



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Artikelen 93 en 94

Doorwerking en voorrang internationaal recht

Besselink, L.

Publication date

2022

Document Version

Final published version

Published in

Een Nieuw Commentaar op de Grondwet

License

Article 25fa Dutch Copyright Act (<https://www.openaccess.nl/en/in-the-netherlands/you-share-we-take-care>)

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Besselink, L. (2022). Artikelen 93 en 94: Doorwerking en voorrang internationaal recht. In A. Ellian, & B. Rijpkema (Eds.), *Een Nieuw Commentaar op de Grondwet* (pp. 406-420, 622-625). Boom.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

ARTIKELN 93 EN 94

Doorwerking en voorrang internationaal recht

Artikel 93

Bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, hebben verbindende kracht nadat zij zijn bekendgemaakt.

Artikel 94

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

INLEIDING

De artikelen 93 en 94 Grondwet (hierna: artikelen) verschaffen een bevoorrechte plaats aan een belangrijke groep normen van internationaal recht in de Nederlandse rechtsorde, namelijk aan de ‘een ieder verbindende’ bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties: zij gelden als internationale norm vanaf het moment dat zij voor Nederland bindend worden voor alle burgers, en wel met voorrang op strijdig recht van nationale oorsprong. Tegelijkertijd betekenen deze grondwetsbepalingen een belangrijke beperking van de plaats van andere — niet ‘een ieder verbindende’ — vormen van internationaal recht in de nationale rechtsorde.¹

*constitutionele
identiteit*

Tezamen met andere bepalingen, met name het in artikel 120 neergelegde verbod om wetten te toetsen aan de Grondwet, behoren artikelen 93 en 94 — en dan vooral artikel 94 Grondwet — tot de bepalingen die een constitutionele identiteit verschaffen aan ons constitutionele bestel: zij kenmerken de Nederlandse constitutie en verschaffen haar een eigenheid waardoor zij zich onderscheidt van de meeste andere continentaal-Europese constituties. De artikelen 93 en 94 Grondwet zijn bepalend voor het relatieve openstaan van ons constitutionele bestel voor normen die niet

autonoom door de Nederlandse staat worden voortgebracht, in dit geval normen die binnen internationale publiekrechtelijke betrekkingen en organisaties ontstaan.

GESCHIEDENIS

De artikelen 93 en 94 Grondwet behoren weliswaar tot de onderscheidende bepalingen van de Nederlandse Grondwet, maar dat wil allerm minst zeggen dat zij onveranderbaar zouden zijn. Zij hangen juist nauw samen met de historische context waarin ze ontstonden.

Artikelen 93 en 94 Grondwet stammen uit de jaren vijftig van de vorige eeuw, een periode waarin Nederland zich gedwongen zag zich op zijn positie in de wereld te bezinnen. Met Oost-Indië had Nederland zijn positie als koloniale grootmacht verloren, en daarnaast had Nederland in de Tweede Wereldoorlog zijn traditionele neutraliteitspolitiek opgegeven. Intellectueel in lijn met het idealistisch internationalisme, en het historische feit, dat sterk leefde in het bewustzijn van wie de bezetting hadden meegemaakt, dat de bevrijders van overzee kwamen, werd gekozen voor internationale samenwerking op gebied van vrede (Verenigde Naties), oorlog (NAVO) en internationale handel (Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (EGKS)). De nieuwe, postkoloniale economisch-geografische positie van Nederland betekende dat het zijn positie in de delta van de grote rivieren moest zien uit te buiten om de welvaart te bestendigen die eeuwenlang aan internationale handel werd ontleend. In deze context moest niet pure macht maar recht het instrument zijn voor een op veiligheid en internationale handel gebaseerde welvaart. Artikel 90 Grondwet ('De regering bevordert de ontwikkeling van de internationale rechtsorde') is daarvan de uitdrukking.

*samenhang met
historische context*

De grondwetsbepalingen moeten wij begrijpen in de context van deze historisch veranderende plaats van Nederland in de wereld. De tekstgeschiedenis van deze bepalingen leert dat het niet gaat om 'voor eeuwig' vastgestelde grondwetsbepalingen.² Tot kort na de Eerste Wereldoorlog, waaraan Nederland als neutraal land niet deelnam, bestond er geen grondwetsbepaling aan de hand waarvan kon worden vastgesteld wat de status en rang van verschillende vormen van internationaal recht binnen de nationale rechtsorde precies was, in ieder geval ten aanzien van verdragen. Ook de jurisprudentie van de Hoge Raad was dubbelzinnig. Algemeen wordt aangenomen dat pas met zijn arrest van 3 maart 1919, over het Grenstractaat dat tussen Nederland en Pruisen te Aken was gesloten, duidelijk werd dat burgers aan verdragen die hun aangaan rechtstreeks rechten en plichten kunnen ontleen.³ De Hoge Raad stelde vast dat ver-

HOOFDSTUK 5
Wetgeving en bestuur

dragen een ‘dubbele werking’ hadden: enerzijds om Nederland te binden jegens een vreemde mogendheid (hier: Pruisen), en anderzijds om aan burgers een recht toe te kennen (hier: van vrij grensverkeer). Uit dit arrest wordt algemeen afgeleid dat internationale verdragen vanaf het moment van volkenrechtelijke binding van Nederland daaraan deel uitmaken van de nationale rechtsorde en burgers rechtstreeks kunnen binden.

Met dit arrest was echter niet uitgemaakt dat zo’n verdrag dat deel uitmaakte van de Nederlandse rechtsorde ook voorrang had op een daarmee strijdige wet. Integendeel, het zojuist genoemde arrest stelde vast dat de rechter diende uit te gaan van de veronderstelling dat de wetgever niet bedoeld had een gesloten verdrag te hebben willen schenden ‘tenzij de tekst van de wet daartoe dwingt’. Dit valt zo te lezen dat als de wettekst duidelijk in strijd met het verdrag is, de wet voorrang heeft.

Tekstgeschiedenis ♣ De kwestie van de doorwerking en voorrang van verdragen werd in twee stappen in de Grondwet beslist. In 1953 werd de rechtstreekse werking van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties vastgelegd: ‘[internationale overeenkomsten] verbinden een ieder, voorzover zij zijn bekend gemaakt’. Bij amendement van het kamerlid Serrarens, later lid van het Hof van Justitie van de EGKS, werd tegen de wil van de regering (die vasthield aan de onschendbaarheid van de wet) een bepaling ingevoegd die de voorrang op de wet van zulke rechtstreeks werkende bepaling stipuleerde, door te bepalen:


‘Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, wanneer deze niet verenigbaar zou zijn met [internationale] overeenkomsten (...)’.⁴

In 1956 werd de grondwetsbepaling over de rechtstreekse werking gewijzigd, zodat nu gesproken werd over ‘*bepalingen* [daarvan] welke *naar haar inhoud* een ieder kunnen verbinden’.⁵ De voorrang van geschreven internationaal recht werd daarmee beperkt tot wettelijke voorschriften die onverenigbaar waren ‘met een ieder verbindende bepalingen’. In 1983 werd een en ander met slechts redactionele aanpassingen opgenomen als artikelen 93 en 94 Grondwet.

