



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Het geweldsmonopolie en de constitutionele identiteit van EU-lidstaten

naar aanleiding van twee Franse constitutioneelrechtelijke uitspraken

Besselink, L.F.M.

DOI

[10.5553/TvCR/187966642022013001006](https://doi.org/10.5553/TvCR/187966642022013001006)

Publication date

2022

Document Version

Final published version

Published in

TvCR: tijdschrift voor constitutioneel recht

License

Other

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Besselink, L. F. M. (2022). Het geweldsmonopolie en de constitutionele identiteit van EU-lidstaten: naar aanleiding van twee Franse constitutioneelrechtelijke uitspraken. *TvCR: tijdschrift voor constitutioneel recht*, 13(1), 64-78.

<https://doi.org/10.5553/TvCR/187966642022013001006>

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.

BIJ DE BUREN

Het geweldsmonopolie en de constitutionele identiteit van EU-lidstaten

Naar aanleiding van twee Franse constitutioneelrechtelijke uitspraken*

L.F.M. Besselink

1 Inleiding

Twee recente uitspraken van respectievelijk de *Conseil constitutionnel* en de *Conseil d'Etat* scherpen dat in Frankrijk, anders dan in Nederland, de nationale grondwet in de normenhierarchie boven het Europese Unierecht staat.¹ Zelfs in een 'monistisch' stelsel als het Franse, is de relatie tussen nationaal recht en Unierecht daarvoor dynamischer dan in Nederland, waar, althans op het eerste gezicht, rechters de Grondwet soms onnodig marginaliseren op basis van een enigszins simplistische uitleg van het Unierecht.²

Er bestaan drie hoofdvormen van toetsing van Unierecht aan nationaal constitutioneel recht: toetsing aan grondrechten,³ *ultra-vires*-toetsing,⁴ en toetsing aan de constitutionele identiteit.⁵ Deze categorieën kunnen in elkaar overlopen.⁶ In Frankrijk, echter, ligt de nadruk op wat de Franse constitutie onderscheidt van de Unie, en in die zin op de constitutionele identiteit. De rechtspraak van de *Conseil constitutionnel* articuleert dit uitdrukkelijk, daarbij een toetsingsmaatstaf gebrui-

* De auteur heeft veel geleerd van een gedachtewisseling met dr. Jan-Herman Reestman over de hier besproken uitspraken, en dankt redacteuren voor commentaar, al zal hij niet ieder helemaal tevreden hebben kunnen stellen.

1 *Conseil constitutionnel*, Décision n° 2021-940 QPC, 15 oktober 2021, *Société Air France*, www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021940QPC.htm; *Conseil d'Etat*, Assemblée, Décision N° 437125, 17 december 2021, *Werktijdenrichtlijn*, ECLI:FR:CEASS:2021:437125.20211217, www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2021-12-17/437125.

2 Dit heeft de rechter overigens in *Urgenda* niet belet om de juridisch bindende doelstellingen van het EU-klimaatpakket dat door het Europees Parlement en Raad in 2008 werd vastgesteld, in strijd met het EVRM te verklaren zonder verwijzing naar het HvJ EU ex art. 267 VWEU – of het EHRM op basis van Protocol No 16 – dus op basis van een autonoom Nederlandse uitleg.

3 Bijvoorbeeld Corte costituzionale, Sentenza 183/1973, 18 december 1973, *Frontini*; BVerfG 29 mei 1974, BVerfGE 37, 271 ff., *Solange I* en de relevante vervolgjurisprudentie.

4 Bijvoorbeeld de rechterlijke uitspraken van de BVerfG en de Deense Højsteret over het Verdrag van Maastricht; het Højsteret in *AJOS*; het BVerfG in *PSPP/Weiss*, en het Pools Constitutionele Tribunaal in uitspraak K3/21 van 7 oktober 2021.

5 Bijvoorbeeld Corte costituzionale in *Taricco II/MAS&MB*.

6 Bijvoorbeeld BVerfG 15 december 2015 (2 BvR 2735/14) over het strafrechtelijke schuldbeginsel en het Europees arrestatiebevel.

kend die werd ontwikkeld door de *Conseil d'Etat*. De hier te bespreken recente uitspraken illustreren dit.

Beide Franse uitspraken hebben betrekking op twee met het geweldsmonopolie van de Franse staat nauw samenhangende constitutionele beginselen. Het gaat in de respectievelijke uitspraken om het uit artikel 12 van de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* van 1789⁷ afgeleide beginsel dat de uitoefening van openbare dwang, *force publique*,⁸ niet aan private personen mag worden overgedragen, en om de constitutionele waarborg van de noodzakelijke vrije beschikking over de strijdkrachten, die afgeleid wordt uit de grondwettelijke bepalingen over de presidentiële en regeringsbevoegdheid over de krijgsmacht (art. 5, 15, 20, 21 Constitution de la République française).⁹ In beide gevallen is daadwerkelijke toetsing aan de orde van Unierecht aan specifieke beginselen die deel uitmaken van de Franse 'constitutionele identiteit', zoals de *Conseil constitutionnel* het noemt, of die 'constitutionele vereisten' zijn, zoals de *Conseil d'Etat* die in meer algemene termen benoemt.

Hoewel in beide gevallen er uiteindelijk geen sprake bleek van een botsing tussen de Franse constitutie en het Unierecht, en de *Conseil d'Etat* in zijn uitspraak niet eens toekomt aan daadwerkelijke constitutionele toetsing, zijn beide van principieel belang, al was het maar omdat voor het eerst aangegeven wordt dat de twee beginselen deel uitmaken van de Franse constitutionele identiteit en constitutionele vereisten die in voorkomende gevallen een maatstaf vormen waaraan het Unierecht geen afbreuk mag doen om in Frankrijk te kunnen gelden. Voor ons is het belang vooral omdat de uitspraken de typische aard van de constitutionele toetsing van Unierecht in Frankrijk illustreren, die overigens ook elders navolging vindt. Hierop gaan we, na een nadere uiteenzetting van de beide zaken, kort nader in.

Bij wijze van *Auslandsrechtskunde* is dit interessant genoeg. Maar het aardige van constitutionele rechtsvergelijking is dat het aanzet tot reflectie op de eigen constitutie. De thematiek van de verhouding nationaal constitutioneel recht tot het Unierecht, als de meer specifieke kwestie van het geweldsmonopolie dat elke staat, in tegenstelling tot de Europese Unie, claimt, kunnen daartoe aanleiding zijn. Wat het tweede thema betreft, wijs ik hieronder op een duidelijk constitutioneel verschil met Nederland, dat te denken geeft over de aard van het geweldsmonopolie.

7 'La garantie des droits de l'Homme et du Citoyen nécessite une force publique: cette force est donc instituée pour l'avantage de tous, et non pour l'utilité particulière de ceux auxquels elle est confiée.'

