



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

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

11.1 INLEIDING

‘U hebt helemaal gelijk, maar ik kan niets voor u doen’.

De rode draad in dit boek was de constitutionele *terme de grâce*. Ik definieerde dat begrip in de inleiding als het verschijnsel dat de Nederlandse rechter abstineert wanneer hij een beroep op een mensenrecht bij de toetsing van wetgeving aan ieder verbindend verdragsrecht gegrond acht. Deze rode draad had drie dimensies: een systematische beschrijving van de *terme de grâce* en haar gevolgen in het Nederlandse recht (de nationale dimensie), een onderzoek naar de houdbaarheid van het verschijnsel in het licht van het beginsel van effectieve rechtsbescherming zoals dat vorm heeft gekregen in de Europese rechtspraak (de Europese dimensie), en tot slot een vergelijking met soortgelijke verschijnselen in drie andere landen: Duitsland, het Verenigd Koninkrijk en Canada (de rechtsvergelijkende dimensie). Alle drie de dimensies leverden, los van elkaar, stof tot nadenken op. In dit laatste hoofdstuk breng ik ze bij elkaar. Ik beantwoord daarmee de kernvraag van dit boek: wat is die ‘constitutionele *terme de grâce*’ nu precies en wat moeten we ervan denken?

Bij het beantwoorden van deze vraag volg ik de structuur van het boek. Ik breng dus eerst in herinnering op welke wijze de Nederlandse rechter redres kan bieden wanneer formele wetgeving in strijd is met verdragsrechtelijke mensenrechten. Vervolgens vat ik samen in welke gevallen en waarom hij ervan afziet dat te doen. Tot slot zeg ik iets over de gevolgen van deze beslissing. Dat leidt tot een conclusie omtrent de manier waarop de Nederlandse rechter tussen twee uitgangspunten schippert: effectieve rechtsbescherming en staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid. Ik confronteer deze conclusies vervolgens met de dimensies die ik in de delen II en III heb besproken. Ik sluit af met het signaleren van een aantal knelpunten en het formuleren van enkele aanbevelingen.

11.2 REMEDIES IN NEDERLAND

De Nederlandse rechter heeft een constitutioneel mandaat om grondrechten te beschermen. Dat mandaat bestaat uit drie lagen. De grondwettelijke laag karakteriseert zich door een bescheiden rol van de rechter ten opzichte van

de wetgever. De tweede laag, die van de mensenrechtenverdragen, is van groter belang. De rechter heeft, in artikel 94 Gw, een belangrijk middel in handen gekregen om een deel van deze verdragsbepalingen, het deel dat een ieder verbindend is, te effectueren ten koste van nationale wetgeving, zelfs als het om formele wetgeving gaat. De vraag wélke bepalingen tot deze groep behoren en hoe vór de bevoegdheid en de plicht tot effectueren reiken, is er een voor de nationale rechter zelf. Het internationale recht bemoeit zich, het EU-recht daargelaten, vooralsnog niet met deze kwestie. Vooralsnog, want het internationale recht is in ontwikkeling en met name het EHRM richt zich, in strijd met het gangbare volkenrechtelijke paradigma, tegenwoordig steeds vaker direct tot de nationale rechter. In de derde laag, die van het Unierecht, is dat reeds lang gebruikelijk. Het zijn niet de nationale staatsmachten die bepalen welke werking het Unierecht in Nederland heeft, maar Unierechtelijke organen, en het is ook het Unierecht dat het mandaat van de Nederlandse rechter voor een belangrijk gedeelte invult.

De remedies die de Nederlandse rechter ter beschikking staan wanneer hij wordt geconfronteerd zijn onder te verdelen in twee categorieën: procesrechtelijke en constitutionele remedies. Bij de eerste categorie kan worden gedacht aan uitspraakbevoegdheden zoals het toekennen van schadevergoeding, het uitspreken van een verklaring voor recht (waaronder de formele onverbindendverklaring), het vaststellen van een gebod of verbod (zoals de buitenwerkingstelling), het vernietigen van een bestuursbesluit of het vrijspreken van een verdachte. Deze remedies vloeien voort uit, en worden gereguleerd door, het procesrecht. Toch zijn er ook staatsrechtelijke grenzen: de bevoegdheid van de civiele rechter om een gebod te geven de onrechtmatige situatie te beëindigen gaat bijvoorbeeld niet zover dat hij ook een bevel kan geven wetgeving vast te stellen, te wijzigen of in te trekken. Niet elke Nederlandse rechter heeft de beschikking over alle procesrechtelijke remedies. Dat is afhankelijk van het procesrecht dat op hem van toepassing is.

De tweede categorie, de constitutionele remedies in eigenlijke zin, wordt gereguleerd door het staatsrecht. Gegeven het feit dat de toetsing van formele wetgeving doorgaans bij wijze van exceptieve toetsing plaatsvindt, is vooral deze categorie remedies relatief vaak aan de orde. Zij hebben een plaats in het proces van rechtsvinding. Het zijn hulpmiddelen die de rechter in staat stellen om, in het hem voorgelegde geschil, tot een resultaat conform het hogere recht te komen. Elke Nederlandse rechter kent drie van zulke hulpmiddelen: de conforme interpretatie van een *prima facie* onrechtmatig voorschrift, het (bloot) buiten toepassing laten, of het (materieel) onverbindend verklaren van zo'n voorschrift.¹ De grens tussen deze instrumenten is in de rechtspraak

1 Bij materieel onverbindendverklaren gaat het om een rechterlijke overweging dat het voorschrift in al zijn toepassingen onrechtmatig is. Bij formeel onverbindendverklaren gaat het om een soortgelijke constatering die, bij wijze van verklaring voor recht, in het dictum

geen helder afgebakende. Op de gebruikte terminologie valt niet goed af te gaan. Dat geldt met name voor het buiten toepassing laten en de verdragsconforme interpretatie van voorschriften. In de meeste gevallen wordt een bepaling immers slechts buiten toepassing gelaten 'voor zover' niet aan bepaalde criteria is voldaan. In de praktijk valt dan geen verschil te maken met het verdragsconform inlezen van zulke criteria in het voorschrift.

11.3 DE GRENZEN VAN CONFORME INTERPRETATIE EN BUITEN TOEPASSING LATEN

Dat is vooral van belang voor het bepalen van de grenzen van verdragsconforme interpretatie. De rechtsvergelijking leert dat verdragsconforme interpretatie in bijvoorbeeld Duitsland aan relatief strikte grenzen van interpretatietechniek is gebonden. De reden daarvoor is dat in Duitsland de reguliere rechter primair de bevoegdheid tot verdrags- en grondwetsconforme interpretatie uitoefent, terwijl het BVerfG het monopolie op de nietigverklaring van wetgeving heeft. Zou de reguliere rechter zijn mandaat tot conforme interpretatie oprekken, dan zou hij dit monopolie doorkruisen. Voor de Nederlandse rechter geldt dat alle constitutionele remedies in dezelfde hand rusten. Hij kan daarmee dan ook verhoudingsgewijs pragmatisch omgaan. De grenzen die de Nederlandse rechter respecteert zijn eerder institutioneel dan tekstueel van aard. De tekst van de wet noch de bedoeling van de wetgever is allesbepalend voor de vraag of de Nederlandse rechter verdragsconform kan interpreteren. Het gaat om een bredere afweging van een reeks factoren die gezamenlijk onder de noemer te scharen zijn van de rechtsvormende taak of, zoals Koopmans het ooit treffend noemde, de polsstok van de rechter.² Daarmee lijkt de wijze waarop de Nederlandse rechter zijn interpretatieve mandaat invult merkwaardig veel op de wijze waarop de Britse rechter dat doet in het kader van de toetsing onder de *Human Rights Act* 1998. Het maakt kennelijk niet uit dat de Britse rechter in die wet (art. 3) het expliciete mandaat heeft gekregen om wetgeving *as far as possible* verdragsconform te interpreteren, terwijl de Nederlandse rechter uitsluitend een, nota bene zelf geformuleerde, ongeschreven bevoegdheid toekomt. Evenmin lijkt het veel uit te maken dat de Nederlandse rechter zich uiteindelijk gedekt weet door zijn toetsingsbevoegdheid onder artikel 94 Grondwet, terwijl de Britse rechter die bevoegdheid niet heeft.

Wat is de ratio van dit gebrek aan onderscheid? Kennelijk zijn de artikelen 94 Gw en 3 HRA, even los van hun tekst, minder te beschouwen als formele grondslag voor een bepaalde activiteit ('buiten toepassing laten' of 'interpretatie, zijnde het invulling geven aan een tekst die voor meerderlei uitleg vatbaar is'), maar worden zij door de rechter opgevat als een mandaat om het ver-

van de civielrechtelijke uitspraak staat. Volgens sommige auteurs is dat overigens onjuist. Zie §3.2.2 en 3.3.2.

2 Koopmans 1979.

dragsrecht te effectueren. De rechter laat dus niet 'buiten toepassing' of 'legt verdragsconform uit'. Hij doet wat nodig is om het EVRM op nationaal niveau te effectueren. Daarvoor heeft hij een zekere mate aan flexibiliteit nodig, en die heeft hij ook. Maar er is een grens en dat is het primaat van de politiek bij het vormgeven van het recht. Waar de rechter dat primaat in zicht krijgt, wordt het tijd na te gaan denken of de remedie nog wel kan worden gebruikt.

Het hanteren van een strikt onderscheid tussen buiten toepassing laten en conforme interpretatie wordt weleens verdedigd door te verwijzen naar een 'Kelseniaans' onderscheid tussen negatieve rechtsvorming en positieve rechtsvorming.³ De bevoegdheid tot conforme interpretatie is in die optiek, als zij niet wordt gebonden aan tekstuele en heuristische grenzen, in potentie veel verstrekkender dan de bevoegdheid een regeling buiten toepassing te laten. Om die reden kan het veilig zijn, conforme interpretatie te reserveren voor die gevallen waarin de tekst van de wet relatief vaag of ambigu is, en voor de overige gevallen te verwijzen naar de bevoegdheid het voorschrift zo nodig buiten toepassing te laten. De praktijk laat zien dat het zo niet werkt, en dat dit ook niet nodig is. Om te beginnen kan ook het buiten toepassing laten van voorschriften tot staatsrechtelijk gevoelige problemen leiden. Het lijkt immers zo simpel om 'alleen het problematische deel' van het voorschrift buiten toepassing te laten, maar juist dat is in de praktijk niet eenvoudig. Ik heb geprobeerd dat met een huurauto, een BPM-aanslag en een grensdorpie te illustreren.⁴ Juist bij de keuze waar de grens tussen rechtmatige toepassing en onrechtmatige toepassing te leggen, is sprake van rechtsvorming, ook als men weet dat het criterium dat door de wet wordt aangelegd in strijd is met eisen van proportionaliteit en gelijkheid. Het aanvaarden van een waterscheiding tussen conforme interpretatie en buiten toepassing laten, zou bovendien leiden tot de onevenwichtigheid dat in wezen hetzelfde mensenrechtelijke probleem, afhankelijk van de gevolgde wetgevingstechniek, de ene keer geredieerd kan worden en de andere keer niet. Positieve rechtsvorming door de rechter is evenmin per definitie ingrijpender dan negatieve rechtsvorming. Het buiten toepassing laten van de bevoegdheid om krakers uit hun woning te zetten kan vanuit maatschappelijk oogpunt bijvoorbeeld aanmerkelijk gevoeliger liggen dan het scheppen van een recht voor familieleden van onwettige kinderen om op te komen tegen een afwijzende beschikking inzake de voogdij over deze kinderen. De rechtspraak laat zien dat zowel tegen het buiten toepassing laten van voorschriften, als tegen de verdragsconforme interpretatie ervan, bezwaren kunnen bestaan.

