

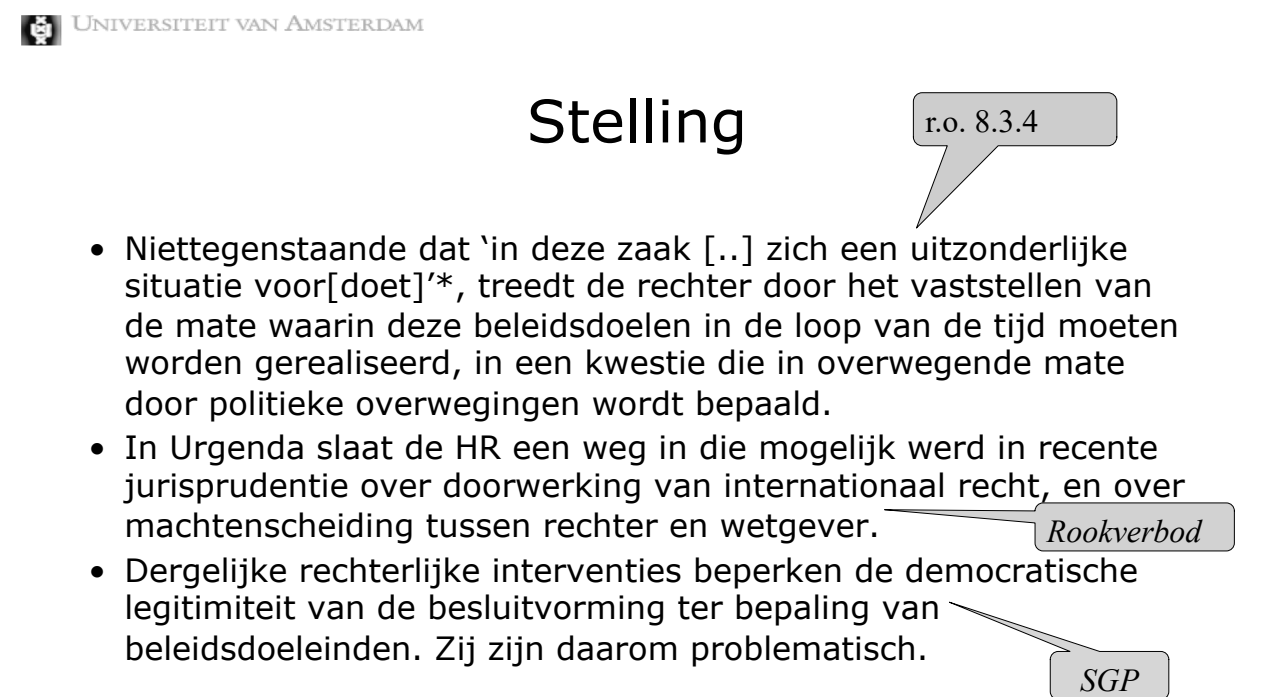


UNIVERSITEIT VAN AMSTERDAM

Constitutionele aspecten: machtenscheiding en doorwerking van internationaal recht

Leonard F.M. Besselink

1



UNIVERSITEIT VAN AMSTERDAM

Stelling

r.o. 8.3.4

- Niettegenstaande dat 'in deze zaak [...] zich een uitzonderlijke situatie voor[doet]'^{*}, treedt de rechter door het vaststellen van de mate waarin deze beleidsdoelen in de loop van de tijd moeten worden gerealiseerd, in een kwestie die in overwegende mate door politieke overwegingen wordt bepaald.
- In Urgenda slaat de HR een weg in die mogelijk werd in recente jurisprudentie over doorwerking van internationaal recht, en over machtenscheiding tussen rechter en wetgever. *Rookverbod*
- Dergelijke rechterlijke interventies beperken de democratische legitimiteit van de besluitvorming ter bepaling van beleidsdoeleinden. Zij zijn daarom problematisch. *SGP*

