

# Handboek Internationaal Recht

## *Redactie*

Nathalie Horbach  
René Lefebber  
Olivier Ribbelink

Hieronder treft u aan hoofdstuk 3 uit het *Handboek Internationaal Recht*:

## **Internationaal recht en nationaal recht**

### **Leonard Besselink**

Voor de publicatie op de Asser website van de afzonderlijke hoofdstukken van het handboek is in 2014 toestemming verleend door de auteurs en de uitgever, T.M.C. Asser Press.

Dit boek biedt een bundeling van het merendeel van de in Nederland aanwezige specialismen op internationaalrechtelijk gebied bijgewerkt tot het jaar van publicatie 2007.

Het *Handboek Internationaal Recht* is een initiatief van het T.M.C. Asser Instituut te Den Haag en werd mede mogelijk gemaakt door een subsidie van het Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatie Centrum van het Ministerie van Justitie. Voor de ontstaansgeschiedenis van het boek wordt verwezen naar het als aparte PDF bijgevoegde Voorwoord van de redacteurs.

---

 Hoofdstuk 3

## INTERNATIONAAL RECHT EN NATIONAAL RECHT

 Leonard Besselink
 

---

Prof. dr. L.F.M. Besselink is als hoogleraar Europees constitutioneel recht verbonden aan het Instituut voor Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit Utrecht.

1.	Inleiding.....	2
2.	Internationaalrechtelijke aspecten .....	2
2.1	De regel dat nationaal recht niet aan de werking van het internationaal recht kan worden tegengeworpen .....	2
2.2	Doorwerking van internationaal recht in de nationale rechtsorde .....	4
2.2.1	Het beginsel van neutraliteit omtrent de wijze van doorwerking .....	4
2.2.2	Internationale bevelen aan staatsorganen .....	5
3.	Algemene nationaalrechtelijke aspecten.....	9
3.1	Inleiding.....	9
3.1.1	Transformatie.....	10
3.1.2	Voorrang .....	10
3.2	Volkenrechtsconforme uitleg.....	12
3.3	Verlenen van doorwerking door welk nationaal overheidsorgaan?.....	13
3.3.1	De rechter .....	13
3.3.2	De wetgever.....	15
3.3.3	Het bestuur .....	16
3.4	Directe werking: de burger .....	16
4.	Doorwerking in Nederland .....	17
4.1	Transformatie.....	17
4.2	Voorrang .....	21
4.2.1	Een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.....	22
4.2.1.1	Buiten toepassing laten.....	26
4.2.1.2	Welke nationale toepassingen zijn toetsbaar?.....	28

---

4.2.1.3	Rechter en bestuur .....	30
4.2.1.4	De Grondwet en het EG-recht .....	31
4.2.2	Internationaalrechtelijk gewoonterecht en niet-een-ieder-verbindingse bepalingen .....	32

## 1. INLEIDING

De verhouding tussen internationaal recht en nationaal recht wordt mede bepaald door opvattingen die men huldigt omtrent de aard en betekenis van deze twee rechtsgebieden. Als het internationaal recht en de internationale rechtsorde worden beschouwd als alleen betrekking hebbend op de verhoudingen tussen staten en internationale publiekrechtelijke organisaties, dan heeft dit andere gevolgen voor de wijze waarop men de verhouding van het internationaal recht tot het nationale recht beschrijft, dan wanneer men de opvatting is toegedaan dat het internationaal recht ook staatsorganen, andere overheidsambten, individuen en burgerrechtelijke rechtspersonen tot de internationaalrechtelijke rechtssubjecten rekent. In dit hoofdstuk zullen deze achterliggende vragen niet ten volle kunnen worden geanalyseerd. Het zal beperkt blijven tot enige inleidende opmerkingen over de verhouding van het internationaal recht tot het nationale recht, en meer in het bijzonder over de doorwerking van internationaal recht in de nationale rechtsorde, vooral in Nederland.

## 2. INTERNATIONAALRECHTELIJKE ASPECTEN

### 2.1 **De regel dat nationaal recht niet aan de werking van het internationaal recht kan worden tegengeworpen**

In de verhouding tussen internationaal recht en nationaal recht staat voorop dat het internationaal recht door staten dient te worden nageleefd en dat derhalve het nationale recht geen inbreuk mag maken op internationaalrechtelijke verplichtingen. Het nationale recht kan niet worden aangevoerd als rechtvaardiging voor gepleegde inbreuken op het internationaal recht. Dit werd al gesteld in de *Alabama Claims* arbitrage van 1872 tussen Groot-Brittannië en de Verenigde Staten,<sup>1</sup> en vond uitdrukking in de ontwerp-Verklaring inzake de rechten en plichten van staten van 1949.<sup>2</sup>

1. J.B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations*, 1898, vol. 1, p. 656. Zie ook *Exchange of Greek and Turkish Populations*, Advisory Opinion, 1925, *PCIJ, Series B*, No. 10, p. 20.

2. One of the *loci classici* is the Draft Declaration on Rights and Duties of States, *Yb ILC* 1949, p. 288, art. 13.

Dit beginsel vindt in verschillende internationaalrechtelijke contexten een meer specifieke toepassing. Zo wordt het tot uitdrukking gebracht in artikel 32 van de in 2001 door de VN-Commissie voor Internationaal Recht (International Law Commission, ILC) aanvaarde Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts<sup>3</sup> ten aanzien van de onmogelijkheid zich te onttrekken aan de gevolgen van staatsaansprakelijkheid.

Artikel 46 van het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht (hierna: WVV) beschrijft het beginsel zoals het van toepassing is bij verdragsluiting. Bij implicatie formuleert deze bepaling ook de uitzondering op het beginsel: wanneer de binding aan een verdrag een schending van een fundamenteel nationaal voorschrift omtrent de sluiting van verdragen is, die manifest is voor een te goeder trouw naar normale praktijk handelende staat, dan kan de onbevoegdheid naar nationaal recht van de betreffende partij wel degelijk worden tegengeworpen aan de wederpartij. Ditzelfde is het geval wanneer staten op de hoogte zijn van een beperking in de bevoegdheid tot het binden van een staat, en deze beperking wordt overschreden (art. 47 WVV). Dus wanneer de schending van een regel van nationaal recht redelijkerwijs bekend althans evident was voor relevante andere staten, dan stelt de goede trouw een grens aan de mogelijkheid een staat te houden aan een internationaalrechtelijke verplichting die voortvloeit uit een naar nationaal recht evident onrechtmatige internationale (rechts) handeling.

Deze uitzondering op het principe dat het nationale recht niet aan de werking van het internationaal recht, althans verdragsverplichtingen, kan worden tegengeworpen, is niet zonder problemen: wanneer is een regel van nationaal recht als voldoende fundamenteel te kwalificeren, wanneer is iets manifest, hoe moet een begrip als goede trouw en de normale onderhandelingspraktijk worden geïnterpreteerd, moet dit laatste gebeuren in het kader van de specifieke omstandigheden van het geval of juist door van zulke bijzonderheden te abstraheren? Desalniettemin is de nuancering van het hoofdbeginsel dat het nationale recht niet kan worden aangevoerd als rechtvaardiging om zich te onttrekken aan het internationaal recht, van belang. Enerzijds kunnen staten en regeringen bloot staan aan de verleiding om het nationale recht tegen te werpen aan soms als bezwarend of lastig ervaren internationaalrechtelijke verplichtingen, hetgeen de werking van het internationaal recht ondermijnt; anderzijds staan regeringen soms bloot aan de verleiding de macht van de internationaal voldongen feiten in de nationale context te gebruiken om aan als lastig ervaren nationale regels te ontkomen, hetgeen de democratische rechtsstaat ondermijnt. Bedacht moet worden dat het internationaal recht, niettegenstaande de naam die zij in Nederland van oudsher draagt, namelijk van 'volkenrecht', een van de in democratisch opzicht minst gelegitimeerde rechtsgebieden is, en voornamelijk 'regeringenrecht' is.

---

3. VN Doc. A/56/10 (2001), ch. IV, E.1. Hoewel de daarin gestelde onmogelijkheid het interne recht van een staat in te roepen ter rechtvaardiging van een inbreuk, zich beperkt tot de verplichtingen voortvloeiend uit internationale aansprakelijkheid onder deel II van de Draft Articles, betreft het per saldo een zeer algemene formulering.

De goede trouw die het hele proces van internationale samenwerking in het algemeen en verdragsluiting in het bijzonder beheerst, is niet tot de sfeer van het internationaal recht alleen beperkt, maar is ook van cruciale betekenis in de beoordeling van de verhouding tussen internationaalrechtelijke regels en nationaal recht.

## 2.2 Doorwerking van internationaal recht in de nationale rechtsorde

### 2.2.1 *Het beginsel van neutraliteit omtrent de wijze van doorwerking*

Het internationaal recht stelt zich in beginsel neutraal op ten aanzien van de wijze waarop de naleving van internationaalrechtelijke verplichtingen nationaalrechtelijk verzekerd wordt. Zolang het maar nageleefd wordt, stelt het algemene internationaal publiekrecht geen bijzondere eisen aan de wijze waarop dit geschiedt. Vandaar dat staten onderling verschillende stelsels hebben van doorwerking van internationaal recht in nationaal recht, in termen van monisme en dualisme, transformatie en incorporatie, hiërarchie van normen en onderscheiden bevoegdheden bij de toepassing van internationaal recht voor nationale overheidsorganen als de rechter, wetgever en uitvoerende macht (met name de regering).

Dit beginsel van 'neutraliteit' moet echter niet misverstaan worden. Ten eerste zij erop gewezen dat de internationale rechtsorde de nationale in veel gevallen veronderstelt. Zo veronderstelt het internationaal recht veelal dat er in staten regelgevende en bestuurlijke instanties zijn die relevante handelingen verrichten om het functioneren van het internationaal recht mogelijk maken. Andersom veronderstelt het nationale recht het internationaal recht. Een goed voorbeeld in de Nederlandse Grondwet (Gw) is het begrip 'verdrag', dat – anders dan in de meeste andere landen het geval is – geen autonoom nationaalrechtelijk begrip is, maar voor zijn betekenis verwijst naar het internationaal recht. Zolang wederzijds zich geen divergenties voordoen, kan het hier bedoelde neutraliteitsbeginsel zonder problemen functioneren.

Meer in het algemeen kan men stellen dat internationaalrechtelijke verplichtingen niet zelden van zodanige aard zijn dat deze uitsluitend de internationale betrekkingen tussen staten betreffen, zonder dat dit de nationale rechtsorde rechtstreeks of indirect raakt. Het gaat dan om een pure neutraliteit ten opzichte van de nationale rechtsorde die probleemloos is. Vaak echter zijn internationaalrechtelijke verplichtingen van zodanige inhoud dat zij enigerlei gevolg beogen binnen de interne rechtsorde van de internationaalrechtelijke rechtssubjecten zelf, met name binnen die van de staat (en uiteraard in voorkomende gevallen binnen de rechtsorde van internationale organisaties, hetgeen hier verder buiten bespreking blijft). Internationaalrechtelijke verplichtingen, vooral verplichtingen die ontspruiten aan verdragen, kunnen zich zeer specifiek richten op een handeling van nationale overheidsorganen. Het klassieke voorbeeld is dat van een verdrag dat verplicht tot invoering van uniforme, in het verdrag specifiek bepaalde wetgeving. Het voorbeeld kan worden uitgebreid naar verdragen omtrent de rechtsmacht van de rechter in bepaalde aangelegenheden (men denke aan het internationaal privaatrecht), of verdragen die bestuursorganen ertoe verplichten bepaalde welomschreven handelingen te verrichten op technisch of administratief

vlak. De uitvoering te goeder trouw van deze verdragsverplichtingen grijpt dan in de nationale rechtsverhoudingen in al naar gelang de verplichtingen preciezer zijn aangeduid, zowel voor wat betreft het resultaat dat bereikt moet worden als voor wat betreft de wijze waarop een welbepaald resultaat bereikt moet worden. Dit kan heel ver gaan, bijvoorbeeld bij verdragen waarbij een staat of statelijke entiteit wordt op- of ingericht en aan de betrokken entiteit allerlei specifieke eisen worden gesteld.<sup>4</sup>

De precisie van een verdragsverplichting laat onverlet de mate waarin een verdragspartij een stelsel van dualisme kent (waarin slechts na omzetting tot of opening in het nationale recht de verdragsverplichting haar realisering naar nationaal recht wordt mogelijk gemaakt), dan wel een stelsel van monisme (waarin in beginsel door het enkele ontstaan van de verdragsverplichting deze deel uitmaakt van de nationale rechtsorde; meer over dualisme en monisme hieronder). Wel is het zo, dat in monistische stelsels vaak meer ingewikkelde vragen rijzen omtrent de nationale bevoegdheidsverhoudingen en juridische verantwoordelijkheden waartoe internationale verplichtingen zouden moeten leiden; daarbij kan de (im)precisie van een verdragsverplichting tot onduidelijkheid leiden omtrent de vraag of een verdragsbepaling zich wel leent voor toepassing in de nationale rechtsorde door bijvoorbeeld de rechtsprekende macht. In dualistische stelsels maakt de transformatie bij besluit van zekere rang (veelal de wet of een wetsbesluit van constitutionele rang) naar nationaal recht veelal duidelijk wie op welke wijze de in het internationale rechtsverkeer ontstane verplichting heeft uit te voeren en te handhaven.<sup>5</sup>

Een internationaalrechtelijke verplichting kan ook individuele personen betreffen (zowel op grond van verdragsrecht, maar soms ook op grond van internationaalrechtelijk gewoonterecht bijvoorbeeld in de sfeer van het humanitair oorlogsrecht). Naar internationaal recht kan voor een staat (of statelijke overheid) een verplichting ontstaan aan bepaalde burgers de internationaalrechtelijke verplichting tegen te werpen, dan wel hun het recht toe te kennen zich te beroepen op een verdragsbepaling. Maar ook wanneer aldus op de staat de plicht rust de naleving van dergelijke internationaalrechtelijke verplichtingen door burgers te verzekeren, dan sluit dit niet uit dat dit gebeurt op een wijze waarbij wordt vastgehouden aan dualistische beginselen.