3 Vgl. o.m. Kelsen 1945, p. 268-269. Het onderscheid tussen positieve en negatieve rechtsvorming begint weer populair te worden in het hedendaagse staatsrecht. Vgl. Uzman, Barkhuysen & Van Emmerik 2011; Brewer-Carías 2011, p. 5-12; Boogaard 2013, p. 73.

4 Zie §3.2.2.2 onder '*Splitsing en rechtsvorming*'.

11.4 AFZIEN VAN EEN REMEDIE

Die bezwaren zijn vooral institutioneel van aard. Hoewel de Hoge Raad suggereert dat hij steeds zal proberen buiten toepassing te laten als dat een oplossing is van het geschil, is de praktijk een andere. Ook wanneer het buiten toepassing laten van problematische voorschriften in de praktijk zou leiden tot een beleidskeuze, of tot een disproportionele situatie ziet hij daarvan af. In zoverre is het afwegingskader zoals de Hoge Raad dat in 1999 formuleerde misleidend. Of het nu mogelijk is om buiten toepassing te laten of niet, de belangrijkste toets voor de rechter is of hij tegen politieke keuzes aanloopt bij het bieden van een remedie.

Ziet de rechter ervan af om een voorschrift buiten toepassing te laten, dan rijst de vraag of de rechter 'op een andere wijze' in het rechtstekort kan voorzien. Hij doet dat door het problematische voorschrift of het omringende recht verdragsconform te interpreteren, zoals gezegd desnoods met voorbijgaan aan de tekst van de wet en de bedoeling van de wetgever. Dit leidt hem in zulke gevallen tot aan de grenzen van zijn rechtsvormende taak. Ik heb betoogd dat hij zo'n taak heeft. De grondslag zoek ik echter niet in artikel 81 RO, dat slechts op de Hoge Raad betrekking heeft en bovendien pas van relatief recente datum is. Het is, in bredere zin, gebaseerd op het interpretatieve mandaat van de rechter. Dat sluit aan bij de gedachte dat de rechter het geschreven recht nu eenmaal interpreteert, en dat dit hem kan nopen om daarbij keuzes te maken. De rechtsvorming die gemoeid kan zijn met de toetsing van wetgeving aan verdragsrecht is soms echter van een andere orde. De grondslag voor zulke rechtsvorming zocht ik in artikel 94 Grondwet en de noodzaak het 'recht met voorrang' te effectueren.

In sommige gevallen beschouwt de rechter zijn polsstok te kort om tot het bieden van rechtsbescherming over te gaan. Het elastiek van de rechtsvormende taak zou dan scheuren. De vraag of daarvan sprake is zet de rechter in de sleutel van het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Dat leidt hem tot een belangenafweging waarbij hij de plicht tot het bieden van rechtsbescherming afweegt tegen het belang van staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid. Wat opvalt is echter dat er vervolgens zelden een afweging volgt, tenminste niet expliciet. Voor rechtsbescherming wordt gekozen wanneer de oplossing zich uit het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de wetsgeschiedenis laat afleiden. In de praktijk belangrijker is de richtingwijzer de andere kant op: voor abtineren wordt gekozen wanneer de rechter gedwongen zou worden tot rechtspolitieke en beleidsmatige keuzes. Dat is echter alleen de theorie. In de praktijk besluit de rechter óók tot zo'n houding wanneer het bieden van rechtsbescherming, in welke vorm dan ook, de rechtszekerheid van derden raakt, anderszins in strijd komt met een fundamenteel rechtsbeginsel, of als zijn beslissing de beleidsvrijheid van de wetgever zou doorkruisen.

Dat roept de vraag op hoe dat te rijmen is met het uitgangspunt van artikel 94 Grondwet. In institutionele zin is die bepaling te beschouwen als opdracht

van de grondwetgever om het verdragsrecht bij normcollisies te effectueren. Ik meen dat deze opdracht zo opgevat moet worden dat uitzonderingen daarop alleen mogelijk zijn zolang het effectueren van het verdragsrecht als zodanig niet in gevaar komt. Voor uitzonderingen is dus alleen plaats als dit een nieuwe verdragsschending tot gevolg zou hebben, of als de belangen van derden – die zich vaak ook op verdragsrecht zullen kunnen beroepen – in het geding zijn. Dat laat onverlet dat de rechtspraak er anders uitziet dan ik hier betoog.

Beroept de rechtszoekende zich op het Unierecht, dan kunnen de kaarten intussen anders liggen. In een aantal zaken overweegt in elk geval de belastingrechter in zo'n geval dat hij tot buiten toepassing laten van de regeling verplicht is, ook als dat tot een disproportionele uitkomst leidt. Er is op dat punt dus een duidelijk verschil met de wijze waarop diezelfde rechter omgaat met de toetsing aan de mensenrechtenverdragen. De Afdeling was op dit punt minder strikt in de leer, zij het dat het in de desbetreffende zaak om een uitzonderlijk geval ging en de Afdeling in elk geval haar best deed om ruimte te scheppen voor rechtsherstel door het bestuur.

11.4.1 Vorm en gevolgen van abstineren

Gaat de kwestie de rechtsvormende taak van de rechter te buiten, dan ziet hij af van het bieden van een remedie. In vroeger tijd liet hij de toetsing dan ook maar meteen achterwege. Dat doet hij nu over het algemeen niet meer. De klager krijgt wel de bevestiging dat zijn klacht gegrond was. Let wel: zijn klacht is gegrond. Gaat het om een bestuursrechtelijke of een belastingrechtelijke procedure dan luidt het dictum dat het *beroep* ongegrond is. De rechter laat het dan, tenminste voorlopig, aan de wetgever over om zich met de kwestie '*auseinanderzusetzen*'. Een dogmatisch zeer, maar praktisch minder interessante vraag is of de wetgever verplicht is dan de wetgeving te wijzigen. Een praktisch zeer, maar dogmatisch minder aardige vraag is of de wetgever dat in de praktijk ook doet.

Het antwoord op de eerste vraag is diffuus. De wetgever is inderdaad verplicht een wettelijke regeling die in strijd is met het EVRM of het Unierecht aan te passen. Dit volgt echter uit de volkenrechtelijke en Europeesrechtelijke binding aan die rechtsordes, en niet uit de uitspraak van de rechter. Dat roept de vraag op of de wetgever gebonden is aan het oordeel van de rechter. Procesrechtelijk is dit niet het geval, maar ik heb betoogd dat het procesrecht zich niet goed leent om het antwoord op zo'n vraag te normeren. Het is in wezen een staatsrechtelijke kwestie. Vanuit staatsrechtelijk perspectief zie ik wel een aanknopingspunt voor een plicht van de wetgever om het oordeel van de rechter te respecteren. Dat aanknopingspunt ligt in een beginsel van constitutionele hoffelijkheid die rechter en wetgever jegens elkander in acht nemen. De plicht is echter niet hard: er zijn uitzonderingen op mogelijk. De

praktijk leert evenwel dat de wetgever het oordeel van de rechter steeds volgt. Wel doet hij dat doorgaans traag. Het duurt vaak jaren voor de wetswijziging zijn beslag heeft gekregen. De burger dient dus zitvlees te hebben. Daar komt bij dat de wetgever de kwestie over het algemeen alleen voor de toekomst regelt. Klagers bij wie de schending in het verleden aanleiding was tot schade, materieel of immaterieel, hebben dan pech.

De mogelijkheden voor de teleurgestelde burger om daar wat aan te doen zijn beperkt. Hoewel de rechter, wanneer hij abstineert, daaraan doorgaans toevoegt dat de *terme de grâce* slechts tijdelijk is, en dat de rechter er – als het te lang duurt – anders over kan gaan denken, levert dat voor de teleurgestelde burger doorgaans niet zo veel op. In de eerste plaats blijkt het in de praktijk voorlopig om een loos dreigement te gaan. In de tweede plaats is de zaak van de desbetreffende klager uit het rechterlijk systeem. De rechter zal moeten wachten op een nieuwe zaak. Concepten zoals het gezag van gewijsde en de formele rechtskracht staan er over het algemeen bovendien aan in de weg dat dezelfde oplettende burger zijn zaak opnieuw aanbrengt. Dat roept de vraag op of de teleurgestelde burger dan in elk geval zijn schade vergoed kan krijgen.

11.4.2 Schadevergoeding

Nu de meeste gevallen van rechterlijk abtineren, afgezien van het familierecht, plaatsvinden in het belastingrecht en, op geruime afstand, het bestuursrecht, zou het uiteraard het mooist zijn wanneer de klager zijn vordering tot schadevergoeding bij diezelfde rechter indient. Toch is dat niet mogelijk. De bevoegdheid van zulke rechters tot het toekennen van schadevergoeding is gekoppeld aan de gegrondverklaring van het beroep. Aangezien het rechterlijk abtineren resulteert in ongegrondheid, is er processueel geen mogelijkheid tot schadevergoeding. Wel kan de klager terecht bij de civiele rechter. Voor zover het gaat om wetgeving die door uitvoeringsbesluiten wordt geconcretiseerd zijn er ook hier echter complicaties. Als de bestuursrechter, als gevolg van de *terme de grâce* het beroep ongegrond heeft verklaard, zou een zeer strikte lezing van de leer van de formele rechtskracht inhouden dat de civiele rechter van de rechtmatigheid van het bovenliggende besluit zou moeten uitgaan. Wordt het besluit beschouwd als schadeveroorzakend handelen, dan zou de klager dus met lege handen staan. Ik betoog dat dit een krampachtige uitleg van de leer van de formele rechtskracht zou zijn, en dat de civiele rechter op dit punt soepelheid past.

Een tweede complicatie kan optreden als de teleurgestelde burger reeds ziet aankomen dat de bestuursrechter abstineert (bijvoorbeeld omdat dit zojuist in een parallelle zaak is gebeurd), en om die reden onmiddellijk besluit tot een vordering tot schadevergoeding. In zo'n geval dient hij, strikt genomen, tóch eerst de bestuursrechtelijke weg te bewandelen. Veel meer dan vertraging levert dat echter niet op. De civiele rechter kan in zo'n geval besluiten dat

de bestuursrechtelijke rechtsgang, in dit specifieke geval, met onvoldoende waarborgen is bekleed. De bestuursrechter beschikt in zo'n geval immers niet over de enige vorm van redres die de burger baat. Vanuit het perspectief van de rechtsbescherming is dat aan te bevelen. Er is ook iets tegenin te brengen. De bestuursrechter krijgt zo niet de 'nieuwe zaken' die hij nodig heeft om zijn dreigement dat hij, als het allemaal te lang duurt, alsnog zélf aan de slag gaat, levend te houden. Er valt wat voor te zeggen om het 'volgen' van de wetgever in één hand te houden. Dit pleit er dan echter te meer voor, om de schadevergoedingsbevoegdheid van de bestuurs- en de belastingrechter te verruimen. Zij kunnen daar zelf in dit specifieke geval overigens aan bijdragen door het beroep, ook wanneer zij abtineren, gegrond te verklaren en de rechtsgevolgen van het besluit in stand te laten.