2

De context van HR *Urgenda*

- Doorwerking internationaal recht als machtenscheidingskwestie
- Toetsingsverboden en toetsingsbeperkingen
- *Ratio* van toetsingsverboden en –beperkingen
- Gedachten-experiment
- Is er een weg terug? Een alternatieve lezing van *Urgenda*

3

Machtenscheidings- aspecten van doorwerking

Onderscheid rechtstreeks en niet-rechtstreeks werkende bepalingen betreft essentieel de machtenscheiding tussen wetgever/bestuur en rechter

- Zie art. 94 Grw als uitzondering op onschendbaarheid van de wet (120 Grw)

4

Criteria rechtstreekse werking

- *Vóór HR Rookverbod:*
 - ‘verplicht deze de Nederlandse wetgever tot het treffen van een nationale regeling met bepaalde inhoud of strekking, of is deze van dien aard dat de bepaling in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren?’ (HR *Spoorwegstaking* 1984)
 - conform bedoeling Grw
- *Sinds HR Rookverbod:*
 - bedoeling grondwetgever niet meer leidend

5

- HR Rookverbod
 1. Geen rechtstreekse werking indien verdrag of zijn totstandkomingsgeschiedenis ‘geen rechtstreekse werking’ blijkt te geven aan bepalingen.
 2. Rechtstreekse werking indien:
 - onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig om als objectief recht toegepast te kunnen worden
 - indien “de bepaling *in de context waarin zij wordt ingeroepen*, als objectief recht kan functioneren”
 - NB in casu: terugdraaien eerder rookverbod ism art. 8(2) WHO Raamverdrag controle op tabak

6

HR 30-5-1986 vs HR 10-10-2014 (spoorwegstaking) (rookverbod)

"With a view to ensuring the effective exercise of the right to bargain collectively, the Contracting Parties undertake [...] and recognise:

4 the right of workers and employers to collective action in cases of conflicts of interest, including the right to strike, subject to obligations that might arise out of collective agreements previously entered into."

- 'verplicht deze de Nederlandse wetgever tot het treffen van een nationale regeling met bepaalde inhoud of strekking, of is deze van dien aard dat de bepaling in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht kan functioneren?'
- Rechtstr. werking indien 'niet een verplichting tot regelgeving wordt opgelegd, maar integendeel [burgers kunnen] zich op het door de betrokken verdragsstaten binnen zekere grenzen erkende recht in de nationale rechtsorde zonder meer [...] beroepen'

"2. Each Party shall adopt and implement in areas of existing national jurisdiction as determined by national law and actively promote at other jurisdictional levels the adoption and implementation of effective legislative, executive, administrative and/or other measures, providing for protection from exposure to tobacco smoke in indoor workplaces, public transport, indoor public places and, as appropriate, other public places."

- 'Het gaat erom of deze [verdragsbepaling] onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht te worden toegepast'
- '[als] resultaat onvoorwaardelijk is en voldoende nauwkeurig is omschreven, belet de enkele omstandigheid dat de wetgever of de overheid keuze- of beleidsvrijheid toekomt wat betreft de te nemen maatregelen ter verwezenlijking van dat resultaat, niet dat de bepaling rechtstreekse werking heeft.'

7

Doorwerking van niet-rechtstreeks werkend internationaal recht

Monisme

- Volkenrechtsconforme uitleg van de wet
 - PM (grond)wetsconforme uitleg van internationaal recht
- Aanvullende werking
 - Lacunes en open normen invullen; 'reflexwerking'
- Werking kan niet derogeren aan de wet (*ratio*: onderscheid rechtstreekse en niet-rechtstreekse bepalingen)

8

Rechter en wetgever

Toetsingsverboden

- Verbod toetsing wet aan Grw-bepalingen (120 Grw)
 - PM de uitzonderingen in het voorstel-Halsema
- Verbod toetsing aan rechtsbeginselen (HR *Harmonisatiewet*/120 Grw)
- Verbod toetsing wetsproces
 - *Aan Grw bepalingen* (HR *VdBergh/Staat*/ 120Grw)
 - *Aan wet* (HR *Tegelen*; ongeschreven machtenscheidingsbeginsel)
- Verbod wetgevingsbevel (HR *Waterpakt*/SGP)

