichten. Aan de ene kant wordt de Unie doorgaans afgeschilderd als een project *sui generis*, dat ver verwijderd is geraakt van de traditionele internationale organisatie. De rechtspraak van het Hof van Justitie over directe werking en voorrang wordt vaak gecontrasteerd met die van, bijvoorbeeld, dat ándere Europese Hof in Straatsburg.[63] Waar het EHRM nog altijd het uitgangspunt huldigt dat het zaken doet met de verdragspartijen en het zich niet behoort te mengen in interne bevoegdheidskwesties, intervenieert het Hof van Justitie vrij geregeld in de verhouding tussen de drie nationale staatsmachten.[64]

Zoals recent ook Verhoeven nog in haar dissertatie onderstreept, betekent dat echter niet dat het Hof of de Unie, het traditionele model van soevereine staten heeft losgelaten.[65] Als het misgaat, is het nog altijd de lidstaat die aansprakelijk is.[66] In veel gevallen hebben de Europese organen bovendien niet de mogelijkheid het Unierecht direct in de lidstaten toe te passen. Die lidstaten zijn dus voor een belangrijk deel verantwoordelijk voor de tenuitvoerlegging van het Unierecht in hun eigen rechtsorde. Zij stellen hun instituties en procedures daarvoor ter beschikking.[67] Volgens Verhoeven is er echter

61 HvJEG 2 december 1986, Zaak 239/85, *Jur.* 1986, p. 3645 (*Commissie t. België*), §7; HvJEG 25 juli 1991, C-208/90, *Jur.* 1991, p. I-4269 (*Emott*), §19; HvJEG 12 oktober 1995, C-242/94, *Jur.* 1995, p. I-3031 (*Commissie t. Spanje*), §6.

62 Op dat beginsel kom ik terug in § 7.2.5.

63 Vgl. bijv. Barkhuysen 1998, p. 84-87.

64 Te beginnen natuurlijk bij HvJEG 5 februari 1963, Zaak 26/62, *Jur.* 1963, p. 3 (*Van Gend & Loos*), en HvJEG 15 juli 1964, Zaak 6/64, *Jur.* 1964, p. 1203 (*Costa t. E.N.E.L.*). Zie ook o.m. HvJEG 9 maart 1978, Zaak 106/77, *Jur.* 1978, p. 629 (*Simmenthal*), en HvJEG 22 juni 1989, Zaak 103/88, *Jur.* 1989, p. 1839 (*Fratelli Costanzo*).

65 Verhoeven 2011, p. 43-44. Zie ook de bijdragen van Von Bogdandy (i.h.b. p. 39) en Kirchhof in Bogdandy & Bast 2009.

66 Vgl. o.m. HvJEG 5 maart 1996, Gevoegde zaken C-46 en 48/93, *Jur.* 1996, p. I-1029 (*Brasserie du Pêcheur*). Dat laat de kwestie van het onderlinge verhaal uiteraard onverlet. Men leze de dissertatie van De Kruif (2012) er op na.

67 Verhoeven 2011, p. 44.

meer: ze legt een link met het beginsel van subsidiariteit. Dat het Unierecht door nationale instituties, en langs nationale procedures, zijn weg naar de burger vindt, is een kwestie van decentralisatie: het proces van rechtsvorming en rechtstoepassing vindt zo dicht mogelijk bij de burger plaats.[68] Die subsidiariteit betekent echter ook dat het Unierecht zich niet méér met de nationale procedures bemoeit dan strikt noodzakelijk ter verwezenlijking van de belangen die het Unierecht probeert te beschermen.[69] Bij afwezigheid van specifieke Europese afspraken, zijn het dus de lidstaten die primair de verantwoordelijkheid dragen voor het aanwijzen en vormgeven van de instituties en procedures waarmee het Unierecht wordt geëffectueerd. We noemen dat wel het beginsel van institutionele en procedurele autonomie.[70] Met name het procedurele aspect van die autonomie is hier relevant. Het institutionele aspect laat ik voor wat het is.

Op basis van het beginsel van procedurele autonomie is de Unie voor de doorwerking van haar recht afhankelijk van het procesrecht van de lidstaten, tenminste waar Europees procesrecht ontbreekt.[71] Dat staat in zekere zin op gespannen voet met de zo-even behandelde voorrang van het Unierecht. Nationale processuele regels kunnen immers in de weg staan aan het verwezenlijken van die voorrang in het recht van een specifieke lidstaat.[72] Die spanning wordt door het Hof echter op twee manieren gekanaliseerd.

In de eerste plaats betekent procedurele autonomie niet dat afbreuk kan worden gedaan aan de bevoegdheid, en plicht, van nationale rechters (en bestuursorganen) om nationaal recht aan het Unierecht te toetsen, het zonodig buiten toepassing te laten en, waar mogelijk, Unierecht daarvoor in de plaats rechtstreeks toe te passen.[73] Om een parallel met het, in deel I gehanteerde onderscheid in remedies te trekken: procedurele autonomie ziet op de inzet en de regulering van zogenaamde procesrechtelijke remedies en niet op de inzet van constitutionele remedies in enge zin.[74] Die constitutionele remedies vloeien rechtstreeks voort uit het Unierecht zélf en hun bruikbaarheid in een concreet geval wordt uitsluitend door het Unierecht beheerst. Procedurele autonomie ziet, voor wat betreft de remedies, op de inzet van procesrechtelijke remedies: de diverse geboden en verboden die de rechter kan geven ter handhaving van het Unierecht bijvoorbeeld, of wijze waarop schadevergoeding

68 *Ibid*. Zie tevens de preambule bij het VEU.
69 Zie art. 5 lid 3 VEU.
70 Tussen die twee vormen zit verschil. Zie Verhoeven 2011, p. 45. Ik ga er evenwel niet op in. Het gaat mij hier vooral om het procedurele aspect.
71 Vgl. Van Gerven 2000, p. 501-536; Jans e.a. 2007, p. 42. Tevens HvJEG 11 februari 1971, Zaak 39/70, *Jur.* 1971, p. 49 (*Fleischkontor*); HvJEG 16 december 1976, Zaak 33/76, *Jur.* 1976, p. 1989 (*Rewe*) en HvJEG 16 december 1976, Zaak 45/76, *Jur.* 1976, p. 2043 (*Comet t. Produktschap Siergewassen*). In de uitspraken wordt de term *procedurele autonomie* overigens niet gebezigd.
72 Vgl. Jacobs 1997, p. 26.
73 Zie de diverse *obligations* van Prechal die in paragraaf 7.2.2.2 werden geschetst.
74 Vgl. §3.2.1.

wordt toegekend als het niettemin mis is gegaan. Het ziet voorts, maar dat is hier minder van belang, op procesrechtelijke regels die de behandeling van zulke vorderingen reguleren zoals termijnen, bewijsrechtelijke regels, rechtsmachtverdeling en proceskosten.

Zelfs waar het gaat om de inzet van procesrechtelijke remedies, is de autonomie niet volledig. Het Hof van Justitie heeft op het beginsel twee uitzonderingen aanvaard. De eerste is bekend als het *Rewe*-kader. Procesrechtelijke regels die de doorwerking van Unierecht beheersen, dienen te voldoen aan de eisen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.[75] De tweede uitzondering wordt gevormd door het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Dat beginsel veronderstelt, onder meer, het bestaan van een aantal remedies die de rechters in de verschillende lidstaten in elk geval tot hun beschikking moeten hebben.[76]

7.2.4.1 Rewe en de procedurele rule of reason

Dat de procedurele autonomie van de lidstaten niet onbeperkt is, vloeit in eerste instantie voort uit een serie uitspraken die begon met het arrest *Rewe Zentralfinanz*. Het Hof overwoog daarin dat het:

> 'bij ontbreken van een desbetreffende gemeenschapsregeling, een aangelegenheid is van de nationale rechtsorde van elke Lid-Staat om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels te geven voor de rechtsvorderingen met het oog op de bescherming van de rechten welke de justitiabelen aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht ontlenen, met dien verstande dat deze regels niet ongunstiger mogen zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen; (…) dat dit slechts anders zou zijn, indien deze vereisten en termijnen het in de praktijk onmogelijk zouden maken rechten uit te oefenen die de nationale rechter verplicht is te handhaven'.[77]

De twee criteria die het Hof hier noemt, worden in de latere rechtspraak betiteld als de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.[78] Ze zijn sindsdien vaste rechtspraak.[79] Het doel van de criteria is te garanderen dat het effectueren van het Unierecht in de lidstaten niet onaanvaardbaar bemoeilijkt wordt.[80] De vraag wat als onaanvaardbaar te gelden heeft, plaatst

75 Beide termen werden door het Hof geïntroduceerd in HvJEG 10 juli 1997, C-261/95, *Jur.* 1997, p. I-4025 (*Palmisani*).
76 Daarover verhelderend: Van Gerven 2000.
77 HvJEG 16 december 1976, Zaak 33/76, *Jur.* 1976, p. 1989 *(Rewe).*
78 HvJEG 10 juli 1997, C-261/95, *Jur.* 1997, p. I-4025 (*Palmisani t. INPS*).
79 Vgl. o.a. HvJEG 15 september 1998, C-231/96, *Jur.* 1998, p. I-4951, (*Edis,*), §34; HvJEG 9 februari 1999, C-343/96, *Jur.* 1999, p. I-579, (*Dilexport*), §25; HvJEG 12 februari 2008, C-2/06 (*Kempter t. HZA Hamburg-Jonas*), §57.
80 Het Hof spreekt van 'praktisch onmogelijk of ernstig bemoeilijkt'. Prechal meent dat tussen deze beide kwalificaties een gradueel verschil bestaat. Vgl. Prechal 2005, p. 137-138.

het Hof van Justitie in de sleutel van een belangenafweging. In *Van Schijndel* en *Peterbroeck* noemt het in dat verband een aantal relevante gezichtspunten:

> 'moet ieder geval waarin de vraag rijst of een nationale procesregel de toepassing van het gemeenschapsrecht onmogelijk of uiterst moeilijk maakt, worden onderzocht met inaanmerkingneming van de plaats van die bepaling in de gehele procedure, en van het verloop en de bijzondere kenmerken ervan, voor de verschillende nationale instanties. In voorkomend geval moet rekening worden gehouden met de beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspraak ten grondslag liggen, zoals de bescherming van de rechten van de verdediging, het rechtszekerheidsbeginsel en het goede verloop van de procedure'.[81]

Deze test is wel de 'procedurele *rule of reason*' gedoopt.[82] Aan de hand ervan bepaalt het Hof per geval of de ongehinderde werking van het Unierecht, dan wel de, aan een procesrechtelijke regel ten grondslag liggende, belangen moeten prevaleren. Er is wel op gewezen dat de beginselen die het Hof daarbij in aanmerking neemt, zelden karakteristiek zijn voor het nationale systeem in kwestie. Zij komen ofwel in de rechtspraak van het Hof zélf, ofwel in het recht van verschillende lidstaten, voor.[83] Daarom is wel betoogd dat de lidstaten niet écht autonoom zijn.[84] Dat is in theorie juist, wanneer men bedenkt dat het toch uiteindelijk de Unie, en in het bijzonder haar rechter, is die bepaalt of en hoe een bepaalde procesrechtelijke regel of praktijk wordt ingezet. Toch verdient de stelling nuance. Het Hof liet de lidstaten in het verleden geregeld een aanzienlijke *margin of appreciation*. De meeste procesrechtelijke regels doorstonden de test.[85]

Een opvallend aspect van (in elk geval de vroege) *Rewe*-rechtspraak, was dat het de Kelseniaanse tweedeling tussen negatieve en positieve rechtsvorming omhelsde.[86] In een tweede *Rewe*-arrest, beter bekend als *Botervaarten*, benadrukt het Hof dat het Unierecht in beginsel geen nieuwe procesrechtelijke bevoegdheden constitueert.[87] Dat uitgangspunt verdient wel enige nuance. De procedurele *rule of reason* kan er wél toe leiden dat de beperkingen op een nationale bevoegdheid buiten toepassing moeten worden gelaten. Waar bovendien sprake is van een discretionaire bevoegdheid, kan de bevoegdheid voor

81 HvJEG 14 december 1995, C-312/93, *Jur.* 1995, p. I-4599 (*Peterbroeck*), r.o. 14; HvJEG 14 december 1995, Gevoegde zaken C-430-431/93, *Jur.* 1995, p. I-4705 (*Van Schijndel & Van Veen),* r.o. 18.

82 Vgl. Prechal 1998, p. 690; Jans e.a. 2007, p. 56.

83 Kakouris 1997, p. 1404; Schröder 2004, p. 25; Meijer 2007, p. 70.

84 Kakouris 1997. Genuanceerder: Van Gerven 2000, p. 501-502.

85 Zo bijv. Jans e.a. 2007, p. 44-47, 54; Prechal & Widdershoven 2011 p. 39.

86 Vgl. o.m. Kelsen 1945, p. 268-269. Zie tevens: Brewer-Cariás 2011, p. 5-12; Boogaard 2013, p. 73-76.

87 HvJEG 7 juli 1981, Zaak 158/80, *Jur.* 1981, p. 1805, §44. Het uitgangspunt wordt herhaald in HvJEG 13 maart 2007, C-432/05, *Jur.* 2007, p. I-2271 (*Unibet*), r.o. 40. Zie tevens: Brenninkmeijer 1994; Van Gerven 2000.

de nationale instantie tot een plicht worden.[88] In latere rechtspraak leek het Hof echter van het uitgangspunt af te stappen. Een aantal remedies was zo essentieel, dat het die in de nationale rechtsorde veronderstelde. In de praktijk betekende die rechtspraak dat het Unierecht weldegelijk positieve eisen stelt aan het nationale stelsel van rechtsbescherming. Hoewel die eisen onder kunnen worden gebracht in het bestaande *Rewe*-kader, is in de literatuur wel betoogd dat deze positieve rol voornamelijk gespeeld wordt door het beginsel van effectieve rechtsbescherming.[89] Op dat beginsel ga ik nu in.

7.2.5 Effectieve rechtsbescherming

7.2.5.1 De context: drie lijnen komen samen

De laatste hoeksteen van het Unierecht is het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Dit beginsel transformeert de relatief abstracte concepten van voorrang en directe werking tot subjectieve aanspraken van particulieren op rechtsbescherming. Het beginsel is tegenwoordig gecodificeerd in de artikelen 19 VEU en 47 van het Handvest van de Grondrechten. Ondanks die codificatie is het beginsel, net als de andere behandelde uitgangspunten, voornamelijk een kwestie van rechtersrecht.

Het verhaal van dat rechtersrecht begint ver voordat het Hof van Justitie het beginsel van effectieve rechtsbescherming in zijn rechtspraak 'ontdekte'. Het begint bij een jurisprudentielijn die zich náást de *Rewe*-rechtspraak ontwikkelde en bekend kwam te staan als de 'harde lijn'. Die begint zo'n beetje bij het eerdergenoemde arrest *Simmenthal*.[90] Het verhaal is bekend. *Simmenthal* poneerde niet alleen de conflictregel dat Unierecht voorgaat op nationale voorschriften, maar ging ook in op een Italiaanse regel van (ongeschreven) procesrecht met betrekking tot de taakverdeling tussen constitutionele en reguliere rechter. Normconflicten waren aan de eerste opgedragen. De reguliere rechter legde het Hof van Justitie de vraag voor of hij Italiaanse voorschriften die in strijd met Gemeenschapsrecht waren, zelf buiten toepassing moest laten of dat hij zich aan de nationale procesrechtelijke regel te houden had en de kwestie dus zou overlaten aan het constitutionele hof. Het Hof van Justitie laat er geen gras over groeien:

88 Vgl. HvJEG 14 december 1995, C-430-431/93, *Jur.* 1995, p. I-4705 (*Van Schijndel & Van Veen*); HvJEG 13 januari 2004, C-453/00, *Jur.* 2004, p. I-837 (*Kühne & Heitz*).

89 Vgl. Prechal & Widdershoven 2011, p. 40-41.

90 HvJEG 9 maart 1978, Zaak 106/77, *Jur.* 1978, p. 629. Ik ben hier bewust wat voorzichtig. Prechal 2005, p. 139 noemt ook reeds HvJEG 16 januari 1974, Zaak 166-73, *Jur.* 1974, p. 33 (*Rheinmühlen II*).

> 'dat derhalve met de vereisten welke in die eigen aard van het gemeenschapsrecht besloten liggen onverenigbaar is elke bepaling van een nationale rechtsorde of enige wetgevende, bestuurlijke of rechterlijke praktijk die ertoe zou leiden de uitwerking van het gemeenschapsrecht te verminderen doordat aan de inzake de toepassing van dit recht bevoegde rechter de macht wordt ontzegd aanstonds bij deze toepassing al het nodige te doen voor de terzijdestelling van de nationale wettelijke bepalingen die eventueel in de weg staan aan de volle werking van de gemeenschapsregels'.[91]

Krap anderhalf jaar na het arrest in *Rewe,* komt het Hof met een ander criterium dan de eisen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. De 'uitwerking van het gemeenschapsrecht verminderen' is immers een stringenter toets dan 'onmogelijk of ernstig bemoeilijkt'.[92] Niets over het respecteren van nationaal procesrecht en de focus op minimumwaarborgen. Hoewel het Hof de kwestie in de mal giet van het buiten toepassing laten van de nationale procesrechtelijke regel, schept het bovendien *de facto* een bevoegdheid voor de reguliere rechter. De negatieve rechtsvorming leidt hier dus tot positieve rechtsvorming. Ook in zoverre wijkt *Simmenthal* af van *Rewe*. De rechtspraak valt uiteen in twee lijnen: een met de nadruk op procedurele autonomie en een met de nadruk op de volle werking van het Europese recht.

In de slagschaduw van deze ontwikkeling doet het beginsel van effectieve rechtsbescherming zijn intrede. Dat gebeurt in eerste instantie in de zaak van *Von Colson & Kamann*.[93] In die zaak gaat het om de implementatie van een gelijkebehandelingsrichtlijn die, onder meer, voorschreef dat de lidstaten in een adequate remedie zouden voorzien voor slachtoffers van discriminatie. Waar het nationale recht, *in casu*, slechts voorzag in de vaststelling van onrechtmatigheid en een symbolische schadevergoeding, vereiste het – in de richtlijn tot uitdrukking komende – beginsel van effectieve rechtsbescherming van de rechter dat hij zijn mandaat zonodig gemeenschapsconform interpreteerde om tot een adequate – lees: voldoende reële en afschrikwekkende – remedie te komen.[94]

In *Von Colson & Kamann* lag de eis van een adequate rechtsgang nog besloten in een richtlijn. Dat is ook het geval in *Johnston,* twee jaar later, maar in die zaak spreekt het Hof voor het eerst van een algemeen rechtsbeginsel.[95] Het verwijst in dat verband naar de constitutionele tradities van de lidstaten

---

91 *Simmenthal*, r.o. 22.

92 Het lijkt er overigens op dat de Italiaanse praktijk de doorwerking van het EG-recht vrijwel onmogelijk zou hebben gemaakt. Prechal 2005, p. 140 wijst daarop.

93 HvJEG 10 april 1984, Zaak 14/83, *Jur.* 1984, p. 1891 (*Von Colson & Kamann t. Nordrhein Westfalen).*

94 Het betreft hier een bijzondere toepassing van het doeltreffendheidsvereiste. Vgl.: HvJEG 2 augustus 1993, C-271/91, *Jur.* 1993, p. I-4367, (*Marshall t. Southampton II)*, §23-24; HvJEG 22 april 1997, C-180/95, *Jur.* 1997, p. I-2195 (*Draehmpaehl*), §25; HvJEG 11 oktober 2007, C-460/06, , *Jur.* 2007, p. I-8511 (*Paquay t. Hoet + Minne SPRL*), §44-46.

95 HvJEG 15 mei 1986, Zaak 222/84, *Jur.* 1986, p. 1651 (*Johnston t. Chief Constable*).

en naar de artikelen 6 en 13 EVRM. Het karakter van algemeen rechtsbeginsel zorgt ervoor dat effectieve rechtsbescherming doorsijpelt in alle hoeken van de Gemeenschap.[96]

Wat zijn die eisen dan?

Effectieve rechtsbescherming is traditioneel vertakt in een procedureel, en een materieel deel. Het procedurele deel ziet op de toegang tot een onafhankelijke en onpartijdige instantie, en op het eerlijke verloop van het proces. Het materiële aspect ziet op het te bieden redres.[97] De verwijzing van het Hof van Justitie naar de artikelen 6 en 13 EVRM maakt duidelijk dat beide aspecten onder het Unierechtelijke beginsel vallen. Inderdaad heeft het Hof, voor wat betreft het formele aspect, in de loop der jaren belangrijke uitspraken gedaan over kwesties als de kring van beroepsgerechtigden, de kwaliteit van het proces voor de rechter en de kosten van rechtsbijstand.[98] Het gaat mij hier echter om het materiële aspect: het redres. Ook op dat punt was het beginsel de aanzet tot belangrijke ontwikkelingen.

Eén van de meest opzienbarende van die ontwikkelingen was het arrest *Factortame*.[99] In zekere zin is dit arrest het vervolg op de 'harde lijn' die werd ingezet in *Simmenthal*. We pakken daarom de draad weer op bij dat arrest. De situatie in *Simmenthal* werd lang uitzonderlijk gevonden.[100] Zij moet gezien worden in het licht van een dialoog waarin het Hof van Justitie verwikkeld was geraakt, met het Italiaanse constitutionele hof. Een dialoog met als inzet de voorrang van het Gemeenschapsrecht.[101] Twaalf jaar later geeft het Hof in zekere zin een vervolg aan die rechtspraak.

In *Factortame I* ging het om twee kwesties. De zaak begon met de vermeende discriminatoire werking van de *Merchant Shipping Act*, waaromtrent de Britse rechter een prejudiciële vraag stelde aan het Hof. In de tussentijd schorste deze (lagere) rechter de werking van de wet in kwestie. Hoewel het Britse recht de rechtsfiguur van een voorlopige maatregel wel kende, was het gebruik van een dergelijke rechtsfiguur in het geval van *Factortame* uitgesloten, want in strijd met de *Crown Proceedings Act.* Aan die wet lag de gedachte ten grondslag dat het in het stelsel van parlementaire soevereiniteit, dat het Verenigd

96 Vgl. o.a. HvJEG 15 oktober 1987, Zaak 222/86, *Jur.* 1987, p. 4097 (*Heylens*); HvJEG 7 mei 1992, C-104/91, *Jur.* 1992, p. I-3003 (*Borelli*); HvJEG 24 september 1998, C-111/97, *Jur.* 1998, p. I-5411 (*Evobus Austria*).

97 Vgl. Shelton 2005, p. 1. Widdershoven 1996, p. 113 definieert het materiële aspect iets breder: alle inhoudelijke eisen aan de procedure, waar het formele aspect voornamelijk ziet op *toegang* tot de rechter.

98 HvJEG 11 juli 1991, Gev. zaken C-87-89/90, *Jur.* 1991, p. I-3757 (*Verholen e.a. t. SVB*); HvJEG 19 september 2006, C-506/04, *Jur.* 2006, p. I-8613 (*Wilson t. Ordre des Avocats*); HvJEU 22 december 2010, C-279/09, *Jur.* 2010, p. I-13849 (*DEB*).

99 HvJEG 19 juni 1990, C-213/89, *Jur.* 1990, p. I-2433 (*R. t. Secretary of State for Transport Ex parte Factortame*).

100 Vgl. Prechal 2005, p. 141.

101 Vgl. Claes 2005, p. 107-108.

Koninkrijk beheerste, ondenkbaar was dat een formele wet geschorst werd als nog niet onherroepelijk vaststond dat sprake was van strijd met het Gemeenschapsrecht. Zolang het Hof van Justitie nog geen antwoord had gegeven moest, zo vonden de *Lords of Appeal*, ervan uit worden gegaan dat de wet rechtmatig was.[102] Helemaal zeker van zijn zaak was het Britse hoogste rechtscollege echter niet. Het beginsel van parlementaire soevereiniteit begon al wat scheuren te vertonen en men legde de kwestie voor aan het Hof van Justitie.[103] Als de bevoegdheid om een dergelijke schorsing uit te spreken dan niet uit het Britse recht voortvloeide, ontleende de Britse rechter deze bevoegdheid dan wellicht (materieel) aan het Unierecht?

Verwijzend naar *Simmenthal* meent het Hof van wel. De volle werking van het Unierecht staat anders onder druk. Ook nu spreekt het niet over procedurele autonomie en net als in *Simmenthal* geldt dat de nationale regel (nu geschreven) die in de weg staat aan het schorsen van de wettelijke regeling, buiten toepassing dient te blijven. Net als in *Simmenthal* spreekt het Hof nadrukkelijk van het buiten toepassing laten van de *Crown Proceedings Act*. Negatieve rechtsvorming dus. Dat lijkt echter vooral een kwestie van *framing*. In praktische zin is hier een nieuw rechtsmiddel in het leven geroepen. Het lijkt bovendien onwaarschijnlijk dat het Hof tot de tegengestelde conclusie was gekomen als de *Crown Proceedings Act* eenvoudigweg niet had bestaan, en in het geheel geen voorlopige voorziening mogelijk was geweest in het Britse recht.[104]

Die conclusie lijkt gestaafd te worden door latere jurisprudentie, waarin het Hof minder moeite doet te verhullen dat het positieve eisen stelt aan het stelsel van remedies.[105] Dat geldt bijvoorbeeld voor de rechtspraak inzake staatsaansprakelijkheid.[106] *Factortame* lijkt de aanzet tot een aantal remedies die, voor wat hun grondslag betreft, rechtstreeks stoelen op de Europese rechtsorde.[107]

De draden komen in 2007 bijeen.

In arresten als *Factortame* en *Francovich & Bonifaci* wordt verwezen naar de volle werking van het Gemeenschapsrecht en de noodzaak om de rechten van particulieren te beschermen. In 2007 is het Hof echter explicieter als het de *Factortame*-rechtspraak in 2007 verknoopt met het beginsel van effectieve

102 HL 18 mei 1989, [1990], *2 AC* 85 (*Ex parte Factortame*), p. 142-143 *per* Lord Bridge.

103 In een eerdere procedure was de verenigbaarheid van het beginsel van parlementaire soevereiniteit met het Unierecht al aan de orde geweest. Vgl. Court of Appeal, *Macarthys v. Smith* [1979] 3 All ER 325. Zie daaromtrent nader Allan 1983.

104 Vgl. Curtin 1992, p. 42. Zie voor nuance: Prechal 2005, p. 169-170.

105 Zie bijv. HvJEG 21 februari 1991, C-143/88; C-92/89, *Jur.* 1991, p. I-415 (*Zuckerfabrik Süderdithmarschen*), r.o. 19-33, waarin de criteria voor de voorlopige voorziening worden uitgewerkt.

106 HvJEG 19 november 1991, C-6/90; 9/90, *Jur.* 1991, p. I-5357 (*Francovich & Bonifaci)*; HvJEG 5 maart 1996, C-46/93, *Jur.* 1996, p. I-1029 (*Brasserie du Pêcheur*).

107 Vgl. (ten aanzien van aansprakelijkheid): Meijer 2007, p. 30.

rechtsbescherming. Het doet dat in *Unibet*.[108] De eis dat het nationale recht moet voorzien in de remedie van de voorlopige voorziening volgt, met andere woorden, uit het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Hetzelfde doet het Hof in 2010 ten aanzien van de *Simmenthal*-plicht om het nationale recht buiten toepassing te laten als dat in strijd is met het Unierecht. Ook dat is een kwestie van effectieve rechtsbescherming. Het verwijst in dat verband naar artikel 47 van het inmiddels bindend geworden Handvest van de Grondrechten, dat het subjectieve recht op effectieve rechtsbescherming garandeert.[109]

7.2.5.2 Effectieve rechtsbescherming als Unierechtelijk grondrecht

Effectieve rechtsbescherming is in het Unierecht op verschillende plaatsen gecodificeerd. Afgezien van de diverse richtlijnen waarin een plicht tot redres wordt geformuleerd, treft men het beginsel aan in artikel 19 VEU, dat de lidstaten de plicht oplegt om te 'voorzien in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het recht van de Unie vallende gebieden te verzekeren'. Het beginsel is bovendien gesubjectiveerd tot Unierechtelijk grondrecht in artikel 47 van het Handvest van de Grondrechten. Deze bepaling luidt, voor zover hier relevant:

> 'Eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden (…)'

Het Handvest is sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon bindend geworden.[110] Het richt zich in de eerste plaats tot de organen van de Unie, maar de bedoeling was zeker niet dat het zich daartoe zou beperken.[111] Artikel 51, dat de toepasselijkheid van het Handvest op de lidstaten beperkt tot de gevallen waarin zij 'het recht van de Unie ten uitvoer brengen', moet volgens sommige auteurs worden gelezen in samenhang met de eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie over de betekenis van fundamentele beginselen voor de lidstaten.[112] Die rechtspraak hield, kortgezegd, in dat zulke beginselen voor de lidstaten relevant waren als zij het Unierecht implementeerden of als zij van het Unierecht afweken en daarbij een beroep deden op een uitzonderingsgrond.[113] Intussen lijkt het Hof van Justitie de toepasse-

108 HvJEG 13 maart 2007, C-432/05, *AB* 2007/301 m.nt. De Waele & Schutgens (*Unibet t. Justitiekanslern*), r.o. 37-38 en 71.

109 HvJEU 8 september 2010, C-409/06, *JB* 2010/247 m.nt. Uzman (*Winner Wetten*), r.o. 58.

110 Zie art. 6 lid 1 VEU.

111 Eeckhout 2002, p. 952-953.

112 Calliess 2005, p. 543-544, en de aldaar in voetnoot 96 aangehaalde literatuur. Zij vinden voor die opvatting steun in de toelichting op art. 51 Handvest.

113 Vgl. o.a. HvJEG 13 juli 1989, Zaak 5/88, *Jur.* 1989, p. 2609 (*Wachauf t. BAEF*), resp. HvJEG 18 juni 1991, C-260/89, *Jur.* 1991, p. I-2925, (*E.R.T. e.a. t. D.E.P*), 42-43; HvJEG 26 juni 1997, C-369/95, *Jur.* 1997, p. I-3689 (*Familiapress*), r.o. 24; HvJEG 29 april 2004, Zaken C-482-483/01, *Jur.* 2004, p. I-5257 (*Orfanopoulos & Oliveri t. Baden-Württemberg*), r.o. 97.

lijkheid van het Handvest op de lidstaten nóg een beetje verder te hebben opgerekt. Het spreekt van toepasselijkheid indien de kwestie in algemene zin 'valt onder het toepassingsgebied' van het Unierecht.[114] Daarvoor is niet vereist dat het gaat om uitvoering die *door het Unierecht is voorgeschreven*, het kan ook gaan om nationale regels die staten vaststellen in het kader van hen door de te implementeren Unieregeling gelaten bevoegdheden.[115] Op deze rechtspraak is kritiek gekomen waaronder, niet onbelangrijk, van het Duitse constitutionele hof.[116] Of de lijn van het Hof van Justitie bestendig is, moet dus nog worden afgewacht.

Met artikel 47 Handvest wordt uitdrukkelijk aangesloten bij de zojuist beschreven rechtspraak van het Hof van Justitie en de artikelen 6 en 13 EVRM.[117] Het Hof stemt de interpretatie ervan dan ook zo goed mogelijk af met het EHRM.[118] Niettemin zijn er verschillen tussen de EVRM-bepalingen en artikel 47. Zo is de werkingssfeer ervan ruimer dan artikel 6 EVRM, dat uitsluitend ziet op vervolging en procedures over burgerlijke rechten en verplichtingen, en dan artikel 13 EVRM dat alleen betrekking heeft op de rechten die zijn opgenomen in het EVRM. Voorts eist artikel 47 Handvest, anders dan artikel 13 EVRM, dat het geschil omtrent een recht dat voortvloeit uit het Unierecht, terecht komt bij een rechterlijke instantie.[119] Tot slot, en dat is hier niet onbelangrijk, ziet artikel 47 Handvest, anders dan artikel 13 EVRM, ook op de toetsing van (formele) wetgeving aan de rechten in het Unierecht.[120] Het Handvest is immers niet *alleen* geïnspireerd door de artikelen 6 en 13 EVRM, maar ook door de rechtspraak van het Hof van Justitie dat, zagen we in de vorige paragraaf, nu juist uitdrukkelijk een rechtsmiddel tegen wetgeving eist.[121]

7.2.5.3 Effectieve rechtsbescherming en de Rewe-doeltreffendheid

Een vraag die nog open ligt is hoe het beginsel van effectieve rechtsbescherming zich verhoudt tot de *Rewe*-criteria van gelijkwaardigheid en – met name – doeltreffendheid. Daarover bestaat, om het zacht uit te drukken, geen over-

114 HvJEU 26 februari 2013, C-617/10, *AB* 2013/131 m.nt. Widdershoven (*Åkerberg Fransson*).
115 Zie de annotatie van Widdershoven onder *AB* 2013/131, punt 3.
116 BVerfG 24 april 2013, 1 BvR 1215/07 (*Antiterrordatei*).
117 Vgl. *Charte* 4473/00, van 11 oktober 2000 (Nota van het presidium betreffende het Ontwerp-Handvest), p. 40-41. Zie nader: Barriga 2003, p. 143-144; Eser 2006, p. 478-479. Zie in algemene zin voorts: art. 52 lid 3 Handvest.
118 Aldus Widdershoven 2011; Prechal & Widdershoven 2011, p. 37-38.
119 Vgl. daarvoor de tweede volzin van het artikel. Zie voor een bespreking in dat kader ook Eser 2006, p. 481-482.
120 Zo bijv: Lenz & Staeglich 2004, p. 1424. Anders: Eser 2006, p. 480 en 484.
121 Het gaat dan alleen om exceptieve toetsing. Ik doel hier op de rechtspraak over de plicht om *prima facie* strijdige wetgeving conform te interpreteren of buiten toepassing te laten. Een direct beroep tegen wetgeving eist ook het Unierecht niet, mits andere effectieve wegen openstaan. Zie HvJEG 13 maart 2007, C-432/05 (*Unibet*).

eenstemming.[122] Sommige auteurs, zoals Tridimas en Barkhuysen, lijken ervan uit te gaan dat de doeltreffendheidseis door het beginsel van effectieve rechtsbescherming is geabsorbeerd.[123] Effectieve rechtsbescherming is dan het bredere genus, Rewe-doeltreffendheid de species. Andere auteurs zien de Rewe-doeltreffendheid en het beginsel van effectieve rechtsbescherming als twee uitingsvormen van, in wezen, hetzelfde verschijnsel. Effectieve rechtsbescherming en doeltreffendheid zijn dan beide species van het bredere effectiviteitsbeginsel.[124] Een derde groep auteurs benadrukt, ondanks de overlap, het zelfstandige karakter van de beide leerstukken.[125] Het beginsel van effectieve rechtsbescherming is in hun ogen verbonden met de rechtsstaatgedachte. In die zin is het breder dan het Unierechtelijke effectiviteitsprincipe. Anderzijds is het ook beperkter in opzet: het heeft vooral betrekking op de rechter, en op de bescherming van rechten. De Unierechtelijke eis van doeltreffendheid daarentegen, ziet ook op de verplichtingen van het bestuur bij de doorwerking van het Unierecht en op het opleggen van sancties aan particulieren.

De laatste opvatting lijkt mij de meest voor de hand liggende, al moet het verschil tussen de beide doctrines in de praktijk genuanceerd worden. Effectieve doorwerking van Unierecht en effectieve rechtsbescherming van de daaruit voortvloeiende rechten voor individuen vallen in veel gevallen samen. Een praktische kwestie blijft echter bestaan: wat is precies de verhouding tussen de *Rewe*-test enerzijds en de robuuste lijn van *Simmenthal* en *Factortame* die het Hof, zij het met terugwerkende kracht, in het beginsel van effectieve rechtsbescherming heeft ingebouwd? Ik onderscheid in dat verband drie benaderingen. Voor het gemak noem ik ze de dogmatische, de institutionele en de functionele benadering.

De dogmatische benadering

De dogmatische benadering zag ik, hoe kan het ook anders, vooral bij Duitse auteurs, hoewel zij ook in de Nederlandse literatuur populair is. In deze benadering wordt een helder onderscheid aangehouden tussen de leerstukken die, respectievelijk, betrekking hebben op de voorrang van het Unierecht en op het beginsel van procedurele autonomie. De toepasselijkheid van beide doctrines wordt ingevuld door een ander onderscheid: namelijk tussen directe en indirecte normcollisies.[126]

122 Zie in dat verband besprekingen in de conclusie van A-G Jacobs, van 4 mei 1994, bij C-312/93 (*Peterbroeck)*; Van Gerven 2000; Jarass & Beljin 2003, p. 32-43; Prechal 2005, p. 141-142.

123 Tridimas 1999, p. 291-292; Barkhuysen 2006, p. 12, die spreekt van het 'uitbouwen' van de doeltreffendheidseis tot beginsel van effectieve rechtsbescherming.

124 Vgl. Accetto & Zleptnig 2005, p. 388. In soortgelijke zin: Jans e.a. 2007, p. 51.

125 Zo Prechal & Widdershoven 2011.

126 Zie Kadelbach 1999, p. 26; Niedobitek 2001, p. 73-79. Voorts: Öhlinger & Potacs 2001, p. 73; Ehlers & Eggert 2008, p. 586; Dettling 2009. Onder de Nederlandse auteurs treffen we: Verhoeven 2011, p. 80-81; Van den Brink 2012, p. 142.

Niedobitek illustreert het verschil tussen beide soorten collisies aan de hand van een, tot de verbeelding sprekende, casus over de Oostenrijkse uitbater van een jachthaven aan de Bodensee die zijn ligplaatsen verhuurt.[127] Hij krijgt daarvoor van de Oostenrijkse autoriteiten een vergunning onder de voorwaarde dat hij die ligplaatsen slechts beperkt aan buitenlanders verhuurt. Deze voorwaarde is, zo blijkt later, in strijd met de Unierechtelijke vrijheid van diensten. Dit is een directe collisie: de materiële Oostenrijkse norm die het verhuren aan buitenlanders beperkt, is in strijd met een materiële Europese norm.

De verhuurder komt echter niet op tegen de voorwaarde in de vergunning. Hij houdt zich niet aan de voorwaarde, krijgt een boete en komt vervolgens tegen die boete op. Voor de rechter beroept hij zich er op dat de voorwaarde, wegens strijd met Unierecht, niet gesteld had moeten worden. De verplichting daartoe in het Oostenrijkse recht moet buiten toepassing blijven en hij is daarom niet strafbaar. De Oostenrijkse regering denkt er anders over. Zeker, de norm die verplicht tot het stellen van de voorwaarde is in strijd met het Unierecht en moet buiten toepassing worden gelaten, maar dat betekent niet dat de voorwaarde in de vergunning geen rechtskracht meer toekomt. Nu de verdachte daartegen niet is opgekomen, heeft deze immers formele rechtskracht gekregen. De regel van de formele rechtskracht staat dus in de weg aan het effectueren van de voorrang van het Unierecht. Die norm is zelf echter niet *direct* in strijd met het Unierecht, maar alleen indirect.

Van een directe normcollisie is dus sprake als de Europese en de nationale regeling beide betrekking hebben op dezelfde feitenconstellatie, en gelijktijdige toepassing onmogelijk is.[128] Van een indirecte collisie is daarentegen sprake als de normen op verschillende niveaus betrekking hebben. De procedurele regel maakt effectueren van een materiële Europese regel onmogelijk.

Het onderscheid tussen directe en indirecte collisies kan verhelderend werken als uitgemaakt moet worden welk toetsingskader van toepassing is: dat van *Simmenthal* of dat van *Rewe*.[129] Directe collisies 'triggeren' de voorrangsregel van het *Simmenthal*-arrest. Indirecte collisies worden afgedaan volgens het afwegingskader van procedurele autonomie. Aan de randen zitten nog wel wat rafels die opgehelderd moeten worden.

In de eerste plaats is dat het *Simmenthal*-arrest zélf. De regel die de reguliere Italiaanse rechter gebood normconflicten over te laten aan het constitutionele hof is van procesrechtelijke aard. De voorrang van het Unierecht als zodanig werd er niet door ontkend. Met een gelijksoortige regel van Unierechtelijke origine was de regel dus niet in strijd, tenminste niet totdat het Hof in *Simmenthal* concretiseerde dat de voorrangsregel door álle rechters moet worden

127 Niedobitek 2001, p. 77.
128 Niedobitek 2001, p. 73; Verhoeven 2011, p. 80.
129 HvJEG 9 maart 1978, Zaak 106/77, *Jur.* 1978, p. 629 (*Simmenthal*), resp. HvJEG 16 december 1976, Zaak 33/76, *Jur.* 1976, p. 1989 (*Rewe*).

gehandhaafd. Met enige goede wil is het *Simmenthal*-arrest zelf dus te beschouwen als een kwestie van procedurele autonomie. Tegelijkertijd kan tegen die stelling worden ingebracht dat het in *Simmenthal* eigenlijk ging om directe strijd tussen de processuele eis van de Unie dat nationale normen desnoods door elke rechter buiten toepassing werden gelaten en de procesrechtelijke nationale regel die dat nu juist verbood.

Duidelijker ligt het wat mij betreft echter in *Factortame*. Hier ging het bij uitstek om een procesrechtelijke kwestie die zag op het effectueren van een materiële Unierechtelijke norm.[130] Dat lijkt te gaan om een indirecte normcollisie. Toch deed het Hof haar af als een kwestie van voorrang en, zij het met terugwerkende kracht, effectieve rechtsbescherming. Hoewel het onderscheid tussen indirecte en directe collisies dus in hoge mate verklarende kracht kan hebben, mist er iets.[131]

De institutionele benadering

Dat 'iets' kan worden gevonden in de benadering van Claes. Volgens haar kan het verschil tussen '*Rewe*' en '*Simmenthal/Factortame*' beter institutioneel dan doctrinair worden verklaard.[132]

Dat uit het laatste koppel arresten een algemene regel zou voortvloeien die staten verplicht *elke* maatregel die de nationale rechter verhindert het volle effect te geven aan Unierecht, buiten toepassing te laten komt volgens Claes neer op overdrijving. Zij zoekt de eigenheid van de zogenaamde 'harde lijn' in het feit dat in die zaken sprake was van een fundamentele en structurele bedreiging voor de voorrang van het Unierecht. De onmogelijkheid van de nationale rechter om het Unierecht toe te passen was in deze kwesties absoluut. Van een afweging tussen het belang van de particulier bij effectueren van het Unierecht en andere belangen die daaraan in de weg stonden was geen sprake.[133] Daarbij speelde mee, Prechal merkt dat op, dat in deze zaken ook geen Unierechtelijk erkend beginsel ter bescherming van de belangen van (derde-) particulieren aan de remedie in de weg stond, maar in wezen prerogatieven van de wetgever.[134]

Dat vraagt om een zeer agressieve toepassing van het voorrangsbeginsel. In een dergelijke situatie schiet *Rewe* tekort. De *Simmenthal/Factortame*-lijn kan dan ook het best worden gekwalificeerd als een soort 'nucleaire optie' die elke vorm van procedurele autonomie met de grond gelijk maakt en uitsluitend wordt ingezet, wanneer de gebruikelijke *Rewe*-lijn de constitutionele gevaren van het structureel niet-effectueren van EG-recht in bepaalde gevallen niet kan

130 HvJEG 19 juni 1990, C-213/89, *Jur.* 1990, p. I-2433.
131 Zie ook Prechal & Widdershoven 2011, p. 33.
132 Claes 2005, p. 112.
133 Vgl. ook conclusie van A-G Jacobs van 4 mei 1994, bij C-312/93 (*Peterbroeck)*, en Prechal 2005, p. 141-142.
134 Prechal 2005, p. 141.

verhelpen. Zodra de nationale rechtsorde weer in lijn is met het Unierecht, wordt weer overgegaan tot de orde van de dag en geldt weer de gebruikelijke *Rewe*-jurisprudentie.[135]

De insteek van Claes is dus een andere. Het verschil tussen de indringende *Simmenthal*-lijn en de lidstaatvriendelijker *Rewe*-lijn wordt niet dogmatisch verklaard. Beslissend is de vraag in hoeverre de nationaalrechtelijke praktijk op een wat grotere schaal een daadwerkelijke bedreiging vormt voor de Europese rechtsorde.

De functionele benadering

De derde benadering zet, tot slot, in op de verschillende functies van de *Rewe*-doeltreffendheid en het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Deze benadering is niet helemaal goed te vergelijken met de beide anderen. Waar Claes uitsluitend probeert *Simmenthal* te verklaren, gaat het in deze benadering om de afbakening van de beginselen van doeltreffendheid en effectieve rechtsbescherming in algemene zin. Toch is er een raakvlak. Auteurs als Van Gerven, Prechal en Widdershoven betogen dat effectieve rechtsbescherming vooral de functie heeft uiting te geven aan de rechtsstaatgedachte.[136] Het vertrekpunt is dus het subjectieve recht op bescherming van Europese rechten van particulieren. Dit recht omvat, zoals gezegd, een materiële en een procedurele component. In die zin heeft het beginsel een andere lading, een ander doel, dan het doeltreffendheidsbeginsel dat vooral op de uitkomst betrekking heeft. In de praktische uitkomst betekent dit dat het beginsel van effectieve rechtsbescherming, in de ogen van Prechal en Widdershoven, toegroeit naar zijn *counterparts* in het EVRM, de artikelen 6 en 13, terwijl het doeltreffendheidsbeginsel een *tool* is dat, op ingrijpende schaal of niet, toeziet op de effectuering van het Unierecht in brede zin.[137]

Een praktische variant op de functionele benadering werkt Van Gerven uit, wanneer hij voorstelt om het beginsel van effectieve rechtsbescherming door te ontwikkelen tot een normatief concept dat niet slechts negatieve eisen stelt aan het nationale recht, maar daaraan ook positieve eisen kan stellen.[138] Met name het rechtsstatelijke karakter van het beginsel van effectieve rechtsbescherming kan daarvoor de normatieve kracht bieden. In de optiek van Van Gerven dienen de verschillende lijnen in de rechtspraak van het Hof dan ook een verschillend doel. Vanuit het perspectief van de remedies dient de 'harde' lijn van *Simmenthal* het doel te waarborgen dat de kern van de remedie, het vaststellen van de onrechtmatigheid, uniform wordt toegepast. Op dat punt hebben de lidstaten geen enkele autonomie. Een bepaling die in strijd is met het Unierechtelijke gelijkheidsbeginsel moet in alle lidstaten door de rechter

135 Claes 2005, p. 112.
136 Van Gerven 2000; Prechal & Widdershoven 2011.
137 Prechal & Widdershoven 2011, p. 44-49.
138 Van Gerven 2000.

getoetst kunnen worden en buiten toepassing worden gelaten. Het bestaan en de werking van procesrechtelijke remedies is wel een zaak van de lidstaten, zij het dat zij in dat verband aan min of meer ingrijpende eisen zijn gebonden. Om bij het voorbeeld te blijven: staten mogen ervoor kiezen de vereiste toetsing niet open te stellen in de vorm van een directe civiele of constitutionele actie tegen de norm, maar zij moeten wel faciliteren dat de nationale rechter op de één of andere manier de bevoegdheid heeft om ter zake van die norm schadevergoeding toe te kennen. Tot slot zijn er nog de regels die de toegang tot, en de werking van, de rechtsgang betreffen (termijnen, griffierechten, bewijsrecht). Dat soort regels is volledig aan de lidstaat, zij het dat de negatieve criteria van *Rewe* in zo'n geval van toepassing zijn.

De benaderingen bijeen
Ik heb de drie benaderingen hiervoor niet geschetst om er uiteindelijk een keuze tussen te maken. Daarvoor zijn zij te ongelijksoortig. Ze sluiten elkaar niet uit, maar vullen elkaar aan. Er zit wat mij betreft veel waarheid in het doctrinaire onderscheid tussen directe en indirecte normencollisies, maar het concept is ontoereikend om een zaak als *Factortame* te verklaren. De institutionele benadering van Claes kan dat wel, maar die benadering is als zodanig weer wat te beperkt, en ook niet bedoeld, om de scheidslijn tussen effectieve rechtsbescherming en de doeltreffendheidseis te markeren. De bijdragen van Prechal/Widdershoven en Van Gerven doen dat wel, zij het dat die bijdragen op een wat abstracter niveau opereren. De vraag is hoe daar invulling aan te geven. Van Gerven deed daarvoor een eerste aanzet. In zijn benadering volgt uit het beginsel van effectieve rechtsbescherming dat lidstaten in elk geval een aantal remedies op nationaal niveau beschikbaar moeten hebben. De jurisprudentie van het Hof van Justitie biedt daarvoor een aantal aanknopingspunten. Ik loop de remedies kort na, zij het dat ik een wat andere categorisering kies dan Van Gerven deed.

7.2.5.4 Welke remedies moeten beschikbaar zijn?

Procedurele autonomie betekent al lang niet meer dat de lidstaten in het geheel kunnen bepalen welke remedies zij faciliteren. Op sommige punten komt hen op dat punt nog wel wat vrijheid toe. De zaak *Unibet* illustreert dat.[139] Zoals gezegd vond het Hof het in dat arrest niet nodig uit het beginsel van effectieve rechtsbescherming de verplichting tot een rechtstreekse actie tegen wettelijke voorschriften af te leiden. Toch laat de rechtspraak van het Hof van Justitie zien dat er remedies zijn die in elk geval niet mogen ontbreken. Wanneer zulke remedies in het nationale procesrecht onbekend zijn, dan zal het moeten worden gewijzigd of zal de desbetreffende remedie direct op het Unierecht

139 HvJEG 13 maart 2007, C-432/05, *Jur.* 2007, p. I-2271.

moeten worden gebaseerd.[140] De vormgeving en regulering van die remedies is wel aan de lidstaten, zij het onder de controle van de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. In het geheel ontbreken mogen zij echter niet. Welke remedies zijn dat?

Constitutionele remedies (in enge zin) verplicht

Een directe actie tegen wetgeving is dan niet vereist, wetgeving mag – in de eerste plaats – zeker niet immuun zijn voor rechterlijke toetsing. Particulieren moeten op de onrechtmatigheid van deze voorschriften wegens strijd met Unierecht een beroep kunnen doen en dat beroep moet tenminste bij wijze van exceptie kunnen worden ingeroepen. Zoals hiervoor al uitgebreid aan de orde kwam, moet de rechter dan in de eerste plaats de bevoegdheid hebben het voorschrift zonodig buiten toepassing te laten.[141] De Nederlandse rechter heeft deze bevoegdheid ex artikel 94 Grondwet, maar hij verkiest de bevoegdheid rechtstreeks te baseren op het *Simmenthal*-mandaat.[142] In paragraaf 3.2.2 zagen we dat het niet nodig (maar ook niet verboden) is dat de nationale rechter het nationale recht in een dergelijk geval onverbindend of nietig verklaart.[143]

Effectieve rechtsbescherming kan ook bereikt worden door het, met het Unierecht strijdige, voorschrift conform uit te leggen. Ook deze remedie behoort daarom, in de ogen van het Hof van Justitie, in de gereedschapskist van de nationale rechter. De nationale rechter is dan ook in de eerste plaats verplicht te onderzoeken of het mogelijk is een *prima facie* strijdig voorschrift conform te interpreteren. Het Hof knoopte deze verplichting in *Von Colson & Kamann* op aan het beginsel van loyale samenwerking.[144] In latere rechtspraak sprak het Hof over iets dat 'inherent aan het systeem van het Verdrag' is.[145] Tegenwoordig lijkt het Hof de plicht tot conforme interpretatie boven-

140 Dat laatste is bijvoorbeeld het geval m.b.t. tot *Francovich*-aansprakelijkheid in Duitsland. Volgens vaste zij het bekritiseerde rechtspraak van het BGH is dat een zelfstandige grondslag voor aansprakelijkheid. Zij staat los van de nationale overheidsaansprakelijkheid, de *Amtshaftung*. Zie BGH 14 december 2000, *NJW* 2001, 1865; BGH 9 oktober 2003, *NJW* 2004, 1241; BGH 20 januari 2005, *NJW* 2005, 742. In Nederland ligt dat anders. Zie Meijer 2007, p. 77-82.

141 HvJEG 9 maart 1978, Zaak 106/77, *Jur.* 1978, p. 629 (*Simmenthal*). De plicht geldt overigens ook voor bestuursorganen, maar daar ga ik verder niet op in. Zie nader: Verhoeven 2011, m.n. hst 3. Verhoeven ziet het voorrangsbeginsel overigens als basis voor de bestuurlijke remedie. Zie p. 90.

142 In hoofdstuk 3 betoogde ik reeds dat dit niet per se nodig is. Unierechtconforme uitleg van de toepassingsvoorwaarden van art. 94 Gw was n.m.m. voldoende geweest.

143 Vgl. HvJEG 4 april 1968, Zaak 34/67, *Jur.* 1968, p. 346 (*Lück*); HvJEG 22 oktober 1998, Gevoegde zaken C-10, 22/97, *Jur.* 1998, p. I-6307 (*IN.CO.GE'90),* r.o. 21.

144 HvJEG 10 april 1984, Zaak 14/83, *Jur.* 1984, p. 1891, r.o. 26.

145 HvJEG 5 oktober 2004, C-397-403/01, *Jur.* 2004, p. I-8835 (*Pfeiffer e.a. t. Deutsches Rotes Kreuz*), r.o. 114.

dien te verbinden met de taak van de nationale rechter om burgers rechtsbescherming te verlenen.[146]

Op verschillende plaatsen in dit boek kwam al aan de orde dat met het buiten toepassing laten van een voorschrift de benodigde rechtsbescherming lang niet altijd is gegeven. Soms is buiten toepassing laten zelfs niet mogelijk, bijvoorbeeld omdat er niets *is* om buiten toepassing te laten. In een dergelijk geval moet het interpretatieve mandaat van de rechter uitkomst bieden. De rechter bereikt dan langs de positieve weg wat hij langs de weg van de negatieve rechtsvorming niet kon bereiken. Men denke in dat verband aan het inlezen van een ten onrechte benadeelde groep in een begunstigende regeling. De verplichting tot conforme interpretatie is dan ook geen aardigheidje: zij is van essentieel belang. Volgens sommige auteurs hebben nationale rechters en het Hof van Justitie zelfs een voorkeur voor conforme interpretatie boven buiten toepassing laten, waar beide remedies mogelijk zijn.[147] Dat is mogelijk. Ik heb dat niet empirisch of kwalitatief onderzocht.[148] Ondanks dit grote belang is de plicht tot conforme interpretatie echter niet onbeperkt.

Toch is de plicht tot conforme interpretatie niet absoluut. Het Hof van Justitie spoort de nationale rechter aan om ten volle van zijn mandaat gebruik te maken, niet om het te overschrijden. In dat verband heet het wel dat de nationale rechter van het Hof niet *contra legem* te werk hoeft te gaan.[149] Ik stipte deze kwestie al even aan in hoofdstuk 3. Het begrip *contra legem* lijkt mij problematisch. Interpretatie wil immers zeggen dat de rechter vaststelt wat *legem* ís. Wanneer is een uitleg dan contra *legem*? Als de wetsgeschiedenis zich vrij duidelijk tegen de interpretatie van de rechter verzet? Nee, aldus het Hof van Justitie. Conforme interpretatie gaat zonodig voorbij aan wetshistorische interpretatie.[150] De tekst van het voorschrift dan? Ik denk inderdaad dat het daar doorgaans over gaat: *contra legem* zou te zeer voorbij gaan aan

146 HvJEU 5 oktober 2004, C-397-403/01, *Jur.* 2004, p. I-8835 (*Pfeiffer e.a.*), §111-112. Zie ook HvJEU 13 maart 2007, C-432/05, *Jur.* 2007, p. I-2271 (*Unibet*), §44. Zie ook Prechal 2005, p. 181.

147 Vgl. Jans e.a. 2007, p. 107.

148 Verstandig zou dat m.i. overigens niet altijd zijn. Conforme interpretatie suggereert een constitutionele veiligheid die er niet altijd is. Zoals de beschrijving van de toetsingspraktijk van de Britse rechter hierna illustreert, kan rechtsvorming via conforme interpretatie soms veel verder gaan dan rechtsvorming over de band van het buiten toepassing laten van een voorschrift. Als conforme interpretatie hoffelijker is jegens de wetgever, dan is het – kortom – niet altijd de hoffelijkheid waar de wetgever op zou moeten zitten wachten. Zie in dat verband ook de commotie in de Nederlandse juridische literatuur toen het Hof van Justitie, in de zaak *Sturgeon*, Verordening EG 261/2004 (m.b.t. passagiersrechten in de luchtvaartindustrie) conform het gelijkheidsbeginsel interpreteerde. Mok bijvoorbeeld, vond dat het Hof de verordening beter nietig had kunnen verklaren. Zie Mok 2010.

149 HvJEU 16 juni 2005, C-105/03, *Jur.* 2005, p. I-5285 (*Pupino*), §44, 47; Zie voorts: HvJEU 4 juli 2006, C-212/04, *Jur.* 2006, p. I-6057 (*Konstantinos Adeneler*), §110.

150 HvJEU 29 april 2004, C-371/02, *Jur.* 2004, p. I-5791 (*Björnekulla Fruktindustrier AB*), §13.

de 'letterlijke betekenis' van de tekst.[151] In hoofdstuk 3 betoogde ik echter dat in elk geval voor de Nederlandse rechter de tekst van het voorschrift niet exclusief beslissend is.[152] De grenzen van interpretatie zijn niet zozeer grammaticaal als wel institutioneel bepaald. Het uitgangspunt van het Hof van Justitie, dat hij niet van de nationale rechter vraagt om zijn mandaat te verlaten, moet – meen ik – dan ook zo worden opgevat.[153]

Procesrechtelijke remedies: beperkt keuzemodel

De constitutionele remedies in enge zin (buiten toepassing laten en conforme interpretatie) waarborgen dat het rechtsvindingsproces in de verschillende lidstaten naar hetzelfde resultaat leidt. Deze remedies leiden ertoe dat de nationale rechter op Unierechtconforme wijze van zijn uitspraakbevoegdheden gebruik kan maken. Over welke uitspraakbevoegdheden hij vervolgens beschikt is een kwestie van de lidstaat: vernietiging, nietigverklaring, bevelen, geboden of verklaringen voor recht: ze zijn een kwestie van nationale procedurele autonomie mits het Unierecht op dat punt gelijkwaardig wordt behandeld en niet onmogelijk wordt gemaakt.

Toch wijst het Hof een paar procesrechtelijke remedies aan als essentieel. Dat is in de eerste plaats de mogelijkheid van een financiële vergoeding, hetzij in de vorm van schadevergoeding hetzij in de vorm van restitutie.[154] De keuze voor het Hof om dat te doen hangt samen met de beperkte mogelijkheden die de voorrangsregel en conforme interpretatie soms hebben. Voor het vaststellen van aansprakelijkheid en een schadeplicht is niet *per se* nodig dat de Unierechtelijke bepaling directe werking heeft (in substitutieve zin, wat Prechal noemt: *the obligation to apply II*). De vaststelling dat de lidstaat een norm heeft overtreden, niet goed heeft toegepast of ten onrechte niet heeft geïmplementeerd, is van een andere orde dan het vaststellen van wat dan in een concrete zaak rechtens moet zijn. Staatsaansprakelijkheid dus, als smeerolie tussen de verschillende remedies.

Tot slot, voor de thematiek waarover ik het hier heb is dat minder relevant, vereist het Hof sinds *Factortame* bovendien dat de nationale rechter een norm bij wege van voorlopige voorziening kan opschorten.[155] Ik ga verder niet op die kwestie in.

---

151 Vgl. Allan 2003, die betoogt dat zo'n letterlijke betekenis in de context van wetsinterpretatie niet goed voorstelbaar is.

152 Zie voor medestanders: De Lange 1991, p. 210-211; Prechal 2005, p. 207.

153 Zo ook: Prechal 2005, p. 198-203.

154 Vgl. resp. HvJEG 19 november 1991, C-6/90, 9/90, *Jur.* 1991, p. I-5357 (*Francovich & Bonifaci*) en HvJEG 5 maart 1996, C-46-48/93, *Jur.* 1996, p. I-1029 (*Brasserie du Pêcheur*) m.b.t. schadevergoeding, en HvJEG 2 december 1997, C-188/95, *Jur.* 1997, p. I-6783 (*Fantask*) m.b.t. restitutie.

155 HvJEG 19 juni 1990, C-213/89, *Jur.* 1990, p. I-2433.

7.2.6 Resumerend

Ik heb in deze paragraaf een schets willen geven van de belangrijkste beginselen die het krachtenveld bepalen waarin het Unierecht in de rechtsorde van de lidstaten doorwerkt. Die schets dient als decor voor het beantwoorden, in de volgende paragraaf, van de vraag of het ook mogelijk is om tijdelijk in het geheel niet in een (bepaalde) remedie te voorzien.

Misschien wel het belangrijkste uitgangspunt van de Unie, is dat haar recht direct en met voorrang in de rechtsorde van de lidstaten doorwerkt. We zagen dat er discussie is over de vraag hoe voorrang en directe werking moeten worden afgebakend en gedefinieerd. Ik koos ervoor om directe werking te beschouwen als een kwestie van, om het met een in Europa ingeburgerde Amerikaanse term te zeggen, *justiciability*. Het Unierecht heeft zonder enige vorm van omzetting gelding in het nationale recht, maar wil de rechter het kunnen toepassen, dan zal de Unierechtelijke bepaling in kwestie zich daarvoor moeten lenen.

Dat roept de vraag op wat onder 'toepassen' door de rechter moet worden verstaan. Ik maakte in dat verband onderscheid tussen de toepassing van een rechtsregel als maatstaf voor toetsing van een nationaal voorschrift, als basis voor het buiten toepassing laten van dat voorschrift, als mogelijk alternatief voor het buiten toepassing gelaten voorschrift en als inspiratiebron voor een mogelijke conforme interpretatie. Een norm heeft directe werking, zo concludeerde ik, als hij in staat is om als maatstaf te dienen voor toetsing. Wat er na die toetsing gebeurt is een kwestie van voorrang.

Ook met betrekking tot het voorrangsbeginsel constateerde ik debat. Ik koos ervoor om voorrang ruimer te definiëren dan zuiver als een conflictregel. Uit het voorrangsbeginsel vloeit een reeks verplichtingen voort, zoals de plicht tot buiten toepassing laten van strijdig nationaal recht, tot conforme interpretatie, en tot het vergoeden van schade die burgers lijden als gevolg van inbreuken op het Unierecht. Voorrang is zo de paraplu van één Europees stelsel van rechtsbescherming.

Voor het effectueren van de voorrang en de directe werking van het Unierecht zijn nationale procedures nodig. De lidstaten genieten in dat verband procedurele autonomie. Deze autonomie houdt in dat zij zelf bepalen hoe zij hun, mede voor de handhaving van het Unierecht gebruikte, procesrecht vormgeven. Die autonomie wordt beperkt door de eisen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Daarnaast veronderstelt het Unierecht, op basis van het beginsel van effectieve rechtsbescherming, tenminste het bestaan van een aantal specifieke remedies. Het Hof van Justitie probeert op deze wijze de effectiviteit van het Unierecht te bewaken zonder te zeer in te grijpen in de autonomie van de lidstaten. Een dergelijk spanningsveld levert echter onherroepelijk vragen op. In de volgende paragraaf ga ik op twee van die vragen in.

7.3 DE *TERME DE GRÂCE* IN HET UNIERECHT

7.3.1 Inleiding

Het zou een vraag kunnen zijn op het theorie-examen rechterlijke rijvaardigheid:

> 'U ziet af van een remedie. Mag dat?'

Die vraag staat in deze paragraaf centraal. In de vorige heb ik de uitgangspunten geschetst. Ik pas die uitgangspunten nu toe op de *terme de grâce* zoals ik die in deel I definieerde. De Nederlandse rechter abstineert dan, in de zin dat hij de strijd tussen de wettelijke regeling en het grondrecht in kwestie erkent, maar hij laat het aan de wetgever over om daar iets aan te doen. In de tussentijd past hij de gewraakte regeling gewoon toe.[156] Uit de analyse in deel I bleek dat hij dat, grofweg, ófwel doet om strijd met een ander grondrecht of een rechtsbeginsel te vermijden, ofwel omdat hij vreest voor de goede verhoudingen binnen de *Trias politica*.

In de klassieke verschijningsvorm van de *terme de grâce*, zoals ik die in hoofdstuk 4 schetste, weigert de rechter het normconflict zelf op te lossen door de wettelijke regeling buiten toepassing te laten of verdragsconform te interpreteren. Zijn weigering is niet ingegeven door het gegeven dat hij, in algemene zin, niet *bevoegd* is om zich van zulke remedies te bedienen, maar dat het in strijd komt met de *Trias politica* om dat in dit specifieke geval te doen.[157] Het inzetten van één van beide remedies, zou hem op het terrein van de wetgever brengen.

Een eerste vraag die rijst is, welk toetsingskader op een kwestie als deze van toepassing is. Moet zij worden begrepen als een kwestie van rechtsherstel, en dus van procedurele autonomie, of gaat het hier om het effectueren van de voorrangsregel zoals die centraal stond in *Simmenthal*?[158] Deze kwestie staat centraal in paragraaf 7.3.2. Ik betoog dat het, op een enkele uitzondering na, gaat om de 'harde' lijn van *Simmenthal*. Vervolgens bezie ik of deze doctrine ruimte laat voor een *terme de grâce* (7.3.3) en zo ja, onder welke omstandigheden die ruimte er zou zijn (7.3.4).

---

156 Zogenaamd 'impliciet abstineren', d.w.z. de strijd niet onderzoeken omdat de rechter er tóch niets aan zou kunnen doen kwam in het verleden ook voor. Ik ga niet op die kwestie in. De Nederlandse rechter gebruikte daarvoor het instrument van de (relatieve) een ieder verbindendheid. Die voorwaarde is niet van toepassing op het Unierecht, waar uiteindelijk het Hof van Justitie beslist over de directe werking van Unierechtelijke bepalingen. In de tweede plaats is de praktijk, een enkele uitzondering daargelaten, reeds geruime tijd verlaten. Zie hoofdstuk 4.

157 Martens 2000a vond dat een kwestie van *beleid en niet van bevoegdheid*. Anders: Bovend'Eert 2009 die de kwestie wel in de sleutel van bevoegdheden plaatst. Zie nader hst. 4.

158 HvJEG 9 maart 1978, Zaak 106/77, *Jur.* 1978, p. 629 (*Simmenthal*).

7.3.2 Het kader: *Rewe* of *Simmenthal*?

De vraag of het de rechter is toegestaan om het oplossen van een normconflict, bij wijze van uitzondering, over te laten aan de wetgever komt uiteindelijk neer op een afweging van belangen. Het belang van de particulier bij effectieve rechtsbescherming moet worden afgewogen tegen de belangen waarop de staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid gebaseerd is. Dat sluit aan bij de wijze waarop de Hoge Raad de kwestie benadert als het gaat om de toetsing aan de mensenrechtenverdragen. Het sluit ook aan bij de, in de vorige paragraaf besproken, procedurele *rule of reason*, die immers ook een belangenafweging veronderstelt. Het maakt daarbij echter nogal uit wat de insteek van een dergelijke afweging is.

Men kan de afweging plaatsen in de sleutel van de procedurele autonomie: mits de nationale rechter het Unierecht niet ongunstiger behandelt dan, in dit geval, de mensenrechtenverdragen, wordt de nationale machtsbalans gerespecteerd tenzij deze de werking van het Unierecht vrijwel onmogelijk of excessief lastig maakt. Voor de lidstaat is het in zo'n geval voetballen op eigen helft.[159] Plaatst men de kwestie daarentegen in de mal van voorrang en effectieve rechtsbescherming, dan is het precies omgekeerd. De rechter heeft immers het nationale recht buiten toepassing te laten. Wijkt hij van die regel af, dan heeft hij wat uit te leggen. De rechtspraak van het Hof van Justitie laat zien dat men daar niet snel onder de indruk is van constitutionele gevoeligheden.

Welke aanvliegroute ligt dus het meest voor de hand? Ik bespreek eerst de theorie en ga dan op de rechtspraak in.

7.3.2.1 De theorie

Hiervoor sprak ik van drie benaderingen om zo'n kwestie op te lossen.[160]

De eerste benadering zou zijn de kwestie te construeren langs de lijnen van het onderscheid tussen directe en indirecte normcollisies. In de Duitse literatuur is het onderscheid weleens gebruikt om het tijdelijke niet-effectueren van het Unierecht in de nationale rechtsorde theoretisch te onderbouwen.[161] De gedachte kan dan zijn dat de regel die de rechter ervan weerhoudt om in de remedie te voorzien, zelf een regel van procesrecht is. Die redenering lijkt mij behoorlijk geforceerd. Niet zozeer omdat staatsrechtelijke grenzen aan de bevoegdheid van de rechter niet in de sleutel van het procesrecht zouden kunnen worden geplaatst, maar wel hetzelfde dan gezegd zou kunnen worden van de Britse regel dat *Acts of Parliament* niet door de rechter kunnen worden getoetst. Vat men uitzonderingen op de conflictregel van het *Simmen-*

159 De speelhelften-beeldspraak 'leende' ik van Boogaard (2013, p. 239).

160 Zie §7.2.5.3.

161 Zie Ehlers & Eggert 2008, p. 586, die daar evenwel uitgesproken kritisch over zijn. Tevens: Kadelbach 1999, p. 26.

thal-arrest op als indirecte normcollisies, dan is, met andere woorden, de boot aan.[162]

Het gaat bij het onderscheid tussen directe en indirecte normcollisies denk ik dan ook niet om de collisieregel zélf. Die doet in het proces van rechtsvinding haar werk. Dat zet de deur open naar de Unierechtconforme toepassing van de rechterlijke uitspraakbevoegdheden. In de woorden van Van Gerven: ze zijn constitutief voor de (procesrechtelijke) remedies.[163] Indirecte normcollisies doen zich daarentegen niet voor in het proces van rechtsvinding maar in de fasen ervoor en erna. Het gaat dan bijvoorbeeld om de toegang van het individu tot de rechter om de (directe) normcollisie aan de orde te stellen. En ook als de rechter een wettelijke norm buiten toepassing laat omdat de daarin opgenomen verplichting onverenigbaar was met het Unierecht, kan die verplichting doorleven in de formele rechtskracht van een, op die norm gebaseerde, beschikking.[164] Het ligt kortom niet voor de hand aan te nemen dat het bij het nuanceren van de voorrangsregel zélf, gaat om een indirecte normcollisie en daarmee om nationale procedurele autonomie.

De functionele benadering van Van Gerven lijkt dan eerder zinvol.[165] Voor de modaliteiten van de constitutionele remedies in eigenlijke zin (met name buiten toepassing laten) is uniformiteit van essentieel belang. Voor nationale inbreng is dan maar beperkt ruimte. Dat sluit ook aan bij de derde benadering, die institutioneel werd ingevuld. Het relevante criterium is dan of de voorrang, en de effectieve bescherming van individuele Unierechten, zodanig ernstig onder druk zouden komen te staan dat een nationale praktijk, om onder Amerikaanse juristen populaire terminologie te lenen, 'prophylactisch' tegemoet moet worden getreden. Met een Europeesrechtelijke atoombom dus.[166] Ook deze benadering treft men aan bij Duitse auteurs. Zo is wel betoogd dat een (temporele) uitzondering op de voorrangsregel de effectiviteit van het Unierecht ernstig in gevaar kan brengen.[167] Procedurele autonomie ligt dan niet voor de hand. Zeker niet omdat het in sommige gevallen niet

---

162 Meer perspectief biedt een indirect gebruik van de doctrine: uit het feit dat voorrang bij indirecte normcollisies niet steeds prevaleert, is wel geconcludeerd dat de Unierechtelijke voorrang meer het karakter van een beginsel dan van een absolute regel draagt. Dat zou temporele uitzonderingen op de regel mogelijk maken. Zie de in de vorige voetnoot genoemde auteurs. Dát betoog lijkt mij wel serieus te nemen, maar het heeft enkel betrekking op de reikwijdte van de *Simmenthal*-rechtspraak.

163 Van Gerven 2000.

164 Niedobitek 2001, p. 78.

165 Van Gerven 2000.

166 Onder een prophylactische remedie wordt in de Geneeskunde en in het Amerikaanse staatsrecht verstaan, dat het medicijn niet alleen het probleem aanpakt, maar ook de gezonde (of rechtmatige) elementen. Het is dus een beetje als het gooien van een atoombom op een stad waarin een gevaarlijke epidemie is uitgebroken. De gevaarlijke bacterie is dood, maar hij is niet de enige. Zie over *prophylactic remedies* in het Amerikaanse staatsrecht: Fallon & Meltzer 1991; Thomas 2002.

167 De eigen benadering van Ehlers & Eggert 2008 gaat in deze richting.

alleen gaat om de negatieve actie van het buiten toepassing laten van een voorschrift, maar soms ook nodig is dat van de nationale rechter positieve rechtsvorming gevraagd wordt. Even gesteld dat het Unierecht zo ver gaat, dan is het lastig om zulke *empowerment* te baseren op de nuchtere *Rewe*-test. Dan ligt de robuuste lijn meer voor de hand.

7.3.2.2 De rechtspraak: contrast tussen twee zaken

In de rechtspraak komt de *terme de grâce* niet zo vaak voor. Als die kwestie aan de orde komt, dan maakt het nogal uit hoe het Hof en de verwijzende rechter het probleem definiëren. Dogmatische benaderingen lopen dan al snel averij op. Laat ik dat illustreren aan de hand van twee arresten: *Eman & Sevinger t. College van B& W Den Haag* en *Winner Wetten t. Bürgemeisterin der Stadt Bergheim*.[168]

In *Eman & Sevinger* gaat het Hof voor het anker van de gecontroleerde procedurele autonomie liggen.[169] In deze zaak draait het, kortgezegd, om de uitsluiting van Caraïbische Nederlanders van het kiesrecht voor het Europees Parlement. Die uitsluiting was niet langs de lijnen van nationaliteit vormgegeven. In plaats daarvan gold de, wat ingewikkelde, regeling dat alle Nederlanders die níet op Aruba en de Antillen verbleven of die tenminste tien jaar in Nederland hadden gewoond, het kiesrecht hadden. Het kwam er dus op neer dat een Nederlander in Trinidad & Tobago wél kiesrecht had, maar een Nederlander in Aruba niet. Tenzij hij zijn halve jeugd in Nederland had gewoond. Eman en Sevinger, twee Arubaanse politici, kwamen daartegen op. Zij verzochten B&W van Den Haag, zonder succes, om registratie als kiezer voor het Europees Parlement. De kwestie gaat vervolgens naar de Afdeling Bestuursrechtspraak, alwaar een beroep wordt gedaan op het Unierecht.

In antwoord op prejudiciële vragen van de Afdeling wil het Hof van Justitie wel kwijt dat het de regeling in strijd acht met het communautaire gelijkheidsbeginsel. Nederland mag het kiesrecht beperken tot ingezetenen, maar dan moet het wel consequent zijn. De Afdeling had dat wel zien aankomen, en stelt een laatste vraag over het te bieden rechtsherstel. Wat moet de Nederlandse rechter als het Hof tot het inzicht mocht komen dat sprake is van strijd met het Gemeenschapsrecht? Zoals gezegd plaatst het Hof een en ander in de sleutel van de procedurele autonomie:

> 'Bij gebreke van een communautaire regeling (…) is het dus een aangelegenheid van de rechtsorde van elke lidstaat om (…) de procesregels te geven voor de

168 HvJEG 12 december 2006, C-300/04, *Jur.* 2006, p. I-8055 (*Eman & Sevinger*); HvJEU 8 september 2010, C-409/06, *JB* 2010/247 m.nt. Uzman (*Winner Wetten*).

169 Met gecontroleerde procedurele autonomie, bedoel ik dat het *Rewe*-kader wordt aangevuld met een aantal minimuremedies zoals *Francovich*-aansprakelijkheid en de voorlopige voorziening.

> rechtsvorderingen met het oog op de bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontlenen, voor zover die regels enerzijds niet ongunstiger zijn dan die welke gelden voor rechten die op de interne rechtsorde zijn gebaseerd (gelijkwaardigheidsbeginsel) en anderzijds niet van dien aard zijn dat zij de uitoefening van de door het gemeenschapsrecht verleende rechten in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheidsbeginsel).
>
> Ook een eventueel rechtsherstel voor degene die vanwege een met het gemeenschapsrecht strijdig nationaal voorschrift niet kon worden geregistreerd als kiesgerechtigde (…), moet overeenkomstig de voorwaarden en regels van het nationale recht plaatsvinden, met dien verstande dat deze voorwaarden en regels het gelijkwaardigheids- en het doeltreffendheidsbeginsel moeten eerbiedigen (…). Om te beoordelen welk rechtsherstel passend is, is het nuttig dat de nationale rechter kijkt naar de wijze waarop het rechtsherstel is geregeld in geval van schending van de nationale regels in het kader van verkiezingen voor organen van de lidstaat'.[170]

Het Hof kaatst de bal dus terug naar de Afdeling: 'wat zou je zelf doen?'. Dan weet men het wel in Nederland: voorlopig even niets.[171] De onrechtmatigheid van het voorschrift is immers gelegen in een schending van het gelijkheidsbeginsel en uit het arrest van het Hof blijkt dat Nederland verschillende mogelijkheden heeft bij het vormgeven van een nieuwe regeling. Een aantal jaren eerder had de Afdeling in een dergelijk geval, ook met betrekking tot het kiesrecht, het beroep nog ongegrond verklaard omdat zij het haar taak te buiten vond gaan om een oplossing voor de kwestie te bedenken.[172] Het Hof geeft de Afdeling wel een benedengrens mee:

> 'In deze context zij bovendien in herinnering gebracht dat het beginsel dat een lidstaat aansprakelijk is voor schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het gemeenschapsrecht die hem kunnen worden toegerekend, inherent is aan het systeem van het Verdrag en dat een lidstaat aldus de geleden schade moet vergoeden wanneer de geschonden rechtsregel ertoe strekt particulieren rechten toe te kennen, er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending en er een rechtstreeks causaal verband bestaat tussen de schending van de op de staat rustende verplichting en de door de betrokkenen geleden schade (…), wat evenwel niet uitsluit dat naar nationaal recht de staat onder minder beperkende voorwaarden aansprakelijk kan zijn (…)'.[173]

---

170 HvJEG 12 december 2006, C-300/04, *Jur.* 2006, p. I-8055 (*Eman & Sevinger*), r.o. 67-68.
171 Zie hst. 4.
172 ABRvS 19 oktober 2003, *AB* 2003/463 m.nt. PJS (*Kiesrecht Martijn*), r.o. 2.6.3.
173 *Ibid.*, r.o. 69.

Helemaal afzijdig mag de Nederlandse rechter zich niet houden. Hij moet tenminste onderzoeken of in dit geval schadevergoeding mogelijk is.[174] Dat laat onverlet dat het primaat bij de Nederlandse rechter ligt. Hij moet zelf onderzoeken of zijn gebruikelijke methode, de kwestie overlaten aan de wetgever, de handhaving van het Unierecht onmogelijk of bijzonder lastig maakt. Komt hij tot de conclusie dat dit niet zo is dan kan hij, afgezien van de kwestie van de schadevergoeding, de wetgever inderdaad een *terme de grâce* gunnen.

Een heel andere benadering kiest het Hof in *Winner Wetten*.[175] Hier plaatst men de, door de Duitse rechter voorgestelde, *terme de grâce* in de sleutel van de *Simmenthal*-verplichting om de voorrang van het Unierecht te effectueren.[176]

Winner Wetten is een Duits vervolg op eerdere rechtspraak waarin het Hof van Justitie het staatsmonopolie op *bookmaking* aan de kaak stelde.[177] Zo'n staatsmonopolie was alleen EG-*proof* wanneer een coherent en stelselmatig antigokbeleid werd gevoerd. De rechtspraak veroorzaakte een stevige rimpeling in de Europese vijver. In diverse landen, waaronder Nederland en Duitsland, procedeerden gokexploitanten om een legale plek op de markt. In Duitsland ging dat niet alleen over de band van het Unierecht. Daar werd ook het *Grundgesetz* ingeroepen. Het BVerfG, ongetwijfeld bang, links door het Hof van Justitie te worden ingehaald, meldde dat het Unierecht en het *Grundgesetz* in wezen dezelfde bescherming beoogden en verklaarde de wetgeving van twee deelstaten ongrondwettig.[178] Nietigheid was echter een brug te ver. Het BVerfG overwoog:

> 'Steht eine gesetzliche Regelung mit dem Grundgesetz nicht in Einklang, hat der Gesetzgeber aber mehrere Möglichkeiten, den Verfassungsverstoß zu beseitigen, trägt das Bundesverfassungsgericht dem regelmäßig in der Weise Rechnung, dass es die Regelung nur für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt (…). Das ist auch hier geboten. (…) Während der Übergangszeit bis zu einer gesetzlichen Neuregelung bleibt die bisherige Rechtslage mit der Maßgabe anwendbar, dass der Freistaat Bayern unverzüglich ein Mindestmaß an Konsistenz zwischen dem Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und der Bekämpfung der Wettsucht einerseits und der tatsächlichen Ausübung seines Monopols andererseits herzustellen hat'.

174 De Afdeling maakt dat ook mogelijk. Zij vernietigt de beschikking en draagt het bestuursorgaan op te onderzoeken op welke wijze kan worden voorzien in rechtsherstel. Via openbare bronnen is niet te achterhalen hoe de kwestie is afgelopen. Zie ABRvS 21 november 2006, *AB* 2007/80 m.nt. PAS, *NJCM-Bulletin* 2007, p. 635-645 m.nt. Uzman (*Eman & Sevinger*).

175 HvJEU 8 september 2010, C-409/06, *JB* 2010/247 m.nt. Uzman (*Winner Wetten*).

176 Vgl. in dat verband Van der Hulle & Van der Hulle 2012.

177 Vgl. HvJEG 6 november 2003, C-243/01, *Jur.* p. I-1301 (*Gambelli*).

178 BVerfG 28 maart 2006, *BVerfGE* 115, 276 (*Staatslotteriegesetz I*).

Nu er diverse manieren zijn om aan de grondwettelijke bezwaren tegemoet te komen, moet de keuze daartussen, aldus het BVerfG, aan de wetgever worden overgelaten. Het zegt het niet in deze uitspraak, maar het is vaste rechtspraak en het ligt ook wel voor de hand.[179] De ongrondwettige voorschriften blijven bovendien tijdelijk toepasbaar, zij het dat de staat onmiddellijk moet beginnen met een consequent antigokbeleid. Voor de gokexploitanten is het een pyrrusoverwinning.

Eén van die exploitanten, *Winner Wetten*, beroept zich bij de bestuursrechter in Keulen op het Unierecht. Deze bestuursrechter legt het Hof van Justitie de vraag voor: wat nu te doen? Het Constitutionele Hof acht de wetgeving, hoewel ongrondwettig, nog toepasbaar. Moet de bestuursrechter de wetgeving nu, op grond van zijn Europese mandaat, alsnog buiten toepassing laten in de zaak van Winner Wetten? Hij wijst er op dat dit nadelige effecten zou hebben voor de bestrijding van gokverslaving, en daarmee in brede zin de volksgezondheid. Mag de kansspelwetgeving niet, 'ondanks de principiële voorrang van het rechtstreeks toepasselijk gemeenschapsrecht, bij uitzondering gedurende een overgangsperiode worden toegepast?'[180]

Nu de verwijzende rechter en het BVerfG al zo nadrukkelijk op het punt van de toepasselijkheid van de problematische voorschriften gaat zitten, is het niet verwonderlijk dat ook het Hof van Justitie de kwestie benadert vanuit het perspectief van de *Simmenthal*-doctrine. Het gaat niet om de vraag hoe het rechtsherstel voor Winner Wetten er uit moet zien, maar om een normconflict tussen een materiële nationale norm en een materiële Europese norm. Dan geldt de voorrangsregel. De enige vraag is dan nog of daarop ook een uitzondering kan worden aanvaard. Onder verwijzing naar *Simmenthal* en *Factortame*, merkt het Hof op:

> 'Om te beginnen zij herinnerd aan de vaste rechtspraak dat de verdragsbepalingen en de rechtstreeks toepasselijke handelingen van de instellingen krachtens het beginsel van de voorrang van het recht van de Unie in hun verhouding tot het nationale recht van de lidstaten tot gevolg hebben dat zij door het loutere feit van hun inwerkingtreding elke strijdige bepaling van de nationale wetgeving van rechtswege buiten toepassing doen treden (…). Uit het voorgaande volgt dat met de vereisten die in de eigen aard van het recht van de Unie besloten liggen, onverenigbaar is elke bepaling van een nationale rechtsorde of elke wetgevende, bestuurlijke of rechterlijke praktijk die ertoe zou leiden dat aan de werking van het recht van de Unie wordt afgedaan, doordat aan de rechter die bevoegd is om dit recht toe te passen, de bevoegdheid wordt ontzegd, daarbij terstond al het nodige te doen om de nationale wettelijke bepalingen die de volle werking van de rechtstreeks toepasselijke regels van het recht van de Unie zouden kunnen verhinderen, ter zijde te stellen'.[181]

179 Zie hst. 8 ('De constitutionele *terme de grâce* in Duitsland').
180 Vgl. *Winner Wetten*, r.o. 28.
181 *Winner Wetten*, r.o. 53, 56.

Het is bovendien niet enkel een kwestie van voorrang. Het Hof van Justitie brengt zelfs, in lijn met *Unibet*, het fundamentele recht op effectieve rechtsbescherming van de gokexploitant in stelling:

> 'Voorts zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak het beginsel van effectieve rechterlijke bescherming een algemeen beginsel van het recht van de Unie vormt, dat voortvloeit uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten, dat in de artikelen 6 en 13 [EVRM] is neergelegd en ook in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie opnieuw is bevestigd, en dat de rechterlijke instanties van de lidstaten ingevolge het in artikel 10 EG neergelegde samenwerkingsbeginsel de rechterlijke bescherming dienen te verzekeren van de rechten die de justitiabelen aan het recht van de Unie ontlenen'.[182]

Wat kan nu uit het samenspel tussen *Winner Wetten* en *Eman & Sevinger* worden afgeleid?

In de eerste plaats, dat het nogal uitmaakt hoe de verwijzende rechter de kwestie definieert. Hoewel er alle reden is, de beide zaken goed van elkaar te onderscheiden – ik kom daar zo nog op terug – komen ze in één opzicht wel heel erg dicht bij elkaar in de buurt. In beide gevallen staat de klager met lege handen, tenminste als de nationale rechter te werk zou gaan volgens de nationale praktijk. Dat de Afdeling van rechtsherstel spreekt, en de Keulse rechtbank van het nuanceren van de voorrangsregel is, hoewel niet helemaal, meer een dogmatische dan een praktische kwestie.

Dat gezegd hebbend, zijn er belangrijke verschillen.

Het belangrijkste verschil is wel de aard van de beide normconflicten. In *Winner Wetten* werd geprocedeerd om een bestuurlijke aanzegging onmiddellijk op te houden met het afsluiten van weddenschappen.[183] Met het buiten toepassing laten van de gokwetgeving verviel de grond onder dat bevel. Het bedrijf Winner Wetten had daarmee meteen een relatief adequate remedie.[184] In *Eman & Sevinger* liet de Afdeling de Kieswet, in de vervolguitspraak, ook buiten toepassing maar daarmee waren de beide appellanten nog niet direct

182 *Winner Wetten*, r.o. 58. Een persoonlijke noot terzijde. Het mag, in termen van retoriek, toch wel opvallend heten dat het Hof het beginsel van effectieve rechtsbescherming, en de artikelen 6 en 13 EVRM, niet noemt in *Eman & Sevinger*, waar het ging om twee individuen die zich beroepen op een, bij uitstek, klassiek grondrecht, terwijl het dat wél doet in zaken van gokexploitanten die zich in wezen op de economische Unievrijheden beroepen om geld te kunnen verdienen. Begrijp mij goed: aan het belang van die zaken en hun fundamentele karakter wil ik niet afdoen, maar het steekt wel wat merkwaardig af tegen de zakelijke toon in *Eman & Sevinger*.

183 VG Köln 21 september 2006, 1 K 5910/05 (*Winner Wetten I*).

184 Relatief, want er was in de tussentijd natuurlijk wel schade geleden. Alleen het Hof van Justitie deed al vier jaar over de zaak. De misgelopen inkomsten trachtte het bedrijf via de *Francovich*-aansprakelijkheid vergoed te krijgen. Dat mislukte evenwel. Het BGH meende dat de wetgever geen toerekenbare blaam trof: zie BGH 18 oktober 2012, *NJW* 2013, 168 (*Winner Wetten III*).

geholpen. Het werd weliswaar mogelijk voor de Afdeling om het beroep gegrond te verklaren en de weigering van B&W om tot registratie over te gaan te vernietigen, maar de verkiezingen hadden al plaatsgevonden. Het probleem in déze zaak was dus, hoe nu verder? Hoe konden de schadelijke gevolgen van het normconflict *uit het verleden* worden gerepareerd. Bij díe vraag, niet bij de vraag of het regime tijdelijk kan blijven bestaan, is het nationale stelsel leidend.

Dat in *Eman & Sevinger* niet het mandaat van de rechter om de Kieswet buiten toepassing te laten ter discussie stond, blijkt ook uit de wijze waarop de Afdeling de prejudiciële vraag stelt:

> 'Stelt het gemeenschapsrecht eisen aan de aard van het te bieden rechtsherstel, indien de nationale rechter (…) tot het oordeel komt dat registratie (…) voor de verkiezingen die op 10 juni 2004 zijn gehouden ten onrechte achterwege is gebleven?'.[185]

Voor het vaststellen dat Eman en Sevinger ten onrechte registratie als kiezer is geweigerd, is nodig dat de Afdeling haar *Simmenthal*-mandaat tot buiten toepassing laten uitoefent. Daarom gaat het haar dus niet. Het is niet haar bedoeling de voorrang van het Unierecht ter discussie te stellen. Ze wil alleen weten hoe de kwestie gerepareerd kan worden.[186]

Eman & Sevinger is een atypische zaak in de Nederlandse context. In de meeste geschillen zal buiten toepassing laten of verdragsconforme interpretatie wél een adequate remedie zijn. Ook in zulke gevallen wil de Nederlandse rechter daar liever niet aan, zo leerde de analyse in deel I. In zoverre werd de Afdeling eigenlijk wel een beetje gered door het feit dat zij geen einduitspraak meer kon doen voordat de verkiezingen waarover werd geprocedeerd hadden plaatsgevonden. Waren Eman en Sevinger jaren voor die verkiezingen met hun procedure begonnen, dan hadden zij tot die verkiezingen moeten worden toegelaten. Maar het is juist deze conclusie die de Nederlandse rechter in dit soort gevallen, gelet op zijn begrensde rechtsvormende taak, niet wil trekken. De Afdeling wilde dat ook in deze zaak overigens niet. Zelfs niet nadat al was vastgesteld dat registratie ten onrechte was geweigerd. Belangrijk

185 ABRvS 13 juli 2004, *JB* 2004/308 (*Arubaans kiesrecht*). Dit blijkt ook uit de motivering die de Afdeling aan de prejudiciële vraag ten grondslag legt, zie r.o. 2.11.

186 De vervolguitspraak roept wel verwarring op, waar de Afdeling de relevante bepalingen van de Kieswet eerst buiten toepassing laat, uitspreekt dat de weigering tot registratie vernietigd wordt, maar bij het rechtsherstel tóch uitspreekt dat het de rechtsvormende taak van rechter en bestuur te buiten gaat om vast te stellen of Eman en Sevinger, nu het 'slechts' om een schending van het gelijkheidsbeginsel ging, wel het kiesrecht toekomt. De wetgever kon de Kieswet immers ook zo wijzigen dat alleen ingezetenen van het Europese Nederland kiesrecht toekwam. Die overweging behoort n.m.m. zinloos te zijn. Vastgesteld is immers reeds dát de klagers kiesrecht hadden. Hoe dat bij volgende verkiezingen zit is een zaak voor de wetgever, maar daarover hoeft de Afdeling in de voorliggende zaak niets te zeggen. Zie ABRvS 21 november 2006, *AB* 2007/80 m.nt. PAS.

is echter dat de *typische terme de grâce* in Nederland wél ziet op de uitoefening van constitutionele remedies in eigenlijke zin (buiten toepassing laten en conforme interpretatie). In dat geval is, zo leert *Winner Wetten*, de *Simmenthal*-doctrine het relevante toetsingskader.[187]

7.3.2.3 Het toetsingskader geresumeerd

Ik besprak de vraag welk toetsingskader van toepassing is op de *terme de grâce*: het relatief flexibele *Rewe*-kader of de robuuste lijn die het Hof van Justitie volgde in *Simmenthal* en *Factortame*.

Ervan uitgaande dat het er bij de Nederlandse *terme de grâce* normaal gesproken om gaat dat de rechter de nationale voorschriften blijft toepassen, ondanks hun strijd met het Europese recht, ligt het voor de hand dat dan het *Simmenthal-mandaat* aan de orde is. Het Hof van Justitie maakte dat terecht duidelijk in het arrest *Winner Wetten*. De opvatting dat het bij een tijdelijk opschorten van de voorrangsregel omwille van constitutionele gevoeligheden, gaat om een indirecte normcollisie en dat de kwestie daarom moet worden bezien vanuit het perspectief van de eisen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid moet worden afgewezen.

De zaak *Eman & Sevinger* leek, vooral gelet op het feit dat de Raad van State in de vervolguitspraak de keuzeformule in stelling bracht, in een andere richting te wijzen. In dat arrest ging het echter niet om de toepasbaarheid van de Nederlandse Kieswet, maar om de reparatie van een schending uit het verleden. Op zo'n kwestie is inderdaad niet de voorrangsregel uit *Simmenthal* het toepasselijke kader, maar de eisen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.

187 HvJEU 28 februari 2012, C-41/11, *JB* 2012/99 m.nt. De Waele (*Inter-Environment Wallonie*) maakt dit niet anders. In dat arrest stond de vraag centraal of de Belgische Raad van State een (lagere) regeling ter uitvoering van de Nitraatrichtlijn moest vernietigen nu deze, in strijd met een andere (SMB-)richtlijn, niet aan een milieurapportage was onderworpen. De Belgische Raad van State vroeg zich, onder verwijzing naar *Winner Wetten*, af of men daar niet van kon afzien, nu daarmee afbreuk zou worden gedaan aan de Belgische verplichtingen onder de Nitraatrichtlijn. Het HvJEU maakt aan de kwestie van voorrang echter geen woorden vuil en benadert de kwestie vanuit de procedurele autonomie. Zoals A-G Kokott in haar conclusie, van 8 december 2011, terecht opmerkt, gaat het in deze zaak niet om strijd tussen twee materiële normen, maar om strijd tussen een materiële norm (de Belgische regeling) en een procedurenorm (de SMB-richtlijn). De schending van de SMB-richtlijn heeft reeds plaatsgevonden en wordt, door buiten toepassing laten, niet ongedaan gemaakt. De voorrangsregel was in dit arrest dus niet relevant. Ik laat de schending van procedurele normen door materiële nationale regelgeving hier verder buiten beschouwing. Met betrekking tot de toetsing van formele wetgeving aan grondrechten komt dat bij mijn weten niet voor.

7.3.3 Uitzonderingen op de voorrangsregel?

De *terme de grâce* moet dus in de eerste plaats worden beoordeeld in het licht van de voorrangsregel. Laat die voorrangsregel uitzonderingen toe?

Het antwoord van het Hof van Justitie op de principiële kwestie vinden we in elk handboek. Kan een nationale constitutionele regel of praktijk de voorrangsregel beperken? Nee, de voorrangsregel is absoluut.[188] *'Even the most minor piece of technical Community legislation ranks above the most cherished constitutional norm'* tekent Weatherill op.[189] Intussen spreekt artikel 4 lid 2 VEU van een verplichting voor de Unie om de constitutionele identiteit van de lidstaten te respecteren, maar juist ten aanzien van de effectieve doorwerking van het Unierecht in de lidstaten is er van respect voor nationale eigenaardigheden in de rechtspraak van het Hof van Justitie weinig te bespeuren.[190] De hoeksteen bij uitstek van de Britse constitutionele identiteit, parlementaire soevereiniteit, moest – en dat is ook wel begrijpelijk vanuit het Europese perspectief – wijken, en niet zo'n beetje ook.[191]

Structurele uitzonderingen op de voorrangsregel zijn dus niet mogelijk. Evenmin is het mogelijk dat de nationale rechter het effectueren van de voorrang overlaat aan een ander orgaan zoals de wetgever. Ook dat maakte het Hof van Justitie uit in *Simmenthal*:

> 'dat derhalve (…) onverenigbaar is elke bepaling van een nationale rechtsorde of enige wetgevende, bestuurlijke of rechterlijke praktijk die ertoe zou leiden de uitwerking van het gemeenschapsrecht te verminderen doordat aan de inzake de toepassing van dit recht bevoegde rechter de macht wordt ontzegd aanstonds bij deze toepassing al het nodige te doen voor de terzijdestelling van de nationale wettelijke bepalingen die eventueel in de weg staan aan de volle werking van de gemeenschapsregels; dat zulks het geval zou zijn, indien bij een eventuele tegenstrijdigheid van een bepaling van het gemeenschapsrecht met een latere nationale wet de oplossing van dit conflict zou zijn voorbehouden niet aan de tot toepassing van het gemeenschapsrecht geroepen rechter, doch aan een met eigen beoordelingsbevoegdheid bekleed ander gezag, ook al zou de hieruit voortvloeiende belemmering voor de volledige werking van dit recht slechts van tijdelijke aard zijn'.[192]

---

188 Vgl. in dat verband o.m. HvJEG 17 december 1970, Zaak 11/70, *Jur.* 1970, p. 1125 (*Int. Handelsgesellschaft*); HvJEG 13 juli 1997, Zaak 48/71, *Jur.* 1972, p. 528 (*Commissie t. Italië)*; HvJEG 2 juli 1996, C-473/93, *Jur.* 1996, p. I-3207.

189 Weatherill 1995, p. 106.

190 Een pleidooi van A-G Poiares Maduro in zaak C-213/06 (*Michaniki*), r.o. 31-34, overigens in een geheel andere context, om het identiteitsbeginsel soepel toe te passen, werd door het Hof niet overgenomen. Zie HvJEG 16 december 2008, C-213/07, *Jur.* 2008, p. I-9999 (*Michaniki*).

191 Vgl. HvJEG 19 juni 1990, C-213/89, *Jur.* 1990, p. I-2433 (*Ex parte Factortame*).

192 HvJEG 9 maart 1978, Zaak 106/77, *Jur.* 1978, p. 629 (*Simmenthal*), r.o. 22-23 (curs. JU). Recenter: HvJEU 8 september 2010, C-409/06, *JB* 2010/247 m.nt. Uzman (*Winner Wetten*), r.o. 56-57.

Het idee van een gelijkwaardige dialoog tussen rechter en wetgever, waarbij de wetgever een eigen interpretatie van het hogere recht geeft, is het Unierecht – tenminste in de ogen van het Hof – dus vreemd. Zowel de óf-vraag (is de nationaalrechtelijke bepaling in strijd met Unierecht?), als de hóe-vraag (hoe deze strijd op te lossen?) zijn voor de nationale rechter om te beantwoorden.

Simmenthal maakt duidelijk dat de nationale rechter in elk geval *bevoegd* moet zijn om de eigen wetgeving buiten toepassing te laten. Van die bevoegdheid dient hij ook gebruik te maken. In zoverre is het ook een verplichting. Iets anders is of hij kan besluiten *tijdelijk* niet van deze bevoegdheid gebruik te maken. De voorrangsregel als zodanig staat dan niet ter discussie; hij wordt alleen in temporele zin genuanceerd. Is, met andere woorden, een overgangstermijn toegestaan?

In de aanloop naar *Winner Wetten* zien sommige auteurs voor zo'n temporele nuance wel ruimte.[193] Een enkeling ziet in de wijze waarop het Hof van Justitie omgaat met indirecte normcollisies tussen Unierecht en nationale wetgeving, een aanwijzing dat de voorrang van het Unierecht een beginselkarakter heeft. De voorrang van het Unierecht zou dan af kunnen worden gewogen tegen gewichtige nationale belangen.[194] Anderen zien in de rechtspraak van het Hof zélf ruimte voor een *terme de grâce*.[195] Het gaat dan om de jurisprudentie waarin het Hof zich in het verleden bewust toonde van de mogelijke leemten die in het nationale recht kunnen optreden als gevolg van de doorwerking van Unierecht. Zo ging het in sommige gevallen inhoudelijk in op het betoog van de lidstaat dat het buiten toepassing laten van een nationale regeling ernstige maatschappelijke gevolgen zou hebben.[196] Een derde categorie auteurs wijst er op dat het Hof als constitutionele rechter van de Unie, zelf de gevolgen van zijn uitspraken weleens mitigeert.[197] Volgens twee Duitse auteurs, Ehlers en Eggert:

> 'kann eine vorläufige Weiteranwendung gemeinschaftsrechtswidrigen nationalen Rechts in Betracht kommen, wenn ansonsten eine inakzeptable Rechtslücke entstünde. Inakzeptabel ist eine Rechtslücke nur, wenn durch eine sofortige Unanwendbarkeit gemeinschaftsrechtswidrigen Rechts ein Zustand geschaffen würde, welcher

193 In deze zin bijvoorbeeld Kadelbach 1999, p. 27, 31; Jarass & Beljin 2004, p. 3; Ehlers & Eggert 2008.

194 Kadelbach 1999, p. 27; Nader maar kritisch: Ehlers & Eggert 2008, p. 586.

195 Jarass & Beljin 2004, p. 5. Anders: Koenig & Schreiber 2008, p. 451-52.

196 Gewezen wordt op: HvJEG 4 april 1995, C-348/93, *Jur.* 1995, p. I-673 (*Commissie t. Italië*), §16-17; HvJEG 30 april 1996, C-194/94, *Jur.* 1996, p. I-2201 (*CIA Security t. Signalson & Securitel*), §51-53.

197 Vgl. Ehlers & Eggert 2008.

> der Gemeinschaftsrechtsordnung noch ferner stünde als eine befristete weitere Anwendung des nationalen Rechts'.[198]

Over die voorlopige toepassing van strijdig nationaal recht kan volgens deze auteurs alleen het Hof van Justitie zelf beslissen. Nationale rechters zullen daarover steeds een prejudiciële vraag te stellen.

Lang niet iedereen ziet zelfs deze ruimte. Twee andere Duitse auteurs, Koenig en Schreiber bijvoorbeeld. Zij zien in de rechtspraak van het Hof van Justitie:

> 'keine Anhaltspunkte für eine solche Möglichkeit (…). Sie widerspräche auch der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, nach der die Mitgliedstaaten den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts vollumfänglich gewährleisten müssen'.
>
> 'Der Rechtsgedanke des Art. 231 Abs. 2 EG kann nicht auf das Verhältnis nationalen Rechts zu Gemeinschafsrecht übertragen werden. Art. 231 Abs. 2 EG ermächtigt den Europäischen Gerichtshof ausschließlich zu der befristeten Suspendierung des Geltungsvorrangs des Gemeinschaftsprimärrechts vor dem Gemeinschaftssekundairrecht. (…) Darüber hinaus kann die praktische Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts nach der Rechtssprechung des Europäischen Gerichtshofs nur für die Vergangenheit eingeschränkt werden (…). Die praktische Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts darf für die Zukunft nicht beeinträchtigt werden'.[199]

De conclusie van Koenig en Schreiber is duidelijk: de *terme de grâce* is het Unierecht, in elk geval voor de nationale autoriteiten, vreemd. Zij rekenen er niet op dat het Hof daarvoor al ruimte schept.[200]

Zo ziet ook Advocaat-Generaal Bot het, als hij de zaak van *Winner Wetten* op zijn bureau krijgt. Van een tijdelijke nuancering van de voorrangsregel kan geen sprake zijn. Dat zou afbreuk doen aan het *effet utile* van het Unierecht, zou het voorrangsbeginsel als zodanig bedreigen en zou een effectieve rechtsbescherming jegens particulieren als Winner Wetten onmogelijk maken.[201]

Het Hof van Justitie is in *Winner Wetten* behoedzamer.[202] De druk op het Hof van de lidstaten is groot. Maar liefst negen lidstaten hebben hun zienswijze bij het Hof kenbaar gemaakt.[203] In koor hebben al die staten gewezen op de mogelijkheid die het Hof zélf heeft om te sleutelen aan de rechts-

198 Ehlers & Eggert 2008, p. 593. Zoals in het volgende hoofdstuk nog uitgebreid aan de orde komt lijkt deze formulering rechtstreeks ontleend aan de rechtspraak van het BVerfG. De beide auteurs wijzen er echter op dat die rechtspraak wat hen betreft, voor het Unierecht in elk geval, veel te ruimhartig is. Bij de vraag in welke gevallen sprake is van zo'n toestand leggen de auteurs dan ook andere maatstaven aan dan het BVerfG.

199 Koenig & Schreiber 2008, p. 454.

200 *Ibid.*

201 Concl. A-G Bot, van 26 januari 2010, in C-409/06 (*Winner Wetten t. Stadt Bergheim*).

202 HvJEU 8 september 2010, C-409/06, *JB* 2010/247 m.nt. Uzman (*Winner Wetten*).

203 Daaronder overigens niet Nederland.

gevolgen van de eigen rechtspraak.[204] Analoge toepassing van die rechtspraak op de positie van de nationale rechter achten zij mogelijk en wenselijk.

Alvorens het aan die kwestie toekomt, wil het Hof van Justitie nog wel kwijt dat het *Simmenthal*-mandaat van de nationale rechter geheel los moet worden gezien van de toetsing van voorschriften aan de eigen grondwet. Het kan dus niet zo zijn dat de reguliere rechter abstineert omdat hij dit van zijn eigen constitutionele rechter moet doen.[205] De kwestie of de norm buiten toepassing gelaten moet worden is er dus een tussen de nationale rechter en het Hof van Justitie.

Vervolgens erkent het Hof dat het de rechtsgevolgen van, door hemzelf onrechtmatig bestempelde, Unierechtelijke voorschriften inderdaad weleens, ten behoeve van het openbaar belang of van derden, in stand laat. Op de vraag of het bereid is iets soortgelijks te accepteren van de nationale rechter, komt een casuïstisch antwoord:

> '(…) ook al zouden soortgelijke overwegingen als die welke ten grondslag liggen aan deze rechtspraak, die met betrekking tot de handelingen van de Unie is ontwikkeld, naar analogie en bij uitzondering kunnen leiden tot een tijdelijke opschorting van het effect dat een rechtstreeks toepasselijke regel van het recht van de Unie op het daarmee strijdige nationale recht heeft, namelijk de terzijdestelling daarvan, een dergelijke opschorting, waarvan de voorwaarden enkel door het Hof kunnen worden vastgesteld, *in casu a priori* dient te worden uitgesloten, aangezien er geen dwingende overwegingen van rechtszekerheid zijn die deze kunnen rechtvaardigen'.[206]

Het Hof probeert in deze overweging geen antwoord te geven op de principiële vraag, maar doet dat toch. Anders dan de zojuist geciteerde Koenig en Schreiber dachten, zet het Hof de deur op een kier. Het maakt niet duidelijk dat er geen temporele uitzonderingen mogelijk zijn op het *Simmenthal*-mandaat, integendeel: het maakt duidelijk dat alleen het Hof de voorwaarden kan vaststellen waaronder die temporele uitzondering effect kan krijgen. Het wil er in deze zaak alleen niet aan. Als men de deur open zou zetten voor de tijdelijke toepasbaarheid van een norm, dan zou dat alleen voor de hand liggen als sprake zou zijn van een ernstige inbreuk op rechtsbeginselen die ook in Unieverband worden erkend, zoals de rechtszekerheid. Aan de orde in *Winner Wetten*, was een staatsmonopolie op *bookmaking*. In de Duitse rechtspraak was

---

204 *Winner Wetten,* r.o. 63.

205 Het maakte dat al eerder uit in: HvJEU 19 november 2009, C-314/08 (*Filipiak*). Beukers 2011, p. 1995, vraagt zich af of het BVerfG de tijdelijke toepassing van de ongrondwettige wetgeving gebood, of enkel mogelijk maakte. Hij meent het eerste omdat de hele exercitie anders zinloos zou zijn. Daar zit veel in. Ik meen ook dat het om het eerste gaat, maar kies een andere benadering. De reguliere rechter is, conform art. 20 lid 3 aan de wet gebonden. Alleen het BVerfG kan die binding opheffen. Een eigen bevoegdheid van de reguliere rechter zou het toetsingsmonopolie van het BVerfG doorkruisen.

206 *Winner Wetten*, r.o. 67.

er op gewezen dat het buiten toepassing laten van het *Sportlotteriegesetz* zou leiden tot een juridisch vacuüm met alle risico's van dien voor het tegengaan van gokverslaving.[207] Het Hof van Justitie wijst er op dat de Duitse rechter zélf kennelijk al meende dat deze wet niet echt zinvol bijdroeg aan een samenhangende en stelselmatige beperking van gokverslaving. Het gaat dan niet aan om juist daarmee te rechtvaardigen dat de voorrang van het Unierecht tijdelijk wordt beperkt.[208]

De conclusie kan hier zijn dat het Hof van Justitie de deur open heeft gezet naar een voorzichtige erkenning van de *terme de grâce*.[209] Duidelijk is dan wel dat de nationale rechter daarover niet op eigen houtje kan beslissen. Steeds zal daarover een prejudiciële vraag aan het Hof moeten worden gesteld. Nu het Hof de kwestie zo casuïstisch opvatte, staat het nog te bezien in welke gevallen het tot zo'n *terme de grâce* zou kunnen besluiten. Ik ga daar in de volgende paragraaf op in.

7.3.4 Toepassingsbereik van een Unierechtelijke *terme de grâce*

Als de deur dan op een kier is gezet, in welke gevallen is een *terme de grâce* voor de nationale wetgever in de ogen van het Hof van Justitie dan acceptabel?

In een eerdere publicatie over het *Winner Wetten*-arrest, maakte ik een onderscheid tussen twee gronden voor de nationale rechter om tot een *terme de grâce* te besluiten.[210] In de eerste plaats is dat het democratische argument: met het uit de weg ruimen van het normconflict kan het verschillende kanten op en het is aan de wetgever om te kiezen welke kant dat is.[211] In de tweede plaats kan dat ook een praktisch argument zijn: het buiten toepassing laten of nietig verklaren van het voorschrift zou ernstige maatschappelijke gevolgen met zich brengen die de rechter niet voor zijn rekening wil nemen. In dat verband komt meteen de vraag op wélke gevolgen relevant zijn en welke niet. In deze paragraaf bezie ik in hoeverre voor beide gronden aanknopingspunten zijn te vinden voor een welwillende of juist afkerige houding van het Hof van Justitie.

---

207 VG Köln 21 september 2006, 1 K 5910/05 (*Winner Wetten I*), met verwijzing naar andere Duitse rechtspraak.

208 Dat lijkt mij overigens nogal kort door de bocht van het Hof. Het suggereert dat een defect in een regeling er meteen toe leidt dat die regeling in het geheel niet meer beschermend werkt. Dat hoeft niet zo te zijn. Belangrijker is dat het Hof van Justitie volledig negeert dat het BVerfG de autoriteiten had opgedragen reeds gedurende de overgangsperiode serieus werk te maken van het stelselmatig tegengaan van gokverslaving. Zie nader: mijn noot onder *JB* 2010/460.

209 Ik betoogde dat eerder (*JB* 2010/460). In soortgelijke zin: T. Beukers in *CMLR* 2011, p. 1985-2004; Van der Hulle & Van der Hulle 2012.

210 Zie mijn noot onder *JB* 2010/460, punten 4 en 5.

211 Dat is, zo illustreren de analyses in de delen I en III, een vrij universele grond om tot een *terme de grâce* te besluiten.

Ik bespreek eerst de categorie van de maatschappelijke gevolgen van het toetsingsoordeel. Vervolgens bezie ik of er voor de nationale rechter ruimte is om te abstineren omwille van het democratische argument.

7.3.4.1 Maatschappelijke gevolgen

Het kwam in de vorige paragraaf al even ter sprake. In het arrest *Winner Wetten* refereert het Hof aan de eigen bevoegdheid ex artikel 264 VWEU om de temporele werking van de eigen uitspraken te beperken.[212] Het artikel luidt als volgt:

> 'Indien het beroep gegrond is, wordt de betwiste handeling door het Hof van Justitie van de Europese Unie nietig verklaard. Het Hof bepaalt evenwel, zo het dit nodig oordeelt, welke gevolgen van de vernietigde handeling als definitief moeten worden beschouwd'.

Deze bepaling ziet in de eerste plaats op de toetsing van secundair Unierecht aan de Verdragen in het kader van het nietigheidsberoep van artikel 263 VWEU. Zij wordt door het Hof echter analoog toegepast op de prejudiciële procedure.[213] Zowel in het kader van het nietigheidsberoep, als in het kader van de prejudiciële procedure is ze bij wijze van uitzondering ingezet om de gevolgen van een toetsingsuitspraak te verzachten. Dat kan op verschillende manieren.[214]

In het kader van het nietigheidsberoep bepaalt het Hof bijvoorbeeld dat een toetsingsuitspraak weliswaar terugwerkende kracht heeft, maar dat daarop behalve door klagers die voor de datum van het betreffende arrest al beroep tegen de handeling hadden ingesteld, geen beroep kan worden gedaan.[215] Wat verder gaat de vaststelling dat de betrokken regeling ongeldig is, met de aantekening dat die ongeldigheid terugwerkende kracht (in zijn geheel)

212 HvJEU 8 september 2010, C-409/06 (*Winner Wetten*), r.o. 64, 66.

213 Vgl. o.m. HvJEG 8 april 1976, Zaak 43/75, *Jur.* 1976, p. 455 (*Defrenne t. Sabena II*). Tevens: HvJEG 8 november 2001, C-228/99, *Jur.* 2001, p. I-84019 (*Silos e Mangimi Martini*), r.o. 35.

214 Met name als het in de prejudiciële procedure om de gevolgen van 's Hofs interpretatie voor nationale voorschriften gaat, is het Hof streng: uitgangspunt is dat de nieuwe rechtspraak wordt toegepast op rechtsbetrekkingen die zijn ontstaan voor het arrest waarbij het verzoek om uitlegging is gedaan. Zie HvJEG 6 maart 2007, C-292/04, *Jur.* 2007, p. I-1835 (*Meilicke t. Finanzamt Bonn*).

215 Zie o.m. HvJEG 15 januari 1986, Zaak 41/84, *Jur.* 1986, p. 1 (*Pinna t. Caisse*), §29; HvJEG 10 maart 1992, C-38/90 en 151/90, *Jur.* 1992, p. I-1781 (*Lomas*), §25-30.

ontbeert.[216] Ook in de prejudiciële procedure komt het nog weleens voor dat het Hof de werking *ex tunc* inruilt voor de werking *ex nunc.*

In 2010 vat de Grote Kamer van het Hof zijn vaste rechtspraak in dat verband als volgt samen:

> 'Slechts bij uitzondering kan het Hof, met toepassing van een aan de rechtsorde van de Unie inherent algemeen beginsel van rechtszekerheid, aanleiding vinden om voor iedere belanghebbende beperkingen te stellen aan de mogelijkheid om met een beroep op een door het Hof uitgelegde bepaling, te goeder trouw tot stand gekomen rechtsbetrekkingen opnieuw in geding te brengen. Om tot een dergelijke beperking te kunnen besluiten, moet zijn voldaan aan twee essentiële criteria, te weten de goede trouw van de belanghebbende kringen en het gevaar van ernstige verstoringen. (…) Verder is het vaste rechtspraak dat de mogelijke financiële gevolgen van een prejudicieel arrest voor een lidstaat, op zich geen rechtvaardiging vormen voor een beperking van de werking van dit arrest in de tijd (…).
>
> Het Hof heeft immers slechts in zeer specifieke omstandigheden van deze mogelijkheid gebruik gemaakt, namelijk wanneer er een gevaar bestond voor ernstige economische gevolgen, inzonderheid gezien het grote aantal op basis van de geldig geachte wettelijke regeling te goeder trouw tot stand gekomen rechtsbetrekkingen, en wanneer bleek dat de particulieren en de nationale autoriteiten tot een met de regeling van de Unie strijdig gedrag waren gebracht op grond van een objectieve en grote onzekerheid over de strekking van de voorschriften van de Unie, aan welke onzekerheid het gedrag van andere lidstaten of van de Commissie eventueel had bijgedragen'.[217]

De rechtszekerheid kan dus een reden zijn voor het Hof om de temporele werking van zijn prejudicieel gegeven uitleg te beperken. Dan moeten diegenen die daarvan profiteren wel te goeder trouw zijn. Bovendien moet sprake zijn van 'ernstige verstoringen'. Die vult het Hof vooral economisch in, maar enkel forse financiële gevolgen voor de lidstaat zijn onvoldoende. Uit het arrest volgt bovendien dat de bewijslast op de staat rust: de enkele mededeling dat het een grote chaos wordt is onvoldoende.[218]

De rechtspraak inzake het beperken van terugwerkende kracht is begrijpelijkerwijs erg financieel getint.[219] Dat geldt ook voor de toetsing van secundair

---

216 HvJEG 15 oktober 1980, Zaak 109/79, *Jur.* 1980, p. 2883 (*Maïseries de Beauce t. ONIC*), §42-46; HvJEG 15 oktober 1980, Zaak 145/79, *Jur.* 1980, p. 2917 (*Roquette Frères IV*), §50-53; HvJEG 15 oktober 1980, Zaak 4/79, *Jur.* 1980, p. 2823 (*Providence agricole de la Champagne*), §42-46; HvJEG 27 februari 1985, Zaak 112/83, *Jur.* 1985, p. 719 (*Societé des produits de mais*), §18-20. Vgl. ook HvJEG 3 juli 1986, Zaak 34/86, *Jur.* 1986, p. 2155 (*Raad t. EP*), §48, waar het Hof uitsluitend stelde dat de nietigheid van de begroting de geldigheid van verrichte betalingen en aangegane contracten niet aantast. Zie in dat kader tevens HvJEG 12 mei 1998, C-106/96, *Jur.* 1998, p. I-2729 (*Verenigd Koninkrijk t. Commissie*), §39-42.

217 HvJEU 13 april 2010, C-73/08, *Jur.* 2010, p. I-2735 (*Bressol & Chaverot*), r.o. 91.

218 Zie r.o. 94-95.

219 Zie ook: HvJEG 8 april 1976, Zaak 43/75, *Jur.* 1976, p. 455 (*Defrenne t. Sabena II*); HvJEG 20 september 2001, C-184/99, *Jur.* 2001, p. I-6193 (*Grzelczyk*).

Unierecht in het kader van het nietigheidsberoep. Ook dan figureert voornamelijk de rechtszekerheid.[220] In sommige gevallen gaat het Hof echter verder dan zuiver het beperken van terugwerkende kracht. Het komt dan dicht bij de *terme de grâce* zoals we die kennen van verschillende nationale rechters.[221] Het verklaart de onrechtmatige regeling dan voor een overgangsperiode geldig, bijvoorbeeld totdat het bevoegde orgaan de regeling of rechtshandeling heeft gewijzigd.[222]

Een voorbeeld van zo'n kwestie is de zaak *Van Landschoot*.[223] In deze zaak stond een bepaling uit een verordening centraal die gedeeltelijk een discriminatie van graanverwerkers en graanproducenten tot gevolg had. Ik kom op deze zaak nog terug, want het Hof motiveert de beslissing om af te zien van nietigheid mede op basis van het democratische argument. Dat is echter niet het enige. Nietigheid zou, aldus het Hof, onevenredige gevolgen met zich brengen. Verwijzend naar de rechtszekerheid oordeelt het dat het aan de gemeenschapswetgever is om door passende maatregelen de gelijkheid van de betreffende ondernemers te bewerkstelligen. In de tussentijd blijven de rechtsgevolgen van de vernietigde verordening in stand.

Zijn er nog andere belangen denkbaar dan het rechtszekerheidsbeginsel? Ongetwijfeld, maar het komt kennelijk niet vaak voor. Van der Hulle & Van der Hulle wijzen op het Kadi-arrest, waarin het Hof zich uitsprak over een verordening die de tegoeden van vermeende terroristen bevroor.[224] Het Hof verklaarde de verordening in strijd met de fundamentele rechten van de verdachte, maar liet de rechtsgevolgen ervan drie maanden in stand om de Europese wetgever de tijd te geven de kwestie te repareren. Het rechtvaardigde die afweging onder verwijzing naar het algemeen belang.[225]

Uit dit korte overzicht van de rechtspraak van het Hof valt slechts beperkt wat af te leiden. Als er íets duidelijk is, dan is het wel dat de focus van het Hof ligt bij het rechtszekerheidsbeginsel, dat het dergelijke kwesties financieel invult en dat de eisen bijzonder streng zijn. Wat in elk geval wél kan worden geconcludeerd is dat financiële belangen van de staat maar zeer beperkt reden kunnen zijn tot gesleutel aan de temporele gevolgen van de uitspraak. Dat lijkt mij, in het kader van de *terme de grâce*, voor de tijdelijke toepasbaarheid van belastingwetgeving zeer relevant. *Kadi* kan bovendien een aanwijzing zijn

220 Zo bijv. HvJEG 8 november 2001, C-228/99, *Jur.* 2001, p. I-84019 (*Silos e Mangimi Martini*).

221 Zie de hoofdstukken over de *terme de grâce* in Nederland respectievelijk Duitsland.

222 Vgl. o.a. HvJEG 5 juni 1973, Zaak 81/72, *Jur.* 1973, p. 575 (*Commissie t. Raad*), r.o. 14-15. Bij mijn weten gebeurt dat overigens alleen in het kader van het nietigheidsberoep. Hoewel diverse Advocaten-Generaal het Hof in het verleden opriepen om de gevolgen van een prejudiciële beslissing op een later moment in werking te laten treden, heeft het daar nog geen gevolg aan gegeven. Zie concl. A-G Jacobs 17 maart 2005 in C-475/03 (*Banca Popolare di Cremona*), §85; concl. A-G Stix-Hackl 14 maart 2006 (zelfde zaak, §144) Voorts concl. A-G Tizzano 10 november 2005 in C-292/04 (*Meilicke*), §42-45.

223 HvJEG 29 juni 1988, 300/86, *Jur.* 1988, p. 3443 (*Van Landschoot t. Mera*).

224 HvJEG 3 september 2008, C-415/05 (*Kadi & Al Barakaat*).

225 Van der Hulle & Van der Hulle 2012, p. 498.

dat het Hof niet zonder meer afwijzend staat tegenover ándere belangen dan de rechtszekerheid. Maar ook hier geldt dat één zwaluw nog geen zomer maakt.

7.3.4.2 Het democratische argument

Dat dreigende ernstige schade aan fundamentele belangen zoals grondrechten of beginselen aanleiding voor het Hof kunnen zijn om af en toe ruimte te laten voor een *terme de grâce*, lijkt mij eerlijk gezegd wel voor de hand te liggen, ook als de aanknopingspunten in de praktijk van het Hof in dat verband niet voor het oprapen liggen.[226] Het is nu eenmaal moeilijk te verkopen dat het Unierecht dwingt tot het buiten toepassing laten van een regeling die gericht is op het garanderen van schoon drinkwater of het aan banden leggen van de verkoop van bazooka's of iets dergelijks.

Moeilijker ligt de kwestie als het gaat om de vraag of redenen van machtenscheiding en democratie van voldoende gewicht kunnen zijn om een *terme de grâce* te rechtvaardigen.

In dat verband keer ik even terug naar het arrest *Winner Wetten*.[227] Dat leek, zo op het eerste gezicht, niets te maken te hebben met de *Trias politica*. Toch ligt het allemaal een beetje anders. Het ging, om de kwestie weer even op te frissen, om het staatsmonopolie op het afsluiten van weddenschappen dat zowel in strijd was met het *Grundgesetz* als met het Unierecht. De reguliere rechter die geconfronteerd werd met de vraag of hij de relevante voorschriften buiten toepassing moest laten, hield het Hof van Justitie voor dat de kansspelwetgeving de bestrijding van gokverslaving diende en dat het buiten toepassing laten ervan zou leiden tot een vacuüm in de bescherming van de volksgezondheid.[228] Het Hof van Justitie behandelde de kwestie dus als een, op de gevolgen van buiten toepassing laten georiënteerde *terme de grâce*. Opvallend is echter dat het BVerfG aan de beslissing om af te zien van nietigheid een andere grond koppelde:

> 'Steht eine gesetzliche Regelung mit dem Grundgesetz nicht in Einklang, hat der Gesetzgeber aber mehrere Möglichkeiten, den Verfassungsverstoß zu beseitigen, trägt das Bundesverfassungsgericht dem regelmäßig in der Weise Rechnung, dass es die Regelung nur für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt (…). Das ist auch hier geboten'.

Het is goed mogelijk dat het BVerfG de tijdelijke toepasbaarheid in zijn achterhoofd baseerde op de gevolgen voor het antigokbeleid, maar dat zegt hij dan

226 Dit is ook de lijn van Ehlers & Eggert 2008, p. 593.
227 HvJEU 8 september 2010, C-409/06, *JB* 2010/247 m.nt. Uzman (*Winner Wetten*).
228 VG Köln 21 september 2006, 1 K 5910/05 (*Winner Wetten I*) met verwijzing naar OVG Nordrhein-Westfalen.

niet letterlijk. Hier lijkt de hoofdreden te zijn dat het BVerfG de wetgever niet voor de voeten wil lopen bij het formuleren van wijzigingswetgeving: een democratisch argument om de norm tijdelijk te blijven toepassen dus.

Het Hof van Justitie gaat op deze redenering niet in. Het doet zaken met de verwijzende rechter. En zo wordt een antwoord vermeden op de vraag of een *terme de grâce* om constitutionele redenen zou zijn toegestaan. Wat zou het antwoord zijn?

Diverse auteurs menen dat die ruimte er in beginsel niet is. Zo merkt Beukers op:

> 'Since the Court has in the past not bothered to consider the sensitivities of the primacy principle for the relation between constitutional and lower courts (with the Simmenthal case as the primary example), it may not be expected that the court will be sensitive to the relation between the judiciary and the legislature'.[229]

Beukers verwacht niet dat het Hof gevoelig is voor constitutionele verhoudingen op nationaal niveau. Afgaand op in het verleden behaalde rendementen, lijkt dat een trefzekere inschatting. Maar hij heeft ook een normatief argument waarom het Hof daar niet aan moet beginnen:

> 'Assuming however that the Court of Justice could accept the democratic ground, what would a European conception of it then look like? And is it at all possible to transpose a European conception of the relationship between judiciary and legislature to the specific constitutional context of one of the Member States? It could be argued that Article 4 (2) TEU, which states that the Union shall respect the national identities of the Member States, inherent in their fundamental political and constitutional structures, would advocate against the imposition of such a European conception'.[230]

Dat argument is merkwaardig. Het zou net zo goed omgekeerd kunnen worden gebruikt: dat het Hof van de lidstaten verlangt dat hun rechters stéédsd hun taakopvatting voorbij moeten fietsen om het Unierecht effectief te laten doorwerken staat juist op gespannen voet met artikel 4 lid 2 VEU. Maar belangrijker is misschien wel dat voor het respecteren van nationale constitutionele verhoudingen een (gelijkluidend) Europees concept niet noodzakelijk is. Dat Luxemburg enige controle wil houden over de toepassing van de voorrangsregel in de lidstaten, wil nog niet zeggen dat het Hof gedetailleerde richtlijnen zou moeten ontwikkelen voor de verhouding van rechter en wetgever. Het kan zich prima beperken tot het stellen van een aantal minimumcriteria.

Toch bezie ik ook hier summier met welke bril het Hof van Justitie de verhouding tussen rechter en wetgever ziet. Ik doe dat op twee manieren. Eerst

229 Vgl. diens annotatie in *CMLR* 2011, p. 1985-2004, op p. 2000. Idem: Ehlers & Eggert 2008.
230 *Ibid.*

loop ik wederom de toetsingspraktijk van het Hof zélf na. Ik doe dat nadrukkelijk niet om een Europees concept van machtenscheiding te ontdekken, maar alleen om te bezien of aan die rechtspraak argumenten te ontlenen zijn voor een wat soepeler houding van het Hof van Justitie. Uitputtend onderzoek heb ik niet gedaan, dus ik houd het bij een ruwe houtskoolschets. Daarna bezie ik hoe het argument van de keuzevrijheid voor de wetgever vorm heeft gekregen in de rechtspraak van het Hof ten aanzien van het communautaire gelijkheidsbeginsel in de lidstaten.

De toetsingspraktijk van het Hof zelf

Gaat het om de toetsingspraktijk van het Hof, dan verdienen in de eerste plaats twee zeer vroege uitspraken bespreking: *Ruckdeschel* en *Moulins de Pont-à-Mousson*, gedaan op dezelfde dag.[231]

Beide zaken hebben betrekking op heffingen en restituties in het kader van het op de markt brengen van diverse zetmeelproducten. Kort en goed bleek de afschaffing van restituties voor gries, griesmeel (*Moulins de Pont-à-Mousson*) en quellmehl (*Ruckdeschl*), onder gelijktijdige handhaving van de restitutie voor zetmeel van maïs, in één en dezelfde verordening een miskenning van het communautaire gelijkheidsbeginsel.[232] Toch leidde die vaststelling niet tot de ongeldigheid van die bepalingen. Het Hof onderstreepte dat de onrechtmatigheid van de bepaling niet het gevolg was van wat er in de bepaling stond, maar juist van wat er niet in stond. De onrechtmatige situatie zou dus door de nietigheid van de bepaling niet rechtmatig worden. Daarvoor zou eigenlijk nodig zijn dat de producten gries, griesmeel en quellmehl in de verordening zouden moeten worden 'ingelezen'. Van dat laatste rept het Hof overigens niet. Het constateert uitsluitend dat er verschillende mogelijkheden zijn om de geconstateerde onverenigbaarheid met het gelijkheidsbeginsel op te heffen en laat het aan de bevoegde instellingen over om die keuze te maken. Het lijkt daarmee eenzelfde soort keuzeformule te hanteren als de nationale rechters van verscheidene lidstaten. Het heeft er alle schijn van dat wat het Hof hier doet, *de facto* neerkomt op abstineren ten gunste van de gemeenschapswetgever.[233] In de tussentijd blijft het oude regime van kracht.

Een aantal jaren later, in het arrest *Van Landschoot*, kiest het Hof een wat gewijzigde benadering.[234] Ook in deze zaak stond een bepaling uit een verordening centraal die gedeeltelijk een discriminatie van graanverwerkers en graanproducenten tot gevolg had. Het Hof wees er op dat de ongelijke behan-

231 HvJEG 19 oktober 1977, zaken 117/76 en 16/77, *Jur.* 1977, p. 1753 (*Ruckdeschel & Co t. HZA Hamburg-St. Annen);* HvJEG 17 december 1959, Zaak 14/59, *Jur.* 1959, p. 483 (*Société des Fonderies de Pont-à-Mousson*).

232 Vgl. §23 van *Moulins de Pont-à-Mousson* en §10 van *Ruckdeschel.*

233 Evenmin is sprake van een bevel tot het vaststellen van wetgeving, nu het Hof ervan uit lijkt te gaan dat het zelf een dergelijke bevoegdheid ontbeert: vgl. HvJEG 3 juni 2005, C-396/03P, *Jur.* 2005, p. I-4967 (*Magnus Killinger*), §21.

234 HvJEG 29 juni 1988, 300/86, *Jur.* 1988, p. 3443 (*Van Landschoot t. Mera).*

deling niet het gevolg was van hetgeen in de verordening stond maar juist van wat er niet in stond en dat nietigheid onevenredige gevolgen met zich zou brengen. Verwijzend naar de rechtszekerheid oordeelde het dat het aan de gemeenschapswetgever was om door passende maatregelen de gelijkheid van de betreffende ondernemers te bewerkstelligen. In de tussentijd zouden de rechtsgevolgen van de vernietigde verordening in stand blijven. Het Hof voegt daar echter een zeer interessant zinnetje aan toe: het omstreden voordeel (een vrijstelling) dient – in de tussentijd – ook voor de benadeelde groep ondernemers te gelden.[235] Het laat dus weliswaar de rechtsgevolgen van de regeling in stand, maar dat kan niet tot gevolg hebben dat de gevonden ongelijke behandeling ook in stand blijft.

Ik ga verderop in deze paragraaf nog in op de bijzondere positie die het Hof kiest als het gaat om schendingen van het gelijkheidsbeginsel. Het Hof eist in zo'n geval dat de nationale rechter de benadeelde groep het voordeel dient te gunnen dat de bevoordeelde groep geniet – een en ander onverminderd de bevoegdheid van de wetgever om die regeling vervolgens weer aan te passen.[236] Die lijn is weleens verklaard als methode van het Hof om de lidstaten in het gareel te krijgen: *levelling-up* als *punitive damages*.[237] *Van Landschoot* laat zien dat het Hof dezelfde benadering in het verleden ook koos ten aanzien van de Uniewetgever. Dat kan verschillende dingen betekenen. Het zou bijvoorbeeld kunnen dat het Hof deze toepassing van vaste rechtspraak over de rechtsgevolgen van een geconstateerde ongelijke behandeling niet beschouwt als het vaststellen van een tijdelijke regeling, maar haar veeleer beschouwt als een automatisch uitvloeisel van de toepassing van het nondiscriminatiebeginsel in samenhang met de ongeldig verklaarde regeling.[238]

In latere jaren lijkt het Hof de gelegenheid, of de aandrang, niet meer te hebben om een voorschrift dat in strijd is met het gelijkheidsbeginsel in stand te laten om de Uniewetgever in staat te stellen zich in alle rust over de kwestie te buigen. Het dogma dat het Hof het voorschrift bovendien niet nietig verklaart omdat de bron van de nietigheid niet in het voorschrift zelf staat, maar juist gelegen is in de afwezigheid van tekst, gebruikt hij daarna niet meer.[239] Het lijkt er op dat *Van Landschoot* de opmaat was voor een wat pragmatischer houding van het Hof.

Dat illustreert bijvoorbeeld het relatief recente arrest *Sturgeon*, waarin het zich uitspreekt over een verordening inzake passagiersrechten in de lucht-

235 Vgl. §22-25.

236 Zie o.m. HvJEG 4 december 1986, Zaak 71/85, *Nederlandse Staat t. FNV*, *Jur.* 1986, p. 3855, §21-22; HvJEG 27 juni 1990, C-33/89, *Kowalska t. Hansestadt Hamburg*, *Jur.* 1990, p. I-2591, §19-20; HvJEG 26 januari 1999, C-18/95, *Terhoeve t. Inspecteur Belastingdienst*, *Jur.* 1999, p. I-345, §56-57. Zie hierna voor een uitgebreider overzicht.

237 Jans e.a. 2007, p. 139.

238 Zie de tekst onder het volgende kopje.

239 Ik vond althans niets.

vaart.[240] Het Hof constateert dat het verschil in behandeling dat de verordening aanlegt tussen geannuleerde en langdurig vertraagde vluchten, in strijd is met het gelijkheidsbeginsel. Vervolgens verklaart het de verordening niet nietig, en evenmin verwijst het de kwestie naar de Raad en het Europees Parlement. In plaats daarvan komt het Hof met een eigen oplossing:

> 'dat de artikelen 5, 6 en 7 van verordening nr. 261/2004 aldus moeten worden uitgelegd dat passagiers van vertraagde vluchten voor de toepassing van het recht op schadevergoeding met passagiers van geannuleerde vluchten kunnen worden gelijkgesteld en aldus aanspraak kunnen maken op de in artikel 7 van deze verordening bedoelde compensatie, wanneer zij door een vertraging van de vlucht drie of meer uren tijd verliezen, dat wil zeggen wanneer zij hun eindbestemming drie of meer uren na de door de luchtvaartmaatschappij oorspronkelijk geplande aankomsttijd bereiken'.[241]

In wezen past het Hof hier de rechtspraak die werd ingezet met *Van Landschoot* toe: het markeert eerst welke langdurig vertraagde passagiers in zijn ogen gelijk kunnen worden gesteld met passagiers van geannuleerde vluchten, en kent dan het recht van de bevoordeelde toe aan de benadeelde. Ik zie daar wel enige consistentie met de rechtspraak van het Hof inzake het gelijkheidsbeginsel in het algemeen.[242] Deze rechtspraak komt nu aan de orde.

Remedies bij discriminatoire wetgeving: level-up!

Zowel de analyse in deel I, als – verderop – die in deel III, laat zien dat nationale rechters, zelfs die van overzee, abstineren wanneer de wetgever keuzevrijheid heeft bij het wegnemen van het normconflict. Unaniem kiezen zij daarvoor algemene bewoordingen, los van de toetsing aan een specifiek recht of beginsel. Toch kan men er niet omheen dat de grootste categorie van gevallen gevormd wordt door de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel. De wetgever heeft in dergelijke gevallen bij uitstek keuzevrijheid. Als nationale rechters de wetgever een *terme de grâce* willen gunnen in dat soort zaken, dan is – voor zover het om Unierecht gaat – relevant hoe het Hof van Justitie dit soort zaken ziet.

Een belangrijk startpunt betreft de zaak *FNV* uit 1986.[243] In die zaak maakte het Luxemburgse Hof uit dat, zolang een gelijke behandelingsrichtlijn met betrekking tot sociale zekerheid niet was geïmplementeerd, op vrouwen dezelfde regeling van toepassing moest zijn als op mannen. Geen keuzevrijheid dus, maar een toepassing van de gunstiger regeling op een (potentieel) benadeelde groep.[244] Het Hof motiveerde dat standpunt aan de hand van de direc-

240 HvJEG 19 november 2009, C-402/07, *Jur.* 2009, p. I-923 (*Sturgeon*).
241 *Ibid*, r.o. 69.
242 Anders: Mok 2010, die het activisme verwijt en liever had gezien dat de verordening nietig was verklaard.
243 HvJEG 4 december 1986, Zaak 71/85, *Nederlandse Staat t. FNV*, *Jur.* 1986, p. 3855, §21-22.
244 Vgl. ook Kingreen 1999, p. 1992; Frenz 2004, randno. 184; Ehlers 2005, p. 191-192.

te werking van de gelijke behandelingsrichtlijn en de vaststelling dat, totdat aan die richtlijn correcte toepassing zou zijn gegeven, de problematische nationale regeling het enige referentiekader kon zijn. Het trok deze lijn vervolgens in de zaken *Ruzius Wilbrink* en *Kowalska* door naar gevallen van geconstateerde (indirecte) discriminatie.[245] Ging het in alle drie de zaken nog om maatregelen in de sfeer van de sociale zekerheid, Jans e.a. wijzen er op dat uit latere rechtspraak mag worden afgeleid dat het Hof deze benadering ook buiten de sociale zekerheid hanteert.[246] De ratio voor deze 'algemene regel' bij schending van het gelijkheidsbeginsel is volgens hen dat het fenomeen discriminatie als zodanig wordt 'afgestraft' door tijdelijk een betere standaard toe te passen.[247] Als zodanig verzet het Unierecht zich immers niet tegen *levelling down*.

Dat moge op zichzelf bezien zo zijn, maar wellicht heeft bij het Hof ook een meer praktisch en minder ideologisch argument meegespeeld. Buiten het kader van het Unierecht heeft Van Dijk jaren geleden al betoogd dat de wet-

245 HvJEG 13 december 1989, C-102/88, *Ruzius Wilbrink t. Bestuur BvO, Jur.* 1989, p. 4311; HvJEG 27 juni 1990, C-33/89, *Kowalska t. Hansestadt Hamburg, Jur.* 1990, p. I-2591, §19-20. Zie overigens ook HvJEG 15 december 1994, gevoegde zaken C-399/92 (etc.), *Stadt Lengerich t. Helmig, Jur.* 1994, p. I-5727, §13. Een vergelijkbare redenering hanteerde het Hof ook in het kader van overwegingen omtrent richtlijnconforme interpretatie, zie HvJEG 27 oktober 1993, C-338/91, *Steenhorst-Neerings, Jur.* 1993, p. I-5475, §33-34.

246 Jans e.a. 2007, p. 139-140. Zij wijzen in dat kader op de zaken *Beune* en *Schöning-Kougebetopoulou* (C-7/93, *Jur.* 1994, p. I-4471, respectievelijk C-15/96, *Jur.* 1998, p. I-47). Voorts kan worden gewezen op de zaken *Avdel Systems* (C-408/92, *Jur.* 1992 p. I-4435) *Terhoeve* (C-18/95); *Cordero Alonso t. Fogasa* (C-81/05) en *Caballero t. Fogasa* (C-442/00). In beide laatste zaken betrof het richtlijn 80/987/EEG (bescherming tegen insolventie van werkgevers). Zie, wel weer in de sfeer van het sociale zekerheidsrecht overigens recenter: *Coloroll Pension Trustees t. Russell e.a.* (C-200/91) en *Emilienne Jonkman e.a. t. Rijksdienst Pensioenen* (gevoegde zaken C-231-233/06). Recenter op het terrein van het belastingrecht: *Marks & Spencer II* (*Marks & Spencer II* (C-309/06), §63. Een, overigens vrij voor de hand liggende, uitzondering betreft het staatssteunrecht: partijen kunnen zich volgens vaste rechtspraak van het Hof in het kader van een terugvorderingsprocedure niet beroepen op het feit dat in zaken van andere steunontvangers, in strijd met het gelijkheidsbeginsel, niet wordt teruggevorderd (vgl. de zaken *Air liquide Industries België* [C-393/04 en C-41/05, *Jur.* p. I-5293, §43 en 45], en *Transalpine Ölleitung* [C-368/04, *Jur.* p. I-9957, §49 en 50]). Men kan zich echter afvragen of in dergelijke gevallen, strikt genomen, wel van strijd met het gelijkheidsbeginsel moet worden gesproken, in plaats van strijd met het gelijkheidsbeginsel aan te nemen om vervolgens een uitzondering aan te nemen op de regel dat de regel die geldt voor de bevoordeelde groep ook moet worden toegepast op de benadeelde groep. Zie tot slot voor een zaak waarin het Hof de betreffende regel ook op zichzelf (respectievelijk op een discriminatie door de gemeenschapswetgever) toepast: HvJEG 29 juni 1988, 300/86, *Van Landschoot t. Mera, Jur.* 1988, p. 3443, §22-25.

247 Zij lijken daarbij het oog te hebben op de rechtspraak van het Hof dat een symbolische schadevergoeding onvoldoende 'afschrikwekkende werking' heeft, en daarom niet gekwalificeerd kan worden als adequaat rechtsherstel in gevallen van discriminatie door werkgevers van werknemers (vgl. HvJEG 10 april 1984, Zaak 14/83, *Von Colson & Kamann t. Nordrhein Westfalen, Jur.* 1984, p. 1891; HvJEG 10 april 1984, Zaak 79/83, *Harz t. Deutsche Tradax, Jur.* 1984, p. 1921). Het is wel de vraag of dergelijke overwegingen, die de wijze betreffen waarop de nationale autoriteiten om hebben te gaan met horizontale verhoudingen, analoog kan

gever weliswaar verschillende keuzes heeft maar dat een scherp onderscheid dient te worden gemaakt tussen de wetgever en de rechter in de zin dat de rechter zich niet op die keuzevrijheid kan beroepen. Hij heeft immers de mogelijkheid noch de bevoegdheid om derden van bepaalde rechten te ontdoen.[248] Hoewel Martens dit argument als weinig praktisch terzijde schuift, is het niet onmogelijk dat ook het Hof van Justitie van een soortgelijke veronderstelling is uitgegaan.[249] Uiteraard staat het vanuit verdragstechnisch oogpunt bezien de lidstaat vrij de discriminatie *level down* op te heffen, maar een dergelijke maatregel zal van de wetgever moeten komen en in de tussentijd dient de vrije werking van het Unierecht wel verzekerd te zijn. Bovendien, aldus Advocaat-Generaal Kokott, stuit een wijziging ten nadele van de begunstigde groep wanneer deze retroactieve gevolgen heeft veelal op het vertrouwensbeginsel.[250] Een wijziging van, bijvoorbeeld, een belastingregime teneinde een ongelijke behandeling op te heffen kan dus uitsluitend werken ten aanzien van toekomstige belastingaanslagen en kan niet worden beschouwd als een remedie in de aanhangig zijnde procedure. De ongelijke behandeling die de benadeelde partij stelt te ondergaan blijft daarmee bestaan, en daarmee blijft ook de schending van het Unierechtelijke gelijkheidsbeginsel in stand.

Een tweede kwestie betreft de vraag of het Hof zich bewust is van de constitutionele consequenties van deze rechtspraak. Hoewel het Hof daar in de aangehaalde zaken zelf niet op in gaat, en het in de betreffende zaken ook van de zijde van de AG stil blijft, mag worden aangenomen dat het Hof zich van de constitutionele implicaties rekenschap heeft gegeven, maar dat het – wellicht weinig verrassend – voorrang geeft aan de effectieve doorwerking van het Unierecht. Een indicatie daarvoor bieden de zaken *Nimz* en (al eerder aangehaald) *Schöning- Kougebetopoulou*.[251] In beide zaken verwees de nationale rechter uitdrukkelijk naar constitutionele obstakels. Toch beklemtoonde het

worden toegepast in de verhouding tussen de wetgever en burgers. Dat de nationale autoriteiten zorg hebben te dragen voor *incentives* voor werkgevers om hun werknemers gelijk te behandelen, wil nog niet zeggen dat zij ook zorg hebben te dragen voor *incentives* voor de nationale wetgever om gelijke gevallen gelijk te behandelen. Dat gezegd hebbend, is er natuurlijk wel iets te zeggen voor de gedachte dat uit het feit dat ook tegen ongelijke behandelingen door de wetgever een adequate rechtsbescherming moet openstaan, volgt dat remedies beschikbaar zijn die een afschrikwekkende werking hebben, maar daaruit volgt niet zonder meer dat de hierboven besproken rechtspraak over de opheffing van het gelijkheidsbeginsel door die gedachte wordt gemotiveerd.

248 Van Dijk 1988.

249 Vgl. Martens 2000a.

250 Advocaat-Generaal Kokott in haar conclusie van 13 december 2007 onder *Marks & Spencer II* (uitspraak van 10 april 2008, C-309/06). Vgl. ook HvJEG 8 juni 2000, C-396/98, *Schlossstrasse GbR t. Finanzamt Paderborn, Jur.* 2000, p. I-4297 en HvJEG 11 juli 2002, C-62/00, *Marks & Spencer I, Jur.* 2002, p. I-6325, §45-46.

251 HvJEG 7 februari 1991, C-184/89, *Nimz t. Hansestadt Hamburg, Jur.* 1991, p. I-297 en HvJEG 15 januari 1998, C-15/96, *Schönig-Kougebetopoulou, Jur.* 1998, p. I-47.

Hof, in lijn met de *Simmenthal*-jurisprudentie dat dergelijke obstakels niet in de weg kunnen staan aan de effectieve doorwerking van het Unierecht.

7.3.4.3 Resumerend

Ik ben in deze paragraaf nagegaan welke houding het Hof kiest in de eigen rol als constitutionele Unierechter. Dat deed ik aan de hand van een tweedeling in mogelijke gronden voor een *terme de grâce*: de ernstige maatschappelijke gevolgen van een uitspraak en staatsrechtelijke terughoudendheid als er politieke keuzes moeten worden gemaakt. In dat laatste geval is, denk ik, de ruimte voor tijdelijke toepasbaarheid van een, met het Unierecht strijdige, norm zeer klein. Hoewel het Hof in de vroege jaren van zijn bestaan zelf ook weleens een Unierechtelijke norm tijdelijk toepasbaar verklaarde om de bevoegde instanties de tijd te geven een oplossing uit te werken, lijkt het van die lijn afgestapt. Gecombineerd met de strenge lijn die het Hof kiest als het om de toepassing van het gelijkheidsbeginsel in de lidstaten gaat, zie ik daarin een structurele houding: het Hof ziet toepassing van het gelijkheidsbeginsel niet als rechtsvorming, tenminste niet als onaanvaardbare rechtsvorming, maar als uitwerking van het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Het *Sturgeon*-arrest laat zien dat het er ook geen problemen mee heeft om zelf hetzelfde te doen als dit van hem gevraagd wordt. In de ogen van het Hof is dat kennelijk normaal gebruik van de bevoegdheden om buiten toepassing te laten en conform te interpreteren.

Anders ligt het met betrekking tot een *terme de grâce* die geïnspireerd is door de ernstige consequenties die het buiten toepassing laten van een norm in de lidstaat kan hebben. De ruimte daarvoor is wat groter, zij het dat het Hof zeer stringente criteria aanlegt. Het moet gaan om 'ernstige verstoringen' van beginselen die ook door de Unierechtelijke rechtsorde worden erkend. De lidstaat heeft een forse bewijslast dat de bedreiging zich ook daadwerkelijk manifesteert, en het mag niet enkel gaan om ernstige consequenties voor de schatkist. Nu ook de grondrechten in het Handvest tot de beginselen van het Unierecht gerekend worden, lijkt het voor de hand te liggen dat een bedreiging van voldoende omvang, van die grondrechten in de lidstaten, een te respecteren reden voor het Hof kan zijn om in de toekomst ruimhartig te zijn bij het nuanceren van de voorrangsregel.

7.4 UITGELEIDE

De toelaatbaarheid van de *terme de grâce* is in Unierechtelijk perspectief van een andere orde dan onder het EVRM. Hoewel beide Europese stelsels een beginsel van effectieve rechtsbescherming kennen – het Unierechtelijke beginsel is zelfs op de artikelen 6 en 13 EVRM geënt – is de Unierechtelijke variant, niet verrassend overigens, aanmerkelijk sterker dan zijn equivalent in het EVRM.

Dat hangt samen met het feit dat het Unierechtelijke beginsel gestut wordt door de voorrang van het recht van de EU. Waar het EHRM noodzakelijkerwijs voorzichtig moet opereren, kan het Hof van Justitie zich inmiddels wel wat veroorloven. Het voorrangsbeginsel omvat in wezen de vrij 'harde' verplichting om 'iets' te doen: buiten toepassing laten, conform interpreteren, of, *if all fails*: schadevergoeding. Maar de wijze waarop het Hof de plicht tot buiten toepassing laten definieert, illustreert dat de boodschap is, dat de nationale rechter er in beginsel gewoon voor te zorgen heeft dat het '*all fails*' nooit klinkt.

Zijn er dan grenzen aan wat het Hof van Justitie van de nationale rechter vraagt? Ik ben op die kwestie ingegaan in het kader van de tijdelijke toepasbaarheid van een, met het Unierecht strijdig, wettelijk voorschrift. Ik concludeerde dat in zo'n geval het *Simmenthal*-mandaat onverkort werkt, maar dat het Hof – hoewel het dat nog niet expliciet heeft uitgesproken – mogelijk bereid is daar temporele uitzonderingen op aan te nemen. Het wordt in zo'n geval mogelijk dat de Nederlandse rechter het Hof prejudicieel vraagt om toestemming de kwestie over te laten aan de wetgever, onder gelijktijdige toepassing van de bestreden voorschriften. De ruimte die het Hof zou bieden is evenwel zeer beperkt. Het, in Nederland gebruikelijke, abstineren vanwege de keuzevrijheid van de wetgever is Unierechtelijk vermoedelijk geen optie. Dat het Hof in de zaak van *Eman & Sevinger* de Afdeling haar gang liet gaan is geen bewijs van het tegendeel: in die zaak was, door de bijzondere context, het buiten toepassing laten van de regeling eenvoudigweg onvoldoende om rechtsherstel te bieden.

Anders ligt het als het buiten toepassing laten van een voorschrift zou leiden tot ernstige verstoringen van, Unierechtelijk erkende, beginselen of grondrechten. In zo'n geval zie ik enige ruimte voor een *terme de grâce* voor de wetgever. De lat ligt dan echter hoog.

DEEL III | RECHTSVERGELIJKING

In deel I analyseerde ik de *terme de grâce* zoals die vorm kreeg in het Nederlandse recht. Het ging mij daarbij om de situatie dat de rechter er vanaf ziet om een remedie te bieden, en zich er – in plaats daarvan – toe beperkt om vast te stellen dat het wettelijk voorschrift in strijd is met een mensenrecht. Hij laat de kwestie dan over aan de wetgever.

In deel II bezag ik vervolgens de, met name, Europese dimensie van dit verschijnsel. Hoe verhoudt zich zo'n *terme de grâce* tot de eisen van effectieve rechtsbescherming die uit de Straatsburgse en de Luxemburgse rechtspraak voortvloeien? Ik signaleerde in dat verband een aantal knelpunten.

Het derde deel van dit boek is gewijd aan een rechtsvergelijkende analyse van de *terme de grâce*. Ik bezie in drie landen, Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en Canada, hoe rechters daar omgaan met hun constitutionele mandaat om grondrechten, ook jegens de formele wetgever, te beschermen. Welke remedies staan hun dan ten dienste? Beperken zij zich weleens tot een zuiver declaratoire remedie, en waarom doen zij dit dan? En áls zij dat doen, welke modaliteiten heeft zo'n Duitse, Britse of Canadese *terme de grâce* dan? Hoe ziet zij er uit, en wat zijn haar gevolgen? Het doel van deze rechtsvergelijking is tweeledig. In de eerste plaats wordt zo de Nederlandse *terme de grâce* in een internationaal perspectief geplaatst. Zuivere nieuwsgierigheid is hier dus het voornaamste motief. In de tweede plaats bezie ik of elementen uit het constitutionele recht en de constitutionele rechtspraak van deze landen, aanleiding kunnen geven voor suggesties ter verbetering van het Nederlandse model.

8 De constitutionele *terme de grâce* in Duitsland

8.1 Inleiding

In deel I ging het om de vraag hoe de Nederlandse rechter omgaat met het spanningsveld tussen effectieve rechtsbescherming van grondrechten en zijn constitutionele taakopvatting. We zagen dat hij een aantal remedies te bieden heeft, maar ook dat hij zich niet vrij voelt daar steeds gebruik van te maken. Soms staat de justitiabele met lege handen. In dit hoofdstuk bezie ik hoe de grondrechtenbescherming in Duitsland is vormgegeven. Welke remedies heeft 'de' Duitse rechter tot zijn beschikking? Komt het voor dat ook hij ervan afziet om in zo'n remedie te voorzien? En wat is dan de positie van de klager? In het Duitse stelsel van grondrechtenbescherming neemt het federale Constitutionele Hof, het *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) een centrale positie in. Hoewel ik summier inga op grondrechtenbescherming door de reguliere rechter, concentreer ik mij hier op de rechtspraak van het BVerfG.

Dit hoofdstuk is als volgt vormgegeven. In paragraaf 8.2 ga ik in op enkele preliminaire kwesties. Welke rol vervult het BVerfG in het stelsel van grondrechtenbescherming? Wat moet beschouwd worden als het toetsingsobject, en wat als de toetsingsmaatstaf? Vervolgens analyseer ik de constitutionele remedies die het BVerfG ter beschikking staan. Welke gevolgen verbindt het Hof aan de vaststelling dat een voorschrift ongrondwettig is? In welke gevallen ziet het Hof ervan af consequenties te verbinden aan een dergelijke vaststelling? En wat is dan de rechtspositie van de klagende burger? Deze bespreking is in twee delen opgesplitst: eerst behandel ik de ideaaltypische remedies: de grondwetsconforme interpretatie en de nietigverklaring (§8.3). Vervolgens ga ik in op de twee atypische varianten: de *Appellentscheidung* en de *Unvereinbarerklärung* (§8.4).

8.2 Het stelsel van grondrechtenbescherming

Hoe ziet het stelsel van grondrechtenbescherming er in Duitsland uit? Alvorens die vraag te beantwoorden, bezie ik kort wát precies ter toetsing voorligt (§8.2.1) en waaraan getoetst wordt (§8.2.2). Vervolgens ga ik in op de vraag wíe toetst, en op welke wijze (§8.2.3).

8.2.1 Object van toetsing

Net als in Nederland, wordt in Duitsland onderscheid gemaakt tussen een formeel en een materieel wetsbegrip. Ook daar wordt onder de wet in formele zin verstaan, de regeling waarbij met name de volksvertegenwoordiging betrokken is geweest. Zij wordt ook wel aangeduid als *Parlamentsgesetz*.[1] Dergelijke wetgeving kan algemeen verbindende normen bevatten, maar noodzakelijk is dat niet.[2] Anderzijds kunnen dergelijke algemeen verbindende normen vervat zijn in lagere regelgeving, zoals *Rechtsverordnungen* en *Satzungen*. Betreft een regeling zo'n algemeen verbindende norm, dan spreekt men van een wet in materiële zin.[3]

Het Duitse staatsverband kent twee rechtssferen ('*Rechtskreise*'): de federale en de deelstatelijke. In beide rechtssferen kan sprake zijn van wetgeving in formele (en materiële) zin. De deelstaten kennen immers elk een eigen formele wetgever. Zulke formele wetgeving wordt in de regel aan de deelstatelijke grondwet getoetst door het constitutionele hof van de desbetreffende deelstaat.[4] Toetsing door het BVerfG staat, uitzonderingen daargelaten, slechts open wanneer de wet mogelijk conflicteert met de federale grondwet of met federale wetgeving.[5] Bondswetgeving wordt dan weer niet getoetst door de constitutionele rechters van de deelstaten, wier bevoegdheid zich immers beperkt tot de toetsing aan de deelstatelijke grondwet.[6] Ik beperk mij in dit boek tot de toetsing van beide soorten formele wetgeving door de federale constitutionele rechter. De rechtspraak van de *Landesverfassungsgerichte* blijft buiten beschouwing.

8.2.2 Toetsingsmaatstaf

Om welke grondrechten gaat dat dan precies? De kern van de Duitse grondrechtenbescherming wordt gevormd door het *Grundgesetz*, de Duitse grondwet.[7] Het GG is evenwel niet de enige grondrechtencatalogus in de Duitse rechtsorde. De Bondsrepubliek kent een pluralistisch en weinig coherent geheel

1 Zie Maurer 2005, p. 547-555. Vgl. voorts de artikelen 76-78 GG, die de totstandkomingsprocedure voor de wet in formele zin regelen.
2 Zo schrijft artikel 110 II-1 GG voor dat de overheidsbegroting bij formele wet wordt vastgesteld: het *Haushaltsgesetz*. Deze wet bevat geen algemeen verbindende normen.
3 Maurer 2005, p. 548-549.
4 Vgl. artikel 100 I GG.
5 Dat laatste is overigens een gevolg van het feit dat alle wetgeving van de bond (dus ook bestuurswetgeving) voorrang heeft over alle deelstatelijke regels, ook wanneer het daarbij gaat om formele wetgeving. Vgl. de nogal resolute tekst van artikel 31 GG: *'Bundesrecht bricht Landesrecht'*.
6 Hoewel het BVerfG daarop zeer beperkt uitzonderingen toelaat: vgl. Maurer 2005, p. 733-734, en uitvoeriger: Lange 2001, p. 1278-1282.
7 *'Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland'* van 23 mei 1949, BGBl., p. 1.

van elkaar aanvullende en soms gedeeltelijk overlappende stelsels van grondrechten.[8] Zoals gezegd kennen de deelstaten eigen grondrechtencatalogi en eigen constitutionele hoven.[9] Ik laat deze deelstatelijke stelsels echter buiten beschouwing. Het *Grundgesetz* kenschetst het Duitse overheidsverband voorts als een *'gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa'*.[10] Artikel 1 GG wijst, in het verlengde daarvan, de mensenrechten aan als grondslag voor een vredige en rechtvaardige (internationale) gemeenschap.[11] Duitsland is dan ook aan diverse mensenrechtenverdragen gebonden.[12] In het kader van de Europese Unie is men bovendien gebonden aan het stelsel van grondrechtenbescherming van de Unie. Toch is de rol van deze grondrechtencatalogi, in vergelijking met het *Grundgesetz*, relatief bescheiden. Gedeeltelijk komt dat omdat de nationale grondrechten in veel gevallen een hogere beschermingsgraad bieden dan de mensenrechtenverdragen. Deels vloeit deze bescheiden rol voort uit de status van verdragsrecht in de Duitse rechtsorde. Ik bezie kort welke status de drie bronnen van grondrechten in de Duitsland (*Grundgesetz*, mensenrechtenverdragen en Unierecht) hebben.