### 2.2.2 *Internationale bevelen aan staatsorganen*

Het beginsel van internationaalrechtelijke neutraliteit ten aanzien van de wijze waarop het internationaal recht in het nationale recht wordt nageleefd, impliceert dat in de internationaalrechtelijke betrekkingen de staat als internationaalrechtelijk

---

4. Men denke aan de Republiek der Verenigde Nederlanden (Unie van Utrecht); Bosnië-Herzegovina (Annex 4 of the Dayton Peace Agreements VN Doc. S/1995/999 (1995)); het Memorandum of Understanding on the European Administration of Mostar, (*Trb.* 1994, 183), etc.

5. Een goed voorbeeld is de Britse European Communities Act 1972, c. 68; aangevuld en gewijzigd door European Communities (Amendment) Acts, laatstelijk in 2002 tot incorporatie van art. 2-10 Verdrag van Nice, waardoor op de meest volledige en sluitende wijze de status en doorwerking van het EG-recht is verzekerd.

rechtssubject het primaire aanspreekpunt is. Omdat een specifieke internationaalrechtelijke verplichting echter ook betrekking kan hebben op een orgaan van de staat, bijvoorbeeld de wetgever die bepaalde wetgeving dient te realiseren, of de rechter die zijn rechtsmacht op een bepaalde dient uit te oefenen, of de uitvoerende macht die bepaalde maatregelen moet treffen, kan in de interstatelijke relaties ook het gedrag van sub-statelijke entiteiten in het internationaal recht aan de orde zijn. Dit levert een bepaalde spanning op met de idee van de staat als primair aanspreekpunt in de internationale betrekkingen.

Er is een recente lijn in de jurisprudentie van het Internationaal Gerechtshof (International Court of Justice, ICJ) te ontwaren die de bedoelde problematiek illustreert. Deze lijn loopt van het bevel in de *Breard* zaak<sup>6</sup> via het bevel in de *LaGrand* zaak<sup>7</sup> naar het advies in de *Cumaraswamy* zaak.<sup>8</sup>

De *Breard* uitspraak behelsde een verzoek om een gerechtelijk bevel tot opschorting van de executie van de Paraguayaan Breard, die in de Verenigde Staten (VS) door een rechter in Virginia tot de doodstraf werd veroordeeld zonder dat hij tijdig op de hoogte was gesteld van zijn recht op consulaire contacten en ondersteuning onder het Verdrag van Wenen inzake consulaire betrekkingen (art. 36). De VS hadden geweigerd in te gaan op een verzoek van Paraguay om de executie van Breard uit te stellen gedurende te voeren onderhandelingen. Voor het Internationaal Gerechtshof voerden de VS onder meer het verweer dat het tot de uitsluitende bevoegdheid van het Hooggerechtshof van de VS en de gouverneur van Virginia behoort om de executie uit te stellen; naar Amerikaans constitutioneel recht is de federale regering daartoe niet bevoegd. In zijn uitspraak gelastte het Hof de VS echter om bij wijze van voorlopige maatregel alle maatregelen te nemen die de VS ter beschikking stonden om te verzekeren dat Breard niet zou worden geëxecuteerd hangende de finale beslissing in de procedure voor het Hof, en om het Hof te informeren omtrent alle maatregelen die getroffen zijn ter uitvoering van dit bevel.

Het Internationaal Gerechtshof legde hier dus de volle aansprakelijkheid en verantwoordelijkheid voor het doen uitvoeren van het bevel bij 'de Verenigde Staten', het internationaalrechtelijke rechtssubject. Dit werd anders in de *LaGrand* zaak. Hier ging het om een soortgelijk geval als in *Breard*, ditmaal betrekking hebbend op twee in Arizona ter dood veroordeelde Duitsers, de gebroeders Karl en Walter LaGrand. Karl LaGrand was inmiddels geëxecuteerd en Walter LaGrand zou binnen enkele uren worden geëxecuteerd. In dit geval gelastte het Internationaal Gerechtshof de VS precies hetzelfde te doen als in de *Breard* zaak werd bevolen. Daaraan voegde het Hof echter een bevel toe dat niet gericht was tot de 'Verenigde Staten' maar tot 'de regering der Verenigde Staten', en wel om het gegeven bevel over te brengen aan de

---

6. *Vienna Convention on Consular Relations* (Paraguay v. United States), Provisional Measures, Order of 9 April 1998, *ICJ Rep.* 1998, p. 248.

7. *LaGrand* (Germany v. United States), Provisional Measures, Order of 3 March 1999, *ICJ Rep.* 1999, p. 9.

8. *Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights*, Advisory Opinion, *ICJ Rep.* 1999, p. 62 (hierna: *Immunity from Legal Process*).

gouverneur van de staat Arizona. Daaraan werd de redenering ten grondslag gelegd dat de staat internationaalrechtelijk aansprakelijk is voor het handelen van bevoegde nationale overheidsorganen, zijnde de gouverneur van de staat Arizona, terwijl het aan de Verenigde Staten is de executie te voorkomen. Daaruit vloeit voort, zo stelt het Hof, dat de regering van de VS verplicht is het rechterlijk bevel over te brengen aan de gouverneur, die de plicht heeft in overeenstemming met de door de VS aange-gane internationale verplichtingen te handelen.<sup>9</sup>

Deze lijn wordt voortgezet in het *Cumaraswamy* advies.<sup>10</sup> Dit had betrekking op de immuniteit van rechtsgedingen van welke aard dan ook met betrekking tot de gesproken woorden van de Maleise jurist Cumaraswamy, speciaal rapporteur voor de VN-Commissie voor de rechten van de mens inzake de onafhankelijkheid van rechters en juristen. De bedoelde immuniteit wordt verschaft door artikel VI sectie 22(b) van het Verdrag nopens de voorrechten en immuniteiten van de Verenigde Naties van 1946 (hierna: VN-Verdrag). De speciale rapporteur had in een interview uitlatingen gedaan met de strekking dat in Maleisië klachten bestaan dat bepaalde personen en bedrijven de rechtsgang op ongepaste wijze blijken te kunnen beïnvloeden, en zulks niet ten goede komt aan de vestiging van buitenlandse investeerders. Een aantal Maleisische bedrijven bracht daarop te lande een aantal rechtsgedingen aan tegen de speciale rapporteur, waarin de immuniteit van de speciale rapporteur niet onmiddellijk leidde tot onbevoegdheid of niet ontvankelijkheid van de betrokken rechterlijke instanties.

Ten aanzien van de verplichtingen die op het internationaalrechtelijk rechtssubject Maleisië rustten, formuleerde het Internationaal Gerechtshof een reeks verplichtingen voor zowel de regering van Maleisië als de plaatselijke rechtbanken. Ten eerste acht het Hof de Maleisische regering verplicht tot het op de hoogte stellen van de Maleisische rechtsprekende instanties van de vaststelling door de Secretaris-Generaal van de VN van de immuniteit van de speciale rapporteur. In dit verband wordt gewezen op de gewoonterechtelijke aansprakelijkheid van de staat voor handelen van nationale overheidsorganen, ditmaal onder verwijzing naar artikel 6 van de ILC-ontwerp-artikelen over staatsaansprakelijkheid. Omdat de regering niet voldeed aan de informatieplicht en ook de minister van Buitenlandse Zaken in zijn interventie voor een nationale rechterlijke instantie aan deze plicht niet voldeed, is Maleisië internationaalrechtelijk aansprakelijk voor de schending van de immuniteit van de speciale rapporteur, zo stelt het Hof.<sup>11</sup> Ten tweede, zijn de Maleisische rechterlijke instanties verplicht de procesrechtelijke immuniteitskwestie als preliminaire kwestie met voortvarendheid te behandelen reeds bij de aanvang van de behandeling van het geding. Dit vloeit volgens het Hof voort uit een algemeen erkend beginsel van procesrecht in samenhang met artikel 22 VN-Verdrag.<sup>12</sup> Ten derde wordt gesteld dat Cumaraswamy gevrijwaard dient te blijven van alle kosten die hem terzake door recht-

---

9. *LaGrand*, *supra* n. 7, par. 28.

10. Het betreft een bindend advies op grond van art. VIII (30) Verdrag nopens de voorrechten en immuniteiten van de Verenigde Naties 1946, goedgekeurd bij de Wet van 24 december 1947, *Stb.* H 452.

11. *Immunity from Legal Process*, *supra* n. 8, par. 61.

12. *Ibid.*, par. 63.



banken worden opgelegd.<sup>13</sup> En tenslotte legt het Hof aan de regering van Maleisië de plicht op het advies aan de Maleisische rechtbanken te overleggen opdat internationale verplichtingen van Maleisië worden geëffectueerd en de immuniteit van *Cumaraswamy* wordt geëerbiedigd.<sup>14</sup>

In de hier beschreven jurisprudentie zijn niet slechts de internationaalrechtelijke verplichtingen van staten als zodanig aan de orde, maar tevens (en in de *Cumaraswamy* zaak zelfs voornamelijk) die van nationale overheidsorganen. Het moge duidelijk zijn dat het internationaal recht, in dit geval het Internationaal Gerechtshof, bij de constructie van de rechten van nationale overheidsorganen enerzijds afhankelijk is van de specificiteit van de betrokken internationaalrechtelijke norm, anderzijds van de gegevens omtrent de inhoud van het nationale recht ter zake van de bevoegde overheidsorganen die partijen het Hof aanreiken.<sup>15</sup>

In het geval van de rechtsplicht van de nationale rechters in de *Cumaraswamy* zaak vloeien deze wellicht vrij direct voort uit het bepaalde in artikel 22 VN-Verdrag. Men bedenke echter dat in veel westerse rechtsstelsels de onafhankelijkheid van de rechter en de scheiding der machten in de weg staan aan het geven van bevelen door de uitvoerende macht aan de rechterlijke macht.

Voor wat betreft de internationaalrechtelijke verplichting van de regering en leden van de regering in zowel de *Cumaraswamy* als de *LeGrand* zaak was het minder evident dat de volkenrechtelijke verplichting op hen berust. Het is zonder meer waar dat het Internationaal Gerechtshof altijd regeringsvertegenwoordigers voor zich heeft van de bij een geschil betrokken staten, omdat in het algemeen nu eenmaal de regering internationaalrechtelijk de staat vertegenwoordigt. Dit behoeft echter niet automatisch te betekenen dat ook nationaalrechtelijk de regering de meest aangewezen of bevoegde instantie is om de door het Hof specifieke gelaste handelingen te verrichten. Dit wordt duidelijk wanneer in de *Cumaraswamy* zaak niet alleen de regering maar ook het handelen van de minister van buitenlandse zaken wordt genoemd. Reeds uit het Nederlandse staatsrecht is bekend dat waar de regering bevoegd is, niet vanzelfsprekend ook een minister bevoegd is (in beginsel is hij dan juist onbevoegd tot het nemen van besluiten), terwijl andersom in geval een minister bevoegd is, de regering niet bevoegd is.

Wanneer de internationale verplichting praktisch moet worden toegerekend aan een nationaal overheidsorgaan dat de relevante plicht dient te verwerklijken – hetgeen vooral voor de effectiviteit van internationale rechterlijke uitspraken en bevelen geraden kan zijn – is een nauwkeurig aansluiten bij het relevante nationale recht onvermijdelijk. In het *LaGrand* bevel sluit het Internationaal Gerechtshof daarom ook aan bij hetgeen door de Verenigde Staten ter zake van de bevoegdheid van federale overheid, rechter en statelijke gouverneur is meegedeeld. Maar soms is dat niet gemakke-

---

13. *Ibid.*, par. 64.

14. *Ibid.*, par. 65.

15. Vgl. *Payment in Gold of Brazilian Federal Loans Contracted in France* (France v. Brazil), 1929, *PCIJ, Series A*, No. 21, p. 124-125.

lijk. Veelzeggend is dat in de *Cumaraswamy* zaak, het Hof geen enkele nationale adressant noemt ter zake van de vrijwaring van financiële kosten die door rechterbanken zijn of worden opgelegd: hier wist het Hof kennelijk niet welke nationale instantie (uitvoerende macht, de regering, lokale autoriteiten, tot de rechterlijke macht behorende tot executie bevoegde griffie, banken die de geldtransacties hebben te administreren?) de terzake bevoegde of meest gereede instantie zou zijn.

Ten slotte kan bij de *LaGrand* en *Cumaraswamy* zaken nog opgemerkt worden dat het Hof, bij zijn rechtvaardiging voor het aanwijzen van nationale overheidsorganen, lijkt te kiezen voor een omkering van het beginsel dat wie bevoegd is ook aansprakelijk is. In het publiekrecht is het echter omstreden of het toegestaan is om uit verantwoordelijkheid ook bevoegdheid af te leiden. In onze context moet men zich afvragen of men uit internationaalrechtelijke aansprakelijkheid van de staat voor het handelen van nationale overheidsorganen, een nationaalrechtelijke bevoegdheid van nationale overheidsorganen kan afleiden, of een bevoegdheid van althans sommige nationale overheidsorganen ten aanzien van andere nationale overheidsorganen. Als dit inderdaad zo zou zijn, dan rijst de vraag om welke bevoegdheid het precies gaat, wat deze inhoudt, waarop deze gebaseerd moet worden, hoe deze afgebakend is tegenover de bevoegdheid van andere organen, wie de beslissingsmacht terzake uitoefent, etc. Een ware doos van Pandora opent zich. Dit zal het Hof niet beoogd hebben. Eerder moet de lijn die door het Internationaal Gerechtshof in zijn jurisprudentie is uitgezet, gezien worden als een poging het internationale recht effectief te maken in de specifieke context van voorlopige maatregelen met betrekking tot de ter beslechting aan het Hof voorgelegde geschillen, dat wil zeggen allereerst in internationaalrechtelijke context. Slechts in meer afgeleide zin heeft dit het effectief maken van internationaal recht in de nationale rechtsorde tot gevolg. Dat de omstandigheden van het geval van grote betekenis waren, blijkt ook uit het feit dat in een later bevel in een zaak tegen de VS rond ter dood veroordeelde Mexicanen, de *Avena* zaak,<sup>16</sup> waarin de urgentie minder was, er slechts een bevel werd gericht tot 'de Verenigde Staten'.