Toetsingsbeperkingen

- Terughoudendheidsgebod bij toetsing handelingen op basis van buitenlands en defensiebeleid
 - (HR *Verbod oorlogsgeweld Joegoslavië zonder Veiligheidsraadsresolutie* (2002)/*Afghanistan arrest* (2004))
- Grenzen rechtsvormende taak van de rechter bij toepassing rechtstreeks werkend internationaal recht ex 94 Grw

9

PM

- Toetsingsverboden en –beperkingen zijn in beginsel verenigbaar met art. 13 EVRM
 - Zie o.m. EHRM 23 juni 2015, *Nicklinson and Lamb*, para. 82

En met art. 8 EVRM

- Idem para 85

10

Ratio toetsingsverboden Analogie?

- **Waterpakt**

Of, wanneer en in welke vorm een wet tot stand zal komen, moet worden beantwoord op grond van politieke besluitvorming en belangenafweging.

De op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen brengt mee dat de rechter niet vermog in te grijpen in die procedure van politieke besluitvorming.

Dit een en ander is niet anders ingeval het met deze wetgeving te bereiken resultaat en de termijn waarbinnen het resultaat moet zijn bereikt, vast liggen in EU-verplichtingen

- **Urgenda (?)**

Of, wanneer en in welke vorm een beleidsdoel moet worden gerealiseerd, moet worden beantwoord op grond van politieke besluitvorming en belangenafweging (?)

De op de Grondwet berustende verdeling van bevoegdheden van de verschillende staatsorganen brengt mee dat de rechter niet vermog in te grijpen in die procedure van politieke besluitvorming (?)

Dit een en ander is niet anders ingeval het met deze wetgeving te bereiken resultaat en de termijn waarbinnen het resultaat moet zijn bereikt, vast liggen in internationale en EU-verplichtingen (?)

11

SGP

- Wel verwijzing naar *Waterpakt*, maar geen verwijzing naar de *ratio decidendi* daarvan
- Beperking van wetgevingsgebod tot verbod van bepalen van de *inhoud* van wet
- Wel toegestaan rechterlijke beoordeling óf en binnen welke grenzen maatregelen nodig zijn en een daartoe strekkend rechterlijk bevel toegestaan, ook als die maatregel de facto mede door wetgeving moet worden gerealiseerd.

12



Ratio toetsingsbeperkingen analogie?

Joegoslavië/Afghanistan

De vorderingen hebben betrekking op vragen betreffende het beleid welk in sterke mate zal afhangen van politieke afwegingen in verband met de omstandigheden van het geval. Het is niet aan de burgerlijke rechter om deze politieke afwegingen te maken en op verlangens van een burger de Staat (de regering) bepaalde handelingen ter uitvoering van politieke besluitvorming op het gebied van buitenlands beleid of defensie te verbieden of hem te gelasten op dit gebied een bepaalde gedragslijn te volgen.

→ Internationale normen beperkt uitgelegd als puur interstatelijk zonder enige reflexwerking tav betrokken burgers acht te slaan

Urgenda (r.o. 6.3)

De rechter moet terughoudendheid betrachten bij beoordelen van maatregelen, zoals het aandeel dat Nederland op zich moeten nemen in reductie van broeikasgassen, in het licht van machtscheiding, met name de rol van regering gecontroleerd door het parlement.

Rechter kan zich onder omstandigheden als deze ook baseren op niet juridisch bindende opvattingen, afspraken of consensus.