8 In Nederlandse vertalingen wordt *force publique* vaak vertaald als 'politiemacht', hetgeen wellicht suggereert dat het uitsluitend gaat om de civiele politie, hoewel ook de *gendarmérie* die deel uitmaakt van de krijgsmacht en dus naar haar aard militair is, *force publique* kan uitoefenen. Overigens vallen zowel de nationale politie als de nationale gendarmerie sinds 2009 onder het ministerie van Binnenlandse Zaken.

9 Dit constitutionele beginsel werd eerder afgeleid in *Conseil constitutionnel*, Décision n° 2014-432 QPC, 28 november 2014 en n° 2014-450 QPC, 27 februari 2015.

L.F.M. Besselink

2 De casusposities

De uitspraak van 15 oktober 2021 van de *Conseil constitutionnel*¹⁰ heeft betrekking op de Franse implementatie van de in het EU-recht opgenomen verplichting van vervoerders om niet-EU-onderdanen aan wie bij de grens de toegang wordt geweigerd ‘terug te voeren’.¹¹ In casu had de *Société Air France* een passagier uit Teheran en een uit Algiers vervoerd, aan wie na aankomst uiteindelijk de toegang tot Frankrijk werd geweigerd. *Air France* had ze vervolgens weliswaar voorzien van terugreistickets en ze ook daadwerkelijk aan boord toegelaten op een vlucht retour Teheran respectievelijk Algiers, maar in beide gevallen werden zij in opdracht van de gezagvoerder uit het toestel verwijderd vanwege ‘gebrek aan medewerking aan de terugreis’: zij verzetten zich dusdanig dat de gezagvoerder hun gelaste weer uit te stappen, wat ze maar al te graag zullen hebben gedaan. Dit niet terugvoeren van de betrokkenen leidde tot de oplegging van boetes aan de vervoerder op grond van de betwiste regelgeving. De *Société Air France* kwam daartegen op bij de bestuursrechter, stellende dat bij het terugvoeren de luchtvaartmaatschappij in gevallen als deze dwang moet worden toegepast jegens tegenwerkende passagiers. Dit betekent dat het gebruik van dwangmiddelen wordt overgedragen aan particulieren, hetgeen in strijd is met artikel 12 van de *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* en dat op grond van de preambule deel uitmaakt van de Franse *Constitution* (par. 5). Andere door *Société Air France* aangevoerde constitutionele bezwaren betroffen de beweerdelijke inbreuk op artikel 66 *Constitution* (recht op persoonlijke vrijheid), en de artikelen 9 en 13 van de *Déclaration* (schuldbeginsel, en *le principe d’égalité devant les charges publiques*, dat wil zeggen, het verbod van overmatige belasting van particulieren voor kosten in het algemeen belang en wel omdat op basis van de regeling van de terugvoerplicht vervoerders opdraaien voor alle voor de terugvoer te maken kosten;¹² idem par. 5-6).

In de uitspraak van de *Assemblée du contentieux* van de *Conseil d’Etat* – de hoogste en meest plechtige formatie die in de allerbelangrijkste zaken uitspraak doet – van 17 december 2021,¹³ werd de beweerdelijke weigering van de minister van binnenlandse zaken om de Europese Werktijdenrichtlijn¹⁴ om te zetten in nationaal recht ten einde deze toe te passen op de *gendarmerie*, beoordeeld in het licht van het beginsel van de vrije beschikking over de krijgsmacht. In kringen van de Franse regering bestond zorg omtrent de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie over de toepasselijkheid van de Werktijdenrichtlijn op militairen, ook in recente Luxemburgse uitspraken. In zaak C-580/19 van 9 maart 2021, *RJ c/ Stadt Offenbach am Main*, oordeelde het Hof dat afhankelijk van de mate van vrijheid om tijdens een wachtdienst zijn eigen tijd in te vullen en aan eigen bezigheden te be-

10 Décision n° 2021-940 QPC, 15 oktober 2021, *Société Air France*, www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2021/2021940QPC.htm.

11 Art. 26 Schengen Uitvoeringsovereenkomst en art. 3 van Richtlijn 2001/51/EG.

12 Dit is inderdaad waartoe het relevante Unierecht verplicht: niet alleen bij het reguliere terugvoeren zijn de kosten voor de vervoerder, maar ook als de vervoerder niet aan zijn terugvoerplicht voldoet, worden alle kosten die de lidstaat maakt, verhaald op de vervoerder.

13 ECLI:FR:CEASS:2021:437125.20211217.

14 Richtlijn 2003/88/EG.

steden, wachtdiensten moeten worden gerekend tot de werktijden die door de Werktijdenrichtlijn worden gereguleerd en gemaximeerd tot in beginsel 48 uur per week. In zaak C 742/19 van 15 juli 2021, *B.K./ Slovenië*, intervenueerde de Franse regering met het standpunt dat de inrichting van de krijgsmacht buiten de reikwijdte van het EU-recht valt, als betreffende ‘essentiële staatsfuncties, met name de verdediging van de territoriale integriteit van de staat, de handhaving van de openbare orde en de bescherming van de nationale veiligheid’ in de zin van artikel 4 lid 2 VEU, waaraan deze verdragsbepaling nog toevoegt: ‘Met name de nationale veiligheid blijft uitsluitend de verantwoordelijkheid van elke lidstaat.’ Het Hof concludeerde in zijn uitspraak echter dat deze bepalingen nog niet betekenen dat de organisatie van de krijgsmacht zich als zodanig onttrekt aan de werking van het EU-recht, hoewel het tevens stelde dat de toepassing hiervan de goede uitvoering van essentiële militaire taken niet zodanig mag belemmeren dat daardoor afbreuk wordt gedaan aan de verdediging van de territoriale integriteit en de nationale veiligheid als essentiële staatszaken. De werktijdenregeling van militairen valt daarom niet, althans niet voor alle militairen, buiten de reikwijdte van het Unierecht.¹⁵ De Franse vakbonden van militairen stonden op een aan de regering tegengesteld standpunt: de Richtlijn moet ook van toepassing zijn op militairen, zoals de leden van de *gendarmerie*, en tevens op hun wachtdiensten. Op de laatste lijn zat ook Monsieur Q, onderofficier van de *gendarmerie départementale*, die meende dat de uren en tijden dat hij oproepbaar moest zijn voor actieve dienst, moesten worden beschouwd als reguliere werktijd, en door dit niet te doen, hij de maximum werktijd van 48 uur per week vaak overschreed. Om zijn standpunt kracht bij te zetten verzocht hij de minister om de Richtlijn op de door hem voorgestane wijze te implementeren ten behoeve van de *gendarmerie*, en voor zover nodig de bestaande werktijden aan te passen, hetgeen de minister weigerde. De zaak komt, nu deze het (niet) gebruikmaken van de *pouvoir réglementaire* van de regering betreft, in eerste en hoogste instantie meteen bij de *Conseil d’Etat*. De regering rechtvaardigt haar weigering met een beroep op de constitutionele vereisten van de vrije beschikbaarheid over de strijdkrachten en met de bescherming van de fundamentele belangen van de natie, waaronder de onafhankelijkheid van de natie en de onschendbaarheid van het grondgebied.

