



DE GRONDWET - ARTIKEL 93 - VERBINDENDE KRACHT VERDRAG

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

WETENSCHAPPELIJK COMMENTAAR ARTIKEL 93 - VERBINDENDE KRACHT VERDRAG - F.M.C. VLEMMINX & A.C.M. MEUWESE

Inhoudsopgave

1. Het monisme in Nederland: ‘getemperd’ of niet?
2. De grondwetsherzieningen van 1953 en 1956
3. Artikel 93 Gw primair als definitiebepaling: de identieke uitleg
4. De leer van de normadressaat
5. Abstracte versus concrete duiding
6. Regering versus rechter
7. De bekendmaking
8. De waarborgfunctie van artikel 93 bij de identieke uitleg
9. Artikel 93 Gw primair als legaliteitswaarborg: de historisch-restrictieve interpretatie
10. Het ongeschreven volkenrecht
11. Het EU-recht
12. Jurisprudentie
13. Literatuur
14. Historische versies

Editie oktober 2020

Bewerkt door Anne Meuwese

1. Het monisme in Nederland: ‘getemperd’ of niet?

Algemeen wordt aangenomen dat een staat ten aanzien van de receptie van het verdragsrecht in wezen slechts twee houdingen kan aannemen: er kan worden gekozen voor dualisme en er kan worden gekozen voor monisme.^[1] Dualisme houdt in dat tussen de nationale en de internationale rechtsorde een strikte scheiding bestaat, met als gevolg dat internationale normen slechts bindend zijn binnen de nationale rechtsorde wanneer zij eerst in die rechtsorde worden opgenomen. Dat kan geschieden door incorporatie of transformatie. Bij incorporatie worden de internationale normen als zodanig uitdrukkelijk overgeheveld naar de nationale rechtsorde. Bij transformatie worden de

internationale normen via wetgeving omgezet in nationale normen. Monisme houdt in dat tussen de nationale en de internationale rechtsorde geen scheiding bestaat. Dat betekent dat internationale rechtsnormen automatisch deel gaan uitmaken van de nationale rechtsorde en uit dien hoofde binnen die rechtsorde ook meteen bindend zijn.

Nu wordt de term ‘monisme’ hier niet helemaal zuiver gebruikt. Bij een absoluut monisme zou het internationale recht zelf al dicteren dat het verdragsrecht zonder transformatie binnen de nationale rechtsorde doorwerkt, maar in tegenstelling tot het EU-recht bepaalt het internationale recht zoiets niet. Aan het feit dat het nationale constitutionele recht het monisme regelt en het dus ook weer kan afschaffen, kleeft daarom een licht ‘dualistisch’ aspect. Niettemin wordt hierna gewoon van ‘monisme’ gesproken. Iedere staat is dus vrij in zijn keuze tussen monisme of dualisme. Volkenrechtelijk geldt slechts de in artikel 26 Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht neergelegde eis dat een verdrag te goeder trouw ten uitvoer wordt gelegd en dat kan zowel via monisme als dualisme geschieden. Zo heeft het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland een dualistisch en Frankrijk een monistisch systeem. Welk systeem hanteert Nederland?

Iedereen is het erover eens dat artikel 93 ten aanzien van bepalingen ‘die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden’ een fundamenteel voorschrift bevat dat samenhangt met een monistisch stelsel. Maar zodra er tot een nadere invulling wordt overgegaan, ontstaat verwarring. Volgens een visie die vooral vroeger her en der werd verdedigd, legt artikel 93 de grondslag voor het monistische systeem,^[2] zodat dan uitsluitend ‘een ieder verbindende’ bepalingen in de zin van dit artikel in de Nederlandse rechtsorde doorwerken. Bepalingen die niet als ‘een ieder verbindend’ kunnen worden aangemerkt, zijn in die visie binnen de nationale rechtsorde niet bindend; zij verplichten louter op het internationale vlak, dus tussen de staten. In dit verband hanteert men dan de term ‘beperkt monisme’.

Tegenwoordig wordt de strikte versie van deze visie nauwelijks nog serieus aangehangen maar de gedachte dat het Nederlandse monisme zou worden getemperd, is allesbehalve verdwenen. De gedachte is aantrekkelijk vanwege haar eenvoud. Ze wordt vooral van stal gehaald in een betoog dat erop is gericht om toetsing door de rechter buiten de deur te houden. Dat die rechter buiten spel staat wordt in zo’n betoog gepresenteerd als een soort natuurlijk gegeven dat dient te worden aanvaard. Er zou weinig tegen te doen zijn want het Nederlandse monisme is nu eenmaal beperkt. Een voorbeeld. In het slotcommentaar dat het VN Comité inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten op 19 november 2010 uitbracht over de vierde en vijfde rapportage van Nederland, uit het Comité stevige kritiek op de omstandigheid dat de rechter categorisch weigert om rechten uit het IVESCR direct toe te passen:

‘Gezien het feit dat de Verdragsstaat een monistisch systeem heeft waarbij internationale verdragen rechtstreeks van toepassing zijn, herhaalt het Comité zijn

bezorgdheid over het feit dat sommige bepalingen van het Verdrag geen directe werking hebben en niet afdwingbaar zijn in de Verdragsstaat noch door de rechter ter staving van wettelijke vorderingen betreffende economische, sociale en culturele rechten zijn toegelaten. Het Comité herhaalt zijn aanbeveling dat de Verdragsstaat de verplichting heeft om de rechten in dit Verdrag tot gelding te laten brengen op elk deel van zijn grondgebied zodat individuen de handhaving van hun rechten voor de nationale rechter kunnen afdwingen. Bovendien verzoekt het Comité de Verdragsstaat dringend, vanwege de talrijke uitspraken van de rechter van de Verdragsstaat met de strekking dat de bepalingen van het Verdrag geen directe werking hebben en dus niet bindend zijn volgens de artikelen 93 en 94 van de Grondwet van de Verdragsstaat, om alle wettelijke en andere maatregelen te overwegen om ervoor te zorgen dat de rechten uit het Verdrag in alle constituerende landen van het Koninkrijk der Nederlanden van toepassing en in rechte afdwingbaar zijn. In dit verband wees het Comité de Verdragsstaat op Algemene Aanbeveling nr. 9 over de nationale toepassing van het Verdrag (1998). Het Comité verzoekt de Verdragsstaat eveneens om in diens periodieke rapporten gedetailleerde informatie te blijven geven over de jurisprudentie van zijn hele grondgebied met betrekking tot de implementatie van het Verdrag.³

Op 1 juni 2011 reageerde het toenmalige kabinet als volgt op deze kritiek:

‘Voor wat betreft de doorwerking van internationale verdragen heeft Nederland in zijn constitutie bewust gekozen voor een gematigd monistisch stelsel. Uit de artikelen 93 en 94 van de Nederlandse Grondwet vloeit voort dat bepalingen van verdragen weliswaar rechtstreeks inroepbaar kunnen zijn door justitiabelen, maar dat dit slechts het geval is voor zover het gaat om verdragsbepalingen die een ieder kunnen verbinden. Verdragsbepalingen die primair een opdracht inhouden voor de Nederlandse wetgever en administratie worden door de Nederlandse rechter niet als “een ieder verbindend” beschouwd; dergelijke bepalingen krijgen in de Nederlandse rechtsorde hun werking via de wetgevende en uitvoerende maatregelen die tot stand zijn gebracht teneinde de Nederlandse situatie in conformiteit met die verdragsbepalingen te doen zijn. Een dergelijk stelsel komt ook in andere landen dan Nederland voor.’⁴

Op het standpunt dat het kabinet hier in reactie op de kritiek heeft ingenomen, kan het een en ander worden afgedongen. Wordt inderdaad het monisme als zodanig gematigd door het gegeven dat uitsluitend ‘een ieder verbindende’ bepalingen bij de rechter kunnen worden ingeroepen? Dit standpunt valt niet vol te houden. Bij een dergelijke beperkt-monistische opvatting moet ten aanzien van verdragsbepalingen die niet als ‘een ieder verbindend’ kunnen worden gekwalificeerd, een dualistisch stelsel worden gehanteerd. Aangezien een grondwettelijk incorporatiestelsel ontbreekt, betekent dit dat transformatie is vereist. Er is echter dit probleem dat er in het Nederlandse recht ten aanzien van niet-‘een ieder verbindende’ bepalingen geen transformatiewetgeving wordt aangetroffen; er bestaat wel implementatiewetgeving. Het verschil bestaat daaruit dat bij pure transformatie de internationaalrechtelijke opdracht wordt omgezet in een nationaalrechtelijke, terwijl bij implementatie de opdracht wordt uitgevoerd.