### 3. ALGEMENE NATIONAALRECHTELIJKE ASPECTEN

#### 3.1 Inleiding

In verband met de doorwerking van internationaal recht in de nationale rechtsorde worden vaak de begrippen 'monisme' en 'dualisme' gebruikt, maar op nogal uiteenlopende wijze. Voor een goed begrip moet men scherp onderscheiden tussen transformatie en voorrang. De transformatievraag betreft de gescheidenheid of eenheid van de internationale en nationale rechtsorde: zijn de internationale en nationale rechtsorde absoluut van elkaar gescheiden en moeten dientengevolge regels van inter-

---

16. *Avena And Other Mexican Nationals* (Mexico v. United States), Provisional Measures, Order of 5 February 2003, *ICJ Rep.* 2003, p. 77.

nationaal recht worden omgezet in nationaal recht om binnen de nationale rechtsorde gelding te verkrijgen? De voorrangsvraag betreft de vraag welke regel voorrang moet krijgen indien er strijd is tussen een regel van internationaal recht en een regel van nationaal recht. Veelal wordt het antwoord verbonden aan de kwestie van de hiërarchische rang tussen het nationale en het internationale recht; voorrangsregels kunnen echter ook in niet-hiërarchische verhoudingen bestaan, zoals we onder meer uit het internationaal privaatrecht weten. Met andere woorden, voorrang is niet hetzelfde als hiërarchische onderschikking.

### 3.1.1 *Transformatie*

Wanneer het gaat om de transformatiekwestie, dan spreekt men van dualisme indien regels van internationaal recht omzetting vergen in nationaal recht voordat zij binnen de nationale rechtsorde volledige werking kunnen hebben. Men gebruikt in dit verband ook wel de term ‘incorporatie’, die hier als synoniem wordt beschouwd met transformatie. De achterliggende gedachte bij het gebruik van de term dualisme is dat er twee separate rechtsorden naast elkaar bestaan, een internationaalrechtelijke en een nationaalrechtelijke, waarbij regels uit de eerste pas binnen de tweede effectief kunnen worden door een incorporatiehandeling die internationaal recht transformeert tot nationaal recht. Een transformatiehandeling kan bestaan in een omzetting van internationaal naar nationaal recht bijvoorbeeld door opneming van de betreffende rechtsregels in nationale wetgeving, of door een nationaalrechtelijk bevel, bijvoorbeeld bij wet of presidentieel decreet, dat ertoe strekt het internationale recht deel uit te laten maken van de nationale rechtsorde.

De term monisme wordt in de context van de transformatievraag meestal in die zin gebruikt dat regels van internationaal recht zonder nadere transformatie in de nationale rechtsorde gelden en kunnen worden ingeroepen; regels van internationaal recht maken dan als zodanig deel uit van de nationale rechtsorde, het internationaal recht en het nationale recht vormen tezamen één rechtsorde.

### 3.1.2 *Voorrang*

De vraag of er een incorporatiehandeling nodig is om internationaal recht deel te laten uitmaken van het nationale recht moet scherp worden onderscheiden van de vraag welke norm voorrang heeft: in geval van onverenigbaarheid van een regel van nationale oorsprong met een regel van internationale oorsprong: gaat dan de regel van internationale oorsprong voor, of de regel van nationale oorsprong?

Het leidt tot erg veel misverstand wanneer men hier het begrippenpaar monisme-dualisme gaat gebruiken, zoals helaas vaak gebeurt. Vaak wordt dan gezegd dat toekenning van voorrang aan recht van internationale oorsprong kenmerk is van monisme, terwijl de voorrang van nationaal recht beschouwd wordt als uiting van dualisme. De achterliggende gedachtegang is dat bij monisme er één omvattende en hiërarchisch consistente rechtsorde is, waarbij de hiërarchische voorrang wordt toege-

kend aan het internationale recht. In deze benadering wordt gezegd dat dualisme in voorkomende gevallen de voorrang geeft aan nationaal recht.

Een dergelijke benadering is op zich al voor betwisting vatbaar. Kelsen heeft in al zijn werk altijd benadrukt dat er ook sprake is van monisme indien het internationaal recht en nationaal recht één geheel vormen, maar aan het nationale recht binnen dat geheel de voorrang wordt gegeven, en aldus het internationaal recht hiërarchisch ondergeschikt wordt aan het nationale recht;<sup>17</sup> een opvatting die vooral in de negentiende eeuw en begin twintigste eeuw veel aanhang genoot en zijn sporen tot op heden heeft nagelaten. Gelijkstelling van monisme met voorrang van internationaal recht is daarom onjuist.

Het belangrijkste bezwaar is dat het gebruik van de term monisme en dualisme in verband met de voorrangsvraag aanleiding geeft tot, en soms lijkt te berusten op een denkfout. Deze denkfout is dat als een stelsel ten aanzien van de transformatievraag monistisch, respectievelijk dualistisch is, daarmee ook automatisch antwoord wordt gegeven op de vraag welke regel voorrang heeft. Echter, of een regel van internationale oorsprong moet worden omgezet in nationaal recht of niet, kan logischerwijs de vraag niet beantwoorden welke regel voorrang heeft in geval van strijd tussen een regel van nationale en een regel van internationale oorsprong.

In de praktijk blijkt dan ook vaak dat in een qua transformatie dualistisch stelsel – dus in een stelsel waar omzetting van internationale regels in nationaal recht nodig is alvorens internationale regels in de nationale rechtsorde kunnen worden toegepast – de voorrang wordt gegeven aan de regel van internationale oorsprong, dat wil zeggen aan een getransformeerde internationale regel, in geval van strijd met een regel van nationale oorsprong.

Aldus stipuleert Section 2 van de Britse European Communities Act van 1972 (en de latere European Communities (Amendment) Acts, laatstelijk 2002), die al het relevante Europese gemeenschapsrecht in de nationale rechtsorde incorporeert, de voorrang van het Europese gemeenschapsrecht binnen het dualistische Britse stelsel op waterdichte wijze.

Evenzeer is het mogelijk dat in een stelsel dat op gebied van transformatie monistisch is, de voorrang wordt toegekend aan de nationale boven de internationale regel. Dit laatste is bijvoorbeeld het geval in Nederland, waar – zoals zal blijken – in geval van strijdigheid formele wetten voorrang hebben op regels van internationaalrechtelijk gewoonterecht.

Overzien we de situatie in de verschillende landen, dan blijkt dat er in de meeste gevallen allerlei combinaties bestaan tussen enerzijds monisme en dualisme en anderzijds voorrang van internationaal recht en nationaal recht.

Zo worden in Europa landen als het Verenigd Koninkrijk (VK), Duitsland, Italië, Denemarken en Zweden beschouwd als typisch dualistische landen voor wat betreft het verdragsrecht; deze landen zijn echter wat betreft het internationaal gewoonte-

---

17. Meest toegespitst in H. Kelsen, *Principles of International Law*, 1952, p. 428-438.

recht monistisch. Frankrijk en Nederland zijn zowel ten aanzien van het verdragsrecht als het gewoonterecht monistisch.

Wat betreft de voorrang is het vervolgens zo, dat in dualistische landen verdragsrecht ofwel gelijke rang heeft aan de wet, zoals in het VK, ofwel een rang die hetzij gelijk is aan de grondwet of tussen grondwet en wet in, zoals in Duitsland. Let wel, in het qua verdragsrecht dualistische, maar qua gewoonterecht monistische Duitsland heeft het internationaal gewoonterecht voorrang op de wet, in het VK niet.

In monistische landen genieten verdragen vaak voorrang op strijdige wetten, maar Nederland is een van de zeer weinige landen waar er veelal vanuit wordt gegaan dat verdragsrecht ook voorrang heeft op de Grondwet (zie hieronder). Dit is in de Europese Unie in geen van de andere lidstaten het geval, ook niet ten aanzien van het Europese gemeenschapsrecht: nagenoeg algemeen is het geldend recht dat grondwetten boven daarmee strijdig verdragsrecht gaan.

Internationaalrechtelijk gewoonterecht maakt in Nederland en Frankrijk op basis van het monisme deel uit van het nationale recht waaraan rechters in voorkomende gevallen dienen te toetsen, maar het heeft in deze landen geen voorrang op een daarmee strijdige wet: de wet gaat boven internationaal gewoonterecht.

### 3.2 Volkenrechtsconforme uitleg

De mate van doorwerking van internationaal recht in de nationale rechtsorde wordt voor een groot deel bepaald door monisme/dualisme en de inhoud van de voorrangregel. Dit zijn echter niet de enige principes die de doorwerking van het internationaal recht bepalen. Het kan zelfs misleidend zijn zich uitsluitend op deze twee elementen te concentreren.

Zo blijkt dat in dualistische stelsels ook niet getransformeerde (dus niet in de nationale rechtsorde geïncorporeerde) internationale regels in het nationale recht kunnen doorwerken, vooral bij de uitleg van nationaal recht. Een mate van doorwerking kan zich ook voordoen wanneer internationaal recht geen voorrang heeft op een bepaalde regel van nationaal recht, maar de internationale regel toch relevant blijkt te worden geacht voor de uitleg van dit nationale recht. Men spreekt dan van de volkenrechtsconforme uitleg van nationaal recht. Daar kan plaats voor zijn wanneer de rechter geconfronteerd wordt met een meerduidige regel van nationaal recht, en wel in die zin dat deze regel zich potentieel leent zowel voor een uitleg die niet (of niet geheel) in overeenstemming is met internationaal recht als voor een uitleg die wel (of meer) in overeenstemming is met internationaal recht. De rechter kan dan kiezen voor een uitleg die volkenrechtsconform is en aldus een mate van doorwerking van het internationaal recht verzekeren. De rechter kan dit met name doen wanneer hij de regel volgt dat de wetgever geacht wordt zijn regelgeving te hebben vastgesteld in overeenstemming met aangegane internationaalrechtelijke verplichtingen en regels van internationaal recht. Deze (nationaalrechtelijke) interpretatie-regel is met name van belang in gevallen waar het de rechter verboden is nationaal recht te toetsen aan relevant internationaal recht, maar langs de omweg van de volkenrechtsconforme interpretatie conflicten met het internationaal recht vermijdt.

Dit moet ons niet de ogen doen sluiten voor het gegeven dat wanneer weliswaar in abstracto die keuzemogelijkheid voorligt, een rechter toch niet altijd voor de volkenrechtsconforme uitleg kiest. Daarbij kan een relatief technisch punt als het tijdstip van totstandkomen van de nationale en internationale regel een grens stellen aan de mogelijkheid van volkenrechtsconforme uitleg: de interpretatie-regel dat de wetgever zijn regels vaststelt in overeenstemming met zijn internationaalrechtelijke verplichtingen, kan alleen opgeld doen ten aanzien van nationale regelgeving die van later datum is dan de internationale norm, zoals de Britse rechter aanneemt. Daarnaast kan de tekst of bedoeling van de wet in de constitutionele context waarin nationale rechters opereren, zodanige betekenis hebben dat het de rechter niet vrijstaat de nationale regelgeving in concrete geschillen te negeren ten gunste van het internationaal recht. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer een volkenrechtsconforme uitleg zou leiden tot een te grote beperking van constitutioneel (of anderszins) gewaarborgde fundamentele rechten van burgers. In met name Duitsland en Italië speelt deze overweging een belangrijke rol.

### 3.3 Verlenen van doorwerking door welk nationaal overheidsorgaan?

De doorwerking van het internationaal recht kan worden beïnvloed door de uiteenlopende mate waarin verschillende nationale overheidsambten een dergelijke doorwerking kunnen verzekeren. De doorwerking kan dus verschillen al naar gelang het nationale overheidsambt dat bij het verlenen van doorwerking betrokken is. Binnen constitutionele stelsels bestaat een autonome taakopdracht en bevoegdheidsverdeling tussen openbare overheidsorganen volgens beginselen die per nationale constitutie verschillen. Soms bestaan er specifieke vormen van machtenscheiding die toegesneden zijn op de doorwerking van internationaal recht, zoals regels die de bevoegdheden van uitvoerende en wetgevende macht in de internationale betrekkingen afbakenen, of regels die rechters verbieden of gebieden de grondwettigheid van verdragen te toetsen. Vaak kunnen ook algemene beginselen van machtenscheiding die geen specifieke betrekking hebben op de doorwerking van internationaal recht, op die doorwerking toch aanzienlijke invloed uitoefenen. Ten aanzien hiervan volgen hieronder een aantal opmerkingen aangaande de rechter, de (grond-)wetgever en het bestuur.

#### 3.3.1 *De rechter*

In constitutionele stelsels waarin transformatie van internationaal recht naar nationaal recht noodzakelijk is, ontbreekt de bevoegdheid om strijd vast te stellen tussen regels van nationaal recht en niet getransformeerde bepalingen van internationaal recht; dit ligt besloten in de aard van dit dualisme. Behoudens hetgeen in de vorige paragraaf is gemeld over volkenrechtsconforme uitleg, kan een rechter dan de doorwerking van internationaal recht niet verzekeren.

