



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### Naschrift

*Het gaat er niet om dat de rechter recht moet spreken, maar dat hij niet mag wetgeven*

Besselink, L.

### Publication date

2019

### Document Version

Final published version

### Published in

Nederlands Juristenblad

[Link to publication](#)

### Citation for published version (APA):

Besselink, L. (2019). Naschrift: Het gaat er niet om dat de rechter recht moet spreken, maar dat hij niet mag wetgeven. *Nederlands Juristenblad*, 94(9), 606. Article 476. [http://B-1A-1D-778791E-D-F-5E-2023F-7754B-F-F-F-7E-9\\_pdf](http://B-1A-1D-778791E-D-F-5E-2023F-7754B-F-F-F-7E-9_pdf)

### 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.

## Naschrift

Het gaat er niet om dat de rechter recht moet spreken, maar dat hij niet mag wetgeven

Leonard Besselink<sup>1</sup>

Collega Fleuren en ik zijn het eens over de stand van de rechtspraak op het punt van toetsing aan niet-rechtstreeks werkend internationaal recht.<sup>2</sup> Uiteraard kan de rechter aan niet-rechtstreeks werkende bepalingen van internationaal recht juridische betekenis toekennen, althans zolang de wet daar niet aan in de weg staat. Evenmin betwijfel ik dat de rechter sinds lang geleden bij gelegenheid de wet 'volkenrechtsconform uitlegt'. Al evenmin ging het mij om het kritisch evalueren of de in *Urgenda* gebezigde normen nu wel of niet daadwerkelijk *rechtstreeks* werkend zijn, en ik beperkte mij gemakshalve tot wat de rechter zelf daarover stelt.

Waar ik het wél over wilde hebben, zijn de constitutionele grenzen waarop rechterlijke toetsing (al dan niet via 'reflexwerking') aan niet-rechtstreeks werkend recht kan stuiten. Anders dan Fleuren, gaat het mij er niet zozeer om dat de rechter recht moet spreken (art. 13 Wet AB), maar dat het de rechter verboden is wet te geven (art. 12 Wet AB).

Dit verbod kwam al in zicht bij toetsing aan rechtstreeks werkend internationaal recht in de jaren tachtig en negentig; zie de jurisprudentie over grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter. *A fortiori* dienen deze grenzen op bij *niet-rechtstreeks* werkend recht en juridisch niet-bindende normen.

Het gaat in *Urgenda* – anders dan Fleuren wil – niet om volkenrechtsconforme uitleg. Dit is namelijk uitleg van de wet zodanig dat zij in overeenstemming is met het volkenrecht. In *Urgenda* draait het niet om uitleg van nationaal recht in overeenstemming met internationale normen, maar gaat het in wezen om toetsing van beleid aan internationale juridische en niet-juridische normen met het oog op het onrechtmatig ver-

klaren van dat beleid. Dat dit gaat via de band van open privaatrechtelijke begrippen, maakt dit niet anders.

De constitutionele grenzen van de bevoegdheden van wetgever en rechter zijn nauw verbonden met legitimiteitskwesaties. Ik wees al op de vraag hoe het arrest van het Hof in *Urgenda* zich verhoudt tot de jurisprudentie van de Hoge Raad die rechterlijk ingrijpen in de procedure van politieke besluitvorming en belangenafweging die is voorbehouden aan de gekozen vertegenwoordigers ongeoorloofd acht.<sup>3</sup> Rechterlijk ingrijpen is, kort gezegd, ongeoorloofd wanneer er een veelheid van alternatieven bestaat om een politieke beleidskwesatie op te lossen. Rechterlijk ingrijpen dat wetgever en bestuur bindt, wijkt dan af van de wijze terughoudendheid die de Nederlandse rechter in het algemeen in acht heeft genomen jegens democratisch sterker gelegitimeerde beleidsmakers bij toetsing aan rechtstreeks werkend internationaal recht. Dat is in verhevigde mate het geval bij 'reflex-werking' van niet-rechtstreeks werkende en juridisch niet bindende internationale normen.