Hierbij kan de kanttekening gemaakt worden dat transformatiewetgeving niet altijd ‘puur’ is, waardoor transformatie en implementatie in rechtssystemen die beide kennen nog wel eens in elkaar overlopen.

Bij een strikte beperkt-monistische visie zouden niet-‘een ieder verbindende’ bepalingen helemaal geen effecten zouden sorteren binnen de Nederlandse rechtsorde en er voor wetgever of bestuur geen enkele (nationaalrechtelijke) verplichting van uitgaan. Dat is hoogst merkwaardig, ook in het licht van het eerder door het kabinet in een notitie gedeelde standpunt dat de wetgever ongeacht het systeem van doorwerking van internationaal recht gebonden is aan verdragsverplichtingen.^[5] Bovendien vindt de beperkt-monistische opvatting geen steun in de jurisprudentie. Er is bijvoorbeeld door de Centrale Raad van Beroep een reeks uitspraken geweest waarin het ‘een ieder verbindende’ karakter van de verdragsbepaling uitdrukkelijk in het midden werd gelaten. Er werd gewoon getoetst en geconstateerd dat er zich geen strijd voordeed.^[6] Hoe kan de rechter in zulke gevallen tot toetsing overgaan als het ‘een ieder verbindende’ karakter een voorwaarde vormt voor doorwerking in de Nederlandse rechtsorde? Ook valt te wijzen op jurisprudentiële beslissingen waarbij een verdragsbepaling weliswaar niet als ‘een ieder verbindend’ werd beschouwd maar toch de gemeentelijke overheid bond^[7] of toch een doelstelling vormde waarnaar een schoolbestuur diende te streven.^[8] Zulke overwegingen vallen vanuit de beperkt-monistische invalshoek niet te verklaren. Veel staatsrechtswetenschappers stellen zich dan ook op het standpunt dat in Nederland geen beperkt maar een volledig monistisch systeem geldt.^[9] De gelding van dit systeem werd reeds aan het begin van deze eeuw in de rechtspraak bevestigd.^[10] Naderhand, in 1953, is het huidige artikel 93 in de Grondwet gekomen. Of een bepaling als ‘een ieder verbindend’ in de zin van dit artikel kan worden aangemerkt is voor de doorwerking niet relevant. Ook niet-‘een ieder verbindende’ bepalingen werken door en zijn binnen de nationale rechtsorde bindend. In deze benadering geeft artikel 93 niet de grondslag voor de doorwerking maar regelt iets anders.

Wat regelt artikel 93 dan? Deze grondwetsbepaling heeft een dubbele functie. Enerzijds waarborgt artikel 93 de rechtszekerheid en dat is vooral van belang wanneer een verdragsbepaling plichten voor burgers in het leven roept en tegelijkertijd zo nauwkeurig is geformuleerd dat deze plichten burgers zonder tussenkomst van de wetgever kunnen worden tegengeworpen. De rechtszekerheid vereist dat zulke verdragsbepalingen eerst worden gepubliceerd voordat ze worden toegepast, een aangelegenheid die in het nationale recht moet worden geregeld omdat het volkenrecht aan de inwerkingtreding van een verdrag geen voorwaarde van voorafgaande bekendmaking verbindt. In dit opzicht vormt artikel 93 dus een heldere bevestiging van de hierboven beschreven benadering die het in Nederland geldende monisme niet afhankelijk maakt van de formulering van een grondwetsbepaling. Tegenwoordig trekt deze waarborgfunctie van artikel 93 niet de meeste aandacht, maar de functie werd bij de algehele grondwetsherziening van 1983 wel opnieuw benadrukt.^[11]

Anderzijds dient artikel 93 tevens als een definitiebepaling^[12] met het oog op artikel 94 Grondwet, de bepaling waarin de voorrangregel is neergelegd: nationale wettelijke voorschriften mogen alleen buiten toepassing worden gelaten indien toepassing onverenigbaar is met ‘een ieder verbindende’ bepalingen. Tegenwoordig treedt deze functie van artikel 93 veel meer op de voorgrond dan de waarborgfunctie, hoewel alvast dient te worden opgemerkt dat gezien de recente trend om in de rechtspraak de uitdrukking ‘rechtstreekse werking’ te bezigen, in plaats van de letterlijke terminologie van artikel 93 en 94, ook de toekomst van deze functie ongewis is. Wanneer de verdragsluitende staten niets zijn overeengekomen omtrent de mogelijkheid om de verdragsbepaling direct toe te passen, is volgens de Hoge Raad in het klassieke Spoorwegstakingsarrest van 1986 ‘naar Nederlands recht enkel de inhoud van de bepaling zelf beslissend’, een standpunt dat de Hoge Raad in 2011 nog eens expliciet bevestigt en door het Rookverbodarrest uit 2014 niet onderuit gehaald wordt.^[13] Deze nadrukkelijke verwijzing naar ‘de inhoud’ is gebaseerd op artikel 93, dus dat onderdeel van de definitiefunctie blijft in ieder geval overeind.

Het is opmerkelijk dat van de twee functies die artikel 93 vervult, niet meteen duidelijk is of en hoe ze met elkaar samenhangen. Wanneer de rechtshistorie van de bepaling wordt overzien blijkt dat het grondwetsartikel ooit als kapstok heeft gediend om er een extra leerstuk aan op te hangen. De aandacht gaat dan uit naar twee grondwetsherzieningen die zich kort achter elkaar in het midden van de vorige eeuw voltrokken.

2. De grondwetsherzieningen van 1953 en 1956

De onduidelijkheid rond artikel 93 hangt samen met de grondwetsgeschiedenis. Artikel 93 vormt een onderdeel van een systeem dat in de Grondwet werd neergelegd. Dit systeem bestrijkt mede de artikelen 94 en 95. Anders gezegd, de functie van artikel 93 en de inhoud van de clause ‘die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden’ kunnen slechts worden doorgrond wanneer ook de artikelen 94 en 95 in de beschouwing worden betrokken. Deze artikelen bevatten immers essentiële onderdelen van het systeem en bepalen dus mede de betekenis van artikel 93.

Artikel 93 kwam bij de grondwetsherziening van 1953 in de Grondwet. De bepaling werd opgenomen om de rechtszekerheid van de burgers te waarborgen. De regering stelde in de eerste lezing van deze grondwetsherziening: ‘De rechtszekerheid van het individu is een kostbaar goed, en aantasting daarvan moet in hoge mate bedenkelijk worden geacht. Indien een nationale Regering nalaat de burgers in kennis te stellen van het bestaan van internationale regels, die ook voor de burgers bindend zijn, moet uitsluitend deze nalatige Regering hiervoor aansprakelijk worden gesteld, zonder dat de onderdanen slachtoffer moeten worden van dit verzuim.’^[14]

Zoals gezegd werd bij de grondwetsherziening van 1983 nog eens onderstreept dat artikel 93 als waarborg dient voor burgers.^[15] Het huidige artikel 95, dat het stellen

van nadere regels omtrent de bekendmaking aan de wetgever opdraagt, vormde tot 1983 een onderdeel van artikel 93. Bij de grondwetsherziening van 1983 werd van artikel 95 een zelfstandige bepaling gemaakt.

Artikel 94 kwam via de eerste lezing van de grondwetsherziening van 1953 in de Grondwet terecht en wel doordat de Tweede Kamer het amendement-Serrarens aannam. De regering had artikel 94 niet in het oorspronkelijke wetsvoorstel opgenomen, want het leek haar beter 'de verdere ontwikkeling der rechtsopvattingen hieromtrent af te wachten'.^[16] Artikel 94 bevatte in 1953 nog niet de clausule 'een ieder verbindende' bepalingen en verder stonden de artikelen 93 en 94 in de omgekeerde volgorde.