8.2.2.1 Toetsing aan het Grundgesetz: 'Verfassungsgerichtsbarkeit'

Het *Bonner Grundgesetz* neemt in de Duitse rechtsorde een belangrijke rol in. Het document wordt gezien als de basis, niet alleen voor overheidsgezag maar van de Duitse gemeenschap als zodanig.[13] In de rechtspraktijk wordt het GG in dat verband wel tot inzet gemaakt van een integrale *Wertordnung* die zich verder uitstrekt dan over uitsluitend overheidshandelen.[14]

---

8 De kwalificaties 'pluralistisch' en 'weinig coherent' zijn van de hand van Pache (2004, p. 393).

9 Het land Schleswig-Holstein beschikte tot 1 mei 2008 niet over een eigen constitutionele rechter. Conflicten omtrent de uitleg van de deelstatelijke grondwet waren op basis van artikel 44 van die grondwet opgedragen aan het BVerfG (vgl. de artt. 93 I-4 en 99 GG die daartoe de gelegenheid bieden). Bij wet van 18 maart 2008 (GVOBl. Schleswig-Holstein, p. 149) is een eigen hof in het leven geroepen.

10 Vgl. de eerste volzin van de preambule.

11 Het GG wordt daarom nog weleens *völkerrechtsfreundlich* genoemd. Zie Stern 1994, p. 94-95; BVerfG 26 maart 1957, *BVerfGE* 6, 309 (*Reichskonkordat*), r.o. 243; BVerfG 14 oktober 2004, *BVerfGE* 111, 307 (*Görgülü*), r.o. 33.

12 Om de twee belangrijkste te noemen. Het IVBPR is door de Bondsrepubliek op 17 oktober 1973 geratificeerd (BGBl. 1973 II, p. 1534), het trad daar op 23 maart 1976 in werking. Het EVRM ratificeerde de BRD op 5 december 1952 (BGBl. 1954 II, p. 14). Het trad op 3 september 1953 in werking.

13 Vgl. Stern 1984, p. 70-71; Zippelius/Würtenberger 2005, p. 37.

14 Lange 2010, p. 79-80. K. Hesse, 'Verfassung und Verfassungsrecht', in: Benda, Maihofer & Vogel 1994, p. 3-18.

De wetgever ontleent zijn bevoegdheden, zo wil het de Duitse rechtstraditie, aan het *Grundgesetz*.[15] Op basis van artikel 1 lid 3 GG is hij aan de daarin opgenomen grondrechten gebonden. Strikt genomen is die bepaling niet nodig. Het *Grundgesetz* heeft als zodanig voorrang op (formele) wetgeving. Het gaat daarbij niet om *Anwendungsvorrang*, zoals wij die in Nederland kennen met betrekking tot een ieder verbindend verdragsrecht, maar om zogenaamde *Geltungsvorrang*: niet alleen dient toepassing van het voorschrift in het concreet voorliggende geschil achterwege te blijven, de norm is als zodanig non-existent wegens strijd met het *Grundgesetz*.[16] Expliciet is deze gedachte vastgelegd in artikel 78 van het *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (BVerfGG).[17] In de grondwet zelf treft men haar slechts impliciet aan.[18]

De voorrang van het *Grundgesetz* wordt door rechterlijke toetsing geëffectueerd. *Verfassungsgerichtsbarkeit* wordt dat wel genoemd.[19] Zij gaat, anders dan weleens wordt gedacht, verder terug dan de aanvaarding van het naoorlogse *Bonner Grundgesetz*.[20] Nieuw in deze grondwet was wel de introductie, naar Oostenrijks voorbeeld, van een federaal constitutioneel hof, het *Bundesverfassungsgericht*, dat met de gezaghebbende uitleg van de grondwet, en de toetsing

15 Niettemin gaat het *Grundgesetz* expliciet uit van volkssoevereiniteit. Zie art. 20 lid 2 GG: *'Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus* (…)'. Vgl. tevens: BVerfG 26 juni 1990, *BVerfGE* 83, 60 (*Ausländerwahlrecht II*), 71 (r.o. 39).

16 Vgl. Graßhof 2003, p. 70. Daarover nader: Sillen 2010, p. 142-146.

17 Het BVerfGG vult de inrichting en de bevoegdheden van het BVerfG nader in.

18 Vgl. art. 100 lid 1 GG, dat ziet op de plicht van de reguliere rechter om bij twijfel over de *geldigheid* van wettelijke voorschriften, daarover een prejudiciële vraag aan het BVerfG te stellen. De conclusie dat deze bepaling inderdaad nietigheid veronderstelt, wordt overigens niet door iedereen onderschreven. Ipsen 1980, p. 164-173 en Schlaich & Korioth 2007, p. 220 doen dat wel. Anders echter: Hoffmann 1961, p. 197; Böckenförde 1966, p. 54, 62. Minder stellig: Benda & Klein 2001, p. 516-517. Sluitend is de redenering inderdaad niet. Met geldigheid kan ook gedoeld worden op het concrete geval. Niettemin lijkt zij, gelet op de heersende rechtsopvattingen ten tijde van de totstandkoming van het *Bonner Grundgesetz*, wel plausibel. Het nietigheidsdogma was destijds gemeengoed. Vgl.: Ipsen 1988, p. 165-166; Hein 1988, p. 96. Het is geen rare gedachte, dat de grondwetgever deze nietigheid veronderstelde bij het formuleren van artikel 100 GG.

19 In de oudere literatuur vindt men ook wel de term *Staatsgerichtbarkeit*. Vgl. Maurer 2005, p. 663-664.

20 Vormen van constitutionele toetsing treft men al aan bij het Reichskammergericht (1495-1806) en de Reichshofrat (1498-1806) van het Heilige Roomse Rijk. Een volwaardige rechtsgang kon men dat lange tijd overigens nog niet noemen. Zie Stolleis 1988, p. 134. Het *Reichsgericht* van de Weimarrepubliek had beperkte bevoegdheden tot toetsing, die voornamelijk zagen op de beslechting van geschillen tussen het federale gezag en dat van de deelstaten, en de verdeling van bevoegdheden tussen staatsorganen van het rijk en de *Länder*. Om toetsing aan grondrechten ging het nog niet. Zie nader Robbers 1990, p. 261-262.

van wetgeving aan die grondwet, is belast.[21] De rol van dat hof, en zijn relatie tot de reguliere rechtspraak, bespreek ik in paragraaf 8.2.3.[22]

Bijzonder is overigens nog, dat de grondrechten van het GG de Duitse wetgever niet alleen binden in zijn capaciteit als nationale wetgever maar ook als uitvoerder van Europees Unierecht. In dat verband kan zowel de wettelijke regeling zélf als, zij het bij wijze van exceptie, de bovenliggende Unierechtelijke regeling aan het GG worden getoetst.[23] In de praktijk komt het een enkele keer voor dat een wettelijke regeling ter implementatie van Europees recht wegens strijd met het GG nietig wordt verklaard. Daarvan is sprake als de wetgever de mogelijkheid had om het Europese recht op een grondwetsconforme manier te implementeren, maar dat niettemin in strijd met het GG heeft gedaan.[24] Dwingt het Unierecht de wetgever tot het uitvaardigen van een regeling die onverenigbaar is met het *Grundgesetz*, dan is het in theorie mogelijk dat het BVerfG ook reeds dit Unierecht nietig verklaart.[25] Zo ver is het evenwel nooit gekomen. Hoewel het Unierecht, althans in de ogen van het BVerfG, geen principiële voorrang boven het *Grundgesetz* toekomt, is de houding van de Duitse rechter ten aanzien van het Unierecht in de praktijk een zeer loyale.[26] De vraag of Unierechtelijke ambten de, hun door de verdragen toebedeelde, bevoegdheden overschrijden, beantwoordt het BVerfG bijvoorbeeld alleen negatief wanneer sprake zou zijn van een 'voldoende gekwalificeerde' en 'structurele' overschrijding.[27] De Duitse constitutionele rechter is daarom in Europees verband weleens omschreven als een 'hond die wel blaft maar niet bijt'.

---

21 Anders dan zijn Oostenrijkse tegenhanger heeft het BVerfG evenwel niet het hele monopolie op constitutionele rechtspraak. Het deelt dat met de zgn. *Fachgerichte*. Op deze gecompliceerde verhouding wordt hierna ingegaan.

22 Het BVerfG hanteert diverse benamingen voor de 'andere' rechters. Soms spreekt men van '*die Gerichte*', soms van '*Instanzgerichte*'. De term '*Fachgerichte*' is inmiddels ingeburgerd. Zie (kritisch): Schumann 1983, p. 184. Ik spreek zelf van 'reguliere' rechters, of van het, in Duitsland gebruikelijke, *Fachgerichte*.

23 BVerfG 29 mei 1974, *BVerfGE* 37, 271 (*Solange I*). De toetsbaarheid van Unierecht is *de facto* wel beperkt doordat het BVerfG zonder tegenbericht aanneemt dat het Unierecht gelijkwaardige grondrechtenbescherming biedt. Het weigert daarom de toetsingsbevoegdheid uit te oefenen: BVerfG 22 oktober 1986, *BVerfGE* 73, 339 (*Solange II*). Recent hield BVerfG 12 september 2012, 2 BvR 1390/12 (*ESM-Vertrag*) in dat verband de gemoederen bezig.

24 Vgl. BVerfG 18 juli 2005, *BVefGE* 113, 273 (*Europäischer Haftbefehl*).

25 Aldus BVerfG 12 oktober 1993, *BVerfGE* 89, 155 (*Maastricht-Urteil*), 188. Zie tevens: BVerfG 30 juni 2009, *BVerfGE* 123, 267 (*Lissabon-Urteil*).

26 Zo bijv. ook Cuyvers 2011, p. 71. Een recent voorbeeld: BVerfG 12 september 2012, 2 BvR 1390/12 (*ESM-Vertrag*).

27 BVerfG 6 juli 2010, *BVerfGE* 126, 286 (*Honeywell*), 304.

8.2.2.2 De mensenrechtenverdragen in de Duitse rechtsorde

Volgens de heersende leer werkt internationaal recht slechts door middel van transformatie of door een *Anwendungsbefehl* door in het Duitse recht.[28] De algemene regels en beginselen van het volkenrecht zijn, op basis van artikel 25 GG, bestanddeel van het Duitse recht. Voor verdragsrecht is, op de voet van artikel 59 GG, echter een specifieke wettelijke grondslag nodig. Tenzij de specifieke wettelijke regeling anders bepaalt, heeft de getransformeerde of 'overgenomen' verdragsnorm dezelfde rang als de rechtshandeling waarmee het tot het Duitse recht is toegelaten. In de praktijk is dat federale formele wetgeving. Dat ligt voor de mensenrechtenverdragen niet anders.[29] Een gevolg van deze inschaling is dat de mensenrechtenverdragen geen principiële voorrang toekomt boven formele wetgeving.

Dit gevolg stuit in de praktijk – in ieder geval ten aanzien van het EVRM – op weerstand. In het verleden is geprobeerd de voorrang van het EVRM te construeren. Zo is wel betoogd dat uit de mensenrechtenverdragen zélf bovenconstitutionele status volgt.[30] Ook is weleens verwezen naar artikel 1 GG dat de mensenrechten noemt als grondslag voor de internationale rechtsorde, en ze betitelt als 'onveranderlijk en onschendbaar'.[31] Het gros der auteurs noch het BVerfG, is door dit soort argumenten overtuigd.[32] Het EVRM dwingt tot incorporatie noch tot voorrang in het nationale recht. De stelling dat de mensenrechtenverdragen dezelfde status als het *Grundgesetz* hebben is evenmin geaccepteerd.[33] Het BVerfG wees bijvoorbeeld het standpunt af, dat de mensenrechtenverdragen te beschouwen zijn als *ius cogens* dat, gelet op artikel 25 GG,

28 Het verschil tussen een *Anwendungsbefehl* en transformatie is dogmatisch van aard. In het tweede geval wordt de internationale norm getransformeerd tot nationaal recht en ook als zodanig toegepast. In het geval van een *Anwendungsbefehl* gebiedt een nationaalrechtelijke regeling de rechter en het bestuur de internationale norm rechtstreeks toe te passen: die norm wordt dus niet als nationale, maar als internationale norm toegepast, zij het *krachtens* een nationaal voorschrift. De literatuur is verdeeld omtrent de vraag of de wettelijke regeling die de verdragsnorm in het nationale recht doet werken nu als transformatie, dan wel als *Anwendungsbefehl* moet worden gekarakteriseerd. Zie nader de dissertatie van Uerpmann (1993) met vele verwijzingen (p. 23-24).

29 Mogelijke onduidelijkheid omtrent de status van het EVRM is weggenomen doordat reeds de goedkeuringswet spreekt van een afkondiging met kracht van wet. Zie de wet van 7 augustus 1952, BGBl. 1952 II, p. 685.

30 Grewe 1954, p. 149, 176.

31 Vgl. bijv. Echterhölter 1955, p. 691. Nadere bespreking met verwijzingen bij Uerpmann 1993, p. 78-81; Pache 2004, p. 399.

32 Herzog 1959, p. 44-47; Guradze 1968, p. 13.

33 Vgl. bijv. Guradze 1968, p. 14-18; Bleckmann 1994, p. 149; Walter 1999, p. 972 en Hoffmeister 2001, p. 364, die op uiteenlopende gronden bepleiten dat het EVRM *Verfassungsrang* toekomt. Aanvaarding van dit standpunt zou twee 'voordelen' hebben voor de afdwingbaarheid van zulke mensenrechten. In de eerste plaats komt aan zulke mensenrechten dan, naar nationaal recht, voorrang toe boven formele wetgeving. In de tweede plaats kan over de schending ervan dan worden geklaagd bij het BVerfG.

bestanddeel is van het Duitse recht en voorrang heeft boven nationale (formele) wetgeving.[34] Doet zich dus een conflict voor tussen een formele wet en een mensenrecht, dan zijn, normaal gesproken, de gebruikelijke collisieregels van toepassing: *lex specialis derogat legi generali* en *lex posterior derogat legi priori*.

Toch is met name het EVRM van wezenlijker betekenis voor Duitsland dan het voorgaande suggereert. De rechtspraktijk is nogal creatief in het vinden van manieren om het verdrag in concrete gevallen effectief te laten doorwerken. Zo werd het EVRM in het verleden een enkele keer beschouwd als *lex specialis* ten opzichte van daarmee conflicterende formele wetgeving.[35] Deze werkwijze heeft zo zijn grenzen en komt in de praktijk dan ook niet zo vaak voor.[36] Van groter belang is de methode van verdragsconforme interpretatie.[37] Ook in Duitsland geldt de presumptie dat de wetgever loyaal is aan de aangegane verdragsverplichtingen.[38] Het GG is in Duitse ogen namelijk *völkerrechtsfreundlich*.[39] Bijzonder is dat deze praktijk twee constitutionele randjes heeft. Laat de reguliere rechter na wetgeving EVRM-conform uit te leggen, zonder daarbij te verwijzen naar de grenzen van zijn rechterlijke taak, dan handelt hij in strijd met artikel 20 lid 3 GG, dat hem bindt aan 'de wet en het recht'.[40]

De plicht voor de reguliere rechter om wettelijke voorschriften verdragsconform uit te leggen is eindig. Volgens het BVerfG rust op de reguliere rechter de plicht om *die Konvention wie anderes Gesetzesrecht des Bundes im Rahmen methodisch vertretbarer Auslegung zu beachten und anzuwenden*.'[41] '*Methodisch vertretbar*' betekent voor de Duitse rechter iets anders dan voor de Nederlandse en Britse rechters wanneer zij EVRM-conform interpreteren. Ik heb hiervoor het begrip '*remedial interpretation*' van stal gehaald en betoogde in dat verband dat de Nederlandse rechter zich soms minder aantrekt van 'harde' grenzen als de wettekst, maar eerder te maken heeft met institutionele grenzen. De Duitse reguliere rechter kent zichzelf minder vrijheid toe om af te wijken van

34 Zie o.m. BVerfG 26 maart 1987, *BVerfGE* 74, 358 (*Unschuldvermutung*), r.o. 39. Bevestigd in BVerfG 14 oktober 2004, *BVerfGE* 111, 307 (*Görgülü*).

35 Vgl. OLG Saarbrücken 9 november 1960, *NJW* 1961, 377 (*Dauer der Untersuchungshaft*); AG Geilenkirchen 21 juni 1971, *NJW* 1971, 2320 (*Dolmetscher*).

36 Een recent voorbeeld waarin dat niet lukte: BGH 21 juli 2010, 5*StR* 60/10 (*Sicherungsverwahrung*), r.o. 15.

37 Vgl.: Stern 1984, p. 475-477; Geiger 2002, p. 176-177 en 189-191; Jarass, in: Jarass & Pieroth 2007, p. 572.

38 Vgl.: Geiger 2002, p. 189-190; BVerfG 23 juni 1981, *BVerfGE* 58, 1 (*Eurocontrol I*), 34 (r.o. 101).

39 Vgl. BVerfG 26 maart 1957, *BVerfGE* 6, 309 (*Reichskonkordat*), 362-363 (zij het nog in negatieve zin: het beginsel van *Völkerrechtsfreundlichkeit* kende grenzen). Zo eveneens: BVerfG 17 december 1975, *BVerfGE* 41, 88 (*Gemeinschafsschule*). Later wel in positieve zin: BVerfG10 januari 1995, *BVerfGE* 92, 26 (*Zweitregister*); BVerfG 14 oktober 2004, *BVerfGE* 111, 307 (*Görgülü*), 317 (r.o. 33). Zie onlangs: BVerfG 4 mei 2011, *BVerfGE* 128, 326 (*EGMR Sicherungsverwahrung*), 366 (r.o. 86). Vgl. voor een nadere analyse van het beginsel: Payandeh 2009.

40 BVerfG 14 oktober 2004, *BVerfGE* 111, 307 (*Görgülü*), 323 (r.o. 47).

41 BVerfG 14 oktober 2004, *BVerfGE* 111, 307 (*Görgülü*), r.o. 31-32.

de wettekst en de totstandkomingsgeschiedenis. Dat is verklaarbaar. Hij zou daarmee het toetsingsmonopolie van het BVerfG doorkruisen. Is een verdragsconforme uitleg van de wet onmogelijk, dan is het echter niet einde verhaal. Sinds 1987 acht het BVerfG het EVRM richtinggevend voor de uitleg van de eigen grondwet.[42] In het arrest *Görgölü* bouwde het Hof deze rechtspraak verder uit:

> 'Die Gewährleistungen der Konvention beeinflussen (...) die Auslegung der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes. Der Konventionstext und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dienen auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes, sofern dies nicht zu einer – von der Konvention selbst nicht gewollten (vgl. Art. 53 EMRK) – Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt (...)'.[43]

De redenering van het BVerfG omvat twee aspecten. De Duitse rechter legt de eigen grondwet steeds zodanig uit dat een schending van het EVRM achterwege blijft. Het open karakter van de normen van het *Grundgesetz* maakt dat normaal gesproken mogelijk. Het Hof wijkt, onder verwijzing naar artikel 53 EVRM, slechts van die regel af wanneer het EVRM, al dan niet aan derden, minder bescherming biedt dan het *Grundgesetz*.[44] Daarvan is sprake als de nationale rechter geroepen wordt een belangenafweging te maken tussen twee conflicterende grondrechten. Het is mogelijk dat die belangenafweging in het kader van de Grondwet tot een andere uitkomst van het geschil zou nopen dan de belangenafweging in het kader van het EVRM. Conforme interpretatie van de grondwet zou dan betekenen dat een partij die zich naar zuiver nationaal recht met vrucht op een prevalerend grondrecht had kunnen beroepen, als gevolg van EVRM-conforme interpretatie het onderspit delft. Dat verbiedt de Grondwet, aldus het BVerfG.[45] Recente rechtspraak lijkt er echter op te wijzen dat het BVerfG bereid is ver te gaan bij het incorporeren van het EVRM in de eigen uitleg van het *Grundgesetz*. In 2011 liet het Hof de eigen rechtspraak inzake de grondwettigheid van preventieve detentie (een *quasi* TBS) bijvoorbeeld loyaal varen na kritische Straatsburgse jurisprudentie.[46]

---

42 BVerfG 26 maart 1987, *BVerfGE* 74, 358 (*Unschuldvermutung*), r.o. 39.

43 BVerfG 14 oktober 2004, *BVerfGE* 111, 307 (*Görgülü*), 317 (r.o. 32).

44 *Ibid.*

45 Vgl. *Görgölü*, r.o. 35 en 62. Zie voor een illustratie BVerfG 26 februari 2008, *BVerfGE* 120, 180 (*Caroline von Monaco III*). Omtrent de relatie tussen 'Karlsruhe' en Straatsburg: zie Schlaich/Korioth 2007, p. 211-215 (met nadere verwijzingen).

46 BVerfG 4 mei 2011, *BVerfGE* 128, 326 (*EGMR Sicherungsverwahrung*). De vraag of het mogelijk was de Duitse wetgeving in kwestie EVRM-conform te interpreteren hield de reguliere rechtspraak tot dan toe verdeeld. Vgl. o.a. BGH 21 juli 2010, 5*StR* 60/10 (*Sicherungsverwahrung*), r.o. 15. Zie voorts mijn annotatie bij EHRM 13 januari 2011, *EHRC* 2011/50 (*Kallweit t. Duitsland*), en de annotaties van De Lange bij respectievelijk: EHRM 9 juni 2011, *EHRC*

Ruw samengevat luidt de conclusie dat de mensenrechtenverdragen in Duitsland, ondanks het ontbreken van voorrang, doorgaans ten koste van formele wetgeving worden geëffectueerd. Het voertuig dat daarvoor wordt gebruikt is de verdragsconforme interpretatie van zulke wetgeving en, indien dat onmogelijk is, de verdragsconforme interpretatie van het *Grundgesetz*. Dit geldt overigens niet alleen voor het EVRM, maar ook voor de overige mensenrechtenverdragen.[47] Het BVerfG ziet op twee manieren toe op het effectueren van deze verdragen. In de eerste plaats verplicht het de reguliere rechter, op straffe van een schending van artikel 20, derde lid, GG (de binding aan wet en recht), te onderzoeken of verdragsconforme uitleg mogelijk is. Het Hof bepaalt in dat verband zelf bovendien, zij het in samenspraak met de reguliere rechter, waar de grenzen van diens rechtsvormende taak liggen.[48] In de tweede plaats legt het de grondrechten van het *Grundgesetz* zo nodig verdragsconform, en met voorbijgaan aan de eigen jurisprudentie, uit. De consequentie is dan dat een wettelijk voorschrift dat niet verdragsconform kan worden gelezen, wegens strijd met het corresponderende grondwettelijke recht, nietig is.

8.2.2.3 Unierechtelijke grondrechten in Duitsland

Duitsland is, als prominente lidstaat van de Europese Unie, gebonden aan het Unierecht. Dat Unierecht heeft zich de afgelopen decennia ook op het terrein van de grondrechtenbescherming ontwikkeld. In de delen I en II ben ik daar al op ingegaan. Zowel de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake grondrechtenbescherming op basis van de gemeenschappelijke tradities van de lidstaten, als het Handvest van de Grondrechten van de Unie, zijn voor Duitsland van belang. Dat geldt ook voor een aantal grondrechtelijk getinte richtlijnen en verordeningen.[49]

In dat verband is er een verschil tussen het Handvest en de grondrechtenrechtspraak van het Hof van Justitie enerzijds, en grondrechtelijk getint secundair Unierecht. De tweede categorie is direct van belang voor de wetgever, ook en vooral in zuiver nationale verhoudingen. Het is de reguliere rechter die de voorrang van rechtstreeks werkend secundair Unierecht handhaaft. Anders dan de voorrang van het *Grundgesetz* is de voorrang ervan een kwestie van *Anwendungsvorrang* en niet van *Geltungsvorrang*. Duitse voorschriften die conflicteren met secundair Unierecht worden conform uitgelegd en, als sprake is van rechtstreeks werkende bepalingen, zo nodig buiten toepassing gelaten.

Voor de eerste categorie geldt dat deze voornamelijk beschermt tegen rechtsvorming in de sfeer van het Unierecht zelf. Zuiver nationaal handelen

---

2011/119 (*Schmitz t. Duitsland*); EHRM 24 november 2011, *EHRC* 2012/27 (*Schönbröd t. Duitsland*) en EHRM 24 november 2011, *EHRC* 2012/28 (*O.H. t. Duitsland*).

47 Vgl. Uerpmann 2003, p. 108-112. Voorts: Stern 1994, p. 1612.

48 Zie hierna §8.3.1.

49 Bijv. Richtlijn gelijke behandeling.

van de Duitse wetgever wordt uitsluitend langs de meetlat van het *Grundgesetz* gelegd, soms uitgelegd in het licht van het EVRM. Het Handvest speelt in zulke zuiver nationale geschillen in beginsel geen rol. Over de schending ervan kan dan ook niet bij het BVerfG worden geklaagd. Anders liggen de zaken wanneer de Duitse wetgever optreedt ter implementatie van Unierecht.[50] In dat geval is het mogelijk dat de totstandgekomen wetgeving wordt getoetst aan de bepalingen van het *Grundgesetz* én aan het Handvest. Wat echter, als de Duitse wetgever precies op het grondrechtelijk problematische punt gebonden was aan het Unierecht en daarbij niet over enige discretionaire ruimte beschikte? Hier stond de wetgever. Hij kon niet anders. Mag de Duitse rechter, het BVerfG voorop, dat Unierecht dan aan het *Grundgesetz* toetsen?

Het BVerfG acht zich daartoe bevoegd. Om de relatie met de Brusselse en Luxemburgse vrienden niet op scherp te stellen, ziet het van zulke toetsing echter af zolang grondrechten in de Unie op een vergelijkbaar niveau beschermd worden als onder het *Grundgesetz*.[51] Het Handvest en de grondrechtenrechtspraak van de Unie worden nu van belang. Opereert de Duitse reguliere rechter als Unierechter, dan toetst hij implementatiewetgeving aan het Handvest, en aan de grondrechtelijke rechtspraak van het Hof van Justitie. Deze toets is gedeeltelijk een exceptieve. Eerst wordt bezien of het Unierecht ruimte laat voor implementatie die in overeenstemming is met de eigen grondwet.[52] Is dat het geval, dan wordt de kwestie naar het BVerfG verwezen. Is dat niet het geval, dan beziet de reguliere rechter of dat Unierecht in overeenstemming is met Unierechtelijke grondrechten. Zo nodig stelt hij in dat verband een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie. Is het antwoord positief, dan past de reguliere rechter de implementatiewetgeving toe. Is het antwoord negatief, dan laat hij het desbetreffende Unierecht, en daarmee ook de Duitse implementatiewetgeving, buiten toepassing. De voorrang van het Handvest op implementatiewetgeving is dan ook, anders dan de voorrang van het *Grundgesetz*, een kwestie van *Anwendungsvorrang*, en niet van *Geltungsvorrang*. Pas als zou blijken dat de geboden Unierechtelijke grondrechtenbescherming, in Duitse ogen, structureel tekort zou schieten, is het mogelijk dat het BVerfG ingrijpt. Het Unierecht komt dan geen werking toe in de Duitse rechtsorde, en de implementatiewet wordt nietig verklaard. Een dergelijk geval heeft zich tot dusver echter nog niet voorgedaan.[53] Gelet op de loyale houding van het

50 Zie echter zeer recent: HvJEU 26 februari 2013, C-617/10, *AB* 2013/131 m.nt. Widdershoven (*Åkerberg Fransson*), waarin het Hof van Justitie een ruime uitleg m.b.t. de reikwijdte van het Handvest gaf: reeds wanneer de kwestie onder het *toepassingsgebied* van het Unierecht valt, wordt het Handvest *getriggerd*. Het BVerfG geeft echter een zeer beperkte uitleg aan deze rechtspraak: zie BVerfG 24 april 2013, 1 BvR 1215/07 (*Antiterrordatei*), r.o. 91.

51 BVerfG 22 oktober 1986, *BVerfGE* 73, 339 (*Solange II*).

52 Vgl. bijv. BVerfG 18 juli 2005, *BVefGE* 113, 273 (*Europäischer Haftbefehl*).

53 Hoewel het er onlangs even op leek dat het BVerfG, in het kader van legaliteitstoetsing, zou 'doorbijten': zie BVerfG 6 juli 2010, *BVerfGE* 126, 286 (*Honeywell*).

BVerfG is dat ook niet erg voor de hand liggend. Daarvoor is méér nodig dan een enkele incidentele schending van het *Grundgesetz*.[54]

De rol van het BVerfG bij het handhaven van het Unierecht is dus voorlopig een zeer beperkte. Het is de reguliere rechter die Unierechtelijke grondrechten handhaaft, zowel tegen de wetgever in zuiver nationale kwesties, als tegenover de Unierecht implementerende wetgever. Ik bezie in dit hoofdstuk voornamelijk de rechtspraak van de constitutionele rechter. De wijze waarop de Duitse rechter de voorrang van Unierechtelijke grondrechten effectueert laat ik, met uitzonderingen, voor wat zij is.[55]

8.2.2.4 Resumerend

Het stelsel van grondrechtenbescherming in de Duitse rechtsorde is een bonte lappendeken van grondrechtencatalogi. De kern ervan wordt gevormd door het *Bonner Grundgesetz*. Deze wordt aangevuld met de grondwetten van de deelstaten, de mensenrechtenverdragen en de fundamentele rechten van de Europese Unie. Ik richt mij hier voornamelijk op de toetsing van formele wetgeving op federaal niveau. Zulke wetgeving wordt niet aan de grondwetten van de deelstaten getoetst. Wetgeving die conflicteert met het *Grundgesetz* verliest haar gelding. Zij is in beginsel nietig. Het vaststellen van deze nietigheid, en de daaraan ten grondslag liggende onverenigbaarheid tussen wet en grondwet, is de taak van het BVerfG. De mensenrechtenverdragen genieten in de Duitse rechtsorde geen principiële voorrang. Zij worden voornamelijk geëffectueerd door gebruikmaking van het interpretatieve mandaat van de reguliere en de constitutionele rechter. De praktijk laat zien dat met name het BVerfG zich in dat verband loyaal opstelt jegens de internationale rechtsorde. Doet zich een normconflict voor tussen federale wetgeving en het EVRM, dan gaat de handhaving van het EVRM daarom in de praktijk voornamelijk over de band van de toetsing aan het *Grundgesetz.*
Het handhaven van Unierechtelijke grondrechten is daarentegen voornamelijk een kwestie van de reguliere rechter. Zulke grondrechten komt in de regel enkel *Anwendungsvorrang* toe. Een wettelijk voorschrift dat conflicteert met

54 Het criterium is dat sprake moet zijn van een gekwalificeerde en structurele schending. Dit criterium ontleen ik aan het, in de vorige voetnoot genoemde, arrest *Honeywell*. In *Honeywell* ging het, strikt genomen niet om grondrechtentoetsing maar om zgn. *Kompetenz*-toetsing, om de vraag dus of een Unierechtelijk orgaan (m.n. het Hof van Justitie) een – mede door Duitsland toegekende – bevoegdheid had overschreden. Die *Kompetenz*-jurisprudentie – bekend van o.m. BVerfG 12 oktober 1993, *BVerfGE* 89, 155 (*Maastricht-Urteil*) en BVerfG 30 juni 2009, *BVerfGE* 123, 267 (*Lissabon-Urteil*) – is te onderscheiden van de *Solange*-rechtspraak. De grondgedachte is evenwel dezelfde: het BVerfG gaat uit van een presumptie die het Hof ervan weerhoudt de eigen jurisdictie in te vullen. Materieel lijkt mij hetzelfde criterium aan de orde.

55 Gelet op de vergaande bescherming van het *Grundgesetz* komt het ook niet zo vaak voor dat de reguliere rechter geroepen wordt Unierechtelijke grondrechten jegens de Duitse wetgever toe te passen.

een grondrechtelijk getinte regel van Unierecht, behoudt in beginsel zijn gelding, maar kan in het concreet voorliggende geschil niet worden toegepast.

8.2.3 Het stelsel van rechtsbescherming

Het kwam al even aan de orde. Grondrechten worden in Duitsland, afhankelijk van hun herkomst, beschermd door een kartel van verschillende rechters. Die rechters zijn ruwweg onder te verdelen in het Constitutionele Hof enerzijds, en de reguliere rechtspraak (de *Fachgerichte*) anderzijds. Ik bezie kort hoe dit stelsel van rechtsbescherming eruitziet. Eerst ga ik in op het Hof en zijn relatie met de reguliere rechter (8.2.3.1). Vervolgens loop ik kort de belangrijkste procedures na waarin toetsingsvragen aan het Hof worden voorgelegd (8.2.3.2).

8.2.3.1 Het Constitutionele Hof en de reguliere rechtspraak

De rechterlijke macht wordt in Duitsland, op het federale niveau althans, gevormd door de reguliere rechtspraak (de *Fachgerichte*) en het BVerfG. Zo wil het artikel 92 GG. Wanneer ik het over de reguliere rechtspraak heb, dan doel ik niet alleen op de '*Ordentliche Gerichte*', die recht spreken in strafrechtelijke en civielrechtelijke kwesties, maar ook op de gespecialiseerde rechtspraak in het arbeidsrecht, het socialezekerheidsrecht, het belastingrecht en het bestuursrecht. Het is niet zo dat deze verschillende rechterlijke kolommen, als waren zij onderdeel van een piramide, samenkomen bij een top die door het BVerfG wordt gevormd. Hoewel het Hof gerekend wordt tot de rechterlijke macht, is het geen reguliere rechter. Dit blijkt onder meer uit het feit dat het, anders dan de reguliere rechtspraak, gekwalificeerd wordt als *Verfassungsorgan*.[56] Dat brengt een bijzondere positie met zich. Zo zijn beheerskwesties, het budget incluis, de eigen verantwoordelijkheid van het Hof.[57] De rechters van het hof zijn ook geen 'gewone' rechters. Titulair worden zij aangeduid als '*Richter des Bundesverfassungsgerichtes*' en hun rechtspositie is in het BVerfGG geregeld.[58] Hetzelfde geldt voor de afwijkende benoemingsprocedure van rechters in het Hof.[59] Dat het Hof zich *Verfassungsorgan* noemt, betekent overigens niet, dat het geen zuiver rechterlijke instantie is. De procedure voor het Hof is dan ook geenszins een onderdeel van het wetgevingsproces.[60]

---

56 Zie art. 1 BVerfGG. Nader Schlaich/Korioth 2007, p. 16-17.
57 Ik doel op de zgn. *Geschäftsordnungsautonomie*. Zie art. 2 lid 3 BVerfGG jo. art. 28 lid 3 BHO.
58 Vgl. de artikelen 98 e.v. BVerfGG.
59 Vgl. artt. 94 lid 1 GG jo. 5 en 6 BVerfGG. Benoeming is, formeel althans, een gepolitiseerde kwestie. In de praktijk zorgt de eis van een tweederde meerderheid voor enige depolitisering, in de zin dat de machtsblokken in Bondsdag en Bondsraad aangewezen zijn op consensus over de rechtersbenoemingen.
60 Blüggel 1998, p. 11-12.

De rechterlijke bescherming van grondrechten is in het Duitse bestel een gedeelde taak van die *Fachgerichte* en het BVerfG. Deze laatste heeft daarbij het primaat, maar geen monopolie. Hiervoor kwam al even aan de orde dat de handhaving van de mensenrechtenverdragen in eerste instantie een zaak is voor de reguliere rechter. De rol van het BVerfG is op dat terrein subsidiair. Formeel heeft het Hof wel het monopolie op de toetsing aan het *Grundgesetz*.[61] Toch geldt ook hier dat de soep in de praktijk minder heet gegeten wordt dan zij wordt opgediend. In de eerste plaats is de uitwerking van de rechtsbescherming – het sluitstuk van de remedie, zo men wil – vaak een taak voor de *Fachgerichte*.[62] Bovendien bijt de reguliere rechter in veel gevallen de spits af bij de beoordeling van een toetsingsvraag.[63] Pas wanneer de reguliere rechter een wettelijk voorschrift voor ongrondwettig houdt, is hij bevoegd en verplicht deze ter toetsing aan het BVerfG voor te leggen. Enkele twijfel is niet genoeg.[64] Gelet op de werklast in Karlsruhe – het is niet slechts een Straatsburgs probleem – spoort het BVerfG de reguliere rechter geregeld aan om normconflicten zelf door grondwetsconforme uitleg van de wet op te lossen.[65] Het moge duidelijk zijn dat daarmee de rol van de reguliere rechter groeit. Dat doet uiteraard niet af aan de spilfunctie die het BVerfG vervult in de rechtsbescherming tegen *Verfassungswidrige Gesetze*. Het is die spilfunctie die nu aan de orde komt.

8.2.3.2 De wegen naar toetsing door het BVerfG

Het *Bundesverfassungsgericht* kent niet één bevoegdheidsgrondslag en evenmin één procedure. Er zijn meerdere wegen te bewandelen om de ongrondwettigheid van overheidshandelen aan de orde te stellen. Deze wegen zijn *grosso modo* onder te verdelen in procedures met een relatief contradictoir karakter en procedures waarin het Hof het objectieve recht handhaaft.

In het eerste geval kan men denken aan procedures tussen de deelstaten en de centrale overheid, respectievelijk tussen de diverse staatsinstellingen.[66]

---

61 Vgl. de artikelen 93 en 100 lid 1 GG.

62 Schumann 1983, p. 185; Schlaich/Korioth 2007, p. 13.

63 Dat is het geval bij twee procedures: de prejudiciële grondwettigheidsprocedure (*Richtervorlage*) op basis van artt. 100 lid 1 GG en 80 BVerfGG, en de zgn. constitutionele klacht (*Verfassungsbeschwerde*) tegen een rechterlijke uitspraak op basis van de artt. 93 lid 4a GG en 90 BVerfGG. In het eerste geval heeft de reguliere rechter een direct zichtbare rol: hij beslist immers of een prejudiciële vraag aan het BVerfG gesteld dient te worden. In het tweede geval is zijn rol een indirecte: op basis van art. 90 lid 2 BVerfGG dienen eerst de beschikbare rechtsmiddelen bij de reguliere rechter te worden uitgeput. Een directe klacht in Karlsruhe is niet-ontvankelijk.

64 Dit volgt uit de bewoordingen van art. 100 lid 1 GG. Zie tevens: BVerfG 1 maart 1978, *BVerfGE* 48, 40.

65 Vgl. Voßkuhle 2000, p. 179 en 199 (met nadere verwijzingen en rechtspraak).

66 Vgl. de zgn. *föderativen Streitigkeiten* ex art. 93-I (sub 3 en 4) GG, en om *Organstreitigkeiten* ex art. 93-I (sub 1) GG.

In zulke geschillen is sprake van twee gelijkwaardige procespartijen. De eisende partij moet dan aannemelijk maken dat hij door het voorwerp van de rechtsstrijd in een specifiek belang wordt geraakt. Dat voorwerp kan onenigheid over de grondwettigheid van wettelijke voorschriften zijn maar noodzakelijk is dat niet. Getalsmatig komt dat zelden voor.[67] Stelt het Hof de eiser in het gelijk dan stelt het, conform § 67 BVerfGG, de ongrondwettigheid van het bestreden handelen of nalaten vast. Anders dan in de nog te bespreken procedures, constateert het Hof in dit soort geschillen dus niet de nietigheid van het bestreden voorschrift. Het is aan de desbetreffende wetgever om het voorschrift te wijzigen of in te trekken.

Vaker gebeurt het dat wetgeving ter toetsing wordt voorgelegd in procedures bedoeld ter handhaving van het objectieve recht. Die zijn eveneens op diverse manieren te categoriseren. Een tweedeling die misschien niet het meest zuiver of voor de hand liggend is, maar wel bij het thema van dit boek past, is die tussen procedures die, al dan niet indirect, door burgers worden geïnitieerd, en procedures die bedoeld zijn voor overheidsorganen. Bij dat laatste valt te denken aan de *Parteienklage* (*abstrakte Normkontrolle*) en de *kommunale Verfassungsbeschwerde*.[68] Tot de eerste categorie reken ik de *Verfassungsbeschwerde* en de zogenaamde *Richtervorlage*, de prejudiciële procedure die ook wel *konkrete Normkontrollverfahren* wordt genoemd.[69] Ik concentreer mij hier op de rechtsbescherming van particulieren. De *Parteienklage* en de *kommunale Verfassungsbeschwerde* laat ik daarom even voor wat zij zijn. Ik beperk mij tot een schets van de *Richtervorlage* en de *Verfassungsbeschwerde*. In serie geschakeld vormen deze beide procedures een dekkend stelsel van rechtsbescherming voor particulieren.

---

67 Deze geringe betekenis vloeit voort uit de concurrentie van de, hierna nog te bespreken, *Parteienklage*. Anders dan de hiervoor genoemde procedures, ontbreekt dan een termijn. Bovendien heeft het BVerfG in dat geval ingrijpender uitspraakbevoegdheden. Zie Schlaich & Korioth 2007, p. 62-63.

68 De Parteienklage is geregeld in art. 93 lid 1, sub 2, GG, en uitgewerkt in art. 13 lid 6 jo. Art. 76 e.v. BVerfGG. Het betreft het recht van de Bondsregering, respectievelijk de regeringen van de deelstaten en de Bondsdag om het Hof te verzoeken de (on)grondwettigheid van een wettelijk voorschrift, of de (on)verenigbaarheid van deelstatelijke wetgeving met Bondswetgeving, vast te stellen. De Bondsdag kan dit verzoek slechts doen als een kwart van de leden het verzoek steunt (Anders: Sillen 2010, p. 25, die nog uitgaat van de tot 2009 geldende eis van een derde). Het gaat formeel niet om een contradictoire procedure: er is geen wederpartij. Wel dient het Hof de bij de bestreden regeling betrokken overheidsorganen te horen. Zie art. 77 BVerfGG. Dat brengt een zekere tegenspraak met zich. Hetzelfde geldt voor de zgn. *kommunale Verfassungsbeschwerde.* Die vinden we in sub 4b van art. 93 lid 1 GG. De procedure is uitgewerkt in de artt. 13 lid 8a, 90 e.v. BVerfGG. Gemeenten en gemeentelijke verbanden kunnen, op basis van deze regeling, een klacht bij het Hof indienen wanneer zij menen dat hun grondwettelijk recht op zelfbestuur is geschonden.

69 Strikt genomen staat ook de *Richtervorlage* enkel ter beschikking aan een overheidsorgaan: de rechtspraak. Het is niet de burger die prejudiciële vragen stelt, of kan afdwingen dat de rechter dat doet. Toch is deze procedure in de praktijk de belangrijkste toegangspoort voor de burger tot het BVerfG. Ik ga daarop hierna verder in.

Bij de *Richtervorlage* gaat het om een prejudiciële vraag van een reguliere rechter. De grondslag voor deze toetsing is te vinden in artikel 100 lid 1 GG, dat als volgt luidt:

> 'Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so ist das Verfahren auszusetzen und, wenn es sich um die Verletzung der Verfassung eines Landes handelt, die Entscheidung des für Verfassungsstreitigkeiten zuständigen Gerichtes des Landes, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes handelt, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen. (…)'.

Deze bepaling is de ankergrond van constitutionele toetsing in de Bondsrepubliek. Zij stelt boven twijfel dat zowel de reguliere rechter als het BVerfG de geldigheid van wettelijke voorschriften toetsen aan het *Grundgesetz*.[70] Het BVerfG komt in dat verband het primaat toe, maar het is de reguliere rechter die de rol van poortwachter krijgt toebedeeld.

De procedure van artikel 100 GG begint met alledaagse geschillen die zich afspelen voor de reguliere rechtspraak.[71] Hangt de uitkomst van zo'n geschil af van de grondwettigheid, en daarmee de geldigheid, van een wettelijke regeling, dan beslist het *Fachgericht* zelf of de regeling conform de grondwet is. Is het ervan overtuigd dat het voorschrift dat *niet* is, dan legt het de kwestie voor aan het BVerfG. De reguliere rechter heeft geen discretionaire ruimte bij de beslissing om al dan niet een prejudiciële vraag te stellen. Is hij van mening dat de wet onverenigbaar is met de grondwet, dan moet hij de vraag stellen. Twijfelt hij, of ziet hij een grondwetsconforme lezing van de regeling, dan is de vraag níet toegestaan. Hij moet dan van geldigheid van de regeling uitgaan.[72] De beslissing om al dan niet een prejudiciële vraag te stellen is niet appellabel. Wel kan men tegen de einduitspraak in hoger beroep gaan. Legt ook de hoogste rechter de kwestie niet aan het BVerfG voor, dan is de weg van de concrete *Normenkontrolle* via de *Richtervorlage* afgesloten. Houdt het dan helemaal op voor de teleurgestelde burger? Geenszins.

De justitiabele heeft nog een pijl op zijn boog: de *Verfassungsbeschwerde* van artikel 93 lid 1 sub 4a GG.[73] De *Verfassungsbeschwerde* is de enige proce-

---

70 Voor lagere regelgeving en voor formele wetgeving van vóór het Bonner Grundgesetz van 1949 (de zgn. *Vorkonstitutionnelle Gesetze*), geldt overigens dat de reguliere rechtspraak wel over de bevoegdheid beschikt deze op eigen gezag buiten toepassing te laten. Vgl. Maurer 2005, p. 710-711; Schlaich & Korioth 2007, rn. 138.

71 Wel dient het te gaan om zgn. '*Staatlichen Gerichte*'. Dat kunnen rechters zijn van de deelstaten of van het federale gezag, maar geen bestuurlijke scheidsgerechten of private arbitragecommissies. Vgl. Benda & Klein 2001, Rn. 779.

72 Deze dichotomie volgt uit de tekst van art. 100 GG ('*Hält ein Gericht ein Gesetz* (…) *für verfassungswidrig*'). Het Hof beoordeelt e.e.a. streng. Vgl. BVerfG 20 februari 2002, *BVerfGE* 105, 61 (*Wehrpflicht I*): de *Richtervorlage* was niet-ontvankelijk omdat onvoldoende gemotiveerd was waarom de regeling in strijd met het GG zou zijn.

73 Deze procedure is verder uitgewerkt in § 13 lid 8a jo. 90 e.v. BVerfGG.

dure die de burger zélf toegang geeft tot het Hof. Daarmee staat zij symbool voor de grondrechtenbescherming van het naoorlogse Duitsland. Ze spreekt niet alleen tot de verbeelding, maar komt ook veelvuldig voor.[74] Klachten kunnen zich richten tegen al het handelen of nalaten van overheden die behoren tot de Duitse federale staat of de deelstaten, ongeacht om welke staatsmacht het gaat. In theorie is het dus mogelijk dat rechtstreeks bij het BVerfG wordt geklaagd tegen het vaststellen of handhaven van wetgeving. In zulke gevallen wordt van een *Rechtssatz–* of *unmittelbare Verfassungsbeschwerde* gesproken. Klaagt men over toepassing van wetgeving door bestuur of rechter, dan is de *Urteils–* of *mittelbare Verfassungsbeschwerde* aan de orde. Ook daarmee wordt in de praktijk overigens vaak tegen wetgeving als zodanig geklaagd. De foutieve uitvoering van grondwettige wetgeving door het bestuur wordt immers door de bestuursrechter gecorrigeerd.[75] Wanneer de wettelijke regeling (naar de gangbare interpretatie ervan) echter correct is toegepast, en de bestuursrechter niet is overgegaan tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het BVerfG, dan ligt een *Verfassungsbeschwerde* tegen het oordeel van de bestuursrechter voor de hand.

In de praktijk gebeurt het zelden dat een directe *Beschwerde* ontvankelijk is. Dat heeft te maken met de rol die de *Verfassungsbeschwerde* in het Duitse stelsel van rechtsbescherming inneemt. Deze procedure vormt het sluitstuk van de grondrechtenbescherming onder het *Grundgesetz*. Bieden de andere rechtsmiddelen onvoldoende toegang tot het BVerfG, dan is de *Verfassungsbeschwerde* het laatste redmiddel. Zij draagt dan ook een subsidiair karakter. Een klacht is pas ontvankelijk als alle andere beschikbare rechtsmiddelen zijn uitgeput, of redelijkerwijs niet konden worden uitgeput.[76] Nu heeft de burger zelf, strikt genomen, geen andere mogelijkheid dan de *Verfassungsbeschwerde* om wetgeving rechtstreeks bij het BVerfG ter toetsing voor te leggen. Zijn enige mogelijkheid is een indirecte: hij kan (exceptieve) toetsing uitlokken via de zojuist geschetste *Richtervorlage*. Toch wordt dit van hem verlangd. Voor zover dat mogelijk is, dient de burger het op de uitvoering van een voorschrift te laten aankomen om de grondwettigheid daarvan vervolgens bij de reguliere

74 Vanaf de oprichting van het Hof tot 1 januari 2012 werden, volgens het jaarverslag 2011 van het Hof, 188.187 *Verfassungsbeschwerden* ingediend. Dat was 96,5% van de zaaklast van het Hof. Een kleine 2% kwam via de beide *Normenkontrollverfahren* binnen. De overige procedures leverden samen slechts 1,6% van de zaken. Slechts een fractie, rond 2,5%, van die klachten was overigens ontvankelijk. In 2011was slechts 1,6% van de klachten succesvol. Bron: *Jahresstatistik* 2010 en 2011, te raadplegen via www.bverfg.de.

75 Vanwege de plicht om eerst de overige ten dienste staande rechtsmiddelen uit te putten is men bovendien in eerste instantie op de bestuursrechter aangewezen.

76 Art. 90 lid 2 BVerfGG. Is een bepaald rechtsmiddel ten onrechte niet uitgeput, dan kan het Hof de klacht niettemin behandelen, wanneer het oordeelt dat dit in het algemeen belang is (vgl. tekst art. 90 lid 2 BVerfGG).

rechter aan de orde te stellen.[77] Het is dus de reguliere rechter die de toegangspoort tot het BVerfG bewaakt. Pas als deze, in de ogen van de eiser ten onrechte, weigert een prejudiciële vraag te stellen, dan kan deze eiser daarover klagen bij het BVerfG. Op die manier is het, uit artikel 19 lid 4 GG voortvloeiende, recht op rechtsbescherming door de rechter verzekerd.[78]

Hoewel de aard van de *Verfassungsbeschwerde* anders doet vermoeden, een procedure waarin de rechtsbescherming van subjectieve rechten centraal staat, gaat het bij deze procedure net als bij de *Richtervorlage* om het handhaven van het objectieve recht.[79] In geen van beide procedures treft men formeel partijen aan.[80] Het Hof is bovendien bevoegd om prejudiciële vragen en klachten in behandeling te nemen als het algemeen belang dit vordert, ook als aan de ontvankelijkheidseisen niet is voldaan.[81] Het Hof hoeft zich voorts niet te beperken tot de toetsing van het bestreden voorschrift.[82] Tot slot blijkt het objectiefrechtelijke karakter van de beide procedures uit de uitspraakbevoegdheden van het Hof. Dat stelt immers de nietigheid van het bestreden voorschrift vast, en de werking van die uitspraak beperkt zich niet tot de klager of de partijen in het geschil dat tot de *Richtervorlage* aanleiding gaf. Op deze uitspraakbevoegdheid, en op de werking ervan, ga ik in de volgende paragraaf nader in.

---

77 Zie m.n. BVerfG 25 februari 1986, *BVerfGE* 72, 39, r.o. 18-19. Deze eis is in wezen een kwestie van subsidiariteit. Het Hof knoopt e.e.a. op aan de eis dat klachten een voldoende rechtstreekse inbreuk moeten betreffen. Klagers moeten aannemelijk maken dat de inbreuk hen zelf raakt (het *Selbst*-criterium), dat deze inbreuk al plaats heeft gevonden en niet enkel te verwachten is (het *Gegenwärtig*-criterium), en dat de inbreuk plaats heeft onafhankelijk van enige discretionaire ruimte van het bestuur (het *Unmittelbar*-criterium in enge zin). Vgl. BVerfG 13 december 1951, *BVerfGE* 1, 97 (*Hinterbliebenenrente I*), r.o. 26; BVerfG 14 juli 1999, *BVerfGE* 101, 54, r.o. 108-109; BVerfG 19 juli 2000, *BVerfGE* 102, 197 (*Spielbankengesetz BW*), r.o. 48; BVerfG 16 maart 2004, *BVerfGE* 110, 141, r.o. 45.

78 Althans voor wat betreft de bescherming van grondrechten. De reikwijdte van de *Verfassungsbeschwerde* is daartoe immers beperkt, anders dan de garantie van artikel 19 IV GG, dat ziet op gevallen waarin men door de overheid in een 'recht' is geraakt. Vgl. Maurer 2005, p. 718. Zie over de verhouding tussen de *Verfassungsbeschwerde* en artikel 19 IV GG nader: Schlaich & Korioth 2007, p. 110-111. Vgl. omtrent artikel 19 IV GG en het beginsel van effectieve rechtsbescherming in het Duitse recht voorts: Krebs, in Von Münch 1992, p. 985-1037.

79 BVerfG 28 juni 1972, *BVerfGE* 33, 247 (*Klagestop Kriegsfolgen*), r.o. 34; BVerfG 7 juni 1977, *BVerfGE* 45, 63 (*Stadtwerke Hameln*); BVerfG 7 maart 1990, *BVerfGE* 81, 278 (*Bundesflagge*), r.o. 41. Zie tevens Maurer 2005, p. 717-718; Schlaich & Korioth 2007, p. 113-114.

80 Wel dient het BVerfG alle betrokkenen bij het hoofdgeding en bovendien de betrokken *Verfassungsorgane* te horen. Vgl. o.m. Maurer 2005, p. 716.

81 Zie art. 90 lid 2 BVerfGG.

82 Vgl. artt. 82 lid 1 jo. 78 BVerfGG (voor de *Richtervorlage*). Zie voor wat betreft de *Verfassungsbeschwerde*: BVerfG 15 april 1980, *BVerfGE* 54, 53 (*Ausbürgerung II*), r.o. 44-45.

8.2.4 Resumerend

Dit was een paragraaf van inleidende beschietingen. Het gaat in dit hoofdstuk om de toetsing van federale formele wetgeving aan in Duitsland geldende grondrechten. Hoewel die grondrechten uit verschillende bronnen voortvloeien, gaat het in de praktijk doorgaans om de toetsing van wetgeving aan het *Grundgesetz*. De mensenrechtenverdragen spelen bij die toetsing alleen een indirecte rol. De Unierechtelijke grondrechten worden direct door de reguliere rechter gehandhaafd, maar hun betekenis is in Duitsland, dat een vergaande nationale grondrechtenbescherming kent, vrij beperkt.

De toetsing aan het *Grundgesetz* vindt voornamelijk plaats bij het *Bundesverfassungsgericht*, zij het dat dit Hof deze taak in de praktijk deelt met de reguliere rechtspraak. De rechtsbescherming van burgers steunt met name op twee procedures: de *Richtervorlage* en de *Verfassungsbeschwerde*. Van burgers wordt verwacht dat zij eerst het pad van de *Richtervorlage* bewandelen alvorens zij gebruik maken van de mogelijkheid direct bij het Hof te klagen over de grondwettigheid van wetgeving. Zowel de *Richtervorlage* als de *Verfassungsbeschwerde* zijn procedures die beogen het objectieve recht te handhaven. Dat laat onverlet dat deze procedures in de praktijk vooral van belang zijn voor de rechtsbescherming van subjectieve rechten. Paradoxaal genoeg valt die rechtsbescherming van burgers in het Duitse stelsel dan ook bijna samen met de handhaving van het objectieve constitutionele recht.[83]

8.3 Ideaaltypische constitutionele remedies

Een burger die, direct of indirect, bij het BVerfG opwerpt dat een wettelijke regeling in strijd is met het GG, hoopt doorgaans dat het Hof iets in die klacht ziet en dat men daaraan in Karlsruhe iets doet. Het Hof heeft diverse opties om recht in lijn met het GG te brengen. Ik bespreek er hier twee: het voorschrijven van een conforme interpretatie, en het uitspreken van de nietigheid van het bestreden voorschrift. De combinatie van deze twee remedies levert een, in beginsel sluitend, stelsel van rechtsbescherming op. Kan de onverenigbaarheid van een voorschrift worden opgeheven door modificatie van de gangbare uitleg van het bestreden voorschrift, dan aanvaardt de rechter deze uitleg. Kan dat niet, dan spreekt het Hof de nietigheid van de bepaling uit. In beide gevallen is de grondwettelijke situatie hersteld. Dit stelsel van rechtsbescherming loopt in een aantal niet-ideaaltypische gevallen echter spaak. Die gevallen bespreek ik in de volgende paragraaf.

83 Met uitzondering van de *Parteienklage*.

8.3.1 Tóch verenigbaar: conforme interpretatie

De conforme interpretatie kent een lange traditie in de rechtspraak van het BVerfG. Al in 1953 accepteerde het Hof de stelling dat een wettelijke regeling pas nietig behoort te worden verklaard wanneer geen enkele grondwetsconforme uitleg van die regeling mogelijk is.[84] Het volgde daarmee de sinds jaar en dag vaste rechtspraak van de reguliere rechtspraak en de *Landesverfassungsrichter*.[85] Bovendien benadrukt het Hof dat het GG een *völkerrechts-* en *Europafreundliche* inslag heeft.[86] Dat dwingt tot verdrags- en Unierechtconforme uitleg.

Anno 2013 bedient men zich geregeld van de methode.[87] Als de rechter de (dreigende) schending zelf wegneemt, zo is de gedachte, wordt de wetgever discreet uit de wind gehouden.[88] Toch is de methode niet zonder nadelen. Conforme uitleg maakt het de rechter mogelijk om de richting van het recht, zonder tussenkomst van de wetgever, te wijzigen – ook als de wetgever die koerswijziging nooit zo zou hebben vormgegeven.[89] Waar haalt de Duitse rechter deze bevoegdheid dus vandaan, en welke grenzen neemt hij bij het uitoefenen ervan in acht? Ik ga op beide kwesties kort in.

De grondslag van grondwets- en verdragsconforme interpretatie
Bij het aanwijzen van een grondslag voor de plicht tot conforme interpretatie moet een verschil worden gemaakt tussen wetsuitleg conform het *Grundgesetz*, respectievelijk verdragsrecht.

Het BVerfG baseert de plicht tot grondwetsconforme interpretatie op het, verderop nog te bespreken, nietigheidsdogma. Wetgeving in strijd met het GG is van rechtswege nietig.[90] *A contrario* betekent dit volgens het Hof dat een norm pas nietig is, wanneer deze op geen enkele grondwettige wijze kan worden uitgelegd.[91] Aan de grondwetsconforme uitleg ligt dan ook meer ten grondslag dan het vermoeden dat de regeling conform het GG is vormgeven.

Sluitend is die redenering niet. Dat een voorschrift mogelijk andere interpretaties toelaat die, in tegenstelling tot de tot dan toe gebruikelijk *verfassungs-*

84 BVerfG 7 mei 1953, *BVerfGE* 2, 266 (*Notaufnahme*), r.o. 40. In de literatuur is deze grondslag overwegend positief onthaald. Zie daarover Skouris 1973, p. 96 die zelf zeer kritisch is.
85 Nadere verwijzingen bij Bogs 1966, p. 151-164; Skouris 1973, p. 96.
86 Zie o.a. BVerfG 14 oktober 2004, *BVerfGE* 111, 307 (*Görgülü*); BVerfG 30 juni 2009, *BVerfGE* 123, 267 (*Lissabon*).
87 Schlaich & Korioth 2007, p. 245.
88 Stern 1980, p. 959.
89 Schlaich & Korioth 2007, p. 251.
90 Zie daarover §8.3.2.
91 BVerfG 1 maart 1978, *BVerfGE* 48, 40, p. 45.

konform zijn, betekent niet dat de rechter verplicht is daarvoor te kiezen.[92] Een aantal auteurs zoekt de grondslag voor de conforme interpretatie in de eenheid van het recht.[93] De voorrang van het GG over de overige rechtsnormen zou met zich brengen dat lagere normen in overeenstemming met hogere normen worden uitgelegd. Ook deze leer is nooit volledig omarmd, al was het maar omdat de voorrang van de Grondwet ook op andere, wettelijk voorgeschreven, wijzen kan worden gerealiseerd.[94] Een eenduidige en onomstreden grondslag voor de bevoegdheid tot conforme interpretatie is er dus niet. Dat is niet erg. De praktijk van grondwetsconforme interpretatie is inmiddels diep geworteld en als zodanig onomstreden.[95] Hoewel het dogmatische georiënteerde Duitse staatsrecht daar voorlopig nog niet aan wil, lijkt zich een regel van gewoonterecht af te tekenen.

De methode van verdragsconforme interpretatie is niet gebaseerd op een nietigheidsdogma of op de voorrang van verdragsrecht, want die voorrang is er niet.[96] De grondslag voor verdragsconforme interpretatie is dezelfde als in veel andere landen: de presumptie dat de wetgever de volkenrechtelijke verplichtingen van de Bondsrepubliek respecteert.[97] Deze presumptie vloeit voort uit de, door het Hof ingelezen, *Völkerrechtsfreundlichkeit* van het GG.[98] Het beginsel van Unierechtconforme interpretatie, tot slot, wordt wel weer gebaseerd op de voorrang van het Unierecht.[99]

Wie bepaalt de grenzen van conforme interpretatie?

Grondwets- en verdragsconforme uitleg heeft grenzen. Wie bepaalt waar de grenzen liggen? De hoofdregel is dat conforme interpretatie primair een zaak voor de *Fachgerichte* is.[100] Volgens de werkverdeling tussen 'Karlsruhe' en de reguliere rechtspraak gaat de eerste, strikt genomen, over de uitleg van het *Grundgesetz*, en de tweede over de uitleg van de wet. Daar komt bij dat prejudiciële vragen van reguliere rechters, conform de letterlijke lezing van

92 Vgl. Skouris 1973, p. 97, die vanzelfsprekendheid ontkent. Ook kritisch: Bogs 1966, p. 21; Voßkuhle 2000, p. 183-184.

93 Aldus bijv. Bogs 1966, p. 22.

94 Zo Skouris 1973, p. 99-101.

95 Vgl. bijv. Schlaich & Korioth 2007, p. 245-246. Zie voor een overzicht tevens Voßkuhle 2000, p. 179.

96 Zie daarover: §8.2.2.2.

97 Vgl.: Geiger 2002, p. 189-190; (impliciet) BVerfG 23 juni 1981, *BVerfGE* 58, 1 (*Eurocontrol I*), 34 (r.o. 101).

98 Vgl. BVerfG 26 maart 1957, *BVerfGE* 6, 309 (*Reichskonkordat*), 362-363; BVerfG10 januari 1995, *BVerfGE* 92, 26 (*Zweitregister*); BVerfG 14 oktober 2004, *BVerfGE* 111, 307 (*Görgülü*). Nader: Payandeh 2009 en §8.2.2.2.

99 Krieger 2005, p. 60-61; Uitgebreid: Gänswein 2009, die overigens voorrang in ruime zin bedoelt.

100 Schlaich & Korioth 2007, p. 245. Anders echter: Stern 1984, p. 136, die meent dat de conforme interpretatie een instrument van constitutionele toetsing is dat moet worden voorbehouden aan de constitutionele rechter omdat diens competentie anders doorkruist zou worden.

artikel 100 GG die het BVerfG voorstaat, pas ontvankelijk zijn als deze rechters ervan *overtuigd* zijn dat het bestreden voorschrift in strijd is met de Grondwet. De verantwoordelijkheid om met een grondwetsconforme uitleg op de proppen te komen, ligt dus in eerste instantie bij hen.

In de praktijk moet de hoofdregel echter genuanceerd worden

In de eerste plaats is er, ook in Duitsland, niet 'een' hoogste (reguliere) rechter. Voor een *supreme court* moet men niet in Duitsland zijn. Het *Bundesgerichtshof* heeft geen zeggenschap over het stelsel van bijzondere rechtspraak. Daar komt bij dat het BGH zelf onderverdeeld is in Senaten die het onderling lang niet altijd eens zijn over de grenzen van hun interpretatieve bevoegdheden.[101] Er is dus behoefte aan een centrale instantie die daarover duidelijkheid schept.

In de tweede plaats schuurt een prominente rol van de reguliere rechter met het monopolie van het BVerfG op toetsing van de wet aan de Grondwet. Als, zoals in het verleden weleens is betoogd, conforme interpretatie in wezen niets anders is dan kwalitatieve nietigverklaring, dan behoort het BVerfG daarover uiteindelijk te beslissen, niet de *Fachgerichte*.[102]

Tot slot is de reguliere rechter gebonden aan het legaliteitsbeginsel, neergelegd in artikel 20 lid 3 GG. Wie legt deze bepaling uit? Inderdaad, het BVerfG. Over de band van deze bepaling, heeft het Hof dus toch iets te zeggen over de wijze waarop de *Fachgerichte* de hun toebedachte wetgeving uitleggen. Het Hof bepaalt, met andere woorden, uiteindelijk hoe groot de ruimte voor rechtsvorming door de reguliere rechter is.[103] Hoewel het geregeld benadrukt dat het geen *Superrevisionsinstanz* is, houdt het zich soms intensief bezig met de uitleg van normen die tot het domein van de *Fachgerichte* behoren.[104] Met het toenemen van de eigen werklast, zet het BVerfG de reguliere rechter de afgelopen jaren bovendien steeds vaker onder druk om conflicten tussen wetgeving en *Grundgesetz* zelf door middel van conforme interpretatie op te lossen.[105]

---

101 Daar past de kanttekening bij, dat het BGH kan besluiten een Grote Senaat bijeen te roepen om uiteenlopende rechtspraak aan de orde te stellen. Een markant voorbeeld, waar het BVerfG uiteindelijk ingreep, is overigens de divergerende rechtspraak inzake de verdragsconforme uitleg van wetgeving inzake preventieve detentie. Zie voor een overzicht: BVerfG 4 mei 2011, *BVerfGE* 128, 326 (*EGMR und Sicherungsverwahrung*), r.o. 28.

102 Op de gelijkstelling conforme uitleg-kwalitatieve nietigheid kom ik later terug. Skouris 1973, p. 108-114 betoogde dat. Niet iedereen is het ermee eens. De heersende leer benadrukt het dogmatische verschil tussen beide remedies. Zie o.m. Schlaich & Korioth 2007, p. 223; Kreutzberger 2007, p. 64. Tevens: Sillen 2010, p. 65.

103 Daar komt bij dat het Hof art. 2 lid 1 GG (persoonlijke vrijheid) zo uitlegt, dat deze bepaling een subjectief recht op 'correcte wetsuitleg' geeft wanneer grondrechten aan de orde zijn. Incorrecte wetsuitleg leidt dan tot een inbreuk op een grondrecht zonder wettelijke grondslag. Zie BVerfG 16 januari 1957, *BVerfGE* 6, 32 (*Elfes*).

104 Dat het BVerfG geen *Superrevisionsinstanz* is: *BVerfG* 15 januari 1958, *BVerfGE* 7, 198 (*Lüth*), p. 207.

105 Zie Voßkuhle 2000, p. 179 en 199 (met nadere verwijzingen naar rechtspraak).

Maakt het uit, bij wie de eindverantwoordelijkheid voor de conforme interpretatie ligt? In theorie wel. Formeel zit er licht tussen de wijze waarop het BVerfG en de reguliere rechtspraak de grenzen van het interpretatieve mandaat definiëren.[106] Een aantal auteurs, waaronder 's Hofs huidige president, meende in het verleden dat de reguliere rechtspraak de eigen grenzen aanmerkelijk ruimhartiger trok, dan het BVerfG.[107] Of dat in de praktijk ook zo is, staat te bezien. Ik schets nu eerst de theorie. Vervolgens ga ik in op de praktijk.

De grenzen van conforme interpretatie

Conforme uitleg van wettelijke normen vindt in het Duitse recht zijn grens wanneer de interpretatie van de norm overgaat in de positieve normstelling.[108] In 1980 vatte het BVerfG het als volgt samen:

> 'Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darf im Wege der Auslegung einem nach Wortlaut und Sinn eindeutigen Gesetz nicht ein entgegengesetzter Sinn verliehen, der normative Gehalt der auszulegenden Norm nicht grundlegend neu bestimmt, das gesetzgeberische Ziel nicht in einem wesentlichen Punkt verfehlt werden'.[109]

Conforme interpretatie kan volgens het Hof niet conflicteren met de tekst van het bestreden voorschrift. Evenmin mag de *'gesetzgeberische Grundentscheidung'*, worden aangetast. Het oorspronkelijke doel van de norm mag dus niet door interpretatie gewijzigd worden.[110]

Dat uitgangspunt respecteert ook het BGH.[111] Het geeft er echter een andere invulling aan. Waar het Constitutionele Hof het heeft over het '*gesetzgeberische Ziel*', doelt het op de subjectieve wil van de wetgever. Het BGH daarentegen, gaat het om het objectief kenbare doel van het wettelijk voorschrift.[112] Een aantal auteurs meent dat met deze eigenwijze benadering van de reguliere rechter de sluisdeuren opengaan voor interpretaties die de wil van de wetgever doorkruisen.[113] Het verschil lijkt om twee reden echter nogal theoretisch.

In de eerste plaats spoort het BVerfG de reguliere rechter, zoals gezegd, nu juist aan, om zijn rechtsvormende taak ten volle te benutten zodat de werklast

106 Zie bijv. Gsell onder BGH 26 november 2008, *JZ* 2009, p. 518 (*Quelle AG*).
107 Voßkuhle 2000, p. 185.
108 Pestalozza 1982, p. 11.
109 BVerfG 11 juni 1980, *BVerfGE* 54, 277 (*Ablehnug Revision*), r.o. 59-60 [p. 299-300].
110 *Ibid.*
111 BGH 5 februari 1981, *NJW* 1981, 1726, p. 1727.
112 Vgl. Larenz & Canaris 1995, p. 251.
113 Zo veronderstelt Voßkuhle 2000, p 187, dat de reguliere rechter eerder geneigd is tot extensieve interpretatie dan zijn constitutionele collega omdat op hem de verantwoordelijkheid voor de rechtsontwikkeling rust. Dat is een interessante gedachte, maar evenzeer valt te argumenteren dat het BVerfG doorgaans sneller zal concluderen tot een inbreuk op het GG, omdat het de bijzondere verantwoordelijkheid voor dat document draagt.

in Karlsruhe vermindert.[114] In de tweede plaats wijken beide rechters geregeld van de, door henzelf geformuleerde, criteria af. Geregeld wordt de wettekst of de kennelijke bedoeling van de wetgever opzij gezet om een grondwetsconform resultaat te bereiken.[115] Met name het BVerfG krijgt daarom geregeld kritiek: het zou de wetgever kort aan de lijn houden,[116] een vorm van positieve verkrachting bedrijven,[117] of 'acrobatische praktijken praktiseren.[118] Het vertrouwen dat de rechter zich niet te zeer op het terrein van de wetgever waagt is in de Duitse doctrine ver te zoeken.

Tussenconclusie
De conforme interpretatie is een geliefd instrument van de Duitse rechtspraak, al blijft de grondslag ervoor vaag. In theorie wordt terughoudend van dat instrument gebruik gemaakt. In de praktijk zet het BVerfG de reguliere rechter onder druk om de werklast voor het Hof te verminderen. Volgens sommige auteurs is dat een gevaarlijke koers. Niet voor niets draagt de wetgever de *Verwerfungskompetenz* op aan het constitutionele hof alleen. Rechtsvorming *contra legem* op het stuk van de conforme interpretatie is, zowel in de rechtspraak van het BVerfG als in die van het BGH, in theorie niet mogelijk. Ook niet als dit nodig zou zijn voor de effectieve rechtsbescherming van het individu. Dat is echter geen groot probleem. Die rechtsbescherming kan het BVerfG bieden door het voorschrift nietig te verklaren.[119] Ik ga nu op die remedie in.

8.3.2 Vaststellen van de nietigheid van het voorschrift

Is een grondwetsconforme lezing van een wettelijk voorschrift onmogelijk, dan is dat voorschrift, volgens het BVerfG en de heersende leer in de literatuur,

114 Ten aanzien van de richtlijnconforme interpretatie in het Unierecht lijkt een soortgelijke ontwikkeling gaande. Het BGH zoekt ook hier de grenzen op van wat redelijkerwijs als uitleg te gelden heeft. Zie o.a. BGH 26 november 2008, *JZ* 2009, p. 518-522 m.nt. Gsell (*Quelle AG*). Het BGH legde het nationale voorschrift in deze zaak uit conform een richtlijn hoewel de tekst van de wet daarvan duidelijk afweek. Volgens het BGH was evenwel geen sprake van verboden werking *contra legem*. In het wetgevingsproces was de verenigbaarheid aan de orde gekomen. De daarin enigszins obligaat en ongemotiveerd geuite vaststelling dat de regeling Europeesrechtelijk onproblematisch was, bleek voor het BGH voldoende.

115 BVerfG 15 december 1965, *BVerfGE* 19, 342; BVerfG 23 oktober 1991, *BVerfGE* 85, 69 (*Eilversammlungen*), r.o. 2-3; BVerfG 3 juni 1992, *BVerfGE* 86, 288 (*Lebenslang*); BVerfG 27 januari 1998, *BVerfGE* 97, 169.

116 Vrij vertaald voor *'eine elegante Methode der Bevormundung von Regierung und Parlament'* (Voßkuhle 2000, p. 186).

117 Bettermann 1986, p. 46.

118 Stern 1994, p. 1148.

119 Gaat het om het EVRM, dan dient daarvoor het GG verdragsconform te worden uitgelegd.

nietig.[120] Dat ik de nietigverklaring hier als remedie behandel, vergt enige uitleg. Nietigheid is volgens de heersende opvatting het automatische rechtsgevolg van ongrondwettigheid.[121] Zij treedt normaal gesproken in, ongeacht wat partijen zelf daarvan vinden. Toch is, meen ik, sprake van een remedie. Particulieren zijn doorgaans gediend met deze manier om het objectieve recht te handhaven. Slechts in een aantal, verderop te bespreken, gevallen is dat niet zo. Juist dan wijkt het BVerfG af van de hoofdregel dat inconstitutionele wetgeving nietig is. Daar komt bij dat de *ipso iure nichtigkeit* in de negentiende eeuw onder meer werd onderbouwd met de stelling dat daarmee nu juist bij uitstek rechtsbescherming werd geboden.[122] Om die reden bespreek ik het vaststellen van de nietigheid van ongrondwettige regelgeving als constitutionele remedie.

Ik bespreek achtereenvolgens de grondslag (paragraaf 8.3.2.1), de rechtsgevolgen (paragraaf 8.3.2.2), en de reikwijdte van nietigheid (paragraaf 8.3.2.4). In paragraaf 8.3.2.3 ga ik in het bijzonder in op de vraag of het de wetgever is toegestaan een nietig voorschrift opnieuw in identieke vorm uit te vaardigen. In de volgende paragraaf bezie ik in welke gevallen het BVerfG ervan afziet om de nietigheid van een voorschrift uit te spreken.

8.3.2.1 Nietigheid als traditie: grondslag

Het nietigheidsdogma geniet brede steun. Minder eensgezind is men over de grondslag ervan.

Nietigheid wordt door het GG niet expliciet als rechtsgevolg genoemd.[123] Een aantal auteurs zoekt de grondslag in artikel 100 lid 1 GG.[124] Deze bepaling verplicht de reguliere rechter tot prejudiciële vragen wanneer hij een voorschrift '*auf dessen Gültigkeit es* […] *ankommt*' voor ongrondwettig houdt. Daaruit wordt afgeleid dat een ongrondwettige norm ongeldig en dus nietig is.[125] Het tegengestelde is echter ook betoogd: uit artikel 100 GG zou volgen dat géén sprake is van automatische nietigheid. Een norm is, conform deze bepaling,

120 Benda & Klein 2001, p. 515-519; Maurer 2005, p. 700-701; Schlaich & Korioth 2007, p. 219-220. Voorts: vgl. voor wat betreft het standpunt van het hof: BVerfG 23 oktober 1951, *BVerfGE* 1, 14 (*Südweststaat*), r.o. 91-92; BVerfG 12 maart 1975, *BVerfGE* 39, 196 (*Beamtenpension*), r.o. 12-13.

121 Daarover uitvoerig: Sillen 2010, par. 5.3. Ik ga zelf in §8.3.2.1 nader op de kwestie in.

122 Vgl. o.a. Pfeiffer 1831, p. 281.

123 Mogelijke uitzonderingen zijn: art. 31 GG, dat verklaart dat *Bundesrecht Landesrecht 'bricht'* (hier niet relevant omdat ik uitsluitend de toetsing van federaal recht aan het GG behandel), en het, nog te bespreken, art. 100 GG.

124 Zie daarover uitvoerig: Ipsen 1980, p. 164-173. De *ipso iure* nietigheid is ook gebaseerd op andere bepalingen uit het GG, maar de 'artikel 100'-argumentatie wordt het meest serieus genomen. Vgl. Arndt 1959, p. 82; Maurer 1969, p. 100-102; Frowein 1970, p. 591-592; Brinckmann 1970, p. 407.

125 Vgl. Ipsen 1980, p. 165-166; Hein 1988, p. 96.

immers geldig, totdat het BVerfG zich over de kwestie heeft uitgelaten.[126] Als grondslag voor het nietigheidsdogma is artikel 100 GG dan ook altijd omstreden gebleven.[127] De tekst van de bepaling is daarvoor niet uitdrukkelijk genoeg.

De nietigheid van inconstitutionele wetgeving komt wel expliciet op diverse plaatsen voor in het *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*.[128] Het meest in het oog springt artikel 78 BVerfGG:

> 'Kommt das Bundesverfassungsgericht zu der Überzeugung, daß Bundesrecht mit dem Grundgesetz oder Landesrecht mit dem Grundgesetz oder dem sonstigen Bundesrecht unvereinbar ist, so erklärt es das Gesetz für nichtig (…)'.

Een aantal auteurs baseert het nietigheidsdogma op deze bepaling.[129] Toch is zij minder eenduidig dan zij op het eerste gezicht lijkt. Gelezen in samenhang met andere bepalingen en de wetsgeschiedenis, is ze ook zo op te vatten dat het BVerfG inconstitutionele wetgeving kan vernietigen.[130] Die lezing ligt echter niet voor de hand. Die conclusie heeft alles te maken met de lange traditie die het nietigheidsdogma in het Duitse staatsrecht geniet.

De nietigheid van inconstitutionele wetgeving gaat verder terug dan het *Bonner Grundgesetz*. Zij is onlosmakelijk verbonden met het negentiende-eeuwse debat over rechterlijke toetsing van wetgeving.[131] Deze toetsing zou logisch voortvloeien uit het gegeven dat inconstitutionele voorschriften van rechtswege nietig waren. Een grondwet, zo redeneerde men, constitueerde de wetgevende bevoegdheid, en daarmee de geldigheid van de wet.[132] Was aan enig voorschrift van de grondwet niet voldaan, dan was de wettelijke regeling niet rechtsgeldig tot stand gekomen en dus onverbindend. De rechter, die het geldende recht te identificeren en toe te passen had, kon niet anders dan deze onverbindendheid vaststellen.[133] Nietigheid was daarmee een kwestie van

126 Aldus bijv. Hoffmann 1961, p. 197; Böckenförde 1966, p. 54 en 62. Kritisch echter: Ipsen 1980, p. 167-173. Deze opvatting is overigens nooit erg populair geworden. Zie Schlaich & Korioth 2007, p. 220-221.

127 Zo bijv. Blüggel 1998, p. 142, en Benda & Klein 2001, p. 516-517.

128 Vgl. m.n. art. 78 BVerfGG. Voorts: artt. 82 en 95 lid 3 BVerfGG.

129 Zo bijv. Benda & Klein 2001, p. 515 en 517. Ook Sillen 2010, p. 142 gaat daarvan uit.

130 Zie de artt. 31 en 79 lid 1 BVerfGG, waarin de (hierna nog te bespreken) Unvereinbarerklärung is opgenomen. Het noemen daarvan suggereert *de facto* vernietigbaarheid. Vgl. Graßhof 2005, p. 961; Kreutzberger 2007, p. 37-40.

131 Zie daaromtrent Ipsen 1980, p. 23-37.

132 De stelling werd in 1821 voor het eerst geventileerd door een zekere Karl Ernst Schmid. (Schmid 1821, p. 125). Zij werd al snel overgenomen. Zie bijv. Minnigerode 1835, p. 85. Er kwam ook tegenspraak. Zie over het debat Ipsen 1980, p. 27-28, met nadere verwijzingen. Er zij wel op gewezen dat het destijds niet om materiële, maar om procedurele toetsing ging.

133 Zoals Sillen 2010, p. 142, terecht constateert, wordt daarmee geprobeerd toetsing buiten de Trias te plaatsen.

juridische logica. In de rechtspraktijk vond het argument een vruchtbare bodem.[134]

In het Duitsland van vandaag de dag wordt de stelling dat het nietigheidsdogma *noodzakelijk* voortvloeit uit de voorrang van de grondwet nog maar zelden onderschreven.[135] Vooral Hans Kelsen heeft aan dat gewijzigd inzicht bijgedragen. Aanvankelijk een fervent pleitbezorger van het nietigheidsdogma, betoogde hij in de *Reine Rechtslehre* dat ongrondwettige wetgeving moest worden beschouwd als geldige wetgeving die in een bijzondere procedure buiten werking werd gesteld.[136] De opvatting dat *ipso iure* nietigheid een logisch-noodzakelijk gegeven is, heeft daarmee veel steun verloren.[137] Als rechtstraditie heeft het nietigheidsdogma echter overleefd.

Hoewel het *Grundgesetz* niet expliciet van de nietigheid van inconstitutionele wetgeving spreekt, werd zij ten tijde van de totstandkoming ervan in 1949 wel verondersteld.[138] Een indicatie hiervan is de houding van de wetgever toen hij in 1951 het BVerfGG vaststelde. Men achtte zich destijds nog niet vrij om van het nietigheidsdogma af te wijken.[139] Dat had immers *Verfassungsrang*, hetgeen zou volgen uit de voorrang van de grondwet. Pas in latere jaren, toen de knelpunten die gepaard gaan met het starre nietigheidsdogma aan het licht kwamen, groeide de aandacht voor mogelijke alternatieven. De meeste auteurs nemen daarom aan dat het nietigheidsdogma nog altijd het geldende recht weergeeft.[140] Niet omdat dit in het *Grundgesetz* te vinden is, zelfs niet omdat het in het BVerfGG staat, maar uit kracht van de staatsrechtelijke traditie. Wel wordt doorgaans geaccepteerd dat het grondwetgever en wetgever vrij staat om een ander stelsel van rechtsgevolgen voor te schrijven.[141] Op de vraag of ook de rechter, het BVerfG in het bijzonder, zélf de ruimte heeft om af te wijken van het nietigheidsdogma ga ik in de volgende paragraaf in.[142]

---

134 Illustratief is het *Kurhessischen Verfassungskonflikt:* tussen het *Oberappellationsgericht* Kassel en de Keurvorst van Hessen over de rechtmatigheid van belastingwetgeving (uitspraken van 12 september, resp. 3 oktober 1850, afgedrukt in Huber 1961, p. 206 en 211). De rechter vond een belastingverordening van de vorst nietig. Deze ontnam de rechter vervolgens zijn toetsingsbevoegdheid, maar dat werd door de rechter weer inconstitutioneel verklaard. De keurvorst besliste de discussie in zijn voordeel door militaire hulp van de Duitse Bond in te roepen en de rechters te laten detineren. Dat hielp. (zie Huber 1960, p. 911). Constitutionele dialoog in *optima forma*.

135 Vgl. Benda & Klein 2001, p. 516-517; Schlaich & Korioth 2007, p. 220.

136 Zie Kelsen 1914, p. 95, resp. Kelsen 1960 (1934), p. 278. Ook rechtsvergelijking met het, op Kelseniaanse leest geschoeide, Oostenrijk, heeft een bijdrage geleverd. Vgl. Böckenförde 1966, p. 36-40; Stern 1994, p. 1145.

137 Vgl. Ipsen 1980, p. 49-56.

138 Maurer 1963, p. 683; Hein 1988, p. 95; Kreutzberger 2007, p. 36-37.

139 Kreutzberger 2007, p. 36-37 (met nadere verwijzingen).

140 Hein 1988, p. 95; Stern 1994, p. 1145; Blüggel 1998, p. 138; Löwer, in: Isensee & Kirchhof 2004, §56, Rn. 100; Schlaich & Korioth 2007, p. 219-220; Kreutzberger 2007, p. 46-47.

141 Vgl. Blüggel 1998, p. 150-151 en Benda & Klein 2001, p. 517.

142 Zie par. 8.4.2.5.

8.3.2.2 Nietigheid als remedie: rechtsgevolgen

Een voorschrift dat nietig is, heeft geen verbindende kracht. Sterker nog: met de nietigheid wordt naar een fictie toegewerkt: de norm zou – vanaf het moment dat de nietigheid intreedt – nooit hebben bestaan.[143] Nietigheid treedt niet in vanaf het moment van 's Hofs uitspraak, maar vanaf het moment dat de wettelijke norm onverenigbaar wordt met het *Grundgesetz*. In veel gevallen zal dit het moment van inwerkingtreding van het wettelijk voorschrift zijn, maar noodzakelijk is dat niet. Het kan ook zijn dat de norm pas op een later moment onverenigbaar wordt, bijvoorbeeld vanwege een wijziging van de constitutionele regels of van feitelijke omstandigheden.[144] Vanaf dat moment is de norm niet meer toe te passen.[145]

Nietigheid gaat echter verder dan enkele niet-toepasbaarheid. Het wettelijk voorschrift is non-existent en kan dan ook niet meer worden ingetrokken of, bij gewijzigde omstandigheden, herleven.[146] Het beroemde adagium van Kelsen, dat de constitutionele rechter als *negativer Gesetzgeber* optreedt, wordt hier letterlijk opgevat.[147] Volgens artikel 31 BVerfGG binden de uitspraken van het BVerfG de andere staatsinstellingen en hebben zij, voor wat betreft de toetsing van wetgeving, kracht van wet. Zij werken daarmee *erga omnes*.[148] Verklaart het Hof een voorschrift nietig, dan betekent dit dus dat de norm uit de rechtsorde wordt geëlimineerd.[149] Zo lang dat niet leidt tot een rechtsvacuüm, bestaat er voor de wetgever geen juridische plicht tot het produceren van regelgeving.[150] Of de wetgever achterover leunt, een nieuwe rechtmatige norm ontwerpt of zinloos geworden restanten van regelgeving intrekt, het is allemaal een politieke en geen staatsrechtelijke afweging.[151] Dat geldt overigens niet voor het opnieuw vaststellen van identieke normen. Die kwestie of sprake is van een zogenaamd *Normwiederholungsverbot* ligt gevoelig. Zij ver-

143 Pestalozza 1976, p. 522.

144 Pestalozza 1976, p. 522-523 (met nadere verwijzingen naar rechtspraak); Benda & Klein 2001, p. 518.

145 Benda & Klein 2001, p. 518.

146 Sillen 2010, p. 143-146, met verwijzingen naar BVerwG 28 juni 2000, *NJW* 2000, p. 3584 (onmogelijkheid van intrekken) en BVerfG 9 juni 1970, *BVerfGE* 29, 11 (onmogelijkheid 'herleven'). Voorts: Dreier 2006, nr. 43-44.

147 Kelsen 1931 (2008), p. 78-79.

148 Uitvoerig: Graßhof 2005, p. 962.

149 Vgl. Blüggel 1998, p. 62, 107.

150 Choi 2002, p. 139. Leidt nietigheid wel tot een rechtsvacuüm, dan is de wetgever wel verplicht tot het uitvaardigen van wetgeving. Dat rechtsvacuüm kan namelijk in strijd zijn met bepaalde grondwettelijk beschermde waarden. De plicht tot regelgeving volgt dan echter niet uit de nietigverklaring door het BVerfG, maar uit het *Grundgesetz*. Overigens kiest het Hof in zulke gevallen vaak voor de, nog te bespreken, *Unvereinbarerklärung* (zie §8.4.2).

151 Zo bijv. Gusy 1985, p. 183.

dient een eigen plaats in dit boek, en ik ga er in de volgende subparagraaf op in.

Het gevolg van de nietigheid van inconstitutionele voorschriften brengt normaal gesproken met zich dat de rechtsgrond vervalt van alle rechtshandelingen die op de daarin vervatte norm zijn gebaseerd. Op deze regel maakt het BVerfGG, in het belang van de rechtszekerheid, een aantal belangrijke uitzonderingen.[152] De belangrijkste nuancering treft men aan in artikel 79 BVerfGG.[153] Deze bepaling maakt een onderscheid tussen het geval waarin een strafrechtelijke veroordeling steunt op de nietig verklaarde regeling (lid 1) en andere rechtshandelingen die op de nietige norm gebaseerd zijn (lid 2).

Ten aanzien van de tweede categorie geldt de hoofdregel van artikel 79 BVerfGG: de rechtsgevolgen van bestuursbesluiten en rechterlijke uitspraken blijven in stand zolang dergelijke beslissingen niet meer in rechte aan te vallen zijn.[154] Behoeven zulke beslissingen nog uitvoering dan dient die uitvoering achterwege te blijven. Dit betekent bijvoorbeeld dat een nog niet betaalde belastingaanslag niet meer kan worden ingevorderd. De aanslag zelf, en daarmee de rechtsgrond voor betaling, blijft echter bestaan. Hoewel de reikwijdte van artikel 79 lid 2 enkel op bestuursbesluiten en rechterlijke uitspraken ziet, leidt het BVerfG uit deze bepaling af dat de wetgever in algemene zin het belang van de rechtszekerheid heeft willen onderstrepen. Ook in privaatrechtelijke verhoudingen moet die keuze, aldus het Hof, worden gerespecteerd.[155]

Ten aanzien van de eerste categorie, strafrechtelijke veroordelingen, prevaleert niet de rechtszekerheid maar juist het rechtsgevoel, dat het in elk geval mogelijk moet zijn om de strafbaarheid opnieuw aan de orde te stellen.[156] Het eerste lid van artikel 79 BVerfGG maakt heropening van het strafproces binnen de kaders van het strafprocesrecht dus mogelijk.[157] De bepaling gaat niet zover dat de strafbaarheid niet meer kan worden uitgevoerd. Het is dus mogelijk dat ook na een hernieuwde procedure tot strafbaarheid geconcludeerd wordt. De strafrechter mag in de nieuwe procedure alleen de nietigverklaarde

152 BVerfG 1 juli 1953, *BVerfGE* 2, 380 (*Haftentschädigung*), r.o. 86; BVerfG 16 januari 1980, *BVerfGE* 53, 115 (*Substantiierungsfrist*), p. 129. Zie voorts Heyde 1984, p. 58.

153 Artikel 79 BVerfGG heeft betrekking op de *Parteienklage*. Over de band van de artt. 82 en 95 lid 3 is de bepaling van overeenkomstige toepassing op de *Richtervorlage* en de *Verfassungsbeschwerde*.

154 Zie Benda & Klein 2001, p. 519.

155 Vgl. BVerfG 27 november 1997, *BVerfGE* 97, 35 (*Hamburger Ruhegeldgesetz*), r.o. 49. Tevens: Steiner 1976, p. 657.

156 BVerfG 7 juli 1960, *BVerfGE* 11, 263, p. 265.

157 Dat kader wordt gevormd door §359 StPO, dat limitatief een aantal heropeningsgronden opsomt. Artikel 79-I BVerfGG is te beschouwen als aanvulling op deze opsomming. Het gaat uitdrukkelijk niet om een bijzondere invulling van het begrip 'novum', dat in §359 lid 5 StPO de mogelijkheid tot heropening biedt, maar om een eigenstandige heropeningsgrond. In §359 is overigens een soortgelijke heropeningsgrond met betrekking tot de schending van het EVRM opgenomen (vgl. het zesde lid van §359 StPO).

norm niet toepassen. Het staat hem echter wel vrij de strafbaarheid op een geheel andere norm te baseren. *Ne bis in idem* staat daaraan niet in de weg.[158]

Volgens vaste rechtspraak van het BVerfG is heropening van de strafrechtelijke procedure uitsluitend mogelijk wanneer een norm van *materieel* strafrecht nietigverklaard is.[159] Procedurele waarborgen die geschonden zijn vallen niet onder het toepassingsbereik van artikel 79. De reguliere rechtspraak, wier competentie de heropening van strafzaken tenslotte toebehoort, wijkt echter uitdrukkelijk van deze lijn van het BVerfG af. Het *Bundesgerichtshof* differentieert op dit punt tussen heropening bij ongrondwettige normen die uitsluitend de procedure betreffen (zoals bevoegdheidskwesties) en heropening in het geval van ongrondwettige procedureregels die van invloed zijn op het materiële toepasselijke recht (zoals het geval was bij een vervolgingsverbod ten aanzien van spionnen van de DDR).[160]

Op het stelsel van artikel 79 BVerfGG is kritiek mogelijk en die is er ook gekomen.[161] Vooral de situatie dat de procederende en wanbetalende burger in het belastingrecht in dit geval beter af is dan de burger die braaf betaalt en op de rechtmatigheid van de regeling vertrouwt, heeft geleid tot kritisch commentaar en vragen in het parlement.[162] Tot dusver leidde dat niet tot een aanpassing van het BVerfGG. De wetgever heeft in 1951 op ingenieuze wijze geprobeerd de gerechtvaardigde belangen van individuele rechtsbescherming enerzijds en rechtszekerheid anderzijds met elkaar te verzoenen. Het is kennelijk te lastig gebleken om een andere, laat staan een betere, balans te vinden. Dat, zoals sommige auteurs menen, de rechtszekerheid daarbij wat ruimer bedeeld is dan de rechtsbescherming moge volgens het BVerfG zo zijn, deze keuze valt nog binnen de – op dit punt ruime – beoordelingsvrijheid van de wetgever en moet daarom door de rechter gerespecteerd worden.[163]

8.3.2.3 Nietigheid als decreet: Normwiederholungsverbot?

Hiervoor kwam het al even aan de orde. Nietig verklaarde wetgeving hoeft, ja kan zelfs, niet worden ingetrokken. Mag zij door de wetgever wel opnieuw worden uitgevaardigd? Of houdt de nietigverklaring een *Normwiederholungsverbot* in?

158 Vgl. Graßhof 2005, p. 987 (met nadere verwijzingen).
159 BVerfG 7 juli 1960, *BVerfGE* 11, 263, p. 265.
160 BGH 28 november 1996, *NJW* 1997, 668, p. 118-323 (m.n. 321).
161 Zie bijvoorbeeld Steiner 1976, p. 628; Benda & Klein 2001, p. 521; Maurer 2005, p. 702-703; Schlaich & Korioth 2007. p. 224-225.
162 Zie bijv. *BTag* IV/1343, p. 3.
163 BVerfG 3 november 1965, *BVerfGE* 19, 150 (*Kriegsfolgengesetz*), r.o. 43 [p. 166]; BVerfG 16 januari 1980, *BVerfGE* 53, 115 (*Substantiierungsfrist*), p. 130-131.

Nu volgt de Duitse wetgever de aanwijzingen van het BVerfG doorgaans gezagsgetrouw op.[164] Waarom zou hij een voorschrift dat nietig is verklaard dan opnieuw willen uitvaardigen?

Welnu, in de eerste plaats kan de wetgever nietigverklaarde voorschriften om praktische redenen een nieuw leven in willen blazen. Hij verklaart ze dan bij wijze van overgangsregeling tijdelijk van toepassing. Zo 'koopt' hij tijd tot hij de gelegenheid heeft gehad om met een grondwetsconforme regeling voor de dag te komen.[165] Het kan ook zijn dat de wetgever moeite heeft met het toetsingsoordeel van het BVerfG, bijvoorbeeld omdat dit al geruime tijd geleden is gewezen en de opvattingen in de samenleving inmiddels zijn veranderd.[166] Het spannendst zijn echter de gevallen waarin de wetgever *direct* na de toetsing door het BVerfG reageert door een nieuwe wet vast te stellen. Hij doet dat dan omdat hij het beleidsdoel dat hij met de oorspronkelijke wet beoogde, alsnog wil proberen te bereiken. Soms komt hij daarbij – al dan niet gedeeltelijk – tegemoet aan de bezwaren van het Hof. Toen het Hof het ophangen van kruisbeelden in Beierse klaslokalen ongrondwettig bevond, reageerde de Beierse politiek furieus. Schoolbesturen werd opgedragen de rechterlijke uitspraak te negeren.[167] Vier maanden later vaardigde de Landdag opnieuw een regeling uit waarin de kruisbeelden verplicht werden gesteld.[168] Protesteerden ouders echter tegen dat kruisbeeld, dan moest volgens het nieuwe voorschrift gezocht worden naar een oplossing die voor alle partijen bevredigend was. Daarmee kwam de wetgever, zij het niet volledig, tegemoet aan de bezwaren van het BVerfG.[169]

Tot slot is er de categorie van gevallen die de Canadese auteur Kent Roach treffend betitelt als '*in your face reply*'. De wetgever stelt het nieuwe voorschrift dan vrijwel onmiddellijk in identieke vorm vast. Hij maakt daarmee duidelijk dat het BVerfG in zijn ogen te ver is gegaan. Zover kwam het, voor zover ik kon nagaan, in de Duitse context nog niet. Wel kwam men er een enkele keer dichtbij. Toen het Hof, relatief recent, bijvoorbeeld de, in het *Luftsicherheitsgesetz*

164 Zo Schlaich & Korioth 2007, p. 269, die spreken van een *übereifrige* wetgever.

165 Dat was bijvoorbeeld het geval na BVerfG 11 februari 1992, *BVerfGE* 85, 226 (*Sonderurlaub I*). Daarin verklaarde het Hof wetgeving van het land Hessen over bijzonder verlof nietig. De Landdag reageerde daarop door de oude regeling voor een bepaald tijdvak opnieuw toepasselijk te verklaren. Vgl. *Gesetz zur Änderung des Gesetzes über Sonderurlaub für Mitarbeiter in der Jugendarbeit* van 27 Juli 1993 (*GVBl.* I, p. 364). Zie tevens: BVerfG 15 juli 1997, *BVerfG* 96, 260 (*Sonderurlaub II*), waarin het Hof deze nieuwe wet inconstitutioneel verklaarde.

166 De kwestie die leidde tot het tweede abortusarrest was daarvan een voorbeeld.

167 Vgl. o.a. *Süddeutsche Zeitung* 21, resp. 22 augustus 1995. Zie nader: Czermak 1998, p. 111.

168 *BayGVBl.* 1995, 850.

169 De meningen zijn verdeeld over de vraag of de nieuwe regeling grondwetsconform is. Czermak 1998, p. 114 meent van niet, Badura 1996 van wel. Veel hangt af van de wijze waarop de regeling in de praktijk wordt uitgelegd en toegepast (in deze zin: BVerwG 21 april 1999, *DVBl.* 1999, p. 1581). Het BVerfG zag i.e.g. geen grond meer om te interveniëren. Zie BVerfG 27 oktober 1997, 1 BvR 1615/97 (*Kruzifix II*).

opgenomen, bevoegdheid voor de minister van Defensie om gekaapte vliegtuigen uit de lucht te laten schieten, nietig verklaarde, waren de rapen – met name onder de regeringspartijen CDU en CSU – gaar.[170] Diverse ministers bepleitten daarop hernieuwde vaststelling van de wet, grondwetswijziging of het aannemen van een buitenwettelijke bevoegdheid.[171] Van luchtmachtpiloten zou zelfs de verzekering zijn gevraagd dat zij zo'n buitenwettelijk bevel zouden opvolgen.[172] Tot een legislatieve terechtwijzing kwam het (voorlopig) echter niet.[173]

Samengevat zijn er dus vier gevallen waarin sprake kan zijn van *Normwiederholung*:
- de wetgever verklaart de nietigverklaarde regeling tijdelijk opnieuw van toepassing;
- de wetgever constateert na verloop van tijd dat de opvattingen zijn veranderd, en stelt een norm vast die vergelijkbaar is met de nietigverklaarde norm;
- de wetgever stelt een nieuw voorschrift vast dat deels aan de bezwaren van het Hof tegemoet komt, maar dat op gespannen voet staat met diens toetsingsoordeel;
- de wetgever maakt duidelijk dat het toetsingsoordeel van het BVerfG hem te ver gaat en stelt de wet opnieuw in (vrijwel) identieke vorm vast (de *'in your face reply'*)

Is nu het enkele uitvaardigen van zo'n wet inconstitutioneel vanwege de enkele onverenigbaarheid met het eerdere arrest van het Hof? De meningen zijn daarover verdeeld.

De Tweede Senaat van het jonge BVerfG beantwoordde de vraag reeds in 1951 bevestigend.[174] Het oordeel van het Hof omtrent de nietigheid van de regeling, aldus de Tweede Senaat:

> 'hat gemäß § 31 Abs. 2 BVerfGG Gesetzeskraft. Er ist im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichen. Er bindet mit den ihn tragenden Entscheidungsgründen außerdem

170 BVerfG 15 februari 2006, *BVerfGE* 115, 118.

171 Vgl. 'Schäuble will Abschuss von Passagierjets bei Terrorgefahr erlauben', *Der Spiegel* 1 januari 2007, en 'Jung wurde Befehl zum Abschuss geben', *Focus* 16 september 2007).

172 De minister van Defensie ontkende dat overigens in de Bondsdag (*BT-Drucks.* 16/7738, p. 4.).

173 Iets soortgelijks gold, eerder, voor de politieke reacties op het tweede abortusarrest (BVerfG 28 mei 1993, *BVerfGE* 88). Zo stelde o.m. de PDS-fractie in de Bondsdag voor het ontnemen van strafbaarheid aan abortus opnieuw wettelijk te regelen, nadat het Hof zo'n regeling nietig had verklaard. Men erkende volmondig dat het arrest hiermee "*über den Weg einer erneuten gesetzlichen Regelung in Frage*' werd gesteld (*BT-Drucks.* 13/397, p. 3 en 7). Zulke voorstellen haalden echter geen meerderheid.

174 BVerfG 23 oktober 1951, *BVerfGE* 1, 14 (*Südweststaat*), p. 36-37. Ook: BVerfG 15 januari 1985, *BVerfGE* 69, 112.

> alle Verfassungsorgane des Bundes gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG derart, daß ein Bundesgesetz desselben Inhalts nicht noch einmal von den gesetzgebenden Körperschaften beraten, beschlossen und vom Bundespräsidenten verkündet werden kann'.

De Tweede Senaat baseert het *Normwiederholungsverbot* dus op artikel 31 BVerfGG, dat uitspraken van het Hof kracht van wet verleent en de andere staatsmachten aan zijn oordeel bindt. In 1987 gooide de Eerste Senaat het expliciet over een andere boeg.[175] Hij kon dat doen omdat hij de opvatting van de Tweede Senaat uit 1951 kwalificeerde als *obiter dictum*.[176] Van een *Normwiederholungsverbot* is geen sprake, aldus de Eerste Senaat. Artikel 31 BVerfGG kán de wetgever zo'n verbod niet opleggen want deze is niet gebonden aan de (eerdere) wet, maar uitsluitend aan de *verfassungsmäßige Ordnung*. Wetten mogen nu eenmaal van andere wetten – en dus ook van het BVerfGG – afwijken. Dat de wetgever gehouden is de rechtspraak van het BVerfG te respecteren leidt niet tot een ander oordeel, aldus de Eerste Senaat. Het vaststellen van wetgeving is de verantwoordelijkheid van de wetgever:

> 'Diese Beurteilung entspricht der besonderen Verantwortung des demokratisch legitimierten Gesetzgebers für die Anpassung der Rechtsordnung an wechselnde soziale Anforderungen und veränderte Ordnungsvorstellungen. Sie trägt zugleich den funktionellen und institutionellen Grenzen verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes, namentlich dem Umstand Rechnung, daß das Bundesverfassungsgericht Akte der gesetzgebenden Gewalt an der Verfassung selbst und nicht an verfassungsgerichtlichen Präjudizien zu messen hat und seine Rechtsprechung nicht aus eigener Initiative korrigieren kann'.

Aan de opvatting van de Eerste Senaat ligt het materiële argument ten grondslag dat de wetgever in staat moet zijn om het recht bij de tijd te houden. Het kan zijn dat de overwegingen van het Hof met het verstrijken van de tijd aan waarde verliezen. Zou het de wetgever niet zijn toegestaan om voorschriften vast te stellen die in strijd zijn met eerdere rechtspraak van het Hof, dan zou dat een verstarrend effect hebben op de rechtsontwikkeling.

Sinds 1987 heeft het denken over het *Normwiederholungsverbot* een ontwikkeling doorgemaakt. Voor het arrest ging men, vrij algemeen, uit van zo'n verbod.[177] Men probeerde het dogmatisch uit het procesrecht af te leiden.[178] Zulke pogingen zijn altijd enigszins omstreden gebleven. Zo beroepen voorstanders van het verbod zich vaak op artikel 95 lid 1 BVerfGG, dat het BVerfG de bevoegd-

175 BVerfG 7 oktober 1987, *BVerfGE* 77, 84 (*Arbeitnehmerüberlassung*), p. 103-105.

176 Zijn eigen overwegingen over het *Normwiederholungsverbot* zijn dat overigens ook.

177 Zie Benda & Klein 2001, p. 553 (met nadere verwijzingen), die de verklaring voor de gewijzigde tendens zoeken in de onvrede over de abortusrechtspraak van het Hof, die tegenwicht door de wetgever nodig zou maken.

178 Pestalozza 1991, p. 322; Benda & Klein 2001, p. 551; Graßhof 2003, p. 324 (voetnoot 91).

heid verleent om de herhaling te verbieden van een handeling waartegen een gegronde *Verfassungsbeschwerde* is ingesteld. Daaruit zou een algemene ongeschreven regel af te leiden zijn, dat *Normwiederholung* van nietigverklaarde voorschriften onrechtmatig is. De tegenstanders bestrijden dat dan weer, met een beroep op hetzelfde artikel. Zij onderstrepen dat artikel 95 lid 1 BVerfGG uitsluitend ziet op de *Verfassungsbeschwerde* en dat het bestaan ervan veronderstelt dat zo'n verbod niet reeds impliciet voor andere procedures geldt.[179] Daar komt bij dat artikel 95 lid 1 vooral zou zien op bestuursbesluiten en niet op wetgeving.[180]

Een soortgelijke patstelling zag men bij de uitleg van artikel 31 lid 1 BVerfGG, dat – zoals gezegd – alle *Verfassungsorgane* bindt aan de '*Entscheidungen'* van het Hof. Zie maar, aldus de voorstanders van het verbod, de regering en de Bondsdag zijn als *Verfassungsorgane* gebonden aan de uitleg die het BVerfG aan het *Grundgesetz* geeft, en zij mogen daarmee niet in strijd handelen.[181] Tegenstanders zien dat anders. Zij wijzen op de argumentatie van de Eerste Senaat. Artikel 31 BVerfGG zou, anders dan de wettekst suggereert, niet op de wetgever zien. Het BVerfGG is immers een gewone formele wet en de formele wetgever kan zichzelf niet binden. Elke wet waarin sprake is van een *Normwiederholung* prevaleert, op basis van de *lex posterior*, boven artikel 31 lid 1 BVerfGG.[182] Dat argument lijkt overigens niet bijzonder sterk. Het gaat ervan uit dat sprake is van rechtstreekse strijd tussen zo'n *'in your face reply'* en het BVerfGG. In het tweede geval is echter sprake van een procesrechtelijke regeling terwijl de eerste regeling een materiële inhoud heeft. De voorstanders van een verbod zien daarin dus geen *lex posterior*.[183]

De afgelopen jaren lijkt het debat over het *Normwiederholungsverbot* een nieuwe weg ingeslagen die geïnspireerd lijkt door het, uit de Angelsaksische wereld overgewaaide, dialoogmodel. Auteurs die deze weg volgen, wijzen er op dat het procesrecht ongeschikt is om er de kwestie van het *Normwiederholungsverbot* mee op te lossen.[184] Het is voor de machtenscheidingsperikelen die met zo'n verbod gepaard gaan, niet geschreven. Een monopolie van het

179 Zo Gusy 1985, p. 227; Schlaich & Korioth 2007, p. 269.

180 Kischel 2006, p. 252-253. Anders echter: Graßhof 2003, p. 324 (met nadere verwijzingen).

181 Zo bijv. Benda & Klein 2001, p. 552, en Graßhof 2003, p. 344. Ook het BVerfG gaat ervan uit dat hij *´maßgeblicher Interpret und Hüter der Verfassung'* is. Zie BVerfG 10 juni 1975, *BVerfGE* 40, 88 (*Führerschein*), r.o. 14.

182 Vgl. bijv. Kischel 2006, p. 250, en Schlaich & Korioth 2007, p. 269-270.

183 Dat doen bijvoorbeeld Benda & Klein 2001, p. 552. De stelling dat de wetgever zichzelf niet kan binden, komt mij bovendien wat al te absoluut voor. Een soortgelijke stelling was lange tijd invloedrijk in het Britse staatsrecht. Na de totstandkoming van de *Human Rights Act* 1998 lijkt de uitzondering gemeengoed geworden, dat de wetgever zich wél in *manner and form* kan binden. Met andere woorden: de wetgever kan wél bepalen dat de *lex posterior* (tot nader order) niet geldt. Tot het intrekken van die bepaling is hij uiteraard bevoegd, maar zolang hij dat niet doet, is hij gebonden aan de voorschriften van de eerdere wetgever. Zie nader: §9.3.1.2.

184 Vgl. Kischel 2006, p. 244-253.

Hof, op de uitleg van het GG, doen zij bovendien af als onpraktisch en ondemocratisch.[185] Maar dat betekent niet dat de wetgever kan doen zoals het hem goeddunkt. Hij moet oordelen van het BVerfG wel respecteren. Het beginsel van *Verfassungsorgantreue* eist dit van hem.[186] Het gezag van het Hof zou ernstig ondergraven worden wanneer de wetgever een norm die nietig werd verklaard, luttele minuten na het arrest opnieuw zou vaststellen en terugwerkende kracht zou toekennen. Belangrijke rechtsstatelijke waarden zoals rechtszekerheid en effectieve rechtsbescherming, en de institutionele positie van het Hof zijn dan in het geding.[187] Daarom moet wel een plicht worden aangenomen voor de wetgever, om zich te onthouden van *Normwiederholung*. Die plicht moet echter restrictief worden opgevat. Niet alles is *Normwiederholung*, en niet alle *Normwiederholung* tast het gezag van het Hof aan.

Het relevante criterium is dus het gezag van het BVerfG.[188] Dat criterium leidt in de praktijk tot een motiveringsplicht voor de wetgever. Hij moet uitleggen waarom *Normwiederholung* in het bijzondere geval gerechtvaardigd is, afgezet tegen het gezag van het rechterlijk oordeel. De rechtspraak lijkt voor een dergelijk criterium ruimte te bieden. In een arrest over bijzonder verlof (*Sonderurlaub*) in Hessen, zag het Hof zich geconfronteerd met een overgangsregeling waarin de 'oude' regeling tijdelijk hernieuwd toepasselijk werd verklaard. Dat accepteerde het Hof niet. Het overwoog:

> 'Das hindert den hessischen Landesgesetzgeber zwar nicht daran, eine inhaltlich gleichlautende Bestimmung zu erlassen (…). Es kann dabei aber die vom BVerfG festgestellten Gründe der Verfassungswidrigkeit des ursprünglichen Gesetzes nicht übergehen. Eine Normwiederholung verlangt vielmehr ihrerseits besondere Gründe, die sich vor allem aus einer wesentlichen Änderung der für die verfassungsrechtliche Beurteilung maßgeblichen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse oder der ihr zugrunde liegenden Anschauungen ergeben können'.[189]

De wetgever kan een nietigverklaarde norm dus opnieuw vaststellen, maar er moet wel *iets* zijn veranderd. Die verandering kan gelegen zijn in een wetswijziging, in een wijziging van de juridische of de feitelijke context, of in veranderde maatschappelijke opvattingen. Op deze manier werkt het *Normwiederholungsverbot* niet verstarrend. Stelt de wetgever een regeling vast omdat hij meent dat de inzichten na twintig jaar wel zo'n beetje zijn veranderd, dan valt het met de schade aan 's Hofs gezag immers alleszins mee. Anders ligt het als de wetgever het nieuwe voorschrift uitvaardigt binnen korte tijd nadat het BVerfG gesproken heeft. Zou de huidige wetgever het *Luftsicherheits-*

185 *Ibid*, p. 230-232. Tevens: Lange 2010, p. 203.
186 Zo bijv. Schlaich & Korioth 2007. Zie over het begrip *Verfassungstreue*: BVerfG 18 juni 1973, *BVerfGE* 35, 257, en Schenke 1977; Lorz 2001, p. 33-48.
187 Kischel 2006, p. 227 en 233.
188 *Ibid*, p. 233 en 234-237.
189 BVerfG 15 juli 1997, *BVerfG* 96, 260 (*Sonderurlaub II*).

gesetz, met voorbijgaan aan de bezwaren van het BVerfG, in ongewijzigde vorm opnieuw vaststellen, dan keert hij zich direct tegen het oordeel van het Hof.

Komt de wetgever het Hof echter tegemoet, hoe onvolledig ook, dan is geen sprake van *Normwiederholung*. In de eerdergenoemde kwestie van de kruisbeelden in de klas bijvoorbeeld, reageerde de Beierse wetgever door de verplichting tot het ophangen van kruisbeelden opnieuw vast te stellen, zij het dat hij een regeling opnam voor diegenen die 'ernsthaften und einsehbaren' bezwaren hadden.[190] Die regeling was vermoedelijk niet wat het BVerfG voor ogen had gehad. De regeling hield namelijk niet in dat dan het kruis van de muur gehaald zou worden. Maar of de nieuwe bepaling volgens het Hof nu grondwettig was of niet, zij was veranderd ten opzichte van de eerdere regeling. En dat maakt het verschil. In termen van gezag, werd hier het Hof een muizengaatje geboden voor een subtiele, maar eervolle terugtocht. En het lijkt er op dat het Hof daar ook gebruik van heeft gemaakt.[191]

Tot slot: wat is nu het gevolg van zo'n *Normwiederholungsverbot*? Maakt een eventueel verbod nu zoveel uit? Het BVerfG is immers steeds bevoegd om een regeling aan het GG te toetsen. Stelt de wetgever een regeling opnieuw vast, dan kan het Hof deze opnieuw ongrondwettig verklaren. Daarvoor is een *Normwiederholungsverbot* niet nodig. Toch zou zo'n verbod een belangrijke consequentie kunnen hebben, namelijk voor de taakverdeling tussen de reguliere rechter en het BVerfG. Is sprake van een verboden *Normwiederholung*, dan wordt wel aangenomen dat de reguliere rechter niet verplicht is daarover een prejudiciële vraag aan het BVerfG te stellen. Hij weet dan immers zeker dat het nieuwe voorschrift onverenigbaar is met de grondwet. Het toetsingsmonopolie van het Hof staat daaraan niet in de weg.[192]

8.3.2.4 De reikwijdte van nietigheid: splitsing

In paragraaf 8.3.2.1 citeerde ik artikel 78 BVerfGG. Deze bepaling dicteert dat het Hof *'das Gesetz für nichtig'* verklaart. Zij gaat uit van het ideaaltypische geval dat de wet als zodanig inconstitutioneel is. Eliminatie van zo'n wet leidt rechtstreeks tot herstel van de rechtmatige toestand. Zoals Sillen onlangs beschreef, ziet de Duitse rechter daarin geen overschrijding van zijn constitutionele rol.[193] De beleidsvrijheid van de wetgever is met het vaststellen van de regeling immers overschreden en de rechter brengt het recht enkel in lijn met het GG. Dat geldt echter alleen in de ideaaltypische situatie dat de regeling in haar geheel inconstitutioneel is. De wetgever is dan niet bevoegd om de kwestie te regelen, of de wet is niet op rechtsgeldige wijze tot stand geko-

190 BVerfG 16 mei 1995, *BVerfGE* 93, 1 (*Kruzifix-Beschluß*).
191 BVerfG 27 oktober 1997, 1 BvR 1615/97 (*Kruzifix II*).
192 Kischel 2006.
193 Sillen 2010, p. 147-148.

men.[194] Het ideaaltype komt in de praktijk zelden voor.[195] Doorgaans is slechts een gedeelte van de regeling, of zijn enkele toepassingen ervan, in strijd met het GG. In zulke gevallen zou de rechter méér elimineren dan ter handhaving van de grondwet vereist is. Hij komt dan op het terrein van de wetgever. Daar komt bij dat eliminatie van een hele regeling, ook als daarvan slechts een enkele bepaling of toepassing onrechtmatig is, een vacuüm kan scheppen op een terrein waar regelgeving van groot belang is. Het BVerfG komt hieraan tegemoet door ongrondwettige wetgeving slechts gedeeltelijk nietig te verklaren.[196]

Het BVerfG hanteert sinds 1958 het uitgangspunt dat ongrondwettige wetgeving te splitsen is in rechtmatige en onrechtmatige voorschriften.[197] Ook een voorschrift kan gedeeltelijk nietig zijn. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer het toepassingsbereik van de norm deels nietig wordt verklaard.[198] Meent het Hof dat een rookverbod in de horeca nietig is *voor zover* het betrekking heeft op de kleine buurtkroeg waar de rechters hun *schnapps* drinken, dan splitst het de onrechtmatige toepassingen van een, overigens rechtmatig voorschrift af.[199] Kwalitatieve partiële nietigheid noemt men dat, ter onderscheiding van kwantitatieve partiële nietigheid waarbij het nietig verklaarde deel expliciet in de wettekst aan te wijzen is.[200] Daarvan is bijvoorbeeld sprake als lid 6 van artikel 359 StPO nietig is, of als alleen een zinsnede in de desbetreffende bepaling nietig wordt verklaard.

Splitsing kent grenzen. Volgens het BVerfG kan een regeling alleen gesplitst worden als zij zich daarvoor leent.[201] Splitsbaarheid hoeft niet uit de wettekst te blijken. Zij kan ook voortvloeien uit het doel en de strekking van de bepaling.[202] Het splitsen van een bepaling of regeling kan technisch onmogelijk zijn. Na splitsing blijft dan een regeling over die geen zelfstandige betekenis

194 De eerste situatie kwam voor in BVerfG 23 oktober 1951, *BVerfGE* 1, 14 (*Südweststaat*) en, recenter, BVerfG 15 februari 2006, *BVerfGE* 115, 118 (*Luftsicherheitsgesetz*), r.o. 155. Voor het tweede geval, zie BVerfG 18 december 2002, *BVerfGE* 106, 310 (*Zuwanderungsgesetz*), r.o. 134, over de geldigheid van een stemming in de Bondsraad.

195 Schlaich & Korioth 2007, p. 221. Voorts: vgl. Ipsen 1980, p. 98, met verwijzingen naar schaarse rechtspraak.

196 Leidt ook dat tot een onaanvaardbaar vacuüm, dat kiest het Hof ervoor de regeling *bloß unvereinbar* te verklaren. Soms combineert het Hof e.e.a. met een interimregeling. Op deze praktijken ga ik in de volgende paragraaf in.

197 BVerfG 12 november 1958, *BVerfGE* 8, 274 (*Preisgesetz*), r.o. 117. Zie ook BVerfG 6 december 1983, *BVerfGE* 65, 325 (*Zweiwohnungensteuer*), r.o. 101.

198 Het Hof acht zich daartoe bevoegd: zie o.a. (impliciet) BVerfG 24 juni 1958, *BVerfGE* 8, 51 (*Parteispenden*) en (expliciet) BVerfG 30 oktober 1963, *BVerfGE* 17, 155 (*Kriminellen Vereinigungen*).

199 Zie BVerfG 30 juli 2008, 1 BvR 3262/07, 402/08, 906/08 (*Rauchverbote*), waarin het Hof overigens niet de (gedeeltelijke) nietigheid uitsprak, maar enkel de onverenigbaarheid van de wettelijke regeling.

200 Skouris 1973, p. 90-95.

201 BVerfG 1 juli 1953, *BVerfGE* 2, 380 (*Haftentschädigung*), r.o. 89.

202 Vgl. bijv. BVerfG 24 juni 1958, *BVerfGE* 8, 51 (*Parteispenden*).

meer heeft. Splitsing kan ook politiek onwenselijk zijn. Er blijft dan wel een zelfstandige regeling over maar die zou haar zin en betekenis verliezen.[203]

Van het eerste geval is sprake als een regeling opgebouwd is uit een centrale norm en een aantal secundaire normen die hun bestaansrecht grotendeels ontlenen aan de centrale norm. Dat was bijvoorbeeld het geval in het zogenaamde *Ingenieursgesetz* (IngG). Deze wet verbood het voeren van de titel 'ingenieur' in artikel 1, tenzij men een technische studie aan een Duitse hogeschool had afgerond of men reeds voor de inwerkingtreding van de wet onder deze titel werkzaam was en binnen twee jaar kenbaar had gemaakt daarmee door te willen gaan. De artikelen 2 en 3 van de wet regelden uitzonderingsgevallen zoals ernstig kennisgebrek en de erkenning van buitenlandse technische studies. De nietigheid van artikel 1 IngG bracht de nietigheid van de andere bepalingen met zich: die waren enkel geschreven ten behoeve van artikel 1 en misten zelfstandige betekenis.[204]

Van dat tweede geval is sprake als de regeling uit een geheel van, weliswaar zelfstandige, normen bestaat die onlosmakelijk vervlochten zijn.[205] Splitsing kan dan tot rare, door de wetgever niet bedoelde, uitkomsten leiden. Splitsing is dus politiek onwenselijk. Recent was dat bijvoorbeeld het geval in het zogenaamde *Forstabsatzfonds-Urteil*.[206] Deze regeling riep een instantie in het leven ter bevordering van de Duitse bosbouw in binnen- en buitenland. De instantie werd gefinancierd door Duitse houtbedrijven te verplichten tot een bijdrage in de kosten. Deze bijdrage werd door het BVerfG inconstitutioneel verklaard. De bepalingen waarin de werkzaamheden van de instantie werden beschreven konden zelfstandig functioneren. Toch deelden zij volgens het Hof in de nietigheid van de bepalingen over de financiering:

> 'denn mit dem Wegfall der Abgabe als Instrument zur Finanzierung eines holz- und forstwirtschaftlichen Werbeverbundes verlieren diese Vorschriften insgesamt ihren Sinn'.[207]

Deze vuistregels zijn geënt op de kwantitatieve splitsbaarheid. Minder precies is het Hof als het er om gaat rechtmatige toepassingen van onrechtmatige toepassingen te scheiden. Ook in zulke gevallen geldt, met name, het tweede criterium: doorkruist dat de bedoeling van de wetgever? Toch wordt daarmee niet vermeden dat het scheiden van rechtmatige en onrechtmatige toepassingen

---

203 BVerfG 12 november 1958, *BVerfGE* 8, 274 (*Preisgesetz*), r.o. 117.

204 BVerfG 25 juni 1969, *BVerfGE* 26, 246 (*Ingenieur*), besproken door: Skouris 1973, p. 76-78; Ipsen 1980, p. 101-102; Kreutzberger 2007, p. 61. Zie ook: BVerfG 30 mei 1956, *BVerfGE* 5, 25 (*Apothekenerrichtung*); BVerfG 10 juli 1958, *BVerfGE* 8, 71. Recenter: BVerfG 23 maart 2011, 2 BvR 882/09 (*Medizinische Behandlung*).

205 Vgl. bijvoorbeeld BVerfG 16 juni 1959, *BVerfGE* 9, 305 (*Kriegsfolgelasten I*), en BVerfG 19 oktober 1982, *BVerfGE* 61, 149 (*Amtshaftung*).

206 BVerfG 12 mei 2009, *BVerfGE* 123, 132 (*Forstabsatzfonds*).

207 *Ibid,* r.o. 70. Illustratief is ook: BVerfG 27 juli 2004, *BVerfGE* 111, 126 (*Juniorprofessur*).

van de wet soms op gespannen voet staat met de rechterlijke rol. Kwalitatieve splitsing is dan ook hevig bekritiseerd. Een deel van de literatuur sluit in dat verband aan bij het Kelseniaanse onderscheid tussen positieve en negatieve normstelling.[208] Volgens zulke auteurs kan uitsluitend nietig worden verklaard als er een nietig te verklaren tekst voorhanden is.[209] Is de ongrondwettigheid het gevolg van iets dat in de tekst ontbreekt dan is de zinsnede dat de norm nietig is 'voor zover' dat ontbrekende element er niet in staat geen partiële nietigheid meer maar positieve rechtsvorming. Het Hof zou daartoe niet zonder meer bevoegd zijn. Een voorbeeld kan dat verduidelijken.

In het zogenaamde *Afluisterarrest* ging het, onder meer, om een wettelijke regeling die het briefgeheim beperkte zonder dat het lijdend voorwerp daarover werd geïnformeerd. Nu is dat soms heel verstandig maar het BVerfG zag ook gevallen waarin de geheimhouding geen enkel doel diende. Het voorschrift bepaalde daarover niets. Het Hof concludeerde dat de inbreuk op het briefgeheim van artikel 10 GG niet in alle gevallen noodzakelijk was. De bepaling was daarom nietig 'insoweit als er die Unterrichtung des Betroffenen über Beschränkungsmaßnahmen auch ausschließt, wenn sie ohne Gefährdung des Zweckes der Beschränkung erfolgen kann'.[210]

Wat het Hof hier, in de ogen van de critici doet, is een nuancering toevoegen die in de tekst van het voorschrift als zodanig niet terug te vinden is. De betekenis van de wettekst wordt zo veranderd. In zo'n geval ligt volgens deze critici, algehele nietigheid voor de hand.[211]

Opvallend is dat deze kritiek vooral dateert van eind zeventiger en begin tachtiger jaren. Het beruchte eerste Abortusarrest lag toen nog vers in het geheugen.[212] In die zaak verklaarde het Hof een, in de parlementaire gremia vrij uitvoerig bediscussieerde, regeling nietig voor zover zij de strafbaarheid van abortus in bepaalde gevallen ophief. Het arrest veroorzaakte nogal wat ophef, vooral omdat het er op leek dat het BVerfG in deze gevoelige kwestie de criteria voor strafbaarheid bepaalde.[213] Het arrest is vooral bekritiseerd omdat het Hof de bedoeling van de wetgever geweld zou hebben aangedaan.[214] Met het wegebben van dit arrest lijkt ook de kritiek op de kwalitatieve splitsing verworden tot een echo.[215]

208 Vgl. Kelsen 1931 (2008), p. 78-79.
209 Zo bijv. Ipsen 1980, p. 104-106; Sachs 1979, p. 392-293.
210 BVerfG 15 december 1970, *BVerfGE* 30, 1 (*Abhören*), dictum onder 'II'.
211 Ipsen 1980, p. 105.
212 BVerfG 25 februari 1975, *BVerfGE* 39, 1.
213 Sillen heeft overigens gelijk waar hij stelt dat de gevoeligheid evenwel niet zozeer ligt in de nietigheidskwestie, maar vooral in het materiële oordeel van het Hof (Sillen 2010, p. 68). Dat het Hof zich met de voorwaarden voor strafbaarheid inlaat, volgt direct uit het feit dat het Hof strafbaarheid van de aborteur inleest in het GG.
214 Vgl. o.m. Benda & Klein 2001, p. 523.
215 De handboeken noemen de kritiek steevast, maar verwijzen dan altijd naar de hiervoor genoemde literatuur.

Wat blijft, is de aandacht in de literatuur voor, en de lippendienst die het BVerfG bewijst aan, de bedoeling van de wetgever. In dat verband wordt geregeld een parallel getrokken met de methode van conforme interpretatie. Volgens sommige auteurs is er in wezen geen verschil tussen conforme interpretatie en kwalitatieve gedeeltelijke nietigheid.[216] In de praktijk betekent dit dat de grenzen die voor conforme interpretatie gelden, ook voor kwalitatieve splitsing behoren te gelden. Het BVerfG heeft weliswaar de bevoegdheid om wetgeving van tafel te vegen, de betekenis ervan veranderen mag het niet. Gaat het om conforme interpretatie, dan heeft het Hof altijd nog de nietigverklaring achter de hand; gaat het om kwalitatieve gedeeltelijke nietigheid, dan is algehele nietigheid het alternatief. Dat het Hof dan méér nietig verklaart dan strikt genomen ongrondwettig is, dat moet dan maar voor lief genomen worden. Voor een belangrijke stroming in de literatuur is dat uit het perspectief van de machtenscheiding bezien, minder ernstig dan een doorkruising van het beleid van de wetgever.

De reikwijdte van nietigheid gaat, tot slot, niet alleen om splitsing van normen in rechtmatige en onrechtmatige toepassingen, bepalingen of tekstgedeelten. De omgekeerde situatie is ook mogelijk: de nietigheid van de aangevochten regeling kan 'overslaan' op andere regelingen binnen dezelfde wet. Daarvan is sprake als aan zulke regelingen eenzelfde gebrek kleeft als aan de aangevallen voorschriften. Dergelijke bepalingen worden door de nietigverklaring normaal gesproken niet getroffen omdat zij niet tot het geschil voor het BVerfG behoren. Zij zijn echter even problematisch als de nietig verklaarde norm. Uit oogpunt van efficiency en rechtszekerheid heeft het Hof, op basis van artikel 78 BVerfGG, de bevoegdheid om zulke normen, mits zij deel uitmaken van dezelfde wet, eveneens nietig te verklaren.

8.3.2.5 Resumerend

Is een wettelijke regeling in strijd met het *Grundgesetz* dan is het uitgangspunt dat deze regeling van rechtswege nietig is. Dit uitgangspunt is verbonden met de staatsrechtelijke traditie in Duitsland, dat wettelijke voorschriften voor hun (voort)bestaan afhankelijk zijn van het GG. Het ligt ten grondslag aan het *Grundgesetz* en is in artikel 78 BVerfGG gecodificeerd. De nietigheid van ongrondwettige voorschriften brengt met zich dat de daarin opgenomen normen niet meer kunnen dienen als basis voor bestuurlijke of private rechtshandelingen. Dat geldt zowel voor de toekomst als voor het verleden. Op dit uitgangspunt maakt artikel 79 BVerfGG een aantal uitzonderingen in het belang van de rechtszekerheid. Dat belang prevaleert, aldus wetgever, BVerfG en literatuur, soms boven de belangen van effectieve rechtsbescherming en de voorrang van het *Grundgesetz*. Er bestaat in Duitsland discussie over de vraag of de wetgever

216 Skouris 1973, p. 108. Schlaich & Korioth 2007, p. 223 zien dogmatisch verschil, maar praktische overeenkomst.

een nietig verklaard voorschrift opnieuw in identieke vorm mag vaststellen. Het Hof was daarover in het verleden verdeeld. Het procesrecht lijkt zo'n *Normwiederholungsverbot* niet voor te schrijven. Wel vinden het Hof en de meeste auteurs elkaar, op de stelling dat het vaststellen van identieke wetgeving, kort nadat het Hof gesproken heeft, een schadelijke actie is voor het gezag van het Hof, die de wetgever dan ook dient na te laten. Voorschriften kunnen, tot slot, in hun geheel dan wel gedeeltelijk nietig worden verklaard. Vaak staat het Hof voor de keuze om de norm al dan niet te splitsen. Of dat mogelijk is hangt af van de vraag of er na splitsing nog een eigenstandige norm overblijft. Gaat het om kwalitatieve splitsing, waarbij het toepassingsbereik van de norm wordt verkleind, dan is die splitsing alleen toegestaan als het wezen van de norm niet wezenlijk verandert.

8.4 De niet-ideaaltypische remedie: varianten van een Duitse '*terme de grâce*'

Het vaststellen van de nietigheid, en de conforme interpretatie van *prima facie* ongrondwettige normen zijn de standaardremedies van het Duitse constitutionele recht. Getalsmatig komt het echter vaker voor dat het BVerfG voor andere uitspraakvarianten kiest. Met name de zogenaamde 'blote' *Unvereinbarerklärung* is in de rechtspraak van het Hof welbekend. Samen met de zogenaamde *Appellentscheidung* stelt zij het BVerfG in staat om politiek gevoelige toetsingsuitspraken aan de wetgever te communiceren, zonder dat het Hof zélf de uit die toetsingsuitspraken voortvloeiende keuzes hoeft te maken. De beide uitspraakvarianten bewerkstelligen in sommige gevallen bovendien dat de wetgever een periode de tijd krijgt om zichzelf en de samenleving op een grondwetsconforme situatie in te stellen. Ik bespreek eerst de *Appellentscheidung* (8.4.1) en vervolgens de *Unvereinbarerklarung* (8.4.2).

8.4.1 Nóg verenigbaar: de *Appellentscheidung*

De term '*Appellentscheidung*' is afkomstig van een constitutionele rechter uit de zestiger jaren.[217] Zij doelde daarmee op het verschijnsel dat het BVerfG in een uitspraak bezwaren over de grondwettigheid van een regeling kenbaar maakt zonder haar inconstitutioneel te verklaren of een grondwetsconforme toepassing voor te schrijven.

De eerste keer dat het Hof dat deed was al in 1955, in een zaak over het zogenaamde Saarstatuut.[218] Dit tussen Frankrijk en West-Duitsland gesloten akkoord, voorzag er in dat het – door beide landen traditioneel geclaimde –

217 Vgl. W. Rupp-von Brünneck 1970, p. 355.
218 BVerfG 4 mei 1955, *BVerfGE* 4, 157.

Saarland na afloop van de geallieerde bezetting onder gemeenschappelijk Europees bestuur zou komen. Een meerderheid van de Saarlanders zou zich daar in een referendum tegen uitspreken, maar voor het zover was sprak het BVerfG zich over de rechtmatigheid van de goedkeuringswet uit. Vooral in het feit dat een aantal beleidsterreinen werd opgedragen aan een Europees commissaris die door de Saarlanders niet rechtstreeks gekozen kon worden, zag het Hof spanning met het kiesrecht van artikel 20 lid 2 GG. Het overwoog echter dat de praktijk van dat moment evenmin bevredigend was, en dat de vraag of betere afspraken mogelijk waren geweest voornamelijk een politieke kwestie was waar het beter buiten kon blijven.[219] De politieke gevolgen van een onverenigbaarheidsoordeel wogen niet op tegen de, in het licht van de op dat moment geldende omstandigheden, relatief lichte inbreuk op de rechten van de Saarlanders. Het verklaarde de regeling daarom grondwettig.

Enkele jaren later, in 1963, deed zich iets soortgelijks voor. Weer leek het Hof terug te schrikken voor de mogelijke politieke gevolgen van zijn uitspraak. Een klacht omtrent de grondwettigheid van een voorschrift dat het erfrecht met betrekking tot boerderijen regelde werd afgewezen.[220] Het feit dat alleen mannen zulke boerderijen konden erven was geen schoolvoorbeeld van de gelijke behandeling tussen mannen en vrouwen, en daarom in strijd met artikel 3 lid 2 GG. Het voorschrift was echter afkomstig van het Britse bezettingsgezag en dat compliceerde de kwestie. Hoewel die bezetting al tien jaar tot het verleden behoorde, was bij verdrag bepaald dat ook ongrondwettige bezettingsvoorschriften hun gelding behielden totdat de wetgever hen zou wijzigen of opheffen.[221] Het Hof stond nu voor de vraag of deze verdragsvoorschriften eigenlijk wel conform de grondwet waren. *Nein* was het antwoord, maar:

> 'Der mit der Verfassung nicht voll in Einklang stehende Zustand konnte aus besonderen, in der Sache liegenden Gründen hingenommen werden. (…) Der Überleitungsvertrag bildet einen Bestandteil des (…) umfangreichen Vertragswerks, demzufolge die Bundesregierung nach Aufhebung des Besatzungsregimes "die volle Macht eines souveränen Staats über ihre inneren und äußeren Angelegenheiten haben" sollte (…). Damit wurde allgemein ein Zustand erreicht, der erheblich "näher beim Grundgesetz steht" als der vorausgehende (…) da der deutsche Gesetzgeber seit dem 5. Mai 1955 Rechtsvorschriften der Besatzungsbehörden aufheben und ändern (…) konnte. Damit wurde er weitgehend in die Lage versetzt, das umfangreiche (…) Besatzungsrecht in eine (…) vom Grundgesetz geforderte Regelung überzuleiten. Demgegenüber bedeutete das zeitweilige Fortbestehen eines verhältnismäßig kleinen Bestandes von verfassungswidrigen Besatzungsnormen nur eine geringe Beschränkung'.[222]

219 *Ibid.,* r.o. 60-61.
220 BVerfG 20 maart 1963, *BVerfGE* 15, 337 (*Höfeordnung*).
221 *Ibid.,* r.o. 28.
222 *Ibid.,* r.o. 34-37.

Waar het de voorschriften van de voormalige bezetters betrof, moest men zich nu eenmaal behelpen, zo lijkt het Hof te zeggen. De kwestie doorkruiste weliswaar de voorrang van het GG maar dat woog niet op tegen het feit dat de afspraken over de gelding van de verordeningen een enorme vooruitgang waren die het de Duitse wetgever mogelijk maakten werk te maken van een grondwetsconforme rechtsorde. Hij was daartoe zelfs binnen afzienbare termijn verplicht, aldus het BVerfG:

> 'Die Zustimmung zum Überleitungsvertrag durfte um so eher erteilt werden, als der Gesetzgeber seit dem 5 Mai 1955 gehalten ist, im Rahmen seiner Kompetenz in angemessener Frist besatzungsrechtliche Vorschriften, die mit dem Grundgesetz nicht vereinbar sind, aufzuheben oder zu ändern, also eine dem Grundgesetz entsprechende Rechtsordnung zu schaffen. Diese verfassungsrechtliche Pflicht folgt allgemein aus seiner Bindung an die verfassungsmäßige Ordnung (Art. 20 Abs. 3 GG)'.[223]

Het Hof meende dat die redelijke termijn nog niet voorbij was. Weliswaar was het al geruime tijd duidelijk dat het ter toetsing voorliggende voorschrift inconstitutioneel was, maar de wetgever kwam de ruimte toe om te beoordelen of hij uitsluitend dit voorschrift wilde wijzigen, dan wel dat hij de wijziging wilde inbedden in een integrale wijziging van het gehele wettelijk stelsel. De wetgever kreeg daarom nog ruim twee jaar de tijd. Tot die tijd zou het BVerfG klachten omtrent de mogelijke onverenigbaarheid van de *Höfeordnung* afwijzen.[224]

Deze beide eerste *Appellentscheidungen* werden gewezen onder bijzondere omstandigheden. Toch ontwikkelde zich uit deze beide uitspraken een algemene lijn, samen te vatten als 'het maximaal haalbare onder de gegeven omstandigheden'. Het Hof is daarmee een conceptuele grens overgegaan. Een norm kan, ondanks materiële mankementen, formeel verenigbaar zijn en wel wegens buiten die norm gelegen factoren. Er is een grijs gebied ontstaan van constitutioneel onvolmaakte normen die zich bewegen tussen ongrondwettige normen enerzijds en volstrekt grondwettige normen anderzijds.[225] Dat grijze gebied roept vragen op. Twee ervan behandel ik hier. In welke gevallen laat het Hof het tegenwoordig bij een appèl aan de wetgever? En heeft zo'n appèl rechtsgevolgen?

8.4.1.1 Toepassing van de Appellentscheidung

Wat men ook vindt van de twee zojuist beschreven zaken, het ging in beide gevallen om een bijzondere en gevoelige feitenconstellatie. De uitspraken waren

223 *Ibid.*, r.o. 38.
224 *Ibid.*, r.o. 45-46.
225 Zie Pestalozza 1976, p. 540. Voorts: Ipsen 1980, p. 132.

minder vanuit het staatsrechtelijk perspectief, dan vanuit het perspectief van hogere politiek te begrijpen.[226] Vanaf de zestiger jaren zet het BVerfG de werkwijze echter geregeld in wanneer van zo'n explosieve situatie geen sprake is. De *Appellentscheidung* leent zich namelijk uitstekend voor situaties waarin het Hof geconfronteerd wordt met veranderende maatschappelijke omstandigheden of opvattingen. Het kan bijvoorbeeld zijn dat de indeling van kiesdistricten langzamerhand verouderd raakt als gevolg van verschuivende bevolkingsaantallen in de desbetreffende districten. Krijgt het BVerfG te maken met de klacht dat het gelijke stemgewicht van bepaalde kiezers in het gedrang komt, dan zal het moeten uitmaken op welk moment de situatie zodanig uit de hand loopt dat zij 'grondrechtelijk onhoudbaar' wordt. Geregeld komt het voor dat het Hof dan oordeelt dat die situatie nóg niet is aangebroken, maar dat zij wel aanstaande is.[227] Iets soortgelijks kan gebeuren wanneer het Hof de wetgever er op wijst dat de opvattingen in de samenleving op een bepaald dossier aan verandering onderhevig zijn zonder dat het vindt dat dit onmiddellijk leidt tot de conclusie dat de grondwet reeds geschonden is.[228]

In de geschetste gevallen is het *Appell* aan de wetgever eigenlijk niets bijzonders. De wetgeving is écht nog niet in strijd met het GG, maar het Hof waarschuwt de wetgever dat dit – naar alle waarschijnlijkheid – niet altijd zo zal blijven. Tot zulke gevallen blijft de inzet van de *Appellentscheidung* echter niet beperkt. Het Hof kan namelijk ook vinden dat de maatschappelijke inzichten of omstandigheden al zodanig zijn veranderd dat wél reeds sprake is van met het *Grundgesetz* onverenigbare wetgeving, maar niettemin besluiten deze wetgeving – formeel – voorlopig nog als grondwettig aan te merken. Het is de Duitse variant van wat in de Angelsaksische wereld bekendstaat als *prospective overruling*. In wat voor soort gevallen besluit het BVerfG om daartoe over te gaan?

Eerste gezichtspunt: 'fehlende Evidenz'

Een belangrijk gezichtspunt is om te beginnen de vraag of de ongrondwettigheid van het bestreden voorschrift voor de wetgever reeds kenbaar was.[229]

---

226 Iets soortgelijks gold voor het recente BVerfG 12 september 2012, 2 BvR 1390/12 (*ESM-Vertrag*). Zie op dit punt: Sillen 2012b, p. 2952-2953.

227 Schoolvoorbeeld is BVerfG 22 mei 1963, *BVerfGE* 16, 130 (*Wahlkreise*), p. 141-142, waarin zo'n regeling volgens het Hof inmiddels wél onrechtmatig was, maar ten tijde van de aangevochten verkiezingen nog niet. Het beperkte zich tot de constatering dat de wetgever de kwestie beter voor de volgende verkiezingen kon regelen.

228 Een prachtig voorbeeld is de langdurige saga over het erfrecht voor onwettige kinderen. Zie BVerfG 23 oktober 1958, *BVerfGE* 8, 210 (*Vaterschaft*) en BVerfG 29 januari 1969, *BVerfGE* 25, 167 (*Nichtehelichkeit*), waarin het Hof in eerste instantie overwoog dat de grondwetgever met artikel 6 lid 5 GG, de wetgever de opdracht had gegeven de rechtspositie van onwettige kinderen geleidelijk te verbeteren. Het Hof vond de wetgeving daarom nog niet in strijd met het GG. Tien jaar later vond het dat moment overigens nog steeds niet aangebroken.

229 Zie over het gebruik van de term '*Evidenz*' in 's hofs jurisprudentie: Yang 2003, p. 163 (vgl. m.n. voetnoot 120).

In de meeste zaken waarin het BVerfG een regeling, ondanks geconstateerde gebreken, tijdelijk grondwettig verklaarde, overwoog het dat de strijd met het GG voor de wetgever 'niet evident' was. Vooral als het Hof 'om' gaat wegens veranderde feitelijke omstandigheden of inzichten, kan daarvan sprake zijn.[230]

Van beide gevallen was sprake in het arrest over de vraag of een regeling omtrent het weduwnaarspensioen in strijd was met het gelijkheidsbeginsel.[231] De hoogte daarvan was afhankelijk van de bijdrage die de overleden echtgenote had geleverd aan het gezinsinkomen. Voor weduwen gold zo'n criterium echter niet.[232] In 1963 vond het Hof dat onderscheid nog gerechtvaardigd.[233] De bescherming van vrouwen, die in het overgrote deel van de gevallen financieel afhankelijk waren van de man, was daarmee gediend. Het omgekeerde geval kwam, aldus het Hof, zelden voor. Tien jaar later ging men om. In de eerste plaats waren de feitelijke omstandigheden volgens het BVerfG veranderd: het aantal werkende vrouwen was inmiddels verviervoudigd.[234] Daarnaast was volgens het Hof beslissend dat de traditionele opvattingen over de rolverdeling van mannen en vrouwen in het gezin waren veranderd.[235] Toch meende het BVerfG niet tot ongrondwettigheid te moeten concluderen:

> 'Der Gesetzgeber hat sich insbesondere nach der früheren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auf die Verfassungsmäßigkeit der Norm (…) einstellen dürfen. Anlaß zur verfassungsrechtlichen Beanstandung würde jedoch dann bestehen, wenn er es unterließe, sich in Zukunft intensiv um eine sachgerechtere Lösung zu bemühen (…). Aus dieser Situation ist somit jetzt ein Verfassungsauftrag für den Gesetzgeber abzuleiten, eine Neuregelung vorzusehen, die einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 und 3 GG für die weitere Zukunft ausschließt. Für eine solche Regelung sind (…) umfangreiche und zeitraubende Vorarbeiten erforderlich. Das Bundesverfassungsgericht geht jedoch davon aus, daß die Neuregelung bis zum Ende der übernächsten Legislaturperiode in Kraft gesetzt werden müßte'.[236]

Beslissend is dus in de eerste plaats dat de wetgever, op grond van de eerdere rechtspraak van het Hof, te goeder trouw uit was gegaan van de grondwettigheid van de regeling. Aan het objectieve criterium van strijd tussen wet en

230 Daarvan hoeft niet altijd sprake te zijn. Zie bijv. BVerfG 8 juni 1988, *BVerfGE* 78, 249 (*Fehlbelegungsabgabe*).
231 BVerfG 12 maart 1975, *BVerfGE* 39, 169 (*Hinterbliebenenrente II*).
232 Het ging om het *Angestelltenversicherungsgesetz* (AVG).
233 BVerfG 24 juli 1963, *BVerfGE* 17, 1 (*Waisen- und Witwerrente*). Zie tevens: BVerfG 13 december 1951, *BVerfGE* 1, 97 (*Hinterbliebenenrente I*).
234 *Ibid.*, r.o. 65.
235 *Ibid.*, r.o. 76.
236 *Ibid.*, r.o. 90.

Grundgesetz wordt door het BVerfG een subjectief element toegevoegd, namelijk de kenbaarheid voor de wetgever.[237]

Tweede gezichtspunt: 'prangende noodzaak'
Het enkele feit dat de wetgever mogelijk niet op de hoogte was van de ongrondwettigheid, is echter onvoldoende. Er moet ook een reden zijn voor het Hof, om zo coulant jegens de wetgever te zijn, een bijzondere reden om van de normale gang van zaken af te wijken.

Illustratief is het arrest *Fehlbelegungsabgabe*.[238] Die zaak betrof een regeling die bewoners van gesubsidieerde woningen tot het betalen van een belasting verplichtte wanneer hun inkomen een bepaalde grens overschreed. Het doel van die regeling was tegen te gaan dat mensen die inmiddels meer waren gaan verdienen, nog langer ten onrechte zouden profiteren van overheidssubsidie, zonder dat zij onmiddellijk hun woning moesten verlaten. De regeling bepaalde dat zo'n belasting alleen geheven kon worden in, kortgezegd, gemeenten met meer dan 300.000 inwoners. Voor de inwoners van kleinere gemeenten gold de belasting dus niet. Dat onderscheid was, aldus het BVerfG, in strijd met het gelijkheidsbeginsel. Het criterium van 300.000 inwoners, kennelijk ingegeven door de gedachte dat de belastingheffing in de kleinere gemeenten vermoedelijk weinig rendabel zou zijn, had niets te maken met het doel van de regeling: het tegengaan van scheefgroei op de woningmarkt. Toch verklaarde het Hof artikel 1 lid 4 *Gesetz über den Abbau der Fehlsubventionierung im Wohnungswesen* niet ongrondwettig:

> 'Die mithin gegebene Ungleichbehandlung wesentlich gleichgelagerter Sachverhalte läßt sich derzeit noch vor Art. 3 Abs. 1 GG rechtfertigen. Zwar gebietet es der Gleichheitssatz, wesentlich Gleiches auch gleich zu behandeln. Der Gesetzgeber hat aber eine weitgehende Gestaltungsfreiheit (…). Hierbei ist zu berücksichtigen, daß bei der Ordnung von Massenerscheinungen, wie sie auch die Fehlbelegung öffentlich geförderter Wohnungen darstellt, typisierende Regeln allgemein als notwendig anerkannt (…) worden sind. Handelt es sich um komplexe Sachverhalte, so kann es vertretbar sein, daß dem Gesetzgeber zunächst eine angemessene Zeit zur Sammlung von Erfahrungen eingeräumt wird (…). Danach ist der Gesetzgeber

237 Vgl. Ipsen 1980, p. 138; Yang 2003, p. 166-167. Bekend is voorts: BVerfG 22 mei 1963, *BVerfGE* 16, 130 (*Wahlkreise*) een zaak over de indeling van kiesdistricten die, door veranderde bevolkingsaantallen, verouderd was. Dat de regeling daardoor conflicteerde met het kiesrecht was, aldus het Hof, ten tijde van het vaststellen van de kieswet nog niet 'evident' voor de wetgever. Zie voorts bijv.: BVerfG 20 december 1966, *BVerfGE* 21, 12 (*Umsatzsteuer*); BVerfG 14 maart 1972, *BVerfGE* 33, 1 (*Strafgefangene*); BVerfG 8 juni 1988, *BVerfGE* 78, 249 (*Fehlbelegungsabgabe*). Soms komt het ook voor dat het BVerfG wel tot ongrondwettigheid concludeert, maar het bij die vaststelling laat. Hieruit blijkt wel de schimmige grens tussen *Appellentscheidung* enerzijds en *Unvereinbarerklärung* anderzijds. Zie in dit verband bijv. BVerfG 26 juli 1972, *BVerfGE* 34, 9 (*Besoldigungsvereinheitliching*), r.o. 86-87, en BVerfG 25 maart 1992, *BVerfGE* 85, 386 (*Fangschaltungen*).

238 BVerfG 8 juni 1988, *BVerfGE* 78, 249.

> nunmehr verpflichtet, für die Zeit ab 1990 auf der Grundlage der gewonnenen Erkenntnisse eine dem Gleichheitssatz genügende Regelung zu treffen'.[239]

Hoewel het Hof meent dat hier gelijke gevallen ten onrechte ongelijk worden behandeld, krijgt de wetgever de tijd om uit te vinden wat dan wél een werkbaar en constitutioneel houdbaar criterium is. Tot die tijd laat het *Grundgesetz* het, volgens het BVerfG, toe dat de wetgever een criterium hanteert dat met het gelijkheidsbeginsel eigenlijk op gespannen voet staat. Wat hier meen ik *de facto* gebeurt, is dat het Hof – onder het mom van toetsing – de werking van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel tijdelijk relativeert. Niet, omdat de omstandigheden of de maatschappelijke inzichten zijn veranderd, maar omdat het Hof kennelijk begrip heeft voor het feit dat van de wetgever moeilijke keuzes worden verwacht bij het formuleren van zorgvuldige criteria in het socialezekerheidsrecht. De aard van de wetgeving brengt mee dat de rechter er begrip voor moet opbrengen dat de wetgever het niet steeds in één keer goed doet.

Dat begrip van de rechter schurkt dicht aan tegen het verschijnsel van de marginale toetsing: het Hof had immers óók kunnen besluiten dat het de wetgever *vooralsnog* een ruime discretie laat ten aanzien van de vraag of het gekozen criterium grondwettig is. In de uitkomst van het geschil had dat niet uitgemaakt. De gekozen houding van het BVerfG is wel aanmerkelijk duidelijker: het is zowel voor de klagers, als voor de wetgever helder dat het geldende criterium niet het juiste is en dat dus gezocht zal moeten worden naar een nieuwe. De keerzijde daarvan is dat deze werkwijze vragen oproept over de wijze waarop het Hof zijn bevoegdheid invult: een rechter die uit opportuniteitsoverwegingen, of *begrip* voor de overheid, afziet van het vervullen van zijn taak, die handelt niet langer conform het geldende recht, die maakt beleid.[240]

Verhouding tussen de gezichtspunten

'*Fehlende Evidenz*' en praktische noodzaak zijn wegwijzers die in de richting van een *Appellentscheidung* kunnen wijzen. Harde criteria zijn het niet. Eerder functioneren beide gezichtspunten als communicerende vaten. Zij vullen elkaar aan. Hoe minder evident de strijd tussen wet en GG is, hoe eerder het Hof bereid lijkt om begrip te hebben voor de praktische moeilijkheden waarmee de wetgever geconfronteerd wordt. Hoe dieper de nietigheid van een voorschrift ingrijpt in het maatschappelijk leven, hoe eerder het BVerfG geneigd is te onderzoeken of nu écht wel sprake is van een 'evidente' strijd tussen wet en grondwet.

---

239 *Ibid.,* r.o. 111-113.

240 Die constatering is overigens niet noodzakelijkerwijs negatief geladen. Zie bijv. Van Gerven 1973.

Het eerder aangehaalde arrest inzake de indeling van kiesdistricten uit 1963 illustreert dat.[241] Aan de orde was de indeling van kiesdistricten die, door de veranderde demografie, verouderd was. Het BVerfG overwoog dat de regeling op gespannen voet stond met het kiesrecht. Voor de wetgever hoefde ten tijde van het vaststellen van de Kieswet nog niet evident te zijn dat de kritieke grens van ongrondwettigheid reeds was overschreden. Die conclusie is in de Duitse literatuur fel bekritiseerd.[242] Het BVerfG liet namelijk onbenoemd dat het Duitse equivalent van de Kiesraad (*Wahlkommission*) destijds tot de conclusie was gekomen dat de indeling van kiesdistricten op zijn minst vragen opriep. Als hier geen sprake was van een evident geval van ongrondwettigheid, wat was het dan wel?[243]

Fehlende Evidenz kan in dit geval de koers van het BVerfG dus niet onomstreden verklaren. De gevolgen van ongrondwettigheid en nietigheid kunnen dat wel. Die ongrondwettigheid zou afbreuk hebben gedaan aan de geldigheid van de verkiezingen, en daarmee de legitimatie van de nieuwe Bondsdag. Hadden er dan nieuwe verkiezingen moeten komen en vooral wie was dan bevoegd geweest om een nieuwe indeling vast te stellen? De 'oude' Bondsdag was immers niet meer in functie en de nieuwe ongrondwettig gekozen. Zelfs een onverenigbaarverklaring zou aan het gezag van de nieuwe Bondsdag op zijn minst afbreuk doen.[244]

Het '*Evidenz*'-argument is in een zaak als deze een kwestie van pragmatisme. Naarmate de gevolgen van de uitspraak verstrekkender zijn, dient duidelijker te zijn wie de last en de verantwoordelijkheid voor de ontstane toestand heeft te dragen. Leidt de uitspraak tot ingrijpende gevolgen, dan dragen regering en parlement de politieke verantwoordelijkheid daarvoor. De kwestie of zij van de ongrondwettigheid op de hoogte konden zijn is dan, zo niet juridisch, dan toch in elk geval politiek relevant. Komt de ongrondwettigheid uit de lucht vallen, of vloeit zij voort uit een relatief onbeduidend detail, dan is de verantwoordelijkheid van de wetgever in politieke zin lastig te construeren. De uitspraak heeft dan het effect van een boemerang: haar gevolgen slaan dan terug op het gezag van het BVerfG zelf.

8.4.1.2 Rechtsgevolgen van de Appellentscheidung

De *Appellentscheidung* lijkt soms verdacht veel op een wetgevingsbevel, zeker wanneer zij gepaard gaat met een termijn waarin de wetgever de betrokken regeling moet aanpassen.[245] Dat staat op gespannen voet met het uitgangs-

241 BVerfG 22 mei 1963, *BVerfGE* 16, 130 (*Wahlkreise*).
242 Vgl. bijv. de annotatie van Frowein in DÖV 1963, p. 857-861 (m.n. p. 160). Voorts: Pestalozza 1976, p. 551.
243 Tot een dergelijke conclusie komt Yang 2003, p. 165.
244 Vgl. Ipsen 1980, p. 138; Schlaich & Korioth 2007, p. 242.
245 Vgl. Kreutzberger 2007, p. 215.

punt dat hiërarchie tussen de *Verfassungsorgane* ontbreekt. Welke rechtsgevolgen heeft zo'n appèl aan de wetgever dan wel?

Het uitgangspunt, te vinden in veel handboeken, is dat een appèl van het BVerfG aan de wetgever om een bepaald voorschrift te wijzigen *obiter dictum* en daarom niet bindend is.[246] De laatste is immers niet verplicht om een voorschrift te wijzigen dat in 's Hofs dictum expliciet grondwettig is verklaard. Andere ambten, zoals bestuursorganen of reguliere rechters, moeten het voorschrift dan ook blijven toepassen. De kwestie ligt echter genuanceerder dan dat.

Eerder besprak ik dat het oordeel van het BVerfG omtrent de grondwettigheid van wetgeving declaratoir van aard is. Niet de uitspraak van het Hof maakt een ongrondwettige wet nietig, maar het conflict tussen wet en grondwet zélf. Er is dan een verschil tussen de situatie dat een wettelijk voorschrift in de toekomst ongrondwettig dreigt te worden, en de situatie dat het Hof ervan afziet een voorschrift ongrondwettig te verklaren terwijl dat feitelijk wel (al) het geval is.

Constateert het BVerfG, in de eerste situatie, dat de wettelijke regeling – door wijziging van de feitelijke of juridische omstandigheden – gestaag divergeert van het *Grundgesetz*, maar komt het tot de conclusie dat de kloof nog niet onaanvaardbaar groot is geworden, dan roept het de wetgever op om dit proces te bewaken en zo nodig maatregelen te nemen.[247] Een dergelijke oproep is niet bindend. Het 'monitoren' van nóg grondwettige regelgeving behoort immers tot de competentie van de wetgever zelf.[248] Het is eenvoudig niet aan het Hof om de wetgever diens taak voor te schrijven zolang geen sprake is van een inconstitutionele rechtstoestand. Van een 'wetgevingsplicht' zoals het BVerfG het soms noemt, is dus geen sprake.[249] Uiteraard is het wel verstandig gehoor te geven aan zo'n oproep van het BVerfG. Het kan na verloop van tijd wél tot ongrondwettigheid concluderen. De gevolgen komen dan voor rekening van regering en parlement.[250] Vanaf de *Appellentscheidung* was de schending dan immers 'evident' genoeg.

Ingewikkelder liggen de zaken als het Hof een voorschrift inconstitutioneel vindt, maar dat niet in het dictum opschrijft. Het dictum bevat ook dan niets anders dan de constatering dat het voorschrift grondwettig is. Een eventuele plicht voor de wetgever om de regeling aan te passen volgt dus niet uit de

246 Aldus bijv. Benda & Klein 2001, p. 529. Tevens: Scherzberg in: Ehlers & Schoch 2009, p. 341.
247 Vgl. Schlaich & Korioth 2007, p. 244.
248 Kleuker 1993, p. 52; Benda & Klein 2001, p. 529. Betoogd is wel dat de binding van de wetgever zou voortvloeien uit de plicht tot '*Verfassungsorgantreue*', zoals neergelegd in artikel 20 lid 1 GG. Die plicht geldt echter niet alleen voor de wetgever in zijn relatie tot het BVerfG, maar ook andersom. Het BVerfG begeeft zich dus niet op het terrein van de wetgever als het daartoe de bevoegdheid niet heeft. Zie nader: Kreutzberger 2007, p. 221-222.
249 Zie bijv. BVerfG 12 maart 1975, *BVerfGE* 39, 169 (*Hinterbliebenenrente II*), r.o. 90; BVerfG 21 juni 1977, *BVerfGE* 45, 187 (*Lebenslange Freiheitsstrafe*), r.o. 208.
250 Benda & Klein 2001, p. 529.

uitspraak van het BVerfG zelf.[251] Toch is die plicht er wel. Zij vloeit direct voort uit de voorrang van het *Grundgesetz*. Niet het appèl van het hof bindt de wetgever, maar de volle werking van het GG.[252] De overwegingen van het BVerfG, ook als zij niet in het dictum zijn opgenomen, dienen uitsluitend om de strijd tussen wettelijke en grondwettelijke norm duidelijk te maken. Dat betekent dat mogelijke termijnen die het hof aan zijn appèl kan verbinden, formeel evenmin bindend zijn. Zij geven slechts, in het belang van de rechtszekerheid, aan op welk tijdstip het Hof de voorrang van het GG zal gaan effectueren.[253]

De ingewikkeldheid zit, voor wat betreft die laatste gevallen, vooral in de vraag wat de reguliere rechtspraak aan moet met het impliciete oordeel van het hof dat de regeling onverenigbaar is. Het ligt voor de hand dat het, formeel grondwettigverklaarde, voorschrift moet worden toegepast. Niet-toepassen zou het toetsingsmonopolie van het BVerfG doorkruisen.[254] Die toetsing van het Hof is echter declaratoir van aard. Het is, in theorie althans, niet aan het Hof om te bepalen wat de toekomst van de norm precies is. Als de, impliciet door het hof uitgesproken, onverenigbaarheid tussen wet en grondwet voldoende is om, over de band van de binding aan het GG, een rechtsplicht tot wijziging te scheppen voor de wetgever, dan valt moeilijk in te zien waarom daarmee niet over dezelfde band een toepassingsverbod voor rechtspraak en bestuur gegeven is. Toch nemen de meeste auteurs deze redenering niet over. Daarvoor worden systematische redenen aangevoerd: de *Appellentscheidung* zou zich anders niet meer onderscheiden van een formele onverenigbaarverklaring.[255] In zoverre maakt het uit of de bedenkingen van het BVerfG jegens een regeling onderdeel uitmaken van het dictum of niet.