Maar ook wanneer de rechter wel bevoegd is vast te stellen of er sprake is van strijd tussen nationale regelgeving en internationaal recht – hetzij omdat het internationale recht tot nationaal recht is getransformeerd, hetzij omdat het internationale recht auto-

matisch deel uitmaakt van de nationale rechtsorde – kan hij vanwege zijn positie ten opzichte van bestuur of wetgever niet altijd zonder meer werking of voorrang geven aan internationaal recht. In dit verband is in de meeste constitutionele stelsels de onderworpenheid van de rechter aan de wet – in het algemeen of in bijzondere gevallen, zoals in strafrechtelijke of strafvorderlijke aangelegenheden – een belangrijk beginsel. Afhankelijk van het constitutionele stelsel kan een rechter bepaalde wetgeving die strijdig is met bepaalde vormen van internationaal recht niet generaliter of specialiter onverbindend verklaren. Een recent voorbeeld is de Britse Human Rights Act 1998, die het aan bepaalde rechters toestaat om een formele wet en daarop gebaseerde regelgeving in strijd te verklaren met bepalingen van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens die door deze wet zijn getransformeerd naar Brits recht, maar welke verklaring geen enkele consequentie heeft voor de verbindendheid van de betrokken wet, noch in het algemeen, noch in het voorgelegde geschil in het bijzonder.<sup>18</sup>

Ook geldt dat de bijzondere constitutionele verhoudingen in een bepaalde staat grenzen kunnen stellen aan de rechtsvormende taak van de rechter. Met andere woorden: ook indien bijzondere clausules als in de zojuist genoemde Human Rights Act ontbreken, kan uit het constitutioneel stelsel van een staat voortvloeien dat het aan de wetgever is voorbehouden aan de strijdigheid van nationale wetgeving met internationaal recht een einde te maken. Dat wordt hieronder voor Nederland nader uiteengezet.

De bevoegdheid van de rechter om internationaal recht uit te leggen en toe te passen is in verschillende landen beperkt door meer algemene, en soms verdergaande grenzen. Deze zijn gelegen in argumenten ontleend aan de scheiding der machten. Zo kent men in de VS de ‘political questions’ doctrine, die – kort gezegd – de rechter belemmert om politiek gevoelige aangelegenheden van met name buitenlandse politiek die juridisch nog niet voldoende zijn uitgekristalliseerd te beoordelen. Ook de Hoge Raad (HR) heeft in recente jurisprudentie in dergelijke zaken een lijn ontwikkeld die begint te lijken op een ‘political questions doctrine’.<sup>19</sup> In het Britse, Amerikaanse, Franse en Belgische recht bestaat daarnaast ook voor een aantal aangelegenheden op het vlak van buitenlands beleid en de beoordeling van bepaalde volkenrechtelijke vaststellingen, een doctrine van ‘regeringsdaden’ oftewel ‘acte de gouvernement/Act of State’, op grond waarvan de rechter niet bevoegd is bepaalde internationaalrechtelijke kwesties te beoordelen, met name op het vlak van het bestaan van volkenrechtelijke immuniteit of de erkenning van staten.<sup>20</sup>

---

18. Zie Human Rights Act 1998, s. 4(6): ‘A declaration under this section (“a declaration of incompatibility”) – (a) does not affect the validity, continuing operation or enforcement of the provision in respect of which it is given; and – (b) is not binding on the parties to the proceedings in which it is made.’

19. L.F.M. Besselink, ‘The constitutional duty to promote the development of the international legal order: The significance and meaning of article 90 of the Netherlands Constitution,’ *NYIL* (34) 2003, p. 89-138.

20. Voor Frankrijk, België en de VS, zie P.P.T. Bovend’Eert, P.M. van der Eijnden & C.A.J.M. Kortmann (red.), *Grenzen aan de rechtspraak? Political question, acte de gouvernement en rechterlijke inter-*

Vastgesteld kan worden dat het nationale rechters niet is gegeven de doorwerking van internationaal recht te verzekeren indien zulks zou bestaan uit het intrekken, wijzigen of uitvaardigen van wetgeving. Dit zijn handelingen die voorbehouden plegen te zijn aan de wetgever. Wel kan de rechter in sommige gevallen de wet buiten toepassing laten of *specialiter* dan wel *generaliter* onverbindend achten wegens strijd met een regel van internationale oorsprong. Dit lijkt wel op het intrekken of (afhankelijk van het relevante normen- en feitencomplex) wijzigen van wetgeving, maar is het niet. Evenzo blijken rechterlijke instanties geen bevoegdheid te hebben een bevel tot wetgeving van bepaalde inhoud te geven, ook niet ter nakoming van internationale verplichtingen. Dit is, net als in andere Europese landen, ook in Nederland het geval.<sup>21</sup>

### 3.3.2 *De wetgever*

In de meeste constitutionele stelsels heeft ook de wetgever niet altijd de mogelijkheid willekeurig welke vorm van internationaal recht door middel van daden van wetgeving te laten doorwerken. Gebondenheid aan de constitutie is daarvoor in de meeste gevallen een reden. Aan een bepaling van internationaal recht die in strijd is met een regel van nationaal constitutioneel recht kan dan niet door de wetgever gevolg worden gegeven. Een dergelijke strijd kan bestaan uit afwijkingen van of inbreuken op grondrechtenbepalingen of bepalingen van andere aard waaraan de wetgever gebonden is. Bij de categorie niet-grondrechtelijke constitutionale bepalingen kan men bijvoorbeeld denken aan het Franse constitutionele soevereiniteitsbeginsel, dat inhoudt dat bij verdrag de soevereiniteit wel kan worden beperkt maar niet kan worden overgedragen, c.q. dat de essentiële voorwaarden voor de uitoefening van de nationale soevereiniteit niet ongedaan mogen worden gemaakt door verdragsluiting.<sup>22</sup> Doet zich een geval voor van strijd tussen nationaal constitutioneel en internationaal recht, dan kan doorwerking uiteindelijk alleen worden geëffectueerd door het wijzigen van de nationale constitutie. Dit gebeurt ook in de meeste stelsels. Zo is het Verdrag van Maastricht waarbij de Europese Unie werd opgericht en grote wijzigingen in het EG-Verdrag werden aangebracht, in een relatief groot aantal lidstaten aanleiding geweest de nationale constitutie aan te passen zodat er geen strijdigheid zou kunnen ontstaan tussen de bepalingen van deze verdragen en de nationale grondwet. Hetzelfde gebeurde in staten die partij wilden worden bij het Statuut van het Internationaal Strafhof. In Nederland echter is het mogelijk om partij te worden van een verdrag waarvan de bepalingen afwijken van de Grondwet (Gw), mits dit verdrag wordt goedgekeurd met een tweederde meerderheid in beide kamers der Staten-Generaal (zie art. 91 lid 3 Gw).

---

*ventionisme*, 2004; voor het VK o.m. de Diplomatic Privileges Act 1964, s. 7 en de State Immunity Act 1978, s. 21.

21. Zie HR 21 maart 2003, *Waterpakt*, LJN AE8462.

22. Zie J.H. Reestman, *Constitutionele toetsing in Frankrijk* (diss. Amsterdam UvA), 1996, p. 275-285.



Sommige constituties staan niet toe dat wezenlijke bepalingen daarvan worden gewijzigd of ongedaan gemaakt. Aldus maakt de Franse Constitutie in artikel 89 het onmogelijk de republikeinse regeringsvorm te wijzigen, terwijl de Duitse Grondwet in artikel 79 lid 3 het onmogelijk maakt de grondrechtenbepalingen en de bepaling over de basisbeginselen van de Duitse staat te wijzigen.

### 3.3.3 *Het bestuur*

De eigen positie van het bestuur ten opzichte van wetgever en rechter kan beperkingen opleggen aan de bevoegdheid van rechter en wetgever ten opzichte van het bestuur. Zoals hierboven al aangegeven, moet soms de rechter de vaststelling van bepaalde volkenrechtelijke standen van zaken, bijvoorbeeld ten aanzien van immunititeit van staten, eerbiedigen en heeft daarbij geen eigen beoordelingsbevoegdheid. Het bestuur heeft hier de overhand boven de rechter.

Soms heeft het bestuur ook de overhand ten opzichte van de wetgever, zoals in presidentiële of semi-presidentiële stelsels als de VS en Frankrijk het geval is. De constitutionele positie van het bestuur (met name de regering of de president) is zodanig dat de wetgever deze niet kan aantasten. In dergelijke stelsels liggen de relevante privileges van de uitvoerende macht ten opzichte van de wetgever met name op het vlak van de buitenlandse betrekkingen. Dit hoeft niet te verbazen, omdat in de buitenlandse betrekkingen het de regeringen zijn (de uitvoerende macht) die staten in de internationale betrekkingen vertegenwoordigen. Dit versterkt veelal de positie van de uitvoerende macht op het gebied van buitenlands beleid en in het voeren van de buitenlandse betrekkingen.

Anderzijds kunnen de nationale constitutionele verhoudingen echter ook een grens stellen aan de bevoegdheid van bestuursorganen om doorwerking van internationaal recht te bewerkstelligen. Bij dit laatste moet vooral gedacht worden aan de onderworpenheid van het bestuur aan wet en grondwet. De onderworpenheid van het bestuur aan de wet heeft ook een politiek-constitutionele dimensie in democratische rechtsstaten, en vooral in landen met een parlementair regeerstelsel: het bestuur heeft verantwoording af te leggen over daden van buitenlands beleid tegenover de volksvertegenwoordiging en kan sommige internationaalrechtelijke rechtshandelingen niet plegen zonder voorafgaande toestemming van het parlement.

## 3.4 **Directe werking: de burger**

De hierboven aangesneden kwesties en onderscheidingen komen vaak bijeen in de vraag naar de strekking van met name verdragsbepalingen: waartoe verplichten deze precies? In dit verband is een onderscheid gemaakt naar bepalingen die 'rechtstreeks' kunnen werken jegens burgers, en bepalingen die dit niet doen. Dit is het leerstuk van de 'directe werking' van verdragsbepalingen. De kwestie was oorspronkelijk vooral in de Amerikaanse rechtspraak en doctrine gerezen, waar het voortkwam uit het concept van 'self-executing treaty provisions'. Het heeft een eigen uitwerking gekregen in de Nederlandse Grondwet sinds 1953 en later (mogelijkerwijs geïnspireerd door

het Nederlands constitutioneel recht, waarin het werd ingevoerd door amendement van de latere president van het Hof van Justitie EG, Serrarens, en nader uitgewerkt met het begrip 'een ieder verbindende bepalingen' door de grondwetscommissie waarvan A.M. Donner, eveneens later lid en president van het Hof van Justitie EG) in het Europees gemeenschapsrecht.

Gezamenlijk aan deze leerstukken is de vraag naar de toepasselijkheid jegens burgers en de inroepbaarheid voor nationale rechterlijke instanties door burgers van verdragsbepalingen. Daarbij speelt telkens de vraag een rol of een verdragsbepaling voldoende precies is om aldus te kunnen worden gebruikt en of het aan de rechter is om de verdragsbepaling uit te leggen en toe te passen jegens burgers. Intussen lopen de verschillende uitwerkingen en implicaties van het leerstuk van 'directe werking' in de verschillende rechtsordes nogal uiteen. Dit hangt ook samen met de verschillende positie en rol van de rechterlijke instanties die het leerstuk toepassen in die respectievelijke rechtsordes. Hieronder zullen wij ons concentreren op de situatie in Nederland.

#### 4. DOORWERKING IN NEDERLAND

In dit deel wordt meer in het bijzonder ingegaan op de doorwerking van het internationaal recht naar Nederlands recht. Eerst wordt kort de transformatiekwestie besproken. Vervolgens wordt meer uitgebreid ingegaan op de voorrang van internationaal recht, waarbij onderscheid wordt gemaakt tussen enerzijds een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, en anderzijds bepalingen die niet een ieder verbinden alsmede gewoonterecht. Ten slotte wordt ingegaan op nog enkele aspecten van rechterlijke toetsing aan internationaalrechtelijke regels. Enkele hoofdlijnen van het Nederlands formeel verdragenrecht worden behandeld in hoofdstuk 5.

##### 4.1 Transformatie

Algemeen wordt aangenomen dat regels van internationaal recht deel uitmaken van de Nederlandse rechtsorde zonder dat deze een handeling vergen die ze tot nationaal recht maken. Normen van internationaal recht ontleen hun gelding aan het internationaal recht, ook wanneer deze binnen de rechtsorde worden ingeroepen. Omzetting van geschreven internationaal recht en normen van internationaalrechtelijk gewoonterecht is niet noodzakelijk voordat het door de bevoegde overheidsorganen kan worden toegepast; internationaalrechtelijke regels zijn verbindend in de Nederlandse rechtsorde zodra zij naar internationaal recht voor Nederland bindend zijn geworden. Voor wat betreft het verdragsrecht wordt zulks afgeleid uit het *Grenstraktaat Aken* arrest.<sup>23</sup> De parlementaire goedkeuring die als hoofdregel vereist is voor verdragen

---

23. HR 3 maart 1919, *NJ* 1919, 317.

(art. 91 Gw), wordt (anders dan in dualistische landen als Italië en Duitsland) tegenwoordig in Nederland in het algemeen niet beschouwd als een transformatiehandeling.

Niettemin wordt wel gesteld dat het Nederlandse monistische stelsel op het punt van doorwerking gematigd is, althans voor wat betreft sommige bepalingen van geschreven internationaal recht. Daarvoor wordt veelal gewezen op het bekendmakingsvereiste dat vervat is in artikel 93 Gw ten aanzien van de bindende werking van een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties:<sup>24</sup>

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

Indien dit vereiste werkelijk een matiging van het monisme zou zijn, dan moet in deze uitleg van de Grondwet het bekendmakingsvereiste worden begrepen als strekkend tot incorporatie van dergelijke bepalingen in de Nederlandse rechtsorde, en wel in die zin dat zonder bekendmaking de betrokken bepalingen van internationaal recht geen deel zouden uitmaken van de Nederlandse rechtsorde. Voor een dergelijke uitleg is wel enige reden. Zoals artikel 93 Gw zegt, is immers de 'verbindende kracht' van bedoelde bepalingen afhankelijk van de bekendmaking. Per saldo is het in de hier bedoelde visie niet erg zinvol om te zeggen dat bepalingen zonder verbindende kracht deel uitmaken van de nationale rechtsorde.

