



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Hoe serieus moeten we het internationaal recht nemen? over de relatie tussen artikel 90, 93 en 94 Grondwet

Pinto E Netto, L.C.

Citation

Pinto E Netto, L. C. (2024). Hoe serieus moeten we het internationaal recht nemen?: over de relatie tussen artikel 90, 93 en 94 Grondwet. *Nederland Rechtsstaat*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3728444>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3728444>

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

Hoe serieus moeten we het internationaal recht nemen? Over de relatie tussen artikel 90, 93 en 94 Grondwet

22 februari 2024 door

Luísa Netto

De vraag uit de titel van deze bijdrage vloeit voort uit het gedrag van de Nederlandse regering rondom de oorlog in Gaza. Het gaat mij in deze bijdrage niet om dit onderwerp zelf, maar om de coherentie in de omgang van de regering met het internationaal recht. Uit het meest recente nieuws blijkt dat de regering (1) officiële medewerkers van verschillende organen van de Verenigde Naties (VN) niet serieus neemt, zelfs de [bevindingen van de VN experts en special rapporteurs bestrijdt](#) zonder voldoende tegenbewijs; (2) [donaties naar de United Nations Relief and Works Agency for Palestine Refugees in the Near East \(UNRWA\) bevest](#), niet in overeenkomstig hetgeen de VN hierover publiek maakt; (3) [de uit- en doorvoer van onderdelen van F-35](#) gevechtsvliegtuigen naar Israël [niet wil stoppen](#), zelfs niet na het [bevel tot voorlopige maatregelen van het Internationaal Gerechtshof](#) in de door Zuid-Afrika aangespannen zaak tegen Israël, en de recente [uitspraak van het Gerechtshof Den Haag](#) in het kort geding tegen de Staat der Nederlanden, beide sterk gebaseerd op de statements van VN [special rapporteurs](#).

Deze kwestie lijkt mij actueel en dringend in Nederland, waar rechtstreeks werkend internationaal recht fungeert als een kader van “hoger recht”. De concrete vraag die ik in deze bijdrage wil stellen luidt: is er een plicht voor de regering, om zich coherent tot dit “hoger recht” te verhouden? Mijn conclusie is dat artikel 90 Grondwet deze plicht onvermijdelijk maakt.

Hier schets ik eerst een beeld van hoe grondwetten doorgaans de rol van hoger recht vervullen (en waarom dit belangrijk is). Vervolgens kijk ik naar Nederland en de rol van het internationaal recht. Ten slotte maak ik duidelijk waarom het belangrijk is om internationaal recht serieus te nemen – de oplettende lezer herkent hierin ongetwijfeld de invloed van Ronald Dworkin, van wie ik ook het idee van coherentie geleend heb.

Vele landen hebben een grondwet die functioneert als hoger recht, in de zin dat de rechter staathandelingen kan toetsen aan dit hoger recht. In Nederland ligt het anders, vooral vanwege het toetsingsverbod uit artikel 120 Grondwet. Voor een groot deel, spelen rechtstreeks werkende bepalingen uit internationale verdragen deze rol. Omdat het internationaal recht in zekere zin de functie van “hoger recht” vervult, is het belangrijk dat de wetgever, de rechter en – met name – de regering dit internationaal recht in alle gevallen ook echt als “hoger recht” beschouwen, en als

zodanig coherent toepassen in elk concreet geval.

Met de geleidelijke consolidatie van constitutionele democratieën, hebben de traditionele pijlers van de rechtsstaat - legaliteitsbeginsel, *trias politica*, onpartijdige rechter, grondrechten - een evolutie doorgemaakt waardoor de grondwet een leidende plaats heeft ingenomen. De noodzaak om grenzen te stellen aan de macht van het democratisch verkozen parlement, met name op basis van [grondrechten](#), hebben ertoe geleid dat de grondwet de rol van "hoger recht" kreeg. "Hoger recht" hier betekent een reeks normen die boven het gewone parlementaire recht worden geplaatst en functioneren als formele en materiële maatstaf voor de geldigheid van de staatswetgeving. "Hoger recht" verwijst dus niet naar een transcendentale orde die ontdekt en bevestigd moet worden en ook niet naar regels die nooit veranderd mogen worden.

Dit idee van een hoger recht, beschermd tegen toevallige en wisselende parlementaire meerderheden, is van belang voor het [constitutionalisme](#) en is nauw verbonden met de noodzaak om de juridische *status* van het individu te garanderen tegenover de staatsmacht. Dit idee heeft belangrijke gevolgen voor de [suprematie en het primaat van het parlement](#). Ook de gekozen wetgever stuit bij het opstellen van wetten op grenzen die door de grondwet zijn vastgesteld.