UITLEG

*alleen geschreven
volkenrecht*

De belangrijkste bronnen van het internationaal publiekrecht zijn gewoonterecht, verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Artikelen 93 en 94 Grondwet hebben tekstueel betrekking op verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties, maar we zullen zien dat daarmee indirect ook de positie van ander internationaal recht is bepaald.

Artikel 93 Grondwet: wie wordt gebonden?  Artikel 93 Grondwet heeft twee juridische functies: het bepaalt wie gebonden wordt door verdragen, en het stelt een voorwaarde aan die binding.

Artikel 93 Grondwet bevestigt het arrest over het Grenstractaat Aken: verdragsbepalingen kunnen burgers rechtstreeks binden; burgers kunnen aan ‘een ieder verbindende’ bepalingen rechtstreeks rechten en plichten ontleen. Daarbij moeten de betreffende bepalingen zelf juridisch bindend zijn en voor burgers daadwerkelijk rechten en plichten scheppen. De crux zit in de woorden ‘een ieder verbindende bepalingen’. Als bepalingen *niet* ‘een ieder verbindend’ zijn, kunnen zij *niet* rechtstreeks rechten of plichten voor burgers scheppen jegens de uitvoerende macht of de rechter. Het is belangrijk zich te realiseren dat de meeste internationale bepalingen niet eenieder verbindend zijn. Zij werken primair tussen staten onderling en tussen staten en internationale organisaties. Willen *zulke* bepalingen uiteindelijk ook de burgers betreffen, dan moeten ze eerst worden uitgewerkt door handelingen van nationale overheden (met name de wetgever, maar soms door maatregelen van de uitvoerende macht als die daartoe bevoegd is).

*binding van burgers
mits ‘eenieder
verbindend’*

Of er sprake is van ‘een ieder verbindende bepalingen’ wordt bepaald door de rechter — die overigens spreekt van ‘rechtstreeks werkende bepalingen’ als synoniem. De rechtspraak bevat niet bepaald kristalheldere criteria over welke concrete bepalingen nu als eenieder verbindend/rechtstreeks werkend moeten worden beschouwd. Twee gidsarresten zijn het *Spoorwegstakingsarrest*⁶ en het *Rookverbod*arrest.⁷

Het *Spoorwegstakingsarrest* bepaalt dat als uit de totstandkomingsgeschiedenis van het verdrag blijkt dat een verdragsbepaling bedoeld was om *niet* rechtstreeks te werken, de rechter moet aannemen dat de bepaling *niet* eenieder verbindend is. Wanneer dit *niet* uit die geschiedenis blijkt — zoals meestal het geval is —, moet de rechter afgaan op de ‘inhoud van de bepaling’. Bij het bepalen van de betekenis van de inhoud van de bepaling staat volgens dit arrest de volgende vraag centraal: ‘Verplicht deze de Nederlandse wetgever tot het treffen van een nationale regeling met bepaalde inhoud of strekking, of is deze van dien aard dat de bepaling in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren?’ Als er nog werk nodig is van de wetgever⁸ (de eerste optie), dan werkt de bepaling niet rechtstreeks. Als de bepaling in zichzelf al als ‘objectief recht kan functioneren’ (de tweede optie), dan werkt de bepaling wel rechtstreeks.⁹

criteria

Het *Rookverbod*arrest stelt, in aansluiting op eerdere uitspraken, dat bij het bepalen of een verdragsbepaling zonder meer als objectief recht kan worden toegepast, ‘het (...) erom [gaat] of deze onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is’.¹⁰ Vervolgens wordt gesteld:

Indien het op grond van een verdragsbepaling in de nationale rechtsorde *te bewerkstelligen resultaat* onvoorwaardelijk is en voldoende nauwkeurig is omschreven, belet de enkele omstandigheid dat de wetgever of de overheid keuze- of beleidsvrijheid toekomt wat betreft de te nemen maatregelen ter verwezenlijking van dat resultaat, niet dat de bepaling rechtstreekse werking heeft.’ (Cursivering en toegevoegd)¹¹

Na deze opmerking vervolgt de Hoge Raad dat ook de ‘context’ een rol speelt,¹² al wordt niet echt duidelijk welke:

Of van die [rechtstreekse] werking sprake is, hangt af van het antwoord op de vraag of de bepaling in de context waarin zij wordt ingeroepen, als objectief recht kan functioneren.

Daarvan was, niettegenstaande de bewoordingen van de betrokken verdragsbepaling,¹³ volgens de Hoge Raad inderdaad sprake.¹⁴

*publicatie is eis
rechtszekerheid*

Artikel 93 Grondwet: de voorwaarde van kenbaarheid §• Artikel 93 Grondwet bevat de voorwaarde dat de rechtstreekse werking van verdragsbepalingen slechts bestaat ‘nadat zij zijn bekendgemaakt’. Dit is een rechtsstatelijke rechtszekerheidseis, en een democratische eis voor zover die bekendmaking in beginsel een minimum aan transparantie vergt en door de wet wordt geregeld, zoals artikel 95 Grondwet vereist.¹⁵ Deze wet is de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen, die als hoofdregel heeft dat bekendmaking geschiedt in het *Tractatenblad* (artikel 16 e.v.). Overigens mag op grond van de beginselen van de democratische rechtsstaat worden aangenomen dat ook andere dan rechtstreeks werkende bepalingen bevattende verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties publicatie vergen, nu ook deze vanaf het moment van hun inwerkingtreding voor Nederland deel uitmaken van de rechtsorde. Men kan zeggen dat zolang verdragsbepalingen niet zijn bekendgemaakt, deze internationale normen geen deel uitmaken van de rechtsorde — in zoverre zijn we dualistisch (zie over de monisme/dualisme-discussie onder ‘Reflectie’).

*voorrang/
geen voorrang*

Artikel 94 Grondwet: voorrang van rechtstreeks werkend geschreven internationaal recht §• Rechtstreeks werkende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties hebben voorrang op daarmee onverenigbare wettelijke voorschriften. Onder wettelijke voorschriften vallen alle bepalingen van nationaalrechtelijke oorsprong, waaronder de wet en, althans in beginsel,¹⁶ de Grondwet, en tevens alle andere regelgeving en besluiten van de rijksoverheid of decentrale overheden.

