



## UvA-DARE (Digital Academic Repository)

### De Grondwet en de opkomende angst voor de internationale rechtsorde

Nollkaemper, P.A.

**Publication date**

2010

**Document Version**

Final published version

**Published in**

TvCR: tijdschrift voor constitutioneel recht

[Link to publication](#)

**Citation for published version (APA):**

Nollkaemper, P. A. (2010). De Grondwet en de opkomende angst voor de internationale rechtsorde. *TvCR: tijdschrift voor constitutioneel recht*, 1(3), 286-296.

<http://www.heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tvcrl2010&collection=journals&index=journals/tvcrl&id=286>

**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.

# De Grondwet en de opkomende angst voor de internationale rechtsorde

P.A. NOLLKAEMPER<sup>1</sup>

## 1 Inleiding

Het kan verkeren. De Veiligheidsraad van de Verenigde Naties werd in 1945 ingesteld om de wereld te behoeden voor een herhaling van de Tweede Wereldoorlog en voor andere bedreigingen van de internationale vrede en veiligheid. In 2010 is de Veiligheidsraad echter niet alleen meer het symbool van hoop. Hij is ook geworden tot een symbool van vrees voor het recht dan van buiten komt. Velen, inclusief de auteurs van het door het Ministerie van Binnenlandse Zaken bestelde rapport *Ontwikkelingen in de internationale rechtsorde en Nederlands constitutioneel recht*, zien in de praktijk van de Veiligheidsraad onder Hoofdstuk VII van het VN-Handvest redenen om vraagtekens te stellen bij de wenselijkheid van onze open, internationaal recht-vriendelijke Grondwet.<sup>2</sup>

Deze angst lijkt ook in de opdracht aan de *Staatscommissie voor de Herziening van de Grondwet* te zijn geslopen. De Commissie, ingesteld bij Besluit van 8 juli 2009,<sup>3</sup> is gevraagd om onder meer te kijken naar 'de invloed van de internationale rechtsorde op de nationale rechtsorde' en 'de verhouding tussen wezenlijke Nederlandse constitutionele waarden en besluiten van volkenrechtelijke organisaties of verdragsbepalingen'.<sup>4</sup> De eerste vraag is nog neutraal geformuleerd. Maar het tweede onderwerp lijkt te zijn ingegeven door de angst dat de bedoelde besluiten onze 'wezenlijke Nederlandse constitutionele waarden' wel eens zouden kunnen bedreigen.

In deze bijdrage bespreek ik of de angst terecht is. Is onze Grondwet opgewassen tegen de toenemende macht van internationale organisaties, bovenal de Veiligheidsraad?

<sup>1</sup> Prof. mr. P.A. Nollkaemper is hoogleraar Internationaal Publiekrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

<sup>2</sup> L.F.M. Besselink en R.A. Wessel, *Ontwikkelingen in de internationale rechtsorde en Nederlands constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2009.

<sup>3</sup> *Stcr.* 2009, 10354.

<sup>4</sup> Artikel 2 van het Besluit van 8 juli 2009.

## 2 De dreiging

### 2.1 De aantasting van de nationale rechtstaat

De invloed van besluiten van internationale organisaties, die de regering inspireerde tot een van de vragen aan de Staatscommissie, is een aspect van een fundamentele herschikking in de organisatie van het publieke gezag. In feite gaat het om herlocatie van publiek gezag - weg van de soevereine staat.

Op zichzelf is het een goede zaak dat nu principieel wordt nagedacht over deze herlocatie. Internationale organisaties krijgen meer bevoegdheden. Publiek gezag wordt ook meer en meer ingebed in informele, internationale samenwerkingsvormen tussen staten, of vaker tussen organen van staten. De rol van de staat beperkt zich steeds meer tot uitvoering van besluiten die elders zijn voorbereid. De positie van de staat verandert voorts als gevolg van de toenemende grensoverschrijdende invloed van private of gemengd privaat-publieke actoren. Deze fenomenen kunnen leiden tot een uitholling van de politiek en daarmee van het recht binnen de nationale rechtsstaat. Het recht komt in toenemende mate van buiten en is niet langer ingebed in de nationale rechtsstaat.

