



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

3 | Constitutionele remedies in Nederland

3.1 INLEIDING

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

6 Meer daarover hierna onder 3.3.3.1 en 3.3.3.2.

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

3.1.1 Het concept 'constitutionele remedies'

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2 CONSTITUTIONELE REMEDIES (IN ENGE ZIN)

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

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

3.2.1 Conforme interpretatie

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

13 Vgl. voor dat laatste geval: HR 18 februari 2011, *NJ* 2011/90.

14 Vgl. ook Nollkaemper 2005, p. 44.

15 Men vergelijkte bijv. het hiervoor genoemde vonnis van Rb Roermond 14 maart 2000, *USZ* 2000/112 m.nt. M. Fleuren. Zie tevens: Rb Rotterdam 11 juli 2000, *JB* 2000/263.

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

3.2.1.1 Grondslag en toepassingsbereik

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

20 Nollkaemper 2005, p. 44.

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

22 Nollkaemper 2005, p. 45.

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

24 Zie par. 6.4.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2.1.2 De grenzen van verdragsconforme interpretatie

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

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

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

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

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

38 Zie de in de vorige voetnoot genoemde auteurs.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁸ De Lange 1991, p. 210.

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

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

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

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

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

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

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

3.2.1.3 De grenzen van Unierechtconforme interpretatie

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

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

62 HR 21 maart 1986, NJ 1986/588.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2.2 Buiten toepassing laten en onverbindend verklaren

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

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

3.2.2.1 De grondslag voor het ‘buiten toepassing laten’

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

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

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

⁷⁷ Zie Widdershoven 2012, par. 3.

⁷⁸ Zie nader: Sillen 2010, p. 149-160.

⁷⁹ Vgl. HR 6 maart 1864, W 2646; HR 31 juli 1966, W 2820. Zie nader: Sillen 2010, p. 27.

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

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

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

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

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

81 Zie paragraaf 2.3.2.2.

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

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

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

3.2.2.2 Buiten toepassing laten en onverbindendheid

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

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

Een terminologische kwestie

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

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

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

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

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

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

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

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

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

87 Van Houten 1997, p. 235.

88 Zie Sillen 2010, p. 73-75 voor een reeks voorbeelden uit de rechtspraak.

89 HR 22 september 2009, NJ 2010/142 m.nt. Mevis (*Whv II*).

90 Zie De Winter 1987, p. 236-237; Van Buuren 1987, p. 65; Brouwer & Schilder 2004, p. 70-73; Fleuren 2004, p. 343; Schutgens 2009a, p. 9; Sillen 2010, p. 72-75. Vgl. ook Kummeling 1995, p. 380, die schrijft dat het verschil ten onrechte geheel lijkt te zijn verwaterd in de praktijk.

91 Het klassieke voorbeeld betreft een voorschrift dat in strijd met bepaalde procedurevoorschriften is vastgesteld. Om welke toepassing het ook gaat, het defect is niet te omzeilen. Het voorschrift is in alle denkbare toepassingen onrechtmatig.

92 De toevoeging ‘in de regel’ is bewust geplaatst. Het is, althans in theorie, denkbaar dat een voorschrift dat als zodanig onverbindend is, niettemin om welke reden dan ook voorlopig wordt toegepast – bijvoorbeeld om redenen van machtscheiding of rechtszekerheid. Ik ga op zulke gevallen in hoofdstuk 4 nog in. De stelling dat onverbindende voorschriften *per definitie* buiten toepassing moeten worden gelaten, lijkt mij dan ook niet logisch dwingend. Daarvan lijken wel uit te gaan: De Lange 1991, p. 83; Fleuren 2004, p. 343; Schutgens 2009a, p. 9.

93 De onverbindendverklaring in de overwegingen van de uitspraak is onomstreden. Over de vraag of zij ook in het dictum is toegestaan verschillen de meningen. Ik kom daarop nog terug.

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

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

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

Onverbindendverklaring en artikel 94 Grondwet

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

101 Brouwer 1992, p. 281-282.

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

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

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

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

¹⁰² *Ibid.*, p. 282.

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

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

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

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

Splitsing en rechtsvorming

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

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

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

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

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

¹⁰⁶ Dezelfde koers vaart Schutgens 2009a, p. 13.

¹⁰⁷ Sillen 2010, p. 77.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 77-78. Op deze praktijk is kritiek mogelijk: zie Sillen 2010, p. 78-79 voor een bespreking.

¹⁰⁹ HR 1 maart 2002, *BNB* 2002/144 m.nt. Snoijink (*OZB-verordening Harderwijk*).