Hierna zetten we de uitspraken van de beide *Conseils* in deze zaken achtereenvolgens uiteen.

3 De uitspraak van de Conseil constitutionnel in Société Air France

De uitspraak van de *Conseil constitutionnel* van 15 oktober 2021 werd gedaan op een door de *Conseil d’Etat* verwezen zogeheten ‘prioritaire grondwettigheidsvraag’,¹⁶ *question prioritaire de constitutionnalité*. Daarin verzocht de *Conseil d’Etat*

15 C 742/19 van 15 juli 2021, *B.K./ Republika Slovenija*, par. 43-46.

16 Décision N° 450480, 9 juli 2021, ECLI:FR:CECHR:2021:450480.20210709, www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/2021-07-09/450480.

L.F.M. Besselink

om een beoordeling van de grondwettigheid van de wettelijke ‘terugvoerplicht’,¹⁷ die strekt ter implementatie van de bepalingen van artikel 26 van de Schengen Uitvoeringsovereenkomst, zoals nader uitgewerkt in Richtlijn 2001/51/EG.

In lijn met eerdere vaste rechtspraak¹⁸ maakt de *Conseil constitutionnel* duidelijk dat uit artikel 88-1 van de Constitutie, dat het lidmaatschap van Frankrijk van de Europese Unie constitutioneel verankert,¹⁹ volgt dat, tenzij de grondwetgever anders zou hebben bepaald, de implementatie van een richtlijn of toepassing van een verordening niet mag indruisen tegen een regel of beginsel dat deel uitmaakt van de Franse constitutionele identiteit. Als zo’n identiteitsregel of -beginsel niet aan de orde is, dan is de *Conseil* niet bevoegd de grondwettigheid te toetsen van nationale wettelijke bepalingen die noodzakelijk gevolg zijn van onvoorwaardelijke en precieze bepalingen van Europese richtlijnen of verordeningen; in dit geval is het dus uitsluitend de EU-rechter die, eventueel bij wijze van prejudiciële beslissing, over de eerbiediging van richtlijnen of verordeningen met de krachtens artikel 6 EU-Verdrag gewaarborgde fundamentele rechten oordeelt (par. 9). Aangezien de in dit geval betwiste wetgeving slechts de noodzakelijke uitwerking is van de onvoorwaardelijke en precieze bepalingen van de Richtlijn (par. 12),²⁰ is

‘de *Conseil constitutionnel* slechts in die mate bevoegd de verenigbaarheid van de betwiste bepalingen met de door de Grondwet gewaarborgde rechten en vrijheden te beoordelen voor zover zij regels of beginselen in het geding brengen die, terwijl zij geen gelijkwaardige bescherming vinden in het Europese Unierecht, deel uitmaken van de constitutionele identiteit van Frankrijk.’²¹ (par. 13)

17 Art. L. 213-4 van de *Code de l’entrée et du séjour des étrangers et du droit d’asile*. In de Nederlandse wetgeving gaat het om art. 5 en 65 Vreemdelingenwet 2000, om art. 6.2 en 6.3 Vreemdelingenbesluit 2000 en verder hoofdstuk A1/9 Vreemdelingencirculaire 2000 (A), waarbij ook de verplichtingen uit hoofdstuk 5 van Annex 9 bij het ICAO Verdrag moeten worden nageleefd; zie www.dienst-terugkeerenvertrek.nl/de-terugvoerplicht/wettelijk-kader. De boetes voor vervoerders zijn in Nederland wat hoger dan in Frankrijk.

18 Vgl. décision n° 2006-540 DC, 27 juli 2006 (eerder in algemenere termen décision n° 2004-498 DC, 29 juli 2004); décision n° 2018-768 DC, 26 juli 2018.

19 ‘La République participe à l’Union européenne constituée d’Etats qui ont choisi librement d’exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l’Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne, tels qu’ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007.’

20 Aldus over de relevante EU-bepalingen reeds décision n° 2019-810 QPC, 25 oktober 2019.

21 ‘(...) le Conseil constitutionnel n’est compétent pour contrôler la conformité des dispositions contestées aux droits et libertés que la Constitution garantit que dans la mesure où elles mettent en cause une règle ou un principe qui, ne trouvant pas de protection équivalente dans le droit de l’Union européenne, est inhérent à l’identité constitutionnelle de la France.’

Deze formulering is nieuw, maar past in de eerdere lijn van Franse constitutionele rechtspraak,²² en bevestigt de eerder daaraan in de literatuur gegeven uitleg.²³ Zoals we hieronder zullen zien, volgt zij met de hier gekozen formulering met name ook de lijn die de *Conseil d'Etat* heeft ontwikkeld sinds 2007 (*Arcelor*). In de onderhavige uitspraak betekent deze benadering dat het beroep op achtereenvolgens persoonlijke vrijheid, het schuldbeginsel/onschuldpresumptie en *égalité devant les charges publiques* terzijde worden gelaten, kennelijk omdat deze op equivalente wijze worden beschermd in het kader van het Unierecht, hoewel dit niet nader wordt beargumenteerd. De *Conseil constitutionnel* beperkt zich in de uitspraak tot het beroep op het uit artikel 12 *Déclaration* afgeleide beginsel dat privatisering van de uitoefening van openbare dwang, *force publique*, verbiedt.

De *Conseil* stelt dat dit beginsel inderdaad behoort tot de Franse constitutionele identiteit, zoals eveneens in deze zaak een première is. Het beroep op dit beginsel slaagt echter om een aantal redenen niet.

Ten eerste oordeelt de *Conseil* dat de terugvoerplicht door de bevoegde autoriteiten wordt geïnitieerd, en dus is het vaststellen van het bestaan van die plicht geen bevoegdheid van de vervoerder. De *Conseil* stelt tevens vast dat de in het geding zijnde plicht voor de vervoerder niet verder gaat dan de betrokken persoon te vervoeren (par. 16); met name bestaat er geen bewakingsplicht of plicht tot het gebruik van dwang, die voorbehouden blijft aan de bevoegde publieke instanties, zo meent de *Conseil*, onverminderd de mogelijkheid van de gezagvoerder om een persoon te laten uitstappen die een gevaar oplevert voor de veiligheid, gezondheid, hygiëne of goede orde in een vliegtuig (par. 17). Kortom, de betwiste regelgeving is niet ongrondwettig.