Zolang de vorming, interpretatie en toepassing van het recht op bovennationaal niveau is ingebed in een systeem met 'rechtstatelijke' (de term 'rule of law' is in dit verband zuiverder) waarborgen, is dit op zichzelf niet problematisch. De internationale en nationale rechtstaat kunnen dan complementair zijn. Maar waar de bovennationale rechtsorde tekortkomingen biedt wat betreft, bijvoorbeeld, de beperking van bevoegdheden en rechtsbescherming, worden rechtstatelijke waarden bedreigd.

De bekende Kadi-zaak illustreert de resulterende problemen.<sup>5</sup> De resoluties die Kadi op de terroristenlijst deden belanden werden voorbereid en vastgesteld in New York. De rol van de Nederlandse politiek en van het Nederlandse recht was beperkt tot het uitvoeren van datgene wat al was vastgesteld. Hoewel Kadi zonder meer het meest spraakmakende voorbeeld is, is het niet het enige. Zo is de situatie van Kadi in zekere zin vergelijkbaar met de situatie van Nederlandse binnenschippers die zich geconfronteerd zien met een besluit van de Centrale Commissie voor de Rijnvaart (CCR) dat ertoe leidt dat kleine schepen op de Rijn worden uitgefaseerd. Een dergelijk besluit kan leiden tot faillissementen en staat wellicht op gespannen voet met het recht op eigendom.<sup>6</sup> Ook hier zijn de rol van de Nederlandse politiek en die van het Nederlandse recht beperkt tot het uitvoeren van bovennationale besluiten.

Het aantal besluiten van internationale organisaties dat bindend is voor Nederland, en dat het risico biedt dat zij de Grondwet opzij zetten, is beperkt.<sup>7</sup> We zien spectaculaire voorbeelden als *Kadi*, en we zien minder

# Essay

<sup>5</sup> HvJ EU, 9 maart 2008, C-402/05 P, *Kadi v Council and Commission*.

<sup>6</sup> Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 30 523, nr. 22.

<sup>7</sup> Zie in algemene relativering zin A.T. Guzman and J. Landside, 'The Myth of International Delegation', in: *UC Berkeley Public Law Research Paper No. 1112875*, February 2008.

bekende voorbeelden, als de Centrale Commissie voor de Rijnvaart, maar het lijkt me dat in algemene zin het aantal resoluties en daarmee de omvang van het probleem, al snel wordt overschat. De Staatscommissie zou er goed aan doen te onderzoeken hoeveel resoluties, besluiten etcetera het werkelijk kunnen raken aan door de Grondwet beschermde rechten. Maar ook als het aantal Kadi achtige gevallen vooralsnog beperkt is, blijft het principiële probleem natuurlijk wel bestaan.

De rechtsstaat ontleent zijn betekenis aan de binding van het publieke gezag aan het recht, aan het voorkomen van de arbitraire uitoefening van publiek gezag en van het bieden van een onafhankelijke rechterlijke waarborging daar waar een geschil ontstaat tussen het publieke gezag en de burgers. In de mate waarin het publieke gezag niet meer binnen de staat maar buiten de staat wordt uitgeoefend, missen de waarborgen van een nationale rechtsstaat hun doel. Hiermee kan globalisering inderdaad het beschermende karakter van de rechtsstaat aantasten.

Hiermee ontstaat een paradox. Enerzijds is een sterke nationale rechtsstaat de essentiële voorwaarde voor de toepassing, uitvoering, effectiviteit van het internationale recht.<sup>8</sup> Internationale afspraken zullen zonder gevolg blijven als er niet een nationale rechtsstaat is, die in staat is om die afspraken na te leven. Anderzijds kan de versterking van de internationale rechtsorde, die mede te danken is aan de sterke nationale rechtstaat, leiden tot een uitholling en verzwakking van de rechtsstaat zelf.

## 2.2 Tegengestelde reacties

Historisch is er altijd een direct verband geweest tussen het proces van internationale rechtsvorming enerzijds en de receptie van die regels in de nationale rechtsorde anderzijds. De beginselen die staten hebben gekozen om de verhouding tussen het internationale en nationale recht te modelleren waren gebaseerd op een bepaalde perceptie van de aard en kwaliteit van het proces van internationale rechtsvorming. Deze percepties hebben van oudsher geleid tot tegengestelde bewegingen, met als extreme posities het relatieve monisme van Nederland en het relatieve dualisme van het Verenigd Koninkrijk, met alle tinten die daartussen bestaan.