Uit de bedoeling van de grondwetgever van 1956 volgt dat bepalingen van

verdragen of besluiten van internationale organisaties die niet eenieder verbindend zijn, *geen* voorrang hebben. In de jurisprudentie heeft de Hoge Raad bepaald dat regels van internationaal gewoonterecht (ongeschreven recht) geen voorrang hebben op de wet, zelfs als zij zouden behoren tot het universeel dwingend recht, het zogenoemde *ius cogens*, zoals het martelverbod.¹⁷

Europees Unierecht §. Tot in de jaren tachtig ging de rechtspraak, net als de literatuur, ervan uit dat artikel 94 (evenals 93) Grondwet ook van toepassing was op de EG-verdragen en de daarop gebaseerde besluiten van regelgevende en uitvoerende aard.¹⁸ Dat was niet zonder reden, want artikel 93 en 94 Grondwet, en dan met name artikel 94 Grondwet, werden ingevoerd met een beroep op de oprichting van de EGKS, waarvan de werking van de besluiten voor zover die binnen Nederland zouden moeten worden toegepast, grondwettelijk gewaarborgd diende te worden. Dit was de expliciete bedoeling van Serrarens, wiens amendement deze bepaling invoegde. Overigens was er in de jurisprudentie van het Hof van Justitie noch van de Nederlandse rechter aanleiding om te denken dat artikelen 93 en 94 Grondwet een obstakel zouden kunnen zijn voor de doorwerking. Een motie-Brinkhorst legde de wens vast dat artikelen 93 en 94 Grondwet zodanig moeten worden uitgelegd dat ze geen belemmering opleveren voor de doorwerking van het Europese recht — wat aantoonde dat de grondwetgever van 1983 zowel meende dat de doorwerking van EU-recht inderdaad door artikelen 93 en 94 Grondwet werd beheerst, als dat, tegelijkertijd, dit geen problemen zou mogen opwerpen.¹⁹ Welke bedoeling de grondwetgever ook had, de strafkamer van de Hoge Raad vond het nodig om in een *obiter dictum* uit te spreken dat de doorwerking geenszins door de Grondwet wordt beheerst.²⁰ De Hoge Raad meende, conform hetgeen in de Nederlandse literatuur na 1980 de heersende leer geworden is, dat het EU-recht uitsluitend door het EU-recht beheerst wordt, met uitsluiting van elke rol van de Nederlandse Grondwet. Dit wordt gebaseerd op de arresten *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* van het Hof van Justitie van begin jaren 1960.²¹ Deze arresten bevestigen echter alleen wat de stand van zaken naar EU-recht is: het Hof van Justitie overweegt in *Van Gend & Loos* uitdrukkelijk dat het niet bevoegd is uitspraak te doen over nationaal recht, en dus met name ook niet over de Nederlandse Grondwet.

voorrang voor internationaal recht mede ingegeven met het oog op Europese integratie

Andere vormen van werking van internationaal recht in de Nederlandse rechtsorde §. Internationaal recht dat niet de vorm heeft waarop de artikelen 93 en 94 Grondwet zien — dat wil zeggen internationaal gewoonterecht en bepalingen van verdragen of besluiten van internationale organisaties die niet eenieder verbinden — maakt deel uit van de Nederlandse rechtsorde. Zij kunnen andere vormen van werking hebben dan

HOOFDSTUK 5
Wetgeving en bestuur

*rang en effect van
ander internationaal
recht*

het ‘buiten toepassing laten van wettelijke voorschriften’ in geval van strijd met nationaal recht waarop artikel 94 Grondwet betrekking heeft. Wat betreft volkenrechtelijk gewoonterecht wordt al sinds de negentiende eeuw in de rechtspraak aangenomen dat dit tot in Nederland toepasbaar recht behoort. Weliswaar kunnen al deze vormen van internationaal recht geen effect hebben wanneer ze met de wet onverenigbaar zijn, maar bij afwezigheid van onverenigbare bepalingen van nationaalrechtelijke oorsprong kunnen zij toch werken. Dit is het geval als er *geen* nationale wettelijke voorschriften bestaan (dus als er een lacune bestaat) over een onderwerp dat voorwerp van regeling is door een verdrag of besluit van een internationale organisatie. Maar ook als er *wel* relevante nationale wettelijke voorschriften zijn, geldt van oudsher de opvatting dat deze indien mogelijk moeten worden uitgelegd conform het relevante internationale recht. Hiervoor is met name ruimte als het wettelijke voorschrift op meerderlei wijze kan worden uitgelegd en toegepast. We wezen er eerder al op dat het arrest *Grenstractaat Aken* de ratio daarvan weergeeft, namelijk dat de wetgever niet verondersteld kan worden te hebben willen wetgeven in strijd met internationale verplichtingen van het Koninkrijk.

Dergelijke volkenrechtsconforme uitleg wordt vaak gebruikt door de rechter, en geeft hem in beginsel een grotere rechtsvormende rol dan artikel 94 Grondwet hem toekent. Artikel 94 Grondwet geeft de rechter in beginsel alleen ‘negatieve’ wetgevende bevoegdheid, namelijk de bevoegdheid om wettelijke voorschriften buiten toepassing te laten, terwijl bij volkenrechtsconforme uitleg de rechter onder omstandigheden tot een conclusie komt die door de wetgever niet werd voorzien — bijvoorbeeld door in lijn met zijn algemene rechtsvormende taak in aansluiting op het stelsel van relevante regelgeving de voorschriften uit te leggen en, voor zover in lacunes moet worden voorzien, op te vullen, indien internationale bepalingen daar naar het inzicht van de rechter toe nopen.

REFLECTIE

Constitutionaliteit en pluraliteit van rechtsordes

Een open constitutie § 1. De artikelen 93 en 94 Grondwet, samen met de andere bepalingen over de internationale rechtsorde zoals artikel 90 Grondwet (bevorderen van de ontwikkeling van de internationale rechtsorde) en artikel 92 Grondwet (toelaatbaarheid van het opdragen van wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende taken aan internationale organisaties), met hun democratische tegenhangers in artikel 91 Grondwet (goedkeuring verdragen), kunnen gelden als symbool van de openheid van de Nederlandse constitutionele orde voor internationale rechtsvorming, zowel

in de rechtstreekse tussenstatelijke betrekkingen als via internationale organisaties.

Deze openheid past bij een relatief kleine staat met een sterk internationaal en regionaal vervlochten economie en samenleving.²² Het past overigens ook bij de aard van de Nederlandse constitutie, die meer lijkt op het Britse type van constitutie dan op de uit de Franse Revolutie voortgekomen continentale constituties. Nederland heeft geen *single document*-constitutie, en de gedachte dat elke vorm van gezagsuitoefening slechts kan voortvloeien uit de nationale grondwet is, zo die al bestaat, niet diepgeworteld. De grondgedachte van de Nederlandse constitutie is niet die van een grondwetssoevereiniteit die met een sterk idee van staats- of volkssoevereiniteit samenhangt. De staat is degene die feitelijk geaccepteerd wordt als houder van het geweldsmonopolie, die op praktische gronden gelegitimeerd moet worden op grond van algemeen geaccepteerde beginselen van de democratische rechtsstaat. De staat vervlecht op die praktische grond maatschappelijke realiteiten, waarmee vanuit een traditie waarin minderheidsposities dominant zijn rekening moet worden gehouden wanneer afdwinging aan de orde is. Men kan de Nederlandse constitutie daarom eerder zien als de erkenner dan als de schepper van gezagsuitoefening:²³ het integreert minstens zozeer als dat het *ex nihilo* scheidt, het is geen *big bang* of blauwdruk-constitutie, het codificeert eerder dan modificeert,²⁴ en het is geen revolutionaire, maar evolutionaire, zich incrementeel ontwikkelende constitutie.²⁵ Het past in dat beeld dat internationale normen waaraan Nederland zich jegens andere staten heeft gebonden, al dan niet in het kader van internationale organisaties, naar hun aard en rang deel uitmaken van de nationale constitutie.