Ook het materiële aansprakelijkheidsrecht maakt het de rechtszoekende niet gemakkelijk.

Voor wat betreft de materiële schade zit het probleem hem vooral in de causaliteit van de schade. Abtineert de rechter omdat er verschillende verdragsconforme beleidsuitkomsten mogelijk zijn waartussen hij niet wil kiezen, dan valt te betogen dat de benadeelde eventueel vermogensnadeel ook had kunnen lijden als de wetgever de wet rechtmatig had vastgesteld. Betoogd is wel dat de rechter in zo'n geval nooit schade of causaliteit kan aannemen. Ik wijs die redenering af, net als de gedachte dat er stééds schade en causaliteit is. Het alternatief, waarin de rechter aansluit bij wat hij denkt dat de wetgever zou hebben gedaan als hij geweten had van het mensenrechtelijke probleem, lijkt mij wel verdedigbaar, maar het lijkt de rechter ook in een lastig parket te brengen. Hij zou dan alsnog de keuze maken die hijzelf, of de bijzondere rechter, in eerste instantie niet wilde maken. De oplossing lijkt mij er in gelegen dat de rechter, als de kans zich voordoet, op dit terrein de mogelijkheden verkent om de schade uit te drukken in *loss of opportunities*. Het verlies van de kans zou er dan in bestaan dat de burger geen kans meer heeft gehad om zijn belangen adequaat te verdedigen in het politieke proces, omdat zijn belang het heeft afgelegd tegen een, achteraf niet-legitiem of overschat belang. Dit voorstel maakt de rechter niet minder kwetsbaar, maar het ontwijkt het alles-of-niets karakter van de huidige discussie.

Een tweede mogelijkheid zou zijn om de teleurgestelde burger die geconfronteerd werd met een *terme de grâce*, een vergoeding van immateriële schade toe te kennen. De rechtspraak in Nederland daarover is sterk in ontwikkeling. In beginsel wordt aangenomen dat de schending van een fundamenteel recht aanleiding kan zijn om tot vergoeding van immateriële schade over te gaan. De invulling van deze rechtspraak is voorlopig echter zeer terughoudend. In minstens één geval werd geëist dat het om een gekwalificeerde schending moest gaan. Het enkele feit dat men geraakt is in een EVRM-recht lijkt vooralsnog niet genoeg.

11.5 EFFECTIEVE RECHTSBESCHERMING

Zoals gezegd, vloeit in mijn optiek de legitimatie van rechterlijke rechtsvorming in het kader van het bieden van rechtsbescherming, voort uit het feit dat de rechter op zo'n moment het Europese en internationale recht effectueert. Dat maakt de normen die op dit effectueren zien, relevant. Ik gebruik daarvoor als aanknopingspunt het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Hoe verhoudt zich de Nederlandse *terme de grâce* tot dat beginsel? Ik heb deze vraag geprobeerd te beantwoorden aan de hand van de wijze waarop, met name, de Europese rechters dit beginsel invullen. Welke aanknopingspunten biedt deze rechtspraak om het beleid van de Nederlandse rechter te beoordelen?

Evenals in de vorige paragraaf splitst het antwoord op deze vragen zich op in twee aspecten: een materieel en een formeel aspect. In het laatste geval gaat het om een positiefrechtelijke analyse van de beginselen van effectieve rechtsbescherming en voorrang in de respectievelijke verdragen en het recht van de Europese Unie. Het materiële aspect van deze vragen betreft een meer normatieve kwestie: hoe moeten de beginselen van effectieve rechtsbescherming en voorrang worden opgevat? Ik ga eerst in op het positieve recht, en zie dan de normatieve kwestie onder ogen.

11.5.1 De Europese dimensie: het Straatsburgse perspectief

Het beginsel van effectieve rechtsbescherming is, voor wat betreft het internationale recht, vastgelegd in een aantal verdragen. In deel II werd onder meer ingegaan op de artikelen 2 lid 3 IVBPR en artikel 13 EVRM. De analyse leverde voor wat betreft artikel 2 lid 3 IVBPR weinig harde aanknopingspunten op. De vraag of deze bepaling ziet op het handelen van de formele wetgever, en aan welke normen de toetsing van formele wetgeving dan zou moeten voldoen, wordt niet beantwoord door het artikel, de totstandkomingsgeschiedenis of de oordelen van het Comité. Meer valt af te leiden uit de rechtspraak over artikel 13 EVRM, iets dat niet zal verbazen.

11.5.1.1 Toepasselijkheid van artikel 13 EVRM

Het vertrekpunt bij de interpretatie van artikel 13 EVRM is dat deze bepaling niet zover gaat van lidstaten te eisen dat zij het EVRM incorporeren of dat zij een stelsel van constitutionele toetsing van wetgeving invoeren. Dat geldt zowel voor directe als voor indirecte (exceptieve) toetsing van wetgeving. Dit is vaste rechtspraak van het EHRM. De afgelopen jaren leken enkele uitspraken van het Hof aanleiding te geven tot de conclusie dat de rechtspraak afgezwakt of zelfs verlaten zou worden, maar ik heb het standpunt ingenomen dat dit niet zo is. In zoverre is artikel 13 EVRM dus niet van toepassing op de problematiek van de Nederlandse *terme de grâce*. Op deze rechtspraak is echter veel

kritiek gekomen, en ik heb mij inhoudelijk bij deze kritiek aangesloten. De kritiek richt zich met name tegen het feit dat zo een gat in de rechtsbescherming ontstaat dat door het, reeds overbezette, EHRM zal moeten worden gevuld. De rechtspraak gaat bovendien uit van de gedachte dat over de noodzaak tot toetsing en incorporatie in de Raad van Europa verschillend wordt gedacht. Hoewel het debat over toetsing springlevend is, mag echter niet worden vergeten dat alle landen van de Raad van Europa het EVRM inmiddels hebben geïncorporeerd, dat alle landen *een* vorm van rechterlijke toetsing van wetgeving kennen, en dat dit in verreweg de meeste landen *'strong-form'* constitutionele toetsing is. Ik heb het loslaten van deze jurisprudentie bovendien bepleit met het oog op het afnemende draagvlak van het EHRM in landen als Nederland en het Verenigd Koninkrijk. Er wordt regelmatig gepleit voor een drastische decentralisatie van de mensenrechtenbescherming onder het EVRM. Ik meen dat dit alleen kan als de nationale rechter het vacuüm dat daardoor ontstaat kan vullen. Dat pleit ervoor dat het Hof de aandacht de komende jaren verlegt naar de procedurele rechten in het EVRM, en dat het enige richting geeft aan de discussie over hoe effectieve rechtsbescherming er, binnen de kaders van de nationale identiteit en de constitutionele verhoudingen, uit kan zien. Het deed dat immers in veel gevallen met groot succes onder de materiële artikelen.

Ik ben vervolgens op zoek gegaan naar aanknopingspunten in de rechtspraak van het Hof. Hoe zou de *terme de grâce* moeten worden beoordeeld vanuit het perspectief van de nu reeds beschikbare rechtspraak? Ik kwam tot de volgende antwoorden.

Om te beginnen concludeerde ik dat de zogenaamde *Auerbach*-jurisprudentie achterhaald is, en moet worden opgevat als gelegenheidsrechtspraak.⁵ De daarin opgeworpen claim dat de klager geen materiële schade heeft als de wetgever de kwestie ook zodanig op een rechtmatige wijze had kunnen regelen dat de schade was blijven bestaan, moet in zijn algemeenheid worden verworpen. Zij past niet bij de wijze waarop het EHRM zélf de bevoegdheid tot het toekennen van compensatie invult.

11.5.1.2 Schadevergoeding

De jurisprudentie van het Hof op dit punt is genuanceerd. Of een schadevergoeding op zijn plaats is, wordt door het Hof beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval. Met name de vraag of het toekennen van de schadevergoeding een nieuwe discriminatie in het leven roept is van belang. Daarnaast is ook van belang hoe groot de benadeelde groep is die nu meent aanspraak te maken op schadevergoeding. Heeft de wetgever inmiddels al een keuze voor *level up* of *level down* gemaakt, dan wordt ook die keuze in

5 EHRM (ontv.) 29 januari 2002, no. 45600/99 (*Auerbach t. Nederland*).

de afweging betrokken. Tot slot zijn de aard van het rechtsgebied en de aard van het discriminerende voorschrift van belang.

Dit toetsingskader wijkt voor een belangrijk deel af van het toetsingskader van de Nederlandse rechter. Hoewel ook de Nederlandse rechter abstineert wanneer hij meent dat het remediëren van de schending een nieuwe, andere, schending tot gevolg heeft, blijft het daartoe niet beperkt. Ook de aard van de schending blijft in het Nederlandse toetsingsmodel, formeel tenminste, buiten beschouwing. Hoewel de Nederlandse rechter strikt genomen in een andere positie zit – het gaat hem niet om de schadevergoeding maar om de vraag of hij de benadeelde dient te geven waarop ook de bevoordeelde recht had – en hij, eveneens strikt genomen, helemaal geen beslissing neemt, moeten de verschillen in positie tussen Straatsburg en Den Haag (of Utrecht) niet worden overdreven. Als de Nederlandse rechter abstineert dan weet hij, gelet op de praktijk van de wetgever, in elk geval dat, in financiële procedures, de klager voor het verleden in elk geval geen redres krijgt. Dat komt dus materieel neer op het ontkennen van het voordeel, of de schade. In zulke gevallen lijkt het mij geen slechte zaak als de Nederlandse rechter zich meer oriënteert op de Straatsburgse rechtspraak, hoe schimmig die vaak ook is. In elk geval in dit soort kwesties ligt er relatief uitgewerkte en gemotiveerde rechtspraak.

Iets soortgelijks geldt voor de vergoeding van immateriële schade. Hoewel de Straatsburgse rechtspraak op dit punt bijzonder vaag is, valt in één oogopslag wel op dat de Nederlandse rechter daar veel terughoudender in is dan de Straatsburgse. De Nederlandse rechter ziet in theorie ruimte, maar stelt in de praktijk hoge eisen, tenzij hij een direct bevel van het EHRM krijgt zoals het geval was in de rechtspraak over de redelijke termijn. Hoewel de rechtspraak van het EHRM onduidelijk is, lijkt daaruit wel af te leiden dat het Hof in elk geval in de sfeer van het personen- en familierecht relatief eenvoudig immateriële schade aanvaardt. De aard en het gewicht van het belang van de klager, en de snelheid en zekerheid waarmee hij wetswijziging tegemoet kan zien, kan ook een factor van belang zijn. Een enkele keer lijkt het Hof wetswijziging te willen bespoedigen door het toekennen van schadevergoeding. Dat lijkt mij in de Nederlandse context vooralsnog niet nodig, maar het heeft wat weg van de overweging van de belastingkamer van de Hoge Raad, waarin hij een mogelijk onwillige wetgever waarschuwt dat hij er in de toekomst anders over kan denken.