Globalisering, met de daaraan verbonden nieuwe normatieve processen, stelt in die zin niet een geheel nieuwe uitdaging. Hooguit geeft zij een eigen, nieuwe dynamiek aan de verhouding tussen internationaal en nationaal recht. Die dynamiek is vooral verbonden met het functioneren van relatief autonome instituties, die voor hun besluitvorming niet altijd afhankelijk zijn van de instemming van de staten die uiteindelijk die besluiten moeten uitvoeren.

Ook de reacties op globalisering in de statenpraktijk toont, wat betreft doorwerkingregimes, geen wezenlijke nieuwe patronen. Enerzijds zien

8 WRR Rapport nr. 63, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 82.

9 Zie hierover bv L. Ferrari Bravo, 'International and Municipal Law: The Complementarity of Legal Systems', in: R. St. J. Macdonald & D.M. Johnston, *The Structure and Process of International Law: Essays in Legal Philosophy Doctrine and Theory*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1986, p. 715, 738; H Keller, *Rezeption des*

we een trend van integratie, een toenemende verweving tussen het internationale en het nationale. In dit perspectief staat het proces van globalisering, van de vermenging van het nationale en het internationale, haaks op het idee van een formele scheiding tussen de internationale en de nationale rechtssfeer. Zij leidt juist tot een feitelijke, normatieve en juridische verbinding tussen de nationale en internationale sfeer.<sup>9</sup> Deze trend komt dan ook in belangrijke mate tot uitdrukking in de nationale rechtspraktijk. Vele staten hebben in de afgelopen decennia hun grondwettelijke structuren opengeworpen voor internationaal recht.<sup>10</sup> Ook betekenisvol is de wereldwijde praktijk van rechters, die in toenemende mate, soms zonder uitdrukkelijk grondwettelijke mandaat, grijpen naar bovennationale normen. We zien spectaculaire voorbeelden in India,<sup>11</sup> Zuid-Afrika<sup>12</sup> en Zuid-Amerika.<sup>13</sup> Hier wordt gezocht naar normatieve verbindingen tussen het nationale en internationale, niet langer naar scheidingen tussen die sferen.

Anderzijds zien we ook een tegengestelde reactie op globalisering in de vorm van een patroon van desintegratie. Dit is een patroon van voortdurende scheidingen tussen het internationale en het nationale domein. We zien meer en meer pogingen om de uitoefening van publiek gezag op internationaal niveau te onderwerpen aan nationale controle. In Canada is gepoogd om de geschillenbeslechtingsprocedure in het kader van de NAFTA te onderwerpen aan Canadees constitutioneel recht.<sup>14</sup> Het Supreme Court van Sri Lanka oordeelde dat het Mensenrechtencomité van de Verenigde Naties niet was geworteld in de Grondwet van Sri Lanka en dat het Supreme Court om die reden geen gevolg kon geven aan een uitspraak van het Mensenrechtencomité naar aanleiding van een schending van het IVBPR door Sri Lanka.<sup>15</sup> Ook de uitspraken van het Supreme Court van de Verenigde Staten in *Sanchez Llamas* en *Medellin* passen in deze lijn.<sup>16</sup> Niet alleen werd de toepassing van het Weens verdrag inzake consulaire betrekkingen ondergeschikt gemaakt aan Amerikaans recht, maar ook, en belangrijker, werd aan het oordeel van het Internationaal Gerechtshof geen gewicht toegekend bij de toepassing van het Weens Verdrag inzake Consulaire Betrekkingen. Een recente uitspraak van het High Court van Zimbabwe zet een beslissing van de Southern African Development Community Tribunal aan de kant.<sup>17</sup>

Dergelijke zaken zijn symptomatisch voor een dualisme dat wordt geïnspireerd door een wantrouwen tegen besluiten van niet democratisch gekozen, en in de ogen van velen niet legitieme, internationale instituties. In zekere zin past ook de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap inzake Kadi, in deze desintegrerende lijn. Deze voorbeelden tonen nationalistische tendensen die nieuw leven geven aan het dualisme. Evenals het oorspronkelijke dualisme van Triepel,<sup>18</sup> een van

*Völkerrechts*, Berlin: Springer 2003, p. 6; J.H.H. Weiler, 'The Geology of International Law: Governance, Democracy and Legitimacy', in: *Heidelberg Journal of International Law* 2004, p. 547; M. Kumm, 'The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis', in: *EJIL* 2004, p. 907.