Puur juridisch bezien is de Grondwet een van de belangrijkste constitutionele bronnen, maar niet de enige, en evenmin heeft de Grondwet de hoogste rang (het Statuut voor het Koninkrijk, dat de verhoudingen tussen de landen van het Koninkrijk regelt, heeft voorrang op de Grondwet²⁶). Als zowel rang van de rechtsbron als ook de inhoudelijke aard van de rechtsbron (namelijk dat het gaat over het scheppen, bevoegd maken of reguleren van openbare gezagsuitoefening) het constitutionele karakter van een rechtsbron bepaalt, dan behoren zeker de 'klassieke' grondrechtenverdragen, zoals het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie,²⁷ tot de kernbronnen van de Nederlandse constitutie. Hun hoogste rang krachtens artikel 94 Grondwet²⁸ en hun bepaling van de rechten van burgers tegenover openbare gezagsuitoefening door de overheid maken het tot ultieme onderdelen van onze eigen constitutie. Het zijn rechtsregels waaraan de rechter kan toetsen en voorrang moet toekennen indien zij onverenigbaar zijn met regels en be-

*Nederlands
constitutionele
openheid*

sluiten van nationale oorsprong. Nu het inhoudelijk om constitutionele normen gaat waaraan getoetst wordt, bestaat er — anders dan vaak gedacht wordt, zelfs door juristen — wel degelijk constitutionele toetsing van de wet door de Nederlandse rechter (zij het niet aan de Grondwet).

Monisme: een verwarrend begrip

Monisme §• Vaak wordt de constitutionele verhouding tussen nationaal en internationaal recht zoals die op grond van artikelen 93 en 94 Grondwet bestaat als ‘monistisch’ gekenschetst. Dit is echter verwarrend zolang in het midden wordt gelaten of dat monisme slaat op de status van internationaal recht als automatisch onderdeel van de nationale rechtsorde (de eenheid qua rechtsorde van internationaal recht en nationaal recht), of op de rang van internationaal recht (voorrang op recht van nationale oorsprong). Het is waar dat al het internationaal recht deel uitmaakt van de Nederlandse rechtsorde vanaf het moment dat het voor Nederland volkenrechtelijk bindend is. Dit is zo omdat artikel 93 Grondwet dat bepaalt, voor zover het gaat om verdragsrecht of een besluit van volkenrechtelijke organisaties dat rechten en plichten van burgers betreft (oftewel: ‘een ieder verbindend’ is). Voor het overige internationaal recht is dit het geval op grond van ongeschreven staatsrecht. Het internationale verdragsrecht, noch ander internationaal recht, behoeft een specifieke omzetting of erkenningshandeling van de nationale wetgever om in beginsel gelding te kunnen hebben in de rechtsorde, anders dan in dualistische landen als het Verenigd Koninkrijk, Duitsland en Italië het geval is (althans voor verdragen; voor volkenrechtelijk gewoonterecht is dat in die landen niet nodig). In die zin hebben we in Nederland te maken met monisme, althans zolang het gaat om kenbaar, bekendgemaakt internationaal recht. Is een verdrag niet bekendgemaakt, dan kan het in een rechtsstaat geen werking hebben en staat het dus buiten de rechtsorde — in zoverre wordt het monisme beperkt of gematigd.

Uit het bovenstaande blijkt dat qua *rang* alleen *rechtstreeks werkende* bepalingen van internationaal recht voorrang hebben op strijdig nationaal recht. Bij al het andere internationale recht — en dat is het meeste — heeft de wet echter voorrang op het internationale recht. Bij de voorrangsvraag is het dus moeilijk om in Nederland van ‘monisme’ te spreken, als men met monisme zou bedoelen dat internationaal recht voorrang heeft op nationaal recht. Het zou daarom beter zijn om de term ‘monisme’ in deze context niet te gebruiken. Niet elk juridisch handboek drukt zich op dit punt echter zuiver uit.

monisme en voorrang zijn een Nederlandse constitutionele keuze

Of toch iets dualistisch? §• Als we zeggen dat de Nederlandse rechtsorde ‘monistisch’ is en daarmee bedoelen dat Nederland bindende internationale normen automatisch deel uitmaken van de rechtsorde, dan moeten

we bedenken dat dit alleen het geval is omdat het Nederlandse constitutionele recht dat zo bepaalt.

Het internationale recht kent geen algemene regel die monisme of dualisme voorschrijft. Het algemene volkenrecht staat neutraal ten opzichte van de vraag *hoe* dit recht wordt nageleefd, *als* het maar wordt nageleefd. Of een staat de naleving wil bevorderen door een monistisch stelsel als het onze aan te nemen, of door internationaalrechtelijke normen zoals verdragen pas deel te laten uitmaken van het nationale recht na het verrichten van een omzettingshandeling door bijvoorbeeld de wetgever (zoals in het Verenigd Koninkrijk) of door afkondiging door het staatshoofd (zoals in Italië), maakt volkenrechtelijk niets uit. Er is geen regel van algemeen volkenrecht die voorschrijft dat een verdragsrechtelijke bepaling van welke aard dan ook door burgers voor de rechter afdwingbaar moet zijn, noch stelt het aan afdwingbaarheid in de nationale rechtsorde enige andere voorwaarde (bijvoorbeeld rechtstreekse werking).

Zo luidt althans het *algemene* volkenrecht. Niettemin kunnen er specifieke verdragen bestaan waarin partijen *wel* vastleggen hoe de bepalingen van dat verdrag afgedwongen kunnen worden. Een bekend voorbeeld is de uitspraak van het Permanente Hof van Internationale Justitie uit 1928, in de zaak over de jurisdictie van de rechtbanken van Danzig. In die uitspraak besliste het hof dat weliswaar in het algemeen en als zodanig verdragen geen rechten en plichten voor burgers in het leven roepen, maar dat het desalniettemin de mogelijke bedoeling van verdragspartijen kan zijn om zulke rechten en plichten te scheppen die ook voor de nationale rechter afdwingbaar zijn. Het stelde vast dat dit in deze zaak het geval was.²⁹

Het belangrijkste voorbeeld van zo'n verdragsrechtelijke uitzondering op de algemene regel van volkenrecht in de huidige tijd zijn de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en hun opvolgers (Verdrag betreffende de Europese Unie, Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie). Het Hof van Justitie heeft in zijn bekende uitspraken in *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* vastgesteld dat het uit de bedoeling van de oprichtingsverdragen zelf voortvloeit dat zij rechtstreeks kunnen werken, respectievelijk in geval van strijdigheid tussen EU-recht en nationaal recht het eerste voorrang heeft op het laatste. Opnieuw moet worden vastgesteld dat het hier de specifieke internationale verdragen zelf zijn die hun werking in de nationale rechtsorde van de verdragspartijen bepalen. Dit is echter uitzonderlijk; zo iets geldt niet voor bijvoorbeeld het EVRM.