'Reflex-werking' heeft met verdragsconforme uitleg gemeen dat het niet gaat om wat Kelsen 'negatieve wetgeving' noemde die een rechter bezigt wanneer hij de wet buiten

toepassing laat of ongeldig verklaart, maar kan omslaan in 'positieve' wetgeving: de rechter die vaststelt wat de inhoud moet zijn van wetgeving, bestuur en beleid – iets wat vanuit legitimiteitsoogpunt onwenselijk is wanneer daarvoor meerdere, onderling omstreden alternatieven bestaan. Dit is bij klimaatbeheersing aan de orde. 'Beleid' is dan niet meer alleen het reguleren van de ruimte die het bestuur heeft binnen de grenzen van de wet. Het gaat ook over de vraag welke wetgeving met welke inhoud tot stand moet worden gebracht. Dit is precies wat de rechter doet in *Urgenda*: het precieze beleidsdoel voorschrijven aan de wetgevende en bestuurlijke organen, met terzijde schuiven van democratische besluitvorming omtrent alternatieve beleidsdoelen.

Vanuit constitutioneel perspectief is het slechts een terzijde: maar dat de burgerlijke rechter in *Urgenda* op grond van het procesverloop een schandelijk inadequaat beleidsdoel voorschrijft – beperking van de uitstoot van broeikasgassen van 25% is genoeg – maakt het er allemaal niet fraaier op. Het ware vanuit democratisch oogpunt echter beter dat niet van het oordeel van de rechter maar van het besluit van de politieke organen schande wordt gesproken. •

#### Auteur

1. Prof. dr. L.F.M. Besselink is hoogleraar Constitutioneel recht aan de Universiteit van Amsterdam.

#### Noten

2. Onder meer C.F. Müller, 'Verfassungsgerichtsbarkeit in den Niederlanden', in: Von Bogdandy e.a. (red.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Band VI Verfassungsgerichtsbarkeit in Europa: Institutionen 2016, p. 357-411, Randnummer 70 e.v., [https://pure.uva.nl/ws/files/2743962/172593\\_Verfassungsgerichtsbarkeit\\_in\\_den\\_Niederlanden\\_Handbuch\\_Ius\\_Publicum\\_Europaeum\\_VI.pdf](https://pure.uva.nl/ws/files/2743962/172593_Verfassungsgerichtsbarkeit_in_den_Niederlanden_Handbuch_Ius_Publicum_Europaeum_VI.pdf); R.A. 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 *Kamerstukken II* 2009/10, 31570, 13, bijlage, op p. 56-59. Open Access at [https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/209756/Invloed\\_v-ontwikkeling\\_clean.pdf?sequence=1](https://dspace.library.uu.nl/bitstream/handle/1874/209756/Invloed_v-ontwikkeling_clean.pdf?sequence=1); 'Internationaal recht en nationaal recht', in: N. Horbach, R. Lefeber & O. Ribbelink (red.), *Handboek Internationaal Recht*, Den Haag: TMC Asser Press 2007, p. 47-80.

3. Jurisprudentie waarmee Fleuren minder gelukkig is, vgl. Fleuren, 'De maximis non curat praetor?', in: *Grenzen aan de rechtspraak? Staatsrechtconferentie 2004*, Deventer: Kluwer 2004, p. 127 e.v.