13



Twee (te ver gaande?) gedachtenexperimenten

14

(1) Stille Ramp in Jeugdzorg GGZ

- Bij jeugdzorg, inclusief ggz, is bij decentralisatie van 2015 een half miljard wegbezuinigd
- GGZ instellingen lopen leeg en zijn door marktwerking en decentralisatie bijna onbestuurbaar geworden
- Het aantal psychiaters neemt af
- Er is een tekort van 3500 pleeggezinnen
- Jeugdsuïcide neemt de laatste jaren fors toe, onder 10 tot 20 jarigen met 60% (2017)

15

“In deze zaak doet zich een uitzonderlijke situatie voor.

Er bestaat immers de dreiging van een gevaarlijke verslechtering van de jeugdzorg, in het bijzonder psychiatrische ggz, en het is duidelijk dat maatregelen dringend noodzakelijk zijn...

De Staat is verplicht om in dit verband ‘het zijne’ te doen.

Jegens de jeugd van Nederland, voor de belangen van wie eiser in dit geding opkomt, volgt die plicht uit de art. 2 en 8 EVRM, op grond waarvan de Staat is gehouden om het recht op leven en op privé-, familie- en gezinsleven te beschermen.

Dat in dit verband een terugdraaien van de gevolgen van een bezuiniging van vele honderden miljoenen, alsmede de decentralisatieoperatie en marktwerking noodzakelijk is, volgt uit de algemeen deskundigen in de jeugdzorg, psychiatrie en ggz-instellingen gedeelde opvatting.

Het beleid dat de Staat sinds 2015 voert, waarbij maatregelen voor langere tijd worden uitgesteld of onmogelijk gemaakt, is daarmee evident niet in overeenstemming, althans heeft de Staat niet inzichtelijk kunnen maken dat dit wel het geval is.

Het hof kon in dit geval dan ook tot het oordeel komen dat de Staat in elk geval tot genoemd terugdraaien van genoemde gevolgen binnen twee jaar gehouden is.

De Staat blijft geheel vrij zelf te bepalen door welke maatregelen deze doelstelling bereikt wordt.”

16

(2) Russische militaire expansie

- Militaire annexatie van de Krim.
- Dodelijke oorlog in de Donbas.
- De Baltische staten, met grote Russische minderheden, Finland en Zweden riskeren vrijheid, veiligheid en leven om redenen vergelijkbaar met de Krim.
- NL herhaaldelijk en consistent internationale gecommiteerd aan een verplichting om ten minste 2% van bbp te besteden aan defensie, mede ter handhaving van de internationale vrede en rechtsorde, en de beveiliging van genoemde EU-medeburgers.

17

“In deze zaak doet zich een uitzonderlijke situatie voor.

Er bestaat immers de dreiging voor de vrijheid, onafhankelijkheid en het leven van EU-medeburgers in Europa, alsmede voor Nederland, en het is duidelijk dat maatregelen dringend noodzakelijk zijn.

De Staat is verplicht om in dit verband ‘het zijne’ te doen.

Jegens de bevolking van Nederland, voor de belangen van wie eiser in dit geding opkomt, volgt die plicht uit de art. 2 EVRM, op grond waarvan de Staat is gehouden om het recht op leven te beschermen.

Dat in dit verband het verhogen van de defensie uitgaven tot ten minster 2% van het bbp noodzakelijk is, volgt uit een algemeen gedeelde opvatting, en de Staat heeft zich hieraan sinds 2014 en 2017 internationaal gecommiteerd.

Het beleid dat de Staat sinds vóór 2014 voert, waarbij eerder van een afname van defensie-uitgaven dan een toename, althans een aanmerkelijk te geringe toename sprake is, is daarmee evident niet in overeenstemming, althans heeft de Staat niet inzichtelijk kunnen maken dat dit wel het geval is.

Het hof kon in dit geval dan ook tot het oordeel komen dat de Staat in elk geval tot genoemde verhoging van de defensie-uitgaven gehouden is.

De Staat blijft geheel vrij zelf te bepalen door welke maatregelen deze doelstelling bereikt wordt.”

18



Is er een weg terug?

Een alternatieve lezing

- Een bijzondere vorm van *weak review*?
- Verklaring van onverenigbaarheid?