Het dualistische Verenigd Koninkrijk ratificeerde als eerste verdragsondertekenaar op 8 maart 1951 het EVRM, waarmee het volkenrechtelijk instemde met binding aan het verdrag. Op 3 september 1953 trad het in werking, toen de benodigde ratificaties werden bereikt voor de volkenrechtelijk inwerkingtreding. Maar het EVRM is pas in 1998 in het Britse

HOOFDSTUK 5
Wetgeving en bestuur

recht geïncorporeerd door de Human Rights Act 1998 en deel gaan uitmaken van het in het VK geldende en voor de rechter inroepbare recht. De Bondsrepubliek Duitsland — eveneens dualistisch — ratificeerde op 5 december 1952 het EVRM, nadat het parlement het had goedgekeurd bij wet van 7 augustus 1952. Deze goedkeuringswet kondigde ook de ‘bekendmaking met kracht van wet’ af,³⁰ en zette aldus het EVRM om in Duits recht met de rang van formele wet. Het verdrag trad op dezelfde dag als voor de Britten naar volkenrecht in werking, dat wil zeggen op 3 september 1953, maar tevens werd het daardoor in Duitsland als Duits recht toepasbaar.³¹ In Nederland werd het bij wet goedgekeurd op 28 juli 1954 (*Stb.* 335); het werd het volkenrechtelijk geratificeerd op 31 augustus 1954, en trad conform de inwerkingtredingsbepaling van het EVRM voor Nederland op die dag in werking. Op grond van de regel van het monisme (nu ook neergelegd in artikel 93 Grondwet) werd het door die volkenrechtelijke inwerkingtreding voor Nederland deel van de Nederlandse rechtsorde.³²

Dat het alleen het *Nederlandse* recht is dat bepaalt of de verhouding tussen verdragsrecht (en ander internationaal recht) deel uitmaakt van de nationale rechtsorde, terwijl de internationale rechtsorde geen algemene regel daaromtrent kent, maakt dat er een intrigerend onderscheid blijft bestaan tussen de rechtsorde van een verdragspartij (de nationale rechtsorde) en de internationale rechtsorde waarin het verdrag primair gesloten is en waar het deel van uitmaakt. Er zit iets dubbels in dat enerzijds verdragsbepalingen (en andere internationale rechtsregels) in Nederland gelden *als internationaal recht*, maar dat het evenzeer waar is dat zij gelden als Nederlands recht op grond van de Nederlandsrechtelijke regel van het monisme, en daarmee in zekere zin *als nationaal recht*. De laatste schrijver die deze dubbelheid systematisch en met grote scherpzinnigheid volhield en zowel theoretisch als praktisch consequent doorvoerde, was de Leidse liberale hegeliaan en hoogleraar volkenrecht Telders.³³

Toch is het juist in de context van universeel en regionale globalisering, waarbij tegelijkertijd gezegd wordt: *the global is local* (‘glocal’),³⁴ op zijn plaats om deze dubbele relatie opnieuw te doordenken op zijn constitutioneelrechtelijke implicaties, voorbij monistische rechtsopvattingen over internationaal en nationaal recht. Onderscheiden rechtssferen blijven ook in een monistische opvatting bestaan: internationaal recht blijft als zodanig bestaan, ook als het opgenomen is in het nationale recht. Deze twee rechtssferen staan in een actieve, dynamische verhouding tot elkaar: zij beïnvloeden elkaar en veronderstellen elkaar. Een reflectie daarop past bij de ontwikkeling van het constitutionele recht, dat zich in de ‘lange negentiende eeuw’ overwegend concentreerde op de verhouding tussen regering en volksvertegenwoordiging, maar dat zich in de twintigste eeuw sterk ging richten op (voornamelijk individuele) grond-

rechten en in de eenentwintigste eeuw op de verhouding tussen verschillende rechtsordes.

Pluralisme ♣. Het is onder juristen gebruikelijk om de verhouding tussen nationaal en internationaal recht in hiërarchisch perspectief te plaatsen: wat is hoger en wat is lager recht? Het is de vraag in hoeverre dat nodig is.

*een pluralistisch
alternatief*

Inderdaad kunnen twee rechtsnormen, de ene van internationaal-rechtelijke oorsprong, de andere van nationale oorsprong, inhoudelijk met elkaar onverenigbaar zijn. Vroeg of laat zal zich de praktische vraag voordoen welke norm moet worden toegepast. Een dergelijk normenconflict vergt dan oplossing. Het gelijktijdig naast elkaar bestaan, de pluraliteit van inhoudelijk onverenigbare normen, kan niet voortduren zonder vroeg of laat tot moeilijkheden te leiden. De normen kunnen naast elkaar bestaan als binnen hun respectievelijke rechtssferen geldige normen, en zolang ze niet om toepassing vragen misschien zelfs als ze in één geïntegreerd rechtsverband zijn opgenomen. Maar wanneer ze beide om toepassing vragen in een concreet geval, leidt het logische beginsel van non-contradictie ertoe dat zij niet beide kunnen worden toegepast. De situatie vergt een besluit over de vraag welke norm moet worden toegepast ten koste van de andere. Weliswaar kan die oplossing bestaan in het van hogere rang verklaren van de ene regel, en het toepassen van het juridische beginsel dat de hogere voor de lagere gaat (het *lex superior*-beginsel). Maar normconflicten kunnen ook op basis van andere principes worden opgelost, die niet-hiërarchisch zijn in de zin van superioriteit of inferioriteit,³⁵ zoals het beginsel dat de bijzondere regel voorrang heeft op de algemene regel, publieke voor private normen gaan, dwingend recht voor aanvullend of dispositief recht, enzovoort. Het internationaal privaatrecht heeft een heel repertoire aan manieren om over de toepassing van conflicterende privaatrechtelijke regels te beslissen.

Het is in het algemeen dus mogelijk om tot een oplossing te komen van normenconflicten anders dan door de een superieur aan de ander te verklaren — een *top-down*-benadering. Toegepast op het vraagstuk van de botsing tussen een nationale en een internationale norm kan men dus afvragen wat bedoeld wordt met het primaat — of, zoals sommigen (met name in het EU-recht) willen: *suprematie* — van het internationale (of Unie)recht. Wat betekent het als men heel algemeen stelt dat internationaal recht boven nationaal recht gaat?³⁶

is hiërarchie nodig?