11.5.1.3 Toelaatbaarheid van de terme de grâce

Daarmee is nog niets gezegd over de principiële vraag of het eigenlijk acceptabel is dat een rechter een geslaagd beroep op een EVRM-recht in het geheel niet honoreert met een remedie. Zoals gezegd, valt uit de rechtspraak onder artikel 13 EVRM weinig meer op te maken, dan dat het algemene uitgangspunt is dat men recht heeft op behandeling door een onafhankelijke en onpartijdige instantie die ook in staat is om te voorzien in redres. Wel is het zo dat de

rechtsbescherming ‘in stukjes’ geknipt en verdeeld kan worden over verschillende instanties. Dat maakt het in theorie mogelijk dat de rechter vaststelt dát er sprake is van een schending, en dat hij het redres overlaat aan de – volstrekt niet onafhankelijke – wetgever. Uit de ontvankelijkheidsjurisprudentie onder artikel 35 EVRM, in Britse zaken over de *declaration of incompatibility*, kan voorzichtig worden afgeleid dat het Hof daar wel voor open staat. Dan is wel essentieel dat de wetgever zich gebonden acht aan het oordeel van de rechter. Dat hoeft echter geen formele binding te zijn, het is voldoende als er een vaste praktijk is waarbij de wetgever de uitspraken van de rechter stevast implementeert. Het EHRM is wel relatief duidelijk over het feit dat deze vorm van redres uitsluitend acceptabel is als geen sprake is van geleden schade. Een en ander laat dus onverlet dat de klager zijn schade ergens vergoed moet kunnen krijgen. Op de kwestie wát dan als te vergoeden schade te gelden heeft, ben ik hiervoor al ingegaan.

Dan de kwestie van het tijdsverloop. Het feit dat de nationale rechter het nationale recht gedurende een *terme de grâce* ongewijzigd blijft toepassen, lijkt intussen door de Straatsburgse beugel te kunnen. In de schaarse zaken waarin dat expliciet aan de orde was, overwoog het EHRM dat dit toelaatbaar was. In die zaken ging het in de meeste gevallen om kwesties waarin de nationale rechter abstineerde met het oog op de rechtszekerheid. Er zijn echter geen aanknopingspunten om te veronderstellen dat het Hof een andere koers zou varen als geabstineerd wordt uit overwegingen van machtscheiding. Dat het Hof een *terme de grâce* als zodanig lijkt te kunnen billijken, neemt intussen niet weg dat het Hof zich, in het kader van de toetsing onder materiële verdragsartikelen, een enkele keer tot de nationale rechter wendt om duidelijk te maken dat het nu lang genoeg heeft geduurd. Het roept dan de nationale rechter op om zijn verantwoordelijkheid te nemen, of het stelt – achteraf – vast dat het niet inziet waarom de nationale rechter dat niet gedaan heeft. Het gaat dan wel om een zeer lang tijdsverloop in de orde van tien tot vijftien jaar. Tot slot lijkt voorzichtig uit enkele ontvankelijkheidsbeslissingen te kunnen worden afgeleid dat er wel een voorziening moet zijn voor diegenen die niet gebaat zijn bij een nieuwe regeling. Een wettelijke regeling met zuiver toekomstige werking is, met andere woorden, toelaatbaar, maar dan moet er toch iets gedaan worden voor diegenen die daar niet van profiteren. Is dat niet het geval, dan accepteert het Hof deze klagers in Straatsburg met het compliment dat de nationale autoriteiten de kwestie mooi opgepakt hebben, maar ook met de expliciete verzuchting dat het zich dan wel over het verleden zal moeten ontfermen. Ik meen dat het dezer dagen van groot belang is dat het nationale rechtssysteem zulke verzuchtingen van het EHRM zo veel mogelijk voorkomt.

De Nederlandse *terme de grâce* lijkt, afgezien van de kwestie van de schadevergoeding, met deze – zoals gezegd weinig ‘harde’ – rechtspraak van het EHRM in overeenstemming. De Nederlandse wetgever is procesrechtelijk weliswaar niet gebonden aan het toetsingsoordeel van de nationale rechter, maar hij voldoet denk ik wel aan de eis van het Hof dat er een vaste praktijk

van het volgen van rechterlijke uitspraken moet zijn. De Nederlandse rechtspraak kan, in potentie tenminste, bovendien redelijk gemakkelijk voldoen aan de eis dat eventuele schade bij een rechter vergoed moet kunnen worden. Ik kom daar nog op terug met enkele aanbevelingen op dit punt. Een knelpunt zou nog wel de duur van het wetgevingsproces kunnen zijn, in combinatie met het feit dat de wetgever doorgaans geen regeling voor het verleden treft.

11.5.2 Het Luxemburgse perspectief

Het beginsel van effectieve rechtsbescherming maakt ook onderdeel uit van het recht van de Europese Unie. Waar communautair recht in het geding is, rust op de nationale rechter de verplichting om effectieve rechtsbescherming te verlenen. Deze plicht vloeit bovendien voort uit de principiële voorrang die het Unierecht geniet in de rechtsordes van de lidstaten. Zij gaat ver.

In beginsel is de nationale rechter verplicht om alle nationale constitutionele obstakels terzijde te schuiven bij het effectueren van communautaire aanspraken. Zuiver declaratoire vaststelling dat van een schending van Unierecht sprake is, is doorgaans niet voldoende. Datzelfde geldt voor symbolische schadevergoedingen. Zo nodig eist het communautaire beginsel van effectieve rechtsbescherming dat het nationale recht vergaand conform geïnterpreteerd wordt. Ten aanzien van *underinclusiveness*, dus de schending van het communautaire gelijkheidsbeginsel bij begunstiging – doorgaans de grootste groep gevallen waarin de kwestie in Nederland en Duitsland aan de wetgever wordt overgelaten – geldt bovendien dat het Hof van Justitie stevast van oordeel is dat de schending dient te worden opgeheven door de benadeelde groep het voordeel toe te kennen dat de bevoordeelde groep reeds genoot. Van een rechtspolitieke keuze lijkt het Hof in een dergelijk geval niet uit te gaan.

De praktijk van sommige nationale rechters in de Unie, om de wetgever een termijn te gunnen om de schending integraal te verhelpen, staat voorlopig op gespannen voet met de rechtspraak van het Hof van Justitie. Zij zou afbreuk doen aan de voorrang van het communautaire recht in het recht van de lidstaten. Wel lijkt het Hof van Justitie sinds kort een bescheiden nuance te hebben aangebracht. Uitsluitend waar de reden voor terughoudendheid van de nationale rechter gelegen is in de bescherming van fundamentele belangen van derden, acht het Hof van Justitie een uitzondering mogelijk. Het Hof bepaalt, over de band van de prejudiciële procedure, echter zelf wanneer sprake is van een dergelijk uitzonderlijk geval. Constitutioneel-democratische motieven, dus het respecteren van de keuzevrijheid van de wetgever, lijken in dat verband vooralsnog te licht om van een dergelijk uitzonderlijk geval te spreken. Bovendien dient vast te staan dat de wetgever bij de vraag of een nieuwe regeling moet worden vastgesteld, geen discretie toekomt. Waar van een uitzondering kan worden gesproken, geldt die enkel de situatie dat het aan de wetgever wordt overgelaten hoe een nieuwe regeling er uit komt te

zien. Het is evenwel niet onmogelijk dat het Hof van Justitie deze rechtspraak in de komende jaren verder uitbouwt. Dat zou in elk geval aansluiten bij de hernieuwde aandacht voor de nationale identiteit van de lidstaten en hun constitutionele en politieke structuren, zoals vastgelegd in het nieuwe artikel 4 lid 2 EU-Verdrag. Deze hernieuwde aandacht lijkt, met de nodige voorzichtigheid, ook waar te nemen in de rechtspraak van het Hof van Justitie, zoals de uitspraak in de zaak *Omega Spielhallen* en de conclusie van Advocaat-Generaal Maduro in de zaak *Michaniki* illustreren.⁶ Onduidelijk blijft nog wel in hoeverre deze grotere ruimhartigheid zich in de toekomst zal ontwikkelen, en of onder nationale constitutionele identiteit ook de taakverdeling tussen rechter en wetgever moet worden verstaan.

De Nederlandse rechtspraak anticipeert intussen reeds gedeeltelijk op de relatief strenge houding van het Hof van Justitie. In zoverre is er onder het Unierecht geen probleem. Wel kan de onverdedigbare situatie ontstaan dat een claim onder het Unierecht tot een betere rechtsbescherming van de burger – en spiegelbeeldig tot een grotere inbreuk op de politieke prerogatieven van de wetgever – kan leiden dan dezelfde claim onder het EVRM. Dat lijkt mij zeer ongewenst. Het is bovendien de vraag of de rechtspraak van het Hof van Justitie niet wat eenzijdig van het belang van het Unierecht uitgaat. Ook dat Unierecht ligt tegenwoordig ernstig onder vuur. Het zou de democratische legitimatie van dat Unierecht ten goede komen als nationale wetgevers, binnen de kaders die het beginsel van effectieve rechtsbescherming te bieden heeft, over iets meer armslag zouden beschikken. De aanvliegroute zoals ik die bij de bespreking van de EHRM-rechtspraak heb geschetst zou daarvoor aanknopingspunten kunnen bieden. Ik voeg er één aan toe, en dat is dat bezien zou kunnen worden in hoeverre het materiële beginsel structureel onder druk zou komen te staan wanneer de klager in deze specifieke zaak niet onmiddellijk zijn materiële gelijk zou krijgen. Ik werk dat in het kader van de aanbevelingen nader uit.

11.6 BETEKENIS VAN DE RECHTSVERGELIJKING

In de voorgaande hoofdstukken is een uitvoerig beeld geschetst van de grondrechtenbescherming in drie verschillende landen. De onderscheidenlijke posities van rechter en wetgever, en het arsenaal aan remedies waarover elke nationale (constitutionele) rechter daarbij beschikte, stond in dat verband centraal. Deze studie levert een schat aan indrukken en ervaringen op, zonder dat die indrukken noodzakelijkerwijs of rechtstreeks kunnen leiden tot aanbevelingen voor de Nederlandse rechter. In veel gevallen is een, als positief te waarderen,

6 HvJEG 14 oktober 2004, C-36/02 (*Omega Spielhallen t. Oberbürgermeisterin von Bonn*); HvJEU 16 december 2008, C-213/07 (*Michaniki*). Zie voorts: L.F.M. Besselink, 'National and constitutional identity before and after Lisbon', *Utrecht Law Review* 2010, p. 36-49.

jurisprudentieel of constitutioneel model immers hecht verbonden met de nationale constitutionele identiteit van het betrokken land.

Illustratief is in dat verband het feit dat onder meer de Duitse en Canadese rechters traditioneel aannemen dat zij hun rechtsvormende taak in elk geval niet overschrijden wanneer zij wetgeving algeheel nietig (in het Duitse geval) of onverbindend (in het Canadese geval) verklaren. Zij beschouwen dat als een onlosmakelijk onderdeel van hun taak, en hoewel zij van die bevoegdheid tegenwoordig zelden nog gebruik maken, dient de aanwezigheid ervan wel als reserve-remedie voor gevallen waarin andere remedies de rechter te zeer in de constitutionele gevarenszone zouden brengen. Het lijkt misschien verleidelijk, maar het zou van weinig realiteitszin getuigen om een soortgelijk concept naar de Nederlandse situatie te transplanten. Nietigheid van wetgeving is, zo noteerde Sillen onlangs nog, in Nederland niet de norm en dat zal het vermoedelijk ook niet zo snel worden.⁷ Het onverbindendverklaren met werking *erga omnes* is evenmin aanvaard. Van direct belang voor eventuele aanbevelingen ten aanzien van de knelpunten in de Nederlandse praktijk is een beschrijving van dit gegeven dus niet. Toch dient de beschrijving ervan wel een doel: zij is namelijk onlosmakelijk verbonden met andere elementen in de diverse stelsels van grondrechtenbescherming.