8.4.1.3 Toelaatbaarheid van de Appellentscheidung

Met betrekking tot de toelaatbaarheid van de *Appellentscheidung*, kan langs dezelfde lijnen als voor wat betreft de rechtsgevolgen worden onderscheiden tussen het appèl aan de wetgever een *dreigende* ongrondwettigheid te verhelpen, én het appèl een, in de overwegingen van het arrest geconstateerde, ongrondwettigheid op te heffen. In het eerste geval zijn, zoals gezegd, de rechtsgevolgen voor de wetgever betrekkelijk gering. Juist omdat het Hof in zo'n geval niet de bevoegdheid bezit om meer te doen dan het geven van een advies, worden zulke *Appellentscheidungen* doorgaans wel toelaatbaar gevonden.[256] Omgekeerd liggen de zaken voor de gevallen waarin het Hof voor-

251 Gusy 1985, p. 206.
252 Benda & Klein 2001, p. 530; Yang 2003, p. 235; Kreutzberger 2007, p. 223. Anders: Schlaich & Korioth 2007, p. 244.
253 Rupp-Von Brünneck 1963, p. 371.
254 Vgl. Kreutzberger 2007, p. 225.
255 Yang 2003, p. 260-264, en Kreutzberger 2007, p. 225 (met nadere verwijzingen).
256 Benda & Klein 2001, p. 530-531.

schriften impliciet reeds ongrondwettig verklaart. Zulke verklaringen brengen, zoals gezegd, wetgevingsplichten met zich. Hoewel de meeste auteurs vinden dat zo'n wetgevingsplicht voor de wetgever wel bestaat, veroordelen diezelfde auteurs de praktijk van het Hof scherp. Het gaat wat hen betreft niet aan dat het Hof er kennelijk van overtuigd is dat de grondwet zich tegen een regeling verzet, maar dat niet in het dictum opneemt.[257] De literatuur hanteert kennelijk een scherper grens tussen verenigbaar en onverenigbaar dan de rechtspraktijk, ook als de gevolgen onaanvaardbaar zouden zijn.

8.4.1.4 Reactie van de wetgever op Appellentscheidungen

Hoe ziet de implementatiepraktijk eruit? Reageert de wetgever op *Appellentscheidungen*? Doet hij dat binnen een redelijke termijn? Of negeert hij zulke oproepen van het BVerfG? Slaat hij misschien zelfs weleens terug? Het beantwoorden van zulke vragen is een precaire kwestie, maar ik probeer er kort iets over te zeggen.[258] Onderzoek uit het belastingrecht geeft, tenminste vanuit het perspectief van de rechtsbescherming, een weinig vrolijk beeld.

Verbindt het BVerfG geen concrete termijn aan de *Appellentscheidung*, dan duurt het over het algemeen lang voordat de wetgever in actie komt. Een termijn van vijf jaar was in het verleden niet ongebruikelijk.[259] In een enkel geval, zoals na een arrest van het Hof uit 1980 over de pensioenen van ambtenaren, was er zeventien jaar na het arrest nog geen nieuwe wettelijke regeling.[260] Van een reparatie, met terugwerkende kracht, van de onrechtmatige toepassing van de wettelijke regeling tijdens de ongrondwettige periode was doorgaans geen sprake.

Noemt het BVerfG wél een concrete termijn in de uitspraak, dan lijkt de wetgever over het algemeen wat sneller te reageren. Dat constateert tenminste de fiscalist Obermeier in 1999.[261] Deze conclusie stoelt hij echter op één geval, waarbij de wetgever een arrest uit 1991 binnen een jaar implementeerde. Daar komt bij dat de wetgever de desbetreffende voorschriften zódanig wijzigde dat opnieuw sprake kon zijn van strijd met het *Grundgesetz*. De reactie van

257 Kreutzberger 2007, p. 217. Tevens: Benda & Klein 2001, p. 531. Anders: Schlaich & Korioth 2007, p. 245, die evenwel menen dat de *Appellentscheidung* in het geheel geen rechtsgevolg toekomt.

258 Waarom precair? Een ontdekkingstocht door parlementaire archieven gaat het bestek van dit boek te buiten. Literatuurstudie leverde echter een probleem op. De *Appellentscheidung* is weliswaar een veelbesproken verschijnsel maar voor de reactie van de wetgever is doorgaans weinig aandacht. Een omvattende studie over de implementatie van Appellentscheidungen ontbreekt. Wel zijn er enkele studies op deelterreinen, zoals het personen- en familierecht en het belastingrecht, verschenen. Erg recent zijn die overigens niet (vgl. Salgo 1994; Obermeier 1999). Ik heb mij op deze literatuur gebaseerd.

259 Obermeier 1999, p. 172.

260 BVerfG 26 maart 1980, *BVerfGE* 54, 11 (*Beamtenpensionen*). Het ging hier om de ongelijke fiscale behandeling van ambtenarenpensioenen ten opzichte van private pensioenen.

261 Obermeier 1999, p. 173.

de wetgever op recentere *Appellentscheidungen* buiten de sfeer van het belastingrecht suggereert evenmin een grote voortvarendheid van de wetgever. De *Appellentscheidung* lijkt daarom, wanneer men de schaars beschikbare literatuur daarover mag geloven, als aanjager van wetgeving geen succes.

8.4.1.5 Resumerend

De *Appellentscheidung* is een term die de literatuur heeft toegekend aan de praktijk van het BVerfG om zijn zorg omtrent de grondwettigheid van een regeling uit te spreken zonder die regeling formeel onverenigbaar met de grondwet te verklaren. Grosso modo komt een dergelijke praktijk in twee varianten voor. In het eerste geval dreigt de wettelijke regeling, als gevolg van veranderende feitelijke of juridische omstandigheden, onverenigbaar te worden. Die onverenigbaarheid is naar de inschatting van het hof op het tijdstip van de uitspraak echter nog niet ingetreden. In het tweede geval is de ongrondwettigheid al wel ingetreden, maar weigert het hof deze formeel vast te stellen. Meestal zal dat het geval zijn wanneer de onverenigbaarheid van de wettelijke regeling niet evident is, of beperkt blijft tot een relatief onbelangrijk detail van overigens zeer complexe wetgeving. De reden voor het hof om in dat laatste geval niet over te gaan tot het onverenigbaar of nietig verklaren van de aangevallen regeling moet voornamelijk worden gezocht in de consequenties die een dergelijke uitspraak kan hebben. Er bestaat een relatie tussen het gewicht en de kenbaarheid van de schending enerzijds, en de politieke en maatschappelijke gevolgen van de vaststelling anderzijds. Het is lastig de wetgever verantwoordelijk te stellen voor de gevolgen van een schending in een zogenaamde '*hard case*'. De *Appellentscheidung* opent de deur voor het hof om de grenzen van zijn rechterlijke taak op te zoeken, ook als het gaat om gevallen van relatief ondergeschikte betekenis.

De praktijk heeft wel een keerzijde: de rechtsgevolgen van de *Appellentscheidung* zijn, althans formeel, relatief beperkt. Gaat het om een beroep op de wetgever een dreigende ongrondwettigheid tijdig te voorkomen, dan heeft dat beroep geen bindende kracht: het gaat, strikt genomen, om een advies van het hof aan de wetgever. In de praktijk heeft het advies wel een sterke feitelijke overtuigingskracht: het nalaten van de wetgever maatregelen te treffen zou immers allicht kunnen resulteren in strengere rechtspraak van het hof.

Een impliciete onverenigbaarverklaring van het hof heeft wel rechtsgevolg in de zin dat vanaf de uitspraak duidelijk is dat op de wetgever een plicht rust de wetgeving aan te passen. Deze plicht vloeit niet voort uit de rechtspraak van het hof zèlf, maar volgt uit de binding van de wetgever aan de grondwet en het constitutionele stelsel: een inconstitutionele norm dient daaruit zo spoedig mogelijk te worden verwijderd. Andere rechtsgevolgen heeft de beslissing van het hof niet. Anders dan de verklaring van onverenigbaarheid, houdt het impliciete onverenigbaarheidsoordeel niet een toepassingverbod van de norm voor de reguliere rechtspraak en het bestuur in. Heeft het hof

een termijn verbonden aan zijn appèl, dan dient de aangevallen norm gedurende die termijn in alle lopende zaken te worden toegepast als ging het om een onproblematisch verenigbare regeling. Is de termijn afgelopen dan is daarmee niet de onverenigbaarheid of de nietigheid van de regeling gegeven. Ook dan dient de reguliere rechtspraak de norm te blijven toepassen, zij het dat dan wederom een prejudiciële vraag aan het BVerfG mogelijk is. Het hof heeft dan, na afloop van de termijn, opnieuw de mogelijkheid om te bepalen of de regeling inmiddels wel nietig – of op zijn minst enkel onverenigbaar – moet worden geacht. Het is evenwel ook mogelijk dat de wetgever intussen niet zozeer de regeling heeft aangepast, als wel kenbaar heeft gemaakt waarom de regeling zijns inziens toch voor verenigbaar moet worden gehouden. Het valt uiteraard niet uit te sluiten dat het hof in dat geval de norm weer 'vol' verenigbaar verklaart.

8.4.2 De Unvereinbarerklärung

Het uitgangspunt moge dan zijn dat een ongrondwettig voorschrift nietig is, in de praktijk ziet het BVerfG er vaak vanaf om die nietigheid vast te stellen. Getalsmatig is het de norm dat het BVerfG zich ertoe beperkt de bepaling *bloß unvereinbar* met het GG te verklaren.[262] Anders dan de nietigheidsverklaring, die op diverse plaatsen in het BVerfGG wordt genoemd, is de *Unvereinbarerklärung* nergens wettelijk geregeld.[263] De uitspraakvariant wordt in de artikelen 31 lid 2, en 79 lid 1 BVerfGG genoemd. De heersende leer erkent die bepalingen echter niet als grondslag.[264] De wetgever heeft zich blijkbaar enkel neergelegd bij het feit dát het BVerfG nu eenmaal geregeld onverenigbaar verklaart, zonder daarvoor een wettelijke basis te scheppen. Een wettelijke basis voor de *Unvereinbarerklärung* had immers afbreuk kunnen doen aan de gedachte dat het rechtsgevolg van onverenigbaarheid nu eenmaal automatisch nietigheid betekent.

De *Unvereinbarerklärung* roept een aantal vragen op. Waar ligt bijvoorbeeld de grens tussen nietigheid en enkele onverenigbaarheid? Ik ga daar eerst op in (8.4.2.1). Een tweede vraag is die naar de rechtsgevolgen. Nietigheid heeft relatief duidelijke en helder te omschrijven rechtsgevolgen. Bij de *unvereinbarerklärung* doen zich complicaties voor. Ik bespreek die complicaties in paragraaf 8.4.2.2. In paragraaf 8.4.2.3 besteed ik aandacht aan de rol van de wetgever bij onverenigbaarverklaringen. Tot slot ga ik in op de legitimatie

262 Dat was reeds zo in de zeventiger en tachtiger jaren (Pestalozza 1976, p. 536; Ipsen 1980, p. 107-108, m.n. vn. 7) en deze ontwikkeling heeft doorgezet. Zie Benda & Klein 2001, p. 518; M. Graßhof, 'Artikel 78 [Entscheidung]', in: Umbach, Clemens & Dollinger 2005, p. 973 (vn. 76 met nadere verw.).

263 Vgl. artikel 78 BVerfGG voor wat betreft de nietigheidsverklaring.

264 Blüggel 1998, p. 16.

voor deze uitspraakvariant, die zoals gezegd geen wettelijke basis heeft en op gespannen voet staat met de traditie van *ipso iure* nietigheid (8.4.2.4).

8.4.2.1 Toepassingsbereik

In welke gevallen kiest het BVerfG voor de zuivere verklaring van onverenigbaarheid? In de vroege rechtspraak van het Hof was het antwoord eenvoudig. Vrijwel alleen bij schendingen van het gelijkheidsbeginsel gebeurde dat. Tegenwoordig is nietigheid niet meer vanzelfsprekend.[265] Lang niet altijd legt het Hof echter uit waarom het de norm *bloß unvereinbar* verklaart, en het is ook niet altijd even precies als het er op aankomt de uitspraakvariant af te bakenen. Pogingen in de literatuur om dat te doen, hebben dan ook tot uiteenlopende resultaten geleid.[266] De één brengt de bijzondere aard van toetsing aan het gelijkheidsbeginsel in stelling.[267] De ander meent dat het Hof juist in dat soort zaken niet behoort te abstineren.[268] Ruwweg kunnen drie categorieën in de rechtspraak worden onderscheiden. In de eerste plaats is dat de zogenaamde legislatieve omissie. In de tweede plaats, het geval waarin sprake is van keuzevrijheid voor de wetgever en tot slot het geval waarin de gevolgen van nietigheid aanleiding voor het Hof zijn om daarvan af te zien.

De dogmatische categorie: legislatieve omissies

In de eerste groep van gevallen wordt de verklaring van onverenigbaarheid uitgesproken omdat dit de enige mógelijke remedie is.[269] Dat is het geval als wetgeving, in strijd met het GG, ontbreekt of het grondrecht ontoereikend beschermt. Wetstechnisch is het dan zelden mogelijk om iets nietig te verklaren.

---

265 Blüggel telde 123 'bloße Unvereinbarerklärungen' (Blüggel 1998, p. 18-19). Ipsen constateerde eerder, in 1980, dat de uitspraakvariant vooral vanaf de zeventiger jaren in aantal is gegroeid en in 1980 ongeveer de helft van het aantal gegrond verklaarde beroepen omvatte (Ipsen 1980, p. 107-108).

266 Aan de lunchtafel vatte een Duitse auteur deze kwestie ooit, verwijzend naar oud-premier Ben Gurion, ironisch samen: *'where there are two German constitutionalists gathered, there are four opinions'*.

267 Zo: Schlaich & Korioth 2007, p. 226-227 en 232. Terecht anders: Blüggel 1998, p. 21-22.

268 Vgl. Blüggel 1998, p. 188-189.

269 Vgl. Lechner 1973, p. 315-316; Pohle 1979, p. 71; Benda & Klein 2001, p. 525; Schlaich & Korioth 2007, p. 231-232 (kritisch); Kreutzberger 2009, p. 148-150 (weifelend). Maurer 1974, p. 347-348 meent dat deze categorie niet thuis hoort in deze opsomming omdat de verklaring dat het ontbreken van wetgeving onverenigbaar is met de grondwet, de wetgever niet verplicht tot het vaststellen van een regeling. De verklaring kan in dergelijke gevallen ook niet als een remedie worden beschouwd. Ook Hein 1988, p. 65 en 78 meent dat conceptueel moet worden onderscheiden tussen de *Unvereinbarerklärung* van wetgeving en de *Verfassungswidrigerklärung* van het in gebreke blijven van de wetgever. Ook Blüggel 1998, p. 117-120 onderscheidt beide gevallen in deze zin.

In zo'n geval beperkt het Hof zich ertoe het voorschrift (of het ontbreken ervan) onverenigbaar te verklaren.[270]

Deze situatie deed zich bijvoorbeeld voor in een kwestie over het *Mutterschutzgesetz* (MuSchG).[271] Artikel 9 van deze wet kwalificeerde het ontslag van een vrouw tijdens haar zwangerschap als onrechtmatig als de werkgever daarvan uiterlijk twee weken na het ontslag in kennis was gesteld. De vraag die het BVerfG werd voorgelegd, was of deze 'harde' termijn van twee weken ook gold voor vrouwen die (buiten hun schuld) tijdens deze termijn niet op de hoogte waren van hun zwangerschap. Het Hof meende dat artikel 9 MuSchG inderdaad zo moest worden uitgelegd, maar vond het voorschrift zo in strijd met de, door artikel 6 lid 4 GG vereiste, bescherming van de toekomstige moeder. Artikel 9 MuSchG bood dus te weinig bescherming.

Hoe dat op te lossen?

Artikel 9 MuSchG was positief geformuleerd. Het bood vrouwen die wisten van de zwangerschap bescherming. De schending van artikel 6 lid 4 GG vloeide dus niet voort uit wat er in het *Mutterschutzgesetz* zelf stond, maar om wat er níet in stond. Conforme interpretatie kon het euvel, aldus het Hof, niet verhelpen. Zowel de heldere bewoordingen van de wet als de wetshistorie verzetten zich daartegen.[272] In dit geval beperkte het Hof er zich daarom toe de onverenigbaarheid met artikel 6 lid 4 GG uit te spreken. Afgezien van deze ontkenning van de mogelijkheid tot conforme interpretatie laat het BVerfG zich over het rechtsherstel voor inmiddels ontslagen moeders niet uit. Dat lijkt een zaak te zijn voor de reguliere rechters die het hof de prejudiciële kwestie hadden voorgelegd. Wat die rechters te doen stond was echter onduidelijk nu de wettelijke regeling niet conform kon worden uitgelegd, en evenmin nietig was verklaard. Bij de rechtsgevolgen van de verklaring van onverenigbaarheid wordt hierna overigens nog nader stilgestaan.[273]

De democratische categorie: respect voor het terrein van de wetgever

Zowel in historisch als in kwantitatief opzicht is de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel de thuisbasis van de *Unvereinbarerklärung*.[274] De eerste zaken waarin het Hof van nietigheid afzag, betroffen een zogenaamd *willkürlichen Begünsti-*

270 Zie bijvoorbeeld BVerfG 28 november 1984, *BVerfGE* 68, 272 (*Bauvorlagen*), p. 273.
271 BVerfG 13 november 1979, *BVerfGE* 52, 357 (*Mutterschutzgesetz*), r.o. 31.
272 *Ibid.*
273 Zie evenwel ook reeds BVerfG 22 oktober 1980, BVerfG 55, 154 (*Mutterschutz II*), p. 158, waarin het hof ervan lijkt uit te gaan dat het door de reguliere rechter toepassen van de 2 weken-termijn in gevallen zoals hier omschreven niet mogelijk is.
274 Vgl. Ipsen 1980, p. 109.

gungsausschluß.[275] In zo'n geval begunstigt de wetgever een bepaalde groep, maar sluit hij daarvan, zonder aanvaardbare reden, een groep personen uit.

Een relatief recent voorbeeld van zo'n kwestie, betreft het rookverbod in de horeca, dat (ook) in de Bondsrepubliek vanaf 1 januari 2008 van kracht werd en dat, net als in Nederland, vrijwel onmiddellijk juridisch werd aangevochten. De deelstaat Baden-Württemberg zonderde kroegen en restaurants met een rokersruimte uit van het rookverbod. Onder deze uitzondering vielen echter niet de vele discotheken die de *Südweststaat* rijk was. Het Hof vond dat verschil in behandeling merkwaardig en in strijd met de grondwet. Toch lag nietigheid volgens het Hof niet voor de hand. Het verklaarde daarom de regeling slechts onverenigbaar.[276]

Aanvankelijk leek het BVerfG zulke kwesties als een *specialis* van de vorige categorie te beschouwen: de wettelijke regeling noemde de benadeelde groep in veel gevallen ten onrechte niet en dan had het Hof niets om nietig te verklaren. Zo overwoog het in 1967:

> 'Liegt dagegen der angebliche Verfassungsverstoß (…) darin, daß die begünstigende Regelung die benachteiligte Gruppe überhaupt nicht erwähnt (…), so ist es gesetzestechnisch nicht möglich, eine solche Lücke für nichtig zu erklären (…); die Einbeziehung der benachteiligten Gruppe kann also durch eine Nichtigerklärung oder Teilnichtigerklärung der gesetzlichen Regelung nicht erreicht werden. Das Bundesverfassungsgericht kann daher, wenn es den Verfassungsverstoß als gegeben ansieht (…) im Entscheidungssatz nur aussprechen, daß die bestehende gesetzliche Regelung Art. 3 Abs. 1 GG dadurch verletzt, daß sie die betroffene Personengruppe nicht berücksichtigt; die Einbeziehung der Gruppe in die begünstigende Regelung bleibt dann Sache des Gesetzgebers'.[277]

Deze redenering is vol te houden zolang het uitsluitend gaat om regelingen waarin de benadeelden in de regeling niet worden genoemd. Dat is lastig te verteren wanneer men bedenkt dat het dictum van het BVerfG zo zuiver een kwestie wordt van wetgevingstechniek.

De literatuur zocht daarom de essentie van de verklaring van onverenigbaarheid in de bijzondere aard van het gelijkheidsbeginsel. Die bijzondere aard ligt er in dat het gelijkheidsbeginsel, anders dan de overige vrijheidsrechten, niet geschonden wordt door één norm, maar steeds door een samenspel van twee normen: de norm die bepaalde burgers begunstigt en de norm die een

---

275 De eerste keer was: BVerfG 13 december 1961, *BVerfGE* 13, 248 (*Bundesentschädigungsgesetz*). Zie tevens: BVerfG 26 november 1964, *BVerfGE* 18, 257 (*Sozialversicherung*), r.o. 39. Zie echter ook de beslissing van 10 maart 1958, *BVerfGE* 7, 320 (*Freikörperkultur*), die door Hein (1988, p. 29) en Ipsen (1980, p. 107) als eerste *Unvereinbarerklärung* wordt aangemerkt. Beiden kwalificeren de beslissing van het hof om in die zaak af te zien van een nietigheidsvaststelling als relatief toevallig en a-typisch.

276 BVerfG 30 juli 2008, *BVerfGE* 121, 317 (*Rauchverbote*), r.o. 161.

277 BVerfG 28 november 1967, *BVerfGE* 22, 349 (*Waisenrente*), r.o. 29.

andere groep burgers van die begunstiging uitsluit. De eerste norm is als zodanig niet in strijd met de grondwet. Evenmin is de tweede norm *als zodanig* in strijd met enig grondrecht. De overheid is immers niet verplicht om de benadeelde groep te begunstigen. Het is de combinatie van de beide normen die conflicteert met het gelijkheidsbeginsel en dus ongrondwettig is. Het gaat niet aan om één van beide – verenigbare – normen nietig te verklaren.[278]

Het BVerfG zélf heeft deze redenering nooit expliciet gevolgd. Het motiveerde het afzien van nietigheid niet dogmatisch, maar institutioneel. Het nietigverklaren van één van beide normen was misschien mogelijk – daarmee zou de ongelijke behandeling ophouden te bestaan – maar dat was slechts één manier om de kwestie op te lossen. Juist in de sfeer van socialezekerheidskwesties, waarin relatief veel onrechtmatig begunstigende wetgeving voorkwam, is het zaak om dan voorzichtig te zijn. Nietigheid kan dan al snel kwetsbare groepen treffen. Het Hof markeerde de kwestie daarom als behorend tot het terrein van de wetgever. Deze heeft immers de mogelijkheid de begunstiging op een andere, grondwetconforme, manier vorm te geven. In hetzelfde arrest uit 1967 merkt het op:

> 'Eine Nichtigerklärung der gesetzlichen Regelung kann aber auch aus materiellen Gründen ausscheiden, und zwar selbst dann, wenn sie gesetzestechnisch möglich wäre. In den bezeichneten Fällen kann ein Verstoß (…) auf verschiedene Weise geheilt werden: Entweder wird die übergangene Gruppe in die gesetzliche Vergünstigung einbezogen, oder die Vergünstigung wird überhaupt beseitigt, oder der Kreis der Begünstigten wird nach anderen (…) Merkmalen abgegrenzt. Welche dieser Möglichkeiten im konkreten Fall gewählt werden soll, muß grundsätzlich der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers überlassen bleiben, zumal ihm bei begünstigenden Regelungen (…) ein weiter Ermessensspielraum zusteht. (…) Etwas anderes gilt nur, wenn mit Rücksicht auf einen zwingenden Verfassungsauftrag oder nach den sonstigen Umständen des Einzelfalles nur diese eine Möglichkeit zur Beseitigung des Verfassungsverstoßes in Betracht kommt'.[279]

Het is duidelijk: het BVerfG verklaart een regeling die in strijd is met het gelijkheidsbeginsel alleen (gedeeltelijk) nietig, als de wetgever *de facto* geen beleidsvrijheid toekomt. Het stoelt zijn argumentatie dus op de *Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers*.[280] Dat opent echter de deur naar andere casuïstiek dan alleen het traditionele *willkürlichen begünstigungsausschluß*. Al snel breidde het BVerfG de werkingssfeer van de *Unvereinbarerklärung* dan ook uit naar andere schen-

278 Maurer 1974, p. 352 en 354-355; Ipsen 1980, p. 109-110. Tegenwoordig wordt deze redenering niet zo vaak meer gevolgd. Een uitzondering betreft: Schlaich & Korioth 2007, p. 226-229.

279 BVerfG 28 november 1967, *BVerfGE* 22, 349 (*Waisenrente*), r.o. 31.

280. Vgl. o.a.: BVerfG 26 november 1964, *BVerfGE* 18, 257 (*Sozialversicherung*), r.o. 39; BVerfG 27 mei 1970, *BVerfGE* 28, 324 (*Heiratswegfallklausel*), r.o. 91.

dingen van het gelijkheidsbeginsel.[281] Daarna was de stap naar de andere vrijheidsrechten klein.[282] Ook bij de toetsing aan vrijheidsrechten kan het immers voorkomen dat een ontoelaatbare inbreuk op verschillende wijzen kan worden verholpen, bijvoorbeeld wanneer de inbreuk door het hof als weinig proportioneel wordt aangemerkt en verschillende wél proportionele alternatieven zich aandienen. De keuze uit die alternatieven is dan een keuze die de wetgever behoort te maken. Deze uitbreiding van het toepassingsbereik van de onverenigbaarverklaring treft men met name aan bij de toetsing aan het eigendomsrecht en het recht op vrije beroepskeuze.[283]

De praktische categorie: focus op de gevolgen van nietigheid

Vanaf 1972 treft men naast het democratische argument, dat het BVerfG de beleidsvrijheid van de wetgever respecteert, een argument van een geheel andere orde aan. Het duikt voor het eerst op in het arrest *Numerus clausus I*.[284] In dat arrest gaat het om wetgeving die het mogelijk maakt de aantallen beginnende studenten Geneeskunde overzichtelijk te houden. Het Hof meent dat zo'n fixus mogelijk is, maar leest in de grondwettelijke beroepsvrijheid wel een recht op toelating tot een universitaire studie. Dit recht kan beperkt worden, maar dat moet dan wel door de formele wetgever gebeuren. Die moet de criteria die bij de *numerus clausus* worden gehanteerd, helder vastleggen. Dat heeft de wetgever in dit geval niet gedaan. Toch blijven de relevante voorschriften geldig:

> 'Die Unvereinbarkeit einer gesetzlichen Norm mit dem Grundgesetz hat regelmäßig zur Folge, daß diese Norm für nichtig zu erklären ist. Da aber die geltende Zulassungsordnung unter Berücksichtigung dieser Entscheidung verfassungskonform angewendet werden kann, besteht keine Notwendigkeit, der gegenwärtigen Ordnung des Zulassungswesens sofort die Grundlage zu entziehen; dadurch würde vielmehr ein Zustand geschaffen (Notkompetenz der Universität ohne gesetzliche Grundlage), der der verfassungsmäßigen Ordnung noch ferner stünde als der jetzige. (…) Es erscheint deshalb geboten und ausreichend, dem Gesetzgeber innerhalb einer angemessenen Frist die Beseitigung des verfassungswidrigen Zustandes zu ermöglichen'.

Het Hof baseert deze keer de afkeer van nietigheid niet op de keuzevrijheid van de wetgever, maar op de gevolgen die met nietigheid gepaard zouden

281 BVerfG 13 december 1967, *BVerfGE* 23, 1 (*Einkommensteuergesetz*). Voor nadere verwijzingen zie Hein 1988, p. 40-41. Recenter: BVerfG 14 oktober 2008, 1 BvR 2310/06 (*Beratungshilfegesetz*), r.o. 60.

282 BVerfG 11 oktober 1972, *BVerfGE* 34, 71 (*Einzelhandelsgesetz*); BVerfG 14 juli 1981, *BVerfGE* 58, 137 (*Pflichtexemplar*).

283 Zie daarover met name Blüggel 1998, p. 45.

284 BVerfG 3 mei 1972, *BVerfGE* 33, 303 (*Numerus clausus I*), r.o. 96. Sillen 2010, p. 210-211 noemt ook reeds BVerfG 20 december 1966, *BVerfGE* 21, 12 (*Umsatzsteuer*). Ik reken dit arrest echter tot de *Appellentscheidung* nu het Hof geen schending vaststelde: zie r.o. 107.

gaan. Dat zou, aldus het BVerfG, een situatie in het leven roepen die nóg minder met het *Grundgesetz* in overeenstemming zou zijn, dan de ongrondwettige regeling.[285]

Nietigheid kan in twee gevallen een toestand in het leven roepen die zich nóg minder met het *Grundgesetz* verdraagt dan het in stand laten van het ongrondwettige voorschrift. Het kan, ten eerste, zo zijn dat het GG een minimum aan wetgeving voorschrijft. In zo'n geval luidt de redenering dat de gemankeerde wet altijd nog beter is dan géén, of een onvolledige, wet.[286] De grondwet hoeft overigens niet expliciet van een wetgevingsplicht te spreken. Soms kan het grondrecht in kwestie eenvoudig slechts door middel van wetgeving effectief worden gewaarborgd. In de tweede plaats kan nietigheid van het voorschrift een rechtstoestand scheppen die schade zou berokkenen aan bepaalde fundamentele rechtsbeginselen, zoals het rechtszekerheidsbeginsel.[287] Het Hof merkt zulke beginselen aan als behorend tot de *Gesamtkonzeption des Grundgesetzes*.[288] Zij staan in de normenhiërarchie dan ook op dezelfde trede als het *Grundgesetz*.[289]

De *Gesamtkonzeption des Grundgesetzes* is een vruchtbaar concept gebleken. Het BVerfG vat de beide categorieën – grondrechten die regelgeving vereisen en rechtsbeginselen – namelijk bijzonder ruim op.[290] Het belang van een adequaat gevulde staatskas valt er bijvoorbeeld zeer geregeld onder.[291] Zo ook de veiligheid op straat. Als het BVerfG zich in 2011 door het EHRM laat overhalen om de Duitse variant van de TBS (de *Sicherungsverwahrung*) nogmaals kritisch tegen het licht te houden, wil hij niet van nietigheid weten. Dat zou onaanvaardbare gevolgen hebben:

---

285 Vgl. tevens BVerfG 27 november 1990, *BVerfGE* 83, 130 (*Josephine Mutzenbacher*), r.o. 81; BVerfG 25 september 1992, *BVerfGE* 87, 153 (*Existenzminimum*), r.o. 101-102; BVerfG 11 oktober 1994, *BVerfGE* 91, 186 (*Kohlepfennig*), r.o. 95. Zie voor een uitvoerige en heldere beschrijving van de diverse hoeken van deze rechtspraak: Sillen 2010, p. 204-220.

286 Blüggel 1998, p. 63, 75.

287 *Ibid.*, p. 81. Een bijzondere categorie betreft het kiesrecht. Komt het Hof tot de conclusie dat de kieswet (het BWG) onverenigbaar is met de grondwet, dan is het mogelijk dat de, op basis van die kieswet verkozen, bondsdag haar geldigheid verliest. In dergelijke gevallen is het hof bijzonder terughoudend de nietigheid van de desbetreffende bepaling uit te spreken. Zie voor een relatief recent voorbeeld: BVerfG 3 juli 2008, 2 BvC 1/07, 7/07 (*Zweitstimmen*), r.o. 130.

288 BVerfG 1 juli 1953, *BVerfGE* 2, 380 (*Haftentschädigung*).

289 Sillen 2010, p. 205 wees daarop reeds.

290 Uitvoerig: Sillen 2010, p. 206-220. Hij maakt overigens verschil tussen deze gronden enerzijds en het 'algemeen belang' anderzijds. Dat lijkt mij zeer verdedigbaar. Ik krijg evenwel de indruk dat het Hof zélf de verschillende uitingsvormen van het algemeen belang ook als onderdeel van het *Grundgesetz* beschouwt. Dat zou aansluiten bij het alomvattende karakter dat het GG in de ogen van het Hof heeft. Het is, met recht, een *Gesamtkonzeption* (daarover kritisch: Grimm 2002, p. 135-136). Voor de beoordeling van deze rechtspraak lijkt mij het verschil in benadering tussen Sillen en mij niet van praktisch belang. Wij wijzen beide op de grote reikwijdte die het instituut van de *Unvereinbarerklärung* op deze manier krijgt.

291 BVerfG 24 juni 1986, *BVerfGE* 72, 330 (*Finanzausgleich I*).

> 'Alle in der Sicherungsverwahrung untergebrachten Personen müssten sofort freigelassen werden, was Gerichte, Verwaltung und Polizei vor kaum lösbare Probleme stellen würde. Mit einzubeziehen in die Folgeerwägungen sind sämtliche potentiellen Sicherungsverwahrten, in deren Fall die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung zwar angeordnet wurde, die sich aber noch im Vollzug der Freiheitsstrafe befinden, und deren Antritt in die Sicherungsverwahrung trotz ihrer etwaigen hochgradigen Gefährlichkeit nicht möglich wäre'.[292]

'Are we to be murdered in our beds?' Gelukkig niet. Het Hof verordonneert de tijdelijke toepasbaarheid van de norm:

> 'Sämtliche von der Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz betroffenen Vorschriften gelten trotz ihrer Verfassungswidrigkeit bis zu einer Neuregelung des Gesetzgebers, längstens bis zum 31. Mai 2013 weiter fort'.[293]

Dat het Hof niet halsoverkop besluit tot nietigheid van een TBS-regeling is goed te begrijpen. Ook in en rond Karlsruhe kan het 's avonds spoken. Maar zoals we in het vorige hoofdstuk, bij de bespreking van het Unierecht, zagen, is ook een staatsmonopolie op het afsluiten van weddenschappen een grondwettelijk belang, zelfs als het BVerfG tot het oordeel komt dat de ongrondwettige regeling dat belang in de praktijk tot dan toe niet adequaat had gediend.[294]

8.4.2.2 Rechtsgevolgen

Waar nietigheid een waterscheiding schept tussen geldige normen die zonder meer toepasbaar zijn enerzijds en ongeldige normen die als ongeschreven dienen te worden beschouwd anderzijds, zijn de gevolgen van de 'enkele' onverenigbaarheid diffuus. Zo is onduidelijk wat de gevolgen van zo'n dictum zijn voor de norm zélf. Is deze nog geldig? En kan hij nog toegepast worden? De vraag rijst bovendien wat de reguliere rechter, het bestuur en de wetgever met zo'n dictum aan moeten. Het antwoord op die vraag is relevant voor de beoordeling van de *Unvereinbarerklärung* in het licht van het beginsel van effectieve rechtsbescherming.

Geldigheid van wettelijke voorschriften
Is een voorschrift nietig, dan vervalt de verplichting voor ambten om het toe te passen. Moeilijker ligt het bij de verklaring van onverenigbaarheid. Wij hebben gezien dat volgens de heersende leer de nietigheid (en dus de ongeldigheid) van een norm het rechtstreekse gevolg is van het conflict met de grondwettelijke regeling. Niet de uitspraak van het BVerfG bewerkstelligt de nietig-

292 BVerfG 4 mei 2011, *BVerfGE* 128, 326 (*EGMR Sicherungsverwahrung*), r.o. 169.
293 *Ibid.*, r.o. 167.
294 BVerfG 28 maart 2006, *BVerfGE* 115, 276 (*Staatslotteriegesetz I*), r.o. 157.

heid, maar het enkele feit dat de wettelijke en de grondwettelijke norm niet met elkaar in overeenstemming zijn.[295] Het oordeel van het BVerfG heeft, zoals gezegd, declaratoire en niet constitutieve werking. Als dat zo is, dan zou een verklaring van onverenigbaarheid per definitie moeten leiden tot nietigheid van de aangevallen norm: het vaststellen van die nietigheid is dan ook niet noodzakelijk.

Dat is echter niet de praktijk. Het BVerfG heeft zich over de vraag naar de geldigheid van zuiver onverenigbaar verklaarde normen nooit duidelijk uitgelaten.[296] Deze vraag is voornamelijk voorwerp van discussie in de literatuur.[297] Die is betrekkelijk eensluidend in haar oordeel dat wetgeving die 'zuiver' onverenigbaar is verklaard haar geldigheid behoudt.[298] Het instrument van de verklaring zou anders van elke zin worden beroofd. Hoe kan immers iets dat, vanwege allerhande zwaarwegende belangen, tijdelijk moet worden toegepast *niet* geldig zijn of zelfs niet (meer) bestaan? Een argument wordt bovendien gevonden in de jurisprudentie. In het *AFKG*-arrest bepaalde het Hof dat het gevolg van zijn onverenigbaarheidsoordeel niet was dat de oude regeling herleefde.[299]

De opvatting dat zo'n *Unvereinbarerklärung* niet de geldigheid van de aangevallen norm aantast leidt naar een paradox. De nietigheid van een norm volgt niet uit de uitspraak van het BVerfG maar uit de enkele botsing van die norm met het GG. Oordeelt het Hof dat sprake is van zo'n botsing, maar spreekt het de nietigheid niet uit, dan blijft de norm bestaan. Beide beweringen lijken niet met elkaar te rijmen. Zoals we nog zullen zien, heeft de verklaring van onverenigbaarheid, uitzonderingen daargelaten, een embargo op het toepassen van de norm nog tot gevolg. Dit embargo effectueert dan de voorrang van de grondwet.[300] Deze 'verspringt' dus van geldingsvoorrang naar toepassingsvoorrang (*'Anwendungsvorrang'*).[301] De praktijk van het zuiver onverenigbaar verklaren vormt daarmee een nadere uitwerking of differentiatie van de regel dat de voorrang van de grondwet haar beslag krijgt door de *ipso*

295 Vgl. Ipsen 1980, p. 151-152; Schlaich & Korioth 2007, p. 220.

296 Ik kwam zelf geen rechtspraak tegen maar mijn rechtspraakonderzoek was niet uitputtend. Een gelijkluidende conclusie treft men aan in de dissertatie van Blüggel uit 1997, die op een dergelijke kwalificatie wel aanspraak maakt en daarom wellicht meer vertrouwen inboezemt.

297 Meer duidelijkheid verschaft de rechtspraak overigens inzake de praktischer vraag of zuiver onverenigbaar verklaarde normen ook toepasbaar zijn, maar daarop wordt hierna ingegaan.

298 Zie m.n. Schlaich & Korioth 2007, p. 238-241. Voorts: Moench 1977, p. 170; Hein 1988, p. 131; Heyde 1984, p. 54; Blüggel 1998, p. 91-92; Benda & Klein 2001, p. 526-527; Kreutzberger 2009, p. 155 en 159-160.

299 BVerfG 12 februari 1986, BVerfG 72, 9 (*AFKG*), p. 18: 'Im Falle der Verfassungswidrigkeit der (…) Regelung kann das Bundesverfassungsgericht diese zwar nur für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklären. Entgegen des vorlegenden Gerichts würde damit die alte Fassung des §104 Abs. 1 AFG nicht wieder zum geltenden Recht (…)'.

300 Vgl. Benda & Klein 2001, p. 527.

301 Vgl. tevens Kreutzberger 2009, p. 156. Anders: Ipsen 1988, p. 45.

iure nietigheid van de lagere regeling: in sommige gevallen wordt die voorrang dan juist niet door de nietigheid, maar door de enkele niet-toepasselijkheid bewerkstelligd.

Deze dogmatische beschouwingen daargelaten mag, bondig samengevat, duidelijk zijn dat de verklaring van onverenigbaarheid de geldigheid van de aangevallen norm, ondanks haar onverenigbaarheid met de grondwet, niet aantast. Dat betekent in beginsel dat beslissingen en rechtshandelingen die op basis van een dergelijke norm zijn genomen, in stand blijven. Een bijzonder artikel dat de nadelige effecten van het wegvallen van de norm regelt, zoals artikel 79 lid 2 BVerfGG doet voor wat betreft de nietigheid, is dan ook niet nodig.

De toepassing van wettelijke voorschriften

In tegenstelling tot de geldigheidsvraag is de toepassing van het ongrondwettige voorschrift in het geval van een *Unvereinbarerklärung* dogmatisch niet, maar in de praktijk zeer gecompliceerd. Als de onverenigbaar verklaarde norm geldig blijft, is er een probleem. De norm leidt tot een onrechtmatige toestand. De wetgever dient dat probleem op te lossen maar zo lang deze dat nog niet heeft kunnen doen mag de norm niet worden toegepast.[302] Deze *Anwendungssperre* bevestigde het BVerfG in een zaak die de nationaliteit van kinderen betrof die uit een huwelijk tussen een Duitse moeder en een buitenlandse vader waren geboren.[303]

Zulke kinderen kregen, anders dan kinderen van een Duitse vader en een buitenlandse moeder, niet de Duitse nationaliteit. Dat vond het Hof geen gelijke behandeling van mannen en vrouwen en het verklaarde de wettelijke regeling in kwestie onverenigbaar met artikel 3 GG. Wat dan te doen? Het Hof overweegt dat gedeeltelijke nietigheid van het relevante voorschrift, een remedie kan zijn: de kinderen van Duitse moeders krijgen dan de Duitse nationaliteit. Daarmee zou het Hof echter op het terrein van de wetgever komen. Deze heeft immers meerdere opties om de ongelijke behandeling op te heffen. Hij zou er bijvoorbeeld voor kunnen kiezen om nationaliteit niet meer *ius sanguinis*, maar *ius soli* te regelen. Het BVerfG verklaart de norm dus 'slechts' onverenigbaar.

Zolang er nog geen regeling is, geldt:

---

302 BVerfG 21 mei 1974, *BVerfGE* 37, 217 (*Staatsangehörigkeit für Abkömmlingen*), r.o. 134. Zie voorts o.m.: BVerfG 8 oktober 1980, *BVerfGE* 55, 100 (*Kinderzuschuß für Enkel*), r.o. 38; BVerfG 14 juli 1986, *BVerfGE* 73, 40 (*Parteispenden*), r.o. 198; BVerfG 25 september 1992, *BVerfGE* 87, 153 (*Existenzminimum*), r.o. 103; BVerfG 31 januari 1996, *BVerfGE* 93, 386 (*Auslandszuschlag*), r.o. 52; BVerfG 9 april 2003, *BVerfGE* 108, 82 (*Biologischer Vater*), r.o. 123; BVerfG 18 februari 2004, 1 BvR 193/97 (*Ehemalige Ehename*), r.o. 47.

303 BVerfG 21 mei 1974, *BVerfGE* 37, 217 (*Staatsangehörigkeit für Abkömmlingen*).

> 'die Norm darf ab sofort, d. h. vom Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts an, in dem sich aus dem Tenor ergebenden Ausmaß nicht mehr angewandt werden'.[304]

Opschortplicht door rechter en bestuur

Heeft het BVerfG gesproken dan is de procedure meestal nog niet ten einde. Ging het om een prejudiciële procedure (de *Richtervorlage*), dan wordt de procedure weer voortgezet voor de reguliere rechter. Ging het om een klacht tegen een uitspraak van zo'n reguliere rechter, dan casseert het BVerfG deze uitspraak en verwijst het de zaak terug. In beide gevallen dient het *Fachgericht* de zaak (opnieuw) definitief te beslissen. Ook hier is het nationaliteitenarrest illustratief:

> 'Die vorlegenden Gerichte müssen die Ausgangsverfahren aussetzen, bis der Gesetzgeber die verfassungswidrige Vorschrift durch eine mit der Verfassung in Einklang stehende Regelung ersetzt hat.'[305]

Achter dit rechtsgevolg van de onverenigbaarverklaring zit een rechtsstatelijk argument, namelijk dat rechter en bestuur niet in strijd met het GG behoren te handelen.[306] Daarnaast garandeert de opschortplicht dat de klager kan profiteren van de in Karlsruhe behaalde overwinning.[307] Dat wil intussen niet zeggen dat zo'n klager krijgt waar hij of zij om vraagt. Zijn zaak wordt slechts 'bevroren' totdat de wetgever er uit is. Het is niet voldoende dat de rechter de onverenigbaar verklaarde norm niet toepast, want dan blijft denkbaar dat de zaak op basis van het overige recht op een, voor de klager ongunstige wijze, wordt afgedaan.[308] Het bevriezen van de rechtstoestand heeft trouwens niet alleen betrekking op de situatie van de klager zelf, maar ook op parallelle procedures.[309] Ook in die gevallen dienen het bestuur en de reguliere rechtspraak ervan af te zien de norm toe te passen en de desbetreffen-

---

304 *Ibid.*, r.o. 134. Zie ook: BVerfG 8 oktober 1980, *BVerfGE* 55, 100 (*Kinderzuschuß für Enkel*), r.o. 38, waarin het Hof nog duidelijker uitspreekt dat deze verplichting voor bestuur én rechter geldt.

305 *Ibid.*, r.o. 133. Vgl. tevens: BVerfG 28 november 1967, *BVerfGE* 22, 349 (*Waisenrente*), r.o. 33; BVerfG 13 december 1967, *BVerfGE* 23, 1 (*Einkommensteuergesetz*), p. 11; BVerfG 2 december 1992, *BVerfGE* 88, 5 (*Gewerkschaftliche Beratungshilfe*), r.o. 30; BVerfG 31 januari 1996, *BVerfGE* 93, 386 (*Auslandszuschlag*), r.o. 53; BVerfG 12 maart 1996, *BVerfGE* 94, 241 (*Kindererziehungszeiten*), r.o. 68; BVerfG 11 december 2000, 1 BvL 15/00, r.o. 13; BVerfG 8 december 2008, 2 BvL 1-2/07; 1-2/08 (*Werbungskosten und Einkommensteuer*), r.o. 88, 90.

306 Vgl. Hein 1988, p. 189. Gesproken wordt van een '*rechtliche Schwebezustand*': vgl. BVerfG 30 mei 1990, *BVerfGE* 82, 126 (*Kündigungsfristen*), r.o. 113; BVerfG 23 september 1992, *BVerfGE* 87, 114 (*Pachtzins*), r.o. 83. Ook: Sachs 1982a, p. 29-30.

307 Hein 1988, p. 188-190; Benda & Klein 2001, p. 527. Kritisch echter: Sachs 1982a, p. 984. Zie ook: BVerfG 28 november 1967, *BVerfGE* 22, 349 (*Waisenrente*), r.o. 33 en BVerfG 12 maart 1996, *BVerfGE* 94, 241 (*Kindererziehungszeiten*), r.o. 68.

308 Zie Blüggel 1998, p. 95-96.

309 Vgl. bijv. BVerfG 2 december 1992, *BVerfGE* 88, 5 (*Gewerkschaftliche Beratungshilfe*), r.o. 39.

de procedure aan te houden. In dat verband werd door het Hof in de *Kleingarten*-zaak wel van een '*rechtliche Schwebezustand*' gesproken.[310]

Op de opschortplicht bestaan uitzonderingen.[311] Het opschorten van de zaak kan voor de klager, diens lotgenoten of voor derde-belanghebbenden nadelige consequenties hebben. Is sprake van 'bijzondere omstandigheden', dan wijkt het BVerfG van de opschortplicht af.[312] In het zojuist aangehaalde nationaliteitenarrest was daarvan sprake. Het Hof overwoog dat:

> 'Die entscheidende Bedeutung der Staatsangehörigkeit für den gesamten Status der betroffenen Kinder läßt es jedoch nicht zu, daß auch nur für kurze Zeit ein rechtliches Vakuum entsteht und sowohl bei den betroffenen Familien wie bei den Behörden Unsicherheit über die Rechtslage herrscht.'[313]

In deze zaak verklaarde het Hof de regeling deels toepasselijk, ontwierp het voor de overige gevallen een, door de wetgever vast te stellen, overgangsregeling en liet het de beslissing om al dan niet op te schorten over aan de reguliere rechter. Die kon inschatten of de klager het meest gebaat zou zijn bij een onmiddellijke toepassing van de wettelijke regeling, of bij het opschorten van zijn zaak totdat de wetgever de overgangsregeling had vastgesteld.[314]

Een bijzondere omstandigheid kan ook zijn, dat de klager, in de ogen van het BVerfG, al zo lang op zijn gelijk heeft moeten wachten dat verdere vertraging een onaanvaardbare inbreuk maakt op diens recht op effectieve rechtsbescherming.[315] Die omstandigheid dient, aldus het BVerfG, te worden afgewogen tegen de belangen die voor opschorting pleiten.[316] Soms weegt het BVerfG die belangen zelf af, maar het komt – wij zagen dat hiervoor bij het nationaliteitenarrest – ook voor dat hij dat aan de reguliere rechter overlaat.[317]

Wanneer de zaak niet wordt opgeschort, welk recht moet de reguliere rechter dan volgen? Soms kan hij uit de voeten met het overgebleven gedeelte van de regeling. Kan dat niet, dan zal hij soms tot vergaande interpretatie genoodzaakt zijn.[318] De opschortplicht heeft nu juist óók tot doel om rechters van deze noodzaak tot rechtsvorming te vrijwaren. De beslissing van het BVerfG

---

310 BVerfG 23 september 1992, *BVerfGE* 87, 114 (*Pachtzins für Kleingärten*), r.o. 83.

311 Ik ga hier slechts op enkele uitzonderingen in. Zie voor een uitputtend overzicht: Blüggel 1998, p. 101-107.

312 BVerfG 17 november 1992, *BVerfGE* 87, 234 (*Einkommensanrechnung*), r.o. 98.

313 BVerfG 21 mei 1974, *BVerfGE* 37, 217 (*Staatsangehörigkeit für Abkömmlingen*), r.o. 135.

314 *Ibid.*, r.o. 141.

315 Vgl. BVerfG 30 mei 1990, *BVerfGE* 82, 126 (*Kündigungsfristen*), r.o. 113. Zie recenter tevens: BVerfG 14 oktober 2008, 1 BvR 2310/06 (*Beratungshilfegesetz*), r.o. 62.

316 BVerfG 7 maart 1995, *BVerfGE* 92, 158 (*Adoption II*), r.o. 93.

317 BVerfG 7 februari 1990, *BVerfGE* 81, 242 (*Handelsvertreter*), r.o. 72; BVerfG 5 maart 1991, *BVerfGE* 84, 9 (*Ehenamen*).

318 Zie bijv.: BVerfG 7 februari 1990, *BVerfGE* 81, 242 (*Handelsvertreter*); BVerfG 14 maart 1989, *BVerfGE* 80, 1 (*Approbationsordnung*), waarin het overigens niet om een zuivere onverenigbaarverklaring, maar om nietigheid ging.

om de opschortplicht op te heffen houdt dan ook een inschatting in, van de vraag of de reguliere rechter zijn rechterlijke taak niet te buiten hoeft te gaan om rechtsbescherming te verlenen. Beslist het Hof dat opschorten van de zaak niet voor de hand ligt, of laat het die beslissing aan de reguliere rechtspraak over, dan betekent dat *de facto* dat de constitutionele rechter zijn reguliere evenknie in zekere zin machtigt om – binnen bepaalde grenzen – richting te geven aan de rechtsontwikkeling. Dat kan het BVerfG doen aangezien het, over de band van artikel 20 lid 3 GG (binding aan wet en recht) een rol vervult bij het toezicht op de grenzen die de reguliere rechtspraak in acht te nemen heeft.

Het kan zijn dat het Hof zich niet in staat acht om te beoordelen of voor het bieden van adequate rechtsbescherming vereist is dat de reguliere rechters buiten de kaders van hun rechterlijke taak treden. Het BVerfG heft in zo'n geval de opschortplicht geclausuleerd op. Het overweegt dan dat de rechtsvorming binnen de kaders van aanvaardbare *Rechtsfortbildung* moet blijven.[319] De beoordeling of dat het geval is laat hij in zo'n geval over aan de zaaksrechter.

8.4.2.3 De wetgever en onverenigbaarverklaringen

De nietigheid van een norm brengt voor de wetgever formeel geen verplichtingen met zich. Met de eliminatie ervan is doorgaans immers de schending van het grondrecht opgeheven. Anders ligt het bij de onverenigbaarverklaring. Deze tast de norm immers niet aan. In zaken waarin het BVerfG zich ertoe beperkt een onverenigbaarverklaring uit te spreken, acht hij het rechtsstelsel zelf niet in staat om de schending – door automatische eliminatie – op te heffen. Daarvoor is nodig dat de wetgever de regeling vervangt door een nieuwe, conforme regeling. Is de wetgever daartoe verplicht en zo ja, moet dat dan nog binnen een bepaalde termijn en onder bepaalde voorwaarden?

Het antwoord op de eerste vraag luidt bevestigend. De wetgever is verplicht om een verklaring van onverenigbaarheid zo spoedig mogelijk te laten volgen door reparatiewetgeving. Het BVerfG spreekt in dat verband van 'die Verpflichtung die Rechtslage mit dem Grundgesetz in Einklang zu bringen.'[320] In de literatuur wordt soms de binding van de wetgever aan de *Verfassungsmäßige Ordnung* van artikel 20 lid 3 GG, en soms de voorrang van de grondwet als grondslag aangewezen.[321] De verplichting als zodanig wordt in elk geval door vrijwel niemand ontkend.[322]

---

319 Zie BVerfG 7 februari 1990, *BVerfGE* 81, 242 (*Handelsvertreter*), r.o. 72.

320 Vgl. o.m. BVerfG 21 mei 1974, *BVerfGE* 37, 217 (met name r.o. 138); BVerfG 30 mei 1990, *BVerfGE* 82, 126 (*Kündigungsfristen*), r.o. 112; BVerfG 26 april 1994, *BVerfGE* 90, 263 (*Ehelichkeitsanfechtung*), r.o. 42; BVerfG 19 januari 1999, *BVerfGE* 99, 341 (*Testierausschluß für Taubstummer*), r.o. 58; BVerfG 18 februari 2004, 1 BvR 193/97 (*Ehemalige Ehename*), r.o. 46.

321 De eerste grondslag bepleit Heyde 1984, p. 54. De tweede wordt betoogd door Benda & Klein 2001, p. 527.

322 Zie voor een bespreking van de literatuur: Ipsen 1980, p. 266-271; Hein 1980, p. 168-176.

Iets anders is hoe ver de plicht tot wetgeven precies gaat. Is bijvoorbeeld terugwerkende kracht vereist en zo ja, hoe ver gaat dat? In 1992 vatte het de rechtspraak op dit punt samen in het arrest *Kleingärten*.[323] Uitgangspunt is dat het de wetgever niet is toegestaan zich te beperken tot een regeling die de ongrondwettige situatie pas vanaf de inwerkingtreding van de wet opheft:

> 'Er muß vielmehr die verfassungswidrige Lage grundsätzlich jedenfalls von der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts an beseitigen und kann sogar gehalten sein, für die davorliegende Zeit Regelungen zu treffen, die der verfassungsrechtlichen Beschwer der Betroffenen abhelfen.[324]

Het volledig repareren van de schending dient dus in elk geval terug te gaan tot het tijdstip van de onverenigbaarverklaring door het BVerfG. Voor de periode van het ontstaan van de schending tot de uitspraak van het Hof geldt een bijzonder regime. De wetgever *kan* onder omstandigheden verplicht zijn de nadelige gevolgen van de schending voor de klager zo veel mogelijk op te heffen.[325] Voor deze periode geldt dus dat minder helder vaststaat óf, en zo ja in hoeverre op de wetgever de plicht rust om de schending te repareren. Zo staat immers nog te bezien welke 'omstandigheden' de wetgever ertoe dwingen ook rekening te houden met gevallen van voor de uitspraak van het BVerfG. En aangenomen dát daarvan sprake is, dan laat de formulering van het Hof bovendien ruimte voor een regeling die de nadelige gevolgen voor de klager niet integraal wegneemt, maar deze enkel tegemoet komt. De norm hoeft voor dergelijke gevallen niet '*beseitigt*' te worden. Er moet 'enkel' een regeling worden getroffen om de '*Beschwer der Betroffenen ab* [zu, JU] *helfen*'.

Welke omstandigheden maken nu dat de wetgever wel of juist niet verplicht is voor volledige terugwerkende kracht zorg te dragen? Het Hof vat het antwoord op die vraag anno 2013 als volgt samen:

> 'Vom Grundsatz der Rückwirkung können allerdings insbesondere im Interesse verlässlicher Finanz- und Haushaltsplanung bei haushaltswirtschaftlich bedeutsamen Normen Ausnahmen zugelassen werden (…). Gleiches gilt, wenn die Verfassungsrechtslage bisher nicht hinreichend geklärt gewesen und dem Gesetzgeber aus diesem Grund eine angemessene Frist zur Schaffung einer Neuregelung zu gewähren ist (…). Andererseits kann der Umstand, dass die Verfassungsmäßigkeit einer Regelung stets umstritten war, gegen eine Ausnahme vom Grundsatz der rückwirkenden Heilung von Verfassungsverstößen sprechen.'[326]

---

323 BVerfG 23 september 1992, *BVerfGE* 87, 114 (*Pachtzins für Kleingärten*). Zie ook het kort daarna gewezen: BVerfG 25 september 1992, *BVerfGE* 87, 153 (*Existenzminimum*).

324 *Pachtzins für Kleingärten*, r.o. 85. Eerder: BVerfG 8 oktober 1980, *BVerfGE* 55, 100 (*Kinderzuschuß für Enkel*).

325 *Ibid.*

326 BVerfG 7 mei 2013, 2 *BvR* 909/06 (*Ehegattensplittung Lebenspartnern*), r.o. 109.

Het BVerfG noemt twee verschillende gezichtspunten. In de eerste plaats ligt terugwerkende kracht niet voor de hand als dat een aanzienlijke aanslag zou betekenen op de overheidsfinanciën. In de tweede plaats introduceert het Hof een *quasi* 'schuld-criterium'. Als de wetgever moeilijke keuzes te maken heeft op een terrein waar lang niet altijd duidelijk is waar de grens ligt, dan hoeft hij niet het volledige financiële risico te dragen. Mag echter aangenomen worden dat de wetgever wél op de hoogte kon zijn van de ongrondwettgheid, dan ligt terugwerkende kracht te meer voor de hand.

Los van deze gevallen zijn er ook situaties waarin uitsluitend toekomstige werking is toegestaan. Zo behoeft de wetgever géén overgangsrecht te maken als dat praktisch niet of moeilijk mogelijk is, als dat zinloos zou zijn– bijvoorbeeld omdat de schade van de klager in de tussentijd is weggevallen – of als daarmee onevenredige schade zou worden toegebracht aan andere, door het constitutionele recht erkende, beschermenswaardige belangen.[327] Bij dergelijke belangen kan men denken aan de rechtszekerheid, maar ook het belang van de staat bij een gezonde en betrouwbare begroting.[328] Deze rechtspraak wordt gerechtvaardigd onder verwijzing naar artikel 79 BVerfGG. Dit artikel weerspiegelt, aldus het BVerfG, een algemeen beginsel.[329] Bij haar totstandkoming is het belang van het individu bij effectieve handhaving van de grondwet afgewogen tegen het belang van rechtszekerheid en deze afweging is naar vaste rechtspraak van het BVerfG verenigbaar met de grondwet.[330]

In een groeiend aantal gevallen verbindt het BVerfG een termijn aan het declaratoir.[331] De toelaatbaarheid van zulke termijnen wordt soms in twijfel getrokken.[332] In de rechtspraktijk zijn zij echter gemeengoed. Het Hof 'verkoopt' hen onder verwijzing naar het beginsel van effectieve rechtsbescherming. In het arrest *Kündigungsfristen* overweegt het:

> 'Ein (…) Schwebezustand kann seinerseits verfassungswidrig werden, wenn er zu lange andauert. Das Grundgesetz gewährleistet wirksamen Rechtsschutz auch in bürgerlich- rechtlichen Streitigkeiten (Art. 20 Abs. 3 GG; vgl. BVerfGE 74, 228 [234]). Eine Aussetzung von Gerichtsverfahren wegen einer verfassungswidrigen Rechts-

327 *Ibid.*

328 Vgl. BVerfG 25 september 1992, *BVerfGE* 87, 153 (*Existenzminimum*), r.o. 105; BVerfG 22 juni 1995, *BVerfGE* 93, 121 (*Einheitswerte II*), r.o. 80; BVerfG 12 maart 1996, *BVerfGE* 94, 241 (*Kindererziehungszeiten*), r.o. 65.

329 BVerfG 1 juli 1953, *BVerfGE* 2, 380 (*Haftentschädigung*), r.o. 86. Zie ook Heyde 1984, p. 57-59; Hein 1988, p. 174.

330 Vgl. het in de vorige voetnoot genoemde arrest.

331 Het aantal gevallen is inmiddels talrijk. Zie voor een willekeurige selectie: BVerfG 24 juni 1986, *BVerfGE* 72, 330 (*Finanzausgleich I*), r.o. 261; BVerfG 30 mei 1990, *BVerfGE* 82, 126 (*Kündigungsfristen*), r.o. 114; BVerfG 26 april 1994, *BVerfGE* 90, 263 (*Ehelichkeitsanfechtung*), r.o. 42; BVerfG 18 februari 2004, 1 BvR 193/97 (*Ehemalige Ehename*), r.o. 46; BVerfG 30 juli 2008, 1 BvR 3262/07, 402/08, 906/08 (*Rauchverbote*), r.o. 162. Nader: Obermeier 1999, p. 144.

332 Zo bijvoorbeeld Hein 1988, p. 172-173.

> lage kann deswegen nur für eine begrenzte Zeit hingenommen werden. (…) Hier kann nicht länger als bis zum 30. Juni 1993 auf eine Neuregelung gewartet werden. Ein weiterer Aufschub wäre mit der Rechtsschutzgarantie des Art. 20 Abs. 3 GG nicht vereinbar'.[333]

De termijnen die het hof stelt variëren van anderhalf tot vier à vijf jaar.[334] Soms houdt de termijn verband met een financieel jaar (zoals het geval kan zijn in belastingzaken), soms met een bepaalde gebeurtenis (zoals bijvoorbeeld de volgende parlementsverkiezingen).[335] Bij het vaststellen van de termijn weegt het hof op pragmatische wijze de belangen van de klager af tegen de vermoedelijke complexiteit van het wetgevingsproces.[336] Het is het Hof er veel aan gelegen een realistische termijn te stellen en dat ligt voor de hand. Zoals we nog zullen zien, is de vraag wat het BVerfG te doen staat wanneer de termijn niet gehaald wordt, een lastige. Men geeft de wetgever daarom liever wat tijd te veel dan te weinig.

Noemt het BVerfG geen termijn, dan is de wetgever allerminst vrij de zaken op hun beloop te laten. Buiten de termijnen geldt een *quasi* 'algemene regeling': de wetgever dient *unverzüglich*, oftewel onverwijld aan de slag te gaan en zo spoedig mogelijk zorg dragen voor een nieuwe regeling.[337] Zij moet er binnen een redelijke termijn zijn. Wat daaronder moet worden verstaan hangt, net als wanneer het BVerfG zelf de termijn stelt, af van de omstandigheden waarin de klagers zich bevinden en van de complexiteit van het wetgevingsproces. Zoveel is zeker: het nalaten van het BVerfG een termijn te stellen moge wellicht een indicatie zijn dat het met de vereiste spoed wel meevalt, het is de wetgever niet toegestaan om de zaken op de lange baan te schuiven.[338]

Handhaving van wetgevingsplichten

Uit onderzoek naar de naleving van *Unvereinbarerklärungen* in het belastingrecht, werd in 1999 geconcludeerd dat de wetgever zulke verklaringen over het algemeen binnen afzienbare tijd uitvoerde.[339] Noemde het Hof een termijn, dan liep de wetgever niet harder dan strikt noodzakelijk: de termijnen werden volledig verbruikt. Zij werden echter zelden overschreden. Noemde het BVerfG géén termijn, dan volgde over het algemeen binnen afzienbare tijd

---

333 BVerfG 30 mei 1990, *BVerfGE* 82, 126 (*Kündigungsfristen*), r.o. 114. Zie ook: BVerfG 27 november 1990, *BVerfGE* 83, 130 (*Josephine Mutzenbacher*), r.o. 81.

334 Blüggel 1998, p. 109-110.

335 *Ibid.*, p. 110. Het voorbeeld van de verkiezingen.: BVerfG 3 juli 2008, 2 BvC 1/07, 7/07 (*Zweitstimmen*), r.o. 144.

336 In de recente *Zweitstimmen*-uitspraak (voetnoot hiervoor) werd bijvoorbeeld uitgebreid ingegaan op de complexiteit van het wetgevingsproces in deze gevoelige kiesrechtzaak. Die complexiteit werd gezet tegenover het belang bij een zo grondwettelijk en fair mogelijke verkiezing van de leden van de Bondsdag (vgl. r.o. 141-144).

337 Heußner 1982, p. 258; Heyde 1984, p. 54; Hein 1988, p. 172-173; Choi 2002, p. 143.

338 BVerfG 8 oktober 1980, *BVerfGE* 55, 100 (*Kinderzuschuß für Enkel*), r.o. 38.

339 Obermeier 1999, p. 144-145.

een reactie van de wetgever. In zoverre lijkt de *Unvereinbarerklärung* een effectief instituut. Op andere terreinen, zoals het arbeidsrecht, het kiesrecht en het personen- en familierecht, lijkt de situatie minder rooskleurig. Toen het Hof de federale kieswet in 2008 ongrondwettig verklaarde, en het de wetgever tot 30 juni 2011 de tijd gaf om daar iets aan te doen, diende men het wetsvoorstel op 28 juni 2011 in: twee dagen voor het aflopen van de termijn.[340] En in een kwestie over verschillen in opzegtermijnen in het arbeidsrecht uit 1982, diende de regering zelfs geen wetsvoorstel in, eerst omdat men het 'niet nodig' vond, later omdat het te gevoelig zou liggen.[341]

In zulke gevallen rijst de vraag of de termijnen van het BVerfG af te dwingen zijn. Wat te doen als de wetgever zich inderdaad oostindisch doof houdt? Laat de wetgever het er bij zitten dan zullen de meeste klagers als eerste arriveren bij de reguliere rechter. Hun procedures bij die rechter zijn immers opgeschort. Deze heeft dan te beslissen of hij de kwestie wederom voorlegt aan het BVerfG, of dat hij de kwestie zelf kan afdoen.

Sommige auteurs menen dat dit laatste, onder omstandigheden, kan. Zij menen dat het uitblijven van wetswijziging alsnog de nietigheid van het voorschrift met zich brengt.[342] Het maakt in zo'n geval uit of het BVerfG een termijn aan de eerdere *Unvereinbarerklärung* verbond. Is dat het geval, dan wordt wel verdedigd dat met het verstrijken van de termijn, ook de beperking van de nietigheid 'verloopt'. De norm is dan *ipso iure* nietig en de reguliere rechter kan het geschil, met voorbijgaan aan de ongrondwettige norm, beslechten.[343] Is geen sprake van een termijn, dan moeten de *Fachgerichte* de kwestie opnieuw voorleggen aan het BVerfG.[344]

In beide gevallen doet zich echter een probleem voor. Men mag aannemen dat het Hof in eerste instantie niet voor niets heeft afgezien de nietigheid uit te spreken. Zoals we zagen doet het BVerfG dat in twee gevallen: als er verschillende grondwetsconforme oplossingen denkbaar zijn, of als de nietigheid van de norm een situatie in het leven zou roepen die zich, bij gelijkblijvende omstandigheden, nóg slechter met het GG zou verdragen dan de schending zelf. Die situatie zal met het verlopen van de termijn niet zijn veranderd. Kan de rechter dan eigenlijk wel ingrijpen?

Ja, aldus het *Bundesarbeitsgericht* (BAG) in 1985.[345] De hoogste rechter in arbeidsrechtelijke geschillen meende dat normaal gesproken van rechtsvorming diende te worden afgezien wanneer de wetgever diverse opties had om

340 BVerfG 3 juli 2008, *BVerfGE* 121, 226 (*Zweitstimmen*). Zie tevens: *BT-Drucks.* 17/6290, van 28 juni 2011.

341 BVerfG 16 november 1982, *BVerfGE* 62, 256 (*Arbeiter/Angestellte*), en het 'antwoord' van de regering in *BTag* 10/255.

342 Maunz 1980, p. 518; Schlaich 1985, p. 78 (die daarover in de derde druk van het boek in 1994 anders dacht). Recenter: Choi 2002, p. 143-144.

343 Graßhof 2003, p. 173.

344 *Ibid.*, p. 174. Tevens: Sachs 1982b, p. 657, 659.

345 BAG 28 februari 1985, 2 AZR 403/83.

aan de onverenigbaarheid een einde te maken. Wanneer de wetgever te lang zou wachten, zo waarschuwde het, zou echter de rechtszekerheid in het geding komen. Dat kon de plicht tot terughoudendheid doorbreken.[346]

In 1990 sluit het BVerfG zich bij deze lijn aan.[347] Zoals gezegd hhet ad al in 1982 bepaald dat een regeling over opzegtermijnen ongrondwettig was.[348] In 1990 is daar nog niets aan gebeurd. Het kabinet had aan de Bondsdag laten weten dat men een nieuwe regeling niet noodzakelijk vond.[349] Voor het BVerfG neemt men een ander standpunt in. Nu verklaart de regering dat de kwestie politiek gevoelig ligt en tijdrovend is.[350] Het Hof verklaart de regeling opnieuw onverenigbaar, noemt deze keer een termijn waarbinnen de regeling moet worden aangepast en roept de *Fachgerichte* hernieuwd op lopende zaken aan te houden. Maar, zegt het BVerfG erbij:

> 'Ein solcher Schwebezustand kann seinerseits verfassungswidrig werden, wenn er zu lange andauert. Das Grundgesetz gewährleistet wirksamen Rechtsschutz auch in bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten (Art. 20 Abs. 3 GG; vgl. BVerfGE 74, 228 [234]). Eine Aussetzung von Gerichtsverfahren wegen einer verfassungswidrigen Rechtslage kann deswegen nur für eine begrenzte Zeit hingenommen werden. Bereinigt der Gesetzgeber den Verfassungsverstoß nicht in angemessener Frist, dann müssen die Gerichte, wollen sie nicht selbst verfassungswidrig handeln, die bei ihnen anhängigen Rechtsstreitigkeiten fortführen und verfassungskonform entscheiden'.[351]

Deze overweging moet zó worden opgevat, dat de termijnoverschrijding door de wetgever een zelfstandige schending van de grondwet oplevert. De rechter kan aan deze schending een eind maken door zelf in de kwestie te voorzien. Daaruit volgt dat hij dit dan ook mag.[352]

Die koers is in latere jaren bestendigd. In 1998 bijvoorbeeld, preludeert het BVerfG zelfs al meteen op de mogelijkheid dat de wetgever de gestelde termijn laat overschrijden. In een arrest over een regeling die omroepen verplicht tot kosteloze berichtgeving, overweegt het Hof:

> 'Die partielle Unvereinbarkeit (…) führt nicht zur Nichtigkeit der Regelung. (…) Für die Korrektur der Vorschrift ist dem Gesetzgeber ein Zeitraum von fünf Jahren ab Verkündung des Urteils zuzubilligen. Diese Spanne erscheint wegen des langwierigen Gesetzgebungsprozesses nötig. (…) Sollte es innerhalb der Frist nicht zu einer Neuregelung kommen, können die Gerichte Streitigkeiten über die Höhe des

346 *Ibid*, §3 onder c. De koers werd kort daarvoor reeds bepleit door Sachs 1982b, p. 659.
347 BVerfG 30 mei 1990, *BVerfGE* 82, 126 (*Kündigungsfristen*), r.o. 111-115.
348 BVerfG 16 november 1982, *BVerfGE* 62, 256 (*Arbeiter/Angestellte*).
349 Zie *BTag* 10/255.
350 Vgl. BVerfG 16 november 1982, *BVerfGE* 62, 256 (*Arbeiter/Angestellte*) r.o. 54-55.
351 Zie r.o. 13.
352 Zie bijv. Dietz 2011, p. 224-225.

> Entgelts für die Kurzberichterstattung nach Maßgabe der in den Gründen dargelegten Gesichtspunkte entscheiden'.[353]

Er zijn auteurs die ervoor pleiten dat het BVerfG zulke gevallen niet aan de reguliere rechter overlaat, maar zelf een tijdelijke regeling uitvaardigt.[354] Artikel 35 BVerfGG, waaraan het Hof de bevoegdheid ontleent om te bepalen hoe zijn arresten worden nageleefd, zou daarvoor een grondslag bieden. Soms pakt het BVerfG het inderdaad zo aan.[355] Over het algemeen prefereert hij echter dat de reguliere rechter het voortouw neemt.[356] Dat is, gelet op de specifieke deskundigheid van de reguliere rechter ook wel voorstelbaar. Het Hof toetst dan, over de band van artikel 20 lid 3 GG, marginaal of de rechtsvorming van de reguliere rechter binnen aanvaardbare grenzen blijft.

Of de regeling nu van het BVerfG of van de reguliere rechter komt, zulke rechtspraak vindt bij sommige auteurs geen genade.[357] Zij wijzen daarbij op de ratio van de *Unvereinbarerklärung*. Als de reguliere rechter noch het BVerfG de kwestie in eerste instantie konden oplossen, waar halen zij dan de bevoegdheid vandaan om dat op een later tijdstip wél te doen?[358] Volgens zulke auteurs is de rechter geen 'wetgever-plaatsvervanger' en wordt hij dat ook niet. Men moet echter in het oog houden dat deze auteurs over het algemeen een bijzondere opvatting over de toelaatbaarheid van de *Unvereinbarerklärung* als zodanig hebben. Zij menen dat daarvan uitsluitend sprake kan zijn bij schendingen van het gelijkheidsbeginsel omdat er in zo'n geval niet één ongrondwettig voorschrift is dat nietig kan worden verklaard. Dan rest er niets anders dan het declaratoir. Al wacht men tot Sint Juttemis, die omstandigheid zal niet zijn veranderd.[359] Afgezien van het toekennen van schadevergoeding kunnen constitutionele en reguliere rechter, in die optiek, niets anders doen dan afwachten.[360] Het merendeel van de literatuur wijst deze opvatting echter van de hand.[361] Op de rechtspraak heeft zij evenmin invloed gehad.

---

353 BVerfG 17 februari 1998, *BVerfGE* 97, 228 (*Kurzberichterstattung*). Zie ook BVerfG 10 november 1998, *BVerfGE* 99, 216 (*Familienlastenausgleich II*), waarin het Hof zélf een regeling vaststelde voor het geval de wetgever in gebreke zou blijven.

354 Vgl. Pohle 1979, p. 162-163.

355 Zie bijv. BVerfG 1 juli 1998, *BVerfGE* 98, 169 (*Arbeitspflicht*).

356 Sachs 1982b, p. 659.

357 Hein 1988, p. 178; Korioth in: Schlaich & Korioth 2007, p. 239; Kreutzberger 2007, p. 165.

358 Een soortgelijk argument is in de Nederlandse context opgeworpen door Bovend'Eert (2009). Zie par. 4.3.3.2.

359 Korioth in: Schlaich & Korioth 2007, p. 239. Opvallend is dat de oorspronkelijke auteur van dit handboek, Klaus Schlaich, er in een eerdere druk (1985, p. 78) anders over dacht. Wellicht dat Schlaich zich heeft laten overtuigen door het betoog van zijn eigen promovendus, Peter Hein (vgl. Hein 1988, p. 179).

360 Die schadevergoeding lijkt mij overigens een wassen neus. Zie daarvoor par. 8.4.4.

361 Vgl. Graßhof 2003, p. 174.

8.4.2.4 De rechtsgevolgen samengevat

De *Unvereinbarerklärung* heeft niet tot gevolg dat het inconstitutionele voorschrift zijn gelding verliest. Het voorschrift mag door rechter en bestuur echter niet meer worden toegepast. Dat laat overigens onverlet dat het BVerfG bij wijze van overgangsregeling wél de tijdelijke toepasbaarheid van de norm kan bevelen. Over die bevoegdheid gaat het in paragraaf 8.4.3.

Naast de niet-toepasbaarheid van het voorschrift, heeft de *Unvereinbarerklärung* tot gevolg dat de reguliere rechter alle reeds lopende procedures waarin het voorschrift relevant is, dient aan te houden totdat een nieuwe regeling van kracht is. Op deze opschortplicht maakt het Hof soms een uitzondering. Dat doet het als opschorten nadelige gevolgen voor de klager heeft, of als de procedure onaanvaardbaar lang gaat duren.

Voor de wetgever brengt de *Unvereinbarerklärung* de plicht met zich, om voor wijzigingswetgeving te zorgen. Als hoofdregel geldt dat die wetgeving terugwerkende kracht heeft tot het moment van de uitspraak van het BVerfG. Daarnaast kan de wetgever, onder omstandigheden, verplicht zijn een redelijke oplossing te vinden voor diegenen die nog vóór de uitspraak schade hebben geleden. In uitzonderlijke omstandigheden kan de wetgever zich beperken tot een zuiver prospectieve regeling. Dat is het geval als het voorzien in rechtsherstel zinloos of uiterst moeilijk is, of als dit onevenredige schade toebrengt aan grondwettelijk erkende belangen.

Het BVerfG verbindt geregeld een termijn aan de onverenigbaarverklaring. Doet het dat niet dan is de wetgever verplicht om binnen afzienbare tijd voor wetgeving te zorgen. Dat lukt niet altijd. Laat de wetgever te lang op zich wachten, dan draagt het BVerfG de reguliere rechter doorgaans op een grondwetsconforme oplossing te vinden. Deze koers van het Hof rechtvaardigt het Hof met een beroep op het beginsel van effectieve rechtsbescherming.

8.4.2.5 Kritiek

Zowel het verschijnsel van de *Unvereinbarerklärung* zélf, als de toepassing ervan door het BVerfG zijn omstreden. De kritiek richt zich op twee punten: de rechtsbescherming van justitiabelen, en de gretigheid waarmee het BVerfG de onverenigbaarverklaring inzet.

Verklaart het BVerfG een voorschrift onverenigbaar, dan wordt – zoals we zagen – de procedure aangehouden totdat de wetgever zich over de kwestie heeft gebogen. De gedachte hierachter is uiteraard, dat de klager dan kan profiteren van een wetswijziging die mogelijkerwijs ook voor hém gunstig uitpakt. Toch vindt niet iedereen dat de klager daar veel mee opschiet. Sachs wijst er bijvoorbeeld op dat de klager, die normaal gesproken al een lange

procedure heeft doorlopen, opnieuw om geduld wordt gevraagd.[362] Deze is er niet zeker van dat het met zijn vordering uiteindelijk goed komt, met alle gevolgen van dien voor de rechtszekerheid.[363] Het belangrijkste is echter, aldus Sachs, dat de verantwoordelijkheid om de schending op te heffen wordt gelegd bij een politiek orgaan dat allerminst homogeen is. Blijft de wetgever in gebreke, dan hoeft dit nog geen onwil of halsstarrigheid van de wetgever te betekenen:

> 'Bundestag und Bundesrat können je für sich verfassungskonforme, aber voneinander verschiedene Gesetzgebungspläne verfolgen; gleichwohl kann eine Einigung auf eine bestimmte der möglichen verfassungsgemäßigen Lösungen scheitern. Dasselbe gilt – je nach der politischen Konstellation – für die Mehrheitsbildung in diesen Verfassungsorganen. (…)
>
> Durch die Praxis der Unvereinbarerklärungen begründet das *BVerfG* ohne Not immer wieder Pflichten des "Gesetzgebers", denen dieser aufgrund seiner Struktur allenfalls zufällig nachkommen kann'.[364]

Het is in dat licht volgens Sachs nog helemaal zo gek niet dat het niet de politiek maar de rechter is, die voor de oplossing zorgdraagt door de norm nietig te verklaren:

> '(…) denn hierdurch wird die als Rechtsfolge festgestellter Verfassungswidrigkeit auszusprechende Beseitigung des Verfassungsverstoßes von der Fähigkeit der politischen Kräfte zum Kompromiss freigestellt'.[365]

Het lot van de klager dient, kortom, volgens Sachs, niet afhankelijk te worden gemaakt van de twijfelachtige kans dat politieke partijen op een compromis uitkomen. Het uitblijven van zo'n compromis is bovendien onnodig schadelijk voor het gezag van het BVerfG, dat immers geen middel heeft om de wetgever te dwingen het *quasi*-wetgevingsbevel na te komen.[366]

Ook op het brede toepassingsbereik is kritiek gekomen. Die kritiek hangt samen met de gebrekkige grondslag van de *Unvereinbarerklärung*. Zoals gezegd is zij niet wettelijk geregeld. Weliswaar wordt in de artikelen 31 lid 2 en 79 lid 1 BVerfGG van haar gewag gemaakt, maar vrij algemeen wordt, op basis van de parlementaire geschiedenis, aangenomen dat dat geen grondslag is.[367] Nu nietigheid de hoofdregel is, kan de 'blote' onverenigbaarverklaring alleen

362 Sachs 2004, p. 60.
363 Sachs 1982a, p. 30.
364 Sachs 1982b, p. 661.
365 *Ibid.*
366 *Ibid.*
367 Blüggel 1998, p. 16.

als praktisch noodzakelijke uitzondering gelegitimeerd zijn. Het probleem is dat juist op dat punt, de opvattingen nogal uiteen gaan.

Aan de ene kant van het spectrum vinden we het handboek van Schlaich en Korioth. Daarin wordt de opvatting verdedigd dat de onverenigbaarverklaring onlosmakelijk verbonden is met de bijzondere aard van het gelijkheidsbeginsel.[368] Het bijzondere is in zo'n geval dat de schending van de grondwet niet het gevolg is van een ongrondwettig voorschrift, maar van de combinatie van twee voorschriften die als zodanig grondwettig zijn. Als de wetgever een subsidieregeling in het leven roept voor vrouwen om altvioollessen te financieren, en voor mannen niet, dan is geen van beide voorschriften *als zodanig* in strijd met het *Grundgesetz*. De wetgever mag vrouwen recht geven op een subsidie. Omgekeerd is hij niet verplicht om mannen subsidie te geven. Onrechtmatig is alleen de combinatie van beide rechtmatige normen.[369] Volgens de leer van de *ipso iure* nietigheid is een ongrondwettig *voorschrift* nietig. Volgens een belangrijke stroming in de literatuur is het daarom onmogelijk voor het BVerfG om discriminerende wetgeving nietig te verklaren.[370] Dat is geen kwestie van rechterlijke terughoudendheid, maar van bevoegdheid.[371] Uitbreiding van *Unvereinbarerklärung* naar een algemener criterium zoals de beleidsvrijheid van de wetgever of de maatschappelijke gevolgen van de uitspraak, worden door zulke auteurs resoluut afgewezen.[372]

Deze 'theorie van de *Verfassungswidrige Normenrelation*' is hard aangevallen, onder meer door Graßhof. Deze merkt op dat een norm alleen grondwettig of ongrondwettig kan zijn. Het feit dat de norm in strijd is met een grondwettelijke bepaling die niet specifiek een bepaalde inhoud voorschrijft of verbiedt, doet daar niets aan af. Ook de context maakt de norm zélf inconstitutioneel:

> 'Wenn Hein formuliert "Jede der beiden Normen [die einen Gleichheitsverstoß konstituieren] wäre für sich gesehen verfassungsgemäß, wenn es die andere nicht gäbe", so ist die Wahl des Konjunktivs bezeichnend: Gäbe es die jeweils andere Norm nicht, gälte also eine der beiden Normen für alle relevanten Fälle, wäre diese Norm tatsächlich nicht verfassungswidrig. Jedoch gilt die Norm eben nicht für alle relevante Fälle, sondern nur für einen Teil und verstoßt daher gegen den Gleichheitssatz'.[373]

368 Schlaich & Korioth 2007, p. 229-231 en 233.
369 Ipsen 1980, p. 109, noemt dat een *verfassungswidrige Normenrelation*.
370 Maurer 1974, p. 344-345; Ipsen 1980, p. 215; Hein 1988, p. 114-122; Schlaich & Korioth 2007, p. 228; Dietz 2011, p. 171. Deze stroming ligt echter ook stevig onder vuur. Anders namelijk: Moench 1977, p. 140; Pohle 1979, p. 72; Hartmann 1997, p. 1269; Blüggel 1998, p. 159-161; Graßhof 2005, p. 974-977.
371 Schlaich & Korioth 2007, p. 228.
372 Schlaich & Korioth 2007, p. 229-231 en 233; Dietz 2011, p. 171.
373 Graßhof 2003, p. 110-111.

Het is, aldus Graßhof, ook niet zo dat een regeling die in strijd is met het gelijkheidsbeginsel, niet nietig kan zijn. Is de strijd gelegen in een combinatie van twee voorschriften, dan zijn beide voorschriften in beginsel nietig.[374] De ware reden achter de *Unvereinbarerklärung* is voor auteurs als Graßhof dan ook niet dogmatisch van aard, maar institutioneel. Het Hof voorkomt ermee dat het '*eine irreversiblen Rechtslage*' schept, waarmee de wetgever feitelijk voor het blok wordt gezet.[375]

Geheel aan de andere kant van het spectrum, tot slot, staat Blüggel. De argumentatie van Graßhof is in wezen dezelfde als die van Blüggel, maar de laatste is scherper in zijn afwijzing van de *Unvereinbarerklärung*. Ook voor Blüggel is zij geen kwestie van de onmogelijkheid van nietigheid, maar daaruit trekt Blüggel de conclusie dat het abstineren van de rechter bij de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel ook niet is toegestaan.[376] Wel acht hij het aanvaardbaar als het BVerfG nietigheid achterwege laat omdat dit anders een situatie in het leven zou roepen die zo mogelijk nóg inconstitutioneler is dan de geconstateerde schending. Gaat het om een keuze tussen twee kwaden, dan is het Hof bevoegd voor de minst vergaande inbreuk te kiezen.[377]

Tot slot. Zoveel is duidelijk: in de literatuur is de onverenigbaarverklaring een splijtzwam. Over de grondslag, noch over het correcte toepassingsbereik is men het eens. Zelfs over de koers van het BVerfG wordt getwist.[378] Deze broedertwist kan echter met een korrel zout genomen worden. Doorgaans kenmerkt de literatuur zich nameljk door een zekere berusting. De *Unvereinbarerklärung* is na een kleine vijftig jaar wel zo'n beetje ingeburgerd. Zij is niet meer weg te denken uit de Duitse constitutionele rechtspraak. Een wezenlijk alternatief ontbreekt bovendien. Aan de gedeeltelijke nietigheid en de grondwetsconforme interpretatie zijn allebei bezwaren verbonden en zij kennen ook zo hun grenzen. De onverenigbaarverklaring is er dus, *and it's there to stay*.

8.4.2.6 Resumerend

Als variant op de wettelijk en dogmatisch voorgeschreven nietigheid heeft zich in de vroege rechtspraak de verklaring van onverenigbaarheid ontwikkeld. Volgens de meeste schattingen komt deze uitspraakvariant inmiddels ongeveer even vaak voor als het nietigheidsoordeel. Toch heeft ze nog altijd geen wettelijke basis. Ze heeft zich ontwikkeld uit de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel.

---

374 *Ibid.*, p. 117.Zo ook: Sachs 1982b, p. 661. Pohle 1979, p. 82 meent daarentegen dat het belang van de klager en van derden zich tegen nietigheid van de begunstigende maatregel verzet.

375 Graßhof 2003, p. 152.

376 Blüggel 1998, p. 153-161.

377 Blüggel 1998, p. 188-190.

378 Zo menen Schlaich & Korioth 2007, p. 229, dat het BVerfG is teruggekeerd van zijn dwaalwegen, en weer is teruggekeerd naar de klassieke inzet van de onverenigbaarverklaring bij de toetsing aan het gelijkheidsbeginsel. Andere auteurs nemen dat, terecht, niet voor hun rekening. Zie het meest recent: Dietz 2011, p. 63-64.

Aanvankelijk werd ze gemotiveerd met een beroep op de onmogelijkheid om een *Normenrelation* nietig te verklaren. In latere zaken vergrootte het Hof de reikwijdte van de onverenigbaarverklaring naar gevallen waarin de wetgever over beleidsvrijheid beschikte om een grondwetsconforme oplossing te bewerkstelligen, en waarin nietigheid zou leiden tot een nieuwe schending van een grondwettelijk erkend belang. Een deel van de literatuur verwerpt de laatste twee categorieën, een ander deel juist de eerste twee. Komt het Hof tot een zuivere onverenigbaarverklaring, dan behoudt het voorschrift zijn geldigheid maar kan het niet meer toegepast worden door rechter en bestuur. De behandeling van zaken die op het moment van de uitspraak van het BVerfG aanhangig zijn moet dan worden opgeschort totdat de wetgever wijzigingswetgeving heeft geïnitieerd. De wetgever is daartoe volgens het Hof en de doctrine verplicht. Soms stelt het BVerfG daartoe een termijn. Doet het dat niet, dan dient de wetgever binnen een redelijke termijn in actie te komen. Gebeurt dat niet, dan machtigt het BVerfG de reguliere rechter doorgaans, om zelf in een grondwetsconforme oplossing van het voorliggende geschil te voorzien.

Ik heb het tot dusver gehad over de *Unvereinbarerklärung* in haar zuivere vorm. Met name de gevallen waarin het Hof zich tot zo'n verklaring beperkt vanwege de maatschappelijke gevolgen, gaan doorgaans gepaard met tijdelijke toepasbaarheid van het voorschrift. Het wijkt dan af van de regel dat een ongrondwettig voorschrift niet kan worden toegepast. Op die gevallen ga ik nu in.

8.4.3 Tijdelijke regelingen

Verklaart het BVerfG een voorschrift nietig of *bloß unvereinbar*, dan kan het in beide gevallen niet meer door rechter en bestuur worden toegepast. Het verschil is dat zo'n voorschrift in dat tweede geval wél zijn geldigheid behoudt en dat de behandeling van lopende zaken en aanvragen wordt opgeschort. Niet-toepassing kan echter tot aanzienlijke problemen leiden. Men denke aan een regeling die de bevoegdheid om de geneeskunde te beoefenen reguleert. Zou zo'n regeling niet mogen worden toegepast, dan leidt dat ófwel tot een tekort aan medici, ófwel tot een verontrustende hausse in abonnementen op de *Arts & Auto*.

Het BVerfG onderkent deze bedreiging. In de vorige paragraaf kwam het zogenaamde 'nationaliteitenarrest' al even ter sprake.[379] De regel dat kinderen met alleen een Duitse vader wél, en kinderen met alleen een Duitse moeder níet de Duitse nationaliteit verwierven, was '*bloß unvereinbar*' met artikel 3 lid 2 GG. Volgens de hoofdregel kan de regeling dan niet meer worden toege-

379 BVerfG 21 mei 1974, *BVerfGE* 37, 217 (*Staatsangehörigkeit für Abkömmlingen*).

past.[380] Voor beide groepen kinderen geldt echter dat zij, en hun ouders, geregeld belang hebben bij snelle duidelijkheid over hun nationaliteit. Het BVerfG verklaart de norm in zo'n geval niet alleen nietig of *bloß unvereinbar*, maar voorziet ook in een noodverband: een eigen regeling die geldt totdat de wetgever heeft voorzien in het vacuüm dat met de uitspraak ontstaat. Dergelijke regelingen zijn tijdelijk, al kunnen zij bij gelegenheid langer dan een jaar blijven gelden.[381] Zij worden door het BVerfG gebaseerd op artikel 35 BVerfGG.[382] Dit voorschrift luidt zo:

> 'Das Bundesverfassungsgericht kann in seiner Entscheidung bestimmen, wer sie vollstreckt; es kann auch im Einzelfall die Art und Weise der Vollstreckung regeln'.

Deze basis voor de hierna te bespreken rechtersregelingen is twijfelachtig. De meeste auteurs gaan er niet van uit dat zulke regelingen kunnen worden opgevat als aanwijzingen hoe de arresten van het BVerfG moeten worden 'uitgevoerd' (*vollstreckt*).[383] De parlementaire geschiedenis wijst ook niet in die richting.[384] Het Hof stelt in de regel immers slechts de nietigheid of de 'blote' onverenigbaarheid vast. Dat zijn allebei varianten van een declaratoir. Zo'n declaratoir laat zich niet goed 'uitvoeren'. Volgens sommige auteurs is zo'n opvatting echter te beperkt. Artikel 35 BVerfGG geeft volgens hen uitdrukking aan een principiële gedachte, namelijk dat het BVerfG een bijzondere verantwoordelijkheid heeft bij de bescherming van grondrechten. Zo merken Benda en Klein op:

> 'Die Rechtfertigung [van overgangsregelingen, JU] folgt vielmehr aus dem generellen Gesichtspunkt der Entscheidungsverantwortlichkeit des BVerfG. Die Entscheidung ergeht im Blick auf die Klärung einer verfassungsrechtlich umstrittenen Frage, die die Basis eines verfassungsmässigen Zustandes herstellen helfen soll. (…) Die übergangsweise Regelung, deren zeitlichen Daeuer zu begrenzen ganz in der Hand

380 Vgl. bijv. BVerfG 14 juli 1986, *BVerfGE* 73, 40 (*Parteispenden-Urteil*), r.o. 198. Voorts BVerfG 31 januari 1996, *BVerfGE* 93, 386 (*Auslandszuschlag*), r.o. 52, en het veelbesproken *Kleingarten*-arrest (BVerfG 23 sep. 1992, *BVerfGE* 87, 114), r.o. 83. Een recent voorbeeld waarin het hof uitdrukkelijk sprak van een uitzondering, die het vervolgens niet wilde aannemen betreft: BVerfG 29 januari 2003, *BVerfGE* 107, 150 (*Sorgeerklärungen*), r.o. 95.

381 Zo duurde het ruim een jaar tot de wetgever de tijdelijke regeling omtrent abortus verving die het hof in zijn eerste Abortusarrest (BVerfG 25 februari 1975, *BVerfGE* 37, 1) had geformuleerd. Pas vanaf 18 mei 1976 trad de wijzigingswet in werking (*BGBl.* I [1976], p. 1213).

382 BVerfG 25 februari 1975, *BVerfGE* 39, 1 (*Schwangerschaftsabbruch I*), r.o. 204; BVerfG 13 april 1978, *BVerfGE* 48, 127 (*Wehrpflichtnovelle*); BVerfG 5 december 1995, *BVerfGE* 93, 362 (*Postulationsfähigkeit*); BVerfG 30 juli 2008, 1 BvR 3262/07, 402/08, 906/08 (*Rauchverbote*), r.o. 167.

383 Kritisch zijn bijv. Ipsen 1980, p. 239; Pestalozza 1991, p. 26-267; Sachs 2004, p. 168; Schlaich & Korioth 2007, p. 263-264; Sillen 2010, p. 204. Wel positief: Benda & Klein 2001, p. 559, en Graßhof 2003, p. 292-293.

384 Zie Sillen 2010, p. 203-204.

> des Gesetzgebers liegt, greift zwar in dessen Kompetenz ein, ist aber aus der Rolle des BVerfG gerechtfertigt, das mit der letzten Autorität auch die letzte Verantwortung trägt'.[385]

Hoewel een legimatie als deze, waar een eindverantwoordelijkheid wordt geclaimd en ingezet als basis voor een bevoegdheid, als zodanig wel wat wankel is, lijkt mij dat zulke auteurs de verhoudingen wel beter aanvoelen dan de scherpslijpers die van een bevoegdheid tot het uitvaardigen van tijdelijke regelingen niet willen weten. Het feit dat de wetgever artikel 35 BVerfGG niet bedoeld heeft als basis voor toepassingsgeboden of overgangsregelingen, kan intussen niet verhullen dat zowel de wetgever als het bestuur, dat de regelingen immers moeten naleven, daarvan nooit een serieus probleem hebben gemaakt. Dat kan iets te maken hebben met de wijze waarop het Hof de regelingen vormgeeft, namelijk als een compromis tussen effectieve rechtsbescherming en het algemeen belang. Dat maakt nieuwsgierig naar de inhoud van zulke regelingen. Waaruit bestaan zij?

De overgangsregelingen van het Hof zijn in twee categorieën op te delen. Verreweg de meeste overgangsregelingen bestaan er in, dat het BverG de ongrondwettig verklaarde regeling tijdelijk toepasbaar verklaart. Daarnaast formuleert het Hof soms een eigen regeling die in combinatie, of in plaats van, de tijdelijk toepasbare norm te gelden heeft. Ik loop beide varianten na.

8.4.3.1 Tijdelijke toepasbaarheid

De gevallen waarin het BVerfG de tijdelijke toepasbaarheid van een ongrondwettig verklaard voorschrift beveelt zijn, in de Nederlandstalige context, onlangs helder beschreven door Sillen.[386] Hij wijst in dat verband op het arrest *Hartz-IV* uit 2007, waarin het Hof opsomt in welke gevallen tot tijdelijke toepasbaarheid wordt besloten.[387]

> 'Die bloße Unvereinbarerklärung, verbunden mit der Anordnung befristeter Fortgeltung der verfassungswidrigen Regelung, kommt (…) als Rechtsfolge dann in Betracht, wenn es aus verfassungsrechtlichen Gründen unabdingbar ist, eine verfassungswidrige Vorschrift für eine Übergangszeit fortbestehen zu lassen, damit

385 Benda & Klein 2001, p. 559.

386 Sillen 2010, p. 204-221. Een noot terzijde. Sillen beschouwt de tijdelijke toepasbaarheid van het voorschrift als een variant van de *Unvereinbarerklärung*. Ik kies zelf voor een andere categorisering. Volgens mij is sprake van twee verschillende uitspraakbevoegdheden (voor zover van 'bevoegdheden' kan worden gesproken, zie daarover kritisch: Sillen 2010, p. 202-204). Het bevel tot tijdelijke toepasbaarheid op de voet van art. 35 BVerfGG, staat n.m.m. los van de gevolgen van de *Unvereinbarerklärung*. Het wordt ook ingezet wanneer nietigheid aan de orde (en problematisch) is. Zie Graßhof 2003, p. 179-189. Anders overigens: Dietz 2011, p. 67 e.v.

387 BVerfG 20 december 2007, *BVerfGE* 119, 331 (*Hartz-IV*).

> in dieser Zeit nicht ein Zustand besteht, der von der verfassungsmäßigen Ordnung noch weiter entfernt ist als der bisherige (…). Neben den Grundrechten (…) wird vor allem das Rechtsstaatsprinzip in der Ausprägung des Prinzips der Rechtssicherheit (…) als ein Rechtsgut anerkannt, zu dessen Schutz die befristete Weitergeltung einer nicht verfassungskonformen Regelung gerechtfertigt und geboten sein kann. Dieses ist dann betroffen, wenn mit der Nichtigerklärung der angegriffenen Regelung ein rechtliches Vakuum aufträte und sowohl bei den Behörden als auch bei den Rechtsunterworfenen Unsicherheit über die Rechtslage entstünde (…). Die Feststellung der Unvereinbarkeit einer Rechtslage mit dem Grundgesetz darf auch nicht dazu führen, dass der Verwaltung zeitweilig die Erfüllung verfassungsrechtlicher Pflichtaufgaben mangels hinreichender gesetzlicher Grundlage unmöglich gemacht wird (…); dies gilt auch für die tatsächliche Wahrnehmung der ihr übertragenen Aufgaben'.[388]

De tijdelijke toepasbaarheid van een ongrondwettig voorschrift ligt volgens het Hof dus voor de hand als het buiten toepassing laten zou leiden tot een situatie die zich nóg minder met het grondwettelijk systeem laat verenigen dan de ongrondwettigheid zélf. Drie situaties komen in dat verband naar voren. Zo'n situatie kan, ten eerste, een (ander) grondrecht bedreigen, ten tweede in strijd komen met een rechtsbeginsel zoals de rechtszekerheid, en ten derde de effectieve uitoefening van het overheidsbestuur onmogelijk maken.

Van de eerste categorie, een dreigende inbreuk op een grondrecht, was sprake in het arrest *Kurzberichterstattung*.[389] In dit arrest ging het (onder meer) om het *WDR-Gesetz*, dat veilig stelde dat radio en televisie kostenloos konden berichten over 'Veranstaltungen und Ereignisse, die öffentlich zugänglich und von allgemeinem Informationsinteresse sind'. Met de regeling werd beoogd informatiemonopolies van bepaalde zenders tegen te gaan, zodat over openbare gelegenheden in elk geval een minimum aan berichtgeving kon worden gegarandeerd. Voor gelegenheden, zoals voetbalwedstrijden, waar het ging om beroepsuitoefening, zag het BVerfG echter een schending van de beroepsvrijheid. Het verklaarde de regeling in zoverre *unvereinbar* met het GG. Zij kon nog vijf jaar worden toegepast. Met het wegvallen van de regeling zou immers de, in artikel 5 GG neergelegde, vrije nieuwsgaring in de knel komen:

> 'Das ergibt sich daraus, daß die Rechtslage beim vorübergehenden Fehlen eines Kurzberichterstattungsrechts hinsichtlich berufsmäßig durchgeführter Veranstaltungen den verfassungsrechtlichen Leitvorstellungen des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ferner stünde als bei der befristeten Fortgeltung der jetzigen, im Kern verfassungsmäßigen Regelung'.[390]

388 *Ibid.*, r.o. 204.
389 BVerfG 17 februari 1998, *BVerfGE* 97, 228 (*Kurzberichterstattung*). Klassiek is ook: BVerfG 27 november 1990, *BVerfGE* 83, 130 (*Josephine Mutzenbacher*), r.o. 81.
390 *Ibid.*, r.o. 158.

Als voorbeeld van de tweede categorie, de rechtszekerheid, kan een zeer recent arrest dienen. Net als zijn Nederlandse evenknie, kent de Duitse belastingdienst het verschijnsel van de 'fiscale partners'. Dat zijn geen vennoten bij Ernst & Young, maar belastingplichtigen die samenwonen en hun inkomsten en aftrekposten mogen 'poolen'. Anders dan in Nederland echter, moet men in Duitsland getrouwd zijn om 'fiscale partner' te kunnen zijn.[391] In mei 2013 verklaart het BVerfG de regeling ongrondwettig voor zover geregistreerd partners ervan zijn uitgesloten.[392] Omdat het gaat om een schending van het gelijkheidsbeginsel, kiest het Hof ervoor de regeling *unvereinbar* te verklaren. Opvallend is overigens, dat het Hof expliciet opmerkt dat de klager bij nietigheid geen baat zou hebben gehad.[393] Ten aanzien van de toepasbaarheid van de regeling merkt het op:

> 'Werden Normen mit dem Grundgesetz für unvereinbar erklärt, hat dies grundsätzlich zur Folge, dass Gerichte und Verwaltungsbehörden diese im Umfang der festgestellten Unvereinbarkeit nicht mehr anwenden dürfen und laufende Verfahren auszusetzen sind (…). Um zu vermeiden, dass bei den betroffenen Steuerpflichtigen wie bei den Behörden in der Zeit bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber Unsicherheit über die Rechtslage herrscht, ist es geboten, eine Übergangsregelung zu treffen (…), die sich möglichst weitgehend an das Regelungskonzept des Gesetzgebers anlehnt und damit vermeidet, dass übergangsweise ein dem Willen des Gesetzgebers offensichtlich besonders fernstehender Rechtszustand eintritt (…). § 26, 26b, 32a Abs. 5 EStG bleiben bis zum Inkrafttreten einer Neuregelung, die der Gesetzgeber unverzüglich zu treffen hat, anwendbar mit der Maßgabe, dass auch eingetragene Lebenspartner, deren Veranlagungen noch nicht bestandskräftig durchgeführt sind, mit Wirkung ab dem 1. August 2001 unter den für Ehegatten geltenden Voraussetzungen eine Zusammenveranlagung und die Anwendung des Splittingverfahrens beanspruchen können'.[394]

Het Hof wijst er dus op dat belastingplichtigen en de autoriteiten in onzekerheid komen te verkeren wanneer de regeling tijdelijk niet kan worden toegepast. Of het hier zozeer om rechtsonzekerheid ging, danwel om de inschatting van het Hof, dat de wetgever de regeling uiteindelijk ook naar geregistreerd partners zal uitbreiden en het discontinuïteit voor de gehuwden wil voorkomen, dat staat te bezien. Met de knagende onzekerheid van de *Behörden* zal het, meen ik, wel meevallen. Ook het belang van de belastingplichtigen bij het handhaven van de regeling is relatief bescheiden. Het ligt eerder voor de hand aan te nemen dat het Hof derden (gehuwden) niet een voordeel wil ontzeggen als dat niet écht noodzakelijk is. Het is in dat verband opvallend

391 Om die reden heet het verschijnsel in Duitsland ook niet 'fiscale partner', wat buitengewoon jammer is. Men stelt zich toch op feesten en partijen graag voor als 'de fiscale partner' van…
392 BVerfG 7 mei 2013, 2 *BvR* 909/06 (*Ehegattensplittung Lebenspartnern*).
393 *Ibid.*, r.o. 105.
394 *Ibid.*, r.o. 113.

dat het Hof expliciet de vermoedelijke wil van de wetgever naar voren haalt. Tot slot zij er op gewezen dat het BVerfG de regeling niet slechts tijdelijk toepasbaar verklaart, maar haar gedurende die termijn ook openstelt voor geregistreerd partners.

Tot slot de derde categorie: de bestuurbaarheid van het land. Dat kan worden beschouwd als een restcategorie waaronder vele kwesties van algemeen belang kunnen worden geschaard. Het BVerfG beschouwt het algemeen belang in zulke gevallen als onderdeel van de *Gesamtkonzeption des Grundgesetzes*. Dat is '*Gemeinschaftswohlorientiert*'.[395] De variant werd in 1994, in het arrest *Kohlepfennig*, geïntroduceerd.[396] Het ging in dat arrest om een heffing op de afname van stroom die de noodlijdende Duitse kolenindustrie moest veiligstellen. Nietigheid van de regeling lag volgens het Hof niet voor de hand. Het algemeen belang was daar niet mee gediend. Wierp het Hof zich hier op als de beschermheer van de Duitse kolenindustrie? Men zou het bijna denken.[397] Bij nader inzien lijkt het vooral een staaltje pragmatisme van het BVerfG. De financiering van de kolenindustrie was, als de *Kohlepfennig* nietig was verklaard, via andere zij het aanmerkelijk inefficiëntere, kanalen doorgegaan. Daar stond tegenover dat de *Kohlepfennig*, hoewel ongrondwettig, nauwelijks kon worden beschouwd als een forse inbreuk op het leven van burgers die haar moesten betalen. Inhoudelijk was de heffing namelijk niet onrechtmatig, slechts de gekozen vorm was dat.[398] De afweging was dus niet, het redden van de kolenindustrie versus de portemonnee van de burger, maar tussen ingewikkelde financieringsconstructies of een tijdelijk ongrondwettige procedure.

Zoals gezegd is de categorie 'algemeen belang' intussen uitgegroeid tot een verzamelpunt van allerhande belangen, zoals het betalingsverkeer, de veiligheid op straat, de volksgezondheid of de bestrijding van gokverslaving, kan een rol spelen bij de beslissing van het hof om de aangevallen regeling nog even in haar toepassing te handhaven.[399] Een bijzondere categorie in dat verband, is de bescherming van de overheidsfinanciën.[400] Nietigheid of niet-toepasbaarheid van belastingwetgeving heeft immers grote consequenties

395 Zie in dat verband Graßhof 2003, p. 210-214.
396 BVerfG 11 oktober 1994, *BVerfGE* 91, 186 (*Kohlepfennig*), r.o. 95.
397 Dat lijkt i.e.g. Sillen 2010, p. 215 te suggereren.
398 Graßhof 2003, p. 221.
399 Vgl. o.a. BVerfG 4 mei 2011, *BVerfGE* 128, 326 (*EGMR Sicherungsverwahrung*); BVerfG 30 juli 2008, 1 BvR 3262/07, 402/08, 906/08 (*Rauchverbote*), r.o. 166-167; BVerfG 28 maart 2006, *BVerfGE* 115, 276 (*Staatslotteriegesetz I*). Wel heel markant is BVerfG 13 december 2000, 1 BvR 335/97 (*Rechtsanwaltsordnung*), waarin een regeling die advocaten in bepaalde *Länder* bond aan één arrondissement, ongrondwettig werd verklaard. Het BVerfG motiveerde de tijdelijke toepasbaarheid van de regeling met het argument dat advocaten zich er op moesten kunnen instellen dat zij ook in andere arrondissementen werkzaam mochten zijn. De overgang moest kennelijk een beetje ordentelijk verlopen.
400 Men knoopte deze categorie aanvankelijk op aan de rechtszekerheid, maar inmiddels lijkt ze een zelfstandig leven te leiden. Zie Dietz 2011, p. 70-72.

voor de schatkist, en juist het belastingrecht staat relatief vaak aan de toets van het gelijkheidsbeginsel bloot.[401] Die grote consequenties zet het BVerfG dan af tegen meer of juist minder geringe last die betaling van de belasting voor de burger met zich meebrengt. Zo merkt het Hof in een arrest over het *Hamburger Spielgerätesteuergesetz* op:

> 'Grund für die Erklärung der Anwendbarkeit von § 4 Abs. 1 SpStG ist zum einen das haushälterische Interesse der Freien und Hansestadt Hamburg an den veranschlagten Einnahmen aus der Spielgerätesteuer (…). Die Freie und Hansestadt Hamburg durfte sich außerdem bis zur Rechtsprechungsänderung des Bundesverwaltungsgerichts durch die Urteile vom 13. April 2005 (…) im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung von Bundesverwaltungsgericht und Bundesfinanzhof wissen. (…)
>
> Zum anderen erscheint die Belastung der Automatenhalter durch die Anwendung des Stückzahlmaßstabs für die Übergangszeit bis zum Inkrafttreten des neuen Spielvergnügungsteuergesetzes relativ gering. Durch die verfassungswidrige Gleichbehandlung im Steuersatz müssen sie nicht notwendig benachteiligt werden, sondern können je nach den von ihnen im Einzelfall erzielten Spielgeräteumsätzen auch einer vergleichsweise günstigen Besteuerung unterliegen.'[402]

Voor het BVerfG zijn dus drie gezichtspunten van belang de relatieve belangen van de overheid en de belastingbetaler, en de vraag of de wetgever min of meer te goeder trouw was. Met dat laatste lijkt het Hof een brug te slaan naar de, hiervoor behandelde, rechtspraak waarin het de wetgever van de verplichting ontslaat om kwesties met terugwerkende kracht te regelen.[403]

8.4.3.2 Modificerende regelingen

Verklaart het BVerfG een regeling tijdelijk toepasbaar, dan trekt de klager aan het kortste eind. Zijn zaak wordt alsnog behandeld onder het ongrondwettige recht. Bovendien wordt de norm van het *Grundgesetz* tijdelijk niet geëffectueerd. Diverse auteurs, en ook sommige rechters in het Hof, zijn daarom uitgesproken kritisch over het instituut van de tijdelijke toepasbaarheid.[404] Daarmee wordt er echter aan voorbijgegaan dat het BVerfG het toepassingsgebod in de meeste gevallen vergezeld doet gaan van, wat men zou kunnen noemen, 'flankerend beleid'. Het Hof schrijft dan een gewijzigde toepassing van het voorschrift voor, of het beveelt andere maatregelen aan die gepaard moeten gaan met de tijdelijke toepasbaarheid van de norm. Het probeert zo tegemoet te komen

---

401 Vgl. voor een pregnant voorbeeld: BVerfG 20 december 1966, *BVerfGE* 21, 12 (*Umsatzsteuer*). Zie uitgebreider: Sillen 2010, p. 210-214.

402 BVerfG 4 februari 2009, 1 BvL 8/05 (*Spielautomatensteuer*), r.o. 99-100. Zie ook: Vgl. bijv. BVerfG 22 juni 1995, *BVerfGE* 93, 121 (*Einheitswerte II*), r.o. 80.

403 Zie par. 8.4.2.3.

404 Sachs 1982b; Hein 1988, p. 120; K. Stern, 'Artikel 93', in: Dolzer e.a. (red.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, C.F. Müller (losbl.), rn. 285. Zie voorts: Sillen 2010, p. 218-219.

aan de, door hemzelf geïdentificeerde, grondwettelijke bezwaren tegen de regeling.

De voorbeelden liggen voor het oprapen. In het vorige hoofdstuk besprak ik reeds het arrest over het *Staatslotteriengesetz* (dat de aanleiding was voor het Luxemburgse arrest *Winner Wetten*).[405] Het Hof bevond deze wet ongrondwettig omdat de Staat zichzelf, ter bestrijding van gokverslaving, een monopolie op het afsluiten van sportweddenschappen had toegekend. Het overwoog dat de wijze waarop de Staat dit monopolie gebruikte, niet echt bijdroeg aan de bestrijding van goklust, het eerder bevorderde, en dat zo'n monopolie daarom niet gerechtvaardigd was. Omdat de wetgever op diverse manieren aan de bezwaren van het Hof tegemoet kon komen, verklaarde het de regeling alleen *unvereinbar*. En omdat het vrijgeven van de markt voor weddenschappen volgens het Hof, het tegengaan van gokverslaving niet zou helpen, werd de regeling nog zo'n anderhalf jaar toepasbaar verklaard. Het geeft zich er echter rekenschap van dat het de regeling niet voor niets ongrondwettig heeft verklaard en beveelt daarom dat tegelijkertijd alvast een begin moet worden gemaakt met het daadwerkelijk tegengaan van gokverslaving:

> 'Auch in der Übergangszeit muss allerdings bereits damit begonnen werden, das bestehende Wettmonopol konsequent an einer Bekämpfung der Wettsucht und einer Begrenzung der Wettleidenschaft auszurichten. Der Staat darf die Übergangszeit nicht zu einer expansiven Vermarktung von Wetten nutzen. Daher sind bis zu einer Neuregelung die Erweiterung des Angebots staatlicher Wettveranstaltung sowie eine Werbung, die über sachliche Informationen zur Art und Weise der Wettmöglichkeit hinausgehend gezielt zum Wetten auffordert, untersagt. Ferner hat die Staatliche Lotterieverwaltung umgehend aktiv über die Gefahren des Wettens aufzuklären'.[406]

Het BVerfG beveelt, met andere woorden, flankerend beleid. Dat moet ervoor zorgen dat aan de grondwettelijke bezwaren voor een groot deel tegemoet wordt gekomen. Had de Staat dit eerder zo gedaan, dan was de regeling vermoedelijk niet inconstitutioneel verklaard.

In de zaak over het *Staatslotteriengesetz* profiteerde de klager, een kantoor van *bookmakers*, niet van de interimregeling van het Hof. Geregeld ligt dat echter anders, zoals in het hier al vaker genoemde nationaliteitenarrest.[407] Het ging in die zaak om de ongelijke behandeling tussen kinderen van een Duitse vader en een buitenlandse moeder, die automatisch de Duitse nationaliteit kregen, en kinderen van een Duitse moeder en een buitenlandse vader

405 BVerfG 28 maart 2006, *BVerfGE* 115, 276 (*Staatslotteriegesetz*). Zie par. 7.3.3.
406 *Ibid.*, r.o. 160.
407 BVerfG 21 mei 1974, *BVerfGE* 37, 217 (*Staatsangehörigkeit für Abkömmlingen*).

voor wie dat niet gold. Het Hof droeg de wetgever op om aan die ongelijke behandeling een eind te maken. Het erkende echter dat zelfs een tijdelijk juridisch vacuüm op dit terrein, gelet op het wezenlijke belang van nationaliteit voor de status van de kinderen, niet aan de orde kon zijn. Het overwoog:

> 'Die bisherige Regelung gilt daher zunächst in ihrem positiven Gehalt weiter, d. h. soweit sie ehelichen Kindern mit nur einem deutschen Elternteil die deutsche Staatsangehörigkeit gewährt: (…) werden also eheliche Kinder eines deutschen Vaters und (…) einer nichtdeutschen Mutter, (…) wie bisher mit der Geburt deutsche Staatsangehörige. (…).
>
> Demgegenüber erhalten die nach dieser Entscheidung in dem Zeitraum bis zur gesetzlichen Neuregelung geborenen ehelichen Kinder deutscher Mütter und ausländischer Väter (…) nicht schon durch die Geburt die deutsche Staatsangehörigkeit. Der Gesetzgeber muß diese Kinder jedoch in die ohnehin gebotene Übergangsregelung einbeziehen'.[408]

Met de tijdelijke toepasbaarheid van de wettelijke regeling zou de discriminatie, zij het dan tijdelijk, in stand blijven. Tenminste zo lijkt het. Kinderen die tussen het arrest van het Hof en de inwerkingtreding van de nieuwe wet geboren worden, krijgen immers niet zonder meer de Duitse nationaliteit. Wel wordt de Duitse wetgever opgedragen voor overgangsrecht te zorgen. En ook op dat punt doet het Hof een duit in het zakje. Het verklaart dat ook kinderen die onder het 'oude regime' werden geboren, recht hebben op gelijke behandeling. Aangezien het ondenkbaar is om de kinderen die in het verleden bevoorrecht werden, hun nationaliteit te ontnemen, heeft de wetgever feitelijk maar één keus: hij moet alle kinderen van Duitse moeders een optierecht op de Duitse nationaliteit toekennen.[409] En aangezien de wetgever ook geen ongelijke behandeling in het leven mag roepen tussen kinderen die voor, respectievelijk ná het arrest van het BVerfG worden geboren, moet hij ook de laatste groep zo'n optierecht toekennen. Zolang dat optierecht er nog niet is, blijft het aan de *Fachgerichte* om te bepalen of opschorting, gelet op de overgangsregeling, geboden is.[410] Op deze manier verzekert het Hof dat kinderen die onder de wet reeds recht hadden op de Duitse nationaliteit, dat houden terwijl voor kinderen die dat recht niet hadden, veilig wordt gesteld dat zij dat zullen krijgen en dat hun zaken in de tussentijd, niettegenstaande de tijdelijke toepasbaarheid van de regeling, kunnen worden aangehouden.

De oplossingsgerichtheid van het Hof in het nationaliteitenarrest staat niet op zichzelf. Veel van de zaken waarin de tijdelijke toepasbaarheid van het ongrondwettige voorschrift wordt bevolen, bevatten een subtiele regeling ten behoeve van de klagers. Ik noem er hier nog twee: het recente arrest over de

408 *Ibid.*, r.o. 135-136.
409 *Ibid.*, r.o. 139.
410 *Ibid.*, r.o. 141.

fiscale partners (*'Ehegattensplittung für Lebenspartnern'*), en een arrest waarin, omgekeerd, juist de aftrek van kosten voor de kinderopvang aan gehuwden werd onthouden. Uit dat eerste arrest citeerde ik in de vorige paragraaf reeds. Het Hof verklaarde dat de regeling die het alleen gehuwde partners toestond om hun inkomsten en aftrekposten gunstig onder elkaar te verdelen, hoewel zij ongrondwettig was, tijdelijk toepasbaar bleef, maar breidde de werking bij wijze van tijdelijke maatregel ook uit over de groep geregistreerde partners.[411] Ook hier geldt dus dat de toepasbaarheid van de regeling niet in de weg stond aan het bieden van rechtsbescherming. Uiteraard stond het de wetgever vrij om de regeling anderszins aan te passen, maar tot die tijd werd de regeling *de facto* ook op de benadeelde groep van toepassing.

In *Familienlastenausgleich II* ging het onder andere om een belastingaftrek voor de kosten van kinderopvang. Die regeling gold alleen voor alleenstaanden, maar de wetgever was er gemakshalve van uitgegaan dat alle niet-gehuwde ouders, of zij nu samenleefden of niet, alleenstaand waren.[412] Voor gehuwden gold de regel alleen als zij waren gescheiden van tafel en bed. Het BVerfG zag daarin een verboden onderscheid. Niettemin kon de regeling nog even worden toegepast. Bijzonder aan dit geval is echter, dat het Hof een *preventieve* overgangsregeling trof. Het verklaarde dat bij uitlijven van een wetgevende reactie, de aftrekpost ook voor gehuwde ouders zou gaan gelden.[413] Op die koers van het Hof is kritiek mogelijk en die is er ook gekomen. Grasshof wijst er op dat het Hof de tijdelijke regeling op deze manier inzet als *quasi* permanent instrument. Laat de wetgever de kwestie, ook na ommekomst van de termijn, op haar beloop, dan verwordt de voorlopige voorziening van het Hof, de definitieve grondslag voor de belastingkorting. Dan valt niet goed meer in te zien waarom het Hof niet eenvoudig kiest voor de (gedeeltelijke) nietigheid van de beperking.[414]

Bij de voorgaande voorbeelden ging het om relatief eenvoudige regelingen. Het ging vaak om schendingen van het gelijkheidsbeginsel. Het BVerfG laat het in zulke gevallen weliswaar over aan de wetgever om de kwestie op te lossen, maar het verklaart de regeling in de tussentijd wél van toepassing op de benadeelde groep, of het doet dat bij wijze van preventieve maatregel voor het geval de wetgever in gebreke blijft. In het voorbeeld waarin het niet om het gelijkheidsbeginsel ging, de kwestie van het *Staatslotteriengesetz*, vloeide uit de overwegingen van Hof relatief eenduidig voort op welke, minst vergaande wijze, een grondwetsconforme situatie kon worden bereikt.

411 BVerfG 7 mei 2013, 2 *BvR* 909/06 (*Ehegattensplittung Lebenspartnern*), r.o. 109.
412 BVerfG 10 november 1998, *BVerfGE* 99, 216 (*Familienlastenausgleich II*), r.o. 72.
413 *Ibid.*, r.o. 99-100. Enigszins vergelijkbaar, maar minder concreet: BVerfG 17 februari 1998, *BVerfGE* 97, 228 (*Kurzberichterstattung*).
414 Grasshof 2003, p. 290.

In sommige, uitzonderlijke, gevallen gaat het BVerfG echter een duidelijke stap verder. Het ontwerpt dan gedetailleerde regelingen die lang niet altijd uitsluitend ten gunste van burgers werken. De arresten waarin het Hof zich uitlaat over abortus en het rookverbod in de horeca zijn in dat verband illustratief. De laatste groep is het minst vergaand. Laat ik daarmee beginnen.

De casus van het rookverbod in de horeca is, ook in Nederland, welbekend. Diverse *Länder* kenden een wettelijk rookverbod. Dat gold zowel voor restaurants en kroegen, als voor discotheken. In die eerste twee categorieën mocht nog wel gerookt worden in speciale rokersruimten. Voor discotheken gold die uitzondering niet omdat de wetgever jongeren extra tegen de gevaren van het roken wilde beschermen. Het Hof zag twee constitutionele defecten. In de eerste plaats was het onderscheid tussen discotheken en andere horecagelegenheden niet gerechtvaardigd voor zover het ging om discotheken die uitsluitend volwassenen toelieten. In de tweede plaats differentiëerde de wetgever daarentegen juist weer te weinig tussen relatief grote eetgelegenheden en kleine kroegjes waar het onmogelijk was om een aparte rookruimte in te richten. Het was de wetgever weliswaar toegestaan om een strikt antirookbeleid te voeren maar dan moest hij niet beginnen aan uitzonderingen. Als hij dat wel deed, dan moesten die uitzonderingen wel voldoen aan het gelijkheidsbeginsel. Het Hof verklaarde de regeling dus *unvereinbar.* Niettemin zag hij aanleiding om de regeling tijdelijk toepasbaar te verklaren.[415] Het belang van de volksgezondheid was daarmee gediend. Geheel in lijn met de eerdere voorbeelden, spant het Hof zich wél in om de gedupeerde uitbaters enig perspectief te bieden. Het formuleert een overgangsregeling. Die ziet er als volgt uit (en nu volgt de reden waarom dit boek zo dik is):

> 'Mit Blick auf die Berufsfreiheit der Gaststättenbetreiber und um für sie in beruflicher Hinsicht existentielle Nachteile zu vermeiden, besteht jedoch für den Zeitraum bis zu den gesetzlichen Neuregelungen ein unabwendbares Bedürfnis nach einer Zwischenregelung durch das Bundesverfassungsgericht auf der Grundlage des § 35 BVerfGG (…). Da hierbei größtmögliche Schonung der Gestaltungsfreiheit der Landesgesetzgeber geboten ist (…), gilt es, das Regelungskonzept des Gesetzgebers so weit als möglich zu erhalten und ihm nach Möglichkeit nicht vorzugreifen (…). Das Bundesverfassungsgericht setzt daher nicht in Abweichung von der bisherigen Schutzkonzeption der Landesgesetzgeber sämtliche Ausnahmen vom Rauchverbot aus, sondern erweitert die in den Nichtraucherschutzgesetzen bereits vorgesehenen Ausnahmen um eine weitere zugunsten der getränkegeprägten Kleingastronomie.
>
> Die vorläufige Regelung der von dieser zusätzlichen Ausnahme erfassten Gaststätten orientiert sich an der Zielvereinbarung zum Nichtraucherschutz in Hotellerie und Gastronomie zwischen dem Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung und dem Bundesverband des Deutschen Hotel- und Gaststättenverbandes vom 1. März 2005. Dort wurde mit den Interessenvertretern des Gaststättengewerbes als ein Maßstab für die Befreiung vom Nichtraucherschutz eine Gastfläche – defi-

415 BVerfG 30 juli 2008, 1 BvR 3262/07, 402/08, 906/08 (*Rauchverbote*).

niert als der Bereich, in dem Tische und Stühle für den Aufenthalt von Gästen bereitgehalten werden – von weniger als 75 m2 vereinbart, weil für derart kleine Lokale eine Trennung von Raucher- und Nichtraucherbereichen "in aller Regel nicht sinnvoll" sei. Anders als die – ohne Zwang (…) zur räumlichen Trennung – alternativ vereinbarte Grenze von weniger als 40 Sitzplätzen, erscheint die – nicht ohne weiteres zu verändernde – Gastfläche als geeignete Größe, um bei typisierender Betrachtung als Indikator für die Möglichkeit der Einrichtung eines abgetrennten Raucherzimmers zu dienen. Soweit solche Gaststätten trotz der geringen Gastfläche einen abgetrennten Nebenraum im Sinne von § 7 Abs. 2 Satz 1 LNRSchG Baden-Württemberg beziehungsweise § 4 Abs. 3 Satz 1 NRSG Berlin vorweisen und damit einen Raucherbereich einrichten können, gibt es allerdings keinen Anlass für eine Ausnahme vom Rauchverbot. Außerdem ist die Befreiung, um die typischerweise besonders belastete Gruppe zu erfassen, auf solche Gaststätten zu beschränken, die keine zubereiteten Speisen anbieten und nicht über eine entsprechende Erlaubnis nach § 3 GastG verfügen.

Dem weiteren Regelungsziel der Landesgesetzgeber, insbesondere Kinder und Jugendliche vor den Gefahren des Passivrauchens zu schützen (…), wird für die Übergangszeit dadurch Rechnung getragen, dass ein Gastwirt von der Ausnahme vom Rauchverbot nur Gebrauch machen kann, wenn er Personen mit nicht vollendetem 18. Lebensjahr den Zutritt zu seiner Gaststätte verwehrt. Am bisherigen gesetzgeberischen Konzept ausgerichtet (…) ist auch die Regelung zur Kennzeichnungspflicht der Rauchergaststätte und der damit geltenden Zutrittsbeschränkung'.

Ik heb hier, in het belang van de leesbaarheid, alleen de regeling opgenomen die het Hof met betrekking tot de kleine kroegjes (de zogenaamde *Kneipen*). Zij illustreert echter dat het Hof, om de klagers en de wetgever (die volgens het Hof immers voor uitzonderingen en niet voor een strikt rookverbod had gekozen) ter wille te zijn, moet afdalen in de krochten van de beleidsoverwegingen. Speciaal voor de liefhebbers van *soft law*, wordt aangeknoopt bij eerdere afspraken tussen vertegenwoordigers van de horeca en de overheid, om een grens tussen de *Kneipe* en het *Grand café* te bepalen. Of de, door het BVerfG gekozen, oplossing te handhaven was, blijft maar even buiten beschouwing.[416] De regeling is in elk geval relatief ingewikkeld. Daar komt bij dat de regeling misschien nog kan worden verdedigd als *een* manier om kleine kroegen voorlopig in bescherming te nemen terwijl het de wetgever uiteraard vrijstaat om andere maatregelen te nemen, maar dat het Hof in latere rechtspraak andere criteria van de wetgever van tafel veegde als onvoldoende gerechtvaardigd. Zo was het criterium van de Hamburger wetgever, dat in kleine kroegen geen maaltijden worden geserveerd, volgens het BVerfG van onvoldoende gewicht.[417] Opnieuw besloot het Hof dat de regeling voorlopig

416 De auteur kon geen literatuur ter onderbouwing vinden maar leerde bij een bezoek aan Heidelberg dat het rookverbod door de autoriteiten ook in grotere gelegenheden niet wordt gehandhaafd. Volgens rokende medewerkers van het Max-Planck-Institut, omdat 'algemeen bekend' was dat de regeling van het BVerfG te ingewikkeld was.

417 BVerfG 24 januari 2012, 1 BvL 21/11 (*Rauchverbot Hamburg*).

moest worden uitgebreid. Het BVerfG moet echter worden nagegeven dat de kleine kroegjes, die in Karlsruhe hadden betoogd failliet te zullen gaan wanneer zij geen rokers mochten tolereren, in de jaren daarna schijnen te hebben gebloeid als nooit tevoren.[418] Mogelijk heeft de vrees voor het voortbestaan van de *Eckkneipe* een rol gespeeld bij de beslissing tot deze demonstratie van rechterlijke originaliteit.

Nog een stap verder dan in de rechtspraak over het rookverbod, ging het Hof in de arresten over abortus.[419] In het eerste Abortusarrest ging het om een wijziging van de strafwet die de strafbaarheid wegens het plegen van abortus in de eerste twaalf weken van de zwangerschap ophief mits door een arts uitgevoerd en vooraf advies was ingewonnen. Na die termijn was abortus wel strafbaar maar alleen wanneer de zwangerschap geen gevaar was voor het leven of de lichamelijke gezondheid van de moeder, of dat gevreesd werd voor ernstige afwijkingen van het kind.[420] Volgens het BVerfG beschermde deze regeling het recht op leven van de ongeboren vrucht onvoldoende. Zij was daarom nietig.[421] Dat leverde echter een probleem op. Algehele nietigheid van de nieuwe wettelijke regeling zou ten gevolge hebben dat geen enkele abortus meer strafbaar zou zijn. Het leven van de ongeboren vrucht was daarmee nog minder gediend dan met de door het Hof te licht bevonden wet.[422] De nietigheid van uitsluitend de bepaling die de strafbaarheid binnen de twaalf weken ontnam (art. 218a), zou er in resulteren dat abortus wél strafbaar was, maar óók in gevallen waarin sprake was van levensbedreigende situaties. Dat resultaat was niet alleen onwenselijk, maar ook weinig coherent nu, op basis van een andere bepaling (art. 218b), dat soort abortussen wél weer waren toegestaan ná 12 weken. Het BVerfG verklaarde artikel 218a daarom gedeeltelijk nietig, namelijk:

> 'insoweit (…) als er den Schwangerschaftsabbruch auch dann von der Strafbarkeit ausnimmt, wenn keine Gründe vorliegen, die nach den vorstehenden Ausführungen vor der Wertordnung des Grundgesetzes Bestand haben'.[423]

Daar bleef het niet bij. Want wat waren dan 'grondwettelijk' gegronde redenen voor het afbreken van de zwangerschap? Dat was, aldus het Hof, in de eerste

418 Aldus tenminste het tijdschrift *Der Spiegel*: 10 april 2011, 'Gastronomie: Kneipen-Umsätze steigen trotz Rauchverbot' (internetpublicatie www.derspiegel.de).

419 BVerfG 25 februari 1975, *BVerfGE* 39, 1 (*Schwangerschaftsabbruch I*); BVerfG 28 mei 1993, *BVerfGE* 88, 203 (*Schwangerschaftsabbruch II*). Zie echter ook: BVerfG 13 april 1978, *BVerfGE* 48, 127 (*Wehrpflichtnovelle*); BVerfG 5 december 1995, *BVerfGE* 93, 362 (*Postulationsfähigkeit*).

420 Vgl. de toenmalige §218-218c StGB.

421 BVerfG 25 februari 1975, *BVerfGE* 39, 1 (*Schwangerschaftsabbruch I*), r.o. 204.

422 Aangetekend zij dat strafbedreiging volgens het BVerfG niet de enige mogelijke manier was om het ongeboren leven te beschermen. In dit geval waren de gekozen maatregelen echter onvoldoende.

423 BVerfG 25 februari 1975, *BVerfGE* 39, 1 (*Schwangerschaftsabbruch I*), r.o. 204.

plaats een kwestie voor de wetgever. Die moest maar aangegeven wanneer een abortus 'geïndiceerd' was. Dat was om te beginnen het geval wanneer de gezondheid van de moeder gevaar liep, maar de wetgever had de vrijheid verder te gaan:

> 'Darüber hinaus steht es dem Gesetzgeber frei, auch bei anderen außergewöhnlichen Belastungen für die Schwangere, die (…) ähnlich schwer (…) wiegen, den Schwangerschaftsabbruch straffrei zu lassen. Hierzu können insbesondere die (…) im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens erörterten Fälle der eugenischen (…), der ethischen (kriminologischen) und der sozialen oder Notlageindikation zum Schwangerschaftsabbruch gezählt werden'.[424]

Voor de periode dat de wetgever de kwestie nog in beraad had, formuleerde het BVerfG in het dictum echter een tussentijdse regeling:

> 'Im Interesse der Rechtsklarheit bis zum Inkrafttreten der gesetzlichen Regelung erschien es geboten, gemäß § 35 BVerfGG eine Anordnung des aus dem Urteilstenor ersichtlichen Inhalts zu erlassen. Eine Fortsetzung der Schwangerschaft ist unzumutbar, wenn der Abbruch erforderlich ist, um von der Schwangeren eine Gefahr für ihr Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung ihres Gesundheitszustandes abzuwenden.'[425]

Het arrest heeft nogal wat kritiek uitgelokt, hoewel zij doorgaans relatief mild is. De bijzondere aard van de zaak en de belangen die daarin op het spel stonden draagt aan die mildheid stellig bij.[426] Met name het feit dat het Hof de bescherming van het recht op leven en de menselijke waardigheid in het gedrang vond komen is een indicatie dat hier sprake was van een uitzonderlijke situatie. Niettemin is een veelgehoorde klacht dat het BVerfG in het eerste abortusarrest de strafbaarheid middels rechtersrecht uitbreidde terwijl artikel 103 lid 2 GG daarvoor een formeel-wettelijke grondslag vereist.[427] Hoewel het dictum van de uitspraak van het BVerfG '*Gesetzeskraft*' heeft, wil dat niet zeggen dat daarmee aan een dergelijke legaliteitseis is voldaan: kracht van wet is niet gelijk te stellen met een wet in formele zin. Daarbij komt dat

---

424 *Ibid.*, r.o. 162 en dictum, onder 5.

425 *Ibid.*, r.o. 204 (eerste deel, voor het door mij toegevoegde 'namelijk') en dictum, nr. 5 (tweede deel).

426 Zie bijvoorbeeld Blüggel 1998, p. 125-126; Steiner 2001, p. 2919-2924. Mild zijn ook Benda & Klein 2001, p. 523. Daarbij past enerzijds de kanttekening dat Benda als president van het BVerfG de desbetreffende uitspraak medeondertekend heeft, en anderzijds dat dit gedeelte van het handboek door Klein is geschreven.

427 Zo bijv. Ipsen 1980, p. 242; Gusy 1985, p. 199-201; Blüggel 1998, p. 124; Kreutzberger 2007, p. 189. Het hof heeft getracht op deze kritiek antwoord te geven in het tweede abortusarrest (BVerfG 28 mei 1993, *BVerfGE* 88, 203). De kritiek is daarop echter niet verstomd: vgl. Blüggel 1998, p. 124; Kreutzberger 2007, p. 187-189.

uitsluitend het dictum deze kracht van wet toekomt terwijl het rechtersrecht in de meeste gevallen te vinden is in de overwegingen.[428]

Fundamenteler kritiek vinden we bij Lamprecht, die het Hof verwijt de machtenscheiding bij het grofvuil te hebben gezet.[429] Soortgelijke observaties, zij het genuanceerder komen van Ipsen.[430] Deze signaleert dat de overgangsregeling van het Hof getuigt van groeiende onzekerheid omtrent het stelsel van constitutionele toetsing in de Bondsrepubliek. De opkomst van de sociale rechtsstaat met zijn positieve verplichtingen heeft het stelsel op zijn grondvesten doen schudden. Dat stelsel, waarin nietigheid of tenminste vernietigbaarheid het belangrijkste gereedschap vormen, is immers ingesteld op wetgeving die grondwettelijke verboden te boven gaat en niet op normen die de standaard van grondwettelijke *ge*boden niet halen.

8.4.4 De mogelijkheid van schadevergoeding

Wordt een justitiabele in Duitsland geconfronteerd met een *Unvereinbarerklärung* die gepaard gaat met een toepassingsgebod, dan lijkt zijn situatie wel wat op die van een Nederlandse klager die te maken krijgt met een *terme de grâce*. Hoewel het Duitse stelsel van rechtsbescherming, zoals we zagen, verschillende waarborgen bevat om ervoor te zorgen dat de procederende burger kan profiteren van het toetsingsoordeel van het BVerfG, is er een categorie klagers die tussen wal en schip valt. Dan doet zich de vraag voor of dergelijke klagers dan tenminste hun schade vergoed kunnen krijgen. Voor deze kwestie is in de Duitse literatuur echter relatief weinig aandacht. In de Duitse optiek ligt het zwaartepunt van de grondrechtenbescherming, zeker waar het wetgeving betreft, bij het BVerfG. Dit Hof heeft niet de bevoegdheid om schadevergoeding toe te kennen. Dat ligt ook niet in de aard van het stelsel. Uit de bespreking van de ideaaltypische rechtsgevolgen bleek dat het nietigheidsdogma diep in de Duitse cultuur zit ingebakken, en dat deze doctrine sterk in verband wordt gebracht met de rechtsbescherming van het individu.

Het Duitse recht kent geen aparte aansprakelijkheidsactie voor onrechtmatige wetgeving. Een burger die zijn schade, veroorzaakt door ongrondwettige wetgeving, vergoed wil zien, zal gebruik moeten maken van het reguliere overheidsaansprakelijkheidsrecht. Dat kent verschillende vorderingen. Naast de *Amtshaftung*, de algemene schadevergoedingsactie, zijn dat de zogenaamde vorderingen uit *Folgenbeseitigungsanspruch, Enteignungsgleiche Eingriff* en *Aufopferung*. Ik bespreek hier alleen de *Amtshaftung*. De andere gevallen zijn voor

428 *Ibid.* Met betrekking tot het laatste moet worden opgemerkt dat de regeling in de eerste abortuszaak nu juist wel in het dictum van de uitspraak was opgenomen.
429 Lamprecht 1994, p. 3272.
430 Ipsen 1980, pp, 243-244.

het leerstuk van de ongrondwettige wetgeving ofwel niet geschikt, ofwel te specifiek.[431] De grondslag voor *Amtshaftung* is artikel 34 GG, dat bepaalt:

> 'Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht. Bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit bleibt der Rückgriff vorbehalten. Für den Anspruch auf Schadensersatz und für den Rückgriff darf der ordentliche Rechtsweg nicht ausgeschlossen werden'.

Het artikel wordt ingeroepen in samenhang met de algemene aansprakelijkheidsgrondslag, artikel 539 BGB. Het vertrekpunt is de gedachte dat men in beginsel de ambtsdrager in persoon aansprakelijk stelt voor onrechtmatig handelen. De Staat neemt deze verantwoordelijkheid dan in rechte over.[432] Het betekent wel dat de aansprakelijkheid, ook als het uiteindelijk de Staat is die de rekening betaalt, aangrijpt op het handelen van individuele ambtsdragers. Bij *legislatives Unrecht* wordt dan in de regel het individuele lid van de Bondsdag verantwoordelijk gehouden.[433]

De volgende stap is dat de gedupeerde burger duidelijk maakt dat de parlementariër een *Amtspflicht* heeft geschonden, en wel jegens hem persoonlijk. Het eerste is geen probleem: het is een plicht van ambtsdragers om de rechten van burgers niet te schenden.[434] Dat laatste echter, de relativiteit, is wel problematisch. Ondanks hevige kritiek vanuit de literatuur, stelt het BGH zich traditioneel op het standpunt dat parlementariërs plichten hebben jegens het algemeen belang en niet jegens individuele individuen.[435] Sinds 1971 is dat vaste rechtspraak. Zo merkt het BGH in 2012 nog op:

> 'Eine Haftung des Beklagten (…) wegen legislativen Unrechts kommt bereits deshalb nicht in Betracht, weil der Gesetzgeber lediglich Aufgaben der Allgemeinheit wahrnimmt, denen die Richtung auf bestimmte Personen oder Personenkreise fehlt, ihm daher grundsätzlich keine drittschützenden Amtspflichten im Sinne des § 839 Abs. 1 Satz 1 BGB obliegen'.[436]

---

431 Ongeschikt, omdat de *Folgenbeseitigungsanspruch* geeft geen aanspraak op schadevergoeding maar op het ongedaan maken van de publieke rechtshandeling: dat is bij een bloot onverenigbaar verklaarde wet niet mogelijk want dat zou het toetsingsmonopolie van het BVerfG doorkruisen. Zie Fetzer 1994, p. 157-170.

432 Zie daarover uitgebreider: Oeter 1998, p. 103-108.

433 Fetzer 1994, p. 49-50.

434 Walther 2005, p. 23.

435 BGH 29 maart 1971, *NJW* 1971, 1172. Zie voor een overzicht van de kritiek: Fetzer 1994, p. 50.

436 BGH 18 oktober 2012, *NJW* 2013, 168 (*Winner Wetten III*). Zie tevens o.a. BGH 4 juni 2009, *BGHZ* 181, 199.

Parlementariërs, en daarmee in brede zin: de wetgever en de Staat, zijn dus niet door individuele burgers aansprakelijk te stellen wegens het vaststellen van wetgeving, tenminste voor zover die wetgeving algemeen van aard is. Het kan anders liggen als de wet betrekking heeft op specifieke individuen, maar dat is zelden het geval.[437] Traditioneel maakt dat het verkrijgen van schadevergoeding uit onrechtmatige wetgeving bijzonder lastig.[438]

Dit alles heeft in Duitsland wel voor enige discussie gezorgd. Vooral een reeks arresten van het EHRM was aanleiding dat debat te vernieuwen en op zoek te gaan naar oplossingen. Ook voor het EVRM geldt immers dat als de schending in wetgeving is gelegen, aansprakelijkheid op nationaal niveau moeilijk te construeren is.[439] De klager moet dan naar Straatsburg om zijn schade vergoed te krijgen.[440] Dat leidde onlangs tot een opzienbarende uitspraak van een rechtbank in Karlsruhe die in hoger beroep in stand bleef.[441] De rechtbank werd geconfronteerd met een klager die lange tijd in TBS had gezeten. In een reeks zaken, te beginnen met *M. t. Duitsland*, verklaarde het EHRM de regeling omtrent TBS (*'Sicherungsverwahrung'*) in strijd met de artikelen 5 en 7 EVRM.[442] Het BVerfG verklaarde, niet lang daarna, de regeling ongrondwettig maar liet het bij een *Unvereinbarerklärung*. In het belang van de veiligheid op straat verklaarde het Hof de regeling bovendien toepasbaar.[443] Verschillende TBS'ers richtten volgens de blik op Straatsburg. Van hun eigen civiele rechter verwachtten zij geen heil. Maar een enkeling probeert het wel en krijgt van de Karlsruher rechtbank gelijk.

De rechtbank baseert in dit geval de aansprakelijkheid van de Staat niet op het handelen van de formele wetgever, maar op dat van de rechter die de ongrondwettige voorschriften toepaste. Normaal gesproken is dat een heilloze weg: reguliere rechters en het bestuur ontlopen aansprakelijkheid voor het toepassen van een *bloß unvereinbare* wet normaal gesproken via het ontbreken van toerekenbaarheid: zij mochten – gelet op de uitspraak van het BVerfG – van de grondwettigheid van hun handelen uitgaan.[444] In dit geval legt de rechtbank dat criterium echter conform artikel 5 EVRM uit: dat vereist immers dat wie onrechtmatig gedetineerd was, recht heeft op compensatie. Dat in dit geval de rechter die de TBS oplegde in dienst was van de deelstaat Baden

437 Vgl. Oeter 1998, p. 117.

438 Voor schadevergoeding wegens schending van Unierecht aanvaardt het BGH intussen een aparte rechtsgang die dogmatisch moet worden onderscheiden van de reguliere *Amtshaftung*: Zie BGH 14 december 2000, *NJW* 2001, 1865; BGH 9 oktober 2003, *NJW* 2004, 1241; BGH 20 januari 2005, *NJW* 2005, 742. Voor het EVRM is zo'n aparte rechtsgang er niet. Zie evenwel hierna.

439 Zie Trassl 1994, p. 125-140.

440 Vgl. Breuer 2012.

441 LG Karlsruhe 24 april 2012, 2 O 278/11; OLG Karlsruhe 29 november 2012, 12 U 60/12.

442 EHRM 17 december 2009, *no.* 1935/04 (*M. t. Duitsland*).

443 BVerfG 4 mei 2011, *BVerfGE* 128, 326 (*EGMR Sicherungsverwahrung*).

444 Vgl. bijv. BGH 18 oktober 2012, *NJW* 2013, 168 (*Winner Wetten III*).

Württemberg, terwijl de wet in kwestie een federale wet was, maakt in dat verband even niet uit. In de literatuur is de uitspraak met instemming begroet als een bouwsteen voor een wat beter aansprakelijkheidsregime met betrekking tot aansprakelijkheid na Straatsburgse uitspraken.[445]

Ik teken, tot slot, wel aan dat de rechter in dit geval kon sturen op artikel 5 EVRM. In zuiver nationale kwesties lijkt mij aansprakelijkheid wegens onrechtmatige wetgeving nog altijd lastig.

8.5 AFSLUITENDE OPMERKINGEN

Dit hoofdstuk ging over de manier waarop de Duitse rechter rechtsbescherming biedt wanneer grondrechten onder druk komen te staan als gevolg van wetgeving in formele zin. Eerst is in dat kader bezien hoe het Duitse stelsel van grondrechtenbescherming functioneert. De studie beperkte zich daarbij tot de toetsing van wetgeving in formele zin van respectievelijk de federale wetgever en zijn equivalenten in de deelstaten. Als maatstaf werd gekozen voor de grondrechten die zijn vervat in de Duitse grondwet. Wij hebben gezien dat de mensenrechtenverdragen, hoe invloedrijk zij op het Duitse recht ook zijn, voornamelijk secundaire betekenis hebben voor de rechtspraktijk.

De bescherming van de, in de federale grondwet vervatte, grondrechten is voornamelijk in handen van het BVerfG. Desalniettemin speelt ook de reguliere rechter een niet te onderschatten rol in dit stelsel. Hij vormt gedeeltelijk de toegangspoort tot het BVerfG en vermindert door zelf rechtsbescherming te bieden de werklast van het hof in aanzienlijke mate. Deze rechtsbescherming kan de reguliere rechter niet bieden door normen buiten toepassing te laten of hen te vernietigen. Hij zal daarvoor zijn toevlucht moeten nemen tot de conforme interpretatie van de wettelijke regeling. Het constitutionele hof dringt er dan ook geregeld bij de reguliere rechter op aan om van die bevoegdheid in een zo ruim mogelijke mate gebruik te maken.

De taak van het hof zelf is tweeledig. Enerzijds dient het de handhaving van het objectieve recht en anderzijds heeft het, zoals gezegd, tot taak subjectieve rechtsbescherming te verlenen. Een aantal procedures zoals de *Parteienklage*, de *Richtervorlage* en de *Verfassungsbeschwerde* staan daarvoor open. De remedies die het hof in zijn gereedschapskist heeft zijn voor die drie procedures dezelfde. Voorop staat dat wetgeving die in strijd is met de grondwet nietig, dus met terugwerkende kracht ongeldig is. Hierin komt duidelijk het gedeeltelijk objectiefrechtelijke karakter van het Duitse stelsel van grondrechtenbescherming tot uitdrukking. Grondslag voor de rechterlijke toetsing van regelgeving is in de Bondsrepubliek van oudsher de gedachte dat wetgeving die in strijd is met de grondwet, eigenlijk niet tot stand is gekomen.

445 Breuer 2012.

Dit uitgangspunt wordt tegenwoordig niet meer aangehangen, maar het ligt wel ten grondslag aan de wettelijke en grondwettelijke regels op dit terrein. Wel maakt met name het *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* belangrijke uitzonderingen op de rechtsgevolgen van het nietigheidsuitgangspunt. De bestuursbesluiten en de rechterlijke uitspraken die niet meer in rechte aan te vallen zijn, worden door artikel 78 BVerfGG voor geldig verklaard. Een belangrijke consequentie van de nietigheid is wel dat de uitvoering van deze besluiten, voor zover zij uitvoering behoeven, achterwege moet blijven.
Op de gedachte dat de rechtszekerheid in dergelijke gevallen dient te prevaleren wordt voor wat betreft het strafrecht wel een uitzondering gemaakt: heropening van de procedure moet in elk geval mogelijk blijven.

Daarmee is duidelijk dat de *ipso iure* nietigheid van wetgeving ook in het Duitse recht niet zonder uitzonderingen is. Zij kan wijken voor zwaarwegende belangen zoals de rechtszekerheid. Toch is de regel van artikel 79 BVerfGG voor het hof kennelijk onvoldoende geweest om schade aan die belangen te voorkomen. Daarvoor heeft het op eigen gezag een tweetal nieuwe instituten in het leven geroepen. Zo ziet het er geregeld van af om de nietigheid van een ongrondwettige regel te constateren en laat het hof het bij de enkele onverenigbaarverklaring. Dat is op zijn minst merkwaardig omdat lange tijd is aangenomen dat het onverenigbaarheidsoordeel van het hof zuiver declaratoire werking heeft. De toelaatbaarheid van dit verschijnsel is dan ook een heet hangijzer in het Duitse staatsrecht. Doorgaans wordt, zeer ruw geschetst, aangenomen dat de onverenigbaarheid zich in drie categorieën voordoet, namelijk wanneer er een schending van het gelijkheidsbeginsel aan de orde is, wanneer er verschillende keuzes voor de wetgever zijn om de schending op te lossen en wanneer nietigheid van de ene ongrondwettigheid zou leiden tot een andere ongrondwettigheid, meestal omdat de nietigheid leidt tot een rechtsvacuüm dat schade berokkent aan grondwettelijke erkende maatschappelijke belangen. De overheidsfinanciën behoren overigens nadrukkelijk tot die categorie.

De onverenigbaarverklaring lijkt in deze zin wat op de zogenaamde *Appellentscheidung*. Ook daarbij speelt voornamelijk een rol dat voorkomen moet worden dat een gevaarlijk rechtsvacuüm ontstaat. De *Appellentscheidung* houdt kortgezegd in dat het hof zelfs geen onverenigbaarverklaring uitspreekt, maar het laat bij een appèl aan de wetgever de kwestie op te lossen. Daarbij moet wel bedacht worden dat in veel van de kwesties waarin de *Appellentscheidung* een rol speelt, nog geen sprake is van een schending (die dreigt alleen maar). In de overige gevallen is wel sprake van een schending, maar dan gaat het om een relatief lichte ongrondwettigheid die voornamelijk kleeft aan één element van een zeer omvattende regeling.

De rechtsgevolgen van de verklaring van onverenigbaarheid en de *Appellentscheidung* zijn verschillend. De verklaring van onverenigbaarheid heeft tot gevolg dat de bepaling, behoudens een regeling van het hof, niet meer kan worden toegepast. Dat is anders in het geval van de *Appellentscheidung* die immers een verenigbaarverklaring inhoudt. Relatief gelijk zijn echter de rechts-

gevolgen voor de wetgever. In het geval van de onverenigbaarverklaring rust op de wetgever steeds de plicht om de wetgeving aan te passen. Bij de *Appellentscheidung* volgt die plicht alleen uit een eventueel in de gronden geconstateerde schending.

Tenslotte heeft de Duitse rechter zichzelf de bevoegdheid toegekend aan de nietig- of onverenigbaarverklaring, en aan de *Appellentscheidung* een tijdelijke regeling te koppelen. Deze regeling houdt in de eerste twee gevallen vaak de tijdelijke toepasbaarheid van de norm in. Dergelijke regelingen treft men geregeld aan in de jurisprudentie van het hof. Regelingen die ertoe strekken een nieuwe, door het hof ontworpen, tijdelijke norm te introduceren zijn zeer omstreden en komen alleen in uitzonderlijke situaties voor. De grondslag die het hof noemt voor die regelingen, artikel 35 BVerfGG, wordt uitsluitend in dergelijke situaties aanvaard.

Het stelsel van rechtsgevolgen in het Duitse recht is gecompliceerd. Dat is het gevolg van de creativiteit die het hof aan de dag heeft gelegd bij het toepassen van de zo starre Duitse dogmatiek op dit terrein. De normen van het BVerfGG en de grondwet dienen vooral als verre aanknopingspunten voor de rechtsvormende rol van het hof op dit terrein. Dàt het hof nogal ondernemend van aard is heeft het verschillende keren laten zien. Het koppelt daarmee bij tijd en wijle een uitvoerige en grondige theorie over zijn terughoudende rol ten opzichte van de wetgever aan een activistische houding wanneer hij dat ter bescherming van bepaalde zwaarwegende belangen – of het slachtoffer zelf – nodig acht. De manier waarop het hof zijn rol vormgeeft met betrekking tot de conforme interpretatie biedt daarvoor de illustratie.

9 De 'open remedy' in het Verenigd Koninkrijk

9.1 INLEIDING

Tot dusver lag de nadruk in dit rechtsvergelijkende deel op landen (Nederland en Duitsland) die een geschreven, en rechterlijk afdwingbare, grondrechtcatalogus kennen. De rechter heeft in deze landen de bevoegdheid om formele wetgeving wegens strijd met de grondrechtencatalogus terzijde te schuiven. Die bevoegdheid is, hoewel geregeld aanleiding voor debat, relatief onomstreden. Moeilijker wordt het als de rechter, wil hij adequaat rechtsherstel verlenen, verder moet gaan dan 'slechts' het terzijde schuiven van het nationale recht. Onherroepelijk betreedt hij dan het terrein van de wetgever, en het is lang niet altijd duidelijk of hij op dat terrein een gewenste gast is. Dat levert een spanningsveld op. In de Nederlandse literatuur wordt over dit spanningsveld steeds vaker gedacht in termen van een dialoog tussen rechter en wetgever. Wij zagen dat reeds in hoofdstuk 3. Voor inspiratie wordt dan onder meer verwezen naar het Britse stelsel van grondrechtenbescherming onder de, nog relatief jonge, Human Rights Act 1998.[1]

Het vertrekpunt van deze wet verschilt radicaal van de stelsels die tot dusver de revue passeerden. Zij kwam tot stand tegen de achtergrond van een lange traditie waarin rechterlijke toetsing van wetgeving vrijwel per definitie werd afgewezen en waarin het concept 'mensenrechten' als conflicterend met het vrijheidsideaal werd beschouwd. De verwezenlijking van fundamentele rechten is onder de HRA dan ook niet primair een rechterlijke taak, maar afhankelijk van de wisselwerking tussen rechter en parlement. Het rechterlijk instrumentarium weerspiegelt dat uitgangspunt. Dat roept echter de vraag op of de rechtsbescherming tegen schendingen van fundamentele rechten in het Britse stelsel wel voldoende effectief is. In hoofdstuk 6 kwam de kwestie al zijdelings aan de orde vanuit het Straatsburgse perspectief. In dit hoofdstuk wordt het Britse stelsel van grondrechtenbescherming als zodanig in ogenschouw genomen. Dat gebeurt voornamelijk vanuit het perspectief van de rechter. Diens constitutionele instrumentarium staat daarbij centraal. Welke mogelijkheden heeft de Britse rechter om schendingen van het EVRM te remediëren? Hoe effectief zijn die mogelijkheden, en hoe wordt bij het gebruik ervan rekening gehouden met de gevoelige verhouding tussen rechter en wetgever?

---

1 Zie bijv. De Lange 1999, p. 16-18; Van Houten 2001, p. 15, en Gerards 2008, p. 189-193.

Niet slechts de HRA, ook de grondrechtenbescherming in het kader van het recht van de Europese Unie en het ongeschreven recht, de *common law,* komt daarbij aan de orde. Het zwaartepunt ligt echter bij de HRA, die met de plicht tot EVRM-conforme uitleg van nationale regelgeving en de verklaring van onverenigbaarheid twee belangrijke en veelbesproken rechterlijke remedies heeft geïntroduceerd. Alvorens dat te doen, wordt echter een korte schets gegeven van het Britse stelsel van rechtsbescherming tegen de overheid. Dit stelsel is immers de achtergrond waartegen grondrechtentoetsing aan de overkant van het Kanaal vorm krijgt. In dat kader wordt summier ingegaan op de organisatie van de verschillende staatsmachten, hun verhouding en de manier waarop burgers zich doorgaans in rechte op grondrechten kunnen beroepen.

9.2 Schets van het Britse stelsel van rechtsbescherming

Het Britse rechtsstelsel wordt gekenmerkt door de afwezigheid van een basisdocument dat de verhouding tussen de staatsmachten regelt. Een belangrijk deel van het constitutionele recht wordt gevormd door ongeschreven recht en gewoonten. Zoals bekend wordt doorgaans aangenomen dat het Britse recht rust op slechts één fundamenteel principe: het beginsel van *Sovereignty of Parliament*.[2] Deze aanname is echter te absoluut. Even belangrijk als de soevereiniteit van het parlement als primaire rechtsvormer, is de soevereine rol van de rechtspraak als interpretator en toepasser van het recht.[3] Op beide beginselen gezamenlijk, zo wordt wel gezegd, rust de *rule of law* in het Verenigd Koninkrijk.[4] En het is juist de grillige verhouding tussen beide die het Britse staatsrecht zo kenmerkt. Alvorens op dat spanningsveld in te gaan, dient eerst te worden stilgestaan bij de *key players* die in dat veld een rol te spelen hebben: de wetgever en de rechter.

9.2.1 Parlementaire wetgeving

De beschrijving van deze twee staatsmachten in de Britse rechtsorde is in die zin problematisch dat het Verenigd Koninkrijk een verscheidenheid aan rechterlijke instanties en parlementen kent. Dit hoofdstuk heeft betrekking op het Verenigd Koninkrijk dat de landen Engeland, Wales en Schotland ('Groot-Brittannië'), en Noord-Ierland omvat. De Britse rechtsorde (waarbij met 'Brits' gemakshalve gedoeld wordt op het hele Koninkrijk) kent drie

2 Zie daaromtrent bijvoorbeeld Turpin & Tomkins 2007, p. 40-41.
3 HL 4 april 1990, [1991] 1 *AC* 1 (*X. v. Morgan-Grampian Publishers Ltd.*), p. 48 *per* Lord Bridge. Op het beginsel wordt hierna nader ingegaan.
4 Vgl. voor een bespreking: Allan 2001, p. 3, 13-14, en 201-241.

verschillende rechtsstelsels: Engeland en Wales gezamenlijk, Schotland en Noord-Ierland. Elk van de drie stelsels kent een eigen rechterlijke organisatie hoewel men één hoogste rechter deelt: het Supreme Court of the United Kingdom.[5] Naast het *Westminster Parliament*, dat het koninkrijk vertegenwoordigt, kennen Schotland, Wales en Noord-Ierland tevens eigen parlementen die, in meer of mindere mate, wetgevende bevoegdheden uitoefenen.[6] In dit boek staat het rechtssysteem van het Verenigd Koninkrijk als zodanig centraal. Dat betekent dat het uitsluitend betrekking heeft op wetgeving afkomstig van het Westminster parlement. De toetsing van die wetgeving op verenigbaarheid met fundamentele rechten is hier het voorwerp van studie.