In 1956 onderging het systeem zoals dat in de Grondwet was neergelegd een inhoudelijke verandering. De grondwetsherziening werd voorbereid door de commissie-Kranenburg, die de opdracht had gekregen louter redactionele wijzigingen voor te stellen zonder het systeem als zodanig te veranderen. Het oog was enkel gericht op wat de minister van Binnenlandse Zaken in zijn toespraak bij de installering van de commissie aanduidde als 'een technische verbetering van de in 1953 afgekondigde grondwetsherziening'.^[17] Verschillende commissieleden hadden echter bezwaren tegen de grondwettelijke regeling die in 1953 in aansluiting op de benadering in de jurisprudentie die ervan uitging dat het Nederlandse monisme niet 'getemperd' wordt. Brouwer werpt op dat er zich binnen de commissie waarschijnlijk 'twee stromingen' voordeden. Enerzijds was er onder aanvoering van Duynstee een stroming die er op uit was om het monisme in te dammen, en anderzijds was er onder leiding van Van Panhuys een stroming die de mogelijkheden voor de rechter om internationaal recht direct toe te passen aan banden wilde leggen.^[18] Het resultaat was dat de commissie wijzigingen voorstelde waarin ook een beperkt monisme kon worden gelezen. Zo werd geopperd om de volgorde van artikel 93 en 94 om te keren. De regering volgde dit voorstel, maar rechtvaardigde de omdraaiing van de nummering toch weer op haar eigen manier en, naar het zich laat aanzien, meer in de geest van de grondwetsherziening van 1953.^[19] Daarom valt geenszins uit te sluiten dat de regering vasthield aan de in 1953 vigerende en straks te bespreken opvatting dat artikel 93 louter betrekking heeft op verdragsbepalingen die de burgers plichten opleggen, toen ze stelde: 'Eerst dient de Grondwet aan te geven in hoeverre overeenkomsten die het Koninkrijk volkenrechtelijk binden ook voor de burgers verbindend zijn, om daarna aan te geven welke haar verhouding is tot de intern wettelijke voorschriften'.^[20] De commissie stelde bovendien voor de clausule 'een ieder verbindend' in de tekst van artikel 94 in te voegen. Ook dit voorstel werd door de regering overgenomen. In de visie van de regering maakte de clausule duidelijk dat de rechter de benodigde terughoudendheid diende te betrachten.^[21] Maar waarom daartoe de woorden 'een ieder verbindend' werden gekozen is hoogst onduidelijk. De regering volgde klakkeloos de commissie. Ook de beweegredenen van de commissie waren allesbehalve helder.^[22]

Door bij de grondwetsherziening van 1956 de voorstellen van de

adviescommissie-Kranenburg over te nemen werd helaas wél gesleuteld aan het systeem zoals dat in 1953 gestalte had gekregen. De omkering van de volgorde van artikel 93 en 94 en de invoeging van de woorden ‘een ieder verbindend’ in artikel 94 nodigden ertoe uit de clausule ‘die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden’ voortaan anders uit te leggen. Het lag voor de hand bij de uitleg niet alleen rekening te houden met de functie van artikel 93 maar ook met die van artikel 94. Een lastig punt is echter dat artikel 94 een heel andere functie heeft dan artikel 93. Artikel 94 strekt er niet toe de rechtszekerheid van burgers te waarborgen, maar geeft een voorschrift omtrent de mogelijkheden van de rechter (en het bestuur) om verdragsrecht toe te passen.

Vanwege deze geschiedenis zijn er twee interpretaties mogelijk van de clausule ‘die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden’ in artikel 93. Die twee interpretaties hangen samen met de dubbele functie die artikel 93 sinds de grondwetsherziening van 1956 vervult.

De eerste interpretatie, waarbij artikel 93 als een definitiebepaling voor artikel 94 wordt beschouwd, neemt het systeem zoals dat in 1956 werd veranderd als uitgangspunt. De clausule ‘die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden’ in artikel 93 en de woorden ‘een ieder verbindend’ in artikel 94 worden identiek uitgelegd. De interpretatie is dus mede gebaseerd op de functie van artikel 94 en op deze functie wordt zelfs de klemtoon gelegd. De clausule ‘die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden’ in artikel 93 strekt zich dan grofweg uit over zowel rechten als plichten van burgers. Zoals bijvoorbeeld blijkt uit de vanzelfsprekendheid waarmee aanwijzing 8.9 van de Aanwijzingen voor de Regelgeving de identieke uitleg volgt, wordt deze uitleg algemeen aanvaard en dat is begrijpelijk. Het ligt voor de hand om de termen in de twee grondwetsartikelen op gelijke wijze uit te leggen. Een andere benadering doet enigszins gekunsteld aan. Daar staat echter tegenover dat er, zoals hieronder uiteengezet zal worden, bij deze identieke uitleg uit rechtsstatelijk oogpunt serieuze gebreken kleven aan het grondwettelijke systeem van de artikelen 93, 94 en 95 Grondwet.

Deze gebreken doen zich niet voor bij de tweede interpretatie. Deze alternatieve interpretatie grijpt exclusief terug op de oorspronkelijke waarborgfunctie van artikel 93 en neemt het systeem zoals dat in 1953 in de Grondwet werd neergelegd als uitgangspunt. Tegelijkertijd wordt benadrukt dat men dat systeem bij de grondwetsherziening van 1956 niet heeft willen veranderen. De clausule ‘die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden’ in artikel 93 en de woorden ‘een ieder verbindend’ in artikel 94 worden dan apart uitgelegd en wel tegen de achtergrond van de verschillende functies die de artikelen 93 en 94 toekomen. Bij deze interpretatie wordt dus niet de functie van artikel 94 maar juist die van artikel 93 beklemtoond. Het artikel strekt zich dan niet uit over rechten van burgers maar heeft louter betrekking op plichten die aan burgers worden opgelegd.^[23] Deze tweede alternatieve interpretatie strekt er vooral toe de rechtsstatelijke gebreken die aan de eerste interpretatie, de identieke uitleg kleven, aan het licht te brengen. Het lijkt niet erg verstandig om de oorspronkelijke betekenis van de clausule ‘die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden’ in artikel 93 zonder meer aan de

vergetelheid prijs te geven. Het verdient de voorkeur om een historisch-restrictieve interpretatie achter de hand te houden zodat die, als de nood aan de man komt, de identieke uitleg opzij kan schuiven.

In de paragrafen die nu volgen wordt eerst de identieke uitleg besproken. Dan worden de gebreken die aan deze benadering kleven, doorgelicht en vervolgens komt de hierboven geïntroduceerde alternatieve opvatting van artikel 93 aan bod. Tot slot wordt aandacht besteed aan het ongeschreven internationaal publiekrecht en het EU-recht.

3. Artikel 93 Gw primair als definitiebepaling: de identieke uitleg

Artikel 93 stelt aan de verbindende kracht als voorwaarde dat er eerst tot bekendmaking wordt overgegaan. Aangezien de bekendmaking, die gereguleerd wordt door de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking van verdragen, in handen is van de regering, neemt deze in het kader van artikel 93 een cruciale positie in. Het is voor haar van groot belang wanneer er bepalingen ‘die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden’ in de zin van artikel 93 aan de orde zijn. Bij de identieke uitleg kunnen zulke bepalingen burgers zowel rechten verlenen als plichten opleggen. Onder ‘plichten’ vallen zowel publiekrechtelijk te handhaven plichten als privaatrechtelijke plichten jegens medeburgers. Als standaardvoorbeeld voor strafrechtelijke plichten dienen de misdrijven tegen de vrede, te vinden in de Overeenkomst van Londen van 8 augustus 1945 waarbij tevens het Internationaal Militair Tribunaal van Neurenberg werd ingesteld. In Nederland werden de Bijzondere Gerechtshoven en Bijzondere Raad van Cassatie met de berechting belast. Maar er staan bijvoorbeeld ook strafrechtelijke plichten in de ‘Europese Overeenkomst nopens de arbeidsvoorwaarden voor de bemanningen van motorrijtuigen in het internationale vervoer over de weg’.^[24] Voorbeelden van privaatrechtelijke plichten worden gevonden in verdragen die materieel privaatrecht regelen zoals het Weens Koopverdrag. De artikelen 30-65 van dit verdrag behelzen diverse verplichtingen voor de koper en de verkoper bij de koop van roerende zaken. Onder ‘rechten’ vallen privaatrechtelijke rechten al dan niet jegens medeburgers, en natuurlijk rechten jegens de overheid. Bij deze laatste rechten valt met name te denken aan de mensenrechten.