10 V.S. Vereschetin, 'New Constitutions and the Old Problem of the Relationship between International Law and National Law', *EJIL* 1996, p. 29.

11 Bv. de Supreme Court van India, *Jayal and anor v India and ors*, 'Civil Writ Petition', in: SCC 2004, p. 362; ILDC 456 (IN 2003).

12 Zie bv. *Government of South Africa and ors v Grootboom and ors*, Appeal to Constitutional Court, 2001 (1) SA 46 (CC); ILDC 285 (ZA 2000).

13 Zie bv. de uitspraak van de hoogste Argentijnse rechter in *Chile v Arancibia Clavel*, Case No 259, A 533 XXXVIII; ILDC 1082 (AR 2004); en de uitspraak van de hoogste Chileense rechter in *Re Víctor Raúl Pinto*, *Decision on Annulment*, Case No 3125-04; ILDC 1093 (CL 2007).

14 Zie Court of Appeal for Ontario, *Council of Canadians v Canada (Attorney General)*, 2006 CanLII 40222 (ON C.A.) Judgment of 30 November 2006.

15 Zie *Singarasa v Attorney General*, Application for judicial review, SC Spl (LA) No 182/99; ILDC 518 (LK 2006), 15 September 2006.

16 Zie de uitspraken *Sanchez-Llamas v Oregon*, 548 US 331 (2006), 28 June 2006 en *Medellin v Texas*, *Appeal Judgment*, No 06-984; 552 US; ILDC 947 (US 2008), 25 March 2008.

17 *Mike Campbell (PvT) (Ltd) & Others v The Republic of Zimbabwe* Case No. SAD(C)T/2/2007.

18 Bijv. H. Triepel, *Völkerrecht und Landesrecht*, C.E. Hirschfeld 1899.

de grondleggers van het dualisme, wordt het gevoed door argwaan over de kwaliteit en de legitimiteit van internationale besluitvorming. De ondoorzichtigheid van globalisering versterkt deze argwaan. Het is deze argwaan die nu blijkbaar ook, blijkens de opdracht van de Staatscommissie en de toelichting die daarop is gegeven door kabinet en Raad van State, Nederland heeft bereikt.

### 2.3 De positie van Nederland

De positie van Nederland binnen het thema van globalisering en doorwerking is zonder meer een bijzondere. Gezien het uiterst open karakter van de Nederlandse Grondwet, was het onvermijdelijk dat op enig moment de vraag gesteld werd wat de invloed van globalisering zou moeten zijn, of is, op het Nederlandse constitutionele bestel. Sinds 1914, maar in ieder geval sinds 1953, heeft Nederland wat betreft de verhouding tussen internationaal en nationaal recht één van de meest open grondwettelijke systemen. Alle regels van internationaal recht, ongeacht de oorsprong, zijn deel van de Nederlandse rechtsorde. Vanaf het moment dat die regels internationaal verbindend zijn voor Nederland is geen nadere regelgeving vereist en kunnen zij onder zekere voorwaarden bovendien formele wetgeving en zelfs de Grondwet opzij zetten.

Tot op zekere hoogte kunnen we zeggen dat dit open karakter van Nederland wordt gerechtvaardigd door artikel 91 van de Grondwet, dat bepaalt dat Nederland niet wordt gebonden aan verdragen zonder voorafgaande goedkeuring door het parlement. Maar die rechtvaardiging is op z'n best heel incompleet. De reikwijdte van artikel 91 is beperkt, zeker in het licht van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen en zeker ook als gevolg van de praktijk van de internationale organisaties, waarvan de besluitvorming zich vergaand onttrekt aan parlementaire goedkeuring. Daarmee is duidelijk dat de herlocatie van publiek gezag voor Nederland bijzondere risico's met zich meebrengt. Internationale regels, ook als die niet zijn onderworpen aan enige vorm van democratische controle, en als die niet zijn onderworpen aan enige vorm van rechtsbescherming, kunnen integraal deel uitmaken van de Nederlandse rechtsorde en kunnen onder voorwaarden zelfs het Nederlandse recht, en zelfs de Nederlandse Grondwet, opzij zetten. Artikel 94 biedt geen bescherming tegen toepassing van die sancties op de wijze waarop het Hof van Justitie dat deed - met een beroep op het interne recht.