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

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

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

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

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

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

113 Sillen 2010, p. 81-84.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

117 Artikel 1 lid 2 rep. 5 BPM.

118 HR 18 januari 2008, *BNB* 2008/124 m.nt. Meussen (*Ilhan I*).

119 HvJEU 22 mei 2008, *BNB* 2008/250 (*Ilhan*).

120 HR 6 december 2002, *BNB* 2003/122 m.nt. Meussen.

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

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

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

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

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

¹²¹ HR 14 november 2008, BNB 2009/3 (*Ilhan II*).

¹²² Vgl. o.m. HR 12 mei 1999, NJ 2000/170 (*Arbeidskostenforfait*). Zie nader hoofdstuk 4.

bepaling krijgt voorrang. De nationale bepaling heeft in het voorliggende geval geen effect (...).¹²³

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

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

Onverbindendheid en Unierecht

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

123 Schutgens 2009a, p. 11.

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

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

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

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

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

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

124 Schutgens 2009a, p. 14.

125 Zie hiervoor §2.4.1.

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

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

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

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

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

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

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

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

¹³¹ Jans e.a. 2007, p. 63-64.

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

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

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

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

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

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

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

¹³⁴ HR 6 december 2002, *BNB* 2003/122 m.nt. Meussen, r.o. 3.5.

¹³⁵ HR 14 november 2008, *BNB* 2009/3 (*Ilhan II*).

3.2.3 De werking van constitutionele remedies (in eigenlijke zin)

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

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

3.2.3.1 De strafrechter

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

¹³⁶ Sillen 2010, p. 105-124.

¹³⁷ Vgl. in het kader van de onverbindendverklaring o.m. Bok 1991, p. 33-39.

¹³⁸ De onverbindendverklaring van het voorschrift in het dictum, kan ook de inzet van een onrechtmatige daadsactie zijn.

¹³⁹ Overlap is er waar het de bevoegdheid tot de toekenning van schadevergoeding betreft.

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

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

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

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

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

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

3.2.3.2 *De bestuursrechter*

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

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

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

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

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

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

3.2.3.3 De burgerlijke rechter

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

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

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

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

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

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

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

3.2.4 Resumerend

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

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

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

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

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

3.3 PROCESRECHTELIJKE REMEDIES (CIVIELE RECHT)

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

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

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

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

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

3.3.1 De preliminaire kwestie: de onrechtmatige daadsactie

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3.2 De verklaring voor recht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

167 Schutgens 2009a, p. 86.

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

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

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

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

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

¹⁶⁹ Sillen 2010, p. 106.

¹⁷⁰ Ik schetste in de vorige paragraaf enkele problemen. Zie voorts hoofdstuk 4.

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

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

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

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

171 Boogaard 2013, p. 25-28.

172 Zie hoofdstuk 5.

173 Van Emmerik 1997, p. 139; Shelton 2005, p. 255-268. Zie voor een overzicht van de rechtspraak van het EHRM: hst. 6.

174 HR 9 oktober 1998, NJ 1998/853 (*Van Aalten/VU*). Het arrest wordt ook wel aangeduid als het *Jeffrey*-arrest.

175 HR 19 maart 2010, NJ 2010/172 (*Chipshol/Staat*). Daarover o.a.: Van Maanen 2010; Haas 2010; Van Maanen 2011, p. 35-36. Anders: Keirse 2011, die meent dat de civiele rechtspraak steeds ruimte heeft geboden voor de vaststelling van civielrechtelijke normschendingen, ongeacht de aard van het belang. Zie ook Emaus & Keirse 2011.

176 HR 24 juni 2011, NJ 2011/390 m.nt. Wortmann. De Straatsburgse rechtspraak betrof: EHRM 7 juni 2011, no. 277/05, EHRC 2011/130 m.nt. Crijns (*S.T.S. t. Nederland*). Zie ook reeds: EHRM 16 december 1997, no. 21353/93 (*Camenzind t. Zwitserland*) en de bijbehorende annotatie van Knigge onder NJ 1999/623 (punt 4), waarin het niet om vrijheidsberoving maar om huiszoeking ging.

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

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

3.3.3 Geboden en verboden

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

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

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

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

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

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

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

¹⁸¹ Aldus Van Emmerik 1997, p. 36.

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

3.3.3.1 Het toepassingsverbod en de buitenwerkingstelling

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

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

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

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

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

184 *Ibid.*

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

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

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

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

186 Schutgens 2009, p. 82.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.3.3.2 *Het gebod wetgeving vast te stellen of in te trekken*

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

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

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

199 Schutgens 2006.

200 Vgl. Möllers 2005, p. 1.

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

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

De aanloop naar 'Waterpakt'

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

215 Polak 1987, p. 168-169.

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

De Waterpakt-jurisprudentie

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

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

²¹⁶ *Ibid.*, p. 169.