Maar niet alle bepalingen die rechten en plichten behelzen zijn automatisch bepalingen ‘die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden’. De categorie wordt ingeperkt aan de hand van verschillende criteria. Publiekrechtelijke en privaatrechtelijke plichten die nadere uitwerking behoeven door de wetgever, vallen er bijvoorbeeld buiten. Hetzelfde geldt voor privaatrechtelijke rechten die door de wetgever nader moeten worden uitgewerkt. Wat de mensenrechten betreft is het verschil tussen enerzijds de vrijheidsrechten en anderzijds de rechten op overheidsprestaties (prestatieplichten of positieve verplichtingen voor de overheid) van belang, want mensenrechten die ‘implementatie’ behoeven vallen in beginsel buiten de categorie. Bij vrijheidsrechten is implementatie zelden of nooit noodzakelijk als het gaat om het bepalen wat niet mag, maar vaak wel voor de volledige verwezenlijking van deze rechten. Bij rechten op prestaties van

overheidswege zijn nadere wettelijke en eventueel bestuurlijke maatregelen vrijwel altijd nodig.

Het ‘wel/geen implementatie behoeven’ is dus geen binair criterium en bovendien geenszins doorslaggevend. Er wordt immers vooral gelet op de functie van artikel 94 en dat betekent dat aandacht moet worden besteed aan de mogelijkheden die de rechter ten dienste staan en de visie die de rechter zelf daarop aan de dag legt. In dat kader worden weer andere criteria opgevoerd. Om aangemerkt te kunnen worden als bepalingen ‘die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden’ moeten de rechten zich dan bijvoorbeeld lenen voor ‘toepassing’ door de rechter. Aan dergelijke criteria, die ook weer de nodige vragen oproepen, wordt aandacht besteed bij de bespreking van artikel 94. Een van de nadelen van de identieke uitleg is dat de rechter in een zaak waarin hij moet oordelen over de verenigbaarheid van een nationale rechtsregel met een verdragsbepaling (artikel 94 Gw) zich niet zuiver kan concentreren op de functie die artikel 94 vervult. Het begrip ‘een ieder verbindend’ in dit artikel dient immers op gelijke wijze te worden uitgelegd als de clausule ‘die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden’ uit artikel 93 Gw. De rechter wordt als het ware voor de voeten gelopen door de regering die in het kader van artikel 93 over de bevoegdheid beschikt om een oordeel te geven. Nu de regering een informatieplicht heeft bij de voorlegging van een verdrag ter goedkeuring aan de Staten-Generaal (zie hieronder bij de bespreking van de voorstellen-Taverne), speelt deze kwestie nog sterker.

In de nu volgende paragrafen wordt de identieke uitleg tegen de achtergrond van de functie van artikel 93 onder de loep genomen. Daarbij verdienen de volgende punten aandacht: de leer van de normadressaat, de methode aan de hand waarvan wordt vastgesteld of bepalingen ‘naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden’ (abstract of concreet), de competentiestrijd tussen de regering en de rechter en tot slot de vraag of er een plicht geldt om bepalingen ‘die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden’, bekend te maken. Steeds zal blijken dat het systeem van de identieke uitleg haperingen vertoont. Meestal gaat het om problemen waar relatief gemakkelijk overheen kan worden gestapt omdat ze zich dankzij de gehanteerde praktijk niet of nauwelijks voordoen. Maar soms, zoals bij de competentiestrijd tussen regering en rechter, gaat het om de kern van de problematiek die zich al decennia lang rond de artikelen 93 en 94 Grondwet aftekent.

4. De leer van de normadressaat

In het kader van artikel 93 wordt uit de eerste lezing van de grondwetsherziening van 1953 de leer van de normadressaat gedestilleerd. Volgens de regering zijn bepalingen ‘die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden’, gericht tot ‘private personen’,^[25] dat wil zeggen burgers met inbegrip van privaatrechtelijke rechtspersonen. Dat binnen de oorspronkelijke context van artikel 93, dus binnen de waarborgfunctie van deze grondwetsbepaling, als argument voor het ‘een ieder verbindende’ karakter geldt dat een verdragsbepaling grammaticaal de burger als adressaat neemt, ligt voor de hand. Waarborging van de rechtszekerheid is immers eerst en vooral aangewezen bij plichten die zonder tussenkomst van de wetgever

door verdragsbepalingen aan de burgers worden opgelegd en dus bij verdragsbepalingen die zich direct tot de burgers richten.

Bij artikel 93 blijft de leer zinvol omdat helder wordt aangegeven dat wanneer burgers direct met plichten worden belast, voorafgaande bekendmaking een absolute voorwaarde dient te zijn.

5. Abstracte versus concrete duiding

Bij de methode aan de hand waarvan wordt vastgesteld of bepalingen ‘naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden’ doet zich het volgende knelpunt voor. In beginsel kunnen er twee methoden worden gehanteerd: er wordt een abstract oordeel gegeven, dat wil zeggen, onafhankelijk van een voorliggende casus, of er wordt concreet of, zoals het ook wel wordt aangeduid, contextueel te werk gegaan, in welk geval aan de voorliggende casus juist groot gewicht wordt gehecht. De beide methoden kunnen wezenlijk verschillende resultaten opleveren: bij de abstracte is een bepaling over de hele linie hetzij wel, hetzij niet ‘een ieder verbindend’, en bij de concrete kan het sterk per geval variëren of kunnen er zich heel goed uitzonderingen voordoen. Kortmann heeft gesteld dat het ‘een ieder verbindende’ karakter van een verdragsbepaling zich vaak niet in abstracto laat vaststellen.^[26] Brouwer spreekt zich zelfs ronduit voor de concrete benadering uit.^[27]

Niet alleen de doctrine, maar ook de jurisprudentie heeft zich de laatste jaren steeds nadrukkelijker in het voordeel van de concrete of contextuele benadering uitgesproken, zoals in het Rookverbodarrest uit 2014.^[28] Dit arrest en het Spoorwegstakingsarrest, zijn voorganger, worden uitgebreider besproken in het commentaar bij artikel 94, dat immers primair de taak van de rechter bij het verwezenlijken van de doorwerking van internationaal recht in de Nederlandse rechtsorde regelt.

6. Regering versus rechter

Wie beslist of een bepaling aangemerkt dient te worden als ‘een ieder verbindend’ in de zin van de artikelen 93 en 94? Zoals Kortmann opmerkt, rijzen er bij de identieke uitleg problemen in de sfeer van de competentieafbakening.^[29] Wanneer het om het nu op grond van artikel 2, tweede lid, Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen verplichte oordeel van de regering of een verdrag bepalingen bevat die naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden (zie onder) gaat, dient immers de regering en dan in het bijzonder de minister van Buitenlandse Zaken een oordeel te geven. Gaat het daarentegen om de rechterlijke toepassing dan dient de rechter de knoop door te hakken. Omdat in Nederland reeds anderhalve eeuw een toetsingsverbod heerst in plaats van een traditie van constitutionele toetsing blijkt de rechter in de praktijk echter soms moeilijk zijn houding te kunnen bepalen met betrekking tot dergelijk ‘een ieder verbindend’ verdragsrecht. Een onafhankelijke stellingname wordt bovendien bemoeilijkt door het feit dat de regering, ofschoon erkend wordt dat de rechter beslist welke verdragsbepalingen aangemerkt kunnen worden als ‘een ieder verbindend’ in de

zin van artikel 94, ook voor het bestaan van bovengenoemde informatieplicht soms al duidelijk liet blijken dat naar haar mening aan bepaalde verdragsbepalingen helemaal niet behoort te worden getoetst.

Deze praktijk heeft nu ook een officieel karakter gekregen. Waar zijn voorstel tot grondwetswijziging is gestrand (zie onder), is het voormalig VVD-kamerlid Taverne er wel in geslaagd door een wijziging van de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen een informatieplicht voor de regering ten aanzien van verdragsbepalingen die naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden in het leven te roepen.

Artikel 2, tweede lid, Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen luidt sinds juni 2017:

“Bij de voorlegging van een verdrag ter goedkeuring als bedoeld in het eerste lid wordt aangegeven of het verdrag naar het oordeel van de regering bepalingen bevat die naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden en, indien dit het geval is, welke bepalingen het betreft.”

Oorspronkelijk wilde Taverne regelen dat verdragen met een ieder verbindende bepalingen (in de parlementaire stukken werd overigens al regelmatig de term ‘rechtstreeks werkende bepalingen’ gebruikt – zie ook het commentaar bij artikel 94 Gw onder het kopje terminologie) niet meer stilzwijgend konden worden goedgekeurd, maar dat heeft hij, onder andere naar aanleiding van vragen over de ambtelijke capaciteit die dit zou kosten, beperkt tot een informatieplicht voor de regering.^[30] De regering dient tegenwoordig dus vóóordat de keuze wordt gemaakt voor uitdrukkelijke of stilzwijgende goedkeuring aan te geven of het verdrag naar haar oordeel bepalingen bevat die naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden. Uit deze wettelijke bepalingen spreekt enerzijds de overtuiging dat het mogelijk is ‘een ieder verbindendheid’ in abstracto, dus los van de concrete casus, te bepalen. Anderzijds laat de wettekst, met de grondwettelijke tekst zelf, ook ruimte voor de concrete benadering door hantering van het werkwoord ‘kunnen’: hier zouden dus ook verdragsbepalingen onder kunnen vallen waarvan ingeschat wordt dat het verbindende karakter in sommige situaties wél en in andere niet aan de orde zal zijn.