In deze paragraaf wordt niet aan rechtsvergelijking gedaan in de zin dat de verschillen en de overeenkomsten tussen de stelsels uitputtend worden geanalyseerd. Daarvoor is dit boek niet de plaats. Elementen uit de verschillende systemen kunnen evenwel dienen als argument – inspiratiebron voor wie dat zelfs te ver vindt gaan – om op terreinen verbeteringen voor te stellen.

Welke terreinen zijn dat dan?

Ten eerste zal worden ingegaan op de vraag in hoeverre het impliciete uitgangspunt van de Nederlandse rechter, dat sommige keuzes te zeer rechtspolitiek van aard zijn om nog zelf te kunnen maken, ook door andere rechters wordt gedeeld. Staat de Nederlandse rechter daarin alleen, of is rechterlijk abstineren op dit punt juist in alle onderzochte landen de norm? Vervolgens worden de verschillende geïdentificeerde knelpunten nagelopen en bezien of en waarom dergelijke knelpunten in andere landen niet bestaan. In de eerste plaats gaat het daarbij om het toetsingskader dat rechters gebruiken om de plicht tot het bieden van rechtsherstel af te wegen tegen de wens om het primaat van de wetgever zoveel mogelijk te respecteren. Vervolgens wordt bezien hoe, in gevallen waarin deze afweging in het nadeel van de klager uitvalt, het belang van deze klager niettemin zo veel mogelijk gewaarborgd blijft. Tot slot wordt, zij het zeer summier bezien of de rechtsvergelijking iets leert met betrekking tot waarborgen in het wetgevingsproces. Deze exercitie

7 Sillen 2010, p. 160.

mondt vervolgens uit in een tweetal voorstellen om de rechtsbescherming van klagers te optimaliseren.

11.6.1 De *terme de grâce* in vergelijkend perspectief

De maximis non curat praetor? Komt het ook in andere landen voor dat de rechter meent dat sommige zaken eenvoudigweg een beslissing vergen die hij niet in staat is te geven? Het antwoord luidt bevestigend.

Voor de Britse rechter bijvoorbeeld, bevat het constitutionele recht reeds een duidelijke aanwijzing dat niet elke strijd tussen het EVRM en Britse wetgeving door hem kan worden gerepareerd. Weliswaar roept artikel 3 HRA hem op om wetgeving zo mogelijk conform het EVRM te interpreteren, maar die oproep heeft een grens. Waar conforme interpretatie onmogelijk is, dient de rechter zich ertoe te beperken een verklaring van onverenigbaarheid uit te vaardigen (artikel 4 HRA). Hij hoeft dat overigens niet te doen: het betreft een discretionaire bevoegdheid. Hij kan er ook voor kiezen te overwegen dat de desbetreffende wet zich naar zijn oordeel slecht met het EVRM verdraagt, zonder deze constatering te gieten in de vorm van een officiële verklaring. Uitsluitend in het eerste geval beschikt het bestuur dan over een aantal bevoegdheden om de wet versneld aan te passen, en uitsluitend in dat geval zijn regering en parlement op basis van de HRA verplicht om zich over de kwestie te buigen. Laat de rechter de kwestie middels een onverenigbaarverklaring aan de wetgever over, dan is hij deze kwestie definitief kwijt. Laat, met andere woorden, de wetgever de zaken op hun beloop, dan spreekt de rechter niet een nieuwe onverenigbaarverklaring uit. De wetgever is bovendien niet gebonden aan het oordeel van de rechter. Het ligt dan ook niet voor de hand dat de rechter, bij het uitblijven van een reactie van de wetgever, alsnog besluit tot conforme interpretatie. In zoverre reikt, om met Koopmans te spreken, de polsstok van de Britse rechter minder ver dan die van zijn Nederlandse collega, althans in theorie.

11.6.2 Het Britse stelsel

De keuze voor de Britse rechter is dus, vanuit het perspectief van *constitutional design*, eenvoudig: ofwel hij maakt gebruik van zijn bevoegdheid tot conforme interpretatie, ofwel hij laat de kwestie in al dan niet dwingende vorm aan de wetgever over. De methode van conforme interpretatie moet in dit geval worden opgevat als een constitutionele remedie bij uitstek. Beslissend voor de vraag of sprake kan zijn van conforme interpretatie zijn niet de klassieke interpretatiemethoden zoals tekst en wetshistorie. Veeleer laat de Britse rechter zich leiden door een aantal institutionele overwegingen, zoals de vraag of hij het beleid van de wetgever middels interpretatie evident zou doorkruisen,

de vraag of de kwestie noodzaakt tot een integrale modificatie van het wettelijk stelsel, en de vraag of het bieden van rechtsherstel noopt tot een keuze uit verschillende EVRM-conforme interpretaties. Deze benadering komt vrijwel naadloos overeen met de benadering van de Nederlandse rechter, die immers ook de bedoeling en het stelsel van de wet, en de keuzevrijheid voor de wetgever centraal stelt. Hoewel de Nederlandse rechter zich in de verhoudingsgewijs riantere positie bevindt dat hij, wanneer dat een oplossing van het geschil is, de wet altijd nog buiten toepassing kan laten, lijkt toch vooral te moeten worden geconstateerd dat de praktijk van de Nederlandse en de Britse rechter op dit punt, ook in termen van resultaat, zeer dicht bij elkaar ligt gelet op de robuuste wijze waarop Britse rechters de afgelopen jaren van hun interpretatieve bevoegdheid gebruik maakten.

11.6.3 Het Duitse stelsel

Ook de Duitse constitutionele rechter laat het zeer geregeld bij de zuivere (*'bloße'*) verklaring dat de wet onverenigbaar is met bepalingen van de Duitse grondwet. Hij past dan, enigszins paradoxaal, niet de hoofdregel toe dat ongrondwettige wetgeving van rechtswege nietig is. Hij doet dat onder meer wanneer wetgeving in strijd is met het grondwettelijke gelijkheidsbeginsel, maar ook in andere gevallen waarin een regeling op meerdere manieren grondwetsconform kan worden vormgegeven en in gevallen waarin nietigheid van de norm een situatie in het leven zou roepen die met de Duitse grondwet nog slechter te verenigen is dan het tijdelijk voortbestaan van de ongrondwettige norm.

In zulke gevallen gaat het BVerfG er expliciet vanuit dat de wetgever verplicht is het probleem onverwijld te repareren. Grondslag voor deze verplichting is de binding van de wetgever aan het grondwettelijke legaliteitsbeginsel. Zij is in de Duitse literatuur niet omstreden. Mechanismen, zoals het Britse recht inmiddels kent, om te bewerkstelligen dat de wetgever met de kwestie aan de slag gaat, kent het Duitse staatsrecht niet. Daar staat tegenover dat regering en parlement slechts te maken hebben met één duidelijke tegenspeler, het Constitutionele Hof, waarvan de arresten in het Duitse equivalent van het Staatsblad worden geplaatst. Bovendien brengt de onverenigbaarheidsverklaring een opschortplicht met zich voor alle lopende zaken bij reguliere rechters omtrent de voorliggende en soortgelijke zaken. Dit bewerkstelligt dat de klager en justitiabelen die in een soortgelijke positie verkeren, in elk geval kunnen profiteren van reparatiewetgeving.

Zoals uit hoofdstuk 8 naar voren kwam, moet de juridische verplichting tot het initiëren van wijzigingswetgeving worden onderscheiden van de afdwingbaarheid van die plicht. Deze is in de praktijk beperkt. Over de juiste reactie van de rechter op inactiviteit zijdens de wetgever, is de Duitse literatuur verdeeld. Het Constitutionele Hof leek in het verleden vooral de reguliere

rechter te machtigen in dat geval zelf, al rechtsvormend, naar een oplossing op zoek te gaan. Het is echter ook mogelijk dat men er in dat geval voor kiest de regeling alsnog nietig te verklaren. Net als in Nederland, is het in de praktijk echter niet steeds zo dat de rechtspraak 'doorbijt'. Ook de Duitse rechtspraak is terughoudend. Wel kiest het BVerfG er soms voor om, bij wijze van preventieve maatregel, alvast een tijdelijke regeling 'klaar te zetten' voor het geval de wetgever in gebreke blijft.

11.6.4 Het Canadese stelsel

Een middenpositie wordt ingenomen door de Canadese rechter. Ook deze absteineert niet wanneer hij wordt geconfronteerd met ongrondwettige wetgeving die op verschillende manieren grondwetsconform kan worden vormgegeven. Evenmin doet hij dat wanneer het onverbindendverklaren van de wetgeving leidt tot maatschappelijk onaanvaardbare toestanden. De keuze voor de Canadese rechter gaat dan vooral tussen het in-, uit- of beperkend lezen van de wettelijke regeling, of het uitspreken van de onverbindendheid ervan. Licht een rechtspolitieke keuze in het verschiets, en acht hij zich niet in staat deze te maken, dan kiest hij voor de onverbindendverklaring, zij het dat hij die sinds eind tachtiger en begin negentiger jaren uitdrukkelijk voor een bepaalde termijn opschort. Deze *suspended declaration of invalidity* moet worden onderscheiden van het beperken van de temporele gevolgen van nietigheid. In dat laatste geval kan door bepaalde klagers geen beroep worden gedaan op de nietigheid van een voorschrift. In het eerste geval is die nietigheid tijdelijk opgeschort, maar herleeft zij indien de wetgever na verloop van tijd nog steeds niet in actie is gekomen. Het voordeel van deze benadering is haar transparantie. Zowel voor de klagers, als voor de wetgever is het duidelijk wat de gevolgen zijn als de wetgever de kwestie op zijn beloop laat, waartoe hij overigens, anders dan in bijvoorbeeld de Duitse situatie, strikt genomen wel gerechtigd is. Vanuit het perspectief van de voorrang van de grondwet is dit alternatief dan ook aantrekkelijk omdat het bewerkstelligt dat deze voorrang na verloop van tijd geëffectueerd wordt. De vertraging die met het opschorten gemoeid is wordt bovendien geëgitimeerd geacht door de plicht voor de rechter om, indien mogelijk en proportioneel, de democratische prerogatieven van de wetgever te respecteren en maatschappelijke chaos te vermijden. Vanuit het perspectief van effectieve rechtsbescherming van de individuele klager kan het alternatief in sommige zaken minder goed uitpakken. Blijft de wetgever inactief, dan is het gevolg nietigheid van de regeling. Gaat het om een begunstigende regeling, dan wint de klager in dat geval ook niets bij zijn zaak. Niettemin is deze praktijk ook voor dergelijke klagers te prefereren boven onmiddellijke nietigheid van de desbetreffende wet. Schort de rechter de nietigheid op, dan biedt de rechter de wetgever immers de mogelijkheid de kwestie ook voor de klager en zijn lotgenoten op bevredigende

wijze te regelen. In sommige gevallen doet de rechter de wetgever in zijn uitspraak bovendien enkele niet-bindende suggesties aan de hand. Klager wordt daarmee in elk geval een hoopvol perspectief geboden.