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

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

²¹⁹ *Ibid.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

222 HR 21 maart 2003, NJ 2003/691 m.nt. TK (*Waterpakt*), r.o. 3.5.

223 *Ibid.*

224 *Ibid.*

225 HR 1 oktober 2004, NJ 2004/679 m.nt. TK, r.o. 3.3.5. In soortgelijke zin: Schutgens 2009a, p. 246.

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

De reacties uit de doctrine

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

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

226 Voermans 2011, p. 63.

227 Boogaard 2013, p. 161.

228 Kritisch zijn bijv. Polak 2004; annotatoren Backes onder *AB* 2004/39, Koopmans onder *NJ* 2003/691, en Kortmann in *Ars Aequi* (2005, p. 80-82); Bok 2006, p. 111, en Schutgens 2009a, p. 254-259. In elk geval in uitkomst positief: annotator Besselink in *SEW* 2004, p. 232; Bunschoten 2004, en Boogaard 2013, p. 250-253.

229 Zie zijn noot onder *NJ* 2003/691, onder 3. Hij haalt daarbij overigens Flinterman aan, die tijdens de NJV-jaarvergadering in 1987 reeds bepleitte dat wetgevingsbevelen alleen, bij hoge uitzondering, mogelijk zouden moeten zijn als het politieke proces ernstig falen vertoonde. Zie *Handelingen 1987 der Nederlandse Juristen- Vereniging*, deel 2, Zwolle: Tjeenk Willink 1987, p. 31.

230 Boogaard 2013, p. 252. In soortgelijke zin: Schutgens 2009a, p. 261-262.

231 *Ibid.* Tevens: Polak 2004; Schutgens 2009a, p. 260.

232 Vgl. o.a. Polak 2004, § 2.

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

De materiële benadering: nadruk op de rechtsbescherming

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

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

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

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

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

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

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

De formele benadering: meer feeling voor het institutionele perspectief

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

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

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

²³⁶ Vgl. Schutgens 2009a, p. 252-253.

²³⁷ Boogaard 2013, hst. 7.

²³⁸ Boogaard 2013, p. 237. Tevens: Besselink 2004, p. 235-236.

²³⁹ Boogaard 2013, p. 237.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 82-89.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 249.

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

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

Eigen opvatting: materiële benadering 'light'

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

Toch overtuigt de redenering van Boogaard mij niet helemaal.

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

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

²⁴³ *Ibid.*, p. 250.

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

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

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

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

²⁴⁴ *Ibid.*, p. 247.

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

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

de Staat als geheel richt, is zo'n directe oproep aan de wetgever, onder artikel 46 EVRM, mogelijk.²⁴⁷ Is Nederland rechtstreeks door het Hof aangesproken, dan ligt het niet voor de hand om een eigen interpretatieve rol voor de wetgever aan te nemen. Anders kan het liggen wanneer er relatief duidelijke Straatsburgse jurisprudentie ligt, maar deze jurisprudentie niet tegen Nederland is geweest. Men kan betogen dat de jurisprudentie van het Hof als zodanig deel uitmaakt van het EVRM.²⁴⁸ De interpretatie van het Hof is dan bindend voor verdragsstaten die geen partij waren bij het verdrag. Het probleem blijft dan echter dat het een kwestie van interpretatie blijft, of de Straatsburgse rechtspraak ook gevolgen voor Nederland heeft. In theorie kunnen wetgever en rechter daarover verschillend denken. Onlangs riepen de lidstaten van de Raad van Europa, het Comité van Ministers op om met concrete voorstellen te komen, die het voor de hoogste rechters in de lidstaten mogelijk zouden moeten maken om het EHRM een prejudiciële vraag voor te leggen.²⁴⁹ Dat heeft inmiddels geleid tot Protocol 16.²⁵⁰ Hoewel het antwoord formeel niet bindend zou zijn, wordt ook in een dergelijk geval, ruimte voor concurrerende interpretatie door de wetgever moeilijk vol te houden. Zolang dat voorstel nog niet geïmplementeerd is, blijft een wetgevingsbevel van de nationale rechter echter precair.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

252 Ik kwam althans geen studies op dit terrein tegen.

253 Zie de paragrafen 8.2.2 en 8.3.2.

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

255 Boogaard 2013, p. 251.

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

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

Resumerend

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

257 Vgl. HR 28 oktober 2011, NJ 2013/153 m.nt. Mevis (*Wet kraken en leegstand*).

258 Een beperkte 'voortrekkersrol' voor nationale rechters kan zeer gewenst zijn. Zie de noot van Alkema onder NJ 1992/129, en Gerards 2010, p. 255.