Een voorbeeld ter verduidelijking. In 1996 oordeelde de Centrale Raad van Beroep dat twee bepalingen uit Verdrag 102 van de Internationale Arbeidsorganisatie aangemerkt moesten worden als ‘een ieder verbindend’.^[31] De regering reageerde hierop met een poging een ander verdrag waarin vergelijkbare bepalingen waren neergelegd, op te zeggen en motiveerde dat als volgt: ‘Evenmin als Verdrag nr. 102 kent de code naar ons oordeel rechtstreeks rechten toe aan burgers. Beide verdragen leggen minimumnormen vast, waarbij de invulling aan partijen wordt overgelaten. Tot nog toe werd deze visie blijkens de jurisprudentie door de rechter gedeeld.’^[32] Het wetsvoorstel ter goedkeuring van de opzegging van het verdrag werd overigens door de Tweede Kamer verworpen.^[33] Verdrag 118 van de Internationale Arbeidsorganisatie verging het enkele jaren later slechter. Toen de

Centrale Raad van Beroep in 2003 ‘een ieder verbindende’ kracht toekeende aan een bepaling uit dit verdrag en ook nog eens een schending vaststelde,^[34] diende de regering bij het parlement wederom een wetsvoorstel ter goedkeuring van een opzegging in.^[35] Bij wet van 9 december 2004, Stb. 2004, 715 werd de opzegging goedgekeurd en wat betreft het “kernonderdeel” zelfs met terugwerkende kracht tot de datum van de uitspraak, 14 maart 2003! Kortom, er zijn gevallen waarin de regering en de rechter lijnrecht tegenover elkaar staan en de regering er niet voor terugschrikt te laten weten dat er naar haar mening ten onrechte een toets werd verricht en strijd werd vastgesteld.

7. De bekendmaking

Geldt er dan geen algemene plicht tot bekendmaking? Binnen het volkenrecht alvast niet; voor de inwerkingtreding van verdragen vormt voorafgaande bekendmaking geen voorwaarde. Heel strikt naar de letter van de Grondwet en de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen genomen geldt een dergelijke plicht ook op grond van het Nederlandse recht niet, al wordt doorgaans aangenomen dat deze wel degelijk bestaat. Artikel 93 stelt voorafgaande bekendmaking enkel als voorwaarde voor verbindende kracht. Artikel 95 draagt de wetgever weliswaar op regels te stellen omtrent de bekendmaking, maar laat de inhoud van die regels volledig aan het oordeel van de wetgever over. De Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen die aan deze opdracht uitvoering geeft, veronderstelt dat bekendmaking plaatsvindt (zie artikel 16 van de Rijkswet), maar bevat, net als strikt genomen in de Grondwet het geval is, geen hiertoe verplichtende norm. Nu gaat er van artikel 93 een zekere stimulerende werking uit. Wil de regering in een verdrag vastgelegde rechten en plichten effectueren, dan dient ze die eerst bekend te maken. Als men de tekst van de relevante bepalingen in de Grondwet en de Rijkswet letterlijk neemt, zou de regering strikt genomen burgers haar onwelgevallige rechten kunnen onthouden door bekendmaking achterwege te laten. Hiervan zijn echter geen gevallen bekend, hetgeen aansluit bij de opvatting dat het bestaan van een algemene plicht tot bekendmaking in de praktijk wordt aangenomen.

8. De waarborgfunctie van artikel 93 bij de identieke uitleg

Bij de identieke uitleg komt de waarborgfunctie van artikel 93, voor zover het rechten van de burger jegens de overheid betreft, niet uit de verf. Het risico dat artikel 93 averechts werkt, doordat burgers hetzij opzettelijk hetzij uit achteloosheid rechten worden onthouden door deze niet bekend te maken, is in de huidige praktijk echter verwaarloosbaar. Men kan echter betogen dat burgers beter af zijn wanneer de identieke uitleg niet geldt. Als dit er voor zorgt dat rechten jegens de overheid niet onder de werking van artikel 93 vallen omdat deze bepaling alleen burgerplichten betreft, dan is het makkelijker voor de rechter om aan zulke rechten als ‘een ieder verbindend’ in de zin van artikel 94 consequenties te verbinden. Anders gezegd, artikel 93 verschaft in combinatie met de identieke uitleg de regering een constitutioneelrechtelijk argument om zich te mengen in de discussie welke rechten de rechter als ‘een ieder verbindend’ in de zin van artikel 94 zou mogen beschouwen. Voorheen gold dat dit argument meer praktisch

gewicht kreeg naarmate de identieke uitleg steviger ingebed is in de rechtspraak. Momenteel is deze discussie door de invoering van de informatieplicht van artikel 2, tweede lid, Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen eigenlijk wel beslecht, maar door de opmars van de contextuele benadering (zie het commentaar bij artikel 94 Gw) ook weer minder relevant geworden. Bij nogal wat verdragen die rechten voor burgers bevatten, is het voor de regering lastig om te voorspellen of de rechter al dan niet tot toepassing in de zin van artikel 94 zal overgaan, nu de rechter zich vrijer lijkt te voelen om de omstandigheden van het geval een rol te laten spelen. De positie van de burger lijkt dus momenteel eerder bepaald te worden door de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen enerzijds en de artikel 94-jurisprudentie anderzijds. De bescherming van de rechten van burgers wordt bij hantering van de identieke uitleg dus niet verhoogd door artikel 93.

De bezwaren die hier met betrekking tot artikel 93 zijn geschetst, spelen evenzeer bij de figuur van de voorlopige toepassing. Ingevolge artikel 15, derde lid, Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen geldt voor de voorlopige toepassing van een verdrag met bepalingen die ‘naar het oordeel van de regering naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden’, als voorwaarde dat eerst zowel de verdragstekst als het feit dat het verdrag voorlopig zal worden toegepast, worden bekendgemaakt. Wanneer ook rechten jegens de overheid onder de werkingssfeer van artikel 15, derde lid, worden gebracht, verkeert de waarborgfunctie van dit artikel in haar tegendeel. De regering kan dan de voorlopige toepassing van zulke rechten tegenhouden.

Het gevaar dat politieke organen de toepassing van bepaalde ‘een ieder verbindende’ rechten door de rechter zouden willen frustreren is allesbehalve denkbeeldig. Ten eerste zij hier herinnerd aan de affaires rond de Verdragen 102 en 118 van de Internationale Arbeidsorganisatie die hierboven bij de bespreking van de bevoegdheidsafbakening tussen regering en rechter aan de orde kwamen. Ten tweede liggen de pogingen uit 2012 van voormalig VVD-Kamerlid Taverne om de rechter middels een grondwetsherziening desgewenst buiten spel te zetten nog behoorlijk vers in het geheugen.^[36] Dit voorstel-Taverne wilde niet alleen de rechter de in artikel 94 vervatte bevoegdheid ontnemen om wetgeving in formele zin vanwege onverenigbaarheid met ‘een ieder verbindend’ verdragsrecht buiten toepassing te laten, maar bovendien aan artikel 93 als clause toevoegen ‘behoudens voor zover bij de wet anders is bepaald’. De reacties op het voorstel-Taverne vanuit de wetenschap waren bijna onverminderd negatief. Deze varieerden van de vaststelling dat het zou gaan om ‘een van de meest ingrijpende wijzigingen van het constitutioneel bestel sinds mensenheugenis’ tot een onderbouwd betoog dat de rechtstreekse werking van verdragen positief uitpakt voor Nederland.^[37] De initiatiefnemer heeft zijn voorstel uiteindelijk weer ingetrokken. Opvallend is de motivering die op het blog *Publiekrecht & Politiek* aan Taverne's intrekking van dit voorstel werd toegeschreven, namelijk dat de rechterlijke interpretatie van mensenrechten inmiddels aardig teruggedrongen leek.^[38]

Mocht het ooit zover komen dat artikel 93 in de geest van het voorstel-Taverne gewijzigd wordt, dan kan de rechter weliswaar nog steeds vaststellen dat verdragsbepalingen ‘naar hun inhoud een ieder kunnen verbinden’ maar beschikt de wetgever over de bevoegdheid om te verhinderen dat zij daadwerkelijk ‘verbindende kracht’ krijgen, dat wil zeggen, als zodanig kunnen worden toegepast. Zelfs dan zou de rechter wel eens een passend weerwoord kunnen hebben. Zo valt te verdedigen dat wanneer de wetgever zulke obstakels opwerpt, de rechter analoog aan het bekende arrest Francovich uit het EU-recht^[39] tot schadeplichtigheid van de staat kan concluderen. Deze mogelijkheid dient zich aan omdat ‘een ieder verbindende’ rechten dan vanwege het monistische systeem hun gelding binnen de nationale rechtsorde behouden - een situatie die zich ook voordoet wanneer niet aan de voorwaarde van bekendmaking wordt voldaan^[40] - terwijl de inhoud van die rechten zich bovendien prima laat vaststellen.