Als eerste moeten we vaststellen dat een dergelijke manier van spreken eerder ideologisch dan juridisch is — waarbij onmiddellijk moet worden toegegeven dat ideologie bepalend kan zijn voor het begrip van het recht, en uiteindelijk een reden kan verschaffen om wel of niet voorrang te geven aan internationaal of nationaal recht. Internationaal recht

HOOFDSTUK 5

Wetgeving en bestuur

in algemene zin 'hoger' verklaren dan nationaal recht heeft iets verheerlijkends; het is alsof men wil zeggen dat het dichter bij de hemel, heiliger is. De werkelijkheid van het internationale recht zal daar snel op afstuiten. Het gaat vaak over zeer alledaagse, technische onderwerpen, zoals een blik op de inhoud van het *Tractatenblad* of het *Publicatieblad van de Europese Unie* snel leert. Maar inderdaad gaat het ook over oorlog en vrede, het pacificeren van conflicten of om nauwelijks te begrijpen of zelfs betekenisloze compromissen; er komt ook aan hoge politiek veel vuil werk te pas. Het internationale recht werd wel 'volkenrecht' genoemd, maar in werkelijkheid is het nagenoeg uitsluitend regeringenrecht, voor zover het niet bureaucratenrecht is. Internationaal recht gaat ook wel eens over burgers, maar in dat geval gaat het niet alleen over rechten, maar vaak ook over plichten die het voor hen in het leven roept. Dan nog, is een internationale overeenkomst over radiofrequentieverdeling, of over het obstakelvrij vlak in het verlengde van start- en landingsbanen van vliegtuigen, van dezelfde waarde en belang als de constitutionele bepalingen over grondrechten, machtenscheiding, democratie, legaliteit en rechtsbescherming? Als de waarde daarvan verschilt, is het dan wel gerechtvaardigd om onvoorwaardelijk te spreken over het primaat van het internationale recht, als zulk internationaal recht onverhoopt met zulke constitutionele regels en beginselen in strijd zou komen?

Hoe het antwoord op deze vragen ook moge luiden, de uitleg van artikel 94 Grondwet hierboven maakt duidelijk dat alleen 'een ieder verbindende' bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties primeren op het nationale recht. Voor het overige primeert de wet op het internationale recht. Maar is het zinvol om heel algemeen te spreken van 'het primaat van het internationaal recht', als het meeste internationale recht in geval van onverenigbaarheid niet primeert op het nationale recht?

Er zijn goede redenen aan te voeren waarom internationaal recht voorrang moet hebben op nationaal recht, maar dat het internationaal recht inherent beter, mooier of hoger is, hoort daar niet bij. Een reden om verdragen na te komen is allereerst het beginsel *pacta sunt servanda*: men houde zich aan gemaakte afspraken. Dat is typisch het geval bij 'horizontale' verhoudingen tussen in beginsel gelijke of gelijkwaardige partijen, en dus niet op grond van het gezag van de een over de ander, zoals bij 'verticale' onderwerpings- en gehoorzaamheidsverhoudingen die typisch zijn voor de verhouding tussen burger en overheid binnen de staat. Hiërarchie is vreemd aan de grondslag van het verdragsrecht.

Dit ligt anders bij besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Daar hebben lidstaten in het oprichtingsverdrag bevoegdheden opgedragen aan instellingen van die organisaties. In voorkomende gevallen die in het

oprichtingsverdrag zijn geregeld, kunnen deze organisaties bindende besluiten nemen die niet altijd de instemming van Nederlandse vertegenwoordigers vergen. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de Europese Unie: door bekrachtiging van de oprichtingsverdragen hebben lidstaten zich verplicht om zich ook aan zulke besluiten te onderwerpen.

Zowel bij verdragen als bij besluiten van volkenrechtelijke organisaties waarmee nationale voorschriften onverenigbaar kunnen zijn, kan de oplossing beschouwd worden als een kwestie van voorrang op een gelijkwaardige kruising van verkeerswegen: om botsingen te voorkomen heeft de een voorrang op de ander, en wordt dit in een regel gegoten; maar men kan moeilijk volhouden dat verkeer van links inferieur is en van rechts superieur. Het is een praktische oplossing om ofwel de ene, ofwel de andere richting voorrang te geven. Zo is het ook met het voorkomen van botsingen tussen internationaal en nationaal recht. De voorrang van internationaal recht op strijdig nationaal recht is praktisch gesproken een goede oplossing omdat deze het meest tegemoetkomt aan het beginsel *pacta sunt servanda* en de ratio van internationale regelgeving en besluitvorming, bijvoorbeeld omdat deze juridische harmonisering bereikt die ondergraven wordt op het moment dat een van de partijen zich eraan zou onttrekken. In veel gevallen zal een land als Nederland er baat bij hebben en zal het landsbelang het beste gediend worden bij automatische werking en voorrang van internationaal recht. Men sluit een verdrag immers niet om het vervolgens niet na te komen; men geeft een internationaal orgaan geen regelgevende bevoegdheid om zich daaraan te onttrekken. Artikel 90 Grondwet, dat de regering — in overeenstemming met het algemeen volkenrecht vertegenwoordiger van Nederland in de internationale betrekkingen — de opdracht geeft om de ontwikkeling van de internationale rechtsorde te bevorderen, maakt duidelijk dat een land als Nederland, dat vindt dat het baat heeft bij een internationale politiek, het internationaal recht naleeft.³⁷

Een reden om te blijven benadrukken dat de internationale rechtsorde en de nationale rechtsorde onderscheiden rechtssferen zijn, ligt niet alleen in de structuur van de internationale rechtsorde in vergelijking met die van de staat, maar ook in de constitutionele principes waarop zij zijn gebaseerd. Hoewel er stappen zijn gezet in de richting van de bescherming van waarden als democratie, gelijkheid en fundamentele rechten, kan men in algemene zin niet zeggen dat, althans wat betreft de universele internationale rechtsorde, deze gebaseerd is op dezelfde beginselen als die van de democratische rechtsstaat in Nederland.³⁸

Constitutionele grenzen aan doorwerking? § 6 De Nederlandse rechtsorde is vervlochten met de internationale rechtsorde. Maar daarmee is het onder-

HOOFDSTUK 5
Wetgeving en bestuur

*het primaat van
de rechtsstaat?*

scheid tussen die rechtsordes niet verdwenen. Men kan spreken van een vervlechting van rechtsordes, waarbij constitutioneelrechtelijk de Nederlandse staat de locus is van die juridische vervlechting. De internationale rechtsorde, in de vorm van de verplichtingen waaraan Nederland zich heeft onderworpen door sluiting van verdragen en het lidmaatschap van internationale organisaties, wordt in de nationale rechtsorde verondersteld, evengoed als andersom de nationale rechtsorde verondersteld wordt door verdragspartijen en de internationale organisaties. Deze vervlechting, bewerkstelligd door de regel van het monisme, op grond waarvan voor Nederland bindend internationaal recht deel uitmaakt van het hier toepasbare recht, heft de eigen aard van de rechtsordes niet op.³⁹ Daarom is het ook mogelijk om nationaalrechtelijk voorwaarden te stellen aan de specifieke doorwerking en daarmee aan de vervlechting van die rechtsordes.