11.6.5 Evaluatie

Resumerend kan worden vastgesteld dat de rechterlijke terugtred bij het bieden van rechtsherstel na de vaststelling dat sprake is van een ongrondwettig of EVRM-strijdig voorschrift voornamelijk een Europees fenomeen is. Dat laat onverlet dat in alle bestudeerde rechtssystemen geworsteld wordt met de vraag hoe de rechter de wetgever zoveel mogelijk ruimte en respijt kan gunnen wanneer hij wetgeving in strijd met hoger recht acht. Dat de Nederlandse rechter in sommige zaken overweegt de kwestie over te laten aan de wetgever, is vanuit vergelijkend perspectief dan ook geen gekke gedachte. Hoewel alle rechters, inclusief de Britse, in theorie wel de bevoegdheid hebben om een keuze te maken, maken zij daar zelden gebruik van. De Canadese rechter kan deze keuze in theorie maken, maar hij valt doorgaans terug op de opgeschorte onverbindendverklaring, hetgeen in zekere zin natuurlijk ook een keuze is, maar wel een die het initiatief in belangrijke mate bij de wetgever legt. De Europese nationale rechters leggen het initiatief helemaal bij de wetgever, zij het dat de Duitse en Nederlandse rechters zich het recht voorbehouden in de toekomst van mening te veranderen. De Britse rechter is er nooit toe overgegaan iets dergelijks te claimen en dat ligt, gelet op zijn plaats in het staatsbestel, ook niet voor de hand. Hij weet zich echter gesterkt door de gedachte dat het wetgevingsproces in het Verenigd Koninkrijk bijzondere waarborgen biedt zodat in elk geval een beslissing van de wetgever wordt uitgelokt. In de afweging of hij de kwestie aan de wetgever zal overlaten, lijkt – het zij voorzichtig geopperd – de Britse rechter bovendien impliciet rekening te houden met de vraag of de klager van de wetgever concreet iets te verwachten heeft.

In dat opzicht valt op dat het Nederlandse stelsel vergelijkenderwijs weinig waarborgen biedt voor klagers in wier procedure uiteindelijk door de rechter wordt besloten dat de kwestie er een is voor de wetgever. Wordt, zoals gezegd, in het Verenigd Koninkrijk ingezet op een relatief snelle behandeling door de wetgever (wat overigens lang niet altijd lukt), waarbij in de praktijk bovendien tot dusver steeds op enigerlei wijze werd geconformeerd aan het oordeel van de rechter, in Duitsland wordt recht gedaan aan de belangen van de klager doordat de behandeling van zijn zaak en die van vergelijkbare klagers wordt opgeschort totdat de wetgever voor reparatiewetgeving heeft gezorgd. Door middel van analoge toepassing van die wetswijziging, dan wel *ex nunc* toetsing kan de reguliere rechter er vervolgens zorg voor dragen dat deze groep in elk geval van de wetswijziging profiteert. De Duitse rechter verbindt bovendien nog weleens een tijdelijke regeling aan zijn declaratoir. Anders dan de Neder-

landse rechter toonde de Duitse rechter zich, tot slot, in het verleden, zij het spaarzaam, bereid door te bijten wanneer de wetgever te lang op zich liet wachten. Het Canadese stelsel komt, zoals gezegd, eveneens aan de belangen van de eiser tegemoet door in elk geval een zeer concrete stok achter de deur, in de vorm van de onverbindendheid van de aangevallen norm, te zetten. Hoewel de Nederlandse rechter zich dus in goed gezelschap bevindt voor wat betreft de beslissing om sommige zaken vooralsnog aan de wetgever voor te behouden, wordt juist in de Nederlandse situatie relatief weinig recht gedaan aan het belang van effectieve rechtsbescherming.

11.7 AANBEVELINGEN

In de paragrafen 11.4 en 11.5 kwamen wat knelpunten ter sprake. Die knelpunten zijn in drie clusters te groeperen: het toetsingskader (in welke gevallen absteineert de rechter?), de positie van de eiser, en de coherentie van het stelsel van rechtsbescherming. Ik begin met dat laatste punt.

11.7.1 Naar een coherentere invulling van effectieve rechtsbescherming

Eén beginsel van effectieve rechtsbescherming, dat op twee heel verschillende manieren in Europa wordt ingevuld. Dat is de belangrijkste conclusie van deel II. De vraag is of daar enige harmonie in kan worden aangebracht. Ik meen dat het wenselijk is om naar harmonisering te streven. Het is op nationaal niveau onbegrijpelijk dat dezelfde ongelijke behandeling onder het Unierecht wél, en onder het EVRM níet hoeft te worden geredimeerd. Barkhuysen wees enige jaren geleden al op de gevaren van het Europese recht voor de coherentie van het nationale stelsel van rechtsbescherming.⁸ Daar komt bij dat de rechtspraak van beide Europese hoven in mijn ogen gemankeerd is. De Straatsburgse rechter lijkt eenvoudig voor de kwestie weg te lopen door zijn rechtspraak te handhaven dat artikel 13 EVRM geen rechtsmiddel eist tegen formele wetgeving. De Luxemburgse rechter lijkt zijn toestel daarentegen juist te overtrekken, door de kwestie af te doen zonder enige aandacht voor de precaire afwegingen die nationale rechters nu eenmaal af en toe moeten maken. Harmonisatie en een dialoog op dit punt tussen beide Hoven biedt dus kansen de belangen die gemoeid zijn met de rechtsbescherming tegen formele wetgeving in elk geval helder voor het voetlicht te krijgen.

Hoe zou harmonisatie er dan uit moeten zien? Het lijkt mij in de eerste plaats essentieel dat het EHRM begint uit te spreken dat artikel 13 EVRM een rechtsmiddel eist waarmee mensenrechtelijke defecten van formele wetgeving aan de orde kunnen worden gesteld zodat defecten in de rechtsbescherming

8 Barkhuysen 2006.

rechtstreeks aan het EHRM kunnen worden voorgelegd. Het lijkt mij evenzeer essentieel dat het Hof van Justitie EU voorzichtig een aantal uitzonderingen aanvaardt op het uitgangspunt dat strijdig nationaal recht buiten toepassing wordt gelaten. Het kan in dat verband drie criteria formuleren. In de eerste plaats moet zo'n doorbreking van de voorrangsregel, onder verwijzing naar een (ongeschreven) constitutionele regel, aan het Hof zelf worden voorgelegd. In de tweede plaats dient het Hof ervan overtuigd te worden dat de structurele werking van de Unierechtelijke regeling geen gevaar loopt, en in de derde plaats dient de gedupeerde eiser op de één of andere manier te worden gecompenseerd. Het arrest *Winner Wetten* zou in dat verband als breekijzer kunnen dienen.⁹ De rechtspraak van het EHRM over rechterlijke termijnen en over de Britse *declaration of incompatibility* kan als vertrekpunt dienen, zij het dat ook het EHRM meer aandacht zou kunnen besteden aan de vraag of een *terme de grâce* in een specifiek geval de rechtsbescherming van een bepaald recht niet onder druk zet.

11.7.2 Het toetsingskader van de nationale rechter

Het toetsingsmodel dat de Hoge Raad in het arrest *Arbeidskostenforfait* formuleerde ziet er op het eerste gezicht adequaat uit.¹⁰ Het is genuanceerd en helder. Toch is er plaats voor verbetering.

Ten eerste suggereert het model geslotenheid. Dat is niet het geval. Zowel voor als na het arrest abtineert de rechter om redenen die niets met het model te maken hebben. Het komt de transparantie ten goede wanneer de Hoge Raad gronden als de rechtszekerheid van derden en de disproportionaliteit van een bepaalde remedie openlijk zou erkennen. Ik zie geen redenen waarom de Hoge Raad zulke redenen zou moeten verhullen. Gelet op de Duitse rechtspraak, waarin een veelheid aan belangen wordt erkend, lijkt het mij wel zaak daarmee spaarzaam om te gaan.

De reikwijdte van de *terme de grâce* zou met de vorige suggestie vergroot worden. Dat hoeft niet erg te zijn. Abstineren komt echter relatief vaak voor bij bepaalde rechten zoals het gelijkheidsbeginsel. Gebeurt het te vaak, en reageert de wetgever niet zoals hij zou moeten doen, dan blijft van de betekenis van artikelen als 26 IVBPR, 14 EVRM en 1 Twaalfde Protocol EVRM weinig over. De betekenis van het Unierechtelijke beginsel groeit daarentegen. De Nederlandse rechter voelt zich op dat terrein immers niet vrij te abtineren. Dat levert zowel voor de rechter, als voor de justitiabele een enigszins schizofrene, en daarmee onbevredigende, situatie op. Het toetsingsmodel zou daarmee rekening kunnen houden.

9 HvJ EU 8 september 2010, C-409/06, JB 2010/247 m.nt. Uzman (*Winner Wetten*).

10 HR 12 mei 1999, NJ 2000/170 m.nt. ARB (*Arbeidskostenforfait*).

De reikwijdte van de *terme de grâce* wordt ook vergroot wanneer de rechter te gemakkelijk meent dat een bepaalde kwestie het politieke primaat raakt. In sommige gevallen hoeft de wetgever het geen probleem te vinden dat de rechter intervenueert, in andere kwesties is dat wel het geval. Hier kan de, in de Canadese rechtspraktijk ontwikkelde, notie van constitutionele dialoog dienstig zijn. Aanknopingspunt is de vraag of de gevolgen van de rechterlijke rechtsvorming de wetgever zodanig voor een *fait accompli* stellen dat hij deze gevolgen niet meer eenvoudig ongedaan kan maken. Deze inschatting heeft in hoge mate een politiek, meer dan een juridisch karakter. Het gaat er dus niet alleen om dat de wetgever formeel gesproken niet meer in staat is om de consequenties van de rechterlijke rechtsvorming terug te draaien, maar ook dat hij daartoe feitelijk niet meer in staat is. Kent de rechter bijvoorbeeld belastingvrijstelling toe, dan dient te worden nagegaan in hoeverre het realistisch is dat de wetgever deze vrijstelling op korte termijn weer intrekt zonder in de samenleving onrust te scheppen.

Een belangrijk knelpunt is wat mij betreft tot slot, dat het toetsingsmodel zich presenteert als een afweging, waar het in wezen geen afweging is. Het belang van de klager speelt daarin, in relatieve zin, geen rol. Het lijkt – tenminste voor de argeloze lezer – niet uit te maken of het gaat om een belastinggeschil van 50 Euro, een erfenis van 50.000 Euro of om ouderlijk gezag. Dat is de grootte van het belang, maar ik zou bovendien willen voorstellen dat de Nederlandse rechter meer aandacht schenkt aan de *aard* van het belang van de klager bij rechtsbescherming. Iemand die het homohuwelijk op de parlementaire agenda wil zetten heeft bij een *terme de grâce* al veel te winnen. Dat ligt anders waar de klager procedeert over het behoud van de eigen woning of waar het gaat om de toelaatbaarheid van bewijs in een strafrechtelijke procedure. In dat geval hebben de huurder, respectievelijk de verdachte, niet de tijd om de deliberaties van de wetgever af te wachten. Hun belang is dan een zwaarwegende factor die wijst in de richting van rechterlijke rechtsvorming.