9. Artikel 93 Gw primair als legaliteitswaarborg: de historisch-restrictieve interpretatie

Al is de interpretatie die in deze paragraaf centraal staat steeds verder naar de achtergrond geraakt, de tekst van artikel 93 kan ook worden opgevat als zich slechts over plichten die aan burgers worden opgelegd uitstrekkend. De uitleg van de clause ‘die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden’ stoelt dan op de grondwetsherziening van 1953 en bij voorkeur op de eerste lezing toen artikel 94 nog niet in het herzieningsvoorstel was ingevoegd. Omdat artikel 93 Gw in deze lezing draait om legaliteit, komt de waarborgfunctie van artikel 93 het zuiverst naar voren. Hierom kan het zoals aangegeven waardevol zijn de historisch-restrictieve interpretatie, eerder ook wel door Vlemminx onder de aandacht gebracht onder de noemer ‘rechtsstatelijke toepassingsregel’,^[41] achter de hand te houden.

Volkomen in overeenstemming met de grammaticale lezing van de tekst heeft het artikel in deze hoedanigheid uitsluitend betrekking op plichten voor burgers en strekt de bepaling ertoe de rechtszekerheid veilig te stellen: bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties moeten bekend zijn gemaakt voordat zij plichten aan burgers kunnen opleggen. Onder ‘plichten’ vallen strafrechtelijk te handhaven bestuursrechtelijke alsmede privaatrechtelijke plichten, althans voor zover ze direct door de verdragsbepaling worden opgelegd. Wanneer de wetgever de plichten dient uit te werken wordt de rechtszekerheid reeds langs andere weg gewaarborgd. Wettelijke regelingen dienen altijd eerst bekend te worden gemaakt alvorens zij in werking kunnen treden. Zie op dit punt vooral artikel 88 Grondwet. Artikel 93 stelt vergelijkbare eisen als het legaliteitsbeginsel maar dan ten aanzien van verdragsbepalingen. In die zin zijn artikel 93 en het legaliteitsbeginsel historisch-restrictieve interpretatie complementair aan elkaar. Artikel 93 vormt dan een soort ‘internationaalrechtelijk legaliteitsbeginsel’.^[42]

Het is inderdaad mogelijk de parlementaire stukken van de grondwetsherziening van 1953 zo te interpreteren dat artikel 93 zich niet uitstrekt over de rechten van burgers. Waar de regering het bij de tweede lezing in één adem heeft over ‘rechtstreeks alle burgers verbinden’ én ‘deze daaraan (...) subjectieve rechten

ontlenen',^[43] gaat het om artikel 93 en artikel 94 gezamenlijk en in het bijzonder om de positie van de rechter. De clausule 'die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden' wordt conform de woorden 'naar haar inhoud' abstract uitgelegd, zodat de voorwaarde van voorafgaande bekendmaking haar waarborgfunctie volledig behoudt.^[44] De minister van Buitenlandse Zaken, die vanwege het ontbreken van een expliciete bekendmakingsplicht in de Grondwet of de Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen als de 'beslissende' instantie optreedt, kan de vraag of er op basis van een concrete benadering sprake kan zijn van een 'een ieder verbindend' karakter in de zin van artikel 94 volledig laten rusten. Deze vraag dient door de rechter te worden beantwoord. Regering en rechter blijven dus uit elkaars vaarwater. Bovendien levert het ontbreken van een bekendmakingsplicht geen problemen op. Verdragsbepalingen waaraan burgers rechten jegens de overheid kunnen ontlennen, kunnen ook zonder dat zij bekend zijn gemaakt, door de rechter als 'een ieder verbindend' in de zin van artikel 94 worden aangemerkt en toegepast.

In het kader van de voorlopige toepassing wordt eenzelfde benadering voorgestaan. Artikel 15, derde lid, Rijkswet goedkeuring en bekendmaking verdragen hanteert exact dezelfde bewoordingen als artikel 93, zij het dat het ouderwets aandoende bezittelijke voornaamwoord 'haar' vervangen is door het modernere 'hun'.

In dit licht van de parallellie met het legaliteitsbeginsel valt overigens te verdedigen dat artikel 93 zich, net als het legaliteitsbeginsel, dient uit te strekken over verdragsbepalingen die de overheid, zonder dat wettelijke uitwerking vereist is, de bevoegdheid verlenen belastend voor burgers op te treden. Zo wordt in een arrest van de Hoge Raad uit 1969 uitsluitend op basis van een verdragsbepaling die louter verplichtingen tussen staten bevat, tot uitlevering overgegaan.^[45] De Hoge Raad past de verdragsbepaling overigens gewoon toe zonder zich uit te spreken over het 'naar haar inhoud een ieder verbindende' karakter. Het is duidelijk dat in het kader van een uitbreiding van de werkingssfeer van artikel 93 met dergelijk belastend overheidsoptreden de leer van de normadressaat moet worden losgelaten. Centraal staat dan immers de vraag naar de bevoegdheid van de overheid. Evenzeer is echter duidelijk dat bij dit soort ingrepen in de vrijheden van burgers de behoefte aan rechtszekerheid even groot is als wanneer burgers direct met verplichtingen worden opgezadeld.

Een interpretatie waarbij artikel 93 primair als legaliteitswaarborg dient, roept ook meteen de belangrijke vraag op hoeveel uitwerking van uit verdragen voortvloeiende verplichtingen voor burgers in nadere wettelijke regelingen vereist is. Ingevolge het legaliteitsbeginsel moet een wetsbepaling met een zekere nauwkeurigheid zijn geformuleerd, wil ze als rechtmatige grondslag kunnen fungeren voor plichten die aan burgers worden opgelegd, of voor andere ingrepen in vrijheden van burgers. De vereiste nauwkeurigheid varieert echter per rechtsgebied en de doctrine zou op dit punt steviger ontwikkeld kunnen zijn. Ter illustratie van dit vraagstuk kunnen we de problematiek van de afwikkeling van een bestuursrechtelijke aanvraag onder de loep nemen. Mag een verdragsbepaling uitsluitend worden aangegepen om de aanvraag af te wijzen of te honoreren

wanneer die bepaling zonder wettelijke uitwerking kan worden toegepast en bovendien naar behoren is gepubliceerd? Deze vraag, die nog niet zo gemakkelijk te beantwoorden valt, is allesbehalve theoretisch. In 2000 constateerde de rechtbank Rotterdam bijvoorbeeld expliciet dat Bijlage 14 bij het Verdrag inzake de Internationale Burgerluchtvaart pas na de verlening van de kapvergunning op de voorgeschreven wijze werd bekendgemaakt zodat ten tijde van het nemen van het besluit niet aan de voorwaarde van artikel 93 werd voldaan. Niettemin werd Bijlage 14 die de overheid verplichtte tot het obstakelvrij houden van een baan, de ‘Vereniging Bewonersgroep Tegen Vliegtuigoverlast’ die zich tegen de kapvergunning keerde, tegengeworpen.^[46] In 2008 riep de rechtbank Rotterdam artikel 18, eerste lid, van de Radio Regulations, die de status hebben van een verdrag tussen de bij de International Telecommunication Union (ITU) aangesloten staten en voorts naar behoren bekend zijn gemaakt, in teneinde, geheel buiten de Telecommunicatiewet om, de afwijzing van de aanvraag van een frequentievergunning voor een in een Belgische enclave gelegen lokale omroep overeind te houden. De rechtbank besteedde geen aandacht aan de vraag naar het ‘naar haar inhoud een ieder verbindende’ karakter^[47] en de uitspraak werd in hoger beroep bevestigd.^[48] Heel anders verliep het toen de rechtbank ’s-Gravenhage in 2010 voor de vraag werd gesteld of de minister aan artikel 55, eerste lid, van het Verdrag van Wenen inzake consulaire betrekkingen de bevoegdheid kon ontlennen om een paspoort te weigeren. Volgens de rechtbank kon de verdragsbepaling de weigering niet schragen want zij bevatte geen ‘direct toepasbare, een ieder verbindende, bepaling’.^[49]