Wetgeving van het Westminster parlement, vergelijkbaar met wetgeving in formele zin in Nederland en Duitsland, wordt doorgaans aangeduid als een *Act of Parliament*. Het verschil tussen *Acts of Parliament* en andere vormen van regelgeving is hier om twee redenen relevant. Ten eerste geldt het uitgangspunt dat alleen wetgeving van het soevereine Westminster parlement onaantastbaar is.[7] In het verlengde daarvan maakt de Human Rights Act, die in dit hoofdstuk een voorname plaats inneemt, een onderscheid tussen *primary* en *subordinate* legislation.[8] Het eerste begrip valt grotendeels, maar niet geheel, samen met het begrip *Act of Parliament*.[9] Wetgeving is *subordinate* wanneer zij afkomstig is van het bestuur, van lagere overheden of van de parlementen van Schotland, Noord-Ierland en Wales.[10]

De vraag rijst wanneer sprake is van een soevereine *Act of Parliament*. Bij afwezigheid van een geschreven constitutie is de identificatie daarvan een kwestie van de *common law*, het ongeschreven gewoonterecht. Traditioneel wordt aangenomen dat een volwaardige *Act* tot stand is gekomen wanneer de beide huizen van het parlement in meerderheid met het voorstel hebben ingestemd, en zij door het staatshoofd is bekrachtigd (*'the Royal Assent'*).

---

5 Als rechtsopvolger van het Appellante Committee van de House of Lords. Een uitzondering geldt overigens voor Schotse strafzaken, die door de *High Court of Justiciary* in hoogste instantie behandeld worden.

6 Tot nader order is echter uitsluitend het koninkrijksparlement in Westminster soeverein in de zin dat het een onbeperkte bevoegdheid tot wetgeving heeft. De andere parlementen ontlenen hun bevoegdheden aan een wettelijke regeling van dát parlement. Vgl. nader Bradley & Ewing 2003, p. 34-48.

7 Zie o.m. Turpin & Tomkins 2007, p. 40-41.

8 Vgl. artikelen 3 en 4 HRA.

9 Zie artikel 21 HRA: niet alleen *Acts of Parliament,* maar ook regelgeving van de Church of England en, belangrijker, bepaalde bestuurswetgeving van regeringszijde ('Orders in Council') die krachtens prerogatieven van de Kroon tot stand zijn gekomen, worden door de HRA tot *primary legislation* gerekend.

10 Zie ook hiervoor artikel 21 HRA. Wetgeving van de hierboven genoemde parlementen worden overigens verwarrenderwijs ook '*Acts of Parliament*' genoemd. Hier wordt deze aanduiding uitsluitend gebruikt voor wetgeving van het koninkrijksparlement in Westminster.

Vandaar de aanduiding *Queen in Parliament*.[11] Uitsluitend wetgeving die aan deze vereisten voldoet is afkomstig van de soevereine wetgever.[12] Van een *Act of Parliament* is voorts tevens sprake wanneer wetgeving tot stand is gekomen op basis van de *Parliament Acts* 1911 en 1949.[13] In het kader van deze procedure komt wetgeving, mits aan zekere voorwaarden is voldaan, ook zonder toestemming van het Hogerhuis tot stand. Dergelijke wetgeving is echter slechts aantastbaar voor zover zij bepaalde grenzen niet overschrijdt. Zo is een wettelijke regeling die de levensduur van het Lagerhuis zonder toestemming van het Hogerhuis verlengt onverbindend en is de rechter bevoegd om die onverbindendheid vast te stellen. Een dergelijke situatie is echter hoogst uitzonderlijk. Vrijwel steeds dient de rechter van de rechtmatigheid van *Acts of Parliament* uit te gaan. Alleen in het geval van fundamentele rechten en het recht van de Europese Unie zijn op die regel uitzonderingen mogelijk. Wij zullen die uitzonderingen op een later tijdstip nog tegenkomen.

9.2.2 Rechtspraak en rechtsbescherming tegen de overheid

Aangezien de Britse rechter in de komende pagina's prominent figureert, kan een korte schets van de Britse rechtspraak en het stelsel van rechtsbescherming verhelderend zijn. Daartoe is met name aanleiding omdat dit stelsel het afgelopen decennium ingrijpende wijzigingen heeft ondergaan. Voor een uitgebreidere bespreking zij naar de verschillende handboeken verwezen.[14]

9.2.2.1 Het stelsel van rechtspraak

Zoals gezegd kent het Verenigd Koninkrijk drie verschillende rechtsstelsels. De verbindende factor tussen die rechtsstelsels was tot 1 oktober 2009 het Hogerhuis van het Westminster parlement (de *House of Lords*). Traditioneel was het Huis als zodanig met de hoogste rechtsprekende taak in het Koninkrijk belast. Sinds 1948 werd die taak uitgevoerd door een bijzondere commissie, de *Appellate Committee*, die voornamelijk (maar niet uitsluitend) bestond uit – voor het leven benoemde en gesalarieerde – rechters, de *Lords of Appeal in Ordinary.* Op 12 juni 2003 kondigde de Britse regering, vrij onverwachts, aan dat zij van zins was de rechtsprekende taak uit handen te nemen van de *Law Lords*, zoals de *Lords of Appeal in Ordinary* wel werden genoemd, en haar op

11 Zie daarover nader Prakke, 'Het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland', in: Prakke & Kortmann 2004a, p. 852-853; Bradley & Ewing 2003, p. 63-67.

12 Vgl. HL 13 oktober 2005, [2005] UKHL56, (*R. (Jackson) v. Attorney General*). Zie tevens: A. Bradley, 'The Sovereignty of Parliament – Form or Substance?', in: Jowell & Oliver 2007, p. 25-58, i.h.b. 40.

13 *Ibid.*

14 Daarvan is er aan de overzijde van het Kanaal geen gebrek. Men raadplege bijvoorbeeld: Ward & Wragg 2005; Smith, Bailey & Gunn 2007; Wade & Forsyth 2009.

te dragen aan een nieuw te vormen '*Supreme Court for the United Kingdom*'. Dit hof bestaat in beginsel uit twaalf rechters en heeft per 1 oktober 2009 de jurisdictie van de *Law Lords* overgenomen.[15] Juist op het terrein van rechterlijke rechtsvorming is wel de vraag opgeworpen of het nieuwe Supreme Court zich niet een 'activistischer' rol zal gaan aanmeten dan de alom gerespecteerde en bedaagde *Law Lords*.[16] Zo ventileerde een van hen, Lord Neuberger, zijn zorgen daarover vrij expliciet in een interview, vlak nadat hij had aangekondigd geen deel te zullen uitmaken van de twaalf nieuwe *Supreme Court Justices*.[17] Wat de precieze rol van het Supreme Court in de Britse constitutionele verhoudingen zal zijn, valt echter nog niet goed te zeggen. Vooralsnog moet men het er, gezien de personele bezetting van het hof, maar op houden dat de koers van *Appellate Committee* voorlopig nog zal prevaleren.

Heeft men het over rechterlijke rechtsvorming, dan is de rol van de hoogste rechter cruciaal. Maar het Britse stelsel omvat meer dan een hoogste rechter alleen. In het Engelse stelsel bereiken zaken het Supreme Court normaal gesproken via het *Court of Appeal*, dat (hoger) beroepen behandelt in civiele en strafzaken. Civiele kwesties worden in eerste aanleg afgedaan door de *County Courts*, de *Magistrates Courts* en het *High Court of Justice*.[18] De jurisdictie wordt voor wat betreft strafzaken in eerste instantie gedeeld door de *Magistrates Courts*, bemand door *Justices of the peace* – lekenrechters – en het *Crown Court*.[19] Anders ligt het voor Schotland, waar strafzaken worden behandeld door *District Courts, Sheriff Courts* en, in hoogste instantie, het *High Court of Justiciary*.[20] Civiele zaken worden '*up north*' in eerste instantie voor de *Sheriff Courts* en, in belangrijker gevallen voor het *Court of Session* (*Outer House*) gebracht. Beroep is vervolgens mogelijk bij het *Inner House* van het *Court of Session*. Tegen uitspraken van het *Inner House* staat ten slotte hoger beroep open bij het *Supreme Court*. Noord-Ierland tot slot kent een stelsel dat sterk lijkt op het Engelse. Ook hier behandelen *Magistrates Courts* de lichtere strafrechtelijke vergrijpen. Anders dan in het Engelse systeem, kan men tegen dergelijke vonnissen in beroep bij de *County Courts*. Het serieuzere strafrecht treft men aan bij het Noord-Ierse *Crown Court*. Net zoals in het Engelse stelsel

15 Zie daaromtrent de *Constitutional Reform Act* 2005.

16 Aldus bijvoorbeeld Gearty 2009. Anders echter: Pannick 2009.

17 Hoewel hij overigens als nieuwe *Master of the Rolls* wel op ad hoc basis als rechter optreedt. Zie de berichtgeving daarover in, onder meer, *The Telegraph* op 8 september 2009.

18 Doorgaans worden vermogensrechtelijke vorderingen tot een zeker bedrag (in 2009: GBP 50.000,=) door de *County Courts* behandeld en vorderingen vanaf dat bedrag door het *High Court*, dat tevens hoger beroepsrechter is met betrekking tot de uitspraken van de *Magistrates' Courts* inzake familierechtelijke kwesties. Zie voor een uitgebreider overzicht van het Britse stelsel van rechtspraak: Ward & Wragg 2005.

19 Lichtere vergrijpen worden door de *Magistrates Courts* behandeld, zwaardere door het *Crown Court*.

20 Lichtere vergrijpen worden door de *District Courts* behandeld, zwaardere door de *Sheriff Courts*. Tegen uitspraken van het *High Court of Justiciary* is overigens geen beroep mogelijk bij het *Supreme Court*.

is tegen uitspraken van dit hof op te komen bij een eigen Noord-Iers *Court of Appeal*, dat op zijn beurt hoger beroep moet dulden bij het *Supreme Court*. Het civiele stelsel is identiek aan het Engelse, zij het dat Noord Ierland, zoals gezegd, een eigen *High Court* en een eigen *Court of Appeal* kent. Ook hier is het *Supreme Court* van het Verenigd Koninkrijk de hoogste rechterlijke instantie.[21]

De conclusie kan zijn dat het Britse stelsel bepaald niet overzichtelijk is. Van één stelsel van rechtspraak is in het Verenigd Koninkrijk dan ook geen sprake. In de opsomming mist bovendien nog een belangrijke categorie van instanties, namelijk de zogenaamde *Tribunals* die een belangrijke rol vervullen in het Britse bestuursrecht. Dergelijke *Tribunals* behoren niet tot de traditionele rechterlijke macht, evenmin vallen zij onder de verantwoordelijkheid van *Her Majesty's Courts Service,* dat het beheer voert over de rechtspraak in Engeland en Wales. Niettemin hebben de *Tribunals* zich in de loop der tijd kenmerken van rechterlijke instanties aangemeten zodat wel van een stelsel van bijzondere bestuursrechtspraak mag worden gesproken.[22] Hun rol kan niet meer worden weggedacht uit het Britse systeem van rechtsbescherming tegen de overheid. Aangezien een beroep op grond- en mensenrechten veelal, zij het niet altijd, plaatsheeft in het kader van procedures tegen de overheid, schenk ik daar eerst kort wat aandacht aan.

9.2.2.2 Public Law: rechtsbescherming tegen de overheid

In de Britse literatuur is voor het fenomeen *Tribunal Justice* relatief weinig aandacht. De meeste bestuursrechtelijke handboeken wijden aan de *Tribunals* slechts één hoofdstuk en dat is dan doorgaans ergens achter in het boek te vinden. Dat zal iets te maken hebben met het feit dat de ontwikkeling van het publiekrecht in Engeland als zelfstandige discipline niet alleen van relatief recente datum is, maar ook dat dit zich traditioneel heeft ontwikkeld in het kader van het reguliere civiele recht. Rechtsbescherming tegen de overheid wordt van oudsher gewaarborgd door de *common law*, dat de, door overheidsoptreden gedupeerde, burger een aantal remedies te bieden heeft. Bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden is het bestuur immers gebonden, zowel

21 Een punt van aandacht betreft nog het gebruik van de term '*Supreme Court*' in de Britse context. Van oudsher wordt in zowel het Engelse, als het Noord-Ierse stelsel met de term '*Supreme Court of Judicature'* gerefereerd aan de drie centrale gerechtshoven van het systeem: *High Court, Crown Court* en *Court of Appeal*. Deze woordkeus is sinds 2009 verwarrend, nu de *Constitutional Reform Act* 2005 een nieuw *Supreme Court of the United Kingdom* in het leven heeft geroepen. Vanaf 2009 worden de drie gerechtshoven samen daarom aangeduid als '*the Senior Courts of England and Wales, and Northern Ireland respectively*'. De lezer zij er echter op bedacht dat in de literatuur van voor 2005 ten aanzien van deze '*Senior Courts'* nog gesproken wordt van een *Supreme Court.* Zie nader Ward & Wragg 2005, p. 245.

22 Zie omtrent *Tribunals* in het algemeen: Elliott 2005, p. 689-714, en Wade & Forsyth 2009, p. 770-822. Voor een beschrijving van de recente ontwikkelingen: Carnwarth 2009.

aan de algemene regels van de *common law*, als aan de grenzen die de wetgever – expliciet of impliciet – aan bestuurlijk optreden stelt. In dat kader heeft zich in de loop der tijd een stelsel van *judicial review* ontwikkeld: men stelt het bestuurlijk optreden aan de orde bij een rechterlijke instantie (veelal het *High Court*), en verzoekt om een algemene of specifieke remedie. De meest relevante *common law remedies* zullen wij hierna overigens nog tegenkomen.

Judicial review tegen een beslissing van het bestuur is in de meeste gevallen echter slechts mogelijk voor zover tegen die beslissing geen wettelijk beroepsrecht bij een andere instantie is opengesteld (*statutory appeal*). *And that's where the tribunals come into play*. Want veel van de, in de loop der jaren tot stand gekomen, wetgeving wijst een tribunaal aan als beroepsinstantie.[23] In het verleden leverde dat een lappendeken op van verschillende tribunalen die elk een geheel eigen aard (bestuurlijk, semi-rechterlijk) en een eigen jurisdictie hadden (*questions of law, questions of fact, questions of policy*). Daarop wordt hier niet nader ingegaan. Met de inwerkingtreding van de *Tribunals, Courts and Enforcement Act* 2007 (TCE 2007), is getracht een enigszins geüniformeerd stelsel van *Tribunal Justice* tot stand te brengen. Waar *statutory appeal* openstaat, kan de klager doorgaans terecht bij een *first-tier Tribunal*. Is men het met de uitkomst van dat beroep niet eens, dan kan men daartegen soms in een traditionele procedure om *judicial review* verzoeken bij het *High Court*. Doorgaans zal echter beroep bij een zogenaamd *Upper Tribunal* mogelijk zijn. Levert dat niets op, dan is hoger beroep mogelijk bij het *Court of Appeal*, zij het alleen, en dat is in de Britse context van belang, wanneer het om rechtsvragen gaat (*'questions of law'*). Zoals gezegd staat tegen beslissingen van het Court of Appeal vervolgens weer hoger beroep open bij het *Supreme Court*.[24]

Appeal en *judicial review* moeten in beginsel scherp van elkaar worden onderscheiden.[25] Niet alleen is de bevoegdheid van de tribunalen ruimer in de zin dat zij zich doorgaans niet tot zuivere rechtsvragen hoeven te beperken, de aard van toetsing verschilt ook in de zin dat in *judicial review* van oudsher slechts getoetst wordt of het bestuur binnen de reikwijdte van haar bevoegdheden is gebleven, dan wel dat haar optreden *ultra vires* is.[26] De ratio achter dat verschil is historisch te verklaren. *Judicial review* is een product van rechterlijke rechtsvorming, van *common law*. De legitimatie van het instituut is traditioneel door de meeste, hoewel niet door alle, auteurs gezocht in het alom aanwezige beginsel van parlementaire soevereiniteit: wanneer het bestuur de wettelijke bevoegdheden overschrijdt, dan handelt het in strijd met de wil van het parlement. Het is dan aan de rechter om de positie van het parlement mede

23 Dat is overigens niet steeds het geval: in sommige gevallen wijst de wettelijke regeling op beroep (*'appeal'*) bij een minister. Daartegen is dan weer *judicial review* bij het *High Court* mogelijk. Zie bijvoorbeeld artikel 78 lid 1 van de Town and Country Planning Act 1990.

24 Zie hierover ook: Van Roosmalen 2007, p. 162-172.

25 Van Roosmalen 2007, p. 164.

26 *Ibid.* Zie tevens Wade & Forsyth 2009, p. 28-30.

te bewaken.[27] Ook in de rechtspraak wordt dat standpunt doorgaans ingenomen.[28] Het gevolg van deze zienswijze is enerzijds dat de toetsing van beschikkingen in *judicial review* veelal een zeer procedureel karakter draagt, en anderzijds dat die toetsing doorgaans marginaal kan zijn.

Het onderscheid verdient echter relativering. Een belangrijke factor is in dat verband de groeiende mensenrechtenbescherming en de invoering van de, hierna nog uitgebreid te bespreken, *Human Rights Act* 1998. De toetsing van bestuurlijk handelen in het kader van de bescherming van mensenrechten wijkt namelijk wezenlijk af van de zojuist geschetste traditionele benadering. De toetsing heeft dan vaak wèl een uitgesproken inhoudelijk karakter en is lang niet altijd als marginaal te bestempelen.[29] In het kader van toetsing over de band van de HRA, die in dit hoofdstuk per slot van rekening centraal staat, is het verschil tussen *appeal* en *judicial review* dus slechts gradueel van aard. Daarmee is echter niet gezegd dat de band tussen bestuursrechtelijke toetsing en de wil van het parlement (*'legislative intent'*) in het grondrechtendiscours niet meer bestaat. Op de rol van parlementaire intenties in de toetsing aan mensenrechtenverdragen wordt hierna, onder de behandeling van de verdragsconforme interpretatie, nog uitgebreider ingegaan.

9.2.3 Bescherming van fundamentele rechten in het Verenigd Koninkrijk

Dit hoofdstuk heeft betrekking op de manier waarop de Britse rechter rechtsbescherming verleent tegen wetgeving die inbreuk maakt op fundamentele rechten. Daarbij wordt voornamelijk het instrumentarium dat de Human Rights Act 1998 de rechter te bieden heeft, en de daarmee gepaard gaande impact op de constitutionele verhoudingen in het Verenigd Koninkrijk, in ogenschouw genomen. Een eenzijdige focus op de HRA zou echter relatief snel de indruk wekken dat grondrechtenbescherming buiten de HRA aan de overzijde van het Kanaal non-existent is. Dat is zeker niet het geval. De totstandkoming van de HRA dient te worden bezien in het licht van de groeiende rol van grondrechten en de rechterlijke bescherming daarvan in het Britse constitutionele systeem. Dat is te meer van belang omdat het instrumentarium dat de HRA de rechter te bieden heeft, deze een aanzienlijke discretionaire vrijheid laat. De invulling die de rechter aan de hem opgedragen taak geeft is nog altijd sterk in ontwikkeling. De HRA is tenslotte, op de schaal van de Britse constitutionele

27 Aldus de *Ultra-Vires* doctrine, zie voor een beschrijving: Eliott 2001, p. 3 en 23-36; Eliott 2005, p. 11-14; Wade & Forsyth 2009, p. 30-35. De doctrine is niet onomstreden: sommige auteurs, zoals Paul Craig, zoeken de grondslag voor *judicial review* rechtstreeks in de *common law* (Craig 1998; Laws 1995), anderen bewandelen een middenweg: zie Allan 2002 en Allan 2003.

28 Vgl. HL 2 april 1998 [1999] 2 *AC* 143 (*Boddington v. British Transport Police*), *per* Lords Steyn (p. 171) en Browne-Wilkinson (p. 164).

29 Elliott 2001, p. 202-204.

geschiedenis, nog een piepjong document. Het staat nog altijd te bezien of de HRA in de handen van de Britse rechter uitgroeit tot een koevoet die hem toegang verschaft tot een volwaardige toetsingsbevoegdheid, dan wel dat hij, ondanks de HRA, een relatief bescheiden rol houdt in het proces van rechtsvorming en toetsing van wetgeving. Gedeeltelijk is het antwoord op die vraag aan de Britse rechter zelf, en voor het formuleren daarvan zoekt hij steun in de beginselen van parlementaire soevereiniteit en de *common law*. Wat hier volgt is een korte uiteenzetting van die beginselen in het licht van de toetsing van wetgeving. Vervolgens wordt kort de voorgeschiedenis van de HRA besproken. Hoe gaf de rechter vorm aan de grondrechtenbescherming voor 2000, het jaar dat de HRA in werking trad? Welke rol speelden respectievelijk de *common law* en de mensenrechtenverdragen? En in welk klimaat kwam de HRA tot stand? De antwoorden op deze vragen vormen de achtergrond waartegen we hierna de uitleg van de constitutionele remedies die de HRA de rechter aanreikt zullen bezien.

9.2.3.1 De doctrine van parlementaire soevereiniteit

Het parlement wordt in het Verenigd Koninkrijk traditioneel gezien als de beschermer bij uitstek van burgerlijke vrijheid. Vrijheidsbeperkende maatregelen zijn, als het om het parlement gaat, in wezen *contradictiones in terminis*. Traditiegetrouw betekent vrijheid dat het individu vrij is om te doen en te laten wat niet volgens de wet of de *common law* verboden is. Zo beschouwd zijn waarborgen tegen parlementaire wetgeving contraproductief. Wat het parlement doet, is dan wel gedaan. De doctrine van parlementaire soevereiniteit wordt daarom vaak aangeduid als de hoeksteen van het Britse rechtsstelsel.[30] Alternatieve termen die wel voor het begrip worden gebezigd, zijn de suprematie van het parlement, respectievelijk *legislative supremacy* en *legislative sovereignty*. Ongetwijfeld zal de ene of de andere term geschikter zijn. Een verhandeling over de vraag welk label het best kan worden gebezigd gaat het bestek van dit boek echter te buiten en de termen worden hier willekeurig gebruikt.

Het mag op voorhand reeds duidelijk zijn dat de doctrine van parlementaire soevereiniteit, door Dicey ooit welbespraakt omschreven als de bevoegdheid van het parlement '*to make or unmake any law whatever*' belangrijke gevolgen heeft voor de positie van de rechter die toetsing van een *Act* van het Westminster parlement overweegt. In deze paragraaf wordt stilgestaan bij de oorsprong van de doctrine en haar gevolgen voor de rechterlijke toetsingsbevoegdheid en de status van wetgeving die beoogt deze ogenschijnlijke almacht van het parlement te beknotten.

---

30 Vgl. Turpin & Tomkins 2007, p. 40-41. Zie voorts o.m. Goldsworthy 1999, p. 1; A.W. Bradley, 'The Sovereignty of Parliament – Form or Substance?', in: Jowell & Oliver 2007, p. 25-58, op 28-29.

Oorsprong van het beginsel

Het beginsel dat een daad van wetgeving van het Westminster parlement als de hoogste rechtsbron in het Verenigd Koninkrijk moet worden beschouwd heeft een lange geschiedenis in het Britse staatsrecht. Als zodanig is dit het resultaat van een langdurig gevecht – dialoog zou men tegenwoordig vermoedelijk zeggen – tussen de drie staatsmachten, eindigend met de burgeroorlogen die Engeland teisterden in de veertiger jaren van de zeventiende eeuw en de daarop volgende '*Glorious Revolution*' van 1688-1689.[31] Die revolutie, die de katholieke – en met absolutistische trekjes behepte – koning James II tot aftreden dwong ten gunste van een constitutionele monarchie met de Nederlandse stadhouder Willem III en zijn vrouw Mary Stuart op de troon, vestigde eerst feitelijk, en na verloop van tijd ook juridisch, het primaat van de *King in Parliament*. In juridische termen betekende dat voornamelijk dat de wet absolute voorrang verkreeg boven de prerogatieve bevoegdheid van de Kroon.[32] Zoals Sir William Wade een halve eeuw geleden beklemtoonde was die vestiging van parlementaire suprematie boven alles een politiek en geen juridisch feit.[33] Dat het beginsel van parlementaire soevereiniteit tegenwoordig in de vorm van een rechtsregel wordt geserveerd komt dan ook vooral omdat de rechtspraak wetgeving van het parlement *as a matter of common law* is gaan beschouwen, de ultieme rechtsbron in het Verenigd Koninkrijk. Een en ander illustreert dat de revolutie er niet slechts een van legers is geweest, maar ook van een definitieve loyaliteitswissel van de rechtspraak, van de monarch naar het parlement. De regel dat een *Act of Parliament* niet buiten toepassing kan worden gelaten, en dat elk ander recht, inclusief de *common law* zelf, daarvoor moet wijken, is dan ook een regel van rechtersrecht. Op deze constatering zal hierna nog worden teruggekomen, want zij is van belang voor de vraag of de *common law* wijzigingen of uitzonderingen op het beginsel toelaat. Voordat daaraan kan worden toegekomen, eerst de vraag wat de inhoud van de doctrine dan precies is. We zullen beginnen met de orthodoxe leer, die nog steeds de heersende lijkt, en de critici vervolgens bespreken.

Dicey's orthodoxe leer en haar implicaties

De meest geciteerde definitie van het beginsel van parlementaire soevereiniteit werd in de negentiende eeuw geformuleerd door A.V. Dicey, in zijn werk *The Law of the Constitution*. Zij is nog altijd gezaghebbend, vormt het vertrekpunt van vrijwel elke studie, en luidt als volgt:

> 'The principle of Parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely, that Parliament thus defined has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is

31 Vgl. Zoethout 1995, p. 85-103, en Koopmans 2003, p. 16-17.
32 Dicey 1885, p. 3-4.
33 Wade 1955, p. 187-189.

recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament'.[34]

Zoals Dicey zelf ook al onderstreept, valt deze definitie uiteen in twee dimensies: een positieve en een negatieve.[35] Het positieve aspect refereert aan de bevoegdheid van regering en parlement om rechtsgeldig wetgeving tot stand te brengen en te wijzigen op elk denkbaar terrein en met elke denkbare inhoud. Het negatieve aspect houdt in dat rechtsvorming bij *Act of Parliament* immuun is voor toetsing door rechter of bestuur.

Beide aspecten roepen vragen op. De belangrijkste is ongetwijfeld of er grenzen zijn aan de parlementaire soevereiniteit. De definitie van Dicey suggereert zo op het eerste gezicht van niet, maar die claim levert een probleem op. Als het parlement soeverein is in de zin dat het bevoegd is om ten aanzien van elk denkbaar terrein, elke denkbare norm uit te vaardigen, is het dan ook bevoegd om zichzelf en toekomstige parlementen te binden aan bepaalde (hogere) normen? Met andere woorden: is het bevoegd om de parlementaire suprematie af te schaffen? Uit de klassieke leer van Dicey lijkt voort te vloeien van niet. Latere wetgeving prevaleert immers boven eerdere regelgeving.[36] En voor Dicey bestonden hogere normen in wezen niet: 'fundamental or so-called constitutional laws are under our constitution changed by the same body and in the same manner as other laws, namely by Parliament acting in its ordinary legislative capacity'.[37] Wade voegt daaraan toe dat de soevereiniteitsregel van oorsprong geen juridische maar een politieke constructie is. Een regel is zij pas geworden doordat de rechtspraak haar in de loop der tijd als zodanig is gaan opvatten. Het gevolg van die vaststelling is dat de soevereiniteitsregel niet door een juridische norm is vastgesteld en daarom ook niet door een juridische norm te wijzigen is.[38] Het is in de orthodoxe visie van Dicey en Wade dan ook onmogelijk voor het parlement om de soevereiniteitsregel op een rechtmatige wijze te veranderen.[39] Daarom wordt doorgaans wel gezegd dat de regel dat het parlement zijn opvolgers niet kan binden zowel een voorbeeld, als een beperking is van het beginsel van parlementaire suprematie.[40]

---

34 Dicey 1885, p. 3-4.

35 *Ibid.*, p. 24-25.

36 Hier wordt ook wel gesproken van de doctrine van '*implied repeal*': de latere wet wordt geacht de eerdere wet, al dan niet gedeeltelijk, te vervangen. Zie in dit verband: CA 25 januari 1934 [1934] 1 *KB* 590 (*Ellen Street Estates v. Minister of Health*), p. 597.

37 Dicey 1885, p. 37.

38 Wade 1955, p. 187-188.

39 Wijziging van de soevereiniteitsregel zou volgens Wade wel geleidelijk kunnen plaatsvinden, bijvoorbeeld wanneer het parlement een reeks feitelijke gebeurtenissen in gang zet die ertoe leidt dat rechters en het bestuur in de loop der tijd een nieuwe regel erkennen. Zie Wade 1989, p. 37, en tevens Hart 1994, die de conceptuele basis voor deze theorie levert.

40 Vgl. Bradley & Ewing 2003, p. 60. Zie tevens Wade 1955.

Alternatieve benaderingen van de doctrine

De orthodoxe leer is door verschillende auteurs genuanceerd. Zo merken Bradley en Ewing op dat ook het soevereine parlement een entiteit van mensen is die de constitutionele spelregels kunnen wijzigen.[41] Vrij vertaald: zelfs een onveranderbare constitutie is te wijzigen wanneer daarvoor maar de vereiste politieke wil aanwezig is. Dat moge zo zijn, de vraag is uiteraard of een dergelijke massieve politieke wil op enig moment te realiseren is. De gedachte van Wade dat een wijziging van de soevereiniteitsregel een kwestie is van een geleidelijke gedragsverandering van de rechtspraak en de politieke en bestuurlijke organen lijkt dan nog het waarschijnlijkst.[42] Andere theoretici, doorgaans samengevat onder de noemer '*the new view*' of de '*manner and form theory*' betogen dat het parlement zichzelf weliswaar niet inhoudelijk, maar wel procedureel kan binden.[43] Zo zou de wetgever kunnen bepalen dat latere wetgeving uitsluitend rechtmatig van zijn wet kan afwijken door middel van het gebruik van een bepaalde procedure of een bijzondere meerderheid. In zijn algemeenheid heeft deze leer nooit kunnen overtuigen, maar effect op de rechtspraak heeft zij zeker gehad.[44] Dat effect is met name merkbaar in de relatief recente uitspraak van het House of Lords in *Jackson v. Attorney General*.[45] De lords namen unaniem aan dat een wettelijke regeling rechtsgeldig was die de spelregels van de parlementaire procedure zodanig wijzigde dat ook een wet zonder medewerking van het Hogerhuis tot stand kon worden gebracht. Dat betekent dat het parlement de normen kan wijzigen die bepalen welke entiteit precies met de soevereine wetgevingsbevoegdheid begiftigd is.[46] In een *obiter dictum* tekende Lord Steyn bovendien zijn steun aan de *manner and form* theorie op:

> 'Parliament acting as ordinarily constituted may functionally redistribute legislative power in different ways. For example, Parliament could for specific purposes provide for a two-thirds majority in the House of Commons and the House of Lords. This would involve a redefinition of Parliament for a specific purpose. Such redefinition could not be disregarded'.[47]

Het debat omtrent de juistheid van het *manner and form* argument heeft zich begrijpelijkerwijs steeds gericht op de vraag of het parlement een *Bill of Rights*

41 Bradley & Ewing 2003, p. 60.
42 Wade 1989, p. 37.
43 Vgl. Jennings 1959, p. 152; Heuston 1964, hst. 1, Winterton 1976, en Craig 1991. Zie voor een heldere bespreking tevens: Zoethout 1995, p. 133-137.
44 Vgl. Turpin & Tomkins 2007, p. 58, die de theorie afwijzen met een verwijzing naar CA 25 januari 1934 [1934] 1 *KB* 590 (*Ellen Street Estates v. Minister of Health*).
45 HL 13 oktober 2005, [2005] UKHL56, (*R. [Jackson] v. Attorney General*).
46 Zie ook Eleftheriadis 2009.
47 HL 13 oktober 2005, [2005] UKHL56, (*R. [Jackson] v. Attorney General*), *per* Lord Steyn. Zie echter ook de opinie van Lord Hope die juist de orthodoxe lijn benadrukt.

kan introduceren waarvan de rechten niet, of met een verzwaarde procedure, kunnen worden herroepen. Zoals wij nog zullen zien is deze kwestie de afgelopen jaren actueel geweest in het kader van discussies over de wenselijkheid van een eigen Britse grondrechtencatalogus om de grondrechtenbescherming in het Verenigd Koninkrijk te verbeteren. Deze zou weinig bescherming bieden tegen latere formele wetgeving wanneer het parlement haar niet op de één of andere manier kan vrijwaren tegen de gevolgen van latere wetgeving. Maar procedurele eisen om deze gevolgen te minimaliseren kunnen subtieler zijn dan een gekwalificeerde meerderheid of het organiseren van een referendum.[48] Een wettelijke regeling kan ook stellen dat toekomstige wetgevers uitsluitend in expliciete en onomwonden bewoordingen kunnen afwijken van een eerdere regeling. Daarmee wordt in elk geval bevorderd dat latere parlementen de wettelijke regeling niet onbedoeld doorkruisen en dat, wanneer zij dat wel doen, zij daarvoor zoveel mogelijk politieke verantwoording afleggen.[49] Deze constructie is door de rechtspraak wel gebruikt om de voorrang van het Europees Unierecht veilig te stellen. Weliswaar had het communautaire recht krachtens de European Communities Act 1972 gelding in de Britse rechtsorde. De ECA 1972 stond krachtens de klassieke constitutionele theorie bloot aan impliciete wijziging door latere wetgeving. Zoals wij nog zullen zien bij de bespreking van de doorwerking van internationaal recht hanteerde de Britse rechter weliswaar een presumptie dat de wetgever geacht wordt het volkenrecht niet te willen schenden maar die gold uitsluitend wanneer de wettelijke bepaling vaag of meerduidig was.[50] In *Macarthys v. Smith* gooide Lord Denning het roer echter om: ook wanneer de bepaling niet ambigu was diende het Unierecht voorrang te krijgen tenzij de wetgever uitdrukkelijk zou vermelden dat zulks niet de bedoeling was.[51] Met deze redenering, die door het *House of Lords* werd bevestigd in de *Factortame*-zaak, is de suprematie van het Britse parlement in elk geval tijdelijk 'uitgeleend' aan Brussel.[52] Zoals wij nog zullen zien ligt een soortgelijke lijn inmiddels ook aan artikel 3 van de HRA 1998 ten grondslag. Hoewel de rechtspraak niet geheel eenduidig is, lijkt zij de traditionele praktijk, dat de kennelijke intentie van het parlement doorslaggevend is voor de vraag of de nieuwe wettelijke regeling de oudere

48 Vgl. omtrent deze subtielere benadering: Allan 1983, p. 22-33.

49 Zie o.m. HL 8 juli 1999 [2000] 2 *AC* 115 (*R. v. Home Secretary, ex parte Simms*), *per* Lord Hoffmann.

50 Allan 1983, p. 23.

51 CA 25 juli 1979 [1979] 1 *WLR* 1189 (*Macarthys v. Smith*), *per* Lord Denning MR.

52 HL 11 oktober 1990 [1991] 1 *AC* 603 (*Ex parte Factortame – 2*), *per* Lord Bridge. Zie tevens Wade 1996, die in de *Factortame*-uitspraak een revolutionaire afdracht van soevereiniteit ziet. Zijn nogal boude stelling is goed te verklaren wanneer men bedenkt dat Wade, zoals wij eerder zagen, parlementaire soevereiniteit beziet in politieke en niet in juridische termen. De uitspraak van Lord Bridge in *Factortame* is volgens Wade erkenning van het feit dat de politieke realiteit nu eenmaal is dat niet Londen maar Brussel het op bepaalde terreinen voor het zeggen heeft. Zie voor een kritische bespreking van Wade's analyse: Allan 1997, p. 445. Zie tevens Laws 1995, p. 89.

regeling bewust doorkruist, te hebben verlaten en lijkt zij daaraan hogere eisen te stellen.[53] Daarmee lijkt de *manner and form* theorie althans een bescheiden bijdrage te hebben geleverd aan het effenen van een pad voor de HRA 1998.

Bij de vraag naar de grenzen van de parlementaire soevereiniteit gaat het niet enkel om beperking door de wetgever zelf. De afgelopen decennia is er in groeiende mate aandacht en steun voor een reeds lang bestaande theorie die zich baseert op de *common law*. Aanhangers van deze theorie menen dat het Britse constitutionele recht, inclusief de doctrine van parlementaire soevereiniteit, stevig verankerd is in de *common law*. Zoals wij al zagen valt daarvoor ook wel iets te zeggen. Sir William Wade benadrukte in 1955 die belangrijke rol van rechters en de *common law* bij het handhaven van de doctrine van de parlementaire suprematie.[54] *Common law radicalists* gaan echter verder dan Wade. Voor hem was parlementaire soevereiniteit een politiek feit dat door de *common law* was erkend en in een juridisch jasje was gestoken. Voor *common law radicalists* betekent het feit dat de soevereine bevoegdheid van het parlement een product is van de *common law*, dat die bevoegdheid ook door de beginselen van de *common law* gereguleerd wordt.[55] Deze stroming heeft een belangrijke rol gespeeld bij de omslag in het denken over fundamentele rechten in het Verenigd Koninkrijk en verdient nu dan ook enige bespreking.

9.2.3.2 'Common law principles' als bron van grondrechten

Zoals al eerder werd opgemerkt is de stelling dat de doctrine van parlementaire suprematie de grondslag voor het Britse staatsrecht vormt te absoluut. Het Britse recht bestaat immers niet uit wetgeving alleen. Een belangrijk deel van het recht is ongeschreven en wordt afgeleid uit de aloude principes van de *common law*. Hoewel de rechtspraak zich traditioneel altijd op het standpunt heeft gesteld dat haar geen rechtsvormende taak toekwam bij de uitleg van de *common law* – het ging immers om het toepassen van reeds bestaande gewoonten – is haar rol in het proces van rechtsvorming onmiskenbaar van belang geweest.[56] Tegenwoordig wordt deze rol door het gros van de literatuur en de rechtspraak ook volmondig erkend.[57] Niet langer gelooft de Britse juristerij, om een veelgebruikt citaat van Lord Reid aan te halen, in het sprookje dat de Britse rechter bij zijn benoeming het wachtwoord van *Alladin's Cave* toegestuurd krijgt, waar de *common law* ligt te rusten.[58] Kavanagh wijst er op dat juist de *common law* de rechter de bevoegdheid gunt het recht te ontwik-

53 HL 8 juli 1999 [2000] 2 *AC* 115 (*R. v. Home Secretary, ex parte Simms*), *per* Lord Hoffmann.
54 Wade 1955.
55 Aldus bijvoorbeeld Sir Stephen Sedley (Sedley 1995), Sir John Laws (Laws 1995) en T.R.S. Allan (o.m. Allan 1997, p. 448-449).
56 Zoethout 1995, p. 93-94.
57 Zie bijvoorbeeld Reid 1972, p. 22; Lester 1993, p. 269-290; Irvine 1999, p. 352; Kavanagh 2004, p. 263-265.
58 Reid 1972, p. 22.

kelen.[59] De rechter ontleent deze bevoegdheid aan de plicht om recht te doen aan het individuele geval.[60] Zo goed als het parlement soeverein is in het formuleren van algemene regels, zo is de rechtspraak soeverein in het uitleggen van die regels en het toepassen ervan op het individuele geval.[61] Hoewel de *common law* toepassing mist op terreinen waar zich parlementaire wetgeving manifesteert, is zij van een moeilijk te overschatten belang voor de context waarin rechterlijke interpretatie van wetgeving vorm krijgt. Het Britse rechtsstelsel is een stelsel dat, hoewel innovatief, traditioneel van aard is. De *common law*, als het geheel van tradities, personificeert deze aard. Haar belang wordt onder meer geïllustreerd door de presumptie dat wetgeving niet bedoeld is om verandering in de *common law* te brengen.[62] Zo bezien lijkt de *common law* een vergelijkbaar fundamentele status te hebben in het Britse recht als de doctrine van parlementaire suprematie. Nu dringt zich de vraag op of zich uit de beginselen van de *common law* regels laten afleiden die van hogere orde kunnen zijn dan het beginsel van parlementaire soevereiniteit.

De gedachte dat de *common law* fundamentele rechtsstatelijke beginselen omvat die van hogere orde zijn in de zin dat zij het gehele rechtsvormings- en toepassingsproces beheersen, is bepaald niet nieuw. Door exponenten van het moderne *common law radicalism* wordt dan ook graag verwezen naar Chief Justice Sir Edward Coke (1552-1634).[63] Die overwoog in de berucht geworden zaak van *Dr. Bonham* als volgt:

> 'And it appears in our books, that in many cases, the common law will control Acts of Parliament, and sometimes adjudge them to be utterly void: for when an Act of Parliament is against common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the common law will control it, and adjudge such act to be void (…)'.[64]

Deze uitspraak heeft vooral in de Verenigde Staten veel invloed gehad. In de Britse context is zij echter van betrekkelijk weinig belang geweest. Wanneer *Bonham's Case* werd aangehaald was dat meestal om te laten zien dat deze het geldende recht niet (langer) weergaf.[65] Wat er ook voor 1688 was voorgevallen, na die tijd was en bleef *Parliament* voor een groot deel van de Britse juristerij onaantastbaar, ook voor de *common law*.[66] Het tij begon vanaf de

59 Kavanagh 2004, p. 266; Kavanagh 2009, p. 29-32.
60 Kavanagh 2009, p. 33. Kavanagh 2004, p. 266-267, 268-269.
61 HL 4 april 1990, [1991] 1 *AC* 1 (*X. v. Morgan-Grampian Publishers Ltd.*), p. 48 *per* Lord Bridge.
62 Zie o.m. Zander 1994, p. 162.
63 Zo bijvoorbeeld Allan 2001, p. 204-207. Vgl. de dissertatie van Zoethout voor een beknopte bespreking van leven en werk van Coke CJ (Zoethout 1995, p. 89-100).
64 Court of Common Pleas, [1610] 8 *Co. Rep.* 114a (*Bonham's Case*).
65 Zie bijv. HL 30 januari 1974 [1974] *AC* 765 (*British Railways Board v. Pickin*), *per* Lord Reid, p. 782.
66 Zie daarover nader Zoethout 1995, p. 98-100.

zeventiger jaren echter te keren. Vlak na de Tweede Wereldoorlog was het Verenigd Koninkrijk één van de oprichters van het EVRM. In die periode, de vijftiger jaren van de vorige eeuw, regeerde nog de veronderstelling dat vrijheid een ondeelbaar concept was dat het best werd gewaarborgd, niet door een verzameling opgeschreven en afgebakende rechten en vrijheden, maar door weldenkende bestuurders en ambtenaren die verantwoording schuldig waren aan de volksvertegenwoordiging.[67] Uitgangspunt was een negatief vrijheidsconcept: het individu kwam alle vrijheid toe die hem niet door de wet of de *common law* werd ontzegd. In de loop van de twintigste eeuw kwam deze houding onder druk te staan. Daaraan was grotendeels de wijzigende rol van het parlement debet. Traditionele parlementaire waarborgen tegen disproportioneel bestuurlijk optreden bleken te ineffectief en de volksinvloed op het parlementaire proces te grofmazig om vrijheidsbeperkende maatregelen tegen te houden.[68] Daarbij kwam dat het Verenigd Koninkrijk na de zaken *Golder* en *Sunday Times* in de zeventiger jaren een exponentieel groeiend aantal schendingen van het EVRM tegen zich hoorde uitspreken in Straatsburg.[69] Een derde ontwikkeling, de opkomst van de verzorgingsstaat en de daarmee gepaard gaande erkenning dat de burger aanspraken kon doen gelden op sociaal terrein, effende de weg voor een cultuur van rechten en van een nieuw zelfbewustzijn.[70] Nu Engeland geen grondrechtencatalogus kende en, zoals wij nog zullen zien, het EVRM zelf geen directe werking had in het Britse recht, groeide de roep om een grotere inzet van de *common law*, een roep die vooral gehoord werd in de kringen van de rechterlijke macht.[71]

Dat leidde tot twee interessante ontwikkelingen. De dreiging van de rechtspraak om een nieuwe robuuste versie van de *common law* te 'herontdekken' vormde een drukmiddel voor de politieke staatsinstellingen om over te gaan tot het formuleren van een grondrechtencatalogus (*A Bill of Rights for Britain*) of op zijn minst tot incorporatie van het EVRM.[72] Daarnaast begonnen zich in de rechtspraak beginselen uit te kristalliseren die in zekere zin een beperking inhielden van de wetgevende macht van het parlement. Dergelijke beginselen kwamen in wezen neer op het erkennen van fundamentele rechten

67 Vgl. Feldman 2002a, p. 70-74. Tevens: A. Lester & K. Beattie, 'Human Rights and the British Constitution', in Jowell & Oliver 2007, p. 59-83, i.h.b. 61.

68 Ewing & Gearty 1990, p. 7.

69 EHRM 21 februari 1975, *no.* 4451/70 (*Golder t. Verenigd Koninkrijk*); EHRM 26 april 1979, *no.* 6538/74 (*Sunday Times t. Verenigd Koninkrijk*).

70 Feldman 2002a, p. 71-72.

71 Feldman 2002a, p. 77. Van belang was voorts de toetreding begin jaren zeventig tot de EG, die als gevolg van de rechtspraak van het Hof van Justitie op dat moment reeds gekenmerkt werd door het feit dat de lidstaten in beperkte mate soevereiniteit hadden overgedragen. Met het vaststellen van de ECA accepteerde het parlement daarmee dat het, tot nader order, haar soevereine rol in de praktijk kwijt was.

72 Op de trend die uiteindelijk leidde tot de incorporatie van het EVRM, en op de factoren die daarbij een belangrijke rol speelden, wordt hierna nader ingegaan.

op bijvoorbeeld leven, eigendom en een eerlijk proces.[73] Het pad waarlangs de grondrechtenbescherming in het kader van de *common law* geëffectueerd werd, was dat van interpretatie. De *common law* 'dwong' de rechter tot het aannemen van de presumptie dat de wetgever het fundamentele *common law* beginsel niet had willen schenden.[74] Met name in het bestuursrecht, waar de wetgever er regelmatig toe neigt om rechterlijke toetsing van bestuursbeslissingen uit te sluiten (de zogenaamde *ouster clause*s)[75] bood toepassing van de *common law* presumptie dat het parlement niet treedt in de rechtsbeschermende rol van de rechtspraak uitkomst.[76]

Hoewel de *common law presumptions* een zekere mate van rechtsbescherming te bieden hebben, is het de vraag of zij ook tegen een inbreukmakende wetgever van waarde kunnen zijn. Hun ontwikkeling vond immers plaats in de context van wetsuitleg. Hun waarde gold in eerste instantie gevallen waarin de wettekst dubbelzinnig of vaag was, of waarin deze de rechter een discretionaire ruimte liet.[77] Toch is het daar niet bij gebleven. In een reeks zaken gingen rechters beduidend verder en hanteerden zij de presumpties ook wanneer de wettekst niets aan duidelijkheid te wensen overliet.[78] Tenzij expliciet uit de wettekst zou blijken dat het parlement het *common law* beginsel zou wensen te negeren, prevaleert dan de presumptie boven de bedoeling van de wetgever. Een pregnant voorbeeld van deze vergaande redenering biedt de uitspraak van het House of Lords in *Anisminic*.[79] In deze zaak was een *ouster clause* aan de orde: de wetgever gaf aan de *Foreign Compensation Commission* de bevoegdheid om te beslissen op een bepaalde categorie claims en bepaalde dat de beslissingen van de commissie '*shall not be called in question in any court of law*'.[80] De Lords meenden echter dat het parlement de bevoegdheid van de rechter om te toetsen of het bestuursorgaan binnen de reikwijdte van haar bevoegdheden is gebleven niet zou hebben willen ontkennen. Door vervolgens ook de voorliggende beslissing te kwalificeren als een beslissing die de bevoegdheid van het orgaan te buiten ging, negeerde de rechter *de facto* de wettelijke bepaling die hem een toetsende rol ontzegde.[81] Volgens T.R.S. Allan

73 Vgl. Allan 1991, p. 456-460, en Elliott 2001, p. 212-215.

74 Zie bijvoorbeeld HL 1 mei 1974 [1974] 1 *WLR* 683 (*Waddington v. Miah*), *per* Stephenson LJ; HL 4 maart 1982 [1983] 1 *AC* 1 (*Raymond v. Honey*), *per* Lord Bridge; QBD 21 december 1983 [1984] 2 *WLR* 725 (*R. v. Home Secretary, Ex parte Anderson*); QBD 8 oktober 1996 [1996] 93 (42) *LSG* 28 (*R. v. Hammersmith and Fulham LBC, Ex parte M.*); QBD 7 maart 1997 [1998] 2 *WLR* 849 (*R. v. Lord Chancellor, ex parte Witham*). Zie voor een vroege toepassing van dit principe: KBD 29 januari 1920 [1920] 1 *KB* 829 (*Chester v. Bateson*).

75 Zie omtrent *ouster clauses* nader: Wade & Forsyth 2009, p. 610-621.

76 Het bekendste voorbeeld is HL 17 december 1968 [1969], 2 *AC* 147 (*Anisminic v. FCC*).

77 Feldman 2002a, p. 60-61.

78 *Ibid.*, p. 61. Zie voor een uitvoerige bespreking: Allan 1985, p. 111-143.

79 HL 17 december 1968 [1969], 2 *AC* 147 (*Anisminic v. FCC*).

80 Artikel 4 Foreign Compensation Act 1950.

81 Zie voor een relatief uitvoerige bespreking van de zaak: Wade & Forsyth 2009, p. 614-616.

wijst alles er op dat des wetgevers bedoeling hier evident heeft moeten wijken voor 'the constitutional demands of the rule of law'.[82]

Anisminic laat zien dat de rechter in het Verenigd Koninkrijk, hoewel niet expliciet, bereid is heel ver te gaan in de bescherming van fundamentele rechten, zo nodig ten koste van het volgen van formele wetgeving. Veel explicieter dan hij in de Foreign Compensation Act was, kan de wetgever niet worden. Uit deze rechtspraak is door sommige auteurs wel geconcludeerd dat de *common law* zodanig fundamenteel is dat zij zo nodig voorrang op het beginsel van parlementaire suprematie voor zich opeist.[83] Sinds *Anisminic* zijn er verschillende rechters geweest die, zowel binnen als buiten de rechtszaal, hebben gehint op een mogelijk zelfs expliciet overrulen van parlementaire wetgeving.[84] Laws LJ verklaarde in dat verband dat het Britse stelsel op een kruispunt stond tussen '*parliamentary supremacy and constitutional supremacy*'.[85]

Benadrukt moet echter worden dat allerminst buiten twijfel is dat de zojuist geciteerde rechters de heersende leer weergeven. Een recente *leading case* omtrent rechterlijke toetsing en de doctrine van parlementaire soevereiniteit, *Jackson v. Attorney General,* maakte vooral die onduidelijkheid zichtbaar.[86] Hoewel enkele lords de doctrine relativeerden en de mogelijkheid nadrukkelijk open hielden dat de rechter in de toekomst wetgeving in strijd met fundamentele constitutionele uitgangspunten zou verklaren, achtten anderen een dergelijke gang van zaken vooralsnog ondenkbaar onder de regel dat het parlement soeverein is. De meerderheid vond het bovendien niet nodig of opportuun om op de kwestie in te gaan omdat zij *obiter dictum* was. Dat de *common law* de afgelopen decennia nadrukkelijker door een aantal rechters in stelling is gebracht om het gebrek aan een geschreven en rechterlijk afdwingbare grondrechtencatalogus te verhelpen, wil daarom nog niet zeggen dat daaraan in de Britse context geen behoefte meer is. Nog los van de vraag of de *common law* zodanig fundamentele beginselen erkent dat zij de doctrine van parlementaire soevereiniteit expliciet opzij kunnen schuiven, kleven er aanzienlijke nadelen aan rechtsbescherming van fundamentele rechten door de *common law*. Eén belangrijk nadeel zagen wij reeds, namelijk dat de *presumptions* voornamelijk opereren in het kader van wetsuitleg en soms beperkt blijven tot het invullen van vage termen of discretionaire ruimte. Omdat de *common law presumptions* eerder ongedefinieerde begrippen zijn dan subjectieve rechten,

82 Allan 1985, p. 127.

83 Cooke 1988; Allan 1991, en Allan 2001, p. 207-216; Sedley 1995; Laws 1995; Woolf 2005, p. 69.

84 Zie bijvoorbeeld de opmerkingen van Lord Steyn in *Judicial Review* 2004, p. 107, die meent dat er uitzonderingen mogelijk zijn op het beginsel van parlementaire suprematie. Zie ook zijn opinie in HL 13 oktober 2005, [2005] UKHL56, (*R. [Jackson] v. Attorney General*). Anders echter (in dezelfde zaak): *per* Lord Bingham, die benadrukt dat de wetgever op grond van de doctrine van parlementaire soevereiniteit elke wet kan maken die hij wenst.

85 CA 22 februari 2002 [2002] 3 *WLR* 344 (*R. [Roth GmbH] v. Home Secretary*), *per* Laws LJ.

86 HL 13 oktober 2005, [2005] UKHL56, (*R. [Jackson] v. Attorney General*).

is de rechterlijke toetsing bovendien vaak marginaal.[87] Een derde nadeel is dat niet voor elk grondrecht een *common law principle* voorhanden is. De grondrechtenbescherming van de *common law* voor invoering van de HRA 1998 vertoonde op punten nog gaten. Deze gaten hadden natuurlijk door rechterlijke rechtsvorming kunnen worden gevuld, maar – en dat is een vierde nadeel – een dergelijk '*out of the blue*' scheppen van fundamentele rechten zou de legitimatie van de rechterlijke functie op het spel zetten en de rechterlijke macht hard kunnen doen botsen met de politieke staatsinstellingen.[88] Dergelijke rechtsvorming zou dan ook slechts op een zeer bescheiden schaal ondernomen zijn, en zou zich beperken tot alleen die rechten die voor het functioneren van de democratische rechtsstaat strikt noodzakelijk zouden zijn.[89] Het vijfde nadeel is daarom – tot slot – dat niet alle gaten in het stelsel van rechtsbescherming zouden zijn gedicht.

Samengevat lijkt de *common law* vanaf de late zeventiger jaren te hebben voorzien in een beperkte bescherming van fundamentele rechten. Deze bescherming ging op punten zeer ver en vormde een serieuze bedreiging voor de doctrine van parlementaire soevereiniteit. Zij vormde tevens een krachtig argument van de rechtspraak om de politieke staatsinstellingen aan te zetten tot incorporatie van het EVRM of het adopteren van een nieuwe grondrechtencatalogus voor het Verenigd Koninkrijk. Zelfs rechters die terughoudend stonden tegenover een vergaande rol van *common law fundamental principles* riepen op tot incorporatie van de Conventie.[90] Waarom dat in de negentiger jaren van de twintigste eeuw nog niet was gebeurd, en hoe dat uiteindelijk wel gebeurde, komt nu aan de orde.

9.2.3.3 De mensenrechtenverdragen

Hiervoor zagen wij dat de *common law* een zekere bescherming biedt tegen inbreuken op fundamentele rechten. Zoals gezegd was de ontwikkeling daarvan een gevolg van de groeiende behoefte aan grondrechtenbescherming vanaf de zeventiger jaren enerzijds en het ontbreken van een nationale grondrechtencatalogus anderzijds. Dit gebrek aan een grondrechtencatalogus stond in schril contrast met de toenemende populariteit van de mensenrechtenverdragen in de naoorlogse periode. Het Verenigd Koninkrijk speelde een belangrijke rol bij de totstandkoming van verschillende van deze verdragen.[91] Zowel in VN-verband, als in het kader van de Raad van Europa drong de Britse regering aan op het vaststellen van mensenrechtencatalogi. In dat verband was het

87 Feldman 2002a, p. 62-63. In het kader van het bestuursrecht, ook: Elliott 2001, p. 213-215, die er op wijst dat de rechtsbescherming van de *common law* in de jaren vlak voor de HRA 1998 wel sterke trekken van grondrechtenbescherming begon aan te nemen.

88 Feldman 2002a, p. 63.

89 *Ibid.*

90 Vgl. bijv. Bingham 1993 (2000), p. 390-400.

91 Vgl. Blackburn 2001, p. 936-943; Feldman 2002a, p. 37, 45 en 72-74.

Verenigd Koninkrijk bovendien één van de eerste landen die het EVRM in 1951 ratificeerden. Inmiddels is men – naast het EVRM – gebonden aan een reeks mensenrechtenverdragen waaronder het IVBPR, het IVESCR, het Vluchtelingenverdrag, het Anti-Folterverdrag, het Vrouwenverdrag en de ILO-verdragen.[92] De vraag rijst welke rol deze verdragen, met name het EVRM, hebben gespeeld bij het voorzien in de behoefte aan grondrechtenbescherming.

Doorwerking van de mensenrechtenverdragen

Zoals gezegd waren de Britten buitengewoon snel met het ratificeren van, met name, het EVRM. Deze snelheid hield verband met het feit dat de regering in het Verenigd Koninkrijk geen parlementaire toestemming nodig heeft om een gesloten verdrag te ratificeren.[93] Zowel het ondertekenen als het ratificeren van het verdrag wordt beschouwd als een prerogatief van de Kroon. Daar staat tegenover dat verdragsrecht als zodanig volgens vaste rechtspraak geen wijziging kan brengen in de rechten en plichten van individuen.[94] Het Britse recht neemt dan ook een overwegend dualistische houding in ten aanzien van het geschreven internationale recht en vereist transformatie of incorporatie door middel van een *Act of Parliament*.[95] Daarbij kan het zowel gaan om de uitvaardiging van parallelle materiële normen, als om wetgeving die rechtskracht toekent aan verdragsbepalingen die volledigheidshalve doorgaans woordelijk in een bijlage (een '*schedule*') worden opgenomen. In beide gevallen is de interpretatie van de transformatiewet een nationaalrechtelijke aangelegenheid. Dat betekent dat de wettekst, of het nu gaat om een identieke of een parallelle bepaling, uitgelegd moet worden conform haar '*natural meaning*'.[96] In de lijn van de traditionele Britse benadering van wetsinterpretatie is dus de tekst van de bepaling van doorslaggevend belang. De verdragstekst, het doel en de geschiedenis van de verdragsbepaling kunnen slechts onder voorwaarden als hulpmiddel bij die uitleg worden ingezet. Deze voorwaarden houden in dat de wettekst voor meerdere uitleg vatbaar is, en dat voldoende objectief vaststaat dat de wettekst de bedoeling heeft uitvoering te geven aan het verdrag.[97]

Het is wel de vraag hoe strikt deze tekst, en dan met name de eerste voorwaarde, tegenwoordig nog moet worden opgevat. Recentere rechtspraak lijkt

92 Zie voor een overzicht: Blackburn 2001, p. 941-943.

93 Brownlie 2008, p. 45.

94 Zie o.m.: HC (PDAdiv.) 15 maart 1879 (1879) *LR* 4 *PD* 129 (*The Parlement Belge*), *per* Sir Robert Phillimore; PC 28 januari 1937 [1937] *AC* 326 (*A-G for Canada v. A-G for Ontario*), *per* Lord Atkin; HL 26 oktober 1989 [1990] 2 *AC* 418 (*Rayner v. Dept. of Trade and Industry*). Recenter: QBD 17 december 2002 [2002] *EWHC* 2777 (*Campaign for Nuclear Disarmament*); HL 8 december 2005 [2005] *UKHL* 71 (*A. v. Home Secretary*), *per* Lord Bingham, r.o. 27.

95 Vgl. Dixon 2007, p. 97; Brownlie 2008, p. 41-45.

96 HL 9 december 1930 [1931] *AC* 126 (*Ellerman Lines v. Murray*), *per* Lord Tomlin, p. 147.

97 CA 26 oktober 1966 [1967] 2 *QB* 116 (*Salomon v. Customs*), *per* Diplock LJ, p. 143-144. Zie ook Brownlie 2008, p. 46, die meent dat deze tekst nog altijd het geldende recht weergeeft maar met name op de eerste voorwaarde kritiek levert. Anders echter: Dixon 2007, p. 103.

de eis dat de wettekst voor meerdere uitleg vatbaar moet zijn niet meer te stellen als de transformatiewet in de titel of de tekst verwijst naar het verdrag (waarmee aan de tweede eis wordt voldaan).[98] Daarmee lijkt de Britse rechter zich het groeiende belang van het internationale rechtsorde voor het nationale recht aan te trekken. Een soortgelijke ontwikkeling, zij het op een bescheidener schaal, ziet men ten aanzien van de incorporatie-eis zelf. Relatief recent betoogde Lord Steyn in *Re McKerr*, onder verwijzing naar de bijzondere positie van fundamentele rechten in het internationale recht, dat de ratio van het dualisme niet zou opgaan voor de mensenrechtenverdragen.[99] Het doel van de transformatie- of incorporatie-eis is immers dat het de regering verhindert om zonder parlementaire goedkeuring inbreuken te maken op de rechten van burgers. Nu de mensenrechtenverdragen deze burgers slechts rechten garanderen zou zich dat probleem niet voordoen. Deze stellingname van Lord Steyn behoeft enige nuance. Mensenrechtenverdragen leggen doorgaans inderdaad geen plichten op aan het individu, maar dat betekent niet dat zij in concrete gevallen geen nadelen voor individuen met zich kunnen brengen. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer twee conflicterende grondrechten op een casus van toepassing zijn. Binding aan het verdrag kan tot gevolg hebben dat de afweging die nationale staatsinstellingen op zuiver nationale gronden maken, een andere invulling dient te krijgen. In die zin kan het nog steeds zinvol zijn om het laatste woord over de effectuering van het verdrag in de nationale rechtsorde over te laten aan het parlement. Of deze lijn in de toekomst zal worden gevolgd staat dan ook nog te bezien. Een en ander hangt mede af van de noodzaak tot een dergelijke koerswijziging. Wanneer de fundamentele rechten ook zonder een dergelijk afwijken van de hoofdregel mogelijk zijn, lijkt dat voor de onmiddellijke toekomst geen realistisch perspectief voor de Britse rechtspraak.

Als gevolg van de doctrine van *implied repeal* heeft latere wetgeving voorrang op transformatie-wetgeving. Het verdragsrecht is, ook wanneer het is getransformeerd, niet van hogere orde dan nationale wetgeving in formele zin.[100] *Implied repeal* houdt in dat de incorporerende of transformerende wettelijke regeling niet expliciet door een latere wet hoeft te worden ingetrokken, maar dat intrekking ook geacht wordt te hebben plaatsgevonden als de latere wet materieel afwijkt van het verdragsrecht. Wel geldt de algemene presumptie dat het parlement niet de bedoeling heeft wetgeving vast te stellen die een schending van internationale verplichtingen zou opleveren.[101] Zoals wij hierna nog zullen zien is het deze presumptie die de Britse rechter jarenlang heeft

98 Zie bijv.: HL 22 april 1982 [1983] 2 *AC* 751 (*Garland v. British Rail Engineering*), en CA 5 mei 1983 [1983] 3 *All ER* 693 (*Goldman v. Thai Airways*).

99 HL 11 maart 2004 [2004] *UKHL* 12 (*Re McKerr*), *per* Lord Steyn, r.o. 52.

100 *Ibid.*

101 Vgl. bijv. CA 26 oktober 1966 [1967] 2 *QB* 116 (*Salomon v. Customs*), *per* Lord Denning, p. 141, *per* Diplock LJ, p. 143; CA 7 november 1968 [1969] 1 *QB* 616 (*Corocraft v. Pan American Airways*).

getracht in te zetten teneinde de afwezigheid van het EVRM in de eigen rechtsorde te compenseren. Deze presumptie geldt echter niet onbeperkt. Zoals Lord Hoffmann in *R. v. Lyons* opmerkte, is interpretatie van een wettelijke regeling conform verdragsrecht wenselijk maar niet in alle gevallen mogelijk.[102] Als de wettekst duidelijk en niet ambigu is, dan heeft de rechter de wetgever te volgen: '*Parliament legislates for national law and this normally takes priority*'.[103] Toch heeft de Britse rechter geworsteld om de gevolgen van dit algemene constitutionele uitgangspunt voor de doorwerking van het EVRM te verzachten. Deze worsteling illustreert treffend de enorme verandering die de HRA 1998 teweeg heeft gebracht voor de constitutionele positie van de Britse rechter en zijn mogelijkheden om, door middel van wetsuitleg, rechtsbescherming te verlenen. Maar de worsteling heeft daarnaast blijvende littekens achtergelaten die ook nu nog van invloed zijn op de manier waarop de rechter de HRA (en dan specifiek artikel 3) toepast. Daarom volgt nu een bespreking van de manier waarop in de Britse rechtsorde aan het EVRM toepassing is gegeven voor de inwerkingtreding van de HRA 1998.

Het EVRM voor de Human Rights Act 1998

Zoals gezegd was het Verenigd Koninkrijk aanvankelijk een enthousiast pleitbezorger van de totstandkoming van het EVRM. Aan dat enthousiasme lagen twee veronderstellingen ten grondslag. Ten eerste dat de mensenrechtenverdragen een handig vehikel vormden in het buitenlands beleid.[104] En ten tweede dat implementatiewetgeving volstrekt onnodig was. Het was ondenkbaar dat uitgerekend de Britse rechtsorde, de bakermat van de vrijheid, het verdrag zou schenden.[105] Niettemin was de regering aanmerkelijk minder gecharmeerd van voorstellen om handhavingsmechanismen te realiseren. Met name het individuele klachtrecht bij de nieuwe Commissie en het nieuwe Hof voor de Rechten van de Mens accepteerde zij niet.[106] Het Verenigd Koninkrijk erkende de jurisdictie van beide organen pas in 1966. Deze beslissing, die overigens niet ter goedkeuring aan het parlement werd voorgelegd, was van kardinaal belang voor de ontwikkeling van het Britse recht. Daarmee werd parlementaire wetgeving voor het eerst in de Engelse geschiedenis immers aan expliciete rechterlijke toetsing onderworpen. In 1966 leidde de Conventie echter nog een sluimerend bestaan. Niemand in Westminster voorzag op dat moment welke rol het Straatsburgse hof, dat op dat moment slechts twee uitspraken had gedaan, nog zou gaan spelen. Toch zou het dat wel gaan doen. De uitspraken van het Hof waren weliswaar niet direct afdwingbaar in de

102 HL 14 november 2002 [2002] *UKHL* 44 (*R. v. Lyons [Isidore Jack]*), *per* Lord Hoffmann, r.o. 27-28. Zie tevens HL 2 maart 1961 [1962] *AC* 1 (*Collco Dealings v. Inland Revenue*).
103 Dixon 2007, p. 104.
104 Blackburn 2001, p. 938.
105 *Ibid.*
106 Lester & Beattie 2007, p. 63.

Engelse rechtsorde, zij bonden wel de Britse staat en zijn organen, waaronder de rechtspraak. En juist op die rechtspraak maakten zij grote indruk.[107]

Tot halverwege de zeventiger jaren was de Conventie in de Britse rechtspraak van relatief weinig betekenis. In 1974 refereerden de lords, in *Waddington v. Miah* voor het eerst aan het EVRM.[108] Niet lang daarna, in 1975, sprak het EHRM – in *Golder* – voor het eerst een schending uit tegen het Verenigd Koninkrijk.[109] Vanaf dat moment begonnen Britse rechters de Conventie voorzichtig aan te effectueren. Gelet op het beginsel van parlementaire soevereiniteit kon dat uitsluitend door het verdrag te gebruiken als hulpmiddel bij de uitleg van, op het eerste gezicht met het verdrag strijdige, wetgeving. Daartoe diende steeds vaker de hiervoor beschreven presumptie dat het parlement de bedoeling heeft wetgeving conform haar internationale verplichtingen vorm te geven.[110] Vanaf de tachtiger jaren was het dan ook gebruikelijk de Conventie een rol te laten spelen bij de interpretatie van wetgeving.[111] Het had wat meer voeten in de aarde om de rechtspraak zover te krijgen het EVRM ook te gebruiken bij de ontwikkeling van de *common law*.[112] In een *leading case* eind zeventiger jaren, *Malone v. Metropolitan Police Commissioner*, achtte de Chancery Division van het High Court zich niet in staat om regels van *common law* te 'ontdekken' die het tappen van telefoons zouden reguleren, daar waar de wetgever – bewust – niet was overgegaan tot het stellen van regels.[113] Deze zaak is overigens ook daarom van belang omdat een Britse rechter voor het eerst duidelijk maakte dat het Britse recht in strijd was met de Europese Conventie zonder dat hij daaraan iets kon doen.

De tegenzin van de Britse rechter om de *common law* te gebruiken om het EVRM via een achterdeur de nationale rechtsorde binnen te loodsen verbrokkelde echter langzaam maar zeker tijdens het bewind van Margaret Thatcher. Daarbij speelde een rol dat men inmiddels was toegetreden tot de Europese Gemeenschappen en de Conventie over de band van het Unierecht een rol begon de spelen in het nationale recht (waarover later meer). In 1992 meende het Court of Appeal in *Derbyshire v. Times Newspapers* dat de *common law* een

---

107 Lester & Beattie 2007, p. 65.

108 HL 1 mei 1974 [1974] 1 *WLR* 683 (*Waddington v. Miah*), *per* Stephenson LJ, p. 689-690. Zie tevens Blackburn 2001, p. 946-947, die een verband legt met de toetreding van het Verenigd Koninkrijk tot de Europese Gemeenschappen een jaar eerder.

109 EHRM 21 februari 1975, *no.* 4451/70 (*Golder v. United Kingdom*).

110 Zie bijv. CA 11 juli 1975 [1976] *QB* 606 (*R. v. Home Secretary, ex parte Phansopkar*), *per* Scarman J.

111 Zie voor de bekendste voorbeelden: CA 11 juli 1975 [1976] *QB* 606 (*R. v. Home Secretary, ex parte Phansopkar*); HL 13 oktober 1988 [1990] 1 *AC* 109 (*Spycatcher*); HL 7 februari 1991 [1991] 1 *AC* 696 (*R. v. Home Secretary, ex parte Brind*). Zie voor een uitputtend overzicht van de rechtspraak in deze periode: Hunt 1997.

112 Blackburn 2001, p. 951-952.

113 ChD 28 februari 1979 [1979] *Ch* 344 (*Malone v. Metropolitan Police Commissioner*), *per* Megarry VC, p. 379. Zie echter: HL 12 juni 1980 [1981] *AC* 303 (*Attorney General v. BBC*), *per* Lord Fraser, p. 352.

lacune bevatte die door artikel 10 EVRM kon worden ingevuld.[114] In hoger beroep bleef onduidelijk of deze redenering door de lords werd gebillijkt. In de *leading opinion* maakte Lord Keith of Kinkel duidelijk dat hij tot eenzelfde conclusie als het Court of Appeal was gekomen op basis van de *common law*.[115] Deze bevatte dus geen lacune en bood, aldus Keith, een betere bescherming dan het EVRM. Deze redenering is vaker gebruikt en vormt, aldus Elliott, één van de drie dominante stromingen in de rechtspraak en de literatuur over de bescherming van fundamentele rechten bij afwezigheid van directe werking van het EVRM.[116] Deze stroming houdt in dat incorporatie van het EVRM onnodig zou zijn omdat de *common law* en het bestaande wettelijk stelsel samen een verdergaande bescherming zouden bieden dan de Conventie.[117] Een tweede stroming ging ervan uit dat de *common law* beïnvloed wordt door de Conventie in de zin dat de rechtspraak aandacht geeft aan het EVRM zoals zij dat ook doet aan uitspraken van rechters uit andere jurisdicties.[118] De derde stroming gaat beduidend verder en betoogt dat de Britse rechter als staatsinstelling gebonden is aan het EVRM en daarmee aan de interpretatieve verplichting de Conventie zoveel mogelijk te bevorderen.[119] Het verschil tussen de twee laatste stromingen is dat in het eerste geval sprake moet zijn van vage of in elk geval meerduidige normen, terwijl dat in het laatste geval niet nodig is. Geen van de hiervoor beschreven modellen is door de Britse rechtspraak consistent gevolgd. Duidelijk is echter dat met name het derde model, de interpretatieve verplichting, voor de inwerkingtreding van de HRA 1998, geen geldend recht was. Verder dan de toepassing als hulpmiddel bij *common law 'that is not formly settled'* heeft de Britse rechter met het EVRM niet willen gaan. De beginselen van parlementaire suprematie en de dualistische doorwerking van internationaal recht stonden daaraan in de weg.[120]

De grenzen van rechterlijke interpretatie als middel om de effectieve doorwerking van het EVRM te verzekeren, worden treffend belicht door de koers van de *Law Lords* in de zaak *Brind*.[121] Hier was de vraag aan de orde of een wettelijke bepaling die het bestuur een discretionaire bevoegdheid toekent, EVRM-conform moet worden uitgelegd. De lords reageerden afwijzend op een dergelijke stelling. Met een dergelijke stap zou de rechter de Conventie middels een achterdeur de Britse rechtsorde binnenloodsen, en dat zou de grenzen van de rechterlijke taak te buiten gaan.[122] Met deze uitspraak deed

114 CA 19 februari 1992 [1992] *QB* 770 (*Derbyshire v. Times Newspapers*).
115 HL 18 februari 1993 [1993] *AC* 534 (*Derbyshire v. Times Newspapers*), *per* Lord Keith, p. 551.
116 Elliott 2001, p. 204-206.
117 Zie ook QBD 9 september 1994 [1995] 4 *All ER* 400 (*R. v. Home Secretary, ex parte McQuillan*), *per* Sedley J, p. 423. Tevens: Browne-Wilkinson 1992, p. 408.
118 Aldus bijv. Laws 1993, p. 74.
119 Hunt 1997, hst. 1.
120 Elliott 2001, p. 206-207; Blackburn 951-954, en Lester & Beattie 2007, p. 65.
121 HL 7 februari 1991 [1991] 1 *AC* 696 (*R. v. Home Secretary, ex parte Brind*).
122 *Per* Lord Donaldson, p. 718.

de rechtspraak, voorlopig definitief, de deur dicht voor wat betreft een rechterlijke incorporatie van het EVRM. Dat kan men zien als gemiste kans,[123] maar tegelijkertijd duidde de uitspraak op een serieuze lacune in het Britse stelsel van rechtsbescherming, namelijk daar waar het bescherming tegen parlementaire wetgeving betrof. Het bestaan van deze lacune overtuigde belangrijke delen van de rechtspraak ervan dat er op korte termijn iets moest gebeuren en dat leidde tot wat subtiele buitengerechtelijke druk van de rechtspraak op de politieke staatsinstellingen om op zijn minst tot incorporatie van het EVRM over te gaan.

De invoering van de Human Rights Act 1998

Aan het begin van de negentiger jaren staat het Britse rechtssysteem op een kruispunt. Na zaken als *Brind* is het duidelijk dat de Britse rechter de grenzen van zijn taak heeft bereikt waar het de bescherming van fundamentele rechten betreft. Tegelijkertijd is duidelijk dat het traditionele politieke stelsel niet in staat is om adequate bescherming tegen een vastbesloten regering te bieden. Er ontstaat behoefte aan de erkenning en rechterlijke handhaving van fundamentele rechten.

De invoering van de *European Communities Act* 1972, waarmee het Verenigd Koninkrijk toetreedt tot de EG, is daarbij een factor van belang. Daarmee worden de Britten namelijk gebonden aan de rechtspraak van het Hof van Justitie. En dat heeft al in de zestiger jaren bepaald dat de EG een eigenstandige rechtsorde is die op eigen kracht direct – en met voorrang – doorwerkt in de rechtsorde van de lidstaten.[124] De toetreding tot de EG betekent voor de Engelsman dan ook een beperkt afscheid van het dualisme. Maar ook de parlementaire suprematie komt door het Unierecht stevig onder druk te staan. Eind tachtiger en begin negentiger jaren maakt de Britse juristerij kennis met de verwoestende kracht van het Europese recht in de Britse rechtsorde, wanneer het Court of Appeal en het Hof van Justitie in *Macarthys v. Smith* in gesprek raken over de voorrang van het Unierecht.[125] Eenzelfde gesprek over de vraag hoever de doctrine van parlementaire soevereiniteit opzij geschoven moet worden, voert het Hof vervolgens met het House of Lords in *Factortame*.[126] Het gevolg van deze rechterlijke dialogen is dat de doctrine van parlementaire soevereiniteit haar superieure glans begint te verliezen. Daarbij komt dat het Hof van Justitie, zoals wij in een eerder hoofdstuk zagen, een eigen grondrechtenjurisprudentie is gaan ontwikkelen langs de lijnen van het

123 Vgl. Blackburn 2001, p. 955.

124 HvJEG 5 februari 1963, *Jur.* 1963, p. 3 (*Van Gend & Loos*), en HvJEG 15 juli 1964, *Jur.* 1964, p. 1203 (*Costa t. E.N.E.L.*).

125 CA 25 juli 1979 [1979] 1 *WLR* 1189 (*Macarthys v. Smith I*); HvJEG 27 maart 1980, *ECR* 1275 (*Macarthys v. Smith*); CA 17 april 1980 [1981] *QB* 180 (*Macarthys v. Smith II*).

126 Vgl. o.m. HL 18 mei 1989 [1990] 2 *AC* 85 (*R. v. Secretary for Transport, ex p. Factortame – 1*); HvJEG 19 juni 1990. C-213/89, *Factortame, Jur.* 1990, p. I-2433; HL 11 oktober 1990 [1991] 1 *AC* 603 (*R. v. Secretary for Transport, ex parte Factortame – 2*).

EVRM.[127] Dat zorgt ervoor dat het EVRM de Britse rechtsorde toch langs een achterdeur betreedt, zij het officieel op slechts een beperkt terrein. Dat zorgt voor een dichotomie tussen zaken waarin EG-recht aan de orde is, en zaken waarin dat niet het geval is.[128] Deze situatie versterkt de roep om incorporatie van de Conventie.

Die roep wordt in politieke kringen gehoord. Men moet haar wel horen. Verschillende rechters overwegen buiten de rechtszaal publiekelijk een duidelijker inzet van de *common law* als er niet snel iets gebeurt.[129] Traditioneel staan de beide grote partijen, *Labour* en *Tory*, afwijzend tegenover incorporatie, al wordt reeds sinds enige tijd vruchteloos gedebatteerd over een *Bill of Rights* naar Canadees of Nieuw Zeelands model. In seizoen 1993-1994 doen zich twee relevante ontwikkelingen voor. In dat jaar adopteert Labour grondrechtenbescherming als thema in de verkiezingsstrijd.[130] In het Hogerhuis wordt door Lord Lester bovendien een wetsvoorstel ingediend dat beoogt de Conventie te incorporeren op eenzelfde manier als waarop het EG-recht in de ECA 1972 is geïncorporeerd.[131] Het wetsvoorstel voorziet daarmee in de bevoegdheid van de rechter om wetgeving in strijd met het EVRM buiten toepassing te laten.[132] Dit voorstel haalt het niet, maar wordt gevolgd door een nieuw wetsvoorstel in 1996 dat in een zwakker model voorziet.[133] Dit voorstel bevat de hoofdlijnen van wat later de HRA 1998 zal worden. Datzelfde jaar wordt door *Labour* een paper geïntroduceerd, getiteld, '*Bringing Rights Home*'.[134] Op 1 mei 2007 wint *Labour* met Tony Blair de verkiezingen. Een half jaar later publiceert het nieuwe kabinet een *white paper*, getiteld *'Rights Brought Home'* met daarin de tekst voor een wetsvoorstel. Op 9 november 1998 verkrijgt het voorstel kracht van wet, op 2 oktober 2000 treedt de wet definitief in werking.[135]

9.3 Constitutionele remedies onder de Human Rights Act 1998

De Human Rights Act 1998 kan, in politieke termen, met enig recht worden aangeduid als een wet van het midden. In haar tienjarig bestaan is de wet bij verschillende gelegenheden verguisd door academici, politici en advocaten.

---

127 Vgl. HvJEG 17 december 1970, Zaak 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft, Jur.* 1970, p. 1125; HvJEG 14 mei 1974, Zaak 4/73, *Nold, Jur.* 1974, p. 491; HvJEG 15 mei 1986, Zaak 222/84, *Johnston t. Chief Constable, Jur.* 1986, p. 1651.

128 Zie HL 27 juli 1993 [1994] 1 *AC* 377 (*M. v. Home Office*), waarin de lords een dergelijke ongewenste dichotomie probeerden te verhelpen.

129 Zie voor een overzicht van speeches: Blackburn 1999.

130 Zie o.m. Blackburn 2001, p. 959.

131 De *Human Rights Bill.* Zie HL Official Report (560), col. 144 (25 januari 1995).

132 Lester & Beattie 2007, p. 66-67.

133 HL Official Report (568), col. 1725-1730. Zie tevens Lester & Beattie 2007, p. 67.

134 Zie *EHRLR* 1997, 71 voor de tekst van het paper.

135 Zie Lester & Beattie 2007, p. 67-68.

Zowel ter linkerzijde als ter rechterzijde is nadrukkelijk de vrees geuit dat incorporatie van het EVRM een eerste stap zou zijn op weg naar de rechtersstaat. Linkse juristen wisten nog maar al te goed dat het de rechtspraak was die in de zestiger en zeventiger jaren de voet dwars zette toen overheden poogden sociale wetgeving van de grond te krijgen.[136] Rechtse politici zagen zowel de gevangenissen als de staatskas leeglopen bij elke mild gefundeerde mensenrechtenclaim.[137] In politieke termen was de HRA daarom een wet die vooral paste bij het gematigde midden. Dat de wet ook in juridisch opzicht een middenweg bewandelde hangt daarmee nauw samen. Zij tracht immers het beginsel van parlementaire suprematie te verzoenen met een zo effectief mogelijke rechterlijke mensenrechtenbescherming. Van verschillende kanten is wel betoogd dat de wet beoogt een dialoog mogelijk te maken tussen rechter en wetgever, een dialoog waarin de wetgever het laatste woord heeft.[138] Zoals we nog zullen zien staat het de rechter immers niet vrij om primaire wetgeving onverbindend te verklaren of buiten toepassing te laten wegens strijd met de Conventie. Daarmee zou beoogd zijn tegemoet te komen aan hen die vrezen voor rechterlijke almacht.

In deze paragraaf wordt bezien in hoeverre deze claim terecht is. In hoeverre kan men van wetgeving spreken die nadrukkelijk beoogt een dialoog tussen rechter en wetgever te bevorderen? Klopt het dat de wetgever in dat gesprek het laatste woord heeft? En welke mogelijkheden heeft de Britse rechter om rechtsherstel te verlenen in het kader van zijn taak onder de HRA? Het perspectief bij de beantwoording van die vragen zal dat van de rechterlijke taak tot effectieve rechtsbescherming tegen schendingen door de formele wetgever zijn. Welke constitutionele middelen (remedies) heeft de rechter om aan een wettelijke inbreuk een eind te maken? Alvorens aan deze vragen toe te komen wordt eerst het wettelijk stelsel van de HRA geschetst. Vervolgens wordt ingegaan op de twee belangrijkste bepalingen uit de wet: artikel 3 dat '*public authorities*' de plicht oplegt om wetgeving, indien mogelijk, conform het EVRM uit te leggen, en artikel 4, dat bepaalde rechters de bevoegdheid toekent om een verklaring van onverenigbaarheid uit te spreken. Daarbij zal ingegaan worden op de rechtsgevolgen van een dergelijke verklaring, en op de grens tussen de beide constitutionele remedies. Wat niet uitgebreid zal worden besproken, is het bijzondere wetgevingstraject dat met een verklaring ingeslagen kan worden. In dit boek staat de rol van de rechter centraal en hoewel het wetgevingsproces daarop een zekere invloed kan hebben, gaat het in dat laatste geval om een onderwerp dat buiten het bestek van dit boek ligt.

136 Vgl. o.m. Gearty 2006, p. 2-3.

137 Zie bijv. de kritische opiniebijdrage, '*Judges must bow to the will of Parliament*' van de conservatieve oppositieleider Michael Howard in *The Telegraph* van 10 augustus 2005.

138 Aldus bijv. Gardbaum 2001, en Tushnet 2008, p. 27-31.

9.3.1 Het stelsel van de HRA in vogelvlucht

De HRA wordt met enige regelmaat aangeduid als '*constitutional holistic*'.[139] Daarmee wordt bedoeld dat de naleving van het EVRM een kwestie is die de wet aan alle drie de staatsmachten opdraagt. Tijdens de parlementaire behandeling van de wet benadrukte de regering dat het haars inziens te vaak voorkwam dat zaken, bij gebrek aan een adequate rechtsbescherming op nationaal niveau, naar Straatsburg gingen met alle kosten en imagoschade van dien.[140] Het doel van de wet was dan ook duidelijk: het aantal klachten in Straatsburg moest omlaag en elke staatsinstelling die daaraan kon bijdragen moest worden ingezet. Populair uitgedrukt: het was *'all hands on deck'*. In dat licht moet ook een secundaire doelstelling worden bezien, namelijk dat een actieve rol van de Britse rechtspraak bij zou dragen aan een dialoog met Straatsburg en – hopelijk – een groter begrip van de Straatsburgse rechtspraak voor de Britse situatie.[141]

9.3.1.1 De methode van incorporatie

Deze doelstelling streeft de wet na door in artikel 1 een groot deel van de subjectieve rechten van het EVRM te incorporeren. Onder Conventierechten verstaat de HRA de artikelen 2 tot en met 14 van het EVRM, de artikelen 1 tot en met 3 van het Eerste Protocol, en artikel 1 van het Dertiende Protocol.[142] De tekst van deze EVRM-bepalingen is opgenomen in bijlage 1 bij de wet. Artikel 1 HRA moet, zoals alle bepalingen in de wet, worden gelezen in samenhang met de definitiebepaling van artikel 21. Daaruit volgt dat de wet beoogt de authentieke verdragsbepaling te incorporeren. Hoewel de tekst in bijlage 1 woordelijk de Engelse vertaling van het EVRM volgt, is – strikt genomen – ook de Franstalige versie van het verdrag authentiek voor wat betreft de HRA.[143] Merkwaardig genoeg is artikel 13 EVRM niet geïncorporeerd. De regering verklaarde deze omissie met het argument dat de HRA nu juist bedoeld is om zelf een effectief rechtsmiddel te bieden voor beweerdelijke schendingen van Conventierechten.[144] Een separaat subjectief recht op een effectieve remedie werd daarom niet nodig gevonden. De regering sprak voorts de vrees uit dat

139 Vgl. bijv. Lester & Beattie 2007, p. 68.

140 Zie o.m. het *White Paper* dat de regering samen met het wetsvoorstel naar de beide Huizen van het parlement stuurde: *Rights Brought Home: The Human Rights Bill* (Oktober 1997), Cm. 3782, §1.14.

141 Besson 2008, p. 41.

142 Zie artikel 1 HRA. Het Twaalfde Protocol bij het EVRM ontbreekt overigens in deze opsomming, nu het Verenigd Koninkrijk daarbij tot dusver niet partij is.

143 Zie daarover tevens Feldman 2002a, p. 81.

144 HL (Second Reading), *Hansard, HL,* 3 november 1997, col. 1308; HL (Committee Stage), *Hansard, HL,* 18 november 1997, col. 475; HC (Committee Stage), *Hansard, HC,* 20 mei 1998, col. 979.

artikel 13 EVRM mogelijk gebruikt zou kunnen worden als voertuig voor nieuwe, door de rechtspraak te ontwikkelen, remedies. Een vooruitzicht dat haar niet tot vreugde stemde.[145]

Centraal in de wet staat de plicht voor zogenaamde *'public authorities'* om hun bevoegdheden in overeenstemming met de Conventie uit te oefenen tenzij een formele wet hen anders opdraagt. Deze plicht is vastgelegd in artikel 6 van de wet en geldt voor alle overheidsorganen (*'public authorities'*) – inclusief de rechtspraak – behalve het parlement en het Lagerhuis, respectievelijk het Hogerhuis, afzonderlijk. De bepaling verklaart handelen (*'an act'*) in strijd met de Conventie onrechtmatig naar Brits recht. Houdt nu een overheidshandeling een schending van een EVRM-recht in, dan maakt artikel 7 HRA het mogelijk dat slachtoffers zich voor de bevoegde rechter op dat recht beroepen. Artikel 8 regelt voorts de remedies die de rechter ten dienste staan bij het verhelpen van de schending. Het eerste lid van deze bepaling luidt als volgt:

> 'In relation to any act (or proposed act) of a public authority which the court finds is (or would be) unlawful, it may grant such relief or remedy, or make such order, within its powers as it considers just and appropriate'.

Kort gezegd staat het de Britse rechter dus vrij zijn gehele arsenaal aan rechterlijke uitspraakbevoegdheden te gebruiken. Nieuwe uitspraakbevoegdheden schept de bepaling echter niet. Ten aanzien van de mogelijkheden tot rechtsherstel – welke het ook betreft – wordt dus aangeknoopt bij het begrip *'act of a public authority'*. Zowel het handelen, als een eventueel nalaten van de wetgever is daarvan uitgesloten, nu het derde lid van artikel 6 de formele wetgever uitzondert van het begrip *'public authority'*. De wet biedt dan ook geen grondslag voor een rechtstreekse aansprakelijkheid van de staat of de wetgever wegens het uitvaardigen van wetgeving in strijd met verdragsverplichtingen onder het EVRM. Evenmin maakt de HRA het mogelijk een overheidsorgaan aan te spreken voor de correcte uitvoering van formele wetgeving die als zodanig in strijd is met het EVRM. Zolang de uitvoerende instantie geen discretionaire ruimte toekomt bij de toepassing van de wet, en de schending die van zijn uitvoeringshandeling het gevolg is dus rechtstreeks te herleiden is tot de wettelijke regeling, dient de uitvoeringshandeling – aldus sub b van artikel 6 lid 2 – niet als onrechtmatig te worden aangemerkt. Daarmee vervalt de grond voor het toekennen van elke vorm van rechtsherstel.

Hoewel artikel 8 HRA de rechter quasi opdraagt zijn gehele, reeds bestaande, gereedschapskist aan uitspraakbevoegdheden gereed te houden, kent de bepaling een afwijkende regeling ten aanzien van schadevergoeding. Deze kan namelijk uitsluitend in het kader van een civiele procedure worden toegekend en slechts dan wanneer dat noodzakelijk is voor het verlenen van *'just*

145 Vgl. Feldman 2002a, p. 82-83, die meent dat hier sprake is van tegenstrijdige argumentatie.

satisfaction'.[146] Bij de inschatting of daarvan sprake is, dient de rechter in kwestie nadrukkelijk rekening te houden met het rechtsherstel dat reeds op andere wijze (bijvoorbeeld door rechtspraak van andere rechters) heeft plaatsgevonden. Het vierde lid van artikel 8 HRA bepaalt bovendien dat bij de vraag of, en zo ja hoeveel, schadevergoeding moet worden toegekend, acht moet worden geslagen op de rechtspraak van het EHRM onder artikel 41 EVRM. Volgens vaste rechtspraak is het niet de bedoeling dat de Britse rechter op dit punt een beduidend lagere, maar ook niet een beduidend hogere bescherming biedt dan zijn Straatsburgse equivalent.[147] Lord Bingham onderstreepte in dat verband dat het EHRM regelmatig uitspreekt dat de enkele vaststelling van een schending reeds voldoende remedie voor het slachtoffer kan betekenen.[148] Deze lijn dient ook door de Britse rechter te worden gevolgd.

De kernbepalingen voor de toepassing van Conventierecht in de Britse rechtspraak, vormen de artikelen 2, 3 en 4 van de wet. Zij betreffen de uitleg van, respectievelijk, het EVRM en het nationale recht. De artikelen 3 en 4 zien op het nationale recht. Het spiegelbeeld van beide bepalingen vormt artikel 2 HRA, dat de rechter opdraagt acht te slaan op (*'take into account'*) de rechtspraak van de Straatsburgse toezichtorganen. Daarbij gaat het niet enkel om het Hof, maar ook om het Comité van Ministers en om de rechtspraak van de, inmiddels opgeheven, Commissie voor de Rechten van de Mens. Uit de zinsnede '*whenever made or given*' volgt dat niet slechts de rechtspraak van na de inwerkingtreding van de HRA van belang is, maar ook de rechtspraak die daarvoor reeds tot stand is gekomen. Aangezien de dialoog tussen de Britse rechter en zijn Straatsburgse evenknie van belang is voor het proces van rechtsvorming op nationaal niveau, zal daarop hier wat nader worden ingegaan.

9.3.1.2 Binding aan Straatsburgse rechtspraak

De binding van de Britse rechter aan de Straatsburgse rechtspraak is niet absoluut. Daarvoor zijn verschillende redenen aan te wijzen. Voorop moet worden gesteld dat de wettekst niet wil suggereren dat het Verenigd Koninkrijk en de daartoe behorende organen niet volkenrechtelijk gebonden zijn aan de uitspraken van de Straatsburgse toezichtorganen. In de bijzondere Britse context van *precedent*, is het echter de vraag welke betekenis binding in constitutionele zin zou hebben. Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel in het Hogerhuis voerde de regering, ter afwering van een amendement dat ertoe strekte wel strikte binding te introduceren, aan dat het Straatsburgse Hof zelf geen formele doctrine van *precedent* hanteert.[149] De

146 Vgl. lid 2, resp. lid 3 van artikel 8 HRA.
147 HL 16 februari 2005 [2005] *UKHL* 14 (*R. v. Home Secretary, ex parte Greenfield*).
148 Zie Lord Bingham, r.o. 8-9.
149 HL (Report Stage), *Hansard, HL,* 19 januari 1998, col. 1270.

Conventie is een dynamisch en geen statisch document. Dat gegeven leidde volgens de regering tot twee conclusies. Ten eerste zou de Straatsburgse rechtspraak zich niet bepaald lenen voor strikte navolging, nu daarin het specifieke feitencomplex – sterk gekleurd bovendien door de nationale context – een zo grote rol speelt. Ten tweede zou het in een dergelijke situatie, die de sfeer ademt van gezamenlijke rechtsvorming door de nationale en de Straatsburgse rechter, logischer zijn wanneer de nationale rechter de bevoegdheid heeft af te wijken van Straatsburgse rechtspraak die naar zijn inzicht verouderd is of in de bijzondere Britse context tot merkwaardige resultaten zou leiden.[150] Een zelfde benadering kiest ook het Hof zelf. De Britse rechter hoeft zich, met andere woorden, niet roomser te gedragen dan de Paus. Sterker nog, diverse auteurs benadrukken dat de *margin of appreciation* doctrine van het Hof er op wijst dat Straatsburg de nationale rechter expliciet opdraagt om met de bijzonderheden van het nationale geval rekening te houden.[151]

Hoewel de regering dus een strikte binding, in de zin van een doctrine van *precedent*, van de hand wees, laat haar benadering zich wel inpassen in de, in het Verenigd Koninkrijk gebruikelijke, doctrine. Zo kent deze doctrine sinds jaar en dag het onderscheid tussen *distinguishing* en *departing*. De bevoegdheid om zaken te onderscheiden van eerdere precedenten kennen alle rechters. Afwijken van gevestigd precedent kan alleen de hoogste rechter. Het is de vraag hoe de relatie tussen de Britse en de Straatsburgse rechtspraak in dat verband moet worden gezien. De verwijzing van de regering en verschillende auteurs naar de *margin of appreciation* suggereert dat bijzondere nationale factoren aanleiding kunnen zijn om af te wijken van de Straatsburgse rechtspraak. Daarmee lijkt te worden gedoeld op de bevoegdheid van Britse rechters om zaken te onderscheiden van het Straatsburgse precedent. Wanneer de Britse rechter onderscheidt, dan accepteert hij de Straatsburgse rechtspraak als uitgangspunt, maar geeft hij daaraan in het individuele geval geen uitvoering omdat de Britse context aanleiding geeft voor een uitzondering.[152] Een voorbeeld daarvan betreft de uitspraak van de lords in *Animal Defenders*.[153]

Hoewel de rechtspraak van het EHRM, in het bijzonder diens uitspraak in *Verein gegen Tierfabriken t. Zwitserland*, als zodanig werd geaccepteerd, zagen de lords ruimte voor het aannemen van een uitzondering.[154] Zoals verschillende lords (m/v) benadrukten was het zeer wel mogelijk dat Straatsburg daarover, gegeven de Britse context, niet anders zou denken.[155]

150 *Ibid.*
151 Zo bijv. Lester & Beattie 2007, p. 76-77, en Kavanagh 2009, p. 158.
152 Vgl. Kavanagh 2009, p. 149.
153 HL 12 maart 2008 [2008] *UKHL* 15 (*Animal Defenders International*), *per* Lady Hale, r.o. 52.
154 EHRM 28 juni 2001, *no.* 24699/94 (*VgT – Verein gegen Tierfabriken v. Switserland*).
155 Zie de opinies van Lord Bingham (r.o. 37), Lord Scott (r.o. 43-44) en Lady Hale (r.o. 52).

In een recente uitspraak ging het nieuwe Supreme Court echter duidelijk een stap verder. Het is één ding om te menen dat afgeweken kan worden van Straatsburgse rechtspraak omdat deze bijvoorbeeld tegen een ander land is gewezen en het Hof daarin geen rekening heeft kunnen houden met de bijzonderheden van de Britse context, het is iets anders om rechtspraak van het Hof in zaken tegen het Verenigd Koninkrijk zelf expliciet van de hand te wijzen. Dat deed het Supreme Court – unaniem – echter wel in *R. v. Horncastle*.[156] De Vierde Kamer van het EHRM had in *Al-Khawaja en Tahery t. Verenigd Koninkrijk* een schending van artikel 6 EVRM uitgesproken omdat de Britse strafrechter voor het bewijs verklaringen had gebezigd van getuigen die niet, of niet meer, gehoord konden worden door de verdachte of diens raadsman.[157] De Britse regering stelde de kwestie aan de orde bij de Grote Kamer. Terwijl dat verzoek nog aanhangig was, bereikten twee soortgelijke gevallen het Supreme Court. In een uitgesproken felle opinie leverde Lord Phillips kritiek op dit oordeel. Het EHRM zou, aldus de Britse hoogste rechter, te weinig rekening hebben gehouden met de bijzondere aard van het Britse strafrecht, en zich te zeer hebben verlaten op continentale stelsels. Zou de Britse rechter Straatsburg volgen dan zouden de consequenties voor het Britse strafrechtssysteem niet te overzien zijn. Bovendien zou de Straatsburgse rechtspraak hem nopen tot rechtsvorming op grote schaal waartoe hij zich niet in staat achtte. Onder verwijzing naar artikel 2 HRA benadrukte Phillips dat het Supreme Court gehouden was Straatsburgse rechtspraak *in acht te nemen*, hetgeen betekende dat deze 'normaal gesproken' gevolgd moest worden. Echter:

> 'There will, however, be rare occasions where this court has concerns as to whether a decision of the Strasbourg Court sufficiently appreciates or accommodates particular aspects of our domestic process. In such circumstances it is open to this court to decline to follow the Strasbourg decision, giving reasons for adopting this course. This is likely to give the Strasbourg Court the opportunity to reconsider the particular aspect of the decision that is in issue, so that there takes place what may prove to be a valuable dialogue between this court and the Strasbourg Court'.[158]

Bij de opmerking van Lord Phillips moet bedacht worden dat de uitspraak die hij bekritiseert tegen het Verenigd Koninkrijk werd gewezen, unaniem was en medeondertekend door de Britse rechter in het Hof, Sir Nicholas Bratza. Van onderscheiden is hier dus geen sprake meer. De Britse rechter wijkt niet meer af van een specifieke feitenconstellatie, maar van de regel die het Hof formuleerde als zodanig. Hier past nog wel een nuancerende kanttekening. De uitspraak in *Horncastle*, hoewel unaniem, ging vergezeld van een *concurring opinion* van Lord Brown die nader uiteen zette waarom hij zich in dit geval

156 UKSC 9 december 2009 [2009] *UKSC* 14 (*R. v. Horncastle*), *per* Lord Phillips.
157 EHRM 20 januari 2009, *no.* 26766/05 en 22228/06 (*Al-Kwhawaja & Tahery v. UK*).
158 UKSC 9 december 2009 [2009] *UKSC* 14 (*R. v. Horncastle*), *per* Lord Phillips, r.o. 11.

niet gebonden achtte aan het Straatsburgse oordeel. Diens benadering lijkt sterk te leunen op het feit dat het in *Al-Khawaja* ging om een Kameruitspraak.[159] Op het tijdstip waarop de justices van het Supreme Court moesten oordelen in *Horncastle* lag de kwestie in *Al-Khawaja* inmiddels bij de Grote Kamer van het Hof. Wellicht dat daarom de uitspraak in *Horncastle* moet worden gezien als een oproep aan de Grote Kamer van het Straatsburgse Hof om de rechtspraak van de Vierde Kamer bij te sturen. Inderdaad heeft de taal die Lord Phillips bezigt wel wat weg van een processtuk van de Britse regering. Wat het Supreme Court te doen staat als Straatsburg voet bij stuk blijft houden staat dus nog te bezien.

Horncastle is zeker illustratief en qua vorm en stijl uniek. Maar het feit dat de Britse hoogste rechter zich bevoegd acht niet slechts te onderscheiden van Straatsburgs precedent, maar er ook expliciet van af te wijken is niet nieuw. Verschillende factoren kunnen aanleiding zijn voor het Supreme Court om een uitgangspunt van het EHRM bewust in de wind te slaan. Zo kan de mate van binding afhangen van de eenduidigheid van de Straatsburgse rechtspraak.[160] Een andere factor van belang betreft de vraag of Straatsburg in de ogen van de Britse rechter wel alle argumenten op de juiste wijze heeft meegewogen.[161] Wanneer het Supreme Court de indruk krijgt dat het EHRM zijn oordeel heeft gebaseerd op een onjuist beeld van het Britse recht, dan houdt hij zich eveneens het recht voor om Straatsburg niet te volgen.[162] Tenslotte wordt wel de situatie genoemd dat de Straatsburgse rechtspraak de Britse rechter verouderd voor komt, al kan men hier wellicht even zo goed stellen dat dit een kwestie van onderscheiden is.[163]

De uitspraak in *Horncastle* moet niet het zicht ontnemen op het feit dat de Britse rechter Straatsburg doorgaans pleegt te volgen. In haar recente boek over constitutionele toetsing in het kader van de HRA betoogt Kavanagh zelfs dat de Britse rechtspraak artikel 2 zo uitlegt dat aan Straatsburgse uitspraken *de facto* eenzelfde precedentwerking toekomt als aan uitspraken van de eigen hoogste rechter.[164] Hoewel het de vraag is of zij het nog zo ziet na de uitspraak in *Horncastle*, lijkt voor die stelling wel wat te zeggen. Zij laat zich afleiden uit een reeks van zaken waarin de lords benadrukten dat zij Straats-

159 Zie r.o. 112-121.

160 HL 8 maart 2006 [2006] *UKHL* 11 (*Secretary of State for Work and Pensions v. M.*), *per* Lord Nicholls; HL 13 juni 2007 [2007] *UKHL* 26 (*Al Skeini v. Defence Secretary*), *per* Lord Rodger.

161 Zie bijv. HL 12 maart 2008 [2008] *UKHL* 15 (*Animal Defenders International*), *per* Lady Hale.

162 Vgl. bijv. HL 14 november 2002 [2002] *UKHL* 44 (*R. v. Lyons*), *per* Lord Hoffmann, r.o. 46.

163 Kavanagh 2009, p. 151, die verwijst naar HL 5 mei 2005 [2005] *UKHL* 31 (*N. v. Home Secretary*), *per* Lord Hope, r.o. 92.

164 Kavanagh 2009, p. 144. Deze visie wordt breed gedeeld: zie bijv. ook Amos 2007, p. 14.

burg te volgen hadden.[165] Vooral bekend geworden is de uitspraak in *Ex parte Ullah*, waarin Lord Bingham als volgt overwoog:

> 'From this it follows that a national court subject to a duty such as that imposed by section 2 should not without strong reason dilute or weaken the effect of the Strasbourg case law. It is indeed unlawful under section 6 of the 1998 Act for a public authority, including a court, to act in a way which is incompatible with a Convention right. It is of course open to member states to provide for rights more generous than those guaranteed by the Convention, but such provision should not be the product of interpretation of the Convention by national courts, since the meaning of the Convention should be uniform throughout the states party to it. The duty of national courts is to keep pace with the Strasbourg jurisprudence as it evolves over time: no more, but certainly no less'.[166]

De lijn van Lord Bingham, die kernachtig kan worden samengevat met slogans als '*no more, no less*' en '*the duty to keep pace*' is de heersende leer geworden.[167] Deze lijn kent twee dimensies. Ten eerste dat de Britse rechter Straatsburgse rechtspraak, behoudens de hiervoor besproken uitzonderlijke omstandigheden, doorgaans volgt. In elk geval voor zover het gaat om uitspraken van de Grote Kamer.[168] Ten tweede dat het aan de wetgever is om verdergaande bescherming te bieden dan het niveau dat zich uit de Straatsburgse rechtspraak laat afleiden.

Deze laatste dimensie heeft geleid tot een verhit debat in de literatuur over de vraag of de Britse rechter hier niet te terughoudend is. Zeker is dat de *duty*

---

165 Zie bijv. HL 9 mei 2001 [2001] *UKHL* 23 (*R. v. Secretary of State, ex p. Alconbury*), *per* Lord Slynn, r.o. 23; HL 25 november 2002 [2002] *UKHL* 46 (*R. v. Home Secretary, ex p. Anderson*), *per* Lord Bingham, r.o. 18; HL 17 juni 2004 [2004] *UKHL* 26 (*R. v. Special Adjudicator, ex p. Ullah*), *per* Lord Bingham; HL 8 maart 2006 [2006] *UKHL* 10 (*Kay v. Lambeth LBC*), *per* Lord Bingham, r.o. 28; HL 10 juni 2009 [2009] *UKHL* 28 (*Home Secretary v. AF*).

166 HL 17 juni 2004 [2004] *UKHL* 26 (*R. v. Special Adjudicator, ex p. Ullah*), *per* Lord Bingham, r.o. 20.

167 Vgl. HL 8 maart 2006 [2006] *UKHL* 11 (*Secretary of State for Work and Pensions v. M.*), *per* Lord Mance, r.o. 129; HL 22 juli 2004 [2004] *UKHL* 39 (*R. v. Chief Constable S.Y. Police, ex p. Marper*), *per* Lord Steyn; HL 8 maart 2006 [2006] *UKHL* 10 (*Kay v. Lambeth LBC*), *per* Lord Hope; HL 22 oktober 2008 [2008] *UKHL* 63 (*R. [RJM] v. Secretary of State for Work and Pensions*), *per* Lord Neuberger. Zie tevens: Masterman 2007; Kavanagh 2009, p. 146-148.

168 Vgl. de formulering die Lord Bingham gebruikte in HL 25 november 2002 [2002] *UKHL* 46 (*R. v. Home Secretary, ex p. Anderson*), r.o. 18. Interessant is nog de vraag of het Supreme Court een soortgelijk gezag toekent aan uitspraken van de verschillende Kamers waartegen geen beroep bij de Grote Kamer meer open staat. Uitgangspunt is dat de Britse rechter Straatsburgse jurisprudentie doorgaans volgt, ongeacht de vraag of zij afkomstig is van de Grote of een Kleine Kamer. Het is echter wel voorstelbaar dat het Supreme Court eerder in buitengewone omstandigheden aanleiding ziet om af te wijken van een Kameruitspraak, hoe definitief ook, dan van een arrest van de Grote Kamer. In het eerste geval blijft immers steeds de mogelijkheid bestaan dat de Grote Kamer zich omtrent de kwestie in een latere zaak uitlaat.

to keep pace volgens vaste rechtspraak tevens de *duty not to outpace* inhoudt.[169] Zelfs als, zoals hiervoor aan de orde kwam, de Straatsburgse rechtspraak gedateerd is, acht de Britse rechter zich niet bevoegd om verder te gaan: dat is een kwestie voor *Parliament*.[170] De vraag is hoe men deze lijn moet beoordelen in het licht van de doelstelling van de HRA om de stroom van klachten naar Straatsburg in te dammen. Verschillende auteurs hebben vanuit dat perspectief dan ook kritiek geuit. Zo meent Roger Masterman dat de rechtspraak te minimalistisch is.[171] Hij wijst daarbij op het Straatsburgse uitgangspunt dat het zwaartepunt van de mensenrechtenbescherming op nationaal niveau behoort te liggen, en op de onderliggende, mensenrechtenbevorderende, gedachte van de HRA. Daar is wel tegenover gesteld dat de HRA weliswaar tracht het zwaartepunt bij de nationale instellingen te leggen, maar dat – zoals wij hiervoor zagen – dit een holistische operatie is geweest in de zin dat alle drie de staatsmachten daarbij een eigen taak toebedeeld kregen. Het minimumniveau kan door de wetgever worden overstegen, maar niet door de rechter.[172] Wat er ook van deze discussie zij, de rechtspraak heeft zich de kritiek nooit aangetrokken. Zoals wij nog zullen zien is daarbij voornamelijk van belang dat de Britse rechter terughoudend is om als quasi-wetgever op te treden. Weliswaar geeft artikel 3 HRA hem een beperkte rechtsvormende taak, een taak waaraan hij plichtsgetrouw invulling geeft, maar hij gaat daartoe slechts over als hij zich gesteund weet door zo duidelijk mogelijke Straatsburgse rugdekking. Deze houding is begrijpelijk. De invloed van de Britse rechtspraak zou, zeker naar Britse maatstaven, ondenkbaar groot worden wanneer de rechter zich niet alleen niet meer gebonden weet aan de strikte tekst en bedoeling van de wetgever, maar ook naar eigen inzicht invulling kan geven aan de tekst en de bedoeling van de Conventie.

Het wordt tijd om de bespreking van de binding aan Straatsburgse oordelen af te sluiten. Alvorens dat te doen, dient nog één opmerking gemaakt te worden. Artikel 2 HRA richt zich niet slechts op het Supreme Court als hoogste rechter, maar op alle rechters in het Verenigd Koninkrijk, zelfs op de bestuursrechtelijke tribunalen. De vraag dringt zich dan ook op wat lagere rechters te doen staat wanneer zij geconfronteerd worden met een Straatsburgs oordeel dat afwijkt van de rechtspraak van de eigen hoogste rechter. Voorop staat dat de HRA de Conventie als zodanig incorporeert. Anders dan vaak het geval is in tranformatiestelsels, is het niet de tekst in bijlage 1 van de HRA die uitgelegd dient te worden, maar de authentieke verdragstekst zelf. Het lijdt geen twijfel, ook niet in Engeland, dat het EHRM ten aanzien van die tekst de gezag-

169 Zie HL 8 maart 2006 [2006] *UKHL* 10 (*Kay v. Lambeth LBC*), *per* Lord Hope, r.o. 88.
170 HL 5 mei 2005 [2005] *UKHL* 31 (*N. v. Home Secretary*), *per* Lord Hope.
171 Masterman 2007, p. 73. Tevens: Feldman 2002a, p. 83, en Wintermute 2006, p. 728. Anders echter: Kavanagh 2009, p. 160-164.
172 Kavanagh 2009, p. 161.

hebbende interpretator is.[173] Als dus de lagere rechter geconfronteerd wordt met twee tegenstrijdige precedenten over de uitleg van die tekst, één uit Straatsburg en één uit de Middlesex Guildhall in Londen, welke dient hij dan te volgen? Het antwoord van de lords is duidelijk, zij het anders dan men op basis van het voorgaande wellicht zou vermoeden: het precedent van de lords (tegenwoordig het Supreme Court) prevaleert. In *RJM v. Secretary of State for Work and Pensions* benadrukte Lord Neuberger dat lagere rechters gebonden zijn aan het precedent van het Supreme Court, uitspraken van het EHRM zijn op dat punt geen concurrerend precedent.[174] Wordt een lagere rechter geconfronteerd met rechtspraak van een hogere rechter die achterhaald is door een Straatsburgs oordeel, dan dient hij een eventuele koerswijziging aan die hogere rechter over te laten. Lord Neuberger benadrukte in dat verband dat artikel 2 HRA de mogelijkheid laat bestaan dat de (hoogste) Britse rechter het EHRM niet volgt. Op dit punt houden de hoogste rechters de zaak dus graag in eigen hand en accepteren zij niet dat er kikkers zijn die uit de Britse kruiwagen en in de Straatsburgse bolide springen. Dat laat onverlet dat rechters wel vrij zijn om van hun eigen precedent af te wijken indien de Straatsburgse beslissing daartoe noopt. Ook in dat geval gaat het echter niet om een verplichting, zo benadrukt Lord Neuberger.[175]

9.3.1.3 Wetgeving in strijd met de Conventie

De HRA is op verschillende aspecten een novum. Zo incorporeert de wet het EVRM, legt hij overheidsorganen de plicht op om hun taak conform het EVRM uit te oefenen, koppelt hij deze plicht aan de mogelijkheid voor rechters om hun gebruikelijke instrumentarium in te zetten om rechtsherstel te verlenen, en verplicht hij de rechtspraak tot slot om beslissingen van het EHRM in acht te nemen. Eerder in deze paragraaf kwam artikel 8 HRA reeds ter sprake. Het in deze bepaling gebezigde begrip '*unlawful act*', is voor de toepasselijkheid van de rechterlijke gereedschapskist van groot belang. Wij zagen reeds dat daarvan alleen sprake is wanneer een uitvoerend overheidsorgaan de wet incorrect toepast en deze toepassing conflicteert met een mensenrechtelijke bepaling. Correcte toepassing van een als zodanig met het EVRM strijdige wetsbepaling, kan niet tot toepassing van het 'reguliere' arsenaal aan rechterlijke bevoegdheden leiden. Schendingen die rechtstreeks voortvloeien uit formele wetgeving vallen, met andere woorden, niet onder het toepassingsbereik van artikel 8 jo. 6 HRA.

In een staat waarin verreweg het grootste deel van het overheidshandelen herleidbaar is tot parlementaire wetgeving, is incorporatie echter betrekkelijk

173 Zo bijv. Lord Bingham in HL 8 maart 2006 [2006] *UKHL* 10 (*Kay v. Lambeth LBC*), r.o. 28.
174 HL 22 oktober 2008 [2008] *UKHL* 63 (*R. [RJM] v. Secretary of State for Work and Pensions*), *per* Lord Neuberger, r.o. 64.
175 *Ibid,* r.o. 66.

futiel wanneer geen bescherming mogelijk is tegen inbreuken die bij formele wet op het EVRM worden gemaakt. De Human Rights Act kent de rechter twee instrumenten toe om aan dit knelpunt tegemoet te komen. Zo verplicht artikel 3 HRA overheidsorganen, waaronder de rechter, om wetgeving zoveel mogelijk conform het EVRM uit te leggen. Wanneer dat lukt, wordt de grondrechtsschending dus weer onder het toepassingsbereik van artikel 8 HRA gebracht. 'Leest' men de wettelijke regeling immers conform de Conventie, dan is een toepassing van de wet die met het verdragsrecht op gespannen voet staat immers niet meer te kwalificeren als een correcte uitvoering van de wet. Het probleem blijft echter bestaan dat het reguliere arsenaal aan rechterlijke bevoegdheden tekortschiet in gevallen waarin conforme uitleg van de wettelijke regeling niet mogelijk is. Daarvoor in de plaats kent artikel 4 HRA de rechter een nieuwe uitspraakbevoegdheid toe, de verklaring van onverenigbaarheid (*'declaration of incompatibility'*). Met deze beide bijzondere aanvullingen op de rechterlijke gereedschapskist is getracht rechterlijke toetsing van parlementaire wetgeving te faciliteren zonder afbreuk te doen aan het beginsel van parlementaire suprematie. Zij worden ook wel aangeduid met de term 'constitutionele remedies'. Deze remedies moeten echter worden onderscheiden van de traditionele remedies, zoals het toekennen van schadevergoeding, het uitvaardigen van een rechterlijk bevel of het uitspreken van een verklaring voor recht. De artikelen 3 en 4 van de HRA hebben betrekking op de rechterlijke toetsing van wetgeving aan de Conventierechten. Hen als constitutionele remedies te betitelen geeft vooral hun belang weer voor, wat steeds vaker wordt genoemd, de ontwikkeling van een stelsel van constitutionele toetsing in het Verenigd Koninkrijk.[176] In de volgende paragraaf wordt nader ingegaan op de werking van deze constitutionele remedies. Alvorens daartoe over te gaan, worden zij hier wel reeds in vogelvlucht behandeld, teneinde de lezer een overzicht te gunnen.

9.3.1.4 Over rechterlijke interpretatie en het wetgevingsproces

Zoals hier al eerder werd aangehaald, wordt het stelsel van de HRA wel *constitutionally holistic* genoemd in de zin dat daaraan de gedachte ten grondslag ligt dat de bescherming van mensenrechten een zaak is voor alle drie de staatsmachten.[177] Het duidelijkst is dat te zien wanneer men het heeft over constitutionele remedies en het bieden van rechtsbescherming tegen schendingen die voortvloeien uit het bestaan van met de Conventie strijdige wetgeving. De taken zijn op dit punt verdeeld tussen de rechter en de wetgever. Duidelijk is bovendien dat de HRA-wetgever heeft willen aansluiten bij ontwikkelingen in de rechtspraak inzake grondrechtenbescherming zoals die in de vorige

176 Aldus bijvoorbeeld Kavanagh, die haar jongste boek de titel *'Constitutional Review under the UK Human Rights Act'* meegaf (Kavanagh 2009).

177 Lester & Beattie 2007, p. 68.

paragraaf zijn beschreven. De rechterlijke bescherming is duidelijk over de band van sterke interpretatieve presumpties vormgegeven.

Het vertrekpunt bij de toetsing van wetgeving aan de door de HRA geïncorporeerde Conventierechten is artikel 3 HRA, dat de rechter de plicht oplegt om wetgeving *voor zover mogelijk* in overeenstemming met het EVRM uit te leggen. Deze bepaling veronderstelt een stappenplan waarin de rechter eerst beziet welke betekenis de bepaling op het eerste gezicht toekomt. Constateert de rechter mogelijke spanning tussen het wetsartikel en het Conventierecht, uitgelegd naar Straatsburgse maatstaven, dan dient hij te onderzoeken of ook het toekennen van een verdragsconforme betekenis mogelijk is.

Logischerwijs zit de crux in deze bepaling in de woorden 'voor zover mogelijk'. Wij zagen reeds in de vorige paragraaf dat rechters over de band van de *common law* al uitgingen van de presumptie dat de wetgever niet de intentie heeft in strijd met zijn verdragsverplichtingen te handelen. Wij zagen echter ook dat deze presumptie van een groot aantal factoren, waaronder wetgevingstechniek, afhankelijk was. Om een sterke presumptie ging het niet. De HRA versterkt het uitgangspunt daarom door de verantwoordelijke minister in artikel 19 HRA op te dragen wetsvoorstellen vergezeld te doen gaan van een verklaring over de verenigbaarheid van de voorgestelde regeling met de Conventie. Voor het perspectief van parlementaire soevereiniteit is immers van belang dat de bepaling regering en parlement niet verbiedt om, met het EVRM strijdige, wetgeving uit te vaardigen. Uitgangspunt is niettemin dat dit zelden het geval zal zijn.[178] Mocht het parlement echter besluiten om regelgeving vast te stellen die in directe strijd komt met de Conventie, dan moet het dat expliciet doen. Men veronderstelde dat een expliciete verklaring namens de regering, dat men van zins is een regeling vast te stellen waarvan niet kan worden gezegd dat die verenigbaar is met het EVRM, de oppositie een wapen in handen zou geven en reacties uit de samenleving en van de internationale gemeenschap zou oproepen.[179]

Een verklaring dat de wetgeving volgens de minister wel verenigbaar is met de Conventie, is niet bindend voor de rechtspraak, maar versterkt wel de presumptie dat het de bedoeling van het parlement is geweest om de wetgeving zodanig vorm te geven dat binnen de grenzen van het EVRM wordt gebleven. De verklaring geeft de rechter dan ook de legitimatie om verder dan ooit te gaan in zijn poging om wetgeving conform uit te leggen.[180] In de volgende paragraaf zal worden ingegaan op de vraag welke grenzen de rechter daarbij in het HRA-tijdperk hanteert. Afgezien van deze juridische

178 House of Commons (Second Reading), *Hansard, HC*, col. 780 (16 februari 1998), Jack Straw MP; House of Lords (Second Reading), *Hansard, HL*, col. 1233 (3 november 1997), Lord Irvine of Lairg.

179 Kavanagh 2009, p. 12.

180 Feldman 2002a, p. 87.

kwestie, werd met artikel 19 overigens tevens beoogd een mentaliteitswijziging teweeg te brengen door bewindspersonen en ambtenaren te dwingen de mensenrechtelijke aspecten van elk wetsvoorstel te onderzoeken.[181] Artikel 19 lijkt bovendien nog een laatste, wellicht onbedoeld, doel te hebben. Enigszins cynisch geponeerd vergemakkelijkt zo'n verklaring, zoals wij nog zullen zien, voor de burger een gang naar Straatsburg. Wanneer de regering uitdrukkelijk erkent dat wetgeving mogelijkerwijs in strijd is met de Conventie, is de kans op een verklaring van onverenigbaarheid van de nationale rechter, en daarmee op het uitspreken van een schending door het EHRM, immers groter.[182]

De situatie dat de regering expliciet erkent dat wetgeving mogelijkerwijs in strijd is met de Conventie, maar het parlement deze wetgeving niettemin aanvaardt omdat men meent dat het doel van de wetgeving belangrijker is dan naleving van het verdrag, kan een voorbeeld zijn van een geval waarin artikel 3 HRA geen uitkomst biedt. De rechter dient zich immers te beperken tot het interpreteren van de wet. De wet buiten toepassing laten of haar fundamenteel wijzigen mag hij niet. Dat geldt overigens uitsluitend voor *primary legislation*, wetgeving in formele zin. Voor lagere regelgeving geldt *a contrario* dat deze, op basis van artikel 3 lid 2 (sub c) HRA, wèl onverbindend kan worden verklaard. Is de rechter van oordeel dat een formeel-wettelijke regeling een schending van een Conventierecht oplevert, dan kan hij op basis van artikel 4 HRA een verklaring van onverenigbaarheid (*declaration of incompatibility*) uitspreken. Zoals wij nog zullen zien betreft het hier, anders dan de interpretatieve plicht van artikel 3, een discretionaire bevoegdheid van de rechter. De verklaring heeft geen *erga omnes* werking in de zin dat zij de partijen in het geschil, noch het parlement bindt. In die zin heeft de onverenigbaarverklaring de klager niets te bieden. Artikel 4 moet echter gelezen worden in samenhang met artikel 10, dat onder de titel '*remedial action*' de minister de mogelijkheid biedt de wet middels een alternatieve, snelle, wetgevingsprocedure te amenderen. Op deze procedure wordt hierna ingegaan.

De lastige rechterlijke keuze die volgt op de vaststelling van de rechter dat wetgeving op het eerste gezicht in strijd is met de Conventie, vormt het centrale thema van de volgende paragraaf. Kan de rechter de wetgeving modificeren door gebruikmaking van zijn bevoegdheid-en-plicht ex artikel 3 HRA, of moet hij zich beperken tot een onverenigbaarheidsverklaring ex artikel 4 HRA?

---

181 Blackburn 2001, p. 992-993.

182 Dat dit overigens niet altijd het geval hoeft te zijn, juist omdát de rechter aan het oordeel van de verantwoordelijke minister niet gebonden is, illustreerde de zaak *Animal Defenders International* (HL 12 maart 2008 [2008] *UKHL* 15). Inzake de *Communications Act* 2003 had de minister gemeend niet tot een verklaring van verenigbaarheid te kunnen komen. Op basis van artikel 19 lid 2 HRA werd de wet vervolgens niettemin voorgesteld en aangenomen. In *Animal Defenders* achtte het House of Lords de regeling echter unaniem verenigbaar met de Conventie.

Op die bespreking wordt hier niet vooruitgelopen. Wel moet reeds worden benadrukt dat de Britse literatuur de onverenigbaarheidsverklaring niet beschouwt als een remedie.[183] Met name in het buitenland is veel geschreven over de heilzame effecten van de verklaring. Sommigen beschouwen het instituut als de remedie van de toekomst waarmee wordt ingezet op een dialoog tussen rechter en wetgever.[184] De primaire remedie in het Verenigd Koninkrijk lijkt echter de interpretatieve remedie van artikel 3 te zijn. Daarmee sluit de HRA aan bij het zich ontwikkelende stelsel van rechterlijke grondrechtenbescherming van voor de HRA. Hoewel de HRA ontegenzeggelijk in veel opzichten een revolutionaire wet is geweest, is zij juist op het punt waaraan zij haar wereldwijde bekendheid en populariteit dankt, de constitutionele remedies, een gradueel verstrekte voortzetting van een gangbare rechterlijke praktijk. Maar nu wordt al ingegaan op de stof van de volgende paragraaf. De lezer moet het zelf maar lezen.

9.3.2 Conforme interpretatie van wetgeving (artikel 3 HRA)

Zoals in paragraaf 9.2.3 besproken werd, was de praktijk van de Britse rechter om wetgeving conform zekere fundamentele *common law* beginselen en het EVRM uit te leggen, jarenlang de enige manier om individuen tegen te vergaande inbreuken van de wetgever op hun vrijheden te beschermen. Ook onder de HRA is interpretatie het belangrijkste voertuig om het nationale recht met de Conventie in lijn te brengen. Artikel 3 HRA legt aan alle rechters de volgende plicht op:

> 'So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention Rights'.

Artikel 3 heeft betrekking op zowel formele als lagere wetgeving. Toch maakt de bepaling een onderscheid tussen beide typen regelgeving. Waar lagere regelgeving, inclusief wetgeving van de parlementen van Schotland, Wales en Noord-Ierland, zodanig kan worden geïnterpreteerd dat daaraan in de praktijk geen rechtswerking meer toekomt (het zogenaamde *quashing*), is dat bij formele wetgeving niet toegestaan.[185] Dit volgt *a contrario* uit het tweede lid van artikel 3.[186] Deze begrenzing vindt haar oorsprong in de wens van regering en parlement om de rechterlijke toetsingsbevoegdheid te verzoenen

183 Zie bijv. Feldman 2004, p. 979.
184 Masterman 2007; Feldman 2002a en Wintermute 2006.
185 Het buiten toepassing laten van gedelegeerde wetgeving is overigens eveneens niet toegestaan wanneer de strijdigheid met de Conventie noodzakelijk volgt uit de formele wetgeving waarop de norm berust.
186 Vgl. o.m. Feldman 2002a, p. 89-90.

met het beginsel van parlementaire soevereiniteit. Het *de facto* buiten toepassing laten van formeelwettelijke bepalingen past immers niet bij, zelfs een gemodificeerde versie van, dat beginsel.

Binnen de kaders van de parlementaire suprematie, gaat de HRA-wetgever wel tot het uiterste om de rechter aan te sporen elke mogelijkheid tot het bieden van rechtsbescherming te onderzoeken. Want hoewel, zoals hiervoor werd betoogd, de wet aansluiting zoekt bij de rechterlijke praktijk van voor de HRA, wordt met artikel 3 wel sterk afgeweken van de traditionele methoden van rechtsvinding waarbij de tekst van de wet altijd de primaire bron van interpretatie werd geacht.[187] Zelfs verwijzing naar de parlementaire behandeling van wetsvoorstellen was tot de bekende uitspraak in *Pepper v. Hart* in 1992 strikt genomen nog niet aan de orde.[188] Het uitgangspunt dat de bedoeling van de wetgever blijkt uit diens bewoordingen, eeuwen lang leidend in de rechtspraak, lag echter al sinds de toetreding van het Verenigd Koninkrijk tot de EG onder vuur. In het kader van de toetsing aan het EG-recht werd van de Britse rechter geëist dat hij formele wetgeving zo nodig gemeenschapsconform zou uitleggen. Deze praktijk sloeg over naar de toetsing aan de mensenrechtenverdragen en de *common law*. Op deze terreinen gold immers de ongeschreven presumptie dat de wetgever geacht werd niet in strijd met verdragsverplichtingen te hebben willen handelen, of niet bedoeld had wijziging te brengen in fundamentele beginselen van de *common law*. De diep gewortelde veronderstelling dat de wetgever tot de rechter spreekt middels zijn wettekst werd echter niet zonder meer losgelaten. Conforme interpretatie, of het nu EG-recht, het EVRM, de *common law* of een willekeurig verdrag betrof, was uitsluitend mogelijk wanneer de wettekst vaag of in elk geval voor meerdere interpretatie vatbaar was.

Met dit uitgangspunt wordt in artikel 3 HRA definitief gebroken. Zoals wij nog zullen zien legt de rechtspraak artikel 3, na een periode van onzekerheid, zo uit dat een verdragsconforme interpretatie van een wettelijke bepaling kan prevaleren, ook als daarmee wordt ingegaan tegen de letterlijke tekst van de wet. Tien jaar jurisprudentie onder de Human Rights Act laat diverse staaltjes van vergaande rechterlijke creativiteit zien. De vraag dringt zich op wat nu precies wel en niet mogelijk is bij het streven naar een conforme interpretatie onder artikel 3 HRA. Men dient bij deze vraag te bedenken dat de Britse rechter, anders dan zijn Nederlandse en Duitse collegae, geen – voor de klager onmiddellijk tastbaar – alternatief voorhanden heeft. Wanneer het Supreme Court van oordeel is dat een wettelijke regeling *prima facie* in strijd is met de Conventie, dan kan hij een schending van klagers rechten alleen opheffen door middel van conforme interpretatie. Meent hij dat een dergelijke route onbegaanbaar is, dan kan hij de regeling onverenigbaar verklaren, maar de klager heeft daaraan – in elk geval op korte termijn – vermoedelijk niets. De vraag naar

187 Zander 1994, p. 110-111. Zie ook p. 169-173.
188 HL 26 november 1992 [1993] *AC* 593 (*Pepper v. Hart*).

de grenzen aan de toepasbaarheid van artikel 3 HRA is dus tevens een vraag naar de mogelijkheden van de Britse rechter om effectieve rechtsbescherming te bieden. Zoals we nog zullen zien is de rechter zich daar zeer van bewust.

Hierna wordt eerst ingegaan op de parlementaire achtergronden van artikel 3 HRA. Vervolgens wordt de rechtspraak in twee etappen behandeld. Deze etappen betreffen, respectievelijk, het tijdvak voor de uitspraak in *Ghaidan v. Godin-Mendoza* en het tijdvak er na.[189] Afgesloten wordt deze paragraaf met een beschouwing over de manier waarop de Britse rechter zich, bij de beslissing om wel of niet over te gaan tot conforme interpretatie, laat leiden door een afweging tussen zijn plicht om effectieve rechtsbescherming te verlenen en de beperkingen die uit de rechterlijke taak voortvloeien.

9.3.2.1 De parlementaire geschiedenis van artikel 3 HRA

Een terugkerend element in de parlementaire behandeling van artikel 3 HRA is de nadruk die wordt gelegd op het tweeledige karakter van de Human Rights Act. Met de wet wordt gepoogd de bescherming van het individu te maximaliseren en deze te combineren met het behoud van, in elk geval de essentie van, het beginsel van parlementaire soevereiniteit.[190] Artikel 3 speelt bij deze poging een centrale rol. Effectiviteit staat daarbij voorop, zo benadrukt de Lord Chancellor in het Hogerhuis.[191] In het Lagerhuis verzekert de regering, bij monde van minister Straw van Binnenlandse Zaken, dat een conforme interpretatie in bijna alle gevallen mogelijk zal zijn.[192] Uitsluitend '*in the last resort*' dient de rechter te overwegen een verklaring van onverenigbaarheid uit te spreken.[193] De minister benadrukt dat bewust gekozen is voor de term '*possible*' en niet voor, bijvoorbeeld, '*reasonable*'. Met die laatste aanduiding zou de plicht tot conforme interpretatie een te subjectief karakter krijgen en dat past niet bij de bedoeling van de wet die de rechtspraak immers moet aansporen geen steen op de andere te laten bij het zoeken naar een mogelijke conforme interpretatie.[194] Toch betreft het een plicht tot het zoeken naar een conforme uitleg, niet tot het vinden ervan. Aan de conforme uitleg zijn grenzen, zo blijkt uit de bewoordingen van de minister:

> 'We want the courts to strive to find an interpretation of legislation that is consistent with Convention rights, so far as the plain words of the legislation allow […] but for the avoidance of doubt, I will say that it is not our intention that the courts,

189 HL 21 juni 2004 [2004] *UKHL* 30 (*Ghaidan v. Godin-Mendoza*).
190 House of Lords (Second Reading), *Hansard, HL,* 3 november 1997, col. 1294.
191 House of Lords (Second Reading), *Hansard, HL,* 3 november 1997, col. 1294.
192 House of Commons (Second Reading), *Hansard, HC,* 16 februari 1998, col. 780.
193 House of Commons (Committee Stage), *Hansard, HC,* 3 juni 1998, col. 421.
194 *Ibid.*, col. 423.

> in applying s. 3 should contort the meaning of words to produce implausible or incredible meanings […]'.[195]

De parlementaire geschiedenis van artikel 3 HRA roept dus een beeld op van een wetgever die de rechter aanspoort om, zo dat enigszins mogelijk is, liberaal gebruik te maken van zijn interpretatieve bevoegdheden, maar ook van een wetgever die er op wijst dat de '*plain words*' een dergelijke interpretatie wel moeten kunnen ondersteunen. Een uitleg die tegen de letterlijke betekenis van de wettekst indruist is, in elk geval volgens de minister, niet aanvaardbaar. De vraag dringt zich op hoe realistisch de voorstellingen van de regering zijn. Wanneer de aangetroffen strijdigheid in 'bijna alle gevallen' door middel van conforme interpretatie kan worden verholpen, en de rechter zich uitsluitend in allerlaatste instantie van een verklaring van onverenigbaarheid dient te bedienen, dan moet de rechter ofwel creatief om kunnen gaan met de wettekst, of die wettekst moet doorgaans zeer vaag zijn geformuleerd. Maar als dat laatste het geval is, wat voegt artikel 3 dan nog toe aan de bestaande rechtspraak?

9.3.2.2 De vroege rechtspraak

Deze vraag stelt zich ook de rechter. En zijn antwoord is genuanceerder dan dat van de minister. Binnen een half jaar na de inwerkingtreding van de HRA doen de lords twee uitspraken die juridisch Engeland op haar grondvesten doen trillen. Beide uitspraken worden hier kort behandeld.

R. v. A. behoorde tot de eerste zaken waarin de HRA werd toegepast.[196] In deze uitspraak ging het om het fenomeen '*sexual history*'. Deze, voor sommigen aanlokkelijk klinkende, zaak betrof niet de toelaatbaarheid van een nieuw schoolvak, maar ging om de vraag of verdachten van verkrachting voor de rechter een beroep konden doen op de – veelal twijfelachtige – seksuele moraal van het slachtoffer. Tot 1999 liet het wettelijk stelsel het altijd aan de rechter over om te bepalen of hij dergelijk bewijs toeliet. Dat was geen bevredigende situatie. In veel gevallen waren rechters geneigd om de verdachte aan te horen, hetgeen ertoe leidde dat vaak irrelevante, en voor het slachtoffer pijnlijke, gegevens aan de orde kwamen. In 1999 kwam de *Youth Justice and Criminal Evidence Act* (YJCEA) tot stand. Artikel 41 van deze wet verbood het toelaten van dergelijk bewijs behalve in de gevallen genoemd in lid 3. Deze uitzonderingen waren buitengewoon restrictief geformuleerd. Het was duidelijk: Westminster moest even niets hebben van *sexual history*. De lezer kan het vermoedelijk al wel raden. De vraag die de lords uiteindelijk voorgelegd kregen was of een dergelijke restrictieve benadering wel proportioneel was in het licht van artikel 6 EVRM. Zij besloten uiteindelijk van niet. Dat wil zeggen, de wettekst

195 *Ibid.*, col. 422.
196 HL 17 mei 2001 [2001] *UKHL* 25 (*R. v. A.*).

van artikel 41 YJCEA leek *op het eerste gezicht* onverenigbaar met de eisen van artikel 6 EVRM.[197] De vrijwel volledige uitsluiting van bewijs inzake seksuele geschiedenis ging de lords veel te ver. Zo was het de verdachte in de zaak die voorlag niet toegestaan om zijn stelling dat het slachtoffer in de gemeenschap had toegestemd, te onderbouwen met bewijsmateriaal over de relatie die verdachte en slachtoffer in de weken voor de vermeende verkrachting met elkaar hadden gehad. Hier was sprake van *'legislative overkill'*, aldus Lord Steyn.[198] De vraag was wat er aan te doen. Was artikel 41 'te redden'?

Die vraag beantwoordde Lord Steyn, en met hem de meerderheid, volmondig positief. Onder verwijzing naar het *White Paper* dat de nog jonge regering-Blair kort na haar aantreden had gepubliceerd, en naar de zojuist geciteerde overweging van de minister dat bewust was gekozen voor de formulering '*possible*' en niet '*reasonable*' betoogde Lord Steyn dat artikel 3 de rechter machtigde verder te gaan dan onder de traditionele doctrine gebruikelijk was geweest.[199] Dat hield in dat de tekst van de wet zo nodig wat vervormd ('*strained*') mocht worden, bijvoorbeeld door woorden in de wettekst te lezen, of er juist wat uit te lezen. De letterlijke betekenis van de wettekst kon in elk geval door de rechter in beperkte mate terzijde worden geschoven. Artikel 3, zo overwoog Lord Steyn, dwong de rechter om '*the niceties of the language*' ondergeschikt te maken aan de bredere context van het geval.[200] Tot die context behoorde de aanname dat het parlement niet de bedoeling kon hebben gehad het recht op een eerlijk proces aan verdachten te willen onthouden. De vraag was uiteraard hoe dan de conforme interpretatie vorm moest krijgen, als de wettekst vrij duidelijk stelde dat het toelaten van bewijs niet was toegelaten behalve in gevallen die in de onderhavige zaak vrij evident niet aan de orde waren. Lord Steyn identificeerde echter één uitzonderingsgrond, die de mogelijke toestemming van het slachtoffer betrof, en las daarin een geïmpliceerde bevoegdheid voor de rechter om bewijs toe laten wanneer dat zodanig relevant was dat uitsluiting de eerlijkheid van het proces in gevaar zou kunnen brengen.[201]

Een soortgelijke benadering had inmiddels ook het Court of Appeal gekozen in *R. v. Offen*.[202] Ook daarin stond de proportionaliteit van een strafrechtelijke maatregel centraal. In de *Crime Sentences Act* 1997 was een berucht artikel 2 opgenomen, dat de dader van twee zware misdrijven een levenslange gevangenis voorschreef behalve in zeer uitzonderlijke gevallen ('*Two strikes and you're out*'). Deze zaak is daarom zo interessant omdat zij zich goed laat

197 HL 17 mei 2001 [2001] *UKHL* 25 (*R. v. A.*), *per* Lord Steyn, r.o. 39. Anders: Lord Hope, r.o. 85-86.
198 *Ibid.*
199 *Per* Lord Steyn, r.o. 44.
200 *Ibid.*, r.o. 45.
201 *Ibid.*, r.o. 46.
202 CA 9 november 2000 [2001] 1 *WLR* 253 (*R. v. Offen*).

vergelijken met rechtspraak van voor de inwerkingtreding van de HRA.[203] In die eerdere rechtspraak werd de uitzonderingsgrond 'uitzonderlijke gevallen' zeer restrictief uitgelegd. De benadering in *Offen* was diametraal anders. De uitleg van de zinsnede '*unless in exceptional circumstances*' werd geïnspireerd door zowel de bedoeling van de wetgever bij de uitvaardiging van de wet, als door artikel 5 EVRM. Die laatste bepaling bracht met zich, aldus het Court of Appeal, dat de zinsnede als volgt moest worden opgevat. De *Two strikes and you're out* regel introduceerde feitelijk de norm dat daders die twee ernstige vergrijpen hadden gepleegd, gevaarlijk waren voor de maatschappij. Wie geen aantoonbaar ernstig gevaar voor de maatschappij opleverde, behoorde kennelijk tot de uitzonderingsgroep op wie de 'exceptional circumstances' van toepassing waren.[204] Aldus meende het Court of Appeal toepassing te geven aan zowel de beleidsdoelen die de wetgever met de regelgeving had beoogd na te streven, als aan de eisen van de Conventie.[205]

Twee conclusies laten zich uit beide zaken afleiden. Ten eerste dat de Britse rechter eerst toetst of de wetgeving in kwestie volgens de traditionele maatstaven (tekst, parlementaire bedoelingen), dus *prima facie,* een schending van een Conventierecht zou opleveren. Vervolgens komt de vraag aan de orde of aan de op het oog onverenigbare tekst, niettemin een verenigbare betekenis kan worden toegekend.[206] Ten tweede dat voor een conforme interpretatie onder artikel 3 HRA niet per definitie vereist is dat de wettekst ambigu of vaag is. De presumptie dat het parlement beoogd heeft haar regels conform de Conventie vorm te geven, is onder de HRA sterker dan daarvoor geworden. Kavanagh trekt ook nog een derde conclusie uit *Offen*, namelijk dat de rechtspraak niet gebonden is aan *precedent* van voor de HRA inzake wetsinterpretatie.[207]

De robuuste houding van de rechter in de periode vlak na de inwerkingtreding van de HRA is verklaarbaar en begrijpelijk gelet op de tijdsgeest en de uitlatingen van de regering bij de verdediging van het wetsvoorstel. Hoewel sommige lords rechterlijke terughoudendheid predikten, waren uitspraken als *R. v. A.* ten eerste geen uitzondering en ten tweede veelal bij unanimiteit genomen.[208] Het was duidelijk dat rechters zoals Lord Steyn, die in de periode voor de totstandkoming van de HRA warme pleitbezorgers waren geweest voor incorporatie van het EVRM of rechtsbescherming op basis van de *common law* de tijdgeest mee hadden. Vanuit de literatuur was er naast lof voor de nieuwe *rights based approach,* echter ook kritiek op wat veel schrijvers beschouwden als een radicale koerswijziging in de richting van '*extremely creative*' rechtsvor-

203 Vgl. CA 15 december 1998 [1999] 2 *WLR* 1100 (*R. v. Sandford*).
204 CA 9 november 2000 [2001] 1 *WLR* 253 (*R. v. Offen*), *per* Lord Woolf CJ, r.o. 97.
205 *Ibid.,* r.o. 100.
206 Zie Kavanagh 2009, p. 23-24.
207 *Ibid.*
208 Zie ook: HL 28 oktober 1999 [1999] 2 *AC* 326 (*R. v. DPP, ex p. Kebeline*), overigens gewezen vlak voor de inwerkingtreding van de HRA; HL 5 juli 2001 [2001] *UKHL* 37 (*R. v. Lambert*).

ming.[209] De kritiek kwam er in wezen op neer dat de rechter de wet quasi had herschreven en daarmee het parlement buitenspel had gezet. De vrees begon post te vatten dat de lords wellicht nooit gebruik zouden maken van hun bevoegdheid om een verklaring van onverenigbaarheid uit te vaardigen. Elke zaak kon wel met de in *R. v. A.* gehanteerde redenering worden opgelost. De vraag is in hoeverre deze critici het gelijk aan hun kant hadden. Waren er inderdaad geen grenzen aan de rechterlijke taak bij het bieden van een remedie op basis van artikel 3 HRA? Toch wel.

De zaken leken heel anders te liggen in de zaak *Anderson*.[210] Ook deze zaak betrof de *Crime Sentences Act* 1997, die wij nog kennen van de *two strikes and you're out* regel. Anderson was *out* want hij was veroordeeld voor het plegen van twee moorden en had dientengevolge een levenslange gevangenisstraf gekregen. Artikel 29 van de wet bepaalde echter dat de minister van Binnenlandse Zaken kon besluiten tot vervroegde invrijheidstelling. Daartoe diende hij zowel de Lord Chief Justice, als de zaaksrechter te consulteren. In de zaak van Anderson besloot de minister om, ten nadele van de verzoeker, af te wijken van het advies van de beide rechters. De vraag die voorlag was of hier sprake was van een schending van het recht op een eerlijk proces, nu de minister als prominent onderdeel van het bestuur te beslissen had op een, doorgaans, typisch rechterlijk terrein. Unaniem waren de lords van oordeel dat van een schending sprake was. Even unaniem echter weigerden zij over te gaan tot conforme interpretatie van artikel 29. Men liet het bij een verklaring van onverenigbaarheid. Na *R. v. A.* kwam die weigering als een verrassing. Anderson had betoogd dat artikel 29 zodanig moest worden gelezen dat de minister uitsluitend in, voor de verzoeker gunstige zin, van het advies van de rechterlijke macht kon afwijken. De lords echter meenden dat een dergelijke modificatie niet in de tekst ingelezen kon worden. Lord Steyn, die in *R. v. A.* nog een vrij creatieve koers had gevaren, meende nu dat een dergelijke interpretatie '*inconsistent with the plain legislative intent*' zou zijn.[211] Waar lag het verschil met *R. v. A.*?

Die vraag is moeilijk te beantwoorden. Zo is voor een relatieve buitenstaander moeilijk te beoordelen of het wettelijk stelsel in dit specifieke geval een uitweg bood zoals het dat deed in de kwesties van *R. v. A.* en *Offen*. In beide gevallen was er een uitzonderingsbepaling voorhanden, die er niet was in *Anderson*. Verschillende auteurs hebben niettemin getracht een lijn tussen beide uitspraken te trekken.[212] Anderen meenden dat de lijn van *R. v. A.* met *Ander-*

209 Zie bijv. Gearty 2002, p. 254; Klug 2003, p. 129.

210 HL 25 november 2002 [2002] *UKHL* 46 (*R. v. Home Secretary, ex parte Anderson*).

211 *Ibid., per* Lord Steyn, r.o. 59. Zie ook HL 14 maart 2002 [2002] *UKHL* (*Re S.*), waarin de lords unaniem oordeelden dat het Court of Appeal te ver was gegaan bij het inlezen van bevoegdheden in de *Children Act* 1989. Lord Nicholls meende in dat verband dat er een grens overschreden was, daar waar een '*fundamental feature*' van de wet in het geding is. Zie ook de bespreking van *Ghaidan v. Godin-Mendoza* hierna.

212 Zie bijv. Kavanagh 2009, p. 42-44 en 52-53.

son verlaten was.[213] Duidelijk is in elk geval dat, waar de lords in *R. v. A.* unaniem benadrukten dat '*legislative intent*' niet de doorslag geeft onder artikel 3 HRA, zij in *Anderson* juist meenden van een artikel 3-interpretatie af te moeten zien vanwege de *'plain legislative intent*'. Dat ging dan kennelijk de rechtsvormende rol van de rechter te buiten.

Dat was ook het geval in de geruchtmakende zaak *Bellinger v. Bellinger*.[214] Hier ging het om de vraag of de begrippen 'man' en 'vrouw' in de *Matrimonial Causes Act* 1973 in de weg stonden aan een huwelijk waarin één van beide partners transseksueel was. Kort gezegd kwam het er op neer dat mevrouw Bellinger, echtgenote van mijnheer Bellinger, voor de bruiloft nog meneer was geweest en, biologisch gesproken, inmiddels zowel mannelijke als vrouwelijke kenmerken had. Artikel 11c van de genoemde wet verklaarde een huwelijk ongeldig tenzij gesloten tussen een man en een vrouw. De vraag die centraal stond was of mevrouw Bellinger, gegeven haar beroep op de artikelen 8 en 12 EVRM, moest worden aangemerkt als een vrouw, dan wel dat slechts moest worden vastgesteld dat de wet op dit punt met de Conventie onverenigbaar was. De lords kozen uiteindelijk voor deze tweede optie. De reden daarvoor was, anders dan in *Anderson*, niet gelegen in de duidelijke bedoeling van de wetgever, hoewel die duidelijk genoeg lijkt te zijn geweest. Zeker in het licht van zaken als *R. v. A.* en *Offen* was het mogelijk geweest de betekenis van de woorden 'man' en 'vrouw' subtiel te modificeren in de zin dat ook transseksuelen in deze dichotomie werden ingepast. De reden dat de lords daar niet toe overgingen, motiveerde Lord Nicholls met een verwijzing naar de complexe aard van de genderproblematiek:

> 'This would represent a major change in the law, having far reaching ramifications. It raises issues whose solution calls for extensive enquiry and the widest public consultation and discussion. Questions of social policy and administrative feasibility arise at several points, and their interaction has to be evaluated and balanced. The issues are altogether ill-suited for determination by courts and court procedures. They are pre-eminently a matter for Parliament, the more especially when the government, in unequivocal terms, has already announced its intention to introduce comprehensive primary legislation on this difficult and sensitive subject'.[215]

Kort gezegd kwam de redenering van Lord Nicholls er op neer dat een herwaardering van de uitleg van de begrippen 'man' en 'vrouw' gevolgen zou hebben voor verschillende rechtsgebieden. Bovendien zou van de rechter gevraagd worden gevoelige en zowel wetenschappelijk als ethisch moeilijke vragen te beantwoorden, bijvoorbeeld over de vraag vanaf wanneer men van een 'vrouw' zou kunnen spreken. Lord Nicholls meende dat het hier voor de

213 Vgl. bijv. Turpin & Tomkins 2007, p. 64.
214 HL 10 april 2003 [2003] *UKHL* 21 (*Bellinger v. Bellinger*).
215 *Per* Lord Nicholls, r.o. 37.

hand lag dat dergelijke vragen bij gelegenheid van een integrale en vermoedelijk grootscheepse wetswijziging door het parlement zouden worden besproken. Een keuze van de rechter voor een bepaalde definitie zou, gelet op de beperkte omvang van het geding voor de rechter, al snel kunnen leiden tot een ongelijke behandeling van andere groepen. De conclusie die uit *Bellinger* getrokken kan worden is dat de rechter door artikel 3 HRA wel gelegitimeerd wordt om het recht dat in de wettekst besloten ligt door middel van interpretatie vergaand te wijzigen, maar dat hij daarvan beter kan afzien wanneer een dergelijke wijziging ingrijpende gevolgen zou hebben voor een geheel rechtsgebied. Daarbij zal ongetwijfeld ook een rol hebben gespeeld dat de regering inmiddels had aangekondigd een wetswijziging te zullen initiëren.

Met de bespreking van *Bellinger v. Bellinger* wordt dit overzicht van de belangrijkste vroege rechtspraak inzake artikel 3 HRA afgesloten. De conclusie laat de lezer enigszins in verwarring achter. Enerzijds lijkt uit zaken als *Offen* en *R. v. A.* te volgen dat de traditionele barrière tussen een legitieme en een illegitieme conforme interpretatie, namelijk de duidelijke bedoeling van de wetgever – het liefst blijkend uit de tekst van de wet, geslecht. In beide zaken prevaleert de presumptie dat het parlement de wettelijke regeling conform de Conventie heeft willen vormgeven. Hoewel *de facto* duidelijk is dat zulks op zijn minst twijfelachtig is, prevaleert de achterliggende gedachte van de HRA-wetgever dat recht moet worden gedaan aan de individuele klager, met andere woorden dat effectieve rechtsbescherming in de vorm van wetsuitleg moet worden geboden. Anderzijds illustreren zaken als *Anderson* en *Bellinger* dat deze argumentatie zeker niet altijd opgaat. Onmiddellijke effectieve rechtsbescherming moet soms wijken wanneer er andere overwegingen op het spel staan zoals, in *Bellinger* bijvoorbeeld, de coherentie van het recht als zodanig, of de rechten van anderen. *Bellinger* lijkt in dat kader wat gemakkelijker van de lijn van *Offen* en *R. v. A.* te onderscheiden. In beide laatstgenoemde zaken hoefde de rechter niet een, het gehele recht doortrekkende, beslissing te nemen die vrijwel zeker lastige vervolgvragen zou oproepen. In beide gevallen kon de conforme interpretatie naadloos worden ingepast in het wettelijk stelsel, ook al kreeg de wettelijke bepaling daarmee soms wel een betekenis die bijna tegengesteld was aan wat *Parliament* er ooit mee had bedoeld. Zo sloot in *R. v. A.* de bevoegdheid voor de rechter om te bepalen of bewijs moest worden toegelaten, aan bij de – voor de invoering van de YJCEA – reeds bestaande rechterlijke praktijk en hoefde daarvoor geen nieuwe procedures te worden opgezet. Net als de kwestie in *Offen* (de uitleg van de uitzonderingen op de *2 Strikes and you're out* regel), betrof het bovendien een terrein dat van oudsher tot de expertise van de rechter wordt gerekend.[216]

Moeilijker ligt het onderscheid tussen *R. v. A.* en *Offen* enerzijds en *Anderson* anderzijds. Hier lijkt sprake te zijn van regelrechte strijd tussen beide benade-

216 Zie Kavanagh 2009, p. 40-41.

ringen. In de eerstgenoemde beide zaken worden de bewoordingen en de *prima facie* bedoeling van de wetgever niet relevant geacht voor de vraag of een conforme uitleg mogelijk is. In *Anderson* wordt daarnaar nu juist expliciet verwezen om duidelijk te maken dat een conforme interpretatie er niet in zit. Wat het allemaal compliceert is dat zowel *R. v. A.* als *Anderson* uitspraken van de lords betroffen waarin zij unaniem waren. Bovendien werd *R. v. A.* in *Anderson* ook niet herroepen. De geesten scheidden zich na *Anderson* dan ook over de vraag welke benadering de voorkeur verdiende, en of beide benaderingen te combineren waren. In de, tot dusver, belangrijkste *leading case* inzake artikel 3 herformuleerden de lords hun rechtspraak en kozen zij ervoor beide lijnen te harmoniseren. Deze uitspraak *Ghaidan v. Godin-Mendoza* wordt nu besproken.

9.3.2.3 Ghaiden v. Godin-Mendoza en daarna

Op veel terreinen heeft de worsteling die de Britse maatschappij met kwesties als transseksualiteit en homoseksualiteit heeft doorgemaakt, invloedrijke en verstrekkende jurisprudentie nagelaten. *Ghaidan v. Godin-Mendoza*, de belangrijkste zaak waar het de uitleg van artikel 3 HRA betreft, vormt daarop geen uitzondering.[217] Het ging in essentie om een huurkwestie. Onder de *Rent Act* 1977 genoot de echtgenoot of echtgenote van een huurder een zekere bescherming in de zin dat hij of zij na de dood van de partner in kwestie de nieuwe wettelijke huurder werd. Maar het gesloten huwelijk was voor de toepasselijkheid van de regeling niet van doorslaggevend belang. Ook partners die in de desbetreffende woning samenleefden '*als waren zij de echtgenoot, respectievelijk de echtgenote van de oorspronkelijke huurder*' kwamen voor de bescherming in aanmerking. *In casu* woonde Juan Godin-Mendoza al een behoorlijk aantal jaren samen met zijn vriend Hugh Wallwyn-James toen deze in 2001 overleed. Ghaidan, de eigenaar en verhuurder van de woning, erkende Godin-Mendoza niet als de nieuwe huurder en zo belandden partijen na een lange procedure bij het House of Lords. De vraag die voorlag was of de zinsnede '*as his or her wife or husband*' geacht kon worden ook te slaan op personen die in een stabiele homoseksuele relatie met elkaar samenwoonden.

De preliminaire vraag die de lords te beantwoorden kregen was of de *Rent Act* zo op het eerste gezicht een schending opleverde van de artikelen 14 jo. 8 EVRM. Zij kwamen tot de conclusie dat dit het geval was. De wet maakte een, niet te rechtvaardigen, verschil tussen homo- en heteroseksuele stellen. De volgende vraag was of de bepaling op een verdragsconforme manier gelezen kon worden, of dat een verklaring van onverenigbaarheid eerder voor de hand lag. Twee obstakels lagen in dat kader op de route. In een eerdere zaak, in

217 HL 21 juni 2004 [2004] *UKHL* 30 (*Ghaidan v. Godin-Mendoza*).

2000, hadden de lords overwogen dat de termen '*husband and wife*' genderspecifiek waren. Zij konden niet in verband worden gebracht met homoseksuele stellen. Op dergelijke stellen had de wetgever, toen hij de *Rent Act* vormgaf, bovendien zeker niet het oog had gehad, zoveel was duidelijk. De vraag was of beide factoren door de sterke presumptie van artikel 3 HRA konden worden *overruled*. In meerderheid meenden de lords dat dit inderdaad het geval was. In zijn *lead-opinion* ging Lord Nicholls in op alle principiële kwesties die in de voorgaande jaren aan de orde waren geweest. Hij begon zijn analyse met de vaststelling dat artikel 3 HRA zelf niet vrij is van enige ambiguïteit:

> 'One tenable interpretation of the word 'possible' would be that section 3 is confined to requiring courts to resolve ambiguities. Where the words under consideration fairly admit of more than one meaning the Convention-compliant meaning is to prevail […]. This is not the view which has prevailed. It is now generally accepted that the application of section 3 does not depend upon the presence of ambiguity in the legislation being interpreted. Even if, construed according to the ordinary principles of interpretation, the meaning of the legislation admits of no doubt, section 3 may nonetheless require the legislation to be given a different meaning. The decision of your Lordships' House in R v A (No 2) [2002] 1 AC 45 is an instance of this.' […]. From this it follows that the interpretative obligation decreed by section 3 is of an unusual and far-reaching character'.[218]

Met andere woorden: Lord Nicholls onderstreept het bijzondere karakter van artikel 3 HRA en sluit aan bij de lijn die Lord Steyn al in *R. v. A* had uitgestippeld: 'Section 3 may require the court to depart from this legislative intention, that is, depart from the intention of the Parliament which enacted the legislation'. De vraag is alleen: hoe ver gaat die plicht? De mogelijkheden voor de rechtspraak zijn niet zo onbeperkt als zij op basis van *R. v. A.* leken. Dat benadrukt Lord Nicholls wanneer hij aan het cruciale onderdeel van zijn overweging toekomt:

> 'Parliament, however, cannot have intended that in the discharge of this extended interpretative function the courts should adopt a meaning inconsistent with a fundamental feature of legislation. That would be to cross the constitutional boundary section 3 seeks to demarcate and preserve. Parliament has retained the right to enact legislation in terms which are not Convention-compliant. The meaning imported by application of section 3 must be compatible with the underlying thrust of the legislation being construed. Words implied must, in the phrase of my noble and learned friend Lord Rodger of Earlsferry, 'go with the grain of the legislation'. Nor can Parliament have intended that section 3 should require courts to make decisions for which they are not equipped. There may be several ways of making

218 *Per* Lord Nicholls, r.o. 28-30.

> a provision Convention-compliant, and the choice may involve issues calling for legislative deliberation'.[219]

De overweging is wat lang om integraal te citeren, maar het is van belang dat toch te doen. Zij is de basis geworden voor alle verdere rechtspraak waarin artikel 3 HRA tot dusver is toegepast. Een aantal elementen in de overweging vallen op. De betekenis die middels toepassing van artikel 3 HRA door de rechter aan de wettelijke regeling wordt toegekend mag niet in strijd zijn met een *'fundamental feature'* van de wetgeving in kwestie. Dat was bijvoorbeeld het geval in een eerdere zaak, *Re S.*, maar ook in de al eerder genoemde zaak *Anderson*.[220] Het grote verschil tussen *Anderson* enerzijds en *R. v. A.* anderzijds is dus dat een conforme interpretatie in het ene geval in strijd kwam met een '*fundamental feature*' van de wetgeving, en in het andere geval niet. Die redenering is lastig te volgen. Waarom zou er in *R. v. A.* geen sprake zijn geweest van aanpassing van de kerngedachte achter de wet? Of dat verschil in de praktijk hanteerbaar is, kan hier overigens achterwege blijven. Duidelijk is dat wetgeving als zij conform wordt uitgelegd, verenigbaar moet blijven met *'the underlying thrust of the legislation'* en *´the grain of the legislation*'. Dit is in wezen een democratisch argument voor een beperkte mate van respect voor de bedoeling van het parlement. Die bedoeling kan uit de bewoordingen van de wet blijken, maar noodzakelijk is dat niet. Zij kan ook impliciet uit de bepaling blijken. Zolang de fundamentele basisgedachte (de *'fundamental feature'*, of '*thrust*' van de wetgeving) maar wordt gerespecteerd.