4 De uitspraak van de Conseil d'Etat inzake de toepassing van de Werkrijdenrichtlijn op de gendarmerie

De *Conseil d'Etat* stelt voorop dat artikel 88-1 van de Constitutie in samenhang met de Unierechtelijke verplichting van loyale samenwerking (artikel 4 lid 3 VEU) de verplichting voor de rechter behelst om de 'volle werking' van het Unierecht te verzekeren, 'voor zover nodig door het buiten toepassing laten van elke daarmee strijdige bepaling, ongeacht of die vervat is in een internationale verplichting van Frankrijk, een wet of een administratieve rechtshandeling [*loi ou acte administratif, LB*]' (par. 8). Daarbij herhaalt de *Conseil* het standpunt uit *French Data Network* van 21 april 2021,²⁴ dat niettegenstaande 'de integratie van het Unierecht in de interne rechtsorde (...), artikel 88-1 de plaats van de Constitutie aan de top van die rechts-

22 Zie met name CC Décision n° 2006-540 DC, 27 juli 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, para. 19, 28-30.

23 Zie met name Jan-Herman Reestman, 'The Franco-German Constitutional Divide: Reflections on National and Constitutional Identity', *EuConst*, 5(3), 374-390; Reestman in Monica Claes, Jan-Herman Reestman, 'The Protection of National Constitutional Identity and the Limits of European Integration', *German Law Review*, 16(4), 951-953.

24 *Conseil d'État*, Assemblée, N° 393099, ECLI:FR:CEASS:2021:393099.20210421.

orde bevestigt.²⁵ Vervolgens zet de *Conseil* uiteen, eveneens in hoofdzaak herhalend wat al in *France Data Network*, de in *Arcelor* uitgezette lijn verder ontwikkelend, hoe de bestuursrechter, geconfronteerd met een beweerdelijke strijdigheid tussen Europees recht en nationale constitutionele vereisten, zich heeft op te stellen.

Als eerste dient hij de uitleg van het EU-recht, zoals gegeven door het Hof van Justitie, zoveel mogelijk grondwetsconform uit te leggen, dat wil zeggen, zodanig te lezen dat deze het meest in overeenstemming is met alle andere 'constitutionele vereisten' (andere dan artikel 88-1 Constitutie) voor zover de tekst van de arresten van het Hof van Justitie dat toelaat. In geval de toepassing van een Europese richtlijn of verordening, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie van de Europese Unie, tot gevolg zou hebben dat een van deze constitutionele vereisten die in het recht van de Unie geen gelijkwaardige bescherming geniet, niet langer effectief gewaarborgd is, moet de bestuursrechter, indien op die vereisten een beroep wordt gedaan, dit Unierecht buiten toepassing laten voor zover de eerbiediging van de Constitutie zulks strikt genomen vereist (par. 9).

Vervolgens onderscheidt de *Conseil d'Etat*, zoals eveneens reeds in *France Data Network*,²⁶ twee typen van gevallen: enerzijds het geval waarin beroep wordt ingesteld tegen implementerende regelgeving omdat deze in strijd zou zijn met een constitutioneel vereiste, en anderzijds het geval van een bestuursbesluit dat beweerdelijk in strijd is met EU-recht, en dat dus buiten toepassing zou moeten worden gelaten wegens strijd met een Europese richtlijn of verordening, maar juist door dit buiten toepassing laten in strijd komt met de nationale constitutionele vereisten (respectievelijk par. 10 en par. 11). In beide gevallen dient daarbij te worden onderscheiden die situatie waarin er *wel* en die waarin er *niet* een regel of beginsel van Unierecht is dat gelijkwaardige bescherming biedt als het ingeroepen nationale constitutionele recht. Alleen in dat laatste geval moet er getoetst worden aan de relevante constitutionele regel of het relevante constitutionele beginsel.

Vervolgens gaat de *Conseil d'Etat* na in hoeverre artikel 4 lid 2 VEU, gezien de rechtspraak van het Hof van Justitie in *B.K./Slovenië*, een waarborg bevat die gelijkwaardig is aan het beginsel van de vrije beschikking over de krijgsmacht, waaruit voortvloeit dat 'de beschikbaarheid van de krijgsmacht te allen tijde en op alle plaatsen verzekerd dient te zijn'.²⁷ Hoewel in *B.K.* de nodige uitzonderingen worden gemaakt op de toepasselijkheid van het EU-recht op de inrichting van de krijgsmacht op grond van artikel 4 lid 2 VEU, alsook op de Werktijdenrichtlijn²⁸ (par. 12-15), concludeert de *Conseil d'Etat* dat de constitutionele vereisten die gesteld worden aan de vrije beschikking over de krijgsmacht, 'niet geacht kunnen worden in het

25 De *locus classicus* is *Conseil d'Etat*, Assemblée, N° 200286, 30 octobre 1998, *Sarran*, ECLI:FR:CEASS:1998:200286.19981030, over de 'supériorité de la Constitution, dans l'ordre juridique interne, sur les traités'.

26 Supra voetnoot 24, par. 7.

27 Par. 13: '(...) cette libre disposition de la force armée implique que soit assurée la disponibilité, en tout temps et en tout lieu, des forces armées.' Verwezen wordt in dit verband naar *Conseil constitutionnel* als boven aangehaald in noot 9.

28 Zie *BK/ Slovenië*, supra noot 15, para. 73-83, die de *Conseil d'Etat* samenvat in par. 14.

Unierecht een bescherming te genieten die gelijkwaardig is aan die welke door de Grondwet wordt geboden.’ (par. 16)

Dit een en ander toepassend op het voorliggende geval, stelt de *Conseil d’Etat* eerst te moeten nagaan of militairen vanwege de aard van hun werkzaamheden uitgesloten zijn van de werking van de Richtlijn, in welk geval het beroep van mijnheer Q moet worden verworpen. Als militairen onder de werking van de Richtlijn vallen, moet de bestuursrechter nagaan of het nationale recht in overeenstemming is met de Richtlijn. Zou de rechter een onverenigbaarheid vaststellen, maar – aangenomen dat dit verweer wordt gevoerd – het dientengevolge buiten toepassing laten van het nationale recht in strijd komen met het constitutionele vereiste van de noodzakelijke vrije beschikking over de krijgsmacht ten einde fundamentele belangen van de natie te verzekeren, dan moet hij het beroep op EU-recht verwerpen (par. 17).

Zover als dit laatste komt het echter niet. Op basis van een analyse van de werktijdenregelingen voor de gendarmerie, en met name ook de aard van de ‘wachtdienst’ en de omstandigheden waaronder deze in de regel plaatsvinden, komt de *Conseil d’Etat* tot de conclusie dat in de overgrote meerderheid van de gevallen de gendarmes onder de Werktijdenrichtlijn vallen, en tevens dat de regeling van hun werktijden niet in strijd komt met de Richtlijn. Het beroep van Q op strijd van de Franse regels omtrent de werktijden van de gendarmerie met de Werktijdenrichtlijn, wordt dus verworpen, en daarmee komt de rechter niet toe aan een eventueel beroep op het relevante beginsel van Franse constitutionele identiteit.