Men kan het bekendmakingsvereiste ook anders dan als transformatie criterium opvatten. Bekendmaking beoogt niet zozeer het verdrag deel te laten uitmaken van de rechtsorde, maar is slechts een rechtszekerheidseis met het oog op de belangen van burgers die door een verdragsbepaling direct of indirect kunnen worden geraakt. In deze alternatieve visie betreft al of niet bekendmaking daarmee niet de vraag van monisme of dualisme. Dat wil zeggen, bekendmaking is niet beslissend voor de vraag of het betreffende internationale recht deel uitmaakt van de nationale rechtsorde; immers, door het internationaalrechtelijke verbindend worden van de relevante bepalingen, zijn deze deel gaan uitmaken van de nationale rechtsorde.

Een dergelijke benadering kan ook worden gevolgd ten aanzien van het parlementaire goedkeuringsvereiste. De Grondwet stelt in artikel 91 lid 1 als hoofdregel dat het Koninkrijk niet aan verdragen wordt gebonden dan na voorafgaande goedkeuring door de Staten-Generaal. In dualistische stelsels, zoals het Duitse of Italiaanse, wordt nu juist de goedkeuring gezien als een transformatie- of incorporatiehandeling, waardoor verdragen die anders buiten de nationale rechtsorde zouden blijven staan, daarin

---

24. D.J. Elzinga & R. de Lange, *Van der Pot-Donner. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, 2006, p. 513-515; H.R.B.M. Kummeling, 'Internationaal recht in de Nederlandse rechtsorde', in J.B.J.M. ten Berghe e.a. (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg*, 1995, p. 371-372; C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, 2005, p. 184, 385. Meer dualistisch, Kortmann, *ibid.*, p. 172 en n. 124, en 364.

worden binnengehaald. In Nederland wordt dit over het algemeen niet zo begrepen. Het parlementair goedkeuringsvereiste wordt los gezien van de status van verdragen binnen de rechtsorde. Het vereiste van parlementaire goedkeuring kan in deze visie slechts een regeling zijn van de verhouding tussen regering en parlement in het bestuur van de buitenlandse betrekkingen, die geen consequenties heeft voor de status van verdragen in het nationale recht. Deze opvatting past in het monistisch uitgangspunt dat al het bindende internationaal recht beschouwd moet worden als deel uitmakend van de Nederlandse rechtsorde, en dus ook de verdragsbepalingen waaraan het Koninkrijk volkenrechtelijk gebonden is zonder dat het parlement deze heeft goedgekeurd.

Toen het zo uitkwam, heeft de regering ook wel een ander standpunt ingenomen. De aanleiding was de vraag of het Lockerbie-verdrag van 1998 afweek van artikelen 15 en 17 Gw. Artikel 15 Gw bepaalt dat buiten de gevallen bij of krachtens de wet bepaald, niemand zijn vrijheid mag worden ontnomen. Artikel 17 bepaalt dat niemand tegen zijn wil kan worden afgehouden van de rechter die de wet hem toekent. De strekking van het Lockerbie-verdrag was rechtsmacht te vestigen voor een Schots hof tot berechting van twee verdachten, terwijl artikel 2 van de goedkeuringswet rechtsmacht ontnam aan de Nederlandse rechter ten aanzien van door dat Schotse hof gelaste vrijheidsontneming of -beperking.<sup>25</sup> De regering kan slechts tot de conclusie komen dat van artikel 17 Gw niet is afgeweken, als de rechter die krachtens verdrag is aangewezen – in het geval Lockerbie de Schotse rechter, in andere gevallen, zoals het Internationaal Strafhof, een internationale rechter – door ‘de wet’ is toegekend. Een andere wet dan die waarbij het betrokken verdrag uitdrukkelijk is goedgekeurd, bestaat niet; dus kan de regering slechts deze bedoelen. Deze redenering, echter, is voor wat betreft de toekenning van rechtsmacht aan het Schotse hof onverenigbaar met een monistisch standpunt. In het monisme ontleent men aan het verdrag zelf rechtstreeks rechten en plichten; men ontleent deze niet aan de goedkeuringshandeling. Dit is een essentieel verschil met dualistische stelsels waarin de transformatie van het internationaal recht gelegen is in de goedkeuringshandeling, en waar deze goedkeuringshandeling de bron is van de betrokken rechten en plichten.<sup>26</sup>

Ook de Raad van State (RvS) lijkt in zijn advies inzake implementatiewetgeving buitenlandse jurisdicties deze dualistische denkrichting te volgen, waar de RvS stelt dat bij formele wet goedgekeurde verdragen grondwettelijke grondrechten kunnen beperken, voorzover de Grondwet beperking bij formele wet toestaat. De beperkingsmogelijkheid ligt dan kennelijk besloten in de wettelijke goedkeuringshandeling.<sup>27</sup>

---

25. Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland inzake de rechtszitting van een Schots hof in Nederland 1998, *Trb.* 1998, 237 (i.w.tr. 8 januari 1999).

26. Vgl. *Kamerstukken II* 1998/99, 26 221, nr. 6, p. 11, en nr. 36b, p. 2. Zie ook het nader rapport van 31 oktober 2000 bij het advies van de RvS over het goedkeuringswetsvoorstel inzake het Statuut van het Internationaal Strafhof, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 484 (R 1669), nr. A, p. 5.

27. Zie *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 800 VI, nr. 65.

Inderdaad mag men zich afvragen wat de praktische betekenis is van nationaal-rechtelijke voorschriften over bekendmaking en parlementaire goedkeuring wanneer hun (al dan niet) naleving – als in de monistische opvatting – niet kan raken aan de status van de betrokken internationale bepalingen. Met andere woorden: wat zijn de gevolgen van het niet naleven van nationale vormvoorschriften?<sup>28</sup>

In een strikt monistische opvatting is het niet naleven van enig nationaal vormvoorschrift van geen betekenis voor het bindende karakter van een verdrag binnen de nationale rechtsorde, ongeacht of zulke voorschriften betrekking hebben op een aan de rechtszekerheid ontleend bekendmakingsvereiste, op essentiële eisen van de parlementaire democratie zoals de parlementaire goedkeuring van verdragen, of op procedurele voorschriften ten aanzien van het onderhandelen en van het vaststellen van de verdragstekst of van het tot uitdrukking brengen van de instemming tot binding aan het verdrag. In een strikt monistische opvatting blijft in alle gevallen het verdrag binnen de nationale rechtsorde zijn werking behouden, ook wanneer genoemde nationale voorschriften niet in acht zijn genomen. In de dualistische optiek daarentegen worden bij niet naleving van nationale eisen de bepalingen van het betreffende verdrag buiten de rechtsorde gehouden.

Een tussenstandpunt is denkbaar. Weliswaar raken nationale procedurele vereisten, zoals het goedkeurings- en publicatievereiste, niet aan de status van het betrokken internationale recht, maar kunnen deze nationaalrechtelijke voorschriften gezien worden als aanvullende regels naast de internationaalrechtelijke, die dienen te worden nageleefd. Het niet naleven van nationale voorschriften kan bepaalde consequenties hebben voor de toepasselijkheid van het betrokken verdrag, maar daarbij kan onderscheid gemaakt worden tussen deze verschillende eisen. Zo kunnen bepaalde strikt interne procedurele regels omtrent de bij de internationale besluitvorming betrokken nationale overheidsorganen van een andere orde zijn dan regels die zien op de bescherming van de rechten van burgers en de integriteit van de democratische besluitvorming. Waar de grens tussen de ene en de andere soort voorschriften ligt, zal niet altijd evident zijn, maar dat niet-naleving niet bij alle regels dezelfde gevolgen hoeft te hebben, is goed denkbaar.

Tegen deze achtergrond bezien, is het niet zo vreemd om de bekendmakingseis van artikel 93 Gw te zien als een matiging van het monisme, als men er vanuit gaat – en de geschiedenis van artikel 93 Gw en zijn voorgangers wijst daarop<sup>29</sup> – dat een niet bekend gemaakte verdragsbepaling niet aan burgers kan worden tegengeworpen indien deze niet is bekendgemaakt. Zelfs als men nog op een of andere wijze het betreffende verdrag als geldend recht deel laat hebben aan de nationale rechtsorde, dan nog kunnen de bepalingen van het verdrag in elk geval burgers niet verplichtingen opleggen. In zoverre worden deze bepalingen buiten de deur gehouden.

---

28. Ten overvloede: het gaat hier over de gevolgen in het nationale recht. Wat betreft het internationaal recht geldt de regel vervat in art. 46 Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht 1969, *Trb.* 1985, 79 (i. w.tr. 27 januari 1980; Nederland 9 mei 1985).

29. Zie J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen*, 2004, p. 188-192.

In het oog moet worden gehouden dat de bekendmakingsvoorwaarde alleen geldt voor de zogenoemde een ieder verbindende bepalingen, waarover hieronder meer. Hier zij erop gewezen dat men er in Nederland vanuit gaat dat bepalingen die niet een ieder verbindend zijn en niet zijn bekendgemaakt, desalniettemin nationale overheidsambten binden, en wel op grond van het monisme. Omdat zulke ongepubliceerde bepalingen deel uitmaken van de Nederlandse rechtsorde kunnen overheidsorganen wel daaraan worden gebonden, burgers echter niet. Dergelijke voorschriften kunnen op *indirecte* wijze wel voor burgers onereuze consequenties hebben, omdat op grond van dergelijke niet een ieder verbindende bepalingen een overheidsambt verdragsrechtelijk de plicht heeft een bepaalde voor burgers ongunstige maatregel te nemen of hun daarbij plichten opleggen.

Rechtspraak over het hier besprokene is schaars. Te wijzen valt op een uitspraak van de rechtbank in Rotterdam, waarbij deze het standpunt huldigt dat ook een ongepubliceerd besluit van een volkenrechtelijke organisatie – *in casu* de ICAO – een gemeentebestuur ertoe verplicht binnen de grenzen van haar vergunningverlenende bevoegdheden een door omwonenden ongewenste vergunning voor het kappen van bomen te verlenen.<sup>30</sup> Hieronder wordt nog rechtspraak besproken over toetsing van de procedure van parlementaire verdragsgoedkeuring.

## 4.2 Voorrang

Voor wat betreft de voorrang en rangorde tussen normen van nationaal recht en internationale normen moet onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds verdragsrecht en besluiten van volkenrechtelijke organisaties en anderzijds het volkenrechtelijk gewoonterecht.

Binnen de categorie verdragsbepalingen en bepalingen van besluiten van volkenrechtelijke organisaties maakt de Nederlandse Grondwet een onderscheid tussen een ieder verbindende bepalingen en bepalingen die niet een ieder verbinden. Zoals hierboven geciteerd, stelt artikel 93 GW dat bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, verbindende kracht hebben nadat zij zijn bekendgemaakt. Artikel 94 GW voegt daaraan toe:

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

---

30. Rb. Rotterdam 27 juni 2000, *Bewonersgroep tegen Vliegtuigoverlast*, LJN AA7335 (JB 2000-11, p. 240).

#### 4.2.1 *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties*

Allereerst dient te worden opgemerkt dat de Grondwet verdragsbepalingen op één lijn stelt met bepalingen van besluiten van volkenrechtelijke organisaties wat betreft beider doorwerking. In de jurisprudentie blijkt dat bij besluiten van volkenrechtelijke organisaties de vraag of zo'n besluit überhaupt bindend is, door de rechter afhankelijk wordt gesteld van het verdrag krachtens welk het is vastgesteld. Zo wordt uit het VN-Handvest afgeleid dat resoluties van de Algemene Vergadering niet bindend zijn. Vervolgens hangt het van de inhoud van het besluit af of het een ieder kan verbinden. Ten aanzien van verdragsbepalingen wordt over het algemeen niet eerst nagegaan in hoeverre een bepaling als juridisch bindend moet worden beschouwd. In elk geval gebeurt dit niet ambtshalve.

Desalniettemin kan soms wel de vraag aan de orde komen of een verdrag op hetzij internationaalrechtelijke, hetzij grondwettige wijze voor het Koninkrijk verbindend is.

Wat betreft de internationaalrechtelijke geldigheid van het verdrag is een voorbeeld te vinden in het zogenoemde *Kruisraketten* arrest, waarin de Hoge Raad nagaat of het verdrag tot plaatsing van Pershing raketten op Nederlands grondgebied in strijd was met algemeen internationaal recht, en concludeert dat dit niet het geval was, zodat verdragsluiting niet onrechtmatig was.<sup>31</sup>

Wat betreft de grondwettigheid van de *inhoud van een verdrag* is er de beperking van artikel 120 Gw dat luidt: 'de rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van verdragen.' Hierbij moet overigens worden opgemerkt dat dit vooreerst de inhoudelijke, materiële toetsing van verdragen aan de Grondwet betreft – dit mede in verband met het voorschrift dat de Staten-Generaal van de Grondwet afwijkende verdragen slechts met tweederde van de stemmen kunnen goedkeuren. Het oordeel of van een dergelijk afwijken sprake is, is op deze wijze voorbehouden aan de Staten-Generaal.

