



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

## 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.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> De eigen Grondwet speelt een bescheiden rol. Zij is evenwel het startpunt van de hier volgende bespreking. Bezien wordt welke plaats de respectievelijke grondrechtbepalingen 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.<sup>5</sup>

---

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<sup>6</sup>

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'.<sup>7</sup>

Helemaal duidelijk is het doel van dit citaat niet. Wordt hier, zij het impliciet, de zwiigende 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.<sup>8</sup> Op dat terrein heeft de Grondwet, zeker voor de rechter, maar weinig betekenis.<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup>

Uit die geringe betekenis mag echter niet geconcludeerd worden dat de Grondwet de formele wetgever niet bindt.<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup> 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.<sup>13</sup>

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.<sup>14</sup> Zo kan de burger de rechter oproepen om bepalingen van wetgeving grondwetsconform uit te leggen.<sup>15</sup> Ook het toetsingsverbod staat daaraan niet in de weg.<sup>16</sup> 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 blijken, kennelijke bedoeling van de wetgever, acht de rechter zich niet in staat.<sup>17</sup> 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, W818; 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.<sup>18</sup> 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.<sup>19</sup>

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.<sup>20</sup> 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 aangetaast. Anderen menen dat hij daarmee voorbij gaat aan de institutionele dimensie van artikel 120 Gw.<sup>21</sup> 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.<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup> In het kader van de Raad van Europa werd intussen ook niet stilgezet. Op het EVRM volgden verdragen inzake sociale grondrechten, zoals het ESH, en sociale en medische bijstand aan vluchtelingen.<sup>27</sup> 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.<sup>28</sup> 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.<sup>29</sup>

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.<sup>30</sup> 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 ontorende 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).<sup>31</sup> 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.<sup>32</sup> Dat is het geval wanneer voor de uitvoering van de norm geen nadere wettelijke voorschriften noodzakelijk zijn.<sup>33</sup> Een volgende stap is de vraag of zulke rechtstreeks toepasbare bepalingen ook jegens *burgers* kunnen worden toegepast.<sup>34</sup> 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 xenofob politiek klimaat, burgers die op aangename wijze ongemanierd zijn en een uitzonderlijk monistische opstelling waar het de verhouding tussen nationaal en internationaal recht betreft.<sup>35</sup>

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.<sup>36</sup> Nog steeds karakteriseren veel handboeken de Nederlandse rechtsorde op dit punt als – al dan niet gematigd – monistisch.<sup>37</sup> 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 scholensrijd tussen het monisme en het dualisme – een scholensrijd 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.<sup>38</sup> Deze gelding berust niet op het volkenrecht als zodanig, maar op nationaal gewoonterecht.<sup>39</sup> Dat het volkenrecht dwingt tot de automatische gelding van zijn normen in de nationale rechtsordes, wordt tegenwoordig, ook in Nederland, niet meer aangenomen.<sup>40</sup> 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.<sup>41</sup>

### 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.<sup>42</sup> 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.<sup>43</sup> 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 hoe 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.<sup>44</sup> 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.<sup>45</sup>

Het Nederlandse stelsel van doorwerking erkent dat het internationale recht als zodanig van hogere orde is. Die erkenning gaat aan het grondwettelijk stelsel vooraf.<sup>46</sup> 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.<sup>47</sup> 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.<sup>48</sup> Vonk, tot slot, acht buiten toepassing laten door het bestuur een ernstige aantasting van het stelsel van machtsverdeling.<sup>49</sup> De rechtspraak is evenmin glashelder, maar neigt er duidelijk naar aan te nemen dat artikel 94 Gw zich ook tot het bestuur richt.<sup>50</sup>

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?<sup>51</sup> 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 deze 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.<sup>52</sup> 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.<sup>53</sup>

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.<sup>54</sup> 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.

---

<sup>52</sup> Fleuren 2004, p. 382-383.

<sup>53</sup> 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 ontfangen aan de Francovich-aansprakelijkheid van het Hof van Justitie EU. Ik ga hier verder niet op de kwestie in, nu in dit boek de wél een ieder verbindende verdragsbepaling centraal staat.

<sup>54</sup> 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 kunnen verbinden. Ze moet, met andere woorden, geschikt zijn voor rechtstreekse toepassing door de rechter.<sup>55</sup> De vraag of dat zo is, dient vooral de rechter zelf te beantwoorden.<sup>56</sup> 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.<sup>57</sup> 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.<sup>58</sup> 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 ontfangen. 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.<sup>59</sup> De inhoud van de bepaling kon daarvan hoogstens een indicatie zijn.<sup>60</sup> 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.<sup>61</sup> 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.<sup>62</sup> 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.<sup>63</sup> 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?).<sup>64</sup> Het tweede gezichtspunt betreft

59 Vgl. voor deze zogeheten 'intentieel': Kusters & 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 wél 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.<sup>65</sup>

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 dat 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.<sup>66</sup> 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?<sup>67</sup> De invulling van die beleidsvrijheid is immers een zaak voor de wetgever en niet voor

---

vooral de intentieel verwerp, 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.<sup>68</sup>

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’.<sup>69</sup> 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.<sup>70</sup>

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.<sup>71</sup> 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?*).<sup>72</sup>

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?<sup>73</sup> 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.<sup>74</sup>

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 voldoende-

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?<sup>75</sup> 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.<sup>76</sup> 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.<sup>77</sup>

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.<sup>78</sup> 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.<sup>79</sup> 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.<sup>80</sup> 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.<sup>81</sup> 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.<sup>82</sup> 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.<sup>83</sup> 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.<sup>84</sup>

---

<sup>80</sup> Zie ook Brouwer 1992, p. 251.