5 Constitutionele toetsing van Unierecht

De Nederlandse EU-rechtcollega’s, en hier en daar de pers, zijn ondersteboven van de uitspraak van de Poolse constitutionele rechter van 7 oktober 2020,²⁹ omdat die hiërarchische voorrang geeft aan de Poolse Grondwet boven EU-recht – hetgeen al vaste rechtspraak was ruim voordat het Poolse Constitutionele Tribunaal verwerd tot buikspreekpop van het huidige regime.³⁰ Dit specifieke standpunt – de Grondwet en niet Unierecht heeft hoogste rang in de rechtsorde – wordt in de overgrote meerderheid van de EU-lidstaten door de constitutionele en hoogste rechters gedeeld, zij het dat dit zelden tot concrete conflicten leidt; op dit punt van constitutionele normenhiërarchie is het, zo gezien, eerder dat Nederland uit de pas loopt. De hiërarchisch hogere status van de nationale constitutie wordt overigens ver-

29 Zaak K 3/21, waarvan de volledige tekst eind januari werd verwacht maar die bij het afsluiten van dit manuscript op 1 februari 2022 nog niet verschenen is. Wel is er, behalve het dictum, een verslag van de mondelinge toelichting bij de presentatie van het oordeel dat ook in het Engels beschikbaar is, zie trybunal.gov.pl/en/news/press-releases/after-the-hearing/art/11664-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-tractatu-o-unii-europejskiej. Een naar verluidt preciezere transcriptie van de mondelinge presentatie in het Pools met als toegevoegde waarde ook het slotdeel van de *dissensus* van Piotr Pszczółkowski, zie: archiwumosiatsynskiego.pl/images/2021/10/Polish-CT-decision-of-7-Oct-motifs_PL.pdf, die met een vertaalmachine als Deepl goed toegankelijk is.

30 Zie de ‘Verklaring van 26 voormalige rechters in het Poolse Constitutionele Tribunaal van 10 oktober 2021’, ruleoflaw.pl/statement-of-retired-judges-of-the-constitutional-tribunal-of-10-october-2021/.

schillend uitgewerkt in de verschillende jurisdicties. Een hoofdvariant is die van de voorrang van de meest wezenlijke constitutionele bepalingen of beginselen boven het EU-recht. Dit is de strekking van onder meer de Italiaanse,³¹ de Duitse,³² de Portugese³³ en de Franse benadering in de constitutionele rechtspraak.³⁴ Daartegenover staan sommige landen waar elke bepaling van de nationale constitutie voorrang kan hebben op strijdig Unierecht, zoals het geval is in Bulgarije, Malta en Polen. Vervolgens is er bij de eerste groep landen nogal wat onderscheid in de aard van de betrokken constitutionele bepalingen of beginselen en hun implicaties voor de wijze waarop constitutionele rechters het EU-recht daaraan moeten toetsen.³⁵ Zo vergen in de Duitse benadering het democratiebeginsel en de essentiële rol van de volksvertegenwoordiging dat de EU-instellingen binnen de grenzen van de in de EU-verdragen overgedragen bevoegdheden blijven (*ultra-vires*-toetsing), een toetsing die door de Deense Hoge Raad wordt ingegeven door eisen van soevereiniteit. De *Conseil d'Etat* daarentegen acht zich niet bevoegd om een *ultra-vires*-toets toe te passen.³⁶ Zoals we in de hier besproken uitspraken geïllustreerd zien, is dat de Franse *Conseil constitutionnel* en *Conseil d'Etat* bij hun toetsing hun uitgangspunt nemen in datgene waarin de Franse constitutie zich onderscheidt van de waarden die gemeenschappelijk zijn aan de lidstaten en de Unie (vergelijk artikel 2 VEU).³⁷ We merkten terloops al op dat de formule dat de *Conseil constitutionnel* slechts bevoegd is de verenigbaarheid van de betwiste bepalingen met de door de Grondwet gewaarborgde rechten en vrijheden die deel uitmaken van de constitutionele iden-

- 31 Corte costituzionale, Sentenza 183/1973, 18 december 1973, *Frontini*, para. 9 in fine: alleen in geval de *principi supremi* van de Italiaanse Constitutie op het spel staan, is er ruimte voor constitutionele toetsing.
- 32 Zie onder meer de welbekende *Maastricht- en Lissabon-Urteile* van het Bundesverfassungsgericht.
- 33 Dat het alleen gaat om toetsing aan de fundamentele beginselen van de democratische rechtsstaat ligt al besloten in de redactie van art. 8 lid 4 Portugese Constitutie ('De bepalingen van de Verdragen tot oprichting van de Europese Unie, alsmede de regels die uitgaan van haar instellingen bij de uitoefening van hun respectieve bevoegdheden, zijn van toepassing in de interne rechtsorde op de wijze als bepaald door het recht van de Unie, met inachtneming van de fundamentele beginselen van de democratische rechtsstaat.'). Dit werd met een uitvoerige onderbouwing uitgewerkt in de *landmark*-uitspraak van Tribunal Constitucional, Acórdão N° 244/2020, 20 juli 2020, www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20200244.html, Engels www.tribunalconstitucional.pt/tc/en/acordaos/20200422.html.
- 34 Wat Frankrijk aangaat, althans in de jurisprudentie van de *Conseil constitutionnel*, maar waarschijnlijk niet van de *Conseil d'Etat*.
- 35 Voor een wat uitgebreider overzicht dat zich niet zozeer toespitst op toetsing als op de mate waarin en wijze waarop nationale constitutionele regels in de weg kunnen staan aan verdere integratie, dit een en ander naar de stand van zaken in 2013, zie Leonard Besselink e.a., *National Constitutional Avenues for Further EU Integration*, Study, European Parliament, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights And Constitutional Affairs, Legal Affairs Committee, Constitutional Affairs Committee, PE 493.046 EN, Brussels March 2014, p. 277.
- 36 Zie noot 24, *France Data Network*, par. 8: 'En revanche, et contrairement à ce que soutient le Premier ministre, il n'appartient pas au juge administratif de s'assurer du respect, par le droit dérivé de l'Union européenne ou par la Cour de justice elle-même, de la répartition des compétences entre l'Union européenne et les Etats membres. Il ne saurait ainsi exercer un contrôle sur la conformité au droit de l'Union des décisions de la Cour de justice et, notamment, priver de telles décisions de la force obligatoire dont elles sont revêtues, rappelée par l'article 91 de son règlement de procédure, au motif que celle-ci aurait excédé sa compétence en conférant à un principe ou à un acte du droit de l'Union une portée excédant le champ d'application prévu par les traités.'
- 37 Zie ook L.F.M. Besselink, *Een samengestelde Europese rechtsorde*, Groningen 2007, p. 9-10.

titeit te beoordelen, als deze geen gelijkwaardige bescherming vindt in het Europees Unierecht. Dit is een bevestiging van hoe dit meestal in de literatuur al werd opgevat, maar voor de *Conseil* is deze formulering als zodanig nieuw. Ook het criterium 'gelijkwaardige bescherming' is nieuw, maar is duidelijk ontleend aan de rechtspraak van de *Conseil d'Etat*. Uit de buitengerechtelijke toespraken van de toenmalige vicepresident van de *Conseil d'Etat*, Jean-Marc Sauvé, blijkt dat het 'gelijkwaardigheids criterium' op zijn beurt is ontleend aan de Duitse constitutionele rechtspraak en de *Bosphorus*-rechtspraak van het EHRM.³⁸³⁹