10. Het ongeschreven volkenrecht

Hoe zit het met het ongeschreven volkenrecht? Artikel 93 bevat hieromtrent geen enkel voorschrift. Op dit punt geldt louter het monisme zoals dat door de Nederlandse rechter wordt ingevuld.^[50] Zo stelde de civiele rechter in 1925 ‘dat het nationale burgerlijke recht (...) mede beheerst wordt door de algemeen erkende beginselen van volkenrecht.’^[51]

11. Het EU-recht

Hoewel het er sinds de geruchtmakende Weiss-zaak, waarin het Duitse Bundesverfassungsgericht op 5 mei 2020 uitspraak heeft gedaan,^[52] op lijkt dat dit uitgangspunt toch echt niet in alle EU-lidstaten gedeeld wordt, werkt het recht van de Europese Unie geheel los van het nationale constitutionele recht door in de nationale rechtsorde van de lidstaten. Reeds in het befaamde arrest Van Gend en Loos uit 1963 stelt het Hof van Justitie “dat de Gemeenschap in het volkenrecht een nieuwe rechtsorde vormt ten bate waarvan de Staten, zij het op een beperkt terrein, hun soevereiniteit hebben begrensd” en “dat het gemeenschapsrecht derhalve, evenzeer als het, onafhankelijk van de wetgeving der Lid-Staten, ten laste van particulieren verplichtingen in het leven roept, ook geëigend is rechten te scheppen welke zij uit eigen hoofde kunnen geldig maken”.^[53] Hiermee roept het Hof van Justitie ten aanzien van het unierecht een monistisch systeem in het leven en wel in de ware zin des woords: lidstaten met inbegrip van lidstaten die op grond van hun eigen constitutionele recht een dualistisch stelsel hanteren, kunnen zich

niet aan dit monisme onttrekken. Deze visie is door de Hoge Raad bevestigd,^[54] al wordt deze door constitutionele hoven in landen als de Tsjechische Republiek^[55] en Duitsland^[56] in twijfel getrokken. Volgens deze hoven is het de taak van nationale hoogste rechters om EU-recht, met inbegrip van uitspraken van het Hof van Justitie aan een nationale constitutionele controle te onderwerpen. Het Duitse Bundesverfassungsgericht stelde zich al langer op het standpunt de finale arbiter te zijn in kwesties rond de doorwerking en voorrang van EU-recht in de Duitse rechtsorde. Tot de zaak Weiss, ging hij echter nooit op zijn strepen staan. Het standpunt dat de bevoegdheidsoverdracht naar het EU-niveau op grond van de verdragen noodzakelijkerwijs een beperkte overdracht behelst en dat het aan de nationale hoogste rechter is de grenzen hieraan te bewaken, kon goeddeels theoretisch blijven. Ook nu in Weiss het Duitse hof hier wel juridische consequenties aan heeft verbonden, is het zaak geen al te stevige conclusies te trekken over het einde van het ‘automatische monisme’. Wat de houding van het Bundesverfassungsgericht vooral relevant maakt voor dit commentaar bij bepalingen uit de Nederlandse Grondwet is hoe deze illustreert dat vele modaliteiten tussen ‘monisme’ aan de ene kant en ‘dualisme’ aan de andere mogelijk zijn.

De vraag wat de nationale rechter in praktische zin met het EU-recht kan aanvangen, dat wil zeggen, de vraag naar de zogenaamde ‘rechtstreekse werking’ komt kort aan de orde in het commentaar bij artikel 94 Gw. Ook hier geldt dat de analyse vooral een illustratieve waarde heeft. Naar Nederlands positief recht zijn de artikelen 93 en 94 immers niet relevant voor de doorwerking en voorrang van het EU-recht.

12. Jurisprudentie

- HR 3 maart 1919, NJ 1919/371 (Grenstractaat Aken)
- HR 30 mei 1986, NJ 1986/688 (Spoorwegstaking)
- HR 12 mei 1999, BNB 1999/271 (Arbeidskostenforfait), ECLI:NL:HR:1999:AA2756
- HR 1 april 2011, RvdW 2011/456, NJB 2011, 808, JB 2011/115, RSV 2011/211, AB 2011/370, NJ 2011/354 (Artikel 11 Vrouwenverdrag), ECLI:NL:HR:2011:BP3044
- HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928 (Staat/CAN), JB 2014/224 m.nt. J.J.J. Sillen, NJ 2015/12 m.nt. E.A. Alkema, AB 2015/21 m.nt. S. Philipsen en J.C. de Wit, 20150305 m.nt. R.J.B. Schutgens.
- Bundesverfassungsgericht (Duits Constitutioneel Hof) 5 mei 2020, ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915, 2 BvR 859/15 (Weiss) m.nt. M. van der Sluis, AA 2020/0972

13. Literatuur

- T. Barkhuysen, H. Griffioen en W. Voermans, ‘Artikelen 93 en 94 Grondwet volgens Hoge Raad niet van belang voor doorwerking EG- recht’, *NJB* 2004, pp.

2289- 2290.

- J.G. Brouwer, *Verdragsrecht in Nederland. Een studie naar de verhouding tussen internationaal en nationaal recht in een historisch perspectief*, Zwolle: Tjeenk Willink 1992

- J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004 (Diss. Nijmegen).

- J. Fleuren, J. de Wit, 'Het voorstel-Taverne. Schrapping van de rechterlijke bevoegdheid om wetten aan verdragen te toetsen', *NJB* 2012, afl. 40, p. 2298.

- C.B. Modderman, 'Tavernes voorstel van rijkswet', *TvCR* 2013, afl. 3, p. 234-241.

- C.B. Modderman, J.W. van Rossem, 'Taverne en de Trias', *NJB* 2015, afl. 11, p. 685-686.

- J.W. van der Zanden, *Verdrag gaat voor wet, ook in nationale rechtsbetrekkingen* (diss. Leiden), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1952.

14. Historische versies

Artikel 66 Gw. 1953: De wet geeft regels omtrent de bekendmaking van overeenkomsten. De overeenkomsten verbinden een ieder, voor zover zij zijn bekend gemaakt.

Artikel 67, tweede lid, Gw. 1953: Ten aanzien van besluiten van volkenrechtelijke organisaties zijn de artikelen 65 en (...) van overeenkomstige toepassing.

Artikel 65, eerste lid, Gw. 1956: Bepalingen van overeenkomsten, welke naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, hebben deze verbindende kracht nadat zij zijn bekend gemaakt.

Artikel 67, tweede lid, Gw. 1956: Ten aanzien van besluiten van volkenrechtelijke organisatie zijn de artikelen 65 en (...) van overeenkomstige toepassing.

NOTEN

1. Bijvoorbeeld J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen*, Den Haag 2004, p. 10- 11 of James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, Oxford University Press 2012.
2. Bijvoorbeeld D.H.M. Meuwissen, *Grondrechten*, Utrecht 1984, p. 132; H.H.M. Sondaal, *De Nederlandse verdragspraktijk*, 's- Gravenhage 1986, p. 114- 115.
3. E/ C.12/ NDL/ CO/ 4- 5, par. 6. Het slotcommentaar is te vinden op de website van het College voor de Rechten van de Mens www.mensenrechtenkwesities.nl. In de tussenrapportage uit 2006 sprak het Comité ook al zijn ernstige bezorgdheid uit; zie hierover Frank Vlemminx, *De januskop van Nederland en de convergentie van mensenrechten onder het EVRM*, *NJB* 2008, p. 1572.