Ten aanzien van de grondwettigheid van de *goedkeuringsprocedure* die bij een verdrag is gevolgd – de procedurele of formele toetsing – moet worden opgemerkt dat sinds de inwerkingtreding van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen, de Grondwet geen regeling meer geeft van de wijze van goedkeuring en van de gevallen waarin goedkeuring niet nodig is. Dit betekent dat een dergelijke toetsing geen toetsing meer is aan de Grondwet, en dus geen oordeel is over de grondwettigheid van de verdragsluiting, maar slechts toetsing aan de (rijks-)wet. Dit houdt in dat in elk geval sinds de inwerkingtreding van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen, de rechter met name kan toetsen of parlementaire goedkeuring van een verdrag terecht achterwege is gebleven.<sup>32</sup> Voordat in 1953 het verbod van toetsing

---

31. HR 10 november 1989, *NJ* 1991, 248.

32. Meer gedetailleerd, zie L.F.M. Besselink, 'De staatsrechtelijke regeling van aanvaarding en invoering van verdragen in Nederland', in *Preadviezen voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het*

van verdragen aan de Grondwet van kracht werd heeft de Hoge Raad enkele malen getoetst of aan de parlementaire goedkeuringseis was voldaan,<sup>33</sup> maar nadien leek de Hoge Raad veel terughoudender.<sup>34</sup> Daartegenover staat een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep (CRvB), die in 1992 toetste of een verdrag terecht door de regering onder de (toen bij wijze van overgangsrecht nog geldende) grondwettelijke uitzonderingen op de goedkeuringseis werd gebracht. Dit rechterlijk oordeel werd door de Hoge Raad, zonder nader in te gaan op de kwestie van toetsing, in cassatie overeind gehouden.<sup>35</sup>

Een dergelijke toetsing van de internationaalrechtelijke of grondwettelijke verbindendheid van een verdrag zal slechts plaatsvinden wanneer een van de partijen bij een geschil op dit punt de onverbindendheid van het betreffend verdragsrecht inroept. Wanneer deze horde genomen is, komt de vraag aan de orde of een verdragsbepaling die door een burgerlijke partij wordt ingeroepen een ieder verbindend is.

Over het gebruik van de uitdrukking 'een ieder verbindend' moet allereerst worden opgemerkt dat in het spraakgebruik van de hoogste rechtscollleges ook de term 'rechtstreeks werkend' of 'rechtstreekse werking' wordt gebezigd. Het gebruik van al deze termen is nogal willekeurig. Soms lijkt een onderscheid te worden gemaakt tussen de min of meer abstracte kwaliteit van een bepaling als 'een ieder verbindend' enerzijds en anderzijds de vraag of een (in abstracto wellicht een ieder verbindende bepaling) in het concrete voorliggende geval door de rechter kan worden toegepast. In dit laatste geval spreekt men soms van rechtstreeks werkende bepalingen.<sup>36</sup> Soms redeneert de rechter dat vanwege de niet rechtstreekse werking van een bepaling, deze niet een ieder verbindend is in de zin van artikel 93 Gw.<sup>37</sup> Vaak zijn de termen volkomen inwisselbaar. Een consistente lijn is in het rechterlijk spraakgebruik meestal niet te ontwaren.

Het karakter van een ieder verbindendheid hangt af van een rechterlijke kwalificatie van de betrokken verdragsbepaling. Of een internationaalrechtelijk verbindende bepaling een ieder verbindt in de zin van de Grondwet, hangt volgens de tekst van artikel 93 Gw af van de inhoud van de bepaling en wel in die zin dat de bepaling niet alleen voor het Koninkrijk als internationaalrechtelijk rechtssubject verbindend is in de internationale betrekkingen, maar ook voor of jegens burgers (of rechtspersonen).

---

*recht van België en Nederland*, 1996, m.n. p. 28-51. Anders Fleuren, *supra* n. 29, p. 173 e.v. (betogend dat toetsing aan een organieke wet gelijk staat aan toetsing aan de Grondwet).

33. W.J.M. van Eysinga, *Proeve eener inleiding tot het Nederlandsch tractatenrecht*, 1906, p. 165; HR 4 april 1853, W nr. 1433; HR 18 november 1901, W nr. 7690; en impliciet ook HR 10 december 1954, *NJ* 1954, 240.

34. In HR 17 maart 1967, *Bonanza*, *NJ* 1967, 237, wordt uit het ontbreken van parlementaire goedkeuring afgeleid dat het verdrag volkenrechtelijk niet bekrachtigd kan zijn; HR 31 augustus 1972, *NJ* 1973, 4 (suggererend dat de rechter helemaal nooit de procedure kan toetsen).

35. CRvB 29 december 1992, KBW 1990/7, RSV 1993, 258; HR 8 november 1995, (derde kamer) nr. 263.

36. Voor de ontwikkeling tot 1995, zie L.F.M. Besselink, *Staatsrecht en buitenlands beleid*, 1995, p. 43-46.

37. Bijv. Rb. Amsterdam 18 september 2001, *LJN* AD4037.



Vaak doen rechters dit in abstracto, dat wil zeggen betrekkelijk onafhankelijk van de specifieke omstandigheden van het voorliggende geval in de nationale context, al is met name de Centrale Raad van Beroep bereid deze te betrekken in de beoordeling of een verdragsbepaling zich leent voor rechtstreekse werking.<sup>38</sup>

De rechtspraak overziende, is er enige onzekerheid rond de vraag wat 'een ieder verbindend' in deze context in materieel opzicht precies betekent. In elk geval vallen onder een ieder verbindende bepalingen de bepalingen waardoor burgers gebonden worden in de zin van een plicht die hun wordt opgelegd, dus dat zij gehouden worden iets te doen of te laten. In de literatuur is wel twijfel gezaaid over de vraag of het bij een ieder verbindende bepalingen in de zin van de Grondwet ook gaat om bepalingen die burgers een *recht of aanspraak* toekennen.

Deze onzekerheid ontstaat slechts in verband met het karakter van het hiervoor genoemde bekendmakingsvereiste van artikel 93 Gw. Voor verplichtingen in het leven roepende bepalingen heeft de voorwaarde van publicatie een duidelijke waarborgfunctie: pas als een bepaling gepubliceerd is, kan het verdrag of besluit voor burgers een plicht in het leven roepen. Dit is in elk geval de ratio geweest van het publicatievereiste in artikel 93 Gw. Voor begunstigende bepalingen heeft een ruime opvatting van de publicatie-eis van artikel 93 Gw echter het gevolg dat pas na publicatie burgers in rechte een beroep kunnen doen op dergelijk begunstigende bepalingen. Het is onzeker in hoeverre dit gevolg oorspronkelijk beoogd werd.<sup>39</sup> Bij de herziening van 1983 werd uitdrukkelijk gesteld dat het ook gaat om *aanspraken* die aan een ieder worden toegekend<sup>40</sup> zonder dat in deze context de bekendmakingsvoorwaarde uitdrukkelijk aan de orde kwam.<sup>41</sup> De beperkte opvatting dat een ieder verbindende bepalingen alleen onereuze bepalingen betreft, zou logischerwijs betekenen dat krachtens artikel 94 Gw (en de hieronder te bespreken *Nyugat* jurisprudentie) alleen onereuze bepalingen van verdragen van en besluiten van volkenrechtelijke organisaties voorrang hebben op strijdig recht van nationale oorsprong. Dit is echter noch bedoeld, noch is het geldende rechtspraak. Buiten twijfel staat dat in artikel 94 Gw onder de een ieder verbindende bepalingen die voorrang hebben op wettelijke bepalingen, ook aanspraken en rechten verlenende bepalingen vallen.

De rechtspraak gaat er vanuit dat de kwalificatie 'een ieder verbindend' op de eerste plaats wordt vastgeknoopt aan artikel 93 Gw, ongeacht of het gaat om onereuze of begunstigende bepalingen. Om de inhoud van een bepaling in de zin van artikel 93 en 94 Gw te kwalificeren als wel of niet een ieder verbindend, kijkt de rechter be-

---

38. Zie CRvB 16 februari 1989, *WIISO*, AB 1989, 1645 (m.nt. HH); daarentegen HR 20 april 1990, *AB* 1990, 338. Een recent voorbeeld van de benadering door Centrale Raad is CRvB 4 maart 2003, *LJN* AF7506.

39. Voor een reconstructie van de totstandkomingsgeschiedenis, zie Fleuren, *supra* n. 29, p. 189-192; F.M.C. Vlemminx & M.G. Boekhorst, 'Artikelen 90-95', in A.K. Koekkoek (red), *De Grondwet. Een artikelgewijs commentaar*, p. 456-459. Zie echter *Kamerstukken I* 1952/53, 2700, nr. 63, p. 4, en nr. 63a, p. 3. Voor een waardering, zie Fleuren, *ibid.*, p. 318-320.

40. *Kamerstukken II* 1979/80, 15 049 (R 1100), nr. 10, p. 9.

41. Zaak C-192/89, *Sevince*, *Jur.* 1990, p. I-3461, r.o. 24.

halve naar de tekst van de bepaling ook naar aard, strekking, context en totstandkomingsgeschiedenis van de bepaling.<sup>42</sup>

Niet doorslaggevend is de vraag of de betreffende bepaling uitdrukkelijk de burger als adressant noemt, bijvoorbeeld door gebruik van formuleringen als 'een ieder heeft het recht op ...', 'niemand zal ....' en dergelijke. Ook wanneer overheidsambten of de staat die verdragspartij is adressant zijn, is het mogelijk dat de bepaling beoogt rechten of plichten in het leven te roepen voor burgers.

Voorbeelden hiervan zijn te vinden in het Vluchtelingenverdrag<sup>43</sup> en het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR) van 1966.<sup>44</sup> Artikel 33 van het Vluchtelingenverdrag luidt:

'1. No Contracting State shall expel or return (*refouler*) a refugee to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a party, social group or political opinion.'

Deze bepaling richt zich in eerste instantie tot de 'contracting state', maar de rechtspraak neemt aan dat deze bepaling een ieder verbindend is.<sup>45</sup>

Het meest welsprekende voorbeeld is misschien wel het discriminatieverbod vervat in artikel 26 IVBPR: 'De wet [verbiedt] discriminatie van welke aard ook en garandeert een ieder gelijke en doelmatige bescherming tegen discriminatie op welke grond ook ...'. De bepaling richt zich ondubbelzinnig tot een staatsorgaan, namelijk de wetgever, en niet tot de burger. Toch neemt de Hoge Raad al sinds begin jaren tachtig aan dat het een ieder verbindende bepaling is,<sup>46</sup> hoewel de CRvB aanvankelijk meende dat dit niet het geval was.

In deze voorbeelden wordt de verdragsbepaling die zich naar zijn bewoordingen richt tot de staat of de wetgever alleen, begrepen als een bepaling welke mede voor de burger een aanspraak vestigt, en daarmee een ieder verbindend is. In de rechtspraak wordt voor het trekken van deze conclusie betekenis toegekend aan het criterium of de betreffende aanspraak voldoende nauwkeurig is, in die zin dat deze zich leent voor toepassing door de rechter. Hiervan is geen sprake als nadere wetgevende of uitvoerende handelingen nodig zijn alvorens de aard en omvang van de aanspraak vaststaat.

Een moeilijkheid met de jurisprudentie omtrent de vraag of een bepaling een ieder verbindend is, is dat de rechter niet altijd even duidelijk motiveert waarom een bepaling dat karakter heeft of ontbeert. Hierop is in de literatuur veel kritiek geweest, en het lijkt erop dat rechters zich dit aantrekken. Een voorbeeld is een recente uitspraak van de CRvB over uitkeringen op grond van de Algemene nabestaandenwet. Daarin

---

42. Vgl. de jurisprudentie vermeld in Besselink, *supra* n. 36, p. 45-50.

43. Verdrag betreffende de status van vluchtelingen 1951, *Trb.* 1954, 88 (i.w.tr. 22 april 1954; Nederland 3 mei 1956).

44. *Trb.* 1969, 99 (i.w.tr. 23 maart 1976; Nederland 11 december 1978).

45. Vgl. HR 13 mei 1988, *NJ* 1988, 910.

46. Vgl. HR 2 februari 1982, *NJ* 1982, 424 en 475.

geeft de CRvB aan waarom relevante bepalingen van ILO-Verdragen nr. 121 en 128 en de Europese Code inzake sociale zekerheid niet een ieder verbindend zijn.<sup>47</sup> Aan een ieder verbindendheid:

‘ziet de Raad ten aanzien van alle genoemde verdragen steeds één of meer van de volgende factoren in de weg staan: de onvoldoende concrete dan wel facultatieve normering van het uitkeringsniveau; de mogelijkheid – dan wel de onduidelijkheid daaromtrent – van de aftrek van inkomsten, c.q. van schorsing of intrekking van de uitkering bij aanwezigheid van ander inkomen; het overlaten aan de nationale wetgevingen van de definiëring van centrale begrippen als “weduwe” en “kostwinner”; en tenslotte in algemene zin het instructie-karakter van de verdragen, dat doorgaans in de weg zal staan aan de mogelijkheid van het invoeren van een rechtens afdwingbare aanspraak op een concrete prestatie in een individueel geval.<sup>48</sup>

Ondanks het aanleggen van criteria blijkt de toepassing daarvan onzekere resultaten opleveren.

#### 4.2.1.1 Buiten toepassing laten

Krachtens artikel 94 Gw dient de rechter een nationaal voorschrift buiten toepassing te laten wanneer hij concludeert dat dit nationaal voorschrift in strijd is met de een ieder verbindende bepaling van een verdrag of een besluit van een volkenrechtelijke organisatie. Over dit buiten toepassing laten moeten enige opmerkingen worden gemaakt.

Men kan in de uitdrukking ‘buiten toepassing laten’ een beperking lezen van de bevoegdheid van de rechter. De constatering van strijd zou niet het nationale voorschrift ten principale ongeldig of onverbindend maken. Nochtans is het praktisch belang hiervan niet erg groot. Weliswaar kan aan een wettelijke regel in beginsel slechts een einde worden gemaakt door een wijziging of intrekking (een *actus contrarius*) van de bevoegde regelgever, maar het effect van een onverbindendverklaring is meestal niet veel anders. Als er slechts één mogelijke toepassing van een voorschrift bestaat, zal het buiten toepassing laten hetzelfde effect hebben als het generieke onverbindend verklaren van dat voorschrift.