De beperking tot de 'regels of beginselen die deel uitmaken van de constitutionele identiteit van Frankrijk', *règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France*, deed haar intrede in de rechtspraak van de *Conseil constitutionnel* in 2006, die voordien sprak van 'uitdrukkelijke bepalingen van de Constitutie'.⁴⁰

Een concentratie op datgene in de constitutie dat zich onderscheidt van wat gemeenschappelijk is aan het nationale en Europese recht, berust op de noodzaak een evenwicht te brengen tussen de waarborgfunctie van de nationale constitutie en de effectiviteit van het Europese recht, waarbij de laatste het eerste uitgangspunt moet zijn, om uiteindelijk uit te komen op een beperking van de nationale waarborgfunctie tot constitutionele essentialia. Dit vinden we in vele lidstaten.

Ik noem hier Italië, dat weliswaar een dualistisch stelsel kent, maar waar de doorwerkingsgarantie in artikel 11 van de Italiaanse Constitutie is verankerd. In *Frontini* werd gezocht naar het in evenwicht brengen van de waarborgfunctie van de Constitutie, waarbij de structuur van de redenering als uitgangspunt werd genomen voor de aard en betekenis van het lidmaatschap van de (toen) Europese Gemeenschappen waarin Italië zijn politieke belangen behartigt, de constitutionaliteit daarvan en de effectiviteit van de Europese rechtsorde met een autonoom, los van de Italiaanse constitutionele instellingen staand, recht-producerend vermogen; in deze uitspraak wordt pas daarna het evenwicht met de Italiaanse Constitutie gebracht door te bepalen dat alleen in het destijds als puur hypothetisch geschetste geval ruimte voor toetsing zou bestaan als de meest fundamentele constitutionele beginselen en onschendbare grondrechten in het geding zouden worden gebracht.⁴¹ In *Fragd* werd dit nogmaals in algemene termen geformuleerd, waarbij uitdrukkelijk de ruimte voor toetsing beperkt werd tot het geval dat de fundamentele waarden van de Italiaanse Constitutie niet in het Europese recht gewaarborgd zouden

38 Onder meer *Propos introductifs de Jean-Marc Sauvé*, FIDE 2012, Tallinn www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/la-protection-des-droits-fondamentaux-au-niveau-de-l-union-europeenne-et-des-etats-membres#1; *A l'ère du pluralisme juridique*, 31 mai 2014,

39 Intervention de Jean-Marc Sauvé, FIDE 2014 Kopenhagen, www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/a-l-ere-du-pluralisme-juridique; *Intervention à la Faculté de droit de l'Université Humboldt de Berlin* le, 28 octobre 2015, www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/presentation-a-berlin-d-un-ouvrage-de-droit-compare-franco-allemand; *Intervention de Jean-Marc Sauvé le 25 avril 2017 au déjeuner du Cercle des constitutionnalistes*, www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/le-conseil-d-etat-et-la-constitution.

40 Bijvoorbeeld *Conseil constitutionnel*, n° 2004-497 DC, 1 juli 2004, over auteursrecht.

41 Zie met name *Frontini*, supra voetnoot 31.

L.F.M. Besselink

zijn⁴² – destijds was dit geheel hypothetisch, maar in de zogenoemde *Taricco*-saga werd het actueel, wat voor het Hof van Justitie aanleiding was zijn oorspronkelijke *Taricco*-oordeel in *MAS & MB* zodanig te herinterpreteren dat er ruimte ontstond voor de specifiek Italiaanse materiële opvatting van het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel.⁴³

We zien in deze benadering de grote betekenis terug van overlappende constitutionele waarden van de Unie en de lidstaten. Bescherming in de vorm van nationale constitutionele toetsing doet zich vooral gelden indien die overlapping niet bestaat, en fundamentele beginselen van de democratische rechtsstaat in het spel zijn⁴⁴ – dit is althans de grondslag voor de benadering van de Franse rechters.

Hoewel de cruciale formule die de *Conseil constitutionnel* gebruikt, en die ongetwijfeld terug gaat komen in toekomstige jurisprudentie, is ontleend aan de jurisprudentie van de *Conseil d'Etat*, is de benadering van constitutionele toetsing door de *Conseil d'Etat* niet helemaal dezelfde. Ten eerste zij erop gewezen dat de *Conseil d'Etat* niet spreekt van 'regels of beginselen die inherent zijn aan de constitutionele identiteit van Frankrijk'. In achtereenvolgende uitspraken verschuift het woordgebruik van *principes et dispositions à valeur constitutionnelle* in *Arcelor*,⁴⁵ naar het gebruik van de uitdrukking *exigences constitutionnelles* in *France Data Network*, die voortvloeit uit zulke beginselen en bepalingen met constitutionele rang (en die worden gesteld naast en worden afgewogen tegen onder meer de *les exigences qui découlent du droit de l'Union européenne*⁴⁶), naar het bijna uitsluitende gebruik van de uitdrukking *exigences constitutionnelles* in de *Werktijden*-uitspraak.⁴⁷ Dit taalgebruik lijkt te refereren aan een ruimer normenbestand dan kan worden bedoeld

42 Sentenza 232/1989, 21 april 1989, para 3.1, *Fragd*: 'Het is (...) waar dat de door de rechtsstelsels van de lidstaten gewaarborgde grondrechten volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EEG een wezenlijk en integrerend deel van de communautaire rechtsorde vormen. Maar dit betekent niet, dat het Constitutionele Hof niet bevoegd is om, door de grondwettigheid te toetsen van de wet waarin het Verdrag is opgenomen, na te gaan of een verdragsnorm, zoals die door de instellingen en organen van de EEG is uitgelegd en toegepast, al dan niet in strijd is met de grondbeginselen van de Italiaanse Grondwet of de onvervreembare rechten van de mens schendt. Per slot van rekening kan datgene wat hoogst onwaarschijnlijk is, toch gebeuren. Bovendien moet er rekening mee worden gehouden dat, althans theoretisch, niet absoluut kan worden gesteld dat alle grondbeginselen van de Italiaanse grondwettelijke orde te vinden zijn onder de beginselen die de rechtsorden van de andere Lid-Staten gemeen hebben en dus in de communautaire rechtsorde zijn opgenomen.' NB De gemeenschapsrechtelijke grondrechtenbescherming was op dat moment gebaseerd op de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten en de mensenrechtenverdragen waarbij zij partij waren, vgl. art. 6(4) TEU. De overlapping van constitutionele waarden tussen lidstaten en Unie was daarom van grotere betekenis dan nu het geval is.