In deze constructie rijzen twee vragen: (1) welke normen functioneren als superieure maatstaf?; en (2) wat zijn de mechanismen om de naleving van het hogere recht te controleren? In verschillende democratieën geldt de grondwet als parameter van legaliteit, en als controlemechanisme geldt een [constitutionele toetsing uitgevoerd door de rechterlijke macht](#). Dit model resulteert in een nauwe relatie tussen de [belangrijkste elementen](#) van de grondwet - de grondrechten en de staatsorganisatie. Grondrechten fungeren als maatstaf voor het structureren en de uitoefening van staatsmacht. Deze elementen kruisen elkaar in het ontwerp van de grondwet, en blijven dit doen in de politieke en constitutionele praktijk, welke de toppositie van de grondwet consolideert.

In Nederland is het [artikel 120](#) van de Grondwet dat bepaalt dat deze relatie zich op een andere manier ontwikkelt.

Twee belangrijke kenmerken van de Nederlandse constitutionele rechtsorde zijn (1) haar (gematigd) monistische karakter als het gaat om de doorwerking van internationaal recht en (2) het rees vermelde verbod op constitutionele toetsing. In Nederland is het rechters verboden om wetten in formele zin te toetsen aan de Grondwet. Alsnog, is de Grondwet leidend in centrale onderwerpen met betrekking tot politiek staatsrecht en staatsorganisatie, zoals de *trias politica*, decentralisatie en de attributie van bevoegdheden.

Het verbod op constitutionele toetsing betekent niet dat er geen rechterlijke controle is, noch dat er geen hogere materiële toetsingsmaatstaf is. Op grond van artikelen 93 en 94, Grondwet, en de interpretatie daarvan door jurisprudentie, vormen [regels van internationaal recht die rechtstreekse werking](#) hebben deze standaard voor rechterlijke controle, inclusief van parlementaire wetten.

Deze omstandigheid is bepalend voor de bescherming van individuen tegenover de staat. Het zijn niet de door de Grondwet beschermde grondrechten die worden ingeroepen tegen overheidsoptreden; individuen beroepen zich en rechters beslissen op basis van het internationaal recht, met name het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Er is daarmee geen gebrek aan juridische waarborgen, maar de Grondwet verliest veel van haar normatieve kracht en [relevantie](#) op het juridische en politieke toneel.

Momenteel is er veel discussie in Nederland over de [rol van de Grondwet](#) en er lijkt een zekere consensus te bestaan over de noodzaak om de Grondwet een grotere juridische relevantie te geven. Een teken van deze beweging is te zien in de [wijziging van bepalingen inzake grondrechten](#) – als deze te onbelangrijk waren, waarom zouden wij ze gaan [updaten](#)? Maar het valt vooral te zien aan de invoering van een [algemene bepaling](#). Hoewel er discussie is over het juridische karakter van deze bepaling en meer algemeen over de noodzaak van [eeuwigheidsclausules in de Grondwet](#), lijkt het mij dat [de algemene bepaling](#) duidelijk maakt dat de Grondwet de rechtsstaat, de democratie en de grondrechten [beschermt](#); dat het dus een poging is om niet-onderhandelbare punten van [constitutionele identiteit](#) vast te stellen, ondanks dat er stemmen hiertegen zijn [vanuit de wetgever](#).

De behoefte aan een materiële maatstaf voor parlementaire wetten, gesmeed in het proces van consolidatie van het westerse [constitutionalisme](#), lijkt niet achterhaald te zijn, zoals blijkt uit de bezorgdheid na de verkiezingen en uit verschillende voorbeelden van “backslash” in rechtsbescherming. In Nederland kunnen wij denken aan manieren om de rol van de [Grondwet](#) uit te breiden. Aan de andere kant, zijn er al hogere normen in de Nederlandse rechtsorde: het internationaal recht. Maar dan moeten wij dat recht dus wel serieus nemen.