We zagen al dat zo'n voorwaarde wordt gesteld in artikel 93 Grondwet, die in wezen van rechtsstatelijke- en democratische aard is. Of dit een voldoende voorwaarde is, wordt kritisch op het moment dat de botsing van uit de respectieve rechtsordes voortkomende rechtsnormen betrekking heeft op constitutionele principes. Zo kunnen resoluties van de Veiligheidsraad sancties opleggen jegens individuen die een inbreuk maken op fundamentele principes als het recht op toegang tot de rechter, de onschuldpresumptie en de bescherming van eigendom.⁴⁰ Over zulke besluiten stelde het Hof van Justitie van de Europese Unie:

Deze bepalingen [die de doorwerking en voorrang van internationaal recht in de rechtsorde van de Unie waarborgen] kunnen evenwel niet aldus worden opgevat dat zij een afwijking toestaan van de beginselen van vrijheid, democratie en eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, die in artikel 6, lid 1, EU [thans: artikel 2 VEU] als grondslagen van de Gemeenschap worden beschouwd.

Mag het primaat en de voorrangsregel van artikel 94 Grondwet zo ver strekken dat internationale verplichtingen de meest fundamentele regels en beginselen van de democratische rechtsstaat schenden? De helft van de leden van de Staatscommissie Grondwet vond in 2010 van niet, en stelde voor de voorrang voorwaardelijk te maken aan verenigbaarheid met zulke beginselen (die in een openingsbepaling van de Grondwet zouden moeten worden opgenomen).⁴¹ Een dergelijke benadering zou in lijn zijn met de constitutionele rechtspraak van landen als Duitsland en België, en van het Hof van Justitie van de EU. Vooralsnog is het denkbeeld echter afgewezen. Ooit zal de vraag rijzen of de prijs van juridische internationalisering zo hoog mag zijn.

het Weens Congres door een verlegde landsgrens doorsneden werd. Een boer wiens grond werd doorsneden door de nieuwe grens, werd strafrechtelijk vervolgd wegens het niet voldoen van fiscale grensformaliteiten terwijl hij ongeveer 47,5 kilo rogge van het Duitse naar het Nederlandse deel van zijn land vervoerde.

4 Artikel 67 lid 2 Grondwet van 1953 verordent dat het bepaalde over verdragen van overeenkomstige toepassing is op 'besluiten van volkenrechtelijke organisaties'.

5 Voor een diepgaande historische behandeling van het begrip, zie de eerste vier hoofdstukken van J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen). Den Haag: Bju, 2004.

6 HR 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402.

7 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928.

8 In voorkomende gevallen is het de uitvoerende macht die uitvoeringsmaatregelen, meestal van regelgevende aard, zoals een algemene maatregel van bestuur of ministeriële regeling, moet treffen voordat de norm 'perfect' is.

9 HR 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402, r.o. 3.2.

10 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, r.o. 3.5.2.

11 HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, r.o. 3.5.3.

12 In 1989 koos de Centrale Raad van Beroep (CRvB), de hoogste bestuursrechter in ambtenaren- en sociale verzekeringszaken, voor een door de context bepaalde, situationele benadering; CRvB 16 februari 1989, AB 1989, 1645 (*WIISO*) over artikel 7 aanhef en onder a (i) Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten, luidende: 'The States Parties to the present Covenant recognize the right of everyone to the enjoyment of just and favourable conditions of work, which ensure, in particular: (a) remuneration which provides all workers, as a minimum, with: (i) fair wages and equal remuneration for work of equal value without distinction of any kind, in particular women being guaranteed conditions of work not inferior to those enjoyed by men, with equal pay for equal work.' In de specifieke context van het geval achtte de CRvB deze bepaling rechtstreeks wendend. In een soortgelijke zaak over dezelfde verdragsbepaling achtte de Hoge Raad dat de verdragsbepaling niet eenieder verbindend was, waarbij de tekst van de verdragsbepaling, en de 'algemeenheid zonder nadere uitwerking' van termen als 'billijk loon' en 'gelijke waarde', beslissend was; HR 20 april 1990, AB 1990, 338.

De CRvB verliet de contextuele benadering na enkele jaren weer; zie hierover L.F.M. Besselink, *Staatsrecht en buitenlands beleid* (2^e, herziene druk). Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1995, hs. 3, par. 1.2.1. Een open vraag is of de HR in het *Rookverbod* arrest overgestapt is naar de benadering van de CRvB.

13 Artikel 8 lid 2 WHO Framework Convention on Tobacco Control, *Tractatenblad* 2004, 269: 'Each Party shall adopt and implement in areas of existing national jurisdiction as determined by national law and actively promote at other jurisdictional levels the adoption and implementation of effective legislative, executive, administrative and/or other measures, providing for protection from exposure to tobacco smoke in indoor workplaces, public transport, indoor public places and, as appropriate, other public places.'

14 Getoetst werd een Algemene Maatregel van Bestuur waarbij een eerder algeheel rookverbod in kleine cafés (eenmanszaken) verviel en vervangen werd door de verplichting om een waarschuwing bij de ingang te plaatsen dat daarin gerookt mag worden.

15 Deze eis verschaft een extra legitimatie naast die van het beginsel van de vereiste voorafgaande parlementaire goedkeuring; zie artikel 91 Grondwet in dit commentaar. Bedenk hierbij dat veel verdragen uitgezonderd zijn van voorafgaande goedkeuring onder de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen, zoals uitvoeringsverdragen en geheime verdragen.

16 Onder rechtsgeleerden bestaat onenigheid of het met artikel 120 Grondwet en artikel 91 lid 3 Grondwet te verenigen is dat er altijd voorrang is op de Grondwet, of alleen in gevallen waarin de Staten-Generaal conform artikel 91 lid 3 Grondwet te kennen hebben gegeven dat een verdrag kan nopen tot afwijken van de Grondwet. Zie hierover L.F.M. Besselink & R. Wessel, *De invloed van ontwikkelingen in de internationale rechtsorde op de doorwerking naar Nederlands constitutioneel recht*. Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2009. Ook verschenen als bijlage bij *Kamerstukken II*, 2009/10, 31570, nr. 13; Open Acces via: https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/209756/Invloed_v-ontwikkeling_clean.pdf?sequence=1

17 HR 6 maart 1959, NJ 1962, 2 (*Nyugat II*); HR 18 september 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1471 (*Decembermoorden/Desi Bouterse*); HR 8 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7418 (*Afgaans Hoofd Inlichtingendienst*).

18 Hierover L. Besselink, H.R.B.M. Kummeling, R. de Lange, P. Mendelts & S. Prechal, *De Neder-*

Artikelen 93 en 94

Doorwerking en voorrang internationaal recht

1 Dit ook in samenhang met de bekendmakingsvereisten in overeenstemming met artikel 95 Grondwet.

2 Voor een historisch overzicht, zie: J.G. Brouwer, *Verdragsrecht in Nederland. Een studie naar de verhouding tussen internationaal en nationaal recht in een historisch perspectief* (diss. Groningen), 1992.