Het zou kunnen worden gezegd dat we in Nederland teveel hebben weggegeven, net zozeer als we teveel hebben weggegeven door het volledig onttrekken van de doorwerking van het Europees recht aan de nationale Grondwet.<sup>19</sup> Maar voordat we die conclusie werkelijk kunnen trekken, moeten we de kwestie wel in perspectief zien.

### 3 Een breder perspectief

Het aanpassen van de wijze van doorwerking van besluiten van internationale organisaties is slechts een mogelijke reacties op de problematiek van de combinatie van het toenemende belang van dergelijke besluiten enerzijds en de onvolkomen rechtstatelijkheid op internationaal niveau anderzijds.

#### 3.1 Internationale oplossingen

De vraagstelling aan de Staatscommissie kiest het perspectief van de Nederlandse Grondwet. Moet die wellicht worden aangepast om het 'internationale gevaar' in te dammen? Maar dat is in zekere zin een secundaire vraag. De eerste vraag moet toch zijn wat op bovennationaal niveau kan worden gedaan om het probleem op te lossen. Ook omdat nationale oplossingen de uniforme uitleg en toepassing van internationale verplichtingen zullen ondermijnen, ligt het ook voor de hand om primair te streven naar versterking van rechtsstatelijke en politieke waarborgen op bovennationaal niveau. Een breed perspectief hierbij is wel gewenst. Veel zal al gewonnen worden als besluitvorming in internationale organisaties wordt aangepast aan aard en belang van de besluiten van internationale organisaties. Hierbij kan vooral worden gedacht aan de bovennationale toepassing van beginselen van administratief recht.<sup>20</sup> Veel zou al gewonnen zijn als de besluitvorming binnen de Centrale Commissie voor de Rijnvaart zou voldoen aan dezelfde eisen van transparantie, motivering en zorgvuldigheid die wij nationaal stellen. Een minstens even grote uitdaging betreft het inbedden van private en privaatspublieke grensoverschrijdende samenwerkingsvormen in een rechtsstatelijk kader. Een dergelijke bredere context kan van belang zijn bij het formuleren van een antwoord op de specifieke vragen die wij ons vanuit grondwettelijk perspectief moeten stellen. Een geïsoleerde behandeling van het doorwerkingsprobleem zal niet leiden tot de meest passende, meest effectieve, meest daadkrachtige oplossing leidt voor het probleem dat globalisering stelt.

Het is echter ook duidelijk dat er gevallen zijn waar we geen genoeg kunnen nemen met minder dan de rechtsbescherming die de nationale rechtstaat biedt. Het wordt vaak gezegd dat we niet zonder meer het nationale model van rechtsstatelijke waarborgen kunnen overplaatsen naar internationaal niveau.<sup>21</sup> Beginselen van de nationale rechtstaat zouden niet goed, en niet op vergelijkbare wijze, kunnen functioneren in een andere, horizontaal georganiseerde internationale samenleving. We zouden ons bijvoorbeeld tevreden moeten stellen met politieke controlemechanismen in plaats van onafhankelijke rechterlijke controle. Illustratief is dat de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties, die zich momenteel

19 HR 2 november 2004, NJ 2005, 80.

20 Zie bijv. B. Kingsbury, N. Krisch, R.B. Stewart, 'The Emergence of Global Administrative Law', in: *Law and Contemporary Problems* 2005, p. 15-61.

21 B.Z. Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge: Cambridge University Press 2004, p. 127-136.

buigt over het onderwerp van rechtsstatelijkheid op internationaal niveau, over dit agendaonderwerp wezenlijk andere vormen van rechtsstatelijkheid op het oog heeft dan waar de Algemene Vergadering spreekt over rechtsstatelijkheid op nationaal niveau.<sup>22</sup>

Naarmate de internationale en de nationale rechtsstaat nauwer met elkaar verweven raken, is het echter minder zinvol en minder wenselijk om te blijven denken in termen van een strikte scheiding tussen bovennationale en nationale rechtsstatelijkheid, en is er ook geen aanleiding om voor bovennationaal recht andere eisen in termen van rechtsstatelijkheid te stellen dan voor nationaal recht.<sup>23</sup> Politieke controlemechanismes kunnen in een strikt intergouvernementele situatie aanvaardbaar zijn. Maar op het moment dat de rechten van burgers worden geraakt zou de lat hoger moeten liggen en zouden rechtsstatelijke waarborgen moeten voldoen aan dezelfde eisen die we stellen op nationaal niveau.