<sup>81</sup> Brouwer 1992, p. 231.

<sup>82</sup> Dat was het geval in HR 18 januari 1980, NJ 1980/463 (*Voogdij natuurlijk kind post-Marckx*).

<sup>83</sup> De eerste zaak waarin hij tot dat inzicht kwam was HR 12 oktober 1984, NJ 1985/230 (*Optierecht Nederlanderschap*).

<sup>84</sup> Brouwer 1992, p. 225.

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

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.<sup>87</sup> 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.<sup>88</sup> 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’.<sup>89</sup>

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 een 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 een 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.<sup>90</sup> 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.<sup>91</sup>

In de jaren na *Optierecht Nederlandschap* nam de literatuur vooral de uitleg van Van der Grinten over. Waar Van Dijk in 1988 bijvoorbeeld vraagtekens zette bij het abtineren 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.<sup>92</sup> Ook Alkema, die het verschijnsel positiever waardeerde, beschouwde de contextuele ieder verbindendheid als een quasi *political question device*, waarvan hij ruimhartige toepassing bepleitte.<sup>93</sup> Hoewel er tegengeluiden te horen waren, lijkt het erop dat de literatuur sinds *Optierecht Nederlandschap* overwegend tendeerde richting de relatieve rechtstreekse werking.<sup>94</sup> Dat is verklaarbaar. Zij kende de reeds halverwege de tachtiger jaren geuite oproepen tot een gedifferentieerde een ieder verbindendheid.<sup>95</sup> Ze kende het gehoor dat de Centrale Raad daar in de tachtiger jaren, zij het voorzichtig, aan gaf.<sup>96</sup> 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.<sup>97</sup> 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 (...)'.<sup>98</sup> Volgens de Hoge Raad is deze bepaling niet een ieder verbindend.<sup>99</sup>

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.<sup>100</sup> 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.<sup>101</sup> 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.<sup>102</sup>

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.<sup>103</sup> 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 mogelijk 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 tweeweg 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.<sup>104</sup> 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.<sup>105</sup> Tegenwoordig wordt doorgaans niet meer van de leer uitgegaan.<sup>106</sup> Uitzonderingen daargelaten, lijkt de rechtspraak daar ook geen aanleiding meer toe te geven.<sup>107</sup>

### *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.<sup>108</sup> 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 mogelijksterwijs 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 voorrangregel 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.<sup>109</sup> 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 machtscheiding 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 zelf 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 lijkt 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’.<sup>110</sup> 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.<sup>111</sup> 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.<sup>112</sup> Die beginselen worden gevoed door de constitutionele tradities van de lidstaten en de mensenrechtenverdragen waarbij de lidstaten partij zijn, in het bijzonder het EVRM.<sup>113</sup> Naast het Handvest en de beginselen van Unierecht, zijn de verdragen zelf 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.<sup>114</sup> 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.<sup>115</sup>

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.<sup>116</sup> De functie van EU-grondrechten is in dat verband enkel de voorrang en de uniforme werking van Unierecht te verzekeren.<sup>117</sup> Toetsing van het recht van de lidstaten is dan alleen aan de orde wanneer de inhoud daarvan volledig door het Unierecht wordt bepaald.<sup>118</sup> 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.<sup>119</sup> Dat laatste is echter een preciaire 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.<sup>120</sup> 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.<sup>121</sup> 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.<sup>122</sup> 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.<sup>123</sup> 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.<sup>124</sup> 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.<sup>125</sup> 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.<sup>126</sup> De casus in de recente zaak *Åkerberg Fransson* illustreert het tweede geval.<sup>127</sup> 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.<sup>128</sup>

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.<sup>129</sup> 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.<sup>130</sup> 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.<sup>131</sup> 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.<sup>132</sup> 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.<sup>133</sup> 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 (*Vereinigde 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.<sup>134</sup> In dat geval kan de Nederlandse rechter geroepen worden nationale wetgeving te toetsen aan het desbetreffende primaire of secundaire Unierecht.<sup>135</sup>

#### 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.<sup>136</sup> Zoveel is duidelijk: het Unierecht komt op eigen kracht gelding en voorrang toe in de rechtsorde van de lidstaten.<sup>137</sup> De toepasbaarheid van Unierecht voor de nationale rechter is een kwestie van Unierecht en niet van de individuele lidstaten. Het werkt ‘principiële monistisch’ door in de rechtsorde van de lidstaten, althans in de optiek van het Hof van Justitie.<sup>138</sup> 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.<sup>139</sup> 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.<sup>140</sup> 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: McCormick 1999; Pernice 1999; Barents 2000; Van den Bossche 2002; Claes 2005, p. 148-158; Kumm 2005; Besselink 2007b (*samen-gestelde 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 (*Sinmenthal*).

138 De aanduiding ‘principiële 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.<sup>141</sup> Regering en parlement lieten zich tot dusver niet ondubbelzinnig over de kwestie uit.<sup>142</sup> 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.<sup>143</sup>

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.<sup>144</sup> 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.<sup>145</sup>

---

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 coordinamento 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*.<sup>146</sup> 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'.<sup>147</sup> 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.<sup>148</sup> 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.<sup>149</sup> Dat de regel in deze 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.<sup>150</sup>

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.<sup>151</sup> 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.<sup>152</sup> In een ‘zuiver nationale’ situatie komt de Unieburger ten aanzien van zijn eigen staat normaal gesproken dan ook geen beroep op het Unierecht toe.<sup>153</sup> De rechtspraak van het Hof van Justitie over de vraag wanneer daarvan sprake is, lijkt echter bepaald grillig.<sup>154</sup> 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.<sup>155</sup> 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.