3 HR 9 maart 1919, NJ 1919, p. 371, *Grenstractaat Aken*. Deze zaak had betrekking op een in het verdrag opgenomen bepaling die het vrij verkeer van personen en goederen, inclusief oogsten, toekende aan degenen wier landbouwgrond na

landse Grondwet en de Europese Unie. Groningen: Europa Law Publishing, 2002, pp. 30-42.

19 Motie van het lid Brinkhorst, 18 maart 1980; *Kamerstukken II*, 1979/1980, 15049 (R 1100), nr. 16. De intrekking van deze motie door middel van de motie-Van der Staaij/Slob, 12 maart 2013, *Kamerstukken II*, 2012/13, 21501-20, nr. 732, met paradoxale gevolgen; enerzijds kan zij worden uitgelegd als een bevestiging van de opvatting dat de doorwerking van EU-recht door de Grondwet moet worden beheerst, aangenomen dat deze motie niet bedoeld is als uiting van de opvatting dat het EU-recht ongrondwettig is, en anderzijds dat de Grondwet geen belemmering kan opwerpen voor EU-recht (anders was de Brinkhorst-motie niet nodig geweest), hoewel het tegenovergestelde kennelijk door de indieners werd beoogd.

20 HR 2 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1797 (*Allerzielen*). Kritisch hierover, L. Besselink, 'Hoge Raad (HR), nr. Co3/118HR, LJN: AO8913 (Civiel) en Hoge Raad (HR), nr. 00156/04 E, LJN: AR1797 (Strafkamer), arresten van 1 oktober 2004 en 2 november 2004'. *SEW*, jg. 53 (2005), nr. 7, pp. 336-339.

21 Respectievelijk Zaak C-26/62, 5 februari 1963, *Jurispr.* 1962, 7; en Zaak C-6/64, 15 juli 1964, *Jurispr.* 1964, 1207.

22 Zie ook de bijdrage over artikel 90 in dit commentaar.

23 Vgl. L. Prakke, *Pluralisme en staatsrecht* (afscheidsrede Amsterdam, UvA), 1974.

24 Vgl. het onderscheid in T. Koopmans, 'De rol van de wetgever', Oorspronkelijk in: *Honderd jaar rechtsleven*, 1970, herdrukt in *Juridisch stip-pelwerk*. Deventer: Kluwer, 1991, pp. 151-165. Ook de taakstellende 'sociale grondrechten' van artikelen 19-22 Grondwet spelen praktisch geen rol bij de wetgeving of bepaling van het overheidsbeleid.

25 L.F.M. Besselink, 'The Kingdom of the Netherlands'. In: L.F.M. Besselink, P.P.T. Bovend'Eert, J.L.W. Broeksteeg, R. de Lange & W.J.M. Voermans (red.), *Constitutional Law of the EU Member States*. Deventer: Kluwer, 2014, pp. 1189-1202, par. 'Constitutional Development'.

26 Artikel 5, lid 2 Statuut en artikel 142 Gw.

27 Dit Handvest heeft dezelfde gelding als een verdrag, doordat de intergouvernementele conferentie die het Verdrag van Lissabon in artikel 6 lid 1 VEU dezelfde juridische binding aan en rang van de oprichtingsverdragen is toegekend, zij het dat, anders dan bij gewone verdragen, de oorspronkelijke formulering ervan is opgesteld in een vergadering van afgevaardigden van nationale parlementen en lidstaatregeringen, het

Europees Parlement, de Raad en Commissie van de EU.

28 Het gaat blijkens de jurisprudentie om rechtstreeks werkende bepalingen.

29 PCIJ, 3 maart 1928, *Jurisdiction of the Courts of Danzig (Pecuniary Claims Of Danzig Railway Officials who have passed into the Polish Service, against the Polish Railways Administration)* Series B.-No. 15.

30 *Bundesgesetzblatt*, 1952, I, 685.

31 *Bundesgesetzblatt*, 1953, II, 54.

32 Zie *Tractatenblad*, 1954, 151.

33 Benjamin Marius Telders, Den Haag 1903 — Bergen-Belsen 1945. Zie zijn proefschrift, *Staat en Volkenrecht: proeve van rechtvaardiging van Hegel's volkenrechtsleer* (diss. Leiden), 1927; en zijn preadvies uitgebracht aan de Nederlandsche Juristen-Vereeniging, 'Is Het Gewenscht, dat den Nederlandschen rechter de bevoegdheid toekomt internationale verdragen en andere overeenkomsten rechtstreeks toe te passen? Zoo ja, welke invloed behoort daarbij aan de nationale wetgeving en/of aan interpretatie van regeeringswege te worden toegekend?' *Handelingen Der Nederlandsche Juristen-Vereeniging*, jg. 1, dl. 1, 1^e Stuk, pp. 1-45.

34 Hierover V. Roudometof, *Glocalization: A Critical Introduction*. Londen: Routledge, 2016.

35 Cicero, *De inventione*, ii, 145 e.v.; Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis*, II, XVI, xxix.

36 Zie voor voorbeelden: C.B. Modderman, *Parlementaire betrokkenheid bij de totstandkoming van verdragen* (diss. Utrecht), 2018, pp. 48-49 en de daar genoemde bronnen.

37 L.F.M. Besselink, 'The Constitutional Duty to Promote the Development of the International Legal Order: The Significance and Meaning of Article 90 of the Netherlands Constitution'. In: *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 34. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 89-138. Zie ook de bijdrage van Molier en Rijkkema over artikel 90 Grondwet in dit commentaar.

38 Dit is fundamenteel anders voor de rechtsorde van de Europese Unie; zie artikel 2 VEU, dat de identiteit van waardengeoriënteerde grondslagen van de Unie en de lidstaten stipuleert waar het gaat om, kort gezegd, de beginselen van vrijheid, democratie, grondrechten en de rechtsstaat.

39 Herman Dooyeweerd sprak van *enkapsis*, die hij omschreef als een verschijnsel dat 'takes place, when one structure of individuality [i.e. an entity] restrictively binds a second structure (...) without destroying the peculiar character of the latter.' Zie H. Dooyeweerd, *A New Critique of The-*

oretical Thought, dl. III. Philadelphia: Presbyterian and Reformed Publishing Company, 1953, p. 125. Min of meer verwante ideeën werden in de eerste helft van de twintigste eeuw ontwikkeld door Duguit en Scelle in Frankrijk, Harold Laski in Engeland, en Santi Romano in Italië. Deze zijn in de situatie waarin wij ons in de 21e eeuw bevinden van hernieuwde betekenis, nadat zij na de oorlog bijna uit het juridisch debat verdwenen waren.

40 Vgl. HvJ EU, 3 september 2008, C-402/05 P (*Kadi I*), par. 30.

41 Staatscommissie Grondwet (2010), p. 12, pp. 127-130. Zie ook de bijdrage over artikel 90 in dit commentaar.