De legitimiteit en het proces van bevestiging en naleving van internationaal recht loopt echter niet precies zoals bij nationaal recht. Dit betekent niet dat het internationale recht ondoordringbaar is of, omgekeerd, volledig doordringbaar voor welke interpretatie dan ook. Er is in de loop van de geschiedenis een sterke doctrine opgebouwd – denk aan de momenteel [vaak geciteerde Hugo de Groot](#) – die als basis dient voor het creëren van internationale normen. Deze zijn het resultaat van het werk van vele instellingen van de internationale rechtsorde, wat enig systematisch perspectief, of coherentie, biedt aan internationaal recht. Hierin spelen de VN een essentiële rol, samen met regionale en internationale rechterlijke instanties. Deze instituties, tezamen met de Staten, zorgen voor de ontwikkeling en toepassing van het internationale recht.

Het [internationaal recht](#) heeft een bevoorrechte positie ingenomen in het Nederlandse rechtssysteem. De neiging tot eerbied voor het internationaal recht is zo concreet dat Nederland de thuisbasis is van het Internationaal Gerechtshof, het Internationaal Strafhof, en vele internationale geschilbeslechtsmechanismen en internationale organisaties. Het is echter niet alleen een kwestie van neiging, er zijn ook constitutionele normen in deze zin, namelijk de artikelen 93 en 94 Grondwet. Daarnaast lijkt het geen toeval dat de Grondwet, die het internationaal recht als hoger recht positioneert, in artikel 90 ook nog eens bepaalt: “De regering bevordert de ontwikkeling van de internationale rechtsorde.”

Deze laatste bepaling [biedt geen materiële elementen](#) voor de plicht die wordt opgelegd aan de regering. Desondanks moet het voorschrift op een [rationeel aanvaardbare](#) manier worden geïnterpreteerd, waarbij wordt [getracht er een systemisch verantwoorde betekenis aan te geven](#). In dit geval: de overheid dient de ontwikkeling van de internationale rechtsorde te bevorderen. Wat betekent dit? *Ontwikkeling* duidt op een *proces van vooruitgang*, een proces dat, ook al is het niet lineair, wel duidt op groei. Wat *rechtsorde* betreft, lijkt dit iets aan te duiden dat een systemisch kenmerk heeft, dat zich onderscheidt van chaos; een rechtssysteem. De verplichting is om dit te *bevorderen*; het gaat niet alleen om respecteren, maar *vooruihelpen, begunstigen*.

Deze verplichting moet bovendien worden gelezen in samenhang met de artikelen 93 en 94 Grondwet. Het is logisch-systematisch niet denkbaar dat de Grondwet een set van normen de status geeft van hoger recht en tegelijkertijd de overheid vrij laat om inconsequent op te treden met betrekking tot deze set.

Vanuit artikel 90 Grondwet bezien luidt dan de vraag: mag de regering ervoor kiezen om in bepaalde omstandigheden de ontwikkeling van de internationale rechtsorde niet te bevorderen, en in andere wel? Mijns inziens niet. Ik zet nog een stap verder in deze redenering: kunnen wij de plicht tot bevorderen vertalen in een plicht voor de regering om zich coherent tot dit hoger recht te verhouden?

We kunnen deze vraag politiek benaderen en ons afvragen hoe de regering zich de laatste tijd [uitspreekt](#) over het internationaal recht. Zou de poldercultuur dan niet minstens naar [hoffelijkheid](#) voor de internationale rechtsorde en de [interpretaties van bevoegde instanties](#) moeten verwijzen?

Maar ook juridisch rijst de vraag: gedraagt de overheid zich in overeenstemming met artikel 90 Grondwet? Je zou kunnen zeggen dat het recht veel ruimte openlaat voor een eigen invulling vanuit de regering, en dat de norm van artikel 90 te algemeen is om bijvoorbeeld de politieke houdingen met betrekking tot de oorlog in Gaza als overtreding te beschouwen.

Het zou fijn zijn als we een dergelijk geruststellend perspectief zouden kunnen innemen, maar eerlijk gezegd lenen de recente gebeurtenissen zich daar niet echt voor. Zoals [het Gerechtshof Den Haag](#) duidelijk heeft gemaakt in de zaak over de levering van F-35 onderdelen, heeft de Staat weliswaar een grote vrijheid bij de beoordeling van kwesties die verband houden met (nationale) veiligheid en buitenlands beleid. Deze beleidsvrijheid bestaat echter niet in een geval van mogelijke [schendingen van dwingende bepalingen](#) van internationaal recht.

Het lijkt me belangrijk dat de regering, mede gelet op de artikelen 90, 93 en 94 Grondwet, het internationaal recht serieus neemt en op coherente wijze toepast. Aangezien deze plicht in de Grondwet is vastgelegd, zeg ik: regering, neem de Grondwet serieus!