259 Het bezwaar van Boogaard 2012, p. 251, dat de rechter dan soms wel, soms niet van zijn bevoegdheid gebruik maakt, vindt ik evenmin overtuigend. Net als Boogaard zelf, heb ik namelijk geen probleem met het bestaan van een bevoegdheid en rechterlijk beleid bij de invulling ervan. Bovendien kan voor het aannemen van de bevoegdheid tot het geven van een gebod, en voor de uitzonderingen, worden aangesloten bij het wettelijk stelsel. Waar art. 3:296 BW als grondslag voor het bevel kan dienen, kan voor de uitzondering worden verwezen naar art. 6:168 BW. Zie Schutgens 2009a, p. 257.

3.3.4 Schadevergoeding

Dat de rechter de Staat kan veroordelen tot het vergoeden van schade die een burger lijdt als gevolg van onrechtmatige wetgeving, is onomstreden.²⁶⁰ Het vaststellen van een voorschrift dat in strijd is met verdrags- of Unierecht, is als zodanig onrechtmatig. Deze onrechtmatigheid wordt de Staat in beginsel toegerekend.²⁶¹ Mits voldaan is aan de eisen van relativiteit en causaliteit, kan de burger zijn schade dus vergoed krijgen. Uitzonderingen daargelaten, is de relativiteitseis doorgaans niet problematisch wanneer een individuele burger zich op een grondrecht beroept.²⁶² Moeilijker kan het liggen ten aanzien van de causaliteit. Die causaliteit bespreek ik echter uitvoerig in paragraaf 5.3. Om doublures te voorkomen, doe ik dat hier niet. Hetzelfde geldt voor de overige eisen van aansprakelijkheid, en de toepasbaarheid van het aansprakelijkheidsleerstuk op de formele wetgever.

3.4 UITGELEIDE

Ik bezag in dit hoofdstuk welke remedies het Nederlandse recht in petto heeft voor een burger die zich terecht op het standpunt stelt dat een wettelijk voorschrift in strijd is met een rechtstreeks werkend grondrecht. Daarbij maakte ik een onderscheid tussen zogenaamde constitutionele remedies in enge zin, en zogenaamde procesrechtelijke remedies. De constitutionele remedies in enge zin spelen een rol in het proces van rechtsvinding. De bevoegdheid er in te voorzien, komt elke rechter toe. Het gaat daarbij om twee remedies: de conforme lezing van voorschriften die *prima facie* in strijd zijn met verdrags- of Unierecht, en het buiten toepassing laten van die voorschriften. De inzet van beide remedies is niet onbeperkt. In het volgende hoofdstuk zie ik waar de grenzen van deze remedies precies liggen. Mocht de burger met die grenzen geconfronteerd worden, dan zal hij zich al snel afvragen of hij in zo'n geval op een andere wijze rechtsherstel kan krijgen. De procesrechtelijke remedies komen dan in beeld. Van procesrechtelijke remedies sprak ik, waar ik doelde op de uitspraakbevoegdheden van de civiele rechter in een wetgevingsgeding.

260 Vgl. o.a. HR 24 januari 1969, NJ 1969/316 m.nt. HD; HR 9 mei 1986, NJ 1987/252 m.nt. MS (*Van Gelder*), r.o. 3.3; HR 21 maart 2003, NJ 2003/691 m.nt. TK (*Waterpakt*), r.o. 3.5. Nader: Meijer 2007, p. 15-16, 18-19; Schutgens 2009a, p. 94.

261 HR 9 mei 1986, NJ 1987/252 m.nt. MS (*Van Gelder*). Scheltema & Scheltema 2008, p. 314, menen zelfs dat de toerekenbaarheid in dit verband geen rol speelt.

262 Aldus bijv. Schutgens 2009a, p. 54-55. Een mogelijke uitzondering zou kunnen zijn gelegen in: HR 13 april 2007, NJ 2008/576 m.nt. JBMV (*Iraanse vluchtelingen*), een zaak overigens, buiten de context van onrechtmatige wetgeving. De Hoge Raad overwoog dat de bescherming van het Vluchtelingenverdrag zich niet uitstrekt tot het vermogensrechtelijke belang van de klager bij het verrichten van betaalde arbeid in Nederland. Zie nader o.a.: Di Bella 2007; Den Hollander 2012.

De klager stelt de onrechtmatigheid van het wettelijk voorschrift dan direct aan de orde bij de civiele rechter. Staat die onrechtmatigheid vast, dan zijn diverse remedies mogelijk: de verklaring voor recht, schadevergoeding, en het (absolute of relatieve) toepassingsverbod. De inzet van deze remedies wordt voornamelijk door het civiele procesrecht gereguleerd. Aan één remedie die het civiele procesrecht wel kent, kleven staatsrechtelijke bezwaren: het gebod wetgeving vast te stellen, te wijzigen of in te trekken. Dat is naar positief recht nog niet mogelijk, hoewel ik betoogde dat daarvoor in sommige gevallen wel ruimte zou moeten zijn.