De problemen bij hervorming van de commissies ingesteld onder de Veiligheidsraad zijn groot en evident. Maar in het geval van de Centrale Rijnvaartcommissie - met een klein aantal staten en minder 'high politics' - is het niet evident waarom er geen ordentelijke procedure kan worden ingesteld waarin besluiten van de Rijnvaartcommissie aan een beoordeling zouden kunnen worden heroverwogen, waarmee de rechtsstatelijke waarborgen op bovennationaal niveau worden voorzien.

### 3.2 Conflicterende internationale verplichtingen

Een andere factor die we in onze overweging moeten betrekken, is dat de rechtsstatelijke waarborgen waar we ons druk over maken, in belangrijke mate zélf zijn geïnternationaliseerd. In veel gevallen waarin de besluiten van internationale organisaties raken of dreigen te raken aan de fundamentele grondwettelijke waarden, zullen we zien dat die grondwettelijke waarden zelf ook erkend zijn in en deel uitmaken van het internationale recht. Dat geldt vooral voor de rechten van de mens. In een geval als *Kadi* kunnen we zeggen dat de resoluties van de Veiligheidsraad botsen op een norm van intern EU-recht. Dat is ook wat het Hof van Justitie zei. Maar het Hof gaf ook aan dat deze norm werd beschermd door internationaal recht (vooral het EVRM). In het geval van de Centrale Commissie voor de Rijnvaart (als we hier voor het doel van dit onderwerp aannemen dat het betwiste besluit zou botsen met het recht van eigendom), zou ook het recht van de binnenschippers zelf zijn beschermd door het internationaal recht.

In dergelijke gevallen gaat het in feit om twee botsingen: een tussen de internationale verplichting en de nationale belichaming van een internationaal fundamenteel recht, en een tussen de internationale verplichting en het internationale fundamentele recht op zichzelf. Het gaat dus niet

22 Zie UNGA Report of the Secretary-General, *The Rule of Law at the National and International Levels*, 12 March 2008, UN Doc. A/63/64.

23 P.A. Nollkaemper, *The Internationalized Rule of Law*, *Hague Journal on the Rule of Law* 2009, p. 74-78.



alleen om een botsing tussen het internationale en nationale niveau, maar om een botsing binnen de internationale rechtsorde. Juist omdat het Hof van Justitie een intern perspectief aannam, is er een principieel verschil tussen een botsing tussen een internationale verplichting en een dergelijke interne norm, enerzijds, en een botsing tussen twee internationale verplichtingen anderzijds. In het tweede geval kan een botsing binnen de internationale rechtsorde worden opgelost. Oplossingen van dergelijke botsingen zijn niet altijd evident, maar het leidt niet *per se* tot de noodzaak tot heroverweging van de Grondwettelijke voorrangregels. In de zaak *Short* kon de Hoge Raad binnen het systeem van de Grondwet voorrang geven aan door het internationale recht beschermde grondrechten, daarmee komend tot het buiten toepassing laten van het uitleveringsverdrag met de Verenigde Staten.<sup>24</sup>

### 3.3 Overige nationale oplossingen

Een verdere kwalificerende factor is dat het bestuur, en vooral de rechter, tal van instrumenten, mechanismes tot zijn beschikking heeft die de invloed van het internationale recht op het nationale recht kunnen matigen. Dat geldt vooral voor het beginsel van de rechtstreekse werking. De grote meerderheid van internationale rechtsregels die in Nederland van toepassing zijn, voldoet niet aan de eisen die de Hoge Raad stelt voor rechtstreekse werking. De toepassing van het leerstuk van rechtstreekse werking wordt vaak bekritiseerd vanuit de gedachte dat dit de effectieve toepassing van internationaal recht belemmert, maar in de context van het onderhavige onderwerp heeft een terughoudende toepassing van rechtstreekse werking ook een positieve kant. Het beginsel van rechtstreekse werking kan functioneren als filter, als buffer, tegen internationaal recht dat raakt aan regels van nationaal recht.