Aanbevolen citeerwijze:  
 NJB 2019/ ... (nummer uitspraak)

EHRM	607
Hoge Raad (civiele kamer)	609
Hoge Raad (strafkamer)	615
Afd. bestuursrechtspraak RvS	618
Centrale Raad van Beroep	621
College Beroep bedrijfsleven	624

## Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Deze rubriek wordt verzorgd door onderzoekers van de Universiteit Leiden, de VU Amsterdam, de Universiteit Utrecht en de RU Nijmegen. Onderstaande bewerkingen zijn verzorgd door A.E.M. Aagten LLM en prof. mr. drs. M.R. Bruning, beiden verbonden aan de Universiteit Leiden. Alle uitspraken van het EHRM staan op [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int); een selectie verschijnt uiteindelijk in Reports of Judgments and Decisions. De uitspraken van kamers van het EHRM worden drie maanden na de uitspraakdatum definitief, tenzij er intern appel wordt ingesteld bij de Grote Kamer van het Hof.

477

11 december 2018, appl. nr. 59793/17

**Toegang tot de asielprocedure, toelating tot Litouwen, niet-behandelen asielaanvraag, foltering, onmenselijke en of vernederende behandeling**

(artikel 3 en artikel 13 EVRM)

*M.A. e.a. vs. Litouwen*

### A. Feiten

Onderhavige zaak betreft een familie met de Russische nationaliteit bestaande uit vader, moeder en hun vijf kinderen. Klagers waren woonachtig in Tsjetsjenië. Rond 2006 begon de vader problemen te krijgen met de Russische veiligheidsdiensten wegens zijn vermeende betrokkenheid bij de Tweede Tsjetsjeense oorlog. Zo werd o.a. hun huis geplunderd en doorzocht. In 2009 besloot de vader te vluchten en verhuisde naar Oostenrijk maar in 2010 moest hij terugkeren naar Tsjetsjenië en begon hij te werken voor de veiligheidsdiensten. In oktober 2015 stopte hij hiermee maar twee jaar later werd hij gevraagd om informant te worden voor het hetzelfde departement waar hij gewerkt had. Dit weigerde hij tot driemaal toe. Tijdens de laatste keer werd hij gefolterd en hierdoor stemde hij uiteindelijk in om te gaan werken

als informant. In april 2017 besloot de familie naar Polen te vluchten, waar zij meerdere malen om asiel vroegen maar werden geweigerd aan de grens en werden teruggestuurd naar Wit-Rusland (zie verder: *M.A. e.a. t. Polen*, appl. nr. 42902/17). Daarna hebben zij drie keer geprobeerd om in Litouwen asiel aan te vragen. Alle drie de keren werd de familie geweigerd aan de grens. De eerste keer werd de familie meteen teruggestuurd naar Wit-Rusland, de tweede en derde keer werden zij eerst gedetineerd en vervolgens alsnog uitgezet. Na deze drie pogingen hebben klagers vervolgens opnieuw in Polen geprobeerd asiel aan te vragen, maar zonder succes. In de *M.A. e.a. t. Polen* zaak heeft het Hof met het treffen van een voorlopige voorziening Polen verplicht de familie niet uit te zetten. Dit is toch gebeurd en vervolgens zijn zij allen ook door Wit-Rusland uitgezet naar Rusland. De vader werd daar vervolgens gevangengenomen. Ondertussen zijn de moeder en de vijf kinderen erin geslaagd om asiel aan te vragen in Polen en mogen zij de beslissing daar afwachten. Hun vader werd kort daarna vrijgelaten en kon zich toen bij zijn familie voegen en diende toen ook bij de Poolse autoriteiten een asielaanvraag in.

### B. Procedure in Straatsburg

Klagers stellen dat de weigering door de Litouwse autoriteiten om hen toe te laten tot de asielprocedure en hun uitzetting naar Wit-Rusland een schending van artikel 3 EVRM oplevert omdat er een reëel risico is dat zij bij terugkeer in Rusland zullen worden gefolterd en/of onmenselijk worden behandeld.