Deze regel is niet de enige beperking op de mogelijkheid tot conforme uitleg van de wet. Zoals wij bij *Bellinger* zagen kan het ook zijn dat de rechter meent dat hij de expertise of de praktische mogelijkheden mist om een integrale modificatie van het wettelijk stelsel door te voeren. Ook in dat geval, zo zegt Lord Nicholls in *Ghaidan,* is een *declaration* eerder op zijn plaats dan een poging de wettelijke bepaling conform te interpreteren. Maar onder deze titel schaart Lord Nicholls *en passant* ook een nieuwe beperkingsgrond: er kunnen verschillende mogelijkheden zijn om de bepaling conform het EVRM vorm te geven en de keuze tussen die mogelijkheden *kan* er een zijn voor de wetgever. Let wel: *kan* er een zijn (*'and the choice* may *involve issues calling for legislative deliberation'*). De rechter dient hier een afweging te maken tussen zijn eigen mogelijkheden om een keuze uit de verschillende opties te maken, en de wenselijkheid om dat aan het parlement over te laten. Bij deze afweging dient hij een zeker respect ('*deference*') te tonen voor de wetgever.[221] Uit dat respect vloeien verschillende gezichtspunten voort. Kavanagh onderscheidt er drie: institutionele competentie, expertise en democratische legitimatie. Bij het

---

219 *Ibid.,* r.o. 33.

220 HL 25 november 2002 [2002] UKHL 46 (*R. v. Home Secretary, ex parte Anderson*); HL 14 maart 2002 [2002] UKHL (*Re S.*).

221 Zie Kavanagh 2009, p. 182-183.

afwegen van elk van deze gezichtspunten met de plicht tot conforme interpretatie doet zich steeds een spanning voor tussen de taak van de rechter om zorg te dragen voor effectieve rechtsbescherming en diens verantwoordelijkheid het rechtssysteem coherent en werkzaam te houden. Geen van de gezichtspunten, inclusief het rechtsbeschermingsargument, kan dan ook de doorslag geven. Steeds moet per geval worden bezien hoe effectief de rechtsbescherming kan zijn in het concrete geval, hoezeer daar behoefte aan is, en welke schade wordt aangericht aan andere belangen zoals de rechtseenheid en de rechtszekerheid.[222]

9.3.2.4 Resumerend

Het model van *Ghaidan* is de leidraad geworden voor latere zaken.[223] De benadering is na *Ghaidan* niet meer aangepast, al bestaat daarover in de literatuur een enkele keer discussie.[224]

Het model komt er, kort samengevat, op neer dat wetgeving conform kan worden uitgelegd, ongeacht de vraag of een dergelijke uitleg zich niet helemaal verdraagt met de bewoordingen van de wet of de impliciet duidelijk blijkende bedoeling van de wetgever. Artikel 3 HRA wijkt in die zin af van het regime dat gold voor invoering van de HRA. De bepaling, bezien in samenhang met de overige bepalingen van het stelsel dat met de HRA is ingevoerd, dwingt de rechter tot een bijzonder sterke presumptie van verenigbaarheid. Deze presumptie kan vrijwel uitsluitend opzij worden gezet wanneer het parlement besluit iets expliciet in strijd met de HRA te regelen.

Dat gezegd hebbend zijn de bewoordingen en de impliciet blijkende bedoeling van de wetgever wel van belang voor de vraag of de EVRM-conforme uitleg een '*fundamental feature*' van de wet aantast. Is dat het geval, dan wordt van een dergelijke uitleg afgezien en gekozen voor een verklaring van onverenigbaarheid. Een dergelijke route dient ook te worden gevolgd wanneer de voorgenomen conforme interpretatie kwesties oproept die het parlement beter kan oplossen omdat het daarvoor de juiste expertise, capaciteiten of legitimatie bezit. Binnen die categorie kunnen twee gevallen worden onderscheiden. Ten eerste de situatie dat een wettelijke regeling zodanig ingrijpend gewijzigd moet worden dat daarvoor een integrale aanpak vereist is. Ten tweede de situatie dat zich verschillende EVRM-conforme interpretaties voordoen. In dat laatste geval dient de rechter zich de vraag te stellen of hij wel aangewezen is om deze keuze te maken.

---

222 Vgl. o.m. Kavanagh 2009, p. 167-210.

223 Dat was bijvoorbeeld het geval in HL 14 oktober 2004 [2004] *UKHL* 43 (*Sheldrake v. DPP*); HL 5 mei 2005 [2005] *UKHL* 30 (*R. v. IRC, ex p. Wilkinson*), *per* Lord Hoffmann, r.o. 18.

224 Vgl. bijv. Van Zyl Smit 2007, die meent dat de lijn van *Ghaidan* in *Wilkinson* subtiel is genuanceerd. Zie echter ook Kavanagh 2009, p. 95, die daar anders over denkt.

De vraag dringt zich op naar de doeltreffendheid van artikel 3 HRA. Is conforme interpretatie een voldoende effectieve constitutionele remedie om het EVRM te handhaven? In hoofdstuk 3 bleek reeds dat de vraag naar de effectiviteit van de, hierna nog te behandelen, onverenigbaarverklaring in een reeks zaken aan de orde is geweest. Beduidend minder aandacht is er geweest voor de interpretatieve verplichting van artikel 3. Dat is in zekere zin merkwaardig, nu de Britse rechter pas aan een verklaring van onverenigbaarheid toe kan komen wanneer hij op alle mogelijke manieren heeft getracht de wettelijke bepaling conform het EVRM uit te leggen. Nu de Britse rechter zich in veel zaken bereid toont open te staan voor een dergelijke uitleg, is het vanuit Straatsburgs perspectief de vraag of niet van klagers moet worden verwacht dat zij eerst op nationaal niveau trachten de rechter te verleiden tot een, met het EVRM verenigbare, uitleg van de wettelijke bepaling in kwestie.

Zoals wij al in hoofdstuk 3 zagen, leek de Vierde Kamer van het Hof in *Upton t. Verenigd Koninkrijk* daar wel op aan te sturen. Het Hof verklaarde toen de klacht van Timothy Upton niet-ontvankelijk omdat hij zijn procedure voor de Britse rechter niet had doorgezet.[225] Het Hof zadelde zichzelf daarmee wel met een nieuwe taak op, namelijk om per geval te beoordelen of een beroep op artikel 3 HRA voor de klager in de nationale procedure een redelijke kans op succes met zich zou brengen.[226] In een latere zaak omzeilde het Hof deze netelige kwestie door de klacht wegens kennelijke ongegrondheid af te doen.[227] Het feit echter, dat het Hof het niet eenvoudig laat bij een verwijzing naar zijn rechtspraak omtrent de verklaring van onverenigbaarheid, laat zien dat het Hof de interpretatieve verplichting onder artikel 3 HRA zeker serieus neemt. Niettemin is de effectiviteit van het rechtsmiddel ook in dit geval begrensd. Het gebruik ervan door de Britse rechter is, zoals wij reeds zagen, afhankelijk van een aantal factoren, zoals wetgevingstechniek en de constitutionele gevoeligheid van het rechtsterrein in kwestie.

9.3.3 De verklaring van onverenigbaarheid (artikel 4 HRA)

Zoals al kort werd uiteengezet in het inleidende deel van deze paragraaf is de verhouding tussen de artikelen 3 en 4 HRA een precaire. Artikel 4 is in deze relatie soms de grote broer, soms het kleine zusje. De verklaring van onverenigbaarheid wordt zowel voor de constitutionele uitvinding van de eeuw gehouden, als voor een verkapte vorm van de bevoegdheid om wetgeving te vernieti-

225 EHRM 11 april 2006, *no.* 29800/04.
226 Zie tevens: Uzman 2008, p. 1028-1029.
227 EHRM 4 november 2008, *no.* 4479/06 (*Courten v. United Kingdom*).

gen.[228] En dan hebben wij het nog niet over die auteurs gehad die het instrument als in het geheel géén instrument beschouwen en haar alleen maar zien als een erkenning dat het bieden van rechtsherstel de rechterlijke taak te buiten gaat.[229] Hier wordt ingegaan op drie verschillende aspecten van de verklaring van onverenigbaarheid. Eerst wordt ingegaan op de rechtsgevolgen van de onverenigbaarverklaring. Hoe moeten wij de verklaring, in het licht van de politieke gevolgen ervan, duiden? In dat kader komt ook de vraag aan de orde hoe de verklaring in de praktijk heeft gewerkt. Vervolgens komt de vraag aan de orde in welke gevallen de rechter de verklaring uitspreekt. Gedeeltelijk hebben wij deze vraag hiervoor ook al behandeld in het kader van de conforme interpretatie. Aangezien de rechter bij het uitoefenen van de bevoegdheid tot het uitspreken van een onverenigbaarverklaring enige discretie heeft, dient die vraag ook vanuit het perspectief van artikel 4 worden bezien.

9.3.3.1 De bevoegdheid tot het uitspreken van de verklaring

Artikel 4 HRA kent een limitatief aantal rechters de bevoegdheid toe om ten aanzien van formele wetgeving een verklaring van onverenigbaarheid uit te vaardigen. Deze rechters zijn opgesomd in artikel 4 lid 5 en omvatten, naast het Supreme Court onder andere de Judicial Committee van de Privy Council, de Courts-Martial Appeal Court, en in Engeland en Wales zowel het Court of Appeal als het High Court. Lagere rechters zoals tribunalen of *Magistrates Courts* kennen de bevoegdheid niet. Lukt het hen niet om uitvoering te geven aan de, ook voor hen geldende, plicht om wetgeving verdragsconform uit te leggen, dan zullen zij de wetgeving moeten toepassen als ware deze verenigbaar met de Conventie. In beroep bij één van de hogere gerechten bestaat dan de mogelijkheid tot een dergelijke verklaring.

Overweegt een rechter tot een verklaring van onverenigbaarheid over te gaan, dan dient hij de Kroon daarvan in kennis te brengen (artikel 5 HRA). De Kroon heeft vervolgens de mogelijkheid zich als partij in het geding te voegen. (lid 2 van artikel 5). Voorts heeft de Kroon de bevoegdheid om, in strafrechtelijke kwesties, bij het Supreme Court in beroep te gaan tegen een verklaring van onverenigbaarheid. Dit onderstreept het constitutionele karakter van de Human Rights Act.

228 Exponenten van de eerste, positief gestemde, school betreffen Campbell 2001, en Gearty 2006. Tot de tegenovergestelde school kunnen worden gerekend: Kavanagh 2009, p. 417-418, Elliott 2002, en Lord Hoffmann, 'Human Rights and the House of Lords', *Modern Law Review* 1999, p. 159-160.

229 Zo bijvoorbeeld Feldman 2004, p. 979.

9.3.3.2 De rechtsgevolgen van de verklaring

Zoals gezegd is het belangrijkste kenmerk van de verklaring van onverenigbaarheid dat deze geen effect heeft op de geldigheid van de wetgeving in kwestie en geen rechten of plichten schept ten aanzien van de partijen in het geding. Artikel 4 lid 6 verheft dat boven twijfel. Bovendien schept de verklaring, zoals wij hiervoor reeds zagen, evenmin een grondslag voor schadevergoeding. Nu artikel 6 HRA slechts het, met het EVRM onverenigbare, handelen van *public authorities* onrechtmatig verklaart, en de formele wetgever van dat begrip is uitgesloten, heeft de remediebepaling van artikel 8 HRA eenvoudigweg geen betrekking op wetgeving. In wezen is de onverenigbaarverklaring niets anders dan een formele uitnodiging aan kabinet en parlement om de strijdige wetgeving nog eens onder de loep te nemen.[230] De verantwoordelijke minister kan besluiten niets te doen, hetgeen ertoe zou kunnen leiden dat de klager in de procedure met een klacht naar Straatsburg gaat. De minister kan ook besluiten een reguliere wetsprocedure in gang te zetten teneinde de wetgeving geamendeerd te krijgen. In specifieke gevallen is de minister ook bevoegd om, gebruikmakend van artikel 10 HRA, een zogenaamde '*remedial order*' uit te vaardigen. Vanuit wetgevingstechnisch oogpunt is de *remedial order* een buitengewoon zonderling instrument. Zij maakt het mogelijk dat formele wetgeving (de hogere regeling) bij ministeriële regeling (de lagere regeling) gewijzigd wordt. Niettemin wordt de *remedial order*, vanwege het karakter van de wijzigingswetgeving in kwestie, doorgaans niet voor bezwaarlijk gehouden.[231] Van de *remedial order* kan uitsluitend gebruik worden gemaakt als er geen beroepsmogelijkheden tegen de verklaring van onverenigbaarheid meer openstaan. De minister moet in dat geval bovendien aan het parlement duidelijk maken waarom er zwaarwegende redenen zijn om deze route te volgen in plaats van de gebruikelijke wetgevingsprocedure. Omdat de procedure het langdurige wetgevingstraject omzeilt, wordt zij ook wel met de term '*fast-track procedure*' aangeduid.

Zoals gezegd is de verklaring van onverenigbaarheid uitdrukkelijk niet bedoeld als instrument om het de rechter mogelijk te maken wetgeving buiten toepassing te laten, onverbindend te verklaren of te vernietigen. Integendeel. Met de verklaring als aanvulling op de plicht tot conforme interpretatie werd beoogd tegemoet te komen aan het beginsel van parlementaire soevereiniteit. Vandaar ook de uitdrukkelijke vermelding dat de verklaring de geldigheid van de wet niet aantast. Zoals hiervoor al werd aangehaald, is door verschillende auteurs inmiddels bepleit dat de verklaring tot meer in staat is dan zo op het eerste gezicht het geval lijkt.[232] Dat heeft te maken met de feitelijke wer-

230 Vgl. Feldman 2002, p. 91.
231 *Ibid.*
232 Campbell 2001; Gearty 2006.

king van de verklaring in de praktijk. Daarover nu wat meer. Om te beginnen met enkele cijfers.

In de periode vanaf de inwerkingtreding tot januari 2009 werden in totaal 26 verklaringen van onverenigbaarheid door Britse rechters afgegeven.[233] Daarvan bleven er uiteindelijk zeventien in stand. De rest werd in hoger beroep vernietigd. Tien van deze verklaringen werden gevolgd door een reguliere wetswijziging. In acht van die tien gevallen was de gewijzigde wet op 21 januari 2009 ook daadwerkelijk van kracht. Slechts één verklaring werd door een *remedial order* gevolgd. In drie gevallen was de wijzigingsprocedure reeds afgesloten op het moment dat de verklaring werd uitgesproken. Slechts drie verklaringen waren nog niet door wijzigingswetgeving gevolgd op 21 januari 2009. In één geval was de regering bezig met consultaties hoe de onverenigbaarheid het beste op te heffen. In de overige twee gevallen hield de regering de kwestie nog in beraad.[234]

Deze cijfers van het Britse ministerie van Justitie laten zien dat de wetgever op vrijwel elke verklaring gereageerd heeft met wijzigingswetgeving. Het is deze praktijk waarop de Britse regering in Straatsburg met enige trots wijst. Geen enkele uitspraak was aanleiding voor de wetgever om te benadrukken dat hij wettelijk niet verplicht is om actie te ondernemen. Deze houding is door verschillende auteurs zo uitgelegd dat er weliswaar geen formele plicht bestaat tot amendering, maar dat de politieke prijs van weigering zodanig hoog is dat in de praktijk van zulk verzet geen sprake is.[235] Kavanagh merkt bovendien op dat het niet navolgen van de *declaration* voor de burger een vrijwel zekere gang naar Straatsburg betekent. Wanneer de burger in Straatsburg gelijk krijgt – en met een verklaring van de Britse rechter in de hand is die kans buitengewoon groot – dan hoort het Verenigd Koninkrijk een schending tegen zich uitspreken. Afgezien van de politieke en internationale blamage die dat zou betekenen, zou de wetgever vervolgens volkenrechtelijk verplicht worden om de schending te verhelpen.[236] Kavanagh meent daarom dat regering en parlement ook in juridisch opzicht niets bij een weigering de wet aan te passen te winnen hebben. Elliott trekt uit een soortgelijke redenering vervolgens de conclusie dat de rechtspraak *de facto* de bevoegdheid heeft de wetgever te bevelen de wet aan te passen.[237] Een dergelijk bevel kan in de praktijk zeer ver gaan. De rechter stelt immers niet slechts vast dàt de wetgeving in kwestie in strijd is met de Conventie, hij legt doorgaans ook de eisen van de Conventie in een verklaring vast. In die zin heeft de rechter, zij het in beperkte

233 Zie daaromtrent het rapport van het ministerie van Justitie, te raadplegen via de website: www.justice.gov.uk/docs/responding-human-rights-judgments.pdf.
234 *Ibid, p.* 41.
235 Zie de bijdrage van Lord Hoffmann ('Human Rights and the House of Lords', *Modern Law Review* 1999, p. 159-160). Voorts: Ewing 1999, p. 92.
236 Kavanagh 2009, p. 283-285.
237 Elliott 2002, p. 348.

mate, ook enige invloed op de inhoud van de nieuwe wetgeving.[238] In die zin is het verschil tussen het onverbindend verklaren, respectievelijk het buiten toepassing laten van de wet, en het enkel onverenigbaar verklaren buitengewoon relatief van aard.

Merkwaardig genoeg is de hiervoor uiteengezette redenering niet alleen door de literatuur, maar ook door de Britse regering omarmd. Zoals wij in hoofdstuk 2 zagen betoogde de Britse regering in Straatsburg immers in het kader van de interpretatie van artikel 35 EVRM, dat de verklaring werkt als een mechanisme dat remedies genereert.[239] Deze houding is van enig belang in de Britse constitutionele context. Zij kan ertoe bijdragen dat op termijn een conventie gaat ontstaan waarbij het als staatsrechtelijk correct wordt beschouwd om verklaringen van onverenigbaarheid te laten volgen door wijzigingswetgeving. Zo ver is het momenteel echter nog niet.

Hoezeer de verklaring van onverenigbaarheid en de onverbindendverklaring ook op elkaar lijken, er blijven belangrijke verschillen tussen beide bestaan. Dergelijke verschillen hebben Feldman ertoe gebracht te betogen dat het bij de verklaring niet werkelijk om een remedie gaat.[240] Het belangrijkste verschil is ontegenzeggelijk dat de individuele klager in de procedure voor de rechter niet onmiddellijk profiteert van zijn processuele succes. Het is zelfs hoogst onzeker of hij überhaupt wel profiteert van de wetswijziging. In sommige gevallen is een mensenrechtenschending immers niet terug te draaien, en tot het uitkeren van schadevergoeding is de wetgever op basis van artikel 4 HRA in elk geval niet verplicht. In de zaak van *Bellinger v. Bellinger* bijvoorbeeld, sprak het House of Lords uit dat de *Matrimonial Causes Act* in strijd met het EVRM was door het huwelijk van de beide Bellingers te erkennen. Hun huwelijk was daardoor ongeldig en dat veranderde pas nadat een uitgebreide wetgevingsprocedure was doorlopen.[241]

9.3.3.3 In welke gevallen kiest de rechter voor een onverenigbaarheidsverklaring?

Wat de onverenigbaarheidsverklaring ook inhoudt, rechter en wetgever zijn het er over eens dat het gaat om een '*measure of last resort*'. Deze zinsnede viel tijdens de parlementaire behandeling van de Human Rights Act en is sindsdien op gezette tijden in rechterlijke uitspraken teruggekeerd.[242] Dat betekent dat het toepassingsbereik van de onverenigbaarverklaring afhankelijk is van de toepasbaarheid van een conforme uitleg op basis van artikel 3 HRA. In weerwil van deze retoriek, demonstreerde Lord Steyn in zijn opinie voor *Ghaidan v.*

238 Kavanagh 2009, p. 285-286.
239 Vgl. bijv. EHRM 12 december 2006, *no.* 13378/05 (*Burden & Burden t. Verenigd Koninkrijk*).
240 Feldman 2004, p. 979.
241 HL 10 april 2003 [2003] *UKHL* 21 (*Bellinger v. Bellinger*).
242 Vgl. House of Commons (Committee Stage), *Hansard, HC,* 3 juni 1998, col. 422. Voorts bijv. HL 21 juni 2004 [2004] *UKHL* 30 (*Ghaidan v. Godin-Mendoza*), *per* Lord Steyn, r.o. 38.

Godin-Mendoza dat de Britse rechtspraak in 2004 vaker naar het middel van de verklaring greep, dan dat zij wetgeving conform het EVRM interpreteerde.[243] Ondanks het imago van rechterlijk activisme dat sinds *R. v. A.* aan de Britse rechter kleefde, had deze toch last van enige schroom om zich te zeer een rechtsvormende rol aan te meten. Hoe zat het eigenlijk met het primaat van het interpretatieve mandaat? Het is moeilijk dergelijke cijfers te interpreteren, vooral omdat zij zich slechts over een relatief korte periode uitstrekten. Het kan heel goed zijn dat de gevonden zaken zich eenvoudigweg in meerderheid niet leenden voor conforme interpretatie.

Duidelijk is wel dat het uitgangspunt van de wetgever dat eerst de mogelijkheid van conforme interpretatie dient te worden onderzocht, nog altijd staat. Een en ander ligt ten grondslag aan het wettelijk stelsel van de HRA.[244] Uitsluitend wanneer conforme interpretatie onmogelijk is, dan kan worden gedacht aan een onverenigbaarverklaring. De keuze uit beide instrumenten is dan ook een gelijkwaardige: rechters zijn *verplicht* om conform te interpreteren, het uitspreken van een verklaring van onverenigbaarheid is een discretionaire bevoegdheid. Daarbij speelt ook de overweging van effectieve rechtsbescherming weer een rol.[245] Zoals gezegd is de verklaring immers slechts van beperkte waarde voor de klager in het voorliggende geschil. Toch zijn er argumenten denkbaar om in sommige gevallen waarin een conforme interpretatie denkbaar is, toch te besluiten tot een verklaring van onverenigbaarheid. Dat is wel bepleit door voorstanders van de zogenaamde dialoogtheorie, die inhoudt dat aan de HRA de gedachte ten grondslag ligt dat zoveel mogelijk sprake dient te zijn van een dialoog tussen de staatsmachten.[246] Zo meent Klug dat de HRA niet bedoeld is om rechters het laatste woord te geven in kwesties waarin de zaken nog enigszins onbepaald zijn.[247] Kavanagh op haar beurt gaat daar tegenin en wijst er op dat ook interpretatie een kwestie van dialoog is, waarbij het zeker niet zo is dat het laatste woord steeds bij de rechter berust.[248] Bovendien wijst zij er op dat de dialoogtheoretici doorgaans over het hoofd zien dat een belangrijk doel van de HRA nu juist was om meer en effectievere rechtsbescherming te bieden tegen schendingen, onder andere door de wetgever.[249] Terecht haalt zij de zaak van Godin-Mendoza aan, die bij een verklaring van onverenigbaarheid niets te winnen had gehad. In dat geval was hij immers zijn huis kwijtgeraakt. Het was, zo stelt Kavanagh, een schrale troost voor hem geweest dat de uitspraak die hem niet kon baten, gelegitimeerd werd op basis van het feit dat daarmee de dialoog tussen rechter

243 HL 21 juni 2004 [2004] *UKHL* 30 (*Ghaidan v. Godin-Mendoza*), *per* Lord Steyn, r.o. 39.
244 Zie de artikelen 3 en 4 HRA.
245 Kavanagh 2009, p. 124. Zie tevens HL 31 oktober 2007 [2007] *UKHL* 46 (*Home Secretary v. MB*), *per* Lady Hale, r.o. 73.
246 Zie in dat verband bijv. Klug 2001, p. 370.
247 *Ibid.*
248 Kavanagh 2009, p. 129-130.
249 *Ibid.*, p. 130-131.

en wetgever – en daarmee van het politieke proces als geheel – werd verbeterd.[250]

Waar het in wezen op neer komt is daarom dat de rechtspraak bij de beslissing of een conforme interpretatie nog mogelijk is, mee zal wegen welke gevolgen het weigeren van deze remedie heeft voor de klager. In de zaak van Juan Godin-Mendoza was het belang relatief groot. Dat was ook het geval in *R. v. A.*, waar het ging om een mogelijke – en ernstige – strafrechtelijke veroordeling. Minder groot was het belang in *Bellinger* echter. Weliswaar bleef het huwelijk van de Bellingers ongeldig, zij hadden na verloop van tijd de mogelijkheid om opnieuw in de echt te treden. Beschouwt men de zaken die de revue hiervoor zijn gepasseerd opnieuw met deze kennis in het achterhoofd, dan lijken veel van de verschillen en overeenkomsten plotseling beter te verklaren. Die verschillen worden nóg beter te verklaren wanneer men er een nieuwe factor bij betrekt en dat is de inschatting die de rechter maakt van de haalbaarheid van een adequate politieke reactie op de verklaring van onverenigbaarheid. Kavanagh heeft recentelijk betoogd dat deze factor in de rechtspraak een aanzienlijk gewicht lijkt te krijgen.[251] Wanneer bijvoorbeeld wijzigingswetgeving reeds aanhangig is gemaakt, is de rechter minder bereid tot een conforme interpretatie en kiest hij eerder voor een verklaring. De beslissingen van de lords in respectievelijk *Bellinger* en *Anderson* lijken dat te illustreren.[252] En omgekeerd is de bereidwilligheid groter om tot een conforme interpretatie te komen wanneer de rechtspraak vreest voor een matige bereidheid van het parlement om de wet aan te passen. Kavanagh meent dat dit een factor van belang is geweest in *R. v. A.*, waar het immers een wet betrof die het parlement net, onder grote maatschappelijke druk, tot stand had gebracht. De theorie van Kavanagh is uiteraard niet van enige speculatie gespeend. Toch biedt zij een interessant perspectief op de Britse rechtspraak omtrent remedies. Het is zeker niet ondenkbaar dat overwegingen zoals zij die schetst op de achtergrond een rol spelen. Daarbij speelt mee, zoals Kavanagh ook naar voren brengt, dat de rechter enerzijds de taak heeft voor een effectieve rechtsbescherming zorg te dragen – hetgeen de verantwoordelijkheid met zich brengt om in te schatten of de klagers ook iets van de wetgever te verwachten hebben – en anderzijds dat hij een speler is in een proces dat langzaam tendeert richting de vorming van een conventie dat verklaringen van onverenigbaarheid doorgaans worden opgevolgd. Het 'over de schutting gooien' van onverenigbare wetgeving zonder acht te slaan op de vraag of het parlement ook wat met de problematiek kan, past in elk geval niet bij die rol.[253]

250 *Ibid.*, p. 131.
251 Kavanagh 2009, p. 133-137.
252 HL 10 april 2003 [2003] *UKHL* 21 (*Bellinger v. Bellinger*); HL 25 november 2002 [2002] *UKHL* 46 (*R. v. Home Secretary, ex parte Anderson*).
253 Kavanagh 2009, p. 136.

9.4 UITGELEIDE

In het Verenigd Koninkrijk heeft zich een evolutie voltrokken op het gebied van de rechterlijke bescherming van grondrechten. Sommigen spreken ook wel van een revolutie. Het Britse stelsel wordt traditioneel sterk gekenmerkt door de doctrine van parlementaire soevereiniteit, inhoudend dat het Westminster parlement bevoegd is om op elk gewenst terrein een wet met elke gewenste inhoud te maken. Bovendien is rechterlijke toetsing van dergelijke wetgeving traditioneel uit den boze. Los van het beginsel van parlementaire suprematie, is in de Britse rechtsorde ook steeds een stevige afkeer geweest van het concept mensenrechten. De burger had nu eenmaal de vrijheid om alles te doen en te laten zolang hij daarmee maar niet in conflict kwam met de wet of de *common law*. Beide ankerpunten van het Britse recht zijn de afgelopen decennia onder druk komen te staan. Met name de toetreding van het Verenigd Koninkrijk tot de EG/EU en het EVRM zijn daarbij van belang geweest. In tegenstelling tot de relatief loyale samenwerking tussen de Britse staatsinstellingen en de EG, is de verhouding tussen het Britse recht en de Conventie lange tijd moeizaam geweest. Dat daarin in de negentiger jaren verandering is gekomen heeft veel te maken met een dreigende revolutie onder, met name, de rechterlijke macht die in de loop der tijd instrumenten had ontwikkeld om de Conventie te effectueren, maar daarbij steeds vaker tegen grenzen aanliep.

Met de invoering van de Human Rights Act 1998 is getracht effectieve grondrechtenbescherming te verbinden aan de doctrine van parlementaire soevereiniteit. Dit verstandshuwelijk krijgt met name vorm op het terrein van de beschikbare constitutionele remedies bij wetgeving die in strijd met het EVRM blijkt te zijn. Veruit de belangrijkste remedie betreft de plicht voor alle overheidsorganen, de rechtspraak voorop, om wetgeving conform de Conventie uit te leggen. Rechters hebben deze plicht aangegrepen om verder te gaan dan zij ooit gingen bij de uitleg van wetgeving. De bewoordingen van de wet en de *prima facie* bedoeling van de wetgever zijn niet langer leidend bij de wetsinterpretatie. Conforme interpretatie is slechts onmogelijk wanneer zij in strijd zou zijn met een *fundamental feature* van de wetgeving in kwestie, wanneer de rechter verschillende conforme interpretaties ten dienste staan bij de uitleg van de wet, of wanneer de schending zodanig diep ingrijpt in het wettelijk stelsel dat een integrale wijziging nodig is.

Is conforme uitleg niet mogelijk dan bezit de rechter een discretionaire bevoegdheid tot het uitspreken van een verklaring van onverenigbaarheid. Deze verklaring tast echter de geldigheid van de wet in kwestie niet aan. Wel is door verschillende auteurs betoogd dat deze verklaring in de praktijk werkt als een bevel tot wetgeving waar de wetgever, om politieke en juridische redenen, niet anders kan dan gevolg aan geven. Niettemin is een belangrijk nadeel van de verklaring dat effectieve rechtsbescherming ten aanzien van de klager zelf doorgaans uitblijft. Betoogd is wel dat de rechter daarom bij de beslissing conform te interpreteren, dan wel een verklaring uit te spreken,

rekening houdt met de persoonlijke situatie van de klager en de waarschijnlijkheid van rechtsherstel bij de wetgever.

10 Constitutionele dialogen over grondrechten in Canada

10.1 INLEIDING

De grens tussen Canada en de Verenigde Staten van Amerika is de langste ter wereld. Vanaf de westkust strekt hij zich uit over de negenenveertigste breedtegraad, de *Rocky Mountains* doormidden klievend totdat hij uitmondt in de wateren van de Grote Meren die Ontario scheiden van vijf Amerikaanse staten. Geografisch noch cultureel heeft deze grens veel omhanden. Het landschap verandert niet van kleur. Aan beide zijden ervan staat een *Taco Bell* en kan men *Wendy's old fashioned hamburgers* bestellen. In de beide landen heerst de *common law*.[1] Beiden hebben een federale structuur en gespreide toetsing van wetgeving. Beide landen kennen een negenkoppig *Supreme Court*.

Maar schijn bedriegt. Waar de Verenigde Staten, samen met Duitsland, in de rechtsvergelijkende literatuur regelmatig wordt opgevoerd als het prototype van het 'constitutionele model', ziet men Canada vaak als exponent van een *Commonwealth* of 'dialoogmodel'.[2] Het verschil zou zijn, dat grondwetsinterpretatie in Amerikaanse en Duitse ogen primair een kwestie van de rechter is.[3] In het Canadese staatsrecht aanwezige mechanismen zouden die kwestie daarentegen een gedeelde taak van rechter en wetgever maken. Volgens sommige auteurs leidt zo'n dialoogmodel ertoe dat de rechter zich wat 'vrijmoediger' op kan stellen in de toetsingsfase.[4] De noodzaak tot terughoudendheid zou minder groot zijn nu de rechter weet dat hij niet het laatste woord heeft.

---

1 De uitzonderingen zijn Quebec en (in mindere mate) Louisiana, waar men geschillen aan de hand van *civil law* beslecht.

2 Vgl. voor de V.S.: Koopmans 2003, p. 8-12, en hst. 3; Zoethout 1995, p. 7. Voor Canada: Gardbaum 2001; Roach 2001.

3 Zie voor de Verenigde Staten in dat verband: USSC 12 september 1958, 358 *U.S.* 1 (*Cooper v. Aaron*); USSC 26 maart 1962, 369 *U.S.* 186 (*Baker v. Carr*); USSC 16 juni 1969, 395 *U.S.* 486 (*Powell v. McCormack*); USSC 24 juli 1974, 418 *U.S.* 683 (*United States v. Nixon*); USSC 29 juni 1995, 515 *U.S.* 900 (*Miller v. Johnson*), en USSC 15 mei 2000, 529 *U.S.* 598 (*United States v. Morrison*). Zie voor kritiek op deze houding o.m.: Meese 1987 en Tushnet 1999. In de Duitse context kan worden gewezen op BVerfG 23 oktober 1951, *BVerfGE* 1, 14 (*Südweststaat*), p. 36-37; BVerfG 15 januari 1985, *BVerfGE* 69, 112. BVerfG 30 mei 1990, *BVerfGE* 82, 126 (*Kündigungsfristen*), r.o. 112; BVerfG 26 april 1994, *BVerfGE* 90, 263 (*Ehelichkeitsanfechtung*), r.o. 42; BVerfG 18 februari 2004, 1 BvR 193/97 (*Ehemalige Ehename*), r.o. 46.

4 Vgl. o.a. Clayton 2004, p. 46-47; Tushnet 2008, p. 242-252; Van der Schyff 2010, §305.

In dit hoofdstuk bezie ik of die hypothese klopt. Zorgen deze 'dialoogbevorderende' mechanismen er inderdaad voor dat de rechter meer ruimte heeft om rechtsbescherming te bieden? Kan hij, in de woorden van twee Canadese auteurs, de wetgever met zijn remedie een 'constitutionele hint' geven?[5] Daartoe schets ik eerst het Canadese stelsel van constitutionele toetsing (§10.2), Vervolgens ga ik uitvoerig in op de constitutionele remedies die daarin figureren (§10.3). Bijzondere aandacht is er in dat verband voor de zogenaamde *suspended declaration of invalidity*, waarmee de Canadese wetgever door de rechter een *terme de grâce* wordt gegund. In §10.4 komen dan de procesrechtelijke remedies aan de orde. Tot slot bespreek ik de idee van *constitutional dialogue* en bezie ik welke rol deze notie speelt in de vormgeving van de Canadese *terme de grâce* (§10.5).

10.2 Wetgeving en grondrechtenbescherming

Alvorens toe te komen aan de vraag welke constitutionele remedies in Canada een rol spelen, ga ik in op het stelsel van grondrechtenbescherming. Ik bezie eerst wát ter toetsing voorligt (§10.2.1) en hoe deze toetsing georganiseerd is (§10.2.2). Vervolgens ga ik in op de maatstaf van toetsing (§10.2.3 en 10.2.4).

10.2.1 Object van toetsing

Canada is een federale staat. De overheidsmacht is verdeeld tussen de provincies en de federale overheid in Ottawa. Deze werkverdeling wordt beheerst door het constitutionele recht. Eén basisdocument, zoals een grondwet, kent Canada formeel niet. Het constitutionele recht wordt gevormd door conventies en enkele wetten van constitutionele orde.[6] De belangrijkste daarvan betreffen de *Constitution Acts* van 1867 en 1982.[7] In de eerste wet treft men voornamelijk de institutionele structuur van het koninkrijk aan, in de tweede de grondrechtencatalogus.[8]

De wetgevende bevoegdheid op federaal niveau is ondergebracht bij het Canadese parlement (*Parliament of Canada*), dat conform de Constitution Act

---

5 Duclos & Roach 1991.

6 De '*Constitution of Canada*' wordt volgens artikel 52 lid 2 *Constitution Act* 1982 omschreven als de *Constitution Acts* van 1867 en 1982, alsmede een aantal wetten zoals opgesomd in de bijlage bij de wet.

7 De *Constitution Act* 1867 werd voor de constitutionele hervorming van 1982 de *British North America Act* 1867 genoemd. Haar voorganger was de *Colonial Laws Validity Act* 1865.

8 De wetgeving van 1982 ging overigens gepaard met de uitvaardiging van de *Canada Act* 1982 van het Westminster parlement van het Verenigd Koninkrijk, waarin het gezag over Canada werd overgedragen aan de federale en provinciale parlementen in Canada zelf.

1867 bestaat uit het, met het Verenigd Koninkrijk gedeelde, staatshoofd (*The Queen*) en twee Kamers ('an upper house styled the Senate and the House of Commons').[9] Wetten worden ondertekend door het staatshoofd ('*The Royal Assent*'), die in de praktijk vervangen wordt door de gouverneur-generaal. Naast de federale wetgever kennen de verschillende provincies een eigen parlement en een eigen kabinet. Ook deze wetgevers kunnen formele wetgeving uitvaardigen. In de Canadese terminologie wordt het federale parlement aangeduid als *'Parliament'* en de provinciale parlementen als *'the Legislatures'*. Tussen de verschillende wetgevende parlementen bestaat in beginsel geen rangorde, wel een werkverdeling: het strafrecht is exclusief opgedragen aan de federatie, het civiele recht doorgaans aan de provincies. Wetgeving van beide 'lagen' staat in dit hoofdstuk centraal.

10.2.2 De organisatie van de toetsing: het stelsel van rechtspraak

De rechterlijke organisatie is opgedeeld in een provinciale, een federale en een militaire kolom. In eerste aanleg wordt recht gesproken door zogenaamde *administrative tribunals*, door *trial courts* (op federaal niveau), door *superior*, respectievelijk *inferior courts* (op provinciaal of territoriaal niveau), en door *military courts*. In hoger beroep kennen de drie kolommen eigen *courts of appeal*. De provinciale beroepshoven zijn tevens de hoogste rechters van de verschillende provincies. Zowel tegen uitspraken van deze provinciale *courts of appeal*, als tegen uitspraken van het federale *court of appeal* en het (militaire) *court martial appeal court* staat beroep open op het *Supreme Court of Canada* (SCC).

Het SCC is geen constitutioneel hof en zijn bevoegdheden zijn dan ook algemeen van aard. Wel kent het een *reference procedure*.[10] De gouverneur-generaal kan het Hof (op instigatie van het kabinet) abstracte vragen voorleggen. Dat kunnen *questions of law or fact* zijn. Doorgaans betreft het constitutionele vraagpunten. Veel gevoelige kwesties hebben het Hof via de referentieprocedure bereikt.[11] De provinciale overheden hebben niet de mogelijkheid het SCC zo'n vraag voor te leggen. Zij kennen echter allemaal eigen wetgeving die een soortgelijke bevoegdheid regelt met betrekking tot het eigen *court of appeal*.[12] Tegen dergelijke uitspraken staat hoger beroep open bij het SCC.[13]

---

9 Vgl. in algemene zin o.a. Docherty, 'Parliament: Making the Case for Relevance', in: Bickerton & Gagnon 2004, p. 166.

10 Vgl. artikel 53 van de Supreme Court Act.

11 Vgl. bijv. SCC 9 december 2004 [2004] 3 *SCR* 698 (*Reference re Same-Sex Marriage*), en SCC 20 augustus 1998 [1998] 2 *SCR* 217 (*Reference re secession Quebec*).

12 Zie daaromtrent Hogg 2007-I, p. 254-255.

13 Zie artikel 36 Supreme Court Act.

In dit hoofdstuk staat voornamelijk, zij het niet uitsluitend, de rechtspraak van het SCC centraal. Die keuze is geen principiële. Hoewel in Canada sprake is van gespreide toetsing, is de rechtsvormende rol van de hoogste rechter nu eenmaal het meest zichtbaar, zeker in een land, zoals Canada, dat een stelsel van *precedent* kent. Bovendien is het thema rechtsvorming in de rechtspraak van het SCC uitgebreider gedocumenteerd dan bij de *Courts of Appeal*.

10.2.3 Maatstaf van toetsing: van grondrechtencatalogi…

De constitutie van Canada wordt in de kern gevormd door twee wetten: de *Constitution Acts* van 1867 en 1982. Beide wetten zijn bekrachtigd door het Westminster parlement.[14] Dat fungeerde lange tijd als grondwetgever voor het Canadese deel van het koninkrijk. Die situatie eindigde in 1982 met het uitvaardigen, op Canadees verzoek, van de *Canada Act* 1982. Daarin werd het gezag overgedragen aan de federale en provinciale parlementen en eindigde de soevereiniteit van het Westminster parlement over de voormalige kolonie.

Met het vertrek van de Britten is in zekere zin ook de parlementaire soevereiniteit uit Canada vertrokken. De *Constitution Act* 1867 modelleerde het Canadese staatsbestel nog naar Brits voorbeeld, zij het dat de uiteindelijke soevereiniteit in Westminster bleef liggen. De federale en de provinciale parlementen deelden hun bevoegdheden. Het resultaat was gefragmenteerde soevereiniteit. Om de daaruit voortvloeiende federale machtsverdeling te bewaken, nam de rechtspraak al vroeg de bevoegdheid aan om federale en provinciale wetgeving te toetsen aan de *Constitution Act* 1867.[15]

Aan grondrechten moest bij deze toetsingsbevoegdheid aanvankelijk nog niet gedacht worden. Wel toetste de rechter soms aan *common law principles*, maar ook dan alleen via een omweg. Provinciale wetgeving die daarop inbreuk maakte werd onverbindend geoordeeld omdat de rechter uitsluitend het federale parlement bevoegd achtte de kwestie te regelen.[16]

Na de Tweede Wereldoorlog groeide de aandacht voor grondrechtencatalogi. Canada trad toe tot mensenrechtenverdragen zoals het IVBPR, het IVESCR, het IVRD en het Vrouwenverdrag.[17] Deze verdragen spelen een belangrijke

14 Respectievelijk door de *British North America Act* 1867 en de *Canada Act* 1982.

15 Hogg 2007-I, p. 347-348.

16 Hogg 2007-II, p. 110. Daar het in zulke gevallen meestal om nogal plaatselijk georiënteerde maatregelen ging, was deze praktijk effectief. De federale wetgever dacht er immers zelden aan soortgelijke wetgeving vast te stellen.

17 Het IVBPR en het IVESCR werden beide op 19 mei 1976 geratificeerd. Het IVRD iets eerder, op 14 oktober 1970 en het Vrouwenverdrag op 10 december 1981. Alleen bij het Amerikaanse mensenrechtenverdrag is Canada niet partij. Canada is traditioneel pleitbezorger van

rol in de Canadese rechtspraak.[18] Direct inroepbaar voor de nationale rechter zijn zij echter niet. Verdragsrecht moet in het, op Britse leest geschoeide, Canadese bestel, getransformeerd worden om werking te krijgen in de nationale rechtsorde en dat is ten aanzien van de meeste mensenrechtenverdragen niet gebeurd.[19] Weliswaar wordt wetgeving zoveel mogelijk conform de verdragen uitgelegd, maar dat is alleen mogelijk wanneer deze wetgeving meerdere interpretaties duldt.[20]

Op nationaal niveau gold tot 1982 een soortgelijke situatie. Rond de vijftiger jaren vaardigden diverse provincies een eigen *Bill of Rights* uit. Een federale variant zag in 1960 het licht.[21] Geen van deze wetten genoot een hogere status dan overige wetgeving. De rechtspraak kende hen wel een bescheiden vorm van voorrang toe op basis van *common law presumptions*, maar over het algemeen wordt de jurisprudentie onder de *Bills of Rights* als relatief timide aangemerkt.[22] Vanaf de zeventiger jaren groeide daarom de behoefte aan een robuuster wet. Met het afscheid van de Britten in 1982 is die wet er ook gekomen. In de wet waarmee Canada verantwoordelijkheid voor de eigen constitutie opeiste, werd een grondrechtencatalogus opgenomen die een uiterst belangrijke rol zou gaan spelen in rechtspraak en politiek. Op dat *Charter of Rights and Freedoms* ga ik nu iets dieper in.

10.2.4 … naar het *Charter of Rights and Freedoms*

Het Charter maakt, zoals gezegd, deel uit van de *Constitution Act* 1982. Het garandeert onder meer de geloofs-, uitings-, vergader- en verenigingsvrijheid

---

mensenrechten op het Amerikaanse continent. De regering zag echter strijd tussen de eigen opvattingen over abortus en het, in de Conventie opgenomen, recht op leven, dat ook de ongeboren vrucht beschermde. Vgl. de beantwoording van parlementaire vragen door de minister van Buitenlandse Zaken in 1999 (*Hansard* [*Can.*], *No.* 220 [3 mei 1999], p. 1520); rapport van de parlementaire Standing Committee on Human Rights, *Enhancing Canada's Role in the OAS: Canadian Adherence to the American Convention on Human Rights* (mei 2003), te vinden op de website van het parlement van Canada: www.parl.gc.ca.

18 Zo bijv. Roach 2005, p. 555.

19 Vgl. het rapport van de parlementaire Standing Committee on Human Rights, *Implementing Canada's Human Rights Obligations*, december 2001, nr. 2 (b) (ii), te raadplegen via www.parl.gc.ca.

20 De Canadese rechter vaart een relatief restrictieve koers waar het *reading down* en *reading in* betreft. Ik ga daar hierna, i.h.k.v. de bespreking van de constitutionele remedies nog uitvoeriger op in.

21 De federale *Bill of Rights* is nog altijd van kracht. Ze staat wel in de schaduw van het, nog te bespreken, *Charter of Rights and Freedoms*. Nu zij enkele grondrechten bevat die in het *Charter* niet zijn geregeld, heeft ze wel aanvullende werking.

22 Vgl. SCC 20 november 1969 [1970] *SCR* 282 (*The Queen v. Drybones*); Hogg 2007-II, p. 28.

(artikel 2), kiesrecht voor de federale organen (artikelen 3-5) en een – gelet op het federale karakter van de Canadese staat – relatief uitgebreid stelsel van mobiliteitsrechten (artikel 6). Het *Charter* regelt verder specifieke rechten met betrekking tot strafvervolging en vrijheidsbeneming (artikelen 7-14). In artikel 15 is het gelijkheidsbeginsel opgenomen. Dat artikel regelt zowel het recht niet gediscrimineerd te worden, als het recht om in gelijke mate behandeld te worden met betrekking tot overheidsmaatregelen (*'equal benefit of the law'*). Positieve discriminatie wordt in lid 2 uitdrukkelijk toegestaan. De artikelen 16 tot en met 23 regelen tot slot de diverse specifieke taal- en onderwijsrechten van de verschillende minderheden in Canada.

Het Charter heeft drie belangrijke kenmerken. Dat is in de eerste plaats artikel 1, dat expliciteert dat geen van de rechten absoluut is. Beperkingen zijn toegestaan mits *'reasonable and demonstrably justified in a democratic society'*. Van belang is, ten tweede, dat het Charter deel uitmaakt van de *Constitution Act* 1982 en deelt in de voorrang die deze wet heeft boven andere wetgeving. Artikel 52 CA 1982 luidt:

> 'The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect'.

Met name deze voorrang van het Charter was een heet hangijzer in de onderhandelingen tussen de federale regering en de provincies. Sommige van die provincies verzetten zich hevig tegen de, in hun ogen, blanco cheque die daarmee aan de rechter werd uitgeschreven.[23] Het kabinet heeft hen uiteindelijk wel aan boord gekregen. Allemaal? Nee, een kleine Franstalige enclave, Quebec, bleef moedig weerstand bieden. Wat voor de rest de doorslag gaf, was de introductie, in een betrekkelijk laat stadium van de onderhandelingen, van artikel 33 Charter, de zogenaamde *Notwithstanding Clause*. Deze bepaling geeft de federale en de provinciale wetgevers de bevoegdheid om bij gewone meerderheid te bepalen dat wetgeving gedurende vijf jaar geldig en toe te

23 Het ging met name om Quebec, Manitoba, Saskatchewan en Alberta. De bezorgdheid van de provincies lijkt met name ingegeven door de wijze waarop het Amerikaanse Supreme Court zich in die periode manifesteerde. Bovendien lag de voormalige hoogste rechter, de *Privy Council*, nog sterk in het geheugen. Die had zich in de jaren twintig en dertig van de vorige eeuw tegen socialezekerheidswetgeving gekeerd en daarvoor het instrument van de federale toetsing op zodanig grote schaal gebruikt dat Canada de rechtsmacht van de *Privy Council* had opgezegd ten gunste van het eigen Supreme Court. Een *Court Packing Plan à la Canadienne* dus, waarbij wél werd doorgebeten. Zie Roach 2001, p. 39-46.

passen is *niettegenstaande* (mogelijke) strijd met het Charter.[24] Die termijn kan na vijf jaar worden verlengd. De verklaring van het parlement dat van de clausule gebruik wordt gemaakt moet expliciet zijn en bij gewone meerderheid worden genomen maar is verder vormvrij. In §10.5 ga ik nader op het gebruik en de werking van deze bevoegdheid in.

10.2.5 Resumerend

In deze paragraaf is een beeld geschetst van het object en de maatstaf van de toetsing, en de actoren die haar vormgeven. Het zal in dit hoofdstuk primair gaan om de toetsing van formele wetgeving afkomstig van het federale parlement in Ottawa en de wetgevers in de provinciale hoofdsteden. Zij wordt verricht door de rechtspraak in brede zin. Vrijwel elke rechter in Canada is gerechtigd, verplicht zelfs, tot toetsing van wetgeving. Ik ga voornamelijk in op de rechtspraak van het Supreme Court. Het kan worden bereikt door, mits verlof is verkregen, hoger beroep in te stellen tegen beslissingen van lagere rechters. Het Hof kan voorts door de federale regering, en indirect door de provinciale regeringen, om advies worden gevraagd in een zogenaamde *reference procedure*. Het Hof toetst wetgeving van oudsher aan de voorgeschreven federale verhoudingen. Sinds 1982 toetst het ook aan de grondrechten, opgenomen in het Charter of Rights and Freedoms. Dit Charter maakt deel uit van, wat artikel 52 lid 2 CA 1982 aanmerkt als, *'the Constitution of Canada'*: een verzameling wetten van constitutionele orde. Het Charter is zelf van hogere orde en kent zowel een gekwalificeerde wijzigingsprocedure als een voorrangsbepaling. Wetgeving die onverenigbaar is met het Charter is van rechtswege onverbindend. Om de daaruit voortvloeiende sterke positie van de rechterlijke macht te temperen, introduceert artikel 33 Charter een mechanisme om parlementaire soevereiniteit te herstellen. Op de gevolgen van deze bepaling ga ik nog in. Eerst bezie ik de constitutionele remedies waarmee de Canadese rechter de voorrang van het Charter effectueert.

10.3 Constitutionele remedies in enge zin

In deel I beschreef ik, voor het Nederlandse recht, twee varianten van remedies waarmee voorrang kan worden geëffectueerd; constitutionele remedies in enge zin en procesrechtelijke remedies. Die tweedeling is ook hier te maken. De Canadese constitutie voorziet in twee manieren om een inconstitutionele situatie te beëindigen. De eerste heeft specifiek betrekking op normconflicten

24 Niet alle bepalingen vallen onder deze zgn. *override*: Het kiesrecht (artikel 3), de bewegingsvrijheid (artikel 6) en de bepalingen omtrent tweetaligheid van de werking van artikel 33 zijn o.m. uitgezonderd.

en is vastgelegd in artikel 52 CA 1982, dat de voorrang van 'de constitutie' boven andere wetgeving regelt. Daarnaast kent artikel 24 van het Charter de rechter de bevoegdheid toe om gedupeerden van een grondrechtenschending een remedie te bieden die hem passend lijkt. Deze bepaling biedt een grondslag voor een schadevergoeding of een rechterlijk bevel tot een handelen of nalaten. In deze paragraaf bespreek ik de constitutionele remedies in enge zin, waaronder de remedie van artikel 52. Op de procesrechtelijke remedies onder artikel 24 Charter ga ik in de volgende paragraaf in.

10.3.1 De hoofdregel: onverbindendheid

Is wetgeving in strijd met normen van constitutionele rang, dan is zij, zo verklaart artikel 52 van de Constitution Act 1982, onverbindend. Het remediërende karakter van deze bepaling zit hem er in dat de rechter hier wordt opgedragen het geschil te beslechten met voorbijgaan aan de aangevochten wetgeving.[25] Het SCC suggereert in dat verband zelfs regelmatig dat zo'n inconstitutioneel voorschrift nietig, *null and void*, is. In 2008 overweegt *Chief Justice* McLachlin bijvoorbeeld:

> 'In either case, the remedy is a s. 52 remedy that renders the unconstitutional provision of no force or effect to the extent of its inconsistency. To the extent that the law is unconstitutional, it is not merely inapplicable for the purposes of the case at hand. It is null and void, and is effectively removed from the statute books.'[26]

Niet lang geleden, gebruikte Sillen een lakmoesproef om te beoordelen of een voorschrift, strikt genomen, nietig kan worden genoemd.[27] Beslissend was, of het voorschrift kan herleven wanneer de onrechtmatigheid ophoudt te bestaan. Ik laat de kwestie rusten of de Canadese versie van *'null and void'* aan dat criterium voldoet. Zij is voor dit onderzoek wat minder relevant. Ik neem de terminologie van het Hof hier over en spreek, dit *caveat* indachtig, soms van nietigheid. In dat verband bezie ik de grondslag van deze nietigheid eerst wat uitgebreider. Vervolgens ga ik in op enkele aspecten ervan, zoals de rechtsgevolgen en de mogelijkheid van splitsing.

10.3.1.1 Grondslag voor en na 1982

Zoals gezegd vloeit de onverbindendheid van wetgeving tegenwoordig voort uit artikel 52 van de Constitution Act. Die grondslag is er echter pas sinds

25 Hogg 2007-II, p. 178.
26 SCC 29 februari 2008, [2008] 1 *SCR* 96 (*R. v. Ferguson*), r.o. 65.
27 Sillen 2010, p. 144.

1982, terwijl de rechter wetgeving ook al ver daarvoor aanmerkte als onverbindend. Het instituut is van oudsher onlosmakelijk verbonden met de Canadese toetsingspraktijk.[28] Net als dat in Duitsland het geval is, wordt haar grondslag traditioneel gezocht in het feit dat een inconstitutionele norm in wezen niet geldig tot stand is gekomen en daarmee dus ook de gelding van wet ontbeert. Het uitvaardigen van een norm in strijd met hoger recht is per definitie *ultra vires* en daarom onverbindend. Al in de negentiende eeuw zag de hoogste koloniale rechter, de *Privy Council*, het zo.[29] In de rechtspraak van de *Privy Council*, en later die van het SCC, kwam onverbindendheid voornamelijk aan de orde in het kader van verticale machtenscheidingskwesties voortvloeiend uit Canada's federale structuur.[30] De geldigheid van wetgeving betrof dus vrijwel steeds bevoegdheidskwesties. De materie, dichotoom van aard als zij was, leende zich voor het uitspreken van de onverbindendheid van een wet. De rol van de rechter was, de constitutionele grenzen met betrekking tot de wetgevende bevoegdheid van de provincies en de federatie af te bakenen en te bewaken.[31] Overschreed een wetgever zijn bevoegdheid, dan constateerde de rechter het ontbreken van de bevoegdheid. De onverbindendheid van de regeling volgde daar vanzelf uit. De toepassing van de regeling in het individuele geval was doorgaans niet van belang: elke toepassing was immers onverenigbaar met het grondwettelijk stelsel want zonder rechtsbasis. De wet was *void ab initio*.[32]

Zoals reeds in de voorgaande paragraaf aan de orde kwam, heeft het feit dat de toetsing in federale geschillen doorgaans sterk procedureel van aard is, er niet aan in de weg gestaan dat ook voor de invoering van het Charter op indirecte wijze aan fundamentele rechten werd getoetst.[33] Hoewel er dus zeker ook voor de constitutionele hervorming van 1982 sprake was van inhoudelijke toetsing, bleef die steeds gebaseerd op de notie van *ultra vires.* Daarbij paste een voorkeur voor het vaststellen van de onverbindheid als primaire remedie. Elke andere uitspraakvariant voor 1982 werd beschouwd als een inbreuk op de prerogatieven van de wetgever.[34] Rechterlijke maatregelen die minder vergaand waren dan het uitspreken van de onverbindendheid van een regeling (zoals conforme interpretatie of toetsing *as applied*, het onrechtmatig verklaren van toepassingen) brachten immers keuzes met zich ten aanzien van de vraag welke gedeelten van de wet dan wel of niet gelding kon

28 Hogg 2007-II, p. 745. Zie overigens ook reeds de *Colonial Laws Validity Act* 1865, die een soortgelijke voorrangbepaling bevatte.
29 Vgl. o.a. PC 21 januari 1882 [1882] *UKPC* 4 (*The Temporalities Case*), *per* Lord Watson. Nader: Wheare 1960, p. 67-68; Siebrasse 1993.
30 Vgl. bijv. Rogerson 1987, p. 245-253; Hogg 2007-II, p. 31.
31 Vgl. SCC 5 oktober 1976 [1977] 2 *SCR* 776 (*Amax Potash Ltd. v. Saskatchewan*), p. 590.
32 Vgl. Rogerson 1987, p. 271. Tevens Choudhry & Roach 2003, p. 211-212.
33 Zie daaromtrent Hogg 2007-II, p. 9-10.
34 Zie voor een analyse daaromtrent Rogerson 1987, p. 250-251.

worden ontzegd. Zulke keuzes werden onverenigbaar met de rechterlijke taak beschouwd.[35]

Daarmee is overigens niet gezegd dat er zich voor 1982 geen alternatieve uitspraakvarianten hebben voorgedaan. Van een beperkte vorm van conforme interpretatie (*reading down*), splitsing, en het incidenteel buiten toepassing laten van een conflictueuze bepaling (*paramountcy*) was op zeer beperkte schaal sprake.[36] Dat neemt echter niet weg dat (algehele) onverbindendheid tot de invoering van de *Constitution Act* 1982, waarvan het Charter deel uitmaakte, evident de norm was. Hoewel de rechtspraak zich, zoals wij nog zullen zien, na die tijd sterk heeft ontwikkeld, zijn daarvan ook nu nog sporen te zien. Daarvan getuigt het feit dat onverbindendheid, hoezeer de verschillende nog te bespreken alternatieven ook zijn ingeburgerd, nog altijd door het SCC wordt beschouwd als de meest 'veilige' remedie. Simpeler gezegd: weet het hof het echt niet meer, dan valt het 'veilig' terug op het uitspreken van de onverbindendheid van het voorschrift.

Zoals gezegd is de grondslag voor onverbindendheid tegenwoordig in artikel 52, eerste lid CA 1982 terug te vinden. Deze bepaling, ook wel de *supremacy clause* genoemd, luidt als volgt:

> 'The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect'.

De bepaling heeft een absoluut toepassingsbereik. Elke rechter, van de lagere *trial courts* tot het federale *Supreme Court of Canada* en van de civiele rechter tot de *administrative tribunals,* heeft de bevoegdheid en plicht om de voorrang van de Constitution Act 1982 te effectueren.[37] Het maakt daarbij niet uit in wat voor procedure een beroep wordt gedaan op de *supremacy clause*.[38] Anders dan het geval is bij artikel 24 Charter, dat de grondslag voor bijzondere procesrechtelijke remedies biedt, ziet artikel 52 niet uitsluitend op de toetsing aan de grondrechten van het Charter. Haar reikwijdte strekt zich uit over de gehele '*Constitution of Canada*'. Zoals gezegd wordt die door het tweede lid van artikel 52 gedefinieerd als, ruwweg, de Constitution Acts 1867 en 1982. Artikel 52 is bovendien objectiefrechtelijk geformuleerd. Het richt zich niet uitsluitend tot de rechter, hetgeen met zich brengt dat ook van de wetgever en het bestuur een rechtmatigheidstoets wordt verlangd. Tot slot laat artikel 52 lid 1 de rechter, anders dan de remediebepaling van artikel 24 Charter, geen discretionaire vrijheid. Wanneer de voorliggende wettelijke bepaling volgens de rechter

35 *Ibid.*
36 Vgl. Rogerson 1987, p. 246-247.
37 Vgl. Hogg 2007, p. 176-177.
38 *Ibid.*

in strijd komt met de constitutie, dan dient zij buiten toepassing gelaten te worden. Zoals wij nog zullen zien wordt intussen de soep minder heet gegeten dan hij wordt opgediend.

10.3.1.2 De rechtsgevolgen: retrospectieve werking

Net zoals het geval is in Duitsland, wij zagen dat reeds, is het uitgangspunt dat aan artikel 52 lid 1 CA 1982 ten grondslag ligt, dat inconstitutionele wetgeving *void ab initio* is.[39] De geldigheid van de regeling ontbreekt dus vanaf het moment waarop de wet inconstitutioneel werd en niet vanaf het moment waarop het probleem door de rechter wordt vastgesteld. De rechter vernietigt de regeling in kwestie niet, doch beperkt zich enkel tot het – declaratoir – vaststellen van de onverenigbaarheid en daarmee de automatische ongeldigheid van de problematische norm.[40] In de woorden van het Supreme Court:

> 'This Court has applied in many cases the "declaratory approach" to constitutional remedies, which implies that s. 52(1) remedies (…) are deemed to be fully retroactive because the legislature never had the authority to enact an unconstitutional law. In the words of Professor Hogg, a declaration of constitutional invalidity "involves the nullification of the law from the outset" (…). If the law was invalid from the outset, then any government action taken pursuant to that law is also invalid, and consequently, those affected by it have a right to redress which reaches back into the past'.[41]

Zuiver theoretisch 'vormt' de rechter met het uitspreken van een onverbindendheidsoordeel dan ook geen recht. De Canadese rechtspraak huldigt traditioneel de opvatting van de achttiende eeuwse auteur Blackstone dat 'judges do not create law but merely discover it'.[42] Anders dan bijvoorbeeld in de Verenigde Staten wel het geval is geweest, achtte de Canadese rechter zich nooit competent om een norm uitsluitend haar toekomstige geldigheid te ontnemen. Wel werd op dat uitgangspunt in 2007 een principiële nuance aangebracht.[43] In *Canada v. Hislop* betoogden rechters LeBel en Rothstein

39 Vgl. Rogerson 1987, p. 271. Tevens Choudhry & Roach 2003, p. 211-212.
40 SCC 3 oktober 2003 [2003] 2 *SCR* 504 (*Nova Scotia Workers Compensation Board v. Martin*).
41 SCC 1 maart 2007 [2007] 1 *SCR* 429 (*Canada v. Hislop*), *per* LeBel & Rothstein JJ, r.o. 83.
42 *Ibid,* r.o. 84. Zie Blackstone 1765, p. 69-70.
43 SCC 1 maart 2007 [2007] 1 *SCR* 429 (*Canada v. Hislop*). Voor interpretatie van wetgeving in het licht van de *common law* en de grondrechten van het Charter bestond er voor 2007 overigens al een beperkte praktijk van het Hof om wetgever en bestuur een korte overgangs-

namens de meerderheid dat de klassieke *'Blackstonian declaratory approach'* in de moderne tijd een fictie is geworden.[44]

> 'Blackstone's declaratory approach has not remained unchallenged in modern law. Commentators and courts have pointed out that judges fulfill a legitimate law-making function. (…) These critics argue that Blackstone's view is a fiction (…). They say such a fiction should not be turned into an ironclad principle.
>
> However, this acknowledgement does not require abandoning Blackstone's declaratory approach altogether. (…) In instances where courts apply pre-existing legal doctrine to a new set of facts, Blackstone's declaratory approach remains appropriate and remedies are necessarily retroactive. (…) There is, however, an important difference between saying that judicial decisions are generally retroactive and that they are necessarily retroactive. When the law changes through judicial intervention, courts operate outside of the Blackstonian paradigm. In those situations, it may be appropriate for the court to issue a prospective rather than a retroactive remedy. The question then becomes what kind of change and which conditions will justify the crafting of judicial prospective remedies'.[45]

Het SCC verlaat, tenminste volgens zichzelf, het principe van Blackstone dus niet, maar aanvaardt daarop wel een uitzondering voor het geval 'new law' wordt ontwikkeld. Een belangrijke voorwaarde voor het aannemen van een dergelijke uitzondering is dat het hof 'new law' ontwikkelt binnen de kneedbare kaders van het Charter. Het gaat dan overigens niet om een relatief onbeduidende wijziging, maar om een *substantial change* van rechterlijke makelij. Bij de beslissing om de terugwerkende kracht van de onverbindendverklaring te beperken, speelt bovendien een aantal andere factoren een rol zoals de aanwezigheid van gerechtvaardigd vertrouwen ('*good faith reliance*') aan de kant van de overheid, de gevolgen van beperking voor de klager in kwestie (*'fairness to the litigants'*) en de vraag of het hof door de terugwerkende kracht van zijn uitspraak te beperken geen inbreuk maakt op de constitutionele positie van wetgever en bestuur.

De uitspraak van de meerderheid in *Hislop* ging vergezeld van een kritische (en overtuigende) *concurring opinion* van rechter Bastarache. Uitgangspunt van de kritiek van Bastarache vormt nu juist de, hier centraal staande, vaststelling dat het niet de rechter is die het rechtsgevolg van de onverbindendverklaring heeft te bepalen, maar artikel 52 van de Constitution Act zélf. Hij wijst er op dat terugwerkende kracht van de onverbindendverklaring steeds de norm

---

periode te gunnen. Choudhry en Roach merken deze lijn aan als een beperkte vorm van *prospective overruling* (vgl. Choudhry & Roach 2003, p. 214-225). Zie bijv. SCC 1 februari 1990 [1990] 1 *SCR* 190 (*R. v. Brydges*), en SCC 22 mei 1997 [1997] 2 *SCR* 13, resp. 21 november 1997 [1997] 3 *SCR* 1008 (*R. v. Feeney*). Nietigheid van wetgeving was in deze gevallen echter niet aan de orde.

44 *Canada v. Hislop*, §83 (*per* LeBel, Rothstein JJ's).

45 *Ibid.*, §85-86.

is geweest in de constitutionele geschiedenis van Canada.[46] Het feit dat het SCC, zoals wij hierna nog zullen zien, er zeer regelmatig toe overgaat zijn onverbindendverklaring op termijn uit te spreken, doet daar in de ogen van Bastarache niet vanaf. Hij wijst er op dat er een verschil zit tussen het opschorten van een, overigens terugwerkende, nietigverklaring, en het uitspreken van een onverbindendheidsoordeel met uitsluitend toekomstige gevolgen. Treedt immers de nietigverklaring in werking, dan werken de gevolgen ervan onmiddellijk door tot het intreden van de inconstitutionaliteit van de wet. De benadering van de meerderheid miskent, aldus Bastarache, het onderscheid tussen *change of constitutional interpretation* en *actual constitutional change*. Dat laatste is een kwestie voor de constitutionele wetgever. Dat *prospective overruling* in de huidige tijd noodzaak is, bestrijdt Bastarache niet, maar hij benadrukt dat met een dergelijke remedie uiterst terughoudend moet worden omgesprongen, al was het maar omdat het belang van de klager doorgaans met zuiver toekomstige remedies niet gediend is. Uitsluitend wanneer zeer zwaarwegende belangen van derden of van de gemeenschap in het spel zijn, is een beperking van de terugwerkende kracht van de uitspraak te overwegen, maar zo lijkt Bastarache te suggereren, enkel tijdelijk in de vorm van opschorting van de nietigverklaring of het afkondigen van een overgangstermijn (*'transitional period'*).[47]

Ondanks het feit dat de opinie van Bastarache beter lijkt te passen in de Canadese rechtstraditie en genuanceerder van aard is, lijkt de les van *Hislop* te moeten zijn dat het eeuwenoude uitgangspunt van de Canadese toetsingspraktijk, namelijk dat het nietigheidsoordeel van de rechter enkel declaratoire kracht heeft, in elk geval gedeeltelijk door het SCC is verlaten.

10.3.1.3 Methoden ter beperking van de nadelige gevolgen

Nietigheid van de wettelijke regeling brengt voorts met zich dat zowel het bestuur als de burger niet meer aan de norm zijn gebonden, ook als zij nog slechts door een lagere rechter werd vastgesteld. Wel bestaat dan uiteraard nog altijd de mogelijkheid dat die vaststelling in hoger beroep geen stand zal houden. Gebeurt dat, dan is uiteraard de regeling steeds constitutioneel geweest. Gaat het echter om een strafrechtelijk te handhaven norm, dan is het onwaarschijnlijk dat overtreding van de, tijdelijk nietig verklaarde, norm succesvol vervolgd wordt. Het beginsel dat men niet wordt vervolgd wegens het plegen van feiten die met terugwerkende kracht strafbaar zijn gesteld verzet zich daartegen.[48] Een enkele keer is het SCC overigens wel bereid om

46 *Canada v. Hislop, per* Bastarache J, §138-157.
47 *Per* Bastarache J, §158-159.
48 Vgl. Hogg 2007, p. 747.

de uitspraak van de lagere rechter bij wijze van voorlopige voorziening te schorsen totdat inzake de grondwettigheidskwestie in hoger beroep ten gronde is beslist, maar doorgaans is het daar niet toe geneigd.[49] Voordat de wet onverbindend wordt verklaard pleegt het SCC namelijk uit te gaan van de presumptie dat de wet een te beschermen publiek belang dient en dat het algemeen belang er dus bij gebaat is wanneer de wet zo lang mogelijk van kracht blijft.[50] Een vordering van appellanten tot het tijdelijk buiten werking stellen van de regeling is dan ook zelden kansrijk. Deze presumptie wordt uiteraard losgelaten wanneer de wet inmiddels door de lagere rechter onverbindend is verklaard: dan doet zich de omgekeerde situatie voor dat in beginsel *niet* wordt aangenomen dat de regeling een te beschermen belang heeft gediend.[51] Een vordering van de Kroon tot opschorting van de onverbindendverklaring is dan weliswaar mogelijk, maar eveneens zelden succesvol.

Een gevolg van nietigheid van wetgeving kan voorts zijn dat de toepassing van de wettelijke regeling door het bestuur in het verleden, niet meer door de regeling wordt gedekt. In beginsel is daarmee de onrechtmatigheid van het bestuurshandelen, zowel van de overheidsrechtspersoon als van de handelende natuurlijke persoon, gegeven. Een bijzondere exceptie voor overheidsdienaren of de Kroon die in het kader van hun – vermeende – wettelijke taak handelen kent het Canadese aansprakelijkheidsrecht niet.[52] Deze vrij hardvochtige lijn jegens de overheid en zijn ambtsdragers, geldt overigens niet onverkort voor derden. De gerechtvaardigde verwachtingen van hen die op de toepassing van de wettelijke regeling door het bestuur hebben vertrouwd worden beschermd door de zogenaamde *de facto officer* doctrine.[53] Deze doctrine kwam oorspronkelijk tot ontwikkeling ten behoeve van burgers die redelijkerwijs, maar achteraf ten onrechte, hadden aangenomen te maken te hebben met een bevoegde overheidsfunctionaris. Bleek achteraf dat er iets mis was met de aanstelling van de overheidsfunctionaris in kwestie, dan schreef het SCC diens handelen aan de bevoegde overheid toe. De doctrine werd in 1910 op een gezaghebbende, en daarom regelmatig door het hof geciteerde wijze omschreven:

> 'The *de facto* doctrine is a rule or principle of law which, in the first place, justifies the recognition of the authority of governments (…); secondly, which recognizes

49 Met voorlopige voorzieningen die de werking van wettelijke regelingen betreffen is het SCC sowieso terughoudend. Vgl. bijv. SCC 3 maart 1994 [1994] 1 *SCR* 311 (*RJR-MacDonald v. Canada I*), en SCC 10 november 2000 [2000] 2 *SCR* 764 (*Harper v. Canada I*). Wel schortte het hof de werking van een uitspraak van het federale Court of Appeal, bij wijze van uitzondering, op in SCC 25 mei 1995 [1995] 2 *SCR* 627 (*Thibaudeau v. Canada*).

50 Vgl. o.m. *Harper v. Canada* (zie vorige voetnoot), *per* McLachlin CJ, §9.

51 Zie Hogg 2007, p. 750.

52 Vgl. SCC 13 juni 1985 [1985] 1 *SCR* 721 (*Re Manitoba Language Rights*), §76 e.v.

53 Hogg 2007, p. 756-757.

> the existence of, and protects from collateral attack, public or private bodies corporate, which, though irregularly or illegally organized, yet, under color of law, openly exercise the powers and functions of regularly created bodies; and, thirdly, which imparts validity to the official acts of persons who, under color of right or authority, hold office under the aforementioned governments or bodies, or exercise lawfully existing offices of whatever nature, in which the public or third persons are interested, where the performance of such official acts is for the benefit of the public or third persons, and not for their own personal advantage (…). Again, the doctrine is necessary to maintain the supremacy of the law and to preserve peace and order in the community at large, since any other rule would lead to such uncertainty and confusion, as to break up the order and quiet of all civil administration. Indeed, if any individual or body of individuals were permitted, at his or their pleasure, to challenge the authority of and refuse obedience to the government of the state and the numerous functionaries through whom it exercises its various powers, or refuse to recognize municipal bodies and their officers, on the ground of irregular existence or defective titles, insubordination and disorder of the worst kind would be encouraged, which might at any time culminate in anarchy'.[54]

De *de facto officer* doctrine beschermde aanvankelijk slechts tegen hiaten in de benoeming van de overheidsfunctionaris en niet tegen bevoegdheidsgebreken van correct benoemde ambtsdragers.[55] Niettemin toonde het SCC zich in *Manitoba Language Rights* bereid om de doctrine wat op te rekken teneinde ook bevoegdheidskwesties te dekken.[56] De doctrine beschermt overigens niet het overheidsorgaan zelf, maar enkel derden die niet de mogelijkheid hebben gehad zich te vergewissen van de rechtmatigheid van het overheidsoptreden.

Een andere manier waarop de nadelige gevolgen van de nietigverklaring enigszins beperkt worden, is de doctrine van *res judicata*, inhoudend dat een rechterlijke uitspraak waartegen geen rechtsmiddelen meer open staan bindende kracht heeft verkregen hetgeen in de weg staat aan nieuwe procedures omtrent hetzelfde onderwerp.

De doctrine van *res judicata* is met name in de sfeer van het strafrecht van belang geweest. In verschillende zaken deed zich de vraag voor of verdachten die waren veroordeeld op basis van wetgeving die achteraf inconstitutioneel bleek te zijn, alsnog hun detentie aan konden vechten. Daartoe waren verschillende rechtsmiddelen denkbaar. Wanneer niet de volledige rechtsgang is doorlopen, dan is denkbaar dat de veroordeelde alsnog hoger beroep instelt. Hij of zij zal dan doorgaans wel geconfronteerd worden met het feit dat inmiddels de beroepstermijn is verstreken. In *R. v. Thomas*, een zaak uit 1990,

---

54 Constantineau 1910, p. 3-4, geciteerd door o.m. SCC 13 juni 1985 [1985] 1 *SCR* 721 (*Re Manitoba Language Rights*), §76.

55 Vgl. Hogg 2007, p. 757.

56 SCC 13 juni 1985 [1985] 1 *SCR* 721 (*Re Manitoba Language Rights*), §79.

betoogde de veroordeelde appellant in dat verband dat zijn termijnoverschrijding verschoonbaar moest worden geacht omdat hij immers destijds niet had kunnen weten dat de wetgeving op basis waarvan hij was veroordeeld, inconstitutioneel was.[57] Het Supreme Court accepteerde dit verweer niet. Een verschoonbare termijnoverschrijding was aan de orde zolang de verdachte nog '*in the judicial system*' was. Daarvan was in dit geval geen sprake. Weliswaar gold dat voor geen enkele appellant die zijn termijn had overschreden, maar – zo meende het hof – een uitzondering lag alleen voor de hand wanneer de verdachte reeds voor het verstrijken van de termijn de intentie had gehad om in hoger beroep te gaan.[58] De doctrine van *res judicata* speelde in deze zaak als zodanig geen rol, maar zou tot een vergelijkbare rol hebben geleid, zo concludeert Hogg in zijn standaardwerk over het Canadese constitutionele recht, wanneer de detentie bijvoorbeeld was aangevochten in het kader van een beroep op *habeas corpus* of wanneer schadevergoeding zou worden gevorderd wegens onrechtmatige detentie.[59]

10.3.1.4 Resumerend

Wanneer een wettelijke regeling in strijd wordt verklaard met het Charter, dan is – conform de Canadese rechtstraditie en artikel 52 lid 1 CA 1982, de regeling nietig. Dat betekent in beginsel dat de wet van rechtswege haar geldigheid verliest vanaf het moment dat de strijd met de hogere regeling is ingetreden. Is de wet van latere datum dan het Charter, dan betekent dit dat de wet vanaf de inwerkingtreding verbindende kracht ontbeert. Sinds 2007 erkent het SCC expliciet dat het de mogelijkheid heeft om de retrospectieve gevolgen van de eigen nietigverklaring te beperken. *Prospective overruling* behoort daarmee tot de mogelijkheden, zij het dat dit instrument, gelet op het omstreden karakter ervan, vermoedelijk zeer terughoudend zal worden gebruikt. Daarbij speelt mee dat, zoals hierna nog aan de orde komt, de Canadese rechter doorgaans enkele minder vergaande alternatieven tot zijn beschikking heeft.

Wordt de nietigheid van de wettelijke regeling niet in tijd beperkt, dan heeft deze tot gevolg dat het recht door de rechter dient te worden toegepast als bestond de aangevochten regeling in het geheel niet. Dat betekent dat de weg vrij is gemaakt voor de rechter om de klager in kwestie die zich op het Charter heeft beroepen in beginsel rechtsherstel te kunnen verlenen. Het betekent echter ook dat de rechtsbasis voor de toepassing van de regeling in het verleden door rechter en bestuur plotseling is weggevallen. Het SCC probeert de gevolgen daarvan op procedurele wijze te beperken, bijvoorbeeld door middel van de *de facto officer* doctrine en de doctrine van *res judicata*. Deze

57 SCC 5 april 1990 [1990] 1 *SCR* 713 (*R. v. Thomas*).
58 *Ibid.*, *per* Sopinka J.
59 Hogg 2007, p. 756.

doctrines hebben echter een beperkte reikwijdte en verhinderden daarom het SCC niet om op zoek te gaan naar nieuwe remedies die de pijn van de algehele nietigheid enigszins zouden kunnen wegnemen. Het hof kwam met verschillende oplossingen: we lopen ze nu langs.

10.3.2 Opschorten van nietigheid (*suspended invalidity*)

Een van de meest gebruikte manieren van het hof om de nadelige gevolgen van de nietigverklaring te beperken betreft de uitgestelde nietigverklaring. Het hof merkt dan de wettelijke regeling weliswaar aan als nietig, maar schort de werking van die uitspraak op teneinde de wetgever de gelegenheid te geven voor reparatiewetgeving te zorgen. De uitgestelde nietigverklaring is in de loop der jaren uitgegroeid tot een prominent kenmerk van de constitutionele toetsingspraktijk onder het Canadese Charter. Het SCC heeft haar ontwikkeld van een instrument dat uitsluitend bedoeld is om ernstige consequenties van de nietigverklaring te vermijden, tot een instrument waarmee de constitutionele dialoog met de wetgever kan worden gefaciliteerd. Met behoud van een rudimentaire stok achter de deur ten behoeve van de rechtsbescherming van de appellant, geeft het hof de wetgever, nadat hij een wettelijke regeling onverenigbaar met het Charter heeft verklaard, zo veel mogelijk de ruimte om voor het rechtsherstel zorg te dragen. Na een korte schets van de ontstaansgeschiedenis van de *suspended declaration of invalidity* staat hierna de vraag centraal of dit instrument de beloften waar heeft gemaakt, en of de positie van succesvolle klagers met de gegroeide rol van de wetgever in het correctieproces niet onder druk is komen te staan.

10.3.2.1 De Manitoba Language Rights Reference en de rule of law

De eerste keer dat het *Supreme Court of Canada* de werking van een, door hem uitgesproken, nietigverklaring opschortte zullen er onder de staatsrechtgeleerden wel een paar wenkbrauwen zijn gefronst. Zoals in een latere uitspraak door *Chief Justice* Antonio Lamer ook weleens is erkend, betrof het – althans in die vroege jaren van het Charter – een omstreden en radicale zet van het hof.[60] Het was dan ook een unieke zaak, die het SCC er voor het eerst toe bracht om een wetgever de tijd te geven zich over de constitutionele kwestie te buigen: de datum was 13 juni 1985 en de zaak betrof een adviesaanvraag, een *reference,* van de federale regering over de *Manitoba Language Rights*.[61]

Het ging in de *Manitoba Language Rights Reference* om een gevoelige kwestie die zich al een lange tijd voortsleepte en al enkele jaren voor de uitspraak van het hof actueel was geworden. In 1870 was in de *Manitoba Act*, een wet van

60 SCC 9 juli 1992 [1992] 2 *SCR* 679 (*Schachter v. Canada*), *per* Lamer CJ.
61 SCC 13 juni 1985 [1985] 1 *SCR* 721 (*Re Manitoba Language Rights*).

constitutionele orde van de provincie Manitoba, een bepaling opgenomen die bepaalde dat wetgeving zowel in de Engelse, als in de Franse taal uitgevaardigd diende te worden, een weinig populaire regel in Manitoba want reeds in 1890 sprak het wetgevend orgaan van Manitoba in de *Official Language Act* uit dat wetgeving voortaan uitsluitend in het Engels zou worden vastgesteld. Daar kraaide lange tijd kennelijk niemand naar, maar in 1979 besloot het SCC in *Manitoba v. Forest* dat deze wet nietig was wegens strijd met de *Manitoba Act* van 1870.[62] De geldigheid van wetgeving die na 1890 uitsluitend in het Engels was vastgesteld kwam in deze uitspraak niet aan de orde, maar het was een kwestie van tijd voordat het hof met die vraag zou worden geconfronteerd. Toen een zekere Roger Bilodeau zich wegens een snelheidsovertreding voor de rechter moest verantwoorden, beriep deze Franstalige zich op de nietigheid van de strafwet, die uitsluitend in het Engels was gesteld.[63] Nog voor deze zaak het Supreme Court bereikte, vroeg de federale regering in Ottawa het hof in een adviesprocedure over de kwestie te oordelen. Hogg meent dat de regering hier toe overging omdat men bang was dat de individuele zaak van Bilodeau anders in de weg zou staan aan een duidelijk antwoord van het hof.[64]

Dat antwoord kwam, zoals gezegd, in 1985 en was bijzonder duidelijk. Het SCC herhaalde het, hiervoor besproken, uitgangspunt dat wetgeving die het in strijd met constitutionele normen verklaart, van rechtswege nietig is. Dat betekende dat alle wetgeving die in Manitoba vanaf 1890 was uitgevaardigd, nietig was. Problematisch was dat de overheid van Manitoba na de beslissing van het hof in *Forest* niet bepaald haast had gemaakt met de vertaling en de herinvoering van haar wetgeving. Sterker nog, ten tijde van de *Manitoba Language Reference* vaardigde zij haar wetgeving, in weerwil van *Forest*, nog altijd uitsluitend in het Engels uit. Het SCC werd daarmee voor de vraag gesteld hoe het juridische landschap er in Manitoba uit had te zien na de vaststelling van het hof. Niet alleen zou de herinvoering van de vertaalde wetgeving een lange tijd in beslag nemen – een periode waarin de provincie verstoken zou zijn van vrijwel al haar wetgeving – ook de regelmatige herinvoering van die wetgeving was problematisch. Sinds 1870 had het parlement van Manitoba een groot aantal organisatorische veranderingen ondergaan, en wel bij – uitsluitend Engelstalige – wet. Dat betekende volgens het hof dat weliswaar niet het bestaan van Manitoba's wetgever ter discussie stond, maar wel de samenstelling ervan.[65] Het was, kortom, de vraag of er in Manitoba nog wel een orgaan was dat in staat was aan de situatie van rechteloosheid iets te doen. Zelfs wijziging van de provinciale, of zelfs de federale, constitutie was niet aan de orde omdat ook hiervoor een correct samengestelde volksver-

62 SCC 13 december 1979 [1979] 2 *SCR* 1032 (*Manitoba v. Forest*).
63 SCC 1 mei 1986 [1986] 1 *SCR* 449 (*Bilodeau v. Manitoba*).
64 Hogg 2007, p. 764.
65 *Re Manitoba Language Rights*, §56-57.

tegenwoordiging vereist was. Weliswaar boden, hiervoor reeds kort aangestipte, mechanismen zoals *res judicata* en de *de facto* doctrine in sommige gevallen uitkomst, maar – zo overwoog het hof – lang niet in alle gevallen.[66]

Het Supreme Court kwam er uiteindelijk uit door de werking van zijn nietigverklaring in de tijd uit te stellen. Als reden daarvoor voerde het aan dat handhaving van de *rule of law* in elk ander geval ondermijnd zou worden. De doctrine van *necessity*, kortweg inhoudend dat de bedoeling van de constitutionele wetgeving niet kan zijn dat het land tot chaos en anarchie vervalt, bood daarvoor inspiratie. *Necessity* legitimeert en wettigt overheidsoptreden dat anderszins onrechtmatig zou zijn wanneer sprake is van een noodsituatie.[67] Het hof verwees in dat kader uitvoerig naar uitspraken van rechters in andere *common law* jurisdicties, waar de doctrine in buitengewone omstandigheden waardevol was gebleken. Daarbij kwam een aantal criteria voor toepassing voor dit *ultimum remedium* bovendrijven: allereerst moest natuurlijk sprake zijn van *necessity in exceptional circumstances*, voorts mocht er geen andere remedie beschikbaar zijn, de maatregel in kwestie moest proportioneel zijn en een tijdelijk karakter dragen.[68] Problematisch was wel dat de doctrine doorgaans door het bestuur en de wetgever was gebruikt, en dat de rechter daarbij niet zozeer primair een rol had gespeeld, maar slechts een achteraf toetsende hoedanigheid had aangenomen. Het SCC gebruikte de doctrine van *necessity* dan ook niet in directe zin, maar baseerde de bevoegdheid om de werking van de nietigverklaring op te schorten rechtstreeks op de *rule of law*, zij het dat daarbij dezelfde – zojuist genoemde – criteria een rol speelden. Het hof had immers al vastgesteld dat sprake was van een uitzonderlijke en nijpende situatie waarvoor geen van de beschikbare doctrines een afdoende oplossing bood. Het hof overwoog vervolgens dat een tijdelijk voortduren van de geldigheid van alle wetgeving in Manitoba de enige zinvolle optie was die recht deed aan de *rule of law*.[69] Die eiste immers niet alleen handhaving van het constitutionele recht, maar ook dat er tenminste sprake was van een functionerende rechtsorde: twee elkaar tegensprekende aspecten van de *rule of law* derhalve. Nu de *rule of law* constitutionele status had en aan die constitutie zelfs ten grondslag lag – het hof verwees voor die claim naar de preambule van de Constitution Act 1982 – diende het overige constitutionele recht daarmee in overeenstemming te worden uitgelegd.[70]

Aldus werd de *rule of law* tot de voornaamste rechtsbasis voor de bevoegdheid van het hof om de werking van zijn eigen nietigheidsoordeel op te schorten. Duidelijk was evenwel dat het hier ging om een zeer uitzonderlijk geval. De verwijzing en uitgebreide behandeling van de *doctrine on state*

66 *Ibid.*, §75-82.
67 *Ibid.*, §85-106.
68 *Ibid,* §95.
69 *Ibid.*, §107.
70 *Ibid.*, §63.

necessity impliceert dat reeds. Het viel dan ook niet te verwachten dat het instrument snel opnieuw zou worden gebruikt.

Die voorspelling kwam in elk geval niet uit, al was het maar omdat Manitoba kennelijk niet de enige provincie was die met een dergelijk taalprobleem in de wetgeving te kampen had. Soortgelijke kwesties deden zich voor in de provincies Saskatchewan en Alberta. Het SCC werd daarom nog zeker twee keer met dezelfde kwestie geconfronteerd en het koos in beide gevallen voor dezelfde oplossing.[71] In *Sinclair v. Quebec* (1992) werd het hof bovendien geconfronteerd met de omgekeerde situatie, namelijk dat de provincie Quebec een wet nu juist uitsluitend in het Frans had uitgevaardigd. *Needless to say* – of wellicht beter *naturellement* – koos het hof ook hier consequent voor de weg die in de *Manitoba Language Rights Reference* was gewezen.[72]

In de jaren na de taalkwesties groeide de *suspended declaration* snel uit tot een populaire regeling. Hoewel het hof bij gelegenheid benadrukte dat het zich ervan bewust was dat het om een vrij radicaal instrument ging, dat enerzijds vergaande rechterlijke bemoeienis met de agenda van de wetgever inhield, en anderzijds gedurende een periode een, met het Charter strijdige rechtstoestand liet voortbestaan, liet het zich daar niet door afschrikken.[73] Op de uitspraak in *Manitoba Language Rights* volgde in 1991 *R. v. Swain*, waarin het hof artikel 542 lid 2 van de *Criminal Code* onverenigbaar met het Charter verklaarde. Deze bepaling maakte het mogelijk dat verdachten van misdrijven die omwille van hun geestestoestand ontoerekeningsvatbaar waren verklaard voor onbepaalde tijd te detineren. Het hof constateerde een schending van de artikelen 7 (*right to life, liberty and security*) en 9 (*arbitrarily detention*), en verklaarde de bepaling nietig. Deze maatregel zou tot gevolg hebben gehad dat personen met een ernstige psychische stoornis, die op basis daarvan waren ontslagen van rechtsvervolging, zouden zijn vrijgelaten. Het SCC wilde een en ander niet voor zijn risico nemen en besloot ook hier de werking van zijn uitspraak met zes maanden op te schorten 'in het belang van de bescherming van het publiek'.[74]

---

71 SCC 25 februari 1988 [1988] 1 *SCR* 234 (*R. v. Mercure*), voor wat betreft Saskatchewan, en SCC 2 oktober 1990 [1990] 2 *SCR* 1103 (*R. v. Paquette*) voor wat betreft Alberta.

72 SCC 27 februari 1992 [1992] 1 *SCR* 579 (*Sinclair v. Quebec*).

73 SCC 9 juli 1992 [1992] 2 *SCR* 679 (*Schachter v. Canada*), *per* Lamer CJ. Recenter o.m.: SCC 30 januari 2004 [2004] 1 *SCR* 76 (*Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada*), *per* Deschamps (dissenting), §244.

74 SCC 2 mei 1991 [1991] 1 *SCR* 933 (*R. v. Swain*). Zie tevens *Dixon v. British Columbia,* een zaak omtrent het kiesrecht, waarin het Court of Appeal van British Columbia de districtenindeling voor de provinciale verkiezingen onrechtmatig verklaarde. Het hof overwoog dat daarmee de rechtmatigheid van eerdere verkiezingen onder druk zou kunnen komen te staan en kwalificeerde dat als een noodsituatie waarin het opschorten van de nietigverklaring voor de hand lag. Vgl. CA (B.C.) 18 april 1989 [1989] 59 *DLR* (4th) 247 (*Dixon v. British Columbia*), p. 60.

10.3.2.2 Gebruik in anti-discriminatiekwesties: Schachter v. Canada

Een nieuw tijdperk werd ingeluid met de *landmark decision* in *Schachter v. Canada*.[75] In deze uitspraak ging het om een welhaast klassieke *Arbeidskosten-forfait*-achtige situatie, namelijk een situatie waarin sprake was van een wettelijke regeling met een legitiem doel die helaas – wat met een prachtig anglicisme wel wordt genoemd – *underinclusive* was vastgesteld: de reikwijdte van de regeling was onjuist vastgesteld waardoor een ongerechtvaardigde behandeling ontstond tussen groepen die nog wel onder de regeling vielen en groepen die buiten de boot vielen. Het ging in *Schachter* om een financiële voorziening voor (vermoedelijk jonge) ouders die enkele maanden thuis wilden blijven om voor hun kinderen te zorgen. Moeders kwamen in dat verband in aanmerking voor 15 weken uitkering in het kader van moederschapsverlof. Voor vaders bestond een dergelijke regeling niet. Een soortgelijke uitkering was er wel voor adoptie-ouders in de eerste 15 weken nadat het adoptiekind aan hun zorg was toevertrouwd. Anders dan bij het moederschapsverlof, was deze uitkering te 'poolen' tussen beide ouders. Schachter, vader van een zojuist geboren kind, wilde voor dat kind gaan zorgen nadat zijn vrouw voldoende hersteld was om aan het werk te gaan, maar hij moest het stellen zonder financiële tegemoetkoming. Hij meende dat de regeling voor adoptieouders ook in zijn geval van toepassing moest worden verklaard want anders was immers sprake van een ongelijke behandeling tussen adoptie- en biologische ouders.[76]

De vordering van Schachter werd in eerste aanleg toegewezen en artikel 32 van de *Unemployment Insurance Act*, waarin de tegemoetkoming voor adoptiestellen was geregeld, werd ook op biologische ouders van toepassing verklaard.[77] Deze uitspraak werd door het federale Court of Appeal, onder verbetering van gronden, bevestigd.[78] De overheid zag haar budget snel slinken en betoogde in hoger beroep voor het SCC dat niet een uitbreidende interpretatie, maar juist een algehele nietigverklaring de enige correcte remedie kon zijn, ook al zou dat Schachter uiteraard niet baten. De lastige keuze tussen *extending* en *invalidating* komt hierna nog aan de orde. Hier is voornamelijk van belang dat het hof duidelijk de bedoeling had een principiële uitspraak te doen, zowel op het punt van de afbakening tussen conforme interpretatie (*extending*) en nietigverklaring, als op het punt van de toelaatbaarheid van de opgeschorte nietigverklaring. Het hof sprak, bij monde van zijn *Chief Justice* Lamer, een principiële voorkeur uit voor de nietigverklaring. Een uitbreidende interpretatie

75 SCC 9 juli 1992 [1992] 2 *SCR* 679 (*Schachter v. Canada*).
76 Schachter voerde in eerste instantie overigens aan dat juist de moederschapsverlofregeling ook op vaders moest worden toegepast, maar hij ruilde die claim, hangende de procedure, in voor een beroep op de regeling voor adoptie-ouders.
77 FC 7 juni 1988 [1988] 52 *DLR* (4th) 525, *per* Strayer J.
78 CA (Fed.) 16 februari 1990 [1990] 66 *DLR* (4th) 635 (*Schachter v. Canada*).

zou in dit geval, vrij vertaald naar de terminologie van de Nederlandse rechter, de rechtsvormende taak van het Supreme Court te buiten gaan. Daarbij speelde voornamelijk een rol dat de groep die van de bijdrage was uitgesloten, vele malen groter was dan de groep die de bijdrage wel genoot. De financiële implicaties voor de overheid zouden dan ook aanzienlijk zijn. Bovendien, zo onderstreepte Lamer, waren de opties voor het parlement hier legio, en was het voor de rechter lastig gissen welke koers het parlement dan voor ogen zou hebben. Beter was het daarom volgens Lamer om de bepaling nietig te verklaren. Daarmee zou hij echter een minstens zo ingrijpende en politieke beslissing hebben genomen, want nietigverklaring zou enkel met zich gebracht hebben dat de financiële tegemoetkoming voor de bevoordeelde groep zou komen te vervallen terwijl de eiser, Schachter in dit geval, daar niet van zou profiteren. Lamer meende daarom dat aangestuurd had kunnen worden op een uitgestelde nietigverklaring. Die bleek uiteindelijk niet nodig omdat het parlement de regeling na de uitspraak van het Court of Appeal zelf al had aangepast, maar Lamer nam niettemin de gelegenheid te baat om uiteen te zetten aan welke voorwaarden het hof opschorting van de nietigverklaring gebonden achtte.

Het hof benadrukte in *Schachter* de hiervoor genoemde vaststelling dat opschorting van de nietigverklaring om twee redenen precair is. Ten eerste omdat daarmee een inconstitutionele rechtstoestand – zij het tijdelijk – in stand bleef, en ten tweede omdat het hof zich daarmee als de agendabeheerder van de wetgever zou lijken op te stellen. Niettemin kon het opschorten in drie afzonderlijke gevallen aanvaardbaar zijn. Die gevallen zijn te herkennen aan de feitencomplexen van de hiervoor besproken zaken. Wanneer de onmiddellijke nietigverklaring een gevaar zou opleveren voor de handhaving van de *rule of law* (*Manitoba Language Rights*), of de veiligheid van het publiek (*R. v. Swain*), dan wel zou leiden tot het ontnemen van de rechten van derden (zoals in *Schachter* zelf), dan was een keuze voor het *ultimum remedium* van de uitgestelde nietigverklaring aanvaardbaar.[79]

10.3.2.3 De periode na Schachter: naar het faciliteren van een dialoog met de wetgever

De uitspraak in *Schachter* wordt algemeen beschouwd als leidend op het terrein van constitutionele remedies in het algemeen en de uitgestelde nietigverklaring in het bijzonder. *Schachter* biedt een duidelijk overzicht en een herformulering van de voorgaande rechtspraak omtrent het heikele punt van de opschorting.[80] Toch heeft de rechtspraak de lijn van *Schachter* in de praktijk allesbehalve consistent gevolgd. Hoewel het SCC bij verschillende gelegenheden lippendienst bewijst aan de criteria zoals uiteengezet in *Schachter*, wijst de empirische

79 SCC 9 juli 1992 [1992] 2 *SCR* 679 (*Schachter v. Canada*), *per* Lamer.

80 Hoewel één uitspraak in de reeks niet lijkt te passen: vgl. SCC 23 januari 1992 [1992] 1 *SCR* 91 (*R. v. Bain*). De reden voor opschorting werd in die uitspraak niet gegeven.

praktijk uit dat het hof er eigenlijk al vrij snel na *Schachter* toe is overgegaan om opschorting van de nietigverklaring vooral te gebruiken als methode om rechtsvorming bij de handhaving van Charter rechten een zaak van rechter en wetgever gezamenlijk te maken.[81] Door de nietigverklaring op te schorten lijkt het parlement de tijd te krijgen om de kwestie op te lossen voordat de rechter als zelfbenoemde olifant de porseleinkast in wandelt. Niet zozeer de pragmatische argumenten in de sfeer van *necessity*, zoals wij die in *Schachter* zien, spelen dan ook een rol bij de beslissing om een nietigverklaring op te schorten, maar democratische overwegingen. Of misschien kan dat beter anders geformuleerd worden: niet de *maatschappelijke effecten* van de nietigverklaring staan centraal in de argumentatie van het SCC, maar de relatieve rollen van rechter en wetgever in het proces van rechtsvorming.[82] Dat is op zijn minst merkwaardig, gelet op het feit dat het hof in *Schachter* nu juist precies het tegengestelde voorschreef: niet de rol van de rechter behoorde van doorslaggevend belang te zijn, relevant waren alleen de effecten van de nietigverklaring voor de samenleving.[83]

Zoals gezegd is opschorting van de nietigheidsverklaring na de *Manitoba Language Rights Reference* bijzonder populair geworden. Hoewel het uitzonderingskarakter van de nietigverklaring aanvankelijk sterk werd benadrukt en daaraan nog altijd lippendienst wordt bewezen, is de klassieke, onmiddellijk intredende, nietigheid bijna niet meer denkbaar. Van 1985 tot maart 2003 telden Choudhry en Roach in totaal 42 *suspended declarations*. Veertien daarvan waren afkomstig van het Supreme Court.[84] Na die datum heeft het Supreme Court nog zeker acht keer van het instrument gebruik gemaakt.[85] Zoals gezegd is onmiddellijk intredende nietigheid vrijwel niet meer denkbaar. Wel verfijnde het SCC zijn rechtspraak in 2007 door de uitgestelde nietigheid niet meer in alle eerder genoemde gevallen van toepassing te achten. In *Canada v. Hislop* verwees de meerderheid opnieuw naar de criteria zoals het hof die eerder in *Schachter* had geformuleerd, en benadrukte het dat de mogelijkheid ook bestond dat de overheid gerechtvaardigd op de constitutionaliteit van de eigen wetgeving had vertrouwd, bijvoorbeeld vanwege vaste rechtspraak van het hof zelf. In een dergelijk geval achtte de meerderheid een uitgestelde nietigver-

81 Vgl. Choudhry & Roach 2003, p. 231-232.

82 *Ibid*., p. 232.

83 *Schachter v. Canada,* §83.

84 Een opsomming treft men aan in Choudhry & Roach 2003, p. 228, voetnoot 84.

85 SCC 6 juni 2003 [2003] 1 *SCR* 835 (*Trociuk v. British Columbia*); SCC 3 oktober 2003 [2003] 2 *SCR* 504 (*Nova Scotia Workers Compensation Board v. Martin*); SCC 30 juni 2004 [2004] 2 *SCR* 489 (*R. v. Demers*); SCC 23 februari 2007 [2007] 1 *SCR* 350 (*Charkaoui v. Canada I*); SCC 8 juni 2007 [2007] 2 *SCR* 391 (*Health Services and Support v. British Columbia*); SCC 11 december 2008 [2008] 3 *SCR* 511 (*Conféd. Des syndicats nationaux v. Canada*); SCC 29 januari 2009 [2009] 1 *SCR* 181 (*Ravndahl v. Saskatchewan*), zij het dat het SCC de beslissing om al dan niet tot een uitgestelde nietigverklaring over te gaan overliet aan de feitenrechter; SCC 22 oktober 2009 [2009] 3 *SCR* 208 (*Nguyen v. Quebec*).

klaring onvoldoende voor de hand liggen en koos het, zoals wij in de paragraaf hiervoor reeds zagen, voor de variant van de *prospective overruling*.[86]

Zoals in de volgende paragraaf nog aan de orde komt, speelt de uitgestelde nietigverklaring een belangrijke rol bij de pogingen van het hof om de constitutionele dialoog met de wetgever zoveel mogelijk te faciliteren. Wij zullen nog zien dat de wereldwijde literatuur omtrent dialoogtheorieën zich veelal richt op de institutionele mogelijkheden voor de wetgever om op rechterlijke uitspraken te reageren, en op de mogelijkheden van de rechter om zijn eigen rol in het rechtsvormingsproces zoveel mogelijk te minimaliseren.[87] Betoogd is echter dat ook de praktijk van het SCC om zoveel mogelijk te kiezen voor uitgestelde nietigverklaringen een vorm van dialoog bewerkstelligt.[88] Bij dialoogtheorieën gaat het er immers om dat de legitimatie van rechterlijke rechtsvorming in het kader van wetgevingstoetsing wordt vergroot doordat de rechter niet het laatste woord heeft inzake precaire beleidskwesties.[89] Rechterlijke toetsing wordt in dat verband beschouwd als een verrijking van het democratische proces van rechtsvorming in de zin dat zij bijdraagt aan het markeren van bijzondere te beschermen belangen die in het wetgevingsproces onvoldoende aandacht hebben gekregen. In sommige dialoogmodellen wordt het rechterlijk oordeel omtrent de interpretatie van grondrechten gezien als een zeer gezaghebbend advies aan de wetgever, maar niet meer dan dat. De rechter laat dan de kwestie in haar geheel over aan regering en parlement. In andere modellen is plaats voor een robuuster rol van de rechter. Dan neemt de rechter bij de interpretatie van het grondrecht, behoudens een enkele uitzondering, het voortouw vanwege zijn bijzondere expertise op dat terrein, maar erkent hij tegelijkertijd zijn beperkte mogelijkheden om maatschappelijke veranderingen te bewerkstelligen en om politieke afwegingen te maken waarvoor sterk beleidsmatige keuzes vereist zijn. In een dergelijk model past het dat de rechter weliswaar bindend de onverenigbaarheid van de wettelijke norm met het Charter vaststelt, maar voor de remedie verwijst naar de wetgever. Deze is om verschillende redenen beter in staat om de wenselijke en minder wenselijke aspecten van een beleidskeuze te overzien en om, in het voor een jurist vreselijke politicologische beleidsjargon, zo nodig het gesprek daarover met de samenleving aan te gaan.[90]

---

86 SCC 1 maart 2007 [2007] 1 *SCR* 429 (*Canada v. Hislop*), *per* LeBel en Rothstein JJ.

87 Vgl. daaromtrent Roach 2001; Choudhry & Roach 2003, p. 227-228.

88 Hogg & Bushell; Hogg, Bushell Thornton & Wright; Roach; Choudhry & Roach; Hogg 2007.

89 Zie voor een bespreking van dialoogtheorieën, hierna §10.4.1.

90 Vgl. SCC 20 mei 1999 [1999] 2 *SCR* 203 (*Corbiere v. Canada*), *per* L'Heureux-Dubé J (concurring), §116, waarin als reden voor de uitgestelde nietigverklaring werd opgevoerd dat een nieuwe regeling met betrekking tot de reservaten van *aboriginal* indianen noodzakelijk was, en dat deze het best tot stand kon worden gebracht door in overleg te treden met de, door de regeling direct geraakte, bevolkingsgroepen. Een dergelijke consultatieronde kon, aldus L'Heureux-Dubé, beter door het parlement worden uitgevoerd.

Probleem van een dergelijke eenzijdige gerichtheid op de wonderen van de dialoog, is dat daarmee twee fundamentele constitutionele belangen ondergesneeuwd dreigen te raken, namelijk de handhaving van recht dat van hogere orde is – een vereiste van rechtsstatelijkheid – en, daarmee samenhangend, de effectieve rechtsbescherming van eisers die zich op dat recht van hogere orde beroepen. Exponenten van de dialoogtheorie *à la Canadienne* verdedigen dat de uitgestelde nietigverklaring aan beide belangen zoveel mogelijk tegemoet komt. Enerzijds omdat het opschorten slechts tijdelijk is, en anderzijds omdat ook een uitgestelde nietigverklaring uiteindelijk terugwerkende kracht heeft.[91] Dit laatste punt markeert het verschil met *prospective overruling*: een uitgestelde nietigverklaring betreft enkel de werking van de verklaring die tijdelijk wordt opgeschort: zodra de verklaring van kracht wordt heeft hij terugwerkende kracht. De eiser en eventuele lotgenoten kunnen dan, behoudens de gebruikelijke uitzonderingen als gevolg van doctrines zoals *res judicata*, van de onverbindendverklaring profiteren. De rechter abstineert dus niet wanneer hij de kwestie middels een uitgestelde nietigverklaring op het bord van de wetgever schuift, zijn remedie ligt in de koelkast te wachten tot het eventuele moment dat blijkt dat het bord van de wetgever verder leeg blijft. In diverse zaken hield het SCC de zaak bovendien aan teneinde jurisdictie over de zaak te behouden en haar niet uit het gerechtelijk systeem te laten verdwijnen.[92] Partijen werd zo de mogelijkheid geboden om het hof gedurende de termijn te benaderen en zo nodig tussentijdse vorderingen in te stellen. De nadelige gevolgen voor de rechtsorde en voor de succesvolle eisers werden daarmee zoveel mogelijk geminimaliseerd.

Toch is de onverbindendverklaring op termijn in de praktijk nog niet zaligmakend. Choudhry en Roach wezen er in 2003 op dat de wetgever er kennelijk moeite mee heeft om nieuwe wetgeving ter correctie van onverbindend verklaarde wetgeving terugwerkende kracht te verlenen.[93] As zodanig is die opstelling niet vreemd: wetgeving heeft doorgaans uitsluitend prospectieve werking en zo behoort het veelal ook. Het onbehagen in de juridische discipline omtrent belastingheffing met terugwerkende kracht is daarvan slechts één voorbeeld. Maar wanneer men de reactie van de wetgever in termen van een quasi constitutionele remedie beschouwt, dan is het uitblijven van terugwerkende kracht uiteraard wèl problematisch. De bedoeling van het opschorten van de onverbindendverklaring is immers dat de wetgever de gelegenheid krijgt niet alleen de rechtstoestand van ná het oordeel van de rechter te reguleren, maar ook de rechtstoestand tussen het moment waarop de wettelijke norm ongeldig is geacht te zijn geworden en het moment van de uitspraak. Zoals gezegd neemt de wetgever die kans veelal niet te baat en

91 Zie daarover uitgebreider: Choudhry & Roach 2003.

92 Vgl. bijv. SCC 13 juni 1985 [1985] 1 *SCR* 721 (*Re Manitoba Language Rights*); SCC 2 mei 1991 [1991] 1 *SCR* 933 (*R. v. Swain*), en SCC 20 mei 1999 [1999] 2 *SCR* 203 (*Corbiere v. Canada*).

93 Choudhry & Roach 2003, p. 233-238.

opvallend is dat het hof zelf in de meeste gevallen geen aanwijzingen geeft voor het ontwerp van nieuwe regelingen.[94] Choudhry en Roach signaleerden wel dat de prospectieve werking van de wettelijke normen meestal niet expliciet in de nieuwe regelgeving was opgenomen, maar gold op basis van standaardpresumpties omtrent de werking van wetgeving in het algemeen.[95] Normaal gesproken wordt ter bescherming van de burger uit rechtsstatelijke overwegingen immers de retrospectieve werking van wetgeving met reserves begroet. Op basis van deze vaststelling bepleitten beide auteurs dat de rechter deze presumptie in gevallen van reparatiewetgeving na een uitgestelde nietigverklaring zou vervangen door de presumptie dat de wetgeving in kwestie juist wel retrospectieve werking had. Hoewel de bijdrage van Choudhry en Roach een zichtbaar grote invloed heeft gehad op de rechtspraak, is er nog onvoldoende jurisprudentie op dit terrein om te beoordelen of ook deze aanbeveling ter harte wordt genomen.[96]

10.3.2.4 Resumerend

De onverbindendverklaring op termijn is ontstaan als antwoord op een unieke samenloop van omstandigheden in de procedure omtrent de *Manitoba Language Rights Reference*. Het hof werd geconfronteerd met een keuze tussen twee kwaden: het tolereren van een inconstitutionele rechtstoestand – een toestand die in elk geval de laatste jaren door de wetgever van Manitoba bewust in stand was gelaten – of het onverbindendverklaren van vrijwel alle vigerende wetgeving in de provincie, hetgeen een volstrekte chaos tot gevolg kon hebben gehad. Het hof leidde uit beginselen van de *rule of law* af dat handhaving van het constitutionele recht niet zóver kon gaan dat Manitoba door de rechterlijke uitspraak van de ene op de andere dag wetteloos zou worden, maar tevens dat het in stand laten van de wetgeving slechts een tijdelijk karakter kon hebben: een nieuw instrument was geboren. Het is van belang te onderkennen dat de onverbindendverklaring op termijn geen verklaring van onverbindendheid op termijn betekent. De werking van de verklaring is uitgesteld, maar zodra de verklaring in werking is getreden, heeft deze de volle terugwerkende kracht.

In de loop der jaren is het hof de *suspended declaration* steeds vaker gaan gebruiken als een methode om een rechtsvormende dialoog met de wetgever te bewerkstelligen. Dat was enigszins in tegenspraak met het standaardarrest van het hof in de zaak *Schachter*. Het SCC onderstreepte daarin nog het vergaan-

94 *Ibid.*, p. 233.
95 *Ibid.*, p. 234-235.
96 Een, wel bovendrijvend, voorbeeld van die invloed van Roach en Choudhry betreft de duidelijker markering tussen *prospective overruling* en de *suspended declaration of invalidity* die zij bepleitten. In *Canada v. Hislop* (2007) maakte het hof daartussen inderdaad een duidelijker onderscheid dan het voorheen had gedaan, precies langs de lijnen zoals voorgesteld door beide auteurs.

de karakter van het opschorten van de nietigverklaringen en schreef nauwkeurig drie gevallen voor (nietigheid bedreigt het voortbestaan van de *rule of law*, schept gevaren voor de samenleving, of zou het ontnemen van rechten van derden inhouden) waarin de methode kon worden gebruikt. Deze criteria zijn tot op de dag van vandaag formeel geldend recht, maar het mag duidelijk zijn dat respect voor de rol van de wetgever als aanjager van noodzakelijk beleid daar inmiddels als gezichtspunt bij is gekomen. Middels de uitgestelde nietigverklaring schuift het SCC gevoelige grondrechtenthemata op het bord van de wetgever.

De mogelijkheid de nietigverklaring op te schorten is een belangrijke overweging voor de rechter geworden om voor nietigheid te kiezen in plaats van voor de aantrekkelijke alternatieven die hierna worden besproken – conforme interpretatie, gedeeltelijke nietigheid en het buiten toepassing laten van wetgeving in individuele gevallen. Al deze instrumenten hebben de charme dat zij relatief beperkt precisiewerk mogelijk maken en dat zij de eiser doorgaans een duidelijke remedie te bieden hebben. Het probleem is dat de Canadese rechter, zeker gelet op zijn verleden als federale geschillenrechter, het gebruik daarvan al snel aanmerkt als rechtsvorming waarvoor hij de wetgever de aangewezen instantie acht. Zij brengen, zo is althans zijn indruk, '*policy choices*' met zich, die hij liever overlaat aan de wetgever. Aan de algehele nietigheid van een wettelijke norm lijkt dit probleem niet te kleven, maar daarvan was weer het probleem dat de botte bijl als medicijn nog weleens meer pijn kon doen dan de kwaal. Het opschorten van dit middel biedt de rechter de mogelijkheid eigen positieve rechtsvorming zoveel mogelijk te omzeilen zonder te zeer af te doen aan de ongehinderde voorrang van het Charter en de rechtsbescherming van hen die zich daarop succesvol beroepen. Hierbij past wel de kanttekening dat de praktijk soms weerbarstiger is dan de theorie: het enkele over de schutting gooien van het probleem naar de wetgever is lang niet altijd de oplossing van het probleem. Maatregelen als het behoud van jurisdictie, richtlijnen voor de wetgever omtrent het retrospectieve karakter van de reparatiewetgeving en de minimale eisen waaraan deze, gelet op het Charter dient te voldoen, en het stellen van heldere termijnen blijven noodzakelijk.

10.3.3 Gedeeltelijke nietigheid of '*severance*'

De partiële nietigheid heeft een ingrijpende ontwikkeling doorgemaakt sinds de invoering van het Charter in 1982. De traditionele opstelling van de Canadese rechter is bepaald argwanend ten opzichte van het 'breken' van wetgeving in geldige en ongeldige gedeelten (*severance*). Hoe anders leerden wij in een vorig hoofdstuk de Duitse benadering van *Teilnichtigkeit* kennen. Waar rechter en literatuur in Duitsland aannemen dat gedeeltelijke nietigheid een logisch gevolg is van het feit dat in veel gevallen niet de gehele regeling in strijd is

met het *Grundgesetz* – en de rechter niet meer mág nietigverklaren dan onrechtmatig is – zo beschouwt de Canadese rechter het scheiden van regelingen op zijn best als een kwestie van *judicial restraint* en benadert hij het leerstuk, in elk geval traditioneel, uiterst restrictief. Het merkwaardige daarbij is dat artikel 52 lid 1 CA 1982, net als overigens haar voorgangers (beginnend met artikel 2 van de *Colonial Laws Validity Act* 1865), uitdrukkelijk spreekt van '(…) to the extent of the inconsistency, of no force and effect'. Die zinsnede lijkt toch op zijn minst een basis te bieden voor de praktijk van *severance*. Niettemin nam de rechtspraak lange tijd een ander standpunt in, een standpunt dat sterk werd gekleurd door de federale toetsingspraktijk.

Zoals eerder al aan de orde kwam, heeft de toetsing van wetgeving in Canada zich tot 1982 ontwikkeld in het kader van de beslechting van federale competentiegeschillen. Aanvankelijk was de *Privy Council* in dat verband de hoogste beroepsrechter. De federale geschillen die voor de *Council* kwamen, hadden doorgaans een sterk formeel karakter. Zij gingen slechts over de vraag of de relevante wetgever de bevoegdheid had gehad om de wet uit te vaardigen of niet. Aangezien wetgeving in de meeste gevallen slechts één bepaalde doelstelling had, belichaamd in een kernbepaling omringd door accessoire bepalingen, was van enige scheidbaarheid van de wet vaak geen sprake. Nietigheid van de onbevoegd uitgevaardigde wet was dan ook automatisch het gevolg. De toetsingscultuur was er kortom een – wij zagen dat reeds in een vorige paragraaf – van *ultra vires*. In dat kader speelde voorts mee dat de *Privy Council* een sterk Brits stempel drukte op de methode van rechtsvinding. Het uitspreken van een onverbindendverklaring was in de ogen van de *Privy Council* en haar opvolger, het SCC, geen daad van rechtsvorming waarmee de rechter zich op het terrein van de wetgever waagde, maar enkel het uitvloeisel van de douanefunctie van de rechter die de grenzen van de wetgevende bevoegdheden bewaakte.[97]

Dat wil niet zeggen dat *severance,* of haar – hierna te behandelen – interpretatieve tegenhanger '*reading down*', nooit voor kwam. In het algemeen gold de presumptie dat wetgeving een integraal en onschendbaar geheel vormde opgebouwd uit, van elkaar afhankelijke, delen.[98] Maar die presumptie kon verlaten worden. Incidenteel was dat het geval.[99] In dat geval moest sprake zijn van duidelijk te scheiden tekstgedeelten zoals meerdere afzonderlijke afdelingen of artikelen, desnoods leden van hetzelfde artikel. Dat betekent dat het scheiden van toelaatbare en ontoelaatbare *toepassingen* niet aan de orde was.[100] Voorts mocht het residu, het 'geredde' deel, niet op gespannen voet

97 Rogerson 1987, p. 250-251.
98 Hogg 2007, p. 450-451.
99 Vgl. o.m. SCC 14 december 1948 [1948] *SCR* 1 (*Dairy Margarine Act*); SCC 30 januari 1976 [1977] 2 *SCR* 134 (*MacDonald et al v. Vapor*); SCC 19 januari 1978 [1978] 2 *SCR* 662 (*Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*); SCC 22 juli 1982 [1982] 2 *SCR* 9 (*Peel v. Mackenzie*).
100 Vgl. Rogerson 1987, p. 246-247.

staan met de bedoelingen van de wetgever.[101] Het moest, met andere woorden, aannemelijk zijn dat de wetgever het overblijvende deel ook zou hebben uitgevaardigd zonder het *ultra vires* verklaarde tekstgedeelte.[102] Deze voorwaarden maken duidelijk dat het, in Nederland bekende, buiten toepassing laten op individuele grondslag niet kon worden bereikt middels de doctrine van *severance*. Anders dan in Duitsland, waar men kwalitatieve[103] en kwantitatieve[104] *Teilnichtigkeit* onderscheidt, viel in Canada het enkele nietigverklaren van bepaalde toepassingen van de wettelijke regeling niet onder *severance*. Een dergelijk resultaat was wellicht te bereiken met andere middelen (zoals de constructieve interpretatiemethoden *reading down* en *reading in*), maar ook dan bleef de angst bestaan dat de rechter zich ongenood op het terrein van de wetgever zou wagen.

Met de komst van het Charter groeide de behoefte aan subtielere remedies dan de algehele nietigverklaring. Al vrij snel werd duidelijk dat het *ultra vires* toetsingsmodel – waarin van de rechter slechts verlangd werd dat hij optrad tegen formele overschrijdingen van de wetgevende bevoegdheid – volstrekt ongeschikt was voor het soort toetsing dat plaatsvond onder het Charter.[105] Stond bij de federale toetsingspraktijk doorgaans het doel van de wettelijke regeling centraal, in de praktijk onder het Charter ging het vooral om de effecten van wetgeving.[106] Zoals gezegd is het aantal doelen dat met wetgeving wordt nagestreefd vaak relatief beperkt. De effecten van wetgeving kunnen echter talrijk en veelzijdig zijn. Van verschillende zijden werd daarom reeds vlak na invoering van het Charter een meer op de *toepassing* van de wet gerichte benadering voorgestaan.[107] Het gevaar van deze benadering was echter wel dat het oorspronkelijke karakter van *severance*, als een doctrine die niet bedoeld was om de betekenis van een regeling te wijzigen, onder druk zou kunnen komen te staan.

Hoewel het theoretisch kader (en daarmee dus ook de voorwaarden van toepassing) nooit expliciet zijn gewijzigd, is de partiële nietigheid inmiddels uitgegroeid tot een populair instrument. Vrijwel geen enkele wet wordt meer algeheel nietig verklaard. De uitzondering op de regel betrof *R. v. Big M Drug Mart*, waarin een wettelijke regeling die beoogde de zondagsrust te beschermen algeheel nietig werd bevonden, ook al betekende de toepassing van de wet

101 *Ibid.*, p. 247.
102 PC 24 juli 1947 [1947] *AC* 503 (*Reference re Alberta Bill of Rights Act*), *per* Viscount Simon.
103 In het geval van kwalitatief partiële nietigheid worden aanvaardbare toepassingen van de rechtsregel gescheiden van onaanvaardbare toepassingen. De regeling wordt nietig verklaard '*voor zover…*'.
104 Wanneer kwantitatief partieel nietig wordt verklaard, worden specifiek aan te wijzen tekstgedeelten van de wettekst nietig verklaard.
105 Zie daaromtrent reeds Rogerson 1987.
106 Hogg 2007, p. 451.
107 Zo bijv. Coté 1984; Rogerson 1987.

niet in alle gevallen een schending van het Charter.[108] De Canadese rechter schrikt er tegenwoordig zelfs niet meer voor terug om *severance* te gebruiken wanneer de tekst van de wet feitelijk niet te scheiden is en bij de kwalitatieve afbakening van de wel of niet toelaatbare toepassingen vergaande keuzes moeten worden gemaakt. Zo koos het hof er in *R. v. Hess & Nguyen* voor om een bepaling gedeeltelijk nietig te verklaren die gemeenschap met minderjarigen strafbaar verklaarde ongeacht de vraag of de dader wist of kon weten dat zijn tegenspeelster (of tegenspeler) minderjarig was.[109] De bepaling was volgens het hof onverenigbaar met het recht op een eerlijk proces omdat het ontbreken van opzet geen enkele rol meer speelde. Het hof verklaarde daarop dat de zinsnede 'whether or not he believes that she is fourteen years of age or more' nietig moest worden verklaard. Het moge duidelijk zijn dat het hof de betekenis van de bepaling significant wijzigde, een wijziging die niet in de rede van de wetgever zal hebben gelegen. Ook in gevallen waarin wetgeving *'underinclusive'* was vastgesteld hanteerde het hof de partiële nietigverklaring zonder schroom. Dat was bijvoorbeeld het geval in *Benner v. Canada*, een zaak uit 1997 die zich enigszins laat vergelijken met het arrest '*Optierecht Nederlanderschap'* van de Nederlandse Hoge Raad. In *Benner* ging het om de ongelijke behandeling van kinderen die in het buitenland waren geboren uit een Canadese moeder, respectievelijk vader. Alleen de laatste groep maakte automatisch aanspraak op de Canadese nationaliteit. Eén optie was uiteraard om de automatische aanspraak geheel te laten vervallen. Dit resultaat zou worden bereikt wanneer de regeling in haar geheel nietig zou worden verklaard. Een andere optie was om de benadeelde groep ook het voordeel van de automatische aanspraak te gunnen. Het SCC meende dat deze optie het best recht deed aan het wettelijk stelsel en de daarin geregelde analoge gevallen. Door slechts enkele zinsneden nietig te verklaren kon het hof dit resultaat vervolgens bereiken,[110] Op deze lastige keuze voor de rechter, tussen een extensieve benadering van schendingen van het gelijkheidsbeginsel en een restrictieve benadering (nietigheid) wordt hierna nog teruggekomen.

10.3.4 Conforme interpretatie (*'reading down'* en *'reading in'*)

Reading down moet worden onderscheiden van de partiële nietigverklaring, al kan het fenomeen in sommige gevallen tot dezelfde uitkomst leiden. *Reading down* is uitsluitend een interpretatiemethode. Dat betekent dat het gebruik

108 SCC 24 april 1985 [1985] 1 *SCR* 295 (*Big M Drug Mart*).
109 SCC 4 oktober 1990 [1990] 2 *SCR* 906 (*R. v. Hess & Nguyen*).
110 SCC 27 februari 1997 [1997] 1 *SCR* 358 (*Benner v. Canada*). Zie tevens SCC 6 juni 1991 [1991] 2 *SCR* 22 (*Tétreault-Gadoury v. Canada*), waarin de leeftijdgrens voor een werkloosheidsuitkering nietig werd verklaard waardoor de regeling van toepassing werd op een grotere groep.

van deze methode gebonden is aan de spelregels van de rechterlijke interpretatievrijheid. Die spelregels zijn lang niet even duidelijk, maar vast staat dat de tekst van de wettelijke regeling verschillende interpretaties moet toelaten. Is dat het geval dan kiest de rechter volgens de doctrine van *reading down* voor die interpretatie die geen strijd oplevert met het Charter. De grondslag voor de doctrine is gelegen in de presumptie dat de wetgever niet de bedoeling zal hebben gehad om wetgeving vast te stellen die in strijd met het Charter is.[111] Deze *common law presumption* dient ertoe de wetgever op zijn minst te dwingen om eventuele grondrechtenschendingen zo expliciet mogelijk te verwoorden zodat daarover politieke verantwoording kan worden afgelegd. *Reading down* heeft ruwweg dezelfde achtergrond in de federale toetsingstraditie als *severance.* Ook deze interpretatiemethode is in het verleden wel beschouwd als omstreden figuur. Toch is *reading down* normaal gesproken een minder vergaande optie dan *severance* of het nog te bespreken *reading in.* Ten eerste gaat het om een interpretatiemethode en niet om een zuivere remedie. Dat betekent zoals gezegd dat de regelen der kunst van de interpretatie moeten worden nageleefd: de bepaling moet tekstueel verschillende interpretaties toelaten. Voorts wordt met *reading down* doorgaans bereikt dat de reikwijdte van de wettelijke regeling ingeperkt wordt. De beide andere instrumenten kunnen in elk geval potentieel ook het tegendeel bewerkstelligen: de reikwijdte van de wet wordt dan juist vergroot. Wanneer het gaat om wetgeving met financiële consequenties kan een dergelijke schaalvergroting leiden tot ernstige consequenties.

Zijn *reading down* en *severance* vooral in het verleden wel met argusogen bezien, de remedie '*reading in*' is nog altijd het meest omstreden. Gaat het bij *severance* en *reading down* om negatieve instrumenten in de zin dat zinsneden uit de tekst worden geschrapt of een restrictieve betekenis krijgen toegedicht, in het geval van *reading in* worden juist zinsnedes in de test ingelezen. Ook hier is overigens geen sprake van een waterscheiding: een restrictievere uitleg van een bepaling kan uiteraard worden bereikt door daarin woorden 'in te lezen'. In die zin kunnen *reading in* en *down* samenvallen. Niettemin lijkt *reading in* verder te gaan dan *reading down.* Hoewel het in beide gevallen formeel gaat om interpretatieve technieken, wordt voor *reading down* nog altijd aangenomen dat de tekst van de wet zich niet tegen restrictieve interpretatie dient te verzetten, terwijl een dergelijke eis in het geval van *reading in* niet lijkt te kunnen worden gesteld. Er bestaat in de literatuur dan ook nog enige discussie over de vraag of het hier een interpretatiemethode betreft, dan wel dat het gaat om een figuur waarvoor de grondslag moet worden gezocht in de *supremacy clause* van artikel 52 lid 1 CA 1982. Met *reading in* wordt immers de voorrang van het constitutionele recht bewerkstelligd. *Reading in* lijkt bovendien complementair aan de gedeeltelijke nietigverklaring nu het een oplossing biedt voor

111 Hogg 2007, p. 192-193.

gevallen waarin de bepaling niet strijdig is met het Charter vanwege wat er in staat, maar juist vanwege wat er *niet* in staat. *Reading in* zorgt er, met andere woorden, voor dat de rechtsbescherming van het individu niet de speelbal wordt van wetgevingstechniek.

Komen *severance* en *reading down* voort uit de vroegere federale toetsingspraktijk, *reading in* is van recenter origine. De bevoegdheid van de rechter om woorden of zinsnedes in te lezen in wettelijke bepalingen teneinde die bepalingen een Charterconforme uitleg te kunnen geven, werd door het hof voor het eerst expliciet aangenomen in *Schachter v. Canada*.[112] In deze uitspraak legde het hof ook een aantal criteria neer om te bepalen wanneer tot *reading in* kon worden overgegaan. Allereerst diende uiteraard de omvang van de onverenigbaarheid met het Charter te worden vastgesteld. Het SCC gebruikte daarvoor de test die het toepast in de toetsingsfase, dus bij de vraag of de wettelijke regeling een ongerechtvaardigde inbreuk maakt op een in het Charter opgenomen recht. Deze test richt zich op de vraag of het doel van de wet gerechtvaardigd was, en of de wettelijke regeling een proportioneel middel was om dat doel te bereiken. Die laatste vraag viel uiteen in de deelvragen of het middel rationeel was, zo min mogelijk schade aan het grondrecht toebracht en of het in enge zin proportioneel was. Vervolgens overwoog Lamer dat *reading in* slecht voorstelbaar was wanneer de inconstitutionaliteit van een norm gelegen was in het doel van de wet. Onder verwijzing naar *Big M Drug Mart* stelde hij dat in dergelijke gevallen algehele nietigheid voor de hand lag.[113] Evenmin leek er ruimte voor *reading in* wanneer de rationaliteit van het middel ter discussie stond. Ook in dat geval diende het middel als zodanig nietig te worden verklaard. Meer ruimte was er voor *reading in* wanneer het ging om de vraag of het middel zo min mogelijk schade toebracht aan het grondrecht in kwestie, en of het geen onevenredige effecten sorteerde in verhouding tot het nagestreefde doel. Voor die gevallen noemde het hof enkele factoren die bepalend waren voor de toepasselijkheid van *reading in* als instrument. Met name voor het inlezen van voorwaarden of beperkingen op de tekst van de bepaling was van belang dat het problematische deel, of het problematische karakter van de regeling met voldoende precisie kon worden aangewezen. In het geval van *severance* kon bijvoorbeeld het problematische testgedeelte worden aangewezen, althans volgens de – nooit expliciet verlaten – theorie. In het geval van *reading in* moest daarom met voldoende precisie kunnen worden aangegeven wat precies de remedie moest zijn. Voorts was van belang

112 SCC 9 juli 1992 [1992] 2 *SCR* 679 (*Schachter v. Canada*), *per* Lamer CJ. Het hof verwees daarbij overigens naar een uitspraak kort voor *Schachter* waarin het reeds impliciet van een dergelijke bevoegdheid was uitgegaan. Zie SCC 2 februari 1989 [1989] 1 *SCR* 143 (*Andrews v. Law Society of British Columbia*). De bevoegdheid was eerder ook al aangenomen door het Court of Appeal van British Columbia in CA (B.C.) 30 augustus 1991 [1991] 58 *BCLR* (2nd) 356 (*Knodel v. British Columbia*).

113 SCC 24 april 1985 [1985] 1 *SCR* 295 (*Big M Drug Mart*).

of met het inlezen (dan wel partieel onverbindendverklaren) een inbreuk zou worden gemaakt op het doel van de regeling, of het overblijvende deel van de regeling niet zodanig fundamenteel van aard zou zijn veranderd dat niet meer kon worden gezegd dat de wetgever het zo zou hebben uitgevaardigd, en tot slot of de bepaling als zodanig voldoende gewicht droeg om te worden gered. Was het, met andere woorden, wel de moeite waard om deze hele exercitie te doorlopen?[114]

Hoewel het hof de bevoegdheid tot inlezen voor het eerst in *Schachter* formuleerde, duurde het nog enkele jaren voordat het hof de juiste gelegenheid vond om haar ook toe te passen. In 1994 combineerde het hof *reading in* met gedeeltelijke nietigheid.[115] In *R. v. Laba* stond een strafbepaling ter discussie die de koop en verkoop van mineralen verbood tenzij de verkoper 'establishes that he is the owner or agent of the owner or is acting under lawful authority'. De klacht was dat met deze bepaling de onschuldpresumptie terzijde was gesteld. Het hof meende dat de wetgever in dergelijke gevallen terecht de bewijslast op de verkoper kon leggen, maar vond het te ver gaan om van de verkoper te eisen dat hij onweerlegbaar bewijs moest leveren (*'full legal burden'*). Het doel van de wetgever was ook bereikt wanneer men slechts van de verkoper eiste dat hij aannemelijk kon maken dat hij ook de eigenaar van de mineralen was. Op de vervolgingsinstanties rustte dan vervolgens de taak om die aannemelijkheid te weerleggen. Als oplossing koos het hof ervoor om het woordje *'establishes'* nietig te verklaren en te vervangen door de zinsnede 'in the absence of evidence which raises a reasonable doubt that he is the owner (…)'. Namens het, op dit punt unanieme, hof verklaarde Sopinka J dat de nieuwe regeling voldoende duidelijk was en, gelet op de parlementaire behandeling van de aangevochten wet, geen wezenlijke doorkruising van de doelen van de wetgever opleverde. De oplossing sloot bovendien aan bij het stelsel van de strafwet omdat, zo benadrukte Sopinka, in een groot aantal bepalingen voor een dergelijke constructie was gekozen.

Op *Laba* volgde al snel een nieuwe gelegenheid voor het hof om zich in de toepassing van *reading in* te oefenen. In de geruchtmakende zaak *Miron v. Trudel* ging het om de vraag of samenwonende partners als *'spouse'* konden worden aangemerkt voor wetgeving die het mogelijk maakte dat echtgenoten in het geval van een auto-ongeluk gebruik maakten van elkanders verzekering.[116] Het was duidelijk dat de wettelijke regeling '*spouse*' definieerde als '*husband and wife*'. Daarmee maakte de wet volgens het hof ongerechtvaardigd onderscheid tussen gehuwde en samenwonende stellen. Het SCC stond vervolgens voor de vraag of het de wettelijke regeling algeheel of gedeeltelijk nietig

114 Terzijde zij opgemerkt dat het wellicht wat merkwaardig aandoet dat het hof een dergelijk aandachtspunt als laatste behandelt. De argeloze lagere rechter heeft, wanneer hij bij deze stap aankomt, de hele exercitie toch al doorlopen?

115 SCC 8 december 1994 [1994] 3 *SCR* 965 (*R. v. Laba*).

116 SCC 25 mei 1995 [1995] 2 *SCR* 418 (*Miron v. Trudel*).

zou verklaren, dan wel dat het een nieuwe definitie van *spouse* in de wettekst zou lezen. Het koos voor de laatste variant. Daarbij speelde een belangrijke rol dat de wetgever er inmiddels in nieuwe, prospectieve en daarom op het voorliggende geschil niet van toepassing zijnde, wetgeving voor had gekozen om de verzekeringsclaim ook aan samenwonende stellen toe te kennen.

Het meest tot de verbeelding sprekende voorbeeld van *reading in* tot dusver treft men aan in *Vriend v. Alberta*.[117] De klager in deze zaak was ontslagen omdat hij homoseksueel was. Hij wilde dat ontslag aanvechten bij de mensenrechtencommissie van de provincie Alberta, maar deze verklaarde zijn klacht niet-ontvankelijk omdat de *Individual Rights Protection Act* van Alberta weliswaar bescherming bood tegen discriminatie op een veelheid aan gronden, maar niet op basis van seksuele geaardheid. De klager wendde zich vervolgens tot de reguliere rechter met de klacht dat de grondrechtencatalogus van Alberta op dit punt onverenigbaar was met het Charter. Het was een gevoelige kwestie omdat seksuele geaardheid ook in het Charter niet genoemd werd. Bij de invoering van het Charter was uitdrukkelijk overwogen om een dergelijke grond op te nemen, maar dat was niet gebeurd.[118] Aan het eind van de jaren negentig en het begin van de eenentwintigste eeuw werd het hof geconfronteerd met een reeks van zaken waarin wetgeving op *gay-issues* werd aangevochten.[119] Gevoelig of niet, in Ottawa kreeg Vriend van het SCC gelijk. Seksuele geaardheid moest worden beschouwd als een verboden grond van discriminatie onder het Charter en bijgevolg was de lijst van verboden gronden in de wetgeving van Alberta incompleet. Het hof meende dat dit probleem kon worden verholpen door *'sexual orientation'* in te lezen in de relevante bepaling van de *Individual Rights Protection Act*. Het hof liep in dat verband alle *Schachter*-criteria langs en concludeerde dat de maatregel voldoende precies was, zou bijdragen in plaats van afdoen aan het doel van de wet, en dat de maatregel een minder grote inbreuk op de prerogatieven van de wetgever zou betekenen. Voor dat laatste argument pleitte dat nietigheid van de regeling in zou grijpen in de rechten van een zeer grote groep (alle burgers van Alberta) terwijl de beperktere remedie van *reading in* uitsluitend een vergroting van de rechten van een veel kleinere groep (homoseksuelen in Alberta) betrof.[120]

Met de uitspraak van het hof in *Vriend* ging het hof aanmerkelijk verder dan in *Miron* en *Laba*. In beide eerdere zaken lag de oplossing eigenlijk al wel besloten in het wettelijk stelsel, in het ene geval omdat het hof naar soortgelijke

117 SCC 2 april 1998 [1998] 1 *SCR* 493 (*Vriend v. Alberta*).

118 Zie voor een bespreking van dit punt: Roach 2001, p. 132-133.

119 Vgl. bijv. SCC 20 mei 1999 [1999] 2 *SCR* 3 (*M. v. H.*), waarin het – net als in *Miron v. Trudel* – ging om de definitie van *spouse* in sociale zekerheidswetgeving, en de uitspraken over het homohuwelijk van verschillende provinciale hoven (beginnend met het Court of Appeal van Ontario) en het Supreme Court. Vgl. CA (Ont.) 12 juli 2002 [2002] 215 *DLR* (4th) 223 (*Halpern v. Canada*), en SCC 9 december 2004 [2004] 3 *SCR* 698 (*Reference re Same-Sex Marriage*).

120 *Vriend v. Alberta*, §162-163 (*per* Iacobucci J).

bepalingen kon wijzen waarin voor de voorgestane oplossing was gekozen, en in het andere geval omdat de wetgever voor de toekomst zelfs voor die specifieke oplossing had gekozen. In beide zaken reageerden parlement en publiek dan ook mild. Dat was niet het geval in *Vriend*, waar de spanningen maatschappelijk zo hoog opliepen dat regering en parlement overwogen de *notwithstanding clause* van artikel 33 Charter aan te grijpen voor een *override* van de rechterlijke uitspraak.[121] Niettemin wijst Hogg er, naar mijn smaak terecht, op dat nietigverklaring in zaken als deze doorgaans leidt tot een veel grotere inbreuk op de rol van de wetgever in het rechtsvormingsproces. Totdat de wetgever op *Vriend* had kunnen reageren, had geen enkele burger in Alberta toegang gehad tot de mensenrechtencommissie. Het is bovendien sterk de vraag of dat niet een situatie was geweest die, zoals het Duitse BVerfG het nog weleens uitdrukt '*die Verfassung ferner gewesen wäre*'. Het hof heeft in *Vriend* wel de kritiek gekregen dat het te snel was met het willen bieden van een oplossing en dat het beter af was geweest als het een onverbindendverklaring op termijn had uitgesproken om aldus de wetgever de kans te geven iets aan de situatie te doen. Hier doen zich echter verschillende problemen voor. Zou de wetgever inactief blijven, dan komt het vorige punt weer bovendrijven: nietigheid is in dit verband een buitengewoon onaantrekkelijke optie. Het belang van de klager bij een relatief snelle remedie was bovendien groot, gegeven het feit dat hij de procedure voerde om het, in zijn ogen onrechtmatige, ontslag aan te vechten. Welke oplossing men ook op termijn had verkozen, het enkele gunnen van die termijn zou afbreuk doen aan de effectiviteit van de bescherming van Delwin Vriend. Dialoogmodellen zijn een verrijking van de discussie over de legitimiteit van rechterlijke rechtsvorming, maar zoals het hof in *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia* al benadrukte: zij moeten niet de status worden toegekend van constitutionele regels.[122]

10.3.5 Resumerend

In deze uitvoerige paragraaf is stilgestaan bij de verschillende remedies die de Canadese rechter de gedupeerde klager te bieden heeft wanneer hij deze gelijk geeft. Getracht is een beeld te schetsen van de manier waarop de rechter invulling geeft aan de discretionaire ruimte die hij heeft bij de afweging welke remedie te kiezen. De bevindingen worden hier kort samengevat, en nogmaals kort besproken in het licht van de vraag hoe bij de invulling van die ruimte

121 Zie voor een bespreking van de gebeurtenissen tijdens die hete zomer van '98: Roach 2001, p. 195-196. Roach wijst er overigens op dat het wellicht wel meeviel met de publieke afkeer van *Vriend v Alberta*. Zowel uit uitlatingen van de premier, als uit *polls* zou blijken dat men wel accepteerde dat claims bij de mensenrechtencommissie op basis van seksuele oriëntatie mogelijk moesten zijn. Dat neemt niet weg dat gebruik van de *override* door het parlement van Alberta serieus werd overwogen.

122 SCC 6 november 2003 [2003] 3 *SCR* 3 (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia*).

rekening wordt gehouden met de beginselen van effectieve rechtsbescherming én het primaat van de democratische staatsinstellingen.

Traditioneel wordt aangenomen dat nietigheid het automatische rechtsgevolg is van strijdigheid met het Charter. Dat betekent dat de uitspraak van de rechter, hoewel declaratoir, de gelding van de wet ontneemt. Van oudsher wordt aangenomen dat aan dit rechtsgevolg geen discretionaire beslissing van de rechter ten grondslag ligt. De voorrang van hoger recht en het beginsel dat gedupeerden van grondrechtenschendingen rechtsbescherming moet worden geboden, ligt daaraan ten grondslag. De geschiedenis laat echter zien dat het SCC in toenemende mate moeite krijgt met die passieve rol van de rechter. Het hof is zich met de rechtsgevolgen gaan bemoeien, eerst voorzichtig en impliciet – zoals in de *Manitoba Language Rights Reference* – en later ronduit expliciet – zoals in *Hislop*, waarin het de bevoegdheid aannam om *prospective* te overrulen. Het hof was bereid te erkennen dat er fundamentele belangen in het spel kunnen zijn die nopen tot het aannemen van belangrijke uitzonderingen op de *ipso iure* nietigheid van onverenigbare wetgeving. Die belangen kunnen van de overheid zijn, bijvoorbeeld als de staatskas een gevoelige klap dreigt te krijgen of als de handhaving van de rechtsorde in het geding komt. Zij kunnen ook van derden zijn, wanneer met de nietigheid van de wetgeving rechten teniet zouden gaan. Dat zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn wanneer socialezekerheidswetgeving onverbindend wordt verklaard en daarmee de rechtsbasis onder de uitkeringen aan bepaalde groepen zou wegvallen. In zekere zin heeft zelfs de klager in een dergelijk geval belang bij een andere remedie dan de nietigheid omdat hij van deze nietigheid doorgaans zelf niet beter wordt. De zoektocht van het hof naar alternatieven is een lange geweest. Aanvankelijk werd de oplossing vooral gezocht in procedurele doctrines zoals *res judicata*. In de uitzonderlijke zaak van de *Manitoba Language Rights* erkende het hof dat dit niet voldoende was en bleek het bereid de eigen bevoegdheid wat op te rekken door de werking van zijn eigen onverbindendverklaring op te schorten. Voor deze noodmaatregel werden de rechtsstaat en de doctrine van *necessity* van stal gehaald. Het te beschermen belang was dat van de samenleving als geheel bij de handhaving van het recht als zodanig. In het zicht van een zo groot belang moest het belang van eventuele klagers bij nietigheid wijken. Niettemin was het hof in beginsel alleen bereid tot een tijdelijk opschorten. Een al te vergaand ingrijpen in het traditionele denken over nietigheid en rechtsvorming ging de rol van het hof te buiten.

In de zaak *Schachter* was het bereid een stapje verder te gaan en te erkennen dat het opschorten van een nietigheidsoordeel ook voor de hand lag als door die nietigheid de rechten van derden in het geding zouden komen. Daarmee liet het hof zien rekening te willen houden met de positie van derden, maar *Schachter* liet tevens zien dat het hof voorzichtig was om zelf middels creatieve interpretatie of het hanteren van de knipschaar (*severance*) tot een oplossing te komen. Het erkende weliswaar de bevoegdheid om een regeling die in strijd kwam met het Charter zelf *level-up* te interpreteren zodat de wet Charter-

conform kon worden toegepast zonder dat derden daarvan de dupe behoefden te worden, maar het bond die bevoegdheid aan strikte grenzen. Het problematische karakter van de onverenigbaarheid moest met voldoende precisie kunnen worden vastgesteld en de wetgever mocht met zijn interpretatie niet het, met de wet beoogde, doel van de wetgever doorkruisen. De toepassingspraktijk van het concept *reading in* laat zien dat het SCC daartoe veelal alleen overgaat als bijna zeker is dat de wetgever zich in de nieuwe interpretatie kan vinden, bijvoorbeeld omdat de wetgever de wet al in soortgelijke zin heeft aangepast of omdat de interpretatie aansluit bij andere delen van de wet. Dat wil niet zeggen dat het hof in het verleden niet af en toe moedige beslissingen heeft genomen. In *Vriend v. Alberta* was het bijvoorbeeld bereid om ver te gaan, hoewel het met die beslissing duidelijk bleef in de kaders zoals het die in *Schachter* had geformuleerd.

Bij de keuze tussen algehele nietigheid enerzijds en gedeeltelijke nietigheid of een creatieve interpretatie anderzijds speelt de afweging tussen effectieve rechtsbescherming en het verre blijven van het territoir van de wetgever een grote rol. Algehele nietigheid is lange tijd beschouwd als staatsrechtelijk ongevaarlijk. Hoewel (een deel van) de wet in het geval van conforme interpretatie en gedeeltelijke nietigheid in stand blijft en daarom de wetgever minder geschoffeerd wordt, dient de rechter in dergelijke gevallen keuzes te maken met betrekking tot de grenzen die hij wenst aan te houden. Die grensbepaling laat hij liever aan de wetgever over.

Toch lijkt de beslissing in *Vriend* te laten zien dat de rechter in Canada vrijmoediger aan het worden is. Zo vrijmoedig als bijvoorbeeld zijn Britse tegenhanger lijkt hij echter niet snel te worden. Daarbij speelt vermoedelijk mee dat hij, als het gaat om het bieden van rechtsherstel, een duidelijk alternatief heeft. Door de onverbindendverklaring op te schorten kan de Canadese rechter het bieden van rechtsherstel een zaak maken van de wetgever. Laat die de zaken op zijn beloop, dan resteert van rechtswege nog de 'klassieke' remedie van de nietigheid. Een nadeel van opschorting is soms wel dat de rechter daarmee de kwestie overlaat aan de wetgever terwijl die het probleem alleen voor toekomstige gevallen oplost. De literatuur signaleert dat het hof zich van dergelijke gevallen niet altijd bewust is. Het gevaar bestaat dan dat klagers tussen de wal en het schip terecht komen. Zij dienen dan een beroep te doen op de klassieke nietigheidsremedie. Dat die klassieke remedie soms buitengewoon vervelende kanten heeft voor derden zonder dat de klager daarmee veel opschiet wordt in de huidige rechtspraak dan maar voor lief genomen. Niettemin is denkbaar dat het SCC het opschortingsmechanisme niet alleen toepast op de onverbindendverklaring, maar ook op de andere instrumenten. Hij doet dat reeds in het geval van gedeeltelijke nietigheid en erkende in *Hislop* dat dit ook mogelijk was met betrekking tot conforme interpretatie.

Met het instrument van het opschorten lijkt het hof aan te sturen op een dialoog met de wetgever. Een dialoog waarin niet alleen de rechterlijke uitspraak en zijn remedie een rol speelt, maar ook de reactie van de wetgever

en diens mogelijkheid de uitspraak van de rechter te overrulen met een beroep op artikel 33 van het Charter. De vraag dringt zich op of deze dialoog de rechter in de gelegenheid stelt om wat vrijmoediger om te gaan met zijn interpretatieve mandaat en zijn discretionaire ruimte in het kiezen van remedies. Om die vraag te beantwoorden moet eerst een nadere blik worden geworpen op het fenomeen 'constitutionele dialoog', op de manier waarop daaraan in Canada vorm wordt gegeven en op de rol die artikel 33 van het Charter daarbij speelt.

10.4 Procesrechtelijke remedies (geboden en schadevergoeding)

Het zwaartepunt van de rechtsbescherming tegen wettelijke voorschriften ligt in Canada, net als in Duitsland, bij de voorrangsregel van artikel 52 CA en dus bij de constitutionele remedies. Dat heeft te maken met het feit dat de voorrangsregel een kwestie van rechtsvinding is. De rechter kan daar in beginsel niet omheen. Hij zal, wat de vordering ook is, steeds eerst moeten bezien of het wettelijk voorschrift geldend recht is. Concludeert hij dat sprake is van strijd tussen wet en grondwet, dan probeert hij die strijd langs de voorgeschreven weg van artikel 52 CA weg te nemen. In beginsel is samenloop met een andere remedie (zoals een gebod, een verbod of schadevergoeding) dan uitgesloten. Lamer C.J. maakte dat uit in de eerder genoemde zaak van *Schachter*:

> 'An individual remedy under s. 24(1) of the Charter will rarely be available in conjunction with an action under s. 52 of the Constitution Act, 1982. Ordinarily, where a provision is declared unconstitutional and immediately struck down pursuant to s. 52, that will be the end of the matter. No retroactive s. 24 remedy will be available'.[123]

Daaruit is in latere rechtspraak wel geconcludeerd dat:

> 'Although it cannot be said that damages can never be obtained following a declaration of constitutional invalidity, it is true, as a general rule, that an action for damages under s. 24(1) of the Charter cannot be coupled with a declaratory action for invalidity under s. 52'.[124]

Civielrechtelijke bevelen en schadevergoeding zijn daarom minder gebruikelijk in de context van onrechtmatige wetgeving, maar ze bestaan wel. Ik ga er daarom kort op in.

---

123 SCC 9 juli 1992 [1992] 2 *SCR* 679 (*Schachter v. Canada*), *per* Lamer CJ.
124 SCC 3 oktober 1996 [1996] 3 *SCR* 347 (*Guimond v. Quebec*), *per* Gonthier J, r.o. 19.

De bevoegdheid voor rechters om in een procesrechtelijke remedie te voorzien, vloeit voort uit artikel 24 lid 1van het Charter, dat stelt:

> 'Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances'.

Artikel 24 Charter laat de rechter op twee punten een aanzienlijke vrijheid. In de eerste plaats is het aan de rechter om te bepalen óf hij in een specifiek geval van de bevoegdheid ex artikel 24 Charter gebruik maakt. In de tweede plaats wordt het aan zijn beoordeling overgelaten *welke* remedie hij passend acht. Dit betekent dat aan hem het gehele arsenaal aan gebruikelijke *common law and equity* ter beschikking staat. De rechter is dus bevoegd om schadevergoeding toe te kennen, maar hij kan er ook voor kiezen om een zogenaamde *injunction* uit te vaardigen, een gebod of een verbod voor de overheid om iets te doen.[125]

In de volgende paragraaf sta ik bij die *injunctions* wat uitvoeriger stil als ik het heb over de mogelijkheden voor de rechter om een dialoog met de wetgever aan te gaan op het punt van de rechtsbescherming. Daarnaast kan met name de procesrechtelijke remedie van schadevergoeding interessant zijn voor de klager die niet onmiddellijk rechtsherstel geboden kan worden via de beschikbare constitutionele remedies. Zoals we zagen verklaart het SCC een regeling ook weleens nietig op termijn. Kan de klager die op de nieuwe regeling niet wil wachten, of die bang is dat de nieuwe regeling op zijn geval niet van toepassing zal zijn, dan schadevergoeding vorderen?

Het antwoord op die vraag is in beginsel positief, maar moet onmiddellijk genuanceerd worden. Het is geen eenvoudige opgave om die schadevergoeding toegekend te krijgen. In de eerste plaats is een directe actie tegen de Kroon wegens het *uitvaardigen* van een onrechtmatige wet doorgaans niet mogelijk.[126] Wel is het mogelijk de *uitvoering* van wetgeving aan de orde te stellen, het zij door de rechter, hetzij door het bestuur. In zulke gevallen wordt door het Hof echter een zeer restrictieve maatstaf aangelegd. Voor een dergelijke aansprakelijkheid is een bijzondere vorm van *mens rea*, toerekenbaarheid vereist. Het is niet voldoende voor aansprakelijkheid dat een wettelijke regeling onverbindend is. '*Invalidity is not the test of fault and it should not be the test of liability*', aldus Laskin J. in *Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg*.[127] In *Mackin v. New Brunswick* werkt het Hof dat nader uit:

---

125 Pilkinton 1986, p. 307-310. Zie voor een ingrijpend voorbeeld van zo'n *injunction*: SCC 6 november 2003 [2003] 3 *SCR* 3 (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia*).

126 Vgl. SCC 17 december 1970 [1971] *SCR* 957 (*Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg*), *per* Laskin J.; SCC 3 oktober 1996 [1996] 3 *SCR* 347 (*Guimond v. Quebec*), *per* Gonthier J.

127 SCC 17 december 1970 [1971] *SCR* 957 (*Holdings Ltd. v. Greater Winnipeg*).

> 'The limited immunity given to government is specifically a means of creating a balance between the protection of constitutional rights and the need for effective government. (…) Thus, the government and its representatives are required to exercise their powers in good faith and to respect the "established and indisputable" laws that define the constitutional rights of individuals. However, if they act in good faith and without abusing their power under prevailing law and only subsequently are their acts found to be unconstitutional, they will not be liable. Otherwise, the effectiveness and efficiency of government action would be excessively constrained. Laws must be given their full force and effect as long as they are not declared invalid. Thus it is only in the event of conduct that is clearly wrong, in bad faith or an abuse of power that damages may be awarded'.[128]

Tot het moment waarop de wettelijke regeling dus daadwerkelijk onverbindend wordt verklaard, is de toepassing ervan door rechter en bestuur geen grond voor aansprakelijkheid. Spreekt het Hof dus uit dat zijn eigen oordeel over de verbindendheid van een regeling pas in werking treedt op een toekomstig tijdstip, dan is dus de naleving van die wet ná die inwerkingtreding pas een reden voor schadevergoeding.[129] Voor dit alles geldt uiteraard de uitzondering dat niet reeds boven elke twijfel verheven was dat de regeling onverbindend was. Daarvan zal vaak echter geen sprake zijn. Het SCC is zeer beducht om aansprakelijkheid aan te nemen: regering en parlement moeten zich niet geremd voelen om zich van hun wetgevende taak te kwijten.[130]

De conclusie is hier dus dat schadevergoeding als alternatieve remedie bij een *terme de grâce á la Canadienne* in beginsel niet mogelijk is.

10.5 De dialoog als legitimatie van rechterlijke rechtsvorming?

Zoals wij in paragraaf 10.3 reeds zagen wordt het denken over constitutionele toetsing in Canada sterk beheerst door het bestaan van de zogenaamde '*notwithstanding clause*' van artikel 33 Charter. Niet alleen in Canada drukt deze bepaling haar stempel op de discussie. In toenemende mate duikt het mechanisme op in de theorie en de praktijk van het constitutionele recht van andere landen.[131] Die aandacht is mede ingegeven door het feit dat inmiddels door

128 SCC 14 februari 2002 [2002] 1 *SCR* 405, *per* Gonthier J., r.o. 79.

129 Zie in dat verband SCC 1 maart 2007 [2007] 1 *SCR* 429 (*Canada v. Hislop*), r.o. 117.

130 Anand 2009, p. 162.

131 Het meest rechtstreekse voorbeeld vormt Israël, dat het Canadese voorbeeld volgde en een soortgelijke *notwithstanding* bepaling formuleerde in artikel 8 van de *Basic Law: Freedom of Occupation*. Vgl. Navot 2007, p. 206 en uitgebreider Dor 2000. Zoals in de inleiding van dit hoofdstuk reeds werd aangestipt, lijkt het er op dat artikel 33 een rol heeft gespeeld bij de vormgeving van diverse grondrechtencatalogi waaronder de Bill of Rights van Nieuw-Zeeland en de Human Rights Act 1998 in het Verenigd Koninkrijk. Zie daaromtrent o.m. Gardbaum 2001 (m.n. p. 719). Verwijzingen naar en besprekingen van de *notwithstanding clause* zijn voorts regelmatig voorwerp van '*scholarly debate*' in de internationale en rechtsver-

een groeiend aantal auteurs wordt benadrukt dat de bepaling bijdraagt aan het faciliteren van een dialoog tussen de rechtspraak en de verschillende parlementen die Canada rijk is. Het faciliteren van een vorm van dialoog is van belang omdat daarmee zou worden voorkomen dat de rechter in de samenleving het laatste woord heeft.[132] Het onverbindendverklaren en interpreteren van wetgeving wegens strijd met het Charter zou immers gemakkelijk tot het verwijt kunnen leiden dat het de ongekozen rechter is die binnen het overheidsverband de dienst uitmaakt. Met name rechtspraak van het Amerikaanse Supreme Court geeft met de regelmaat van de klok aanleiding tot hevige debatten over de vraag of de rechter verweten kan worden zich te activistisch op te stellen. Het leerstuk van de constitutionele dialoog probeert aan die discussie een invalshoek toe te voegen. Het leerstuk zelf kent intussen diverse, duidelijk van elkaar te onderscheiden, benaderingen. In deze paragraaf wordt eerst een beeld geschetst van de theoretische achtergrond van het concept en de metafoor 'constitutionele dialoog' (§10.5.1). Bezien wordt vervolgens welke benadering lijkt aan te sluiten bij het gros der Canadese literatuur (§10.5.2). De paragraaf sluit vervolgens af met de vraag of en hoe de instrumentele bepalingen van het Charter een dergelijke constitutionele dialoog daadwerkelijk faciliteren (§10.5.3 en §10.5.4).

10.5.1 Theorieën omtrent de constitutionele dialoog

Het verhaal van de constitutionele dialoog begint bij de steeds opnieuw te stellen vraag naar het waarom van rechterlijke toetsing van wetgeving en de daarmee gepaard gaande rechtsvorming. Waarom zou het een beperkte groep benoemde – en zelden representatieve – rechters toegestaan zijn om op basis van vage normen zelfstandig recht te vormen met voorbijgaan aan wilsuitingen van de democratisch tot stand gekomen volksvertegenwoordiging? Deze kwestie is allesbehalve nieuw en doet zich voor in alle landen die een vorm van rechterlijke toetsing van wetgeving kennen. Ongekozen rechters die de democratisch gelegitimeerde wetgever de voet dwars zetten, dat levert een legitimatieprobleem op: een *countermajoritarian difficulty*.[133]

Toetsing van wetgeving aan fundamentele rechten en vrijheden is in het verleden op verschillende manieren verdedigd. Zo zagen wij bij de bespreking van het Duitse recht reeds dat men er in de Bondsrepubliek traditioneel vanuit gaat dat rechterlijke toetsing een logisch gevolg is van de voorrang die het

---

gelijkende literatuur inzake grondrechtenbescherming. Het hiervoor genoemde artikel van Gardbaum uit 2001 en het vervolg er op in 2010 zijn hiervan prominente voorbeelden. Enkele voorbeelden betreffen voorts: Harding 2003; Clayton 2004; Roach 2005; Tremblay 2005; Hiebert 2006; Tushnet 2008. In Nederland figureerde artikel 33 Charter onder meer summier in de dissertatie van Van Dommelen (2003), en de oratie van De Lange (1999).

132 Zie nader § 10.5.1 en 10.5.2.

133 Vgl. Bickel 1962, p. 16.

Grundgesetz nu eenmaal heeft ten opzichte van overige wetgeving. De rechterlijke constatering dat een wettelijke regeling nietig is wegens strijd met de grondwet wordt daarom niet als problematisch beschouwd. Het is de rechter nu eenmaal niet toegestaan om onrechtmatige wetgeving toe te passen: een dergelijke praktijk zou de legitimatie van de rechterlijke arbeid ernstig ondermijnen.[134] Een soortgelijke redenering vormt sinds *Marbury v. Madison* ook in de Verenigde Staten de basis voor toetsing van wetgeving.[135]

Dergelijke redeneringen deden het goed in de negentiende eeuw toen de rechterlijke toetsing van wetgeving in verschillende landen nog vooral in het teken stond van het waarborgen van de positie van volksvertegenwoordigingen jegens de executieve en van bepaalde 'lagen' in het federale systeem jegens inbreuken van andere regelgevers. In beide gevallen beperkt de rol van de rechter zich tot de bewaking van formele grenzen van overheidsmacht, waarbinnen de wetgever vrij is zich naar believen te bewegen.[136] Met de groei van toetsing aan materiële rechten en vrijheden is de toetsingspraktijk van aard veranderd. Zij richt zich inmiddels minder op de bescherming van bevoegdheden van gekozen ambten, maar keert zich juist tegen de onrechtmatige of weinig legitieme uitoefening daarvan. Daarbij komt dat de toetsingsmaatstaf minder duidelijk omlijnd is dan het geval was bij de bescherming van wetgevingsbevoegdheden. In de moderne tijd is er kortom meer aandacht voor het feit dat rechters discretionaire ruimte hebben bij het vaststellen van wat het constitutionele recht precies inhoudt.