Artikel 93 Grondwet beoogt primair het legaliteitsbeginsel als kernwaarde van de nationale rechtsstaat te beschermen. De vraag kan worden gesteld of het beginsel van rechtstreekse werking niet op een kritischer, in ieder geval systematischer, manier zou moeten worden toegepast. In het geval van Kadi zou dat overigens geen oplossing hebben geboden, maar in andere gevallen zou dat mogelijk zijn. Het standpunt van de regering over de rechtstreekse werking van de Resolutie van de Veiligheidsraad inzake de overlevering van Charles Taylor aan het Sierra Leone Tribunaal in Den Haag illustreert de gevaren van een te flexibele lezing van rechtstreekse werking.<sup>25</sup> Een meer strikte toepassing van het beginsel van de rechtstreekse werking in die kwestie zou wellicht de effectieve toepassing van de Resolutie van de Veiligheidsraad hebben belemmerd, en zou wellicht onze regering niet *per se* welgevallig zijn geweest, maar zou wel de grondwettelijke waarborgen van Charles Taylor hebben beschermd.

<sup>24</sup> HR 30 maart 1990, NJ 1991, 249.

<sup>25</sup> Zie *Handelingen I 2005/06*, 30 610, 35, p.1681-1693.

Hierbij moet niet uit het oog worden verloren dat als een besluit van een internationale organisatie niet rechtstreeks werkend is, dat natuurlijk niet betekent dat het besluit daarmee in Nederland niet van belang is. De Staat, de organen van de Staat, worden nog steeds gebonden aan die Resolutie en moeten er effectief toepassing aan geven. De enige kwestie is een regel die niet rechtstreeks werkend is, niet verbindend is voor individuen en in die zin niet rechtstreeks door de rechter kan worden toegepast. En daarmee is de angel (de binding van individuen aan besluiten van internationale organisaties die niet zijn ingebed in rechtsstatelijke waarborgen) er toch wel uit.

#### 4 De waarde van ons monisme

Er is naast de hiervoor genoemde overwegingen nog een overweging die van belang is bij de beoordeling van de vraag of Nederland moet toegeven aan een (toegegeven – in beperkte) dualistische reflex door het beperken van de volle doorwerking van besluiten van organisaties die kunnen raken aan grondwettelijke waarden. Dit is de internationale betekenis en waarde van het monistisch systeem dat in Nederland is gekozen.

Het Nederlandse monistische systeem is een voorwaarde voor de effectieve toepassing van internationaal recht en daarmee van de *rule of law* en tegelijkertijd van de *international rule of law*. De internationale *rule of law* kan uiteindelijk immers alleen maar werken als een staat bereid is vorm te geven in de nationale rechtsorde aan regels van internationaal recht. In een tijdperk waar we ons heel druk maken over de internationale *rule of law*, is het nogal wat om een basisvoorwaarden voor de volle en effectieve doorwerking van internationaal recht weg te nemen.

Het Nederlandse open systeem heeft een belangrijke symbolische voorbeeldfunctie. Wij denken, althans daar zijn sporen van te vinden in de Grondwetgeschiedenis, dat ons open systeem is gekozen omdat het internationale recht dat vraagt. Die opvatting is zeker geen gemeengoed indien we rechtsvergelijkend kijken. Maar het is opmerkelijk dat in de laatste jaren er een steeds groter aantal gevallen is waar hoogste rechters van staten hebben verwezen naar artikel 27 van het Weens verdragenverdrag, die de internationale regel van de voorrang van het volkenrecht belichaamt, als basis voor de voorrang binnen de nationale rechtsorde. Er zijn zeer interessante recente uitspraken, uit België,<sup>26</sup> Indonesië,<sup>27</sup> Letland<sup>28</sup> en Peru<sup>29</sup> waar met een beroep op artikel 27 de nationale wet opzij wordt gezet om voorrang te geven aan internationaal recht. Dat is de trend die is gezet door Nederland en waar Nederland ook steeds deel van uitmaakt, een trend die veel kan doen om de doorwerking en het effect van internationaal recht te versterken. We zouden ons goed moeten afvragen of te

26 *ING België v B I*, Appeal Judgment, 2 March 2007, Nr C.05.0154.N; ILDC 1025 (BE2007).

27 *Constitutional review of Law No 22 of 1997 on Narcotics*, 23 October 2007, No 2-3/PUU-V/2007; ILDC 1401 (ID 2007).