Het toetsingsmodel dat de Hoge Raad in *Arbeidskostenforfait* formuleerde verdient dus enige nuancering. Dat kan aan de hand van een stappenschema:

- 1 Leidt verdragsconforme uitleg, of het buiten toepassing laten, van het nationale recht tot een passende remedie?
- 2 Leidt het, op deze wijze, bieden van rechtsbescherming *daadwerkelijk* tot een inbreuk op het primaat van de wetgever? Met andere woorden:
 - a. Laat het normconflict zich op verschillende verdragsconforme manieren oplossen?
 - b. Zou een keuze van de rechter, uit één van deze oplossingen, een latere keuze van de wetgever feitelijk ondergraven?

- 3 Laat het belang van de klager bij effectieve rechtsbescherming toe dat de rechter de kwestie (voorlopig) overlaat aan de wetgever? Dat hangt af van vier gezichtspunten:
 - a. De aard van zijn belang bij gegrondverklaring of toewijzing van zijn vordering;
 - b. De spoedeisendheid die daarmee gepaard gaat;
 - c. De verwachting dat de wetgever binnen een redelijke termijn reageert;
 - d. De relatieve eenvoud voor de klager om op alternatieve wijzen rechtsherstel te krijgen wanneer de wetgever niet, of te laat, reageert.
- 4 Bij een negatief antwoord op vraag drie: prevaleert niettemin het belang bij rechterlijke terughoudendheid boven het belang van de klager bij effectieve rechtsbescherming...
 - a. ... omdat een 'voorlopige keuze' van de rechter de belangen van derden raakt...;
 - b. ... in strijd komt met een fundamenteel rechtsbeginsel...;
 - c. ... of het algemeen belang op een zeer ernstige wijze bedreigt?

11.7.3 Meer aandacht voor de positie van de klager: schadevergoeding

De klager komt er in de huidige opzet van de *terme de grâce* bekaaid vanaf. Dat er een constitutioneel belang gediend is met een terughoudende opstelling van de rechter op het punt van de rechtsvorming is één ding, maar het is in de praktijk het individu dat de prijs betaalt. Eén mogelijkheid om hem daarbij tegemoet te komen is gelegen in de creatieve inzet van het aansprakelijkheidsrecht. Het Nederlandse recht kan op dit punt beter aangesloten worden bij de Straatsburgse praktijk zoals ik die geschetst heb. Zowel waar het gaat om materiële schade, als om immateriële schade is de Nederlandse rechter vooralsnog erg terughoudend. Bovendien staat het procesrecht in de weg aan een effectieve afhandeling van zo'n claim. In dat verband is het aan te bevelen dat de Nederlandse bestuurs- en belastingrechters, in het kader van de *terme de grâce*, een beroep gegrond verklaren. In dat geval openen zij de mogelijkheid om in schadevergoeding te voorzien. Dat zou ongemakkelijke rechtsmachtproblemen tussen de civiele rechter en de bijzondere rechter voorkomen.¹¹

11.7.4 Betere dialoog: naar een constitutionele lus

De geringe aandacht voor de klager uit zich ook nog in iets anders. Waar rechter en bestuur in Duitsland verplicht zijn om lopende zaken op te schorten als het BVerfG een regeling onverenigbaar met het GG heeft verklaard, is iets

¹¹ In hoofdstuk 5 kwam ik tot de inschatting dat onder de Wet Nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten dezelfde problematiek speelt.

dergelijks in Nederland niet aan de orde. Het veronderstelt dat de rechterlijke uitspraak waarin de onverenigbaarheid werd vastgesteld *erga omnes* werkt. Waar het belang van de klager in Canada voorts geholpen is met een rechterlijke uitspraak op termijn: de wet wordt nietig verklaard of anders uitgelegd maar de wetgever krijgt nog even de tijd om een andere oplossing te verzinnen, kent het Nederlandse recht een soortgelijke innovatieve oplossing evenmin. Het sleutelen met de temporele werking van de uitspraak is in Nederland nog geen gemeengoed. Hoewel men zich daar in de Nederlandse rechtspraak theoretisch toe bevoegd acht, begint men er niet aan. En waar de Canadese rechter de wetgever suggesties doet – *constitutional hints* genoemd – waarin hij bijvoorbeeld adviseert om een regeling te treffen voor gevallen in het verleden, blijft de Nederlandse rechter bij zijn leest. Toch zouden elementen van de hiervoor aangehaalde Duitse en Canadese rechtspraak wel een rol kunnen krijgen in het Nederlandse constitutionele procesrecht.

Ik stel in dat verband voor om de bestuurlijke lus door te ontwikkelen tot een constitutionele lus, in eerste instantie in het bestuursrecht en het belastingrecht. Inspiratie zou in dat verband kunnen worden ontleend aan de relatief recent ingevoerde figuur van de bestuurlijke lus in het bestuursrecht. Deze figuur, onder meer geregeld in de artikelen 8:51a-c en 8:80a en 8:80b Awb, maakt het mogelijk dat de bestuursrechter het bestuur bij tussenuitspraak de gelegenheid geeft om fouten in een besluit te herstellen. In de tussenuitspraak wordt zo nauwkeurig mogelijk aangegeven wat de juridische bezwaren zijn tegen de desbetreffende beschikking. Tegelijkertijd wordt getracht de keuzevrijheid van het bestuursorgaan bij de vormgeving van een rechtmatige oplossing zo veel mogelijk te respecteren. Het bestuursorgaan dient vervolgens zo spoedig mogelijk aan de rechter mede te delen of van de geboden mogelijkheid gebruik zal worden gemaakt. Is dat het geval, dan informeert het rechter en appellant over de wijze waarop het gebrek is of wordt hersteld. Partijen kunnen dan zienswijzen uiten over het herstel. De rechter bepaalt vervolgens binnen vier weken hoe het beroep verder wordt behandeld. Bij zijn einduitspraak is de rechter evenwel gebonden aan hetgeen hij in de overwegingen van zijn tussenuitspraak heeft beslist, hoewel deze binding niet absoluut is: in zeer uitzonderlijke gevallen kan daarop worden teruggekomen.¹²

De figuur van de tussenuitspraak biedt wellicht perspectieven voor de aan verdragsrecht toetsende rechter. Door de bezwaren tegen een wettelijk voorschrift bij tussenuitspraak te ventileren, en de zaak vervolgens aan te houden totdat de wetgever heeft beslist of en hoe de regeling zal worden gerepareerd, valt een soortgelijk resultaat te bereiken als met de hiervoor behandelde remedie op termijn. Het voordeel is bovendien dat de rechter de tussenuitspraak kan gebruiken om de wetgever suggesties (een variant op de *constitutional hints*) aan de hand te doen over de contouren van een oplossing. Let

12 Vgl. *Kamerstukken II* 2007/08, 31 352, nr. 6, p. 9, 18-20.

wel: het gaat om suggesties en niet om geboden. In het bijzonder kan de rechter in dat geval de aandacht vestigen op de wenselijkheid van een regeling voor de reeds door de schending getroffen gevallen. Dat zou bijvoorbeeld kunnen doordat de wetgever expliciet terugwerkende kracht toekent aan de geformuleerde reparatiewetgeving. Uiteraard dient in dat verband wel nauwkeurig te worden nagegaan hoe deze maatregel van invloed is op de belangen van derden.

Eerder werd, onder meer door Van Kreveld, reeds een duidelijkere terugkoppeling bepleit, bijvoorbeeld door bestuursrechters mogelijke fouten en gebreken in wetgeving op een formulier te laten aantekenen, dat via de wetgevingsadvisering door de Raad van State onder de aandacht van de wetgever wordt gebracht.¹³ De figuur van de tussenuitspraak is, in vergelijking daarmee, een formeel instrument. Daarbij moet aangetekend worden dat het in mijn voorstel niet gaat om alle gebreken aan een wettelijke regeling, enkel om de onverenigbaarheid van voorschriften met mensenrechten. In dergelijke gevallen heeft de tussenuitspraak als voordeel boven de methode van terugkoppeling middels formulieren, dat zij transparanter is en meer recht doet aan de gegroeide constitutionele rol van de rechter in het staatsbestel. Op deze wijze kan bovendien het beeld worden voorkomen, dat de rechter tegenwoordig een kamer deelt met wetgevingsambtenaren op het ministerie van Rechtsvorming.¹⁴ Een voordeel van het ventileren van constitutionele bezwaren tegen wettelijke voorschriften bij tussenuitspraak is bovendien dat de rechter zo een efficiëntere dialoog met de wetgever kan aangaan, dan hij dat zou kunnen als hij zijn bezwaren in de overwegingen van zijn einduitspraak zou vastleggen. In dat laatste geval dient hij immers een definitieve beslissing te nemen over de vraag of hij het probleem zelf kan en moet oplossen, dan wel dat hij een en ander beter kan overlaten aan de wetgever. Op de vraag of hij daarbij de juiste inschatting heeft gemaakt, krijgt hij bovendien geen duidelijk antwoord. Geeft de rechter de wetgever bij tussenuitspraak in overweging de regeling zelf aan te passen, dan kan hij zich, door de reactie van de wetgever op de tussenuitspraak, laten voorlichten over de vraag in hoeverre rechterlijke rechtsvorming vanuit het perspectief van de wetgever als wenselijk of problematisch wordt ervaren. Ook hier geldt overigens dat de reactie van de wetgever – indien deze de wettelijke regeling niet aanpast conform de suggesties van de rechter – strikt genomen niet bindend is voor de rechter. Dit betekent dat de rechter zich steeds de mogelijkheid voorbehoudt dat hij, ook tegen de zin van de wetgever in, bij het vormgeven van de einduitspraak gebruik maakt van zijn bevoegdheid ex artikel 94 Gw en zijn interpretatieve mandaat.

13 Van Kreveld 2006b, p. 1990-1991. Zie voorts Van Amersfoort 2006, p. 201; Gerards 2008, p. 186.

14 Vgl. in dat verband het Vooraf van Hartlief in *NJB* 2009/17.

Het belangrijkste voordeel van de figuur van de tussenbeslissing is evenwel dat de rechter bij het nemen van een eindbeslissing met een mogelijke wetswijziging rekening kan houden. De klager houdt dan enig zicht op de situatie dat ook hij profiteert van een wetswijziging. Volgt de wetgever de suggesties van de rechter op, en zorgt hij – in het ideale geval – ook voor een adequate regeling voor reeds getroffen gevallen, dan kan de rechter deze nieuwe regeling onmiddellijk toepassen in de zaak van de klager – mits overigens het belang van derden en hun rechtszekerheid zich daartegen niet verzet. Heeft de wetgever geen regeling met betrekking tot ‘oude gevallen’ getroffen, maar is er wel zicht op reparatiewetgeving, dan staat de rechter voor de keuze om deze wetgeving analoog op het geval van de klager toe te passen, zelf alsnog in het rechtstekort te voorzien of de kwestie te laten voor wat zij is, wat *de facto* neerkomt op het resultaat van de huidige rechtspraak omtrent de rechtsvormende taak. Repareert de wetgever in het geheel niet, dan staat de rechter eveneens voor de keuze tussen die laatste twee opties. Het voordeel ten opzichte van de huidige situatie is echter, dat de wetgever dan in elk geval reeds de gelegenheid heeft gekregen zich over de kwestie te buigen, en dat de rechter voorgelicht kan zijn over de vraag in hoeverre de wetgever moeite heeft met rechterlijke rechtsvorming op dit punt, of juist in het geheel niet. De beslissing of een zaak werkelijk de constitutionele positie van de rechter in het staatsbestel te buiten gaat, wordt dan aanmerkelijk genuanceerder dan nu het geval is.