Met die vaststelling kan op verschillende manieren worden omgegaan. Men kan de uitoefening van rechterlijke discretie in bepaalde gevallen bestempelen als *judicial policy making* en haar in verband brengen met rechterlijk activisme.[137] Dat suggereert dat rechterlijke discretie in beginsel een slechte zaak is die zoveel mogelijk geminimaliseerd moet worden. Manieren om dat te bereiken zouden er in kunnen bestaan de rechter te binden aan specifieke interpretatiemethoden of aan morele standaarden, of hem slechts een rol te geven bij de toetsing van zeer formele maatstaven.[138] Maar wat deze benaderingen gemeenschappelijk hebben is dat zij uitgaan van de finaliteit van rechterlijke rechtsvorming. De rechter heeft in dergelijke benaderingen het

134 Zie bijv. Tremblay 2003.

135 5 U.S. (1 Cranch), 137 (1803).

136 De metafoor treft men aan in de Oliver Wendell Holmes Lectures van Hand (1958). Vgl. voor een parallelle redenering tevens: Duclos & Roach 1991, p. 4-5.

137 De literatuur omtrent rechterlijk activisme is omvangrijk en hier niet weer te geven. Vgl. voor een relatief recente beschouwing: De Waele 2009, hst. 3. Zie in de context van het Canadese debat omtrent rechterlijk activisme versus constitutionele dialoog: Roach 2001.

138 Bekende voorbeelden in de Amerikaanse context betreffen de theorieën omtrent *original understanding* (vgl. Bork 1990 en Scalia 1997), de morele benadering van Dworkin (1978, resp. 1996, p. 1-38), en de theorie van Ely (1980) die de *countermajoritarian difficulty* – kort gezegd – probeert op te lossen door rechterlijke toetsing van wetgeving gelegitimeerd te achten wanneer deze bijdraagt aan het politieke proces. Een zuiver formele toets treft men aan in de geschriften van Hand (1958).

laatste woord, iets dat sommigen problematisch vinden omdat de rechter niet gekozen is, en anderen accepteren op basis van het morele uitgangspunt dat de rechter minderheden beschermt tegen de politieke meerderheid.

De theorieën die uitgaan van een constitutionele dialoog tussen rechters en wetgevers bieden een geheel andere invalshoek. In dergelijke theorieën wordt niet zozeer het bestaan en vermijden van rechterlijke discretie vooropgesteld, maar staat het institutionele proces centraal waarin constitutionele normen uitgelegd en geëffectueerd worden.[139] Bezien wordt dan doorgaans in hoeverre uitoefening van rechterlijke discretie vanuit het perspectief van politieke meerderheden (belichaamd door de wetgever) problematisch is. De interactie tussen rechter en wetgever en de finaliteit van rechterlijke rechtsvorming staat daarbij centraal.[140] Dialoogmodellen zijn echter veelsoortig van aard. Zij laten zich niet in een enkele zin samenvatten. Aangezien het Canadese Supreme Court geregeld uitdrukkelijk naar de dialoog tussen rechter en wetgever verwijst bij het invullen van de eigen discretie – zowel voor wat betreft interpretatie als voor wat betreft de te bieden remedie – wordt hierna kort uiteengezet hoe het denken over de constitutionele dialoog zich heeft ontwikkeld en welk model door de Canadese literatuur en, in haar voetspoor, de rechtspraak is omarmd. Vervolgens wordt bezien welke gevolgen deze omslag in het denken heeft gehad voor de praktijk van de Canadese rechter om rechtsherstel te verlenen bij grondrechtenschendingen.

10.5.1.1 Dialoogmodellen: van 'authorative' naar 'persuasive authority'

Wat de verschillende dialoogtheorieën kenmerkt is een afkeer van de claim dat rechterlijke rechtsvorming finaal is.[141] Soms wordt die claim empirisch ontkend: het werk van Barry Friedman biedt daarvan een voorbeeld.[142] In andere gevallen wordt de kwestie meer normatief benaderd. In dat geval wordt er bijvoorbeeld op gewezen dat het bij rechterlijke interpretaties van grondrechten niet om de *enig mogelijke* uitleg gaat.[143] De afkeer van de finaliteitsclaim markeert een geleidelijke ontwikkeling in het denken over het recht als zodanig. Neemt de klassieke juridische benadering aan dat uitspraken van hoogste rechters finaal zijn als gevolg van de bindende kracht van de uitspraak, dialoogmodellen lijken in veel – zij het niet alle – gevallen een meer sociologische benadering voor te staan waarbij de finaliteit van rechterlijke of legislatieve beslissingen vooral afhankelijk is van de kwalitatieve inhoud van de beslissing. Hoe juridisch bindend een rechterlijke uitspraak ook is, de naleving is

139 Vgl. Bateup 2006, p. 1118.
140 Zie bijvoorbeeld Friedman 1993, p. 580-581.
141 Bateup 2006, p. 1118.
142 Vgl. Friedman 1993. Voor Canada tevens o.m.: Hogg & Bushell Thornton 1997; Roach 2001.
143 Zo bijvoorbeeld Tushnet 1999, en Manfredi 2001.

in sociaal-wetenschappelijke zin afhankelijk van diverse politieke factoren en de bereidheid van het publiek om zich naar de uitspraak te schikken.[144] In een tijd van toenemende ontzuiling is gezag immers geen vanzelfsprekendheid meer. De reeds genoemde uitspraak *Brown v. Board of Education* van het Amerikaanse Supreme Court wordt in dat verband vaak genoemd: hoewel het Hof de autoriteiten verplichtte om *'with all deliberate speed'* maatregelen te nemen om witte scholen te desegregeren, duurde het nog een zeer geruime tijd – en verschillende vervolguitspraken – voordat de Zuidelijke staten aan dat gebod gevolg gaven.[145] In de recentere Nederlandse context zou de casus van het rookverbod in de horeca mogelijk als voorbeeld kunnen dienen. Het enkele feit dat de wetgever een bindende regeling uitvaardigde waarin horecagelegenheden verplicht werden een rookverbod te handhaven leidde er bepaald niet toe dat er in de verschillende kroegen en restaurants niet meer gerookt kon worden. Theorieën die zich baseren op het dialoogmodel stellen de overtuigingskracht, in plaats van de bindende kracht, van het recht centraal.[146] Daarin vertonen zij sterke verwantschap met andere dialoogachtige theorieën zoals de deliberatieve democratie en het constitutioneel pluralisme dat in de context van de doorwerking van internationaal en transnationaal recht is opgekomen.

10.5.1.2 Uiteenlopende dialoogmodellen

Het feit dat de meeste dialoogtheorieën een gemeenschappelijke nuancering aanbrengen op de finaliteit van rechterlijke rechtsvorming kan niet verhullen dat er tussen die theorieën grote verschillen bestaan. Het zou te ver voeren om daarvan in het kader van dit hoofdstuk over het Canadese recht een uitputtend overzicht te geven. Teneinde inzicht te krijgen in de achtergronden van verwijzingen van het Canadese Supreme Court naar zijn eigen rol in de constitutionele dialoog, wordt volstaan met een korte beschrijving van de belangrijkste modellen.[147]

Een eerste onderscheid kan worden gemaakt tussen modellen die de rechter een zekere normatieve handelwijze voorschrijven en modellen die een meer

144 Politieke factoren kunnen er bijvoorbeeld in bestaan dat de rechtspraak van de andere staatsmachten een corrigerende tik op de neus krijgt. Dat was in Canada bijvoorbeeld het geval toen de wetgever de bevoegdheid van de Privy Council om in hoogste aanleg recht te spreken overhevelde naar het Supreme Court of Canada in een directe reactie op politiek impopulaire rechtspraak van de Privy Council omtrent de zogenaamde *New Deal Cases* in de jaren dertig van de vorige eeuw. Vgl. Roach 2001, p. 41-44.

145 Vgl. Patterson 2001.

146 Roach 2005, p. 539.

147 Daarbij wordt geleund op het theoretisch kader zoals Bateup dat relatief recent maakte om de normatieve overtuigingskracht van de verschillende modellen te vergelijken en te beoordelen (vgl. Bateup 2006). Uitsluitend de categorisering van Bateup wordt hier – behoudens enkele kleine wijzigingen – overgenomen en niet de bespiegelingen omtrent het normatieve potentieel. Zie voor een soortgelijke, zij het beperktere, bespreking voorts: Roach 2001, p. 239-251, en Hickman 2005, p. 316-326.

descriptief uitgangspunt hanteren. In het eerste geval staat de rol van de rechter als zodanig centraal. Wij zagen reeds de verzuchting van Bickel langskomen dat rechterlijke toetsing van wetgeving in essentie een *countermajoritarian difficulty* met zich brengt.[148] Zuiver vanuit het perspectief van de rechter bezien zou een manier om aan dat probleem tegemoet te komen, een terugtred van de rechter kunnen zijn om de politieke organen de ruimte te geven gevoelige constitutionele kwesties zelf aan de orde te stellen. Bickel stak in dat verband de loftrompet over de zogenaamde *passive virtues* van de rechtspraak: concepten als *mootness, ripeness, standing* en de *political question doctrine* als jurisprudentiële leerstukken die de rechter in staat stellen om controversiële onderwerpen tijdelijk aan de politieke staatsmachten over te laten.[149] Middels dergelijke technieken zou de rechter in gevoelige kwesties een subtiel signaal kunnen afgeven aan de wetgever zonder deze middels een onacceptabele uitspraak voor het hoofd te stoten. De aanbeveling om spanning tussen wetgeving en grondrechten subtiel te signaleren zonder zich daar feitelijk over uit te spreken en aldus de wetgever ruimte laten voor een eigen verhaal wordt wel aangeduid met de term *judicial minimalism*. Dit concept is recent uitgewerkt door Sunstein die rechters in dat verband de mogelijkheid voor heeft gehouden dat zij er in sommige zaken beter vanaf kunnen zien om meer te beslissen dan strikt noodzakelijk om de uitkomst van het voorliggende geschil te motiveren.[150] Rechterlijke rechtsvorming wordt hier beschouwd als legitiem, maar gereserveerd voor uitzonderlijke gevallen waarin *judicial restraint* niet de aangewezen weg betreft.

Eveneens normatief van aard zijn theorieën die de rechter een bepaalde handelwijze voorschrijven bij het onverbindend verklaren van wetgeving. *Judicial Advice*-theorieën lijken het tegendeel van minimalisme te betogen in de zin dat de rechter in een dergelijke optiek bij de toetsing van wetgeving aangeeft welke knelpunten in de wetgeving aanpassing behoeven en welke oplossingen daarbij mogelijk zijn.[151] De mogelijkheid dat de rechter wetgeving daarbij niet onmiddellijk onverbindend verklaart maar de wetgever middels relatief vrijblijvende overwegingen opmerkzaam maakt op de spanning tussen wet en grondwet staat daarbij centraal. Een parallel met de, in de Duitse context sporadisch voorkomende, *Appellentscheidungen* van het *Bundesverfassungsgericht* dringt zich op. Het oordeel van de rechter is in een dergelijk model niet finaal in de zin dat het er op gericht is een reactie van de wetgever uit te lokken.

148 Bickel 1962, p. 16.

149 Bickel 1962, hst. 4.

150 Sunstein 1996; 1999. Voorts: Heise 2000, p. 77-79.

151 Zo bijv. Katyal 1998. Een minder vergaande variant betreffen theorieën inzake *process-centered rules*, waarin de rechter zich ertoe beperkt het constitutionele probleem te signaleren en zich niet uitlaat over mogelijke oplossingen. De rechter roept hier de wetgever op tot een *'second look'* met betrekking tot de wetgeving in kwestie. Zie bijv. Calabresi 1991.

Bij de tweede categorie van dialoogmodellen staat niet slechts de rol van de rechter en diens handelwijze met betrekking tot de wetgever en zijn producten centraal, maar de aanname dat het constitutionele systeem verschillende institutionele en politieke mechanismen bevat die het rechter, wetgever en bestuur mogelijk maken om op elkanders beslissingen te reageren en deze zo nodig te corrigeren.[152] *Structural theories of dialogue* zijn zij ook wel genoemd.[153] De belangrijkste varianten betreffen de theorie van *coordinate construction*, verschillende theorieën die uitgaan van de complementaire rol die rechter en wetgever in het proces van rechtsvorming spelen, en theorieën die vooral de *accountability* van de rechtspraak benadrukken.[154]

De oudste vorm van constitutioneel dialoogdenken in de Angelsaksische wereld, de theorie van *coordinate construction*, gaat terug op de beginperiode van de Amerikaanse federatie. Zij vindt haar oorsprong bij niemand minder dan de vroege presidenten Thomas Jefferson en Andrew Jackson, die meenden dat de interpretatie van de grondwet niet uitsluitend aan de rechtspraak kon worden opgedragen.[155] Zowel de executieve macht, als de wetgever kwam volgens beide presidenten een eigen oordeel toe omtrent de constitutionaliteit van wetgeving en bestuursoptreden. Zo motiveerde Jackson zijn besluit om een wetsvoorstel te vetoën omtrent de verlenging van een Charter voor de nationale bank met het argument dat het Congres de bevoegdheid daartoe zijns inziens ontbeerde, niettegenstaande het feit dat het Supreme Court in een eerdere uitspraak had geoordeeld dat dit wel het geval was. Over de binding van de staatsmachten aan elkanders oordeel over de grondwet zei hij het volgende:

> 'The opinion of the judges has no more authority over Congress than the opinion of Congress has over the judges, and on that point the President is independent of both'.[156]

Een latere president, Abraham Lincoln, koos een soortgelijke – zij het genuanceerder – benadering na de omstreden uitspraak van het, door Zuidelijke conservatieven gedomineerde, Supreme Court in de zaak *Dred Scott v. Sandford*.[157] In die uitspraak bevestigde het hof dat slavernij een grondwettelijk beschermde status genoot en daarom niet door het Congres kon worden aangetast. Lincoln accepteerde de bindende kracht van de uitspraak voor zover het de beslissing in de zaak van Scott tegen zijn eigenaar betrof, maar onder-

152 Bateup 2006. Zie ook Goldsworthy 2003, p. 451.
153 Vgl. Bateup 2006.
154 Zie voor een soortgelijke driedeling: Roach 2001, p. 240-250.
155 Zie daaromtrent Tushnet 1999, p. 15. Ook *founding father* en *Jeffersonian* James Madison wordt met de theorie in verband gebracht, zie Roach 2001, p. 241.
156 Geciteerd in Tushnet 1999, p. 15.
157 60 U.S. (19 How.) 393 (1857).

streepte dat de bredere politieke gevolgen van de uitspraak hem als president niet bonden:

> 'The People have ceased to be their own rulers if the policy of government upon vital questions affecting the whole people, is to be irrevocably fixed by the Supreme Court'.[158]

De theorie van *coordinate construction* borduurt op deze stellingnames voort en gaat er inmiddels vanuit dat de staatsmachten een eigen interpretatie van de grondwet toekomt, en dat het proces van interpretatie een *'joint enterprise'* van wetgever, bestuur en rechter is. De meest recente en invloedrijke auteur in deze traditie is Mark Tushnet, die in zijn boek uit 1999, *Taking the Constitution Away from the Courts*, verdedigt dat rechterlijke interpretatie van de grondwet geen bijzonder gewicht toekomt en dat de andere twee staatsmachten een eigen afweging toekomt voor zover zij dat doen op basis van 'reasonable interpretations of the abstract principles of the Bill of Rights'.[159] Daarbij speelt mee dat rechterlijke toetsing volgens Tushnet en zijn Canadese protagonist Christopher Manfredi het proces van morele deliberatie vooral 'vervuilt' met legalistische en onnodig juridiserende noties.[160]

Een belangrijk kenmerk van de theorie van *coordinate construction* is dat geen enkele staatsmacht een bijzondere positie heeft ten opzichte van de anderen als het om de interpretatie van constitutionele normen gaat. Zij is sterk verbonden met het typisch Amerikaanse adagium dat macht op haar best is als zij zoveel mogelijk gefragmenteerd is.[161] Niet alleen heeft de rechter niet het laatste woord, zijn woord komt zelfs geen bijzondere positie toe. Om het in een, tegenwoordig zeer gangbare, zinsnede samen te vatten: het is ook maar *een* mening, een concurrerende uitleg op de politieke markt van interpretaties.[162] De interpretatie die prevaleert is volgens *coordinate constructionalisten*, de interpretatie van de staatsmacht die haar wil het best kan doorzetten middels politieke middelen.[163]

Een andere benadering van de dialoogmetafoor, is het model dat uitgaat van de *accountability* van rechters ten opzichte van de wetgever.[164] Zij is ontwikkeld door de Amerikaanse politicoloog Robert Dahl aan de hand van de vaststelling dat de stellingnames van de rechterlijke macht zelden lang uit de pas lopen met de opvattingen van de kiesgerechtigde meerderheid van de bevolking.[165] Dahl argumenteerde dat dit ook zo behoort te zijn omdat

158 Geciteerd in Tushnet 1999, p. 8-9.
159 Tushnet 1999, p. 175, 186.
160 Vgl. Tushnet 1995; Manfredi & Kelly 1999, p. 522-523.
161 Vgl. Bateup 2006, p. 36.
162 Manfredi spreekt in dat verband van *'just another voice'*: Manfredi 2001, p. 1999.
163 Bateup 2006, p. 39-40.
164 Zie voor een bespreking van deze benadering: Roach 2001, p. 243-245.
165 Vgl. Dahl 1957, p. 283-291.

popular sovereignty, het democratische ideaal, anders te zeer onder druk zou komen te staan. De dialoog tussen rechter en wetgever zou er in bestaan dat rechterlijke uitspraken gevolgd worden door signalen van de wetgever die aangeven of de rechterlijke uitspraak niet te ver is verwijderd van een *mainstream* interpretatie van het constitutionele recht. Was dat niet het geval, dan zou rechterlijke rechtsvorming gelegitimeerd zijn. Was dat wel het geval, dan was het signaal van de wetgever aanleiding voor een koerswijziging. De theorie van Dahl heeft in Canada enkele volgelingen gemaakt, vooral onder politicologen.[166] Daarnaast is de vaststelling van Dahl dat de rechter niet slechts invloed heeft op de politieke organen, maar zich op zijn beurt zelf ook laat beïnvloeden door de publieke opinie en signalen van de politieke organen, ook van belang geweest voor recentere dialoogtheorieën die, zoals men dat noemt, een equilibrium nastreven.[167] In deze nieuwere benadering wordt meer dan in de benadering van Dahl de nadruk gelegd op de rol van de rechtspraak in het faciliteren en teweegbrengen van een nationale discussie omtrent de reikwijdte en de betekenis van grondrechten. Met Dahl spreken ook de nieuwe benaderingen echter van een dialoog wanneer zij benadrukken dat niet onderschat mag worden hoezeer de rechtspraak van met name het Amerikaanse Supreme Court, in empirische zin wordt bepaald door de publieke opinie.

De laatste, hier te bespreken, groep *structural theories of constitutional dialogue* betreft theorieën die ervan uitgaan dat rechter en wetgever een gezamenlijke bijdrage leveren aan het constitutionele rechtsvormingsproces, elk vanuit een eigen – complementaire – rol. Deze groep is zonder meer het meest invloedrijk geweest in Canada. Hoewel in deze groep genuanceerde verschillen zijn aan te brengen – voor een beschrijving en evaluatie ervan zij verwezen naar de bijdrage van Bateup – staan hier vooral de overeenkomsten van deze modellen centraal.[168] Het vertrekpunt van modellen die gebaseerd zijn op *partnership* en *judicial principle* is het hier reeds eerder genoemde werk van Alexander Bickel en zijn verzuchting dat rechterlijke toetsing in essentie een *countermajoritarian difficulty* met zich brengt. Zoals gezegd, wees Bickel op de mogelijkheden van rechters om zich, door middel van *passive virtues* bescheiden op te stellen. Bickel beschouwde de rechterlijke uitspraak echter ook als het vertrekpunt van een dialoog tussen rechter en wetgever. De rechter, aldus Bickel, heeft in die dialoog de taak om uit het recht abstracte principes af te leiden. De identificatie en het vaststellen van de reikwijdte van rechten is, aldus

166 Morton & Knopff 2000.

167 Vgl. o.m. Friedman 1993, en Post 2003. Zie voor een kritische bespreking tevens Bateup 2006, p. 57.

168 Dat doet impliciet ook Roach 2001, p. 246-250. Bateup maakt een principieel onderscheid tussen modellen die uitgaan van een *partnership* en modellen die gebaseerd zijn op *judicial principle*. Binnen die laatste categorie wordt vervolgens onderscheiden tussen modellen die de wetgever een eigen en unieke expertise toedichten bij het proces van constitutionele interpretatie, en modellen die dat niet doen. Zie Bateup 2006.

nog steeds Bickel, vooral een zaak van de rechter die immers het voordeel heeft van de relatieve rust van de rechtszaal.[169] Zoals gezegd, dient de rechter daarbij behoedzaam te werk te gaan. Dat de rechter het primaat heeft bij het identificeren en vaststellen van de reikwijdte van grondrechten wil immers niet zeggen dat hij in die taak onfeilbaar is. Wijkt hij te zeer af van hetgeen voor de politieke staatsmachten aanvaardbaar is, dan zijn er mechanismen om de rechtspraak te corrigeren.[170] Uitspraken van de rechter hebben dus noodzakelijkerwijs een tijdelijk en voorwaardelijk karakter. De Canadese bijdrage aan dit debat, met name van Hogg en Bushell Thornton, Hiebert en Roach, is dat zij ook de unieke rol van de wetgever in het interpretatieproces duidelijker voor het voetlicht hebben gebracht. Niet alleen kan de wetgever feitelijk politiek ingrijpen, een dergelijke ingreep is ook normatief gerechtvaardigd gelet op zijn bijzondere expertise. Komt de rechter het primaat toe bij de identificatie en het vaststellen van de reikwijdte van grondrechten, de wetgever heeft bij uitstek de expertise om de noodzaak van beperkingen van die grondrechten te beoordelen. De rol van de rechter is op dat punt vooral die van kritische vragensteller. Rechter en wetgever worden in deze leer als gelijke partners in het constitutionele proces beschouwd, ieder vanuit de eigen rol en expertise. In de (vertaalde) woorden van Roach: herinnert de rechter de wetgever aan het belang van fundamentele waarden, de wetgever kan antwoorden door de rechter het belang van beperkingen op die waarden in herinnering te roepen.[171]

10.5.1.3 Resumerend

Dialoogmodellen zijn er in soorten en maten. Gemeenschappelijk hebben zij de gezamenlijke afkeer het rechterlijk oordeel te beschouwen als de finale stand van zaken met betrekking tot de interpretatie van een grondrecht. Dialoogmodellen bezien dat oordeel niet zozeer vanuit een juridisch-positivistisch perspectief – de bindende kracht van het rechterlijk oordeel – maar vanuit een meer sociaal-wetenschappelijk getint perspectief: de overtuigende kracht van het rechterlijk oordeel. Kenmerkend voor dialoogmodellen is dat de rechterlijke oordeelsvorming niet geïsoleerd wordt beschouwd, maar wordt bezien in het licht van de relatie met de wetgever.

Daarin kunnen twee hoofdstromingen worden onderscheiden. Enerzijds kan worden gewezen op modellen die zich richten op het rechtsvindingsproces in brede zin. Zulke normatieve dialoogtheorieën roepen de rechter dan op zich terughoudend op te stellen met het vernietigen of onverbindendverklaren

169 Bickel 1962, p. 25-26, 188.
170 Vgl. Bateup 2006, p. 43-44.
171 Uiteraard zijn er nuanceverschillen: Hiebert erkent niet, zoals bijvoorbeeld Roach lijkt te doen, dat de rechter een bijzondere expertise bezit bij het identificeren van grondrechten. Primaten erkent zij op dit punt dan ook niet.

van wetgeving, en de wetgever in plaats daarvan in niet-bindende termen te adviseren over te nemen stappen teneinde spanning tussen wetgeving en grondrechten te vermijden (*advicegiving theories*). Sommige varianten gaan echter nog minder ver, en roepen de rechter op zich niet meer dan strikt noodzakelijk uit te laten over constitutioneel gevoelige onderwerpen (*judicial minimalism*) of het te laten bij het aanstippen van een gevoeligheid teneinde de wetgever de gelegenheid te geven een tweede blik te werpen op de wetgeving in kwestie (*process-centered theories*). Anderzijds kan worden gewezen op theorieën die een meer empirisch uitgangspunt kiezen. Daarop bestaan, grof gezegd, drie varianten. De oudste en bekendste theorie gaat ervan uit dat constitutionele interpretatie een gezamenlijke verantwoordelijkheid is van rechter, bestuur en wetgever. Geen van de staatsmachten heeft het monopolie, of zelfs maar een geprivilegieerde rol in dat proces. Welke wending de grondrechtenbescherming uiteindelijk krijgt, hangt af van de vraag welke staatsmacht uiteindelijk de overhand krijgt in het constitutionele concurrentiespel (*coordinate construction*). In andere modellen wordt vooral het empirische gegeven benadrukt dat de rechter zich meestal lijkt te richten naar opinies die op de lange termijn door de meerderheid van het publiek lijken te worden gedragen. Wanneer rechters zich daarin zouden vergissen, dan zijn in het constitutionele systeem doorgaans mechanismen aanwezig die ervoor zorgen dat de gekozen staatsorganen de rechter kunnen waarschuwen (*accountability*, resp. *equilibrium theories*). Voorstanders van dergelijke theorieën benadrukken soms de normatieve plicht voor rechters om zich van die signalen iets aan te trekken. De laatste groep theoretici onderstreept de verschillende en complementaire rollen die rechter en wetgever in het constitutionele rechtsvormingsproces vervullen. Rechters, zo wordt aangenomen, komt het primaat toe rechten te identificeren en te formuleren. Wetgevers daarentegen bezitten een bijzondere expertise bij het vaststellen van de noodzaak tot het stellen van beperkingen aan grondrechten. Deze dialoogmodellen richten zich dan ook vooral op de mogelijkheden van wetgevers om op rechterlijke uitspraken te reageren teneinde beperkingen op grondrechten te rechtvaardigen of, zo nodig, zelfs door te zetten tegen de rechterlijke uitspraak in. Zoals wij hierna zullen zien zijn het vooral deze modellen die in Canada school hebben gemaakt.

10.5.2 De constitutionele dialoog in Canada

Het idee dat toetsing van wetgeving aan grondrechten in Canada te beschrijven is in termen van een dialoog tussen rechter en wetgever stamt van een invloedrijk artikel uit 1997 van Peter W. Hogg en Allison A. Bushell (tegenwoordig Thornton).[172] Hun bijdrage poogde een antwoord de geven op het aanzwel-

172 Hogg & Bushell Thornton 1997. Zie tevens Hogg, Bushell Thornton & Wright 2007.

lende koor van critici, met name uit politicologische hoek, die meenden dat het eerste decennium rechtspraak onder het Charter voornamelijk tot rechterlijke suprematie had geleid. De titel van hun bijdrage was dan ook veelzeggend: 'The Charter Dialogue Between Courts and Legislatures (Or Perhaps The Charter Isn't Such A Bad Thing After All)'. Het ging Hogg en Bushell Thornton er destijds niet om een alomvattende normatieve theorie te ontwikkelen. Wie, met de gestaag groeiende stapel rechtstheoretische literatuur over *constitutional dialogue* op schoot, meent dat het oorspronkelijke artikel pareltjes van normatief-theoretische wijsheden bevat, komt bedrogen uit. Eigenlijk kan de bijdrage het best worden omschreven als een typische reactie van de juristerij op kritiek vanuit vooral de sociaalwetenschappelijke hoek. Het artikel bevat een uitvoerige positiefrechtelijke analyse van de rechtspraak waarin het SCC wetgeving (al dan niet op termijn) onverbindend heeft verklaard en richt zich met name op de reactie van de wetgever op dergelijke uitspraken. De boodschap van Hogg en Bushell Thornton: de praktijk laat zien dat het wel meevalt met de claim dat constitutionele toetsing aan grondrechten ervoor heeft gezorgd dat de rechter het in Canada voor het zeggen heeft gekregen.

Op een grote meerderheid van de geanalyseerde zaken volgde een reactie van de wetgever. Een enkele keer bestond die reactie er in dat de wetgever de oorspronkelijke wet, in weerwil van de uitspraak van het SCC, vrijwel ongewijzigd nogmaals vaststelde, de zogenaamde *in-your-face-reply*.[173] Eveneens incidenteel maakte de wetgever gebruik van de grondwettelijke mogelijkheid zijn wetgeving onaantastbaar te maken voor rechterlijke uitspraken middels de *notwithstanding clause* van artikel 33 Charter. Vaker kwam het echter voor dat de wetgever zich positief opstelde jegens de rechterlijke uitspraak en haar ofwel codificeerde, ofwel gebruik maakte van de geboden mogelijkheid om zelf een remediërende regeling vast te stellen binnen de kaders van de rechterlijke uitspraak.[174] Een middenweg bewandelde de wetgever wanneer hij opnieuw wetgeving introduceerde die het aanvankelijk beoogde beleidsdoel op andere, minder vergaande, manieren probeerde te verwezenlijken, of wanneer hij het doel op een vergelijkbare manier probeerde te verwezenlijken, maar de motivering van de belangen die met dat doel gemoeid waren beter tot uitdrukking bracht, bijvoorbeeld in de preambule van de regeling.[175] Uit deze praktijk trokken Hogg en Bushell Thornton de conclusie dat de wetgever zijn beleidsdoelen doorgaans wel wist door te zetten. Soms moest hij daarvoor andere middelen zoeken, soms moest hij de zaken beter uitleggen en in een enkel geval moest hij zijn heil zoeken bij het paardenmiddel van de *nothwith-*

173 Dat gebeurde bijvoorbeeld na SCC 30 september 1994 [1994] 3 *SCR* 63 (*R. v. Daviault*).

174 Vgl. bijv. SCC 3 maart 1994 [1994] 1 *SCR* 311 (*RJR-MacDonald v. Canada I*), waarin het hof een algeheel verbod op reclame voor tabaksproducten te ver vond gaan, en de wetgever daarop reageerde door het verbod te beperken tot reclame die was gericht op kinderen en *lifestyle* reclame. Vgl. voorts SCC 22 augustus 1991 [1991] 2 *SCR* 577 (*R. v. Seaboyer & Gayme*), en SCC 12 oktober 2000 [2000] 2 *SCR* 443 (*R. v. Darrach*).

175 Dit was bijvoorbeeld het geval in SCC 25 november 1999 [1999] 3 *SCR* 668 (*R. v. Mills*).

standing clause (artikel 33 Charter). De claim dat regering en parlement het niet meer voor het zeggen hadden in het land was in elk geval niet gefundeerd.

10.5.2.1 Constitutionele dialoog in de literatuur

Het artikel van Hogg en – toen nog studente – Bushell Thornton heeft een enorme impact gehad in Canada, zowel op de constitutionele praktijk als op de literatuur. Met name het gebruik van de metafoor 'dialoog' heeft de gemoederen bezig gehouden. Zoals wij zagen bestond deze metafoor reeds voor 1997, maar de ontwikkelingen in Canada trokken de aandacht van constitutionalisten wereldwijd en de geschiktheid van het etiket dialoog voor het proces dat Hogg en Bushell Thornton hadden beschreven werd onderwerp van onderzoek van Israël tot India en van het Verenigd Koninkrijk tot de Verenigde Staten. Het zegt misschien iets over de hijgerigheid van de hedendaagse rechtsgeleerdheid dat de enkele vluchtige zinnen die Hogg en Bushell Thornton aan het gebruik van de metafoor dialoog in de titel van hun bijdrage wijdden, geleid hebben tot doorwrochte beschouwingen in het prestigieuze *International Journal of Constitutional Law* over sociologische en filosofische noties van het concept 'dialoog'.[176] Moest de dialoog tussen wetgever en rechter worden opgevat als een '*conversation*', of als een '*deliberation*'? Was wel sprake van een dialoog? Moest het dan niet gaan om een discussie tussen twee gelijken, en konden wetgever en rechter dan wel als gelijk worden beschouwd? Er kon trouwens op gewacht worden, recent verscheen een bijdrage met de titel '*Taking Dialogue Seriously*'.[177] En al die bijdragen verwezen serieus en op de eerste plaats naar het artikel van Hogg en Bushell Thornton. De inhoudelijke stelling van beide auteurs, namelijk dat *in de Canadese context* sprake was van, wat zij – wellicht treffender – ook wel noemden, *legislative sequels,* die lieten zien dat rechtspraak niet zo'n dramatisch effect had op het maatschappelijk leven als sommige theoretici geneigd waren te geloven, die stelling kwam in de reacties nauwelijks nog terug. In internationaal verband lijkt de metafoor inmiddels de inhoud te zijn gaan overheersen.

Niettemin heeft de, aanvankelijk bescheiden, bijdrage van Hogg en Bushell Thornton wel een aanzet gegeven tot nadere inhoudelijke gedachtevorming over de dialoog tussen wetgever en rechter. De handschoen is met name door Kent Roach en Janet Hiebert opgepakt.[178] De Canadese literatuur over het thema kan zeer ruwweg worden onderverdeeld in twee hoofdstromingen waarvoor beide auteurs respectievelijk model kunnen staan. De ene stroming, waartoe Hiebert behoort, benadrukt het belang van het mechanisme van de *parliamentary override* voor de legitimatie van rechterlijke rechtsvorming. Zolang gebruik van de *override* door de wetgever een reële optie is, kan het bestaan

176 Vgl. bijv. Tremblay 2005.
177 Cartabia 2009.
178 Vgl. o.m. Roach 2001; Roach 2005; Roach 2006; Hiebert 2006.

van rechterlijke toetsing, interpretatie en rechtsvorming verdedigbaar zijn. Rechter en wetgever dienen zich bij het nemen van hun beslissingen dan ook het bestaan en de waarde van artikel 33 Charter te realiseren. Voor de praktijk van de rechterlijke remedies betekent dat concreet dat de rechter een voorkeur zou moeten uitspreken voor algemene, liefst niet bindende, verklaringen voor recht. Vergaande conforme interpretatie (*'remedial interpretation'*) en individuele remedies zoals het creëren van uitzonderingen op basis van artikel 24 van het Charter dienen in dit model zoveel mogelijk vermeden te worden. De rechter doet principiële uitspraken die vervolgens door de wetgever op hun waarde en hun implementeerbaarheid kunnen worden beoordeeld. Er moet, met andere woorden, wel iets zijn om te *'overriden'*.

De tweede stroming, vertegenwoordigd door Kent Roach en Peter Hogg beziet de dialoog tussen rechter en wetgever niet enkel in termen van artikel 33 Charter, maar in een serieschakeling van de artikelen 1 en 33 van het Charter in combinatie met de discretionaire vrijheid die de rechter heeft bij het modelleren van de beste remedie. In dit model begint de dialoog met een rechterlijke uitspraak die de wetgever zoveel mogelijk de ruimte geeft tot reparerende of corrigerende rechtsvorming. Het opschorten van een rechterlijke remedie, of dat nu een onverbindendverklaring of een conforme interpretatie betreft, kan daartoe bijdragen. Wel kan de rechter de wetgever middels zijn uitspraak voorlichten over de constitutionele grenzen van diens handelingsvrijheid. Een 'constitutionele hint' is dat wel genoemd.[179] De wetgever heeft vervolgens een reeks aan mogelijke reacties om uit te kiezen. Gebruikmaking van artikel 33 dient in deze filosofie in dit stadium nog zoveel mogelijk vermeden te worden. In de woorden van Roach: '*Using section 33 is like shouting to win an argument*'. De algemene beperkingsclausule geeft de wetgever de ruimte om de beperking van het grondrecht nogmaals na te streven maar nu met verbeterde motivering of een lichtelijk gewijzigd middel. Het is vervolgens weer aan de rechter om het nieuwste product aan het Charter te toetsen. In de analyses van zowel Roach, als Hogg en Bushell Thornton, stoppen de meeste dialogen in dat stadium omdat hetzij de wetgever, hetzij de rechter (in tweede instantie) zich heeft laten overtuigen.

Is de rechter niet overtuigd, en verklaart hij de norm opnieuw in strijd met het Charter, dan is het aan de wetgever om zich achter de oren te krabben en desnoods een beroep te doen op artikel 33 Charter. Roach wijst er echter op dat ook de wetgever geacht kan worden overtuigd te zijn. Dat is het geval wanneer hij niet meer op de uitspraak van de rechter reageert. Is hij niet overtuigd, dan dient de wetgever – aldus Roach – wel duidelijk te kiezen voor de *override* en niet, zoals hij nog weleens doet, voor een zogenaamde *in your face reply*.[180] Daarvan is sprake wanneer de wetgever de regeling nogmaals

179 Duclos & Roach 1991.
180 Roach 2001, p. 281-282.

– en vrijwel ongewijzigd – vaststelt om duidelijk te maken dat men het met de rechter oneens is, zonder de *override* van artikel 33 te gebruiken.[181] Volgens Roach biedt artikel 33 een afgewogener structuur voor *'shouting'* tussen wetgever en rechter. Het voordeel van artikel 33 is, zoals wij nog zullen zien, dat het machtswoord van de wetgever tijdelijk is – gebonden aan een hernieuwbare termijn van vijf jaar – en dat met het gebruik van artikel 33 expliciet worden erkend dat de wetgever in strijd handelt met het Charter.

10.5.2.2 Inpassing in de bestaande dialoogtheorie

Met dit laatste argument wordt wel duidelijk dat in elk geval de opvatting van Roach (en tevens Hogg en Bushell Thornton) zich niet laat verenigen met klassieke dialoogtheorieën als *coordinate construction* die de wetgever een eigen afweging gunnen ten aanzien van de vraag of de wetgeving in strijd is met het grondrecht. Roach erkent zelf ook ruiterlijk dat deze theorie niet de zijne is.[182] De opvatting van Hiebert komt daarbij dichter in de buurt, zij het dat ook Hiebert de rol van de rechter bij het identificeren en definiëren van rechten niet marginaliseert. Maar anders dan Roach erkent zij niet een bijzonder primaat van de rechter bij de interpretatie van grondrechten. Theorieën die de rechter oproepen zich meer aan te trekken van signalen uit de samenleving (gedefinieerd als de meerderheid) met betrekking tot de interpretatie van grondrechten lijken nog minder goed te passen bij de hiervoor behandelde Canadese literatuur. Hiebert noch Roach (en evenmin Hogg en Bushell Thornton) roepen de rechter op tot meer terughoudendheid ten opzichte van de wetgever. In tegendeel, zij onderstrepen veelal dat '*dialogue isn't deference*'.[183] Wel lijken Canadese dialoogmodellen enigszins op theorieën inzake *accountability* in de zin dat gewezen wordt op parlementaire mechanismen die de rechter indien nodig terecht kunnen wijzen. Zowel Hiebert als Roach benadrukken echter dat dit niet betekent dat de rechter zijn rechtspraak moet wijzigen: gebruikmaking van artikel 33 door de wetgever ligt dan voor de hand. Zowel Roach als Hiebert, en in mindere mate Hogg en Bushell Thornton, lijken het best geplaatst te kunnen worden in theorieën die het rechtsvormingsproces zien als een samenwerking tussen rechter en parlement, waarbij beiden een bijzondere expertise inbrengen (*structural dialogue*). De vraag is of de rechtspraak zich door deze modellen heeft laten inspireren.

181 Daarvan was bijvoorbeeld sprake na SCC 30 september 1994 [1994] 3 *SCR* 63 (*R. v. Daviault*). Zie voorts Roach 2006.
182 Roach 2001, p. 242-244.
183 Hogg 2007-II; Roach 2001.

10.5.2.3 Constitutionele dialoog in de rechtspraak

Het zal een auteur ongetwijfeld grote voldoening geven wanneer zijn opvattingen doorklinken in de rechtspraak van de hoogste rechter. Als dat zo is, dan lacht het leven Peter Hogg en Allison Bushell Thornton toe. Zoals hiervoor al werd beschreven heeft hun opstel een grote impact gehad, niet alleen op de literatuur maar ook op de rechtspraktijk. Het SCC verwijst regelmatig naar de constitutionele dialoog ter rechtvaardiging van een bepaalde koers, met name wanneer het de keuze voor een remedie betreft. Bij deze praktijk wordt nu stilgestaan. Nadat een overzicht is gegeven van de invloed die het dialoogdenken op de rechtspraak van het hof heeft gehad, wordt wederom getracht deze rechtspraak te vangen in één van de verschillende dialoogmodellen. Bovendien wordt getracht te achterhalen of het dialoogdenken van invloed is op de vraag hoe ver de rechter zichzelf ziet gaan bij het nemen van het initiatief in de rechtsvorming. Met andere woorden: gaat de rechter nu eigenlijk verder dan hij normaal gesproken zou gaan bij het bieden van een eigen oplossing omdat hij weet dat hij onderdeel is van een groter geheel en de wetgever hem op verschillende wijzen kan corrigeren of hem de helpende hand kan toesteken?

10.5.2.4 Constitutionele dialoog als bron van legitimatie

In de rechtspraak van het Supreme Court komt de dialoogmetafoor, zoals gezegd, veelvuldig en in een variërende context voor. Gebruik van de metafoor komt voor in vier typen argumenten.[184] Ten eerste is de metafoor wel ingezet ter rechtvaardiging van rechterlijke toetsing en, in het verlengde daarvan, rechtsvorming. Dat deed het hof voor het eerst in de, hier al vaker aangehaalde, uitspraak *Vriend v. Alberta*.[185] Zoals de lezer zich wellicht zal herinneren ging het in deze zaak om de vraag of seksuele geaardheid moest worden ingelezen als verboden discriminatiegrond in de *Human Rights Code* van Alberta. Twee precaire constitutionele kwesties deden zich in dat verband voor. Ten eerste had het hof te beslissen of seksuele geaardheid wèl werd beschermd door het Charter. Dat was geen uitgemaakte zaak want de grond was zeer uitdrukkelijk overwogen en niettemin weggelaten bij de totstandkoming van het Charter. Niettemin had de Charterwetgever destijds de deur wel op een kier gezet: het was mogelijk dat de rechtsontwikkeling een loop zou nemen die ertoe kon leiden dat wèl aangenomen moest worden dat seksuele geaardheid onder de bescherming van artikel 15 Charter viel. Dat deed de kwestie op het bord van de rechter belanden. Was de rechtsontwikkeling inderdaad in die specifieke richting voortgeschreden? Een tweede complicerende factor

184 Althans, zo identificeren Hogg en Bushell Thornton, samen met co-auteur Wright, het zelf. Zie Hogg, Thornton & Wright 2007, p. 7.

185 SCC 2 april 1998 [1998] 1 *SCR* 493 (*Vriend v. Alberta*), *per* Iacobucci J, §138-142.

was de te bieden remedie. Het hof koos ervoor om seksuele geaardheid niet alleen in te lezen in het eigen Charter, maar – bij wege van remedie – óók in de Alberta *Human Rights Code*. Dat lag gevoelig want anders dan de Charterwetgever had het parlement van Alberta geen enkele deur opengelaten en seksuele geaardheid zeer beslist afgewezen als verboden grond van onderscheid. Het hof stevende dan ook af op een controversiële beslissing. Namens de meerderheid betoogde Iacobucci J dat rechterlijke rechtsvorming[186] moest worden beschouwd als een onlosmakelijk onderdeel van het democratische proces. Dat omvatte meer dan slechts meerderheidsbesluitvorming. In de analoge woorden van Vranken: rechter en wetgever als *partners in the business of law*.[187] Hij wees er met name op dat rechtsvorming door het hof niet het eind van het verhaal behoefde te zijn: de wetgever kan op verschillende manieren op de arrangementen van het hof reageren. Zo kan hij voor een andere regeling kiezen mits die conform het Charter is of, in het uiterste geval, gebruik maken van de *notwithstanding clause* van artikel 33 Charter. Zoals wij in §10.4.3 hierna nog zullen zien heeft de wetgever in Alberta overwogen om deze bepaling in te roepen maar daarvan uiteindelijk afgezien. Of hij dat deed omdat hij toch nog wat warme gevoelens wist te ontwaren voor de uitspraak van het hof in *Vriend*, dan wel dat hij het niet aandurfde kan hier buiten beschouwing blijven. Wij komen daarop nog terug in de volgende paragraaf.

In *Vriend* ging het om de legitimatie van conforme interpretatie als remedie. In die andere homorechtenzaak, *M. v. H.* werd door rechters Bastarache en Iacobucci JJ eveneens de dialoogmetafoor ingeroepen. Deze keer niet om de remedie te rechtvaardigen, maar om de ingrijpende conclusie van het hof te rechtvaardigen dat de bijzondere behandeling van getrouwde heteroseksuele stellen onder artikel 1 van het Charter niet proportioneel was.[188] De conclusie kan derhalve zijn dat de constitutionele dialoog door het hof aangehaald wordt, zowel om zijn rol bij de interpretatie van het Charter en de beoordeling van de, door de wetgever gemaakte, belangenafweging te beoordelen (*M. v. H.*)

186 De term die Iacobucci letterlijk gebruikte was '*judicial review*'. De letterlijke vertaling daarvan is niet rechtsvorming maar toetsing. Niettemin heb ik er hier voor gekozen de term als rechtsvorming te vertalen omdat *review* in dit geval meer in de context van rechtsvorming wordt gebruikt dan in de procedurele context van toetsing. Iacobucci gebruikte de term niet in het kader van de vraag of de rechter de wetgeving aan het Charter mocht toetsen, die vraag was niet in het geding. Hij gebruikte de term evenmin in de context van de vraag hoe ver de rechter bij die toetsing mocht gaan. Die toets was reeds afgerond en het hof was reeds tot het oordeel gekomen dat de wet met het Charter in strijd was. Hij gebruikte de term enkel in het kader van de remedie, dus bij beantwoording van de vraag of de rechter de wet zodanig mocht vervormen dat sprake was van een verenigbare wet. In de Nederlandse rechtscultuur wordt dan n.m.m. niet van toetsing maar van rechtsvorming gesproken.

187 Vgl. Vranken 2005, p. 10.

188 SCC 20 mei 1999 [1999] 2 *SCR* 3 (*M. v. H.*), *per* Bastarache J, §286, 328. Tevens *per* Iacobucci J, §78.

als om een relatief vergaande constitutionele remedie te rechtvaardigen (*Vriend*).[189]

10.5.2.5 Constitutionele dialoog als ideaal

Aan de dialoogmetafoor wordt ook gerefereerd in de context van *reading down*, die andere vorm van conforme interpretatie. De lezer zal van de vorige paragraaf herinneren dat de Canadese doctrine een verschil maakt tussen *reading down* en *reading in*. Dat verschil gaat er niet alleen om dat in het geval van *reading in* woorden aan de bepaling worden toegevoegd en dat in het geval van *reading down* aan de bepaling een zodanig restrictieve uitleg wordt gegeven dat toepassing in het concrete geval geen schending van het Charter meer oplevert.[190] Het karakter van de beide instrumenten is wezenlijk anders. Sommige Canadese auteurs menen dan ook dat *reading down* een interpretatiemethode is terwijl *reading in* dat niet is en slechts gelegitimeerd kan worden met een beroep op de voorrangbepaling van artikel 52 lid 1 CA 1982.[191] In die optiek is *reading down* een relatief 'rustige' en veilige remedie. Zij wordt vaak in verband gebracht met een terughoudende opstelling van de rechter, met *judicial restraint*.[192]

Niettemin is *reading down* niet altijd de voor de hand liggende oplossing. In *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada* nam Iacobucci J. stelling tegen *reading down* als oplossing omdat hij meende dat nietigverklaring, uiteraard uitgesteld, de dialoog tussen de rechter en de wetgever beter zou faciliteren.[193] Het ging in deze zaak om douanewetgeving die discrimineerde tussen pornografisch materiaal van homoseksuele en heteroseksuele aard. De bron van de discriminatie was gelegen in de toepassing van de term '*obscenity*'. Het bestuur paste die term vrijwel uitsluitend toe op homoseksueel materiaal. De meerderheid besloot uiteindelijk dat de term neutraal diende te worden uitgelegd. Iacobucci meende dat die oplossing onvoldoende duidelijkheid schiep voor het bestuur en meende dat het hof er beter aan deed de wetgeving nietig te verklaren. Daarmee zou de wetgever in de gelegenheid worden gesteld – of worden gedwongen zo men wil – om een nieuwe regeling te ontwerpen. De dialoogmetafoor werd hier niet aangehaald als rechtvaardiging, maar als te bereiken ideaal: het hof moest zijn remedie zodanig vormgeven dat de wetgever ook daadwerkelijk zou 'terugspreken'.

---

189 Zie voorts SCC 10 oktober 2002 [2002] 3 *SCR* 309 (*R. v. Hall*), *per* McLachlin CJ, §68, *per* Iacobucci (dissenting), §126-127.

190 *Reading down* kan daarom situaties opleveren die vergelijkbaar zijn met de Nederlandse praktijk van buiten toepassing laten.

191 Zie bijv. Hogg 2007-II, p. 193.

192 *Ibid*.

193 SCC 15 december 2000 [2000] 2 *SCR* 1120 (*Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada*), *per* Iacobucci (*dissenting*), §268.

Deze gedachte werkte Iacobucci uit tot een algemene regel. Volgens Iacobucci diende de rechter slechts aan *reading down* te doen wanneer de wettelijke bepaling werkelijk ambigu was. Een '*remedial use*' van de interpretatiemethode zou de dialogische balans (*dialogic balance*) verstoren. Wanneer een wet in zijn toepassing in strijd kwam met het Charter lag nietigverklaring eerder voor de hand.[194] Deze lijn doet wel wat denken aan discussies in het Verenigd Koninkrijk voor invoering van de HRA 1998. Ook daar was de gedachte dat conforme interpretatie enkel mogelijk was wanneer de wettekst ambigu was. Deze lijn is met de HRA verlaten, maar een belangrijk verschil tussen de Britse rechter en Iacobucci J is dat de laatste beschikte over een belangrijk wapen in de vorm van de (opgeschorte) nietigverklaring teneinde de appellant te beschermen. Die mogelijkheid heeft zijn Britse evenknie vooralsnog niet. Alvorens verder te gaan is het nog wel van belang te benadrukken dat de argumentatie van Iacobucci uitsluitend betrekking heeft op *reading down* en niet op *reading in*. Zoals gezegd wordt de laatste variant niet beschouwd als interpretatie, maar als – aan de partiële nietigheid complementaire – remedie op basis van artikel 52 lid 1 CA 1982. Hoe begrijpelijk ook, merkwaardig is dit verschil intussen wel. Iacobucci presteert het namelijk om de constitutionele dialoog enerzijds in te roepen om te betogen dat *reading in* – het inlezen in de wettekst van woorden die er niet in staan- niet problematisch behoeft te zijn (in *Vriend*), terwijl hij anderzijds met diezelfde dialoog in de hand betoogt dat het inlezen van een bepaalde betekenis van de wettekst bepaald onverstandig is (*Little Sisters* en *Bell ExpressVu*). De verklaring dient wellicht te worden gezocht in het feit dat voor Iacobucci het inlezen van nieuwe woorden een andere exercitie is dan het wijzigen van de betekenis van bestaande woorden. Het is echter de vraag of dat onderscheid houdbaar is.

10.5.2.6 Constitutionele dialoog als ideaal II: als ratio voor opschorting van de nietigverklaring

Een variant van het hiervoor besproken fenomeen dat de rechter de dialoogmetafoor inroept om te motiveren waarom hij niet voor *reading down* kiest maar voor nietigheid, betreft de praktijk van het hof om onverbindendverklaringen op te schorten onder verwijzing naar de constitutionele dialoog. Wij zagen reeds dat het hof het opschorten van nietigheid aanvankelijk slechts wilde overwegen wanneer sprake was van gevaar voor het voortbestaan van de *rule of law*, een gevaar zou opleveren voor de veiligheid van het publiek of de openbare orde, of de rechten van derden ingrijpend zou aantasten.[195] Wij zagen ook dat het hof die praktijk langzamerhand heeft ontwikkeld tot een methode om gevoelige constitutionele kwesties inzake het rechtsherstel 'over te doen' aan de wetgever. Deze praktijk is zeer bewust gemotiveerd met een

194 Zie SCC 26 april 2002 [2002] 2 *SCR* 559 (*Bell ExpressVu Ltd v. Rex*).
195 Zie SCC 9 juli 1992 [1992] 2 *SCR* 679 (*Schachter v. Canada*).

beroep op de dialoog tussen rechter en wetgever. Dit dialoogdenken lijkt de originele *Schachter*-criteria te hebben vervangen als ratio voor de uitgestelde onverbindendverklaring.[196] Niettemin wordt de dialoog zelden als ratio genoemd. Een uitzondering betrof de zaak *Corbiere v. Canada*.[197] In deze zaak ging het om de verenigbaarheid van artikel 77 van de *Indian Act*, dat toegang tot verkiezingen in het kader van indianenstammen slechts openstelde voor *ordinarily residents* die woonachtig waren in het reservaat. Het argument was dat daardoor een ongelijke behandeling optrad, nu minder dan een derde van de stamleden nog in het reservaat woonde. Het hof ging daarmee akkoord, maar stelde niet zelf een nieuwe regeling voor. Evenmin wilde het de kiesregeling nietig verklaren. Namens het hof verklaarde rechter L'Heureux-Dubé J dat de beste oplossing zou zijn dat regering en parlement met de betrokken indianenstammen rond de tafel zouden gaan voor een consultatieronde. Dat zou de meest democratische oplossing zijn om tot een nieuwe regeling te komen. Letterlijk werd overwogen:

> 'The principle of democracy underlies the Constitution and the Charter, and is one of the important factors guiding the exercise of a court's remedial discretion. It encourages remedies that allow the democratic process of consultation and dialogue to occur'.[198]

10.5.2.7 Constitutionele dialoog als reden voor judicial restraint in 'second-look' zaken

Een laatste manier waarop de constitutionele dialoog in de rechtspraak van het hof figureert als redengeving voor een bepaalde koers van het hof, treft men aan in *R. v. Mills*.[199] Deze zaak betreft de reactie van het SCC op een zogenaamde *in your face reply*, hetgeen – zoals wij hiervoor reeds zagen – betekent dat de wetgever op een, hem onwelgevallige, uitspraak van de rechter reageert door precies dezelfde of soortgelijke wetgeving opnieuw vast te stellen. *In casu* had het hof in een eerdere zaak besloten dat verdachten van misdrijven in hun strafzaak toegang dienden te krijgen tot vertrouwelijke stukken die het slachtoffer aangingen (zoals rapporten van psychologen aanwezig bij het verhoor).[200] Gebruik van dergelijk materiaal kon daarentegen pijnlijk zijn voor het slachtoffer. De wetgever reageerde daarom op deze zaak met wetgeving die rechtstreeks in ging tegen hetgeen de meerderheid van het hof had vastgesteld. Daarbij maakte de wetgever dankbaar gebruik van de voorzet die de minderheid van het hof in de eerdere uitspraak had gegeven.[201] Het SCC had deze wet dan ook onverbindend kunnen verklaren onder

196 Vgl. Choudhry & Roach 2003, p. 232-233; Hogg, Bushell Thornton & Wright 2007, p. 15.
197 SCC 20 mei 1999 [1999] 2 *SCR* 203 (*Corbiere v. Canada*), *per* L'Heureux-Dubé, §116.
198 *Ibid.*
199 SCC 25 november 1999 [1999] 3 *SCR* 668 (*R. v. Mills*).
200 SCC 14 december 1995 [1995] 4 *SCR* 411 (*R. v. O'Connor*).
201 Zie daarover Roach 2001, p. 278-279.

verwijzing naar de eerdere uitspraak, maar deed dat niet. In *Mills* overwoog het hof dat het met de eerdere uitspraak, *O'Connor*, niet noodzakelijkerwijs het laatste woord had gehad en dat het recht zich nu eenmaal ontwikkelde in een dialoog tussen rechter en wetgever. Het wees daarbij, wat timide wellicht, op de uitvoerige consultatieronde die het parlement had gehouden en het tijdsverloop dat het parlement de ruimte had gegeven in alle rust over de kwestie na te denken. Bovendien:

> 'While the rule from that case was of course informed by the Charter, it should not be read as a rigid constitutional template. As discussed above, the relationship between the courts and legislatures allows a range of constitutional options. While this Court may have considered it preferable not to consider privacy rights at the production stage, that does not preclude Parliament from coming to a different conclusion, so long as its conclusion is consistent with the Charter in its own right'.

Het hof haalde hier derhalve de dialoog aan ter rechtvaardiging van de keuze om de wetgever voor te laten gaan. *Mills* zette daarmee een nieuwe trend, die inhield dat het hof in zogenaamde *second look cases* slechts een zeer marginale toets zou aanhouden.[202] Niettemin was de mate van terughoudendheid in de zaken die volgden steeds een heet hangijzer. Ook in deze discussie speelde de constitutionele dialoog een rol versus, in dit geval, het verlangen effectieve rechtsbescherming te kunnen bieden. Wij komen daarop hierna nog terug.

Alvorens dat te doen, dient er nog op gewezen te worden dat de terughoudende opstelling van het hof in *second look cases* zich niet beperkt tot gevallen van *in your face replies*. Ook wanneer de wetgever zoekt naar de mogelijkheden om de eigen beleidsdoelen te bereiken binnen de kaders die het SCC in de eerste uitspraak heeft gesteld, kan het hof terughoudendheid betrachten. Dat deed het bijvoorbeeld in *R. v. Darrach*, waarin het onderwerp *sexual history* centraal stond. Een onderwerp dat wij niet alleen nog kennen van de uitspraak van de Britse Law Lords in de zaak *R. v. A.*, maar ook van haar Canadese tegenhanger *R. v. Seaboyer & Gayme*.[203] In *Darrach* overwoog het hof dat de wetgever de regeling die het hof had ontworpen feitelijk gecodificeerd had op enkele verschillen na. Die verschillen kon het echter billijken omdat het uitging van een relatie tussen rechtspraak en wetgever die was gebaseerd op wederzijds respect in plaats van slaafse gehoorzaamheid.[204]

---

202 Vgl. Hogg, Bushell Thornton & Wright 2007, p. 21-22. Zie tevens: SCC 18 mei 2004 [2004] 1 *SCR* 827 (*Harper v. Canada II*), en SCC 30 september 1994 [1994] 3 *SCR* 63 (*R. v. Daviault*).

203 SCC 12 oktober 2000 [2000] 2 *SCR* 443 (*R. v. Darrach*), resp. SCC 22 augustus 1991 [1991] 2 *SCR* 577 (*R. v. Seaboyer & Gayme*).

204 *Darrach v. Canada, per* Gonthier J, §34.

10.5.2.8 De 'limits of dialogue': effectieve rechtsbescherming

De loyaliteit van het hof jegens de dialoogmetafoor is niet onbeperkt. Er is een dunne grens tussen een dialoog tussen gelijke *'partners in the business of the law'* – als die beeldspraak overigens ooit opgaat – en een overtrokken vertrouwen in regering en parlement. Het hof trekt de grens waar het nastreven van een zinvolle dialoog een te grote inbreuk maakt op de eigen mogelijkheden om effectieve rechtsbescherming aan succesvolle klagers te verlenen. In dat kader zij allereerst gewezen op de marginale toets die het hof aan de dag legt in de zogenaamde *second look* zaken. Zoals gezegd heeft zich binnen het hof strijd voorgedaan omtrent de vraag hoe marginaal die toets precies dient te zijn. In *R. v. Hall*, een vervolgzaak op *R. v. Morales* –waarin het ging om het beperken van de mogelijkheden om op borgtocht vrij te komen – stond een regeling centraal die het hof eerder wegens vaagheid had nietig verklaard. De wet werd wel aangepast, maar was nog steeds rijkelijk vaag.[205] In de eerste regeling was de weigering van vrijlating op borgtocht toelaatbaar geacht wanneer dat in het 'algemeen belang' was. In de latere regeling werd in plaats daarvan gesproken van 'noodzakelijk teneinde het vertrouwen in de rechtshandhaving te bewaken'. Het hof was verdeeld over de vraag of de wetgever hiermee ver genoeg was gegaan. De meerderheid meende dat de wetgever een prachtige volgende stap in de dialoog tussen rechter en wetgever had gezet. De minderheid, met Iacobucci J aan het hoofd, meende dat hier de dialoog verworden was tot abdicatie.[206] Een soortgelijke discussie deed zich voor in *Sauvé v. Canada*, een zaak die op het Europese continent met interesse zal zijn gevolgd omdat een soortgelijke kwestie, namelijk het kiesrecht voor gedetineerden, daar in hetzelfde tijdvak onderwerp van een klacht bij het EHRM vormde.[207] In 1993 verklaarde het hof een regeling onverbindend die alle gedetineerden het kiesrecht weigerde.[208] De regeling werd daarop door de wetgever aangepast in de zin dat voortaan alleen gedetineerden die veroordeeld waren tot een gevangenisstraf van meer dan twee jaar het kiesrecht werd ontzegd. De vraag was of deze bepaling nu wel de proportionaliteitstoets kon doorstaan. Het hof was daarover zeer verdeeld. De minderheid baseerde zich op de constitutionele dialoog tussen rechter en wetgever en betoogde dat het hof zijn mening niet moest opleggen aan regering en parlement, die immers tot een afgewogen oordeel waren gekomen in een speelveld van verschillende opvattingen over detentie en kiesrecht. De wetgever had in een democratie het laatste woord.[209] De meerderheid, met McLachlin CJ en Iacobucci J in

205 SCC 19 november 1992 [1992] 3 *SCR* 711 (*R. v. Morales*), resp. SCC 10 oktober 2002 [2002] 3 *SCR* 309 (*R. v. Hall*).

206 *R. v. Hall, per* McLachlin CJ, §43, resp, *per* Iacobucci J, §127.

207 Vgl. EHRM (*Grand Chamber*) 6 oktober 2005, *no.* 74025/01 (*Hirst v. Verenigd Koninkrijk*). De Canadese zaak betreft SCC 31 oktober 2002 [2002] 3 *SCR* 519 (*Sauvé v. Canada II*).

208 SCC 27 mei 1993 [1993] 2 *SCR* 438 (*Sauvé v. Canada I*).

209 *Sauvé v. Canada II, per* Gonthier, §104.

haar midden, nam daarvan fel afstand. In een bekend geworden overweging stelt de eerste:

> 'Finally, the fact that the challenged denial of the right to vote followed judicial rejection of an even more comprehensive denial, does not mean that the Court should defer to Parliament as part of a "dialogue". Parliament must ensure that whatever law it passes, at whatever stage of the process, conforms to the Constitution. The healthy and important promotion of a dialogue between the legislature and the courts should not be debased to a rule of "if at first you don't succeed, try, try again"'.[210]

Tot slot dient nog gewezen te worden op een, geheel anderssoortige, bijzondere zaak waarin de dialoogmetafoor werd aangehaald in het kader van de zoektocht naar een geschikte remedie. In *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia* werd het SCC geconfronteerd met een klacht van de overheid omtrent de, door een lagere rechter gekozen remedie.[211] De zaak ging inhoudelijk over de bouw en de ontwikkeling van vijf scholen waarin Frans talenonderwijs kon worden gegeven. De klacht was dat de overheid van de provincie Nova Scotia hiertoe verplicht was, maar zich er sinds jaren gemakkelijk vanaf had gemaakt. De rechter in eerste aanleg was het kennelijk zat en veroordeelde de provincie bij tussenuitspraak reeds tot de bouw van de scholen en de ontwikkeling van de curriculi. Waarom bij tussenuitspraak? De rechter hield zo de jurisdictie om te beoordelen of de provincie wel voldoende progressie boekte. Regelmatig nodigde de rechter de partijen ter zitting uit om de voortgang van de projecten te bespreken. Ter voorbereiding van die zittingen verplichtte hij de provincie tevens hem periodiek een rapportage toe te sturen. De provincie bouwde de scholen, maar appelleerde bij het Supreme Court met de klacht dat de rechter in eerste aanleg zijn constitutionele taak ver te buiten was gegaan. De meerderheid van het hof wees deze klacht echter van de hand. Hoewel het – kennelijk – nog nooit was voorgekomen in Canada dat de staat of de provincies een rechterlijke uitspraak niet waren nagekomen, meende het hof dat vrees voor het achterwege blijven daarvan de – wellicht wat merkwaardige – rechterlijke koers wel kon rechtvaardigen.[212] De meerderheid onderstreepte dat respect voor de wetgever, *judicial restraint* en metaforen zoals 'constitutionele dialoog' niet op het voetstuk van strikte constitutionele regels moesten worden geplaatst.[213] Kennelijk is er een grens aan de dialoog en die is bereikt wanneer de rechter niet meer in staat is op effectieve wijze rechtsbescherming te verlenen aan de individuele klager. Niettemin is de dialoogmetafoor fluïde: volgens Roach, een warm pleitbezorger van het dialoogmodel, kan juist deze

210 *Sauvé v. Canada II, per* McLachlin CJ, §17.
211 SCC 6 november 2003 [2003] 3 *SCR* 3 (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia*).
212 Vgl. Hogg, Bushell Thornton & Wright 2007, p. 19, die er op wijzen dat rechterlijke uitspraken door de Canadese overheid plegen te worden nagekomen.
213 *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia*, *per* Iacobucci en Arbour JJ, §53.

opstelling van de meerderheid beschouwd worden als dialoog in optima forma.[214] Waar de meerderheid enkel kon denken in dichotome termen (was de rechter wel of niet bevoegd tot de maatregel?), koos de meerderheid in de ogen van Roach juist voor het faciliteren van een doorgaande dialoog met het bestuur over de implementatie van een complex grondrecht. Die kwalificatie doet wellicht vreemd aan wanneer men de dialoogmetafoor letterlijk neemt en vereist dat sprake is van een conversatie tussen gelijken. Een visie die dan weer niet gedeeld wordt door Hogg, Bushell Thornton en Wright die menen dat het dialoogmodel hier onnodig geweld is aangedaan.[215] Maar vanuit het perspectief van effectieve geschillenbeslechting en de achterliggende waarden van het grondrecht in kwestie, is het wellicht toch niet zo'n merkwaardige gedachte.

10.5.2.9 Resumerend

De constitutionele dialoogtheorie is in 1997 in Canada geïntroduceerd door Peter Hogg en Allison Bushell Thornton. Hun oogmerk was niet om tot een alomvattende theorie van constitutionele toetsing op grondslag van de dialoogmetafoor te komen, maar om een antwoord te formuleren op een aantal bezwaren tegen rechterlijke toetsing van wetgeving aan het Charter. Dat antwoord was er in gelegen dat de rechter volgens beide auteurs in de meeste zaken niet het laatste woord had. Daaraan werd, vrij nonchalant, de metafoor dialoog gekoppeld. Deze metafoor is in de literatuur ontwikkeld langs verschillende lijnen, die evenwel gemeen hebben dat zij in de theorie van *structural dialogue* passen. Ook in de rechtspraak van het Supreme Court duikt de metafoor veelvuldig op. Het hof beroept zich in drieërlei context op de dialoog tussen rechter en wetgever. Ten eerste om de legitimatie van rechterlijke rechtsvorming te identificeren. Ten tweede om een keuze vóór een onverbindendverklaring en tegen *reading down* te motiveren. Ten derde als reden voor een zeer terughoudende opstelling in *second look* zaken. Het hof heeft aldus een beeld voor ogen van de dialoog waarin het zelf gerechtigd is om de aftrap te verzorgen middels het interpreteren of nietigverklaren van de wet. Daarbij behoeft hij zich niet zozeer zorgen te maken over het feit dat hij minder democratisch gelegitimeerd is dan de wetgever. Van groter belang is dat hij zich er bij de keuze voor de remedie rekenschap van geeft dat de wetgever zoveel mogelijk in de gelegenheid is om een antwoord te formuleren op het rechtersrecht in kwestie. Reageert de wetgever, dan vereist de dialoog dat de rechter die reactie met de vereiste eerbied behandelt. Het primaat van de politiek brengt met zich dat, meer dan in eerste instantie, afwegingen en overwegingen van de wetgever voorrang krijgen boven de eigen opvattingen van het hof. Niettemin kent deze terughoudendheid grenzen. Wanneer de

214 Vgl. Roach 2005, p. 551.
215 Hogg, Bushell Thornton & Wright 2007, p. 19.

effectieve rechtsbescherming in het geding dreigt te komen, dan verlaat de rechter het dialoogdenken en valt hij terug op de, meer klassieke, perceptie van de rechter als hoeder van de rechten van het individu en de handhaver van hoger recht. Anders dan bij de diverse dialoogmodellen in de literatuur is er niet een specifieke dialoogtheorie aan te wijzen waaraan het hof zich conformeert. Het hof lijkt soms aan te sturen op de theorie van *coordinate construction,* bijvoorbeeld wanneer het, zoals in *R. v. Mills,* overweegt dat de wetgever een eigen rol toekomt bij de uitleg van het Charter. Soms lijkt het ook te refereren aan theorieën omtrent *judicial accountability,* namelijk wanneer het – zoals in *Vriend* – spreekt van de mogelijkheid van het parlement om controle op de rechtspraak uit te oefenen. Dan weer lijkt het uit te gaan van *judicial minimalism* of van *structural theories,* bijvoorbeeld wanneer het – zoals in *M. v. H.* wijst op de verschillende, elkaar aanvullende rollen van parlement en rechter. Wel is duidelijk dat het dialoogdenken bepalend – of in elk geval de bepalende taal – is geworden voor de manier waarop het hof zijn positie tegenover de andere staatsmachten bepaalt. Het dialoogdenken heeft die positie veranderd: het SCC voelt enerzijds meer ruimte tot het nemen van initiatief, maar is tegelijk ook zeer bereid de kwestie (tijdelijk) aan de wetgever over te laten, mits de positie van de klager dan maar enigszins is gewaarborgd. Anderzijds is duidelijker geworden dat de wetgever het laatste woord heeft. Deze kan dat laatste woord op verschillende manieren effectueren: onder meer door het uitvaardigen van *in your face replies* of door gebruik te maken van artikel 33 Charter. Het is tot die bepaling dat wij ons nu wenden.

10.5.3 De 'Notwithstanding Clause' van artikel 33 Charter

In het debat omtrent de legitimatie van rechterlijke rechtsvorming en de daarbij ingeroepen constitutionele dialoog, speelt artikel 33 Charter een belangrijke rol. Hoewel de bepaling in sommige dialoogmodellen niet van doorslaggevende betekenis is, en daarin artikel 1 een minstens zo belangrijke rol vervult, vormt zij in ieder geval het sluitstuk van de dialoog tussen rechter en wetgever. In het uiterste geval van onenigheid kan de wetgever het machtswoord spreken en de kwestie in elk geval tijdelijk afsluiten en overlaten aan het publieke debat.[216] Zelfs in theorieën die de nadruk op artikel 1 en *remedial discretion* van de rechter leggen, speelt artikel 33 als *ultimum remedium* een legitimerende rol.[217] Zoals wij zagen lijkt het artikel ook in de rechtspraak

216 Hoewel overigens zelfs in dat geval de rechter het laatste woord heeft bij de interpretatie van artikel 33 Charter en de toepassing ervan in het individuele geval. Zoals wij zagen bij de bespreking van het Britse recht, kan de rechter zijn rechtsstatelijke plicht om vrijheden te beschermen zodanig middels presumpties invullen dat zelfs een beroep op artikel 33 ineffectief wordt. Vgl. daaromtrent in de Britse context het werk van de Britse theoreticus T.R.S. Allan (Allan 2002; Allan 2003).

217 Vgl. Roach 2001, p. 53-68; Roach 2005; Hogg 2007-II.

te spelen.[218] Hoog tijd derhalve om het artikel aan een nadere beschouwing te onderwerpen.

Artikel 33 luidt als volgt:

> '1. Parliament or the legislature of a province may expressly declare in an Act of Parliament or of the legislature, as the case may be, that the Act or a provision thereof shall operate notwithstanding a provision included in section 2 or sections 7 to 15 of this Charter.
> 2. An Act or a provision of an Act in respect of which a declaration made under this section is in effect shall have such operation as it would have but for the provision of this Charter referred to in the declaration.
> 3. A declaration made under subsection (1) shall cease to have effect five years after it comes into force or on such earlier date as may be specified in the declaration.
> 4. Parliament or the legislature of a province may re-enact a declaration made under subsection (1).
> 5. Subsection (3) applies in respect of a re-enactment made under subsection (4).'

De bepaling geeft zowel de federale wetgever, als de wetgevers van de verschillende provincies de bevoegdheid om bij gewone meerderheid te bepalen dat wetgeving tijdelijk geldig is, ook wanneer deze in strijd komt met één of meer van de bepalingen in het Charter. Een dergelijke verklaring geldt voor maximaal vijf jaar en kan tussentijds worden ingetrokken. De vijfjaarstermijn is bedoeld als een afkoelingsperiode.[219] De termijn kan weliswaar met wederom maximaal vijf jaar worden verlengd, maar daarvoor is een expliciet besluit nodig. Reageert de wetgever na vijf jaar niet, dan verloopt de termijn van rechtswege en herleven eventuele rechterlijke nietigverklaringen. Onduidelijk is of verlenging slechts één keer mogelijk is, dan wel dat lid 4 steeds opnieuw te gebruiken is.[220] Of hernieuwde verlenging volgens de doctrine mogelijk is of niet, feit is dat er in de praktijk al meerdere malen sprake is geweest van hernieuwde verlenging.[221] Rechtspraak over deze praktijk is niet voorhanden.

10.5.3.1 Specifiek gebruik van s. 33

Uit de bepaling vloeit logischerwijs voort dat een dergelijke verklaring expliciet moet zijn.[222] Zij dient bij wet te worden uitgevaardigd en moet deel uitmaken van de wettelijke regeling die zij immuun verklaart.[223] Dit vereiste stond

218 Vgl. Iacobucci J in SCC 2 april 1998 [1998] 1 *SCR* 493 (*Vriend v. Alberta*), §139.
219 Roach 2001.
220 Hogg 2007-II, p. 167 gaat van dat laatste uit, hoewel hij er op wijst dat de tekst van artikel 33 dubbelzinnig is.
221 Zie daarvoor het wetgevingsoverzicht van Kahana 2001.
222 Vgl. Hogg 2007-II, p. 168.
223 *Ibid.*

er overigens niet aan in de weg dat de provincie Quebec haar reeds bestaande wetten met één pennenstreek kon amenderen door het toevoegen van een verklaring ex artikel 33.[224] Aangenomen wordt voorts dat de verklaring moet specificeren niettegenstaande welke bepalingen van het Charter de wetgeving in kwestie te gelden heeft.[225] In de enige zaak waarin de geldigheid van een s. 33-verklaring tot dusver ter discussie werd gesteld, *Ford v. Quebec* – een zaak uit 1988, toonde het hof echter begrip voor het feit dat de wetgever niet goed kon voorspellen welke grondrechten in de toekomst precies in het geding zouden kunnen zijn.[226] Het hof wilde kennelijk de situatie vermijden dat het zelf een bepaling onverbindend zou verklaren wegens strijd met, bijvoorbeeld, de vrijheid van meningsuiting terwijl de wetgever een soortgelijk probleem voor ogen had gehad bij het immuniseren van de wettelijke regeling tegen inbreuken op de geloofsvrijheid. Het accepteerde daarom dat de wetgever zijn wetgeving van verschillende, of zelfs alle Charterbepalingen zou immuniseren.

10.5.3.2 Preventief gebruik en retrospectieve werking

Deze stellingname van het hof is bekritiseerd.[227] Artikel 33 dwingt het parlement niet meer tot een zinvolle discussie over de vraag òf en in hoeverre grondrechten in het geding zijn wanneer het bij de vaststelling van wetgeving eenvoudig preventief de gehele wet immuun voor alle Charterbepalingen kan verklaren. Deze kritiek is verbonden met een andere discussie in de literatuur, namelijk over de vraag of het preventieve gebruik van artikel 33 is toegestaan.[228] Hoewel de tekst van artikel 33 dergelijk gebruik niet lijkt te verbieden, past een preventief gebruik ervan niet goed bij een perceptie van artikel 33 als weerwoord tegen onwelgevallige uitspraken. Vanuit het perspectief van de dialoog tussen wetgever en rechter is een preventief *quid non* van het parlement uiteraard niet bevorderlijk voor de discussie. Maar daarmee behoeft uiteraard dit preventieve gebruik vanuit positiefrechtelijk oogpunt niet als onrechtmatig te worden gekwalificeerd. Hoewel ook recent nog wel is betoogd dat preventief gebruik van artikel 33 oneigenlijk is, ziet de praktijk er op dit moment wel zo uit. Op één na zijn alle verklaringen waarin artikel 33 is ingeroepen preventief van aard.[229] Bovendien moet er sinds *Ford v. Quebec* vanuit worden gegaan dat preventief gebruik althans door de rechter niet onverbindend zal worden verklaard. Hoe onwenselijk de zeer globale en preventieve gebruikmaking van artikel 33 ook is, aangenomen moet worden

224 Vgl. SCC 15 december 1988 [1988] 2 *SCR* 712 (*Ford v. Quebec*).
225 Hogg 2007-II, p. 168-169.
226 *Ford v. Quebec*, §33.
227 Vgl. o.m. Weinrib 1990.
228 Vgl. Greschner & Norman 1987; Manfredi 2001, p. 192-193; Kahana 2001, p. 276-277. Zie voorts impliciet: Weiler 1984, p. 64-65, en Russell 1991, p. 295-299.
229 Zie voor een bespreking van de verschillende verklaringen hierna.

dat enkel het politieke proces daarop een reactie kan bieden, tenzij het SCC zich de kritiek vanuit de literatuur in de toekomst gaat aantrekken. Gelet op het kleine aantal verklaringen dat onder artikel 33 is afgegeven, lijkt het hof die kans in de nabije toekomst in elk geval niet te krijgen.

De neiging van wetgevers om vooral te kiezen voor een preventief gebruik van de *notwithstanding clause* is wellicht de onwil van het SCC om de terugwerkende kracht van een verklaring ex artikel 33 toe te staan. Eveneens in *Ford v. Quebec* overwoog het hof dat wetgeving waarin artikel 33 in stelling werd gebracht niet anders behandeld dient te worden dan gebruikelijk, hetgeen met zich brengt dat doorgaans een presumptie van zuiver prospectieve werking wordt aangenomen.[230] Dergelijke presumpties kunnen uiteraard worden doorbroken, maar dat het hof in het geval van artikel 33 niet snel bereid zal zijn die te aanvaarden, blijkt wel uit het feit dat Quebec de *notwithstanding clause* expliciet met terugwerkende kracht had doen ingaan. De conclusie dient derhalve te zijn dat het SCC een dergelijke werking niet accepteert. Die vaststelling is van belang voor klagers die door het hof in het gelijk zijn gesteld en die een remedie hebben verkregen, bijvoorbeeld een algehele nietigverklaring, een nietigverklaring op termijn of een verklaring dat de aangevochten bepaling op een bepaalde manier dient te worden uitgelegd. Maakt de wetgever in een dergelijk geval gebruik van zijn bevoegdheid ex artikel 33, dan kan hij de rechtstoestand uitsluitend voor de toekomst herstellen. Hij dient dan de wet opnieuw en ongewijzigd vast te stellen (zij werd immers nietig verklaard en heeft derhalve geen gelding meer) en daaraan een *notwithstanding clause* toe te voegen. Maar dergelijke wetgeving heeft dan geen terugwerkende kracht. Door aldus deze terugwerkende kracht uit te sluiten beschermt het hof in essentie de remedie die het de eiser heeft geboden. Vanuit het perspectief van het politieke primaat is een dergelijke conclusie wellicht te betreuren en vanuit het perspectief van het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel wellicht ook – andere gedupeerden worden immers niet door de uitspraak beschermd – maar vanuit het perspectief van de effectieve rechtsbescherming van de individuele klager kan een dergelijke houding alleen maar toe te juichen zijn. De dialoog tussen wetgever en rechter, die voor hem een abstractie zal betekenen, komt dan niet voor zíjn rekening.

10.5.3.3 Het gebruik van s. 33 in de praktijk

Het geringe aantal verklaringen werd reeds aangestipt. De *notwithstanding clause* is tot dusver zeventien keer gebruikt. Veertien keer daarvan door de provincie Quebec en ieder een keer door, respectievelijk de provincies Alberta en Saskatchewan, en het territorium Yukon. De eerste verklaring was afkomstig van Quebec en werd reeds twee maanden na de inwerkingtreding van het

230 SCC 15 december 1988 [1988] 2 *SCR* 712 (*Ford v. Quebec*), §36.

Charter uitgevaardigd. Dit betrof *Bill 62: An Act respecting the Constitution Act 1982*.[231] In tegenstelling tot wat de titel van de wet suggereert, was er in deze wet weinig te bespeuren dat respect voor het Charter ademde. Quebec introduceerde de wet als reactie op de totstandkoming van het Charter waarmee het, als enige provincie, niet had ingestemd. Als – symbolische[232] – daad van protest amendeerde de provincie bij één enkele wet alle wetgeving die in Quebec ten tijde van de invoering van het Charter gold en voegde de verklaring dat de wetgeving in kwestie was beschermd op basis van artikel 33 Charter. Deze wet wordt ook wel de *omnibus override* genoemd. Dit gebruik werd aangevuld met de gewoonte om elke nieuwe wet standaard van een *notwithstanding clause* te voorzien.

Na een regeringswissel, waarbij de populistisch-nationalistische *Parti Quebécois* werd afgelost door een liberale regering, liet men deze gewoonte varen. Na afloop van de vijfjaarstermijn met betrekking tot de *omnibus override* verlengde de nieuwe liberale regering de termijn niet waardoor zij kwam te vervallen en de wetgeving in Quebec binnen het toetsingsbereik van het SCC kwam. Wel vaardigde de liberale regering een twaalftal specifieke *notwithstanding clauses* uit, voornamelijk om te voorkomen dat de pensioenwetgeving door het hof in strijd met het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen zou worden geoordeeld, en om te voorkomen dat het SCC zich zou gaan bemoeien met het religieuze onderwijs in de provincie.[233] Deze verklaringen waren allemaal preventief en zij werden verschillende keren hernieuwd. Daarnaast reageerde de liberale regering van Quebec éénmaal op de uitspraak van het SCC in *Ford v. Quebec* waarin het ging om een wet die het gebruik van de Engelse taal op commerciële borden verbood.[234] Zoals wij zagen ging het in deze uitspraak óók over de geldigheid van de *omnibus override* die Quebec in 1982 had ingevoerd. De werking van die wet was daarom tot 1987 gegarandeerd, zo oordeelde het hof. Maar in 1987 was de *omnibus override*, zoals wij zagen, uitgewerkt en nu de wetgever haar niet had verlengd kon de geldigheid van de taalwet opnieuw ter discussie worden gesteld. Het hof oordeelde de regeling nietig en de wetgever reageerde daarop door opnieuw een *notwithstanding clause* in te voeren, zij het dat niet de gehele strekking van de uitspraak van het hof teniet werd gedaan, maar enkel voor zover die borden *buiten* de beslotenheid van gebouwen betrof.[235] De invoering van deze bepaling was in Quebec zelf populair, maar daarbuiten zeer omstreden. De Engelstalige minderheid in Quebec reageerde onthutst op de invoering – drie Engelstalige

231 Zie voor een uitvoeriger bespreking Roach 2001.
232 Symbolisch omdat de wetgever zijn wetten enkel immuniseerde jegens het federale Charter en niet jegens de eigen grondrechtencatalogus van Quebec.
233 Daarnaast was er nog één verklaring die de landbouwsector betrof. Zie voor een uitvoerige bespreking: Kahana 2001, p. 258-261.
234 SCC 15 december 1988 [1988] 2 *SCR* 712 (*Ford v. Quebec*).
235 Zie voor een uitvoeriger bespreking: Roach 2001, p. 189-191.

ministers in het kabinet stapten op – en de federale regering van Canada sprak bij monde van premier Mulroney haar afkeuring uit over het gebruik van de *notwithstanding clause* in Quebec.[236] Het gebruik van de *notwithstanding clause* leidde bovendien tot een – gegrond verklaarde – klacht bij het Mensenrechtencomité van de Verenigde Naties.[237] Na afloop van de vijfjaarstermijn werd de verklaring niet hernieuwd. In plaats daarvan stelde de regering wetgeving voor die het gebruik van andere talen toestond, mits óók het Frans als dominante taal op het desbetreffende bord voorkwam. Deze wetgeving volgde de opening die het hof zelf in *Ford v. Quebec* had geboden en was daarmee uit de gevarenzone.[238]

Buiten Quebec is de *notwithstanding clause* zoals gezegd zelden gebruikt. Wanneer dat het geval was, zoals in bijvoorbeeld in Yukon en Saskatchewan, dan bleek dat bovendien achteraf onnodig te zijn geweest. De bescherming van de wet in Yukon betrof een weinig tot de verbeelding sprekende wet die uiteindelijk nooit in werking trad waardoor de *notwithstanding clause* in feite zinloos werd. De *notwithstanding clause* die de overheid van Saskatchewan uitvaardigde met betrekking tot haar *Labour Management Dispute Act*[239] was bedoeld om een staking van overheidsambtenaren te verbieden nadat de onderhandelingen tussen de vakbonden en het kabinet over een nieuwe CAO waren stukgelopen. Nadat een soortgelijke wet door het Court of Appeal van Saskatchewan in strijd met het Charter was verklaard, voegde de wetgever aan de nieuwe wet een *notwithstanding clause* toe. In hoger beroep tegen het oordeel van het Court of Appeal bij het Supreme Court bleek de hoogste rechter de inbreuk op het stakingsrecht echter te accepteren als gerechtvaardigd. De noodzaak voor de *notwithstanding clause* kwam daarmee te vervallen. Uit latere analyses bleek dat een publiek debat over het gebruik van de *notwithstanding clause* in Yukon en Saskatchewan min of meer was uitgebleven.[240] Alleen in de grote steden in Saskatchewan, waar de vakbonden traditioneel hun leden rekruteren, was enige aandacht voor de inzet van artikel 33. Dat verhinderde echter niet dat de conservatieve regering die gebruikmaking van de bepaling had voorgesteld, bij de eerstvolgende verkiezingen een verkiezingszege kon boeken. De inzet van artikel 33 was in beide gevallen zeker niet fataal.

Meer controverse was er rondom de inzet van artikel 33 in Alberta. Daar trachtte het kabinet in 1998 een omstreden wet door het parlement te loodsen waarmee de overheid haar eigen aansprakelijkheid trachtte te beperken ten aanzien van claims die de gedwongen sterilisatie van geestelijk gehandicapten

236 *Ibid.*, p. 191.
237 HRC 31 maart 1993, *comm. nrs.* 359 en 385/1989 (*Ballantyne, Davidson & McIntyre v. Canada*).
238 Vgl. Roach 2001, p. 192-193.
239 Voluit: An Act to Provide for Settlement of a Certain Labour-Management dispute between the Government of Saskatchewan and the Sakatchewan Governments Employees Union.
240 Kahana 2001, p. 269-270.

in de jaren twintig betroffen.[241] In het wetsvoorstel was ook een *notwithstanding* bepaling opgenomen. Het voornemen haalde de voorpagina's en maakte woedende reacties los. Als gevolg daarvan trok het kabinet het wetsvoorstel in en maakte de premier zelf bekend in het vervolg geen gebruik meer te maken van de *overriding clause* zonder daarvoor op de een of andere wijze het publiek te raadplegen. In diezelfde week deed het Supreme Court uitspraak in de, hiervoor reeds besproken, zaak *Vriend v. Alberta*.[242] Het hof was het eens met de stelling dat de *Human Rights Code* van Alberta ten onrechte geen discriminatie op basis van seksuele voorkeur verbood en schreef voor dat deze grond in de relevante bepaling moest worden ingelezen. Onduidelijk is hoe de publieke en politieke reacties op deze uitspraak moeten worden geduid. Homoseksualiteit was in Alberta op dat moment niet populair, maar kabinet noch parlement maakte aanstalten om een nieuw wetsvoorstel te introduceren dat beschermd kon worden door artikel 33. Roach wijt deze passiviteit aan de politieke gebeurtenissen die aan de uitspraak in *Vriend* vooraf gingen. Het was voor het kabinet wellicht ongeloofwaardig om zó snel na het echec rondom de sterilisatiewet weer met een *notwithstanding clause* te komen.[243] Hij signaleert echter ook dat het publiek in Alberta niet zozeer tegen de uitspraak in *Vriend* was, als wel tegen een mogelijke rechterlijke vaststelling dat het huwelijk ook voor homostellen zou worden opengesteld. De reacties op *Vriend* moeten daarom in samenhang worden beschouwd met die andere bekende homorechtenzaak, *M. v. H*.[244]

In *M. v. H.* ging het om een lesbisch stel dat inmiddels uit elkaar was gegaan. Zoals in het verleden vaak het geval was bij de meer traditionele stellen, was één van beide partners vooral werkzaam in het huishouden terwijl de ander de kost verdiende. De *Ontario Family Act* regelde in een dergelijk geval dat de minder verdienende echtgenoot recht had op een tijdelijke bijdrage in het onderhoud van de grootverdiener van beiden. De vraag die zich voordeed was of de wet, door enkel te spreken over echtgenoten, geen ongerechtvaardigd onderscheid maakte. Anders dan in de, eerder besproken, zaak *Miron v. Trudel,* wilde het hof er nu niet aan om de term '*spouse*' Charterconform uit te leggen, en verklaarde het de regeling nietig zij het dat het de wetgever een termijn van een half jaar gaf om de regeling te wijzigen.[245] De provincie Ontario, die verantwoordelijk was voor de wetgeving in kwestie, reageerde morrend maar in essentie voorbeeldig door niet slechts de nietigverklaarde wet te wijzigen maar ook nog zestig andere wetten waarin een soortgelijk probleem speelde.[246] Verder nog ging men in British Columbia, waar

241 Vgl. voor een bespreking: Roach 2001, p. 195-196.
242 SCC 2 april 1998 [1998] 1 *SCR* 493 (*Vriend v. Alberta*).
243 Roach 2001, p. 195-196.
244 SCC 20 mei 1999 [1999] 2 *SCR* 3 (*M. v. H.*).
245 SCC 25 mei 1995 [1995] 2 *SCR* 418 (*Miron v. Trudel*).
246 Vgl. Roach 2001, p. 197-198.

prompt alle wetgeving werd gewijzigd om eventuele voordelen ook aan homostellen toe te kennen en het kabinet de federale regering opriep om het homohuwelijk wettelijk mogelijk te maken.[247] Anders lagen de zaken in Alberta, waar men van dergelijke ontwikkelingen langzamerhand nerveus begon te raken. In reactie op *M. v. H.* – die zich als zodanig niet tot Alberta richtte en evenmin het homohuwelijk betrof – vaardigde de wetgever in Alberta de *Marriage Act* uit die stipuleerde dat het huwelijk een zaak was van één man en één vrouw. De wet werd afgesloten met een *notwithstanding clause*. De vraag is niet alleen waarvoor deze wet bedoeld was, maar ook waarom artikel 33 ingeroepen moest worden. Wanneer de rechter de wet nietig zou willen verklaren dan kan hij dat, ook met de *notwithstanding clause* in stelling, gewoon doen. Het huwelijk behoort namelijk tot de bevoegdheid van de federale overheid en de wet uit Alberta was reeds om die reden nietig.[248] Zowel de wet, als het gebruik van de *notwithstanding clause* moeten daarom als symboolwetgeving worden beschouwd.

De wet beëindigde echter niet het debat over het homohuwelijk en in 2003 volgden enkele Court of Appeal uitspraken in andere provincies waarin de uitsluiting van het homohuwelijk in strijd met artikel 15 Charter werd geoordeeld.[249] Het federale parlement in Ottawa overwoog vervolgens een reactie op deze uitspraken maar verwierp uiteindelijk, zij het zeer nipt, een motie waarin het kabinet werd opgeroepen alle noodzakelijke maatregelen te nemen teneinde te verzekeren dat de traditionele definitie van het huwelijk zou blijven bestaan.[250] Het kabinet stelde uiteindelijk wetgeving voor waarin het huwelijk werd opengesteld voor homostellen, maar religieuze groeperingen de vrijheid kregen dergelijke huwelijken niet te erkennen. Het legde dit concept voor aan het Supreme Court, dat de concept-wetgeving uiteindelijk conform het Charter verklaarde, maar weigerde te oordelen of zij ook noodzakelijk was.[251]

Tot besluit van deze paragraaf dient nog kort in te worden gegaan op één andere gelegenheid waarin het gebruik van artikel 33 wellicht voor de hand had gelegen, maar waarin regering en parlement die gelegenheid aan zich voorbij hebben laten gaan. Wij zagen reeds dat het federale parlement er uiteindelijk vanaf zag om de koers van de verschillende provinciale hoven inzake het homohuwelijk te corrigeren. Op een ander heet hangijzer, de abortuskwestie, bleef het eveneens stil aan de parlementaire overzijde. In *Morgenthaler II* ging het hof op het punt van abortus om en verklaarde het wetgeving die abortus strafbaar stelde nietig.[252] Niettemin liet het hof nadruk-

247 *Ibid.*
248 Kahana 2001, p. 268.
249 CA (Ont.) 12 juli 2002 [2002] 215 *DLR* (4th) 223 (*Halpern v. Canada*); CA (Queb.) 6 september 2002 [2002] *RJQ* 2506 (*Henricks c. Québec*).
250 *Hansard (Can.)* 138/120, p. 7379 en p. 7438-7439 (16 september 2003).
251 SCC 9 december 2004 [2004] 3 *SCR* 698 (*Reference re Same-Sex Marriage*).
252 SCC 28 januari 1988 [1988] 1 *SCR* 30 (*R. v. Morgenthaler II*).

kelijk ruimte voor een minder vergaande regeling.[253] Het parlement stonden dan ook twee wegen ter beschikking: men kon het eens worden over een minder vergaande wet, of de bestaande wet amenderen door toevoeging van een *notwithstanding clause*. Het federale kabinet besloot echter geen politiek drama van de zaak te maken en kondigde aan de kwestie aan het parlement over te laten.[254] Dat betekende in de praktijk dat de fractiediscipline werd losgelaten. Verschillende amendementen, samen het gehele spectrum bestrijkend van hernieuwde vaststelling van de wet tot afschaffing ervan, werden ingediend en verworpen. Aan het eind van het debat was er geen winnaar of verliezer aan te wijzen. Het kabinet besloot daarop alsnog een wetsvoorstel in te dienen waarin voor een strenge, zij het op basis van één van de *dissents* geoorloofde, lijn werd gekozen. Hoewel het wetsvoorstel een nipte meerderheid in het Lagerhuis haalde, genoot het de twijfelachtige eer uiteindelijk de eerste wet in dertig jaar te zijn die niet door het Hogerhuis was aangenomen. Het resultaat was, en is, dat Canada momenteel in het geheel geen abortuswetgeving kent. Hoewel het hof de mogelijkheid daartoe expliciet opende, en de wetgever het instrument van artikel 33 Charter had kunnen gebruiken wanneer het vond dat zelfs die opening niet voldoende was, lukte het de volksvertegenwoordiging niet om een effectieve reactie te geven. De zaak laat zien dat de effectiviteit van parlementaire reacties veelal afhankelijk is van de mogelijkheden om als eenheid te opereren. Een institutionele bepaling zoals artikel 33 is niet voldoende.

10.5.3.4 De dialoog samengevat

Wij bezagen artikel 33 wat nader. De bepaling kent zowel de provinciale wetgevers, als het federale parlement de bevoegdheid toe om bij gewone meerderheid in strijd met het Charter wetgeving uit te vaardigen. Daarmee kan worden gereageerd op onwelgevallige uitspraken van de rechter, maar de bepaling kan ook preventief worden ingezet. De praktijk laat zien dat dit vrijwel steeds het geval is. Slechts in één geval reageerde de wetgever van Quebec op een uitspraak van het SCC die hem niet zinde. Deze uitspraak betrof wetgeving die het gebruik van Engels op aanduidingsborden verbood en bij uitsluiting Frans als taal voorschreef. In een ander geval reageerde de provincie Alberta weliswaar op een reeks uitspraken waarin homorechten aan de orde waren, maar deze uitspraken waren niet tegen Alberta gericht en de wetgeving die het huwelijk voorbehield aan gemengde stellen behoorde niet tot de competentie van de provincie. Dat wetgevers er meestal toe overgaan om preventief gebruik te maken van artikel 33 kan een gevolg zijn van de enige beperking die het SCC heeft willen opleggen aan het gebruik ervan, namelijk dat geen terugwerkende kracht aan de verklaring kan worden toegekend.

253 *R. v. Morgenthaler (II), per* Lamer J, p. 82.
254 Vgl. voor een analyse van de gebeurtenissen: Roach 2001, p. 193-194.

Daarmee beschermt het hof klagers wier klachten het gegrond heeft verklaard en die niet de dupe dienen te worden van een eventuele correctie door de wetgever.

Wetgeving die onder de bescherming van artikel 33 wordt gebracht, verkrijgt slechts tijdelijke gelding. Na vijf jaar dient de wetgever opnieuw te bezien of voortzetting van de bescherming gewenst is. De termijn geldt als afkoelingsperiode en de praktijk laat zien dat dit ook veelal het geval is. Verschillende *notwithstanding clauses* werden na één of twee termijnen niet hernieuwd. De toepassingspraktijk van artikel 33 laat voorts een wat gemengd beeld zien. Enerzijds moet worden vastgesteld dat de verklaring zelden wordt gebruikt, zeker buiten Quebec. De federale overheid en het merendeel van de provincies heeft ofwel geen behoefte aan de bepaling, ofwel schrikt ervoor terug deze te gebruiken. Uit de besproken gevallen blijkt echter niet dat regeringen die de verklaring wèl hebben gebruikt, door de kiezer zijn afgerekend. In Saskatchewan boekte de regering een verkiezingszege nadat zij artikel 33 in stelling had gebracht tegen ambtenarenbonden die aanstuurden op een staking. Wel speelde de publieke verontwaardiging een rol bij de beslissing in Alberta om af te zien van het gebruik van artikel 33 ten aanzien van wetgeving die claims vanwege gedwongen sterilisatie trachtte tegen te houden. Deze verontwaardiging keerde zich echter niet slechts tegen het gebruik van artikel 33, maar tegen de wetgeving als zodanig. Geconcludeerd kan daarom worden dat het gebruik van artikel 33 als zodanig geen publiek debat oproept, maar dat dit afhankelijk van de context van het wetsvoorstel is.

De praktijk laat bovendien zien dat in het parlement niet automatisch overeenstemming kan worden bereikt over toepassing van artikel 33. De waarde van het artikel zit hem er dan ook niet zozeer in dat daarmee steeds effectieve oppositie kan worden gevoerd tegen uitspraken van de rechter, maar meer in de gedachte, wellicht zelfs de fictie, dat als het ècht te gortig wordt, de wetgever aan de noodrem kan trekken. De toepassingspraktijk van de bepaling in de homohuwelijk- en abortuskwesties laat prachtig zien dat de weerzin tegen rechterlijke rechtsvorming en het al te gemakkelijke wegwuiven van de stelling dat de wetgever sommige kwesties bewust overlaat aan de rechter, vaak misplaatst is. In beide kwesties hadden Canadese wetgevers verschillende mogelijkheden om te reageren en zij kozen er zeer bewust voor om die niet te gebruiken. Om nog één keer op de abortuskwestie terug te komen: had de regering niet besloten om de fractiediscipline los te laten, dan – zo betoogt Roach – was er vermoedelijk wel een nieuwe wet tot stand gekomen. Zo werkt immers het parlementaire proces.

10.5.4 Resumerend

Het Canadese recht is sinds eind jaren negentig doortrokken van het dialoogdenken. Deze filosofie kenmerkt zich door een afkeer van finaliteitsdenken

in de juridische discipline. De rechter heeft, wanneer hij wetgeving aan hoger recht toetst, niet het laatste woord. De dialoog-metafoor wordt echter voor een veelheid aan begrippen en modellen gebruikt. Om enig inzicht te krijgen in de manier waarop de metafoor in Canada vaste voet aan de grond heeft gekregen is getracht tot een nadere categorisering van dialoogmodellen te komen. De oudste variant, die van *coordinate construction* wordt in Canada althans in de literatuur niet breed aangehangen. Men neemt toch over het algemeen wel aan dat uitspraken van rechters over de reikwijdte en de inhoud van rechten gezaghebbend zijn. De wetgever komt vooral een rol toe bij het voorlichten van de rechter over het bestaan van relevante belangen die deze grondrechten gerechtvaardigd kunnen beperken, en bij het invullen van discretionaire ruimte die ontstaat wanneer de rechter wetgeving wel in strijd met het Charter verklaart maar voor het rechtsherstel verwijst naar de wetgever. Uiteraard doet een en ander niet af aan de bevoegdheid van de wetgever om zijn mening omtrent de interpretatie van wetgeving kenbaar te maken. Dat kan door het vaststellen van *in your face reply* wetgeving en gebruikmaking van artikel 33 Charter. Die laatste mogelijkheid veronderstelt echter niet een taak van de wetgever om mede te bepalen *of* wetgeving in strijd is met het Charter, maar zorgt er enkel voor dat het parlement de gevolgen van de wet kan veiligstellen in het aangezicht van een mogelijk kritische rechter.

De rechtspraak voelt zich intussen thuis bij de dialoogmetafoor. Haar positie is er enerzijds door versterkt, daar waar zij zich zelfbewuster jegens de wetgever opstelt omdat deze mogelijk onwelgevallige uitspraken toch kan corrigeren, en waar zij zelfbewuster met de eigen rechtsvormende rol omgaat. De grotere vrijheid die de rechter zich veroorlooft om af te wijken van de traditionele nietigverklaring is daar een voorbeeld van. De keerzijde daarvan is dat de rechter zich terughoudender is gaan opstellen ten aanzien van wetgeving die is vastgesteld naar aanleiding van eerdere uitspraken van het hof: als de wetgever antwoord heeft gegeven dan volgt de rechter dat antwoord doorgaans. Niettemin is die volgzaamheid niet absoluut. Ook hier doet zich het dialoogdenken nog gevoelen. Zelfs een *in your face reply* kan de rechter naast zich neerleggen. Dan bestaat immers nog altijd de mogelijkheid voor de wetgever om zich te bedienen van de *override clause* van artikel 33 Charter. De praktijk laat echter zien dat de wetgever dit niet vaak doet. Dit ligt gedeeltelijk aan het feit dat het parlement zich lang niet altijd als eenheid tegenover de rechter kan opstellen. Bovendien kan angst voor de electorale gevolgen een rol spelen, al levert de praktijk daarvoor maar weinig empirisch bewijs. Het feit dat de *override clause* zo weinig gebruikt wordt levert een probleem op voor auteurs en rechters die menen dat artikel 33 de hoeksteen van de Canadese constitutionele dialoog is. Die rol kan de bepaling niet waarmaken. Beter is het daarom een bescheidener versie van dialoogdenken te propageren. Eén waarin de dialoog in Canada wordt beschouwd als een samenspel van de artikelen 1 en 33 in serie geschakeld en de relatieve vrijheid van de rechter om een passende remedie te vinden voor het hem voorgelegde geschil.

10.6 UITGELEIDE

In dit hoofdstuk werd bezien hoe de grondrechtenbescherming door de rechter in Canada heeft vormgekregen na de invoering van het *Charter of Rights and Freedoms* in 1982. Dat is voornamelijk gebeurd in het teken van een dialoog tussen rechter en wetgever. Die dialoog is kenmerkend voor de hedendaagse rechtspraktijk en theorie in Canada en is, gelijk de *Maple Syrup*, uitgegroeid tot waar exportproduct. Uniek voor het Canadese staatsrecht is de balans die men heeft trachten te treffen tussen de modellen van parlementaire soevereiniteit en rechterlijke toetsing van wetgeving. Formele wetgeving van de federale overheid en van de provincies kan door elke rechter in Canada worden getoetst. De wetgever komt evenwel de bevoegdheid toe om te bepalen dat wetgeving die onverenigbaar is met het Charter niettemin gedurende een, te verlengen, termijn van vijf jaar gelding heeft ondanks een eventuele uitspraak van de rechter waarin de onverbindendheid van die wetgeving is geconstateerd. Deze bepaling, artikel 33 Charter, is uniek en heeft het denken in termen van een dialoog tussen rechter en wetgever zeker gestimuleerd. Maar zij is daarvoor geen noodzakelijke voorwaarde, enkel het sluitstuk. Zeker zo belangrijk is dat de wetgever – ook zonder de *notwithstanding clause* – kan reageren op uitspraken van de rechter. Deze laatste neemt inmiddels aan dat hem daardoor een zekere ruimte toekomt bij het bieden van rechtsbescherming van individuele klagers. Doet hij het immers niet goed, dan fluit de wetgever hem wel terug. De rechtspraak omtrent constitutionele remedies staat dan ook vrijwel geheel in het teken van het faciliteren van deze dialoog. Zoals wij hebben gezien speelt met name het opschorten van de onverbindendverklaring, de traditionele remedie in Canada, daarbij een zeer voorname rol. De rechter poogt zo de wetgever de ruimte en de tijd te geven om het constitutionele probleem op te lossen. Doet de wetgever dat niet, of doet hij het enkel voor de toekomst, dan treedt alsnog de nietigheid van de bepaling – in elk geval voor het verleden – in. De wetgever kan er echter ook voor kiezen om zich op artikel 33 te beroepen. Het is echter lastig voor de wetgever om een individueel geval aan te tasten als gevolg van de onwil van het SCC om aan een verklaring op basis van artikel 33 terugwerkende kracht toe te kennen. Zo bezien koppelt het SCC het streven naar een zo harmonieus mogelijke dialoog aan het streven naar volledige rechtsbescherming van het individu. Daarin slaagt het lang niet altijd. De beide idealen zijn vaak ook niet met elkaar te verenigen. Toch zijn veel Canadese auteurs schaamteloos trots op hun, nog jonge, model van constitutionele rechtspraak. En met reden: het constitutionele experiment ging de wereld over, en het lijkt nog niet mislukt.

DEEL IV | AFRONDING

11 Naar een *terme de grâce* als zwakke remedie met sterke kanten

11.1 Inleiding

'U hebt helemaal gelijk, maar ik kan niets voor u doen'.

De rode draad in dit boek was de constitutionele *terme de grâce*. Ik definieerde dat begrip in de inleiding als het verschijnsel dat de Nederlandse rechter abstineert wanneer hij een beroep op een mensenrecht bij de toetsing van wetgeving aan ieder verbindend verdragsrecht gegrond acht. Deze rode draad had drie dimensies: een systematische beschrijving van de *terme de grâce* en haar gevolgen in het Nederlandse recht (de nationale dimensie), een onderzoek naar de houdbaarheid van het verschijnsel in het licht van het beginsel van effectieve rechtsbescherming zoals dat vorm heeft gekregen in de Europese rechtspraak (de Europese dimensie), en tot slot een vergelijking met soortgelijke verschijnselen in drie andere landen: Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en Canada (de rechtsvergelijkende dimensie). Alle drie de dimensies leverden, los van elkaar, stof tot nadenken op. In dit laatste hoofdstuk breng ik ze bij elkaar. Ik beantwoord daarmee de kernvraag van dit boek: wat ís die 'constitutionele *terme de grâce*' nu precies en wat moeten we ervan denken?

Bij het beantwoorden van deze vraag volg ik de structuur van het boek. Ik breng dus eerst in herinnering op welke wijze de Nederlandse rechter redres kan bieden wanneer formele wetgeving in strijd is met verdragsrechtelijke mensenrechten. Vervolgens vat ik samen in welke gevallen en waarom hij ervan afziet dat te doen. Tot slot zeg ik iets over de gevolgen van deze beslissing. Dat leidt tot een conclusie omtrent de manier waarop de Nederlandse rechter tussen twee uitgangspunten schippert: effectieve rechtsbescherming en staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid. Ik confronteer deze conclusies vervolgens met de dimensies die ik in de delen II en III heb besproken. Ik sluit af met het signaleren van een aantal knelpunten en het formuleren van enkele aanbevelingen.

11.2 Remedies in Nederland

De Nederlandse rechter heeft een constitutioneel mandaat om grondrechten te beschermen. Dat mandaat bestaat uit drie lagen. De grondwettelijke laag karakteriseert zich door een bescheiden rol van de rechter ten opzichte van

de wetgever. De tweede laag, die van de mensenrechtenverdragen, is van groter belang. De rechter heeft, in artikel 94 Gw, een belangrijk middel in handen gekregen om een deel van deze verdragsbepalingen, het deel dat een ieder verbindend is, te effectueren ten koste van nationale wetgeving, zelfs als het om formele wetgeving gaat. De vraag wélke bepalingen tot deze groep behoren en hoe vér de bevoegdheid en de plicht tot effectueren reiken, is er een voor de nationale rechter zelf. Het internationale recht bemoeit zich, het EU-recht daargelaten, vooralsnog niet met deze kwestie. Vooralsnog, want het internationale recht is in ontwikkeling en met name het EHRM richt zich, in strijd met het gangbare volkenrechtelijke paradigma, tegenwoordig steeds vaker direct tot de nationale rechter. In de derde laag, die van het Unierecht, is dat reeds lang gebruikelijk. Het zijn niet de nationale staatsmachten die bepalen welke werking het Unierecht in Nederland heeft, maar Unierechtelijke organen, en het is ook het Unierecht dat het mandaat van de Nederlandse rechter voor een belangrijk gedeelte invult.

De remedies die de Nederlandse rechter ter beschikking staan wanneer hij wordt geconfronteerd zijn onder te verdelen in twee categorieën: procesrechtelijke en constitutionele remedies. Bij de eerste categorie kan worden gedacht aan uitspraakbevoegdheden zoals het toekennen van schadevergoeding, het uitspreken van een verklaring voor recht (waaronder de formele onverbindendverklaring), het vaststellen van een gebod of verbod (zoals de buitenwerkingstelling), het vernietigen van een bestuursbesluit of het vrijspreken van een verdachte. Deze remedies vloeien voort uit, en worden gereguleerd door, het procesrecht. Toch zijn er ook staatsrechtelijke grenzen: de bevoegdheid van de civiele rechter om een gebod te geven de onrechtmatige situatie te beëindigen gaat bijvoorbeeld niet zover dat hij ook een bevel kan geven wetgeving vast te stellen, te wijzigen of in te trekken. Niet elke Nederlandse rechter heeft de beschikking over alle procesrechtelijke remedies. Dat is afhankelijk van het procesrecht dat op hem van toepassing is.

De tweede categorie, de constitutionele remedies in eigenlijke zin, wordt gereguleerd door het staatsrecht. Gegeven het feit dat de toetsing van formele wetgeving doorgaans bij wijze van exceptieve toetsing plaatsvindt, is vooral deze categorie remedies relatief vaak aan de orde. Zij hebben een plaats in het proces van rechtsvinding. Het zijn hulpmiddelen die de rechter in staat stellen om, in het hem voorgelegde geschil, tot een resultaat conform het hogere recht te komen. Elke Nederlandse rechter kent drie van zulke hulpmiddelen: de conforme interpretatie van een *prima facie* onrechtmatig voorschrift, het (bloot) buiten toepassing laten, of het (materieel) onverbindend verklaren van zo'n voorschrift.[1] De grens tussen deze instrumenten is in de rechtspraak

1 Bij materieel onverbindendverklaren gaat het om een rechterlijke overweging dat het voorschrift in al zijn toepassingen onrechtmatig is. Bij formeel onverbindendverklaren gaat het om een soortgelijke constatering die, bij wijze van verklaring voor recht, in het dictum

geen helder afgebakende. Op de gebruikte terminologie valt niet goed af te gaan. Dat geldt met name voor het buiten toepassing laten en de verdragsconforme interpretatie van voorschriften. In de meeste gevallen wordt een bepaling immers slechts buiten toepassing gelaten 'voor zover' niet aan bepaalde criteria is voldaan. In de praktijk valt dan geen verschil te maken met het verdragsconform inlezen van zulke criteria in het voorschrift.

11.3 DE GRENZEN VAN CONFORME INTERPRETATIE EN BUITEN TOEPASSING LATEN

Dat is vooral van belang voor het bepalen van de grenzen van verdragsconforme interpretatie. De rechtsvergelijking leert dat verdragsconforme interpretatie in bijvoorbeeld Duitsland aan relatief strikte grenzen van interpretatietechniek is gebonden. De reden daarvoor is dat in Duitsland de reguliere rechter primair de bevoegdheid tot verdrags- en grondwetsconforme interpretatie uitoefent, terwijl het BVerfG het monopolie op de nietigverklaring van wetgeving heeft. Zou de reguliere rechter zijn mandaat tot conforme interpretatie oprekken, dan zou hij dit monopolie doorkruisen. Voor de Nederlandse rechter geldt dat alle constitutionele remedies in dezelfde hand rusten. Hij kan daarmee dan ook verhoudingsgewijs pragmatisch omgaan. De grenzen die de Nederlandse rechter respecteert zijn eerder institutioneel dan tekstueel van aard. De tekst van de wet noch de bedoeling van de wetgever is allesbepalend voor de vraag of de Nederlandse rechter verdragsconform kan interpreteren. Het gaat om een bredere afweging van een reeks factoren die gezamenlijk onder de noemer te scharen zijn van de rechtsvormende taak of, zoals Koopmans het ooit treffend noemde, de polsstok van de rechter.[2] Daarmee lijkt de wijze waarop de Nederlandse rechter zijn interpretatieve mandaat invult merkwaardig veel op de wijze waarop de Britse rechter dat doet in het kader van de toetsing onder de *Human Rights Act* 1998. Het maakt kennelijk niet uit dat de Britse rechter in die wet (art. 3) het expliciete mandaat heeft gekregen om wetgeving *as far as possible* verdragsconform te interpreteren, terwijl de Nederlandse rechter uitsluitend een, nota bene zelf geformuleerde, ongeschreven bevoegdheid toekomt. Evenmin lijkt het veel uit te maken dat de Nederlandse rechter zich uiteindelijk gedekt weet door zijn toetsingsbevoegdheid onder artikel 94 Grondwet, terwijl de Britse rechter die bevoegdheid niet heeft.

Wat is de ratio van dit gebrek aan onderscheid? Kennelijk zijn de artikelen 94 Gw en 3 HRA, even los van hun tekst, minder te beschouwen als formele grondslag voor een bepaalde activiteit ('buiten toepassing laten' of 'interpretatie, zijnde het invulling geven aan een tekst die voor meerderlei uitleg vatbaar is'), maar worden zij door de rechter opgevat als een mandaat om het ver-

---

van de civielrechtelijke uitspraak staat. Volgens sommige auteurs is dat overigens onjuist. Zie §3.2.2 en 3.3.2.

2 Koopmans 1979.

dragsrecht te effectueren. De rechter laat dus niet 'buiten toepassing' of 'legt verdragsconform uit'. Hij doet wat nodig is om het EVRM op nationaal niveau te effectueren. Daarvoor heeft hij een zekere mate aan flexibiliteit nodig, en die heeft hij ook. Maar er is een grens en dat is het primaat van de politiek bij het vormgeven van het recht. Waar de rechter dat primaat in zicht krijgt, wordt het tijd na te gaan denken of de remedie nog wel kan worden gebruikt.

Het hanteren van een strikt onderscheid tussen buiten toepassing laten en conforme interpretatie wordt weleens verdedigd door te verwijzen naar een 'Kelseniaans' onderscheid tussen negatieve rechtsvorming en positieve rechtsvorming.[3] De bevoegdheid tot conforme interpretatie is in die optiek, als zij niet wordt gebonden aan tekstuele en heuristieke grenzen, in potentie veel verstrekkender dan de bevoegdheid een regeling buiten toepassing te laten. Om die reden kan het veilig zijn, conforme interpretatie te reserveren voor die gevallen waarin de tekst van de wet relatief vaag of ambigu is, en voor de overige gevallen te verwijzen naar de bevoegdheid het voorschrift zo nodig buiten toepassing te laten. De praktijk laat zien dat het zo niet werkt, en dat dit ook niet nodig is. Om te beginnen kan ook het buiten toepassing laten van voorschriften tot staatsrechtelijk gevoelige problemen leiden. Het lijkt immers zo simpel om 'alleen het problematische deel' van het voorschrift buiten toepassing te laten, maar juist dat is in de praktijk niet eenvoudig. Ik heb geprobeerd dat met een huurauto, een BPM-aanslag en een grensdorpje te illustreren.[4] Juist bij de keuze waar de grens tussen rechtmatige toepassing en onrechtmatige toepassing te leggen, is sprake van rechtsvorming, ook als men weet dat het criterium dat door de wet wordt aangelegd in strijd is met eisen van proportionaliteit en gelijkheid. Het aanvaarden van een waterscheiding tussen conforme interpretatie en buiten toepassing laten, zou bovendien leiden tot de onevenwichtigheid dat in wezen hetzelfde mensenrechtelijke probleem, afhankelijk van de gevolgde wetgevingstechniek, de ene keer geremedieerd kan worden en de andere keer niet. Positieve rechtsvorming door de rechter is evenmin per definitie ingrijpender dan negatieve rechtsvorming. Het buiten toepassing laten van de bevoegdheid om krakers uit hun woning te zetten kan vanuit maatschappelijk oogpunt bijvoorbeeld aanmerkelijk gevoeliger liggen dan het scheppen van een recht voor familieleden van onwettige kinderen om op te komen tegen een afwijzende beschikking inzake de voogdij over deze kinderen. De rechtspraak laat zien dat zowel tegen het buiten toepassing laten van voorschriften, als tegen de verdragsconforme interpretatie ervan, bezwaren kunnen bestaan.

---

3 Vgl. o.m. Kelsen 1945, p. 268-269. Het onderscheid tussen positieve en negatieve rechtsvorming begint weer populair te worden in het hedendaagse staatsrecht. Vgl. Uzman, Barkhuysen & Van Emmerik 2011; Brewer-Cariás 2011, p. 5-12; Boogaard 2013, p. 73.

4 Zie §3.2.2.2 onder '*Splitsing en rechtsvorming*'.

11.4 AFZIEN VAN EEN REMEDIE

Die bezwaren zijn vooral institutioneel van aard. Hoewel de Hoge Raad suggereert dat hij steeds zal proberen buiten toepassing te laten als dat een oplossing is van het geschil, is de praktijk een andere. Ook wanneer het buiten toepassing laten van problematische voorschriften in de praktijk zou leiden tot een beleidskeuze, of tot een disproportionele situatie ziet hij daarvan af. In zoverre is het afwegingskader zoals de Hoge Raad dat in 1999 formuleerde misleidend. Of het nu mogelijk is om buiten toepassing te laten of niet, de belangrijkste toets voor de rechter is of hij tegen politieke keuzes aanloopt bij het bieden van een remedie.

Ziet de rechter ervan af om een voorschrift buiten toepassing te laten, dan rijst de vraag of de rechter 'op een andere wijze' in het rechtstekort kan voorzien. Hij doet dat door het problematische voorschrift of het omringende recht verdragsconform te interpreteren, zoals gezegd desnoods met voorbijgaan aan de tekst van de wet en de bedoeling van de wetgever. Dit leidt hem in zulke gevallen tot aan de grenzen van zijn rechtsvormende taak. Ik heb betoogd dat hij zo'n taak heeft. De grondslag zoek ik echter niet in artikel 81 RO, dat slechts op de Hoge Raad betrekking heeft en bovendien pas van relatief recente datum is. Het is, in bredere zin, gebaseerd op het interpretatieve mandaat van de rechter. Dat sluit aan bij de gedachte dat de rechter het geschreven recht nu eenmaal interpreteert, en dat dit hem kan nopen om daarbij keuzes te maken. De rechtsvorming die gemoeid kan zijn met de toetsing van wetgeving aan verdragsrecht is soms echter van een andere orde. De grondslag voor zulke rechtsvorming zocht ik in artikel 94 Grondwet en de noodzaak het 'recht met voorrang' te effectueren.

In sommige gevallen beschouwt de rechter zijn polsstok te kort om tot het bieden van rechtsbescherming over te gaan. Het elastiek van de rechtsvormende taak zou dan scheuren. De vraag of daarvan sprake is zet de rechter in de sleutel van het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Dat leidt hem tot een belangenafweging waarbij hij de plicht tot het bieden van rechtsbescherming afweegt tegen het belang van staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid. Wat opvalt is echter dat er vervolgens zelden een afweging volgt, tenminste niet expliciet. Voor rechtsbescherming wordt gekozen wanneer de oplossing zich uit het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de wetsgeschiedenis laat afleiden. In de praktijk belangrijker is de richtingwijzer de andere kant op: voor abstineren wordt gekozen wanneer de rechter gedwongen zou worden tot rechtspolitieke en beleidsmatige keuzes. Dat is echter alleen de theorie. In de praktijk besluit de rechter óók tot zo'n houding wanneer het bieden van rechtsbescherming, in welke vorm dan ook, de rechtszekerheid van derden raakt, anderszins in strijd komt met een fundamenteel rechtsbeginsel, of als zijn beslissing de beleidsvrijheid van de wetgever zou doorkruisen.

Dat roept de vraag op hoe dat te rijmen is met het uitgangspunt van artikel 94 Grondwet. In institutionele zin is die bepaling te beschouwen als opdracht

van de grondwetgever om het verdragsrecht bij normcollisies te effectueren. Ik meen dat deze opdracht zo opgevat moet worden dat uitzonderingen daarop alleen mogelijk zijn zolang het effectueren van het verdragsrecht als zodanig niet in gevaar komt. Voor uitzonderingen is dus alleen plaats als dit een nieuwe verdragsschending tot gevolg zou hebben, of als de belangen van derden – die zich vaak ook op verdragsrecht zullen kunnen beroepen – in het geding zijn. Dat laat onverlet dat de rechtspraktijk er anders uitziet dan ik hier betoog.

Beroept de rechtszoekende zich op het Unierecht, dan kunnen de kaarten intussen anders liggen. In een aantal zaken overweegt in elk geval de belastingrechter in zo'n geval dat hij tot buiten toepassing laten van de regeling verplicht is, ook als dat tot een disproportionele uitkomst leidt. Er is op dat punt dus een duidelijk verschil met de wijze waarop diezelfde rechter omgaat met de toetsing aan de mensenrechtenverdragen. De Afdeling was op dit punt minder strikt in de leer, zij het dat het in de desbetreffende zaak om een uitzonderlijk geval ging en de Afdeling in elk geval haar best deed om ruimte te scheppen voor rechtsherstel door het bestuur.

11.4.1 Vorm en gevolgen van abstineren

Gaat de kwestie de rechtsvormende taak van de rechter te buiten, dan ziet hij af van het bieden van een remedie. In vroeger tijd liet hij de toetsing dan ook maar meteen achterwege. Dat doet hij nu over het algemeen niet meer. De klager krijgt wel de bevestiging dat zijn klacht gegrond was. Let wel: zijn klácht is gegrond. Gaat het om een bestuursrechtelijke of een belastingrechtelijke procedure dan luidt het dictum dat het *beroep* óngegrond is. De rechter laat het dan, tenminste voorlopig, aan de wetgever over om zich met de kwestie '*auseinanderzusetzen*'. Een dogmatisch zeer, maar praktisch minder interessante vraag is of de wetgever verplicht is dan de wetgeving te wijzigen. Een praktisch zeer, maar dogmatisch minder aardige vraag is of de wetgever dat in de praktijk ook doet.

Het antwoord op de eerste vraag is diffuus. De wetgever is inderdaad verplicht een wettelijke regeling die in strijd is met het EVRM of het Unierecht aan te passen. Dit volgt echter uit de volkenrechtelijke en Europeesrechtelijke binding aan die rechtsordes, en niet uit de uitspraak van de rechter. Dat roept de vraag op of de wetgever gebonden is aan het oordeel van de rechter. Procesrechtelijk is dit niet het geval, maar ik heb betoogd dat het procesrecht zich niet goed leent om het antwoord op zo'n vraag te normeren. Het is in wezen een staatsrechtelijke kwestie. Vanuit staatsrechtelijk perspectief zie ik wel een aanknopingspunt voor een plicht van de wetgever om het oordeel van de rechter te respecteren. Dat aanknopingspunt ligt in een beginsel van constitutionele hoffelijkheid die rechter en wetgever jegens elkander in acht nemen. De plicht is echter niet hard: er zijn uitzonderingen op mogelijk. De

praktijk leert evenwel dat de wetgever het oordeel van de rechter steeds volgt. Wel doet hij dat doorgaans traag. Het duurt vaak jaren voor de wetswijziging zijn beslag heeft gekregen. De burger dient dus zitvlees te hebben. Daar komt bij dat de wetgever de kwestie over het algemeen alleen voor de toekomst regelt. Klagers bij wie de schending in het verleden aanleiding was tot schade, materieel of immaterieel, hebben dan pech.

De mogelijkheden voor de teleurgestelde burger om daar wat aan te doen zijn beperkt. Hoewel de rechter, wanneer hij abstineert, daaraan doorgaans toevoegt dat de *terme de grâce* slechts tijdelijk is, en dat de rechter er – als het te lang duurt – anders over kan gaan denken, levert dat voor de teleurgestelde burger doorgaans niet zo veel op. In de eerste plaats blijkt het in de praktijk voorlopig om een loos dreigement te gaan. In de tweede plaats is de zaak van de desbetreffende klager uit het rechterlijk systeem. De rechter zal moeten wachten op een nieuwe zaak. Concepten zoals het gezag van gewijsde en de formele rechtskracht staan er over het algemeen bovendien aan in de weg dat dezelfde oplettende burger zijn zaak opnieuw aanbrengt. Dat roept de vraag op of de teleurgestelde burger dan in elk geval zijn schade vergoed kan krijgen.

11.4.2 Schadevergoeding

Nu de meeste gevallen van rechterlijk abstineren, afgezien van het familierecht, plaatsvinden in het belastingrecht en, op geruime afstand, het bestuursrecht, zou het uiteraard het mooist zijn wanneer de klager zijn vordering tot schadevergoeding bij diezelfde rechter indient. Toch is dat niet mogelijk. De bevoegdheid van zulke rechters tot het toekennen van schadevergoeding is gekoppeld aan de gegrondverklaring van het beroep. Aangezien het rechterlijk abstineren resulteert in ongegrondheid, is er processueel geen mogelijkheid tot schadevergoeding. Wel kan de klager terecht bij de civiele rechter. Voor zover het gaat om wetgeving die door uitvoeringsbesluiten wordt geconcretiseerd zijn er ook hier echter complicaties. Als de bestuursrechter, als gevolg van de *terme de grâce* het beroep ongegrond heeft verklaard, zou een zeer strikte lezing van de leer van de formele rechtskracht inhouden dat de civiele rechter van de rechtmatigheid van het bovenliggende besluit zou moeten uitgaan. Wordt het besluit beschouwd als schadeveroorzakend handelen, dan zou de klager dus met lege handen staan. Ik betoog dat dit een krampachtige uitleg van de leer van de formele rechtskracht zou zijn, en dat de civiele rechter op dit punt soepelheid past.

Een tweede complicatie kan optreden als de teleurgestelde burger reeds ziet aankomen dat de bestuursrechter abstineert (bijvoorbeeld omdat dit zojuist in een parallelle zaak is gebeurd), en om die reden onmiddellijk besluit tot een vordering tot schadevergoeding. In zo'n geval dient hij, strikt genomen, tóch eerst de bestuursrechtelijke weg te bewandelen. Veel meer dan vertraging levert dat echter niet op. De civiele rechter kan in zo'n geval besluiten dat

de bestuursrechtelijke rechtsgang, in dit specifieke geval, met onvoldoende waarborgen is bekleed. De bestuursrechter beschikt in zo'n geval immers niet over de enige vorm van redres die de burger baat. Vanuit het perspectief van de rechtsbescherming is dat aan te bevelen. Er is ook iets tegenin te brengen. De bestuursrechter krijgt zo niet de 'nieuwe zaken' die hij nodig heeft om zijn dreigement dat hij, als het allemaal te lang duurt, alsnog zélf aan de slag gaat, levend te houden. Er valt wat voor te zeggen om het 'volgen' van de wetgever in één hand te houden. Dit pleit er dan echter te meer voor, om de schadevergoedingsbevoegdheid van de bestuurs- en de belastingrechter te verruimen. Zij kunnen daar zelf in dit specifieke geval overigens aan bijdragen door het beroep, ook wanneer zij abstineren, gegrond te verklaren en de rechtsgevolgen van het besluit in stand te laten.

Ook het materiële aansprakelijkheidsrecht maakt het de rechtszoekende niet gemakkelijk.

Voor wat betreft de materiële schade zit het probleem hem vooral in de causaliteit van de schade. Abstineert de rechter omdat er verschillende verdragsconforme beleidsuitkomsten mogelijk zijn waartussen hij niet wil kiezen, dan valt te betogen dat de benadeelde eventueel vermogensnadeel ook had kunnen lijden als de wetgever de wet rechtmatig had vastgesteld. Betoogd is wel dat de rechter in zo'n geval nooit schade of causaliteit kan aannemen. Ik wijs die redenering af, net als de gedachte dat er stéédsschade en causaliteit is. Het alternatief, waarin de rechter aansluit bij wat hij denkt dat de wetgever *zou hebben gedaan* als hij geweten had van het mensenrechtelijke probleem, lijkt mij wel verdedigbaar, maar het lijkt de rechter ook in een lastig parket te brengen. Hij zou dan alsnog de keuze maken die hijzelf, of de bijzondere rechter, in eerste instantie niet wilde maken. De oplossing lijkt mij er in gelegen dat de rechter, als de kans zich voordoet, op dit terrein de mogelijkheden verkent om de schade uit te drukken in *loss of opportunities.* Het verlies van de kans zou er dan in bestaan dat de burger geen kans meer heeft gehad om zijn belangen adequaat te verdedigen in het politieke proces, omdat zijn belang het heeft afgelegd tegen een, achteraf niet-legitiem of overschat belang. Dit voorstel maakt de rechter niet minder kwetsbaar, maar het ontwijkt het alles-of-niets karakter van de huidige discussie.

Een tweede mogelijkheid zou zijn om de teleurgestelde burger die geconfronteerd werd met een *terme de grâce,* een vergoeding van immateriële schade toe te kennen. De rechtspraak in Nederland daarover is sterk in ontwikkeling. In beginsel wordt aangenomen dat de schending van een fundamenteel recht aanleiding kan zijn om tot vergoeding van immateriële schade over te gaan. De invulling van deze rechtspraak is voorlopig echter zeer terughoudend. In minstens één geval werd geëist dat het om een gekwalificeerde schending moest gaan. Het enkele feit dat men geraakt is in een EVRM-recht lijkt vooralsnog niet genoeg.

11.5 EFFECTIEVE RECHTSBESCHERMING

Zoals gezegd, vloeit in mijn optiek de legitimatie van rechterlijke rechtsvorming in het kader van het bieden van rechtsbescherming, voort uit het feit dat de rechter op zo'n moment het Europese en internationale recht effectueert. Dat maakt de normen die op dit effectueren zien, relevant. Ik gebruik daarvoor als aanknopingspunt het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Hoe verhoudt zich de Nederlandse *terme de grâce* tot dat beginsel? Ik heb deze vraag geprobeerd te beantwoorden aan de hand van de wijze waarop, met name, de Europese rechters dit beginsel invullen. Welke aanknopingspunten biedt deze rechtspraak om het beleid van de Nederlandse rechter te beoordelen?

Evenals in de vorige paragraaf splitst het antwoord op deze vragen zich op in twee aspecten: een materieel en een formeel aspect. In het laatste geval gaat het om een positiefrechtelijke analyse van de beginselen van effectieve rechtsbescherming en voorrang in de respectievelijke verdragen en het recht van de Europese Unie. Het materiële aspect van deze vragen betreft een meer normatieve kwestie: hoe moeten de beginselen van effectieve rechtsbescherming en voorrang worden opgevat? Ik ga eerst in op het positieve recht, en zie dan de normatieve kwestie onder ogen.

11.5.1 De Europese dimensie: het Straatsburgse perspectief

Het beginsel van effectieve rechtsbescherming is, voor wat betreft het internationale recht, vastgelegd in een aantal verdragen. In deel II werd onder meer ingegaan op de artikelen 2 lid 3 IVBPR en artikel 13 EVRM. De analyse leverde voor wat betreft artikel 2 lid 3 IVBPR weinig harde aanknopingspunten op. De vraag of deze bepaling ziet op het handelen van de formele wetgever, en aan welke normen de toetsing van formele wetgeving dan zou moeten voldoen, wordt niet beantwoord door het artikel, de totstandkomingsgeschiedenis of de oordelen van het Comité. Meer valt af te leiden uit de rechtspraak over artikel 13 EVRM, iets dat niet zal verbazen.

11.5.1.1 Toepasselijkheid van artikel 13 EVRM

Het vertrekpunt bij de interpretatie van artikel 13 EVRM is dat deze bepaling niet zover gaat van lidstaten te eisen dat zij het EVRM incorporeren of dat zij een stelsel van constitutionele toetsing van wetgeving invoeren. Dat geldt zowel voor directe als voor indirecte (exceptieve) toetsing van wetgeving. Dit is vaste rechtspraak van het EHRM. De afgelopen jaren leken enkele uitspraken van het Hof aanleiding te geven tot de conclusie dat de rechtspraak afgezwakt of zelfs verlaten zou worden, maar ik heb het standpunt ingenomen dat dit niet zo is. In zoverre is artikel 13 EVRM dus niet van toepassing op de problematiek van de Nederlandse *terme de grâce.* Op deze rechtspraak is echter veel

kritiek gekomen, en ik heb mij inhoudelijk bij deze kritiek aangesloten. De kritiek richt zich met name tegen het feit dat zo een gat in de rechtsbescherming ontstaat dat door het, reeds overbezette, EHRM zal moeten worden gevuld. De rechtspraak gaat bovendien uit van de gedachte dat over de noodzaak tot toetsing en incorporatie in de Raad van Europa verschillend wordt gedacht. Hoewel het debat over toetsing springlevend is, mag echter niet worden vergeten dat alle landen van de Raad van Europa het EVRM inmiddels hebben geïncorporeerd, dat alle landen *een* vorm van rechterlijke toetsing van wetgeving kennen, en dat dit in verreweg de meeste landen '*strong-form*' constitutionele toetsing is. Ik heb het loslaten van deze jurisprudentie bovendien bepleit met het oog op het afnemende draagvlak van het EHRM in landen als Nederland en het Verenigd Koninkrijk. Er wordt regelmatig gepleit voor een drastische decentralisatie van de mensenrechtenbescherming onder het EVRM. Ik meen dat dit alleen kan als de nationale rechter het vacuüm dat daardoor ontstaat kan vullen. Dat pleit ervoor dat het Hof de aandacht de komende jaren verlegt naar de procedurele rechten in het EVRM, en dat het enige richting geeft aan de discussie over hoe effectieve rechtsbescherming er, binnen de kaders van de nationale identiteit en de constitutionele verhoudingen, uit kan zien. Het deed dat immers in veel gevallen met groot succes onder de materiële artikelen.

Ik ben vervolgens op zoek gegaan naar aanknopingspunten in de rechtspraak van het Hof. Hoe zou de *terme de grâce* moeten worden beoordeeld vanuit het perspectief van de nu reeds beschikbare rechtspraak? Ik kwam tot de volgende antwoorden.

Om te beginnen concludeerde ik dat de zogenaamde *Auerbach*-jurisprudentie achterhaald is, en moet worden opgevat als gelegenheidsrechtspraak.[5] De daarin opgeworpen claim dat de klager geen materiële schade heeft als de wetgever de kwestie ook zodanig op een rechtmatige wijze had kunnen regelen dat de schade was blijven bestaan, moet in zijn algemeenheid worden verworpen. Zij past niet bij de wijze waarop het EHRM zélf de bevoegdheid tot het toekennen van compensatie invult.

11.5.1.2 Schadevergoeding

De jurisprudentie van het Hof op dit punt is genuanceerd. Of een schadevergoeding op zijn plaats is, wordt door het Hof beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval. Met name de vraag of het toekennen van de schadevergoeding een nieuwe discriminatie in het leven roept is van belang. Daarnaast is ook van belang hoe groot de benadeelde groep is die nu meent aanspraak te maken op schadevergoeding. Heeft de wetgever inmiddels al een keuze voor *level up* of *level down* gemaakt, dan wordt ook die keuze in

5 EHRM (ontv.) 29 januari 2002, *no.* 45600/99 (*Auerbach t. Nederland*).

de afweging betrokken. Tot slot zijn de aard van het rechtsgebied en de aard van het discriminerende voorschrift van belang.

Dit toetsingskader wijkt voor een belangrijk deel af van het toetsingskader van de Nederlandse rechter. Hoewel ook de Nederlandse rechter abstineert wanneer hij meent dat het remediëren van de schending een nieuwe, andere, schending tot gevolg heeft, blijft het daartoe niet beperkt. Ook de aard van de schending blijft in het Nederlandse toetsingsmodel, formeel tenminste, buiten beschouwing. Hoewel de Nederlandse rechter strikt genomen in een andere positie zit – het gaat hem niet om de schadevergoeding maar om de vraag of hij de benadeelde dient te geven waarop ook de bevoordeelde recht had – en hij, eveneens strikt genomen, helemaal geen beslissing neemt, moeten de verschillen in positie tussen Straatsburg en Den Haag (of Utrecht) niet worden overdreven. Als de Nederlandse rechter abstineert dan weet hij, gelet op de praktijk van de wetgever, in elk geval dat, in financiële procedures, de klager voor het verleden in elk geval geen redres krijgt. Dat komt dus materieel neer op het ontkennen van het voordeel, of de schade. In zulke gevallen lijkt het mij geen slechte zaak als de Nederlandse rechter zich meer oriënteert op de Straatsburgse rechtspraak, hoe schimmig die vaak ook is. In elk geval in dit soort kwesties ligt er relatief uitgewerkte en gemotiveerde rechtspraak.

Iets soortgelijks geldt voor de vergoeding van immateriële schade. Hoewel de Straatsburgse rechtspraak op dit punt bijzonder vaag is, valt in één oogopslag wel op dat de Nederlandse rechter daar veel terughoudender in is dan de Straatsburgse. De Nederlandse rechter ziet in theorie ruimte, maar stelt in de praktijk hoge eisen, tenzij hij een direct bevel van het EHRM krijgt zoals het geval was in de rechtspraak over de redelijke termijn. Hoewel de rechtspraak van het EHRM onduidelijk is, lijkt daaruit wel af te leiden dat het Hof in elk geval in de sfeer van het personen- en familierecht relatief eenvoudig immateriële schade aanvaardt. De aard en het gewicht van het belang van de klager, en de snelheid en zekerheid waarmee hij wetswijziging tegemoet kan zien, kan ook een factor van belang zijn. Een enkele keer lijkt het Hof wetswijziging te willen bespoedigen door het toekennen van schadevergoeding. Dat lijkt mij in de Nederlandse context vooralsnog niet nodig, maar het heeft wat weg van de overweging van de belastingkamer van de Hoge Raad, waarin hij een mogelijk onwillige wetgever waarschuwt dat hij er in de toekomst anders over kan denken.

11.5.1.3 Toelaatbaarheid van de terme de grâce

Daarmee is nog niets gezegd over de principiële vraag of het eigenlijk acceptabel is dat een rechter een geslaagd beroep op een EVRM-recht in het geheel niet honoreert met een remedie. Zoals gezegd, valt uit de rechtspraak onder artikel 13 EVRM weinig meer op te maken, dan dat het algemene uitgangspunt is dat men recht heeft op behandeling door een onafhankelijke en onpartijdige instantie die ook in staat is om te voorzien in redres. Wel is het zo dat de

rechtsbescherming 'in stukjes' geknipt en verdeeld kan worden over verschillende instanties. Dat maakt het in theorie mogelijk dat de rechter vaststelt dát er sprake is van een schending, en dat hij het redres overlaat aan de – volstrekt niet onafhankelijke – wetgever. Uit de ontvankelijkheidsjurisprudentie onder artikel 35 EVRM, in Britse zaken over de *declaration of incompatibility*, kan voorzichtig worden afgeleid dat het Hof daar wel voor open staat. Dan is wel essentieel dat de wetgever zich gebonden acht aan het oordeel van de rechter. Dat hoeft echter geen formele binding te zijn, het is voldoende als er een vaste praktijk is waarbij de wetgever de uitspraken van de rechter steevast implementeert. Het EHRM is wel relatief duidelijk over het feit dat deze vorm van redres uitsluitend acceptabel is als geen sprake is van geleden schade. Een en ander laat dus onverlet dat de klager zijn schade ergens vergoed moet kunnen krijgen. Op de kwestie wát dan als te vergoeden schade te gelden heeft, ben ik hiervoor al ingegaan.

Dan de kwestie van het tijdsverloop. Het feit dat de nationale rechter het nationale recht gedurende een *terme de grâce* ongewijzigd blijft toepassen, lijkt intussen door de Straatsburgse beugel te kunnen. In de schaarse zaken waarin dat expliciet aan de orde was, overwoog het EHRM dat dit toelaatbaar was. In die zaken ging het in de meeste gevallen om kwesties waarin de nationale rechter abstineerde met het oog op de rechtszekerheid. Er zijn echter geen aanknopingspunten om te veronderstellen dat het Hof een andere koers zou varen als geabstineerd wordt uit overwegingen van machtenscheiding. Dat het Hof een *terme de grâce* als zodanig lijkt te kunnen billijken, neemt intussen niet weg dat het Hof zich, in het kader van de toetsing onder materiële verdragsartikelen, een enkele keer tot de nationale rechter wendt om duidelijk te maken dat het nu lang genoeg heeft geduurd. Het roept dan de nationale rechter op om zijn verantwoordelijkheid te nemen, of het stelt – achteraf – vast dat het niet inziet waarom de nationale rechter dat niet gedaan heeft. Het gaat dan wel om een zeer lang tijdsverloop in de orde van tien tot vijftien jaar. Tot slot lijkt voorzichtig uit enkele ontvankelijkheidsbeslissingen te kunnen worden afgeleid dat er wel een voorziening moet zijn voor diegenen die niet gebaat zijn bij een nieuwe regeling. Een wettelijke regeling met zuiver toekomstige werking is, met andere woorden, toelaatbaar, maar dan moet er toch íets gedaan worden voor diegenen die daar niet van profiteren. Is dat niet het geval, dan accepteert het Hof deze klagers in Straatsburg met het compliment dat de nationale autoriteiten de kwestie mooi opgepakt hebben, maar ook met de expliciete verzuchting dat het zich dan wel over het verleden zal moeten ontfermen. Ik meen dat het dezer dagen van groot belang is dat het nationale rechtsstelsel zulke verzuchtingen van het EHRM zo veel mogelijk voorkomt.

De Nederlandse *terme de grâce* lijkt, afgezien van de kwestie van de schadevergoeding, met deze – zoals gezegd weinig 'harde' – rechtspraak van het EHRM in overeenstemming. De Nederlandse wetgever is procesrechtelijk weliswaar niet gebonden aan het toetsingsoordeel van de nationale rechter, maar hij voldoet denk ik wel aan de eis van het Hof dat er een vaste praktijk

van het volgen van rechterlijke uitspraken moet zijn. De Nederlandse rechtspraak kan, in potentie tenminste, bovendien redelijk gemakkelijk voldoen aan de eis dat eventuele schade bij een rechter vergoed moet kunnen worden. Ik kom daar nog op terug met enkele aanbevelingen op dit punt. Een knelpunt zou nog wel de duur van het wetgevingsproces kunnen zijn, in combinatie met het feit dat de wetgever doorgaans geen regeling voor het verleden treft.

11.5.2 Het Luxemburgse perspectief

Het beginsel van effectieve rechtsbescherming maakt ook onderdeel uit van het recht van de Europese Unie. Waar communautair recht in het geding is, rust op de nationale rechter de verplichting om effectieve rechtsbescherming te verlenen. Deze plicht vloeit bovendien voort uit de principiële voorrang die het Unierecht geniet in de rechtsordes van de lidstaten. Zij gaat ver.

In beginsel is de nationale rechter verplicht om alle nationale constitutionele obstakels terzijde te schuiven bij het effectueren van communautaire aanspraken. Zuiver declaratoire vaststelling dat van een schending van Unierecht sprake is, is doorgaans niet voldoende. Datzelfde geldt voor symbolische schadevergoedingen. Zo nodig eist het communautaire beginsel van effectieve rechtsbescherming dat het nationale recht vergaand conform geïnterpreteerd wordt. Ten aanzien van *underinclusiveness*, dus de schending van het communautaire gelijkheidsbeginsel bij begunstiging – doorgaans de grootste groep gevallen waarin de kwestie in Nederland en Duitsland aan de wetgever wordt overgelaten – geldt bovendien dat het Hof van Justitie steevast van oordeel is dat de schending dient te worden opgeheven door de benadeelde groep het voordeel toe te kennen dat de bevoordeelde groep reeds genoot. Van een rechtspolitieke keuze lijkt het Hof in een dergelijk geval niet uit te gaan.

De praktijk van sommige nationale rechters in de Unie, om de wetgever een termijn te gunnen om de schending integraal te verhelpen, staat voorlopig op gespannen voet met de rechtspraak van het Hof van Justitie. Zij zou afbreuk doen aan de voorrang van het communautaire recht in het recht van de lidstaten. Wel lijkt het Hof van Justitie sinds kort een bescheiden nuance te hebben aangebracht. Uitsluitend waar de reden voor terughoudendheid van de nationale rechter gelegen is in de bescherming van fundamentele belangen van derden, acht het Hof van Justitie een uitzondering mogelijk. Het Hof bepaalt, over de band van de prejudiciële procedure, echter zelf wanneer sprake is van een dergelijk uitzonderlijk geval. Constitutioneel-democratische motieven, dus het respecteren van de keuzevrijheid van de wetgever, lijken in dat verband vooralsnog te licht om van een dergelijk uitzonderlijk geval te spreken. Bovendien dient vast te staan dat de wetgever bij de vraag òf een nieuwe regeling moet worden vastgesteld, geen discretie toekomt. Waar van een uitzondering kan worden gesproken, geldt die enkel de situatie dat het aan de wetgever wordt overgelaten hóe een nieuwe regeling er uit komt te

zien. Het is evenwel niet onmogelijk dat het Hof van Justitie deze rechtspraak in de komende jaren verder uitbouwt. Dat zou in elk geval aansluiten bij de hernieuwde aandacht voor de nationale identiteit van de lidstaten en hun constitutionele en politieke structuren, zoals vastgelegd in het nieuwe artikel 4 lid 2 EU-Verdrag. Deze hernieuwde aandacht lijkt, met de nodige voorzichtigheid, ook waar te nemen in de rechtspraak van het Hof van Justitie, zoals de uitspraak in de zaak *Omega Spielhallen* en de conclusie van Advocaat-Generaal Maduro in de zaak *Michaniki* illustreren.[6] Onduidelijk blijft nog wel in hoeverre deze grotere ruimhartigheid zich in de toekomst zal ontwikkelen, en of onder nationale constitutionele identiteit ook de taakverdeling tussen rechter en wetgever moet worden verstaan.

De Nederlandse rechtspraak anticipeert intussen reeds gedeeltelijk op de relatief strenge houding van het Hof van Justitie. In zoverre is er onder het Unierecht geen probleem. Wel kan de onverdedigbare situatie ontstaan dat een claim onder het Unierecht tot een betere rechtsbescherming van de burger – en spiegelbeeldig tot een grotere inbreuk op de politieke prerogatieven van de wetgever – kan leiden dan dezelfde claim onder het EVRM. Dat lijkt mij zeer ongewenst. Het is bovendien de vraag of de rechtspraak van het Hof van Justitie niet wat eenzijdig van het belang van het Unierecht uitgaat. Ook dat Unierecht ligt tegenwoordig ernstig onder vuur. Het zou de democratische legitimatie van dat Unierecht ten goede komen als nationale wetgevers, binnen de kaders die het beginsel van effectieve rechtsbescherming te bieden heeft, over iets meer armslag zouden beschikken. De aanvliegroute zoals ik die bij de bespreking van de EHRM-rechtspraak heb geschetst zou daarvoor aanknopingspunten kunnen bieden. Ik voeg er één aan toe, en dat is dat bezien zou kunnen worden in hoeverre het materiële beginsel structureel onder druk zou komen te staan wanneer de klager in déze specifieke zaak niet onmiddellijk zijn materiële gelijk zou krijgen. Ik werk dat in het kader van de aanbevelingen nader uit.

11.6 Betekenis van de rechtsvergelijking

In de voorgaande hoofdstukken is een uitvoerig beeld geschetst van de grondrechtenbescherming in drie verschillende landen. De onderscheidenlijke posities van rechter en wetgever, en het arsenaal aan remedies waarover elke nationale (constitutionele) rechter daarbij beschikte, stond in dat verband centraal. Deze studie levert een schat aan indrukken en ervaringen op, zonder dat die indrukken noodzakelijkerwijs of rechtstreeks kunnen leiden tot aanbevelingen voor de Nederlandse rechter. In veel gevallen is een, als positief te waarderen,

6 HvJEG 14 oktober 2004, C-36/02 (*Omega Spielhallen t. Oberbürgemeisterin von Bonn*); HvJEU 16 december 2008, C-213/07 (*Michaniki*). Zie voorts: L.F.M. Besselink, 'National and constitutional identity before and after Lisbon', *Utrecht Law Review* 2010, p. 36-49.

jurisprudentielijn of constitutioneel model immers hecht verbonden met de nationale constitutionele identiteit van het betrokken land.

Illustratief is in dat verband het feit dat onder meer de Duitse en Canadese rechters traditioneel aannemen dat zij hun rechtsvormende taak in elk geval niet overschrijden wanneer zij wetgeving algeheel nietig (in het Duitse geval) of onverbindend (in het Canadese geval) verklaren. Zij beschouwen dat als een onlosmakelijk onderdeel van hun taak, en hoewel zij van die bevoegdheid tegenwoordig zelden nog gebruik maken, dient de aanwezigheid ervan wel als reserve-remedie voor gevallen waarin andere remedies de rechter te zeer in de constitutionele gevarenzone zouden brengen. Het lijkt misschien verleidelijk, maar het zou van weinig realiteitszin getuigen om een soortgelijk concept naar de Nederlandse situatie te transplanteren. Nietigheid van wetgeving is, zo noteerde Sillen onlangs nog, in Nederland niet de norm en dat zal het vermoedelijk ook niet zo snel worden.[7] Het onverbindendverklaren met werking *erga omnes* is evenmin aanvaard. Van direct belang voor eventuele aanbevelingen ten aanzien van de knelpunten in de Nederlandse praktijk is een beschrijving van dit gegeven dus niet. Toch dient de beschrijving ervan wel een doel: zij is namelijk onlosmakelijk verbonden met andere elementen in de diverse stelsels van grondrechtenbescherming.

In deze paragraaf wordt niet aan rechtsvergelijking gedaan in de zin dat de verschillen en de overeenkomsten tussen de stelsels uitputtend worden geanalyseerd. Daarvoor is dit boek niet de plaats. Elementen uit de verschillende systemen kunnen evenwel dienen als argument – inspiratiebron voor wie dat zelfs te ver vindt gaan – om op terreinen verbeteringen voor te stellen.

Welke terreinen zijn dat dan?

Ten eerste zal worden ingegaan op de vraag in hoeverre het impliciete uitgangspunt van de Nederlandse rechter, dat sommige keuzes te zeer rechtspolitiek van aard zijn om nog zelf te kunnen maken, ook door andere rechters wordt gedeeld. Staat de Nederlandse rechter daarin alleen, of is rechterlijk abstineren op dit punt juist in alle onderzochte landen de norm? Vervolgens worden de verschillende geïdentificeerde knelpunten nagelopen en bezien of en waarom dergelijke knelpunten in andere landen niet bestaan. In de eerste plaats gaat het daarbij om het toetsingskader dat rechters gebruiken om de plicht tot het bieden van rechtsherstel af te wegen tegen de wens om het primaat van de wetgever zoveel mogelijk te respecteren. Vervolgens wordt bezien hoe, in gevallen waarin deze afweging in het nadeel van de klager uitvalt, het belang van deze klager niettemin zo veel mogelijk gewaarborgd blijft. Tot slot wordt, zij het zeer summier bezien of de rechtsvergelijking iets leert met betrekking tot waarborgen in het wetgevingsproces. Deze exercitie

7 Sillen 2010, p. 160.

mondt vervolgens uit in een tweetal voorstellen om de rechtsbescherming van klagers te optimaliseren.

11.6.1 De *terme de grâce* in vergelijkend perspectief

De maximis non curat praetor? Komt het ook in andere landen voor dat de rechter meent dat sommige zaken eenvoudigweg een beslissing vergen die hij niet in staat is te geven? Het antwoord luidt bevestigend.

Voor de Britse rechter bijvoorbeeld, bevat het constitutionele recht reeds een duidelijke aanwijzing dat niet elke strijd tussen het EVRM en Britse wetgeving door hem kan worden gerepareerd. Weliswaar roept artikel 3 HRA hem op om wetgeving zo mogelijk conform het EVRM te interpreteren, maar die oproep heeft een grens. Waar conforme interpretatie onmogelijk is, dient de rechter zich ertoe te beperken een verklaring van onverenigbaarheid uit te vaardigen (artikel 4 HRA). Hij hoeft dat overigens niet te doen: het betreft een discretionaire bevoegdheid. Hij kan er ook voor kiezen te overwegen dat de desbetreffende wet zich naar zijn oordeel slecht met het EVRM verdraagt, zonder deze constatering te gieten in de vorm van een officiële verklaring. Uitsluitend in het eerste geval beschikt het bestuur dan over een aantal bevoegdheden om de wet versneld aan te passen, en uitsluitend in dat geval zijn regering en parlement op basis van de HRA verplicht om zich over de kwestie te buigen. Laat de rechter de kwestie middels een onverenigbaarverklaring aan de wetgever over, dan is hij deze kwestie definitief kwijt. Laat, met andere woorden, de wetgever de zaken op hun beloop, dan spreekt de rechter niet een nieuwe onverenigbaarverklaring uit. De wetgever is bovendien niet gebonden aan het oordeel van de rechter. Het ligt dan ook niet voor de hand dat de rechter, bij het uitblijven van een reactie van de wetgever, alsnog besluit tot conforme interpretatie. In zoverre reikt, om met Koopmans te spreken, de polsstok van de Britse rechter minder ver dan die van zijn Nederlandse collega, althans in theorie.

11.6.2 Het Britse stelsel

De keuze voor de Britse rechter is dus, vanuit het perspectief van *constitutional design*, eenvoudig: ofwel hij maakt gebruik van zijn bevoegdheid tot conforme interpretatie, ofwel hij laat de kwestie in al dan niet dwingende vorm aan de wetgever over. De methode van conforme interpretatie moet in dit geval worden opgevat als een constitutionele remedie bij uitstek. Beslissend voor de vraag of sprake kan zijn van conforme interpretatie zijn niet de klassieke interpretatiemethoden zoals tekst en wetshistorie. Veeleer laat de Britse rechter zich leiden door een aantal institutionele overwegingen, zoals de vraag of hij het beleid van de wetgever middels interpretatie evident zou doorkruisen,

de vraag of de kwestie noodzaakt tot een integrale modificatie van het wettelijk stelsel, en de vraag of het bieden van rechtsherstel noopt tot een keuze uit verschillende EVRM-conforme interpretaties. Deze benadering komt vrijwel naadloos overeen met de benadering van de Nederlandse rechter, die immers ook de bedoeling en het stelsel van de wet, en de keuzevrijheid voor de wetgever centraal stelt. Hoewel de Nederlandse rechter zich in de verhoudingsgewijs riantere positie bevindt dat hij, wanneer dat een oplossing van het geschil is, de wet altijd nog buiten toepassing kan laten, lijkt toch vooral te moeten worden geconstateerd dat de praktijk van de Nederlandse en de Britse rechter op dit punt, ook in termen van resultaat, zeer dicht bij elkaar ligt gelet op de robuuste wijze waarop Britse rechters de afgelopen jaren van hun interpretatieve bevoegdheid gebruik maakten.

11.6.3 Het Duitse stelsel

Ook de Duitse constitutionele rechter laat het zeer geregeld bij de zuivere (*'bloße'*) verklaring dat de wet onverenigbaar is met bepalingen van de Duitse grondwet. Hij past dan, enigszins paradoxaal, niet de hoofdregel toe dat ongrondwettige wetgeving van rechtswege nietig is. Hij doet dat onder meer wanneer wetgeving in strijd is met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel, maar ook in andere gevallen waarin een regeling op meerdere manieren grondwetsconform kan worden vormgegeven en in gevallen waarin nietigheid van de norm een situatie in het leven zou roepen die met de Duitse grondwet nog slechter te verenigen is dan het tijdelijk voortbestaan van de ongrondwettige norm.

In zulke gevallen gaat het BVerfG er expliciet vanuit dat de wetgever verplicht is het probleem onverwijld te repareren. Grondslag voor deze verplichting is de binding van de wetgever aan het grondwettelijke legaliteitsbeginsel. Zij is in de Duitse literatuur niet omstreden. Mechanismen, zoals het Britse recht inmiddels kent, om te bewerkstelligen dat de wetgever met de kwestie aan de slag gaat, kent het Duitse staatsrecht niet. Daar staat tegenover dat regering en parlement slechts te maken hebben met één duidelijke tegenspeler, het Constitutionele Hof, waarvan de arresten in het Duitse equivalent van het Staatsblad worden geplaatst. Bovendien brengt de onverenigbaarheidsverklaring een opschortplicht met zich voor alle lopende zaken bij reguliere rechters omtrent de voorliggende en soortgelijke zaken. Dit bewerkstelligt dat de klager en justitiabelen die in een soortgelijke positie verkeren, in elk geval kunnen profiteren van reparatiewetgeving.

Zoals uit hoofdstuk 8 naar voren kwam, moet de juridische verplichting tot het initiëren van wijzigingswetgeving worden onderscheiden van de afdwingbaarheid van die plicht. Deze is in de praktijk beperkt. Over de juiste reactie van de rechter op inactiviteit zijdens de wetgever, is de Duitse literatuur verdeeld. Het Constitutionele Hof leek in het verleden vooral de reguliere

rechter te machtigen in dat geval zelf, al rechtsvormend, naar een oplossing op zoek te gaan. Het is echter ook mogelijk dat men er in dat geval voor kiest de regeling alsnog nietig te verklaren. Net als in Nederland, is het in de praktijk echter niet steeds zo dat de rechtspraak 'doorbijt'. Ook de Duitse rechtspraak is terughoudend. Wel kiest het BVerfG er soms voor om, bij wijze van preventieve maatregel, alvast een tijdelijke regeling 'klaar te zetten' voor het geval de wetgever in gebreke blijft.

11.6.4 Het Canadese stelsel

Een middenpositie wordt ingenomen door de Canadese rechter. Ook deze abstineert niet wanneer hij wordt geconfronteerd met ongrondwettige wetgeving die op verschillende manieren grondwetsconform kan worden vormgegeven. Evenmin doet hij dat wanneer het onverbindendverklaren van de wetgeving leidt tot maatschappelijk onaanvaardbare toestanden. De keuze voor de Canadese rechter gaat dan vooral tussen het in-, uit- of beperkend lezen van de wettelijke regeling, of het uitspreken van de onverbindendheid ervan. Ligt een rechtspolitieke keuze in het verschiet, en acht hij zich niet in staat deze te maken, dan kiest hij voor de onverbindendverklaring, zij het dat hij die sinds eind tachtiger en begin negentiger jaren uitdrukkelijk voor een bepaalde termijn opschort. Deze *suspended declaration of invalidity* moet worden onderscheiden van het beperken van de temporele gevolgen van nietigheid. In dat laatste geval kan door bepaalde klagers geen beroep worden gedaan op de nietigheid van een voorschrift. In het eerste geval is die nietigheid tijdelijk opgeschort, maar herleeft zij indien de wetgever na verloop van tijd nog steeds niet in actie is gekomen. Het voordeel van deze benadering is haar transparantie. Zowel voor de klagers, als voor de wetgever is het duidelijk wat de gevolgen zijn als de wetgever de kwestie op zijn beloop laat, waartoe hij overigens, anders dan in bijvoorbeeld de Duitse situatie, strikt genomen wel gerechtigd is. Vanuit het perspectief van de voorrang van de grondwet is dit alternatief dan ook aantrekkelijk omdat het bewerkstelligt dat deze voorrang na verloop van tijd geëffectueerd wordt. De vertraging die met het opschorten gemoeid is wordt bovendien gelegitimeerd geacht door de plicht voor de rechter om, indien mogelijk en proportioneel, de democratische prerogatieven van de wetgever te respecteren en maatschappelijke chaos te vermijden. Vanuit het perspectief van effectieve rechtsbescherming van de individuele klager kan het alternatief in sommige zaken minder goed uitpakken. Blijft de wetgever inactief, dan is het gevolg nietigheid van de regeling. Gaat het om een begunstigende regeling, dan wint de klager in dat geval ook niets bij zijn zaak. Niettemin is deze praktijk ook voor dergelijke klagers te prefereren boven onmiddellijke nietigheid van de desbetreffende wet. Schort de rechter de nietigheid op, dan biedt de rechter de wetgever immers de mogelijkheid de kwestie ook voor de klager en zijn lotgenoten op bevredigende

wijze te regelen. In sommige gevallen doet de rechter de wetgever in zijn uitspraak bovendien enkele niet-bindende suggesties aan de hand. Klager wordt daarmee in elk geval een hoopvol perspectief geboden.