Daarnaast moet erop worden gewezen dat de rechter bij constatering van strijd met een ieder verbindende bepalingen, tegenwoordig soms aanzienlijk verder gaat dan het enkele buiten toepassing laten, en daarentegen soms juist niet overgaat tot het buiten toepassing laten van de betrokken regel. Dit is te verklaren uit het feit dat een enkel buiten toepassing laten, niet altijd ertoe leidt dat de naleving van de internationale bepaling is verzekerd. Een voorbeeld kan dit verduidelijken.

47. ILO-Verdrag nr. 121, *Trb.* 1965, 16 (i.w.tr. 28 juli 1967; Nederland 2 augustus 1967); ILO-Verdrag nr. 128, *Trb.* 1968, 131 (i.w.tr. 1 november 1969; Nederland 27 november 1970); Europese Code inzake sociale zekerheid 1964, *Trb.* 1965, 47 (i.w.tr. 17 maart 1968; Nederland 17 maart 1968).

48. CRvB 24 januari 2001, *LJN* AA9616.

Stel: een nationaal voorschrift kent alleen aan vrouwen een bepaalde aanspraak toe. Dit wordt geoordeeld in strijd te zijn met het discriminatieverbod, en wel wegens ongerechtvaardigd onderscheid op grond van geslacht (bijv. art. 26 IVBPR). Wanneer nu de rechter het voorschrift dat een aanspraak aan vrouwen toekent, buiten toepassing laat, dan betekent dit niet zozeer dat aan mannen en vrouwen gelijke aanspraken zijn toegekend, maar eerder dat de aanspraak in het geheel niet meer wordt toegekend. Daarmee wordt de gediscrimineerde man niet aan zijn recht geholpen; hij beoogde immers met zijn klacht eenzelfde aanspraak te verwerven als vrouwen genieten.<sup>49</sup>

Wanneer het enkele buiten toepassing laten van een nationaal voorschrift niet helpt, zal de rechter één van drie mogelijke wegen kunnen volgen:

- a. Hij past het wettelijk voorschrift toe op een wijze die met de verdragsbepaling het meest overeenstemt (volkenrechtsconforme uitleg).
- b. Hij laat het wettelijk voorschrift buiten toepassing en voorziet in de ontstane lacune door zelfstandige rechtsvorming.<sup>50</sup>
- c. Hij laat de strijd met de internationale bepaling in stand, omdat hij zich niet bevoegd acht tot zelfstandige rechtsvorming over te gaan; dit laat hij aan de wetgever over.<sup>51</sup>

Over het eerste alternatief is hiervoor al het nodige gezegd. De tweede mogelijkheid, die van het vullen van de ontstane lacune door rechterlijke rechtsvorming, doet zich veelal voor wanneer de rechter voldoende aanknopingspunten in bestaande wetgeving vindt om tot zulke rechtsvorming over te gaan. Daarbij stuit hij echter soms op de grenzen van de rechterlijke taak binnen de verdeling der machten tussen wetgever en rechter, waardoor hij terecht komt in het derde alternatief.

Het in stand houden van door de rechter geconstateerde strijd, is een weg die slechts gevolgd wordt wanneer rechtspolitieke overwegingen ontleend aan de machtscheiding de rechter van rechtsvorming weerhouden. Deze rechtspolitieke overwegingen zijn van tweeërlei aard. De eerste betreft een materieel argument: er zijn verschillende alternatieven om aan de strijd een einde te maken, terwijl een keuze daaruit niet vanzelfsprekend of niet oncontroversieel is. De tweede is een meer formeel argument: de wetgever is bezig met wetgeving die een einde aan de strijdigheid zal maken, zodat rechterlijke interventie de bezigheden van de wetgever zou doorkruisen. Soms spelen de twee argumenten tezamen een rol: de wetgever dient enige tijd te worden gegund om aan de strijdigheid een einde te maken, maar mocht de wetgever daar niet in slagen dan zal de rechter zelfstandig tot rechtsvorming komen.

---

49. Vgl. de casus HR 12 oktober 1984, *NJ* 1985.

50. Vgl. HR 21 maart 1986, *NJ* 1986, 585-588.

51. Aldus bijv. HR 12 oktober 1984, *supra* n. 49; HR 23 september 1988, *Beukema v. Van Veen*, *NJ* 1989, 740; HR 16 november 1990, *NJ* 1991, 475; HR 3 april 1992, *NJ* 1993, 286.

De Centrale Raad van Beroep is wel het meest verregaand in de interpretatie van artikel 94 Gw. De CRvB meent dat de grondwettelijke regel die de rechter slechts toestaat een strijdige nationale regel buiten toepassing te laten, terzijde moet worden gesteld op grond van 'het voor Nederland geldende, ook reeds in de "oude" Grondwet neergelegde stelsel van het doorwerken van internationaal en supranationaal recht in het nationale recht.' De rechter moet volgens de CRvB een geconstateerde strijd tussen een wettelijk voorschrift met een verdragsartikel zelf opheffen, omdat anders de wetgevingstechniek doorslaggevend is voor de mogelijkheden voor de rechter om aan de strijdigheid een einde te maken.<sup>52</sup>

Het betrof hier een voorbeeld als eerder vermeld, van een krachtens artikel 26 IVBPR verboden vorm van discriminatie, bestaande in het slechts aan vrouwen toekennen van een nabestaandenpensioen. Door deze regeling alleen maar buiten toepassing te laten en verder niets te doen, zouden mannen noch vrouwen een nabestaandenpensioen genieten – of anders gezegd, zou aan vrouwen een pensioen worden ontnomen. Dit is een moeilijk aanvaardbaar gevolg van het enkele 'buiten toepassing laten' van het wettelijk voorschrift. Een verdragsconform nabestaandenpensioen zou alleen bestaan wanneer de rechter niet de wettelijke regel buiten toepassing laat maar een gelijk recht voor mannen schept. Was daarentegen de wettelijke regeling vormgegeven op zodanige manier dat een algemeen pensioen werd toegekend met uitzondering van (sommige) mannen, dan had alleen de uitzondering verboden discriminatie opgeleverd. In dit laatste geval kan de rechter door het enkele buiten toepassing laten van de uitzondering een verdragsconforme toestand realiseren. Zie hier hoe wetgevingstechniek de rol van de rechter in de handhaving van internationaal recht in doorslaggevende mate zou bepalen, zonder dat de wetgever dit ook echt bedoeld heeft, indien het buiten toepassing laten de enige mogelijkheid voor de rechter zou zijn om strijd tussen een verdragsbepaling en een nationaal wettelijk voorschrift te beëindigen.

Andere rechters zijn beduidend terughoudender ten aanzien van de uitbreiding van de rechtsmacht van de rechter buiten de mogelijkheden van artikel 94 Gw om.<sup>53</sup>

#### 4.2.1.2 Welke nationale voorschriften zijn toetsbaar?

Artikel 94 Gw maakt duidelijk dat 'binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften' buiten toepassing blijven wanneer zij strijdig zijn met een ieder verbindende bepalingen. Daartoe behoren volgens de meerderheidsopvatting in de literatuur alle voorschriften van nationale oorsprong, inclusief de voorschriften van de Grondwet en het Statuut. Voor grondwetsbepalingen is dit bij de grondwetsherzieningen een aantal malen als vanzelfsprekend gesteld. Voor bepalingen van het Statuut is bij de grondwetsherziening van 1956 door de regering gesteld dat verdragen niet mogen

---

52. CRvB 7 december 1988, *AB* 1989, 10.

53. Bijv. ABRvS 15 januari 1996, *AB* 1999, 185.

afwijken van de bepalingen van het Statuut; *a fortiori*, is het niet aan de rechter om aan dergelijke afwijkende bepalingen voorrang te verlenen boven het Statuut.

Wat betreft grondwetsbepalingen moet men zich afvragen hoe een dergelijke voorrang boven de Grondwet te verenigen is met het stelsel van de Grondwet zelf. Het probleem schuilt in de regel dat het aan de Staten-Generaal is voorbehouden te oordelen over de grondwettigheid van verdragen. Dit betreft in elk geval het oordeel over de inhoudelijke, materiële overeenstemming tussen de bepalingen van een verdrag en die van de Grondwet. Dit exclusieve recht van het parlement bestaat op grond van artikel 120 Gw, dat reeds eerder is genoemd. Het tot de rechter gerichte verbod verdragen te toetsen aan de Grondwet, werd ingevoerd gelijktijdig met het voorschrift dat van de Grondwet afwijkende verdragen slechts kunnen worden goedgekeurd met een tweederde meerderheid van de stemmen in de beide kamers der Staten-Generaal (art. 91 lid 3 Gw). Logischerwijs kan een implicatie van het een en ander zijn dat het de rechter niet mogelijk is tot de conclusie te komen dat er strijdigheid bestaat tussen bepalingen van Grondwet en verdrag wanneer het parlement zich niet in die zin heeft uitgelaten. Zou de rechter immers daartoe wel bevoegd zijn, dan strekt het verbod van artikel 120 Gw niet tot het voorbehouden van dit oordeel aan de Staten-Generaal. Of anders gezegd, een dergelijk rechterlijk oordeel betekent dat de Staten-Generaal het betreffende verdrag ten onrechte niet hebben onderworpen aan de verzwaarde goedkeuringsprocedure van artikel 91 lid 3 Gw. Een dergelijk oordeel komt de rechter echter op grond van artikel 120 Gw niet toe.<sup>54</sup>

Wat betreft de mogelijkheid bepalingen van het Statuut van het Koninkrijk buiten toepassing te laten wegens onverenigbaarheid met een ieder verbindende bepalingen, blijkt de literatuur die meer specifiek ingaat op dit punt verdeeld te zijn. Enerzijds was het altijd het regeringsstandpunt dat het niet is toegestaan dat er verdragen worden gesloten die afwijken van de bepalingen van het Statuut – een standpunt dat toen het er recentelijk op aankwam door de regering werd verlaten. Anderzijds is het Statuut beslist onduidelijk op dit punt.<sup>55</sup>

Ten slotte zij erop gewezen dat over de toetsing van rijkswetten aan verdragsbepalingen eveneens ten minste onzekerheid bestaat. De tekst, de officiële toelichting daarop en de geschiedenis van de totstandkoming van het Statuut stellen zeker dat autonome wetgeving van de drie landen van het Koninkrijk (landsrecht) getoetst kunnen worden aan verdragsbepalingen, op grond van artikel 94 Gw juncto artikel 5 Statuut. De regeling van toetsing van rijkswetgeving aan het internationale recht (zowel geschreven als ongeschreven) wordt door artikel 49 Statuut echter opgedragen aan regeling bij rijkswet. Deze bepaling van het Statuut, die een hogere rang heeft dan de Grondwet, derogeert dus aan toepasselijkheid van artikel 94 Gw krachtens artikel 5 Statuut. Omdat de door artikel 49 Statuut gevraagde toetsingsregeling tot op heden niet tot stand is gebracht, rijst de vraag of dit nu betekent dat rechterlijke toetsing van

---

54. In deze zin C. Schutte, 'De stille kracht van de Nederlandse Grondwet: Beschouwingen rond het verbod aan de rechter om verdragen aan de Grondwet te toetsen', *RMThemis* (164) 2003-3, p. 26-40.

55. Zie L.F.M. Besselink e.a., *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, 2002, p. 45-49.

rijksregelgeving aan internationaal recht is toegestaan of dat dit juist *niet* is toegestaan. Analoog aan de redenering van de Hoge Raad in het *Harmonisatiewet* arrest,<sup>56</sup> waarin het ging om de gevolgen van het ontbreken van de regeling ex 49 Statuut voor toetsing van de wet aan het Statuut, zou de conclusie moeten zijn dat gezien het achterwege blijven van een toetsingsregeling rechterlijke toetsing van rijksregelgeving aan het internationale recht niet is toegestaan.<sup>57</sup> Veel schrijvers volstaan er echter mee de tekst van artikel 94 Gw zodanig uit te leggen dat daaronder *elk* binnen het Koninkrijk geldende voorschrift valt, niettegenstaande de tegengestelde strekking van het in rang hogere Statuut. Bij gebreke aan jurisprudentie bestaat er op geen van de hierboven aangesneden punten duidelijkheid.

#### 4.2.1.3 Rechter en bestuur

Artikel 94 Gw is algemeen geformuleerd. Bij strijd met een ieder verbindende bepalingen moet een wettelijke regeling buiten toepassing worden gelaten. De geschiedenis van de totstandkoming van deze bepaling wijst er echter ondubbelzinnig op dat zij zich richt tot de rechter. De bepaling is in de Grondwet van 1953 opgenomen door het aannemen van het amendement Serrarens, dat beoogde de opvatting van de regering te ontkrachten dat de wet onschendbaar was en het daarom niet aan de rechter doch slechts aan de wetgever alleen was om te bepalen of er strijd was met internationaal-rechtelijke bepalingen en eventueel daar een einde aan te maken. Het bepaalde in artikel 94 Gw beoogt dus een uitzondering te maken op het verbod van rechterlijke toetsing van het huidige artikel 120 Gw: 'De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen.' Het was niet het oogmerk om ook aan bestuurlijke overheidsorganen toe te staan bepalingen van formele wetten en de Grondwet buiten toepassing te laten indien zij deze in strijd zouden oordelen met een ieder verbindende bepalingen. Dit zou een ver strekkende beperking opleveren van de onderworpenheid van het bestuur aan wet en Grondwet. Sommige schrijvers gaan er desalniettemin wel vanuit dat artikel 94 Gw zich ook tot bestuursorganen richt.<sup>58</sup> Hoewel dit veelal niet nader wordt beargumenteerd, kan als argument voor hun benadering gelden dat het de burgers onnodig zou belasten indien van hen verlangd wordt dat zij hun rechten tegenover het bestuur slechts kunnen geldend maken via een beroep op de rechter. Daar staat, behalve het rechtshistorische argument, tegenover dat artikel 94 Gw geheel is opgehangen aan de bepalingen die een ieder verbindend zijn; daarover, zo wordt altijd benadrukt, beslist in laatste instantie de rechter, die daarbij volgens veel schrijvers niet eens gebonden is aan de opvatting van de wetgever terzake.