28 *Judgment of the Constitutional Court of the Republic of Latvia on a request for constitutional review*, ILDC 189 (LV 2004).

29 *Peru Constitutional Court, Martin Rivas v Constitutional and Social Chamber of the Supreme Court*, Appeal judgment, Case No 679-2005-PA/TC; ILDC 960 (PE 2007), para. 49.

30 Zie noot 4.

midden van de andere, in de vorige paragraaf besproken opties, een dualistische draai aan het Nederlandse model het signaal is dat wij willen afgeven op dit vroege moment van de ontwikkeling van een *international rule of law*. Het Nederlandse model staat voor eenheid van handelen in een nationale en internationale rechtsorde, en dat is een groot goed. Het goed hoeft niet beschermd te worden tegen elke prijs, maar we zouden het niet moeten opgeven tenzij er geen andere oplossing is.

## 5 De samenstelling van de Staatscommissie

Het antwoord dat men krijgt op de vraag of besluiten van volkenrechtelijke organisaties of verdragsbepalingen een bedreiging vormen voor wezenlijke Nederlandse constitutionele waarden, zal in belangrijke mate afhangen van de personen en commissies aan wie de vraag wordt voorgelegd.

Alle eerdere Staatscommissies die zich bogen over de verhouding tussen internationaal recht en nationaal recht en over kwesties van buitenlandse betrekkingen, hadden tenminste een lid met een reputatie als expert in het volkenrecht. Tobias Asser had zitting in de Staatscommissie-Heemskerk (1883-1884). Teun Struycken (onder meer hoogleraar Volkenrecht aan de Gemeentelijke Universiteit te Amsterdam, en Nederlands vertegenwoordiger bij de Volkenbond) was lid van de Staatscommissie-Ruijs de Beerenbrouck (1918-1920). De Staatscommissie-Van Schaik (1950-1951) had temidden van haar leden J.P.A. François (onder meer hoogleraar volkenrecht aan de Nederlandse Economische Hogeschool, Rotterdam en lid van de International Law Commission). En de Commissie van Advies die het voorbereidende werk voor de Grondwetsherziening van 1983 verrichtte had zelfs twee volkenrechtelijke deskundigen: Willem Riphagen (juridisch adviseur van de Minister van Buitenlandse Zaken) en Haro Van Panhuys (onder meer hoogleraar Volkenrecht in Leiden).

De thans actieve Staatscommissie bestaat uit eminente rechtsgeleerden. Maar het is bepaald opmerkelijk dat terwijl tenminste drie van de zeven onderwerpen die de regering aan de Commissie voorlegde geheel of gedeeltelijk volkenrechtelijk van aard zijn,<sup>39</sup> er voor het eerst geen volkenrechtexpert is opgenomen in een Staatscommissie die zich moet buigen over fundamentele kwesties van internationaal recht. Als het slechts over doorwerking zou gaan, zouden we de vragen wellicht nog wel met een gerust hart aan onze staatsrechtgeleerden kunnen overlaten. Maar dat is geenszins het geval. De vragen wat de aard en rechtskracht is van besluiten van internationale organisaties, hoe deze zich verhouden tot de bevoegdheidsbeperkingen van deze organisaties, hoe conflicten tussen

internationale verplichtingen moeten worden opgelost, wat hierbij de rol van het *ius cogens* is, etcetera, zijn complexe volkenrechtelijke vragen. Zouden we een vraag over de reikwijdte van ministeriële verantwoordelijkheid voorleggen aan de adviescommissie die bestaat uit volkenrechtsgeleerden?

## 6 Tot slot

Er bestaat een groot scala van mogelijke reacties op effecten van globalisering op de nationale staat en het nationale recht. Deze variëren van het opgeven van de strikte scheiding tussen het internationale en nationale, enerzijds, tot het instellen van nieuwe scheidslijnen, anderzijds. Bij het maken van een keuze tussen de opties dienen we te beseffen dat het reguleren van doorwerking slechts één van de vele wijzen is waarop we om kunnen gaan met de uitdagingen van globalisering. Onze energie is zeker zo hard nodig voor het verbeteren van rechtsstatelijke waarborgen op bovennationaal niveau in formele en informele sferen. Globalisering dwingt ons uit om voorúit te kijken en nieuwe antwoorden te formuleren, niet om alleen terug te grijpen naar oplossingen die we op goede gronden hebben verlaten.