43 Zaak C-42/17, 5 december 2017.

44 Vgl. art. 8 lid 4 Portugese Constitutie, hierboven voetnoot 33.

45 De uitdrukking wordt zes keer gebruikt, onder meer in de volgende overweging: 'Considérant que si, aux termes de l'article 55 de la Constitution, « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie », la suprématie ainsi conférée aux engagements internationaux ne saurait s'imposer, dans l'ordre interne, aux principes et dispositions à valeur constitutionnelle.'

46 *Principes et dispositions à valeur constitutionnelle* wordt negen keer gebruikt, naast tien keer vermelding van *exigences constitutionnelles*.

47 Zeven keer, terwijl slechts een keer wordt gesproken van de *principes et dispositions à valeur constitutionnelle*.

met 'de regels of beginselen die deel uitmaken van de constitutionele identiteit van Frankrijk', maar zeker is dat niet. Wat er zij van de gebruikte terminologie, het is opvallend dat de *Conseil d'Etat* niet rept van de constitutionele identiteit van Frankrijk.

In de toetsingspraktijk maakt dit vooralsnog niet heel erg veel uit, in zoverre zowel de *Conseil constitutionnel* als de *Conseil d'Etat* uitgaat van eenzelfde taakverdeling tussen de Franse en Europese rechter: alleen wordt getoetst aan die Franse constitutionele regels of beginselen die niet beschermd worden in het Europese recht. Dit is een procesrechtelijke benadering die verder geen uitsluitel geeft over de vraag of, in de optiek van de *Conseil constitutionnel*, alleen die regels en beginselen die niet tevens Europeesrechtelijk zijn beschermd, tot de constitutionele identiteit moeten worden gerekend. Het is immers vanuit logisch standpunt mogelijk dat identiteitseigene regels en beginselen bestaan, zoals regels en beginselen van de democratie, de rechtsstaat, de grondrechten en fundamentele vrijheden, die wel degelijk deel uitmaken van de constitutionele identiteit van Frankrijk, maar waarvan de bescherming aan het Hof van Justitie is overgelaten zodra een kwestie binnen de reikwijdte van het Unierecht valt. En zou Frankrijk niet net zo zeer als Duitsland, de andere lidstaten en, niet in de laatste plaats, de Unie zelf, menen dat vrijheid, democratie, de rechtsstaat en grondrechtenbescherming de constitutionele identiteit mede bepalen (vgl. artikel 2 VEU)?

6 Geweldsmonopolie en de EU

De focus op het geweldsmonopolie van de staat in de twee hier weergegeven uitspraken is interessant. Het waren niet aspecten van de Franse constitutionele identiteit die eerder in de literatuur geormerkt werden als specifiek voor deze identiteit. Toch zijn dit de eerste concrete beginselen die als zodanig geïdentificeerd worden in de rechtspraak over Unierecht en het Franse constitutionele recht, en waarvan wordt vastgesteld dat die niet in het Unierecht worden beschermd.

De claim op het geweldsmonopolie is precies waarin de lidstaten verschillen van de Europese Unie. Het vormt de reden waarom de Unie geen staat is, zelfs nu de uitoefening van het geweldsmonopolie in toenemende mate gereguleerd wordt door het EU-recht.⁴⁸ In dit opzicht is, op het eerste gezicht althans, de constitutionele identiteit van Frankrijk niet anders dan die van de andere lidstaten die namelijk elk dat monopolie claimen.

In zoverre is het correct dat de Franse constitutionele rechter en hoogste bestuursrechter, ervan mag uitgaan dat de bescherming van dit monopolie niet wordt gewaarborgd door de Unie, enerzijds omdat de Unie zelf die claim niet legt, anderzijds omdat het geweldsmonopolie van de staat niet betekent dat het buiten de reikwijdte van het Unierecht valt.

De differentiatie van de specifieke beginselen die uit het geweldsmonopolie in de twee weergegeven uitspraken aan de orde zijn, behoren echter niet tot de constitutionele beginselen die aan alle lidstaten gemeenschappelijk zijn.

48 Aldus Besselink, op. cit., noot 37, p. 4, voetnoot 3. Het HvJ EU poneert in *Opinie 2/13* dat de Unie geen staat is uitsluitend in termen van internationaal recht; aldaar para. 156.

L.F.M. Besselink

Dit is het beste te beredeneren ten aanzien van de uitleg die in de Franse constitutionele jurisprudentie wordt gegeven aan het monopolie van de *force publique* die in de weg staat aan het uitoefenen van publieke dwang door private personen en instellingen over burgers; het gaat hierbij om de bepaling van de omvang van het geweldsmonopolie, die mijns inziens in Nederland anders ligt.

Het beginsel van de noodzakelijke vrije beschikking van de overheid over de strijdkrachten lijkt meer algemeen gedeeld te worden tussen lidstaten. Dit beginsel lijkt immers inherent aan het hebben van een krijgsmacht: als men die niet kan inzetten als het erom gaat, heeft men feitelijk geen beschikking over de krijgsmacht.

De uitleg die de *Conseil constitutionnel* geeft aan het verbod voor particulieren om fysieke dwang uit te oefenen in de uitvoering van een publieke taak, is vreemd aan de tegenwoordige uitleg van het geweldsmonopolie in Nederland. Het gaat hier in wezen om een verbod van privatisering van geweldsgebruik ten behoeve van het algemeen belang dat gelezen wordt in artikel 12 van de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*:

‘De waarborg van de rechten van de mens en van de burger vereisen een publieke zwaarmacht; deze macht dus is ingesteld voor ten voordele van allen en niet voor het particulier gebruik van hen aan wie ze is toevertrouwd.’⁴⁹

De gedachte van een verbod van privatisering van de *force publique* lijkt mij in Nederland moeilijk voorstelbaar. Ook in de tijd van de Frans-revolutionaire staatsregelingen was er een equivalent van artikel 12 van de *Déclaration* in een van de constitutionele documenten te vinden. Hoewel men zou kunnen zeggen dat het oogmerk van artikel 12 toch wel lijkt op artikel 97 lid 2 Grondwet (‘De regering heeft het oppergezag over de krijgsmacht’), is daar nooit de gevolgtrekking uit gemaakt dat dit het privatiseren van het geweldsmonopolie zou verbieden. Publiek-private samenwerking op defensiegebied is zelfs al enkele decennia modieus. Men zou het ook zo kunnen zeggen: anders dan artikel 12 van de *Déclaration* in Franse ogen impliceert, kan in Nederlandse opvatting geweld door particulieren worden gebruikt ten behoeve van het algemeen belang.

