



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

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 Rijkema 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 welgevalen 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 ont-plooiing, 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 vreemde-ling 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 geïntensiverde 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 Emmen-rik, 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 Hoogerechtshof 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 *ampáaro* dat in de Spaanstalige wereld geen onbekend verschijnsel is. Zie bijv. art. 53 lid 2 van de *Constitución Española* 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 voorzitter 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 AVRМ 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.