Is de terugkoppeling via een tussenuitspraak dan in het geheel niet problematisch? Zover wil ik niet gaan. Een punt van aandacht is in elk geval dat de snelheid waarmee tot een einduitspraak kan worden gekomen aanmerkelijk wordt verminderd. Dat kan onder meer problemen opleveren met de redelijke termijn waarbinnen de rechterlijke procedure moet worden afgerond. Niettemin acht ik dit bezwaar overkomelijk. In de eerste plaats kan erop gewezen worden dat de rechtspraak inzake de redelijke termijn rekening houdt met de ingewikkeldheid van de zaak. Te verdedigen valt dat de toetsing van formele wetgeving aan fundamentele mensenrechten als zodanig een ingewikkelde constitutionele kwestie betreft, al moet onmiddellijk worden aangetekend dat juist in dit soort zaken een relatief spoedige beslissing van groot belang is. Waar de rechter echter tegen de grenzen van zijn constitutionele kunnen aanschuurt, juist in een uiterste poging om de justitiabele ter wille te zijn, is het evengoed wel begrijpelijk dat deze poging wat meer tijd kost. Daarbij komt, dat de kans vergroot wordt dat de klager niet nogmaals een nieuwe procedure hoeft te beginnen om zijn gelijk, althans in termen van rechtsherstel, alsnog te krijgen nadat de wetgever voor reparatiewetgeving heeft gezorgd, of deze juist in gebreke is gebleven daarvoor zorg te dragen. Per saldo lijkt de constitutionele lus daarom wel efficiënt.

Hoe moet een dergelijke 'constitutionele lus' worden vormgegeven?

Voor invoering van zo'n constitutionele lus zou, in elk geval in het strafrecht en vermoedelijk ook in het civiele recht wetswijziging nodig zijn. In het geval van het strafrecht valt op dat de strafrechter zelden abstineert. De constitutionele lus zou, voor dat rechtsgebied, neerkomen op het schieten met een kanon op een mug. Dat ligt anders voor het belastingrecht en het burgerlijk recht, met name het personen- en familierecht. Gelet op het feit dat de bestuurlijke lus met enige goede wil is te gebruiken als voertuig voor de constitutionele versie ervan, zou ik voorstellen om te beginnen met een proef in het belasting- en het bestuursrecht. Dan blijven er wel wat obstakels over.

Een eerste probleem is dat de wetgever – behoudens in procedures tegen de Staat – in de meeste gevallen geen partij is bij de procedure waarin de onverenigbaarheid van wettelijke voorschriften aan de orde worden gesteld. In veruit de meeste gevallen is immers sprake van exceptieve toetsing en de vraag om een, defensief ingeroepen, constitutionele remedie. Een bijkomend probleem is overigens ook wie de wetgever in dit verband moet worden geacht te zijn. Een korte blik op een aantal van de hiervoor bestudeerde rechtssystemen leert dat het in alle drie de landen (Canada, Verenigd Koninkrijk en Duitsland) gebruikelijk – zo niet wettelijk geregeld – is dat een vertegenwoordiger van de regering – de minister van Justitie of de *Attorney General*, die in het Verenigd Koninkrijk de belangrijkste juridische adviseur van de regering is – in elk geval van de gestelde onverenigbaarheid genotificeerd moet worden zodat hij de mogelijkheid heeft om in de procedure te interveniëren. Daarmee wordt bewerkstelligd dat regering en – indirect – parlement de mogelijkheid hebben om de strijdigheid van de wet voor de rechter gemotiveerd te ontkennen. Nog los van overwegingen met betrekking tot vorm te geven remedies, lijkt mij een dergelijke maatregel ook voor de Nederlandse situatie bijzonder nuttig. Ik ga daar verder niet op in. Duidelijk is evenwel dat, in de genoemde landen, de *Attorney General* en de minister van Justitie worden beschouwd als liaison tussen de wetgever en de rechter. Daar zou bij kunnen worden aangesloten. Teneinde de wetgever bij tussenuitspraak de mogelijkheid te kunnen geven om wijzigingswetgeving te initiëren, zou dus de minister van Justitie, dan wel in civiele procedures de Staat der Nederlanden, in de procedure kunnen worden opgeroepen. In het bestuursrecht kan daarvoor worden teruggefallen op artikel 8:26 Awb.¹⁵ Inspiratie kan in dat verband worden ontleend aan de rechtspraktijk van de bestuursrechter om de minister van Justitie in het geding te brengen wanneer hij een schending van de redelijke termijn meent te constateren.

De rechter legt zijn bezwaren en suggesties vervolgens vast in een tussenuitspraak. De mogelijkheid om een tussenuitspraak te doen is inmiddels in

15 Voor wat betreft beroep en hoger beroep voor de Afdeling, de Centrale Raad en het CBB kan in dat verband worden gewezen op, respectievelijk, de artikelen 46 lid 1 en 49 lid 1 RvS; 17 lid 1 en 21 lid 1 Beroepswet, en 19 lid 1 en 22 lid 1 Wbbo.

geen van de rechterlijke kolommen meer onbekend. Niettemin beperkt de Awb de reikwijdte van de tussenuitspraak in artikel 8:80a Awb tot gevallen waarin sprake is van de bestuurlijke lus. De constitutionele lus zou dus in de bestuurlijke moeten worden ingevlochten. Ik zie daar geen bezwaren. Voor wat betreft het bieden van de gelegenheid tot het bieden van herstel, kan losjes worden aangesloten bij de systematiek die door de wetgever in de artikelen 8:51a-c en 8:80a-b Awb werd geïntroduceerd. De rechter stelt de minister dan voor dat deze de mogelijkheid van wetswijziging bespreekt in de Tweede Kamer. Gedurende de tijd die daarvoor nodig is, houdt de rechter de eindbeslissing in de zaak aan. Datzelfde geldt, op vrijwillige basis, voor rechters die menen dat zij een zaak hebben waarin van een soortgelijke rechtsvraag sprake is. De minister rapporteert vervolgens aan de rechter aan de hand van de uitkomst van het debat over de mogelijkheden die hij ziet voor wetswijziging. Partijen kunnen op deze rapportage vervolgens reageren. Aan de hand van deze gegevens beslist de rechter uiteindelijk of hij de zaak nader opschort – totdat meer duidelijk is over het eindresultaat van het wetgevingsproces – dan wel dat hij onmiddellijk uitspraak doet. In dat laatste geval doet hij uitspraak conform zijn instrumentarium. Schort hij de zaak nader op, en volgt binnen afzienbare tijd reparatiewetgeving, dan dient deze zelfde rechter over de discretionaire bevoegdheid te beschikken uitspraak te doen aan de hand van het recht zoals dat *ex nunc* ligt. Hij zal daarmee in sommige gevallen afwijken van de geldende uitgangspunten van het procesrecht. In zoverre is een wettelijke basis zeer gewenst.

Eén belangrijke vraag resteert nog. Welke rechters moeten allemaal de mogelijkheid hebben om het initiatief tot een constitutionele lus te kunnen nemen? Het lijkt, gelet op de lengte van de procedure – zeker in verband met de ruime termijn die de wetgever doorgaans pleegt nodig te hebben voor wetswijziging – te verkiezen om de constitutionele lus tot één instantie te beperken. Het lijkt mij in dat geval, zonder de ogen te willen sluiten voor de nadelen, voor de hand liggend om dan de hoogste rechter, dus de hoogste bestuursrechters en de Hoge Raad, daarvoor aan te wijzen. Dit betekent dat lagere rechters slechts de, huidig gangbare, keuze hebben tussen het bieden van rechtsherstel enerzijds en het abstineren anderzijds. Een voordeel daarvan is echter wel dat zij daarmee een dossier opbouwen dat door de hoogste rechter relatief eenvoudig kan worden gedeeld met de wetgever.

11.8 SLOTAKKOORD: DE TERME DE GRÂCE IN DE OPTOCHT DOOR DE TIJD

Het wordt tijd voor een afronding. In de inleiding refereerde ik aan een internationaal debat over de rol van de rechter in de samenleving. Voorbij is de tijd van het optimisme over de capaciteiten van de rechter in het vormgeven van een mooiere, betere samenleving op basis van vrijheid, gelijkheid en waardigheid. Langdurige geschillen over school- en gevangenhervormin-

gen in de Verenigde Staten, felle debatten over omstreden uitspraken van het Duitse Constitutionele Hof over abortus, van het EHRM over het kiesrecht van gevangenen, en van beide hoven over kruisbeelden, rechterlijk gekissebis over de juiste interpretatie van het Vrouwenverdrag in Nederland. Het lijkt allemaal te hebben geleid tot een zekere scepsis inzake de rechterlijke bescherming van mensenrechten. En niet alleen dat, het lijkt er óók op dat de rechterlijke voortvarendheid bij het handhaven en evolutief uitleggen van mensenrechten tot een zekere scepsis over dat verschijnsel zélf heeft geleid. En toch is, zoals ik in de inleiding aanhaalde, de rol van de rechter in de westerse samenleving vermoedelijk nog nooit zo groot geweest als hij momenteel is. In zoverre leeft de rechter in een paradoxale tijd – een tijd zoals Charles Dickens die in *A Tale of Two Cities* ooit omschreef als *the best of times and the worst of times*. Nooit was zijn invloed zo groot, nooit de kritiek zo fel.

De uitweg lijkt te zijn dat de rechter ‘prudent’ met zijn taak omgaat, en dat hij zich houdt bij waar hij goed in is. *Institutional competence* noemen sommige mensen dat: de rechter oordeelt, wetgever en bestuur implementeren. Een dialogische manier van naar de wereld kijken, zeggen anderen. Het past in dat beeld om de *terme de grâce* zoals die in de Nederlandse rechtspraak vorm heeft gekregen, te beschouwen als een remedie en niet als de *weigering* in een remedie te voorzien. Daar zit ongetwijfeld veel waarheid in. Als de rechter oordeelt dat een wettelijke regeling in strijd is met mensenrechten, en de wetgever verandert die wet, dan is dat een verbetering die ongetwijfeld ook op het conto kan worden geschreven van het rechterlijke declaratoir. Maar alle staatsrechtelijke theorieën moeten niet het zicht op de werkelijkheid ontnemen dat het rechterlijk proces er in de eerste plaats is voor de individuele burger, en niet voor de wetgever. Zijn remedies zijn in de eerste plaats bedoeld voor degene die erom gevraagd heeft, en niet voor het grote publiek. De verbetering moet niet in de laatste plaats ten goede komen aan de burger die de procedure begon. Ik heb in dit boek geprobeerd te bezien of de *terme de grâce* van géén remedie of een zwakke remedie, kan worden omgebouwd in een zwakke remedie met sterke kanten. Een remedie die ruimte laat voor het primaat van de wetgever in het proces van de rechtsvorming, maar ook een remedie waar de individuele klager op relatief korte termijn ook echt iets aan heeft. Want laten we eerlijk zijn: *nobody but a law professor likes litigating for the sheer pleasure of it*.¹⁶

16 T. Koopmans, ‘Retroactivity reconsidered’, *Cambridge L.J.* 1980, p. 287-303.