Niet alleen stuitte de verschuiving van de grensbewaking door middel van personencontrole en publiekrechtelijke reisdocumenten op grond van de Schengenovereenkomsten op weinig bezwaar, zeker al niet van grondwettelijke aard, zelfs de onlangs wettelijk mogelijk gemaakte gewapende beveiliging van koopvaardij schepen door private krijgsondernemingen en huurlingen, geeft blijk van de overtuiging dat de wetgever hier geen constitutioneel bezwaar tegen heeft. De wettelijke regeling bedoelt uitdrukkelijk om juist *geen* militaire bescherming te hoeven bieden wanneer die nodig zou zijn. De crux – zoals ook de formulering van artikel 12 van de *Déclaration* duidelijk maakt – is dat het *niet* gaat om een private taak, maar om een publieke taak die door private partijen door middel van geweldgebruik

49 Zie voetnoten 7 en 8 hierboven.

wordt verricht.⁵⁰ Hier komt het tegendeel van het andere Franse beginsel dat hierboven aan de orde was, om de hoek kijken: de regering hoeft niet altijd de krijgsmacht in te kunnen zetten. Jan Salie is toch meer de leuze dan het republikeinse nut van het algemeen. De Wet ter bescherming van de koopvaardij is erop gericht het mogelijk te maken om met vergunning van de minister (die van Justitie!) als private partijen in voorkomende gevallen wapengeweld en ander fysieke dwangmiddelen in te zetten om koopvaardij schepen te beschermen; de Nederlandse krijgsmacht kan de piraterij niet aan.⁵¹ Een zogenoemde reparatiewet van de Wet ter bescherming van de koopvaardij werd zelfs zodanig gewijzigd dat ook uitzendkrachten van privébedrijven kunnen worden gemachtigd om in plaats van de krijgsmacht, geweld uit te oefenen: huurlingen inzetten tegen de kapers.⁵²

De regering en initiatiefnemers van deze wet menen dat dit geen inbreuk maakt op het geweldsmonopolie van de staat. De redenering van regering en initiatiefnemers komt erop neer dat privatisering geen privatisering van dit monopolie is als zij maar bij wet geschiedt; zolang de uitoefening van geweld maar door de staat genormeerd wordt, blijft het geweldsmonopolie van de staat intact.⁵³

Over het hoofd wordt gezien dat het geweldsmonopolie niet wordt bepaald door het monopolie op de normering van geweld. Zou dit het kenmerk zijn van het geweldsmonopolie dan oefent de EU ook dat geweldsmonopolie uit, nu deze velerlei normatieve grenzen oplegt in de sfeer van sancties, inclusief strafrechtelijke sancties. Juist het *feitelijk* gebruik van geweld door de publieke overheid is de kern van het geweldsmonopolie dat de overheid claimt; vandaar dat we een door de staat gerunde krijgsmacht en politie hebben. Het van overheidswege toestaan dat een particulier daadwerkelijk fysiek geweld gebruikt om het publieke belang te dienen, dus in gevallen waarin overigens de krijgsmacht (of politie) had op te treden, is het privatiseren van het daadwerkelijke gebruik van aan de overheid voorbehouden geweld. Het verbod van eigenrichting en de strakke regels omtrent geweldsgebruik in uitzonderlijke gevallen van zelfverdediging (in het strafrecht: noodweer en noodweerecnes), bevestigen dat.

Dat het gaat om de *feitelijke* organisatie van het geweld blijkt ook uit de cruciale rol die het ambtsbevel en de dienstvoorschriften en hun straf- en tuchtrechtelijke handhaving spelen in het militaire recht – een aspect dat geheel verdwenen is in de

50 Het gaat dus niet om wat voorheen een overheidstaak was – zeg de posteries of bepaalde vormen van openbaar vervoer – die niet langer overheidstaak is; nee het zo nodig met geweld bewaken van de veiligheid van particulieren (hier de koopvaardij) is en blijft overheidstaak, die echter niet daadwerkelijk en fysiek door de overheid, maar alleen door het overheidsrecht verricht wordt door normstelling.

51 Zie Wet ter Bescherming Koopvaardij, *Stb.* 2019, 186, aangepast per Reparatiewet WtBK, *Stb.* 2022, 2, in werking te treden per 1 februari 2022 (zie Besluit bescherming koopvaardij, *Stb.* 2022, art. 8.1).

52 Art. I, A, 6, Reparatiewet WtBK.

53 Zij zoeken op nogal eenzijdige wijze daarvoor een rechtvaardiging in het aanmerkelijk meer genuanceerde en qua algemene strekking toch niet op doorslaggevende wijze hierop duidende rapport de commissie-de Wijkerslooth, *Geweldsmonopolie en piraterij*, www.eerstekamer.nl/eu/publicatie/20110901/geweldsmonopolie_en_piraterij/document, par. 102 wordt geplukt uit een rapport dat toch voornamelijk een andere strekking heeft.

L.F.M. Besselink

wetgeving over beveiliging van de koopvaardij.⁵⁴ De essentie van de hiërarchische bevelsketen met aan het hoofd daarvan de regering (ex 97 lid 2 Grondwet) wordt daarmee miskend, en daarmee het karakter en de structuur van het geweldsmonopolie in een democratie. Zo bezien had artikel 97 lid 2 Grondwet ook anders kunnen worden uitgelegd dan als alleen betrekking hebbend op publieke controle op de krijgsmacht, en niet slechts als een beperking van het externe geweldsmonopolie tot een publieke krijgsmacht onder publieke controle. Maar nu de wetgever zelf in hoogste instantie uitleg geeft aan de Grondwet, moeten we concluderen dat het geweldsmonopolie in Nederlandse constitutionele optiek niet betekent dat geweldsgebruik voorbehouden is aan de staat zelf, maar ook mag worden uitgeoefend door particulieren. Hier herrijst gedachtegoed uit de glorie dagen van de ‘Gouden Eeuw’, die tegengesteld is aan de constitutionele vereisten die in de Franse Republiek gelden.

Als normering van geweld voldoende waarborg is en deze niet in de weg staat aan privatisering van de uitoefening van publiek geweld door private partijen, dan betekent dat, dat ook de Europese Unie een dergelijk monopolie geniet, althans zodra het betreffende geweld binnen de reikwijdte van het Unierecht valt – en logische consequentie is dat Nederland derhalve in zulke gevallen geen geweldsmonopolie meer bezit: dat berust dan bij de Unie. In zoverre heeft dan Nederland zijn statelijke karakter verloren, en is er geen evident criterium meer over om de Unie niet gelijk te stellen aan de staat. Dit dwingt tot verder nadenken over de constitutionele aard van de Unie, en van het statelijke karakter van de lidstaten. Maar als de *Conseil constitutionnel* gelijk zou hebben, komt het daar in Frankrijk niet van.

54 Vgl. de Wet militair strafrecht en de Wet militair tuchtrecht. Daarover onder meer Besselink, ‘Military Law in the Netherlands’, in: Georg Nolte (ed.), *European Military Law Systems*, Berlijn: De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH 2003, p. 547-646 (een iets uitgebreidere versie is open access beschikbaar op: <https://dspace.library.uu.nl/handle/1874/214157>), met name paragrafen IV 2.2 en 2.3 en hoofdstuk V.