---

56. HR 14 april 1989, *Harmonisatiewet*, NJ 1989, 469.

57. Zie Besselink e.a., *supra* n. 55; H.G. Hoogers & M. Nap, 'Het Statuut, de Grondwet en het internationale recht', in L.J.J. Rogier & H.G. Hoogers (red.), *50 jaar Statuut voor het koninkrijk der Nederlanden*, 2004, p. 53-86.

58. Kortmann, *supra* n. 24, p. 179; Vlemminx & Boekhorst, *supra* n. 39, p. 476.

In de Nederlandse jurisprudentie is deze kwestie nog onbeslist. Het Hof van Justitie EG heeft wel vastgesteld dat ook publiekrechtelijke organen van de lagere overheid gehouden zijn rechtstreeks werkend Europees gemeenschapsrecht toe te passen en daartoe daarmee strijdige nationale regelingen van welke aard dan ook buiten toepassing te laten.<sup>59</sup>

#### 4.2.1.4 De Grondwet en het EG-recht

Over besluiten van volkenrechtelijke organisaties is aan het begin van deze paragraaf een opmerking gemaakt. Hieraan moet worden toegevoegd dat voor bepalingen van EG-recht door staatsrechtsgeleerden de doctrine wordt aangehangen dat artikelen 93 en 94 Gw van geen betekenis zijn voor de doorwerking en voorrang van het EG-recht op nationaal recht. Deze opvatting is op grondwethistorische en juridisch-systematische gronden moeilijk te rechtvaardigen. De jurisprudentie van het Hof van Justitie EG over rechtstreekse werking en voorrang van rechtstreeks werkend Europees gemeenschapsrecht, houdt in dat lidstaten deze werking en voorrang van rechtstreeks werkend gemeenschapsrecht dienen te garanderen. De wijze waarop zij dit nationaalrechtelijk doen, is aan de lidstaten zelf, zolang bedoelde werking maar gegarandeerd is. Dualistische lidstaten hebben dit gedaan door transformatie van de verdragen, waarbij impliciet of expliciet tevens nationaalrechtelijk de rechtstreekse werking en voorrang van relevant secundair EG-recht is geregeld. In monistische lidstaten gebeurt dit omdat krachtens hun constitutioneel recht de verdragen waaraan het secundaire EG-recht zijn rechtskracht ontleent, automatisch deel uitmaken van de nationale rechtsorde, terwijl een enkele keer ook de rechtstreekse werking en voorrang van secundair recht daarbij expliciet is gewaarborgd. Dit laatste is in Nederland het geval. Het Nederlandse constitutionele recht terzake is vervat in het (in de rechtspraak ontwikkelde) monisme en in artikelen 93 en 94 Gw, zowel wat betreft de verdragen als de daarop gebaseerde besluiten.<sup>60</sup> De geschiedenis van de grondwetsherziening (1983) van de bepalingen over de buitenlandse betrekkingen bevestigen dat deze bepalingen de doorwerking van het EG-recht beogen te garanderen.<sup>61</sup>

De Nederlandse doctrine heeft er intussen toe bijgedragen dat (hoewel het stellige Europees recht daar niet toe dwingt) de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) heeft gesteld dat elk EG-recht, ook het niet rechtstreeks werkende, voorrang heeft op elk nationaal recht, inclusief formele wetten van organieke aard.<sup>62</sup> Dit wijkt af van de Grondwet, die voor een dergelijke voorrang rechtstreekse werking (een ieder verbindende) eist. De strafkamer van de Hoge Raad heeft intus-

---

59. Zaak 103/88, *Fratelli Costanzo SpA v. Comune di Milano*, *Jur.* 1989, p. 1861, r.o. 31.

60. Zie HR 18 mei 1962, *Bosch GmbH*, *NJ* 1965, 115.

61. Zie o.m. de documentatiereeks, *Naar een nieuwe grondwet*, deel 5b, 1973, p. 12, 18, 45-46, 55-57, 60, 74-75, 87-88, 97-99, 156-157. Over constitutionele implicaties van EG- en EU-recht voor de Nederlandse Grondwet, zie L.F.M. Besselink, 'An open constitution and European integration: The Kingdom of the Netherlands', *SEW* (44) 1996-6, p. 192-206.

62. ABRvS 7 juli 1995, *AB* 1997, 117.



sen ook het standpunt ingenomen dat de werking van EG-verordeningen niet gebonden is aan de grenzen die de Grondwet daaraan in de artikelen 93 en 94 stelt. Ook dit impliceert dat naar de mening van de strafkamer het EG-recht afwijkt van de Grondwet (met de vervol implicatie dat het verdrag waarop de betrokken verordening was gebaseerd, derhalve in overeenstemming met artikel 91 lid 3 Gw had moeten worden goedgekeurd; dit arrest is minder dan een week na de ondertekening van de Europese Grondwet geweest).<sup>63</sup>

#### 4.2.2 *Internationaalrechtelijk gewoonterecht en niet-een-ieder-verbindende bepalingen*

Het ongeschreven internationaal recht en niet een ieder verbindende bepalingen van verdragen of besluiten van internationale organisaties hebben, voorzover ze zich lenen voor enige toepassing binnen de nationale rechtsorde, daarbinnen gelding zonder dat nadere transformatie nodig is. Wanneer er echter nationale voorschriften bestaan, dan hebben die voorrang boven het internationaalrechtelijk gewoonterecht. Nationale overheden, ongeacht of het gaat om een bestuursorgaan, een rechter of wetgever, zijn dan gehouden het nationale recht toe te passen met voorbijgaan aan eventuele tegengestelde ongeschreven internationaalrechtelijke bepalingen.

Dat nationale voorschriften voorrang hebben boven niet een ieder verbindende bepalingen van verdragen of besluiten, en boven ongeschreven internationaalrechtelijke regels, is door de Hoge Raad uitgesproken in het (tweede) *Nyugat* arrest.<sup>64</sup> Daarin stelde de Hoge Raad dat totdat de bepalingen over de ieder verbindendheid van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties en de voorrang daarvan op nationaal recht in de Grondwet werden opgenomen, de rechter vrij was om nationale voorschriften te toetsen aan andere dan een ieder verbindende verdragsrechtelijke regels. Sinds het totstandkomen van de huidige artikelen 93 en 94 Gw (voorheen art. 65-67 Gw) mag de rechter zich echter niet langer begeven 'in de vraag, of de [nationale] besluiten met het ongeschreven volkenrecht dan wel met niet een ieder verbindende bepalingen van overeenkomsten in strijd zijn.'

In deze zaak ging het om een tijdens de Tweede Wereldoorlog genomen wetsbesluit omtrent het prijsrecht en de aanwijzing van Hongarije als vijandige mogendheid. Dergelijke 'wetsbesluiten' werden genomen door de regering bij koninklijk besluit omdat de Staten-Generaal niet op grondwettige wijze bijeen konden komen. Blijkens vaste jurisprudentie heeft de inhoud van wetsbesluiten een gelijke status als die van een formele wet. Daarom mag men uit het *Nyugat* arrest afleiden dat in elk geval de formele wet niet mag worden getoetst aan internationaalrechtelijk gewoonterecht en niet een ieder verbindende bepalingen. Het huidige toetsingsverbod van artikel 120 Gw omvat, net als ten tijde van het *Nyugat* arrest, ook het verbod een formele wet te toetsen aan ongeschreven rechtsbeginselen, ongeacht of deze van nationaal- of inter-

---

63. HR 2 november 2004, *NJ* 2005, 80 (m.nt. EAA).

64. HR 6 maart 1959, *Nyugat*, *NJ* 1962, 2 (m.nt. Veegens).

nationaalrechtelijke aard zijn.<sup>65</sup> Onzekerder is of de opvatting van het *Nyugat* arrest ook (nog) betrekking heeft op toetsing van lagere regelgeving aan internationaalrechtelijk gewoonterecht en niet een ieder verbindende bepalingen. In het *Sproeivliegtuigen* arrest maakte de Hoge Raad ten principale uit dat lagere wetgeving wel door de rechter getoetst kan worden aan (ongeschreven) rechtsbeginselen.<sup>66</sup> Het is daarom niet uitgesloten dat, niettegenstaande de algemene bewoordingen van het *Nyugat* arrest, in soortgelijke zin en op soortgelijke wijze als in het *Sproeivliegtuigen* arrest lagere wetgeving kan worden getoetst aan regels van volkenrechtelijk gewoonterecht.<sup>67</sup>

De *a contrario* interpretatie die de Hoge Raad van het huidige artikel 93 en 94 Gw in het *Nyugat* arrest gaf, heeft consequenties voor de wijze waarop het ongeschreven internationaal recht kan doorwerken in Nederland. Ingeval naar Nederlands constitutioneel recht een strikt legaliteitsbeginsel heerst – zoals in het strafrecht – terwijl de formele wetgeving een algemene bevoegdheid toekent aan overheidsorganen, kan deze bevoegdheid slechts beperkt worden tot binnen de door het ongeschreven internationaal recht toegestane grenzen, indien de formele wetgeving uitdrukkelijk de beperkende werking van het internationaal recht erkent. Het ongeschreven internationaal recht zet de wet – die de enige bevoegdheidsgrondslag is voor optreden in strafrechtelijke en strafvorderlijke zin – immers niet opzij.

Op verschillende plaatsen in de wetgeving komen bepalingen voor die ertoe strekken zo'n beperkende werking van het ongeschreven internationaal recht binnen de Nederlandse rechtsorde te garanderen. Voorbeelden zijn artikel 8 Wetboek van Strafrecht, dat stelt dat de werking van de strafwet beperkt wordt door de in het volkenrecht erkende uitzonderingen; artikel 539a lid 3 Wetboek van Strafvordering beperkt de extraterritoriale strafvordering tot hetgeen 'het volkenrecht en het interregionale recht' toelaten; in artikel 13a Wet algemene bepalingen (Wet AB) wordt de rechtsmacht van de rechter en de uitvoerbaarheid van rechterlijke vonnissen en van authentieke akten beperkt door de in het volkenrecht erkende uitzonderingen.

Soms wordt de beperking van de bevoegdheid van de uitvoerende macht op grond van het internationaal recht afhankelijk gemaakt van het oordeel van een of meer ministers omtrent de mogelijke strijd tussen bevoegdheidsuitoefening en het internationaal recht. Ook hierdoor wordt de mogelijkheid van rechterlijke toetsing beperkt. Aldus artikel 243 Gemeentewet en artikel 133 Waterschapswet omtrent gemeentelijke respectievelijk waterschapsbelastingen; artikel 39 Algemene wet inzake rijksbelastingen verleent belastingvrijdom wanneer het volkenrecht of het internationaal gebruik daartoe naar het oordeel van de minister toe noopt. Bij provinciale belastingen gaat het weer wat anders: de wet bepaalt dat in het geval het volkenrecht of, naar het

---

63. HR 14 april 1989, *supra* n. 56.

64. HR 16 mei 1986, *Sproeivliegtuigen*, NJ 1987, 251 (m.nt. MS; AB 1986, 106, m.nt. FHvdB).

65. Over de vraag of het *Nyugat* arrest ook achterhaald is, zie L.F.M. Besselink, 'Wat is de betekenis van het kruisraketten-arrest?', *Tijdschrift voor Openbaar Bestuur* (16) 1990, p. 384-386; *ibid.*, 'Van stoomschip tot kruisvluchtwapen: Rechterlijke toetsing aan het volkenrecht in de Nederlandse rechtsorde', *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht* (45) 1990-4, p. 266-269.

oordeel van de minister van Binnenlandse zaken en de minister van Financiën, het internationale gebruik daartoe noodzaakt, vrijstelling van provinciale belastingen wordt verleend.<sup>68</sup>

Tegenover de beperking van het rechterlijk toetsingsrecht die voortvloeit uit het *Nyugat* arrest en de wettelijke beoordelingsbevoegdheid van de minister, staat dat de rechter wetgeving volkenrechtsconform kan uitleggen. Op deze wijze verkrijgen ongeschreven internationaal recht en niet een ieder verbindend verdragsrecht een zekere doorwerking in het nationale recht. Zo wordt in de beschikking van de Hoge Raad over de vraag of er rechtsmacht bestaat om Suriname failliet te verklaren, nergens artikel 13a Wet AB genoemd, maar rechtstreeks vanuit het internationaal recht gere-deneerd.<sup>69</sup>

Het ontbreken van de mogelijkheid voor de rechter om rechtstreeks aan een wet ontleende bevoegdheden te toetsen aan het ongeschreven internationaal recht, doet op zich niet aan af aan het beginsel dat wetgevende en bestuurlijke overheidsorganen gehouden zijn ook het internationaalrechtelijk gewoonterecht toe te passen. Ten aanzien van de uitvoerende macht is wel het probleem dat op grond van het beginsel van de machtenscheiding het bestuur onderworpen is aan de wet, en dat in elk geval ten aanzien van ongeschreven internationaal recht en niet een ieder verbindende bepalingen het bestuur niet bevoegd is de wet terzijde te schuiven.

---

66. Art. 229a Provinciewet. Over belastingvrijdom op grond van het internationaal recht o.m. het Verdrag van Wenen inzake het diplomatiek verkeer 1961, *Trb.* 1962, 159; Verdrag van Wenen inzake consulaire betrekkingen 1963, *Trb.* 1981, 143 (zie hfdst. 9). Deze verdragen zijn echter niet door alle in Nederland vertegenwoordigde staten bekrachtigd. Voor hen wordt deze materie beheerst door het internationaalrechtelijk gewoonterecht.

67. HR 28 september 1990, *NJ* 1991, 247. Vgl. HR 16 november 1990, *supra* n. 51; en *FED* 1991, 205 (uitleg van de wet 'in het licht' van de EG-richtlijn).