11.6.5 Evaluatie

Resumerend kan worden vastgesteld dat de rechterlijke terugtred bij het bieden van rechtsherstel na de vaststelling dat sprake is van een ongrondwettig of EVRM-strijdig voorschrift voornamelijk een Europees fenomeen is. Dat laat onverlet dat in alle bestudeerde rechtsstelsels geworsteld wordt met de vraag hoe de rechter de wetgever zoveel mogelijk ruimte en respijt kan gunnen wanneer hij wetgeving in strijd met hoger recht acht. Dat de Nederlandse rechter in sommige zaken overweegt de kwestie over te laten aan de wetgever, is vanuit vergelijkend perspectief dan ook geen gekke gedachte. Hoewel alle rechters, inclusief de Britse, in theorie wel de bevoegdheid hebben om een keuze te maken, maken zij daar zelden gebruik van. De Canadese rechter kan deze keuze in theorie maken, maar hij valt doorgaans terug op de opgeschorte onverbindendverklaring, hetgeen in zekere zin natuurlijk ook een keuze is, maar wel een die het initiatief in belangrijke mate bij de wetgever legt. De Europese nationale rechters leggen het initiatief helemaal bij de wetgever, zij het dat de Duitse en Nederlandse rechters zich het recht voorbehouden in de toekomst van mening te veranderen. De Britse rechter is er nooit toe overgegaan iets dergelijks te claimen en dat ligt, gelet op zijn plaats in het staatsbestel, ook niet voor de hand. Hij weet zich echter gesterkt door de gedachte dat het wetgevingsproces in het Verenigd Koninkrijk bijzondere waarborgen biedt zodat in elk geval een beslissing van de wetgever wordt uitgelokt. In de afweging òf hij de kwestie aan de wetgever zal overlaten, lijkt – het zij voorzichtig geopperd – de Britse rechter bovendien impliciet rekening te houden met de vraag of de klager van de wetgever concreet iets te verwachten heeft.

In dat opzicht valt op dat het Nederlandse stelsel vergelijkenderwijs weinig waarborgen biedt voor klagers in wier procedure uiteindelijk door de rechter wordt besloten dat de kwestie er een is voor de wetgever. Wordt, zoals gezegd, in het Verenigd Koninkrijk ingezet op een relatief snelle behandeling door de wetgever (wat overigens lang niet altijd lukt), waarbij in de praktijk bovendien tot dusver steeds op enigerlei wijze werd geconformeerd aan het oordeel van de rechter, in Duitsland wordt recht gedaan aan de belangen van de klager doordat de behandeling van zijn zaak en die van vergelijkbare klagers wordt opgeschort totdat de wetgever voor reparatiewetgeving heeft gezorgd. Door middel van analoge toepassing van die wetswijziging, dan wel *ex nunc* toetsing kan de reguliere rechter er vervolgens zorg voor dragen dat deze groep in elk geval van de wetswijziging profiteert. De Duitse rechter verbindt bovendien nog weleens een tijdelijke regeling aan zijn declaratoir. Anders dan de Neder-

landse rechter toonde de Duitse rechter zich, tot slot, in het verleden, zij het spaarzaam, bereid door te bijten wanneer de wetgever te lang op zich liet wachten. Het Canadese stelsel komt, zoals gezegd, eveneens aan de belangen van de eiser tegemoet door in elk geval een zeer concrete stok achter de deur, in de vorm van de onverbindendheid van de aangevallen norm, te zetten. Hoewel de Nederlandse rechter zich dus in goed gezelschap bevindt voor wat betreft de beslissing om sommige zaken vooralsnog aan de wetgever voor te behouden, wordt juist in de Nederlandse situatie relatief weinig recht gedaan aan het belang van effectieve rechtsbescherming.

11.7 AANBEVELINGEN

In de paragrafen 11.4 en 11.5 kwamen wat knelpunten ter sprake. Die knelpunten zijn in drie clusters te groeperen: het toetsingskader (in welke gevallen abstineert de rechter?), de positie van de eiser, en de coherentie van het stelsel van rechtsbescherming. Ik begin met dat laatste punt.

11.7.1 Naar een coherentere invulling van effectieve rechtsbescherming

Eén beginsel van effectieve rechtsbescherming, dat op twee heel verschillende manieren in Europa wordt ingevuld. Dat is de belangrijkste conclusie van deel II. De vraag is of daar enige harmonie in kan worden aangebracht. Ik meen dat het wenselijk is om naar harmonisering te streven. Het is op nationaal niveau onbegrijpelijk dat dezelfde ongelijke behandeling onder het Unierecht wél, en onder het EVRM níet hoeft te worden geremedieerd. Barkhuysen wees enige jaren geleden al op de gevaren van het Europese recht voor de coherentie van het nationale stelsel van rechtsbescherming.[8] Daar komt bij dat de rechtspraak van beide Europese hoven in mijn ogen gemankeerd is. De Straatsburgse rechter lijkt eenvoudig voor de kwestie weg te lopen door zijn rechtspraak te handhaven dat artikel 13 EVRM geen rechtsmiddel eist tegen formele wetgeving. De Luxemburgse rechter lijkt zijn toestel daarentegen juist te overtrekken, door de kwestie af te doen zonder enige aandacht voor de precaire afwegingen die nationale rechters nu eenmaal af en toe moeten maken. Harmonisatie en een dialoog op dit punt tussen beide Hoven biedt dus kansen de belangen die gemoeid zijn met de rechtsbescherming tegen formele wetgeving in elk geval helder voor het voetlicht te krijgen.

Hoe zou harmonisatie er dan uit moeten zien? Het lijkt mij in de eerste plaats essentieel dat het EHRM begint uit te spreken dat artikel 13 EVRM een rechtsmiddel eist waarmee mensenrechtelijke defecten van formele wetgeving aan de orde kunnen worden gesteld zodat defecten in de rechtsbescherming

8 Barkhuysen 2006.

rechtstreeks aan het EHRM kunnen worden voorgelegd. Het lijkt mij evenzeer essentieel dat het Hof van Justitie EU voorzichtig een aantal uitzonderingen aanvaardt op het uitgangspunt dat strijdig nationaal recht buiten toepassing wordt gelaten. Het kan in dat verband drie criteria formuleren. In de eerste plaats moet zo'n doorbreking van de voorrangsregel, onder verwijzing naar een (ongeschreven) constitutionele regel, aan het Hof zelf worden voorgelegd. In de tweede plaats dient het Hof ervan overtuigd te worden dat de structurele werking van de Unierechtelijke regeling geen gevaar loopt, en in de derde plaats dient de gedupeerde eiser op de één of andere manier te worden gecompenseerd. Het arrest *Winner Wetten* zou in dat verband als breekijzer kunnen dienen.[9] De rechtspraak van het EHRM over rechterlijke termijnen en over de Britse *declaration of incompatibility* kan als vertrekpunt dienen, zij het dat ook het EHRM meer aandacht zou kunnen besteden aan de vraag of een *terme de grâce* in een specifiek geval de rechtsbescherming van een bepaald recht niet onder druk zet.

11.7.2 Het toetsingskader van de nationale rechter

Het toetsingsmodel dat de Hoge Raad in het arrest *Arbeidskostenforfait* formuleerde ziet er op het eerste gezicht adequaat uit.[10] Het is genuanceerd en helder. Toch is er plaats voor verbetering.

Ten eerste suggereert het model geslotenheid. Dat is niet het geval. Zowel voor als na het arrest abstineert de rechter om redenen die niets met het model te maken hebben. Het komt de transparantie ten goede wanneer de Hoge Raad gronden als de rechtszekerheid van derden en de disproportionaliteit van een bepaalde remedie openlijk zou erkennen. Ik zie geen redenen waarom de Hoge Raad zulke redenen zou moeten verhullen. Gelet op de Duitse rechtspraak, waarin een veelheid aan belangen wordt erkend, lijkt het mij wel zaak daarmee spaarzaam om te gaan.

De reikwijdte van de *terme de grâce* zou met de vorige suggestie vergroot worden. Dat hoeft niet erg te zijn. Abstineren komt echter relatief vaak voor bij bepaalde rechten zoals het gelijkheidsbeginsel. Gebeurt het te vaak, en reageert de wetgever niet zoals hij zou moeten doen, dan blijft van de betekenis van artikelen als 26 IVBPR, 14 EVRM en 1 Twaalfde Protocol EVRM weinig over. De betekenis van het Unierechtelijke beginsel groeit daarentegen. De Nederlandse rechter voelt zich op dat terrein immers niet vrij te abstineren. Dat levert zowel voor de rechter, als voor de justitiabele een enigszins schizofrene, en daarmee onbevredigende, situatie op. Het toetsingsmodel zou daarmee rekening kunnen houden.

---

9 HvJ EU 8 september 2010, C-409/06, *JB* 2010/247 m.nt. Uzman (*Winner Wetten*).
10 HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*).

De reikwijdte van de *terme de grâce* wordt ook vergroot wanneer de rechter te gemakkelijk meent dat een bepaalde kwestie het politieke primaat raakt. In sommige gevallen hoeft de wetgever het geen probleem te vinden dat de rechter intervenieert, in andere kwesties is dat wel het geval. Hier kan de, in de Canadese rechtspraktijk ontwikkelde, notie van constitutionele dialoog dienstig zijn. Aanknopingspunt is de vraag of de gevolgen van de rechterlijke rechtsvorming de wetgever zodanig voor een *fait accompli* stellen dat hij deze gevolgen niet meer eenvoudig ongedaan kan maken. Deze inschatting heeft in hoge mate een politiek, meer dan een juridisch karakter. Het gaat er dus niet alleen om dat de wetgever formeel gesproken niet meer in staat is om de consequenties van de rechterlijke rechtsvorming terug te draaien, maar ook dat hij daartoe feitelijk niet meer in staat is. Kent de rechter bijvoorbeeld belastingvrijstelling toe, dan dient te worden nagegaan in hoeverre het realistisch is dat de wetgever deze vrijstelling op korte termijn weer intrekt zonder in de samenleving onrust te scheppen.

Een belangrijk knelpunt is wat mij betreft tot slot, dat het toetsingsmodel zich presenteert als een afweging, waar het in wezen geen afweging ís. Het belang van de klager speelt daarin, in relatieve zin, geen rol. Het lijkt – tenminste voor de argeloze lezer – niet uit te maken of het gaat om een belastinggeschil van 50 Euro, een erfenis van 50.000 Euro of om ouderlijk gezag. Dat is de grootte van het belang, maar ik zou bovendien willen voorstellen dat de Nederlandse rechter meer aandacht schenkt aan de *aard* van het belang van de klager bij rechtsbescherming. Iemand die het homohuwelijk op de parlementaire agenda wil zetten heeft bij een *terme de grâce* al veel te winnen. Dat ligt anders waar de klager procedeert over het behoud van de eigen woning of waar het gaat om de toelaatbaarheid van bewijs in een strafrechtelijke procedure. In dat geval hebben de huurder, respectievelijk de verdachte, niet de tijd om de deliberaties van de wetgever af te wachten. Hun belang is dan een zwaarwegende factor die wijst in de richting van rechterlijke rechtsvorming.

Het toetsingsmodel dat de Hoge Raad in *Arbeidskostenforfait* formuleerde verdient dus enige nuancering. Dat kan aan de hand van een stappenschema:

1 Leidt verdragsconforme uitleg, of het buiten toepassing laten, van het nationale recht tot een passende remedie?
2 Leidt het, op deze wijze, bieden van rechtsbescherming *daadwerkelijk* tot een inbreuk op het primaat van de wetgever? Met andere woorden:
   a. Laat het normconflict zich op verschillende verdragsconforme manieren oplossen?
   b. Zou een keuze van de rechter, uit één van deze oplossingen, een latere keuze van de wetgever feitelijk ondergraven?

3 Laat het belang van de klager bij effectieve rechtsbescherming toe dat de rechter de kwestie (voorlopig) overlaat aan de wetgever? Dat hangt af van vier gezichtspunten:
   a. De aard van zijn belang bij gegrondverklaring of toewijzing van zijn vordering;
   b. De spoedeisendheid die daarmee gepaard gaat;
   c. De verwachting dat de wetgever binnen een redelijke termijn reageert;
   d. De relatieve eenvoud voor de klager om op alternatieve wijzen rechtsherstel te krijgen wanneer de wetgever niet, of te laat, reageert.
4 Bij een negatief antwoord op vraag drie: prevaleert niettemin het belang bij rechterlijke terughoudendheid boven het belang van de klager bij effectieve rechtsbescherming…
   a. … omdat een 'voorlopige keuze' van de rechter de belangen van derden raakt…;
   b. … in strijd komt met een fundamenteel rechtsbeginsel…;
   c. … of het algemeen belang op een zeer ernstige wijze bedreigt?

11.7.3 Meer aandacht voor de positie van de klager: schadevergoeding

De klager komt er in de huidige opzet van de *terme de grâce* bekaaid vanaf. Dat er een constitutioneel belang gediend is met een terughoudende opstelling van de rechter op het punt van de rechtsvorming is één ding, maar het is in de praktijk het individu dat de prijs betaalt. Eén mogelijkheid om hem daarbij tegemoet te komen is gelegen in de creatieve inzet van het aansprakelijkheidsrecht. Het Nederlandse recht kan op dit punt beter aangesloten worden bij de Straatsburgse praktijk zoals ik die geschetst heb. Zowel waar het gaat om materiële schade, als om immateriële schade is de Nederlandse rechter vooralsnog erg terughoudend. Bovendien staat het procesrecht in de weg aan een effectieve afhandeling van zo'n claim. In dat verband is het aan te bevelen dat de Nederlandse bestuurs- en belastingrechters, in het kader van de *terme de grâce,* een beroep gegrond verklaren. In dat geval openen zij de mogelijkheid om in schadevergoeding te voorzien. Dat zou ongemakkelijke rechtsmachtproblemen tussen de civiele rechter en de bijzondere rechter voorkomen.[11]

11.7.4 Betere dialoog: naar een constitutionele lus

De geringe aandacht voor de klager uit zich ook nog in iets anders. Waar rechter en bestuur in Duitsland verplicht zijn om lopende zaken op te schorten als het BVerfG een regeling onverenigbaar met het GG heeft verklaard, is iets

11 In hoofdstuk 5 kwam ik tot de inschatting dat onder de Wet Nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten dezelfde problematiek speelt.

dergelijks in Nederland niet aan de orde. Het veronderstelt dat de rechterlijke uitspraak waarin de onverenigbaarheid werd vastgesteld *erga omnes* werkt. Waar het belang van de klager in Canada voorts geholpen is met een rechterlijke uitspraak op termijn: de wet wordt nietig verklaard of anders uitgelegd maar de wetgever krijgt nog even de tijd om een andere oplossing te verzinnen, kent het Nederlandse recht een soortgelijke innovatieve oplossing evenmin. Het sleutelen met de temporele werking van de uitspraak is in Nederland nog geen gemeengoed. Hoewel men zich daar in de Nederlandse rechtspraak theoretisch toe bevoegd acht, begint men er niet aan. En waar de Canadese rechter de wetgever suggesties doet – *constitutional hints* genoemd – waarin hij bijvoorbeeld adviseert om een regeling te treffen voor gevallen in het verleden, blijft de Nederlandse rechter bij zijn leest. Toch zouden elementen van de hiervoor aangehaalde Duitse en Canadese rechtspraktijk wel een rol kunnen krijgen in het Nederlandse constitutionele procesrecht.

Ik stel in dat verband voor om de bestuurlijke lus door te ontwikkelen tot een constitutionele lus, in eerste instantie in het bestuursrecht en het belastingrecht. Inspiratie zou in dat verband kunnen worden ontleend aan de relatief recent ingevoerde figuur van de bestuurlijke lus in het bestuursrecht. Deze figuur, onder meer geregeld in de artikelen 8:51a-c en 8:80a en 8:80b Awb, maakt het mogelijk dat de bestuursrechter het bestuur bij tussenuitspraak de gelegenheid geeft om fouten in een besluit te herstellen. In de tussenuitspraak wordt zo nauwkeurig mogelijk aangegeven wat de juridische bezwaren zijn tegen de desbetreffende beschikking. Tegelijkertijd wordt getracht de keuzevrijheid van het bestuursorgaan bij de vormgeving van een rechtmatige oplossing zo veel mogelijk te respecteren. Het bestuursorgaan dient vervolgens zo spoedig mogelijk aan de rechter mede te delen of van de geboden mogelijkheid gebruik zal worden gemaakt. Is dat het geval, dan informeert het rechter en appellant over de wijze waarop het gebrek is of wordt hersteld. Partijen kunnen dan zienswijzen uiten over het herstel. De rechter bepaalt vervolgens binnen vier weken hoe het beroep verder wordt behandeld. Bij zijn einduitspraak is de rechter evenwel gebonden aan hetgeen hij in de overwegingen van zijn tussenuitspraak heeft beslist, hoewel deze binding niet absoluut is: in zeer uitzonderlijke gevallen kan daarop worden teruggekomen.[12]

De figuur van de tussenuitspraak biedt wellicht perspectieven voor de aan verdragsrecht toetsende rechter. Door de bezwaren tegen een wettelijk voorschrift bij tussenuitspraak te ventileren, en de zaak vervolgens aan te houden totdat de wetgever heeft beslist of en hoe de regeling zal worden gerepareerd, valt een soortgelijk resultaat te bereiken als met de hiervoor behandelde remedie op termijn. Het voordeel is bovendien dat de rechter de tussenuitspraak kan gebruiken om de wetgever suggesties (een variant op de *constitutional hints*) aan de hand te doen over de contouren van een oplossing. Let

12 Vgl. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 6, p. 9, 18-20.

wel: het gaat om suggesties en niet om geboden. In het bijzonder kan de rechter in dat geval de aandacht vestigen op de wenselijkheid van een regeling voor de reeds door de schending getroffen gevallen. Dat zou bijvoorbeeld kunnen doordat de wetgever expliciet terugwerkende kracht toekent aan de geformuleerde reparatiewetgeving. Uiteraard dient in dat verband wel nauwkeurig te worden nagegaan hoe deze maatregel van invloed is op de belangen van derden.

Eerder werd, onder meer door Van Kreveld, reeds een duidelijkere terugkoppeling bepleit, bijvoorbeeld door bestuursrechters mogelijke fouten en gebreken in wetgeving op een formulier te laten aantekenen, dat via de wetgevingsadvisering door de Raad van State onder de aandacht van de wetgever wordt gebracht.[13] De figuur van de tussenuitspraak is, in vergelijking daarmee, een formeel instrument. Daarbij moet aangetekend worden dat het in mijn voorstel niet gaat om alle gebreken aan een wettelijke regeling, enkel om de onverenigbaarheid van voorschriften met mensenrechten. In dergelijke gevallen heeft de tussenuitspraak als voordeel boven de methode van terugkoppeling middels formulieren, dat zij transparanter is en meer recht doet aan de gegroeide constitutionele rol van de rechter in het staatsbestel. Op deze wijze kan bovendien het beeld worden voorkomen, dat de rechter tegenwoordig een kamer deelt met wetgevingsambtenaren op het ministerie van Rechtsvorming.[14] Een voordeel van het ventileren van constitutionele bezwaren tegen wettelijke voorschriften bij tussenuitspraak is bovendien dat de rechter zo een efficiëntere dialoog met de wetgever kan aangaan, dan hij dat zou kunnen als hij zijn bezwaren in de overwegingen van zijn einduitspraak zou vastleggen. In dat laatste geval dient hij immers een definitieve beslissing te nemen over de vraag of hij het probleem zelf kan en moet oplossen, dan wel dat hij een en ander beter kan overlaten aan de wetgever. Op de vraag of hij daarbij de juiste inschatting heeft gemaakt, krijgt hij bovendien geen duidelijk antwoord. Geeft de rechter de wetgever bij tussenuitspraak in overweging de regeling zelf aan te passen, dan kan hij zich, door de reactie van de wetgever op de tussenuitspraak, laten voorlichten over de vraag in hoeverre rechterlijke rechtsvorming vanuit het perspectief van de wetgever als wenselijk of problematisch wordt ervaren. Ook hier geldt overigens dat de reactie van de wetgever – indien deze de wettelijke regeling niet aanpast conform de suggesties van de rechter – strikt genomen niet bindend is voor de rechter. Dit betekent dat de rechter zich steeds de mogelijkheid voorbehoudt dat hij, ook tegen de zin van de wetgever in, bij het vormgeven van de einduitspraak gebruik maakt van zijn bevoegdheid ex artikel 94 Gw en zijn interpretatieve mandaat.

---

13 Van Kreveld 2006b, p. 1990-1991. Zie voorts Van Amersfoort 2006, p. 201; Gerards 2008, p. 186.

14 Vgl. in dat verband het Vooraf van Hartlief in *NJB* 2009/17.

Het belangrijkste voordeel van de figuur van de tussenbeslissing is evenwel dat de rechter bij het nemen van een eindbeslissing met een mogelijke wetswijziging rekening kan houden. De klager houdt dan enig zicht op de situatie dat ook hij profiteert van een wetswijziging. Volgt de wetgever de suggesties van de rechter op, en zorgt hij – in het ideale geval – ook voor een adequate regeling voor reeds getroffen gevallen, dan kan de rechter deze nieuwe regeling onmiddellijk toepassen in de zaak van de klager – mits overigens het belang van derden en hun rechtszekerheid zich daartegen niet verzet. Heeft de wetgever geen regeling met betrekking tot 'oude gevallen' getroffen, maar is er wel zicht op reparatiewetgeving, dan staat de rechter voor de keuze om deze wetgeving analoog op het geval van de klager toe te passen, zelf alsnog in het rechtstekort te voorzien of de kwestie te laten voor wat zij is, wat *de facto* neerkomt op het resultaat van de huidige rechtspraak omtrent de rechtsvormende taak. Repareert de wetgever in het geheel niet, dan staat de rechter eveneens voor de keuze tussen die laatste twee opties. Het voordeel ten opzichte van de huidige situatie is echter, dat de wetgever dan in elk geval reeds de gelegenheid heeft gekregen zich over de kwestie te buigen, en dat de rechter voorgelicht kan zijn over de vraag in hoeverre de wetgever moeite heeft met rechterlijke rechtsvorming op dit punt, of juist in het geheel niet. De beslissing of een zaak werkelijk de constitutionele positie van de rechter in het staatsbestel te buiten gaat, wordt dan aanmerkelijk genuanceerder dan nu het geval is.

Is de terugkoppeling via een tussenuitspraak dan in het geheel niet problematisch? Zover wil ik niet gaan. Een punt van aandacht is in elk geval dat de snelheid waarmee tot een einduitspraak kan worden gekomen aanmerkelijk wordt verminderd. Dat kan onder meer problemen opleveren met de redelijke termijn waarbinnen de rechterlijke procedure moet worden afgerond. Niettemin acht ik dit bezwaar overkomelijk. In de eerste plaats kan erop gewezen worden dat de rechtspraak inzake de redelijke termijn rekening houdt met de ingewikkeldheid van de zaak. Te verdedigen valt dat de toetsing van formele wetgeving aan fundamentele mensenrechten als zodanig een ingewikkelde constitutionele kwestie betreft, al moet onmiddellijk worden aangetekend dat juist in dit soort zaken een relatief spoedige beslissing van groot belang is. Waar de rechter echter tegen de grenzen van zijn constitutionele kunnen aanschuurt, juist in een uiterste poging om de justitiabele ter wille te zijn, is het evengoed wel begrijpelijk dat deze poging wat meer tijd kost. Daarbij komt, dat de kans vergroot wordt dat de klager niet nogmaals een nieuwe procedure hoeft te beginnen om zijn gelijk, althans in termen van rechtsherstel, alsnog te krijgen nadat de wetgever voor reparatiewetgeving heeft gezorgd, of deze juist in gebreke is gebleven daarvoor zorg te dragen. Per saldo lijkt de constitutionele lus daarom wel efficiënt.

Hoe moet een dergelijke 'constitutionele lus' worden vormgegeven?

Voor invoering van zo'n constitutionele lus zou, in elk geval in het strafrecht en vermoedelijk ook in het civiele recht wetswijziging nodig zijn. In het geval van het strafrecht valt op dat de strafrechter zelden abstineert. De constitutionele lus zou, voor dat rechtsgebied, neerkomen op het schieten met een kanon op een mug. Dat ligt anders voor het belastingrecht en het burgerlijk recht, met name het personen- en familierecht. Gelet op het feit dat de bestuurlijke lus met enige goede wil is te gebruiken als voertuig voor de constitutionele versie ervan, zou ik voorstellen om te beginnen met een proef in het belasting- en het bestuursrecht. Dan blijven er wel wat obstakels over.

Een eerste probleem is dat de wetgever – behoudens in procedures tegen de Staat – in de meeste gevallen geen partij is bij de procedure waarin de onverenigbaarheid van wettelijke voorschriften aan de orde worden gesteld. In veruit de meeste gevallen is immers sprake van exceptieve toetsing en de vraag om een, defensief ingeroepen, constitutionele remedie. Een bijkomend probleem is overigens ook wie de wetgever in dit verband moet worden geacht te zijn. Een korte blik op een aantal van de hiervoor bestudeerde rechtsstelsels leert dat het in alle drie de landen (Canada, Verenigd Koninkrijk en Duitsland) gebruikelijk – zo niet wettelijk geregeld – is dat een vertegenwoordiger van de regering – de minister van Justitie of de *Attorney General*, die in het Verenigd Koninkrijk de belangrijkste juridische adviseur van de regering is – in elk geval van de gestelde onverenigbaarheid genotificeerd moet worden zodat hij de mogelijkheid heeft om in de procedure te interveniëren. Daarmee wordt bewerkstelligd dat regering en – indirect – parlement de mogelijkheid hebben om de strijdigheid van de wet voor de rechter gemotiveerd te ontkennen. Nog los van overwegingen met betrekking tot vorm te geven remedies, lijkt mij een dergelijke maatregel ook voor de Nederlandse situatie bijzonder nuttig. Ik ga daar verder niet op in. Duidelijk is evenwel dat, in de genoemde landen, de *Attorney General* en de minister van Justitie worden beschouwd als liaison tussen de wetgever en de rechter. Daar zou bij kunnen worden aangesloten. Teneinde de wetgever bij tussenuitspraak de mogelijkheid te kunnen geven om wijzigingswetgeving te initiëren, zou dus de minister van Justitie, dan wel in civiele procedures de Staat der Nederlanden, in de procedure kunnen worden opgeroepen. In het bestuursrecht kan daarvoor worden teruggevallen op artikel 8:26 Awb.[15] Inspiratie kan in dat verband worden ontleend aan de rechtspraktijk van de bestuursrechter om de minister van Justitie in het geding te brengen wanneer hij een schending van de redelijke termijn meent te constateren.

De rechter legt zijn bezwaren en suggesties vervolgens vast in een tussenuitspraak. De mogelijkheid om een tussenuitspraak te doen is inmiddels in

15 Voor wat betreft beroep en hoger beroep voor de Afdeling, de Centrale Raad en het CBB kan in dat verband worden gewezen op, respectievelijk, de artikelen 46 lid 1 en 49 lid 1 RvS; 17 lid 1 en 21 lid 1 Beroepswet, en 19 lid 1 en 22 lid 1 Wbbo.

geen van de rechterlijke kolommen meer onbekend. Niettemin beperkt de Awb de reikwijdte van de tussenuitspraak in artikel 8:80a Awb tot gevallen waarin sprake is van de bestuurlijke lus. De constitutionele lus zou dus in de bestuurlijke moeten worden ingevlochten. Ik zie daar geen bezwaren. Voor wat betreft het bieden van de gelegenheid tot het bieden van herstel, kan losjes worden aangesloten bij de systematiek die door de wetgever in de artikelen 8:51a-c en 8:80a-b Awb werd geïntroduceerd. De rechter stelt de minister dan voor dat deze de mogelijkheid van wetswijziging bespreekt in de Tweede Kamer. Gedurende de tijd die daarvoor nodig is, houdt de rechter de eindbeslissing in de zaak aan. Datzelfde geldt, op vrijwillige basis, voor rechters die menen dat zij een zaak hebben waarin van een soortgelijke rechtsvraag sprake is. De minister rapporteert vervolgens aan de rechter aan de hand van de uitkomst van het debat over de mogelijkheden die hij ziet voor wetswijziging. Partijen kunnen op deze rapportage vervolgens reageren. Aan de hand van deze gegevens beslist de rechter uiteindelijk of hij de zaak nader opschort – totdat meer duidelijk is over het eindresultaat van het wetgevingsproces – dan wel dat hij onmiddellijk uitspraak doet. In dat laatste geval doet hij uitspraak conform zijn instrumentarium. Schort hij de zaak nader op, en volgt binnen afzienbare tijd reparatiewetgeving, dan dient deze zelfde rechter over de discretionaire bevoegdheid te beschikken uitspraak te doen aan de hand van het recht zoals dat er *ex nunc* ligt. Hij zal daarmee in sommige gevallen afwijken van de geldende uitgangspunten van het procesrecht. In zoverre is een wettelijke basis zeer gewenst.

Eén belangrijke vraag resteert nog. Welke rechters moeten allemaal de mogelijkheid hebben om het initiatief tot een constitutionele lus te kunnen nemen? Het lijkt, gelet op de lengte van de procedure – zeker in verband met de ruime termijn die de wetgever doorgaans pleegt nodig te hebben voor wetswijziging – te verkiezen om de constitutionele lus tot één instantie te beperken. Het lijkt mij in dat geval, zonder de ogen te willen sluiten voor de nadelen, voor de hand liggend om dan de hoogste rechter, dus de hoogste bestuursrechters en de Hoge Raad, daarvoor aan te wijzen. Dit betekent dat lagere rechters slechts de, huidig gangbare, keuze hebben tussen het bieden van rechtsherstel enerzijds en het abstineren anderzijds. Een voordeel daarvan is echter wel dat zij daarmee een dossier opbouwen dat door de hoogste rechter relatief eenvoudig kan worden gedeeld met de wetgever.

11.8 SLOTAKKOORD: DE *TERME DE GRÂCE* IN DE OPTOCHT DOOR DE TIJD

Het wordt tijd voor een afronding. In de inleiding refereerde ik aan een internationaal debat over de rol van de rechter in de samenleving. Voorbij is de tijd van het optimisme over de capaciteiten van de rechter in het vormgeven van een mooiere, betere samenleving op basis van vrijheid, gelijkheid en waardigheid. Langdurige geschillen over school- en gevangenishervormin-

gen in de Verenigde Staten, felle debatten over omstreden uitspraken van het Duitse Constitutionele Hof over abortus, van het EHRM over het kiesrecht van gevangenen, en van beide hoven over kruisbeelden, rechterlijk gekissebis over de juiste interpretatie van het Vrouwenverdrag in Nederland. Het lijkt allemaal te hebben geleid tot een zekere scepsis inzake de rechterlijke bescherming van mensenrechten. En niet alleen dat, het lijkt er óók op dat de rechterlijke voortvarendheid bij het handhaven en evolutief uitleggen van mensenrechten tot een zekere scepsis over dat verschijnsel zélf heeft geleid. En toch is, zoals ik in de inleiding aanhaalde, de rol van de rechter in de westerse samenleving vermoedelijk nog nooit zo groot geweest als hij momenteel is. In zoverre leeft de rechter in een paradoxale tijd – een tijd zoals Charles Dickens die in *A Tale of Two Cities* ooit omschreef als *the best of times and the worst of times*. Nooit was zijn invloed zo groot, nooit de kritiek zo fel.

De uitweg lijkt te zijn dat de rechter 'prudent' met zijn taak omgaat, en dat hij zich houdt bij waar hij goed in is. *Institutional competence* noemen sommige mensen dat: de rechter oordeelt, wetgever en bestuur implementeren. Een dialogische manier van naar de wereld kijken, zeggen anderen. Het past in dat beeld om de *terme de grâce* zoals die in de Nederlandse rechtspraak vorm heeft gekregen, te beschouwen als een remedie en niet als de *weigering* in een remedie te voorzien. Daar zit ongetwijfeld veel waarheid in. Als de rechter oordeelt dat een wettelijke regeling in strijd is met mensenrechten, en de wetgever verandert die wet, dan is dat een verbetering die ongetwijfeld ook op het conto kan worden geschreven van het rechterlijke declaratoir. Maar alle staatsrechtelijke theorieën moeten niet het zicht op de werkelijkheid ontnemen dat het rechterlijk proces er in de eerste plaats is voor de individuele burger, en niet voor de wetgever. Zijn remedies zijn in de eerste plaats bedoeld voor degene die erom gevraagd heeft, en niet voor het grote publiek. De verbetering moet niet in de laatste plaats ten goede komen aan de burger die de procedure begon. Ik heb in dit boek geprobeerd te bezien of de *terme de grâce* van géén remedie of een zwakke remedie, kan worden omgebouwd in een zwakke remedie met sterke kanten. Een remedie die ruimte laat voor het primaat van de wetgever in het proces van de rechtsvorming, maar ook een remedie waar de individuele klager op relatief korte termijn ook echt iets aan heeft. Want laten we eerlijk zijn: *nobody but a law professor likes litigating for the sheer pleasure of it*.[16]

16 T. Koopmans, 'Retroactivity reconsidered', *Cambridge L.J.* 1980, p. 287-303.

Summary

Constitutional remedies of human rights violations
On effective legal protection, judicial abstaining and court-legislature dialogues

1 Introduction

Most people who contemplate litigating expect to gain something from it. If an evil neighbour has accidentally forgotten to return one's book then litigation should lead to an injunction directing him to return it within six days. One would hardly settle for a court merely acknowledging that the book should indeed have been returned. The same is the case in public law, where the litigant is a citizen complaining of legislation that supposedly violates her human rights. Of course the courts may not agree with the litigant that there actually is a rights violation. But if they do, the question of the appropriate remedy arises. Again, a mere recognition of a violation may not satisfy the claimant.

And yet this is what frequently happens in courts both in the Netherlands and abroad. The reason for this judicial reluctancy to issue a remedy is of a constitutional nature. Courts defer to the legislature because rectifying the human rights violation would involve major policy questions the courts consider themselves unable to decide upon.

This phenomenon has its roots in the evolution of human rights law and 'rights discourse'. The content of basic rights has changed over the years. It has moved well beyond classic notions of non-interference and protection against tyranny. Human rights are perhaps more aptly associated with concepts such as 'good governance'. They offer a framework for society and may have a positive, rather than just a negative story to tell. Traditional models of judicial review, in which courts are viewed as guarding the boundaries of legislative action, fit badly the reality of human rights offering a framework for the balancing of different social claims rather than clear limits. Moreover, while the same rights may be clear on what should *not have happened*, they seldom point courts to one right answer as to what should be the road to follow.

One strategy to deal with this is to boldly interpret rights and enforce them. U.S. constitutional law for instance, has a rich history of courts engaging in structural reform on the basis of the Constitution such as in the famous school seggregation cases. Equally, the German Federal Constitutional Court issued

some notorious rulings on abortion.The Dutch Supreme Court used the ECHR to engage in rather drastic reforms of family law.

This strategy has led to criticisms of judicial supremacy. Courts in some countries responded by adopting a different strategy: one of remedial restraint. They would declare a right to be violated but leave it up to the legislature to remedy the situation. This practice has been hailed by a growing number of theorists as advancing dialogue and deliberation on human rights in the political institutions. The fact that a court leaves the matter for Parliament is not so much a denial of a remedy, it is submitted, but an expression of the fact that the task of interpreting and enforcing rights is a shared responsibility of both courts and legislatures. The practice has been coined a matter of 'weak' or 'open' remedies. Such remedies may enable courts to avoid difficult policy decisions, invite legislatures to participate in the protection of human rights and give the latter the possibility of responding to courts decisions that are considered too strained.

However 'weak' or 'open' remedies come at a cost. Litigants are denied instant redress. Indeed they may never see their complaints be remedied at all if the legislature decides not to act or if it does so only prospectively. This raises important questions of how to reconcile weak judicial review with the principle that rights violations should be remedied. In the famous Latin maxim, quoted by Blackstone, *ubi jus ibi remedium.* This principle has been incorporated in several national constitutions, the Universal Declaration of Human Rights and both in European and international law. Both article 2 (3) of the ICCPR and 13 of the ECHR state the right to an effective remedy at the national level. EU law has long been familiar with the case law of the Court of Justice on the principle of effective legal protection. It has been codified in article 47 of the Charter of Fundamental Rights of the Union. Do not provisions such as these, require the courts to ensure that the litigant somehow benefits from his succesful litigation?

Basic rights are, moreover, usually included in some document that enjoys primacy over ordinary legislation. Often, this would be a judicially enforceable constitution. In other cases, such as the Netherlands, there may not be constitutional review *stricto sensu,* but courts are empowered to enforce international law over conflicting norms of national law. The member states of the European Union moreover, find themselves obliged to enforce the primacy of EU fundamental rights law. Open remedies usually imply that courts, for the time being, apply the norms they have found to be incompatible with a human right. Does this not undermine the primacy of constitutional, international or European law?

2 RESEARCH TOPIC

The purpose of this book is to analyse the 'Dutch version' of the weak remedy. By this I refer to the practice of courts in the Netherlands to declare a rights violation while at the same time refusing the applicant a remedy. The book basically consists of three parts.

The first part deals with the case law of Dutch courts. It starts off by charting the available remedies (ch. 2-3). To that end it introduces the concepts of constitutional and procedural remedies. It then proceeds to examine in what kinds of cases courts refuse to apply a remedy (ch. 4). The last chapter deals with the effects of such a decision (ch. 5).

The question how weak remedies should be assessed in the light of the principles of effective protection and primacy is dealt with in part II. In order to keep things manageable, its focus is reduced to European law. Chapter 6 discusses the right to a remedy in the case law of the Strasbourg Court, mainly on article 13 ECHR. Chapter 7 goes into the principles of primacy and effective legal protection in EU law.

The weak remedy is subjected to a comparative analysis in part III. Chapters 8-10 describe the relevant constitutional remedies in Germany, the UK and Canada respectively. For each jurisdiction it is examined whether a similar 'weak' or 'open' remedy operates and if so, in what kinds of cases and what would be the consquences.

3 CONSTITUTIONAL REMEDIES IN THE NETHERLANDS

Dutch courts enjoy a somewhat schizophrenic mandate to enforce fundamental rights. The Constitution does contain a set of basic rights but courts are not allowed to enforce tem over statute law. However, they do have a mandate to enforce international law as far as it has direct effect. This is of particular importance because the Netherlands is a party to the major human rights treaties such as the ECHR and the ICCPR. As most of its substantive provisions do have direct effect in the case law of the Dutch courts, the ECHR in particular has developed into a *quasi* constitution for the Netherlands. Moreover, the courts derive a similar mandate from EU fundamental rights law.

The remedies to be applied by the courts are set out in chapter 3. To that end, a term is introduced which is familiar in Anglo-saxon scholarship but up to now relatively unknown in the Netherlands: *constitutional remedies*. A remedy is styled constitutional when its purpose is to end, prevent or rectify a multilevel conflict of norms. This could be a conflict between constitutional and statutory provisions, but also between statutory and municipal, or between statutory and international provisions. This book only deals with the review of statutory legislation against constitutional or international human rights.

This definition applies to so-called constiutional remedies in a wide sense. These may be divided into two categories: constitutional remedies *stricto sensu* and procedural remedies. The latter refers to the powers of courts regulated by criminal, administrative or civil procedure. A civil court, for example, may award damages or issue an injunction. Where such an injunction serves to mitigate a conflict of norms (for instance because the application of one norm is prohibited) it may be styled a constitutional remedy in the wide sense as well. The courts powers vary per jurisdiction. Criminal courts may discharge or acquit defendants, civil courts may award damages and issue injunctions, whereas administrative courts quash administrative decisions and award damages.

The success of invoking a procedural remedy usually depends on the outcome of the law-making process. An administrative court may, for instance, only quash an administrative decision if it is unlawful. Assuming that the law was followed correctly, the only way to prove this unlawfulness, is to demonstrate that the underlying statutory provision is itself invalid because it violates international law. This law is then set aside, thus clearing the way for the use of the procedural remedy of quashing the decision.

This 'clearing the way' is a kind of remedy in itself. Indeed in constitutional terms, it might be considered far more crucial than the procedural remedies whose application fully depend on what happens in the lawmaking process. These remedies may be called 'constitutional remedies *stricto sensu*. They are termed constitutional because they are consituted and regulated by constitutional, rather than procedural law. They are specific methods of dealing with conflicts of multilevel norms. Dutch constitutional law operates two of these constitutional remedies: the consistent interpretation of national provisions that *prima facie* conflict with human rights norms and the practice of setting aside of such provisions. Courts in the Netherlands do not have a power to annull legislation.

4 THE LIMITS OF CONSTITUTIONAL REMEDIES

The refusal to provide a litigant with a direct remedy usually flows from the fact that there are limits to the available remedies. Chapters 3 and 4 discuss those limits, mainly focussing on the constitutional remedies in a narrow sense.

What strikes in that respect is that there is no qualitative difference in the limits of consistent interpretation and setting aside respectively. One might perhaps expect that the use of consistent interpretation wholly depends on the possibilities of the statutory text in question, like it is in Germany, but it is not. The courts do sometimes accept an interpretation which, in the light of the wording and its parliamentary history, appears to be rather 'strained'. Consistent interpretation in the Netherlands has thus been called *remedial interpretation,* which means that it is more of a remedy than it is a method of

interpretation. That is not to say that the wording of the provision does not play any role at all, or that there are no limits to the use of this kind of remedy. These limits, however, are of an institutional, rather than of a linguistic nature. The courts may accept a strained interpretation of the text but they only do so if this interpretation fits the statutory system. Moreover, they refuse to do so if it would involve deciding on complex matters of policy.

The duty to set aside statutory provisions that are incompatible with international law seems rather absolute. Article 94 of the Constitution, on its face, does not allow exceptions. However, the courts have frequently decided not to set aside. In some cases it simply would not benefit the claimant. In others the courts felt that setting aside would be disproportionate or that it would violate some other right or principle. In a third category of cases, setting aside would, in the view of the courts, be tantamount to unacceptable lawmaking. It would lead to one of several ECHR-consistent policy outcomes. A last category, which is quite rare, concerns cases in which the violation is not a matter of one single provision, but of a combination of several provisions that are ECHR-compatible in itself. The question then arises which of these provision should be set aside.

Does not article 94 prohibit these self-imposed exceptions? The answer is yes and no. The text clearly does not allow for exceptions. But it is equally clear that the requirement that the international provision should be self-executing was explicitly meant to keep the courts away from illegitimate lawmaking. It is submitted that that there can be *some* exceptions to the rule. What makes matters problematic however, is that there were times that refusing to set aside actually seemed customary rather than exceptional. The Supreme Court nowadays seems to underline that setting aside is still the norm. It is argued that article 94 is not to be interpreted literally but rather institutionally. It should be regarded as an expression of the need for a remedy which is not necessarily limited to setting aside. It does leave room for exceptions but these should be construed strictly. Only where the setting aside of national law would threaten a legal principle or the rights of others, or where it would be grossly disproportionate, is a refusal to disapply justified.

If setting aside is problematic, the consistent interpretation may once again be considered. Can the courts, by making extensive use of their interpretative powers, fashion a temporary rule? It is argued that the courts do have the formal power to so, but that its use is not always legitimate. That is the case where interpretation and lawmaking boils down to deciding on matters of public policy. However, the courts showed, at least in the past, a tendency to regard nearly every choice as a political one, regardless of whether the political actors saw it that way. It is important to note that this is a matter of judicial policy rather than one of legality. The mandate to enforce international human rights law empowers the courts to issue a remedy. They picture the decision whether or not to use this power as a balancing act, carefully weighing the interests of the injured party against the general interest.

However, it is submitted that this picture is misleading. In practice hardly any balancing takes place: where there are choices – and there nearly always are – a remedy is refused. That is not balancing. It is a bright-line rule.

Finally, it should be noted that this 'balancing' only takes place in the context of the human rights treaties. The situation appears to be different when courts enforce EU law. Their European mandate seems to dictate that they provide a remedy, usually in the form of setting aside the impugned legislation, even when setting aside might be considered disproportionate. So-called 'open remedies' hardly play a role in the context of EU law.

5 THE CONSEQUENCES OF ABSTAINING

What are the consequences of this practice of declaring a right to be violated but refusing to disapply the problematic provision or interpret it consistently? First of all it means that the litigant is, at least temporarily, denied a remedy. Courts are, usually, not able to issue a procedural remedy if the law remains applicable as it is. Claims by the applicant, grounded on the ulawfulness of legislation cannot be allowed. The task of rectifying the inconsistency between national and international law becomes a matter for Parliament. The distinction between power and policy becomes relevant here because the Supreme Court does underline that its refusal to engage in a remedy is only provisional. If the legislature decides not act, the supposed 'balancing act' might have a different outcome.

This raises several questions, which are addressed in chapter 5.

First of all, one may ask whether the legislature must actually change the law. Does judicial recognition of the fact that the law violates a right bind Parliament? The second question is what it is supposed to do and whether there is some kind of time-limit.

Is Parliament bound by the judicial finding of a violation? It should be noted at the outset that this 'finding' does (usually) take place in the process of lawmaking and not in the operative part of the judgment. Moreover, Parliament is never, and indeed the State seldom, a party to the proceedings concerned. As the judgments of Dutch courts formally have only *inter partes* effects, one might argue that the conclusions of courts regarding the lawfulness of legislation do not bind Parliament. It is argued however that procedural law is not, as such, decisive here. The rules of civil and administrative procedure are clearly not written for the relationship between courts and Parliament. It is constitutional law that detemines this relationship. The question thus arises whether there may be found a rule under constitutional law, that Parliament should respect the courts findings. It is argued that such a rule indeed exists, alhough it is subject to qualifications. The rule is derived from, what is coined here as a principle of 'constitutional courtecy'.

If, as was argued before, it is in the power of the courts to review legislation and to use their interpretative mandate to provide a remedy, then their decision to do so is a matter of constitutional courtecy prompted by their relative inability to decide *how* the violation should be resolved. It is not prompted by the desire to leave the legislature room for its own interpretation. The case law underlining the power of the courts to devise a remedy when Parliament remains silent, confirms this. It would be inacceptable, to say the least, when this courtecy is not, as a matter of principle, returned. However, the principle does allow for some narrow exceptions. There may for instance be factors that the courts did not or could not, take into account (such as a change in the case law of the European courts). In such a case constitutional courtesy merely assumes a duty to explain.

It appears that in practice Parliament does not contest the courts findings, at least not openly. A survey of legislative practice after judicial rulings declaring legislation incompatible with human rights shows that Parliament regularly enacts remedial legislation. It does however also show that this often takes some time. Moreover, the remedial legislation usually only has prospective effect. The courts have accepted this. The case law shows that they allow the legislature a considerable margin of appreciation in determining its own agenda. Retrospective effect is, moreover, not required.

That leaves a third question: what is the position of the applicant? Is there some possibility of obtaining redress, notably damages, for injuries resulting from impugned legislation? This is where procedural remedies come in again. Indeed not all procedural remedies require a prior constitutional remedy. Civil courts may rule on the lawfulness of legislation *as such* and, accordingly issue an injunction or damages without engaging in consistent interpretation or setting aside. If the injured party can establish that the impugned legislation is unlawful, damages may come within reach.

Can a piece of legislation that was found to be incompatible with human rights norms be considered 'unlawful'? Courts generally assume that if a provision is deemed invalid or inapplicable, it is automatically unlawful. However, the complication here is that the provision in question, although it is incompatible, is not declared invalid or inapplicable. Nevertheless it is argued that this requirement should be interpreted broadly: its function is to establish that there was a breach of international law. Declaring a law invalid or inapplicable presupposes after all that it was incompatible. The fact that such an incompatibility remains without legal consequences in a given case, does not however alter the fact that it should never have been enacted. This enactment and the continuous application of the norm are therefore unlawful as such.

The main complication is whether the applicant can be said to have actual damages and whether there is causality between those damages and the impugned legislation. If, after all, a court abstains because there are several ways of remedying a violation, it might well be that the same damages would

still have existed under a compatible provision. Both legal scholarship and legal practice remain divided over this issue. However, the claim that there can be no damages whatsoever must be rejected. At the very least, one may argue that the injured party did not have an equal chance in the legislative process. The doctrine of proportionate liability may offer possibilities here, but it is acknowledged that this too would entail some practical complications. In any case there might be powerful arguments in the Strasbourg case law for a more flexible approach to the question of damages and it is to that case law we turn in chapter 6.

6 THE RIGHT TO A REMEDY UNDER THE EUROPEAN CONVENTION

How should the practice of refusing a remedy on constitutional grounds be evaluated in the light of of *ubi jus ibi remedium*? This question is addressed in chapters 6 and 7 for the ECHR and EU law respectively.

As far as the ECHR is concerned, the individual right to a remedy at the national level is to be found in article 13. It requires arguable claims concerning ECHR violations to be investigated by an independent and impartial body that is in a position to provide redress and to ensure that the violation does not continue. This need not be a court but a court does usually satisfy the requirements of article 13 ECHR.

The ECtHR has consistently interpreted article 13 as not requiring a system of judicial review of statutory legislation. This would have forced some member states to change their constitutional systems considerably. It means that article 13 cannot be construed as an argument for courts to stretch their constitutional mandate. It is submitted however, that this case law of the Court is due for revision. It stems from a time that the Convention was not incorporated in some of the member states. That is not the case anymore. Moreover, the Court itself has developed from a traditional international court into a *quasi* constitutional court for the Council of Europe. The fact of the matter is that the member states do operate a system of judicial review, the only question is whether it is review before a national court or only before the ECtHR itself. It is argued that the Strasbourg system's functioning requires proper judicial review at the national level.

If article 13 ECHR would be applicable to the judicial review of statutory legislation, would it then allow a remedial division of labour between the courts and Parliament? Would it, in other words, allow 'weak' remedies? This question is not to be answered easily. There is after all very little case law to go by. However, the case law on the admissability under article 35 and the practice of the Court in awarding damages under article 41 ECHR do provide some clues. First of all the principle of effective legal protection does require that rights should be remedied, but it equally allows legal systems to divide this task between the courts and other institutions. This does mean however

that the finding of a violation (usually by a court) is binding, in fact if not in law. Legislatures have some freedom in deciding *how* to remedy a problem, but the system would not be effective if they were also to decide *whether* a remedy was necessary.

The fact that it takes some time for the legislature to address the problem is not as such problematic. The Court does however seem to operate two minimum requirements. The first is that there should be some kind of remedy, usually damages, for injuries already incurred. These may be of a pecuniary or a non-pecuniary nature. As to the question what constitutes pecuniary damage, the Court uses a number of indications to decide whether damage has indeed arisen. Indications may be the nature of the violation, the number of victims and developments in the legislative process. With respect to non-pecuniary damages, the Court takes a rather more lenient approach than the Dutch courts. It does sometimes acknowledge that the mere recognition of a violation may be sufficient but it also takes into account the nature of the violation and the speed with which the legislative process can facilitate change. The second requirement is that the legislative process should not take too long. If it does, the Court tends to abandon its traditional reluctance in order to address the national courts directly. However, it does so only where the delay is extremely serious. It may be regarded as a nuclear option.

7 PRIMACY AND EFFECTIVE LEGAL PROTECTION IN THE EU

The European Court of Justice has taken a less subtle approach than its Strasbourg counterpart. It has traditionally framed the application of EU law in the member states in terms of primacy and it requires national courts to enforce this primacy by setting aside national law. National constitutions and the division of powers they intend to safeguard have traditionally had only limited relevance here. EU law requires the national legal order to provide a system of minimal remedies. This encompasses the constitutional remedies of consistent interpretation and setting aside of natonal law, and the procedural remedy of state liability (damages). Damages are however only an option if all else fails, and the message from Luxembourg appears to be that the national courts should ensure that, in cases such as these, an 'all fails' never sounds.

There are traditionally two strands in the case law of the ECJ regarding the duties of national courts with respect to conflict of European and national norms. The first, the *Rewe* principle, is the relatively restrained approach of procedural autonomy, which allows for national procedural law as long as it is applied indiscriminately and does not endanger the effective application of Union law. The second is the *Simmenthal-Factortame* principle which is often coupled with the principle of effective legal protection. It basically empowers courts to enforce EU law without regard to conflicting national rules.

Open remedies may be problematic under EU law, because they operate under the assumption that the impugned national norm remains applicable. This triggers the *Simmenthal* principle stipulating that the national courts are under a clear obligation to disapply the law. The question remains, however, whether this principle allows for some temporal exceptions. If it does, than there might still be some room for weak remedies.

Recent case law of the ECJ shows that the Court is reluctant to open this door, but it seems to have done so nonetheless. It does not exclude the possibility that it allows a future court to temporarily suspend the effects of its judgment in order to allow the legislature some time for the necessary amendments. The national court may not decide something like that on its own. It should make use of the preliminary reference procedure in such a case. Moreover, it does not seem likely that the ECJ will accept legislative discretion as a sufficient reason for the refusal to disapply the law. Only substantial damage to legal principles which the Court itself recognises, might serve as such a ground. In such a case the award of damages cannot be excluded.

8 Comparative law

Part III of the book deals with a comparison of constitutional remedies and their functioning in Germany (ch. 8), the UK (ch. 9) and Canada (Ch. 10).

The comparison concerns the ways in which courts deal with legislation violating fundamental rights. These three legal systems each operate different systems of rights protection and they each have different documents containing fundamental rights. Although Germany is a party both to the EU and to the major human rights treaties, the main focus of civil rights protection in German law takes place under the Basic Law. Something similar applies for Canada, where the Charter of Rights and Freedoms takes a central place in judicial review. The situation in the UK is somewhat more comparable to the Dutch situation, with the ECHR being its most prominent source of human rights and EU human rights law (though formally with only a limited role for the Charter) as an enforeable alternative. Unlike the Netherlands, where the reception of international law operates in a fairly monistic way, the UK is a dualistic state which has some implications for the way in which the system of remedies is shaped.

8.1 Constitutional remedies

It was submitted that constitutional remedies may be divided into two categories: constitutional remedies in a narrower sense and procedural remedies. Each of the three legal systems investigated operates a system of procedural remedies. Unlike the case of the Netherlands however, these procedural

remedies hardly have an autonomous role to play in any of the other states. Their use almost entirely depends on the deployment of constitutional remedies *stricto sensu*. We saw that this was partly the case in the Netherlands as well, but here there is the possibility of an independent civil tort action against the State for damages or an injunction. Neither Germany nor the UK or Canada operates something equivalent.

Crucial for Germany's system of rights protection is the Federal Constitutional Court (FCC) which holds the monopoly on reviewing legislation for its compliance with the Basic Law. The FCC declares legislation void (a constitutional remedy), it does not issue damages. Regular courts on the other hand may, but they cannot declare legislation unlawful on account of the Basic Law without the FCC annulling the said legislation. Needless to add that a remedy like damages or an injunction is thus quite out of the question. Apart from that, the regular courts in Germany only scarcely allow claims of damages to succeed against legislative injustice in general.

The UK does not have a constitutional court. However, the Human Rights Act 1998, the principle rights charter, makes it impossible to grant damages or an injunction on account of statutory legislation violating human rights. The courts may only issue a declaration of incompatibility which is not binding and cannot serve as a basis for damages or an injunction. Finally, it should theoretically be possible in Canada to claim damages or ask for a specific injunction under article 24 of the Canadian Charter. The courts however interpret this provision as largely irrelevant for the review of legislation, the principle remedy in such cases being the invalidation of problematic provisions. The treshold for damages is moreover extremely high . They are only awarded if the legislature would have acted in bad faith.

All three states however are familiar with a system of constitutional remedies *stricto sensu*. However, the nature of these remedies differs slightly.

In the first place courts in all three legal systems engage in the practice of consistent interpretation. The boundaries of this instrument differ however between, roughly, the federal states of Germany and Canada on the one hand and both the Netherlands and the UK on the other. The element of federalism is less irrelevant than it may seem at first sight. Federal states have a tradition of judicial review of legislation where invalidation or nullification are the traditional remedies. Reading words in or out of the impugned legislation is historically viewed with suspicion. Although the FCC and the Supreme Court of Canada (SCC) do engage in consistent interpretation, they impose fairly strict limits on the practice. The text of the provision should, for instance, yield it appropriate for multiple interpretations. By contrast, courts in the UK and the Netherlands use a more flexible concept of consistent interpretation which, in European law, is known as *remedial interpretation*. They accept more easily a strained interpretation. The ratio for this rather flexible approach is not only federalism. It is also a matter of alternative options. Judgments of both the German FCC and the Supreme Court of Canada operate *erga omnes*, be it in

different ways. As both courts have the power to annull or invalidate laws, they have a fairly suitable remedy for most cases. The UK courts by contrast cannot offer the applicant any other remedy than consistent interpretation. It is the only way in which effective legal protection can be obtained. It helps, moreover, that article 3 of the HRA specifically directs the courts to strive for a consistent reading as much as possible. Although the situation is somewhat different in the Netherlands, its courts commanding an alternative in the form of the power to set aside impugned provisions, there are some similarities as well, most notably the fact that consistent interpretation is traditionally deeply rooted in Dutch constitutional law, even more so than the power to set aside.

The main constitutional remedy in Germany is nullification of impugned legislation. Statutory provisions violating the Basic Law are automatically (*'ipso jure'*) null and void. Only the FCC has the power to declare a piece of legislation unconstitutional and thus void. Its judgments have the force of law and as such apply *erga omnes.* The relevant provision becomes non-existent and therefore seizes to serve a basis for any legal act. Judgments of the Canadian courts invalidating legislation may not, on a formal basis, have such far-reaching effects. They do however have similar effects on the basis of *stare decisis*. Legislation, although unconstitutional, does not of itself, nor by virtue of a judicial decision, become non-existent. What sets the Canadian system apart however, is the fact that Parliament may, on the basis of article 33 of the Canadian Charter, declare its own legislation valid *notwithstanding* a possible violation of Charter rights. Judicial invalidation may thus be prevented or reversed. This may be contrasted with the German model which does not allow for such an override and indeed, in the opinion of the FCC, even prohibits the renewed enactment of an act declared unconstitutional. Finally, the UK courts, as has been said, do not command a similar power.

8.2 Open remedies and dialogue

Is there a possibility for courts in the countries compared, to defer the matter, be it temporarily, to the legislature? Yes there is. In each of the systems investigated there exists some kind of mechanism by which the courts may allow Parliament a transitional period in which the impugned legislation is applied as if it were entirely lawful. The mechanisms differ however in nature and application.

Although the core constitutional remedy in Germany, at least formally, is nullification, the FCC has introduced two ways in which it signals legislative defects to the legislature without actually declaring them void. The first is the so-called *Appellentscheidung*, where the FCC literally 'appeals' to Parliament to change the law. The *Appellentscheidung* distinguishes itself by the fact that the Court refrains from formally declaring the law unconstitutional although

it does note constitutional defects. It shows some similarities with the practice of Dutch courts to conclude an incompatibility without declaring the law formally unlawful in the operative part of the judgment.

The *Appellentscheidung*, in the mean time, is fairly controversial and not widely used. The same cannot be said of the so-called *bloße Unvereinbarerklärung* ('a mere declaration of incompatibility'). The Court, in such a case, does formally declare the law to be unconsitutional in the operative part of the judgment. It, however, expressly denies that the law is void. These declarations come in two versions. Some declarations do suspend the application of a law although they refrain from nullifying it. Pending cases should, in the mean time, be adjourned so as to give the applicants a fair chance to benefit from a future change of law. Others do not even have a suspending effect. The law remains entirely applicable. This last version is usually coupled with the promulgation of some kind of transitional arrangement, by the Court, in order to mitigate the detrimental effects of the legislation. The first category is often applied in cases where there is legislative discretion in devising rights-consistent norms (such as non-discrimination). The second is usually, although not exclusively, found in cases where the inapplicability of a law would have serious consequences for society at large.

Appellentscheidungen and *Unvereinbarerklärungen* differ in their legal consequences. The legislature is, in the first category, not under a formal obligation to enact changes because the law is theoretically still constitutional. Which is no to say of course that it would not still be wise to do so because chances are that the FCC may, in a future case, decide to change its mind. Current practice shows that the *Appellentscheidung* is not very effective in bringing about legislative changes. The *Unvereinbarerklärung* by contrast does trigger a formal obligation for legislative action and it is fairly succesful. However, it does sometimes take quite some time before the new law comes into force. This has led to some discussion as to what should be the position if the legislature refuses to act in due course. The FCC, in some cases, empowered the regular courts to use their interpretative mandate thus bringing about a remedy by engaging in judicial lawmaking.

The declaration of incompatibility is also to be found in the UK. There are even some similarities in the application of the remedy but not in its legal consequences. The UK declaration of incompatibility is the only open remedy in the comparison that has an express basis in domestic law. Both the German and the Canadian versions are judge-made. It is the only alternative for the remedy of consistent interpretation and its application is therefore tied to the limits of judical lawmaking. These limits are threefold. First, an interpretation may not be at odds with a 'fundamental feature' of the legislation. Furthermore, where there are several ways of making a provision ECHR-compliant and the choice involves issues of policy, the courts should leave such matters for Parliament. Third, the courts should refrain from engaging in compre-

hensive reforms with wideranging ramifications. In such cases the declaration of incompatibility is the obvious course of action.

The UK declaration of incompatibility has only a limited range of legal consequences. It cannot serve as a basis for any procedural remedy. In fact, according to some authors, it may hardly be called a remedy at all. It is the recognition that a remedy is beyond the realm of the courts. The litigant should simply await the outcome of the legislative process. The declaration does trigger special powers for the government to promote a speedy change of law. However, Parliament is not bound by the declaration. Although current practice shows that it regularly enacts new legislation, there are signs that this may not always be the case. A binding declaration would moreover me at odds with the principle of parliamentary sovereignty which the HRA expressly tries to preserve. Finally, the enactment of new legislation often takes quite some time and it usually has only prospective effects. The redress the declaration provides to litigants is therefore limited.

Finally, Canadian constitutional law does not as such feature a mere declaration of incompatibility. The SCC does however sometimes suspend the invalidation of a law. This so-called 'delayed invalidation' has much in common with the open remedies described before. There are, however, important differences.

What is similar, is the area of application. Canadian courts suspend their declarations of invalidity basically in two sets of circumstances. These may be coined the necessity argument and the democratic argument. Invalidation may, firstly, endanger either the rule of law or the public safety (because it would result in a legal vacuum), or it may deprive third parties of certain rights. In such cases a suspension is a matter of necessity. The SCC has however also made use of the delayed declaration in order to promote a dialogue with Parliament. Delaying the invalidation would first of all give Parliament the chance to decide what should be the appropriate redress if there would be several lawful ways of addressing the issue. Moreover, in the specific setting of Canadian constitutional law, it would even enable Parliament to use the so-called *notwithstanding clause* of article 33 of the Charter in order to override the Courts decicion. Delayed invalidation may thus provide the courts with an emergency button in so-called 'hard cases'.

What is different is the result. Parliament is not formally under an obligation to enact legislation. The delayed invalidation, even when it acquires force, does not formally remove the law from the statute book like it is the case in Germany. However, if the time limit passes by and Parliament has refused to enact new legislation, then the courts will consider the law invalid and refuse to enforce it. A remedy arises retrospectively. In this regard, Canadian declarations differ from both the German and the UK declarations and also from the practice of the Dutch courts.

9 THE THREADS TOGETHER: CONCLUSIONS AND RECOMMENDATIONS

The central theme of this book is the practice of Dutch courts to declare legislation incompatible with fundamental rights while simultaneously refusing a remedy. This practice has some links with, what comparative literature calls, weak or open remedies where the courts share the responsibility of remedying a violation with the legislature.

The open remedy in the Netherlands is shaped in a refusal to either disapply the impugned law or interpret it consistently. The grounds leading courts to this refusal may be summarized into two categories: grounds that are democratically motivated and are rooted in the separation of powers, and grounds that follow from necessity, viz to avoid unacceptable consequences for society at large. These grounds are roughly comparable to the grounds which lead courts in Germany, the UK and Canada to the choice for an open remedy. However, the actual application of these grounds shows some differences.

In the UK and in Canada the open remedy may for instance be used as a device to facilitate a dialogue with Parliament in so-called 'hard cases', not only on the issue of *how* the violation should be resolved but also on *whether* it should be resolved. That is not the case in the Netherlands and in Germany. Although it would be possible to apply the Dutch version in such a 'dialogic' way, it is submitted that this would be at odds with both the EU and the ECHR systems of rights protection.

Moreover, several authors in the UK point out that British courts may take into account the necessity of an immediate remedy for the litigant and the chances to a speedy and succesful amendment of the law. Although Dutch case law shows a similar weighing of interests, the outcome does not appear to be influenced by the specific interests of the litigant.

This need not be a serious problem if there are safeguards guarantueeing the litigant a remedy in due course. Constitutional practice in Germany and Canada shows examples of those safeguards. A German declaration of incompatibility may suspend the adjudication of the applicants (and similar) cases until the law is succesfully changed, or it is coupled with a transitional arrangement which might deal with at least some of the concerns of the injured parties. Delayed declarations of invalidity guarantuee that the law is at least, within a set time-limit, brought in conformity with the Constitution. Moreover, it is possible for Canadian courts to suspend final judgment until a change of law (or the invalidation) has taken place, although this may not happen very regularly.

None of those safeguards apply in the Netherlands. Although current practice shows that Parliament regularly implements the decisions of the courts, there is no guarantuee that it will actually do so and it frequently takes quite some time. Even if the law is changed, there is no procedural mechanism ensuring that the initial applicant may profit from the changes. Moreover,

unlike the German example where a change of law is recognised as obligatory, and the UK example where it is not, but where there are mechanisms that at least promote a parliamentary reaction, there is no such thing in the Netherlands.

Does this situation meet the requirements of the principle of effective legal protection as it is incorporated in the ECHR and EU law? Not as far as EU law is concerned, but in these cases Dutch courts usually do loyally provide an instant remedy. The difference between the treatment of claims under EU law and under the human rights treaties is striking however. Whereas the case law of the Strasbourg Court may currently be characterized as 'anything goes', the ECJ by contrast is extremely cautious in granting national courts the power to deviate, be it only temporarily, from their obligation to enforce EU law. Although there are good reasons for this difference in approach, it currently threatens the coherence of fundamental rights protection at the national level.

Chapter 11 lists a few recommendations.

1 The case law of both European courts, it was noted, shows a disturbing lack of coherence. A minimum of Strasbourg-Luxembourg harmonisation would be advisable. This would first of all entail that article 13 ECHR were to be applicable to judicial review of statutory legislation.
2 Harmonisation could start by recognising that both the right to a remedy and the principle of primacy allow for some exceptions as long as the right in question is amply protected on a structural level. The criteria developed in chapter 6 might serve as minimum requirements here: courts declarations should be binding, they should be followed within a reasonable time and injured parties should be granted redress for past violations.

How may these requirements be implemented in Dutch constitutional law? The current practice does meet some of these criteria but there is some room for improvement.

3 Dutch courts could, first of all, take into account the realities of political decision-making. Recognising the fact that a timely change of law may not always be ensured, they should explicitly weigh the litigants need for an immediate remedy.
4 Judicial findings that legislation violates human rights are generally followed by the legislature. However, Parliament frequently takes considerable time in enacting the necessary amendments. There is no mechanism by which either the courts or some other body can ensure that lengthy delays do not occur. The courts can only afterwards revise their decision to leave the matter for Parliament. This would mean that the original litigant would have to start new proceedings, which may not always be possible. This may be remedied either by suspending the applicants case (the German

example) or by devising a suspended constitutional remedy (the Canadian example). The latter would neither fit current practice nor current views of judicial lawmaking. The first option may, in administrative cases, be accommodated by quashing the administrative decision while simultaneously ordering the administration to await the outcome of the legislative process before reaching a new decision. However, this may not solve any delays.

5 Another option would be to extend the so-called 'administrative loop' (*'bestuurlijke lus'*) to a kind of 'constitutional loop'. Should a legislative violation arise, then the courts may summon the minister of Justice as a liaison between them and Parliament. By way of an interlocutory judgment they formulate their concerns and order the minister to report, after a parliamentary debate, on the realistic prospects of legislative change. On the basis of this report, the court may either choose to issue an immediate remedy or to suspend judgment in order to await the outcome of the legislative process. Such a constitutional loop could be incorporated in the existing administrative loop. Should it prove to be successful in administrative law, then on may consider adapting civil and criminal procedure to this practice.

6 A constitutional loop, either the formal or the substantial version mentioned before, would ensure that the applicant enjoys some kind of redress for his injuries. As long as such a mechanism is not in place, the applicant has – under the current case law – little chance of obtaining a remedy for past injuries. This may lead to considerable disappointment and dissatisfaction. An award of damages, however modest, might ease some of the pain. The courts are well advised to recognise this. The Strasbourg case law on both pecuniary and non-pecuniary damages, unpredictable though it is, provides some clues in this respect.

Finally, the practice of courts declaring violations but leaving it up to the legislature to deal with the matter, may perhaps be coined an open or a weak remedy. This can however only be the case where both the original and similar litigants, have actually enjoyed a remedy at all. A constitutional system, it is submitted, may of course assign different functions for both courts and legislatures and it may very well assume limits to what courts can do. But that is not a justification for leaving rights unremedied. Dialogue is not about undermining the important principle of *ubi jus ibi remedium,* nor should it be. Courts should do well to remember that.

Literatuurlijst

Accetto & Zleptnig 2005
M. Accetto & S. Zleptnig, 'The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law', *European Public Law* 2005, p. 375-402.

Adams 2006
M. Adams, 'Heden en verleden in de rechtspleging', *RM Themis* 2006, p. 106-120.

Adams 2010
M. Adams, 'De scheiding der machten tussen feit en fictie. Of: waarom het soms goed is om in de leugen te leven', *NJB* 2010, p. 280-286.

Akkermans 1997
A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. UvT), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Alarie & Green 2008
A. Green & B. Alarie, 'Should They all Just Get Along-Judicial Ideology, Collegiality, and Appointments to the Supreme Court of Canada.', *UNBLJ* 2008, 58, p. 73.

Alkema 1981
E.A. Alkema. *Schakelbepalingen: enige beschouwingen over samenhang en werking van de rechten van de mens* (oratie UvA), Deventer: Kluwer 1981.

Alkema 1985
E.A. Alkema, *Een meerkeuzetoets – De rechter en de internationale rechtsorde* (oratie Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1985.

Alkema 1991
E.A. Alkema, 'De betekenis van het EVRM voor de Nederlandse constitutie' in: E.A. Alkema (red.), *40 jaar Europese Conventie voor de Rechten van de Mens en de Nederlandse rechtsorde* (Staatsrechtconferentie 1990), Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1991, p. 3-35.

Alkema 2000a
E.A. Alkema, 'Gedifferentieerde rechtsvinding in veranderende staatkundige verhoudingen' *Nederlands Juristenblad,* p. 1053-1058.

Alkema 2000b
E.A. Alkema, 'The European Convention as a constitution and its Court as a constitutional Court', in: P. Mahoney & H. Petzold (eds.), *Protecting Human Rights: The European Perspective,*. Köln: Carl Heymanns, p. 41-63

Allan 1983
T.R.S. Allan, 'Parliamentary Sovereignty: Lord Denning's Dexterous Revolution', *Oxford Journal of Legal Studies* 1983, p. 22-33.

Allan 1985
T.R.S. Allan, 'Legislative Supremacy and the Rule of Law: Democracy and Constitutionalism', *Cambridge Law Journal* 1985, p. 111-143.

Allan 1993
T.R.S. Allan, *Law, Liberty and Justice,* Oxford: Clarendon Press 1993.
Allan 1997
T.R.S. Allan, 'Parliamentary sovereignty: law, politics and revolution', *Law Quarterly Review* 1997, p. 443.
Allan 2001
T.R.S. Allan, *Constitutional Justice,* Oxford: Oxford University Press 2001.
Allan 2002
T.R.S. Allan, 'The Constitutional Foundations of Judicial Review – Conceptual Conundrum or Interpretative Inquiry?', *Cambridge Law Journal* 2002, p. 87-125.
Allan 2003
T.R.S. Allan, 'Constitutional Dialogue and the Justification of Judicial Review', *Oxford Journal of Legal Studies,* Vol. 23, No. 4 (2003), p. 563-584.
Alter 2001
K.J. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law,* Oxford: Oxford University Press 2001.
Van Amersfoort 2006
P.J. van Amersfoort, 'Kanttekeningen bij de terugkoppeling van rechter naar wetgever', *Trema* 2006, p. 197-202.
Van Amersfoort 2008
P.J. van Amersfoort, 'Terugkoppeling van rechter naar wetgever', in: J.L.M. Gribnau, A.O. Lubbers & H. Vording (red.), *Terugkoppeling in het belastingrecht,* Amersfoort: Sdu Uitgevers 2008, p. 29-39.
Anand 2009
R. Anand, 'Damages for Unconstitutional Actions: A Rule in Search of a Rationale', *National Journal of Constitutional Law* 2009, p. 159-177
Arai 2006
Y. Arai, 'Right to an Effective Remedy before a National Authority (Article 13)', in: P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn & L. Zwaak (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights (4th Edition),* Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006, p. 997-1026.
Arndt 1959
A. Arndt, 'Die Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze', *DÖV* 1959, p. 81-84.
Arnull 1999
A. Arnull, *The European Union and its Court of Justice,* Oxford: Oxford University Press 1999.
Asser/Hartkamp & Sieburgh 2009
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht – 6 Verbintenissenrecht II: De verbintenis in het algemeen,* Deventer: Kluwer 2009.
Asser/Hartkamp & Sieburgh 2011
A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht – 6 Verbintenissenrecht. Deel IV: De verbintenis uit de wet,* Deventer: Kluwer 2011.
Asser/Scholten 1974
P. Scholten, *Mr C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht – Algemeen deel*, Deventer: Kluwer 1974.

Baardman e.a. 1988
B. Baardman e.a. (red.) *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel: de veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Badura
P. Badura, 'Das Kreuz im Schulzimmer', *Bayerische Verwaltungsblätter*. 1996, p. 33-71.

Barber 2003
N.W. Barber, 'The Rechtsstaat and the Rule of Law', *University of Toronto Law Journal* 2003 (53), p. 443-454.

Barendrecht 1992
J.M. Barendrecht, 'Het constitutionele toetsingsrecht van de rechter', in: L. Prakke, T. Koopmans & J.M. Barendrecht, *Toetsing* (Hand. Nederlandse Juristen-Vereniging 1992-I), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 85-172.

Barents 2000
R. Barents, *De communautaire rechtsorde – Over de autonomie van het Gemeenschapsrecht*, Deventer: Kluwer 2000.

Barents 2005
R. Barents, *Procedures en procesvoering voor het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg van de EG*, Deventer: Kluwer 2005.

Barents 2009
R. Barents, 'De voorrang van het unierecht in het perspectief van constitutionaal pluralisme', *SEW* 2009, p. 44-53.

Barents & Brinkhorst 2006
R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2006.

Barkhuysen 1998
T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten*, Lelystad: Vermande 1998.

Barkhuysen 2004
T. Barkhuysen, 'Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht', in: T. Barkhuysen e.a., *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht*, preadviezen voor de Vereniging voor Bestuursrecht (VAR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 7-114.

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

Barkhuysen & Bos 2011
T. Barkhuysen & A.W. Bos, 'De betekenis van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie voor het bestuursrecht', *Jbplus* 2011, p. 3-34.

Barkhuysen & Van Emmerik 2001
T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Advocaten voor advocaten: over ministeriële toezeggingen, vergoedingen voor de sociale advocatuur, mensenrechtenverdragen en het rechterlijke toetsingsrecht', in: J.R. van Angeren, T. Barkhuysen & N.S.J. Koeman (red.), *1000 weken bestuursrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 69-81.

Barkhuysen & Van Emmerik 2006
T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Rechtsherstel bij schending van het EVRM in Nederland en Straatsburg', *NJCM-Bulletin* 2006, p. 39-64.
Barkhuysen & Van Emmerik 2008
T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Schadevergoeding bij schending van de redelijke termijn: op weg naar een effectief rechtsmiddel?', *NJB* 2008, p. 1579-1582.
Barkhuysen, Van Emmerik & Gerards 2009
T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.H. Gerards, *De toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de Grondwet?* (Rapport voor het Ministerie van BZK), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009.
Barkhuysen, Van Emmerik & Rieter 2008
T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & E.R. Rieter, *Procederen over mensenrechten onder het EVRM, het IVBPR en andere VN-verdragen* (tweede herziene druk), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008.
Barkhuysen, Van Emmerik & Voermans e.a. 2009
T. Barkhuysen, A.L. Dimitrova, M.L van Emmerik, J.H. Gerards, H.M. Griffioen, M.M. Groothuis, T. de Jong, J.P. Loof, H.M.Th.D. ten Napel, B. Steunenberg & W.J.M. Voermans, *De Nederlandse Grondwet geëvalueerd; anker- of verdwijnpunt?* Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009.
Barkhuysen & Jansen 2003
T. Barkhuysen & A.M.L. Jansen, 'Actuele ontwikkelingen in de redelijke termijn-jurisprudentie: over Nederlandse termijnoverschrijdingen en ontbrekende nationale rechtsmiddelen', *NJCM-Bulletin* 2003, p. 586-600.
Barriga 2003
S. Barriga, *Die Entstehung der Charta der Grundrechte der Europaïschen Union* (diss. Wenen), Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2003.
Bateup 2006
C. Bateup, 'The Dialogic Promise: Assessing The Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue', *Brooklyn Law Review,* p. 1109-1180.
Behrendt 2006
Ch. Behrendt, Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif, Bruxelles et Paris: Bruylant et LGDJ 2006.
Bell 1983
J. Bell, *Policy Arguments in Judicial Decisions,* Oxford : Clarendon Press 1983.
Di Bella 2007
L. di Bella, 'De relativiteit van het recht op arbeid van vluchtelingen', *NJB* 2007, p. 1523-1524.
Bellekom 1990
Th.L. Bellekom, 'Het Hof voor de Rechten van de Mens en de beperkingsclausules van het EVRM', in : A.W. Heringa e.a. (red.), *40 jaar EVRM,* Leiden : NJCM-Boekerij 1990, p. 59-74.
Bellekom e.a. 2007
Th.L. Bellekom, A.W. Heringa, J. van der Velde, L.F.M. Verhey, *Compendium van het Staatsrecht*, (10de druk) Deventer : Kluwer 2007.
Benda, Maihofer & Vogel 1994
E. Benda, W. Maihofer & H.-J. Vogel, *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (Tweede editie), Berlijn : W. de Gruyter 1994.

Benda & Klein 2001
E. Benda & E. Klein, *Verfassungsprozeßrecht – Ein Lehr- und Handbuch* (tweede editie), Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2001.
Van den Berge 2000
J.W. van den Berge, 'Gelijkheid, de toepassing van het non-discriminatiebeginsel (art. 14 EVRM en art. 26 IVBPR), *Fiscaal Weekblad* 2000, p. 895-912.
Bernegger 1992
S. Bernegger, 'Das recht auf eine wirksame Beschwerde – Art. 13 EMRK' – in: R. Machacek *et al.* (eds.), *40 Jahre EMRK – Grund und Menschenrechte in Österreich,* Bnd III: *Wesen und Werte,* Kehl-Strassbourg-Arlington 1992, p. 733-766.
Bernhardt 2002
R. Bernhardt, 'Völkerrechtskonforme Auslegung der Verfassung? Verfassungskonforme Auslegung völkerrechtlicher Verträge?', in: H.-J. Cremer, T. Giegerich, D. Richter & A. Zimmermann (hrsg.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts* (FS Steinberger), Berlin etc: Springer Verlag 2002, p. 391-400.
Besselink 1995
L.F.M. Besselink, *Staatsrecht en buitenlands beleid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1995.
Besselink 1996
L.F.M. Besselink, 'De zaak-Metten: de Grondwet voorbij.' *NJB* 1996, p. 165-172.
Besselink 2001
L.F.M. Besselink, 'The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter', *Maastricht J. of European and Comparative Law* 2001, p. 68.
Besselink 2004
L.F.M. Besselink, 'Noot bij Waterpakt/Staat', *SEW* 2004, p.232-238.
Besselink 2007a
L.F.M. Besselink, 'Internationaal recht en nationaal recht' in: N. Horbach, R. Lefeber & O. Ribbelink (red.), *Handboek Internationaal Recht,* Den Haag: T.M.C. Asser Press 2007, p. 47-80.
Besselink 2007b
L.F.M. Besselink, *Een samengestelde Europese constitutie*, Groningen: Europa Law Publ. 2007
Besselink e.a. 2002
L.F.M. Besselink, H.R.B.M. Kummeling, R, de Lange, P. Mendelts, m.m.v. S. Prechal, *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, European Law Publ.: Groningen 2002
Besselink & Wessel 2009
L.F.M. Besselink & R.A. Wessel, *De invloed van ontwikkelingen in de internationale rechtsorde op de doorwerking naar Nederlands constitutioneel recht,* Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009.
Besson 2008
S. Besson, 'The Reception Process in Ireland and the United Kingdom', in: H. Keller & A. Stone Sweet (eds.), *The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford: Oxford University Press 2008, p. 31-106.
Betlem 2002
G. Betlem, 'The Doctrine of Consistent Interpretation – Managing Legal Uncertainty', in: J.M. Prinssen & A. Schrauwen (eds.), *Direct Effect – Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine,* Groningen: Europa Law Publishing 2002.

Betlem & Nollkaemper 2003
G. Betlem & A. Nollkaemper, 'Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts – A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation.', *European Journal of International Law* 2003, p. 569-589.

Bettermann 1986
K.A. Bettermann, *Die verfassungskonforme Auslegung: Grenzen u. Gefahren*, Heidelberg: C.F. Müller 1986.

Beukers 2011
T. Beukers, 'Case C-409/06, Winner Wetten GmbH v. Bürgermeisterin der Stadt Bergheim', *Common Market Law Review* 2011, p. 1985–2004

Von Beyme 1988
K. von Beyme, 'The Genesis of Constitutional Review in Parliamentary Systems', in: Landfried, C. (red.), *Constitutional review and legislation – An international comparison*, Baden-Baden: Nomos, 1988, p. 21-38.

Bickel 1962
A. Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianapolis: Bobbs-Merill 1962.

Bickerton & Gagnon 2004
J. Bickerton & A.-G.Gagnon (eds.), *Canadian Politics*, Toronto: Broadview Press 2004.

Bingham 1993 (2000)
T. Bingham, 'The European Convention on Human Rights: Time to Incorporate', in: T. Bingham. *The Business of Judging – Selected Essays and Speeches*, Oxford: Oxford University Press 2000, p. 131-140.

Blackburn 2001
R. Blackburn, 'The United Kingdom' in: R. Blackburn & J. Polakiewicz (eds.), *Fundamental Rights in Europe – The European Convention on Human Rights and its Member States, 1950-2000*', Oxford: Oxford University Press 2001, p. 935-1037.

Blackstone 1765
W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (Vol. I), Oxford: Clarendon Press 1765.

Bleckmann 1994
A. Bleckmann, 'Verfassungsrang der Europaïschen Menschenrechtskonvention?', *EuGRZ* 1994, p. 149-155.

Bloembergen 2000
A.R. Bloembergen, 'Belastingwetgever en belastingrechter in het tijdperk Vermeend', *FED* 2000/322.

Blüggel 1998
J. Blüggel, *Unvereinbarerklärung statt Normkassation durch das Bundesverfassungsgericht* (diss. FUB 1997), Berlin: Duncker & Humblot 1998.

Böckenförde 1966
Ch. Böckenförde, *Die sogenannte Nichtigkeit verfassungswidriger Gesetze: eine Untersuchung über Inhalt und Folgen der Rechtssatzkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (diss. Münster): Berlijn 1966.

Boeles 1995
P. Boeles, *Eerlijke immigratieprocedures in Europa – Standaarden voor effectieve procedurele rechtsbescherming in kwesties van toegang, verblijf en uitzetting* (diss. Nijmegen), Utrecht: Nederlands Centrum Buitenlanders 1995.
De Boer 1985
J. de Boer, 'Bevel tot wetgeving', *Staatkundig Jaarboek* 1985, p. 86-87.
De Boer 1986
J. de Boer, 'Procederen wegens discriminatie', *Staatkundig Jaarboek* 1985, p. 73-92.
De Boer 1995
J. de Boer, 'De broedende kip in EVRM-zaken', *NJB* 1995, p. 1027-1034.
Bogaert, van & Hoogers 2003
V.V.R. van Bogaert & H.G. Hoogers, 'De legende van de rechterlijke onafhankelijkheid' in: P.P.T. Bovend'Eert, L.E. de Groot-Van Leeuwen & Th.J.M. Mertens (red.), *De rechter bewaakt – Over toezicht en rechters,* Deventer: Kluwer 2003, p. 1-34.
Von Bogdandy 2000
A. von Bogdandy, 'The European Union as a human rights organisation? Human rights and the core of th European Union', *Common Market Law Review* 2000, p. 1307-1338.
Von Bogdandy 2003
A. von Bogdandy, 'Doctrine of Principles' in: Von Bogdandy & Weiler (eds.), *European Integration: The New German Scholarship* (Jean Monet Working Paper 9/03).
Von Bogdandy 2008
A. von Bogdandy, 'Pluralism, direct effect, and the ultimate say: on the relationship between international and domestic constitutional law', *Int. J. of Constitutional Law* 2008, p. 397-413.
Von Bogdandy 2009
A. von Bogdandy, 'The past and promise of doctrinal constructivism: A strategy for responding to the challenges facing constitutional scholarship in Europe'. *Int. J. of Constitutional Law* 2009, p. 364-400.
Von Bogdandy e.a. 2012
A. von Bogdandy, M. Kottman, C. Antpöhler, J. Dickschen, S. Hentrei & M. Smrkolj, 'Reverse solange – protecting the essence of fundamental rights against EU member states', *CMLRev* 2012, p. 489-520.
Von Bogdandy & Bast 2008
A. Von Bogdandy & J. Bast, *Principles of European Constitutional Law* (2nd. Rev. Ed.), Oxford: Hart Publishing 2008.
Bogs 1966
H. Bogs, *Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen,* Stuttgart: Kohlhammer 1966.
Bok 1991
A.J. Bok, *Rechterlijke toetsing van regelgeving* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1991.
Bok 2006
A.J. Bok, 'Onrechtmatige wetgeving, revisited', in: L.E. de Groot-Van Leeuwen, A.M. van den Bossche & Y. Buruma (red.), *De ongehoorzame rechter,* Deventer: Kluwer 2006, p. 91-118.

Boogaard 2008
G. Boogaard, 'Verhullend bevelen – Wetgevingsbevelen en de rol van de Nederlandse rechter', *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht* 2008, p. 478-483.
Boogaard 2011
G. Boogaard, 'Rondrennende mieren', *Ars Aequi* 2011, p. 416-418.
Boogaard 2013
G. Boogaard, *Het wetgevingsbevel – Over constitutionele verhoudingen en manieren om een wetgever tot regelgeving aan te zetten* (diss. UvA), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013.
Boogaard & Uzman 2012
G. Boogaard & J. Uzman, 'Wie zijn zij, dat zij dit mogen doen? Over de legitimatie van Straatsburgse rechtspraak', in: M. Duchateau & P. Kingma (red.), *Regtspreken volgens de wet – preadviezen voor de Jonge Staatsrechtdag 2012,* Nijmegen: Wolf Legal publishers 2012.
Borchard 1940
E.M. Borchard, 'The Relation between International Law and Municipal Law', *Virginia Law Review* 1940, p. 137.
Bork 1990
R. Bork, *The Tempting of America – The Political Seduction of the Law,* New York: Free Press 1990.
Van den Bossche 2002
A.M.A.P. van den Bossche, 'De soevereiniteit van de nationale wetgever. Realiteit of fictie?', *SEW* 2002, p. 208-213.
Van den Bossche 2006
A.M.A.P. van den Bossche, 'De EG-plicht tot ongehoorzaamheid van rechters', in: L.E. de Groot-Van Leeuwen, A.M. van den Bossche & Y. Buruma (red.), *De ongehoorzame rechter,* Deventer: Kluwer 2006, p. 179-206.
Bovend'Eert 2009
P.P.T. Bovend'Eert, 'Wetgever, rechter en rechtsvorming: "*partners in the business of law*"?', *RM Themis* 2009, p. 145-153.
Bradley & Ewing 2003
A.W. Bradley & K.D. Ewing, Constitutional and Administrative Law, Harlow (etc.): Longman 2003.
Brenninkmeijer 1987
A.F.M. Brenninkmeijer, *De toegang tot de rechter* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.
Brenninkmeijer 1994
A.F.M. Brenninkmeijer, 'The Influence of Court of Justice Case Law on the Procedural Law of the Member States', in: J.A.E. Vervaele (ed.), *Administrative Law Application and Enforcement of Community Law in the Netherlands*, Deventer/ Boston: Kluwer Law Int. 1994, p.103-117.
Brenninkmeijer 2001
A.F.M. Brenninkmeijer, 'De rechtgever', *NJB* 2001, p. 1191-1201.
Breuer 2012
M. Breuer, 'Entschädigung für Ex-Sicherungsverwahrte; Wegsperren – und zahlen?!'*Legal Tribune Online* (internetpubl.: www.lto.de), 24 april 2012.

Brewer-Cariás 2011
A.R. Brewer-Carias, 'Constitutional Courts as Positive Legislators A Comparative Law Study', Cambridge: Cambridge 2011.
Brinckmann 1970
H. Brinckmann, 'Die fingierte Geltung – Anmerkungen zu Gesetzgebungstaktik bei der Änderung von § 79 BVerfGG', *DÖV* 1970, p. 406-[PM]
Van den Brink 2012
J.E. van den Brink, *De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland. Juridische knelpunten en uitdagingen* (diss. Leiden), Kluwer: Deventer, 2012.
Brouwer 1992
J.G. Brouwer, *Verdragsrecht in Nederland* (diss. Groningen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.
Brouwer & Schilder 2000
J.G. Brouwer & A.E. Schilder, 'De mythe van het ongewassen varken – over onverbindend verklaren, buiten toepassing laten en buiten werking stellen', *NTB* 2000, p. 184-186.
Brouwer & Schilder 2004
J.G. Brouwer & A.E. Schilder, *Gemeentelijke verordeningen,* Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004.
Browne-Wilkinson 1992
Lord Browne-Wilkinson, 'The Infiltration of a Bill of Rights', *Public Law* 1992, p. 397.
Brownlie 2008
I. Brownlie, *Principles of Public International Law* (Seventh Edition), Oxford: Oxford University Press 2008.
Brunner 1994
C.J.H. Brunner, 'Over precedenten in het Nederlandse recht', in: W. Snijders e.a. (red.), *Voorontwerp burgerlijke rechtsvordering. De eerste 'Stein' geworpen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1994, p. 31-40.
Bundesverfassungsgericht 2010
Bundesverfassungsgericht, *Jahresstatistik* 2010, internetpublicatie: www.bverfg.de
Bundesverfassungsgericht 2011
Bundesverfassungsgericht, *Jahresstatistik* 2011, internetpublicatie: www.bverfg.de
Bunschoten 2004
D.E. Bunschoten, 'Rechterlijk bevel tot wetgeven?' *Gst.* 2004, p. 513-522.
Bunschoten 2006
D.E. Bunschoten, 'Rechterlijk bevel tot wetgeving II', *Gst.* 2006, p. 447-454.
Van der Burg 1983
F.H. van der Burg, 'Splitsing van wettelijke bepalingen en abstracte toetsing' in: F.H. van der Burg & M.A. van der Ham (red.), *Gemeentelijke vrijheden* (Van Vlietbundel), Alphen aan den Rijn/Brussel: Samsom Uitgeverij 1983, p. 19-32.
Burkens e.a. 2006
M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen & R.J.G.M. Widdershoven, *Beginselen van de democratische rechtsstaat* (zesde druk), Deventer: Kluwer 2006.
Van Buuren 1987
P.J.J. van Buuren, 'Onrechtmatige wetgeving' (preadvies NJV), in: P.J.J. Van Buuren & J.E.M. Polak, *De rechter en onrechtmatige wetgeving, Handelingen 1987*

der Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 1, tweede stuk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.

Calabresi 1991
G. Calabresi, 'The Supreme Court 1990 Term – Foreword: Antidiscrimination and Constitutional Accountability (What the Bork-Brennan Debate Ignores), *Harvard Law Review* 1991, p. 80.

Calliess 2005
Ch. Calliess, 'Die Europaïsche Grundrechts-Charta' in: D. Ehlers (hrsg.), *Europaïsche Grundrechte und Grundfreiheiten* (tweede ed., bew. U. Becker), Berlijn: De Gruyter 2005, p. 531.

Campbell 2001
T. Campbell, 'incorporation through interpretation', in: T. Campbell, K Ewing & A. Tomkins, *Sceptical essays on human rights,* Oxford: Oxford University Press 2001, p. 79.

Cappelletti 1981
M. Cappelletti, 'The Law-Making Power of the Judge and its Limits: A Comparative Analyses', *Monash University Law Review* 1981, p. 15-82.

Carnwarth 2009
R. Carnwarth, 'Tribunal Justice – A New Start?', *Public Law* 2009, p. 48-69.

Cartabia 2009
M. Cartabia, 'Europe and rights: taking dialogue seriously.' *European Constitutional Law Review 5.01* 2009, p. 5-31.

Cassese 1986
A. Cassese, *International Law in a Divided World,* Oxford: Oxford University Press 1986.

Cassese 2001
A. Cassese, *International Law,* Oxford: Oxford University Press 2001.

Chayes 1976
A. Chayes, 'The Role of the Judge in Public Law Litigation', *Harvard Law Review* 1976 (89), p. 1281-1292.

Chalmers & Tomkins 2007
D. Chalmers & A. Tomkins, *European Union Public Law* Cambridge: Cambridge University Press 2007.

Choi 2002
Y. Choi, *Die Pflicht des Gesetzgebers zur Beseitigung von Gesetzesmängeln* (diss. Hamburg), Hamburg: 2002 (niet gepubl.)

Choudhry & Roach 2003
S. Choudhry & K. Roach, 'Putting the Past Behind Us? Prospective Judicial and Legislative Constitutional Remedies', *Supreme Court Law Review* 2003, p. 206-266.

Claes 2005
M.L.H.K. Claes, *The National Courts' Mandate in the European Constitution* (diss. Maastricht), Oxford: Hart Publishing 2005.

Clayton 2004
R. Clayton, 'Judicial deference and "Democratic dialogue": the legitimacy of judicial intervention under the Human Rights Act 1998', *Public Law* 2004, p. 33-47.

Constantineau 1910
A. Constantineau, *The De Facto Doctrine,* Toronto: Canada Law Book Co. 1910.
Cook 1975
A. Cook, *The Alabama Claims,* Ithaka: Cornell University Press 1975.
Cooke 1988
Sir Robin Cooke, 'Fundamentals', *New Zealand Law Journal* 1988, p. 158.
Coppel & O'Neill 1992
J. Coppel & A. O'Neill, 'The European Court of Justice: taking rights seriously?', *CMLRev* 1992, p. 669-692.
Côté 1984
P-A. Côté, 'La Préséance de la Charte Canadienne des droits et libertés', *RJT* 1984, p. 105.
Craig 1991
P.P. Craig, 'Sovereignty of the United Kingdom Parliament after *Factortame*', *Yearbook of European Law* 1991, p. 221-xx.
Craig 1998
P.P. Craig, 'Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review', *Cambridge Law Journal* 1998, p. 63-90.
Craig 2006
P.P. Craig, *EU Administrative Law,* Oxford: Oxford University Press 2006.
Craig & De Búrca 2008
P.P. Craig & G. de Búrca, *EU Law – Text , Cases, and Materials* (4th ed.), Oxford: Oxford University Press 2008.
Crijns 1989
F.C.L.M. Crijns, *Het Europese perspectief van het Nederlandse staatsrecht,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989.
Cromheecke & Staelens 2004
M. Cromheecke & V. Staelens, 'Artikel 13 – Recht op daadwerkelijke rechtshulp' in: J. Vande Lanotte & Y. Haeck (red.), *Handboek EVRM – Volume II,* Antwerpen/ Oxford: Intersentia 2004, p. 75-126.
Curtin 1992
D. Curtin, 'The Decentralised Enforcement of Community Law Rights: Judicial Snakes and Ladders' in: Curtin & O'Keeffe (eds.), *Constitutional Adjudication in European Community and National Law',* Dublin: Butterworth 1992.
Cuyvers 2011
A. Cuyvers, 'Een soeverein hof bewaakt de soevereine staat om het soevereine volk te behoeden voor een soeverein Europa: Het Lisbon Urteil als these en antithese voor de verhouding van Nederland tot de EU', in: J.M.J. van Rijn van Alkemade & J. Uzman, *Soevereiniteit of pluralisme – Nederland en Europa na het Lissabon-Urteil,* Nijmegen: Wolf Legal Publishers, p. 49-93.
Czermak 1998
G. Czermak, 'Das bayerische Kruzifix-Gesetz und die Entscheidung des Bay-VerfGH vom 1.8.1997', *DÖV* 1998, p. 107-114.

Daalder 2001
E.J. Daalder, 'Leidse Trias nieuwe stijl: een dans tussen wetgever en twee rechters', in: J.R. van Angeren, T. Barkhuysen & N.S.J. Koeman (red.), *1000 weken bestuursrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 13-22.

Dahl 1957
R. Dahl, 'Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as National Policy-Maker', *Journal of Public Law* 1957, p. 279-xx.

Dannemann 1994
G. Dannemann, 'Constitutional Complaints: The European Perspective.', *The International and Comparative Law Quarterly* 43.1 1994, p. 142-153.

Dellinger 1972
W. Dellinger, 'Of Rights and Remedies: The Constitution as a Sword', *Harvard Law Review* 1972, pp 1532-1564.

Dettling 2009
H.-U Dettling, 'Normkollision und Normverwerfung als allgemeines Rechtsproblem, *Bayerisches Verwaltungsblatt* 2009, p. 613-624.

Dicey 1885
A.V. Dicey, *An introduction to the Study of the Law of the Constitution* (uitgeg, 1885), 10e druk (met introductie E.C.S. Wade), Londen: MacMillan 1959. 8e druk 1915 repr 1982

Dietz 2011
M. Dietz, *Verfassungsgerichtliche Unvereinbarerklärungen: Zulässigkeit, Voraussetzungen und Rechtsfolgen* (diss. Greifswald), Frankfurt a.M.: Peter Lang 2011.

Van Dijk 1988
P. van Dijk, 'De houding van de Hoge Raad jegens de verdragen inzake de rechten van de mens' in: Baardman e.a. *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel: de veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.

Dixon 2007
M. Dixon, *Textbook on International Law* (6th. Edition), Oxford: Oxford University Press 2007.

Doehring 2003
K. Doehring, *Völkerrecht* (2. neubearb. Aufl.), Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2003.

Van der Does & De Wijkerslooth 1985
J.A.E. an der Does & J.L. De Wijkerslooth, *Onrechtmatige overheidsdaad – Monografieën Nieuw B.W.*, Deventer: Kluwer 1985.

Dölle & Engels 1989
A.H.M. Dölle & J.W.M. Engels, *Constitutionele rechtspraak*, Groningen: Wolters-Noordhoff 1989.

Van Dommelen 2003
S.T. van Dommelen, *Constitutionele rechtspraak vanuit rechtsfilosofisch perspectief* (diss. UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

Donner 1982
A.M. Donner, 'Het beleid van de rechter ten aanzien van grond- en mensenrechten', in: A.K. Koekkoek, W. Konijnenbelt & F.C.L.M. Crijns, *Grondrechten* (Jeukensbundel), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1982, p. 40-48.

Dor 2000
G. Dor, 'Constitutional Dialogues in Action: Canadian and Israeli Experiences in Comparative Perspective', *Indiana International & Comparative Law Review* 2000, p. 1-36.
Dougan 2007
M. Dougan, 'When Worlds Collide! Competing visions of the relationship between direct effect and supremacy', *CMLR* 2007, p. 931-963.
Douglas-Scott 2002
S. Douglas-Scott, *Constitutional law of the European Union,* Harlow: Longman 2002.
Douglas-Scott 2011
S. Douglas-Scott, 'The European Union and Human Rights after the Treaty of Lisbon', *Human Rights Law Review* 2011, p. 645-682.
Douma 2008
S.C.W. Douma, 'Doorwerking van de rechtspraak van het HvJEG in de nationale rechtsorde', *WFR* 2008/1175.
Drion 1950
J. Drion, *Administratie contra rechter: tot de intrekking van het Conflictenbesluit* (diss. Leiden), Den Haag: Martinus Nijhoff 1950.
Duclos & Roach 1991
N. Duclos & K. Roach, 'Constitutional Remedies as "Constitutional Hints": A Comment on *R. Schachter*', *McGill Law Journal* 1991, p. 1-38.
Dworkin 1996
R. Dworkin, *Freedom's Law – The Moral Reading of The American Constitution,* Oxford: Oxford University Press.
Dworkin 1978
R. Dworkin, *Taking Rights Seriously,* Cambridge MA: Harvard University Press 1978.

Echterhölter 1955
R. Echterhölter, 'Die Europaïsche Menschenrechtskonvention im Rahmen der Verfassungsmässigen Ordnung', *JZ* 1955, p. 689-693.
Eeckhout 2002
P. Eeckhout, 'The EU Charter of Fundamental Rights and the federal question', *CMLRev.* 2002 (39), p. 945-994.
Eeckhout 2007
P. Eeckhout, 'Community Terrorism Listings, Fundamental Rights, and UN Security Council Resolutions, *Eur. Constitutional Law Review* 2007, p. 183-206.
Ehlers 2005
D. Ehlers, 'Allgemeine Lehren', in: D. Ehlers (hrsg.), *Europaïsche Grundrechte und Grundfreiheiten* (tweede ed., bew. U. Becker), Berlijn: De Gruyter 2005, p. 177-226.
Ehlers & Eggert 2008
D. Ehlers & A. Eggert, 'Zur Zulässigkeit einer Zeitlich begrenzten weiteren Anwendung gemeinschaftsrechtswidrigen nationalen Rechts', *Juristen Zeitung* 2008, p. 585-593.
Ehlers & Schoch 2009
D. Ehlers & F. Schoch (hrsg.), *Rechtsschutz im Öffentlichen Recht*, Berlijn: De Gruyter 2009.

Eleftheriadis 2009
P. Eleftheriadis, 'Parliamentary Sovereignty and the Constitution', *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 2009, p. 267-290.
Elliott 2001
Mark Elliott, *The Constitutional Foundations of Judicial Review* (diss. Cambridge), Oxford: Hart Publishing 2001.
Elliott 2005
Mark Elliott, *Beatson, Matthews & Elliott's Administrative Law – Text and Materials* (3rd Ed.), Oxford: Oxford University Press 2005.
Emaus 2013
J.M. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht – Over de inpassing van de fundamenele rechtsschending in het Nederlandse burgerlijk recht* (diss. UU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.
Emmaus & Keirse 2011
J.M. Emmaus & A.L.M. Keirse, 'EVRM en Privaatrecht – Een bespreking van de preadviezen 2011 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht', *NTBR* 2011/70.
Van Emmerik 1997
M.L. van Emmerik, *Schadevergoeding bij schending van mensenrechten* (diss. Leiden), Leiden: NJCM-Boekerij 1997.
Van Emmerik 2008a
M.L. van Emmerik, 'Verplichtingen voor de wetgever na Straatsburgse uitspraken op grond van het EVRM' in R. de Lange et al (red.), *Wetgever en grondrechten, Publicaties van de staatsrechtkring*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, p. 129-160.
Van Emmerik 2008b
M.L. van Emmerik, 'De Nederlandse Grondwet in een veellagige rechtsorde', *Rechtsgeleerd Magazijn Themis* 2008, p. 145-161.
Enschede 1976
E.M. Enschede, 'De actie ter behartiging van groeps- en algemene belangen in de civiele procedure' (Preadvies NJV 1976), in: *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging 1976*, p. 141-181.
Erades 1980
L. Erades, 'International Law and the Netherlands Legal Order', in: H.F. van Panhuys (red.), *International Law in the Netherlands* (volume III), Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff 1980, p. 374-434.
Ermacora 1960
F. Ermacora, 'Die Bedeutung und die Aufgabe der Wiener Schule für die Wissenschaft vom öffentlichen recht der Gegenwart', *ÖZöR* 1960, p. 347-367.
Eser 2006
A. Eser, 'Kapitel VI: Justizielle Rechte' in: J. Meyer (hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europaïschen Union* (2. Auflage), Baden-Baden: Nomos 2006, p. 477-493.
Van Ettekoven e.a. 2013
B.J. van Ettekoven, J.E.M. Polak, B.P.M. van Ravels, A.A. van Rossem, B.J. Schueler, M.K.G. Tjepkema, C. Waling & R.J.G.M. Widdershoven, 'Overheidsaansprakelijkheid anno 2013: de stand van de rechtsontwikkeling', *O&A* 2013/32, p. 49-101.

Ewing 1999
K. Ewing, 'The Human Rights Act and Parliamentary Democracy', *Modern Law Review*, p. 79.
Ewing & Gearty 1990
K. Ewing & C. Gearty, *Freedom under Thatcher: Civil Lberties in Modern Britain,* Oxford: Clarendon Press 1990.

Fallon 2006
R.H. Fallon, 'Judicially Manageable Standards and Constitutional Meaning', *Harvard Law Review* 2006, p. 1274-1332.
Fallon & Meltzer 1991
R.H. Fallon & D.J. Meltzer, 'New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies', *Harvard Law Review* 1991, p. 1731-1833.
Feldman 2002a
D. Feldman, *Civil Liberties and Human Rights in England and Wales* (2nd Ed.), Oxford: Oxford University Press 2002.
Feldman 2002b
D. Feldman, 'Confrontation and Co-operation between Institutions in the Protection of Human Rights' in: F. Butler, *Human Rights Protection: Methods and Effectiveness,* London (etc): Kluwer Law International 2002.
Feldman 2004
D. Feldman, 'Chapter 19: Remedies for Violations of Convention Rights' in: D. Feldman (ed.), *English Public Law,* Oxford: Oxford University Press 2004, p. 825-848.
Feldman 2007
D. Feldman, 'Book Review – Can Human Rights Survive by Conor Gearty', Journal of Law & Society 2007, 34 (2), p. 280-284.
Fetzer 1994
R. Fetzer, *Die Haftung des Staates für legislatives Unrecht,* Berlijn: Duncker & Humblot 1994.
Feteris 2002
M.W.C. Feteris, *Fiscale bestuurlijke boetes en het recht op een behoorlijk proces,* Deventer: Kluwer 2002
Flauss 1989
J.F. Flauss, 'Le droit à un recours effectif: lárticle 13 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour' in: G.A. Beaudoin (ed.), *Vues canadiennes et européennes de droit et libertés, Actes des journées Strasbourgeoises 1988,* Cowainsville 1989, p. 255-292.
Fleuren 2004
J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.
Fleuren 2005
J.W.A. Fleuren, 'Directe en indirecte toepassing van internationaal recht door de Nederlandse rechter' (preadvies NVIR), *Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht,* Den Haag: T.M.C. Asser Press 2005.

Fleuren & Viering 2001
J.W.A. Fleuren & M.L.W.M. Viering, 'Rechtstreekse werking en een ieder verbindende kracht: Europese inspiratie voor de nationale rechter?', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *Grensverleggend staatsrecht,* Deventer: Kluwer 2001, p. 101-138.
Frankenberg 2006
G. Frankenberg, 'Comparing constitutions: ideas, ideals and ideology – toward a layered narrative', *International Journal of Constitutional Law* 4, 3 (2006), p. 439-459
Frenk 1990
N. Frenk, 'Onrechtmatige wetgeving en burgerlijk procesrecht', *NJB* 1990, p. 1629-1633.
Frenz 1993
W. Frenz, 'Die Rechtsfolgenregelung durch das Bundesverfassungsgericht bei verfassungswidrigen Gesetzen', *DÖV* 1993, p. 847-855.
Frenz 2004
W. Frenz, *Handbuch Europarecht* (Band 1: Europaïsche Grundfreiheiten), Berlijn: Springer Verlag 2004.
Friedman 1993
B. Friedman, 'Dialogue and Judicial Review', *Michigan Law Review* 1993, p. 577-682.
Frowein 1970
J.A. Frowein, 'Zur vorgeschlagenen Änderung von § 79 des Bundesverfassungsgerichts-gesetzes', *DÖV* 1970, p. 591-594.
Frowein 1996
J.A. Frowein, 'Artikel 13 (Beschwerderecht)' in: J.A. Frowein & W. Peukert, *EuropaïscheMenschenRechtsKonvention – EMRK-Kommentar,* Kehl (etc.): N.P. Engel Verlag 1996.

Gänswein 2009
O. Gänswein, *Der Grundsatz unionsrechtskonformer Auslegung nationalen Rechts* (diss. St. Gallen), Frankfurt a.M.: Peter Lang 2009.
Gardbaum 2001
S. Gardbaum, 'The New Common Law Model of Constitutionalism', *The American Journal of Comparative Law* 2001, p. 707-760.
Gardbaum 2010
S. Gardbaum, 'Reassessing the New Commonwealth Model of Constitutionalism', *Int. Journal of Constitutional Law* 2010, p. [PM: n.n.g. *issue 2 – aug 2010*}
Gearty 2002
C. Gearty, 'Reconciling Parliamentary Democracy and Human Rights', *Law Quarterly Review* 2002, p. 248.
Gearty 2006
C. Gearty, *Can Human Rights Survive? (The Hamlyn Lectures 2005),* Cambridge: Cambridge University Press 2006.
Gearty 2009
C. Gearty, 'Justice by Stealth', *The Tablet* 2009, p. [PM]
Geiger 2002
R. Geiger, *Grundgesetz und Völkerrecht,* München: C.H. Beck 2002

Gerards 2008
J.H. Gerards, 'Wisselwerking tussen rechter en wetgever – naar een betere dialoog?' (preadvies Staatsrechtconferentie 2007), in: R. de Lange (red.), *Wetgever en grondrechten*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 161-199
Gerards 2010
J.H. Gerards, 'Samenloop van nationale en Europese grondrechtenbepalingen: hoe moet de rechter daarmee omgaan?', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2010, p. 224-255.
Gerards 2011a
J.H. Gerards, *EVRM – Algemene beginselen,* Den Haag: SDU Uitgevers 2011.
Gerards 2011b
J.H. Gerards, 'Waar gaat het debat over het Europees Hof voor de Rechten van de Mens nu eigenlijk over?', *NJB* 2011, p. 608.
Gerards 2011c
J.H. Gerards, *Het prisma van de grondrechten* (oratie Nijmegen), Nijmegen 2011 (internetpubl.)
Gerards & Terlouw 2012
J.H. Gerards & A. Terlouw (red.), *Amici Curiae – Adviezen aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012.
Gerontas 1982
A. Gerontas, 'Die Appellentscheidungen, Sondervotumappelle und die bloße Unvereinbarkeitsfeststellung als Ausdruck der funktionellen Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit', *DVBl.* 1982, p. 486-491.
Van Gerven 1973
W. van Gerven, *Het beleid van de rechter,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1973.
Van Gerven 2000
W. van Gerven, 'Of rights, remedies and procedures', *CMLRev* 2000, p. 501-537.
Goldsworthy 1999
J. Goldsworthy, *The Doctrine of Parliamentary Sovereignty – History and Philosophy*, Oxford: Oxford University Press 1999.
Goldsworthy 2003
J. Goldsworthy, ' Judicial Review, Legislative Override and Democracy', *Wake Forest Law Review* 2003, p. 451.
De Graaff & Vermeer 2012
G. de Graaff & A. Vermeer, 'De staat moet nu echt effectieve maatregelen nemen', *NJB* 2012, p. 2272-2278.
Grabenwarter 2008
C. Grabenwarter, *Europaïsche Menschenrechtskonvention* (3. Auflage), München (etc.): C.H. Beck 2008.
Grabitz 1966
E. Grabitz, *Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht – Heft 55 der Abhandlungen aus dem Seminar für Öffentliches Recht der Universität Hamburg*, Hamburg : Appel 1966.
Graßhof 2003
M. Graßhof, *Die Vollstreckung von Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (diss. Potsdam), Frankfurt a.M.: Peter Lang 2003.

Graßhof 2005
M. Graßhof, 'Entscheidung', in: D.C. Umbach e.a. (red.) *Bundesverfassungsgerichtsgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch*, Heidelberg: Rehm 2005.
Greer & Wildhaber 2012
S. Greer & L. Wildhaber, 'Revisiting the Debate about 'constitutionalising' the European Court of Human Rights', *Human Rights Law Review* 2012, p. 655-687.
Greschner & Norman 1987
D. Greschner & K. Norman, 'The Courts and Section 33', *Queen's Law Journal* 1987, p. 155-xx.
Grewe 1954
W. Grewe, 'Die Auswärtige Gewalt der Bundesrepublik', *VVDstRL* 1954, p. 129-178.
Gribnau 2001
Hans Gribnau, 'De rechter tussen bevel en norm', in: E-J. Broers & B. van Klink (red.), *De rechter als rechtsvormer,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 115-134.
Gribnau 2012
Hans Gribnau, *Vertrouwen, legitimiteit en belastingen,* (oratie UvT), Tilburg 2012.
Grimm 2002
D. Grimm. 'Gemeinwohl in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts', in: Herfried Münkler & Karsten Fisher (red.), Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht, Berlin: Akademie Verlag 2002, p. 125-139.
Groenewegen 2006
F.T. Groenewegen, *Wetsinterpretatie en rechtsvorming,*(diss. UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.
Guradze 1968
H. Guradze, *Die Europa¨ische Menschenrechtskonvention: Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten nebst Zusatzprotokollen*, Berlin: F. Vahlen 1968.
Gusy 1985
Ch. Gusy, *Parlementarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht* (Hab. Hagen 1983), Berlin: Duncker & Humblot 1985.

Haas 2010
D. Haas, 'Een verklaring voor recht als vorm van genoegdoening – Heeft de Hoge Raad de deur opengezet?', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2010, p. 158-162.
Hand 1958
Learned Hand, *The Bill of Rights* (Oliver Wendell Holmes Lectures), Cambridge MA: Harvard University Press 1958.
Happé 1996
R.H. Happé, *Drie beginselen van fiscale rechtsbescherming* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1996.
Happé 1999
R.H. Happé, *Schuivende machten* (oratie UvT), Deventer: Kluwer 1999.

Happé & Gribnau 2007
R. Happé & H. Gribnau, 'The Netherlands – National Report: Constitutional Limits to Taxation in a Democratic State: The Dutch Experience', *Michigan State Journal of International Law* 2007, p. 417-459.
Harding 2003
S.K. Harding, 'Comparative Reasoning and Judicial Review', *The Yale Journal of International Law* 2003, p. 409-464.
Hart 1994
H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (2nd Rev. Ed.), Oxford: Clarendon Press 1994.
De Hart 2003
B. de Hart, *Onbezonnen vrouwen – Gemengde relaties in het nationaliteitsrecht en het vreemdelingenrecht* (diss. Nijmegen), Amsterdam: Aksant 2003.
Hartkamp 2000
A.S. Hartkamp, 'Europese mensenrechten en nationaal dwingend recht – De Nederlandse rechter en het EVRM' in: R.A. Lawson & E. Myjer (red.), *50 jaar EVRM,* Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2000, p. 23-35.
Hartmann 1997
Ch. Hartmann, 'Verfassungswidrige und doch wirksame Rechtsnormen', *DVBl.* 1997, p. 1264-1270.
Hebel, von 1989
H. von Hebel, 'Artikel 13 EVRM: het recht op een effectief rechtsmiddel', *NJCM-Bulletin* 1989, p. 898-915.
Hein 1988
P.E. Hein, *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht* (diss. Bonn), Baden-Baden: Nomos 1988.
Heise 2000
M. Heise, ' Preliminary Thoughts on the Virtues of Passive Dialogue', *Akron Law Review* 2000, p. 73.
Heringa 1985
A.W. Heringa, 'Terug naar af: waarom het begrip een ieder verbindende bepalingen van verdragen slechts tot verwarring leidt', *Staatkundig Jaarboek* 1985, Leiden, p. 133-144.
Heringa 1989
A.W. Heringa, *Sociale grondrechten – Hun plaats in de gereedschapskist van de rechter* (diss. Leiden), Den Haag: T.M.C. Asser Instituut 1989.
Heringa 1990
A.W. Heringa, 'Van Europese conventie tot Nederlandse constitutie voor de rechten van de mens' in: A.W. Heringa et al (eds.), 40 Jaar EVRM, Leiden: St. NJCM-Boekerij 1990, p. 317-335.
Heringa 1996
A.W. Heringa, *Constitutionele partners: Rechterlijke totsing als instrument voor samenwerking tussen rechter en wetgever* (oratie Maastricht), Deventer: Kluwer 1996.
Herzog 1959
R. Herzog, 'Das Verhältnis der Europaïschen Menschenrechtskonvention zu späteren deutschen Gesetze', *DÖV* 1959, p. 44-47.

Heußner 1982
H. Heußner, 'Folgen der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes ohne Nichtigerklärung', *NJW* 1982, p. 257-263.
Heuston 1964
R.F.V. Heuston, *Essays in Constitutional Law* (2nd Ed.), Londen: Stevens 1964.
Heyde 1984
W. Heyde, 'Gesetzgeberische Konsequenzen aus der Verfassungswidrig-Erklärung von Normen' in: W. Zeidler, Th. Maunz & G. Roellecke (Hrsg.), *Festschrift Hans Joachim Faller*, München: 1984.
Hickman 2005
T.R. Hickman, 'Constitutional Dialogue, Constitutional Theories and the Human Rights Act 1998', *Public law* 2005 (2), p. 306-335.
Hiebert 2006
J.L. Hiebert, 'Parliamentary Bills of Rights: An Alternative Model?', *The Modern Law Review* 2006, p. 7-28.
Hins & De Reede 1997
A.W. Hins & J.L. de Reede, 'Grondrechten, Europese integratie en nationale soevereiniteit' (preadvies Staatsrechtconferentie 1997), in: L.F.M. Besselink e.a., Europese integratie en nationale soevereiniteit, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 1-50.
Hirsch Ballin 1988
E.M.H. Hirsch Ballin, 'Onafhankelijke rechtsvorming – Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde', in: B. Baardman e.a. (red.), *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 211-237
Hirsch Ballin 1989
E.M.H. Hirsch Ballin, 'De Harmonisatiewet: onschendbaarheid van de wet en schendbaarheid van het rechtszekerheidsbeginsel', *Ars Aequi* 1989, p. 578-592.
Hoffmann 1961
G. Hoffmann, 'Die Verwaltung und das verfassungswidrige Gesetz', *JZ* 1961, p. 193-205.
Hoffmann-Riem 1974
W. Hoffmann-Riem, 'Beharrung und Innovation: Zur Bindungswirkung verfassungsgericht-licher Entscheidungen', *Der Staat* 1974, p. 335-364.
Hoffmeister 2001
F. Hoffmeister, 'Die Europäische Menschenrechtskonvention als Grundrechtsverfassung und ihre Bedeutung in Deutschland', *Der Staat* 2001, p. 349.
Hogg 2006
P.W. Hogg, 'Appointment op Justice Marshall Rothstein to the Supreme Court of Canada', *Osgoode Hall Law Journal* 2006, p. 527-538.
Hogg 2007
P.W. Hogg, *Constitutional Law in Canada* (5th. Ed.), Toronto: Thomson Carswell 2007.
Hogg & Bushell Thornton 1997
P.W. Hogg & A.A. Bushell, 'The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (or perhaps the *Charter of Rights* Isn't Such a bad Thing after All', *Osgoode Hall Law Journal* 1997, p. 75-124.

Hogg, Bushell Thornton & Wright 2007
P.W. Hogg, A.A. Bushell Thornton & W.K Wright, '*Charter* Dialogue Revisited – Or Much Ado about Rights', *Osgoode Hall Law Journal* 2007, p. 1-65.
Den Hollander 2012
P.W. den Hollander, 'Relativiteit en de verhouding van de rechter tot de wetgever', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek* , Deventer: Kluwer 2012, p. 297-326.
Holoubek 1992
M. Holoubek, 'Das Recht auf eine wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz – Zur Bedeutung des Art. 13 EMRK', *Juristische Blätter* 1992, p. 137-155.
Hoogers & De Vries 2002
H.G. Hoogers & F. de Vries, *Hoofdlijnen Arubaans staatsrecht*, Zutphen: Walburg Pers 2002.
Van Houten 1997
M.L.H. van Houten, *Meer zicht op wetgeving* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.
Van Houten 2001
M.L.H. van Houten, 'Rechter en Wetgever: Een Nieuwe Balans', *RM Themis* 2001, p. 3-15.
Huber 1960
E.R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789 – Band II,* Stuttgart: Kohlhammer 1960 (er is ook een 1988-editie!!!)
Huber 1961
E.R. Huber, *Dokumenten zur Deutschen Verfassungsgeschichte – Band I,* Stuttgart: Kohlhammer 1961. (er is ook een 1964-editie!!!)
Van der Hulle & Van der Hulle 2012
R. van der Hulle & R. van der Hulle, ‚Op weg naar een minder strikte toepassing van de voorrangsregel?', *SEW* 2012, p. 490-501.
Hunt 1997
M. Hunt, *Using International Human Rights Law in English Courts,* Oxford: Hart Publishing 1997.

Ipsen 1980
J. Ipsen, *Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt,* Baden Baden: Nomos 1980.
Irvine 1999
A.A.M. (Lord) Irvine, 'Activism and Restraint: Human Rights and the Interpretative Process', *European Human Rights Law Review* 1999, p. 350-xx
Isensee & Kirchhof 2004
J. Isensee & P. Kirchhof (hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band II,* Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2004.

's Jacob 1960
E.H. 's Jacob, 'Toetsing van gemeentelijke verordeningen door de gewone rechter', in: G.A. van Poelje e.a. (red.), *Opstellen aangebouden aan Prof. mr. dr. G. van den*

Bergh ter gelegenheid van zijn aftreden als hoogleraar in het Nederlandse staatsrecht aan de universiteit van Amsterdam, Alphen aan den Rijn: Samson 1960, p. 117-113.

Jacobs 1997
F.G. Jacobs, 'Enforcing Community Rights and Obligations in National Courts: Striking the Balance' in: J. Lonbay & A. Biondi (eds.), *Remedies for Breach of EC Law,* Chichester: Wiley 1997.

Jak & Vermont 2007
N. Jak & J. Vermont, 'De Nederlandse rechter en de *margin of appreciation*', *NJCM-Bulletin* 2007, p. 125-140.

Jans e.a. 2007
J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Europeanisation of Public Law,* Groningen: Europa Law Publishing 2007.

Jans & Prinssen 2002
J.H. Jans & J.M. Prinssen, 'Direct Effect: Convergence of Divergence? A Comparative Perspective, in: J.M. Prinssen & A. Schrauwen (eds.), *Direct Effect of European Law,* Groningen: Europa Law Publishing 2002, p. 107-126.

Jansen 2008
C.J.H. Jansen, 'Over de plaats en de functie van de wet, houdende Algemeene Bepalingen der Wetgeving in het Koninkrijk (1829)' *Ars Aequi* 2008, p. 22-28.

Jarass & Beljin 2004
H.D. Jarass & S. Beljin, 'Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-rechts für die nationale Rechtssetzung und Rechtsanwendung', *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2004, p 1

Jarass & Pieroth 2007
H.D. Jarass & B. Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar,* München; C.H. Beck 2007.

Jeffries 1999
J.C. Jeffries Jr., 'The Right-Remedy Gap in Constitutional Law, *Yale Law Journal* 1999, p. 87-114.

Jennings 1959
I. Jennings, The law and the constitution (5th ed.), London: University of London Press 1959.

Jeukens 1967
H.J.M. Jeukens, *Toetsing van de wet aan de Grondwet* (preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1967.

Jowell 2000
J. Jowell, 'Beyond the rule of law: Towards constitutional review', *Public Law* 2000, p. 671 e.v.

Jowell & Oliver 2007
J. Jowell & D. Oliver (ed.), *The Changing Constitution,* Oxford: Oxford University Press 2007.

Kadelbach 1999
S. Kadelbach, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europaïschem Einfluss,* Tübingen: Mohr Siebeck 1999.

Kahana 2001
T. Kahana, 'The Notwithstanding Mechanism and Public Discussion: Lessons from the Ignored Practice of Section 33 of the Charter', *Canadian Public Administration* 2001 (44/3), 255-291.
Kakouris 1997
C.N. Kakouris, 'Do the member states possess judicial procedural autonomy?', *CMLR* 1997, p. 1389-1412.
Kapteyn 2008
P.J.G. Kapteyn, 'Administration of Justice', in: P.J.G. Kapteyn, A.M. McDonnell, K.J.M. Mortelmans and C.W.A. Timmermans (eds.), *The Law of the European Union and the Communities*, Deventer: Kluwer Law International 2008, p. 421-510.
Katyal 1998
N.K. Katyal, 'Judges as Advicegivers' , *Stanford Law Review* 1998, p. 1709-xx.
Kavanagh 2004
A. Kavanagh, 'The Elusive Divide between Interpretation and Legislation under the Human Rights Act 1998', *Oxford Journal of Legal Studies* 2004, p. 259-285.
Kavanagh 2009
A. Kavanagh, *Constitutional Review under the UK Human Rights Act*, Cambridge: Cambridge University Press 2009.
Keirse 2011
A.L.M. Keirse 'Een verklaring voor recht als mijlpaal. Over Jeffrey, Chipshol en het belang bij de civiele rechtspleging', *WPNR* 2011, p. 869-871.
Kelsen 1914
H. Kelsen,'Über Staatsunrecht', *Grünhuts Zeitschrift* 1914, p. 1-114.
Kelsen 1925
H. Kelsen, 'Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit', in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 5, Berlin en Leipzig: Walter de Gruyter & Co. 1929, p. 30-88.
Kelsen 1931 (2008)
H. Kelsen, 'Wer soll Hüter der Verfassung sein', in: R.Chr. van Ooyen (hrs.), *Wer soll Hüter der Verfassung sein?*, Tübingen: Mohr Siebeck 2008, p. 58-106.
Kelsen 1934 (1960)
H. Kelsen, *Reine Rechtslehre – mit einem Anhang: das Problem der Gerechtigkeit*, 2. Auflage (1. Aufl. 1934), Wien: Franz Deuticke 1960.
Kelsen 1945
H. Kelsen, *General Theory of Law & State*, Cambridge Massachusetts & London: Harvard University Press 1945.
Van Kempen 2003
P.H.P.H.M.C. van Kempen, *Heropening van procedures na veroordelingen door het EHRM* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2003.
Kingreen 1999
T. Kingreen, *Die Struktur der Grundfreiheiten des Europaïschen Gemeinschaftsrechts*, Berlijn: Duncker & Humblot 1999.
Kischel 2006
U. Kischel, 'Darf der Gesetzgeber das Bundesverfassungsgericht ignorieren? Zum erneuten Erlaß für nichtig erklärter Gesetze' ¸ *Archiv des öffentlichen Rechts* 2006, p. 219-254.

Kleuker 1993
M. Kleuker, *Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts* (diss. Münster 1992), Berlin: Duncker & Humblot 1993.
Klug 2001
F. Klug, 'The Human Rights Act – a "Third Way" or "Third Wave" Bill of Rights? ', *European Human Rights Law Review,* p. 361.
Klug 2003
F. Klug, 'Judicial Deference under the Human Rights Act 1998', *European Human Rights aw Review* 2003, p. 125.
Kneucker1968
R. Kneucker, 'Wirksame Rechtsmittel gegen verletzung der Europaïsche Menschenrechtskonvention', *Juristische Blätter* 1968, p. 598-609.
Köcher 2012
R. Köcher, 'Das Bollwerk. In einer Zeit großer Unsicherheit wird das Bundesverfassungs-gericht zu einer Institution, der die Bürger zutrauen, die politische Ordnung und nationale Interessen zu wahren', *Institut für Demoskopie Allensbach FAZ-Monatsbericht* 2012/195.
Koekkoek 2000
A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet – Een systematisch en artikelsgewijs commentaar* (derde druk), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.
Koenig & Schreiber 2008
Ch. Koenig & K. Schreiber, 'Gewährung von Übergangsfristen à la Bundesverfassungsgericht durch den Europaïschen Gerichtshof?', *Die Öffentliche Verwaltung* 2008, p. 450-454.
Kokott 1997
J. Kokott, 'Report on Germany' in A.-M. Stone Slaughter, A. Stone Sweet & J. Weiler (eds.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence,* Oxford: Hart 1997.
Koopmans 1979
T. Koopmans, 'De polsstok van de rechter', in: H.J.A.M. van Geest e.a. (red.), *Regel en praktijk* (Van Wijnbergen bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1979 (hergepubliceerd in: *Juridisch stippelwerk* Deventer: Kluwer 1991, p. 253).
Koopmans 1980
T. Koopmans, 'Retroactivity reconsidered', *Cambridge L.J.* 1980, p. 287-303.
Koopmans 1986
T. Koopmans, *Vergelijkend Publiekrecht,* Deventer: Kluwer 1986.
Koopmans 1992
T. Koopmans, 'Constitutionele toetsing' in: L. Prakke, T. Koopmans & J.M. Barendrecht, 'Toetsing' (preadviezen NJV), *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 1992, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 35.
Koopmans 1993
T. Koopmans, 'Het leerstuk van de political question' in: M.G. Rood (red.), *Rechters en politiek. Nationale en internationale beschouwingen,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 9-24.
Koopmans 2003
T. Koopmans, *Courts and Political Institutions: a Comparative View,* Cambridge: Cambridge University Press 2003.

Kop 2011
P. Kop, 'Rechtsvorming door de burgerlijke rechter?', *NJB* 2011, p. 1040-1044.
Kortmann 1995
C.A.J.M. Kortmann, 'De Rijkswet goedkeuring en bekendmaking van verdragen', *NJB* 1995, p. 1335.
Kortmann 2005
C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht,* Deventer: Kluwer 2005.
Kortmann 2005b
C.A.J.M. Kortmann, 'De rechtsvormende taak van de Hoge Raad', *Trema* 2005, p. 250.
Kortmann 2007
C.A.J.M. Kortmann, 'Tweederangs Nederanders', *Ars Aequi* 2007, p. 456-459.
Kortmann 2008
C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht,* Deventer: Kluwer 2008.
Kortmann 2009
C.A.J.M. Kortmann, *Staatsrecht en raison d'État,* Deventer: Kluwer 2009.
Kortmann, (C.N.J.) 2006
C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 2006.
Kosters & Dubbink 1962
J. Kosters & C.W. Dubbink, *Algemeen Deel van het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Haarlem: Erven F. Bahn 1962.
Kottenhage 1986
R.J.P. Kottenhagen, *Van precedent tot precedent* (diss. EUR), Arnhem: Gouda Quint 1986.
Kreutzberger 2007
S. Kreutzberger, *Die gesetzlich nicht geregelten Entscheidungsvarianten des Bundesverfassungsgerichts* (diss. Würzburg), Frankfurt a.M.: Peter Lang 2007.
Van Kreveld 2006b
J.H. van Kreveld, 'Terugkoppelen vanuit de rechtspraak naar de wetgever', Regelmaat 6 2006, p. 186.
Krieger 2005
K. Krieger, *Die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des Deutschen Rechts* (diss. Köln), Münster: Lit Verlag 2005.
De Kruif 2012
C. de Kruif, *Onderlinge overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van Europees recht. De complexiteit van het adagium 'de veroorzaker betaalt' in een veellagige rechtsorde* (diss. Leiden), Apeldoorn: Maklu-Uitgevers 2012.
Kruis 2013
T. Kruis, *Die Anwendungsvorrang des EU-rechts in Theorie und Praxis* (diss. München), Tübingen: Mohr Siebeck 2013.
Kumm 2005
M. Kumm, 'The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty', *European Law Journal,* p. 262-307.

Kummeling 1995
H.R.B.M. Kummeling, 'Internationaal recht in de Nederlandse rechtsorde – Over een onduidelijke grondwet(gever) en verwarrende jurisprudentie' in: J.B.J.M. ten Berge (red.), *De grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg* (Burkens-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 369-385.

Lamprecht 1994
R. Lamprecht, 'Oligarchie in Karlsruhe: Über die Erosion der Gewaltenteilung', *NJW* 1994, p. 3272-3274.

Lange (V.) 2010
V. Lange, *Grundrechtsbindung des Gesetzgebers – Eine rechtsvergleichende Studie zu Deutschland, Frankreich und den USA,* Tübingen: Mohr Siebeck 2010

De Lange 1991
R. de Lange, *Publiekrechtelijke rechtsvinding* (diss. UvA), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991.

De Lange 1999
R. de Lange, *Concurrerende rechtsvorming* (oratie Rotterdam), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999.

De Lange 2005
R. de Lange, 'Conforme interpretatie en rechterlijke rechtsvorming', in: A.J. Nieuwenhuis & J.H. Reestman (red.), *Met Recht en Reede* (De Reede-bundel), Deventer: Kluwer 2005, p. 77-85.

De Lange 2006
R. de Lange, 'Constitutionele toetsing van wetgeving in Nederland', *RegelMaat* 2006, p. 142-152.

Langenfeld 2002
C. Langenfeld, 'Die Stellung der EMRK im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland' in: J. Bröhmer (hrsg.), *Der Grundrechtsschutz in Europa,* Baden-Baden: Nomos 2002, p. 95XX

Larenz & Canaris 1995
Larenz & Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Auflage, 1995 [PM]

Laws 1993
Sir John Laws, 'Is de High Court the Guardian of Fundamental Constitutional Rights?', *Public Law* 1993, p. 59-75.

Laws 1995
Sir John Laws, 'Law and Democracy', *Public Law* 1995, p. 72-79.

Lawson (F.H.) 1980
F.H. Lawson, *Remedies of English Law* (2nd. Edition), Londen: Butterworth 1980.

Laycock 1991
D. Laycock, *The Death of the Irreparable Injury Rule,* Oxford: Oxford University Press 1991.

Lechner 1973
H. Lechner, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (3. Auflage), Munchen: C.H. Beck 1973.

Lederman 1963
W.R. Lederman, 'The Concurrent Operation of Federal and Provincial Laws in Canada', *McGill Law Journal* 1963, p. 185-199.

Lenaerts & Corthaut 2006
K. Lenaerts & T. Corthaut, 'Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law', *European law review* 31 (3), p. 287-315.
Lenz & Staeglich 2004
S. Lenz & S. Staeglich, 'Kein Rechtsschutz gegen EG-Verordnungen? ', *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 2004, p. 1421-1429.
Lester 1993
A. Lester, 'English Judges as Law Makers', *Public Law* 1993, p. 269-290.
Lester & Beattie 2007
A. Lester & K. Beattie, 'Human Rights and the British Constitution' in: Jowell and Oliver (eds.), The Changing Constitution (6th ed., 2007), Oxford (etc.): Oxford University Press 2007.
Lindenbergh 1998
S.D. Lindenbergh, *Smartengeld* (diss. RUL), Deventer: Kluwer 1998.
Lindenbergh 2005
S.D. Lindenbergh, 'Schending en schade – Over aantasting van fundamentele rechten en eenheid in het schadevergoedingsrecht', in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Rechtseenheid en vermogensrecht – BW Jaarkrant,* Deventer: Kluwer 2005.
Lindenbergh 2008a
S. D. Lindenbergh, *Monografieën BW – Schadevergoeding : algemeen, deel 1,* Deventer: Kluwer 2008.
Lindenbergh 2008b
S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld – Tien jaar later', *RIPL Accepted Paper Series* (internetpubl.), 2008
Lindenbergh 2011
S.D. Lindenbergh, 'Deel 2: Vermogensrechtelijke remedies bij schending van fundamentele rechten', in: G.E. van Maanen & S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos? Preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht,* Deventer: Kluwer 2011.
Lorz 2001
R.A. Lorz, *Interorganrespekt im Verfassungsrecht* (Habilitationsschr. Mannheim), Tübingen: Mohr Siebeck 2001.
Loucaides 2008
L.G. Loucaides, 'Reparation for violations of human rights under the European Convention and restitutio in integrum', *EHRLR* 2008 (2), p. 182-192.
Lübbe-Wolff 2012
G. Lübbe-Wolff, 'How can the European Court of Human Rights reinforce the role of national courts in the Convention system?', in: ECHR-reeks *Dialogues between judges* 2012, p. 11-16.

Van Maanen 2000a
G.E. van Maanen, 'De mythe van het onverbindendverklaren van algemene regelgeving door de burgerlijke rechter: een ongewassen varken', *NTB* 2000, p. 99-101.
Van Maanen 2000b
G.E. van Maanen, 'Waarom bestuursrechtjuristen een andere bril nodig hebben – reactie op Brouwer & Schilder', *NTB* 2000, p. 187-188.

Van Maanen 2010
G.E. van Maanen, 'Maakt Chipshol een eind aan Jeffrey?', *NTBR* 2010, p. 189.
Van Maanen 2011
G.E. van Maanen, 'De impact van het EVRM op het privaatrecht. Een grote ver-van-mijn-bedshow?', in: G.E. van Maanen & S.D. Lindenbergh, *EVRM en Privaatrecht: is alles van waarde weerloos?* (preadviezen Ver. Burgerlijk Recht 2011), Deventer: Kluwer 2011.
Van Maanen & De Lange 2005
G.E. van Maanen & R. de Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad*, Deventer: Kluwer 2005.
MacCormick 1999
N. MacCormick, *Questioning Sovereignty: Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford (etc.): Oxford University Press 1999.
Van Male 1988
R.M. van Male, *Rechter en bestuurswetgeving* (diss. Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988.
Manfredi 2001
Ch.P. Manfredi, *Judicial Power and the Charter* (2nd. Ed.), Oxford: Oxford University Press 2001.
Martens 1997
S.K. Martens, 'Mogelijkheden en grenzen van rechterlijke samenwerking, een verkenning', in: P. Ingelse e.a. (red.), *De mogelijkheden en grenzen van rechterlijke samenwerking*, Amsterdam: Prinsengrachtreeks 1997/4, p. 7-25.
Martens 1998
S.K. Martens, 'Incorporating the European Convention: the Role of the Judiciary', *European Human Rights Law Review* 1998, p. 5-14.
Martens 2000a
S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *NJB* 2000, p. 747 -758.
Martens 2000b
S.K. Martens, 'Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en de nationale rechter', *NJCM-Bulletin* 2000, p. 753-760.
Masterman 2007
R.M.W. Masterman, 'Aspiration or Foundation? The Status of the Strasbourg Jurisprudence and the 'Convention Rights' in Domestic Law', in: Fenwick, H., Masterman, R. & Phillipson, G. Cambridge (eds.), *Judicial Reasoning under the UK Human Rights Act*, Cambridge: Cambridge University Press. 2007, p. 57-86.
Matscher e.a. 1988
F. Matscher, H. Petzold, *Protecting human rights : the European dimension: studies in honour of Ge´rard J. Wiarda*, Köln: Carl Heymanns Verlag 1988.
Maunz 1980
Th. Maunz, 'Das verfassungswidrige Gesetz', *Bayrisches Verwaltungsblätter* 1980, p. 513-518.
Maurer 1963
H. Maurer, 'Das richterliche Prüfungsrecht zur Zeit der Weimarer Verfassung: ein Beitrag zum historischen Verständnis des Art. 100 GG', *DÖV* 1963, p. 683-688.

Maurer 1969
H. Maurer, 'Nochmals: Zur geplanten Neuregelung des § 79 BVerfGG', *Zeitschrift für Rechtspolitik* 1969, p. 100-103.
Maurer 1974
H. Maurer, ‚Zur Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen' in: H. Schneider & V. Götz (hrsg.), *Im Dienst an recht und Staat – Festschrift für Werner Weber zum 70. geburtstag,* Berlin: Duncker & Humblot 1974, p. 345-368.
Maurer 2005
H. Maurer, *Staatsrecht I,* München: Verlag C.H. Beck 2005.
McBride 1991
J. McBride, 'Redress for human rights violations', in: G. Hand & J. McBride (eds.), *Droit sans frontières. Essays in honour of L. Neville Brown,* Birmingham: Holdsworth club 1991, p. 161-174.
McCrudden 2001
C. McCrudden, 'The Future of the EU Charter of Fundamental Rights', *Jean Monnet Working Paper* 10/01.
McGregor 2010
L. McGregor, 'Are Declaratory Orders Appropriate for Continuïng Human Rights Violations? The Case of *Khadr v Canada', Human Rights Law Review* 2010, p. 487-503.
Meese 1987
E. Meese, 'The Law of the Constitution', *Tulane Law Review* 1987, p. 979-990.
Meijer 2007
R. Meijer, *Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees Gemeenschapsrecht* (diss. RUG), Deventer: Kluwer 2007.
Meussen 2006
G.T.K. Meussen, 'Ongehoorzaamheid belastingkamer Hoge Raad blijft ten onrechte achterwege', in: L. de Groot-van Leeuwen, A.-M. van den Bossche, Y. Buruma, e.a., *De ongehoorzame rechter*, Deventer: Kluwer 2006.
Minnigerode 1835
L. Minnigerode, *Beitrag zur Beantwortung der Frage: Was ist Justiz- und was ist Administrativ-Sache,* Darmstadt: I.W. Heyer 1835.
Moench 1977
C. Moench, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, Baden-Baden: Nomos 1977.
Mok 2010
M.R. Mok, 'Het arrest Sturgeon – Een reactie', *NJB* 2010, p. 1234.
Mok & Tjittes 1995
M.R. Mok & R.P.J.L. Tjittes, 'Formele rechtskracht en overheidsaansprakelijkheid', *RM Themis* 1995, p. 383-404.
Möllers 2005
Ch. Möllers, *Gewaltengliederung* (Habilitation Heidelberg), Tübingen: Mohr Siebeck 2005.
Monaghan 1981
H.P. Monaghan, 'Overbreath', *Supreme Court Law Review* 1981, p. 1-39.

Morton 2006
F.L. Morton, 'Judicial Appointments in Post-Charter Canada: A System in Transition', in: K. Malleson & P.H. Russell (eds.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: Critical Perspectives from around the World*, Toronto: University of Toronto Press 2006, p. 56-69.
Morton & Knopff 2000
F.L. Morton & R. Knopff, *The charter revolution and the court party*, Peterborough, Ontario: Broadview Press Ltd, 2000.
Moser 1778-1780
J.J. Moser, *Beyträge zu dem neuesten Europaïschen Völckerrecht in Fridens-Zeiten,* Tübingen 1778-1780.

Nagle 1993
J.C. Nagle, 'Severability', *North Carolina Law Review* 1993, p. 204-259.
Navot 2007
S. Navot, *The Constitutional Law of Israel,* Alphen aan den Rijn: Kluwer Law Int. 2007.
Nehmelman 2002
R. Nehmelman, *Het algemeen persoonlijkheidsrecht – Een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland* (diss. UU), Deventer: Kluwer 2002.
Niedobitek 2001
M. Niedobitek, 'Kollisionen zwischen EG-Recht und nationalem Recht', *Verwaltungsarchiv* 2001, p. 58-80.
Niessen 2009
R. Niessen, 'De belastingrechter en het gelijkheidsbeginsel', *TFB* 2009, p. 5-13.
Nieuwenhuis & Dragstra 2008
A. J. Nieuwenhuis & L. Dragstra, 'Van minimum, tekort en meerwaarde: een vergelijking tussen de grondwettelijke bescherming van grondrechten en de bescherming op grond van het EVRM', in: *Samenloop van grondrechten in verschillende rechtsstelsels, multiculturaliteit in het strafrecht & schuldsanering en collectieve schuldenregeling* (Preadviezen Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 11-80
Van Nispen 1978
C.J.J.C. van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1978.
Nollkaemper 2005
A. Nollkaemper, 'Internationalisering van nationale rechtspraak', (preadvies NVIR), *Mededelingen van de Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht,* Den Haag: T.M.C. Asser Press 2005.
Nollkaemper 2007
A. Nollkaemper, *Kern van het internationaal publiekrecht,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007.
Nowak 1989
M. Nowak, *UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte und Facultativprotokoll: CCPR-Kommentar,* Kehl am Rhein-Strassburg-Arlington: N.P. Engel Verlag 1989.

Obermeier 1999
S. Obermeier, *Die Umsetzung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen durch den Steuergesetzgeber*, Herne/Berlin: Verlag Neue Wirtschafts-Briefe 1999.
Oeter 1998
S. Oeter, 'The Responsibility of the State as Legislator in Germany', in: Eibe Riedel (ed.), *German Reports on Public Law*, Nomos: Baden-Baden 1998, p. 103-106.
Öhlinger & Potacs 2001
T. Ohlinger and M. Potacs, *Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht* 2nd edn, Wien: Orac, 2001.
Öhlinger & Potacs 2006
Th. Öhlinger & M. Potacs, *Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht – Die Anwendung des Europarechts im innerstaatlichen Bereich,* Wien: LexisNexis Verlag 2006.
Oppenheim 1912
L.F.L. Oppenheim, *International Law – A Treatise* (2nd Ed.), London, Longman 1912.
Ovey & White 2002
C. Ovey & R. White, *Jacobs and White, The European Convention on Human Rights (3rd edition),* Oxford: Oxford University Press 2002.

Pache 2004
E. Pache, 'Die Europaïsche Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsordnung', *EuR* 2004, p. 393-415.
Van Panhuys 1963
H.F. van Panhuys, 'Review of The Relation Between International Law and Municipal Law in The Netherlands and in The United States, A Comparative Study', *Netherlands International Law Review* 1963, p. 181-185.
Van Panhuys 1964
H.F. van Panhuys, ''Relations and interaction between international and national scenes of law', *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international* 1964-II, p. 7.
Van Panhuys 1966
H.F. van Panhuys, 'De verhouding tussen het volkenrecht, het Gemeenschapsrecht en het recht der lid-staten in het licht van het mandaat van rechters', in: H.F. van Panhuys e.a., *De rechtsorde der Europese Gemeenschappen tussen het internationale en nationale recht*, Deventer: Kluwer 1966, p. 13-37.
Pannick 2009
David Pannick, 'Better that a horse should have a voice in the House [of Lords] than that a judge should (Jeremy Bentham) – Replacing the Law Lords by a Supreme Court', *Public Law* 2009, p. 723-736.
Park 2003
J. J. Park, 'The Constitutional Tort Action as Individual Remedy', *Harvard Cicil Rights and Civil Liberties Law Review* 2003, p. 393-453.
Patel 2010
N.S. Patel, 'Weighty Considerations: Facial Challenges and the Right To Vote', *Northwestern University Law Review* 2010, p. 741-774.
Patterson 2001
James T. Patterson, *Brown v. Board of Education – A Civil Rights Milestone and Its Troubled Legacy,* New York: Oxford University Press 2001.

Payandeh 2009
M. Payandeh, 'Völkerrechtsfreundlichkeit als Verfassungsprinzip – Ein Beitrag des Grundgesetzes zur Einheit von Völkerrecht und nationalem Recht', *JÖR – Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart* 2009, p. 465-502.

Pechler 2009
E.B. Pechler, *Belastingprocesrecht,* Deventer: Kluwer 2009.

Pernice 1999
I. Pernice, 'Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?', *CML Rev.* 1999, p. 706-707.

Pestalozza 1976
Ch. Pestalozza, '"Noch verfassungsmäßige" und "bloß verfassungswidrige" Rechtslagen. Zur Feststellung und kooperativen Beseitigung verfassungsimperfekter Zustände', in: Chr. Starck u.a. (hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz – Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts. Band I: Verfassungsgerichtsbarkeit,* Tübingen: Mohr 1976, p. 519-567.

Pestalozza 1991
Ch. Pestalozza, *Verfassungsprozeßrecht – Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder: mit einem Anhang zum internationalen Rechtsschutz,* München: Beck 1982.

Pestalozza 1991
Ch. Pestalozza, *Verfassungsprozeßrecht – Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder: mit einem Anhang zum internationalen Rechtsschutz,* München: Beck 1991.

Pfeiffer 1831
B.W. Pfeiffer, *Practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft – Band III,* Hannover: Hahn 1831.

Pijl 2005
H. Pijl, ‚Herziening in belastingzaken en human rights', *Weekblad Fiscaal Recht* 2005/1328.

Pintens 1998
W. Pintens, *Inleiding tot de rechtsvergelijking,* Leuven: Universitaire Pers 1998.

Pohle 1979
A.P. Pohle, *Die Verfassungswidrigerklärung von Gesetzen* (diss. Bielefeld), Frankfurt a.M.: Peter Lang 1979

Poiares Maduro 2003a
M. Poiares Maduro, 'The Double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights of the European Union' in: T.K. Hervey & J. Kenner (eds.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights – A Legal Perspective,* Oxford: Hart Publishing 2003, p. 269-300.

Poiares Maduro 2003b
M. Poiares Maduro, 'Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action' in: N. Walker (ed.), *Sovereignty in transition,* Oxford: Hart Publ. 2003, p. 501-537.

Polak 1987
J.E.M. Polak, 'Onrechtmatige wetgeving' (preadvies NJV), in: P.J.J. Van Buuren & J.E.M. Polak, *De rechter en onrechtmatige wetgeving, Handelingen 1987 der Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 1, tweede stuk,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1987.

Polak 2004
J.E.M. Polak, 'Zit er nog muziek in verbods- en gebodsacties ter zake van wetgeving?', *O&A* 2004, p. 168-179.
Polak 2007
J.E.M. Polak, 'De klassieke onrechtmatige daadsvordering als instrument van effectieve uitvoering van EG-recht: de Europese dimensie van de vangnetfunctie van de burgerlijke rechter', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren,* Deventer: Kluwer 2007, p. 257-282.
Polak 2009
J.E.M. Polak, 'Het EVRM en de vordering op grond van onrechtmatige overheidsdaad', in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof (red.), *Geschakeld recht* (Alkema-bundel), Deventer: Kluwer 2009, p. 425-440.
De Poorter 2011
J.C.A. de Poorter, Rechtsvorming door de bestuursrechter – Over de grenzen van de rechtsvormende taak, rechterlijke dialogen en de Grondwet', in: A. Kristic, A. Meuwese & G. van der Schyff (red.), *Functie en betekenis van de Grondwet. Een dialogisch perspectief,* Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011.
De Poorter & Van Roosmalen 2009
J.C.A. de Poorter & H.J.Th.M. van Roosmalen, *Motivering bij rechtsvorming – Over de motivering van uitspraken met een rechtsvormend element door de Afdeling bestuursrecht spraak van de Raad van State*, Den Haag: Raad van State 2009.
Post 2003
R.C. Post, 'Fashioning the Legal Constitution: Culture, Courts, and Law', *Harvard Law Review* 2003 (117), p. 4.
Van der Pot – Elzinga, De Lange & Hoogers 2006
D.J. Elzinga & R. de Lange, m.m.v. H.G. Hoogers *Van der Pot – Handboek van het Nederlandse Staatsrecht* (vijftiende druk), Deventer: Kluwer 2006.
Prakke 1992
L. Prakke, 'Bedenkingen tegen het toetsingsrecht',in: L. Prakke, T. Koopmans & J.M. Barendrecht, 'Toetsing' (preadviezen NJV), *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging* 1992, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 35.
Prakke & Kortmann 2004a
L. Prakke & C.A.J.M. Kortmann (red.), *Het staatsrecht van de landen van de Europese Unie* (Zesde druk), Deventer: Kluwer 2004.
Prakke & Kortmann 2004b
L. Prakke & C.A.J.M. Kortmann (eds.), *Constitutional Law of the 15 EU Member States,* Deventer: Kluwer 2004.
Prechal 1998
S. Prechal, 'Community Law in National Courts: the Lessons from *Van Schijndel*', *CMLRev.* 1998, p. 681-706.
Prechal 2000
S. Prechal, 'Does Direct Effect Still Matter?', *CMLRev* 2000, p. 1047-1069.
Prechal 2005
S. Prechal, *Directives in EC Law* (second ed.), Oxford: Oxford University Press 2005.

Prechal 2007
S. Prechal, 'Direct effect, indirect effect, supremacy and the evolving constitution of the European Union, in: C. Barnard (ed.), *The Fundamentals of EU Law Revisited – Assessing the impact of the constitutional debate,* Oxford: Oxford University Press, p. 35-69.
Prechal & Widdershoven 2011
S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, 'Redefining the Relationship between 'Rewe-effectiveness' and Effective Judicial Protection', *REALaw* 2011, p. 31-50.
Prinssen 2004
J.M.Prinssen, *Doorwerking van Europees recht. De verhouding tussen directe werking, conforme interpretatie en overheidsaanpsrakelijkheid*, (diss. UvA) Deventer: Kluwer 2004.

Raymond 1980
J. Raymond, 'A contribution to the interpretation of article 13 of the European Convention on Human Rights', *HRR* 1980, p. 161-175.
Reestman 2008
J.H. Reestman, 'Voorrang voor derdepijlerrecht? Een alternatieve lezing van het Pupino-arrest', *NJB* 2008, p. 80-86.
Reid 1972
J.S.C. (Lord) Reid, 'The Judge as Law Maker', *Journal of Public Teachers of Law* 1972, p. 20-29
Van Rijn 1982
T.P.J.N. van Rijn, 'Nationale rechterlijke instanties en prejudiciële uitspraken van het Hof van Justitie, *SEW* 1982, p. 628.
Van Rijn 1986
T.P.J.N. van Rijn, 'Nationale rechterlijke instanties en prejudiciële uitspraken van het Hof van Justitie, *SEW* 1986, p. 264-269.
Van Rijn van Alkemade & Uzman 2011
J.M.J. van Rijn van Alkemade & J. Uzman, *Soevereiniteit of pluralisme – Nederland en Europa na het Lissabon-Urteil,* Nijmegen: Wolf Legal Publishers.
Rijpkema 2001
P. Rijpkema, *Rechtersrecht,* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.
Rijpkema 2008a
P. Rijpkema, 'Colloquium en terugkoppeling: het debat tussen rechter en wetgever', in: J.L.M. Gribnau, A.O. Lubbers & H. Vording (red.), *Terugkoppeling in het belastingrecht,* Amersfoort: Sdu Uitgevers 2008, p. 41-62.
Rijpkema 2008b
P. Rijpkema, 'Aanpassing van de kantonrechtersformule is geen taak voor de rechter', *NJB* 2008, p. 44-45.
Riphagen 1953
J. Riphagen, 'Het nieuwe grondwetsartikel 60e en de leer van de onsplitsbare wilsverklaring', *De Nederlandse gemeente* 1953, p. 68-70.
Roach 1991
K. Roach, 'The Limits of Corrective Justice and the Potential of Equity in Constitutional Remedies', *Arizona Law Review* 1991, p. 859-905.

Roach 2001
K. Roach, *The Supreme Court on Trial – Judicial Activism or Democratic Dialogue,* Toronto: Irwin Law 2001.
Roach 2005
K. Roach, 'Constitutional, Remedial, and International Dialogues About Rights: The Canadian Experience', *Texas International Law Journal* 2005, p. 537-576.
Roach 2006
K. Roach, 'Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States', *International Journal of Constitutional Law* 2006, p. 347-370.
Roach 2010
K. Roach, 'The Supreme Court at the Bar of Politics: The Afghan Detainee and Omar Khadr Cases', *National Journal of Constitutional Law* 2010, p. 115-155.
Robbers 1990
G. Robbers, 'Die historische Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit', *Juristische Schulung* 1990, p. 257-263.
Rogerson 1987
C. Rogerson, 'The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreath and Vagueness', in: Robert J. Sharpe (ed.), *Charter Litigation,* Vancouver & Toronto: Butterworths 1987.
Rombouts 2003
W. Rombouts, 'Controle en zelfbeperking onder het EVRM' in: P.P.T. Bovend'Eert, L.E. de Groot-van Leeuwen & T.J.M. Mertens (red.), *De rechter bewaakt: over toezicht en rechters,* Deventer: Kluwer 2003, p. 245-267.
Rood 1993
M.G. Rood, 'Rechters en politiek' in M.G. Rood (red.), *Rechters en politiek. Nationale en internationale beschouwingen,* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 9-24.
Roosevelt 2006
K. Roosevelt III, *The Myth of Judicial Activism – Making Sense of Supreme Court Decisions,* New Haven: Yale University Press 2006.
Van Roosmalen 2007
H.J.Th.M. van Roosmalen, *Overheidsaansprakelijkheid in Engeland en Nederland* (diss. Leiden), Den Haag: Sdu Uitgevers 2007.
Rosenfeld 2001
M. Rosenfeld, 'The Rule of Law and the Legitimacy of Constitutional Democracy', *Southern California Law Review* 2001 [vol. 74], p. 1307-1352.
Rudolf 1967
W. Rudolf, *Völkerrecht und deutsches Recht – Theoretische und dogmatische Untersuchungen über die Anwendung von völkerrechtlicher Normen in der Bundesrepublik Deutschland,* Tübingen: Mohr 1967. .
Rupp-von Brünneck 1970
W. Rupp-von Brünneck, ‚Darf das Bundesverfassungsgericht an den Gesetzgeber appellieren?' in: W. Geiger & Th. Ritterspach (hrsg.), *Festschrift für Gebhard Müller – zum 70. Geburtstag des Pra¨sidenten des Bundesverfassungsgerichts*', Tübingen: Mohr 1970, p. 355-378.

Russell 1991
P.H. Russell, 'Standing up for notwithstanding', *Alberta Law Review* 29 (2), p. 293-309.
Sabel & Simon 2004
C.F. Sabel & W.H. Simon, 'Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds', *Harvard Law Review* 2004, 1016-1101.
Sachs 1979
M. Sachs, 'Teilnichtigerklärung: Von der Kassation zur Gesetzesneugestaltung durch das Bundesverfassungsgericht', *Deutsches Verwaltungsblatt* 1979, p. 389-393.
Sachs 1982a
M. Sachs, 'Tenorierung bei Normenkontrollentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts', *DÖV* 1982, p. 23-30.
Sachs 1982b
M. Sachs, 'Bloße Unvereinbarerklärung bei Gleichheitsverstößen? Probleme einer Entscheidungspraxis des BVerfG, dargestellt am Beispiel des Beschlusses zum nordrhein-westfälischen Hausarbeitstagsgesetz', *NVwZ* (*Neue Zeitschr. für Verwaltungsrecht*) 1982, p. 657-661.
Sachs 2004
M. Sachs, *Verfassungsprozeßrecht,* Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft 2004.
Sap 2003
J.W. Sap, *Het EU-Handvest van de grondrechten – De opmaat voor de Europese Grondwet,* Deventer: Kluwer 2003.
Sathanapally 2012
A. Sathanapally, Beyond disagreement : open remedies in human rights adjudication, Oxford etc.: Oxford University Press, 2012.
Scalia 1997
A. Scalia, 'A Matter of Interpretation – Federal Courts and the Law', in: A. Scalia & A. Gutmann (eds.), *A Matter of Interpretation – Federal Courts and the Law: an essay by Antonin Scalia with commentary by Amy Gutmann* [et al], Princeton: Princeton University Press 1997.
Schachter 1981
O. Schachter, 'The Obligation to Implement the Covenant in Domestic Law' in: L. Henkin (ed.), *The International Bill of Rights – The Covenant on Civil and Political Rights,* New York: Columbia University Press 1981.
Scheltema 2006
M.Scheltema, M., 'Staatsrecht zonder staat?', *NJB* 2006, p. 192-196.
Schenke 1977
W.-R. Schenke, *Die Verfassungsorgantreue,* Berlijn: Duncker & Humblot 1977.
Schermers & Waelbroeck 2001
H.G. Schermers & D.F. Waelbroeck, *Judicial protection in the European Union* (zesde editie), Den Haag etc.: Kluwer Law Int. 2001.
Schilling 1994
Th. Schilling, *Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen,* Berlijn/ Baden Baden: Berliner Wissenschafts-verlag 1994.
Schlaich 1985
K. Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht – Stellung, Verfahren, Eintscheidungen*, München: Verlag C.H. Beck 1985.