### C. Beslissing van het Hof

(Vierde kamer: Ganna Yudkivska (Voorzitter), Paulo Pinto de Albuquerque, Faris Vehabović, Egidijus Kūris, Georges Ravarani, Marko Bošnjak, Péter Paczolay)

Het Hof gaat allereerst in op de twee verantwoordelijkheidsverwen van de Litouwse overheid. Zij betogen namelijk dat zij geen jurisdictie *ratione personae* meer uitoefenen over de klagers nadat Polen hun asielaanvraag in behandeling heeft genomen. Daarnaast voeren zij aan dat de nationale rechtsmiddelen niet waren uitgeput alvorens de klacht bij het EVRM werd ingediend. Met betrekking tot het eerste verweer oordeelt het Hof dat alle beslissingen waarover klagers klagen, zijn genomen door de Litouwse autoriteiten waardoor zij jurisdictie uitoefenden over klagers in de zin van artikel 1 EVRM. Daarnaast was op het moment dat de klagers werden geweigerd door de Litouwse autoriteiten, nog niet bekend dat de Poolse autoriteiten hun asielaanvraag in behandeling zouden nemen. Verder oordeelt het Hof dat de klagers nog steeds als slachtof-

fer moeten worden aangemerkt aangezien er geen maatregelen door Litouwen zijn genomen waaruit blijkt dat zij een schending van het EVRM erkennen en hiervoor schadevergoeding aan klagers hebben toegekend. Met betrekking tot het tweede verweer oordeelt het Hof dat niet van klagers verwacht mocht worden dat zij de nationale rechtsmiddelen eerst zouden uitputten. Allereerst is er geen indicatie dat de uitzettingsbesluiten in het Russisch vertaald zijn maar enkel in het Engels en in het Litouws beschikbaar waren. Zodoende zijn klagers niet adequaat geïnformeerd over hun recht om in beroep te gaan. Daarnaast heeft beroep in Litouwen geen schorsende werking waardoor zij alsnog zouden worden uitgezet naar Wit-Rusland. Dit maakt dat beroep geen effectief rechtsmiddel is zoals wordt bedoeld in artikel 35 lid 1 EVRM. Het Hof verklaart de klacht unaniem ontvankelijk.

Dan gaat het Hof verder met de behandeling van de merites. Allereerst benadrukt het Hof het algemene principe dat de Verdragsstaten bij het EVRM het recht hebben om toelating en verblijf op hun grondgebied en de uitzetting van vreemdelingen te controleren. Uitzetting kan echter strijd met artikel 3 EVRM opleveren indien het daarin neergelegde verbod van *refoulement* door de Verdragsstaten wordt geschonden. Ook indirecte *refoulement* valt hieronder (zie: *M.S.S. t. België en Griekenland*, appl. nr. 30696/09). Daarnaast benadrukt het Hof haar complementaire rol waarbij de primaire verantwoordelijkheid voor het verze-keren van de rechten in het EVRM bij de Verdragsstaten blijft. De vraag die volgens het Hof in onderhavige casus centraal staat is of de Litouwse autoriteiten adequaat hebben beoordeeld of er een reëel risico was op foltering en/of onmenselijke behandeling van klagers in Tsjetsjenië bij terugkeer naar Wit-Rusland. Het Hof stelt vast dat de van toepassing zijnde Litouwse wet- en regelgeving specifiek regelt dat asielzoekers niet de toegang tot Litouwen geweigerd mag worden. Het belangrijkste twistpunt is of klagers daadwerkelijk om asiel hebben gevraagd. Hierover oordeelt het Hof allereerst dat tijdens alle drie de pogingen, klagers zichzelf hebben gepresenteerd aan de grenswachten, hun identiteitsdocumenten hebben overgelegd en niet getracht hebben te verbergen dat zij geen visa hadden om Litouwen binnen te komen. Dit gedrag wordt door het Hof beschouwd als in overeenstemming met de bewering van klagers dat zij daadwerkelijk om asiel hebben gevraagd. Daarna gaat het Hof per poging bekijken of er specifieke feiten en omstandigheden zijn die tot de conclusie moeten leiden dat klagers daadwerkelijk om asiel hebben gevraagd. Belangrijk is hiervoor het feit dat zij tijdens de eerste poging het woord 'azul', een term die