4. Kamerstukken II 2010/ 11, 26 150, nr. 100, p. 3. De brief aan de Tweede Kamer is eveneens te vinden op de website van het College voor de Rechten van de Mens www.mensenrechtenkwesities.nl.
5. Brief van 21 september 2007, Kamerstukken II 2007/ 08, 29?861, nr. 19. Zie ook de hieraan voorafgaande motie- Visser, Kamerstukken II 2006/ 07, 29?861, nr. 11.
6. Bijvoorbeeld CRvB 22 april 1997, JB 1997, 158.
7. KB 19 februari 1993, AB 1993, 385.
8. HR 7 mei 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0955, NJ 1995, 259.
9. Bijvoorbeeld J.G. Brouwer, *Verdragsrecht in Nederland*, Zwolle 1992, p. 269- 274; H.R.B.M. Kummeling, *Internationaal recht in de Nederlandse rechtsorde. Over een onduidelijke grondwet(gever) en verwarrende jurisprudentie*, in: J.B.J.M. ten Berge e.a. (red.), *De Grondwet als voorwerp van aanhoudende zorg (Burkensbundel)*, Zwolle 1995, p. 371- 372; J.B. Mus, *Verdragsconflicten voor de Nederlandse rechter*, Zwolle 1996, p. 13- 14; C.A.J.M. Kortmann (bewerkt door P.P.T. Bovend'Eert e.a.), *Constitutioneel recht*, Deventer 2016, p. 175; J.W.A. Fleuren, a.w. 2004, p. 19.
10. HR 25 mei 1906, W 1906, 8383, en HR 3 maart 1919, NJ 1919, p. 371 (Grenstractaat Aken); J.W.A. Fleuren, a.w. 2004, p. 19 en 109- 111.
11. Kamerstukken II 1977/ 78, 15 049 (R 1100), nr. 7, p. 17.
12. F.M.C. Vlemminx, *De autonome rechtstreekse werking van het EVRM*, Preadvis voor de NVVR, Deventer 2002, p. 33.
13. HR 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:PHR:1986:AC9402, NJ 1986, 688 (Spoorwegstaking); HR 1 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP3044, LJN BP3044 (Artikel 11 Vrouwenverdrag) en HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928 (Staat/ Nietrokersvereniging CAN).
14. Bijl. Hand. II 1951/ 52, 2 374, nr. 10, p. 32.
15. Kamerstukken II 1977/ 78, 15 049 (R 1100), nr. 7, p. 17.
16. Bijl. Hand. II 1951/ 52, 2 374, nr. 3, p. 3.
17. Kamerstukken II, 1955/ 56, 4 133 (R 19), nr. 4, p. 19; J.W.A. Fleuren, a.w. 2004, p. 145- 146.
18. J.G. Brouwer, a.w. 1992, p. 173 en 178.
19. J.G. Brouwer, a.w. 1992, p. 175.
20. Bijl. Hand. II 1955/ 56, 4 133 (R 19), nr. 3, p. 4- 5.
21. Bijl. Hand. II 1955/ 56, 4 133 (R 19), nr. 3, p. 5.
22. J.G. Brouwer, a.w. 1992, p. 178- 179.
23. Deze uitleg wordt ook sterk benadrukt in de toelichting op art. 93 op de website 'denederlandsegrondwet.nl'. Zo valt daar, onder het kopje 'In eenvoudig Nederlands' te lezen: "Soms moeten burgers zich houden aan regels in verdragen van internationale organisaties. Die regels zijn pas geldig

- als de regering ze aan iedereen heeft bekendgemaakt”. Zie https://www.denederlandsegrondwet.nl/id/vgrnd9dqjxze/artikel_93_rechtskracht_internationale.
24. Zie bijvoorbeeld HR 24 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0773, NJ 1998, 70.
 25. Bijl. Hand. II 1951/ 52, 2 374, nr. 3, p. 7.
 26. C.A.J.M. Kortmann, Constitutioneel recht, Deventer 2012, p. 172, noot 159.
 27. J.G. Brouwer, a.w. 1992, p. 284 e.v.
 28. HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928 (Staat/ Nietrokersvereniging CAN).
 29. C.A.J.M. Kortmann, a.w. 2016, p. 177- 178.
 30. Kamerstukken II 2015/ 16, 34 158, nr. 11.
 31. CRvB 29 mei 1996, ECLI:NL:CRVB:1996:AL0666, RSV 1997, 9, m.nt. Frank Vlemminx.
 32. Kamerstukken II 1996/ 97, 25 524, nr. 3, p. 3.
 33. Hand. II 1997/ 98, p. 4381; de affaire wordt uitgebreid besproken in F. Vlemminx, Een nieuw profiel van de grondrechten; een analyse van de prestatieplichten ingevolge klassieke en sociale grondrechten, Den Haag 2002, p. 217- 219.
 34. CRvB 14 maart 2003, ECLI:NL:CRVB:2003:AF5937.
 35. Zie over deze affaire F.J.L. Pennings, De betekenis van internationale normen voor de Nederlandse sociale zekerheid, Deventer 2004, p. 38- 42.
 36. Kamerstukken II 2011/ 12, 33 359 (R 1986), nrs. 1- 3.
 37. Joseph Fleuren en Joke de Wit, Het voorstel- Taverne; schrapping van de rechterlijke bevoegdheid om wetten aan verdragen te toetsen, NJB 2012, p. 2812- 2818; K. Brölman en J. Nijman, Rechtstreekse werking verdragen goed voor Nederland, Openbaar Bestuur 2012, p. 13- 15.
 38. G. Boogaard, ‘Joost zwaait af; voorstel- Taverne ingetrokken’, Publiekrecht & Politiek 22 maart 2017 [publicatie offline, oktober 2020 AM].
 39. HvJ EG 19 november 1991, ECLI:EU:C:1991:428, SEW 1993, p. 87 (Francovich).
 40. J.W.A. Fleuren, a.w. 2004, p. 19.
 41. F.M.C. Vlemminx, ‘Een ieder verbindend verdragsrecht en de bevoegdheden van de (bestuurs)rechter’, NJB 1999, p. 949- 955.
 42. Zie ook P.J. Huisman en N. Jak, Bevoegdheidsgrondslagen voor Awb-besluiten in internationaal en Europees recht, NTB 2010, p. 121 waarin de vraag wordt gesteld in hoeverre internationaal recht een bevoegdheidsbasis kan leveren voor besluiten in de zin van de Awb.
 43. Bijvoorbeeld Bijl. Hand. I 1952/ 53, 2 700, nr. 63a, p. 3.
 44. Dat de voorwaarde van bekendmaking ook in de praktijk betekenis toekomt moge blijken uit HR 24 juni 1997, NJ 1998, 70, waarin een strafrechtelijke

plicht alleen in de Engelse en Franse tekst was gepubliceerd. De Hoge Raad achtte geen strijd met art. 93 aanwezig omdat dit artikel geen bekendmaking in het Nederlands voorschrijft, maar constateerde wel strijd met art. 16 Grondwet.

45. HR 3 juni 1969, NJ 1969, 382.
46. Rechtbank Rotterdam 27 juni 2000, ECLI:NL:RBROT:2000:AA7335.
47. Rechtbank Rotterdam 21 augustus 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BG0281.
48. CBB 16 juli 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BJ3150, AB 2009, 380 m.nt. G.J.M. Cartigny.
49. Rechtbank 's- Gravenhage 8 december 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:B09842.
50. Zie ook Kamerstukken II 1977/ 78, 15 049 (R 1100), nr. 3, p. 12.
51. Hof 's- Gravenhage 5 januari 1925, NJ 1925, 402.
52. BVerfG, 5 mei 2020 – 2 BvR 859/ 15, par. 1- 237.
53. HvJ EG 5 februari 1963, ECLI:EU:C:1963:1, AA 1963/ 1964, 12.
54. HR 2 november 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AR1797, (Verplichte rusttijden). Zie ook T. Barkhuysen, H. Griffioen en W. Voermans, Artikelen 93 en 94 Grondwet volgens Hoge Raad niet van belang voor doorwerking EG- recht, NJB 2004, p. 2289- 2290.
55. Constitutioneel Hof Tsjechische Republiek, 31 januari 2012, Pl. ÚS 5/ 12 (Slowaakse pensioenen), n.a.v. HvJEU 22 juni 2011, zaak C- 399/ 09 (Landtová) die als ultra vires gezien werd.
56. Bundesverfassungsgericht (Duits Constitutioneel Hof) 5 mei 2020, ECLI:DE:BVerfG:2020:rs20200505.2bvr085915, 2 BvR 859/ 15 (Weiss) m.nt. M. van der Sluis, AA 2020/ 0972.

CITEER SUGGESTIE

F.M.C. Vlemminx & A.C.M. Meuwese, Commentaar op artikel 93 van de Grondwet, in: E.M.H. Hirsch Ballin en G. Leenknecht (red.), Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet, webeditie 2021 (www.Nederlandrechtsstaat.nl).