Schlaich 1994
K. Schlaich, *Das Bundesverfassungsgericht – Stellung, Verfahren, Eintscheidungen* (Derde druk), München: Verlag C.H. Beck 1994.
Schlaich/Korioth 2007
K. Schlaich & S. Korioth, *Das Bundesverfassungsgericht – Stellung, Verfahren, Eintscheidungen* (Zevende druk), München: Verlag C.H. Beck 2007.
Schlössels 2000
R.J.N. Schlössels, 'Rechtsschepping of rechtsvaststelling: het bestuurlijk rechtsoordeel als "revolutionair" ontvankelijkheidsconcept', *NTB* 2000, p. 1-13.
Schlössels & Zijlstra 2010
R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *De Haan/Drupsteen/Fernhout – Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat; Deel 2: Rechtsbescherming & Overheidsaansprakelijkheid – Onderwijseditie,* Deventer: Kluwer 2010.
Schmid 1821
K.E. Schmid, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Staatsrechts,* Jena: Schmidt 1821.
Schokkenbroek 1996
J.G.C. Schokkenbroek, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.
Schröder 2004
W. Schröder, 'Nationale Massnahmen zur Durchführung vom EG-recht und das Gebot der einheitlichen Wirkung – Existiert ein Prinzip der nationalen Verfahrensautonomie?' *Archiv des öffentlichen Rechts* 2004, p. 15-19.
Schueler 2005
B.J. Schueler, *Schadevergoeding en de Awb – Aansprakelijkheid voor appellabele besluiten,* Deventer: Kluwer 2005.
Schumann 1983
E. Schumann, 'Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozess', *Zeitschrift für Zivilprozeß* 1983, p. 137-253.
Schutgens 2006
R.J.B. Schutgens, 'Het rechtsgevolg van onverbindendverklaring: naar een stelsel van materiële onverbindendheid', *RM Themis* 2006, p. 96-105.
Schutgens 2007
R.J.B. Schutgens, 'Het voorstel-Halsema en de toetsbaarheid van de wet', *RegelMaat* 2007, p. 12-27.
Schutgens 2009a
R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009.
Schutgens 2009b
R.J.B. Schutgens, 'Intern werkende werkende voorschriften', in: P.P.T. Bovend'eert e.a. (red), *De staat van wetgeving* (Kortmann-bundel), Deventer: Kluwer 2009, p. 283-300
Schutgens 2010
R.J.B. Schutgens, 'Constitutionele toetsing in Nederland', in: A. Kristic, A.M. Meuwese & G. van der Schyff, *Functie en betekenis van de Grondwet – Een dialogisch perspectief*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010.

Schutgens & Sillen 2010
R.J.B. Schutgens & J.J.J. Sillen, 'De SGP, het rechterlijk bevel en het kiesrecht', *NJB* 2010, p. 1114-1117.
Schutte 2009
C. Schutte, 'De 'rechtsvormende taak' van de rechter? Een kritische noot', *AA* 2009, p. 676-680.
Van der Schyff 2010
G. van der Schyff, *Judicial Review of Legislation* (diss. Leiden), Heidelberg: Springer 2010.
Sedley 1995
S. Sedley, 'Human Rights: a Twenty-First Century Agenda', Public Law 1995, p. 386.
Shelton 2002
D. Shelton, 'Righting Wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility', *American Journal of International Law* 2002, p. 833-856.
Shelton 2004
D. Shelton, 'Remedies and the Charter of Fundamental Rights of the European Union' in: S. Peers & A. Ward (eds.), *The European Charter of Fundamental Rights,* Oxford: Hart Publishing 2004, p. 349-363.
Shelton 2005
D. Shelton, *Remedies in International Human Rights Law,* Oxford-New York: Oxford University Press 2005.
Shelton 2012
D. Shelton (ed.), *International Law and Domestic Legal Systems – Incorporation, Transformation, and Persuasion,* Oxford: Oxford University Press 2012.
Sherwin 2000
E. Sherwin, 'Rules and Judicial Review', *Legal Theory* 2000, p. 299-321.
Shumsky 2004
M.D. Shumsky, 'Severability, Inseverability, and the Rule of Law', *Harvard Journal on Legislation* 2004, p. 227-279.
Siebrasse 1993
N. Siebrasse, 'The Doctrinal Origin of Judicial Review and the Colonial Laws Validity Act', *Review of Constitutional Studies* 1993, p. 75-119.
Sillen 2010
J.J.J. Sillen, *Rechtsgevolgen van toetsing aan wetgeving* (diss. RU Nijmegen), Deventer: Kluwer 2010.
Sillen 2012a
J.J.J. Sillen, 'Toetsing van wetgeving door het bestuur', in: R. J.N. Schlössels e.a. (red.), *In de regel,* Deventer: Kluwer 2012, p. 331-345.
Sillen 2012b
J.J.J. Sillen, 'Het Bundesverfassungsgericht, Europa en het ESM', *NJB* 2012, p. 2946-2953.
Skouris 1973
W. Skouris, *Teilnichtigkeit von Gesetzen* (diss. Hamburg), Berlijn: Duncker & Humblot 1973.

Smith, Bailey & Gunn 2007
S.H. Smith, J.P.L. Chin & N.W. Taylor, *Smith, Bailey & Gunn on the modern English legal system*, London: Sweet & Maxwell 2007.
Snijders 1987
W. Snijders, 'De rechter als dictator?' in: *De rechter als dictator* (RAIO Congresbundel), 1987, p. 139-147.
Snijders 2001
H.J. Snijders, 'Rechterlijke samenwerking in het burgerlijk recht; een tussenstand en voorzichtige vooruitblik', in: C.P.M. Cleiren & G.K. Schoep (red.), Rechterlijke samenwerking, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 15-31.
Snijders, Klaassen & Meijer 2007
H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007.
Snijders, Klaassen & Meijer 2011
H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2011.
Sodan 2009
H. Sodan (hrsg.), *Grundgesetz*, München: Verlag C.H. Beck.
Spetzler 1990
E. Spetzler, 'Die Kollision des Europaïschen Gemeinschaftsrechts mit nationalem Recht und deren Lösung', *Recht der internationalen Wirtschaft* 1990, p. 286-290.
Spijkerboer 2012
T.P. Spijkerboer, 'Het debat over het Europese Hof voor de Rechten van de Mens', *NJB* 2012, p. 254-262.
Stein & Rueb 2002.
P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium Nieuw Burgerlijk procesrecht* (dertiende druk, bew. A.S. Rueb), Deventer: Kluwer 2002.
Steiner 1976
U. Steiner, 'Wirkung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts auf rechtskräftige und unanfechtbare Entscheidungen (§79 BVerfGG)', in: Chr. Starck u.a. (hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz – Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts. Band I: Verfassungsgerichtsbarkeit*, Tübingen: Mohr 1976, p. 628-662.
Steiner 1999
U. Steiner, 'Zum Entscheidungsausspruch und seinen Folgen bei der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle', in: J. Isensee (hrsg.), *Freiheit und Eigentum: Festschrift für Walter Leisner zum 70. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot 1999.
Steiner 2001
U. Steiner, 'Der Richter als Ersatzgesetzgeber', *NJW* 2001, p. 2919-2924.
Stern 1980
K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* – Band II, München: C.H. Beck'sche Verlangsbuchhandlung 1980.
Stern 1984
K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* – Band I (tweede herziene druk), München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1984.

Stern 1994
K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band III/2: 'Allgemeine Lehren der Grundrechte', München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1994.
Stolker 1993
C.J.J.M. Stolker, 'De politieke rol van de burgerlijke rechter'in M.G. Rood (red.), *Rechters en politiek – Nationale en internationale beschouwingen*, Zwolle: Tjeenk Willink 1993, p. 53-83.
Stolker 2011
C.J.J.M. Stolker, ''Commentaar op art. 303 Boek 3 BW', in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst & Commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2011.
Stolleis 1988
M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band I*, München: Beck 1988.
Stone Sweet 2007a
A. Stone Sweet, 'The politics of constitutional review in France and Europe', *International Journal of Constitutional Law* 2007 (vol. 5, no. 1), p. 69-92.
Stone Sweet 2007b
A. Stone Sweet, 'The Juridical Coup d'État and the Problem of Authority', *German Law Journal* 2007, p. 915-927.
Stone Sweet 2009a
A. Stone Sweet, 'Constitutionalism, Legal Pluralism, and International Regimes', *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2009, p. 621-645.
Stone Sweet 2009b
A. Stone Sweet, 'On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court', *Yale Faculty Scholarship Series*, paper 71 (internetpublicatie).
Streinz 1989
R. Streinz, *Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europaïsches Gemeinschaftsrecht'* (Hab. Passau, 1987), Baden-Baden: Nomos 1989.
Van Suilen 2011
A.J.H. van Suilen, 'De voorgestelde regeling voor schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten', *NTFR* 2011, 2828.
Sunstein 1996
C.R. Sunstein, 'The Supreme Court, 1995 Term – Foreword: Leaving Things Undecided, *Harvard Law Review* 1996, p. 4-xx
Sunstein 1999
C.R. Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge MA: Harvard University Press 1999.

Tamanaha 2004
Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law – History, Politics, Theory*, Cambridge: Cambridge University Press 2004.
Temple Lang 1998
J. Temple Lang, 'The Duties of National Authorities under Community Constitutional Law', *European Law Review* 1998, p. 109-131.

Teuben 2004
K. Teuben, *Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004.
Thayer 1893
J.B. Thayer, *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*, Little: Brown 1893.
Thomas 2002
T.A. Thomas, 'Understanding Prophylactic Remedies Through the Looking Glass of Bush v. Gore', *William. & Mary Bill of Rights. Journal*. 2002, p. 343-401.
Thomas 2004
Tracy A.Thomas, 'Ubi Jus, Ibi Remedium: The Fundamental Right to a Remedy under Due Process', *San Diego Law Review* 2004, p. 1633 e.v.
Thomas 2006
Tracy A.Thomas, 'Restriction of Tort Remedies and the Constraints of Due Process: The Right to an Adequate Remedy', *Akron Law Review* 2006, p. 975-1000.
Toonen, Steunenberg & Voermans 2005
Th.A.J. Toonen, B. Steunenberg & W.J.M. Voermans, 'Saying no to a European Constitution: Dutch Revolt, Enigma or Pragmatism', *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften* 2005, p. 594-619.
Trassl 1994
M. Trassl, *Die Wiedergutmachung von Menschenrechtsverletzungen im Völkerrecht* (diss. Bonn), Berlijn: Duncker & Humblot 1994.
Tremblay 2003
L.B. Tremblay, 'General Legitimacy of Judicial Review and the Fundamental Basis of Constitutional Law', *Oxford. Journal of Legal Studies* 2003, p. 617-648.
Tremblay 2005
L.B. Tremblay, 'The Legitimacy of Judicial Review: The Limits of Dialogue between Courts and Legislatures', *Int. Journal of Constitutional Law* 2005, p. 617-648.
Tribe 1985
L.H. Tribe, *Constitutional Choices,* Cambridge (Mass.): Harvard University Press 1985.
Tridimas 1999
T. Tridimas, *General Principles of EC Law,* Oxford: Oxford University Press 1999.
Triepel 1899
H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht,* Leipzig: Hirschfeld 1899.
Turpin & Tomkins 2007
C. Turpin & A. Tomkins, *British Government and the Constitution* (6th Ed.), Cambridge: Cambridge University Press 2007.
Tushnet 1995
M.V. Tushnet, 'Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty', *Michigan Law Review* 1995, p. 245-xx.
Tushnet 1999
M.V. Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts,* Princeton: Princeton University Press 1999.

Tushnet 2008
M.V. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights – Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law,* Princeton: Princeton University Press 2008.

Uerpmann 1993
R. Uerpmann, *Die Europaïsche Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung* (diss. FUB 1991), Berlin: Duncker & Humblot 1993.
Uerpmann 2002
R. Uerpmann, 'Implementation of United Nations Human Rights Law by German Courts', *46 German Yearbook of International Law* 2003, p. 87.
Umbach, Clemens & Dollinger 2005
D.C. Umbach, Th. Clemens & F-W. Dollinger (hrsg.), *Bundesverfassungsgerichtsgesetz – Mitarbeiterkommentar und Handbuch,* Heidelberg: C.F. Müller Verlag 2005.
Uzman 2008
J. Uzman, 'Burden v. United Kingdom. 'Nothing is certain but death and taxes': Biedt de Human Rights Act de Britten effectieve rechtsbescherming?', *NJCM-Bulletin* 2008-7, p. 1018-1033.
Uzman, Barkhuysen & Van Emmerik 2010
J. Uzman, T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik , 'The Dutch Supreme Court: A Reluctant Positive Legislator?' in: J.H.M. van Erp & L.P.W. van Vliet (Red.), *Netherlands Reports to the Eighteenth International Congress of Comparative Law*, Antwerpen-Oxford-Portland: Intersentia 2010, p. 423-468.
Uzman & Van Rijn van Alkemade 2011
J. Uzman & J.M.J. van Rijn van Alkemade, 'Nederlands staatsrecht in Europa – Pluralisme óf principe, of pluralisme áls principe', in: J.M.J. van Rijn van Alkemade & J. Uzman, *Soevereiniteit of pluralisme – Nederland en Europa na het Lissabon-Urteil,* Nijmegen: Wolf Legal Publishers, p. 3-18.
Uzman & Stolker 2009
J. Uzman & C.J.J.M. Stolker, 'De politieke rol van de (burgerlijke) rechter *revisited* – Over de grenzen van de rechtsvormende taak en Alkema's institutionele moment in de rechterlijke beslissing', in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & J.P. Loof (red.), *Geschakeld recht – Verdere studies over Europese grondrechten ter gelegenheid van de 70ste verjaardag van prof.mr. E.A. Alkema,* Deventer: Kluwer 2009.

Vande Lanotte & Haeck 2004
J. Vande Lanotte & Y. Haeck (red.), *Handboek EVRM – Volume I,* Antwerpen/ Oxford: Intersentia 2004.
Van der Velde 1997
J. van der Velde, *Grenzen aan het toezicht op de naleving van het EVRM* (diss. RUL), Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1997.
Verdoodt 1964
A. Verdoodt, *Naissance et signification de la déclaration universelle des droits de l'homme* (diss. Leuven), Louvain: Warny 1964.
Verdross 1923
A. Verdross, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtverfassung,* Tübingen: Mohr 1923.

Verdross, Verosta & Zemanek 1964
A. Verdross, u.m.v. S. Verosta & K. Zemanek, *Völkerrecht*, Wien: Springer Verlag 1964.
Verheij 2002
A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.
Verhey 2008
L.F.M. Verhey, 'Rechtsvorming in vergelijkend perspectief', in: W.M.T. Keukens & M.C.A. van den Nieuwenhuijzen (red.), *Raad & Daad – Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 193-216.
Verhey 2009
L.F.M. Verhey, 'Wetgever en constitutie: enkele beschouwingen over de mug en de olifant' (preadvies), in: *Wetgever en constitutie, Verslag van het symposium gehouden op 23 april ter gelegenheid van de algemene ledenvergadering van de Vereniging voor wetgeving en wetgevingsbeleid*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2009, p. 1-41
Verhoeven 2002
A. Verhoeven, *The European Union Search of a Democratic and Constitutional Theory*, Den Haag: Kluwer Law Int. 2002
Verhoeven 2011
M. Verhoeven, *The Costanzo Obligation – The Obligations of Naional Administrative Authorities in the Case of Incompatibility between National Law and European Law* (diss. UU), Antwerpen: Intersentia 2011.
Verkade 1984
D.W.F. Verkade, 'Aangepaste veroordelingen', in: E.E.A. Luijten e.a. (red.), *Goed en trouw* (Van der Grintenbundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1984, p. 561-576.
Vermeule 1997
A. Vermeule, 'Saving Constructions', *Georgetown Law Journal* 1997, p. 1945-1977.
Verzijl 1937
J.H.W. Verzijl, *Verdragen in het nationale recht* (preadvies NJV 1937),
De Vet 1985
M.P.J.M. de Vet, 'Gezagsvoorziening na (echt)scheiding in Europees perspectief', *NJB* 1985, p. 218-222.
Vlemminx 1999
F.M.C. Vlemminx, 'Een ieder verbindend verdragsrecht en de bevoegdheden van de (bestuurs)rechter', *NJB* 949-955.
Vlemminx 2002a
F.M.C. Vlemminx, *Een nieuw profiel van de grondrechten* (derde herz. druk), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.
Vlemminx 2002b
F.M.C. Vlemminx, *De autonome rechtstreekse werking van het EVRM* (preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking), Deventer: Kluwer 2002.
Vlemminx & Boekhorst 2000
F.M.C. Vlemminx & M.G. Boekhorst, 'Artikelen 90-95', in: A.K. Koekkoek (red), *De Grondwet. Een artikelgewijs commentaar*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, 2000, p. 456-459.

Voermans 2003
W.J.M. Voermans, 'De bestuursrechter en artikel 120 Grondwet', *JBplus* 2003, p. 142-151.
Voermans, Barkhuysen & Griffioen 2004
W.J.M. Voermans, T. Barkhuysen & H.M. Griffioen, 'Artikelen 93 en 94 Grondwet volgens Hoge Raad niet van belang voor doorwerking EG-recht', *NJB* 2004, p. 2289.
Voermans 2009
W.J.M. Voermans, 'De Tachtigers in het recht: het Meerenberg arrest', *Ars Aequi* 2009, p. 597-600.
Voermans 2011
W.J.M. Voermans, 'Legaliteit als middel tot een doel', in: *Controverses rondom legaliteit en legitimatie – Handelingen Nederlandse Juristen Vereniging*, Deventer: Kluwer 2011, p. 1-101.
Voßkuhle 2000
A. Voßkuhle, 'Theorie und Praxis der Verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte', *Archiv des öffentlichen Rechts* 2000, p. 177-201.
Vranken 1995
J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht – Algemeen deel***', Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995.
Vranken 2000
J.B.M. Vranken, 'Toeval of beleid? Over rechtsvorming door de hoogste rechters', *NJB* 2000, p. 1-5.
Vranken 2005
J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht – Algemeen deel****', Deventer: Kluwer 2005.
Vranken 2006
J.B.M. Vranken, *Exploring the Jurist's Frame of Mind. Constraints and Preconceptions in Civil Law Argumentation*, Den Haag etc.: Kluwer Law Int. 2006.

Wade 1955
H.W.R. Wade, 'The basis of legal sovereignty', *Cambridge Law Journal* 1955, p. 172-197.
Wade 1996
H.W.R. Wade, 'Sovereignty: revolution or evolution?', *Law Quarterly Review* 1996, p. 568.
Wade & Forsyth 2009
H.W.R. Wade & C.F. Forsyth, *Administrative Law* (10th Ed.), Oxford: Oxford University Press 2009.
De Waele 2009
H.C.F.J.A. de Waele, *Rechterlijk activisme en het Europees Hof van Justitie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.
Waldron 1999
J. Waldron, *Law and disagreement*, Oxford: Clarendon Press, 1999.
Walter 1999
Ch. Walter, 'Die Europaïsche Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozess', *ZaöRV* 1999, p. 961.

Walther 2005
J.-B. Walther, 'Verletzung der EMRK und Staatshaftung', *Seminar Dörr*, Osnabrück 2005.
Ward & Wragg 2005
R. Ward & A. Wragg, *Walker & Walker's English Legal System*, Oxford: Oxford University Press 2005.
Wattel 1995
P.J. Wattel, *De reikwijdte van fundamentele rechten in belastingzaken*, preadviezen NJV 1995, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink, p. 175-221.
Weatherill 1995
S. Weatherill, *Law and integration in the European Union*, Oxford: Oxford University Press 1995.
Weiler 1984
P.C. Weiler, 'Rights and Judges in an Democracy: A New Canadian Version', Michigan Journal of Law Reform 1984, p. 51-92.
Weinrib 1990
L.E. Weinrib, 'Learning to Live with the Override', *McGill Law Journal* 1990, p. 541-xx.
De Werd 2004
M.F.J.M. de Werd, 'De constitutionele taak van de rechter', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red), *Grenzen aan de rechtspraak? Political question, acte de gouvernement en rechterlijk interventionisme*, Deventer: Kluwer 2004, p. 69-126.
Werner & Wessel 2005
W.G. Werner & R.A. Wessel, *Internationaal en Europees recht*, Groningen: Europa Law Publishing 2005.
Wernsmann 2000
R. Wernsmann, *Das gleichheitswidrige Steuergesetz – Rechtsfolgen und Rechtsschutz* (diss. Münster 1999), Berlin: Duncker & Humblot 2000.
Wessel 2006
R.A. Wessel, *The Invasion by International Organisations – De toenemende samenhang tussen de mondiale, Europese en nationale rechtsorde* (oratie Twente), Enschede: Universiteit Twente 2006.
Wheare 1960
K.C. Wheare, *The constitutional structure of the Commonwealth* (1st Ed.), Oxford: Clarendon Press 1960.
White 2000
R. White, 'Remedies in a Multi-Level Legal Order: The Strasbourg Court and the UK' in: C. Kilpatrick, T. Novitz & P. Skidmore (eds.), *The Future of Remedies in Europe*, Oxford: Oxford University Press 2000.
Wiarda 1972/1999
G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding* (Vierde herziene druk 1999, bew. T. Koopmans), Deventer: Tjeenk Willink 1999 [Eerste druk: 1972].
Widdershoven 1996
R.J.G.M. Widdershoven, 'Naar een bestuurs(proces)rechtelijk Ius Commune in Europa' (Preadvies VAR), *VAR-reeks* 116, Alphen a/d Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1996, p. 97-200

Widdershoven 2011
R.J.G.M. Widdershoven, 'Het beginsel van effectieve rechtsbescherming', in: A. van den Brink e.a. (red.), *Beginselen bouwen burgerschap,* Den Haag: Boom juridische uitg. 2011, p. 103-114.
Widdershoven 2012
R.J.G.M. Widdershoven, 'De doorwerking van richtlijnen in een samengestelde Europese rechtsorde', in: H.R.B.M. Kummeling e.a. (red.), *De samengestelde Besselink – Bruggen bouwen tussen nationaal, Europees en internationaal recht,* Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2012, p. 207-226.
Widdershoven 2012
R.J.G.M. Widdershoven, 'De doorwerking van richtlijnen in een samengestelde Europese rechtsorde', in:
Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male 2008
W. Konijnenbelt & R.M. van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht,* Den Haag: Elsevier Juridisch 2008.
Winter 1972
J.A. Winter, 'Direct Applicability and Direct Effect – Two Distinct and Different Concepts in Community Law', *CMLR* 1972, p. 425-438.
De Winter 1987
R.E. de Winter, 'Toetsing van gemeentelijke verordeningen door de strafkamer van de Hoge Raad', in: H.Ph.J.A.M. Hennekens, J.W. Ilsink & R.E. de Winter, *De praktijk van toetsing van gemeentelijke regelgeving*, VAR-Preadvies XCVI, Alphen aan den Rijn: Samson H.D. Tjeenk Willink 1987, p. 179-266.
Winterton 1976
Law Quarterly Review 1976, p. 95-xx
De Wit 2012
J.C. de Wit, *Artikel 94 toegepast – Een onderzoek naar de betekenis, de bedoeling en de toepassing van de woorden 'vinden geen toepassing' in artikel 94 van de Grondwet* (diss. Rotterdam 2012), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012.
De Witte 1999
B. de Witte, 'Direct Effect, Supremacy and the Nature of the Legal Order', inL P. Craig & G. de Búrca, *The Evolution of EC Law,* Oxford: Oxford University Press 1999, p. 178-213.
Woltjer 2002
A.J.Th. Woltjer, *Wetgever, rechter en het primaat van de gelijkheid* (diss. Utrecht 2002), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.
Woolf 1995
Lord Woolf, '*Droit Public* – English Style', *Public Law* 1995, p. 57-xx
Woolf 2005
Lord Woolf e.a., *Review of the Working Methods of the European Court of Human Rights*, 2005.

Yang 2003
T.-h. Yang, *Die Appellentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts* (diss. Göttingen 2002), Baden-Baden: Nomos 2003.

Zander 1994
M. Zander, *The Law-Making Process* (4th Ed.), Londen: Butterworths 1994.
Zippelius 1976
R. Zippelius, 'Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen', in: Chr. Starck (hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz* (Bundesverfassungsgerichtbundel), Band II, Tübingen: Mohr 1976.
Zippelius/Würtenberger 2005
R. Zippelius & T. Würtenberger, *Deutsches Staatsrecht* 31st ed., München: C.H. Beck 2005.
Zoethout
C. Zoethout, *Constitutionalisme* (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1995.
Zwemmer 2002
J.W. Zwemmer, 'De taak van de Hoge Raad in belastingzaken', *WFR* 2002, p. 211-216.
Van Zyl Smit 2007
J. van Zyl Smit, 'The New Purposive Interpretation of Statutes: HRA Section 3 after *Ghaidan v. Godin-Mendoza*', *Modern Law Review* 2007, p. 294-317.

Jurisprudentieregister

NEDERLAND

Hoge Raad

HR 22 september 1840, *W* 175, p. 109 | 23
HR 25 juni 1841, *W* 221, p. 112 | 23
HR 11 juni 1847, *W* 818 | 17
HR 6 maart 1864, *W* 2646 | 70
HR 6 maart 1865, *W* 2624 | 184
HR 1 juni 1908, *W* 8721 | 137
HR 31 december 1915, *NJ* 1916, p. 407 (*Guldemond/Noordwijkerhout*) | 93
HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161 (*Lindenbaum/Cohen*) | | 23
HR 3 maart 1919, *NJ* 1919, p. 317 (*Grenstractaat Aken*) | 23, 55, 60, 63
HR 13 februari 1922, *NJ* 1922, p. 473 (*Wilnisser visser*) | 78
HR 17 december 1934, *NJ* 1935, p. 5 (*Evenredige vrachtverdeling*) | 55
HR 18 augustus 1944, *NJ* 1944/589 (*Elektriciteitsconcessie*) | 98
HR 31 maart 1953, *NJ* 1953/532 (*Sneek II*) | 78
HR 1 juni 1956, *NJ* 1958/424 (*Cognac Vieux II*) | 28
HR 9 mei 1958, *NJ* 1960/475 (*Rijbewijs*) | 104
HR 30 januari 1959, *NJ* 1959/548 (*Quint/Te Poel*) | 158, 166
HR 6 maart 1959, *NJ* 1962/2 (*Nyugat II*) | 20
HR 9 januari 1968, *NJ* 1968/105 (*Maastrichts schakelkastje*) | 78
HR 8 november 1968, *NJ* 1969/10 | 28
HR 26 november 1968, *NJ* 1970/123 m.nt. Enschedé (*Verbanning*) | 88
HR 24 januari 1969, *NJ* 1969/316 m.nt. HD (*Pocketbooks II*) | 92, 116, 202
HR 23 april 1974, *NJ* 1974/272 m.nt.ThWvV (*Duitstalige verdachte*)
HR 13 december 1973, *NJ* 1975/130 m.nt. EAAL (*Geslachtsverandering*) | 155, 219
HR 3 januari 1975, *NJ* 1975/187 m.nt. EAAL (*Geboorteakte transsexueel*) | 155
HR 15 februari 1977, *NJ* 1977/557 m.nt. Mulder (*Verplichte bloedtest*) |
HR 25 november 1977, *NJ* 1978/255 m.nt. MS (*Plassenschap Loosdrecht*) | 203
HR 18 januari 1980, *NJ* 1980/463 m.nt. WHH (*Voogdij Post-Marckx*) | 33, 62, 128, 145
HR 29 januari 1980, *D&D* 1980/80.140 | 28
HR 17 oktober 1980, *NJ* 1981/141 | 28
HR 4 juni 1982, *NJ* 1983/32 m.nt. EAA (*Toestemming huwelijk*) | 62
HR 6 mei 1983, *NJ* 1984/361 (*Bullenbaai*) | 95
HR 1 juli 1983, *NJ* 1984/360 m.nt. MS (*Staat/LSV*) | 101, 102
HR 2 december 1983, *NJ* 1984/306 m.nt. G | 62

HR 4 mei 1984, *NJ* 1985/510 m.nt. EAA & EAAL (*Gezamenlijke voogdij na echtscheiding*) | 28, 90
HR 12 oktober 1984, *NJ* 1985/230 (*Optierecht Nederlanderschap*) | 32,33,34,120,121,129,140, 141, 149, 190, 219
HR 22 februari 1985, *NJ* 1985/645 | 27
HR 21 maart 1986, *NJ* 1986/585-588 (*Lentebeschikkingen*) | 62, 90
HR 21 maart 1986, *NJ* 1986/588 (*Lentebeschikking ouderlijk gezag*) | 67, 167
HR 9 mei 1986, *NJ* 1987/252 m.nt. MS (*Staat/Van Gelder*) | 92, 116, 202, 216
HR 16 mei 1986, *NJ* 1987/251 (*Landbouwvliegers*) | 101
HR 16 mei 1986, *NJ* 1986/723 .nt. MS (*Heesch/Van de Akker*) | 198, 203
HR 30 mei 1986, *NJ* 1986/688 (*Spoorwegstaking*) | 28, 29
HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988/277 (*Naturistengids*) | 230
HR 20 november 1987, *NJ* 1988/843 (*Montenegro*) | 94
HR 8 april 1988, *NJ* 1988/1989/170 m.nt. EAAL (*Misbruik vetorecht erkenning*) | 62, 230
HR 23 september 1988, *NJ* 1989/740 m.nt. EAA & EAAL (*Beukema & Van Veen*) | 89, 122, 183, 191, 273
HR 14 april 1989, *NJ* 1989/469 (*Harmonisatiewet*) | 18
HR 3 mei 1989, *BNB* 1990/256 m.nt. Scheltens (*Fiscale boete en hoger beroep*) | 37, 66
HR 9 juni 1989, *AB* 1989/412 (*Kortverbanders*) | 18
HR 27 september 1989, *AB* 1990/90 m.nt. FHvdB (*Tandartsvrouw*) | 36, 129, 140
HR 11 oktober 1989, *BNB* 1990/87 m.nt. Scheltens (*BPM en fair trial*) | 37, 122
HR 10 november 1989, *NJ* 1990/628 m.nt. EAA (*Post-Berrehab*) | 113
HR 31 januari 1990, *AB* 1990/365 m.nt. FHvdB (*Fictieve uitspraak belastinginspecteur*) | 36, 62
HR 20 april 1990, *NJ* 1992/636 | 28, 36
HR 19 oktober 1990, *NJ* 1992/129 m.nt. EAA & EAAL (*Homohuwelijk*) | 17, 23, 37, 89, 192, 313
HR 16 november 1990, *NJ* 1991/475 (*Ontkenning vaderschap staande huwelijk I*) | 37, 183
HR 16 november 1990, *NJ* 1992/107 | 56
HR 8 mei 1991, *BNB* 1991/196 m.nt. Den Boer | 127
HR 1 november 1991, *NJ* 1992/58 (*K./Staat*) | 230
HR 30 september 1992, *NJ* 1994/495 m.nt. EAA, *BNB* 1993/30 (*Griffierecht*) | 125, 140, 167
HR 11 december 1992, *NJ* 1996/229 m.nt. EAA (*Federacion di Trahadornan di Aruba*) | 59, 89
HR 3 april 1992, *NJ* 1993/286 m.nt. EAAL (*Erkenning buiten vader om*) | 37
HR 16 oktober 1992, *AB* 1993/40 m.nt. FHvdB (*Vulhop/Amsterdam*) | 203
HR 17 september 1993, *NJ* 1994/118 m.nt. HER (*Severin/Detam*) | 93, 202
HR 26 oktober 1993, *NJ* 1994/629 m.nt. C | 87
HR 8 juli 1994, *NJ* 1995/30 m.nt. C (*Horen deskundige*) | 37, 183
HR 27 oktober 1994, *NJ* 1995/467 m.nt. JdB (*Terugwerkende kracht wettiging I*) | 37, 129, 140, 219
HR 4 november 1994, *NJ* 1995/249 m.nt. JdB (*Ontkenning vaderschap staande huwelijk II*) | 37

HR 30 november 1994, *NJ* 1995/668 m.nt. MB (*'Het Witte Paard'/Rotterdam*) | 62
HR 7 december 1994, *BNB* 1995/87 (*Grasland*) | 68
HR 27 oktober 1994, *NJ* 1995/467 (*Terugwerkende kracht brieven van wettiging I*) | 37, 129, 140, 219
HR 13 januari 1995, *NJ* 1997/366 m.nt. CJHB (*Ontvanger/Bos*) | 230
HR 24 februari 1995, *NJ* 1995/468 m.nt. JdB (*Terugwerkende kracht wettiging II*) | 37, 129, 140, 219
HR 18 april 1995, *NJ* 1995/619 m.nt. 'tH (*Vervangende arbeid militaire dienst*) | 28
HR 30 januari 1996, *NJ* 1996/288 | 37, 166
HR 11 oktober 1996, *AB* 1997/1 m.nt. ThGD (*Leenders/Ubbergen*) | 94, 203
HR 5 februari 1997, *BNB* 1997/160 m.nt. Happé (*Dienstauto bewindslieden*) | 223
HR 5 september 1997, *NJ* 1998/686 (*Duo-moeders*) | 131, 140, 183, 193, 273
HR 5 september 1997, *NJ* 1998/437 m.nt. PvS (*Ontvanger/Hamm*) | 167
HR 24 oktober 1997, *NJ* 1999/257 m.nt. PAS (*Baijings/Mr. H.*) | 225
HR 15 juli 1998, *BNB* 1998/293 (*Autokostenforfait*) | 127, 140, 145, 193, 256
HR 17 augustus 1998, *NJ* 1999/169 (*Grijs kenteken*) | 170, 224
HR 9 oktober 1998, *NJ* 1998/853 (*Jeffrey*) | 97
HR 12 mei 1999, *NJ* 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*) | 32, 36, 49, 64, 81, 122, 129, 140-149, 161, 165, 176, 183, 196, 205, 208, 219, 221, 239, 244, 270, 619
HR 6 juli 1999, *NJ* 1999/800 m.nt. De Hullu (*Post-Van Mechelen*) | 65
HR 17 december 1999, *NJ* 2000/87 m.nt. ARB (*Groningen/Raatgever*) | 203
HR 14 april 2000, *NJ* 2000/713 m.nt. ARB (*Kooren-Maritiem/Staat*) | 93, 202, 217, 218
HR 28 april 2000, *NJ* 2000/430 | 28
HR 19 mei 2000, *NJ* 2001/407 (*Whv V*) | 101
HR 14 juni 2000, *JB* 2000/197 m.nt. HLJ (*Verzuimboete en hoger beroep*) | 37, 66, 122, 183, 191, 244
HR 24 november 2000, *NJ* 2001/376 m.nt. PJB (*Matos/Nederlandse Antillen*) | 142
HR 1 december 2000, *NJ* 2001/390 m.nt. JdB (*Duo-curatoren*) | 166
HR 9 januari 2001, *NJ* 2001/203 m.nt. JdH (*Van Dijke*) | 87
HR 9 januari 2001, *NJ* 2001/204 m.nt. JdH | 87
HR 24 januari 2001, *BNB* 2001/291 m.nt. Happé (*Arbeidskostenforfait III*) | 127, 194, 197
HR 28 februari 2001, *BNB* 2001/295 m.nt. Van Weeghel (*Vestigingsplaatsfictie*) | 200, 205, 206, 210, 221
HR 12 juli 2002, *BNB* 2002/399 m.nt. Happé onder nr. 400 (*Kosten van kinderopvaing*) | 178
HR 10 augustus 2001 *NJ* 2002/278 (*Onderhoudsplicht*) | 23
HR 10 augustus 2001, *BNB* 2001/400 m.nt. Zwemmer (*Recht van overgang*) | 143, 177
HR 16 november 2001, *NJ* 2002/469 m.nt. TK & EAA (*Varkenshouderij IV*) | 93, 202, 217, 218
HR 20 november 2001, *LJN* AB3338 | 154
HR 18 september 2001, *NJ* 2002/559 | 20
HR 22 februari 2002, *NJ* 2002/240 m.nt. JBMV (*Taxibus*) | 2, 230
HR 26 februari 2002, *LJN* AD7011 | 154
HR 1 maart 2002, *BNB* 2002/144 m.nt. Snoijink (*OZB-verordening Harderwijk*) | 77

HR 15 november 2002, *NJ* 2003/590 m.nt. Van Wijmen (*Meijer & Bosman Beheer/Bergh*) | 154
HR 6 december 2002, *BNB* 2003/122 m.nt. Meussen | 80, 85
HR 14 januari 2003, *NJ* 2003/261 m.nt. PMe (*Dominee Herbig*) | 87
HR 24 januari 2003, *NJ* 2003/386 m.nt. JdB (*Marc I*) | 90
HR 21 maart 2003, *NJ* 2003/691 m.nt. TK; *AB* 2004/39 m.nt. ChB (*Waterpakt*) | 50, 93, 106-116, 184-186
HR 9 mei 2003, *NJ* 2005/168 m.nt. WDHA (*Beliën/Noord Brabant*) | 230
HR 5 september 2003, *BNB* 2003/383 m.nt. Vijfeijken (*Melkquotum*) | 166
HR 19 december 2003, *NJ* 2004/348 (*S.J./Staat*) | 230
HR 23 januari 2004, *JB* 2004/75 m.nt. RMPGN-C (*Verzuimboete*) | 37, 122, 183, 191
HR 28 mei 2004, *NJ* 2006/430 m.nt. JBMV (*Proefverlof TBS*) | 165
HR 9 juli 2004, *NJ* 2005/391 m.nt. JBMV (*Oosterparkrellen*) | 231
HR 1 oktober 2004, *NJ* 2004/679 m.nt. TK (*Faunabeheer Fryslân*) | 50, 106, 107
HR 2 november 2004, *NJ* 2005/80 (*Verplichte rusttijden*) | 44
HR 17 december 2004, *NJ* 2005/152 m.nt. TK (*OZB/Staat*) | 205
HR 18 februari 2005, *JB* 2005/92 m.nt. EvdL (*Ziekte van Aujeszky*) | 185, 217
HR 18 maart 2005, *NJ* 2006/606 m.nt. JBMV (*Baby Kelly*) | 231
HR 27 mei 2005, *NJ* 2005/485 m.nt. JdB (*Eenhoofdig verzoek gezamenlijk ouderlijk gezag*) | 61, 90, 153,178
HR 10 juni 2005, *BNB* 2005/319 m.nt. Happé (*68%-regeling*) | 179
HR 8 juli 2005, *BNB* 2005/310 m.nt. Happé (*Beroepskosten*) | 179, 208, 209, 212, 220, 270
HR 23 september 2005, *NJ* 2007/230 m.nt. Legemaate | 89
HR 16 april 2006, *NJ* 2008/436 m.nt. Legemaate | 89
HR 21 april 2006, *NJ* 2006/584 m.nt. JdB (*Marc II*) | 90
HR 28 april 2006, *NJ* 2006/228 m.nt. JdB | 90
HR 28 april 2006, *NJ* 2006/284 | 61
HR 31 maart 2006, *NJ* 2011/250 (*Nefalit/Karamus*) | 226
HR 11 augustus 2006, *BNB* 2006/322 m.nt. Happé (*Premie Ziekenfondswet*) | 37, 167
HR 15 december 2006, *NJ* 2007/132 m.nt. Legemaate | 89
HR 19 december 2006, *NJ* 2007/28 | 87
HR 19 januari 2007, *NJ* 2007/63 (*Kranendonk/De Vries & Van der Wiel*) | 225
HR 16 februari 2007, *NJ* 2007/256 m.nt. Maeijer (*Gebr. Tuin Beheer*) | 225
HR 30 maart 2007, *NJ* 2007/609 m.nt. JdB (*Geslachtsloos*) | 155, 173
HR 13 april 2007, *NJ* 2008/576 m.nt. JBMV (*Iraanse vluchtelinge*) | 116
HR 8 juni 2007, *NJ* 2007/419 m.nt. PvS (*Van der Werff/BLG*) | 167
HR 8 juni 2007, *BNB* 2007/232 m.nt. Lubbers | 166
HR 10 augustus 2007, *AB* 2007/291 m.nt. Widdershoven (*Wandelvierdaagse*) | 68
HR 9 oktober 2007, *LJN* BA5025 | 60
HR 19 oktober 2007, *NJ* 2008/26 m.nt. EAA (*Schipholbrand*) | 104, 129
HR 6 november 2007, *NJ* 2008/33 m.nt. Reijntjes (*Inleveren paspoort*) | 88
HR 18 januari 2008, *BNB* 2008/124 m.nt. Meussen (*Ilhan I*) | 80
HR 11 april 2008, *NJ* 2008/555 m.nt. JdB (*Marc III*) | 90
HR 6 juni 2008, *AB* 2008/216 m.nt. Widdershoven (*Joustra*) | 68

HR 16 september 2008, *NJ* 2008/511 | 87
HR 14 november 2008, *BNB* 2009/3 (*Ilhan II*) | 79, 81, 85, 126
HR 20 februari 2009, *BNB* 2009/262 m.nt. Burgers (*Zaak N.*) | 126
HR 20 maart 2009, *NJ* 2009/229 m.nt. Mok (*Van den Boomen Blijham/Staat*) | 217, 218
HR 16 juni 2009, *NJ* 2009/379 m.nt. EJD | 87
HR 30 juni 2009, *NJ* 2009/349 m.nt. Schalken (*Post-Salduz*) | 32, 59, 60, 168
HR 10 juli 2009, *BNB* 2009/246 m.nt. Zwemmer (*Kosten betekening dwangbevel*) | 135, 178
HR 4 september 2009, *NJ* 2009/564 m.nt. Mok (*Maastricht Aachen Airport*) | 101
HR 22 september 2009, *NJ* 2010/142 m.nt. Mevis (*Whv II*) | 73
HR 9 oktober 2009, *BNB* 2010/77 m.nt. Essers | 179
HR 18 december 2009, *BNB* 2010/79 m.nt. Lubbers | 166
HR 19 maart 2010, *NJ* 2010/172 (*Chipshol/Staat*) | 97
HR 9 april 2010, *JB* 2010/115 m.nt. Schutgens & Sillen (*Staat/Clara Wichmann*) | 27, 31, 50, 104, 114, 142
HR 11 juni 2010, *NJ* 2010/567 m.nt. Mok (*Staat/Rai & Bovag*) | 101
HR 9 juli 2010, *JB* 2010/174 m.nt. Schutgens (*Staat/Inspraakorgaan Turken in Nederland*) | 203
HR 29 oktober 2010, *BNB* 2011/51 m.nt. Pechler (*Rioolheffing huurwoningen*) | 13, 133, 134, 141, 143, 164, 227
HR 24 december 2010, *NJ* 2011/251 m.nt. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*) | 225
HR 18 februari 2011, *NJ* 2011/90. | 54
HR 10 juni 2011, *AB* 2011/184 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Redelijke termijn in belastingrecht*) | 61, 155, 211, 231
HR 24 juni 2011, *NJ* 2011/390 m.nt. Wortmann | 97, 98
HR 21 september 2012, *AB* 2012/367 m.nt. Widdershoven (*Thuiskopie*) | 68
HR 28 oktober 2011, *NJ* 2013/153 m.nt. Mevis (*Wet kraken en leegstand*) | 115
HR 14 december 2012, *LJN*BX8351 (*Iraanse studenten*) | 232

Raad van State

ARRvS 31 juli 1979, *AAe* 1980, p. 186 m.nt. Jeukens (*Eilanderbinding*) | 75
AGBRvS 3 april 1992, *AB* 1992/483 m.nt. AFMB (*Humanistisch raadsman*) | 60
ABRvS 7 juli 1995, *AB* 1997/117 (*Metten*) | 44
ABRvS 15 januari 1996, *JB* 1996/22 m.nt. Simon (*Hoger beroep vluchteling*) | 66
ABRvS 6 mei 1997, *AB* 1997/229 m.nt. Van Buuren (*Van Vlodrop*) | 201
ABRvS 19 maart 1999, *JB* 1999/103 m.nt. Gerards (*Vervangend rijbewijs*) | 60
ABRvS 28 juni 1999, *JB* 1999/46 | 89
ABRvS 31 maart 2000, *AB* 2000/303 m.nt. Backes (*Buitengebied Texel*) | 69
ABRvS 29 mei 2001, *JB* 2001/179 | 68
ABRvS 22 november 2001, *AB* 2002/112 m.nt. Sew | 122
ABRvS 24 juli 2002, *JB* 2002/272 m.nt. LV | 17
ABRvS 23 juli 2003, *AB* 2004/275 m.nt. N. Verheij (*Doorsteken dijk*) | 201
ABRvS 19 oktober 2003, *AB* 2003/463 m.nt. PJS (*Kiesrecht Martijn*) | 176
ABRvS 13 juli 2004, *JB* 2004/308 (*Arubaans kiesrecht*) | 343
ABRvS 15 september 2004, *AB* 2005/12 m.nt. ChB (*Spoedwet Wegverbreding*) | 27

ABRvS 15 september 2004, *AB* 2005/12 m.nt. ChB (*Luchtkwaliteit*) | 29
ABRvS 21 november 2006, *AB* 2007/80 m.nt. PAS, *NJCM-Bulletin* 2007, pp. 635-645 m.nt. Uzman (*Eman & Sevinger*) | 25, 64, 126, 129, 131, 141, 176, 184, 195, 196, 208, 219, 340, 343
ABRvS 28 februari 2007, *AB* 2007/183 m.nt Widdershoven | 69
Vz. ABRvS 29 maart 2007, *LJN* BA2212 (*Doorhaling BIG-register*) | 244
ABRvS 4 juni 2008, *AB* 2008/229 m.nt. Widdershoven (*Schadevergoeding redelijke termijn*) | 61, 155, 178, 211
ABRvS 4 maart 2009, *AB* 2009/236 m.nt. Barkhuysen & Den Ouden (*Hogeschool Rotterdam/SZW*) | 231
ABRvS 22 december 2010, *AB* 2011/169 m.nt. Leijten & Uzman (*Huurtoeslag*) | 25, 31, 164
ABRvS 27 januari 2011, *AB* 2011/105 m.nt. PJS (*Geldigverklaring SGP-lijst*) | 25, 184
ABRvS 14 september 2011, *LJN* BS8847. | 17
ABRvS 30 november 2011, *AB* 2012/142 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Verklaring van geen bezwaar*) | 178
ABRvS 15 augustus 2012, *JB* 2012/223 m.nt. Sillen (*Invordering ouderbijdrage*) | 25
ABRvS 17 mei 2013, *JB* 2013/92 m.nt. Sanderink (*Kentekenregister*) | 61, 178

Centrale Raad van Beroep

CRvB 5 januari 1988, *AB* 1988/252-254 m.nt. JHS, | 62
CRvB 7 december 1988, *AB* 1989/10 m.nt. Smits , *RSV* 1989/67 m.nt. Keunen | 62
CRvB 10 februari 1993, *LJN* ZB2798, *V-N* 1993/1560, 32 | 154
CRvB 9 juni 1998, *RSV* 1998/240 | 65, 154
CRvB 30 juli 1999, *RSV* 1999/28 | 89
CRvB 4 januari 2000, *JABW* 2000/48 | 27
CRvB 30 mei 2000, *USZ* 2000/165 | 65
CRvB 28 januari 2001, *JB* 2003/87 | 154
CRvB 20 juli 2001, *JB* 2001/256 m.nt. AWH | 49
CRvB 18 juni 2004, *AB* 2004/296 m.nt. Pennings (*WSG*) | 178
CRvB 10 november 2006, *LJN* AZ2111 | 65
CRvB 11 juli 2008, *AB* 2008/241 m.nt. Widdershoven (*Schadevergoeding redelijke termijn*) | 61, 155, 211
CRvB 21 oktober 2009, *RSV* 2009/340 | 65

College van Beroep voor het bedrijfsleven

CBb 6 maart 1990, *AB* 1990/399 m.nt. Goorden (*Speelautomaten Landgraaf*) | 79

Gerechtshoven

Hof Arnhem 12 juli 1979, *NJ* 1980/175 (*Verkrachting gehandicapt meisje*) | 104, 129
Hof Den Haag 13 maart 1985, *NJ* 1985/263 (*WWV*) | 105
Hof Den Haag 7 maart 1991, *AB* 1991/381 (*Advocaten voor advocaten*) | 104

Hof Amsterdam 6 mei 1993, *NJ* 1994/681 | 166, 192
Hof Den Bosch 2 september 1993, *NJ* 1994/283 | 37, 166
Hof Arnhem 5 februari 1997, *V-N* 1997/2438 (*Grijs kenteken*) | 224
GHvJNAA 11 september 2001, *NJ* 2002/40 | 164
Hof Amsterdam 2 juni 2003, nr. P02/7448 (niet gepubl., zie *BNB* 2005, 310) | 209, 212
Hof Arnhem 2 augustus 2004, *NbStraf* 2004/328 | 37, 244
Hof Den Bosch 25 augustus 2004, *LJN* AR6666 | 209, 212
Hof Den Haag 24 maart 2005, *JAR* 2005/98 (*Minimumjeugdloon*) | 106
Hof Den Haag 25 januari 2006, *LJN* AV7041 (*Vogelrichtlijn*) | 95
Hof Arnhem, 28 december 2006, *LJN* AZ5505 (*Reisbureau Rita*) | 87
Hof Arnhem 31 augustus 2007, *LJN* BB3047 (*Zaak N.*) | 126
Hof Den Haag 20 december 2007, *NJ* 2008/133 (*Staat en SGP/Clara Wichmann c.s.*) | 95
GHvJNAA 2 september 2008, *LJN* BF0082 (*Huisartstarieven*) | 95, 106
Hof Den Haag 14 oktober 2008, *NJ* 2008/615 (*Staat/Rai & Bovag*) | 101
GHvJNAA 14 oktober 2008, *LJN* BG 3510 | 37
GHvJNAA 16 juli 2009, *LJN* BJ 6210 | 142
GHvJNAA 16 juli 2009, *LJN* BJ6235 | 142
Hof Den Haag 22 juni 2010, *LJN* BM8494 (*Elektriciteitswet*) | 95
Hof Leeuwarden 23 december 2010, *LJN* BO8039 (*Vaderschap na geslachtsveranderende operatie*) | 169
Hof Den Haag 26 april 2011, *LJN* BQ4781 (*Iraanse studenten*) | 232
Hof Amsterdam 24 april 2012, *LJN* BW3682 (*Huurprijs*) | 227
Hof Den Haag 26 maart 2013, *LJN* BZ4871 (*Uitzondering rookverbod horeca*) | *95*
Hof Den Haag 5 juni 2012, *LJN* BW7457 (*Wwik*) | 101

Rechtbanken

Vz. Rb Den Haag 3 oktober 1977, *NJ* 1978/170 m.nt. MS (*Aanvangssalarissen leraren-academici*) | 104, 105
Vz. Rb Den Haag 21 mei 1987, *KG* 1987/243 (*Huisartsentarieven*) | 104
Vz. Rb Den Haag 17 januari 1985, *NJ* 1985/252. | 105
Vz. Rb Haarlem 19 december 1988, *KG* 1989/68 (*Schipholwetje*) | 104
Vz. Rb Den Haag 11 mei 1989, *KG* 1989/232 (*Beroep*) | 104
Rb Haarlem 4 augustus 1992, *NJ* 1994/681 | 166, 192
Vz. Rb Den Haag 1 augustus 1997, *KG* 1997/273 | 104
Rb Assen 28 januari 1999, *USZ* 1999/56 m.nt. Winter | 37
Rb Dordrecht 10 december 1999, *JB* 2000/82 m.nt. AWH | 50
Rb Roermond 14 maart 2000, *USZ* 2000/112 m.nt. M. Fleuren | 50, 54
Vz Rb Den Haag 7 juni 2000, *JB* 2000/287 m.nt. AWH | 99
Vz. Rb Rotterdam 11 juli 2000, *JB* 2000/263 m.nt. AWH | 54, 60
Rb Almelo 25 oktober 2000, *JB* 2000/336 m.nt. LV (*Demar Laser t. LISV*) | 49, 50
Rb Amsterdam 7 maart 2002, *JB* 2002/109 m.nt. LV. | 18
Vz. Rb Den Haag 11 december 2002, *LJN* AF1787 | 106
Vz Rb Den Haag 6 augustus 2003, *AB* 2003/470 m.nt. Schilder (*Fotoverbod Wassenaar*) | 75

Rb Den Haag 7 september 2005, *NJ* 2005/473 (*Clara Wichmann/Staat*) | 95, 99
Rb Almelo 7 november 2007, *LJN* BC2411 (*Sluitingstijden coffeeshops*) | 95
Rb Den Haag 3 februari 2010, *LJN* BL1862 (*Iraanse studenten I*) | 75
Vz Rb Den Haag 3 januari 2012, *LJN* BU9921 (*FNV Kunsten/Staat*) | 51, 101
Rb Den Haag 28 maart 2012, *LJN* BW3098 (*Iraanse studenten II*) | 99, 106, 232
Vz Rb Den Haag 3 januari 2012, *LJN* BU9921 (*Wwik*) | 51, 101
Rb Den Haag 11 juli 2012, *NJ* 2012/579 (*Langstudeerders*) | 101
Rb Den Haag 23 juli 2012, *LJN* BX 7876 (*Kansspelbelasting*) | 208
Vz Rb Den Haag 11 januari 2013, *NJ* 2013/182 (*Wet normering topinkomens*) | 101

DUITSLAND

Bundesverfassungsgericht (BVerfG)

BVerfG 23 oktober 1951, *BVerfGE* 1, 14 (*Südweststaat*) | 388, 395, 400, 521
BVerfG 13 december 1951, *BVerfGE* 1, 97 (*Hinterbliebenenrente I*) | 381, 408
BVerfG 7 mei 1953, *BVerfGE* 2, 266 (*Notaufnahme*) | 383
BVerfG 1 juli 1953, *BVerfGE* 2, 380 (*Haftentschädigung*) | 392, 400, 422, 430
BVerfG 4 mei 1955, *BVerfGE* 4, 157 (*Saarstatut*) | 404
BVerfG 30 mei 1956, *BVerfGE* 5, 25 (*Apothekenerrichtung*) | 401
BVerfG 16 januari 1957, *BVerfGE* 6, 32 (*Elfes*) | 385
BVerfG 26 maart 1957, *BVerfGE* 6, 309 (*Reichskonkordat*) | 367, 371, 384
BVerfG 15 januari 1958, *BVerfGE* 7, 198 (*Lüth*) | 385
BVerfG 10 maart 1958, *BVerfGE* 7, 320 (*Freikörperkultur*) | 419
BVerfG 24 juni 1958, *BVerfGE* 8, 51 (*Parteispenden*) | 400
BVerfG 10 juli 1958, *BVerfGE* 8, 71 | 401
BVerfG 23 oktober 1958, *BVerfGE* 8, 210 (*Vaterschaft*) | 407
BVerfG 12 novber 1958, *BVerfGE* 8, 274 (*Preisgesetz*) | 400, 401
BVerfG 16 juni 1959, *BVerfGE* 9, 305 (*Kriegsfolgelasten I*) | 401
BVerfG 7 juli 1960, *BVerfGE* 11, 263 | 392, 393
BVerfG 13 december 1961, *BVerfGE* 13, 248 (*Bundesentschädigungsgesetz*) | 419
BVerfG 20 maart 1963, *BVerfGE* 15, 337 (*Höfeordnung*) | 405
BVerfG 22 mei 1963, *BVerfGE* 16, 130 (*Wahlkreise*) | 407, 409, 411
BVerfG 24 juli 1963, *BVerfGE* 17, 1 (*Waisen- und Witwerrente*) | 408
BVerfG 30 oktober 1963, *BVerfGE* 17, 155 (*Kriminellen Vereinigungen*) | 400
BVerfG 26 november 1964, *BVerfGE* 18, 257 (*Sozialversicherung*) | 419, 420
BVerfG 3 november 1965, *BVerfGE* 19, 150 (*Kriegsfolgengesetz*) | 393
BVerfG 15 december 1965, *BVerfGE* 19, 342 (*Wencker*) | 387
BVerfG 20 december 1966, *BVerfGE* 21, 12 (*Umsatzsteuer*) | 409, 421, 445
BVerfG 28 november 1967, *BVerfGE* 22, 349 (*Waisenrente*) | 419, 420, 426
BVerfG 13 december 1967, *BVerfGE* 23, 1 (*Einkommensteuergesetz*) | 421, 426
BVerfG 29 januari 1969, *BVerfGE* 25, 167 (*Nichtehelichkeit*) | 407
BVerfG 25 juni 1969, *BVerfGE* 26, 246 (*Ingenieur*) | 401
BVerfG 27 mei 1970, *BVerfGE* 28, 324 (*Heiratswegfallklausel*) | 420
BVerfG 9 juni 1970, *BVerfGE* 29, 11 (*LBO B-W*) | 391
BVerfG 15 december 1970, *BVerfGE* 30, 1 (*Abhören*) | 402

BVerfG 14 maart 1972, *BVerfGE* 33, 1 (*Strafgefangene*) | 409
BVerfG 3 mei 1972, *BVerfGE* 33, 303 (*Numerus clausus I*) | 421
BVerfG 28 juni 1972, *BVerfGE* 33, 247 (*Klagestop Kriegsfolgen*) | 381
BVerfG 26 juli 1972, *BVerfGE* 34, 9 (*Besoldigungsvereinheitliching*) | 409
BVerfG 11 oktober 1972, *BVerfGE* 34, 71 (*Einzelhandelsgesetz*) | 421
BVerfG 18 juni 1973, *BVerfGE* 35, 257 (*Verfassungstreue*) | 398
BVerfG 21 mei 1974, *BVerfGE* 37, 217 (*Staatsangehörigkeit für Abkömmlingen*) | 425, 427, 428, 439, 446
BVerfG 29 mei 1974, *BVerfGE* 37, 271 (*Solange I*) | 369
BVerfG 21 juni 1974, *BVerfGE* 37, 324 (*Einstweiliger Anordnung Abtreibung*)
BVerfG 25 februari 1975, *BVerfGE* 39, 1 (*Schwangerschaftsabbruch I*) | 402, 440, 451
BVerfG 12 maart 1975, *BVerfGE* 39, 196 (*Beamtenpension*) | 388
BVerfG 12 maart 1975, *BVerfGE* 39, 169 (*Hinterbliebenenrente II*) | 408, 412
BVerfG 10 juni 1975, *BVerfGE* 40, 88 (*Führerschein*) | 397
BVerfG 17 december 1975, *BVerfGE* 41, 88 (*Gemeinschafsschule*) | 371
BVerfG 7 juni 1977, *BVerfGE* 45, 63 (*Stadtwerke Hameln*) | 381
BVerfG 21 juni 1977, *BVerfGE* 45, 187 (*Lebenslange Freiheitsstrafe*) | 412
BVerfG 1 maart 1978, *BVerfGE* 48, 40 | 377, 383
BVerfG 13 april 1978, *BVerfGE* 48, 127 (*Wehrpflichtnovelle*) | 440,451
BVerfG 13 november 1979, *BVerfGE* 52, 357 (*Mutterschutzgesetz I*) | 418
BVerfG 16 januari 1980, *BVerfGE* 53, 115 (*Substantiierungsfrist*) | 392, 393
BVerfG 26 maart 1980, *BVerfGE* 54, 11 (*Beamtenpensionen*) | 414
BVerfG 15 april 1980, *BVerfGE* 54, 53 (*Ausbürgerung II*) | 381
BVerfG 11 juni 1980, *BVerfGE* 54, 277 (*Ablehnug Revision*) | 386
BVerfG 8 oktober 1980, *BVerfGE* 55, 100 (*Kinderzuschuß für Enkel*) | 425, 426, 429, 431
BVerfG 22 oktober 1980, BVerfG 55, 154 (*Mutterschutz II*) | 418
BVerfG 23 juni 1981, *BVerfGE* 58, 1 (*Eurocontrol I*) | 371, 384
BVerfG 14 juli 1981, *BVerfGE* 58, 137 (*Pflichtexemplar*) | 421
BVerfG 19 oktober 1982, *BVerfGE* 61, 149 (*Amtshaftung*) | 401
BVerfG 16 november 1982, *BVerfGE* 62, 256 (*Arbeiter/Angestellte*) | 432, 433
BVerfG 6 december 1983, *BVerfGE* 65, 325 (*Zweiwohnungensteuer*) | 400
BVerfG 28 november 1984, *BVerfGE* 68, 272 (*Bauvorlagen*) | 418
BVerfG 15 januari 1985, *BVerfGE* 69, 112 | 395, 521
BVerfG 12 februari 1986, BVerfG 72, 9 (*Arbeitsförderungs-Konsolidierungsgesetz – AFKG*) | 424
BVerfG 25 februari 1986, *BVerfGE* 72, 39 (*Erziehungsgesetz*) | 381
BVerfG 24 juni 1986, *BVerfGE* 72, 330 (*Finanzausgleich I*) | 422, 430
BVerfG 14 juli 1986, *BVerfGE* 73, 40 (*Parteispenden*) | 425, 440
BVerfG 22 oktober 1986, *BVerfGE* 73, 339 (*Solange II*) | 43, 84, 369, 374
BVerfG 26 maart 1987, *BVerfGE* 74, 358 (*Unschuldvermutung*) | 371, 372
BVerfG 7 oktober 1987, *BVerfGE* 77, 84 (*Arbeitnehmerüberlassung*) | 396
BVerfG 8 juni 1988, *BVerfGE* 78, 249 (*Fehlbelegungsabgabe*) | 408, 409
BVerfG 14 maart 1989, *BVerfGE* 80, 1 (*Approbationsordnung*) | 427
BVerfG 7 februari 1990, *BVerfGE* 81, 242 (*Handelsvertreter*) | 427, 428
BVerfG 7 maart 1990, *BVerfGE* 81, 278 (*Bundesflagge*) | 381

BVerfG 30 mei 1990, *BVerfGE* 82, 126 (*Kündigungsfristen*) | 426, 427, 428, 430, 431, 433, 521
BVerfG 26 juni 1990, *BVerfGE* 83, 60 (*Ausländerwahlrecht II*) | 368
BVerfG 27 november 1990, *BVerfGE* 83, 130 (*Josephine Mutzenbacher*) | 422, 431, 442
BVerfG 5 maart 1991, *BVerfGE* 84, 9 (*Ehenamen*) | 427
BVerfG 23 oktober 1991, *BVerfGE* 85, 69 (*Eilversammlungen*) | 387
BVerfG 11 februari 1992, *BVerfGE* 85, 226 (*Sonderurlaub I*) | 394
BVerfG 25 maart 1992, *BVerfGE* 85, 386 (*Fangschaltungen*) | 409
BVerfG 3 juni 1992, *BVerfGE* 86, 288 (*Lebenslang*) | 387
BVerfG 23 september 1992, *BVerfGE* 87, 114 (*Pachtzins für Kleingärten*) | 426, 427, 429
BVerfG 25 september 1992, *BVerfGE* 87, 153 (*Existenzminimum*) | 422, 425, 429, 430
BVerfG 17 november 1992, *BVerfGE* 87, 234 (*Einkommensanrechnung*) | 427
BVerfG 2 december 1992, *BVerfGE* 88, 5 (*Gewerkschaftliche Beratungshilfe*) | 426
BVerfG 28 mei 1993, *BVerfGE* 88, 203 (*Schwangerschaftsabbruch II*) | 451, 452
BVerfG 12 oktober 1993, *BVerfGE* 89, 155 (*Maastricht-Urteil*) | 84, 369, 375
BVerfG 26 april 1994, *BVerfGE* 90, 263 (*Ehelichkeitsanfechtung*) | 428, 430, 521
BVerfG 11 oktober 1994, *BVerfGE* 91, 186 (*Kohlepfennig*) | 422, 444
BVerfG10 januari 1995, *BVerfGE* 92, 26 (*Zweitregister*) | 371, 384
BVerfG 7 maart 1995, *BVerfGE* 92, 158 (*Adoption II*) | 427
BVerfG 16 mei 1995, *BVerfGE* 93, 1 (*Kruzifix*) | 399
BVerfG 22 juni 1995, *BVerfGE* 93, 121 (*Einheitswerte II*) | 430, 445
BVerfG 5 december 1995, *BVerfGE* 93, 362 (*Postulationsfähigkeit*) | 440, 451
BVerfG 31 januari 1996, *BVerfGE* 93, 386 (*Auslandszuschlag*) | 425, 426, 440
BVerfG 12 maart 1996, *BVerfGE* 94, 241 (*Kindererziehungszeiten*) | 426, 430
BVerfG 15 juli 1997, *BVerfG* 96, 260 (*Normwiederholung; Sonderurlaub II*) | 394, 398
BVerfG 27 oktober 1997, 1 BvR 1615/97 (*Kruzifix II*) | 394, 399
BVerfG 27 november 1997, *BVerfGE* 97, 35 (*Hamburger Ruhegeldgesetz*) | 392
BVerfG 27 januari 1998, *BVerfGE* 97, 169 (*Kleinbetriebsklausel I*) | 387
BVerfG 17 februari 1998, *BVerfGE* 97, 228 (*Kurzberichterstattung*) | 434, 442, 448
BVerfG 10 november 1998, *BVerfGE* 99, 216 (*Familienlastenausgleich II*) | 434, 448
BVerfG 19 januari 1999, *BVerfGE* 99, 341 (*Testierausschluß für Taubstummer*) | 428
BVerfG 14 juli 1999, *BVerfGE* 101, 54 (*Schuldrechtsanpassungsgesetz*) | 381
BVerfG 19 juli 2000, *BVerfGE* 102, 197 (*Spielbankengesetz Baden-Württemberg*) | 381
BVerfG 11 december 2000, 1 BvL 15/00 | 426
BVerfG 13 december 2000, 1 BvR 335/97 (*Rechtsanwaltsordnung*) | 444
BVerfG 20 februari 2002, *BVerfGE* 105, 61 (*Wehrpflicht I*) | 379
BVerfG 18 december 2002, *BVerfGE* 106, 310 (*Zuwanderungsgesetz*) | 400
BVerfG 29 januari 2003, *BVerfGE* 107, 150 (*Sorgeerklärungen*) | 440
BVerfG 9 april 2003, *BVerfGE* 108, 82 (*Biologischer Vater*) | 425
BVerfG 18 februari 2004, 1 BvR 193/97 (*Ehemalige Ehename*) | 425, 428, 430, 521
BVerfG 16 maart 2004, *BVerfGE* 110, 141 (*Kampfhunde*) | 381
BVerfG 27 juli 2004, *BVerfGE* 111, 126 (*Juniorprofessur*) | 401
BVerfG 14 oktober 2004, *BVerfGE* 111, 307 (*Görgülü*) | 367, 371, 372, 383, 384
BVerfG 18 juli 2005, *BVefGE* 113, 273 (*Europäischer Haftbefehl*) | 369, 374

BVerfG 15 februari 2006, *BVerfGE* 115, 118 (*Luftsicherheitsgesetz*) | 395, 400
BVerfG 28 maart 2006, *BVerfGE* 115, 276 (*Staatslotteriegesetz I*) | 340, 423, 444, 446
BVerfG 22 november 2007, 1 BvR 2218/06 (*Staatslotteriegesetz II*)
BVerfG 20 december 2007, *BVerfGE* 119, 331 (*Hartz-IV*) | 441
BVerfG 26 februari 2008, *BVerfGE* 120, 180 (*Caroline von Monaco III*) | 372
BVerfG 3 juli 2008, 2 BvC 1/07, 7/07 (*Zweitstimmen*) | 422, 431
BVerfG 30 juli 2008, *BVerfGE* 121, 317 (*Rauchverbote*) | 419
BVerfG 14 oktober 2008, 1 BvR 2310/06 (*Beratungshilfegesetz*) | 421, 427
BVerfG 8 december 2008, 2 BvL 1-2/07; 1-2/08 (*Werbungskosten und Einkommensteuer*) | 426
BVerfG 4 februari 2009, 1 BvL 8/05 (*Spielautomatensteuer*) | 445
BVerfG 12 mei 2009, *BVerfGE* 123, 132 (*Forstabsatzfonds*) | 401
BVerfG 30 juni 2009, *BVerfGE* 123, 267 (*Lissabon-Urteil*) | 369, 375, 383
BVerfG 6 juli 2010, *BVerfGE* 126, 286 (*Honeywell*) | 369, 374
BVerfG 23 maart 2011, 2 BvR 882/09 (*Medizinische Behandlung*) | 401
BVerfG 4 mei 2011, *BVerfGE* 128, 326 (*EGMR Sicherungsverwahrung*) | 297, 371, 372, 385, 423, 444, 455
BVerfG 24 januari 2012, 1 BvL 21/11 (*Rauchverbot Hamburg*) | 450
BVerfG 3 juli 2012, 2 BvF 1/05 (*Luftsicherheitsgesetz III*) | 395
BVerfG 12 september 2012, 2 BvR 1390/12 (*ESM-Vertrag*) | 369, 407
BVerfG 24 april 2013, 1 BvR 1215/07 (*Antiterrordatei*) | 43, 325, 374
BVerfG 7 mei 2013, 2 BvR 909/06 (*Ehegattensplittung Lebenspartnern*) | 429, 443, 448

Bundesgerichtshof (BGH)

BGH 29 maart 1971, *NJW* 1971, 1172 | 454
BGH 5 februari 1981, *NJW* 1981, 1726 | 386
BGH 28 november 1996, BGHSt. 42, 314, *NJW* 1997, 668 | 393
BGH 14 december 2000, *NJW* 2001, 1865 | 331, 455
BGH 9 oktober 2003, *NJW 2004,* 1241 | 331, 455
BGH 20 januari 2005, *NJW* 2005, 742 | 331, 455
BGH 4 juni 2009, *BGHZ* 181, 199 | 454
BGH 26 november 2008, *JZ* 2009, p. 518 (*Quelle AG*) | 386, 387
BGH 21 juli 2010, 5*StR* 60/10 (*Sicherheitsverwahrung*) | 371, 372
BGH 18 oktober 2012, *NJW* 2013, 168 (*Winner Wetten III*) | 342, 454, 456

Bundesverwaltungsgericht (BVerwG)

BVerwG 21 april 1999, *DVBl.* 1999, p. 1581 | 394
BVerwG 28 juni 2000, *NJW* 2000, p. 3584 | 391

Bundesarbeitsgericht (BAG)

BAG 28 februari 1985, 2 AZR 403/83, BAGE 49, 21 (*Beschäftigungsdauer*) | 432

Lagere rechtspraak (Duitsland)

OLG Saarbrücken 9 november 1960, *NJW* 1961, 377 (*Dauer der Untersuchungshaft*) | 371
AG Geilenkirchen 21 juni 1971, *NJW* 1971, 2320 (*Dolmetscher*) | 371
VG Köln 21 september 2006, 1 K 5910/05 (*Winner Wetten I*) | 342, 349, 353
VG Köln 14 januari 2011, 1 K 5910/05 (*Winner Wetten II*) | 465
LG Karlsruhe 24 april 2012, 2 O 278/11 (*Schmerzensgeld Sicherheitsverwahrung*) | 455
OLG Karlsruhe 29 november 2012, 12 U 60/12 (*Schmerzensgeld Sicherheitsverwahrung*) | 455

VERENIGD KONINKRIJK

United Kingdom Supreme Court

UKSC 9 december 2009 [2009] *UKSC* 14 (*R. v. Horncastle*) | 490

House of Lords, Appellate Committee

HL 9 december 1930 [1931] *AC* 126 (*Ellerman Lines v. Murray*) | 478
HL 2 maart 1961 [1962] *AC* 1 (*Collco Dealings v. Inland Revenue*) | 480
HL 17 december 1968 [1969], 2 *AC* 147 (*Anisminic v. Foreign Compensation Commission*) | 475
HL 30 januari 1974 [1974] *AC* 765 (*British Railways Board v. Pickin*) | 473
HL 1 mei 1974 [1974] 1 *WLR* 683 (*Waddington v. Miah*) | 475, 481
HL 12 juni 1980 [1981] *AC* 303 (*Attorney General v. BBC*) | 481
HL 4 maart 1982 [1983] 1 *AC* 1 (*Raymond v. Honey*) | 475
HL 22 april 1982 [1983] 2 *AC* 751 (*Garland v. British Rail Engineering*) | 479
HL 13 oktober 1988 [1990] 1 *AC* 109 (*Attorney General v. Observer ['Spycatcher']*) | 481
HL 18 mei 1989 [1990] 2 *AC* 85 (*R. v. Secretary for Transport, ex p. Factortame – 1*) | 483
HL 26 oktober 1989 [1990] 2 *AC* 418 (*Rayner v. Dept. of Trade and Industry*) | 478
HL 4 april 1990 [1991] 1 *AC* 1 (*X. v. Morgan-Grampian Publishers Ltd.*) | 460, 473
HL 11 oktober 1990 [1991] 1 *AC* 603 (*R. v. Secretary for Transport, ex parte Factortame – 2*) | 471, 483
HL 7 februari 1991 [1991] 1 *AC* 696 (*R. v. Home Secretary, ex parte Brind*) | 481, 482
HL 26 november 1992 [1993] *AC* 593 (*Pepper v. Hart*) | 499
HL 18 februari 1993 [1993] *AC* 534 (*Derbyshire County Council v. Times Newspapers*) | 482
HL 27 juli 1993 [1994] 1 *AC* 377 (*M. v. Home Office*) | 484
HL 2 april 1998 [1999] 2 *AC* 143 (*Boddington v. British Transport Police*) | 466
HL 8 juli 1999 [2000] 2 *AC* 115 (*R. v. Home Secretary, ex parte Simms*) | 471, 472
HL 28 oktober 1999 [1999] 2 *AC* 326 (*R. v. DPP, ex p. Kebeline*) | 503

HL 9 mei 2001 [2001] *UKHL* 23 (*R. v. Secretary of State, ex parte Alconbury*) | 492
HL 17 mei 2001 [2001] *UKHL* 25 (*R. v. A.*) | 501, 502
HL 5 juli 2001 [2001] *UKHL* 37 (*R. v. Lambert*) | 503
HL 14 maart 2002 [2002] *UKHL* (*Re S.*) | 504, 509
HL 14 november 2002 [2002] *UKHL* 44 (*R. v. Lyons [Isidore Jack]*) | 480, 491
HL 25 november 2002 [2002] *UKHL* 46 (*R. v. Home Secretary, ex parte Anderson*) | 492, 504, 509, 517
HL 10 april 2003 [2003] *UKHL* 21 (*Bellinger v. Bellinger*) | 505, 515, 517
HL 11 maart 2004 [2004] *UKHL* 12 (*Re McKerr*) | 479
HL 17 juni 2004 [2004] *UKHL* 26 (*R. v. Special Adjudicator, ex parte Ullah*) | 492
HL 21 juni 2004 [2004] *UKHL* 30 (*Ghaidan v. Godin-Mendoza*) | 500, 507, 515, 516
HL 22 juli 2004 [2004] *UKHL* 39 (*R. v. Chief Constable S.Y. Police, ex p. Marper*) | 492
HL 14 oktober 2004 [2004] *UKHL* 43 (*Sheldrake v. DPP*) | 510
HL 16 februari 2005 [2005] *UKHL* 14 (*R. v. Home Secretary, ex parte Greenfield*) | 488
HL 5 mei 2005 [2005] *UKHL* 31 (*N. v. Home Secretary*) | 491, 493
HL 5 mei 2005 [2005] *UKHL* 30 (*R. v. IRC, ex p. Wilkinson*) | 287, 289, 510
HL 13 oktober 2005 [2005] *UKHL* 56 (*R. [Jackson] v. Attorney General*) | 296, 462, 470, 476
HL 8 december 2005 [2005] *UKHL* 71 (*A. v. Home Secretary*) | 478
HL 8 maart 2006 [2006] *UKHL* 10 (*Kay v. Lambeth LBC*) | 492, 493, 494
HL 8 maart 2006 [2006] *UKHL* 11 (*Secretary of State for Work and Pensions v. M.*) | 491, 492
HL 13 juni 2007 [2007] *UKHL* 26 (*Al Skeini v. Defence Secretary*) | 491
HL 31 oktober 2007 [2007] *UKHL* 46 (*Home Secretary v. MB*) | 516
HL 12 maart 2008 [2008] *UKHL* 15 (*Animal Defenders International*) | 489, 491, 497
HL 22 oktober 2008 [2008] *UKHL* 63 (*R. [RJM] v. Secretary of State for Work and Pensions*) | 492, 494
HL 10 juni 2009 [2009] *UKHL* 28 (*Home Secretary v. AF*) | 492

Court of Appeal

CA 25 januari 1934 [1934] 1 *KB* 590 (*Ellen Street Estates v. Minister of Health*) | 469, 470
CA 26 oktober 1966 [1967] 2 *QB* 116 (*Salomon v. Customs*) | 478, 479
CA 7 november 1968 [1969] 1 *QB* 616 (*Corocraft v. Pan American Airways*) | 479
CA 11 juli 1975 [1976] *QB* 606 (*R. v. Home Secretary, ex parte Phansopkar*) | 481
CA 25 juli 1979 [1979] 1 *WLR* 1189 (*Macarthys v. Smith*) | 471, 483
CA 17 april 1980 [1981] *QB* 180 (*Macarthys v. Smith II*) | 483
CA 5 mei 1983 [1983] 3 *All ER* 693 (*Goldman v. Thai Airways*) | 479
CA 19 februari 1992 [1992] *QB* 770 (*Derbyshire County Council v. Times Newspapers*) | 482
CA 15 december 1998 [1999] 2 *WLR* 1100 (*R. v. Sandford*) | 503
CA 9 november 2000 [2001] 1 *WLR* 253 (*R. v. Offen*) | 502, 503
CA 22 februari 2002 [2002] 3 *WLR* 344 (*R. [Roth GmbH] v. Home Secretary*) | 476

High Court (Kings resp. Queens Bench Division, Chancery Division)

HC (PDAdiv.) 15 maart 1879 (1879) *LR* 4 *PD* 129 (*The Parlement Belge*) | 478
KBD 29 januari 1920 [1920] 1 *KB* 829 (*Chester v. Bateson*) | 475
ChD 28 februari 1979 [1979] *Ch* 344 (*Malone v. Metropolitan Police Commissioner*) | 481
QBD 21 december 1983 [1984] 2 *WLR* 725 (*R. v. Home Secretary, ex parte Anderson*) | 475
QBD 9 september 1994 [1995] 4 *All ER* 400 (*R. v. Home Secretary, ex parte McQuillan*) | 482
QBD 8 oktober 1996 [1996] 93 (42) *LSG* 28 (*R. v. Hammersmith and Fulham LBC, ex parte M.*) | 475
QBD 7 maart 1997 [1998] 2 *WLR* 849 (*R. v. Lord Chancellor ,ex parte Witham*) | 475
QBD 17 december 2002 [2002] *EWHC* 2777 (*Campaign for Nuclear Disarmament*) | 478

Overig

Court of Common Pleas, [1610] 8 *Co. Rep.* 114a (*Bonham's Case*) | 473

CANADA

Supreme Court of Canada

SCC 14 december 1948 [1948] *SCR* 1 (*Dairy Margarine Act*) | 548
SCC 20 november 1969 [1970] *SCR* 282 (*The Queen v. Drybones*) | 526
SCC 30 januari 1976 [1977] 2 *SCR* 134 (*MacDonald et al v. Vapor*) | 548
SCC 5 oktober 1976 [1977] 2 *SCR* 776 (*Amax Potash Ltd. v. Saskatchewan*) | 529
SCC 19 januari 1978 [1978] 2 *SCR* 662 (*Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*) | 548
SCC 13 december 1979 [1979] 2 *SCR* 1032 (*Manitoba v. Forest*) | 538
SCC 22 juli 1982 [1982] 2 *SCR* 9 (*Peel v. Mackenzie*) | 548
SCC 24 april 1985 [1985] 1 *SCR* 295 (*Big M Drug Mart*) | 550, 552
SCC 13 juni 1985 [1985] 1 *SCR* 721 (*Re Manitoba Language Rights*) | 534, 535, 537, 545
SCC 1 mei 1986 [1986] 1 *SCR* 449 (*Bilodeau v. Manitoba*) | 538
SCC 28 januari 1988 [1988] 1 *SCR* 30 (*R. v. Morgenthaler II*) | 591
SCC 25 februari 1988 [1988] 1 *SCR* 234 (*R. v. Mercure*) | 540
SCC 15 december 1988 [1988] 2 *SCR* 712 (*Ford v. Quebec*) | 586, 587, 588
SCC 2 februari 1989 [1989] 1 *SCR* 143 (*Andrews v. Law Society of British Columbia*) | 552
SCC 1 februari 1990 [1990] 1 *SCR* 190 (*R. v. Brydges*) | 532
SCC 5 april 1990 [1990] 1 *SCR* 713 (*R. v. Thomas*) | 536
SCC 2 oktober 1990 [1990] 2 *SCR* 1103 (*R. v. Paquette*) | 540
SCC 4 oktober 1990 [1990] 2 *SCR* 906 (*R. v. Hess & Nguyen*) | 550

SCC 2 mei 1991 [1991] 1 *SCR* 933 (*R. v. Swain*) | 540, 545
SCC 6 juni 1991 [1991] 2 *SCR* 22 (*Tétreault-Gadoury v. Canada*) | 550
SCC 23 januari 1992 [1992] 1 *SCR* 91 (*R. v. Bain*) | 542
SCC 22 augustus 1991 [1991] 2 *SCR* 577 (*R. v. Seaboyer & Gayme*) | 571, 580
SCC 27 februari 1992 [1992] 1 *SCR* 579 (*Sinclair v. Quebec*) | 540
SCC 9 juli 1992 [1992] 2 *SCR* 679 (*Schachter v. Canada*) | 220, 223, 537, 540, 541, 542, 552, 558, 578
SCC 19 november 1992 [1992] 3 *SCR* 711 (*R. v. Morales*) | 581
SCC 27 mei 1993 [1993] 2 *SCR* 438 (*Sauvé v. Canada I*) | 581
SCC 3 maart 1994 [1994] 1 *SCR* 311 (*RJR-MacDonald v. Canada I*) | 534, 571
SCC 30 september 1994 [1994] 3 *SCR* 63 (*R. v. Daviault*) | 571, 574, 580
SCC 8 december 1994 [1994] 3 *SCR* 965 (*R. v. Laba*) | 553
SCC 25 mei 1995 [1995] 2 *SCR* 418 (*Miron v. Trudel*) | 553, 590
SCC 25 mei 1995 [1995] 2 *SCR* 627 (*Thibaudeau v. Canada*) | 534
SCC 14 december 1995 [1995] 4 *SCR* 411 (*R. v. O'Connor*) | 579
SCC 27 februari 1997 [1997] 1 *SCR* 358 (*Benner v. Canada*) | 550
SCC 22 mei 1997 [1997] 2 *SCR* 13 (*R. v. Feeney I*) | 532
SCC 21 november 1997 [1997] 3 *SCR* 1008 (*R. v. Feeney III)* | 532
SCC 2 april 1998 [1998] 1 *SCR* 493 (*Vriend v. Alberta*) | 554, 575, 585, 590
SCC 20 augustus 1998 [1998] 2 *SCR* 217 (*Reference re secession Quebec*) | 523
SCC 20 mei 1999 [1999] 2 *SCR* 3 (*M. v. H.*) | 554, 576, 590
SCC 20 mei 1999 [1999] 2 *SCR* 203 (*Corbiere v. Canada*) | 544, 545, 554, 576, 579, 590
SCC 25 november 1999 [1999] 3 *SCR* 668 (*R. v. Mills*) | 571, 579
SCC 12 oktober 2000 [2000] 2 *SCR* 443 (*R. v. Darrach*) | 571, 580
SCC 10 november 2000 [2000] 2 *SCR* 764 (*Harper v. Canada I*) | 534
SCC 15 december 2000 [2000] 2 *SCR* 1120 (*Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada*) | 577
SCC 26 april 2002 [2002] 2 *SCR* 559 (*Bell ExpressVu Ltd v. Rex*) | 578
SCC 10 oktober 2002 [2002] 3 *SCR* 309 (*R. v. Hall*) | 577, 581
SCC 31 oktober 2002 [2002] 3 *SCR* 519 (*Sauvé v. Canada II*) | 581
SCC 6 juni 2003 [2003] 1 *SCR* 835 (*Trociuk v. British Columbia*) | 543
SCC 3 oktober 2003 [2003] 2 *SCR* 504 (*Nova Scotia Workers Compensation Board v. Martin*) | 531, 543
SCC 6 november 2003 [2003] 3 *SCR* 3 (*Doucet-Boudreau v. Nova Scotia*) | 555, 559, 582
SCC 30 januari 2004 [2004] 1 *SCR* 76 (*Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada*) | 540
SCC 18 mei 2004 [2004] 1 *SCR* 827 (*Harper v. Canada II*) | 580
SCC 30 juni 2004 [2004] 2 *SCR* 489 (*R. v. Demers*) | 543
SCC 9 december 2004 [2004] 3 *SCR* 698 (*Reference re Same-Sex Marriage*) | 523, 554, 591
SCC 23 februari 2007 [2007] 1 *SCR* 350 (*Charkaoui v. Canada I*) | 543
SCC 1 maart 2007 [2007] 1 *SCR* 429 (*Canada v. Hislop*) | 531, 532, 544, 560
SCC 8 juni 2007 [2007] 2 *SCR* 391 (*Health Services and Support v. British Columbia*) | 543
SCC 29 februari 2008, [2008] 1 *SCR* 96 (*R. v. Ferguson*) | 528

SCC 11 december 2008 [2008] 3 *SCR* 511 (*Conféd. Des syndicats nationaux v. Canada*) | 543
SCC 29 januari 2009 [2009] 1 *SCR* 181 (*Ravndahl v. Saskatchewan*) | 543
SCC 22 oktober 2009 [2009] 3 *SCR* 208 (*Nguyen v. Quebec*) | 543

Courts of Appeal

CA (B.C.) 18 april 1989 [1989] 59 *DLR* (4th) 247 (*Dixon v. British Columbia*) | 540
CA (Fed.) 16 februari 1990 [1990] 66 *DLR* (4th) 635 (*Schachter v. Canada*) | 541
CA (B.C.) 30 augustus 1991 [1991] 58 *BCLR* (2nd) 356 (*Knodel v. British Columbia*) | 552
CA (Ont.) 12 juli 2002 [2002] 215 *DLR* (4th) 223 (*Halpern v. Canada*) | 554, 591
CA (Queb.) 6 september 2002 [2002] *RJQ* 2506 (*Henricks c. Québec*) | 591

Federal Court of Canada

FC 7 juni 1988 [1988] 52 *DLR* (4th) 525 (*Schachter v. Canada*) | 541

BRITSE COMMONWEALTH

Judicial Committee of the Privy Council

PC 21 januari 1882 [1882] *UKPC* 4 (*The Temporalities Case*) | 529
PC 28 januari 1937 [1937] *AC* 326 (*Attorney General for Canada v. Attorney General for Ontario*) | 478
PC 24 juli 1947 [1947] *AC* 503 (*Reference re Alberta Bill of Rights Act*) | 549

VERENIGDE STATEN VAN AMERIKA

Supreme Court of the United States

USSC 24 februari 1803, 5 *U.S.* (1 Cranch) 137 (*Marbury v. Madison*) | 6
USSC 12 september 1958, 358 *U.S.* 1 (*Cooper v. Aaron*) | 521
USSC 26 maart 1962, 369 *U.S.* 186 (*Baker v. Carr*) | 521
USSC 16 juni 1969, 395 *U.S.* 486 (*Powell v. McCormack*) | 521
USSC 24 juli 1974, 418 *U.S.* 683 (*United States v. Nixon*) | 521
USSC 29 juni 1995, 515 *U.S.* 900 (*Miller v. Johnson*) | 521
USSC 15 mei 2000, 529 *U.S.* 598 (*United States v. Morrison*) | 521

EUROPESE UNIE

HvJEG 17 december 1959, Zaak 14/59, *Jur.* 1959, p. 483 (*Société des Fonderies de Pont-à-Mousson*) | 355

HvJEG 5 februari 1963, Zaak 26/62, *Jur.* 1963, p. 3 (*Van Gend & Loos*) | 305, 306, 308, 316
HvJEG 15 juli 1964, Zaak 6/64, *Jur.* 1964, p. 1203 (*Costa t. E.N.E.L.*) | 305, 316
HvJEG 3 april 1968, Zaak 28/67, *Jur.* 1968, p. 203 (*Molkerei-Zentrale Westfalen t. HZA Paderborn*) | 45, 83
HvJEG 4 april 1968, Zaak 34/67, *Jur.* 1968, p. 346 (*Lück t. HZA Köln-Rheinau*) | 310, 331
HvJEG 19 december 1968, Zaak 13/68, *Jur.* 1968, p. 632 (*Salgoil*) | 306
HvJEG 13 februari 1969, Zaak 14/68, *Jur.* 1991, p. 1 (*Walt Wilhelm t. Bundeskartellamt*) | 312
HvJEG 12 november 1969, Zaak 29/69, *Jur.* 1969, p. 419 (*Stauder t. SA Stadt Ulm*) | 40
HvJEG 17 december 1970, Zaak 11/70, *Jur.* 1970, p. 1125 (*Internationale Handelsgesellschaft*) | 309, 345, 484
HvJEG 11 februari 1971, Zaak 39/70, *Jur.* 1971, p. 49 (*Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor t. HZA Hamburg-St. Annen*) | 317
HvJEG 13 juli 1972, Zaak 48/71, *Jur.* 1972, p. 528 (*Commissie t. Italië)* | 309, 345
HvJEG 5 juni 1973, Zaak 81/72, *Jur.* 1973, p. 575 (*Commissie t. Raad)* | 352
HvJEG 16 januari 1974, Zaak 166-73, *Jur.* 1974, p. 33 (*Rheinmühlen II*) | 320
HvJEG 4 april 1974, Zaak 167/73, *Jur.* 1974, p. 359 (*Commissie t. Frankrijk)* | 315
HvJEG 14 mei 1974, Zaak 4/73, *Jur.* 1974, p. 491 (*Nold)* | 484
HvJEG 12 november 1974, Zaak 32/74, *Jur* 1974, p. 1201 *(Haaga GmbH)* | 57
HvJEG 4 december 1974, Zaak 41/74, *Jur.* 1974, p. 1337 (*Van Duyn t. Home Office*) | 306
HvJEG 26 februari 1975, Zaak 67/74, *Jur.* 1975, p. 297 (*Bonsignore t. Oberstadtdirektor Köln)* | 57
HvJEG 8 april 1976, Zaak 43/75, *Jur.* 1976, p. 455 (*Defrenne t. Sabena II*) | 46, 350, 351
HvJEG 20 mei 1976, Zaak 111/75, *Jur.* 1976, p. 657 (*Mazzalai t. Ferrovia del Renon)* | 57
HvJEG 16 december 1976, Zaak 33/76, *Jur.* 1976, p. 1989 (*Rewe)* | 317, 318, 327
HvJEG 16 december 1976, Zaak 45/76, *Jur.* 1976, p. 2043 (*Comet t. produktschap Siergewassen)* | 317
HvJEG 19 oktober 1977, Gev. zaken 117/76 en 16/77, *Jur.* 1977, p. 1753 (*Ruckdeschel & Co t. HZA Hamburg-St. Annen)* | 355
HvJEG 9 maart 1978, Zaak 106/77, *Jur.* 1978, p. 629 (*Amministrazione della Finanza t. Simmenthal*) | 71, 305, 308, 311, 316, 320, 327, 331, 335, 345
HvJEG 13 december 1979, Zaak 44/79, *Jur.* 1979, p. 3727 (*Hauer t. Rheinland-Pfalz*) | 304
HvJEG 27 maart 1980, Zaak 61/79, *Jur.* 1980, p. 1205 (*Adm. Finanze dello Stato t. Denkavit)* | 483
HvJEG 27 maart 1980, Gev. zaken 66, 127-128/79 *Jur.* 1980, p. 1237 (*Adm. Finanze dello Stato t. Salumi)* | 483
HvJEG 15 oktober 1980, Zaak 4/79, *Jur.* 1980, p. 2823 (*Providence agricole de la Champagne t. ONIC)* | 351
HvJEG 15 oktober 1980, Zaak 109/79, *Jur.* 1980, p. 2883 (*Maïseries de Beauce t. ONIC)* | 315

HvJEG 15 oktober 1980, Zaak 145/79, *Jur.* 1980, p. 2917 (*Roquette Frères t. France IV)* | 351
HvJEG 7 juli 1981, Zaak 158/80, *Jur.* 1981, p. 1805 (*Rewe Handelsgesellschaft t. HZA Kiel; Botervaarten)* | 319
HvJEG 19 januari 1982, Zaak 8/81, *Jur.* 1982, p. 53 (*Becker t. FA Münster-Innenstadt*) | 307
HvJEG 15 juli 1982, Zaak 270/81, *Jur.* 1982, p. 2771 (*Felicitas Rickmers-Linie)* | 57
HvJEG 10 april 1984, Zaak 14/83, *Jur.* 1984, p. 1891 (*Von Colson & Kamann*) | 57, 58, 67, 321, 358
HvJEG 10 april 1984, Zaak 79/83, *Jur.* 1984, p. 1921 (*Harz t. Deutsche Tradax*) | 358
HvJEG 27 februari 1985, Zaak 112/83, *Jur.* 1985, p. 719 (*Societé des produits de mais*) | 351
HvJEG 11 juli 1985, Gevoegde zaken 60-61/84, *Jur.* 1985, p. 2605 (*Cinéthèque SA*) |
HvJEG 15 januari 1986, Zaak 41/84, *Jur.* 1986, p. 1 (*Pinna t. Caisse d'allocations familiales*) | 350
HvJEG 15 januari 1986, Zaak 52/84, *Jur.* 1986, p. 89 (*Commissie t. België*) | 315
HvJEG 26 februari 1986, Zaak 152/84, *Jur.* 1986, p. 723 (*Marshall t. Southampton I)* | 307
HvJEG 15 mei 1986, Zaak 222/84, *Jur.* 1986, p. 1651 (*Johnston t. Chief Constable)* | *7,* 321, 484
HvJEG 3 juli 1986, Zaak 34/86, *Jur.* 1986, p. 2155 (*Council t. EP)* | 351
HvJEG 2 december 1986, Zaak 239/85, *Jur.* 1986, p. 3645 (*Commissie t. België)* | 316
HvJEG 4 december 1986, Zaak 71/85, *Jur.* 1986, p. 3855 (*Nederlandse Staat t. FNV)* | 356, 357
HvJEG 30 september 1987, Zaak 12/86, *Jur.* 1987, p. 3719 (*Demirel t. Schwäbisch Gmünd)* | 47
HvJEG 8 oktober 1987, Zaak 80/86, *Jur.* 1987, p. 3969 (*Kolpinghuis Nijmegen NV*) | 69
HvJEG 15 oktober 1987, Zaak 222/86, *Jur.* 1987, p. 4097 (*Heylens*) | 322
HvJEG 2 februari 1988, Zaak 24/86, *Jur.* 1988, p. 379 (*Blaizot t. Université de Liège*)
HvJEG 29 juni 1988, 300/86, *Jur.* 1988, p. 3443 (*Van Landschoot t. Mera)* | 352, 355, 358
HvJEG 13 juli 1989, Zaak 5/88, *Jur.* 1989, p. 2609 (*Wachauf t. BAEF)* | 42, 325
HvJEG 22 juni 1989, Zaak 103/88, *Jur.* 1989, p. 1839 (*Fratelli Costanzo t. Commune di Milano*) | 309, 315, 316
HvJEG 13 december 1989, C-102/88, *Jur.* 1989, p. 4311 (*Ruzius Wilbrink t. Bestuur BvO)* | 358
HvJEG 12 juni 1990, C-8/88, *Jur.* 1990, p. I-2321 (*Duitsland t. Commissie)* | 315
HvJEG 19 juni 1990, C-213/89, *Jur.* 1990, p. I-2433 (*R. t. Secretary of State for Transport Ex parte Factortame)* | 7, 328, 333, 345
HvJEG 19 juli 1990, C-188/89, *Jur.* 1990, p. I-3313 (*Foster t. British Gas*) | 307
HvJEG 27 juni 1990, C-33/89, *Jur.* 1990, p. I-2591 (*Kowalska t. Hansestadt Hamburg)* | 356, 358
HvJEG 13 juli 1990, C-2/88, *Jur.* 1990, p. I-3365 (*Zwartveld I)* | 315

HvJEG 13 november 1990, C-106/89, *Jur.* 1990, p. I-4135 (*Marleasing t. La Comercial Internacional de Alimentacion)* | 58, 67
HvJEG 7 februari 1991, C-184/89, *Jur.* 1991, p. I-297 (*Nimz t. Hansestadt Hamburg)* | 359
HvJEG 21 februari 1991, C-143/88; C—92/89, *Jur.* 1991, p. I-415 (*Zuckerfabrik Süderdithmarschen*) | 323
HvJEG 28 februari 1991, C-234/89, *Jur.* 1991, p. I-935 (*Delimitis t. Henninger Bräu)* |
HvJEG 18 juni 1991, C-260/89, *Jur.* 1991, p. I-2925 (*E.R.T. t. D.E.P.)* | 315
HvJEG 11 juli 1991, Gev. zaken C-87-89/90, *Jur.* 1991, p. I-3757 (*Verholen e.a. t. SVB*) | 322
HvJEG 25 juli 1991, C-208/90, *Jur.* 1991, p. I-4269 (*Emott t. Minister for Social Welfare)* | 316
HvJEG 19 november 1991, Gevoegde zaken C-6/90, 9/90, *Jur.* 1991, p. I-5357 (*Francovich & Bonifaci)* | 92, 217, 323, 333
HvJEG 10 maart 1992, Gevoegde zaken C-38/90 en 151/90, *Jur.* 1992, p. I-1781 (*Thomas Edward Lomas a.o.)* | 350
HvJEG 7 mei 1992, C-104/91, *Jur.* 1992, p. I-3003 (*Borelli*) | 322
HvJEG 2 augustus 1993, C-271/91, *Jur.* 1993, p. I-4367 (*Marshall t. Southampton II)* | 321
HvJEG 27 oktober 1993, C-338/91, *Jur.* 1993, p. I-5475 (*Steenhorst-Neerings)* | 358
HvJEG 16 december 1993, C-334/92, *Jur.* 1993, p. I-6911 (*Wagner Miret t. Fondo de garantía salarial)* | 67
HvJEG 23 februari 1994, C-236/92, *Jur.* 1994, p. I-483 (*Comitato di coordinamento per difesa della Cava t. Lombardia*) | 45, 306
HvJEG 26 april 1994, C-228/92, *Jur.* 1994, p. I-1445 (*Roquette Frères t. HZA Geldern*) | 358
HvJEG 14 juli 1994, C-91/92, *Jur.* 1994, p. I-3325 (*Faccini Dori t. Recreb)* | 67
HvJEG 28 september 1994, C-408/92, *Jur.* 1994, p. I-4435 (*Smith e.a. t. Avdel Systems)* | 358
HvJEG 28 september 1994, C-7/93, *Jur.* 1994, p. I-4471 (*Beune)* | 358
HvJEG 28 september 1994, C-200/91, *Jur.* 1994, p. I-4389 (*Coloroll Pension Trustees t. Russell e.a.)* | 358
HvJEG 5 oktober 1994, C-165/91, *Jur.* 1994, p. I-4661 (*Van Munster t. Rijkdienst Pensioenen*) | 358
HvJEG 15 december 1994, Gevoegde zaken C-399/92 (etc.) | , *Jur.* 1994, p. I-5727 (*Stadt Lengerich t. Helmig)* | 358
HvJEG 4 april 1995, C-348/93, *Jur.* 1995, p. I-673 (*Commissie t. Italië)* | 315, 346
HvJEG 12 oktober 1995, C-242/94, *Jur.* 1995, p. I-3031 (*Commissie t. Spanje)* | 316
HvJEG 14 december 1995, C-312/93, *Jur.* 1995, p. I-4599 (*Peterbroeck, Van Campenhout & Cie t. België)* | 319
HvJEG 14 december 1995, Gev. zaken C-430-431/93, *Jur.* 1995, p. I-4705 (*van Schijndel & Van Veen)* | 319, 320
HvJEG 14 december 1995, Gev. zaken C-163/94 (etc.) | , *Jur.* 1995, p. I-4821 (*Sanz de Lera, Jiménéz & Kapanoglu*) | 308
HvJEG 5 maart 1996, Gevoegde zaken C-46 en 48/93, *Jur.* 1996, p. I-1029 (*Brasserie du Pêcheur)* | 316

HvJEG 30 april 1996, C-194/94, *Jur.* 1996, p. I-2201 (*CIA Security t. Signalson & Securitel)* | 346
HvJEG 2 juli 1996, C-473/93, *Jur.* 1996, p. I-3207 (*Commissie t. Luxemburg)* | 309, 345
HvJEG 13 maart 1997, C-197/96, *Jur.* 1997, p. I-1489 (*Commissie t. Frankrijk)* | 315
HvJEG 22 april 1997, C-180/95, *Jur.* 1997, p. I-2195 (*Draehmpaehl t. Urania)* | 321
HvJEG 26 juni 1997, C-369/95, *Jur.* 1997, p. I-3689 (*Vereinigte Familiapress t.Heinrich Bauer Verlag)* | 43, 325
HvJEG 10 juli 1997, C-261/95, *Jur.* 1997, p. I-4025 (*Palmisani t. INPS)* | 318
HvJEG 2 december 1997, C-188/95, *Jur.* 1997, p. I-6783 (*Fantask t. Industriministeriet)* | 307, 333
HvJEG 15 januari 1998, C-15/96, *Jur.* 1998, p. I-47 (*Schönig-Kougebetopoulou)* | 359
HvJEG 5 maart 1998, C-347/96, *Jur.* 1998, p. I-937 (*Solred)* | 307
HvJEG 12 mei 1998, C-106/96, *Jur.* 1998, p. I-2729 (*United Kingdom t. Commission)* | 351
HvJEG 15 september 1998, C-231/96, *Jur.* 1998, p. I-4951 (*Edis)* | 318
HvJEG 24 september 1998, C-111/97, *Jur.* 1998, p. I-5411 (*Evobus Austria t. Növog*) | 67, 322
HvJEG 22 oktober 1998, Gevoegde zaken C-10, 22/97, *Jur.* 1998, p. I-6307 (*IN.CO.GE'90)* | 331
HvJEG 26 januari 1999, C-18/95, *Jur.* 1999, p. I-345 (*Terhoeve)* | 47, 356
HvJEG 9 februari 1999, C-343/96, *Jur.* 1999, p. I-579 (*Dilexport*) | 318
HvJEG 8 juni 2000, C-396/98, *Jur.* 2000, p. I-4279 (*Schlossstrasse t. FA Paderborn)* | 359
HvJEG 20 september 2001, C-184/99, *Jur.* 2001, p. I-6193 (*Grzelczyk*) | 351
HvJEG 8 november 2001, C-228/99, *Jur.* 2001, p. I-84019 (*Silos e Mangimi Martini*) | 350, 352
HvJEG 11 juni 2002, C-60/00, *Jur.* 2002, p. I-6279 (*Carpenter t. Home Secretary*) | 43, 47
HvJEG 11 juli 2002, C-62/00, *Jur.* 2002, p. I-6325 (*Marks & Spencer I)* | 359
HvJEG 2 oktober, C-322/00 (*Commissie t. Nederland*) | 186
HvJEG 12 december 2002, C-442/00, *Jur.* 2002, p. I-11915 (*Caballero t. Fogasa)* | 42, 47
HvJEG 16 januari 2003, C-265/01, *Jur.* 2003, p. I-683 (*Pansard)*
HvJEG 22 mei 2003, C-462/99, *Jur.* 2003, p. I-5197 (*Connect Austria t. Telekom-Control)* | 67
HvJEG 16 oktober 2003, C-339/00, *Jur.* 2003, p. I-11757 (*Ierland t. Commissie)* | 315
HvJEG 6 november 2003, C-243/01, *Jur.* p. I-1301 (*Gambelli*) | 340
HvJEG 13 januari 2004, C-453/00, *Jur.* 2004, p. I-837 (*Kühne & Heitz*) | 320
HvJEG 5 februari 2004, C-157/02, *Jur.* 2004, p. I-1477 (*Rieser t. Asfinag*) | 307
HvJEG 25 maart 2004, C-71/02, *Jur.* 2004, p. I-3025 (*Karner t. Troostwijk*) | 43
HvJEG 29 april 2004, Gev. zaken C-482-483/01, *Jur.* 2004, p. I-5257 (*Orfanopoulos & Oliveri*) | 325
HvJEG 29 april 2004, C-371/02, *Jur.* 2004, p. I-5791 (*Björnekulla Fruktindustrier t. Procordia Food)* | 68, 332

HvJEG 5 oktober 2004, Gevoegde zaken C-397-403/01, *Jur.* 2004, p. I-8835 (*Pfeiffer e.a. t. Deutsches Rotes Kreuz)* | 57, 58, 67, 332
HvJEG 3 juni 2005, C-396/03P, *Jur.* 2005, p. I-4967 (*Magnus Killinger)* | 355
HvJEG 20 oktober 2005, C-511/03, *Jur.* 2005, p. I-8979 (*Nederlandse Staat t. Ten Kate)* | 315
HvJEG 15 juni 2006, C-393/04 en C-41/05, *Jur.* 2006, p. I-5293 (*Air Liquide Industries t. Seraing)* | 358
HvJEG 4 juli 2006, C-212/04, *Jur.* 2006, p. I-6057 (*Adeneler t. ELOG*) | 67, 67, 307, 332
HvJEG 7 september 2006, C-81/05, *Jur.* 2006, p. I-7569 (*Cordero Alonso t. Fogasa*) | 358
HvJEG 19 september 2006, C-506/04, *Jur.* 2006, p. I-8613 (*Wilson t. Ordre des Avocats*) | 322
HvJEG 3 oktober 2006, C-475/03, *Jur.* 2006, p. I-9373 (*Banca Popolare di Cremona t. Agenzia Entrate)* | 352
HvJEG 5 oktober 2006, C-368/04, *Jur.* 2006, p. I-9957 (*Transalpine Ölleitung e.a.)* | 358
HvJEG 12 december 2006, C-300/04, *Jur.* 2006, p. I-8055 (*Eman & Sevinger t. B&W Den Haag*) | 338, 339
HvJEG 6 maart 2007, C-292/04, *Jur.* 2007, p. I-1835 (*Meilicke t. Finanzamt Bonn)* | 350
HvJEG 13 maart 2007, C-432/05, *Jur.* 2007, p. I-2271 (*Unibet t. Justitiekanslern*) | 57, 319, 324, 325, 330, 332
HvJEG 21 juni 2007, gevoegde zaken C-231-233/06, *Jur.* 2007, p. I-5149 (*Emilienne Jonkman e.a.)* | 358
HvJEG 18 juli 2007 (Grote Kamer) | , C-119/05, *Jur.* 2007, p. I-6199 (*Ministero dell'Industria t. Lucchini SpA)* |
HvJEG 11 oktober 2007, C-460/06, *Jur.* 2007, p. I-8511 (*Paquay t. Hoet + Minne SPRL)* | 321
HvJEG 11 december 2007, C-438/05, *Jur.* 2007, p. I-779 (*Int. Transport Workers Federation t. Viking Lines)* |
HvJEG 13 december 2007, C-309/06, *Jur.* 2007, p. 0 (*Marks & Spencer II)* | 358
HvJEG 12 februari 2008, C-2/06 (*Kempter*) | 318
HvJEG 10 april 2008, C-309/06 (*Marks & Spencer III)* | 358, 359
HvJEG 3 september 2008, C-415/05 (*Kadi & Al Barakaat*) | 352
HvJEG 16 december 2008, C-213/07, *Jur.* 2008, p. I-9999 (*Michaniki*) | 345, 612
HvJEU 19 november 2009, C-402/07, *Jur.* 2009, p. I-923 (*Sturgeon*) | 357
HvJEU 19 november 2009, C-314/08 (*Filipiak*) | 72, 83, 305, 310, 348
HvJEU 19 januari 2010, C-555/07 (*Kücükdeveci t. Swedex*) | 44
HvJEU 13 apri 2010, C-73/08, *Jur.* 2010, p. I-2735 (*Bressot & Chaverot*) | 351
HvJEU 8 september 2010, C-409/06, *JB* 2010/247 m.nt. Uzman (*Winner Wetten*) | 71, 83, 305, 324, 338, 340, 345, 347, 350
HvJEU 22 december 2010, C-279/09, *Jur.* 2010, p. I-13849 (*DEB t. Duitsland*) | 322
HvJEU 8 maart 2011, C-34/09, *Jur. 2011*, p. I-01177 (*Ruiz Zambrano*) | 43, 347
HvJEU 28 februari 2012, C-41/11, *JB* 2012/99 m.nt. De Waele (*Inter-Environment Wallonie*) | 344

HvJEU 24 januari 2013, C-186/11, *SEW* 2013, p. 239 m.nt. Van der Hulle (*Stanleybet Int.*) | 305
HvJEU 26 februari 2013, C-617/10, *AB* 2013/131 m.nt. Widdershoven (*Åkerberg Fransson*) | 42, 325, 374

VERENIGDE NATIES

Mensenrechtencomité

HRC 31 maart 1993, *nos.* 359 en 385/1989 (*Ballantyne, Davidson & McIntyre v. Canada*) | 589

RAAD VAN EUROPA

Europese Commissie voor de Rechten van de Mens

ECRM (ontv.besl.) 9 juni 1958, *no.* 214/56 (*De Becker t. België*) | 246
ECRM (rapport) 14 december 1979, *no.* 7601/76 (*Young, James & Webster t. VK*) | 253, 254
ECRM (rapport) 12 maart 1987, *no.* 10126/82, *Series A*-139 (*Ärzte für das Leben t. Oostenrijk*) | 243
ECRM (ontv.) 18 oktober 1995, *no.* 22651/93 (*J.R. t. Duitsland*) | 288, 299
ECRM (ontv.) 26 juni 1996, *no.* 26560/95 (*Mika t. Oostenrijk*) | 299
ECRM 9 april 1997, *no.* 28177/95 (*Dublin Wells Woman Centre t. Ierland*) | 299
ECRM (ontv.) 12 april 1996, *no.* 27721/95 (*NAP Holdings t. Verenigd Koninkrijk*) | 299

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 21 februari 1975, *no.* 4451/70 (*Golder t. Verenigd Koninkrijk*) | 271, 474, 481
EHRM 6 februari 1976, *no.* 5614/72, *Series A*-20 (*Swedish Engine Drivers' Union t. Zweden*) | 245, 246, 251, 258
EHRM 25 april 1978, *no.* 5856-72, *Series A*-26 (*Tyrer t. Verenigd Koninkrijk*) | 153, 250
EHRM (plenair) 6 september 1978, *no.* 5029/71, *Series A*-28 (*Klass e.a. t. Duitsland*) | 243, 245, 248, 251, 269, 293
EHRM (plenair) 13 juni 1979, *no.* 6833/74 (*Marckx t. België*) | 278
EHRM 9 oktober 1979, *no.* 6289/73, *Series A*-32 (*Airey t. Ierland*) | 250
EHRM 24 oktober 1979, *no.* 6301/73 (*Winterwerp t. Nederland*) | 246
EHRM (plenair) 10 maart 1980, *no.* 6232/73 (*König t. Duitsland*) | 272
EHRM (plenair) 22 oktober 1981, *no.* 7525/76 (*Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk*) | 275
EHRM 5 november 1981, *no.* 7215/75 (*X. t. Verenigd Koninkrijk*) | 246
EHRM (plenair) 24 juni 1982, *no.* 7906/77 (*Van Droogenbroeck t. België*) | 246, 294
EHRM 24 februari 1983, *no.* 7525/76 (*Dudgeon t. Verenigd Koninkrijk*) | 275

EHRM 25 maart 1983, *no.* 5947/72, *Series A*-61 (*Silver e.a. t. Verenigd Koninkrijk*) | 244, 245, 246, 249, 294
EHRM 28 juni 1984, *no.* 7878/77, *Series A*-80 (*Campbell & Fell t. Verenigd Koninkrijk*) | 249
EHRM 26 maart 1985, *no.* 8978/80 (*X & Y t. Nederland*) | 104
EHRM (plenair) 28 mei 1985, *no.* 9474/81 (*Abdulaziz, Cabales & Balkandali t. Verenigd Koninkrijk*) | 249, 272
EHRM (plenair) 21 februari 1986, *no.* 8793/79 (*James e.a. t. Verenigd Koninkrijk*) | 247, 249, 250, 251, 253
EHRM (plenair) 8 juli 1986, *no.* 9006/80 (*Lithgow e.a. t. Verenigd Koninkrijk*) | 178, 247, 249, 261
EHRM 26 maart 1987, *no.* 9248/81, *Series A*-116 (*Leander t. Zweden*) | 244, 246, 247, 251, 293, 294, 296
EHRM 25 juni 1987, *no.* 10527/83 (*Milasi t. Italië*) | 272
EHRM 28 oktober 1987, *no.* 8695/79 (*Inze t. Oostenrijk*) | 278
EHRM (plenair) 27 april 1988, *no.* 9659/82, *Series A*-131 (*Boyle & Rice t. Verenigd Koninkrijk*) | 244
EHRM (plenair) 26 oktober 1988, *no.* 10581/83 (*Norris t. Ierland*) | 248
EHRM (plenair) 22 juni 1989, *no.* 11373/85 (*Eriksson t. Zweden*) | 272
EHRM (plenair) 7 juli 1989, *no.* 14038/88 (*Soering t. Verenigd Koninkrijk*) | 251
EHRM 21 februari 1990, *no.* 9310/81, *Series A*-172 (*Powell & Rayner t. Verenigd Koninkrijk*) | 244
EHRM 23 oktober 1990, *no.* 11581/01 (*Darby t. Zweden*) | 284, 290
EHRM (plenair) 26 november 1991, *no.* 13585/88 (*Observer & Guardian t. VK*) | 251
EHRM 29 november 1991, *no.* 12849/87 (*Vermeire t. België*) | 56, 240, 265, 299
EHRM 30 oktober 1991, *no.* 13163/87 (*Vilvarajah e.a. t. Verenigd Koninkrijk*) | 245, 258
EHRM 25 maart 1993, *no.* 13134/87 (*Costello Roberts t. Verenigd Koninkrijk*) | 245, 247
EHRM 18 juli 1994, *no.* 13580/88 (*Schmidt t. Duitsland*) | 286
EHRM 25 juni 1996, *no.* 19776/92 (*Amuur t. Frankrijk*) | 270
EHRM (Grote Kamer) | 16 september 1996, *no.* 21893/93 (*Akdivar e.a. t. Turkije*) | 296
EHRM 21 februari 1997, *no.* 20060/92 (*Van Raalte t. Nederland*) | 278, 286, 290
EHRM 16 december 1997, *no.* 21353/93 (*Camenzind t. Zwitserland*) | 97, 244
EHRM (Grote Kamer) 18 februari 1999, *no.* 28934/95 (*Beer & Regan t. Duitsland*) | 250
EHRM (Grote Kamer) 18 februari 1999, *no.* 29515/95 (*Larkos t. Cyprus*) | 276, 281
EHRM 1 februari 2000, *no.* 34406/97 (*Mazurek t. Frankrijk*) | 278
EHRM (ontv.) 16 maart 2000, *no.* 33916/96 (*Walden t. Liechtenstein*) | 240, 287, 298
EHRM 28 september 2000, *no.* 25498/94 (*Messina t. Italië, no. 2*) | 244
EHRM 3 oktober 2000, *no.* 28369/95 (*Camp & Bourimi t. Nederland*) | 278
EHRM (Grote Kamer) 26 oktober 2000, *no.* 30210/96 (*Kudla t. Polen*) | 245, 246, 247, 256, 258, 271, 272, 293, 295
EHRM (ontv.) 7 december 2000, *no.* 39187/98 (*H.M. t. Zwitserland*) | 249

EHRM (ontv.) 2 oktober 2001, *no.* 42320/98 (*Belinger t. Slovenië*) | 269
EHRM 11 oktober 2001, *no.* 31871/96 (*Sommerfeld t. Duitsland*) | 272
EHRM 11 oktober 2001, *no.* 30943/96 (*Sahin t. Duitsland*) | 272
EHRM (ontv.) 29 januari 2002, *no.* 45600/99 (*Auerbach t. Nederland*) | 256, 270, 271, 290, 292, 608
EHRM (ontv.) 29 januari 2002, *no.* 45618/99 (*Arends t. Nederland*) | 256, 270, 292
EHRM 16 april 2002, *no.* 36677/97 (*S.A. Dangeville t. Frankrijk*) | 286
EHRM 4 juni 2002, *no.* 34462/97 (*Wessels-Bergervoet t. Nederland*) | 286
EHRM 11 juni 2002, *no.* 36042/97 (*Willis t. Verenigd Koninkrijk*) | 247, 249, 256, 259, 286
EHRM (ontv.) 11 september 2002, *no.* 57720/00 (*Mifsud t. Frankrijk*) | 269
EHRM 12 november 2002, *no.* 34462/97 (*Wessels-Bergervoet t. Nederland* II) | 286
EHRM 30 september 2003, *no.* 40892/98 (*Koua Poirrez t. Frankrijk*) | 281, 286
EHRM 7 januari 2003, *no.* 39282/98 (*Laidin t. Frankrijk*) | 269
EHRM 29 april 2003, *no.* 55926/00 (*Loyen t. Frankrijk*) | 269
EHRM (Grote Kamer) | 6 mei 2003, *no.* 39343/98 (*Kleyn e.a. t. Nederland*) | 252
EHRM (ontv.) 8 juli 2003, *no.* 74205/01 (*Hirst t. VK no. 1*) | 247, 256, 259
EHRM 24 juli 2003, *no.* 40016/98 (*Karner t. Oostenrijk*) | 248
EHRM (Grote Kamer) 8 juli 2003, *no.* 36022/97 (*Hatton t. VK*) | 247, 256, 259
EHRM (Grote Kamer) 8 juli 2003, *no.* 31871/96 (*Sommerfeld t. Duitsland*) | 272
EHRM (Grote Kamer) 8 juli 2003, *no.* 30943/96 (*Sahin t. Duitsland*) | 272
EHRM (ontv.) 27 november 2003, *no.* 62902/00 (*Zollmann t. Verenigd Koninkrijk*) | 249
EHRM (ontv.) 6 november 2003, *no.* 63343/00 (*Roshka t. Rusland*) | 299
EHRM 26 februari 2004, *no.* 74969/01 (*Görgülü t. Duitsland*) | 272
EHRM (ontv.) 16 maart 2004, *no.* 37212/02 (*Walker t. Verenigd Koninkrijk*) | 282
EHRM 22 april 2004, *no.* 7503/02 (*Neroni t. Italië*) | 258
EHRM 13 juni 2004, *no.* 69498/01 (*Pla & Puncernau t. Andorra*) | 265
EHRM 20 juli 2004, *no.* 47940/99 (*Balogh t. Hongarije*) | 245
EHRM (ontv.) 31 augustus 2004, *no.* 55164/00 (*Toimi t. Zweden*) | 246
EHRM 28 september 2004, *no.* 46572/99, *AB* 2005/231 m.nt. Vlemminx (*Sabou & Pircalab t. Roemenië*) | 257
EHRM 30 november 2004, *no.* 46082/99 (*Klyakhin t. Rusland*) | 249
EHRM (Grote Kamer) 4 februari 2005, *no.* 46951/99 (*Mamatkulov & Askarov t. Turkije*) | 251
EHRM 19 juli 2005, *no.* 6638/03 (*P.M. t. Verenigd Koninkrijk*) | 259, 262, 285, 290
EHRM (Grote Kamer) 19 oktober 2005, *no.* 32555/96 (*Roche t. Verenigd Koninkrijk*) | 247, 249, 256, 259
EHRM 23 maart 2006, *no.* 77924/01 (*Albanese t. Italië*) | 258
EHRM 23 maart 2006, *no.* 77955/02 (*Campagnano t. Italië*) | 258, 259
EHRM 23 maart 2006, *no.* 77962/02 (*Vitiello t. Italië*) | 258
EHRM (Grote Kamer) 29 maart 2006, *no.* 36813/97 (*Scordino t. Italië no. 1*) | 272
EHRM (Grote Kamer) 8 juni 2006, *no.* 75529/01 (*Sürmeli t. Duitsland*) | 272
EHRM 4 juli 2006, *no.* 59450/00 (*Ramirez Sanchez t. Frankrijk*) | 245
EHRM 22 augustus 2006, *no.* 37212/02 (*Walker t. Verenigd Koninkrijk*) | 282
EHRM 5 oktober 2006, *no.* 1595/02 (*De Blasi t. Italië*) | 258

EHRM 14 november 2006, *no.* 63684/00 (*Hobbs, Richard, Welsh & Geen t. Verenigd Koninkrijk*) | 278, 288, 292
EHRM 12 december 2006, *no.* 13378/05, *EHRC* 2007/18 m.nt. Gerards (*Burden & Burden t. VK*) | 283, 515
EHRM 11 januari 2007, *no.* 1948/04 (*Salah Sheekh t. Nederland*) | 295
EHRM (Grote Kamer) 19 april 2007, *no.* 63235/00 (*Vilho Eskelinen e.a. t. Finland*) | 244, 263
EHRM 26 april 2007, *no.* 71525/01 (*Dumitru Popescu t. Roemenië*) | 265
EHRM 10 mei 2007, *no.* 42949/98 (*Runkee & White t. Verenigd Koninkrijk*) | 286
EHRM (ontv.) 5 juli 2007, *no.* 69917/01 (*Saccoccia t. Oostenrijk*) | 247, 249, 256, 259
EHRM 9 oktober 2007, *no.* 62776/00 (*Cross t. Verenigd Koninkrijk*) | 278, 288
EHRM (Grote Kamer) 22 januari 2008, *no.* 43546/02 (*E.B. t. Frankrijk*) | 272, 281
EHRM 22 januari 2008, *no.* 64735/01 (*Higham t. Verenigd Koninkrijk*) | 278
EHRM (Grote Kamer) 29 april 2008, *no.* 13378/05, *AB* 2008/213 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik (*Burden t. VK*) | 266, 283, 295, 297
EHRM 22 mei 2008, *no.* 15197/02 (*Petrov t. Bulgarije*) | 259
EHRM 8 juli 2008, *no.* 63477/00 (*Wells t. Verenigd Koninkrijk*) | 288
EHRM 8 juli 2008, *no.* 63480/00 (*Hubley t. Verenigd Koninkrijk*) | 288
EHRM 8 juli 2008, *no.* 61395/00 (*Wakeling t. Verenigd Koninkrijk*) | 288
EHRM 17 juli 2008, *no.* 63647/00 (*Jackson t. Verenigd Koninkrijk*) | 288
EHRM 17 juli 2008, *no.* 10721/02 (*Harrison t. Verenigd Koninkrijk*) | 278
EHRM 17 juli 2008, *no.* 61391/00 (*O'Brien t. Verenigd Koninkrijk*) | 278
EHRM 17 juli 2008, *no.* 65507/01 (*Ginnifer t. Verenigd Koninkrijk*) | 288
EHRM 17 juli 2008, *no.* 15766/03 (*Oršuš e.a. t. Kroatië*) | 277
EHRM (Grote Kamer) 12 november 2008, *no.* 34503/97 (*Demir & Baykara t. Turkije*) | 251
EHRM (Grote Kamer) 18 februari 2009, *no.* 55707/00 (*Andrejeva t. Letland*) | 286
EHRM (Grote Kamer) 19 februari 2009, *no.* 3455/05 (*A. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*) | 247, 256, 259
EHRM 31 maart 2009, *no.* 44399/05 (*Weller t. Hongarije*) | 286
EHRM (Grote Kamer) 30 juni 2009, *no.* 32772/02 (*Verein gegen Tierfabriken t. Zwitserland No. 2*) | 185, 265
EHRM 22 oktober 2009, *no.* 3572/06 (*Paulic t. Kroatië*) | 56
EHRM 17 december 2009, *no.* 1935/04 (*M. t. Duitsland*) | 297, 455
EHRM (Grote Kamer) 22 december 2009, *no.* 27996/06 (*Sejdic & Finci t. Bosnië-Herzegovina*) | 277
EHRM (Grote Kamer) 16 maart 2010, *no.* 15766/03 (*Oršuš e.a. t. Kroatië*) | 277
EHRM 22 juli 2010, *EHRC* 2010/96 (*P.B. & J.S. t. Oostenrijk*) | 240, 288, 299
EHRM (Grote Kamer) 10 september 2010, *no.* 31333/06 (*McFarlane t. Ierland*) | 272
EHRM 28 september 2010, *no.* 37060/06 (*J.M. t. Verenigd Koninkrijk*) | 278
EHRM 7 oktober 2010, *no.* 30078/06 (*Konstantin Markin t. Rusland*) | 113, 279
EHRM 19 oktober 2010, *EHRC* 2011/5 m.nt. Barkhuysen & De Jong (*Özpinar t. Turkije*) | 240
EHRM 9 november 2010, *no.* 664/06 (*Losonci Rose & Rose t. Zwitserland*) | 56, 185, 273

EHRM 23 november 2010, *no.* 60041/08, *AB* 2011/123 m.nt. Uzman, *EHRC* 2011/20 nt. De Lange (*Greens & M.T. t. VK*) | 247, 256, 295
EHRM 30 november 2010, *no.* 23614/08 (*Urban & Urban t. Polen*) | 239, 252, 299
EHRM 21 december 2010, *no.* 20578/07 (*Anayo t. Duitsland*) | 272
EHRM (Grote Kamer) 26 december 2010, *no.* 25579/07 (*A., B. & C. t. Ierland*) | 259, 276, 281
EHRM 13 januari 2011, *no.* 17792/07, *EHRC* 2011/50 m.nt. Uzman (*Kallweit t. Duitsland*) | 56, 265, 267
EHRM (Grote Kamer) 21 januari 2011, *no.* 30696/09 (*M.S.S. t. België en Griekenland*) | 245, 258
EHRM 24 november 2011, *no.* 4646/08 (*O.H. t. Duitsland*) | 298
EHRM 7 juni 2011, *no.* 277/05, *EHRC* 2011/130 m.nt. Crijns (*S.T.S. t. Nederland*) | 97
EHRM 15 september 2011, *no.* 17080/07 (*Schneider t. Duitsland*) | 272
EHRM (Grote Kamer) 23 februari 2012, *no.* 27765/09 (*Hirsi Jamaa e.a. t. Italië*) | 245, 250, 294
EHRM (Grote Kamer) 22 maart 2012, *no.* 30078/06 (*Konstantin Markin t. Rusland*) | 113, 277-279
EHRM (Grote Kamer) 12 september 2012, *no.* 10593/08 (*Nada t. Zwitserland*) | 294
EHRM 6 november 2012, *no.* 47335/06 (*Redfearn t. Verenigd Koninkrijk*) | 260, 262
EHRM 13 november 2012, *no.* 24029/07 (*M.M. t. Verenigd Koninkrijk*) | 295
EHRM (Grote Kamer) 27 februari 2013, *no.* 16574/08 (*Fabris t. Frankrijk*) | 265, 299
EHRM (Grote Kamer) 19 februari 2013, *no.* 19010/07 (*X. e.a. t. Oostenrijk*) | 274
EHRM 11 april 2013, *no.* 20372/11 (*Vyerentsov t. Oekraïne*) | 113

Trefwoordenregister

A

Aansprakelijkheid
- · Proportionele | 225, 227
- · Civielrechtelijke | 116, 200-234, 453-456, 487, 559, 606, 621
- · Francovich- | 26, 92, 217, 331, 338, 342
- · Volkenrechtelijke | 23-24, 56, 241-242

Abstineren (rechterlijk) | 7, 8, 35, 38, 119, 126-127, 140, 146, 173, 176, 179-181, 183, 184, 188, 188, 190, 196, 200, 204, 218-228, 269, 272, 280, 293, 335, 348, 350, 355, 357, 361, 417, 438, 545, 599, 603, 604-609, 619, 625, 626

Act of Parliament | 461, 462, 468, 473, 478, 585

Afhankelijk recht (13 EVRM) | 243

Afweging (zie belangenafweing)

Afwegingskader (arrest Arbeidskostenforfait) | 8, 177, 327, 603

Amendement-Serrarens (zie Serrarens)

Amtshaftung | 331, 401, 453-455

Anwendungssperre | 425

Anwendungsvorrang | 70, 72, 217, 309-311, 347, 38, 373, 374, 375, 424

Appèl (rechterlijk) | 406, 412-416, 457

Appellentscheidung | 179, 365, **404-415**, 421, 456-458, 565

Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts | 240-242

Aufopferung | 453

Autonomie
- · Geschäftsordnungs- | 376
- · institutionele | 317
- · nationale | 304
- · procedurele | 53, 58, 304, **316-318**, 321, 323, 326, 333, 334, 337, 338, 344

B

Badwaterbeginsel | 128

Begünstigungsausschluss, willkürlichen | 419, 420

Belangenafweging | 123, 148, 165, 166, 336, 372, 603

Beleid, rechterlijk | 37, 78, 115, 132, 167, 188-189, 196, 200, 219, 224, 335, 410, 607

Beleidsvrijheid (wetgever) | 29, 31, 46, 132, 146, 161, 180, 228, 399, 403, 420, 421, 437, 439, 544, 603, 606

Beleidskeuzes | 65, 166, 181, 219, 228, 544, 603

Beoordelingsvrijheid (zie beleidsvrijheid wetgever)

Beslismodel, rechterlijk | 51, 52

Binding
- · institutionele | 188
- · procesrechtelijke | 187

Buiten toepassing (voorschriften) | 17, 25, 50, 51, 60, 62, **70-85**, 90, **120-148**, 151, 152, 154, 156, 161, 211, 310, 323, 332-334, 342, 343, 349, 353, 361, 515, 549, 601, 602, 620

Buitenwerkingstelling | 51, 91, 96, **99-103**, 10, 600

Bundesverfassungsgerichtsgesetz | 368, 376-380, 389-399, 441 457

C

Canada Act 1982 (zie Constitution Act 1982) | 522, 524

Charter of Rights and Freedoms | 526-527

Collisieregel (zie: conflictregel)
Common law | 253, 461, 465, 466, 467, 472-477, 481, 492, 496-500, 521, 525
Common law presumptions | 475,481, 526, 551
Commonwealth model of judicial review (zie: dialoogmodel)
Compensatie | 201, 204, 224-230; 234, 240, 241, 246, 271-280, 284, 286, 291, 292, 357, 455,608
Conflictregel | 23, 308, 311-314, 320, 334, 336, 337, 371
Conforme interpretatie | 51, **54-70**, 87, 89, 90, 104, 123, 156, 178, 313, 332-334, 371, 372, **382-387**, 403, 418, 466, 499, 502, 506, 510-516, 530, 557, 578, 601-603, 614, 615
Connexiteit, processuele | 201, 209, 210
Constitution Act 1982 | 526, 528, 530, 539
Constitutional warrant | 188
Constitutionele hint (zie: hint, constitutionele)
Constitutionele remedie | 9, 13, 15, 25, 49, **51-54**, 116, 121, 156, 294, 317, 333, 337, 382, 388, 467, 485, 495, 498, 511, 522, 528, 545, 577, 600, 614
Contra legem (zie: legem, contra)
Contra-indicaties | 65

D
De facto officer doctrine | 534-537
Declaration of incompatibility | 5, 173, 294-297, 495, 497, 509, 514, 610, 619
Deliberation, legislative | 509
Departing (precedent; Verenigd Koninkrijk) | 489
Derdenwerking (zie erga omnes)
Dialoog (constitutionele) | 9, 110-112, 173, 187, 296, 346, 390, 397, 460, 468, 485, 498, 516, 521, 522, 537, 542, 544-546, 555, 558, **560-593**, 620, 621
Dialoogmodel | 397, 521, 544, **563-570**; 575, 582-584, 594
Dictum | 51, 73, 74, 86, 89, 95, 96, 99-102, 107, 110, 111, 179, 205-208, 215, 412-414, 419, 423, 452, 600, 604
Distinguishing (precedent; Verenigd Koninkrijk) | 489
Doeltreffendheid (EU-recht) | 318, 326, 329, 339, 344
Doorwerking, effectieve (EU-recht) | 58, 67, 304, 345, 359, 360
Dualisme | 3, 22, 200, 478, 479, 482, 483

E
Een ieder verbindend (zie verbindend, een ieder)
Effectieve rechtsbescherming | 6-10, 57, 58, 68, 82, 127, 140-149, 161-166, 173-177, 234, **237-361**, 381, 387, 423, 430, 435, 441, 485, 500, 506, 516, 518, 545, 557, 581, 584, 599, 603, 607
· Subjectief recht op | 243
Effectiviteitsbeginsel (EU-recht) | 326
Effet utile | 251, 313, 347
Erga omnes | 102, 103, 106-108, 391, 497, 622
Europafreundlich | 383
Europese Unie | 39, 195, 289, 316, 350, 611
Evidenz, fehlende | 407, 410, 411

F
Fachgericht | 369, 376, 377, 379, 384, 385, 426, 432, 433, 447
Fast-track procedure (Verenigd Koninkrijk) | 513
Folgenbeseitigungsanspruch | 453, 454

G
Gebodsbevoegdheid | 51, 52, 66, 91, 97, **98-115**, 441, 445, 453, 558, 559, 600, 623
Gegenwärtig-criterium | 381
Gegrondverklaring | 61, 88, 204, 208, 209, 210, 605, 621
Gelding

- Internationaal recht in Nederland | 21-23, 39, 44-48
- Unierecht in de lidstaten | 84, 305-310, 334
- Inconstitutionele wetgeving in Duitsland | 375, 376, 405, 424, 435
- Europees recht in het VK | 471
- Inconstitutionele wetgeving in Canada | 529, 556, 587, 593, 595

Gelijkwaardigheid (EU-recht) | 318, 321, 326, 329, 331, 334, 339, 344
Geltungsvorrang | 70, 217, 309, 313, 347, 368, 373, 374, 424
Gesamtkonzeption (zie: Wertordnung, integrale)
Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers (zie ook: beleidsvrijheid wetgever) | 409, 420, 449
Grenzen, natuurlijke (interpretatie) | 64
Grundentscheidung, gesetzgeberische | 386
Grundgesetz | 367-368
Grundnorm | 312

H

Handvest van de Grondrechten (EU) | 7, 9, 15, 40-48, 320, 324, 325, 342, 360, 373, 374
Handvest van Rechten en Vrijheden (Canada) (zie Charter of Rights and Freedoms)
Hiërarhie | 15, 23, 24, 100, 160, 163, 312-314, 412, 422
Hint, constitutionele | 522, 573, 622
Hof, Constitutioneel | 4, 8, 15, 114, 179, 255-259, 265, 279, 298, 300, 320, 322, 325, 341, 366, 368, **376-381**, 386, 387, 523, 604, 615
Holistisch, constitutioneel | 486, 493, 495
Human Rights Act 1998 | 17, 265, 294, 459, 466, 480, **483-518**, 560, 639

I

Implementatie (zie: uitvoering)
Implied repeal | 469, 479
In your face reply | 394-397, 571, **573-579,** 594
Incompatibility, declaration of (zie declaration of incompatibility)
Incorporatie | 22, 252, 255, 265, 370, 474-486, 494, 503, 608
Incorporatietheorie (EVRM) | 113
'In steen gebeiteld'-argument (zie ook: irreversiblen rechtslage) 146, 162
Institutionale competentie | 509, 627
Intent, legislative | 504, 505, 508
Inter partes | 101, 102, 108
Interimregeling (zie regeling, tijdelijke)
Interpretatie

- Beginselconforme | 152
- conforme | 51, **54-70**, 87, 89, 90, 104, 123, 156, 178, 313, 332-334, 371, 372, **382-387**, 403, 418, 466, 499, 502, 506, 510-516, 530, 557, 578, 601-603, 614, 615
- creatieve | 127, 152, 160, 504, 556, 557
- extensieve | 386
- grondwetsconforme (Nederland) | 17, 18, 87
- grondwetsconforme (Duitsland) | 365, 377, 379, **383-387**, 601
- grondwetsconforme (Canada) | 550-555, 616
- innoverende | 152, 154, 156, 157, 163
- methode van | 60
- richtlijnconforme | 63, 69, 93, 358, 387
- Unierechtconforme | 67, 331, 333, 337, 383, 384
- verdragsconforme | 21, 26, 50-53, **54-67** (Nederland), 69, 86-90, 119, 128, 129, 149, 151, 157, 164, 169, 180, 212, 254, 294, 335, 343, **371-387** (Duitsland), 466, 496, 499, **500-510** (VK), 601-603, 620

Interpretation, remedial | 17, **63-64**, 66, 68, 90, 163, 371, 573, 578
Invocability | 307

Irreversiblen rechtslage (zie ook: 'in steen gebeiteld'-argument) | 438
Ius cogens | 370

J
Just satisfaction (zie: voldoening)
Justiciability | 307, 308, 334

K
Keuze, rechtspolitieke | 33, 129, 147, 158, 165, 166, 198, 219, 603
Keuzeformule (arrest Arbeidskostenforfait) | 344, 355
Keuzevrijheid (wetgever) | 179, 233, 355, 357-361, 417, 421, 611, 615, 622
Kniesoorbeginsel | 166, 282

L
Leemte | 56, 156-161, 310, 346
Legaliteit | 65, 69, 104, 129, 163, 218, 374, 385, 452, 615
Legem, contra | 68, 69, 152, 332, 333, 387
Legem, infra | 69
Legislatieve ommissie | 122, 417
Legislation
· primary | 249, 265, 461, 497, 498, 505
· subordinate | 461, 498
Legislatives Unrecht (zie: Unrecht, legislatives)
Legisme | 103, 150, 151
Legitimatie, democratische | 161, 509, 612
Legitimatie, rechtsstatelijke | 160, 161
Level(ling) down | 195, 282, 287, 291, 356, 358, 359, 608
Level(ling) up | 289, 291, 356, 357, 556, 608
Lex posterior | 371, 397
Lex specialis | 371
Loss of opportunities | 225, 606
Luftsicherheitsgesetz | 394, 398, 400
Lui-même sa règle | 152

M
Machtenscheiding | 6, 38, 69, 73, 79, 102, 103, 106-115, 165, 175, 189, 309, 335, 353, 355, 389, 397, 403, 529, 610
Manageable standard | 27, 46
Mandaat, constitutionele | 7, **15-48**, 254, 267, 268
Mandaat, interpretatief | 64, 65, 69, 113, 122, 159, 180, 385, 497, 558, 601
Mandaatbenadering | 15
Margin of appreciation | 178, 489
Mensenrechtenverdragen | 3, 6, 7, 9, 15, 19, 20, 27, 39, 40, 48, 69, 127, 162-164, 336, 367, 370, 375, 377, 382, 467, 477-479, 600, 604
Monisme | 3, 22, 44, 507
Motiveringsplicht | 189, 398

N
Ne bis in idem | 393
Negativer Gesetzgeber (zie ook: negatieve rechtsvorming) | 391
Nietigheid | 9, 70, 95, 184, 297, 309, 310, 331-333, 349-357, 373, 382, **387**
· grondslag (Duitsland) | 368, 388-390
· ipso iure (Duitsland) | 388, 390, 417, 432
· kwalitatieve partiële (zie: splitsbaarheid, kwalitatieve)
· kwantitatieve partiële (zie: splitsbaarheid, kwantitatieve)
· Rechtsgevolg (Duitsland) | 391-399
Nihilisme, constitutioneel | 16
Non-existentie (norm) | 83, 310, 368, 391, 466, 640
Noodverband | 32, 66, 162, 167, 169, 170, 440
Noodzaak, prangende (Duitsland) | 409
Normcollisie | 37, 51, 53, 91, 148, 167, 300, 320, 327, 335, 341, 342, 349, 357, 375, 377, 528, 604, 620

· Directe en indirecte | 327, 328, 337, 344, 346
Normconflict (zie: normcollisie)
Normen
· Evaluatieve | 59
· Open | 59-62, 87, 157
Normenhiërarchie | 15, 23, 160, 163, 422
Normenkontrolle
· Abstrakte | 378
· Konkrete | 378, 379
Normenrelatie, ongrondwettige | 419, 437, 439
Normwiederholung(sverbot) | 391, **393-399,** 404
Notwithstanding Clause | 555, 560, **584-593**

O
Omissie, legislatieve (zie legislatieve omissie)
Onsplitsbaarheid (zie: splitsbaarheid)
Onverbindend (verklaren)
· Nederland | 25, 50-53, **70-85**, 91, **94-98**; 101, 136, 138, 154, 216, 222, 232
· Duitsland (zie nietigheid)
· Verenigd Koninkrijk | 513, 515
· Canada | 525, **528-533,** 553
Onverenigbaarheid, verklaring van
· Duitsland (zie: Unvereinbarerklärung)
· Verenigd Koninkrijk (zie: declaration of incompatibility)
Opgeschorte onverbindendheid (Canada) | 533, **537-547**, 555, 573, 578, 616
Opschortplicht (Duitsland) | **424-428**, 435, 447, 615
Organstreitigkeiten | 377
Overgangsregeling (zie: regeling, tijdelijke)
Overruling, prospective | 407, 532, 533, 536, 544, 546, 556

P
Parlementsgesetz | 366
Parlementaire soevereiniteit | 8, 252, 255, 296, 322, 323, 345, 465, **467-473**, 481, 496, 500, 518, 528
Parteienklage | 378, 382, 392
Persoonlijkheidsrecht | 230
Pluralisme | 24, 34, 40, 366, 367, 564
Political question | 35, 565
Politiek, institutionele | 174, 175, 186, 407
Precedentenstelsel | 158, 187
Presumptie | 55-63, 90, 137, 371, 375, 384, 471-481, 496, 499, 508, 510, 526, 534, 546-551, 584, 587
Procesbelang | 93, 97, 121, 202
Procesrecht, constitutioneel | 187
Prospective overruling (zie: overruling, prospective)

Q
Queen (King) in Parliament | 462, 468, 524

R
Raison d'état | 147, 189
Rechtsbescherming, effectieve (zie: effectieve rechtsbescherming)
Rechtsherstel | 23, 34, 38, 86, 116, 119, 122, 126, 134, 140-150, 173, 175, 183, 189, 194, 211, 218, 228, 341, 260, 269-276, 294, 335-343, 358, 418, 435, 459, 485, 494, 512, 519, 537, 557, 617, 621
Rechtskracht, formele | 100, 198, **203-206**, 327, 337, 605
Rechtskreis | 366
Rechtsmachtverdeling | 94, 318
Rechtsmiddel | 50, 122, 144, 151, 203, 212, 239, 323, 325, 377, 380, 486
· -begrip in art. 13 EVRM | 239, **244-246**, 248-264, 268, 295, 618
Rechtsontwikkeling | 151, 154, 157-159, 386, 396, 428, 575
Rechtsorde, autonome | 305
Rechtspolitieke keuze (zie: keuze, rechtspolitieke)
Rechtsschepping | 152

Rechtsschutz, wirksamen | 372, 396, 430, 431, 433
Rechtsstaat | 1, 6, 40, 160-163, 174, 188, 255, 326, 329, 372, 398, 426, 442, 453, 473, 477, 545, 556, 584
Rechtsverordnung | 366
Rechtsvervolging, ontslag van | 52, 87
Rechtsvinding | 5, 52-54, 86, 90, 91, 103, 116, 151, 206, 220, 333, 337, 499, 548, 569, 600
Rechtsvormende taak | 10, 13, 25, 34, 64, 90, 119-146, 187, 190, 201, 207, 212, 256, 273, 343, 601-604, 613, 624
· Begrip | 149-164
· In Nederland | 167-180
· In Duitsland | 385, 387, 427, **428**, 432-434
· In het Verenigd Koninkrijk | 463, **465-472**, 477
· In Canada | 543-548, 555, 556, **560-593**
Rechtsvorming, | 4, 26, 64, 72, 77, 82, 110, 114, 132, 139, 147, **149-164**, 170-181, 224, 317, 332, 338, 360, 373, 385, 387, 427, 428, 432-434, 463, 472, 488, 524, 543, 555, 560, 602-610
· Negatieve | 319-323, 332, 72, 402, 602
· Positieve | 319-323, 338, 386, 402, 477, 547, 602
Rechtsweigering (art. 13 Wet AB) | 34, 38
Rechtszekerheid | 603, 610, 619, 624
· Nederland | 33, 65-76, 128-130, 146, 155, 172, 185, 193, 200, 218, 223
· Europees recht | 281, 288, 299, 319, 348-356
· Duitsland | 392, 393, 398, 403, 413, 422, 430-445, 457
· Verenigd Koninkrijk | 510
· Canada | 587
Redres | 6, 91, 97, 213, 224, 245, 246, 256, 258, 268-271, 293, 298, 303, 322, 324, 531, 599, 606, 60
Reference procedure (Canada) | 523
Reflexwerking
· Art. 94 Grondwet | 144
· Art. 120 Grondwet | 144
· Verdragsrecht | 59
Regeling, tijdelijke | 171, 356, 398, 327, 434, 439-441, 445, 447, 448, 453, 458, 616
Remedial Order (Verenigd Koninkrijk) | 497, 513, 514
Remedie, constitutionele | 9, 25, **51-54**, 317, 333, 337, 382, 467, 495, 511, 528, 577, 600, 614
· In enge (eigenlijke) zin | **54-91,** 121, 156, 337, 467, 495, 528, 600
· In procesrechtelijke zin (zie: remedie, procesrechtelijke)
Remedie
· Declaratoire | 363
· Open | 5, 634
· Procesrechtelijke | 52, 53, **91-116,** 317, 333, 558, 559
· Zwakke | 5, 627
Reparaturfrist | 2-3
Restitutie | 240, 241, 333, 355
Restitutio in integrum | 269
Review, judicial | 465, 466
Rewe-kader | **318-320**, 326-330, 336, 338
Richtervorlage | 377-382, 392, 426, 456
Royal Assent | 461, 523
Rule of law | 152, 163, 242, 304, 460, 476, 537, 539, 578
Rule of reason, procedurele | 318, 336

S
Samenwerking, loyale | 57, 304, **314-316**, 331, 518
Schade
· Causale | 200, 216, 218
· Immateriële | 61, 155, 218, 220, **229-233**, 235, 241, **271-281**, 282, 286, 292, 297, 301, 605
· Materiële | **218-228**, 233, 279, **281-292**, 297, 301, 606, 608
Schadevergoeding | 13, 51-66, 86, 92-98, 108, 111, **116**, 131, 145, 155, 162,

173, 177, 183, **200-234,** 241, 600, 605-606, 608
· Processuele mogelijkheden | 201-216
· Europees recht | 241, 269. **270-291**, 321, 330, 333, 340, 357, 358, 361
· Duitsland | 434, 453-456
· Verenigd Koninkrijk | 487, 488, 495, 513, 515
· Canada | 528, 536, 558-560
Schwebezustand, rechtliche | 426, 427, 430, 433
Selbst-criterium | 381
Serrarens | 137-138
Slachtoffer(schap) (EVRM) | 264, 282
Soevereiniteit, parlementaire (zie: parlementaire soevereiniteit)
Soft law | 450
Sovereignty, legislative (zie: parlementaire soevereiniteit)
Sovereignty, parliamentary (zie: parlementaire soevereiniteit)
Splitsbaarheid
· Kwalitatieve | 385, 400, 549
· Kwantitatieve | 400, 401, 549
Splitsing | 77-82, 85, 91, 399-404, 529, 530, 602
Splitsingsgebod | 77, 82, 85, 91
Staatsbestel, plaats in het | 33, 126, 617, 623, 624
Staatscommissie | 16, 20, 45
Statenpraktijk | 23, 56
Statuut | 16, 71
Stroming, kritische (rechtsvorming) | 150, 153
Subsidiariteit | 251, 266, 316, 317, 381
Supremacy, legislative (zie: parlementaire soevereiniteit)

T

Temporele werking | 301, 337, 346, 361, 616, 622
Terme de grâce | 2-10, 37, 94, 147, 178-180, 183-235, 239, 240, 335, 265, 404-456, 560, 599-627
Termijn| 3, 8, 93, 105, 114, 170, 185, 418, 483, 621-626
· Naleving | 114, 198, 431
· Europeesrechtelijke aspecten | 268, 299, 301, 346, 619
· In Duitsland | 406, 411-416, 428-439, 448, 451
· In het Verenigd Koninkrijk | 499, 515
· In Canada | 527, 533, 54-547, 555, 559, 574, 587
· Overschrijding redelijke | 31, 61, 66, 155, 162, 177, 178, 211, 231, 269
Terugwerkende kracht | 62, 88, 326, 350, 351, 352, 532, 545, 546, 587, 595
· Verbod van | 68, 69
· Wijzigingswetgeving | 198, 199, 299, 414, 429, 435, 445, 545
Tijdelijke regeling (zie: regeling, tijdelijke)
Toepasselijkheid, rechtstreekse | 21, 84
Toepassingsverbod | 91, 96, **99-100**, 103-104, 117, 413
Toetsing
· Abstracte | 75-77, 82, 138
· Concrete | 75, 79, 82
· Constitutionele | 46, 78, 257, 264, 368, 379, 384, 453, 491, 495, 522, 537, 560, 571, 583, 607
· Exceptieve | 59, 86, 88, 121, 187, 199, 210 325, 380, 600, 607, 625
· Incidentele | 88
Toetsingsbevoegdheid | 25, 81, 264, 369, 390, 467, 498, 525, 601
Toetsingskader (arrest Arbeidskostenforfait) | 8, 32, 141, 172, 177, 603, 609, 613, 618, 619
Toetsingskader (EVRM) | 300, 609
Toetsingskader (EU-recht) | 308, 327, 335, 344
Toetsingsmonopolie
· BVerfG versus *Fachgerichte* | 369, 372, 377, 385, 399, 413, 454, 601

· Rechter versus wetgever | 189, 397-398, 567, 570
Toetsingsverbod | 16, 17, 26, 38
Transformatie | 22, 370, 478, 479, 525

U
Ubi ius, ibi remedium | 7
Uitspraakbevoegdheid | 5, 51-53, 86, 89, 94, 100, 101, 108, 116, 333, 337, 381, 441, 487, 495, 600
Uitvoering
· Van EU-recht | 41-43, 46, 48, 57, 185, 307, 315, 321, 324, 325, 344, 369-375
· Van het *Grundgesetz* | 380
· Van toetsingsuitspraken | 18-196, 414, 610
· Van verdragsrecht | 5, 21, 24, 28-31, 59, 168, 251, 252, 297, 478, 480, 525
· Van wetgeving | 80, 85, 99, 102, 203-207, 215, 220, 247-249, 260, 261, 264, 392, 487-489, 495, 559
Ultra vires | 61, 465, 529, 548, 549
Unmittelbar-citerium | 381
Unrecht, legislatives | 94, 454
Unvereinbarerklärung | 5, 298, 365, 389, 391, 404, **416-420**, 422-425, 431, 435-439, 441, 453, 455
Naleving van | 431-432, 434
Utile, effet (zie: effet utile)

V
Vacuüm, juridisch | 104, 349, 391, 400, 440, 447, 457, 608
Van-de-wal-in-de-sloot-beginsel | 127
Verbindend, een ieder | **25-39**, 46, 48, 55, 59, 63, 68, 147, 201, 218, 600
· Contextuele benadering | 33, 35-38, 46, 206
· Dichotome benadering | 33, 48
Verbodsbevoegdheid | 94, 98-103
Verdedigbaarheid (13 EVRM) | 244, 254, 261, 263
Verfassungsbeschwerde | 377-382, 392, 397, 456
· Kommunale | 378
· Mittelbare | 380
· Rechtssatz- | 380
· Unmittelbare | 380
· Urteils- | 380
Verfassungsmäßige Ordnung | 396, 406
Verfassungsorgan | 376, 381, 396-398, 412, 436
Verfassungsorgantreue | 398, 412
Verfassungswidrigerklärung | 417
Verklaren, onverbindend (zie: onverbindend)
Verklaren, onverenigbaar (zie: onverenigbaarheid)
Verklaring voor recht | 91, **94-98**, 108, 110, 114, 117, 234, 495, 600
Verklaring voor recht, blote | 94, 96
Vernietiging | 53, 245, 246
· Beschikking | 52, 53, 77, 81, 88, 89, 91, 126, 134, 204-214, 340, 343, 600
· Wetgeving | 9, 103, 105, 126, 184, 298, 310, 333, 344, 389, 453, 456, 531, 569
Voldoening ('just satisfaction') | 231, 240, 274, 275
Volkenrechtsconform | 24, 56
Völkerrechtsfreundlich | 22, 367, 371, 384
Voorrang | 2, 8, 9, 49, 52, 82, 128, 162, 175, 237, 603, 607, 611, 619
· *Charter of Rights and Freedoms* | 526-530, 547, 551, 556, 558, 561-562, 577, 583. 616
· *Common law* | 476, 526
· Europees Unierecht | 41, 44-48, 71, 84, 85, 303, 304, **305-314,** 316, 326, 328, 345, 361, 373, 384, 471, 483
· *Grundgesetz* | 366, 368, 384, 390, 403, 406, 413, 424, 428, 468, 561
· Verdragsrecht | 20, 21, **23-25**, 38, 39, 48, 128, 137-139, 160, 254, 316, 370, 373, 479
· Principiële | 341, 369-370, 375, 611
Vrijspraak | 52, 87

W
Waardigheid, menselijke | 40, 452
Werking
· Afschrikwekkende | 358-359
· Directe | 21, 29, 46, 68, **304-308**, 311-312, 316, 320, 333-335, 474, 482
· Interne | 21-22, 305
· Rechtstreekse | 21, 27-29, 34-35, 37, 47, 62, 64, 69, 129, 305-307, 318
· Relatieve rechtstreekse | 35-37
· Situatieve rechtstreekse | 34
· Temporele | 10, 350-351, 622
· Toekomstige (zie prospective overruling) | 430, 610
Werking, volle (Unierecht) | 57, 313, 316, 321, 323, 341, 345
Wertordnung, integrale | 367, 422, 444, 451
Wet Nadeelscompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten | 201, 204, 207, 214, 62
Wetgever-plaatsvervanger | 434
Wetgeving, onrechtmatige | 13, 50, 75, 89, 91-92, 103, 116, 121, 201-203, 210, 212-213, 215-216, 226, 230, 233-234, 287, 299, 313, 453, 455-456, 558, 562
Wetgevingsbevel | 106-109, 111-113, 115, 411, 436
· Formeel | 115
· Materieel | 6, 111, 296

Wetgevingsplicht
· Nederland | 107, 109-111, 114-115
· Duitsland | 412, 414, 422, 431
Wilsverklaring, onsplitsbare (zie: splitsbaarheid) | 75, 78, 82
Wrongful Act (int. publiekrecht) | 240-241

Z
Zuiverheid, constitutionele | 185

Curriculum vitae

Jerfi Uzman werd in 1978 geboren te Schiedam, Nederland. Hij bezocht de Montessori School te Capelle aan den IJssel en behaalde in 1996 het VWO-diploma aan het Libanon Lyceum te Rotterdam. Hij studeerde Nederlands Recht aan de Universiteit Leiden en behaalde het doctoraal-examen in 2005. Hij trad daarna in dienst van de Leidse afdeling staats- en bestuursrecht, eerst als onderwijs- en onderzoeks-medewerker en vanaf september 2007 als promovendus. In 2008 werd zijn onderzoek gefinancierd door de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO). Momenteel is hij als universitair docent staats- en bestuursrecht aan de Leidse faculteit verbonden.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2012 en 2013 verschenen:

MI-200 F. Schonewille, *Partijautonomie in het relatievermogensrecht*. (diss. Leiden), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu-Uitgevers 2012, ISBN 978 94 466 0492 2

MI-201 R.P. Orij, *Societal Determinations of Corporate Cocial Disclosures. An International Comperative Study,* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2012, ISBN 978 90 8728 162 5, e-ISBN 978 94 0060 088 1

MI-202 K.J.O. Jansen, Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, ISBN 978 90 1310 434 9

MI-203 T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, 978 90 1310 377 9

MI-204 A.G. Castermans, K.J.O. Jansen, M.W. Knigge, P. Memelink & J.H. Nieuwenhuis (eds.), *Foreseen and unforeseen circumstances*, BWKJ nr. 27, Deventer: Kluwer 2012, ISBN 978 90 1310 959 7, eISBN 978 90 1310 960 3

MI-205 A. Eleveld, *A critical perspective on the reform of Dutch social security law. The case of the life course arrangement*, (diss. Leiden) Leiden University Press 2012, ISBN 978 90 8728 174 8, e-ISBN 978 94 0060 112 3

MI-206 C.P.M. Cleiren, M.J. Kunst, J.L. van der Leun, G.K. Schoep, J.M. ten Voorde, *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek. Symbolische legitimiteit versus maatschappelijke en sociaalwetenschappelijke realiteit*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers 2012, ISBN 978 90 5931 921 9

MI-207 B.P. ter Haar, *Open Method of Coordination. An analysis of its meaning for the development of a social Europe*, (diss. Leiden), Amsterdam 2012, ISBN 978 94 6190 174 3

MI-208 A.M. Reneman, *EU asylum procedures and the right to an effective remedy*, (diss. Leiden), Leiden 2012

MI-209 C. de Kruif, *Onderlinge overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van Europees recht. De complexiteit van het adagium 'de veroorzaker betaalt' in een veellagige rechtsorde*, (diss. Leiden), Apeldoorn/Antwerpen: Maklu-Uitgevers 2012, ISBN 978 90 466 0570 7

MI-210 R. Simarmata, *Indonesion Law and Reality in the Delta. A Socio-Legal Inquiry into Laws, Local Bureaucrats and Natural Resources Management in the Mahakam Delta, East Kalimantan,* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2012, ISBN 978 90 8728 184 7, e-isbn 978 94 0060 131 4, e-pub: 978 94 0060 132 1

MI-211 P.J.P.M. van Lochem, *Rechtsrelativering. Een verkenning op het terrein van het overheidshandelen*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, ISBN 978 90 8974 729 7

MI-212 J.E. van den Brink, *De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland. Juridische knelpunten en uitdagingen*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, ISBN 978 90 13 10886 6

MI-213 F.M.J. den Houdijker, *Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem. De toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in strikte zin door het EHRM en het HvJEU*, (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, ISBN 978 90 5850 880 5

MI-214 C.M. Smyth, *The Common European Asylum System and the Rights of the Child: An Exploration of Meaning and Compliance*, (diss. Leiden), Leiden 2013

MI-215 A.F. Mollema, *Het beperkte recht. Een analyse van zijn theoretische constructie, zijn plaats in het systeem van het vermogensrecht en zijn mogelijke inhoud*, (diss. Leiden), Leiden: Uitgeverij BOXPress 2013, ISBN 978 90 8891 597 0

MI-216 V.S. Bouman, *De baai geblokkeerd: piraten in het nauw? Een onderzoek naar de toelaatbaarheid en het effect van het blokkeren van The Pirate Bay,* (Jongbloed scriptieprijs 2012), Den Haag: Jongbloed 2013, ISBN 978 90 7006 268 2

MI-217 C.G. Breedveld-de Voogd, A.G. Castermans, M.W. Knigge, T. van der Linden, J.H. Nieuwenhuis & H.A. ten Oever (red.), *Rechtsvinding in een meerlagige rechtsorde.* BWKJ nr. 28, Deventer: Kluwer 2013, ISBN 978 90 1311 482 9

MI-218 J.M. ten Voorde, C.P.M. Cleiren & P.M. Schuyt, *Meerdaadse samenloop in het strafrecht. Een onderzoek naar doel, grondslag, karakter, strekking en functie van de wettelijke regeling van meerdaadse samenloop (artikel 57-63 Sr)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, ISBN 978 90 8974 843 0

MI-219 J. Nijland, *De overheidsonderneming. Overheidsinvloed in kapitaalvennootschappen nader beschouwd*, (diss. Leiden), Leiden: Uitgeverij BOXPress 2013, ISBN 978 90 8891 719 6

MI-220 K.M.P. Setiawan, *Promoting Human Rights. National Human Rights Commissions in Indonesia and Malaysia*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2013, ISBN 978 90 8728 203 5, e-isbn 978 94 0060 166 6 (pdf), e-isbn 978 94 0060 167 3 (ePub)

MI-221 J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten. Over effectieve rechtsbescherming, rechterlijk abstineren en de dialoog tussen rechter en wetgever*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, ISBN 978 90 1312 059 2

Zie voor de volledige lijst van publicaties: www.law.leidenuniv.nl/onderzoek